

חסיון בנק-לקוח בדיני הראיות

מאת

אלכס שטיין*

מאמר זה דן באפשרות להגן על סודיות בנקאית (המעוגנת ביחסים חוזיים שכן בנק ללקוח) באמצעות חסיון ראיתי. הכרה בחסיון כזה תעמיד מתסום מפני פגיעה בפרטיותו הפיננסית של לקוח הבנק אגב התדיינות משפטית. בירור עובדות יהא עדיף, בהרכה מקרים, על פני שמירת הפרטיות הפיננסית; גם פרטיות פיננסית יכול שתהא עדיפה, בלא מעט מקרים, על פני כירורן של עובדות אגב משפט. דברים אלה תומכים, לכאורה, בהעמדת חסיון יחסי כללי שיגן על פרטיות פיננסית במוכנה הרחב, תוך שהיא מאפשר לבתי המשפט לאזן בין הערכים המתחרים אד-הוק. דא עקא, גישה זו – בהיותה מושחתת על "עיקרון" כללי, להבדיל מ"כלל" ספציפי – תהא כרוכה בהוצאות אכיפה מרובות. מאמר זה שולל אותה אפוא, תוך שהוא תומך בקביעה פרטנית של חסיונות שמטרתם להגן על פרטיותו הפיננסית של אדם. חסיונות אלה ראוי שיוענקו רק במקרים שניתנים להסדרה באמצעות כללים ספציפיים שאכיפתם לא תטיל הוצאות מרובות.

אלה הם מקרים שמיחים בעלי דפוס נסיכתי אחיד ומוגדר. יחסי בנק-לקוח נמנים עם מקרים אלה ועל-כן ראוי להחיל עליהם חסיון יחסי. חסיון זה יקיים באין עדיפות ברורה לבירור העובדות על ידי הפיכת החסוי לגלוי. תיזה זו מושחתת גם על ניתוח השוואתי של החסיונות המוכרים בדין הישראלי. ניתוח זה מסווג את החסיונות לא רק כ"מוחלטים" וכ"יחסיים" (כפי שנהוג על פי ההשקפה המסורתית) אלא גם כ"תוכניים", כ"אישיים" וכ"מעורבים". חסיונות אשר נמנים עם שתי הקבוצות האחרונות מעניקים פטור מחובות הגילוי לאנשים מוגדרים, ולא ביחס למידע ככזה. חסיונות אלה (שדוגמתם המובהקת היא חסיונות החלים על כמה בעלי מקצוע) מיוסדים ברובם על "תורת התמריץ", דהיינו: על השקפה אשר מועידתם לשמש תמריצים להעברת מידע לידי אותם בעלי מקצוע. מאמר זה מראה, כי לתורת התמריץ יש כח שיכנוע מוגבל וכי אין היא יכולה לשמש הצדקה לחסיון בנק-לקוח. כאמור, קביעתו של חסיון בנק-לקוח נתמכת על ידי הצורך להגן על פרטיות הלקוח. חסיון זה, ראוי לו שיהא תוכני (ולא מעורב או

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.
מיכל צור (תלמידת שנה ג') סייעה למחקר שקדם לכתיבתו של מאמר זה. הכנת המאמר נסתייעה גם בעזרה חמו, עוזרת הוראה בדיני ראיות. חברי, ד"ר איל בבבנשתי, קרא את טיוטת המאמר והעיר הערות חשובות שהובילו למספר תיקונים. לכל אלה נתונה אפוא תודתי.

אישי). לכך יש השלכה ברורה: לא רק בנקים, אלא גם לקוחותיהם, ראוי שיהנו מן הפטור מחובות הגילוי המשפטיות. מאמר זה דן גם בפסיקתם של בתי-המשפט הישראליים, שעסקה בחסיון בנק-לקוח והכירה בו. פסקי-דין אלה והשלכותיהם נדונו באופן ביקורתי. דיון זה נערך בהישען על התיזה הנורמטיבית שפותחה במאמר, תוך עמידה מפורטת על המסגרות התחקיות הרלבנטיות.

1. הקדמה

מנחם אלון היה, למיטב ידיעתי, ראשון השופטים הישראלים שהבחין במפורש בין "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית"¹. האמת הראשונה משקפת את הדברים כהווייתם. האמת האחרונה היא שתזור האירועים החיוניים להכרעה במשפט במסגרת ההליך השיפוטי. מסגרת זו מציבה מגבלות בפני בירור ה"אמת העובדתית". עם מגבלות אלו נמנית, בין השאר, החובה השיפוטית לקבוע עובדות כתנאי אי-ודאות, תנאים המאפיינים את רוב המשפטים, אם לא את כולם². עם מגבלות אלו נמנית גם החובה לאזן בין בירור ה"אמת העובדתית" לבין ערכים אחרים מתחרים עמה. "אמת עובדתית" – החשובה כשלעצמה לאכיפתו של דין מהותי – משמשת, בהרבה מקרים, רק אמצעי לפתרון של סכסוכים פרטיים. כאשר כך הוא הדבר, כלום תהא לה, ל"אמת עובדתית", חשיבות עצמית כלשהי מקום שבעלי הסכסוך ויתרו עליה אהדדי למען פתרון סכסוכם? טול, למשל, בעל-דין אשר הסכימו ביניהם כי סיפור המעשה הבא מפיו של כל אחד מהם ייבדק ב"גלאי שקר" וכי ממצאיה של אותה בדיקה תתרוצנה את גורל משפטם. כלום יהא עוד מקום לחיפוש אחר ה"אמת העובדתית" החמקמקה? השופט אלון השיב לשאלה זו בשלילה³. דעתו נתקבלה וכן נפסק בערעור שהזכרתי בהערה 3. כל מי שכילה זמנו במסדרונות בתי-המשפט בהמתנה לעוד קדם-משפט ולעוד תזכורת אינו יכול אלא להסכים עם דעה זו⁴.

לעתים, אף שניתן להגיע לחקר ה"אמת עובדתית", מחיר גילוייה יקר מאד. כך קרה, למשל, במקרה שנידון באחד מפסקי-הדין המנחים אשר ניתן באנגליה בעניינו של ביטוח ימי. מבוטח שאונייתו טבעה בעומקי הים התיכון ביקש להיפרע ממבטחו על פי פוליסת "סיכוני ים" ("perils of the seas"). לשם כך הוא נדרש להוכיח כי היה זה סיכון ימי – להבריל, למשל, מבלאי ופחת או ממעשה התרשלות מצד צוות האונייה – אשר הביא, בהתמשותו, לטביעת האונייה

- 1 הדבר נעשה בבג"צ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449, 475-464.
- 2 ראה, למשל, A.A.S. Zuckerman *The Principles of Criminal Evidence* (Oxford 1989) 19 ואילך.
- 3 ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 446, 481-476.
- 4 דברים אלה כפופים, כמוכן, לחובת ההגנה על הצד החלש בהתניות מן הסוג הנידון. במסגרת דיני התחום האחרים, למשל, עשייה התניה כואת להיפסל. ראה ע"א 551/89 מנורה חברה לביטוח בע"מ נ' סדובניק, פ"ד מונ(3) 158, 161-165.

ולאובדנה המוחלט. דא עקא, ראיות אשר יכלו להצביע על סיבת טביעתה של אותה אונייה טבעו אף הן. עלות הוצאתן אל מעל פני הקרקע הייתה גבוהה ביותר. בית המשפט נאלץ אפוא לשחזר את סיבת טביעתה של האונייה בתנאי אי-ודאות. נטל השכנוע שרביץ על כתפיו של בעל האונייה היה עבורו כבד מנשוא, ובית הלורדים קבע, לבסוף, כי הלה לא הוכיח את טענתו.⁵

במקרים מסוימים ה"אמת העובדתית" ניתנת לגילוי, אך אי-גילוייה עדיף על גילוייה. כך הדבר, למשל, מקום ש"האמת העובדתית" הנחוצה להכרעה במשפט מכילה סוד ביטחוני כמוס. גם מניעתה של פגיעה בצנעת הפרט עשויה להצדיק את העדפת הסודיות על פני ה"אמת העובדתית". אנו עשויים להצדיק העדפה כזאת גם כתמריץ המעודד פעילות הנחשבת לראויה מהבחינה החברתית, פעילות שאולי לא תוכל להתקיים באורח תקין באין הגנה על סודיותה. דיווח מלא לרשויות המס, מסירת מידע לעתונאים וניהולו של משא ומתן לקראת פשרה הם פעילויות כאלה. לאותה הגנה ראויים יחסי האמון הנוצרים בין נותניהם של כמה שירותים חיוניים לבין מקבליהם. שירותים כמו טיפול רפואי או פסיכולוגי ויעוץ משפטי מושתתים על סודיות. שירותים כאלה לא יינתנו כרבעי אם מקבל השירות לא יוכל לחשוף בפני נותנו את כל המידע, הצפון במוחו או מצוי תחת ידיו, אשר נחוץ למתן השירות. על כן, חשוב להבטיח כי מידע כזה יועבר בין מקבל השירות לבין נותנו ללא חשש שמא יתגלה בפני אחרים.

המקרים דלעיל אינם ממצים את כל המקרים שבהם יהא ראוי להגן על סודיותם של דברים על חשבונה של "אמת עובדתית". גם סודות עסקיים וסודיות ה-"know how" יכול שיזכו להגנה כזאת, וניתן להוסיף עוד כהנה וכהנה ענייני סודיות הראויים להגנה. באנגליה, לדוגמה, הכיר בית הלורדים בזכות שלא לגלות את זהות המדווח האנונימי, אשר מסר תלונת סרק נגד אשה פלוגית לאגודה הפועלת למניעת התאכזרות בילדים (The National Society for the Prevention of Cruelty to Children). האגודה שנדרשה על ידי אותה אשה למסור לבית המשפט את זהות המדווח הייתה אגודה וולונטארית. היה אפוא מדובר במידע אשר לא היה מוגן על ידי החסיון של טובת הציבור (ה-"Public Interest Immunity"). למרות זאת נפסק, כי המידע המבוקש אינו ברי-גילוי⁶ ועל כן, האשה שנפגעה מתלוננת הסרק נותרה בלא כל סעד. היא נשאה לבדה במחיר של מה שנתפס כ"טובת הכלל", דבר שחשף את פסק-דינו של בית הלורדים לביקורת מפיו של דוורקין.⁷

ברשימה דנן אדון בפן אחד בלבד של סוגיית החסיון: הכרת הדין הישראלי בחסיונו של מידע בנקאי הנוגע ללקוחו של בנק. האם מידע אודות הלקוח, אשר נאגר על ידי בנק אגב מתן שירותיו לאותו לקוח, יהא ברי-גילוי בכל הליך משפטי?

Rhesa Shipping Co. Sa. v. Edmunds (The Popi M) [1985] 2 All ER 712 5

D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children [1977] 1 All ER 589 6

R. Dworkin A Matter of Principle (Oxford, 1986) 72-79, 92-98 7

האם גילוי של מידע כזה בהליך משפטי יהא כפוף למגבלות המגנות על סודותיהם של לקוחות הבנק?⁸

2. דיני חסיון: הרקע המשפטי הכללי

על פי דיני הראיות הנהוגים אצלנו, הכול מצווים להעיד ולהציג מסמכים במשפט, כל אימת שהמידע הדרוש רלבנטי לאותו משפט.⁹ בעלי-דין בהליך אזרחי כפופים לחובות גילוי הדדיות כבר בשלביו המוקדמים של המשפט, וחובות אלה כוללות, בין השאר, מתן תשובות לשאלונים וגילוי מסמכים¹⁰. לעקרון כללי זה, אשר נועד להביא לגילוייה של "אמת עובדתית", נקבעו חריגים. חריגים אלה כוללים, בראש ובראשונה, את החסיונות שפורטו בפרק ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, דהיינו:

(א) החסיון המגן על ביטחון המדינה, על יחסי החוץ שלה ועל עניינים ציבוריים אחרים, כאמור בסעיפים 44-46;

(ב) החסיון מפני הפללה עצמית, כאמור בסעיף 47;

(ג) החסיונות המקצועיים אשר חלים על דברים שהוחלפו בין עורך-דין ללקוח, בין רופא לפציינט, בין פסיכולוג למטופלו וכן בין כוהן דת לבין מי שמסר בפניו וידוי, כאמור בסעיפים 48-51.

זאת ועוד: במשפט פלילי בגין מעשה בגידה או ריגול ניתן, בנסיבות מסוימות, להגיש ראיות שתהיינה חסויות מפני הנאשם, אם הדבר אינו מסכנו בעיוות דין¹¹. כמו כן, מהטעמים שיוסדרם בטובת הכלל, נשיא המדינה וחברי כנסת רשאים שלא להעיד על עניינים הקשורים לתפקידם¹².

לחסיונות אלה יש להוסיף רשימה ארוכה של חובות סודיות סטטוטוריות. חשוב להדגיש, כי רק חלק מחובות אלה מעמידות חסיון מפני גילוי של המידע

8 לא אדון בשאלות הקשורות להתנגשות בין חובת סודיות שבנק חב ללקוח פלוני לבין חובות הנאמנות שלו כלפי לקוחות אחרים. עניין זה נידון באחרונה בע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח ואח' (טרם פורסם).

9 ראה סעיף 1 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; סעיף 5 לפקודת ביזיון בית-משפט; סעיפים 73-74 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; סעיפים 105-108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; תקנה 178 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

10 ראה פרק ט לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

11 ראה סעיף 128 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

12 ראה סעיף 13(ב) ר(ג) לחוק יסוד: נשיא המדינה; וכן סעיף 1(כ) ר(ג) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכריותיהם וחובותיהם, החשי"א-1951.

הסודי במשפט¹³. חלק מהן הוכפפו במפורש לחובות הגילוי החלות במשפט, שעיקרן מתן עדויות והצגת מסמכים¹⁴. חובות סודיות אחרות אינן מגדירות במפורש את מהות היחס שבינן לבין חובות הגילוי במשפט¹⁵. קביעת היחס האמור הופכת במקרים כאלה לעניין של פרשנות. להפרתה של חובת סודיות סטטוטורית יש תוצאות במישור העונשי, וכן תוצאות במישור דיני הנוזקין¹⁶. כאשר מדובר בהפרתה של חובה המגנה על פרטיותו של אדם, מידע שהושג עקב אותה הפרה יהא, בדרך כלל, פסול מלשמש ראיה במשפט¹⁷. דא עקא, כל אלה אינם מסייעים בידינו בפתרון השאלה בדבר היחס שבין חובות סודיות – שכאמור חלות על הפועלים מחוץ לכותלי בית-המשפט – לבין חובות הגילוי

- 13 כונתי להוראות כגון: סעיפים 232-235 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 142 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; סעיף 19 לחוק מס קנייה (סחורות ושירותים), התשי"ב-1952; סעיף 50 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961; סעיף 105 לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963; חוק לחיקוק דיני מסים (חילופי ידיעות בין רשויות המס); סעיף 227 לפקודת המכס [נוסח חדש]; סעיף 65 לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954; סעיף 15 לפקודת הבנקאות, 1941; סעיף 17 לפקודת הסטטיסטיקה [נוסח חדש], התשל"ב-1972; סעיף 28 לחוק הנוטריונים, התשל"ז-1976 (המשלים את ההסדר בדבר חסיון שכין עורך-דין ללקוח); סעיף 7 לחוק חוקרים פרטיים ושירותי שמירה, התשל"ב-1972; סעיף 42 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991; סעיף 26 לחוק הרשות לשיקום האסיר, התשמ"ג-1983; סעיף 29 לפקודת רפאי השיניים [נוסח חדש], התשל"ט-1979; סעיף 36 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], התשל"ז-1976; סעיף 28 לחוק הפסיכולוגים, התשל"ז-1977; סעיף 5 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967; סעיף 124 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, התש"ן-1990; סעיף 30 לחוק ההסדרים במגור החקלאי המשפחתי, התשנ"ג-1992; סעיף 126 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; סעיף 91 לחוק המטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971; סעיף 556 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955; סעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992.
- 14 ראה, למשל, סעיפים 13, 56 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968; סעיף 91 לחוק רשות הדואר, התשמ"ו-1986; סעיף 16 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; סעיף 25 לחוק השימוש בהיפנוזה, התשמ"ד-1984; סעיף 32 לחוק הבוק, התשמ"ב-1982; סעיף 6 לחוק מקורות אנרגיה, התש"ן-1989.
- 15 ראה, למשל, סעיף 12 לחוק בנק הדואר, התשי"א-1951; סעיף 19 לפקודת הרוקחות [נוסח חדש], התשמ"א-1981; סעיף 13 לחוק ההגנה על חוסים, התשכ"ו-1966; סעיף 23 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971; סעיף 23 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981.
- 16 ראה סעיפים 117, 118, 286 ו-496 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן דוגמאות של עבירות ספציפיות שנקבעו בסעיף 234 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש] ובסעיף 142(ג) לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975.
- אשר לחבות בנוזקין, זו יכולה לנבוע, במישור הכללי, מהפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנוזקין [נוסח חדש]), ובמישור הספציפי – מפגיעה בפרטיותו של אדם (סעיפים 7(2) ו-4 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981).
- 17 ראה סעיפים 2(7) ו-32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

במשפט. אלה האחרונות נקבעו בחקיקה חובות חובקות-כל, ככפופות לחריגים מפורשים, ויש אפוא טעם, לכאורה, לסברה כי אין עוד חריגים מלכרם. על כן, קיימת חזקה פרשנית שלפיה חובת סודיות איננה מקימה מחסום בפני דרישה חוקית בדבר מתן עדות או מסירת מסמכים במסגרת הליך שיפוטי. כל דרישה כזאת תסיר את חובת הסודיות מאליה. חזקה זו ניתנת לסתירה, שכן בתי-המשפט שלנו אינם רואים את רשימת החסיונות הקיימת כרשימה סגורה. יצירת חסיונות נוספים במעשה שיפוטי נחשבת אצלנו לדרך אפשרית ומוכרת. אפשרות זו אכן מומשה בכמה מקרים. במקרים אלה עניין ציבורי חשוב הצריך הגנה על סודיותם של דברים מסוימים על חשבון חובות הגילוי במשפט. כיוון שחובות סודיות סטוטוריות נועדו, בעיקרן, לשרת מטרת ציבוריות חשובות, ייתכן שכמה מהן תורחבנה על ידי בתי-המשפט ותיהפכנה לחסיונות. יש להניח, שאלה יהיו חסיונות יחסיים שיאפשרו הפיכת החסוי לגלוי על פי שיקול דעתו של בית-המשפט. האפשרות לצוות, במקרים שיראו מתאימים, על גילוי של מידע סודי, עשויה להוות תמריץ ליצירת חסיונות חדשים. בסופו של דבר מרחיבים החסיונות היחסיים הללו את תחומי של שיקול הדעת השיפוטי, דבר הנתפס כמועיל על ידי שופטים רבים בישראל, ולא רק על ידיהם¹⁸.

כמה מחובות הסודיות הקיימות מגבילות את חובות הגילוי במשפט. אלה הן, בעיקר, חובות סודיות המחייבות את רשויות המס ביחסיהן עם נישומים¹⁹, חובות שמקובל לראותן כמגנות על המדינה ועל הנישום כאחד²⁰. כל נישום מצווה לרשות דיווח אמת לרשויות המס, וזאת, לרוב, גם כשהדבר עלול להפיל²¹. נישום כזה יחשוש פחות מחשיפת ענייניו אם תגן עליו חובת סודיות. כתוצאה מן ההגנה ילך ויגדל מספרם של דיווחי אמת לרשויות המס, דבר שיבטיח שומת אמת – עניין שחשיבותו למדינה היא בבחינת אליבא דמוכח. המדובר הוא אפוא בחסיונות ראייתיים הממוקמים מחוץ לפקודת הראיות.

לרשימה דלעיל יש להוסיף שני חסיונות שנקלטו למשפטנו מהמשפט המקובל האנגלי, כפי שציווה בשעתו סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922:

- 18 ראה, למשל, א' ברק שיקול דעת שיפוטי (התשמ"ו) ומ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (התשנ"ג).
- 19 ראה סעיפים 231-235 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; סעיף 142 לחוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975; סעיף 227 לפקודת המכס [נוסח חדש]; סעיף 105 לחוק מס שבח מקרקעין, התשכ"ג-1963; סעיף 19 לחוק מס קנייה (סחורות ושירותים), התשי"ב-1952; סעיף 50 לחוק מס רכוש וקרן פיצויים, התשכ"א-1961.
- 20 בג"צ 207/70 יהלומי נ' שר האוצר, פ"ד כה(1) 126. ר' גם בר"ע 101/71 חברה לבנין ולעבודות ציבוריות מיסודו של סולל בונה בע"מ נ' ביטון, פ"ד כה(1) 815; בג"צ 174/82 שכנר נ' שר האוצר, פ"ד לו(3) 225; בג"צ 527/82 שך נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח(3) 76.
- 21 ע"פ 242/63 קריית נ' היועץ המשפטי, פ"ד יח(3) 477.

(א) חסיון הרברים שהוחלפו במהלכו של משא ומתן אשר נוהל כדי להביא סכסוך משפטי לידי פשרה²²;

(ב) החסיון הארכאי שאינו מאפשר לאחד מבני זוג נשואים להוכיח בעדותו שלו כי מי שנחזה לילדם החוקי של אותם בני הזוג נולד, למעשה, על ידי האשה בעקבות יחסים שמתוך למסגרת הנישואין. מקורו של חסיון זה בהלכת Russell הישנה²³. בהקשר זה מן הראוי לציין, כי השופט אלון הביע פעם דעה התומכת במעין חסיון ראיתי אשר נועד למנוע "מימזור" ילדים²⁴.

כפי שכבר נאמר, חלק מהחסיונות הקיימים הם פרי יצירת השופטים. עם חסיונות אלה נמנו עד כה:

(א) חסיון יחסי, המתיר לעיתונאי שלא לגלות את מקור המידע שלו²⁵;

(ב) חסיון מוחלט, המשווה את מעמדו של עורך פטנטים ביחסיו עם לקוחו למעמדו של עורך-דין²⁶.

ראינו, כי כמה מן החסיונות המוכרים במשפטנו הם חסיונות מוחלטים, שבאין הסכמת מוטביהם לא ניתן להסירם למענו של שום אינטרס מתחרה. עם החסיונות האלה נמנים:

- | | |
|----|---|
| 22 | ע"א 440/75 זנדבנק נ' דנציגר, פ"ד (2) 260, 274-275; ע"א 172/89 סלע חברה לביטוח בע"מ נ' סולל בונה בע"מ ואח', פ"ד מו(1) 311, 331-335. לדיון ברציונל של חסיון זה ראה <i>Rush & Tompkins Ltd v. GLC</i> [1988] 3 All ER 737. לתחולתו של חסיון זה בהליכי פישור יש עתה ביטוי סטטוטורי: סעיף 179(ד) לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. |
| 23 | <i>Russell v. Russell and Mayer</i> [1924] AC 687. לתחולתו של חסיון זה בדיון הישראלי ראה א' הרנון דיני ראיות (חלק ב, תשל"ז) (להלן: הרנון ב) 118-119. |
| 24 | ע"א 548/78 שחן נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 748-749. |
| 25 | ב"ש 368/86, 298 ציטרין נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337. |
| 26 | ת"א (ת"א) 2284/83 מסעל מחכת נען נ' הידרופלן הנדסה בע"מ ואח', פ"מ תשמ"ד (2) 397, 403-409. |

קביעת החסיון האחרון הייתה בבחינת מעשה שיפוטי מתבקש, ולו נוכח האפשרות הפרטית להקים אותו חסיון באמצעות פנייה לעורך-דין שיעסיק עורך פטנטים אגב מתן שירותיו ללקוח. העסקת אנשי מקצוע על ידי עורך-דין במסגרת שירותיו המשפטיים הינה לגיטימית ואף הכרחית. על כן, דוקטרינה משפטית הידועה בשם "the work product of the lawyer" מעניקה חסיון לרברים שהגיעו לידי איש מקצוע בפעלו כזרועו הארוכה של עורך-דין, ראה ע"א 662/77 מוסקונה נ' מאור, פ"ד לב(2) 321; ב"ש (י"ס) 458/82 סניורה נ' נציבות מס הכנסה, פ"מ תשמ"ג (2) 235. ההכרה בחסיון שכך עורך פטנטים ללקוח חוסכת אפוא הוצאות עיסקה מיותרות. מסיבה זו ראוי יהיה לפרוש חסיון גם על סוגי מידע אחרים, כגון ממצאים של בדיקה אשר נערכה מטעמו של בעל-דין בעקבות תאונה הנופלת לכאורה תחת אחריותו (בדומה לכלל 407 לכללי הראיות הפדראליים של ארה"ב, ראה *C. McCormick On Evidence* (4th ed., Vol. II, 1992) 200-204. הוראה הדומה לכלל זה (אך לא זהה לו) נקבעה, באחרונה, בסעיף 10 לחוק הביקורת הפנימית, התשנ"ב-1992.

(א) כל החסיונות הקשורים לשירותים משפטיים ולניהול הליכי משפט, לרבות הכנה למשפט קיים או צפוי ומשא ומתן לקראת פשרה;

(ב) החסיון על פי הלכת Russell, הנראה כמושגת על אמונה דתית בקדושת הנישואין;

(ג) החסיון שבין כוהן דת ומתוודה.

שאר החסיונות הם חסיונות יחסיים שניתן להסירם אם גילוי המידע הסודי עדיף על שמירתו בשל תרומתו לביורר האמת ולמיצוי הדין. הגנת יתר זו על ענייני דת ומשפטנות, פרט להיותה חשובה לביקורת²⁷, מעוררת שאלות סוציולוגיות מעניינות. כל ניסיון לרונן בשאלות אלה יחרוג ממטרותיה של רשימה זו, ועל כן לא אדון בהן. עם זאת, ראוי לציין כי בשנים האחרונות חל פיתוח מסוים במעמד החסיונות המשפטיים²⁸.

כאן המקום להבחין הבחנה חשובה בין חסיונות תוכניים לחסיונות אישיים. חסיונות מן הסוג הראשון מוענקים על מנת להגן על סודיותו של מידע. חסיונות מן הסוג האחרון מגנים על יחסי אמון או על ערכים אחרים הקשורים למעמדו של מי שנקרא להעיד או להציג מסמך. למשל, החסיונות המוסדרים בסעיפים 44 ו-45 לפקודת הראיות הם חסיונות תוכניים. הם מתייחסים למידע שגילרו במשפט עלול לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או באינטרס ציבורי חשוב אחר, וזאת ללא כל תלות בזהותו של מספק המידע. חסיונות אלה אינם רק מעניקים פטור מן החובה למסור מידע כאמור, אלא אף מורים לבית-המשפט שלא לקבל את המידע כראיה גם אם נמסר מרצון. ההוראה האחרונה היא, למעשה, הוראה בדבר אי-קבילות ראייתית. ייתכנו, כמובן, חסיונות תוכניים שאינם פועלים מעבר להענקת הפטור לעד: כאלה הם רוב החסיונות.

"זכות השתיקה" העומדת לחשוד ולנאשם היא בבחינת חסיון אישי. מעמדו של אדם כחשוד או כנאשם הוא המקנה לו את החסיון, וזאת ללא כל תלות במהות הדברים שהוא מבקש לשמור בתוככי לבו²⁹. כך הדבר גם לגבי פטור ממתן עדות מטעם התביעה המוענק, בנסיבות מסוימות, לקרובי הנאשם. אמנם, בישראל ובאנגליה מקובל לסווג פטור זה כשייך לדינים העוסקים בכשרותם של עדים ובחובתם להעיד³⁰, אך ניתן לראות בו גם חסיון אישי, כנהוג, למשל,

27 ראה, למשל, שי נהגיהו "על התפתחויות בסוגיית החסיונות המקצועיים" ספר זוסמן (התשמ"ד) 297.

28 ראה שם, בעמ' 304 ואילך.

29 ראה רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ ג' אריאל, פ"ד מו(3) 378; א' הרנון "על זכות השתיקה" משפטים א (התשכ"ח) 95; ע' קפלן "על זכות השתיקה" זכריות האדם בישראל: קובץ מאמרים לכבודו של ח' ה' כהן (ר' גביון עורכת, התשמ"ב) 241, 249 ואילך.

30 ראה סעיפים 3-4 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971; וכן א' הרנון דיני ראיות (חלק א, התשל"ל) (להלן: הרנון א) 83-84; 1984, The Police and Criminal Evidence Act, s. 80; R. Cross On Evidence (London, 7th ed., 1990) 213-219.

בארצות הברית³¹. קרוב הפטור מלהעיד נגד קרובו זוכה בזכות זו מחמת קרבתו לנאשם וללא כל תלות בתוכן עדותו.

חסיונות אישיים מיטיבים עם מחזיקיהם, בהשוואה לעדים רגילים ולבעלי-דין רגילים. חסיונות כאלה נוטים להפלות בין איש לרעהו, ולכן אינם רבים במספרם. רבים יותר הם החסיונות המושתתים על טעמים תוכניים ואישיים כאחד. אלה הם החסיונות המעורבים, החלים, בין היתר, על היחסים בין עורך-דין ללקוח, בין רופא לחולה, בין פסיכולוג למטופל ובין כוהן דת למתודה³². יחסים כאלה מושתתים על אמון בין-אישי (loyalty) שהוא ערך ברי-טיפוח³³. הפן האישי התוחם את גבולותיהם של החסיונות המעורבים על ידי מתן פטור מחובות הגילוי לאנשי האמון, מעורר שאלה קשה ביחס להחלת החובות הללו על מוטבי החסיונות. הניתן לדרוש מאדם כי יגלה במשפט את הסוד שהפקיד בידי רופאו או בידי עורך-דינו? החייב אדם לגלות במשפט את סתרי לבו, שאותם פרש בשעתו בפני פסיכולוג? בעוד שעניינים שבמשפטנות זוכים אצלנו להגנה תוכנית מלאה, ספק אם הגנה זו מוקנית גם לדברים שהוחלפו בין מטפל למטופל או אגב טיפול רפואי או פסיכולוגי. מצב דברים זה טעון חקון. מטעמים שיסודם בפרטיות האדם, מן הראוי לקבוע חסיון תוכני עבור יחסים שבין רופא וחולה, בין פסיכולוג למטופל וכיוצא באלה. מידע שנאסף על ידי קציני מבחן ועובדים סוציאליים אף הוא ראוי לאותה הגנה³⁴. השלמת התמונה, מן הראוי להזכיר כמה הוראות דין — בעלות גרעין רעיוני משותף — המגנות על עדים מסוימים מפני חקירה נגדית על אופיים. נאשם בפלילים לא יוכל, ככלל, להיחקר על "אופיו הרע", ובכלל זה המעשים הפליליים שעשה בעבר³⁵. מתלוננת על עבירת מין פטורה, בדרך כלל, מחקירה על עברה המיני³⁶. מגבלות דומות, אם כי חלשות יותר, חלות גם על חקירת מתלונן במשפט

- 31 McCormick, לעיל הערה 26, כרך I, 292-312.
- 32 כאמור בסעיפים 48-51 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. ראה הרנן ב, בעמ' 97-96.
- 33 זוהי עמדתו של גיורא פלטר. ראה G.P. Fletcher *Loyalty: An Essay on the Morality of Human Relationships* (Oxford, 1993) 78-82.
- 34 ראה הרנן ב, בעמ' 123-128. חסיון חלקי להסקיר של קצין מבחן נקבע בחקנה 28 לתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, אולם ספק גדול בעיניי אם ניתן היה לקבוע הוראה זו בחקיקת-משנה.
- 35 כאמור בסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. ראה ע"פ 152/52 מזרחי, פ"ד ז 306; ע"פ 115/66 היימן, פ"ד כ(3) 421; ע"פ 239/86 בר-עט, פ"ד מ(2) 430.
- 36 כאמור בסעיף 2 לחוק לחיקון סדרי הדין (חקירת עדים) התשי"ח-1957. לפירוש הנראה דומה שבדין האנגלי, s. 2, The Sexual Offences (Amendment) Act 1976; ראה *R v. Viola* (CA) [1982] 3 All ER 73 (פסק-הדין המנחה בסוגיה); *R v. Funderburk* [1990] 2 All ER 482 (CA). ראה גם מאמרה המצוין של ג'ניפר טמקין, המוחת ביקורת נוקבת על גישתם של J. Temkin "Sexual History Evidence — The Ravishment of Women", *Crim. L. Rev.* (1993) 3, Section 2.

שבו נדונה פגיעה בפרטיותו או בשמו הטוב³⁷. עיקר תחולתן של ההוראות הללו הוא ביחס למידע אשר עשוי להיות רלבנטי לבירור המשפט. מסיבה זו, ההוראות הללו קרובות יותר לחסיון מפני "רצח אופי" מאשר לכלל פסילה ראייתי רגיל. "רצח אופי" במהלכה של חקירה נגדית עלול לגרום לעיוות דין. הוא עלול להרתיע עדים ממסירת עדות, במיוחד אם אלו נאשמים בעלי עבר פלילי או מתלוננים על עבירות מין³⁸.

ראינו כי חסיונות ראייתיים באים להגן על אינטרסים שונים ומגוונים. מבחינת כוחם, חסיונות אלה יכול שיהיו מוחלטים או יחסיים. מבחינת היקף התפרשותם, הם יכולים להיות אישיים, תוכניים או מעורבים. לאורו של רקע כללי זה – ולאור העובדה שיחסי בנק-לקוח מתנהלים, ברגיל, בתנאי סודיות – ההכרה המשפטית בחסיון המידע המועבר במסגרת יחסים אלו מצריכה דיון בשאלות האלה:

(א) האם ראוי להגן על סודיות המידע הנ"ל מפני גילוי במשפט, ואם כן – באילו תנאים ראוי להגן עליה? ובלשון מפורטת יותר: האם ראוי ליצור חסיון בנק-לקוח, ואם כן, כמה כוח ראוי להעניק לו ומה יהא היקף התפרשותו הראוי? האם על חסיון זה להיות חסיון מוחלט או חסיון יחסי? האם ראוי לעצבו כחסיון אישי או תוכני, או שמא כחסיון מעורב?

(ב) האם הדין הישראלי מכיר בקיום החסיון האמור? על מה נשענת הכרה זו ומהם תנאיה?

אלה הן, בקיצור, השאלות ביחס לדין הרצוי מזה ולדין המצוי מזה. שאלות אלה תידונה עתה, לפי סדר הצגתן. סדר זה נקבע לאור "הזנת המצוי על ידי הרצוי", תופעה המוכרת היטב בשפיטה, שיש לגביה מחלוקת בתורת השפיטה³⁹.

3. חסיון בנק-לקוח: הדין הרצוי

פרק זה יבסס את הטענה כי יש להכיר בחסיון בנק-לקוח מטעמי הגנה על פרטיותו של הלקוח. מטעמים אלו ייגור גם טיבו של החסיון המוצע. חסיון זה, ראוי לו שיהא תוכני (ולא אישי או מעורב), דבר שיקנה פטור מחובות הגילוי לא רק לבנק, אלא גם ללקוח עצמו. חסיונות בעלי גוון אישי יפים רק כתמריץ להעברת מידע סודי מאיש לרעהו, במסגרתו של שירות מקצועי בעל חשיבות חברתית. ראוי לקבוע תמריץ כזה כדי למנוע את כישלון השירות או את אי-נתינתו מחמת חששות החשיפה של הנזקקים לשירות. סכנה זאת אינה ממשית בעת

37 ראה סעיף 28 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, וכן סעיף 22 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

38 Zuckerman, לעיל הערה 2, בעמ' 283-257 *J. Temkin Rape and the Legal Process*; (London, 1987) 119-133.

39 .E. Bodenheimer "Law as a Bridge between Is and Ought" 2 *Ratio Juris* (1988) 137

שמדובר בשירותי בנק. מסיבה זו, אין מקום לייסוד החסיון בנק-לקוח על רעיון התמריץ. רעיון זה נשלל על ידי בפרק 4, כתלק מהדיון בהשקפה הרואה בחסיון בנק-לקוח חסיון מעורב בעל גוון אישי. השקפה זו, אשר אומצה בפסק-דינו של בית-המשפט העליון⁴⁰, גורסת כי הפטור מן החובה לגלות מידע בנקאי יוענק אך ורק לבנק, להבדיל מהלקוח עצמו⁴¹.

החסיון התוכני המוצע, ראוי שיהא יחסי ולא מוחלט. פרטיות האדם יכול שתעלה בחשיבותה על בירור האמת, שלמענו נקבעו חובות הגילוי המשפטיות, ומכאן הצורך בחסיון. כיוון שלא תמיד הדבר כך, וכיוון שהאיוון בין שני הצרכים המנוגדים איננו יכול להיקבע מראש, מן הראוי לאפשר לבתי-המשפט להפוך את החסיון לגלוי. גישה זו מעוררת קושי: אימוצה כפשוטה, משמעו חסיון תוכני-יחסי אשר יחול בכל מקרה של התנגשות בין חובות הגילוי לבין פרטיותו של אדם. חסיון כזה יפתח פתח לאיין-ספור התנגדויות לגילוי ראיות ולהעדת עדים, ובתי-המשפט יצטרכו להכריע בכל התנגדות כזאת בדרך של איוון אינטרסים⁴². תוצאה זו איננה נסבלת בשל העלויות שתטיל על בעלי-הדין ועל החברה בכללותה. אשר על כן, ראוי להגן על פרטיותו של אדם באמצעות חסיון תוכני-יחסי רק במקרים שניתן להגדירם מראש. מידע בנקאי שבסודיותו קא עסקינן עונה על דרישה זו, וכמוהו עוד כמה סוגי מידע שפרטיות יפה להם. העמדת חסיון תוכני-יחסי במקרים כאלה לא תהא כרוכה בעלויות רבות, ועניין זה עוד יוסבר להלן.

מן הסיבה הזאת, ראוי שהחסיון המוצע ייקבע בכלל משפטי בעל גבולות ברורים. לרעתי, קביעתו של כלל כזה היא עניינו של המחוקק. חסידיו של אקטיביזם שיפוטי נרחב עשויים לחלוק על השקפה זו. לתמיכה בעמדתם ניתן להביא טעמים בעלי משקל, אך רשימתי זו לא תדון בשתי העמדות ולא תכריע ביניהן. תכלית הרשימה דגן היא לבחון את עניין ההכרה בחסיון בנק-לקוח, הא ותו לא; לא אעסוק כאן בקביעה מי מוסמך להכיר בחסיון זה או אחר⁴³.

כאן המקום לעבור לדיון בעניינים שבהם עסקינן. ללקוחו של בנק יש אינטרס ברור שלחשבונוותיו, המשקפים את ענייניו הממוניים, לא יינתן פומבי ללא הסכמתו. חובת הבנק לשמור על הפרטיות הפינאנסית של לקוחותיו מעוגנת היטב בנוהג בנקאי ובהסכמים שבין בנקים ללקוחותיהם⁴⁴. על כן אין ספק שחברתנו, כמו חברות רבות אחרות, רואה בפרטיותו הפינאנסית של אדם דבר בעל-ערך. הכרה

40 ראה רע"א 1917/92 סקולר ואח' נ' גרבי ואח', פ"ד מו(5) 764.

41 ראה להלן ליד הערות 88-97.

42 דוגמא לגישה זו טופקה באחרונה בת.פ. (י"ם) 305/93 מדינת ישראל נ' דרעי ואח' (החלטה בעניינו של תיק רפואי, שטרם פורסמה).

43 בעניין ההשקפה שראוי לאמץ, לרעתי, בכגון דא ראה דוורקין, לעיל הערה 7. ראה גם א' שטיין "סעיף 10 לפקודת הראיות: פרשנותו הראויה ופטיקתו של בית-המשפט העליון" משפטים כא (תשנ"ב) 325, 330-333 (דברי התנגדות לאקטיביזם שיפוטי נרחב בדיני הראיות ובכלל).

44 E.P. Ellinger *Modern Banking Law* (Oxford, 1987) 96.

בפרטיותו הפינאנסית של אדם, משמעה הקטנת נגישותם של אחרים למידע אשר מחייחס לענייניו הממוניים⁴⁵. לא כל עניין ממוני יכול, כמובן, לזכות להכרה כזאת. זכות האדם במקרקעין, למשל, אינה יכולה להישמר בתנאי פרטיות, שהרי אדמתו וכל הבנוי והנטוע עליה עומדים חשופים לעיני הבריות. דבר זה נכון גם לגבי כלי רכב וספינות, שדרכם לנוע ברשות הרבים. זכויות קניין שדרכן להשפיע על מצבו המשפטי של ציבור בלתי-מסוים, נידונות אף הן לחשיפה. זכויות כאלה טעונות, לרוב, רישום במרשמים ציבוריים הפתוחים בפני כולי עלמא⁴⁶.

עם זאת, יש ענייני ממון שפרטיות יפה להם. רכוש המצוי בביתו של אדם נמנה בכירור עם עניינים אלה, וכך גם חשבון שיש לאדם בבנק. לקוחותיהם של הבנקים חפצים שחשבונותיהם יגוהלו בתנאי סודיות, והבנקים מספקים להם את מבוקשם ברצון.

האם פרטיותו הפינאנסית של אדם, המוגנת על ידי זכות הסודיות שלו כלפי בנק, תהא עדיפה, מהבחינה הערכית, על חשיפת האמת במשפט?⁴⁷ לשאלה זו לא ניתן להשיב באופן כוללני. בהחלט ייתכנו מקרים, שמספרם לא מבוטל, אשר יצדיקו פגיעה בפרטיות הפינאנסית של אדם למען גילוי האמת במשפט. אם כן, האם חשיפת האמת במשפט תהא לעולם עדיפה על פרטיותו הפינאנסית של אדם? לשאלה זו יש להשיב בשלילה. בהחלט ייתכנו גם מקרים אשר יצדיקו את ההגנה על פרטיותו הפינאנסית של אדם, אפילו על חשבון חשיפת האמת במשפט. גם מספרם של מקרים כאלה אינו נראה זניח. כאן מתנגשים שני ערכים חשובים, ולא קל להכריע ביניהם מראש. מהו אפוא הכלל המשפטי שראוי לקבעו בענייננו? באין אפשרות להעדיף מראש את אחד הערכים המתנגשים, המענה לשאלה זו מחייב בחירה עקרונית בין כמה אפשרויות:

(א) קביעת כלל גורף שיכריע בין הערכים המתנגשים, לכאן או לכאן;

(ב) הימנעות מן ההכרעה הכללית בין הערכים המתנגשים, והעברת כוח ההכרעה בכל מקרה פרטי לבתי-המשפט;

(ג) חלוקת המקרים הקיימים לקבוצות מוגדרות; קביעת כללים פרזומפטיביים ברורים לגבי חלק מהן ונקיטת גישה א לגבי היתר;

45 R. Gavison "Privacy and the Limits of Law" 89 Yale L. J. 421 (1980).

46 כפי שמציין פרופסור וייסמן, עיקרון זה של פומביות הרישום מקובל בהרבה מדינות, לפחות ביחס לזכויות קניין במקרקעין. ראה וייסמן דיני קניין – חלק כללי (התשנ"ג) 302-304. וייסמן מביא גם השקפה קיצונית עוד יותר, שגיבשה ועדה משפטית-ממלכתית באנגליה: "a reasonable answer to the question: Why should anyone be entitled to know what property someone owns? might be much the same as that given to an equivalent question: Why should a cat be able to look at a king? – because it does the king no harm and could benefit the cat."

(שם, בעמ' 303, הערה 4).

47 בנוגע לחשיבותה של פרטיות פינאנסית כערך כ"הגנה במשפטנו ראה ע"א 439/88 מדינת ישראל ואח' נ' ונטורה ואח' (טרם פורסם).

(ד) חלוקת המקרים הקיימים לקבוצות מוגדרות; נקיטת גישה ב לגבי חלק מהן ונקיטת גישה א או גישה ג לגבי היתר;

(ה) קביעת כלל פרזומפטיבי אחיד לגבי כל המקרים, והוא יעדיף באופן בלתי-מוחלט ערך אחד על פני מתחרהו;

(ו) חלוקת המקרים הקיימים לקבוצות מוגדרות; קביעת כלל פרזומפטיבי נפרד לכל קבוצה וקבוצה.

כללים פרזומפטיביים⁴⁸ הם כללים שאינם מוחלטים. עם זאת, הם מטים מראש את כף המאזניים לטובת ערך מסוים ובכך מגבילים את יכולתו של השופט להגיע להכרעה אחרת. יכולתו זאת מותנית בקיומם של טעמים חריגים, שחשיבותם עולה בבירור על הערכים שהכללים מגנים עליהם.

ברצוני להתייחס תחילה לאפשרות (ב), שלדעתי יש להוציאה מכלל חשבון. היא מציעה להקנות לבתי-המשפט שיקול דעת רחב אשר יופעל בכל מקרה של התנגשות בין הצורך לגבות ראייה לבין פרטיותו של אדם. אפשרות זו מעוגנת, לכאורה, בהגנה שניתנה לפרטיות על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה אינו גורע מהדין שקדם לו, וחובות הגילוי המשפטיות נופלות בגדרו של דין זה. אולם, כפי שקבע השופט אלון, את הדין האמור יש לפרש בהתאמה לחוק היסודי⁴⁹, ואפשרות (ב) תואמת לכאורה את הנחייתו הפרשנית הכללית. למרות השיקול האחרון – וחרף הנטייה מושכת-הלב לאפשר לבתי-המשפט להכריע בכל מקרה על פי נסיבותיו – אפשרות (ב) איננה ראויה לאימוץ. הרעיון שבתי-המשפט יעסקו באיזוני אינטרסים בכל מקרה של התנגדות, מטעמי פרטיות, לגביית ראייה, הוא רעיון שנוקיו עולים על תועלתו⁵⁰. הוצאות אכיפתו של רעיון זה – לרבות העלויות החברתיות, שתגרום הימשכותן של ההתדייניות המשפטיות – תהיינה עצומות. הוצאות אכיפה אלה תהיינה עצומות משום שענייני פרטיות על גזוניה השונים יתעוררו ביחס לראיות רבות מאוד. קביעתו של כלל משפטי גורף, אשר יכריע בין הערכים המתנגשים לכאן או לכאן, עשויה על כן, להביא לחיסכון רב בהוצאות האכיפה.

הערכה מתבקשת זו של הוצאות האכיפה שוללת גם את אפשרות (ד). אפשרות זו (על כל חלופותיה) אינה אלא גרסה ממותנת במקצת של אפשרות (ב). גם כאן הוצאות האכיפה תהיינה כבדות מנשוא.

48 לדין מאלף בכללים פרזומפטיביים ראה E. Ullmann-Margalit "Revision of Norms" 100

Ethics (1991) 756; F. Schauer *Playing by the Rules* (Oxford, 1991) 104-118

49 ראה בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338; בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704.

50 בנוגע להשקפת עולם שיפוטית שביסודה "איזון אינטרסים" ראה ברק, לעיל הערה 18. כמו כן ראה דברי הנשיא שמגר בב"ש 368/86, 298, לעיל הערה 25.

אפשרות (א) חוסכת את הוצאות האכיפה הכרוכות באפשרויות (ב) ו-(ד). זאת היא עושה על חשבון אחד הערכים המתחרים, שבמסגרתה יידחה כליל. כיוון שהוצאות האכיפה הנחסכות מוערכות כעצומות, אפשרות (א) תהא עדיפה בכירור על אפשרויות (ב) ו-(ד). האם היא תהא עדיפה גם על אפשרות (ג)? אפשרות (ג) מציעה להבחין בין ענייני פרטיות מוגדרים שיגברו בדרך כלל על חובות הגילוי המשפטיות, לבין יתר סוגי הפרטיות שלעולם יידחו על ידי חובות אלה. כך יימנע הנזק הכרוך באפשרות (א). אפשרות (ג) איננה דוחה באופן כה גורף את אחד הערכים המתחרים, שכאמור עשוי להיות עדיף על משנהו במקרים לא מעטים. בצדה של אפשרות (ג) אין גם נזק אשר בצדן של אפשרויות (ב) ו-(ד). אפשרות (ג) מציעה לקבוע כלל מוגדר שימזער את הוצאות אכיפתו השיפוטית. בצדה של כל אפשרות כזאת יש, כמובן, "עלויות הכרזה" (promulgation costs). אלה הן עלויות הכרוכות בקביעת תוכנו של כלל משפטי באופן שיכסה את כל המקרים הראויים ורק אותם. עלויות אלה יכול שתהיינה גבוהות יותר מעלויות האכיפה או נמוכות מהן. מקום שההסדר המשפטי שקביעתו נשקלת עתיד להיות מיושם במקרים רבים שניתן להגדרם מראש, אין לחשוש מעלויות ההכרזה. בנסיבות אלה כדאי יהיה לקבוע את ההסדר בגדרו של כלל משפטי גורף. בהעדרו של כלל כזה, הוצאות אכיפתו של ההסדר תהיינה מרובות וללא ספק תעלינה על עלויות ההכרזה. לעומת זאת, אם צפוי שההסדר המשפטי הנשקל לא יחול במקרים רבים, ואם המקרים שבהם ראוי להחילו חומקים מניסיונות ההגדרה, עלויות הכרזתו תהיינה גבוהות. במצב דברים זה, ויתור על הרעיון לקבוע כלל משפטי גורף יהא כרוך, כמובן, בהוצאות האכיפה, אולם, בשל מיעוט המקרים שבהם הוצאות אלה תוצאנה, הן תהיינה נמוכות יחסית. על כן ברור שבמקרים כאלה נעדיף להעניק שיקול דעת רחב לשופטים, ולא לקבוע כלל משפטי גורף.

מכאן ברור מדוע אפשרות (ג) עדיפה גם על פני אפשרויות (ה) ו-(ו). אפשרות (ה) קרובה לאפשרות (א), שאותה, כאמור, שללנו בשל היותה גורפת. תיקונו של פגם זה על ידי החלשת הכלל הפרוזומפטיבי האחזר תקרב את אפשרות (ה) לאפשרות (ב), שאף אותה מצאנו פגומה בשל הוצאות אכיפתה המרובות. מניעת הפגמים האמורים בדרך שאינה דוחה את הרעיון הטמון באפשרות (ה) יכולה להיעשות רק במסגרת אפשרות (ו). הבחירה באפשרות זו, משמעה קביעה פרטנית של מאות כללים פרזומפטיביים בעלי מהות שונה. ניסיון כזה — אף אם יעלה יפה — יהא כרוך בעלויות הכרזה עצומות. עלויות אלה יולידו כללים שרובם לא ישרתו אלא מקרים בודדים, ולכך אין כל הצדקה⁵.

אפשרות (ג) שבה בחרנו מקפלת בתוכה שני כללים:

- (1) כלל פרזומפטיבי כרבר חסיון שיגן על פרטיותו של אדם במקרים קבועים הניתנים להגדרה ברורה מראש;

51 הניתוח דלעיל נשען על "Rules versus Standards: An Economic Analysis" L. Kaplow, 42 Duke L.J. (1992) 557.

(2) כלל גורף הקובע את העדרו של חסיון (דהיינו: חובת גילוי בלתי-מסויגת) בכל יתר המקרים, שבהם קיימת התנגשות בין חובות הגילוי המשפטיות לבין פרטיותו של אדם⁵².

כלל (1) מגבש, לדעתי, איזון ראוי בין הערכים המתנגשים, בעלויות הכרזה נמוכות, דבר שיביא, כאמור, לחיסכון משמעותי בהוצאות האכיפה שהיו נגרמות על ידי הענקת שיקול דעת רחב לשופטים. כלל (2) מעניק עדיפות קבע לחובות הגילוי המשפטיות בכל מקרה שכלל (1) אינו מכסה. עמדתו זו של כלל (2) – שכאמור, נועדה לשלול איזון אדי-הוק בין הערכים המתנגשים – איננה ננקטת בשל עדיפות עקרונית קבועה של בירור האמת כמשפט על פני אינטרס הפרטיות. עמדה זו ננקטת מחמת שני אלה:

(א) גיבושו של מגוון איזוני הערכים העתידיים בכללי משפט גורפים או פרזומפטיביים יהא כרוך בעלויות הכרזה עצומות;

(ב) הפקדת מלאכה זו בידי בתי-המשפט תהא כרוכה בהוצאות אכיפה מרובות, כפי שכבר נאמר לעיל.

טעמים כלכליים אלה מצדיקים את ההסדר המוצע ואת הכרעתו כשאלה "כלל נוקשה או שיקול דעת שיפוטי?". הגורמים המצדיקים הכרעה זו גם לגופה הם ערכה של הפרטיות ואומדן הנזקים שהיו נגרמים למערכת המשפט, אילו בחרה להעניק לפרטיות עדיפות קבע. כיוון שנוזקים אלה עשויים להיות כבדים מנשוא, בא כלל (2) ומונע אותם. כלל זה מסכל מראש כל ניסיון לשכנע את בית-המשפט להכיר, מטעמי פרטיות, בחסיון שאיננו מוכר על ידי כלל (1).

טעמיו של כלל (2) נמנים, לדעתי, עם עילות הגבלתה של הזכות לפרטיות אשר מוכרות כלגיטימיות על-ידי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. סעיף זה מאפשר פגיעה בפרטיות האדם "במידה שאינה עולה על הנדרש", כשהפגיעה מיוסדת בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה". הניסיון הפרשני שנוצר לעיל – אשר עיקרו, כאמור, הקמת חסיון ראייתי כללי על אדני הזכות לפרטיות כזכות יסוד – דינו אפוא להיכשל.

כאן המקום לשוב לכלל (1), שכאמור יגן על פרטיותו של אדם במקרים אשר ניתנים להגדרה ברורה מראש. כלל זה ימזער את הוצאות האכיפה בשיעור ניכר; עלויות ההכרזה הכרוכות בו תהיינה נמוכות יחסית. עיגונו של חסיון בנק-לקוח בגדרו של כלל כזה לא יעורר קשיים⁵³. מידע המוחזק בידי בנקים ונוגע לענייני

52 כללים אלה משקפים, כמובן, לא רק את הרצון לחסוך בהוצאות הכרזה ובהוצאות אכיפה. הם נועדו להגן על פרטיותו של אדם, כל אימת שניתן לעשות זאת ללא עלויות חברתיות מופרזות. מסיבה זו, כלל (1) איננו מכיל בחובו חזקה הפוכה (שהוצאות אכיפתה תהיינה שוות לאלו הכרוכות באכיפת החזקה המוצעת).

53 כלל כזה יהא, כאמור, יפה גם לענייני פרטיות נוספים, אך אלה אינם עומדים כאן לדיון.

הממון של לקוחותיהם ניתן להגדרה בקלות. חשיפה בלתי-מבוקרת של מידע כזה, כל אימת שהוא רלבנטי למשפט, תפגע בפרטיות במקרים שבהם ראוי להגן עליה. נזק זה ניתן למנוע על ידי קביעת כלל משפטי פרזומפטיבי שיעניק חסיון למידע בנקאי. חסיון זה ראוי שיקויים בכל המקרים, פרט למקרים חריגים מובהקים, שבהם תינתן עדיפות לחובות הגילוי המשפטיות. על כן, בעל-דין החפץ בגילוי של מידע בנקאי שאינו שלו יידרש להצביע על טעמי גילוי מיוחדים, הגוברים בעליל על טעמי החסיון. במקרים שאינם ברורים יועדף החסיון על פני הגילוי, כדרכו של כלל פרזומפטיבי. כדי שהמקרה ייחשב לחריג מובהק, המצדיק סטייה מן הכלל בדבר חסיון, יהא עליו לקיים שני תנאים:

(1) תנאי הנחיצות הראייתית: על מבקש הגילוי לשכנע את בית-המשפט כי אין לו דרך אחרת להוכיח עובדה כלשהי, העשויה להטות את כף המאזניים במשפט;

(2) תנאי העדיפות העניינית: על מבקש הגילוי לשכנע את בית-המשפט כי הזכות המהותית שלהוכחתה הוא פועל עריפה על הזכות לפרטיות שבה הוא מבקש לפגוע.

התנאי האחרון מקפל בתוכו שיקולים ערכיים. עם זאת, הפעלתו לא תהא קשה, שכן בכל מקרה שאינו ברור יפעל בית-המשפט על פי הנחת השקילות העניינית ("תיקו") וכריע לטובת החסיון⁵⁴. יובהר, כי הנחת השקילות העניינית לא תחול במשפט פלילי כאשר המידע שלגביו מבוקש החסיון נחרך להגנת הנאשם. סודיות בנקאית (ולטעמי, גם כל סודיות אחרת) ראוי שתסוג מפני הצורך להגן על הנאשם מפני הרשעת שווא.

בכלל ההכרעה שהצעתי עבור מצבים של שקילות עניינית תומכים שני שיקולים נוספים. ראשית, כללי הכרעה זהים מופעלים — במצבים של שקילות עניינית — לטובת כל החסיונות היחסיים המוכרים בדין הישראלי⁵⁵. במצבים של שקילות עניינית ניתן להכריע לכאן או לכאן. יהא זה אפוא ראוי להטות את הכף לטובת החסיון הבנקאי, על מנת לקיים אחידות משפטית⁵⁶. שנית, כלל ההכרעה הנבחר עשוי להשפיע על איסוף הראיות על ידי מבקש הגילוי. בידעו כי לעולמו של מידע בנקאי קשה עד מאוד לחדור, ישקיע בעל-הדין מאמץ רב יותר בחיפושיו אחר ראיות חלופיות. במצב של שקילות עניינית, גם שיקול זה מטה את הכף לטובת החסיון.

54 כך פועלים כללים פרזומפטיביים. ראה Ullmann-Margalit, לעיל הערה 48; Schauer, לעיל הערה 48. "exerts prescriptive pressure in a world of uncertainty", (שם, בעמ' 109).

55 דבר זה ניתן ללמוד מהגדרות החסיונות היחסיים שבפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א-1971. על פי הגדרות אלה החסיון הוא הכלל, ואילו גילוי הראיה החסויה — יוצא מן הכלל.

56 על חשיבותה של אחידות משפטית ראה א' ברק פרשנות כמשפט (כרך ב, התשנ"ג) 472-473.

כללים אלה יש להחיל לא רק ביחס למידע המוחזק בידי בנק, אלא גם ביחס למידע בנקאי (כגון חשבונות) המוחזק בידי לקוחו של בנק. במילים אחרות, מן הראוי שהחסיון הבנקאי יהא חסיון תוכני ולא חסיון אישי. חסיון זה – משמעו פטור מחובות הגילוי המשפטיות, ולא תהא בו כל הוראה בדבר אי-קבילות ראייתית. לפיכך, מידע בנקאי שהגיע לידיים זרות יהא, בדרך כלל, בריגולוי⁵⁷. אולם, מקום שמדובר במידע בנקאי אשר הושג שלא כדין ותוך פגיעה בפרטיותו של הלקוח, המידע לא יתקבל, בדרך כלל, כראיה, כמצווה בסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981⁵⁸.

פרטיות פיננסית הקשורה למידע בנקאי תהא אפוא מופלית לטובה, לעומת כמה סוגי פרטיות אחרים. זו הראשונה תהא ראויה להגנה באמצעות חסיון ראייתי, ואילו אלה האחרונים ייסוגו מפני חובות הגילוי המשפטיות. ראינו, עם זאת, כי אף שאין לה, לאפלייה זו, הצדקה הנגזרת ממהותם של סוגי הפרטיות, למדיניות המביאה לתוצאה האמורה יש הצדקה כלכלית. ההצדקה היא מיזעורן של עלויות ההכרזה והוצאות האכיפה כאחת. כשמדובר באינטרס הראוי להגנה משפטית, מן הראוי להגן עליו, אך לא בכל מחיר. כשמדובר בשני אינטרסים בעלי משקל דומה או שווה, מן הראוי להגן עליהם באופן שווה, אך גם זאת לא בכל מחיר. מקום שההגנה המשפטית על אינטרס א טעונה עלויות מרובות, שעה שהוצאות ההגנה על אינטרס ב אינן מן הגבוהות, יהא זה מוצדק להגן על אינטרס ב בלבד⁵⁹.

4. חסיון בנק-לקוח: הדין המצוי

4.1 פסיקתם של בתי-המשפט

בפרק זה תיבחן גישתם של בתי-המשפט הישראליים לחסיון בנק-לקוח. במסגרת זו תיבחן גם השאלה בדבר המסגרת אשר בה ראוי לעגן את החסיון.

א. פרשת גוזלן⁶⁰

תאגיד בנקאי מצרפת, שניהל התדיינות נגד שמואל פלאטור-שרון, פנה לבית-המשפט בבקשה להוציא צו שיאפשר לו לבדוק רישומים בנקאיים מסוימים ולהעתיקם. רישומים אלה פירוטו את הנעשה בחשבונות בנק שהיו שייכים לה"ה גוזלן, אנשים שלא היו צד לאותה התדיינות. לטענת המבקש, ה"ה גוזלן ניהלו את החשבונות האמורים כ"אנשי קש" של פלאטור-שרון. בקשה זו הוגשה על יסוד

57 השווה הרנון ב, בעמ' 70-69, 103.

58 כלל זה נידון בהרחבה ב-"The Israeli Approach to Evidence Obtained in Violation of the Right to Privacy" 18 Is. L. Rev. (1983) 215. אשר לאפשרות הפעלתו במצב הנזכר בטקסט, ראה רע"א 68/88 זילברמן נ' בנק אמריקאי ישראלי, פ"ד מב(2) 383, 389.

59 זהו אחד הלקחים העיקריים העולים מגיהותו של Kaplow, לעיל הערה 51.

60 רע"א 174/88 גוזלן נ' קומפאני פרויזן דה פרטיסיפסיון, פ"ד מב(1) 563.

האמור בסעיף 39(א) לפקודת הראיות, המקנה לבית-המשפט סמכות להורות על בדיקתו ועל העתקתו של כל רישום שבספר בנקאי. ה"ה גוזלן התנגדו מצדם לבקשה. הם טענו, כי עומד לזכותם חסיון, וזאת מכוח סעיפים 2(7) או 2(8) לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981, כשכל אחד מהסעיפים האמורים מופעל במשולב עם הוראת סעיף 32 לאותו חוק. הכיצד? כך טוענים ה"ה גוזלן:

(א) הם זכאים לסודיות ביחסיהם עם הבנק בו מתנהלים החשבונות נשוא הבקשה, וזאת מכוח דין או לפחות מכוח תנאי חוזה אשר נקבע, במפורש או במשתמע, בינם לבין אותו בנק;

(ב) זכות זו לסודיות נועדה להגן על פרטיותם;

(ג) הפרתה של חובת סודיות אשר נקבעה בדין ביחס לענייניו הפרטיים של אדם מהווה פגיעה בפרטיות, כאמור בסעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות. כאמור בסעיף 2(8) לאותו חוק, הפרתה של חובת סודיות אשר נקבעה בהסכם – מפורש או משתמע – לגבי ענייניו הפרטיים של אדם, אף היא תיחשב לפגיעה בפרטיות;

(ד) על פי סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, "חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות יהיה פסול לשמש ראיה בבית-משפט, ללא הסכמת הנפגע, זולת אם בית-המשפט החיר מטעמים שיירשמו להשתמש בחומר, או אם היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה";

(ה) בהעדר טעמים מיוחדים, ובאין הגנה או פטור כאמור בסעיף 32 סיפא, מן הדין לקיים חסיון ביחס למידע הבנקאי המבוקש.

עניינים אלה הובאו, לבסוף, להכרעתו של בית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון קבע, כי בנק אכן חב חובת סודיות ללקוחו, אך זאת מכוח הסכם – מפורש או משתמע – ולא מכוח דין. הוראת דין יחידה שיכלה לרמוז על קיומה של חובה כזאת מצויה בסעיף 15(א) לפקודת הבנקאות, 1941, שזו לשונו:

לא יגלה אדם ידיעה שנמסרה לו ולא יראה מסמך שהוגש לו לפי פקודה זו או לפי חוק הבנקאות (רשוי), תשמ"א-1981.

דא עקא, כפי שאכן נקבע על ידי בית-המשפט, הוראה זו בדבר סודיות חלה על ידיעות ומסמכים המועברים לרשויות מתאימות אגב פיקוחן על תאגידים בנקאיים. במילים אחרות, מדובר בה בחובת סודיות החלה ביחסי בנק-פיקוח, ולא ביחסי בנק-לקוח. יוצא אפוא שסעיף 2(7) לחוק הגנת הפרטיות לא חל במקרה דנן.

ומה בנוגע לסעיף 2(8), שאף הוא מביא, לכאורה, לאותה תוצאה? מבלי

לדחות טענה זו לגופה, בית-המשפט לא ראה צורך לדון בה. הסיבה לכך הייתה נעוצה ב"קנוניה" שה"ה גוזלן השתתפו בה, לדעת בית-המשפט, בתורת "אנשי קש" של פלאטו-שרון. כפי שנאמר על ידי בית-המשפט,

...אם פסקה (8) יכולה בכלל לחול בענייננו (ועל כך אין אנו מחורים דעה), אין היא יכולה להגן אלא על מי שבתום לב מבקש להגן על "ענייניו הפרטיים", ולא על מי שמבקש להסתיר קנוניה שנעשתה בינו לבין אחר לגבי השימוש בחשבוננו המתנהל בבנק⁶¹.

במילים אחרות, גם אילו ניתן היה להיאחז בסעיפים (8)2 ר'32 לחוק הגנת הפרטיות כבסיס לטענת חסיון ביחס למידע בנקאי, כאשר היאחזות זו נועדה להסתיר קנוניה היא נופלת בגדר של שימוש לרעה בזכות. שימוש כזה מנוגד לעקרון תום הלב, ועל כן אין להתירו⁶². נקודה זו מעוררת את השאלה "מה קודם למה?". האם הוכחתו של מעשה קנוניה קודמת לשלילת החסיון, או שמא די בטענה בדבר קיומה של קנוניה כדי לשלול את החסיון מעיקרו ולאפשר לטוען הטענה להוכיח את מבוקשו? ואם האפשרות הראשונה נכונה, מהי מידת ההוכחה שתדרש ממבקש המידע הבנקאי? לפי גישתו של בית-המשפט, האפשרות הראשונה היא הנכונה, אולם די בכגון דא בהוכחה לכאורה, הא ותו לא⁶³. יצוין, כי בית-המשפט העליון אימץ את הגישה האמורה בפסקי-הדין העקרוני שיידון בהמשך⁶⁴.

קשה עד מאוד לחלוק על עמדתו זו של בית-המשפט העליון. שלילת המוחזק בתורת זכות מצריכה, בדרך כלל, הוכחה לפי מאזן ההסתברויות. אולם כאן מדובר בזכות לחסיון, וזו איננה זכות רגילה. זהו שחרור מהחובה הכללית להעיד במשפט ולהציג בו מסמכים, שמשמעו זכות לשלול את זכות הזולת למיצוי הדין, אשר נקבעה לטובת הפרט והחברה כאחד. כדברי הנשיא שמגר:

...החובה להעיד היא אחת מאבני היסוד של ההליך המשפטי. בלעדיה יהפוך ההליך... לאיסוף אקראי של נתונים מפי אלו המוכנים לנדבם מרצונם. האינטרס של בעלי-הדין הרוצים בגילוי האמת הוא, בדרך כלל,

61 שם, בעמ' 566.

62 החובה להשתמש בכל זכות דיונית ב"תום לב" ו"בדרך מקובלת" מעוגנת בסעיפים 39 ו-61(ב) לחוק התחום (חלק כללי), החש"ג-1973. ראה בר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461-462; עמרני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד ל"ז(2) 1, 10; ע"א 207/83 ועד הנאמנים לנכסי ההקדש המוסלמי בת"א-יפו נ' חברה, פ"ד מ"ב(2) 369, 377-376; ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מ"ב(2) 278, 290-291; ע"א 813/87 רוטברד נ' מדינת ישראל, פ"ד מ"ג(3) 514, 517-518.

63 ע"א 174/88, לעיל הערה 60, בעמ' 566.

64 רע"א 1917/92, לעיל הערה 40.

בכך שכל אדם, הכשר להעיד והיכול להביא לפני בית-המשפט עדות השייכת לעניין, אכן יהוייב לעשות כן. יתרה מזאת, הזכות להשמעת עדותו של אדם כאמור היא לא רק זו של בעל-הדין אלא גם זו של הציבור.⁶⁵

הדרישה, כי מעשה קנוניה שבו מדובר יוכח לפי מאזן ההסתברויות כתנאי להסרת החסיון הייתה מובילה לתוצאות בלתי-נסבלות. הוכחתה של קנוניה עשויה להיות תבויה במידע התסוי. בכל מקרה כזה דרישת ההוכחה לפי "מאזן ההסתברויות" הייתה מאפשרת לחוטא לצאת נשכר. במקום שניתן להוכיח את קיום הקנוניה מבלי להזיק למידע החסוי, נחיצותו הראייתית של אותו מידע מועטת. ראובן המוכיח כי שמעון חב לו חוב וכי יהודה מחזיק בחשבון בנק כ"איש קש" של שמעון, הוא בכחינת תובע שהשלים את מלאכתו באותה התדיינות. תובע זה יוכל לעקל לטובתו את הכספים שבחשבון הנ"ל ולאחר מכן לבוא על חיקונו, בכפיפות לכללי התחרות עם נושיו האחרים של הנתבע, אם ישנם כאלה. יוצא אפוא, כי כל דרישת הוכחה אשר עולה בתומרתה על זו שהוצבה על ידי בית-המשפט העליון הייתה שוללת שימוש ראייתי במידע בנקאי כשהוא הכרחי למיצוי הדין, ומאפשרת שימוש זה דווקא כשאין בו נחיצות של ממש.

קביעתו של בית-המשפט, כי ייחוס מעשה קנוניה לבעליו של חשבון בנקאי אין די בו, כשלעצמו, כדי להתיר שימוש ראייתי בפרטי החשבון, גם היא קביעה נכונה. באין דרישה להביא ראיות חיצוניות המצביעות לכאורה על מעשה קנוניה כאמור, גילוי של מידע בנקאי יהא תלוי בהבל-פה. תלות זו היתה מבטלת, הלכה למעשה, את החסיון. איזון האינטרסים שביסוד קביעתו של בית-המשפט מגיע, אפוא, לכדי שלמות.

נימוק נוסף לדחיית עמדתם של ה"ה גוזלן נתבסס על הוראת סעיף 32 סיפא לחוק הגנת הפרטיות. כפי שכבר נאמר, הוראה זו מאפשרת לבית-המשפט לקבל ראיה חרף השגתה על ידי פגיעה בפרטיות, אם ישנם שיקולים הגוברים על טעמי פסילתה.⁶⁶ מפסק-דינו של בית-המשפט משתמע כבירור, כי קיומה של קנוניה — או, ביתר דיוק, הצורך להוציאה לאור המשפט לשם מיצוי הדין — נמנה עם שיקולים אלה.⁶⁷

בית-המשפט העליון הוסיף וקבע, כי:

...לפי סעיף 35 לחוק אין הוראות חוק הגנת הפרטיות גורעות מהוראות כל דין אחר, לרבות מחובתו של בעל-דין למסור עדות לפי סעיף 1 לפקודת הראיות...⁶⁸

65 ב"ש 368/86, 298, לעיל הערה 25, בעמ' 358.

66 ראה דבריו של השופט שיינבוים בבג"צ 249/82 ועקנין נ' בית-הדין הצבאי לערעורים ואח', פ"ד לון(2), 393, 435-436.

67 ע"א 174/88, לעיל הערה 60, בעמ' 566.

68 ש.פ.

גם מטעם זה ראה בית-המשפט לנכון לדחות את טענתם של ה"ה גוזלן. טעם זה נראה על פניו בעייתי. אכן, סעיף 35 לחוק הגנת הפרטיות מורה שחוק הגנת הפרטיות הוא חוק שיורי, אולם הוראה זו יש לפרש נכונה. כלום יעלה על הדעת שכלל הפסילה הגלום בסעיף 32 לאותו חוק לעולם יידחה על ידי דרישה לתת עדות, באשר היא נשענת על ההוראה הכללית שבסעיף 1 לפקודת הראיות? ברור, כי תוצאה זו תעמיד את סעיף 32 לחוק בחזקת "אומר דברים ולא אומר כלום". קשה אפוא להניח שבית-המשפט נתכוון לה, מה גם שהוא לא פירש את כוונתו⁶⁹.

ב. פרשת סקולר⁷⁰

ההנמקה שניתנה להכרעת בית-המשפט העליון בפרשת גוזלן השאירה מקום להקמתו של חסיון בנקאי על אדני האמור בסעיפים 2(8) ו-32 לחוק הגנת הפרטיות. מהנמקה זו עולה, כי ניתן, לכאורה, להכיר בחסיון כזה אם בעליו של חשבון בנקאי, המתנגד לגילוי פרטי החשבון, איננו מעורב בשום קנוניה. אפשרות זו אכן עלתה לדיון בפרשת סקולר, שבמרכזה עמד סכסוך בין שתי כתות יורשים. עם כמות אלה נמנו צאצאיה של המנוחה דבורה בוסליק מזה, וצאצאיו של המנוח סנדר בוסליק מזה. כל אלה נולדו בעקבות נשואיו הקודמים של כל אחד מן המנוחים. דבורה בוסליק ז"ל הלכה לבית עולמה בהיותה נשואה לסנדר בוסליק. סנדר בוסליק ז"ל נפטר לאחר מכן בהיותו אלמן. לטענת יורשי דבורה בוסליק, מחצית הכספים שהיו, ביום פטירתה, בחשבונות בנק הרשומים על שם בעלה (למעט חשבון אחד כזה) הם כספים ששייכים לעזבונה. טענה זו התבססה על חזקת השיתוף בין בני זוג. עוד טענו יורשי דבורה בוסליק, כי אחד מיורשי בעלה המנוח משך כספים מאותם חשבונות משותפים. על כן ביקשו יורשיה של דבורה בוסליק "לבדוק ולהעתיק כל רישום שבספרים בנקאיים" המחייחים לאותם חשבונות. על מנת להשיג את מבוקשם, הם פנו לבית-המשפט בבקשה להוציא צו גילוי מכוח סעיף 39 לפקודת הראיות. יורשי סנדר בוסליק התנגדו לבקשה זו. התנגדותם התבססה, בין השאר, על שילובם המוכר של שלושה נדבכים משפטיים, דהיינו:

(א) חובת סודיות הסכמית, מפורשת או משתמעת, שבנק חב ללקוחו;

69 בית-המשפט הוסיף וקבע:

אך רשאי בית-המשפט לסרב להתיר הצגת שאלה לעד, אם במכלול הכולל של האינטרסים עניינו של העד שלא להשיב על שאלה פלונית עדיף על רלבאנטיותה לפלוגתאות השנויות במחלוקת במשפט (שם).
בית-המשפט לא הכהיר על מה בדיוק נשענת סמכות זו. החוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), החשי"ח-1957, איננו מקנה אותה, וכך גם סעיף 1(ב) לפקודת הראיות [נוסח חדש]. התשל"א-1971. ראה הרנון א, בעמ' 63. כמו כן ראה להלן הערה 101.
70 ת"א (ת"א) 377/91 סקולר ואח' נ' גרבי' ואח', פ"מ תשנ"ב (2) 83; רע"א 1917/92, לעיל הערה 40.

(ב) סעיף 2 (8) לחוק הגנת הפרטיות שממנו עולה כי הפרת החובה האמורה תהווה פגיעה בפרטיות הלקוח;

(ג) סעיף 32 לאותו חוק, שכאמור פוסל ראייה אשר הושגה על ידי פגיעה בפרטיות.

(1) הכרעתו של בית-המשפט המחוזי

בית-המשפט המחוזי קיבל את עיקרה של טענה זו, תוך שהוא מבחין (כמתבקש) בין המקרה שנידון בפניו לבין פרשת גוזלן. שלא כמו בפרשה ההיא, כאן אין כל רמז לקנוניה. נקבע אפוא, כי התנגדותם של יורשי סנדר בוסליק ראויה להתקבל, שכן:

היענות הבנק לדרישה של המבקשים הייתה מהווה פגיעה בפרטיות. המידע שהיה מושג כך היה בלתי-קביל לאור סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. סעיף 32 הותיר להחלטתו של בית-המשפט, מטעמים שיירשמו, את קבלתו של חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות. מאותם טעמים יוכל בית-המשפט להורות לבנק על המצאת מידע תוך פגיעה בפרטיות... בארץ, שלא כבאנגליה, בית-המשפט המתבקש להוציא את הצו לפי סעיף 39 [לפקודת הראיות – א.ש.] מוגבל מכוח חוק הגנת הפרטיות... לא הובאו בפניי טעמים המצדיקים פגיעה בפרטיות לעניין שיקול הדעת על פי סעיף 32, באשר המבקשים סברו שאין עוד מכשול כלשהו בדרכם...⁷¹

החלטתו החדשנית של בית-המשפט המחוזי טעונה בדיקה. לפני שזו תקום, מן הראוי לעמוד בקצרה על שתי קביעות נוספות שקבע בית-המשפט אגב אורחא, קביעות שלפיהן לא יחול החסיון החדש בנסיבות האלה:

(א) מידע לגבי תאגיד. לאור סעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות, אין הגנתו פרושה על מידע של תאגידים.

(ב) מידע הנוגע לחשבונות עסקיים, להבדיל מחשבונות פרטיים. סעיף 2(8), כסעיפי משנה אחרים לסעיף 2, מדבר בחובת סודיות לגבי ענייניו הפרטיים של אדם ולא לגבי כל ענייניו.⁷²

מסקנת של בית-המשפט, כי אין החסיון החדש מגן על חשבונות בנק השייכים לתאגידים, מצביעה על מצב דברים אנומאלי. ממצב זה ראוי היה, לדעתי, להימנע על ידי מציאת עיגון משפטי אחר לחסיון בנק-לקוח⁷³. יתר על כן, המסקנה

71 ת"א (ת"א) 377/91, לעיל הערה 66, בעמ' 88.

72 ש.ם.

73 עיגון כזה נמצא, לבסוף, בפסק-דינו של בית-המשפט העליון בדונו בערעור על ההחלטה דנן. ראה רע"א 1917/92, לעיל הערה 40.

האמורה איננה מדוייקת. "פגיעה בפרטיות" מוגדרת בסעיף 2(8) לחוק כ"הפרה של חובת סודיות לגבי ענייני הפרטיים של אדם, שנקבעה בהסכם מפורש או משתמע". כל הפרת סודיות שיש לה זיקה לענייני הפרטיים של אדם תהווה אפוא פגיעה בפרטיותו, זאת גם אם אותו אדם לא היה צד להסכם שהופר⁷⁴.

לדוגמה, גילוי של מידע בנקאי הנוגע לחברה פרטית יביא בהרבה מקרים לחשיפת מצבם הכלכלי של מנהליה ושל בעלי מניותיה (שלעתים קרובות גם מופיעים כערכים לחשבונו הבנק של החברה). אמנם שמותיהם של כל אלה עומדים לעיון הציבור אצל רשם החברות, אך שמותיהם ותפקידיהם בחברה לחוד, ומצבם הכלכלי לחוד. מצב זה הוא עניינם האישי, וחשיפתו תפגע בפרטיותם. על כן, בנק התושף את חשבונו של תאגיד תוך הפרת הסכם השירות שבינו לבין אותו תאגיד, עשוי להתחייב בגין פגיעה בפרטיותו.

אשר להבחנתו של בית-המשפט בין חשבון "פרטי" לחשבון "עסקי", קשה לשער ממה היא ניזונה. מהבחינה המושגית, היפוכו של "פרטי" הוא "פומבי", ולא "עסקי". מבחינת המציאות החברתית-כלכלית דהאידינא, "עסקי" יכול להיות "פרטי", ואכן כזה הוא ברוב המקרים. מבחינת ההגנה על סודיותו של חשבון בנק, מי שצובר ריבית בחשבונו הפרטי מבלי לנהל כל עסק איננו שונה ממי שמנהל עסק שתכולתו והוצאותיו עוברים דרך בנק. בין אם נכיר בעמימותו של הגבול המפריד בין "פרטי" ל"פומבי" ובין אם לאו⁷⁵, בין בעלי חשבון פרטי לבעלי חשבון עסקי לא נוכל להבחין. על כן, בנק המגלה את פרטיו של חשבון עסקי, תוך שהוא מפר בכך את הסכם השירות שבינו לבין בעל העסק, עשוי להתחייב בגין פגיעה בפרטיותו.

ומכאן למבנה החסיון שבין בנק ללקוח, כפי שאושר על ידי בית-המשפט המחוזי. מדובר, כאמור, בהסכם בין שני פרטים (הבנק והלקוח) שהפרתו מהווה "פגיעה בפרטיות", פגיעה שפרותיה פסולים, בדרך כלל, מלמשש כראיה, כפי שמורה לנו סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות. לדעת בית-המשפט, מבנה משפטי זה מהווה חסיון ראייתי יחסי: ככלל, מידע על חשבונות הלקוח יהא חסוי, אך ניתן יהיה לגלותו כשהדבר חיוני לעשיית הצדק. לפי השקפה זו, הסמכות להורות על גילוי המידע הוענקה לבית-המשפט בסעיף 32 לחוק, וראוי שהאפשרות להפעילה תישקל בכל מקרה לגופה.

74 יצוין, כי פגיעה בפרטיות על פי סעיף 2(8) אינה עבירה פלילית על פי סעיף 5 לחוק. היא נחשבת לעוולת נזיקין בלבד, דבר שלכאורה אין בו צורך למי שיש לו עילה חוזית. צד להסכם שנזכר בסעיף 2(8) לא יצא אפוא נשכר מקיום הסעיף. דומה, כי סעיף 2(8) בא להקנות זכות תביעה חדשה גם למי שאין עילה חוזית ישירה נגד מי שפגע בפרטיותו. רק לפי פירוש זה יש חשיבות מעשית לסעיף.

75 לדיון בהבחנה בין "פרטי" ל"פומבי" ראה D. Kennedy "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction" 130 *University of Pennsylvania L. Rev.* (1982) 1349; R. Gavison "Feminism and the Public/Private Distinction" 45 *Stanford L. Rev.* (1992) 1

זהו מנגנון משפטי מוזר, שמסמיך את בית-המשפט "ליצור את השרץ" ולטהרו ברזומנית, כלומר:

(א) לצוות על עשיית מעשה (של פגיעה בפרטיות) שהוא, ex hypothesi, עולה אזרחית ולעתים אף עבירה פלילית⁷⁶, שהרי רק ביחס למעשה כזה מופעל סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, החורץ את גורל הראיה שבמחלוקת לשבט או לחסד;

(ב) להורות על גילוי הראיה חרף אותה פגיעה בפרטיות⁷⁷.

זאת ועוד: המנגנון המשפטי שהקים בית-המשפט המחוזי מאפשר לראובן ולשמעון לכרות הסכם-סודיות שיגרע מזכויותיו המוקנות של יהודה, תופעה שתיאורה הנכון היא "חוזה לרעת צד שלישי". ליהודה נתונה הזכות להזמין כל אדם להעיד במשפטו ולהציג בו מסמך, והנה באים ראובן ושמעון ומצמצמים את זכותו באורח חרץ-חדדי. האפשרות המשפטית לערוך הסכם המצמצם את זכויותיו של צד שלישי בעייתית בעליל ואיננה רצויה, אף אם אינה צמודה לכל הסכם, אלא רק להסכם המגן על פרטיותו של אדם. אלמלא ההסכם, יכול היה יהודה לדרוש מראובן ושמעון כי יעידו במשפטו ויציגו בו מסמכים, גם אם יאלצו לחשוף עניינים פרטיים. במקרה כזה לא יכלו השניים לפטור עצמם מעדות בטענת חסיון, אלא אם זה ניתן להם על פי דין. כלום ייתכן שמפגש רצונותיהם של ראובן ושמעון ישנה את מצב הדברים ויקנה להם כלפי יהודה יותר זכויות משהיו להם קודם? מסתבר, כי עוד לפני פסיקתו של בית-המשפט המחוזי בפרשת סקולר קבע אותו בית-משפט כי אכן כך הם פני הדברים. קביעה זו, המאוזכרת בסקולר⁷⁸, נקבעה לגבי סודיותם של תנאי שכר שנקבעו בהסכם. היא באה אפוא ללמדנו, לפחות לכאורה, כי את כמותם של החסיונות הראייתיים ואף את תוכנם קובעים עורכי-הדין המנסחים הסכמים עבור לקוחותיהם. אלה הן, כמובן, חדשות טובות עבור כמה עורכי-דין, אך האם זהו הדין?

לדעתי, יש להשיב לשאלה זו בשלילה. הקונסטרוקציה המשפטית שנבנתה על ידי בית-המשפט המחוזי תקרוס מניה וביה, אם נבחן את הסכם הסודיות שבו עסקינן על פי אמות המידה הרגילות של דיני החוזים. השאלה שעלינו להעלות בכגון דא היא:

76 למשל, כשמדובר ב"שימוש בדיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה". זוהי פגיעה בפרטיות, כמשמעה בסעיף 2(9) לחוק, שהיא גם עבירה פלילית, כאמור בסעיף 5.

77 ברצוני להודות לעורך-דין אבי אודס (עוזר הוראה בבית הספר למשפט המוכר על ידי אוניברסיטת בר אילן) על שהפנה את תשומת לבי לבעיה זו.

78 המ' (ת"א) 2958/87 בורות עיריית ת"א נ' ארגון העובדים בעיריית ת"א, פ"מ תשמ"ח (1) 213.

מהי עמדתו של הסכם הסודיות (סודיות מפורשת או משתמעת) לגבי הדרישה להעיד במשפט או להציג בו מסמך?

שאלה זו מעניינת אותנו משום שרק הפרת הסכם (המהווה "פגיעה בפרטיות", כהגדרתה בסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות) עשויה להביא לפסילת הראיה שבמחלוקת. מציאותה של הפרת הסכם תלויה, כמובן, בתוכן ההסכם. מהבחינה הזאת, קשת האפשרויות מכילה את אלה בלבד:

(א) ההסכם, לפי פירושו הנכון, קובע כי חובת הסודיות שבו תחייב את הצדדים בכפיפות לכל דרישה חוקית בדבר מתן עדות או מסירת מסמך;

(ב) ההסכם, לפי פירושו הנכון, קובע כי חובת הסודיות שבו תחייב בכל מקרה, ובכלל זה מקרה של דרישה חוקית בדבר מתן עדות או מסירת מסמך;

(ג) ההסכם אינו קובע כל הסדר עבור מקרה שבו חובת הסודיות שבהסכם מנוגדת לדרישה חוקית בדבר מתן עדות או מסירת מסמך.

במקרה (א) אין הפרה של חובת סודיות, ולסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות אין אפוא כל תחולה. במקרה (ב) מדובר בתניה חוזית שאיננה בת-תוקף באשר היא מנוגדת להוראות הדין⁷⁹. אשר על כן, מעשה המנוגד לתניה זו אינו יכול להיחשב להפרת הסכם. במקרה (ג) יש לבדוק אם לא נתקיים סיכול⁸⁰, שכן ייתכן שההתנגשות שעבורה לא נקבע כל הסדר לא נצפתה על ידי הצדדים בעת שקבעו ביניהם את תניית הסודיות. אם אכן מדובר בסיכול, שוב אין בפנינו הפרת הסכם, אלא לכל היותר הפרה מוצדקת של ההסכם, דבר שאינו נזקף לחובתו של ה"מפר". ברי, כי דבר זה לא ייחשב ל"הפרה" לעניין סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות.

אך מהו הדין במקרה (ג) אם אין מדובר בסיכול? לשאלה זו יש טעם רב לאור עמדתם של בתי-המשפט שלנו, אשר קבעו לדוקטרינת הסיכול גבולות קיום צרים⁸¹. התשובה לשאלה פשוטה: במקום שאין סיכול, יש חיוב. שתי התוצאות המשפטיות הללו – סיכול וחיוב – מכסות את כל המצבים שלא הגיעו לכלל הסדרה חוזית מפורשת, ואין לנו בכגון דא שום אפשרות שלישית⁸². אם אכן יש בפנינו חיוב, עליו לעמוד במבחן החוקיות, וכבר מצאנו כי מבחן זה מכשיל את החיוב ושולל את תוקפו. החיוב שאנו עוסקים בו מחזירנו למקרה (ב), ועל

79 כמצוותו של סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

80 כמשמעו על פי סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

81 ראה ג' שלו דיני חוזים (התש"ן) 507-509, 517; ש' רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא (התשנ"א) 33, 46 ואילך, 61.

82 כמוסבר היטב על ידי P.S. Atiyah *An Introduction to the Law of Contract* (Oxford, 4th ed., 1989) ch. 12.

תוצאותיו כבר עמדנו. בעת עימות עם חיוב שיסודו בהסכם, דרישה חוקית להעיד או להגיש מסמך לעולם מנצחת, והאמור בסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות אינו משנה דבר. הסעיף האחרון מסווג כפגיעה בפרטיות, שכאמור מפעילה את הוראת הפסילה שבסעיף 32, רק מעשה שעשייתו לא נתחייבה על פי דין. הקונסטרוקציה המשפטית שזכתה לאישורו של בית-המשפט המתחזי אינה יכולה לעמוד גם מטעמים נוספים. בסיפא של סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות נקבע, שכלל הפסילה אינו חל כלל במקום ש"היו לפוגע, שהיה צד להליך, הגנה או פטור לפי חוק זה". כאמור בסעיף 18(1) לחוק הגנת הפרטיות:

במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהא זו הגנה טובה אם נתקיימה אחת מאלה: ...

הפגיעה נעשתה בדרך של פרסום שהוא מוגן לפי סעיף 13 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

סעיף 13 לחוק האחרון קובע:

לא ישמש עילה במשפט פלילי או אזרחי — ...

(5) ...פרסום על ידי בעל-דין... או עד, שנעשה תוך כדי דיון כאמור [דהיינו: תוך כדי דיון בפני בית-משפט, בית-דין או בעל סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית — א.ש.].

כעולה מסעיף 3 לחוק הגנת הפרטיות ומסעיף 2(א) לחוק איסור לשון הרע, הספקת מידע בנקאי על אדם היא בבחינת "פרסום". כאמור בסעיף 18 לחוק הגנת הפרטיות, פרסום כזה יהא מותר, כל אימת שנעשה אגב מילוי חובה המוטלת על עד או על בעל-דין בהליך שיפוטי. יוצא אפוא, כי הבנק בפרשת סקולר (בהיותו צד להליך, כעולה מסעיפים 38 ו-39 לפקודת הראיות) היה בעל פטור לעניין סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, דבר הנכון לגבי כל בנק הנמצא במצב דומה⁸³. זאת ועוד: לכל בנק כאמור עומד הפטור לפי סעיף 18(2)(ב) לחוק הגנת הפרטיות, שעניינו פגיעה בפרטיותו של אדם אשר "נעשתה בניסיונות שבהן הייתה מוטלת על הפוגע חובה... חוקית לעשותה". חובתו של בנק להציג את החומר הדרוש בבית-המשפט עומדת ביסודו של פטור זה. מובן, שטעמים נוספים אלה פועלים בענייננו כטעמים חלופיים גרידא. כפי שכבר נאמר, שום הסכם פרטי אינו יכול לגרוע מחובות הגילוי המשפטיות, דבר השולל מניה וביה את ההיזקקות לסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות. כיון שהסעיף האחרון (כמו שאר החלופות של סעיף 2)

83. מיכל צור הפנתה את תשומת לבי לנקודה זו. יצחק, כי מי שנתן לחובת סדריות על פי תזה אינו יכול לפטור עצמו מחובה זו על ידי צוות יזומה מטעמו. דבר זה יהא בוודאי מנוגד לעקרון תום הלב (המעוגן בפסיקה הנזכרת לעיל הערה 61), אם לא לחובה גופו.

אינו חל במצבים שאנו עוסקים בהם, בנק המקיים את חובות הגילוי שלו אינו יכול להיחשב כפוגע בפרטיות, ואין הוא זקוק אפוא לשום פטור. כפי שנאמר לעיל, החלת חסיון יחסי על יחסי בנק-לקוח רצויה כשלעצמה. על כן, ניתן לראות בפסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, אשר הכיר לראשונה בחסיון זה, החלטה שכוונתה לגשר בין המצוי לרצוי. הסתכלות זו על פסק-הדין, הממעיטה בחשיבותה של הקונסטרוקציה המשפטית ששירתה את מטרתו העיקרית, צריכה, לכאורה, למתן את הביקורת שהושמעה לעיל. ניתן בהחלט לטעון, כי הקונסטרוקציה המשפטית שביקרת לא הייתה אלא כלי להשגת תוצאה רצויה שנקבעה על יסוד שיקולי מדיניות עצמאיים. אף אם נניח שיש ממש בטענה זו, הקמתו של גשר בין המצוי לרצוי מצריכה לעולם תכנון כולל. תכנון כזה, שעיקרו עמידה על מכלול השלכותיו של החידוש ושקילתן, לא נעשה במקרה דנן. כתוצאה מכך, הוקמה תשתית לטענות חסיון שונות ומגוונות שכל כולן נסמכות על האמור בהסכמים פרטיים. דבר זה איננו רצוי כלל ועיקר.

(2) הכרעתו של בית-המשפט העליון

בית-המשפט העליון אישר, ברוב דעות, את דבר קיומו של חסיון בנק-לקוח. ברם, קביעתו עוגנה במסגרת נורמטיבית אחרת. הוא הורה אפוא לבית-המשפט המחוזי לשוב ולהכריע בבקשת המערערים, והפעם על פי המסגרת החדשה שנקבעה. שופטי הרוב היו השופטים א' גולדברג וא' צ' טל, ואילו השופט מ' חשין נותר במיעוט.

א. דעת הרוב

דעתם של שופטי הרוב מובאת בעיקרה בפסק-דינו של השופט גולדברג. השופט טל צירף את דעתו לפסק דין זה בתוספת הערות אחדות משלו, ובכללן עיון במעמדה של הזכות לפרטיות על פי המשפט העברי. השופט גולדברג קבע כדלקמן:

מוסכם על הכול כי מוטלת על הבנק חובת סודיות לגבי ענייניו של לקוחו. חובת הסודיות עולה מעצם טיבו של התווה שבין הבנק והלקוח, ומאופייה של מערכת היחסים שביניהם. עניינו של הלקוח כי פעולותיו הכספיות ומצבו הכלכלי לא יהיו נחלת הכלל, ונותן הוא את אמונו בבנק, כי לא ייתן להם פומבי. המערכת הבנקאית מושתתת על יחסי אומן וחובת סודיות. בלעדי אלה לא תיכון, ונמצא אז נפגם גם האינטרס הלאומי-כלכלי בקיומה של מערכת זאת. אינטרס ציבורי זה הוא שנותן ייחוד לחובת הסודיות הבנקאית, ומכדיל אותה מחובת סודיות שמקורה בהסכם, שאין לציבור כל עניין בו...

אמירה זו תהא חסרת משמעות אם לא תתחייב מכך המסקנה בדבר קיומו של חסיון בין הבנק והלקוח, שמשמעו הענקת פטור לבנק מן החובה (החלה על כל עד) לגלות לבית-המשפט את כל המידע הרלבנטי למשפט שבירו. זאת על

אף שאין בפקודת הראיות הוראה מפורשת בדבר חסיון כזה...

איפיונה של חובת הסודיות החוזית של הבנק, שילובה עם חובת הסודיות הסטטוטורית שבסעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות, ומעמדה של הזכות לפרטיות כזכות יסוד, הם שמחייבים לתת לחובת הסודיות האמורה משמעות ונפקות, מעבר למתחייב מחובת סודיות חוזית שנעדר ממנה היסוד הציבורי, וליצוק תוכן חדש בסעיף 39 לפקודת הראיות. החסיון שיש לתת לבנק לאחר חוק הגנת הפרטיות, הוא "תוצאה טבעית ממהותו של העניין"...

[עם זאת] אין לומר כי לזכות לפרטיות מעמד של בכורה בכל מקרה... אם לא נגיע לנוסחת האיזון בין שני הערכים כי אז נקעקע את יסוד קיומה של מערכת השיפוט...

עניין לנו, אם כן, בחסיון יחסי, שיש לאזנו על פי מידת הפגיעה בכל אחד מן האינטרסים המתנגשים. ודוק, בדברנו על איזון לא נתכוונו רק לשימוש שיעשה בית-המשפט בהוראת סעיף 39 לפקודת הראיות, אלא גם על עדות של בנקאי בבית-המשפט, כשהוא נדרש לגלות חשבונות בנקאיים, לאחר שהוזמן כער "לפי צו בית-המשפט שניתן מטעם מיוחד", כאמור בסעיף 38 לפקודת הראיות. שהרי אין נפקא מינה לסוגייתנו בין כל אחת משתי הדרכים לגילוי החשבונות⁸⁴.

השופט גולדברג קבע גם מספר הנחיות שנועדו לתחום את שיקול הדעת השיפוטי שיופעל בעניין חסיון בנק-לקוח בכל מקרה קונקרטי שיובא בפני בית-משפט. הנחיות אלה נגזרות במידה רבה מהנהוג במקרים של חסינות יחסיים אחרים, ולפיהן:

(1) על בית-המשפט לבחון את חיוניות המידע הבנקאי להכרעה במשפט, ועמה את אפשרותו של בעל-דין אשר מבקש את גילוי המידע להישען על ראיות חילופיות⁸⁵;

(2) על בית-המשפט למנוע "דיג ראיות" בעלמא;

(3) על בית-המשפט לצמצם את היקף המידע שייחשף למה שחיוני להכרעה במחלוקת העובדתית שבפניו;

(4) בדרך כלל, על בית-המשפט להגן על סודיות חשבונותיו של אדם שאינו נמנה עם בעלי-הדין. מכלל זה ניתן יהיה לסטות רק בנסיבות נדירות ביותר אשר מצביעות על מעשי קנוניה למיניהם. כך הוא, למשל, מקום שישנה

84 רע"א 1917/92, לעיל הערה 40, עמ' 771-773.
85 השווה *Bankers Trust Co. v. Shapira* [1980] 3 All ER 353 (C.A.).

ראיה לכאורה כי מי שאיננו צד להתדיינות מחזיק בחשבון בנקאי כ"איש קש" של אחד מבעלי-הדין.⁸⁶

חשוב להדגיש, כי החסיון היחסי שבין בנק ללקוחו, כפי שעוצב על ידי בית-המשפט העליון, הוא חסיון מעורב, דהיינו: חסיון אישי ותוכני כאחד. חסיון זה מאפשר לבנק ולאנשיו שלא לגלות במשפט מידע בנקאי הנוגע ללקוח הבנק. חסיון זה איננו פוטר בנק ואנשיו מחובתם לגלות במשפט מידע שאיננו בנקאי או מידע בנקאי שאיננו מתייחס ללקוח הבנק. חסיון זה גם אינו פוטר את לקוח הבנק – בהיותו בעל-דין או אפילו עד בהתדיינות משפטית – מחובתו לגלות את ענייניו הבנקאיים, כל אימת שהדבר דרוש להכרעה באותה התדיינות. זוהי, ללא ספק, מגבלתו הרצינית ביותר של החסיון הבנקאי החדש. מיגבלה זו מומחשת בדבריו של השופט טל:

אכן, אילו נדרשו המשיבים ישירות על ידי המבקשים לגלות את דפי החשבון שברשותם ולאפשר את העיון בהם, פשיטא שהיו חלים כללי הגילוי והעיון בין בעלי-הדין, ולא היה מקום כאן לחסיון.

אבל המבקשים לא דרשו את העיון ישירות מן המשיבים, אלא עתרו לאפשר להם את העיון במסמכי הבנק, בצרפם את הבנקים כמשיבים לבקשה. כאן מתעוררת שאלת החסיון. ממש כשם ששאלת החסיון מתעוררת כאשר רופא נדרש להרשות את העיון במסמכים הרפואיים של פציינט, למרות שאילו נדרש הפציינט עצמו לגלות ראיה רלבנטית שברשותו הנוגעת לבריאותו, לא היה יכול לחסות בצילו של חסיון.⁸⁷

דבר זה נראה מוקשה בעליל: אם מידע בנקאי אכן נופל בגדרה של פרטיות הראויה להגנה באמצעות חסיון, ועל כן הוצאת מידע כזה מידיו של בנק אסורה, מה יכול להצדיק את נטילת המידע מידיו של בעל הזכות לפרטיות? כפי שבית-המשפט העליון קבע בעצמו, החסיון הבנקאי שייך ללקוח ולא לבנק. לקוח יכול אפוא לוותר על זכותו לחסיון, דבר שיחייב את הבנק במסירת מידע ביחס לחשבונותיו. האם בית-המשפט נתכוון לבשר, כי אדם שאינו נכון לוותר על חסיונו, יהא חייב לגלות את המידע הבנקאי בעצמו בעקבות כל דרישה חוקית שתופנה כלפיו בהיותו בעל-דין או עד? אם אכן זו היתה הבשורה, הרי שהמסקנה העקרונית שבית-המשפט היה מחוייב להגיע אליה היא "אין חסיון", ולא "יש חסיון". ברור שבענייניה של סודיות בנקאית אין לו, לבנק, אלא מה שיש ללקוח. הבנק הוא זה שחב חובת סודיות ללקוח, ולא להיפך. אם, למשל, יידרש הלקוח לגלות מסמך בנקאי המצוי "ברשותו או בשליטתו", כלשונה של תקנה 113

86 רע"א 1917/92, לעיל הערה 40, בעמ' 774.

87 שם, בעמ' 781-782.

לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, יהא אותו לקוח חייב לסור אל הבנק, ליטול ממנו את המסמך המבוקש ולגלותו לבעל-הדין שביקש ממנו את הגילוי. כלל זה יחול, כמובן, רק אם הלקוח נמנה עם בעל-הדין באותה התדיינות, אך אפשר לחייב אותו להמציא מסמכים גם בהיותו עד⁸⁸.

קיצורו של דבר: חסיון המיוסד על פרטיות איננו מגשים את תכליתו אם הוא מאפשר לכפופים לו להשיג בעקיפין את אשר אינם יכולים להשיג במישרין. קביעתו של בית-המשפט העליון כי החסיון הבנקאי הוא חסיון מעורב, כשהפטור מהחובה לגלות מידע בנקאי מוענק לבנק בלבד, לוקה בפגם זה. אכן, כפי שאמר השופט טל, גם החסיון הרפואי (ועמו החסיון שבין פסיכולוג למטופלו) אינו שולל ממי שכפוף לו את האפשרות להשיג את מבוקשו על ידי העדת המטופל (או על ידי דרישה כי המטופל יציג במהלך המשפט את מסמכיו הרפואיים)⁸⁹. עם זאת, ברור שמצב הדברים הזה איננו רצוי. בתור שכזה, אין הוא חייב – ואף אינו ראוי כלל ועיקר – לשמש דוגמה לחיקוי בעיצובו של חסיון חדש. מעשה של יצירה שיפוטית, כגון זה אשר הוליד את החסיון הבנקאי, לא היה חייב להיצמד לדפוס חקיקתי לקוי. בית-המשפט העליון היה, ללא ספק, מיטיב לעשות, אילו עיצב את החסיון הבנקאי החדש כחסיון תוכני.

כפי שכבר נאמר, החסיונות המעורבים – המסירים את החובה לחשוף מידע סודי מאישים מסוימים ומהם בלבד – נועדו, בעיקרם, להגן על יחסי אמון שלחברה יש עניין בקיומם. לפי ההשקפה שבבסיסם של חסיונות אלה, מי שפועל כנאמן ראוי שינהגו בו אחרת משנוהגים בעד רגיל, ולא יחייבוהו לחשוף סוד שהופקד בידיו, גם כשבעל הסוד עצמו חייב לגלותו. דבר זה נראה תמוה: אם בעל הסוד עצמו – בהיותו עד או בעל-דין במשפט – חייב ממילא בגילוי מלא, מדוע לא נטיל אותה חובה גם על נאמנו? לבעל-דין (או לעד) המתכוון לקיים את חובות הגילוי שלו כהלכתן אין, לכאורה, כל עניין לשים מחסום לפיו של נאמנו. כלום ייתכן שהחסיונות המעורבים נועדו לסייע דווקא בידי אלו הזוממים להפר את חובות הגילוי?

מענה שלילי לשאלה זו, הנראה מתבקש מאליו, מעתיק את הדגש לעניין אחר, שניתן לכנותו "תורת התמריץ". המוסר דברים לנאמנו איננו דומה למי שמוסר דברים אגב מילוי חובה משפטית למסרם. זה הראשון איננו חושש כי יתפס על דיבורו. הוא משוחח אפוא עם נאמנו בחופשיות ולא בדקדקנות. זה האחרון נוטה לדקדק בדבריו, ומתאמץ לנסחם במדויק. ריסון זה, המורכב מחששות ומביקורת עצמית יתרה, עלול לפגום בכתן שירותים מקצועיים המושתתים על אמון. שירותים אלה, שלחברה, כאמור, יש עניין בהם, אינם יכולים להינתן על יסודו של

88 גלוי וידוע, כי כל עד יכול שיחריב בהמצאת מסמך. ראה סעיף 73 לחוק כתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; סעיף 108 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982;

ותקנה 178 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

89 אך ראה לעיל, הערה 42.

מידע חלקי או מעוות. דבר זה – המיוסד, כאמור, על אדניה של תורת התמריץ – הוא בעיני רבים עילה לקיומם של רוב החסיונות המעורבים.⁹⁰ עיקר חולשתה של תורת התמריץ האמורה נובעת מחולשתן הבולטת של השערותיה, כפי שיפורט מיד. אדם רציונאלי, השוקל אם לחשוף את צפונותיו לשם קבלת שירות מקצועי כלשהו, יעמיד לנגד עיניו את העניינים האלה:

(1) התועלת שתצמח לו מקבלת השירות לאחר הפחתת עלותו ($U =$);

(2) הנזק שייגרם לו בשל חשיפת סודו ($D =$);

(3) ההסתברות שנותן השירות ידרש לגלות סוד זה אגב התדיינות משפטית ($P1 =$);

(4) ההסתברות שהוא עצמו ידרש לגלות את הסוד אגב התדיינות משפטית, אף אם יימנע מקבלת השירות, וזאת בשל היותו מצוי תחת חובת גילוי כללית ($P2 =$);

(5) ההפרש שבין $P1$ ל- $P2$, שיהא כמעט תמיד חיובי (בדרך כלל, ספקו של שירות מקצועי ייחשב לעד מבטיח יותר בזכות היותו מקצועי ונטול אינטרסים אישיים. הוא גם יוחזק כמי שעשוי היה להפיק, אגב מתן השירות, מידע נוסף בעל-חשיבות⁹¹).

אדם זה יימנע מחשיפת צפונותיו לשם קבלת השירות אם:

$$U < (P1 - P2) \times D$$

וזאת, כמובן, בתנאי שהוא אדיש לסיכונים⁹². אדם הנרתע מסיכונים יהא מוכן לשלם פרמיה כלשהי למען הסרת הסיכון הקיים (הנובע מאי-ודאות) וכדי לזכות ביתרון ודאי ברור⁹³.

- 90 מקובל ליחס גישה זו לרציונליזציה שנתן ויגמור לחסיונות המעורבים. ראה J.H. Wigmore, *On Evidence* (Boston, 3rd ed., 1940, vol. VIII) par. 2285; הרנן ב, בעמ' 96-97. לביקורת על גישה זו ראה Note "The Attorney-Client Privilege: Fixed Rules, S.A.; Balancing, and Constitutional Entitlement" 91 *Harvard L. Rev.* (1977) 464; Saltzburg "Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists" 66 *Virginia L. Rev.* (1980) 597. בעניין העתקת הדגש מ"תורת התמריץ" לזכות לפרטיות ראה McCormick, לעיל הערה 26, כך I, בעמ' 290-291. ראה גם נתניהו, לעיל הערה 27.
- 91 ניתוח זה תומך בהשחתת החסיונות הרפואיים על תורת התמריץ. ברם, ההגנה על פרטיות של המטופל תהיה בסיס נאות יותר לחסיונות האלה. ראה זלצבורג, לעיל הערה 87.
- 92 עבור אדם כזה, תוחלת לרווח צפוי (השווה למכפלת ההסתברות של הרווח בשיעורו) איננה שונה בערכה מיתרון ודאי בשווי התוחלת. ראה A.M. Polinsky *An Introduction to Law and Economics* (Boston, 2nd ed., 1989) 75-86.
- 93 פולינסקי, שם, בעמ' 79. לאפשרות זו אין נפקות מעשית בסוגיה דנן: חששו של אדם מהתדיינות שתצריך את גילוי סודו יעלה את $P1$ ו- $P2$ במידה פחות או יותר שווה.

לפיכך, המקרה הטיפוסי של אי-היזקקות לשירות חיוני בגלל התמריץ השלילי (שכאמור ניתן להסירו על ידי חסיון ראייתי מתאים) מתאפיין בשלושת אלה:

(1) ערכו של U הינו נמוך לעומת זה של D ;

(2) הסתברותה של התדיינות משפטית אשר תצריך את מסירת המידע הסודי גבוהה יחסית (להסתברות זו תפקיד מרכזי בהערכת $P1$ ו- $P2$);

(3) ההפרש שבין $P1$ ו- $P2$ הינו גבוה יחסית.

כאשר U ו- D הינם קרובים זה לזה (או כאשר U עולה על D), לא נדרש שום תמריץ בדמותו של חסיון ראייתי כדי להניע את האדם לקבל את השירות. במצב דברים זה, הבחירה ב- U עדיפה, כיוון ש- D מופחת על ידי הכפלתו בנתון ההסתברותי ($P1-P2$) ששיעורו, כמובן, נופל מ-1. גם כאשר D עולה על U במידה ניכרת, אין הדבר חייב להניא את האדם מלקבל את השירות שהוא חפץ בו. החלטתו תהא תלויה בהסתברותה של התדיינות משפטית שתדרוש את המידע הסודי. במקום שהסתברות זו זניחה, לא יודקק האדם לתמריץ בדמותו של חסיון ראייתי כדי לקבל את השירות. לתמריץ כזה עשויה אפוא להיות נפקות של ממש רק כאשר D עולה על U במידה ניכרת והסתברותה של התדיינות שתצריך את מסירת המידע הסודי איננה זניחה. בתנאים אלו – ואם נייחס הסתברות בשיעור 0 לאפשרות שהסוד ייחשף שלא כדין לאחר הפקדתו אצל נותן השירות⁹⁴ – יטה בעל הסוד לגלותו לשם קבלת השירות רק באחד מהמצבים האלה:

(1) כאשר הסתברות גילוי של הסוד אגב ההתדיינות הצפויה (בניגוד לרצונו של בעל הסוד) שווה ל-0; במילים אחרות: כאשר החסיון הראייתי – שכאמור, מהווה תמריץ לקבלת השירות – הוא חסיון מוחלט, להבדיל מחסיון יחסי;

או:

(2) כאשר ההפרש בין $P1$ ל- $P2$ איננו חיובי או כאשר הוא זניח; במילים אחרות: כאשר קבלת השירות איננה עשויה לתרום תרומה של ממש לחשיפתו של הסוד אגב ההתדיינות הצפויה.

מסקנה זו עשויה להצדיק את מוחלטותו של החסיון עורך-דין-לקוח, כל אימת שחסיון זה חל על מידע המופק מעיקרו באמצעות השירות המשפטי. במקרה טיפוסי

94 הנחה בלתי-מציאותית זו הנחנו רק על מנת לפשט את הדיון. אמנם כללי משפט המטילים סנקציות על הפרת סודיות – וביניהם כלל הפסילה שבסעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 – פועלים להפחתת ההסתברות האמורה, אך ברור כי אין בכוחם להביאה ל-0.

שבו מדובר במידע כזה, ההפרש בין P1 ל-P2 יהא משמעותי. כיוון שהמקרה איננו משקף מצב (2), ייתכן שמן הראוי ליצור עבורו את התנאים של מצב (1)⁹⁵. על פי תורת התמריץ, קביעתו של חסיון יחסי עשויה אפוא להיות מוצדקת רק במצב (2), כשמידתה של P1 שלפני הענקת החסיון עולה בהרבה על P2. תנאים אלה אינם מתקיימים לעתים קרובות. התדיינות משפטית הדורשת דווקא אותו מידע ספציפי אשר הועבר, בתנאי סודיות, בין מקבלו של שירות לבין נותנו איננה שכיחה. התדיינות משפטית אשר מלבד המידע הזה מצריכה גם מידע שהופק על ידי נותן השירות אגב נתינתו, אף היא איננה שכיחה⁹⁶. על כן תורת התמריץ, כבסיס רעיוני לחסיונות יחסיים-מעורבים, מוטלת בספק.

מידע שהלקוחות מעבירים לבנקים איננו מועבר בתנאים המאפיינים את מצב (2) דלעיל. מידע הנוגע ללקוח של בנק, שהחזקתו בו הופכת את הבנק למקור ראיתי מועדף, בהשוואה ללקוחו, נחוץ רק לעתים רחוקות בהתדיינות שאינן בין השניים. בהתדיינות בין הלקוח לבנק, חובת הסודיות שכל בנק חב ללקוחותיו איננה חלה ממילא⁹⁷, ועל כן יש להוציאן מכלל חשבון. מידע בנקאי העשוי להיות נחוץ להתדיינות שאיננה בין בנק ללקוחו לא יכלול, על פי רוב, את המידע שהבנקים מפיקים בפועלם עבור לקוחותיהם. במקרים אלו מדובר, בדרך כלל, במידע שהלקוח עצמו יכול להעיד עליו או למסור לגביו מסמכים שבחזקתו. עבור לקוח כזה – אשר מייצג מקרה טיפוסי, ואשר חייב ממילא בגילוי מלא בתורת עד או כבעל-דין – חסיון מעורב הפוטר את הבנק ממסירת מידע איננו משנה דבר. העדרו של החסיון האמור לא יגרום ללקוח להימנע מקבלת שירותי הבנק, אם אלה עשויים להועיל לו. ההסתברות שהבנק יידרש לגלות במשפט את ענייניו של הלקוח איננה גבוהה במיוחד. אם בכל זאת יהיו עניינים אלה נחוצים למשפט, ההפרש שבין ההסתברויות P1 ו-P2 יהיה קטן, כיוון שדורש המידע יוכל להפנות את הדרישה ללקוח עצמו, וזה, כאמור, חייב בגילוי מלא. אדם רגיל, שאינו זומם

95 השווה ל-Note, לעיל הערה 90. גישה אחרת לחסיון עורך דין-לקוח מצויה במאמר שכתבו R. J. Allen, et al. "A Positive Theory of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine" 19 *J. of Legal Studies* (1990) 359

96 מכלל זה יש להוציא, כמוכח, את הסכסוכים שבין נותני שירותים למקבליהם, סייג שאין בו כדי לשנות את תמונת המצב. כשסכסוכים כאלה מובאים להכרעת בתי-המשפט, חובת הסודיות המקצועיות – שהן, כאמור, התשתית לטענות בעד חסיון ראיתי – אינן מתקיימות ממילא. אדם התובע את חברו בקשר לשירות שקיבל ממנו, לא יוכל לנמנע גילויים של סודות שהפקידם בידי אותו חבר, כל אימת שאלה נחוצים להתדיינות. תובע כזה ייחשב כמי שוריתר על זכותו לסודיות או כמי שמחויב לוותר עליה. אותו עיקרון יחול גם בתביעת שכר של נותן שירות נגד מקבלו. ראה על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770, 782-780 (אמנם בית-המשפט העליון נמנע שם מהכרעה, אולם נראה כי הוא נטה בבירור להסיר את החסיון במקרים כגון אלה, כנהוג בכמה שיטות משפט).

97 ראה לעיל הערה 96. בדרך כלל (אם לא תמיד), היחסים התחיים שבין בנק ללקוח כוללים תנאי מפורש כאמור. ראה גם Ellinger, לעיל הערה 44, 103-104.

להימלט מחובות הגילוי שלו, ייחס ערך מועט יחסית לנזק העלול להיגרם לו בשל כפיפותו של הבנק לחובות הגילוי הכלליות. חוסר האפשרות לייסד את החסיון הבנקאי על אדניה של תורת התמריץ אינו שולל את האפשרות להכיר בחסיון זה על בסיס אחר. כפי שנאמר לעיל, החלתו של חסיון יחסי על דברים שהוחלפו בין בנק ללקוח תהא מוצדקת בתורת הגנה על פרטיות הלקוח. על מנת להגשים את מטרתיו הנכונות, ראוי לו, לחסיון בנק לקוח, להיות חסיון תוכני ולא חסיון מעורב. מסקנה נוספת שניתן להסיקה מדעת הרוב היא חובת הבנק להעלות טענת חסיון בכל מקרה שיידרש לגלות במשפט מידע הנוגע ללקוחו. בנק שלא יקיים חובה זו יפר את חובות הסודיות והאמון שהוא חב ללקוחו. אם הלקוח אינו נמנה עם בעלי-הדין באותו משפט, יהא הבנק חייב גם להודיע לו על הדרישה לגלות מידע בנקאי אודותיו.

ב. דעת מיעוט

אליבא דשופט חשין, טענה בדבר חסיונו של מידע בנקאי עשויה להתקבל רק כשמדובר במידע השייך למי שאינו צד להתדיינות:

כך, למשל, אם במשפט בין ראובן ובין שמעון מוזמן בנק לוי כער, וראובן או שמעון מבקשים את לוי לגלות מידע על חשבון שיהודה מנהל באותו בנק, זכאי הבנק – יתרה מזאת: חייב הוא – לסרב להשיב לשאלות ולגלות מסמכים, שהרי צווה בידי החוק לשים מחסום לפיו ושלא לגלות סודותיו של יהודה.

אכן, זר ומוזר היה זה, לו במשפט שבין ראובן לבין שמעון ניתן היה לחייב את בנק לוי לגלות את סודותיו של יהודה, וליהודה אין כל נגיעה ישירה למשפט...

יהודה, בעל-הסוד, יכול שיטען, והחוק כמו טוען זאת עבורו ובשמו: מה לך ראובן שאתה הולך סחור-סחור ומנסה לפלוש אל ביתי ולגלות צפונותיי דרכו של בנק לוי? מה לך שאתה מבקש לחרוש בעגלתי וכך למצוא חידתי?⁹⁸

לראובן יש תשובה לשאלה זו. מחוץ לכמה חריגים שאינם נוגעים למקרה הנדון, כל אדם חייב להעיד ולהגיש כל מסמך הדרוש להכרעה במשפט. על כן יש לראובן זכות כלפי יהודה. חובת סודיות שבנק לוי חב ליהודה, אין בכוחה לגרוע מזכות זו, שאם לא כן, נמצא עצמנו מכירים ב"חזרה לרעת צד שלישי". על כך

98 רע"א 1917/92, לעיל הערה 40, בעמ' 775, 777.

כבר עמדנו לעיל, וגם נתנו הסבר לאי-יכולתו של סעיף 2(8) לחוק הגנת הפרטיות לשנות את המסקנה האמורה.

לדעת השופט חשין, המסקנה האמורה תהא נכונה רק כשמדובר במידע בנקאי השייך לאחד הצדדים להתדיינות (ובכלל זה גם מי שפעל מטעמו של צד כ"איש קש"). אמנם לאותו בעל-דין יש הסכם עם הבנק וזה מקנה לו זכות לסודיות, אך אין הדבר מועיל לו כשהוא עומד מול חובות הגילוי:

יהודה כנתבע, לא יוכל לטעון חובת סודיות כלפי ראובן התובע — הוראת סעיף 2(8) לחוק הפרטיות לא תהיה לו לעזר — ואם כך, כיצד יכול הוא לטעון, כנתבע, חובת סודיות אך באשר הבנק מחזיק ברישומים? והרי הבנק מחזיק בהם למענו ובעבורו? מה אינטרס ציבורי יוכל יהודה לסמוך עצמו אליו? המידע שבידי הבנק גנוז בתוככי מסמכים אלה ואחרים. נדמה עתה בנפשנו כי הבנק הניח כל אותו מידע בקופסה, והקופסה מונחת בבית-המשפט, סגורה וחתומה. בהיותה כך בבית-המשפט, מצויה היא בידי הלקוח, הנתבע, וכיצד יכול הוא לטעון ברצינות לחסיון ולסודיות? לא נדע כיצד ניצור יש מאין: *nemo dat quod non habet*, ודומני שיהיה זה נכון אם נאמר כי אין בידי הבנק זכויות אל-מעבר לזכויותיו של הלקוח. מכאן נגזרת, לדעתי, מסקנה, והיא זו, שנוכח פני לקוחו — קרי, במקום שהלקוח הוא צד להליכים — אין בנק יכול לסרב למסור מידע אך בהסתמכו על חובת סודיות כלפי הלקוח, דהיינו, חובת סודיות באשר היא... וכשם שהברון מינכהאוזן לא יוכל למשות עצמו מן המיס, ולהינצל מטביעה, תוך שימושך עצמו בציצית שערך, כך — לדעתי — לא יוכל לקוח הבנק, כנתבע, לטעון לחסיון שהבנק חב כלפיו⁹⁹.

יש מקום עמנו לשאול, מדוע דברים אלה אינם חלים גם כשמדובר בחשבונות בנק השייכים למי שאינו צד להתדיינות? אדם שאיננו צד להתדיינות, אף הוא נתון לחובת גילוי מלאה בהיותו עד או בתורת מי שנדרש להציג מסמך. באין פטור חוקי, אין אדם יכול למלט עצמו מחובתו האמורה בהישענו על הסכם סודיות שיש לו עם בנק. קביעת השופט חשין המאפשרת זאת, אף היא מקיימת לכאורה את משלו של הברון מינכהאוזן. כדי לחמוק מחיצי הביקורת העולה מן המשל, ושעיקרה הטענה בדבר יצירת זכויות יש מאין, חסיונו של מידע בנקאי חייב להיות מיוסד על אינטרס לבר-חזי מוכר. שופטי הרוב אכן ייסדו את החסיון על אינטרס כזה. הם סברו, כי לציבור כולו יש עניין באותו חסיון, בדומה לחסיון אחר שמאפשר לעיתונאי שלא לגלות בעדותו את מקורות המידע שלו. חיצי הביקורת של השופט חשין מחטיאים אפוא את מטרם. יתרה מזו: אילו ראינום כפוגעים

במטרתם, הייתה גישתו של השופט חשין עצמו – המעניקה חסיון ללקוח שאינו צד להתדיינות – יוצאת נפגעת.

החסיון החדש, כפי שנקבע על ידי שופטי הרוב, יוצר, כאמור, פיקוח שיפוטי על חשיפת מידע בנקאי אגב התדיינות משפטית, ובמסגרתו ניתנת הגנה לפרטיותו של בעל המידע. הגנה זו, משמעה התחשבות בפרטיות כשיקול נגד חשיפת המידע, להבדיל ממחן עדיפות תמידית לפרטיות. במסגרת זו של חסיון יחסי, שייכות המידע לבעל-דין מהווה טעם לחשיפת המידע לטובת משנהו, אך אין היא בגדר עילה מספקת להפיכת החסוי לגלוי. שייכות המידע למי שאינו נמנה עם בעל-הדין מהווה אמנם טעם לאי-חשיפתו של המידע, אך אין פירושו של דבר שהחסיון יקויים בכל נסיבות שהן. הכול תלוי בנחיצות של המידע הבנקאי להתדיינות ובמידת הפגיעה בפרטיות שחשיפתו תסב לבעליו. דברים אלו, השונים ממקרה למקרה, אינם יכולים להיקבע על פי מבחן השייכות. אין אפוא מקום בכגון דא להבחנה החותכת בין מי שנמנה עם בעל-הדין ובין מי שאינו נמנה עמו. נכון, שחברי הקבוצה הראשונה ראויים לפחות הגנה על פרטיותם, בהשוואה לחברי הקבוצה האחרונה. ברם, העניין הזה הוא שיקול הפועל במישור של "פחות או יותר", ולא במישור של "כן או לא"¹⁰⁰. על כן נראה, כי דעתם של שופטי הרוב עדיפה על דעתו של שופט המיעוט. אילו קבעו שופטי הרוב חסיון תוכני עבור יחסי בנק-לקוח, פסיקתם הייתה טובה אף יותר¹⁰¹.

100 זאת, בדומה למה שקבע בית-משפט אנגלי לגבי הוראות דין הזהות לשלנו:

It is quite plain that, in the ordinary way, in civil litigation, an order of this kind is only made against the account of the party who is involved in the litigation: or, if it is in the name of some other person, the account which is really the account of the party. In exceptional circumstances such an order can be made against another person altogether — who is not a party, but caution must be used before so doing.

R v. Grossman, 73 Cr. App. Rev. 302, 307 (1981) (Lord Denning, M.R.)

101 פסיקתם של שופטי הרוב תואמה אח הגישה הננקטת בהוראות דין מקבילות (עוד כדי זהות)

באנגליה, באוסטרליה ובנירדילנד. ראה *D. Campbell ed. International Bank Secrecy*

(London, 1992) chs. 1, 13, 27

עוד יצרין, כי בנירדילנד נקבעה הוראה סטטוטורית כללית (הזהה לעמדתו של בית-המשפט

העליון בע"א 174/88, לעיל הערה 60, בעמ' 566), ולפיה:

(1) In any proceeding before any court, the court may, in its discretion, excuse any witness (including a party) from answering any question or producing any document that he would otherwise be compellable to answer or produce, on the ground that to supply the information or produce the document would be a breach by the witness of a confidence that, having regard to the special relationship existing between him and the person from whom he obtained the information or document and to the matters specified in subsection (2) of this section, the witness should not be compelled to breach.

5. הערות משלימות

כפי שציין השופט גולדברג, שופטי הרוב קבעו את אשר קבעו בפרשת סקולר על ידי יציקת "תוכן חדש" להוראות הכלולות בסעיפים 38 ו-39 לפקודת הראיות¹⁰². למעשה, אין מדובר כאן בתוכן חדש. סעיפים 35-39 לפקודת הראיות אינם אלא תרגומם של סעיפים 14F-14A לפקודת העדות המנדטורית, אשר בשעתו הועתקו מילולית מחוק אנגלי ישן, ה-Bankers' Books Evidence Act 1879. הוראותיו של החוק הנזכר, המקבילות לאלו של סעיפים 38 ו-39 לפקודת הראיות, מעניקות שיקול

(2) In deciding any application for the exercise of its discretion under subsection (1) of this section, the court shall consider whether or not the public interest in having the evidence disclosed to the court is outweighed, in the particular case, by the public interest in the preservation of confidences between persons in the relative positions of the confidant and the witness and the encouragement of free communication between such persons, having regard to the following matters:

- a) the likely significance of the evidence to the resolution of the issues to be decided in the proceeding;
- b) the nature of the confidence and of the special relationship between the confidant and the witness;
- c) the likely effect of the disclosure on the confidant or any other person.

(Evidence Amendment Act [No. 2] 1980, s. 35)

תודתי נתונה לפרופ' צ'ארלס ריקט מאוניברסיטת אוקלנד על שהפנה אותי להוראת חוק זו. זוהי דוגמה מובהקת להסדר מן הסוג ששללתי כטקסט בשל היותו כרוך בהוצאות אכיפה מופרזות. אשר לדין האמריקני, זה אינו מכיר כלל בחסיון בנק-לקוח. מוסד בנקאי בארה"ב חייב אפוא לגלות מידע בנקאי כשהוא נדרש לעשות כן על פי צו של בית-משפט. ראה U.S. J.A. Peden Jr. "A Dilemma for Banks: Disclosure of ; v. Prevatt, 526 F 2d 400 (1976) Customer Records in Legal Proceedings" 4 *Mississippi College L. Rev.* (1983) 1; J.H. Breay "A Financial Institution's Duty of Confidentiality as to Customer Records and Information" 15 *Michigan Business L. J.* (1993) 11 כשווייץ – מרינה הנחשב (לא תמיד בצדק) למבצר של סודיות בנקאית – נהוג להבחין, לענין תחולתו של החסיון, בין הליכים פליליים לאזרחיים. בעוד שבהליכים פליליים אין, למעשה, הכרה בחסיון בנק-לקוח. בהליכים אזרחיים, מצבו של הדין שונה מקנטון לקנטון: יש המכירים בחסיון בנק-לקוח ויש שאינם מכירים בו. ראה Campbell, לעיל הערה 101, בעמ' 677-674. כמו כן ראה W. de Capitani "Banking Secrecy Today" 10 *U. of Pennsylvania J. of Int. Business L.* (1988) 57, 62 מתגלים סדקים גם בעקבות שיתוף הפעולה הבינלאומי שבמסגרת המלחמה בפשיעה מאורגנת: ראה H. Schultz *Banking Secrecy and Mutual Assistance in Criminal Matters* (Swiss Bank Corporation Booklet - 1983); K. M. Singh "Nowhere to Hide: Judicial Assistance in Piercing the Veil of Swiss Banking Secrecy" 71 *Boston U. L. Rev.* (1991) 847.

102 רע"א 1917/92, לעיל הערה 40, בעמ' 772.

דעת השופט שנתבקש לצוות על גילוי של מידע בנקאי. במסגרת זו, מוטל על השופט לשקול גם את עניין החסיון ולמוזער את הפגיעה בפרטיותו הפינאנסית של אדם.¹⁰³

עיגון החסיון בסעיפים 38 ו-39 לפקודה מגביל את תחולתו לדברים הכלולים ב"ספר בנקאי", כמשמעו בסעיף 35. בית-המשפט העליון העיר בשעתו, כי רישומים ממוחשבים הנהוגים כיום בכל הבנקים אינם נופלים, כפי הנראה, בגדרו של "ספר בנקאי"¹⁰⁴. ברי, כי אילו היה דבר זה נכון, החסיון החדש היה מתוסר משמעות. למרבה המזל, הביטוי "ספר בנקאי" זכה באחרונה לפירוש מציאותי יותר שהכליל בתוכו רישומי מחשב¹⁰⁵. יצוין, כי גם בדין האנגלי ניתן לאותו ביטוי פירוש זהה¹⁰⁶. עם זאת, החסיון החדש נותר מוגבל לרישומים, ממוחשבים ובלתי-ממוחשבים, המנוהלים על ידי בנק. תכולתן של כספות פרטיות המנוהלות בבנקים אינה נהנית מהחסיון. החלת החסיון על המצוי בכספות הייתה מעוררת בעיות רבות. כספת מכילה את אשר מניחים בתוכה, ולא כל מה שמונח בתוכה ראוי לחסיון¹⁰⁷. לא ראוי להתיר לאדם פרטי, השולט על המצוי בכספתו, להתוות את גבולות החסיון לפי רצונו.

כפי שעולה מסעיף 35 לפקודת הראיות, החסיון החדש יחול רק כשמדובר במוסד שהוגדר כ"בנק" על פי פקודת הבנקאות 1941. מוסדות אחרים המעניקים שירותים פינאנסיים, כגון ייעוץ והסדרת הלוואות, אינם מכוסים על ידי החסיון. ייתכן שיש מקום לקביעת חסיון גם עבור מקבלי שירותים ממוסדות פינאנסיים שאינם בנקים, אך הדבר אינו נקי מספקות. יצוין, כי החסיון החדש יחול על בנק הדואר בהיותו נתון ל"כל החובות החלות על בנקאי בדבר שמירת סוד"¹⁰⁸.

עיגון החסיון החדש מחוץ לפרק ג לפקודת הראיות, שכאמור מסדיר את ענייני של ראיות חסיון מכמה סוגים, מעורר בעיה נוספת. על פי סעיף 52 לפקודה, המופיע באותו פרק,

103 ראה, למשל, *R v. Nottingham City Justices, ex parte Lynn* [1984] 79 Crim. App. Rep. 238, 238-240, 242-244 (CA).

104 כ"ש 839/86 נאות מרינה בתיים בע"מ נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ, פ"ד מ(4) 126, 133.

105 ע"א 5293/90 בנק הפרעלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ ואח', פ"ד מו(3) 240, 254-256. בית-המשפט העליון אימץ את השקפתו של ע' ארגוב במאמרו "קבילותם של פלטי מחשב כראיה" משפטים כ (החש"ן) 131, 154-158.

106 ראה *Barker v Wilson* [1980] 2 All ER 81. החוק האנגלי גם תוקן: החל משנת 1982, תרפיסי מחשב הם ראיה קבילה לאמיתות תוכנם (סעיף 9 ל-Bankers' Books Evidence Act 1879). ייתכן שגם החוק שלנו יתוקן בקרוב באותו אופן. ראה פרק ד להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד, 478.

107 השווה לעחה"ס 1/81 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד לו(1) 614.

108 כמבואר בסעיף 12(א) לחוק בנק הדואר, התשי"א-1951.

הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית-משפט ובית-דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי דין לגבות ראיות...

באין הרחבה דומה לתחולת החסיון החדש, דומה כי זה לא יחול בדיונים שבפני טריבונלים מנהליים, בתי-דין לעבודה ובתי-דין דתיים¹⁰⁹. כמו כן לא יחול החסיון על ראיות שרשות שלטונית גובה, ובכלל זה ראיות חקירה למיניהן, כגון משטרת ישראל. ממסקנה זו ניתן יהיה, אולי, להסתייג כאשר מדובר במשטרה או ברשות אחרת המופקדת על חקירות פליליות. על מנת לקבל גישה לחומר בנקאי, חייב נציג המשטרה לפנות לבית-משפט בבקשה לקבל צו חיפוש. ניתן לטעון, כי פנייה זו יוצרת "הליך משפטי", המפעיל את ההוראות שבסעיפים 38 ו-39 לפקודת הראיות. אפשרות אחרת גלומה בטענה המחייבת את השופט שנתבקש להוציא צו חיפוש לשקול את עניין החסיון כחלק מאיזון האינטרסים שעליו לבדוק. בטענה זו יש ממש, לדעתי, הן כשמדובר בצו חיפוש, הגיתן מכוח סעיף 23 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, והן כשמדובר בצו בדבר הצגת מסמך, המוצא על פי סעיף 43 לאותה לפקודה. בכל אחד ממקרים אלו, בית-המשפט לא יפעיל את שיקול דעתו באופן נאות, אם לא יעמיד לנגד עיניו את פרטיותו הפינאנסית של האדם כערך ברהגנה.

בכל מקרה, מן הראוי לקבוע פרוצדורה מיוחדת עבור בקשות בדבר גילוי של מידע בנקאי לצרכי חקירה פלילית. בדרך זו הלכו, למשל, המחוקק האנגלי והמחוקק הפרדאלי של ארצות-הברית¹¹⁰; מן הראוי גם לקבוע פרוצדורה מיוחדת

109 ראה, למשל, סעיף 21 לחוק בתי-דין מינהליים, התשנ"ב-1992. החוק מציין במפורש את כפיפותם של בתי-הדין להוראות בדבר חסיונות שבפרק ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971. סעיף 32 לחוק בתי-הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, פוטר את בתי-הדין לעבודה מן החובה לפעול על פי דיני הראיות הרגילים. לדעתי, הוראה זו אינה יכולה להיות בסיס לקליטת חסיונות חדשים, מעבר למתחייב על פי סעיף 52 לפקודת הראיות. מסקנה זו אינה כה ברורה ביחס לבתי-דין דתיים. על פי סעיף 5 לחוק בתי-דין דתיים (כפיית ציות), התשט"ז-1956, אדם המסרב להעיד בפני בית-דין או להגיש מסמך שברשותו, צפוי לקנס. ברם, כאמור בסיפא של הסעיף:

... בית-הדין לא יהיה מוסמך לקנוס... אדם על שלא השיב על שאלה או שלא הגיש מסמך שלדעת בית-הדין לא היה חייב להשיב או להגיש על פי הדין המחייב בבית-המשפט.

הוראה זו, המפנה לכלל החסיונות הראייתיים שמקורם בדין, יכולה להיות בסיס נאות להכרה בחסיון בנק-לקוח בין כותליו של בית-דין דתי. השאלה אם אמנם ישענו בתי-הדין הרתיים על הבסיס הזה ויכירו בחסיון בנק-לקוח היא, כמובן, שאלה נפרדת.

110 ראה Police and Criminal Evidence Act, 1984, s.14. הליך מיוחד זה מחייב את המשטרה לשכנע את בית-המשפט כי המידע הבנקאי שהיא מבקשת חיוני לחקירה בעבירה חמורה. עם זאת, ההליך כולו מחקיים ex parte, והאדם שפרטיותו נפגעת אינו זכאי אפילו לקבל הודעה

בעניין האזנות סתר לשיחות שבנק מנהל עם לקוחותיו, דבר שניתן לעשות בקלות יחסית, על ידי הכנסת תיקון לסעיף 9 לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979. הסעיף ההוא קובע, כי "חוק זה אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שערוות עליה חסויה לפי סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות...". במקום הנוסח הזה – הקובע כלל רצוי אך מוגבל – מן הראוי לקבוע שהחוק "...אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שערוות עליה חסויה על פי דין". הנוסח המתוקן יחייב את נותן ההיתר להאזנת סתר לבדוק אם קיים חסיון ואם אפשר להסירו¹¹¹.

על פניית המשטרה. ראה 3 All ER 563 [1989] *Barclays Bank plc v. Taylor*. על מצב דברים זה נמתחה ביקורת נוקבת: J. Wadley "Banks' Confidentiality: A Much Reduced Duty" 106 *L. Q. R.* (1990) 204; A.A.S. Zuckerman "The Weakness of the PACE .Special Procedure for Protecting Confidential Material" *Crim. L. Rev.* (1990) 472. ההסדר הפרדאלי האמריקני נוקשה יותר מההסדר האנגלי, מבחינתן של רשויות חקירה. הוא גם מחייב, ברוב המקרים, ליידע את האדם על חשיפת עניינו הפינאנסיים על פי בקשתה של רשות שלטונית. ראה -12 USC (1978) par. 3401- The Right to Financial Privacy Act, 3422; S.E. Jones "Right to Financial Privacy: Emerging Standards of Bank Compliance" 105 *Banking L. J.* (1988) 37.

על פי הדין הישראלי, ניהולו של מאגר מידע ממוחשב בבנק יהא כפוף להוראות פרק ב לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, אם אותו מאגר מכיל נתונים על לקוחות הבנק (כעולה מע"א 86/89 מדינת ישראל נ' בנק הפועלים בע"מ, פ"ד (מד) 726, 731, נתונים כאלה מהורים "מידע על מצבו הכלכלי של אדם", כמשמעו בסעיף 7 לחוק. ראה גם ע"א 439/88, לעיל הערה 46). כפיפות זו מחייבת בנקים לרשום את מאגריהם אצל רשם מאגרי המידע וכן לכבד מספר זכויות שתחוק מקנה לכל אלה שעליהם נאגר מידע. עם זכויות אלה נמנית הזכות לסודיות המידע. ברם, בסעיף 16 לחוק, אשר מקנה את הזכות האמורה, נקבע מפורשות כי זו לא תעמוד כנגד צו של בית-משפט המורה לגלות את המידע. מסקנותיה של הרשימה דגן

בעניין חסיון בנק-לקוח חלוצה אפוא גם כאן.

בהוראות פרק ב לחוק אין גם כל חובה ליידע את האדם על ההליך המשפטי שבסופו עשוי להיחשף – *ex parte* – מידע אנדוטיני. חובה זו יכולה, אולי, לצמות מתוך תוכת הגאמנות הכללית שבנקים חבים ללקוחותיהם. במקרה כזה, יהא מקום לאזן בין האינטרס שחובה זו שומרת עליו לבין הצורך לשמור על חשאיותה של חקירה פלילית.

ראה עזה"ס 1/81, לעיל הערה 103, ודברי השופט ש' לויין בבג"צ 3815, 3816/90 גילת ואח' נ' שר המשטרה ואח', פ"ד מה(3) 414, 427.

בעבר שללתי את האפשרות להכריע בדבר *ex ante*, ללא יכולת לאמור את הפגיעה שתסב האזנת הסתר. מטעם זה סברתי, שיש לפרש את סעיף 9 הנ"ל כאיסור מוחלט להאזין בסתר לשיחות חסיונות, וזאת לא רק כשהחסיון הוא מוחלט, אלא גם כשהוא יחסי. ראה א' שטיין "האזנת סתר ומעקבים אלקטרוניים נסתרים כאמצעים לקידומה של חקירה פלילית וביטחוניות" משפטים יד (התשמ"ה) 527, 547-549. עמדת השופט ש' לויין, המכירה באפשרות להכריע בדבר *ex ante* – ושוללת, עקב כך, את "תיחת האיסור המוחלט" – נראית לי עתה עדיפה על גישתי דאז. השווה לסעיף 9 להצעת חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ד-1994, ס"ח תשנ"ד, 544.

זאת ועוד, שופטי הרוב בפרשת סקולר צריכים היו – לדעתי – לשלול כל אפשרות להקים חסיון ראייתי על ידי שילוב ההוראות שבסעיפים 2(8) או 2(7) לחוק הגנת הפרטיות עם כלל הפסילה המוסדר בסעיף 32 לאותו חוק. כפי שכבר נאמר, הכלל האחרון צריך לחול רק כשמפר הסודיות פעל שלא תחת צו של בית-משפט או הוראה חוקית אחרת. לכלל הזה עשויות להיות השלכות מיוחדות שמדובר בעיקול זמני המוטל על חשבון בנק אגב התדיינות אזרחית. בידוע, שמידע על חשבונות בנק לצורכי עיקול מושג, במספר לא מבוטל של מקרים, בדרכים לא דרכים. הפעלתו של כלל הפסילה אגב דיון בהתנגדות לעיקול עשויה להסיר את התשתית עובדתית של צו העיקול ולהביא לביטולו. למיטב ידיעתי, אפשרות זו טרם נוסתה למרות שהיא נראית מבטיחה למדי.

6. סיכום

פסיקתו של בית-המשפט העליון בפרשת סקולר מהווה התפתחות חיובית ביני החסינות הראייתיים. חסיון בנק-לקוח, המגן על פרטיותם של לקוחות הבנקים, הוא דבר רצוי. בית-המשפט העליון מיטיב היה לעשות, אילו עיגן את החסיון הבנקאי החדש בכוחו להעשיר את רשימת החסינות הקיימת, מבלי להיזקק לסעיפים 38 ו-39 לפקודת הראיות. מהלך כזה היה מונע מראש את הבעיות הקשורות להפעלת החסיון החדש מחוץ להתדיינות בפני בית-משפט. מן הראוי היה גם לקבוע, כי החסיון החדש שבין בנק ללקוח הוא חסיון תוכני החל על כל מידע פיננסי באשר הוא. כמו כן, ראוי היה לשלול במפורש את האפשרות להקים חסינות ראייתיים על יסוד סעיפים 2(8) ו-32 לחוק הגנת הפרטיות. המחוקק צריך להשלים את המלאכה על ידי תיקוני חוק אחדים. על תיקונים אלה הצבעתי לעיל. מנקודת ראות כללית יותר, שתיקת המחוקק בסוגיות ראייתיות חשובות זה מכבר אינה מתפרשת כ"שתיקה רועמת", אלא כחוסר מעש משווע. במצב דברים זה, שאינו מניח את הדעת, נאלצים כתי-המשפט להשלים את החסר. בדרך כלל הם עושים זאת בתנאי לחץ, אגב מתן פתרונות לבעיות ספציפיות הניצבות בפניהם. על כן קשה לצפות (ואף אין ראוי לצפות) לכך שהשלמת הדין על ידי בית-משפט תקיף את מכלול הבעיות הקשורות בה. ההתפתחות שחלה בסוגיית החסיון הבנקאי היא אחת הדוגמאות לכך.

דברים אלה נכתבו לפני חקיקתו של חוק האזנת סתר (תיקון), התשנ"ה-1995 (ס"ח התשנ"ה, 180). הצעתי בנוגע לסעיף 9 לחוק מוסיפה, עם זאת, לעמוד בעינה. סעיף 9א, שהוסף במסגרת התיקון לחוק, תואם את עמדתו הנ"ל של השופט לוי. תיקונו של סעיף 9 בהתאם להצעתי יחייב גם את תיקונו המקביל של סעיף 9א.

