

מרצה: ד"ר נורית צימרמן nourit@nyu.edu; Nouritz@mail.sapir.ac.il

מנהלות:

- הקורס יועבר כולו בזום.
- הפסקה: השיעור ארוך לכן נחלקו – שעה, הפסקה, שעה.
- השיעורים מלווים במצגות שיעלו לאתר. יתארכו עורכי דין שכן עוסקים במקצוע כדי לתת לנו גם נקודת מבט מהשטח.
- השיעורים מבוססים הרבה על השתתפות, לכן תשמח אם נפתח מצלמות ונשתתף.
- ציון: 100% בחינה מסתמן בספרים פתוחים. המבחן מורכב בד"כ משאלות אמריקאיות ושאלות פתוחות (הרוב). יש מטיב על השתתפות תורמת שמבוססת על קריאה.
- בבחינה מהבית לא יהיה חומר סגור ולא חלק אמריקאי.
- נוכחות: אין.

תוכן עניינים

נושא 1: גישות סוציולוגיות וגישות פילוסופיות ביקורתיות למקצוע עריכת הדין	1
אתיקה מקצועית: בין עורכי דין כאינדיבידואלים לעורכי דין כקבוצה	2
עורכי דין כקבוצה: הפרופסיה המשפטית קווים לדמותה	2
מאפייני הפרופסיה	5
נושא 2: רגולציה של עורכי דין – גלובליזציה, שוק ומדינה	8
אסדרת המקצוע – רגולציה של עוה"ד	8
נושא 3: מבנה לשכת עורכי הדין והדין המשמעותי	10
הדין המשמעותי	10
ההליך המשמעותי	11
תכליות הדין המשמעותי	12
הביקורת המקובלת על הדין המשמעותי – הרפורמה בדין המשמעותי	14
נושא 4: מי רשאי לייצג? סוגיית ייחוד המקצוע, טכנולוגיה ושירותים משפטיים	15
המאבק במעגל החיצוני: ס'20 לחוק לשכת עורכי הדין – ייחוד המקצוע	15
מאבק גילדאי או מאבק למען הציבור?	17
הצדקות לייחוד המקצוע: רגולציה ואתיקה – האינטרסים והערכים המעורבים	19
המאבק במעגל הפנימי: כלל 11 לכללי האתיקה - איסור על עורכי דין לעבוד אצל מסיגי גבול המקצוע (1998) [פיצוי נמרץ, קליניקות משפטיות]	24
מבט לעתיד	27
נושא 5: הייצוג המשפטי – הזכות לייצוג, יצירת ייצוג, סיום ייצוג, כשל בייצוג	27
זכות הגישה לערכאות	27
זכות הייצוג בישראל	27
תחילת הייצוג	29
זכות עוה"ד לבחור את הלקוח שלו	29
איך מתחיל הייצוג בפועל?	30
סיום הייצוג	30
ייצוג כפוי – הפסקת ייצוג בהליך תלוי ועומד	32
הפסקת הייצוג בהליך אזרחי	32
הפסקת ייצוג בהליך פלילי	33
הגנה "מוגבלת" מול היעדר הגנה	36
נושא 6: חובת הנאמנות של עוה"ד ללקוח וגבולותיה	37

- 37 מישורים ליחסי עו"ד-לקוח (יציקת תוכן לפעולה בנאמנות ובמסירות)
- 40 יחסי עורכי דין ולקוחות
- 40 עריכת הדין כמקצוע בעל מאפיינים פטרנליסטיים
- 42 הבחנה בין אמצעים למטרות, מה רוצים לקוחות? – חובות היידוע וההסבר של עו"ד ללקוח
- 43 Informed consent – הסכמה מדעת
- 44 החובות במסגרת הנאמנות ללקוח
- 45 נושא 7: רשלנות מקצועית – החובה לפעול במסגרת החוק
- 45 הפעלת שיקו"ד בביצוע פעולות
- 47 רשלנות מקצועית
- 48 תביעות רשלנות מקצועית – הסתכלות מערכתית:
- 48 רשלנות מחוץ / בתוך בית המשפט
- 50 עריכת דין מתגוננת
- 50 עלייה בתביעות אחריות מקצועיות – הסברים אפשריים
- 51 נושא 8: חובת הנאמנות כלפי בית המשפט והאיסור להטעות את בית המשפט
- 51 מה היחס בין הנאמנויות עו"ד? שלוש גישות ליחס בין שלוש הנאמנויות
- 51 חובות כלפי בהמ"ש, צד ג' (והציבור?) – רקע
- 52 חובות כלליות וחובת ספציפיות
- 52 איסור הטעיה בעניין משפטי
- 53 איסור הטעיה בעניין עובדתי
- 54 דילמות אתיות ב-ADR
- 57 הוצאות אישיות
- 58 מגע עם עדים
- 60 חקירה נגדית בהגינות
- 60 נושא 9: חובת הנאמנות והזהירות כלפי הצד שכנגד וכלפי הציבור
- 62 חובות כלפי צד ג' – ההתחלה
- 62 חובה כלפי הצד שכנגד
- 66 חובת נאמנות וזהירות כלפי הציבור
- 69 נושא 10: כיגוד עניינים
- 69 מה זה להיות בניגוד עניינים?
- 69 עקרונות כלליים

8 קבוצות בהן מוסדר עניין ניגוד העניינים בכללי האתיקה

70 קבוצה ראשונה – חשש לפגיעה ביכולת למלא את החובה המקצועית (14(א))

71 קבוצה שניה – ייצוג לקוחות במשותף (14(ב))

72 ייצוג משותף של נאשמים בהליך פלילי

73 קבוצה שלישית – לקוח קבוע (14(ג))

74 קבוצה רביעית – לקוח חד פעמי ולקוח לשעבר (16)

75 קבוצה חמישית – טענות נגד כשרות הסכם / עסקה (15)

76 קבוצה שישית – ייצוג בעניין בו עוה"ד דן כשופט/בורר/מגשר (17)

76 קבוצה שביעית – ניגוד עניינים עם עיסוק אחר של עורך הדין

77 קבוצה שמינית – ייצוג לקוח וצד שכנגד בעניינים שונים

78 חריגים/היתרים לטיפול על אף ניגוד עניינים**78 שיתוף בשכה"ט****78 נושא 11: חיסיון וסודיות; סוגיית העבירה העתידית, מסמכים שהוכנו לקראת המשפט****78 עקרונות כלליים****79 חיסיון עו"ד-לקוח**

79 מקור נורמטיבי לחובה הכללית

80 איזה מידע נמצא תחת חיסיון?

82 מקור החובה האתית

82 סודיות**83 חריגים: מהם המקרים עליהם החיסיון לא חל?****86 כרסום במעמד החיסיון****86 חיסיון עו"ד-לקוח חפצי**

שיעור 1 – 21/10/2020

נושא 1: גישות סוציולוגיות וגישות פילוסופיות ביקורתיות למקצוע עריכת הדין

היום נתחיל לדבר על גישות סוציולוגיות וגישות פילוסופיות למקצוע עריכת הדין. השיעור עוסק בגדול במקצוע עריכת הדין. כשמדברים על עורכי דין, ניתן לדבר עליהם כקבוצה או כאינדיבידואלים – האתיקה המקצועית מתייחסת אליהם הן כך והן כך, כלומר לאתיקה יש משמעות במחשבה על עורכי הדין גם כקבוצה וגם כפרטים בודדים.

ידוע שאת מקצוע עריכת הדין אנשים אוהבים לשנוא, יש עליו בדיחות רבות המעידות על יחסי שנאה למקצוע וסטריאוטיפים שליליים, כלומר שבעיני הציבור המקצוע נתפס כמקצוע של אנשים לא ישרים, חסרי רגש, תאבי בצע אשר מוכנים אפילו לשקר ולהיות לא ישרים למען מטרה זו והנאמנות ללקוח וכו'. עניין זה מציף את השאלה – למה זה הדימוי של המקצוע, כאשר על פניו האנשים שבחרים לעסוק בו הם בהכרח אנשים שהם רעים או פחות מוסריים יותר מאנשים אחרים?

המקצוע המשפטי הוא מקצוע שמחייב התמודדות עם דילמות אתיות, כלומר שעורך הדין מחויב לקבל הכרעות יומיומיות בשאלות אתיות. **הקורס הזה בא לתת לנו כלים להתמודד עם הדילמות האלה, שהרי אין לדילמות רק תשובה אחת ויש הרבה תחומים אפורים**. קיומן של דילמות אלו עשויות להסביר את הסטריאוטיפ על המקצוע.

דילמות אלו נובעות בין היתר מכך שעורכי דין באופן מבני הם **בעלי מקצוע שיש להם נאמנויות מרובות ולעיתים סותרות**, כך למשל יש להם נאמנויות ללקוח, אך גם לציבור, לחוק, למערכת המשפט, ללשכה ולקולגות שלו, למקצוע וכו' בעוד שנאמנויות לאו לא תמיד עולות בקנה אחד.

אכן, ישנם מקצועות נוספים בהם לבעלי המקצוע יש נאמנויות מרובות, כך למשל לרופאים יש חובות ונאמנויות שונות גם כן, אך הרופא מטפל בחולה בעוד עורך הדין, כשהוא מייצג מישהו, אינו נתפס כאדם שמטפל בלקוח, אלא כבעל מקצוע מוטה ולא ניטרלי, אשר מהווה "חרב להשכיר" הבא בנעליו של מי ששכר את שירותיו (למשל, אם הוא מייצג אדם המואשם בעבירות פליליות מסוימות, הרי שהוא מסכים עם פעולותיו, מצדיק ותומך בהן), ולא דווקא כ"לוחם למען הצדק" (אך אלו שוכחים שגם לעבריינים יש זכות להגנה על זכויותיו המשפטיות ויש להבחין בין הצדקת מעשים לעומת הגנה על זכויות). כלומר, **הנאמנות ללקוח מביאה אותנו לפער בתפיסה בין היותו של עורך הדין כ"חרב להשכיר" לפי תפיסת המקצוע המסורתית, למול היותו "לוחם למען הצדק"**. היינו, פער בין תפיסת עורך הדין כמי שנלחם עבור הלקוח שלו תמורת כסף כאשר הדבר היחיד שמגביל אותו זה החוק, לעומת תפיסת עורכי הדין כלוחמים למען הצדק אשר נלחמו לאורך ההיסטוריה למען חופש, קבוצות חלשות וזכויות אדם, להם תפקיד מאוד משמעותי בהשגת שינויים רוחביים. המקצוע הוא רחב וכנראה שמתקיימים בו כל הדברים ביחד, אך כשחושבים על המקצוע הזה צריך לתת את הדעת לפער הזה.

מהי אתיקה?

הגדרה: אתיקה היא מגמה להגיע להבנה של טבעם של הערכים האנושיים, כיצד היה עלינו לחיות, ומה מהווה התנהגות תקינה.

האתיקה למעשה אומרת לנו איך האדם הטוב מנהל את חייו.

לעיתים קורה שדברים שהאתיקה עוסקת בהם בסוף יכנסו לתוך המשפט ויקבע לגביהם חוקים.

חשוב להבין כי האתיקה היא דבר שמשתנה ממקום למקום ומתקופות לתקופות, כלומר שהנורמות הערכיות אינן תמיד אותן נורמות.

אתיקה מקצועית

האתיקה המקצועית, בדומה לאתיקה כעקרון כללי, עושה דבר דומה ביחס לבעל המקצוע – **הגדרה:**

- **מובן צר** – מגדירה מה מותר ומה אסור לבעל המקצוע לעשות. כאן יש לנו את כללי האתיקה המקצועיים, דבר חקיקה, אשר קובע מה מותר ומה אסור לעורכי הדין לעשות. כלומר, כללי האתיקה (חוק לשכת עורכי הדין וכללי האתיקה המקצועיים), הפכו לחקיקה לכל דבר והפרת הכללים מאפשרת לפתוח בהליך משמעותי נגד המפר. אין מדובר עוד בעניין מוסרי, ולכן זה מובן צר. ככלי האתיקה המקצועיים במובן מסוים הם החוק העונשי של עורכי הדין.
- **מובן רחב** – אתיקה מקצועית מתמקדת בערכים, העקרונות והנורמות הנמצאות בבסיס ההתנהגות של איש המקצוע. האתיקה המקצועית במובנה הרחב מחייבת לחשוב על מקצוע עריכת הדין גם כקבוצה, זאת בשל המונופול והזכויות להן זוכים עורכי הדין.

נדבר בקורס מה נכנס בכללי האתיקה ומה נותר מחוץ להתעסקות לשכת עורכי הדין ומהווה שטח אפור.

דוגמה: האם ראוי לשקר?

- לפי אתיקה אישית – כאדם, אמירת שקר בדרך כלל נחשבת כדבר רע.
 - אך, האם לפי האתיקה של רופאים, מוצדק כי רופא ישקר לחולה בדבר מצבו הרפואי במידה והרופא סבור שזה לטובת החולה?
 - או – האם לפי האתיקה של עורכי דין, מוצדק שעורך דין ישקר בבית המשפט כדי להגן על הלקוח שלו?
- כלומר, לפי אתיקת כללי המקצוע אנחנו תופסים את בעל המקצוע כמי שחלים עליו 2 קובעים, הן כאדם והן כבעל מקצוע, כאשר אלו לא תמיד הולכים יד ביד.

אתיקה מקצועית: בין עורכי דין כאינדיבידואלים לעורכי דין כקבוצה

עורכי דין כקבוצה: הפרופסיה המשפטית קווים לדמותה

המקצוע המשפטי לא מוגדר סתם כעיסוק אלא כפרופסיה. יש שורה של מקצועות שאנחנו מגדירים כפרופסיות. פרופסיה היא סוג של עיסוק לו מאפיינים שונים מעיסוקים אחרים, הן במובן של מה נדרש מבעלי המקצוע, הן במובן הפריבילגיות שהחברה נותנת להם וכו'. נדבר על עניין זה כדי להבחין מה שונה בין עורכי דין מעיסוקים שונים שאנחנו מכירים. כשמדברים על הפרופסיות הקיימות בעולם (דוגמה: רופאים, מהנדסים, אדריכלים וכו'), אנו מבחינים בין 2 גישות מרכזיות שמנסים להסדיר את התופעה שבעלי מקצוע מסוים זוכים למעמד מיוחד בחברה שלנו:

1. הגישה הפונקציונליסטית.

2. הגישה הביקורתית-תועלתנית (**מקס ובר**).

שתי הגישות מציגות 2 גישות שונות להתבונן על התופעה החברתית הזו ולהסביר אותה. ברגע שהפרופסיה זוכה למעמד מסוים, היא צריכה תמיד להצדיק את המעמד שלה, כל גישה מצדיקה זו אחרת.

הגישה הפונקציונליסטית (אמיל דורקהיים)

הסתכלות חיובית על בעלי המקצוע. לפיה, מה שמסביר את קיומן של הפרופסיות המסוימות האלה והמעמד שלהם זה הרעיון של סדר חברתי, כלומר השאיפה לשמר את הסדר החברתי. בעלי המקצוע הספציפית, עם קריסת המלוכה, ממלאים תפקיד משמעותי בחברה כשומרים על הסדר החברתי במתן שירותים ייחודיים. מסיבה זו, החברה מעניקה להם פריבילגיות עליהן נרחיב בהמשך.

אם כן, בבסיס ההתארגנות המקצועית עומד אינטרס ציבורי וזו הסיבה לכך שהפרופסיה מקבלת את המונופול והמעמד המלווה בהשתייכות אליה.

- **מה האינטרס הציבורי שמגשימים עורכי הדין?** בהרבה מובנים לא ניתן להסתדר ללא עו"ד.

○ מתן שירות משפטי ללקוחות הנזקקים למערכת המשפט (גם אם בתשלום).

- ייצוג משפטי מאפשר לפרט לממש את האוטונומיה האישית במערכת המשפט.
- מקדם את גילוי האמת.
- נאמנות עורכי הדין למשפט ולערכיו, ולא רק ללקוח, מגשימה אינטרס ציבורי.
- המשפט הוא נכס ציבורי וחיוני, ומי שבידיו המומחיות בתחום חייב לדאוג לכך שהמשפט יהיה נגיש לכל באופן שוויוני.

- אם בעלי המקצוע ממלאים תפקיד כ"כ חשוב, איך הפרופסיה מגשימה את תפקידה הציבורי? **מאפייני הפרופסיה:**

- **שיקול דעת עצמאי** (זה ההבדל בין הדיוט לבין בעל המקצוע אשר רכש ידע מורכב והבין את מורכבות התחום, דבר אשר הדיוט לא ידע להעריך).
- **דרישות סף לעיסוק במקצוע** – לימודים, התמחות ובחינות כניסה – מבטיחים את איכות השירות.
- **אוטונומיה** – זו הדרך הכי טובה להגן על הציבור ולהבטיח מקצוע איכותי, שכן חברי הפרופסיה הם המתאימים ביותר לפקח על עצמם. המדינה עשויה להשתמש בכוח הפיקוח לרעה ולפגוע בעצמאות המקצוע. האוטונומיה היא תוצאה של 'עסקת חליפין' חברתית.
- **הערה:** לשכת עורכי הדין היא גוף דו מהותי, אשר נהנה מעצמאות מאוד גדולה ביחס לגופים אחרים.
- **ייחוד המקצוע.**
- **סמנים חיצוניים שבאים לחזק את מעמדו וייחודו של המקצוע** (כמו שפה משפטית, גלימות, אתיקה וכו').
- על מוסדות הפרופסיה לעמול באופן מתמשך כדי לשמר את התודעה הפנימית והציבורית-חברתית, לפיה הפרופסיה – באופן קולקטיבי ואינדיבידואלי – אכן פועלת למען מטרה 'נעלה'. אם אמונה זו תישחק, עלולה הפרופסיה לאבד את ההצדקה ליתרונות הגלומים במעמדה הייחודי.

הגישה הביקורתית-תועלתנית (מקס וובר)

זו גישה מרקסיסטית במהותה. לפי גישה זו, העניין המרכזי להסדרת הפרופסיות הוא חלוקת משאבים. למעשה, מה שמסדיר את העולם זה מאבקים של כוח, ולא אינטרס ציבורי כפי שטוענת הגישה הפונקציונליסטית, כלומר שהפרופסיות אינם מי שממלאים בהכרח תפקיד חשוב, אלא מדובר במקצועות שהצליחו יותר במאבק על הכוח והכסף, והצליחו להשיג לעצמם יותר מבעלי מקצוע אחרים.

לפי גישה זו, ההתארגנות הפרופסיונאלית היא חלק מהתנהלות שוק. הכוח המניע הוא האינטרס העצמי. לכן, צורת ההתארגנות של הפרופסיה (מבנה מוסדי, הסדרי כניסה, רישוי, אוטונומיה) נועדו להגן על ולהגדיל את הרווחים הכלכליים, המעמדיים והסימבוליים של חברי הפרופסיה. כלומר, גישה זו תצדיק למשל את האוטונומיה ממנה נהנים עורכי הדין בכך שתטען כי זו דרך נוספת של עורכי הדין להשיג לעצמם יותר כוח / הלשכה מקשיחה את הגישה לתוך המקצוע כדי לשמור ולהגן על ייחודו ועל יכולתם של בעלי המקצוע להתפרנס, כלומר שחברי הפרופסיה דואגים לעצמם וזה מה שמניע את האופן בו הוא נבנה, ואין מדובר בהכרח במקצוע יותר עליון בחשיבותו.

המעבר מעיסוק לפרופסיה: הפרויקט המקצועי (על פי לרסון)

לרסון מדברת על האופן בו מקצועות מסוימים הצליחו להגיע למקום בו יש להם מעמד מיוחד. תיאור זה מהווה תיאור ביקורתי של תופעת הפרופסיה. גישתה:

- זיהוי / יצירה של שוק עבור השירות שהמקצוע מעניק.



- **שכנוע הציבור בנחיצות השירות, ובכך שהציבור לא יכול לבצע אותו ללא עזרה מקצועית. לרכוש את אמון הציבור. איך?**
שפה משפטית למשל.



- **הגדרה של תחום ידע הקשור למקצוע ושרק לבעלי המקצוע תהיה הזכות להשתמש בו + הגדרה של מסלול הכשרה הדרוש כדי לרכוש ידע זה** (הקבלה בין כסף לידע – כסף הוא משאב מוגבל, וכדי להצליח צריך לגרום לכך שגם הידע יהיה משאב מוגבל כי אם לכל אחד יהיה גישה לידע האיזון יופר. אירוע הקמת המכללות הוא אירוע שמעלה שאלות מסיבה זו, מפני שזה הוביל לעליה מטורפת במספרי עורכי הדין ועל פניו זה לא מסתדר עם הפרויקט המקצועי של לרסון – המקצוע הפך ממקצוע אקסקלוסיבי למקצוע רווח ולא ברור למה שהלשכה תרצה לתמוך בזה. את הניסיון לאזן מהלך זה ניתן להסביר בבחינות הלשכה הקשות לאין שיעור מאלו שהיו בשנים עברו).



- **קבלת מונופול מהמדינה:** הכרה רשמית בזכותם הבלעדית של בעלי המקצוע על התחום והידע.



- **גידור חברתי:** היכולת של הקבוצה המקצועית לשלוט על הכניסה למקצוע, על הגישה לידע, לקבוע מי יעסוק במקצוע ומי לא.



- **ההגנה על הפרופסיה היא תמידית – תמיד יש להמשיך ולהיאבק מול בעלי מקצוע אחרים, תחומי ידע חדשים, מהפכת המידע ועוד.**

דוגמאות למאבקים: מאבקים אלו לא פוסקים, מתוך רצון להגן על המקצוע כאמור לעיל – כאשר מחד יתכן שזה נובע מתוך רצון להגן על האינטרס הציבורי (גישה פונקציונליסטית) או מנגד כדי להגן על החברים הנוכחים במקצוע ועל מעמדם (ביקורתית-תועלתנית).

- רופאים נ' רפואה משלימה.
- רופאי עיניים נ' אופטומטריסטים.
- רופאי שיניים נ' שינניות.
- רופאים מיילדים נ' מיילדות.
- פסיכולוגים נ' מאמנים.
- עורכי דין נ' מגשרים שאינם עורכי דין.
- עורכי דין נ' לבנת פורן ודומותיה.

← על פניו הגישות סותרות אחת את השנייה, אך ייתכן שהאמת מורכבת יותר ויש הסברים שנכונים לגישה אחת והסברים אחרים שנכונים לגישה השנייה, ואף גישה היא לא הגישה הנכונה לבדה.

שיעור 2 – 28/10/2020

התחלנו לדבר על עו"ד ועסקנו בהם כאינדיבידואלים וכקבוצה. עצרנו באמצע הדיון שדיבר על עו"ד כקבוצה. דיברנו על 2 גישות שונות שניתן דרכן להסביר ולחשוב על מעמד עו"ד, על הפריבילגיות ועל המקום שלהם בחברה. כמו כן, דיברנו על הגישה הפונקציונליסטית שדוגל המרכזי בה אמיל דורקהיים – גישה זו נוקטת בתפיסה חיובית על המקצוע, ומנסה להסביר את העולם אינטרס ציבורי לסדר חברתי. מנגד, אתגרנו גישה זו בגישה הביקורתית-תועלתנית שהדוגל המרכזי בה הוא מקס וובר – גישה זו נוקטת בעמדה פחות חיובית על המקצוע, ומציגה הצדקה לפרופסיה מתוך הישענות על חלוקת משאבים, מאבקי כוח והיררכיות. שתי הגישות מדברות על תופעה חברתית שהיא קיומן של פרופסיות. צריך להבחין בין דבר אחד שמתאר את

הפרופסיות ואת מאפייניהן לבין מה שהגישות מנסות לעשות שזה ליתן הסברים, איך הפרופסיה נוצרה ולמה היא קיימת וכו'. נטע זיו בספרה מסכמת את הגישות בצורה טובה (לקרוא!). אין בהכרח גישה אחת נכונה ביותר או שמתארת את האמת במלואה, שכן המציאות בפועל היא מורכבת. היום ניקח את התיאוריות הללו ונוסיף עליהן את הגישה הכלכלית. בנוסף, נתבונן על לשכת עו"ד הישראלית והאופן שבו מוסדר המקצוע דרך עיני הגישות הללו.

מאפייני הפרופסיה

1. **תקופת לימודים משמעותית ורישיון.**
 2. **דורש ידע מיוחד ויכולת אינטלקטואלית – בעבר, באופן טבעי, הידע היה מוגבל רק לאנשים מסוימים (שהרי רבים לא ידעו אפילו קרוא וכתוב).** העידן שלנו הוא מהפכת הידע השנייה. המהפכה הראשונה הייתה המצאת הדפוס. כיום, הכל מצוי במחשבים ולכאורה זמין לכל אחד, וכאן אתגר המקצוע הוא אחר, הוא מבקש לשכנע את הציבור שלעו"ד בהכשרתם יש משהו שמאפשר להשתמש בידע הזה בצורה אחרת (לא מספיק לפתוח את נבו, אלא לחשוב כמשפטן, להפעיל שיקו"ד). בחברה מערבית צריך משפטנים, הצורך בשירות קיים – לא ניתן להמציאו לגמרי. העצמת עו"ד את המקצוע אולי מוגזמת אבל הבסיס לצורך הזה קיים. אם נסתכל מבחינה היסטורית על ארה"ב – היה מרד נגד השלטון הבריטי. אפילו לא רצו עו"ד כי הם ייצגו את הרע, הישן. תוך 30 שנה או פחות זה היה המקצוע הפופולרי והמבוקש, והנשיא הראשון היה עו"ד. חברה שמושטת על חוק אינה יכולה להתקיים בלי משפטנים. ללשכה אצלנו כוח עצום והיא נאבכת בגופים וחברות שמנסים לפתח טכנולוגיות שיעשו חלק מהעבודה של עו"ד. **השופט עמית** אמר אי אפשר להילחם נגד הטכנולוגיה, תשמרו את המקצוע בדרכים אחרות. מבחינת הלשכה כל דבר שקשור לחוק שייך למונופול שלה על עריכת הדין, וזו משמעות הרישיון.
 3. **בעלת מונופול ואוטונומיה – החוק מדבר על שירות משפטי. מה נחשב שירות משפטי? הלשכה נלחמת ומרחיבה את השירותים המשפטיים. הפסיקה נוקטת בגישה מצמצמת יותר ושואלת מה תכלית המונופול ובודקת האם הוא השירות מגן על הציבור או על עו"ד.** בעבר בהמ"ש היו נוקטים יותר בגישה שתאמה את הגישה הפונקציונליסטית והיום נוטים לביקורתית. הלשכה נאבקה על גישור ואמרה שכדי להיות מגשר צריך להיות עו"ד. גם היום יש מאבק האם מגשר שאינו עו"ד יכול להיות עו"ד או לא. דוגמה על השמירה על המקצוע היא מאבק הלשכה בחוק הפקטור שרצו להעביר בכנסת – והיא השוותה עו"ד שקיבל פקטור בבחינה לרופא שקיבל פקטור בבחינה. זה תואם את הגישה הפונקציונליסטית, שהרי הם אומרים לציבור אנחנו מגנים עליכם לא על עצמנו. השאלה שעולה היא האם כדי להיות טכנאי צריך תואר מהטכניון או שאולי מספיק ללמוד להיות טכנאי שמטפל במעלות, כך ניתן לומר על עריכת הדין – עו"ד יכול לייצג ברצח וכן ברישום בתים משותפים ולא בהכרח נדרשת אותה הכשרה. זו טענת הגישה שקוראת להגמשת השירותים הללו, מאחר שבסוף ברור שקיומו של מונופול הופך את השירות ופחות זמין. ייתכן שפתיחת השוק תשרת טוב יותר את הציבור. הגישה הפונקציונליסטית תאמר שמאחר שמדובר בשירות חשוב מוצדק להשאירו ככה. הביקורתית תאמר שהגישות קטנה בגלל צורת ההסדרה הזו.
- ככל שהמונופול גדול יותר כך הפרופסיה נחשבת יותר. **אוטונומיה** משמעה ניהול עצמי. בישראל ענייני המקצוע שלנו מוסדרים ע"י לשכת עו"ד. הלשכה קיבלה אוטונומיה רחבה מאוד שאין לה אח ורע. **ס'1 לחוק לשכת עו"ד** קובע שהלשכה תאגד את עו"ד בישראל ותשקוד על רמתו וטוהרו של המקצוע. מכאן שללשכה שני כובעים שאינם בהכרח קוהרנטיים זה עם זה:

1. הלשכה איגוד מקצועי, כמו ההסתדרות. כל אדם שרוצה להיות במקצוע חייב להיות חבר הלשכה (**פס"ד שטנגר**).

2. תפקידה לשמור על רמתו וטוהרו של המקצוע – זה נועד גם לשרת את הציבור. שהציבור ידע כשהוא הולך לעו"ד הוא יכול לסמוך עליו. רמה מקצועית ומוסרית מתאימה.

המראה הציגה פרסום של אפי נווה שנועד לגרום לחברי לשכה לבחור בו – בו הוא מציג עצמו בכובע הראשון: איגוד מקצועי. מדבר על תקציבים, על המאבק בהצפה. כלומר, אני בוחר בכם. המשפט הראשון עוסק בהקמת המדרשה לריענון המקצועי ולשימור איכות המקצוע – יש בכך מענה להיבט הרמה המקצועית במכוון לדאגה לציבור.

בהמשך החוק (ס'2 לחוק לשכת עורכי הדין) – התפקידים שהמדינה מעניקה ללשכה. המדינה נותנת אוטונומיה מאוד רחבה, מאחר שהלשכה רושמת מתמחים, מפקחת עליהם ובוחנת אותם. כלומר, הלשכה קיבלה שליטה מלאה על דלת הכניסה למקצוע. היא מסמיכה אותם ונותנת את הרישיון (בשונה מרופאים – שם משרד הבריאות מעניק). היא גם אחראית להעמיד לדין משמעת ו להעניש את חבריה. במקרים קיצוניים היא רשאית לשלול רישיון. "החתול שומר על השמנת" – ברגע שהלשכה מתקינה את כללי האתיקה, מנהלת את הדין המשמעת ומעמידה עו"ד לדין ומענישה אותם – בהחלט עולה השאלה מה השיקולים לכך? למי הלשכה דואגת? הלשכה תאמר שהיא דואגת לציבור. אך ניתן לראות למשל שאפי נווה לא עמד לדין משמעת אף בעניין שדה התעופה – כולם פסלו עצמם, ולא היו מסוגלים להתמודד. יש בהחלט מאפיינים של פוליטיזציה ומעמדות.

הלשכה רשאית להעמיד לדין משמעת עו"ד על עבירות פליליות שקשורות בחייהם האישיים (פס"ד שפטל?), בנוסף למשפט הפלילי. **פס"ד צלטנר** – העלים מיסים בהיקף גדול. לאחר שנאסר בתום ההליך הפלילי, נענש גם ע"י הדין המשמעת של הלשכה. השופטת פרוקצ'יה קבעה כי התכלית שונה. במישור הפלילי החזרת החוב לחברה. במישור המשמעת חברי המקצוע באים בחשבון איתו כי התנהגותו פגעה בחברי המקצוע, הוציא שם רע. מגן גם על הציבור – הוא לא ראויה להיות עו"ד – איך ניתן לבטוח בו ולהאמין בו? אומר שלא מדובר בכפל הליכים. לדין משמעת אין התיישנות. אין התיישנות על עבירות משמעות. עבירות משמעת באוני' עוברות ללשכה. היא מחויבת להעביר. ללשכה גם יש גישה לרישום הפלילי של כל אדם.

יש על הלשכה שהיא גוף דו מהותי סוג של פיקוח מנהלי. היא נתונה לביקורת שיפוטית בכמה אופנים: כשהלשכה מתקינה כללים שר המשפטים צריך לחתום עליהם, קרי יש פיקוח של הרשות המבצעת. הדבר השני הוא למשל העתירות הללו על בחינות הלשכה – יש פיקוח על הלשכה כגוף מנהלי. אפשר לעתור גם על החלטת הלשכה לא להגיש קובלנה נ' אפי נווה או אם לא פתחה בהליך משמעת נ' עו"ד שהתלוננתי עליו. באופן עקרוני ועדת האתיקה יכולה להעמיד לדין משמעת גם את פרקליט המדינה מאחר שהוא עו"ד. מידת ההתערבות היא מצומצמת.

איך הלשכה זכתה למעמד המיוחד מבחינת היקף האוטונומיה והמונופול? **עלי זלצרברג** מנסה במאמרו (בחומרי קריאה) לספק תשובות היסטוריות. הוא גם דיבר על קשר בין משפטים (שופטים היו פעם עו"ד וכו'). יש כל מיני הסברים אפשריים, יש הסברים שקשורים לכך שח"כים רבים היו עו"ד. עוה"ד גם יותר טובים בלייצג עצמם, במו"מ. יש תשובות אחרות שקשורות לכך שהמקצוע המשפטי נתפס כחלק, כהארכה של המעמד של שלטון החוק, ושהתקופה שבה הלשכה הוקמה, בשנת 1956 היה אתוס של בניית מוסדות והלשכה נתפסה כמוסד מדינתי או סמי מדינתי.

הייתה תפיסה שמקצוע משפטי אוטונומי וחזק חשוב לחברה מתוקנת. אנו בהחלט יכולים לראות, גם בפס"ד שטנגר וגם בדו"ח ועדת פרוקצ'יה שהוקמה על רקע אירועים מזעזעים בלשכה שקרו – היה משבר פוליטי קשה והלשכה הפסיקה לתפקד. ציפי לבני הקימה ועדה שבדקה את המקצוע, האם הוא צריך להיות מוסדר עם כ"כ הרבה אוטונומיה. נראה שהגישה הפונקציונליסטית ממש מיושמת בדו"ח – עוה"ד חלק אינטגרלי בתשתית המוסדית-דמוקרטית שעוצבה במדינה. מהווה זרוע ארוכה של השפיטה כאחת משלוש רשויות השלטון. דובר על חשיבותה כאורגן שמגן על האינטרס הציבורי וזה מבדיל אותה ממשלחי יד אחרים. לא הייתה כל תפיסה ביקורתית. בעוד שחוק עוה"ד מייעד ללשכה תפקיד של הגה על

הציבור, על האינטרס הציבורי ועל שלטון החוק – הלשכה מסרבת למלא תפקידים אלו. הלשכה כמעט שלא משמיעה קולה בשאלות בעניין שלטון החוק. היא לא שחקן משמעותי בדבר הזה. חוב כלפי חברה יכול להתבטא באופן של מתן סיוע משפטי לנזקקים וכו' – שאותו ממלאת הלשכה. חוב כלפי החברה יכול להיות להתבטא כשיש מתקפות על שלטון החוק – כאן הלשכה נמנעת מלהתערב.

אוטונומיה – קבלה ללשכה: **תחנה ראשונה – רישום מתמחה.** **ס' 26 לחוק** קובע תנאים פורמאליים. **ס' 27 לחוק** קובע תנאי מהותי באשר לסירוב הלשכה לרשום מתמחה. הניסוח מאוד פתוח: אם היא סבורה שהוא לא ראוי לשמש עו"ד. זה נתון לשיקול"ד הלשכה. כן יש דרישה של הליך הוגן ומתן נימוקים בכתב, יש אפשרות ערעור. וכמובן שאח"כ אפשר לפנות בערוץ המנהלי כנגד הלשכה. כשנמלא טפסי התמחות נמלא תצהיר, הוא מתייחס לעבר פלילי. למשל אדם שמשקר בתצהיר הזה יכול לא להתקבל כחבר בלשכה. המקרים שבדור"כ נכנסים לגדר אי הקבלה הם מקרים של עבר פלילי חמור. **ס' 47 לחוק** עוסק בביטול חברות – אם הוכח שהרישום הושג במרמה ושלא דיווח אמת התצהיר, הלשכה רשאית לשלול רישונו ולהוציאו מהלשכה. דוגמה: אדם שהורחק מאוני' ת"א כי העתיק עבודה. הלך והשלים לימודיו במוסד אחר. כשהפך לחבר בלשכה – האדם שממנו העתיק באוני' גילה את זה והתלונן בלשכה. אז התברר שהוא הסתיר עברו המשמעותי והלשכה ביקשה לשלול את רישונו בשל הס' הזה. קרי שרישיונו הושג במרמה בשל הסתרת העבר המשמעותי שהיה לו. **תחנה שנייה – קבלה ללשכה.** (גם בהתמחות כללי האתיקה תקפים למתמחים). ברגע שאדם סיים התמחות ועבר בחינות לשכה, הלשכה מפרסמת את השמות של מי שהולך להתקבל כחבר בלשכה, **וס' 43** קובע שאנשים יכולים להתנגד. גם כאן שקה"ד מאוד רחב. **ס' 44** עוסק בתנאי הכשירות המהותית.

אחד המקרים שהיו לאחרונה: **פס"ד שגיא** – נקבע לגבי אדם בפס"ד אזרחי שמעל בכספים של חברה שניהל. הלשכה סירבה לתת לו רישיון. הוא הגיש עתירה מנהלית וטען שהלשכה לא יכולה לקבל את ההחלטה הזו על החלטה בעניין אזרחי, מאחר שרף ההוכחה נמוך שם. בהמ"ש אישר את החלטת הלשכה וקבע שהלשכה יכולה להסתמך על פס"ד בהליך אזרחי.

מתמחה אמרה חברי – הוגשה נגדה תלונה והלשכה קבעה שרק עו"ד יכול להשתמש במונח זה כדי שלא ייווצר רושם מוטעה.

בג"ץ שטנגר – עו"ד (יש עליו פסיקה משמעותית ענפה) בראשית ימיהם של חוקי היסוד שטען שלמד משפטים, עבר בחינות, קיבל רישיון. הוא טען שאינו רוצה להיות חבר בלשכה. לטענתו חיובו בחברות בלשכה ובתשלום דמי חבר פוגעים בחופש העיסוק. למעשה ערער על אופן הסדרת המקצוע בישראל. הוא העלה רעיון נוסף ואמר אם כבר מחייבים אז שיהיה פלורליזם, שיהיו כמה לשכות. העתירה נדחתה. ניכרת שם הגישה הפונקציונליסטית. בהמ"ש בחן את הפגיעה לפי תנאי פסקת ההגבלה. נקבע שיש קשר בין האמצעי למטרה. בין הגוף אשר מפעיל ביקורת ומפקח לבין שמירה על כבוד המקצוע (מושג סל/שסתום – נותן כוח לוועדות האתיקה שצריכות להחליט אם התנהגות הולמת אם לאו; חשוב לשמור עליו בשל האמון שנותנים בנו) לחברות עו"ד בגוף זה. חוק הלשכה בחר במודל של הסדרה עצמית וביסוד זה עומד מודל של הבטחת עצמאות והמומחיות.

4. יוקרה חברתית ומעמד כלכלי גבוה.

5. קשר אישי בין איש הפרופסיה למקבל השירות

6. מחויבות כלפי החברה – עסקת חליפין.

לצד הגישה הפונקציונליסטית והגישה הביקורתית, עומדת גם **הגישה הכלכלית**: היא מביאה פרספקטיבה קצת אחרת על שאלת ההתארגנות והסדרת המקצוע. לפי גישה זו השאלה היא איך נגרום למצב של הספקה יעילה ביותר של שירותים משפטיים. הגישה הכלכלית מצביעה על מספר כשלי שוק בהסדרה הנוכחית:

- א. כשל של פערי כוחות וא-סימטריה בידע בין הלקוח לעוה"ד.
- ב. חשש מהחצנות שליליות שהן תוצאה של נאמנות ללקוח. התנהגויות שאיננו רוצים לקדם. אנו רוצים שעוה"ד יהיה נאמן לא רק ללקוח שלו אלא גם לעקרונות אחרים והסדרת השוק יכולה לקדם זאת בצורה טובה יותר.
- מצד אחד השוק מוצף ומצד שני עדיין רואים הרבה אנשים שלא מסוגלים לשכור שירותי עו"ד. הצפת השוק לא הביאה למצב שכל מי שרוצה יכול לשכור עו"ד. כלומר מצד אחד יש מחסרי עבודה ומצד שני יש מחסרי שירות.
- לפי הגישה הכלכלית כל הסדר של מונופול רחב מדי, שהשוק לא נפתח לתחרות, כללי ייחוד המקצוע – כל אלה הסדרים בעייתיים.

- **ביקורת גישת השוק התחרותית** (חלק מהגישה הכלכלית – שואלת מה הדרך לייצר יעילות; הגישה התחרותית – אומרת שהדרך הטובה לקדם יעילות היא דרך כלכלת שוק חופשי ובתוך המשפט הדרך הטובה לעשות זאת היא לפתוח את השוק שיהיה תחרותי) – שוק השירותים המשפטיים סובל מסגירות והיעדר תחרות. המשאב שמסופק על ידי הפרופסיה הוא מצרך "אין בו משהו מיוחד" כפי ש"אין שום דבר מיוחד בעורכי דין".
- כשלים אפשריים בהקצאת שירותי משפט: תת הספקה – אין קשר בין מס' עוה"ד ליכולת הציבור לרכוש שירותים משפטיים, בעיה זו מצטרפת לכשלי השוק האחרים שהצגנו. שוק השירותים המשפטיים מאופיין במספר בעיות מבניות: חסמי כניסה, נועדו להגן יותר על עוה"ד מאשר על האינטרס הציבורי, וכללי ייחוד מקצועי רחבים מדי.
- **ביקורת הגישה הפרופסיונאלי-ציבורית** (טוענת כי הסתכלותה של הגישה הכלכלית על השירות המשפטי לא נכונה): המשאב חיוני בדמוקרטיה (כמו: מים, ולא כמו מכונת). לכן, יש להבטיח נגישות שוויונית למשפט והקצאתו באופן הוגן ואיכותי, ולא ע"י תחרות שוק פתוחה. יש משהו מיוחד בעו"ד כיוון שהם עוסקים במשפט.

שיעור 3 – 04/11/2020

היום נדבר על רגולציה של עו"ד, אחרי שדיברנו על הגישות השונות להבין את הפרופסיה של המקצוע. היום נדבר על ההסדרה העצמית של המקצוע באמצעות הכלי של הדין המשמעתי.

נושא 2: רגולציה של עורכי דין – גלובליזציה, שוק ומדינה

אסדרת המקצוע – רגולציה של עוה"ד

רגולציה זו דרך של השלטון/המדינה להסדיר תחומים. במדינת שוק חופשי יש הרבה דברים שאנחנו מאמינים שהשוק יכול להסדיר את עצמו, ובכל זאת יש דברים שאנחנו מאמינים שיש כשלי שוק ויש צורך להסדירם מלמעלה – תחום המשפטים הוא אחד מהם.

כשמדברים על רגולציה של המקצוע מדברים על **3 תחומים שאנחנו מבקשים להסדיר:**

1. **שוק השירותים המשפטיים** – הסדרה שוקית שבאה לסדר את השוק בצורה יותר טובה בגלל כשלי שוק שקיימים בו בין הצרכנים לספקי השירות – זה שוק מונופוליסטי, וגם יש הסדרה לגבי פרסומות, ושכ"ט מקסימלי לגביה.
2. **התארגנות הפרופסיה ומוסדותיה** – המחוקק הסדיר את התארגנות הפרופסיה דרך הלשכה (בג"צ שטנגר שניסה לערער על התארגנות זו ונדחה).
3. **נורמות מהותיות וכללי התנהגות** – עוסק באיך עוה"ד צריכים לנהוג, מה מותר ומה אסור. אסדרה זו נעשית בכל מיני דרכים, עליהן נדבר היום.

א. **הסדרה מוסדית** – לשכת עוה"ד.

ב. **רגולציה עצמית** – דין משמעתי (זה האפיק המרכזי).

ג. **מנגנונים אדמיניסטרטיביים** – הרשות לני"ע (יש להם סמכויות אכיפה ויכולת להפעיל סנקציות כנגד עו"ד שמפרים הנחיות).

ד. **בית המשפט** – רשלנות מקצועית. כשבהמ"ש קובע רשלנות של עו"ד הוא מגדיר למעשה את הסטנדרטים של ההתנהגות המצופה מעו"ד, שהרי תחום הרשלנות קובע את גבולות חובת הזהירות של עו"ד סביר ומתי הופרה. זה אפיק משמעותי בו בהמ"ש יכולים לעיתים ממש ליצור נורמות של התנהגות. דוגמה לכך, היא האופן בו בהמ"ש יצרו יש מאין חובת זהירות של עו"ד כלפי הצד שכנגד בעיקר כשזה אינו מיוצג (על כך נרחיב בהמשך).

ה. **המחוקק** – בחוקים שונים המחוקק קובע סטנדרטים של התנהגות של עו"ד (דוגמאות: פקודת החיסיון שקובעת את גבולות החיסיון בין עו"ד ללקוח; הלבנת ההון – עו"ד כחלק מהמאמץ המדינתי להילחם בהלבנת ההון).

ו. **לקוחות** – ראשית, לקוחות יכולים להגיש תביעות של רשלנות מקצועית. שנית, יש אפיק של אסדרה באמצעות לקוחות חזקים, אשר מציבים בפני עו"ד שעובדים איתם כל מיני דרישות ביחס לאופן ההתנהגות הנדרשת מהם, שלעיתים אלו אף חזקות יותר מדרישות כללי האתיקה.

- **דוגמה להסדרה מהותית שנעשית ע"י המחוקק / מחוקק המשנה – צו איסור הלבנת הון (2014):** כחלק מהמאמץ המדינתי והגלובלי להילחם בתופעה של הלבנת הון, היו כל מיני יוזמות חקיקה, כשהמטרה הייתה לנסות לרתום בעלי מקצוע שהלבנת ההון לעיתים עוברת דרכם, ולהטיל עליהם חובות שימנעו זאת. הראשונים שהטילו עליהם חובות היו הבנקים ועו"ד, שכן עו"ד הרבה פעמים לוקחים כסף שחור ועושים עסקה לגיטימית חוקית ומלבינים בכך את הכסף. לכן, משרד המשפטים ביקש להטיל על עו"ד חובות לברר לגבי הלקוח ולהעביר מידע. הלשכה ראתה את הכללים כמאוד בעייתיים, מפני שזה הופך את עו"ד למעין משת"פים של המדינה, ולכן נלחמה בכללים אלו. עו"ד כעסו מפני שיש פה התערבות ביחסים בין עו"ד ללקוח, ואין זה תפקידו של עו"ד לחטט בחיי הלקוח ולהפיל, זה הופך אותך לחוקרים ויש פה התנגשות עם ערך החיסיון של המקצוע והיכולת לספק שירות משפטי ראוי. לבסוף התקבלה מעין פשרה, ונקבע שלא יטילו על עו"ד חובות לדווח על הלקוח שלו, אלא עליו לברר ולבחון את הסיכון להלבנת הון ולמימון טרור, ולהפעיל שיקו"ד שבדיעבד ניתן יהיה לבקר, זאת בעוד על גורמים אחרים כמו בנקים כן ישנה חובת הדיווח.

← הדרישות מעו"ד משתנות ועם השנים מתווספות דרישות וסטנדרטים שונים.

- **תופעת הלקוחות:** יותר רואים את התופעה הזו בארה"ב, אך היא החלה זולגת לישראל, בעיקר מקום בו עו"ד מייצגים לקוחות גדולים בחוק. הסוגייה של הסדרה אתית באמצעות לקוחות נדונה במאמר של נטע זיו בהקשר של הפרטת המקצוע – ללקוחות גדולים יש יכולת להשפיע על התנהגות עו"ד שלהם, ובשל מעמדם הם יכולים להציב דרישות יותר מחמירות מאשר אלו המוצבות על ידי כללי האתיקה של המקצוע. כל הדרישות מופיעות בהסכמי העסקה עם עו"ד. בכך משתנה אף אופן האכיפה של כללי האתיקה במובן מסוים, מפני שכעת האכיפה היא הסכמית / שוקית (יפסיקו לעבוד איתם).

אנחנו רואים **2 סוגים של דרישות אתיות שעולות ע"י הלקוחות ולא מופיעות בכללי האתיקה:**

1. הגדרה רחבה יותר של ניגוד עניינים אסור.
 2. דרישות מחמירות ביחס לשמירת סודיות במשרד שלו.
- למה זה קורה? ניסיון של התאגיד להציג את עצמו בצורה טובה יותר לעולם.
- זה משמעותי מפני שמתוך קידום האינטרס העצמי של התאגידים האלה, אנחנו רואים **עליה ודרישה לרמה אתית גבוהה**

יותר:

- Adherence to "highest ethical standards"
- עידוד והעדפת השימוש ב-ADR – ליטיגציה כמוצא אחרון.

- איסור על שימוש בטקטיקות משפטיות "בעתיות": obstructive, coercive, protected motion practice. אומרים לא דחיינות וטקטיקות שעוה"ד אוהבים להשתמש בהם, ומבקשים משחק נקי.
- הגנה על מערכת המשפט.
- גיוון תעסוקתי במשרד של עוה"ד (נשים, הורים, ייצוג אתי וכו').
- מעניין לראות איך הדרישות האלו ייושמו ואיך הן ישפיעו על פני המקצוע.

נושא 3: מבנה לשכת עורכי הדין והדין המשמעותי

הדין המשמעותי

שבוע שעבר ראינו את הלשכה על 2 תפקידה: (1) איגוד המקצוע ושמירת האינטרסים שלו, (2) שמירה על מעמד המקצוע והציבור. בדין המשמעותי שני תפקידים אלו עשויים לעמוד בסתירה. הדין המשמעותי הוא מערכת משפטית מעורבת.

היחס בין אתיקה למשפט

שתי מערכות של כללי התנהגות בחברה:

1. **כללי משפט** – נקבעים מטעם המדינה ומגדירים מה מותר ומה אסור לעשות בחברה.
2. **כללי האתיקה** – לרוב מתפתחים בצורה שאינה מסודרת. האתיקה מדברת לא רק על מה שמותר אלא גם על מה שראוי.

היחס בין אתיקה לעבירות משמעת

ניתן לחלק את הכללים הקובעים נורמות התנהגות ל-3 קבוצות:

1. כללי משפט הקובעים איסורים פליליים.
2. כללים מעורבים הקובעים עבירות משמעת – זו אתיקה שהוסדרה והפכה להיות סוג של כלל משפטי ומשום כך ניתן להחיל סנקציות על המפרים כללים אלו.
3. כללי אתיקה שאינם כללי משפט (אין בצידם סנקציה משפטית).

התנועה מאתיקה למשפט

התופעה שרואים בחברה היא "תנועת מאתיקה למשפט": תופעה בה נורמות מתחום האתיקה הופכות להיות חוק: התנהגויות מסוימות שנתפסות כלא ראויות מעוגנות בחקיקה כעבירה. התופעה הזו מעידה על החולשה של האתיקה (לא מספיק שהאיסור יהיה בעולם של האתיקה). **התנועה מאתיקה למשפט מתקדמת ב-2 דרכים עיקריות: (1) חוקים של הכנסת ו-(2) פסקי דין של בית המשפט. דרך נוספת, שהיא מעין הסתעפות מדרך המלך של החוק, היא הדרך של הדין המשמעותי – כללים מעורבים.** (יצור כלאיים של המשפט והאתיקה). אלה כללים שמגדירים עבירות משמעת שהן לא עבירות פליליות אבל יש בצדן סנקציות, וברגע שמחוקקים כלל משמעותי זה הופך את ההתנהגות להיות חלק מהסף של מי שמשתייך לאותה קבוצה שהכללים האלה חלים עליה. יש קבוצות רבות שהכללים המשמעותיים שלהן חוקקו ע"י הכנסת (כמו עו"ד/עובדי מדינה).

כללים מעורבים:

הכלל מתמלא בתוכן דרך הפסיקה. אצל עוה"ד עבירת משמעת מוגדרת כהפרה של אחד הס' הספציפיים שאומרים מה לעשות ומה לא לעשות. בנוסף ישנם סעיפי סל. למשל:

ס' 17 לחוק שירות המדינה (משמעת) – עבירות משמעת

17. עובד מדינה שעשה בישראל או בחוץ לארץ אחת מאלה אשר בעבירת משמעת:
 - (1) עשה מעשה, או התנהג, באופן שפגע במשמעת שירות המדינה;

- (2) לא קיים את המוטל עליו כעובד המדינה על פי נוהג, חוק או תקנה, או הוראה כללית או מיוחדת שניתנו לו בדיון, או התרשל בקיום המוטל עליו כאמור;
- (3) התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה;

ס' 17 לחוק שירות המדינה (משמעת), שמגדיר מהי עבירת משמעת של עובד מדינה, קובע ב**ס"ק (3)**: "התנהג התנהגות שאינה הולמת את תפקידו כעובד המדינה או התנהג התנהגות העלולה לפגוע בתדמיתו או בשמו הטוב של שירות המדינה". השופט בביה"ד המשמעתי הוא שמכניס את ההתנהגויות לתוך ההגדרה שבחוק ואדם פשוט לא ידע להגיד מה נחשבת התנהגות כזו – הוא יוצק את התוכן והמשמעות לנוסחות המצופות מעובד המדינה למשל.

ס' 61 לחוק לשכת עוה"ד – עבירות משמעת

61. אלה עבירות משמעת:

- (1) הפרת הוראה מהוראות הסעיפים 53 עד 60 או של דין אחר המטיל חיוב או איסור על עורך דין בקשר למקצועו;
- (2) הפרת כללי האתיקה המקצועית שנקבעו לפי סעיף 109 או לפי סעיף 98ג(3);
- (3) כל מעשה או מחדל אחר שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין.

בנוסף, סעיף סל דומה נמצא ב**ס' 61 לחוק לשכת עוה"ד** אשר מגדיר ב**ס"ק (3)** כי עבירת משמעת היא "כל מעשה או מחדל שלא הולם את מקצוע עריכת הדין". כל עו"ד העומד לדין משמעתי בגין עבירות משמעת יואשם גם בסעיף זה. מי שקובע ויוצק תוכן למה נחשב מעשה שאינו הולם את המקצוע.

ההליך המשמעתי

כל אדם רשאי להגיש **(1) תלונה** לאחד הגופים הקובלים, שהם בעיקר ועדות האתיקה של חמשת המחוזות השונים או ועדת האתיקה הארצית. אפשר גם להגיש תלונה ליועץ המשפטי לממשלה (לא נפוץ). ועדת האתיקה הארצית / המחוזית / היועמ"ש / פרקליט המדינה בוחנים את התלונה, ואז מחליטים (שיקו"ד) אם להגיש **(2) קובלנה** או לא (**ס' 63 לחוק**). רק כ-10% מהתלונות הופכות לקובלנות. ועדות האתיקה הן גם כמו המשטרה וגם כמו הפרקליטות לכאורה.

רצף ההליך המשמעתי: הדיון בקובלנה מתחיל **(1)** בבי"ד משמעתי מחוזי (אליו משויך עוה"ד שעומד לדין) ← אז יש ערעור בזכות לביה"ד המשמעתי הארצי (ערעור ראשון בזכות) ← אח"כ יש עוד ערעור בזכות לביה"ד המחוזי בירושלים בדין יחיד (ערעור שני בזכות) ← לבסוף ערעור ברשות לביה"ש העליון. [ההליך יוצא מהאוטונומיה של הלשכה למערכת המשפט – רואים בכך ביקורת של מערכת בהמ"ש על תפקוד הלשכה].

- **הערה:** עד לפני כ-8 שנים מביה"ד המשמעתי הארצי היה ישר ובזכות לביה"ש העליון – בגלל זה יש המון פסיקה אתית של בהמ"ש העליון. היום המצב הוא שונה.
- אחת הבעיות בדיון המשמעתי הוא היעדר השקיפות בהחלטה איזה קובלנות להעמיד לדין ואיזה לא. יש אמירה אחת שאומרת שיש המון תלונות שווא, אך קשה לענות על מה השיקולים שעומדים לנגד עיניהם – ברור שיש שיקולים פוליטיים, מי עוה"ד שעומד לדין, והוועדה גם רואה עצמה כגוף מחנך והרבה פעמים מזהירה ומוכיחה את עוה"ד על התנהגותו במקום לפתוח בהליך משמעתי.

מחקר מצא שעורכי דין בעלי ותק של 15 שנה, המהווים 22% מעורכי הדין בישראל, מבצעים 50% מעבירות המשמעת. כלומר, הם מבצעים הרבה יותר עבירות משמעת מעורכי הדין הצעירים.

- בדין המשמעתי אין התיישנות לעולם – כלומר שהדין המשמעתי יכול לחול על מעשים שעשה עוה"ד בכובעו כעו"ד על הן אם היה מחוץ ללשכה או בתוכה ויצא ממנה.

תכליות הדין המשמעתי

נבקש להבחין בין תכליות הדין המשמעתי לתכליות המשפט הפלילי. מהן המטרות של הדין המשמעתי ביחס למטרות של הדין הפלילי באותם מקרים בהם הלשכה בוחרת להעמיד לדין עו"ד שהורשע בעבירה פלילית?

הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו נ' עו"ד צלטנר (פרקציה): עסק בעו"ד שהורשע בעבירות מס די חמורות ונידון לשנת מאסר. הלשכה העמידה אותו לדין משמעתי בגין אותן העבירות בהן הורשע. בעבירות פליליות, במיוחד שמדובר בעבירות שיש עמן קלון ברי כי מדובר בעבירות משמעת. צלטנר העלה את הטענה של סיכון כפול ובהמ"ש דן בשאלת מטרות הדין המשמעתי. בהמ"ש קבע שאין סיכון כפול ואפשר להעמיד אדם לדין פעמיים, בשל התכליות השונות של הדין המשמעתי אשר שונות מאלו של המשפט הפלילי. על עו"ד חלות נורמות מחמירות יותר.

המטרות של הדין הפלילי הן הגנה על הציבור, הרתעה, גמול, שיקום וכו'.

פרקציה מנתה 3 תכליות של הדין המשמעתי:

1. **הגנה על לקוחות פוטנציאליים/הציבור (תפיסה פונקציונליסטית)** – הדין הפלילי מתייחס למעשים שאדם עשה בהיותו חלק מהחברה, והדין המשמעתי מתייחס למעשים שאדם עשה בהיותו חלק מקבוצה מסוימת, ואז נשאלת השאלה אם הדופי המוסרי שיש במעשה הזה משפיע על היכולת של אותו אדם להמשיך לעסוק במקצוע. אנו מענישים ומרחיקים מהמקצוע אנשים שעשו מעשים שמטילים בהם דופי במובן שלא ראוי שהם יספקו שירותים ללקוחות, כדי להגן על לקוחות פוטנציאליים שזקוקים לשירותים מפני סיכונים של רכישת שירותיו של עו"ד שכשל. יש להגן על הציבור מפני מי שעבר עבירות מס חמורות כי מי שמרמה את שלטונות המס עלול גם למעול בכספים של לקוחות. זו עבירה שיש קשר בינה ובין השירות המקצועי שאדם נותן.
2. **הגנה על המקצוע (תפיסה פונקציונליסטית / תפיסה ביקורתית-תועלתנית)** – מי שעובר עבירה פלילית, ובוודאי עבירה שיש עמה קלון, פוגע בכלל החברים למקצוע, מקרין עליהם באופן שלילי ופוגע באמון שהציבור רוחש למקצוע. לכן, מתוך הגנה על כבוד ומעמד המקצוע, ועל ערך אמון הציבור, המקצוע צריך להרחיק אותו. עוה"ד הנידון פחות משמעותי, ומה שחשוב זה ההגנה על הלקוחות הפוטנציאליים כאמור, ועל המקצוע בכללותו.
3. **שמירה על שלטון החוק** – עו"ד אמון על שמירה על שלטון החוק ונתפס ככזה, ולכן כל עבירה של עו"ד היא בעייתית כי היא מסכנת את אמון הציבור בשלטון החוק בכלל (ולא רק באמון הציבור בעוה"ד). זו החומרה היתרה של התנהגות פלילית מצד עוה"ד וזו הסיבה לקיומה של הענישה המשמעטית את עוה"ד. מעילה בכספים קשורה באופן ישיר למקצוע, אבל כל עבירה היא בעייתית.

בפסה"ד נקבע שעונשי המשמעת הינם ביסודם אמצעים שנועדו להגן על המערכת המקצועית שהנאשם משתייך אליה, על דמותה הראויה ועל האמינות שהיא מקרינה כלפי הציבור הרחב וכלפי ציבור הלקוחות הנזקק לה במיוחד. בפסה"ד הושם דגש על האינטרס של המקצוע על פני האינטרס האישי של עוה"ד.

מה מקומו של עוה"ד עצמו בדין המשמעתי? טענותיו של צלטנר נדחו ונקבע כי הדין המשמעתי חל גם על מעשים שעוה"ד עושה בחייו הפרטיים, וגם אם אין להם שום קשר לתפקידו המקצועי. "לנסיבות האישיות של המשיב יש משקל ניכר מהבחינה האנושית, והיה להן בוודאי מקום נכבד בשיקולי הענישה הפלילית, ואף יש להן מקום מסוים במסגרת שיקולי הענישה המשמעטית [אם כי פחות משמעותי מאשר במערכת הפלילית]. עם זאת, אין הם מכריעים את הכף בדין המשמעתי. מעמדה ואמינותה של המערכת המקצועית בעיני הציבור הם העומדים במוקד, ואין מנוס ממתן משקל מכריע להיבטים אלה מטעמים שבאינטרס הציבור".

פס"ד מאוחר לצלטנר, נפסק **פס"ד חרמון נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו** שם רואים ש**פרוקציה** עושה **מהלך שונה**. חוק לשכת עו"ד קובע כי ניתן להעמיד לדין משמעותי עו"ד שהורשע בפלילים בגין אותן התנהגויות: עסק בעו"ד שרצח את בת זוגו שהייתה בהריון, הורשע אך לפני ההרשעה פרש מהחברות שלו בלשכה. אולם, 15 שנים אחרי אותו מקרה, ולפני ששוחרר מהכלא, הלשכה החליטה להעמיד אותו לדין משמעותי לפי **ס' 61(3) לחוק לשכת עו"ד** (אין התיישנות על עבירות אתיות). התיק הגיע לבהמ"ש העליון, שם הערעור שלו התקבל. דובר שם על ס' 75 שמקנה ללשכה סמכות להעמיד עו"ד לדין משמעותי על בסיס הרשעה בדין פלילי. **פרוקציה** קבעה קביעה נורמטיבית ואופרטיבית חשובה: על אף הדיבור על חשיבות המקצוע, בסופו של דבר הלשכה היא **גוף ציבורי** עם הרבה כוח (היא יכולה לפגוע בחופש העיסוק של אנשים ע"י הרחקתם) והיא צריכה להפעיל את הסמכות הזו בצורה ראויה. כלומר, כשהלשכה מפעילה את הדין המשמעותי היא כפופה לכללי המשפט הציבורי, ובהם **תו"ל, סבירות, שיהיו והגנה מן הצדק**, וכן לעקרונות ההליך הוגן, כי יש לה גם **חובת נאמנות כפולה: כלפי עורכי דין וכלפי הציבור הרחב**. למרות שמדובר בגוף בעל אוטונומיה, שהוא מונופול ובעל כוח רב כלפי עו"ד, יש ריסון מסוים לכוחה של הלשכה; עם כל הכבוד להגנה על הציבור, הלשכה היא גוף שכפוף לנומרות ולערכים של המשפט הציבורי. בפס"ד יש העדפה של זכויות האדם, אפילו שמדובר באדם שרצח ואין ויכוח בשאלה אם הוא ראוי להיות עו"ד. היא אומרת שכשפותחים הליך אחרי 15 שנה, והאדם כבר יצא מהלשכה והצהיר שאינו מתכוון לבקש לחזור להיות חבר בלשכה, ובמיוחד כשזו לא חייבת לקבלו בחזרה אם יבקש לחזור הרי שיש בכך פגיעה בנאשם הזכאי לצפות שלא ייחשף להליכים משפטיים שטרם ננקטו נגדו עד שלב זה.

- לדעת **המרצה** יש פה אמירה חשובה של עקרונות של הליך הוגן של הלשכה כלפי עו"ד – דבר שלא בא לידי ביטוי פעמים רבות בהחלטות הלשכה ובביקורת עליה.

הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד שפטל – **העמדה לדין משמעותי של עו"ד על מעשים שעשו לא במסגרת תפקידם כעו"ד ושאינם עולים כדי עבירה פלילית**: עו"ד שפטל התבטא בבטות כלפי מפגינים. הוגשה תלונה ללשכת עורכי הדין והוא הועמד לדין בגין **ס' 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין** שקובע כי עבירת משמעת היא "כל מעשה או מחדל אחר שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין". שפטל טען לחוסר סמכות של ביה"ד – הוא טען שהוא גם אדם פרטי מעבר לזה שהוא עו"ד, וככזה הוא פעל. הלשכה טענה שבהתנהגותו הוא הכתים את המקצוע. הערכאה הראשונה (**ביה"ד המשמעותי המחוזי**) הרשיעה ואמרה שבהתנהגותו יש סטייה ניכרת מהציפייה להתנהגותו של עו"ד שאמור לנהוג לפי חוקי המדינה ולפי קוד התנהגות שיש בו כבוד והערכה הן לחוק, הן למקצוע והן לציבור בכללו. **ביה"ד המשמעותי הארצי** זיכה וקבע שגם אם הדברים בוטים, הם חוסים תחת חופש הביטוי. לשכת עורכי הדין ערערה **לבהמ"ש העליון (נאור)**, שמזכה אותו: **ראשית, הוא קבע שלביה"ד המשמעותי סמכות לדון גם במעשים שעשה עו"ד שלא בהקשר למקצוע ובמישור הפרטי (בין אם מעשים שהועמד עליהם לדין פלילי, בהתאם לס' 75 לחוק הלשכה, ובין אם מעשים שאינם פליליים ושלא הועמד עליהם לדין או לא הורשע).** עוד נקבע שהמטרה של הסנקציה המשמעתית היא לשמור על רמת המקצוע ועל האמון שרוחש הציבור למקצוע. אמון זה, כך נקבע, עשוי להיפגע גם כתוצאה ממעשה שעשה עו"ד שלא בכובעו המקצועי. **נקבע שלמידת הקרבה לעיסוק המקצועי תהיה השפעה לאופן בו ייבחן כל מקרה – עד כמה חמור המעשה, ועד כמה הוא קרוב/רחוק לתפקיד המקצועי של עריכת הדין.** במקרה דנן, נקבע שלא הייתה קרבה מספקת בין המעשה לעיסוקו של שפטל כעו"ד (איזון בין חופש הביטוי לבין ההגנה על הכבוד המקצועי).

פס"ד אליעד שרגא – עו"ד העיר על הגדלת לשכת רה"מ אולמרט (ממש לפני שהתחיל המשפט שלו) כי ניתן היה להגדיל במקום זאת את תאי הכלא בכלא מעשיהו. הלשכה העמידה אותו לדין והלכה איתו 4 ערכאות שכל אחת זיכתה אותו, והכל בטענה שהאמירה לא מכבדת את כבוד המקצוע. גם בהמ"ש העליון (**רובינשטיין**) זיכה את עו"ד ואמר: "לא נוכל לומר אפוא כי ההתבטאות נשוא עניינו – שכונתה בצדק על ידי בית המשפט המחוזי דברים 'צורמים לאוזן, יש אף שיאמרו: סרי טעם המה ומוטב היה אלמלא נאמרו' – היא ב'גרעין הקשה' של עריכת הדין, ומצדיקה הרשעה בעבירת משמעת. לא בכל נושא ובכל עת

ניתן לטפל בכלים משפטיים. משהשמיע המשיב את דבריו בכובעו הציבורי [התנועה לאיכות השלטון הנלחמת בשחיתות שלטונית באמצעים משפטיים] שלא בליבת העיסוק במקצוע, חלה ביסודה הלכה שפטל. גם אם לא הידר המשיב בכבוד הבריות... לדרגת עבירת משמעת לא הגיעו הדברים בנסיבות, ומכל מקום לא לכלל התערבות בפסיקה שלוש ערכאות". **המרצה** טוענת כי לא ברור לה למה במקרה הזה הלשכה הלכה כל כך רחוק עם עו"ד שהתבטאות שלו הייתה לא יפה, בעוד שיש עו"ד שנוקטים במעשים חמורים יותר, מדובר בעניינים של שיקו"ד שאינם שקופים לציבור ולכן קשה להבין איך ולמה המערכת עבדה ועובדת ככה.

פס"ד ברק כהן: במסגרת מחאה ציבורית נגד ראשי מערכת הבנקים בישראל וגביית חובות מחסרי אמצעים, עו"ד ברק כהן נקט בפעולות בלתי חוקיות והועמד לדין פלילי על הטרדה מאיימת ושורה די ארוכה של עבירות. לאחר שהוגש כתב האישום, לשכת עו"ד העמידה אותו לדין משמעתי בהתבסס על **ס'78(ג) לחוק הלשכה** אשר קובע כי אם הוגש כתב אישום כלפי עו"ד והלשכה מאמינה שיש בה משום קלון (נתון לשיקו"ד של בהמ"ש תחת ההחלטה האם לפתוח בהליך משמעתי), היא יכולה להשעות את עו"ד זמנית מהלשכה עד שיתברר העניין (עו"ד לא נהנה מחזקת חפות לעניין זה. מדובר בסנקציה די חריפה אשר פוגעת בחופש העיסוק ובפרנסתו של עו"ד). ברק כהן טען שמדובר בהעמדה לדין משיקולים פוליטיים, שכן הוא אינו "מיקוריה". ברק כהן זוכה בהליך הפלילי בהסדר טיעון וטען שזה מראה את הפוליטיזציה של ההליך, ושהלשכה מבצעת אכיפה סלקטיבית – עורכי-דין בכירים (יקירי הלשכה) לא נענשים. בעקבות פסה"ד ברק כהן חזר לעסוק במקצוע (דבר שמעלה שאלה במצב בו עו"ד כבר שילם מחיר כבד – כלכלי, תדמיתי, אישי – אין איך לפצות ולהשיב לו את התקופה שאיבד ולא עסק במקצוע שלו – אין איזון כהלכה בין חופש העיסוק לחזקת החפות וההגנה על הפרטים).

← כאן רואים את הגמישות שדיברנו עליה הקיימת בדין המשמעתי. בפסה"ד בהמ"ש אמר: "מטרת השימוש במונח 'קלון', הוא לאפשר לבתי הדין המשמעתיים ולבתי המשפט לצקת בו תוכן, ממקרה למקרה, באופן המתבקש מתפיסות העולם ואמות המידה האתיות הרווחות בחברה באותה עת, ומתוך מטרה להגן על אותם אינטרסים עליהם מופקד החוק. מטרת בתי הדין למשמעת של לשכת עורכי הדין היא לשמור על רמתו וטוהרו של מקצוע עריכת הדין."

הביקורת המקובלת על הדין המשמעתי – הרפורמה בדין המשמעתי

הטענה היא שיש לדין המשמעתי **שני ליקויים מרכזיים**:

1. **פומביות הדין המשמעתי – בעיה של שקיפות** – ניסו לתקנה ברפורמה משנת 2008. הטענה היא שההליך נעדר שקיפות באופן קיצוני כיוון שדיוני ועדות האתיקה אינם פומביים – שלב ההחלטה אם להגיש קובלנה או לא אינו חשוף לציבור, וגם הדיונים בבתי המשפט המחוזיים, וכן שמות עורכי הדין לא התפרסמו עד אז – איך אפשר לטעון כך שההליכים נועדו להגן על אמון ושלומו הציבור, כאשר לקוחות פוטנציאליים לא מודעים להליכים ולנורמות?

2. **כשל פרסונאלי – פוליטיזציה** – בגוף של ועדת האתיקה יושבים נבחרים. עולה שאלה אם אנשים שנבחרים בבחירות ע"י עורכי דין יכולים לנהל את הדין המשמעתי בצורה ראויה ובאופן מקצועי. יש חשש שהיותם אנשים פוליטיים תשפיע על האופן שבו הם מנהלים את הדין המשמעתי.

הרפורמה ביקשה לפתור את שתי הבעיות הללו וביצעה שינויים פרסונאליים:

1. **מבחינת בעיית השקיפות**, נקבעו דיון בדלתיים פתוחות, פרסום שמות עו"ד ופרסום כל הפסיקה המשמעטית כדי להתמודד עם בעיית היעדר השקיפות.

2. בנוגע **לבעיית הפוליטיזציה**, הוחלט שהמינוי ייעשה ע"י ועדת מינויים ושתהיה בנוסף לחברי ועדת האתיקה דמות מקצועית (פרקליט מקצועי ועצמאי) הממונה שתספק לוועדת המשמעת ייעוץ מקצועי, בניגוד לדמויות הפוליטיות (יש לציין שגם הוא ממונה ע"י ועדת המינויים של הלשכה).

← לא מדובר בשינויים מהותיים, הלשכה התנגדה להחלת הרפורמה הזו.

שיעור 4 – 11/11/2020

נושא 4: מי רשאי לייצג? סוגיית ייחוד המקצוע, טכנולוגיה ושירותים משפטיים

נושא זה למעשה מדבר על המאבק על ייחוד המקצוע.

ס'20 לחוק לשכת עורכי הדין מדבר על ייחוד המקצוע ומגדיר למעשה מהן הפעולות שרק לעו"ד מותר לעשות, אלו הפעולות שהרישיון של עוה"ד מקנה להם את הזכות לבצע.

השאלות אילו פעולות ראוי שיוגדרו כפעולות שרק עו"ד יכול לעשות, וכיצד ראוי לפרש את ס'20, הן שאלות העומדות בשנים האחרונות לדיון מרכזי. ניתן לראות כי במדינות אחרות ישנן תופעות ודוגמאות לשינויים מאוד משמעותיים סביב השאלות הללו – מהו שירות משפטי? מי יכול להעניק שירות משפטי? האם צריך להיות עו"ד כדי לספק שירות כזה? וכו'.

ישנם שני מעגלים שבהם הלשכה למעשה נאבקת בשנים האחרונות כדי לשמר את המונופול שלה:

1. **מאבק במעגל החיצוני** – מאבק של הלשכה כנגד גופים, מוסדות, תוכנות מחשב ואלגוריתמים שמסיגים את גבול המקצוע, ומבצעים פעולות שלטענת הלשכה רק לעו"ד מותר לבצע.
2. **מאבק במעגל הפנימי** – מאבק של הלשכה בעו"ד שמשתפים פעולה עם הגופים החיצוניים הללו.

המאבק במעגל החיצוני: ס'20 לחוק לשכת עורכי הדין – ייחוד המקצוע

ס'20 לחוק לשכת עורכי הדין מגדיר ייחוד פעולות, אותן רק עו"ד יכול לבצע.

אם אדם שאינו עו"ד, רוצה לייצג אדם אחר בבהמ"ש **באופן חד פעמי** או **בהתנדבות** (ללא תמורה), זה בסדר ומותר לפי הסעיף. כלומר, הסעיף מתייחס לאנשים שמבצעים את הפעולות הללו כדרך עיסוק (באופן קבוע), או שלא כדרך עיסוק אך בתמורה (בתשלום).

מהן הפעולות אותן הסעיף מגדיר כפעולות שרק לעו"ד מותר לבצע?

יש 3 סוגים של פעולות:

1. **ייצוג משפטי בפני גופים שיפוטיים או סמי משפטיים** – על כך מדבר **ס'20(1)-(2)**, המגדירים מקומות וגופים אשר בפניהם רק עו"ד יכול לייצג.
2. **כל עריכה של כל מסמך בעל אופי משפטי** (לא בהכרח מסמך משפטי) מותרת רק לעו"ד (**ס'20(3)**). כפי שטוענת **לבנת פורן** בפסה"ד, מסעיף זה עולה השאלה האם מילוי טופס עולה כדי עריכה של מסמך בעל אופי משפטי או לא.
3. **ייעוץ וחיווי דעת משפטיים** – רק עו"ד יכולים לתת עצה משפטית, חו"ד משפטית ולחוות את דעתו עבור כל אדם אחר בכל נושא משפטי.

ס'20 לחוק לשכת עורכי הדין – ייחוד פעולות המקצוע

20. הפעולות המנויות להלן, לא יעשה אותן דרך עיסוק, או בתמורה אף שלא דרך עיסוק, אלא עורך דין; ואלה הפעולות:

- (1) ייצוג אדם אחר וכל טיעון ופעולה אחרת בשמו לפני בתי משפט, בתי דין, בוררים וגופים ואנשים בעלי סמכות שיפוטית, או מעין שיפוטית;
- (2) ייצוג אדם אחר וכל פעולה אחרת בשמו לפני –

- משרד ההוצאה לפועל;
 - לשכת רישום הקרקעות;
 - הפקיד המוסמך לענין חוק בתים משותפים, תשי"ג-1952;
 - רשם החברות;
 - רשם השותפויות;
 - רשם האגודות השיתופיות;
 - רשם הפטנטים והמדגמים;
 - הרשם בהגדרתו בחוק העיצובים, התשע"ז-2017;
 - רשם סימני המסחר;
 - פקיד השומה ונציג מס ההכנסה לענין פקודת מס הכנסה;
 - המנהל לענין חוק מס שבח מקרקעין, תש"ט-1949;
 - מנהל מס עזבון לענין חוק מס עזבון, תש"ט-1949.
- (3) עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר, לרבות ייצוג אדם אחר במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה;
- (4) ייעוץ וחיווי דעת משפטיים.

קושי: הסעיף מנוסח בצורה מאוד רחבה, ועל פניו אומר שרק לעו"ד מותר להתעסק שכל דבר שקשור באופן ישיר או עקיף למשפט. הסעיף מבטא למעשה את התקופה בה נכתב, לפני עשרות שנים, אז המציאות הייתה אחרת והייתה פחות נגישות לחוזים באינטרנט למשל. אך יתרה מכך, הסעיף משקף גם את המעמד של המקצוע והלשכה והכוח והיכולת שלה לקבל מהמדינה מונופול מאוד רחב.

אולם, עשרות שנים לאחר שנכתב הסעיף, ניתן בהחלט להציף לגביו המון שאלות ביחס לרלוונטיות שלו ולפרשנות הנדרשת לגביו בעת נוכחית – למשל, האם המונופול מוצדק? האם יש דרך אחרת לנסח את הסעיף? האם מתן חו"ד של סטודנט למשפטים למעסיק שלו ביחס לחוזה היא אסורה והאם זה בכלל יעוץ משפטי? וכו'.

נראה כי גם הפסיקה החלה לפרש את הסעיף בצורה יותר ביקורתית ולנקוט בגישת פרשנות מצומצמת יותר מזו שהייתה נהוגה בעבר.

על מנת להבין את עומק הקיבעון של הלשכה על הסעיף והמאבקים שלה בעניינו, נציין כי במסגרת כל המאבקים של הלשכה היא אף החלה להציף טענה כי אפילו הקליניקות המשפטיות מסיגות את גבולות המקצוע, ולכן אסורות, וזאת מפני שבקליניקות אלו סטודנטים למשפטים, אשר אינם עו"ד, נותנים שירותים משפטיים ומקבלים על כך תמורה בדמות נ"ז. כלומר, **פרשנות הלשכה את הסעיף היא מאוד דווקנית, ואפילו פעולה חד פעמית עם תמורה היא אסורה.**

- **הערה:** המסגרת המשפטית בה המאבק הזה נעשה היא בתביעות אזרחיות אותן מגישה הלשכה כנגד מי שלטענתה הסיג את גבולות המקצוע, לכן על הלשכה מוטל נטל ההוכחה להוכיח את טענותיה.

מה העונש על הסגת גבול המקצוע?

ס'96 לחוק לשכת עורכי הדין – הסגת גבולות המקצוע

96. מי שאינו עורך דין ועושה פעולה שנתייחדה לפי חוק זה לעורכי דין, דינו – קנס כאמור בסעיף 61(א)(2) לחוק העונשין [חמשת אלפים לירות].

הסעיף קובע כי מי שמסיג את גבול המקצוע דינו קנס.

אם כן, המסגרת המשפטית בתוכה הלשכה מנהלת את המאבקים שלה היא תחת סעיף זה, כמו גם תביעות אזרחיות לצווי מניעה לאיסור פעילות של מי שבעיניה מבצע פעילות משפטית.

← כלומר, הסגת גבולות המקצוע הינה מעשה סמי פלילי, העולה כדי עבירה מנהלית.

- **הערה:** כללי אתיקה של לשכת עורכי הדין חלים רק על עורכי דין, לכן כללי האתיקה והדין המשמעתי לא רלוונטיים לשאלות של הסגת גבול המקצוע, מפני שללשכה אין סמכות לגבי מי שאינו עו"ד. לכן, מסלול הפעולה של הלשכה הוא תביעות אזרחיות המתבססות על שילוב של ס' 20 וס' 96, אשר מקנים ללשכה את הדרך המשפטית להילחם באנשים שמסיגים את גבול המקצוע.

כאמור, **בסעיף 20** יש בעייתיות ומורכבות – המניעה מכל אדם שאינו עו"ד לעסוק בכל דבר הוא עיסוק משפטי היא הגדרה רחבה מדי, המונעת כל אפשרות לעסוק בכל דבר שקרוב למשפט אפילו במעט ע"א אנשי שהם לא עו"ד. כך למשל, ניתן לומר שישנו קושי עם תפקידים של המגשרים, אשר בסוף ההליך מנסחים הסכם גישור אשר לכל הדעות מהווה מסמך משפטי, ולכאורה לפי הסעיף אסור שינוסח ע"י מגשר שאינו עו"ד. דוגמה נוספת היא משפטיים, אשר לא נבחנו / עברו את בחינות הלשכה, ועל אף השכלתם אינם יכולים לתת שירותים משפטיים לאור איסור זה. למעשה, בעולם הולכים ונפרדים מהשיטה המכלילה הזאת, ועוברים לשיטות יותר פלורליסטיות.

- **הערה – ייצוג עצמי:** בישראל, מותר לאדם לייצג את עצמו מפני שבכך אין מדובר בשירות שעו"ד נתן לאף אחד. ברגע שהפרט זקוק לעזרה מקצועית בתחומים משפטיים (ולגישת הלשכה מדובר בהגדרה מאוד רחבה), הסיוע צריך שיעשה בידי דמות מקצועית ולא כל הדיוט. אך בארה"ב ובאנגליה, יש ביזור של המקצוע המשפטי. כלומר, נעשית חלוקה בין השירותים המשפטיים השונים, כאשר לפעמים מספיק להיות PARALEGAL כדי לתת שירות מסוים, בעוד שביחס לשירותים אחרים נדרש להיות עו"ד לשם כך. בישראל, לא ניתן למצוא כל כך חלוקה כזו בין שירותים שעושים דבר דומה, למעט ממגשרים העושים דבר דומה במידה מסוימת. אכן, בתקנות סד"א החדשות יש מעין ביזור דומה, אך הוא לא מאוד רלוונטי לעניין מתן השירות המשפטי, שהרי שם מדובר בביזור הנעשה בתוך מערכת השפיטה, שם ישנם אפיקים חליפיים ליישוב סכסוכים, אך אין מדובר בשירות המשפטי שניתן לאדם.

מאבק גילדאי או מאבק למען הציבור?

השאלה איך ייחוד המקצוע מוגדר היא שאלה שמעורבים בה, מעבר לערכים, גם הרבה אינטרסים. יש כל מיני דרכים להצדיק את המונופול, כאשר הדרך המרכזית, לפי לשכת עו"ד, היא הגנה על הציבור, שכן עו"ד הוא זה שצריך לתת את החותמת הסופית והוא זה שלוקח את האחריות המקצועית.

לבנת פורן נ' לשכת עורכי הדין (סרטון)

מדובר על תכנית ששודרה בעת שאפי נווה התמודד לראשות לשכת עו"ד, ודנה בעימות בין לבנת פורן והמרכז למימוש זכויות רפואיות (חברה שנמצאת בבעלותה) לבין לשכת עורכי הדין, שמבקשת לחסום את פעילותו של ארגון זה בטענה להסגת גבולות המקצוע.

לבנת פורן מבקשת לרשום פטנט על סלוגן הפרסומת שלה "חלית? נפצעת?" למרכז למימוש זכויות רפואיות, אולם לשכת עורכי הדין מתנגדת, שכן לגישתה מדובר בהסגת גבולות המקצוע. הויכוח העיקרי הוא בשאלה האם השירות שנותנת לבנת פורן הוא שירות משפטי או רפואי?

טענות לשכת עורכי הדין: בהמ"ש העליון התיר למרכז למימוש זכויות רפואיות ודומיו רק למלא טפסים, שהרי מימוש זכויות רפואיות הוא עניין משפטי לכל דבר ולכן מותר בעיסוקם של עו"ד בלבד. עם זאת, לטענת הלשכה מילוי הטפסים הוא עניין משפטי ולא רק רפואי, מכיוון שמילוי טפסים חסר או שגוי עלול לגרום לנזק בלתי הפיך למבקש השירות ולציבור. כמו כן, השירות אותו מספקת לבנת פורן הינו שירות הדורש מקצועיות אשר חסרה לגוף זה, ושכר הטרחה הנגבה מהציבור הינו יקר לאין ערוך מזה המותר ומוגבל ברגולציית הפלת"ד לעו"ד. קל לטעון כי הלשכה נלחמת על ליטרת הבשר שלה (תמורה חומרית), ולא על הגנת הציבור, מכיוון שעורכי הדין דואגים רק לשכר הטרחה שלהם, ולמרות שיש בכך אמת, לא יכול להיות שכל שרלטן יפתח משרד ויספק שירותים מעין אלו. לעורכי דין יש ביטוח מקצועי המגן עליהם מטעויות, אשר מאפשר בתורו הגנה גם על הציבור, בדרך של הבטחת אמון וקבלה של שירות הולם. אם כן, למרות ששכר הטרחה כן עומד מול עיניה של השלכה, מטרתה להגן על ציבור הלקוחות, במסגרת כלל הרגולציה המקיפה את הלשכה (אתיקה, ביטוחים וכו'), בעוד שלקוחותיה של לבנת פורן מופקרים לחלוטין.

← **לשכת עורכי הדין מושכת לגישה הציבורית הפונקציונלית** – אפי נווה רוצה שתחום פעילות זה ישמר לפעילות של עו"ד בלבד הן משום שמגיע לעוה"ד שלמדו רבות להתפרס, אך בעיקר בשל הנכונות להגן על הציבור מפני שרלטנים ורמאים להם נעדר הידע, ההגנה הבטיחות, והפיקוח על פעילותם. כמו כן, לשכת עוה"ד מבקשת להבטיח אמון וקבלה של השירות ההולם, ויש חשיבות למקצועיות במקרים מסובכים אשר לא קיימת אצל שרלטנים המצויים בארגון זה. כמו כן, הדין המשמעותי משמעותי בעקבות ההגנה הנוספת שהוא מאפשר לציבור, ולא קיים בארגון כמו בזה של לבנת פורן.

טענותיה של לבנת פורן: ראשית, ישנו ויכוח האם אכן מדובר בשירות משפטי או רפואי – בית המשפט העליון גרס בפסיקתו כי הידע המשמעותי במצב הזה הינו ידע רפואי, ולכן המומחיות הנדרשת היא רפואית ולא משפטית כפי שטוענת הלשכה. המומחיות שמספק לבנת פורן לטענתה, היא מומחיות רפואית ולכן אין ממש בטענות להסגת גבולות המקצוע. בסופו של דבר במבחן התוצאה הלקוחות מגיעים כי הם מרוצים ומקבלים קצבאות הרבה יותר גבוהות מאשר היו מקבלים לו היו נעזרים בעו"ד, ובנוסף לכך העובדה שהלשכה לא הביאה לקוח אחד של לבנת פורן שיצא נגדה מהווה הוכחה לכך והופכת את הדיון לתיאורטי בלבד וללא ביסוס טענת חוסר המקצועיות. לא זו אף זו, עורכי הדין גובים שכר טרחה יותר גבוה מזה שנגבה על ידי לבנת פורן והמרכז למימוש זכויות רפואיות, וכשלוקח שמגיע לעו"ד הוא צריך לשלם לחו"ד של רופא, תשלום שלא נגבה בעת קבלת שירות אצל המרכז למימוש זכויות רפואיות ואף מומן בידיהם. עוה"ד אמנם מוגבלים בשכ"ט שהם יכולים לגבות בענייני פלת"ד, אך אין הדבר נוגע למקרה דנן מכיוון שארגון זה בכלל אינו מתעסק בתחום הנ"ל.

← **לבנת פורן מושכת לגישה הביקורתית** – מדובר במאבק גילדאי העוסק בליטרת הבשר (התמורה החומרית). השוק של השירותים למימוש זכויות רפואיות באמצעות תביעות נגד ביטוח לאומי, הוא תחום המפיק כסף רב – כ-500 מיליון ₪ בשנה.

• **הערה**: לבנת פורן מערערת על עצם אופיו של העיסוק כעיסוק מקצועי, וטוענת כי מדובר בשירות רפואי במסגרתו יש לה יתרון על עוה"ד. זוהי טענה שבהמ"ש קצת התקשה איתה, משום שהמשפט עוסק בכל תחומי החיים, לכן ניסיון ההבחנה הזה הוא מעניין, כאשר מנגד עומדת הטענה כי כל שיח של זכויות הוא שיח משפטי והמומחיות היא המומחיות של המשפטים.

• הביקורת על אפי נווה מתקשרת פה משום שהדבר המשמעותי הבולט בפסה"ד לבנת פורן הוא **השינוי בגישה בפס"ד שטנגר**, בהמ"ש מדקלם דיקלומים לגבי הגישה הפונקציונלית, וטוען כי זוהי הדרך הטובה ביותר להסדיר את המקצוע, אך הוא אינו שואל את השאלה האמפירית של האם אכן הלשכה מגשימה את התכליות הללו – האם היא מפעילה את הדין המשמעותי בדרך שתמנע פגיעת עו"ד בלקוחותיה? האם ההכשרה המקצועית של עוה"ד היא כל כך טובה שבהכרח כל

מי שעבר את הבחינות הוא איש מקצוע ברמה הגבוהה ביותר? שיח הדבקות בגישה הפונקציונלית הוא שיח המניח את המבוקש. בפס"ד לבנת פורן רואים התחלה של אימוץ גישה שונה.

הצדקות לייחוד המקצוע: רגולציה ואתיקה – האינטרסים והערכים המעורבים

1. **הגנה על לקוחות מול נגישות למשפט** – מצד אחד, אסדרת עוה"ד בלשכה מעידה על כך שיש להם רגולציה, כמו כן, עוה"ד כפופים לכללי האתיקה והמשמעת ולרובם המכריע יש ביטוח מקצועי, וזה ומספק הגנה ללקוחות. עם זאת, מצד שני עומדת שאלה חדשה בשיח שעלתה בפס"ד לבנת פורן, והיא שאלה של נגישות למשפט. לפי הגישה הכלכלית, המשאב המשפטי הוא לא משאב ככל המשאבים, אלא הוא משאב חיוני שצריך להבטיח שלציבור תהיה אליו גישה. במסגרת המחשבה על שאלת הנגישות למשפט עלינו לשאלות אחרות – אנחנו לא שואלים רק מה הדרך הטובה ביותר להסדיר את המקצוע כדי שתהיה בו כמה שיותר מקצועיות, אלא אנחנו שואלים מה הדרך הטובה ביותר להסדיר את המקצוע כך שתהיה בו כמה שיותר נגישות למשפט? אחד הדברים שלבנת פורן עושה זה הנגשה של המשפט (אמנם לא בחינם, אלא ברמת התודעה וההבנה של הזכויות). עידוד של תחרות בשוק ואמצעים נוספים יכולים לגרום לכך שהמשאב המשפטי יהיה יותר נגיש לציבור. בגדול התעסקות מול ביטוח לאומי לא הייתה תחום שעניין אנשים, אך כשראו שזה נותן המון כסף – פתאום גם לשכת עו"ד בעצמה התחילה לפעול להנגשה, וכך גם ביטוח לאומי וגופים אחרים התחילו להנגיש את השירותים שלו. כלומר, ניתן לראות מאמץ גם מהביטוח הלאומי לנסות ולהגיד שיש דברים שהציבור יכול לעשות בעצמו ללא כל סיוע של שום גורם מקצועי (לא לבנת פורן ולא עו"ד). למעשה, גם לבנת פורן נשענת על "כשל בשירות הציבורי" ובעולם מתוקן ההליך צריך להיות כל כך פשוט ומונגש שהציבור לא יהיה צריך לשלם לאף אחד, אלא יוכל לקבל את הרווחים לעצמו. אך, המון אנשים חוששים מהתעסקות עם בירוקרטיה ועוה"ד ולבנת פורן מביאים תוצאה טובה יותר. אם כן, זה השאלה למה אנשים פונים אליה היא מורכבת וכו' ויתכן כי היה נכון שהפניה תעשה באמצעות טופס בלבד, אך המציאות יותר מורכבת ולא ברור שלבנת פורן בהכרח מנגישה את ההליכים הללו. יתרה מכך, הפרסומות של לבנת פורן מאוד מפריעים ללשכה הן משום שלעו"ד אסור לפרסם בדרך זו (מלחמה עם ידיים קשורות מאחורי הגב), והן משום שיש בהן אלמנט מטעה ולא ראוי, מפני שכשאומרים שדוד מבאר שבע קיבל X כסף ואין פירוט של הנסיבות, אחרים עשויים לטעות ולחשוב שמגיע להם אותו סכום וכו'. הפרסומות שלה הן על הגבול המטעה כמו המון פרסומות שונות.

2. **אינטרסים כלכליים** – המאבק הוא בסוף תמיד מאבק על נתח שוק, היינו על כסף.

3. **הטיעון הרגולטיבי (דין משמעתי)** – אפי נווה העלה גם את הטיעון הזה. מקצוע עריכת הדין הוא מקצוע שיש לו רגולציה, בעוד שללבנת פורן אין. כלומר, קיומם של הרגולציה, הדין המשמעתי וכללי האתיקה מבטיחים רמה נאותה של שירות. עם זאת, גם הטיעון הזה הוא טיעון שעשוי להיות מעגלי, מפני שבתגובה אליו ניתן לטעון כי הצורך בדין משמעתי מעיד משהו על הרמה הנמוכה של בעלי המקצוע, ויתרה מכך הוא איננו אפקטיבי (דנו בכך בשיעור שעבר – תלונות נגנזות, רגולציה פנימית וכו'). כמו כן, אם המדינה מסדירה את שוק השירותים המשפטיים, הרי שהיא יכולה פשוט לעשות גם רגולציה על השירותים והמקצועות האחרים. הרגולציה היא משהו שניתן לשפר ולייצר אותו גם על נותני שירותים אחרים. לא זו אף זו, רגולציה עשויה אף לייקר את השירות, מפני שהעלויות שלה מושתות על הצרכן.

4. **הטיעון המקצועי (חינוך משפטי, שמירה על רמה מקצועית נאותה)** – אפי נווה מאוד חוזר על כך שלבנת פורן רק יודעת למלא טפסים, ולדברים הרציניים והמסובכים צריך עו"ד. טענתו זו מרמזת לכך שהרמה המקצועית של עורכי הדין היא רמה גבוהה יותר. הדגמה לניסיון הלשכה להוכיח משפטית את חוסר המקצועיות הנטען של המרכז למימוש זכויות רפואיות ניתן לראות בדיון בהליך זה שהתקיים בבהמ"ש המחוזי, שם עלתה להעיד עובדת של לבנת פורן, ועוה"ד של

הלשכה נתן לה סיטואציה של אדם שנפגע מנפילה מאוטובוס ושאל אותה איך היא תסווג את הפגיעה ואיך תטפל בו. במהלך הזה הלשכה מראה למעשה שהעובדת לא העלתה שאלה חשובה מאוד שכל עו"ד היה שואל והיא האם הוא היה בדרך לעבודה? מפני שבמצב זה יהיה מדובר בתאונת עבודה. כלומר, הלשכה ניסתה להוכיח כי המרכז למימוש זכויות רפואיות ולבנת פורן הכשירו את העובדות שלהם למלא טפסים וביטוח לאומי, וניכר חוסר מקצועיות ביחס שאלה בה בסיסית שכל עו"ד מעלה.

מה אפשר לענות לכל ההצדקות לכאורה לייחוד המקצוע?

1. **הדין משמעתי** – כאמור, יש בו כל מיני פגמים וביקורות שדיברנו עליהן בשיעור הקודם, ובהחלט ניתן לשאול האם הדין המשמעתי אכן דואג ומבטיח רמה אתית גבוהה בקרב עורכי הדין?
2. **החינוך המשפטי** – יש טענות, אשר עולות גם בפסק הדין וגם בכתיבה אחרת, השואלות לגבי רמת החינוך המקצועי בכל 18 המוסדות המכשירים עו"ד? כמו כן, עולה גם השאלה האם יש בהכרח קשר בין החינוך המקצועי המעולה שמקבלים באוניברסיטה לבין עבודתם של עורכי דין? כלומר, האם בהכרח יש קשר בין החינוך המקצועי לבין מילוי טופס בביטוח לאומי? יש הרבה דברים שלאדם יכולה להיות הכשרה מקצועית משפטית מצוינת אשר מאפשרת לו לעשות הכל, אך בפועל היא אינה מעידה על כך שאותו אדם ידע לעשות הכל, מפני שלמרות שלמד, יש דברים שלא נתקל בהם מעולם ולכן לא ידע אותם. מנגד, יש דברים שלמרות שהעוסק בהם לא למדת את תחום המשפטים, יתכן שהתמקצע והוא טוב בהם, כמו לבנת פורן, ולכן השירות שהוא נותן הוא שירות טוב, שהרי זה מה שהוא יודע לעשות. כלומר, לבנת פורן שואלת למעשה מה אמורה להיות ההכשרה כדי לספק את השירות הזה אותו היא מספקת? גם אם נסווג אותו כשירות משפטי, עדיין ניתן לשאול האם אדם בעל תואר במשפטים יהיה יותר טוב בסיפוק השירות הזה מאשר אדם שהתמחה וקיבל הכשרה ספציפית בתחום הזה? נושא ההתמקצעות שב ועולה בעניין מקצוע עריכת הדין, מפני שהמקצוע על פניו נעדר את ההתמקצעות הספציפית והרישיון פותח בפני עו"ד טווח בלתי נגמר של עיסוקים בתחומים מגוונים, ללא ידע מעמיק. הארכת ההתמחות מהווה ניסיון לתת מענה לצורך בהתמחות מקצועית דומיננטית יותר. דוגמה הכשרה ספציפית הנדרשת במסגרת המקצוע היא "ייפוי כוח מתמשך", המחייב את עו"ד בהכשרה ספציפית לפי חוק בלשכת עו"ד, כדי שיוכל לספק את השירות הזה.

- **המרצה** חושבת שכן לדחוף למקום של התמקצעות במקצוע. למעשה, מה שההכשרה המשפטית נותנת לנו הוא את הכלי לחשוב כמו משפטן, דבר אשר אינו קיים אצל אדם שאינו משפטן. אך יתכן שיש דברים שההכשרה הזו לא נדרשת בהם ויתכן כי אף אדם בעל התמקצעות בעיסוק ספציפי יהיה יותר רלוונטי, נקודה זו הוזכרה גם בפסה"ד.

הגישות עומדות כל הזמן ברציונליזציה של הדיון בסעיף.

פסק הדין של לבנת פורן יצר שינוי משמעותי בגישה של בית המשפט לס' 20 ובכלל להסדרת המקצוע וללשכה, ולאופן שבו הלשכה פועלת. במסגרת הסכסוך בין הלשכה לבין לבנת פורן היו מספר גלגולים. כשהתיק הגיע לעליון, מרצי אתיקה הגיעו לבית המשפט יחד עם ארגונים שונים כידידי בית המשפט. הארגונים הגישו כתב טענות כידידי בית המשפט כאשר המטרה לא הייתה להגן על לבנת פורן, שהיא גוף מסחרי, אלא להצטרף במטרה לשנות את הספקטרום שדרכו בהמ"ש מסתכל על השאלה.

- לדעת **המרצה**, במידה רבה ניתן לראות שבפסה"ד בהחלט יש דהדוד לדברים שהופיעו בכתב הטענות הזה. ניתן להבחין בשינוי פרספקטיבה, כך שאומצה גם גישה ביקורתית וגם תפיסה של נגישות למשפט, ולא רק הגנה על הציבור – נשאלות שאלות אחרות. ס' 20 מנוסח בצורה הכי רחבה שאפשר היה לנסח אותו.

ע"א 4223/12 המרכז למימוש זכויות רפואיות בע"מ נ' לשכת עוה"ד – שינוי כיוון בפסיקה:

השופט ארבל קבעה כי ביחס לכל שירות ופעולה, יש לשאול האם אלו עונים על התכלית המונחת ביסוד ס'20? (דוגמה: מילוי טופס בביטוח לאומי – הלשכה טוענת שמדובר בפעולה משפטית מפני שזה קשור למימוש זכויות, ומנגד לבנת פורן טוענת שמדובר בזכויות רפואיות, ולכן לא מדובר בעניין משפטי אלא רפואי). כלומר, **יש לבחון כל שירות ופעולה שנותנים גופים כדוגמת זה של לבנת פורן או גופים אחרים, ולשאול הן האם מדובר בפעולה משפטית או לא, והן האם פעולה זו צריכה להיכלל בסעיף במובן מתן מעלה לתכלית המונחת ביסוד ס'20.**

אך, מהי התכלית שבסעיף? הגנה על הגילדה? על הציבור? מה זה אומר להגן על הציבור – גם במובן של אלטרנטיבות, האם הגנה על הציבור היא סיפוק שירות משפטי ברמה הגבוהה ביותר, או שיש לשאול מה האלטרנטיבה של אותו שירות – למשל, האם יש לפרט נגישות לשירות הזה?

השופט ארבל הציגה בפסה"ד 3 מבחנים/שאלות שיש לשאול כדי להשיב לשאלה – האם מדובר בשירות משפטי במובן של בניסה לסעיף 20 או לא? כלומר, זו אינה שואלת האם נותן השירות עוסק במשפט, אלא היא שואלת 3 שאלות אחרות:

1. **האם השירות או הפעולה כרוכים בהפעלת שיקו"ד רחב, תוך שקלול של משתנים רבים או שמא מדובר בפעולה טכנית בעיקרה?** – בכל שהפעולה דורשת יותר שיקו"ד כך ניטה להגדיר אותה כשאלה משפטית, וככל שמדובר בשאלה שהיא טכנית כזו שלא מערבת שיקו"ד ניטה להגדיר אותה כשאלה טכנית בעיקרה.

- **ביקורת:** למעשה רק בעצם השאלה איזה אמצעים טכניים יש להפעיל נעשה שימוש בשיקו"ד, שהרי מי שהוא אינו עו"ד, לא ידע להחליט אילו אמצעים נדרשים במקרה נתון. בפסה"ד, השופט ארבל קבעה כי למלא טופס זה פעולה טכנית שאינה דורשת שיקו"ד. אולם בפועל בביטוח לאומי יש כמה מסלולי תביעה, ולכן ההחלטה באיזה מסלול לתבוע כן כרוכה בשיקו"ד, ואת זה לבנת פורן לא יכולה לעשות. אז מה היא עושה? מגישה לכולם בכל המסלולים כי ניתן להגיש בכולם.

2. **מהו פוטנציאל הנזק העלול להיגרם ללקוח עקב קבלת שירות לקוי?** – בכל שאנו עוסקים ביותר שאלות הוות גורל (לדוגמה, אדם שעשוי להיכנס לכלא), ברור שנראה בכך פעולה משפטית, זאת בעוד שפעולות שהשלכותיהן פחות משמעותיות ויותר מצומצמות נוכל להגדיר כפעולות שאינן משפטיות.

- **הערה:** המבחן של פוטנציאל הנזק לא תמיד פשוט להפעלה. כך למשל, נזק כלכלי הוא גדול או קטן? כמה כסף אפשר לאבד? אולי הרבה כסף זה נזק גדול? ← **יש לזכור שמפעילים את שלושת המבחנים ביחד, כלומר שההכרעה מתבססת על שילוב של שלושתם.** אך, בשנים שחלפו מאז פסה"ד ניתן להבחין כי החלה לעלות שאלה ביחס לאופן הפעלת המבחנים.

3. **המבחן השלישי מאמץ את תפישת הנגישות לשירות ושאל האם יש חלופה ללקוח?** כלומר מה יקרה אם לא תהיה לבנת פורן? היינו, מה יקרה אם לא יהיה את השירות החלופי? האם במצב דברים זה אנשים יישארו ללא כל תמיכה וסיוע, או שמא עדיין תהיה פתוחה בפניהם האופציה לזכות למענה של עו"ד? במסגרת מבחן זה יש אימוץ של נקודת מבט המתייחסת לנגישות, אך הדיון בו גם מורכב, מפני שלמעשה אחת התוצאות האפשריות היא שיהיה שירות טוב ושירות לא טוב (תלוי כסף), וזה לא תמיד ראוי, מכיוון שבשומרים שמי שיש לו כסף ילך לעו"ד ומי שלא, שיפנה לשירות הפחות טוב מזה שימצא אצל עו"ד, עולה בעייתיות בשאלות רחבות של אסדרה.

השופט עמית התייחס לסוגיית האלטרנטיבות – לבנת פורן כאלטרנטיבה לשכירת שירותיו של עו"ד ולהפך. בקביעתו, הוכרע כי ניתן לעשות את הפעולות הללו גם לבד, כלומר שמדובר באלטרנטיבה. לגישת **המרצה**, אפשר אולי להוסיף את קבלת השירות לבד במקרים מסוימים.

מנגד, השופטת ארבל חולקת וטוענת כי מקום בו אדם נותר ללא כל סיוע, כבר עדיף שייעזר בשירות כשל לבנת פורן.

בסוף פסה"ד ארבל מביעה עמדה עקרונית המתייחסת לתופעה ולאפשרות של פתיחת שוק השירותים המשפטיים, תוך מחשבה על רפורמה רחבה יותר: "לעמדתי בהחלט ייתכן, כעניין עקרוני ובמבט צופה פני עתיד, ששירותים משפטיים מסוימים יסופקו לציבור הרחב על ידי מי שאינו עו"ד. אינני סבורה כי כל הכרוך במימוש זכויותיו של הציבור צריך להיות נחלתם הבלעדית של עורכי דין. ברם פתיחת שוק השירותים המשפטיים לגופים אחרים אינה יכולה להיעשות בהיעדר אסדרה מוקדמת של גופים אלה – בהיעדר מנגנוני בקרה ופיקוח אשר יבטיחו כי השירות ניתן לאחר הכשרה מתאימה". כלומר, לגישה של ארבל, אין הצדקה למונופול בשוק השירותים המשפטיים, כמו שאין הצדקה לכך שכל דבר הקשור בזכויות יטופל רק ע"י עו"ד. יחד עם זאת, היא מתייחסת לטיעון הרגולטיבי ואומרת שוודאי העניין דורש אסדרה, בטרם יוסר המונופול. לדידה, מקום בו בוחרים לפתוח את שוק השירותים המשפטיים לגופים אחרים ולהסיר את המונופול, הרי שאין מדובר בדבר שבהמ"ש יכול לקבוע ונדרשת התייחסות של המחוקק ואסדרה בחקיקה (מדובר בעניין שדורש גם הכשרה, ובהמ"ש לא יכול לייצר את השינוי בעצמו).

המבחנים בפסה"ד הם מבחנים משמעותיים, ובשנים שחלפו ממתן פסה"ד עלו שאלות שונות ביחס לפרשנות שיש ליתן אלו ולאופן יישומם. אך משמעותי לא פחות מכך, עלינו להבין כי למעשה **חל שינוי מגמה, ואימוץ של גישה ביקורתית** – כלומר אין חזרה אוטומטית על גישה ציבורית, אלא יש ביטוי לגישה ביקורתית וחשדנית כלפי המונופול והאסדרה הקיימת, כאשר אף נאמרה אמירה התומכת בפתיחת המונופול של שוק השירותים המשפטיים. בנוסף, **ניתן להבחין גם באימוץ של תפיסה המכירה בכך שהמשאב של השירות המשפטי הוא בעל ייחוד, ולכן צריך שאסדרת המקצוע תיקח זאת בחשבון, כאשר הגנה על הציבור כוללת גם נגישות למשאב המשפטי וזוהי תפיסה שלא ראינו קודם בפסיקת בהמ"ש.**

פעילות בקבוצות:

משימה – לחשוב איך היה אפשר לנסח את ס'20 לחוק לשכת עורכי הדין באופן שיביא לידי ביטוי את המגמות החדשות בפסיקה ויאזן בצורה ראויה בעיניכם את האינטרסים השונים העולים בהקשר הזה (לרבות המגמות החדשות בפסק הדין):

קבוצה 1 – השאיפה הייתה לראות איך ניתן לשמור גם על לבנת פורן וגם על עוה"ד במקרים מורכבים ומסובכים יותר. חשבו שאולי ניתן לכמת לסכומים כמו שנעשה בבהמ"ש לתביעות קטנות שם עו"ד לא יכול להגיע. לכן, ניתן לקבוע שעד הסכום שנקבע לתביעות קטנות יאפשר לאחרים לעסוק בכך ולא רק לעו"ד. בנוסף, הסכום שניתן לקחת על השירות הזה על ידי גורמים אחרים שהם לא עו"ד, חייב להיות מוגבל, כי יש לבחון את מבחן התוצאה – האם אותו גוף הוא לטובת הציבור או לטובת הכיס?

קבוצה 2 – בס'20 כל פעולה משפטית או בעלת אופי משפטי יוכל לעשותה כל אדם בעצמו או באמצעות אחר גם אם אינו עו"ד. ובתנאי שימלא גילוי נאות שאין לו הכשרה משפטית בנושא. יכול לייצג מי שהוא בעל השכלה או ניסיון בנושא. הרעיון הוא להפחית את המונופול של לשכת עו"ד, ואם אני בתור אדם פרטי חושבת שאני יכולה לייצג את האינטרסים שלי או של חבר, אני אעשה את זה. אם אני הולכת לאדם חיצוני הוא צריך להגיד לי שאין לו הכשרה מתאימה ואני עושה את הבחירה שלי. יש לי אפשרות לייצג את עצמי ללא הכשרה או השכלה נכונה, אז מה ההבדל ביני לבין אדם אחר ללא הכשרה? זה סיכון כשקיים כשאני עושה זאת לעצמי. הדרישה שרק עו"ד יוכלו לטפל בנושא היא פטרנליסטית שאומרת לאנשים שלא יחליטו מי ייצג אותם אלא הם יכולים להיות מיוצגים רק ע"י עו"ד. גישה שמקדמת את חופש הבחירה.

קבוצה 3 – קביעת קריטריונים ספציפיים וברורים יותר מהי פעולה משפטית. בדומה למבחן של ארבל: כל פעולה שהולכת יותר להיבט הטכני, כמו מילוי טפסים ולא שיקול דעת רחב; פעולה שמערכת ערכים של מוסר תדרש לעו"ד; פעולה שמערכת

אלמנטים של ייצוג ומיומנות הנלמדת בלימודי משפטים. הגדרת הפעולה המשפטית באופן צר יותר, הגדרה שתאמץ את המבחנים של השופטת.

קבוצה 4 – הגדרו שהמטרה של הסעיף צריכה למנוע נזק. לא המונופול ולא המקצוע אלא למנוע נזק. דגש על המקצועיות המשפטית-אולי גם המקצוע עצמו צריך להתמקצע וכך אולי תהיה יותר הצדקה להסדרים שונים.

קבוצה 5 – יהיה גוף כללי שיוקם מכל מיני אנשים שקשורים למקצוע והוא ייתן לכל גוף הסמכה מסוימת. בחוק ייכתב כי כל אחד יכול לעשות את השירות כמו עו"ד, אך בקבלת הסמכה מראש לפעולות מסוימות. כלומר יהיה רשום אילו פעולות הם יכולים לעשות ואילו לא.

- **הייעוץ אינו משפטי** – בהמ"ש קבע כי לבנת פורן צריכה להוסיף בפרסומות שהייעוץ אינו משפטי, זאת כדי למנוע הטעיה ביחס לכך.

- **ביקורת**: זה די מצחיק, כי בעצם מה זה אומר? בית המשפט והלשכה נאחזים בהגדרה האם זה כן משפטי או לא משפטי. הייעוץ הוא לא משפטי אבל בפועל פונים ללבנת פורן אשר מגישה עבור לקוחותיה תביעה, אז מה זה משנה איך קוראים לזה? כלומר, האיסור הזה נאחז בהגדרות האם זה כן משפטי או לא משפטי, אבל מה זה אומר לציבור? אם השירות הוא לא משפטי מה הציבור חושב שהוא מקבל? איזה סוג של שירות?

- **סוגיית הפרסום** – זה עניין בפני עצמו, מכיוון שלעו"ד מותר לפרסם אבל בהיקף הרבה יותר מצומצם, זאת בעוד לבנת פורן וגופים כדוגמתה ממש עוסקים בשידול, דבר אשר לעו"ד אסור בתכלית האיסור לעשות. **דוגמה: המרצה** שמעה על כמה אנשים שעברו פרודצורה רפואית וקיבלו פנייה מלבנת פורן (כלומר מישהו מעביר לה מידע). כלומר, יש גם אלמנט של פנייה ישירה, ממש גישה לאנשים שיש לגביהם מידע על פרודצורות מסוימות שעברו, להם נאמר שבגינה אלו עשויים להיות זכאים לפיצוי – זו פעולה שברור שעו"ד לא עושים ומדובר בעבירה חמורה. יש להבין כי במקרים אלו, לדברי המרצה, היה מדובר בפנייה אחרי שחרור, כלומר שיש כאן פגיעה בפרטיות – איך לבנת פורן יודעת שאותו אדם היה מאושפז ומה הפרודצורה שהוא עבר? ניתן להניח לא היו מעבירים לה מידע, אלא היא הייתה מסתובבת פיזית בבית"ח ותרה אחר לקוחות פוטנציאליים (Ambulance chasers).

לבנת פורן בעצם פנתה לאנשים בשעת מצוקה והציעה להם את השירות שלה. וכאמור, זה נחשב כשידול אשר אסור על עו"ד לבצע, מפני שהתפיסה היא שעו"ד לא אמורים לחפש לקוחות, בוודאי לא בשעת מצוקה, ובוודאי לא בהסתמך על מידע מוקדם לגביהם, אלא הלקוחות אמורים לפנות אלינו. ואולם, כגוף פרטי ללבנת פורן מותר לעבור ממיטה למיטה ולעשות פעולה כזה.

- **עניין זה מעלה שאלה לגבי הרגולציה** – מה הדבר הנכון יותר? כרגע שירות משפטי ניתן רק ע"י עו"ד. לבנת נותנת שירות ואז ישנן התדיינויות ממושכות של מה מותר לה לעשות ומה לא והיא צריכה להגיד שזה לא משפטי, אבל **בסופו של דבר היא גוף פרטי שאין עליו רגולציה, ואז אולי הדרך הנכונה היא לקבל את זה שיש גופים כאלה ופשוט שתהיה רגולציה על הפעילות גם שלהם**. אז נוכל לשאול את השאלה האם זה ראוי או לא ראוי שיפנו לאנשים בבי"ח ויציעו להם את ההצעות האלה. כרגע היא גוף פרטי ויכולה לעשות זאת.

אחרי הלכת לבנת פורן:

פס"ד (1) חשבים ו-(2) דטהפקס – אלו פס"ד מאוד מפורטים שיוזרים לרזולוציות של מהם בדיוק השירותים שחשבים ודטהפקס הציעו. בגדול ניתן להגיד שמדובר בשירותים המתבססים על טכנולוגיה הקיימת כיום ועל מידע שבאמת קיים בחוץ ומאפשרים לעשות כל מיני דברים, כמו למשל הכנסת נתונים למחולל שיוציא לך חוזה בהתבסס על הנתונים שהכנסת.

הלשכה פתחה בהליכים כנגד הגופים הללו ואחרים, זאת בהמשך למאבק כנגד לבנת פורן, בטענה שמדובר בשירות משפטי. בפסקי הדין ניתן לראות דיון מפורט האם מחולל נותן שירות משפטי או לא, כמו גם דיון בשאלה מהו שירות משפטי, האם המחולל מפעיל שיקו"ד או לא (מחולל = אפליקציה של חוזה וסיכויי הצלחה פר שופט)? האם זו חו"ד משפטית? האם אלגוריתם שהכניס לתוכו את כל השופטים והפסיקות של בתי המשפט, והמחולל אומר מה הסיכוי אצל כל שופט, יש שיקו"ד בפעולה הזו? כשיש בינה מלאכותית ומחשבות על עו"ד רובוטיים זה באמת מחדד את השאלה של מהו שירות משפטי והאם אלגוריתם נותן שירות כזה או לא, ומה המשמעות של זה בעצם, ובנוסף זה גם מחדד שאלות יותר מהותיות לגבי העתיד של המקצוע במציאות הזאת שהיא מציאות משתנה – בוודאי מהמציאות שהייתה בזמן שס'20 נכתב, אך בהחלט גם מציאות שמשתנה והולכת לכיוון די ברור. כך למשל, **בחשבים ובדטהפקס הפסיקה הייתה נגד הלשכה בעיקרה** ולמשל בחשבים (שהמחוזי פסק כנגד הלשכה), הלשכה ערערה לעליון בו השופטים הציעו ללשכה למחוק את הערעור שלה, רמזים לגבי תוצאת הערעור. אחד השופטים בדיון (ככל הנראה עמית) אמר ללשכה "אתם נלחמים את מלחמות האתמול", כלומר, שחררו את הדבר הזה, זוהי לא הדרך להגן על המקצוע, להילחם בפיתוחים ובאלגוריתמים, יש לקבל זאת **והאתגר של המקצוע הוא לנסות ולשמר את הרלוונטיות שלו גם למול השינויים האלה**, כלומר על המקצוע לחשוב כיצד ניתן להציע שירות שהאלגוריתם לא יכול להציע ולהבין שיש דברים שבעלי מקצוע אנושיים יכולים להציע, כמו גם כאלה שאלגוריתמים יכולים להציע. זה מיקוד המאבקים והפוקוס בשאלה של מה אנחנו יכולים להציע שהטכנולוגיה לא יכולה. **צריך לחשוב על איך נשארים רלוונטיים בתחום הזה, ואיך רותמים את הטכנולוגיה כדי לשפר ולהוזיל את השירות שנותנים וכו', ולא להילחם בשירות שהיא עצמה כבר נותנת ויכולה לתת.**

יש כתבות שעוסקות בשאלה איך הטכנולוגיה משנה את המציאות שלנו ואיך עו"ד צריכים להתמודד עם זה (קישור לכתבות במצגת). הלשכה היא גוף שמרני, לכן היא מתקשה לקבל את השינויים האלה המעמידים אותה כגוף שצריך להישאר רלוונטי שיש לו את המלחמות על ייחוד המקצוע, היא מוצאת עצמה נלחמת באלגוריתמים וזה באמת מלחמות האתמול. **כדי לבדוק האם האלגוריתם מספק שירות משפטי, יש לבדוק האם הוא מפעיל שיקו"ד או לא, ולהחיל את המבחנים מפסה"ד של לבנת פורן**, למשל האם חוזה שהמחולל מוציא הוא קונקרטי ואז הוא כן כולל חו"ד משפטית.

המאבק במעגל הפנימי: כלל 11 לכללי האתיקה - איסור על עורכי דין לעבוד אצל מסיגי גבול המקצוע

(1998) [פיצוי נמרץ, קליניקות משפטיות]

עד כה דיברנו על ס' 20 ואמרנו שהוא אמנם נמצא בחוק הלשכה אך הוא חל כלפי כל העולם. דרך ס'20 וס'96 הלשכה יכולה להילחם בכל מי שהוא אינו חבר בה – זה יכול להיות אדם או ארגון כמו לבנת פורן/מחשב ואלגוריתם, ולטעון שהוא מסיג את גבול המקצוע ולהפעיל נגדו סנקציות משפטיות. **לצד המאבק הזה, הלשכה מנהלת מאבק אחר, והוא מאבק נגד עורכי דין החברים בלשכה ומשתפים פעולה עם גופים אחרים** כמו לבנת פורן / פיצוי נמרץ גוף שהיה בעבר. **מבחינת הלשכה זוהי התנהלות בעייתית והלשכה מנסה למנוע אותה.**

הטכנולוגיה משמשת גם ככלי עזר לעו"ד. לדעת **המרצה**, דבר זה נתפס כפחות בעייתי כי קיימת האחריות המקצועית ושיקול הדעת המקצועי הסופי שהוא של עו"ד בסופו של דבר (גם אם הוא נעזר באלגוריתמים, זה לא שולל את שיקול הדעת שלו). אפשר להצדיק זאת גם בגישה הציבורית, ולומר שבסוף אדם פנה לעו"ד, ואם עו"ד השתמש באפליקציות או אלגוריתמים לא טובים, יש לנו כתובת לפנות אליה שהיא לא מתכנת האלגוריתם. לגישתה של המרצה **שימוש בטכנולוגיה יכול גם לשפר את השירות המשפטי, ולכן טוב שלא נלחמים בזה.**

דוגמה לשיפור: מערכת נט המשפט – זהו אתר באמצעותו כל המסמכים בתיק מסוים מוגשים דרכו. כלי זה מאפשר לכל נשיא של בהמ"ש את היכולת לדעת כמה תיקים נמצאים אצל כל שופט, דבר שלא היה קיים, ויש לזה השלכה גם למה שקורה בתוך אולם הדיונים. אנו עוברים להליכים מקוונים, וגם בקורונה עשו הארכות מעצר ללא נוכחות באולם וברור שעורכי הדין יצטרכו למצוא עצמם בתוך המציאות הזאת. לדעת המרצה, יש קושי לקבל את ההליכים המקוונים אך יש גם דברים חיוביים. מספרת על מחקר בנושא של גזירת עונש בהליכי תעבורה בארה"ב שהשווה בין הליכים מקוונים ולא מקוונים, נמצא שדווקא בהליך לא מקוון בו השופט לא ראה את הנאשמים, התוצאה הייתה ביטול/נטרול ההטיות נגד שחורים למשל, שקיבלו ענישה יותר הולמת (מקרה בו שאפשר לתמוך בהליכים מקוונים).

שיעור 5 – 18/11/2020

בשיעור שעבר דיברנו על ס' 20 ועל המונופול והיקף המונופול ומאבק הלשכה בגופים מסיגי גבול המקצוע.

המשך – המעגל הפנימי: איסור על עורכי דין לעבוד אצל מסיגי גבול המקצוע

שאלה שיכולה להישאל היא למה שגופים כמו לבנת פורן לא יעסיקו עו"ד ובכך יפתרו את הבעיה, מפני שאז עו"ד יעשו את הפעולות המשפטיות. התשובה היא שהדבר הזה לא אפשרי מכמה סיבות:

- יש הגדרות שונות וכללים שונים שמונעים פתרון כזה, מפני שעו"ד יכולים לעבוד ולהיות מועסקים רק בצורות מסוימות שונות להגדרות של כללי האתיקה לגבי איך עבודה של עו"ד אמורה להתנהל ולהיות מאורגנת. עו"ד יכולים לעסוק במשרד עו"ד בו עובדים עו"ד שהם חולקים ביניהם ברווחים, ולא יכולים לחלוק בהם עם אנשים אחרים. בנוסף, עו"ד יכולים לעבוד בחברה מסוימת / תאגיד / בנק וכו' ואז הם יכולים לספק שירותים רק עבור מי שהם עובדים עבורו, ולא עבור לקוחות המעסיק שלהם. זה כלל מאוד משמעותי במלחמה של הלשכה במסיגי גבול המקצוע ובמתן שירותים משפטיים שהוא לא דרך משרדי עו"ד. בשנת 1998 הלשכה התקינה את **כלל 11 לכללי האתיקה**, כמענה למלחמה בגופים החיצוניים. הסעיף מתייחס לשני מצבים:

כלל 11 לכללי לשכת עו"ד – איסור מתן שירותים משפטיים במקרים מיוחדים כללים (מס' 2) תשנ"ח-1998

- 11ב. (א) עורך דין לא ייתן שירות משפטי ללקוח, שהפנה אליו גוף - שאינו עורך דין, שותפות של עורכי דין או חברת עורכי דין - הפועל למטרת רווח ולמטרה זו מפרסם ברבים מתן שירותים משפטיים.
- (ב) עורך דין המועסק על ידי מי שאינו עורך דין, שותפות של עורכי דין או חברת עורכי דין (להלן - המעסיק), לא ייתן שירות משפטי למי שאינו מעסיקו אם המעסיק פועל למטרת רווח וגובה תמורה בעד אותו שירות משפטי.
- (ג) הוועד המרכזי, בהתייעצות עם ועד מחוז, רשאי להתיר, מטעמים מיוחדים שבטובת הציבור, חריגה מהוראות אלה, בתנאים ולתקופה שיקבע.

- א. לעו"ד אסור לקבל הפניות לתיקים מגופים שאינם עו"ד אחרים או פירמות של עו"ד (לבנת פורן לא יכולה להפנות תיקים לעו"ד ובכך להתגבר על הכללים והפסיקות של בהמ"ש המגבילים את פעולתה). טרם התקנת הכלל, גופים חיצוניים היו מבצעים הפניות כאלה.

○ **הרציונל:** הגנה של הלשכה על המונופול שלה ועל האופן בו היא חושבת על המודל המסורתי של מתן שירותים משפטיים, במסגרתו כשאדם רוצה עו"ד הוא פונה ישירות לעו"ד ולא דרך גופים אחרים. כמו כן, יש פה עניין של הגנה על הציבור – בגופים המשולבים האלה לא ברור מה השירות המשפטי ומה לא; יש פה גוף נוסף שגורר קופון מעבודה של עו"ד ושיתוף ברווחים עם גופים שאינם עו"ד; פרסום בעקיפין הנוגד את כללי האתיקה שנוגעים לפרסום ולשידול (זה איסור שרוכך כיום, אך עדיין עומד תחת מגבלות רבות).

ב. **עו"ד שלא עובד בפירמה של עו"ד, אלא בארגון אחר, לא יכול לתת שירות משפטי לגוף שאינו המעסיק שלה**
אם המעסיק הוא גוף שפועל למטרת רווח וגובה תמורה בעד אותו שירות משפטי. זה דומה למצב של חברות ביטוח, שם עו"ד שלא עובדים בפירמות, אלא עבור חברות הביטוח יכולים לספק שירות משפטי רק לחברות הביטוח ולא ללקוחות שלהן.

הסעיף הזה מבקש להתגבר על קושי – הסעיף אומר שבגלל המרכזיות של חובת הנאמנות ללקוח, צריך להיות לעו"ד ברור שזה הנאמנות המרכזית ולא יכולים להיות עניינים אחרים שיעמדו קודם. תעסוקה כזו מייצרת חובות נאמנות אחרות, ועלולה לפגוע בלקוחות. ברגע שעובדים עבור האדם שלא משלם, זה מייצר חשש מניגוד עניינים ולכן זה מודל פעילות שהלשכה לא מוכנה לקבל. זו גם דרך למנוע מגופים כאלה, כמו של לבנת פורן, לעבוד. כלומר, יש פה גם שמירה על האינטרס הכלכלי של עו"ד, וגם שמירה והגנה על הציבור.

דוגמה: עו"ד שעובד בבנק. הבנק יוצא במבצע שמי שלוקח אצלו משכנתא, הבנק יעמיד לרשותו עו"ד שיערכו בשבילו את החוזה לרכישת הדירה. מתעורר פה ניגוד עניינים. אם מתעוררת בעיה ברכישת הדירה, עו"ד יגיד ללקוחות לוותר על הרכישה, אבל עו"ד של הבנק האינטרס של הבנק הוא שאותם לקוחות ייקחו את המשכנתא – כלומר שיש פה אינטרסים סותרים, ועו"ד שמייצג את הבנק בפועל צריך לדאוג לאינטרס של הלקוח המשלם, ולא לזה של הלקוחות של הלקוח המשלם.

חברות הביטוח בד"כ נכנסות בנעלי הלקוח ובכך מספקות את השירות המשפטי "ללקוח", כאשר עו"ד מקבל שכ"ט מחברת הביטוח והתשלום שהלקוח משלם לעולם לא יוגדר כתשלום בעבור שירות משפטי. מי שקונה את השירות המשפטי הוא חברת הביטוח. נדגיש כי זה בסדר שאדם יקנה שירות משפטי עבור אדם אחר, השאלה הוא מה מבנה העסקה של עו"ד ולא רק השאלה מי הביא את הכסף.

סייג: משרד עו"ד יכולים להעסיק, כעובדים שכירים, בעלי מקצוע אחר לשם מתן שירות הוליסטי יותר (בד"כ כח"ד), זאת אם עו"ד הוא פירמה של עו"ד / עצמאי.

2. **איסור שותפות – סעיף 58** קובע כי עו"ד לא יכול לעסוק במקצוע בשותפות עם אדם שאינו עו"ד או אדם שאינו עו"ד זר, כמו גם לא לנהל משרד או להשתתף בהכנסות בתמורה לשירות משפטי עם אדם כזה. כלומר, לא ניתן לפתוח משרד בו לא כל העובדים הם עו"ד – למשל לא ניתן לפתוח פירמה של ר"ח עם עו"ד ולתת במובן הזה שירות יותר הוליסטי. אם כן, לבנת פורן לא יכולה להפעיל את העסק שלה בשותפות עם עו"ד (לא רק העסקה ותשלום משכורת, אלא שותפות ושיתוף ברווחים).

סייג: לעו"ד שיש לו מקצוע אחר, יכול להיות שותף ולהשתתף ברווחים עם עו"ד אחר, גם אם הוא בעצמו לא עוסק במקצוע, נדרש שיהיה לו רישיון עו"ד בתוקף. כלומר, אדם שיש לו למשל רישיון עו"ד כמו גם רישיון ר"ח, אך אינו עוסק כעו"ד, יכול להיות שותף ולהשתתף ברווחים במשרד עו"ד.

ס' 58 לחוק לשכת עו"ד – איסור שותפות

58. עורך דין לא יעסוק במקצועו בשותפות עם אדם שאינו עורך דין או עם אדם שאינו עורך דין זר כהגדרתו בסעיף 98א, ולא ישתף אדם כזה בהכנסותיו – אם ברוטו ואם נטו – בתמורה לשירותים, סיוע או תועלת אחרת לעסקו. אולם רשאי עורך דין לשתף בהכנסותיו את בן הזוג, הצאצאים וההורים של שותפו, בהווה או בעבר, שנפטר בעודו חבר הלשכה או בעודו רשום במרשם כהגדרתו בסעיף 98א ושל עורך דין או של עורך דין זר שממנו רכש את עסקו.

בג"ץ פיצוי נמרץ: חברת פיצוי נמרץ בנו מבנה בו הפנו תיקים לעורכי דין (מודל פרסום < הפניה ללקוחות לעו"ד). לאחר התקנת כלל 11 חברת פיצוי נמרץ עתרה כנגד החוקיות והחוקתיות של הכלל (חקיקת משנה), בטענה שהכלל פוגע בחופש העיסוק (של הגופים הללו ושל עו"ד) ואינו משמש לתכלית ראויה.

בהמ"ש אימץ את הגישה הציבורית. **הש' אור** קובע שהתכליות ראויות – לכלל יש מטרה מאוד חשובה, הן שמירה על כבוד מקצוע עריכת הדין, הן הגנה על ציבור הלקוחות, הן שמירה על אינטרס הציבור ואמונו במקצוע עריכת הדין, והן על הגנה מפני ניגוד עניינים. מטרת הכלל היא מניעת עקיפת כללי האתיקה ולהימנע מניגוד עניינים בין מחויבות עוה"ד ללקוח למחויבותו למעסיק. מנגד, **ביניש** קבעה שיש שאלה האם יש מקום לשנות את הגישה אך הדבר צריך להיעשות בחקיקה ראשית.

"השאלה אם הגיעה העת לשנות את הגישה ביחס לדרך שבה ניתן להגן על כבוד מקצוע עריכת הדין ועל ייחוד המקצוע, הינה שאלה נכבדה בעלת היבטים רבים. היא נוגעת לליבת התפיסה של חוק לשעת עורכי הדין. אם וככל שיש מקום לדון בשינויה של תפיסה כאמור, יחייב הדבר קביעת הסדר חדש בחקיקה ראשית, לרבות הכפפת גופים כדוגמת העותרת לפיקוח ולכללים מתאימים."

← נדגיש, זה לא בדיוק מלחמה על ייחוד המקצוע, אלא מדובר במלחמה משולבת העוסקת גם בתוך המקצוע (מה יעשו ולא יעשו עו"ד) וגם מחוץ לו (גופים חיצוניים) – המלחמה היא על המודל הראוי למתן השירותים המשפטיים ושיטות ההעסקה של עוה"ד.

מבט לעתיד

למעשה, אנחנו מתמודדים כיום לא רק עם אנשים שמסיגים את גבולות המקצוע, אלא גם עם בינה מלאכותית אשר מעלה שאלות על עתיד המקצוע.

נושא 5: הייצוג המשפטי – הזכות לייצוג, יצירת ייצוג, סיום ייצוג, כשל בייצוג

זכות הגישה לערכאות

הגדרה: לכל אדם יש זכות לפנות לבית המשפט לקבל סעד, ללא סירוב, ללא עיכוב וללא משוא פנים.

ברק (בג"צ רסלר – גיוס חרדים): עלתה שאלה ביחס לזכות העמידה לפני בג"צ. בהמ"ש הרחיב מאוד את האמירה וקבע הגישה לערכאות נתפסת כאבן הפינה של שלטון החוק.

חשין קבע בפס"ד **ארפל** שזכות הגישה לבהמ"ש היא הגישה לזכויות אחרות.

בין נגישות לצדק ונגישות לייצוג משפטי:

בפס"ד גולדברג נ' קלי (1970, עליון ארה"ב) נקבע שהזכות להישמע תהיה בעלת משמעות נמוכה במקרים רבים, אם היא לא תהיה מלווה בזכות להישמע באמצעות עו"ד. במישור הזכות השלילית אומרים שהמדינה לא מונעת מאף אחד לשכור עו"ד, אבל העלות מעלה שאלה בנוגע לאפשרות המהותית לעשות זאת. הקישור הזה מביא לידי ביטוי את המקום המרכזי של עוה"ד במערכת המשפט ולמונופול של עוה"ד על עולם המשפט.

בעקבות חוקי היסוד, יש שטוענים שהזכות הזו היא במעמד של **זכות יסוד**. הצדקה אחת לכך היא הצדקה פוליטית – זכות הגישה לערכאות חשובה ומהותית כי זו הדרך של אנשים להגשים את הזכויות האחרות שלהם. ההצדקה השנייה היא הצדקה חברתית – המשפט הוא משאב ציבורי ולכן צריך להיות נגיש לכולם בצורה שווה.

זכות הייצוג בישראל

מה טומנת בחובה זכות הגישה לערכאות והאם היא טומנת בחובה גם את הזכות לייצוג משפטי?

לפחות **ברמה ההצהרתית** זכות הייצוג היא הזכות של כל אדם לקבל שירות משפטי. הזכות לייצוג נתפשת כחלק מאוד מרכזי מהזכות להליך הוגן (הן בהליך הפלילי והן באזרחי). זכות הייצוג מוכרת כזכות בסיס. זכותו של אדם לקבל שירותים משפטיים ובכללה הזכות להיפגש עם עורך דין והזכות להיות מיוצג על ידו היא זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו, וכן את זכותו להליך הוגן.

עלינו להבחין בין כמה מישורים של הזכות, ישנם 4 היבטים שונים שזכות הייצוג טומנת בחובה:

1. **זכותו של אדם להיעזר בעו"ד במגעיו עם הרשות** – הזכות לשלוח עו"ד שינהל את המגעים עם הרשות במקומי. ההיבט הזה מוכר במשפט הישראלי (**ס'22 לחוק לשכת עו"ד**).
2. **זכותו של אדם לבחור את המייצג** – יש פה קושי במצבים של ייצוג כפוי. חלק מהרעיון של האוטונומיה של הלקוח לבחור איזה עו"ד שהוא רוצה. אם היינו זכות זו הייתה מוחלטת, היינו צריכים לחייב עו"ד לייצג את כל מי שפונה אליו. זה לא המצב, אבל יש דיון מהותי בנושא הזה. **החריג** היחיד שמאפשר היום ייצוג ע"י עו"ד זר הוא בעבירות שיש עליהן עונש מוות לפי חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם. אם כך, הזכות הזו מוכרת באופן חלקי במשפט הישראלי.
3. **הזיקה בין אדם המבקש להיות מיוצג לבין מייצגו** – לדוגמה הגנה על זיקה זו באמצעות כללי החיסיון, הזכות להיפגש עם עו"ד במעצר). המדינה מגינה ומכבדת את זכותו של אדם להיות מיוצג, כמו גם את הקשר שלו עם האדם שמייצג אותו. הכלל שמבטא את זה הוא כלל החיסיון בפקודת הראיות, אשר גובר על התכלית של גילוי האמת ואומר כי מכבדים את הקשר של הלקוח עם עו"ד שלו. זה חיסיון מוחלט, אשר קיים רק גם לאיש דת, וזה מבטא את החשיבות הרבה שמעניקים לקשר הזה.
4. **נגישות הייצוג מבחינה כלכלית** – מה תפקידה של המדינה מעבר לכיבוד והגנה על הייצוג, האם היא אחראית לספק את הייצוג המשפטי לאנשים שידים אינה משגת. זו בדיוק השאלה אם הזכות לייצוג היא שלילית (חירות – לא מתערבים ומגינים) או חיובית (זכות חברתית – המדינה צריכה לספק אותה בוודאי במציאות בה אדם לא יכול להרשות לעצמו להנות מייצוג משפטי).

זכאות לייצוג – למי? התשובה של הנגישות מבחינה כלכלית משתנה בין סוגי ההליכים:

- א. **הליך פלילי**: אין כמעט אנשים שאינם מיוצגים, והכל כמעט במימון המדינה. **סעיף 15 לחסד"פ** קובע חובת מינוי סנגור. הסעיף מונה מצבים בהם בהמ"ש חייב למנות לאדם סנגור. לא ניתן לנהל את ההליך בעניין עבירות כאלו ללא ייצוג משפטי. זו דוגמה למרכזיות של הייצוג כחלק מהתפישה של ההליך ההוגן. בסוג תיקים אלו נמצא את העניין של הייצוג הכפוי:
- i. עבירות חמורות.
 - ii. הנאשם הוא קטין.
 - iii. הנאשם הוא אדם עם מוגבלות.
 - iv. יש חשש שהנאשם הוא חולה נפש.

בנוסף, יש **בחוק הסנגוריה הציבורית** הנחיות הקובעות מי זכאי לייצוג (לא חובת ייצוג). ההגדרות מאוד רחבות ומקיפות בפועל כוללות כמעט את כולם. המבחן הוא לא בהכרח מבחן של אמצעים כלכליים, וגם מצבו של הנאשם או העונש שהוא עשוי לקבל מהווים פקטור. גם עצורים ואסירים זכאים לסנגור ציבורי.

- ב. **הליך אזרחי**: בהליך האזרחי, בניגוד לפלילי, אין הליכים שבהמ"ש לא רשאי לעשות ללא ייצוג הצדדים. יש לאדם זכאות לייצוג בהליכים אזרחיים בהתאם לחוק הסיוע המשפטי, ע"י גוף הסיוע המשפטי במשרד המשפטים. הזכות מותנית בשלושה תנאים מצטברים, והתנאים הרבה יותר מחמירים: יש מבחן

■ **הזכאות מותנית בשלושה תנאים מצטברים:**

- הסיוע דרוש באחד מהנושאים בהם ניתן סיוע משפטי. [ענייני משפחה, הגנת זכויות הנוגעות למגורים, עניינים כספיים לרבות מזיקין, בית דין לעבודה, גמלאות, חיילים משוחררים, חוק השבות, חוק האזרחות וחוק מרשם האוכלוסין, רישוי עסקים, וועדות אשפוז כפוי, ייצוג נפגעי עבירות סחר בבני אדם, ייצוג קטינים זרים בפני ביהמ"ד לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין].
- זכאות כלכלית:
 - מבחן הכנסה – עד 67% מהשכר הממוצע במשק למשפחה עד שלוש נפשות + 6% לכל נפש נוספת.
 - רכוש ניתן למימוש: לרבות נכסי מקרקעין (למעט דירת מגורים), כספים, חסכונות, קופות גמל, רכב וכו' – שולל זכאות כלכלית לייצוג.
 - קיים סיכוי לזכייה בתביעה

הכנסה מאוד נוקשה, יש הגבלה של נושאים בהם נדרש ייצוג, וכאשר קיים סיכוי לזכייה בתביעה. רוב המענה במישור האזרחי ניתן כיום על ידי המגזר השלישי – עו"ד שמפנים, כמו גם ארגונים וקליניקות משפטיות ("שכר מצווה" של הלשכה). המציאות היום היא שרוב בעלי הדין אינם מיוצגים וזו בעיה גדולה – גם בגלל שלמערכת המשפט קשה להתמודד איתם, וגם מחשש לפגיעה בזכויות של הבלתי מיוצגים, אך יש פה אלמנט של תקציב. **ההבחנה בין סוגי ההליכים היא מאוד מושרשת, ועל הליכים אזרחיים אנחנו חושבים בדר"כ בצורה אחרת.** עם זאת, יש מקום לשאול האם ההבחנה הזו באמת נכונה: **בפס"ד בן שושן** **הש' טירקל** אמר שגם במשפט אזרחי יש מקרים שצריך להכיר בזכות של בעל דין להיות מיוצג (למשל משפחה – יש שם סוגיות מורכבות ורבות משקל), אך ברור שהזכות הזו לא מוגשמת כמו במשפט הפלילי.

תחילת הייצוג

הוקרן קטע מתוך הסרט "הלקוח" – **קישור**.

זכות עו"ד לבחור את הלקוח שלו

כלל 12 לכללי לשכת עו"ד – רשות שלא לקבל ענין לטיפול

12. עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל ענין לטיפולו; החליט עורך דין שלא לקבל ענין לטיפולו, יודיע על כך לפונה תוך זמן סביר.

כלל 12 לכללי לשכת עו"ד קובע שלעו"ד יש אוטונומיה מוחלטת לקבוע מי יהיו הלקוחות שלו, ולא משנה הסיבה אם החליט לקבל או לדחות לקוח. עם זאת, כן נדרש ממנו מבחינת כללי האתיקה להודיע ללקוח שהוא לא מטפל בתיק שלו. אנחנו רואים בייצוג המשפטי שירות אישי ואנחנו לא רוצים לכפות על עו"ד לייצג אדם כשהוא לא רוצה בכך.

כשאנחנו במשטר של אוטונומיה כל כך רחבה, עולה השאלה האם השאלה של עצם בחירת הלקוחות היא החלטה ערכית? האם הבחירה לייצג לקוחות שאינם פופולריים / בעייתיים / אפליה היא החלטה ערכית? זו שאלה יותר רחבה, והיא שאלה ש**פרייד** מציג במאמרו (lawyer as a friend) – האם עו"ד יכול להיות גם אדם טוב? בשיעור הראשון דיברנו על תפיסת מוסר של תפקיד, האם היינו עושים פעולות מסוימות שלא במסגרת התפקיד? השאלה הזו משמעותית בצומת של בחירת הלקוחות, משום שפרייד מעלה **2 קשיים**, בעקרון של נאמנות מוחלטת ללקוח, עקרון מרכזי במקצוע, יש 2 שאלות:

1. **שאלת בחירת הלקוחות** – מכך עולה השאלה למי עו"ד בוחר להעניק את השירות שלו, ומה הוא שם קודם בבחירה – את טובת הכלל או את טובת הלקוח הספציפי.

יש שיטענו כי לא מדובר על החלטה ערכית – בסוף מישהו צריך לעשות את העבודה הזו, וזהות ומיחות הלקוח לא מעיד דבר על עו"ד. מנגד, אחרים רואים את בחירת הלקוחות כבחירה ערכית, וכאשר עו"ד, בעל אוטונומיה, בוחר לייצג את הלקוח הוא מזדהה עם האדם אותו הוא מייצג. **פרייד** טוען שכולם זכאים לייצוג, ועצם פעולת הייצוג היא פעולה טובה ורצויה, ולא מדובר בהחלטה ערכית. כלומר, כל פעולת הייצוג היא פעולה טובה מבחינה מוסרית מלכתחילה, שכן בכך קידם עו"ד את האוטונומיה של הלקוח שלו וזה פעולה טובה, שהרי תמיד מדובר בקידום האוטונומיה ואין רלוונטיות למעשה או לאינטרס עליו מגן עו"ד ואין לעצם הבחירה בלקוח משום תוקף מוסרי. יש בכך משום מחויבות לערך של הליך הגון ותפקיד עו"ד בקידום הערך הזה. זו גישה שנתמכת ע"י עו"ד, אך תפיסתו זו לרוב אינה מתכתבת עם הגישה הרווחת בקרב הציבור, אשר נוטה לזהות את עו"ד והערכיות שלו עם הלקוחות אותם הוא בוחר לייצג (דוגמה: אייכמן, אונסי ילדים). **לובן**, לעומת פרייד, טוען שיש פה בחירה, ועו"ד בוחר למי לספק את השירותים, ובאותה מידה שעו"ד בוחר לספק את השירותים שלו, הוא גם יכול לבחור שלא לספק אותם. אמנם זה לא אומר שעו"ד שמייצג רוצח ילדים מזדהה עם המעשה הזה שיש בו, אבל כן יש לעו"ד פרוגטיבה ליזיסטריאנית לקבוע מי יהיו הלקוחות שלו. ההחלטה את מי בוחר עו"ד לייצג היא שאלה בעלת ערך מוסרי ויש לה משמעות ערכית שלא

ניתן להסתתר מאחוריה. לזמן למעשה אומר שלמרות שכל אדם זכאי לייצוג, על עוה"ד להבין שהוא עשה בחירה בעלת ערך מוסרי, שלא משליכה על מידת המוסריות שלו, אך היא בהחלט בחירה בעלת משמעות מוסרית.

2. **קושי בחירת האמצעים** – בתוך הייצוג, עוה"ד עושה פעולות שפוגעות באנשים אחרים, וזה דבר שמעלה קשיים.

איך מתחיל הייצוג בפועל?

חשוב להבין, שמבחינת המסגרת המשפטית, את היחסים בין עוה"ד ללקוח ניתן למסגר בכמה מסגרות משפטיות. הייצוג מתחילה בהרשאה/הסכמה.

ס'3 לחוק השליחות – הקניית השליחות וצורתה

3. (א) השליחות מוקנית בהרשאה, שבכתב או שבעל-פה, מאת השולח לשלוח, או בהודעה עליה מאת השולח לצד השלישי, או על ידי התנהגות השולח כלפי אחד מהם.
(ב) נדרש אדם להיזקק לפעולת שלוח, רשאי הוא שלא להכיר בשליחות כל עוד לא הוצגה לפניו הרשאה בכתב ולא נמסר לו העתק ממנה.

היחסים בין עוה"ד ללקוח הם יחסי שליחות במהותם. השליחות נוצרת בזה שהשולח (הלקוח) ממנה את השלוח (עוה"ד) לפעול בשמו. בדבר"כ בייצוג המשפטי המסמך שעושה את הדבר הוא מסמך הסכם ייצוג וייפוי הכוח במסגרתו הלקוח מייפה את כוחו של עוה"ד לעשות פעולות בשמו. גם תשלום הוא דבר מרכזי בכך. עם זאת, לעיתים נראה כי ישנן סיטואציות שמעלות שאלה האם נוצרו יחסי עוה"ד-לקוח.

מתי יעניין אותנו אם קמו יחסי עוה"ד-לקוח:

1. אחריות מקצועית.
2. נאמנות.
3. חסיון.
4. ניגוד עניינים.

אם אין את הסממנים הברורים (ייפוי כוח, הסכם ייצוג, שולם כסף וכו'), נבחן את גופה של הסיטואציה (מספר פגישות, נושאי שיחה וכו'). הפסיקה נותנת מבחנים שונים, כמו תשלום שכ"ט. **פס"ד נוי נ' אמינוף**: עוה"ד רצה להשתחרר מייצוג, וטען כי מכיוון שאמינוף לא חתם על ייפוי כוח, הרי שלא קמו יחסי עוה"ד-לקוח. בהמ"ש קבע: **"ייפוי כוח בכתב איננו מהווה תנאי מהותי להקמת הייצוג, אלא אך אמצעי להוכחתו"**, כלומר כן קמו יחסי עוה"ד-לקוח בין השניים.

סיום הייצוג

האוטונומיה של עוה"ד מצטמצמת. מהרגע שכבר יש יחסי עוה"ד-לקוח, יש עניינים אחרים שנכנסים וסיום הייצוג פחות פשוט, בניגוד לתחילת הייצוג.

ס'14 לחוק השליחות – סיום השליחות

14. (א) השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח, וכן במותו של אחד מהם, בגריעת כשרותו או בפשיטת רגלו, או - אם היה תאגיד - בפירוקו.
(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות.

הלקוח יכול לבחור לסיים את היחסים, כמו גם עוה"ד בתנאים מסוימים, אך על עוה"ד חלות על כך כמה מגבלות.

מה קורה אצל בעלי מקצוע אחרים בהקשר הזה?

1. **סיום יחסי רופא-מטופל ביוזמת הרופא (2009)** – יכול להיות מצב שרופא ירצה לסיים את הקשר הרפואי עם מטופל. לרופא אין חופש בחירה בבחירת המטופלים, שכן את הרופא מחייבת אמנת הלסינקי ורופא לא יכול לסרב להעניק טיפול רפואי

(בניגוד לעו"ד שיכול לסרב להעניק שירות משפטי). לכן, ההסתדרות הרפואית קובעת שבשל חוסר הסימטריה, כן צריך לאפשר איזון וליתן נקודות יציאה לרופא במקרים מוצדקים – אם אין אוטונומיה בהתחלה, חשוב לתת איזון בסוף. אם המטופל אליים; לא מיישם את ההנחיות; דרישות מופרזות וכו' נאפשר לו יציאה. אך, יש לוודא שבריאות המטופל לא תיפגע כתוצאה מהניתוק, ויש להודיע מראש לחולה על ניתוק הקשר הטיפולי ולאפשר לו להיערך לכך.

2. **קוד האתיקה של פסיכולוגים** – פסיכולוג לא יסיים קשר מקצועי עם לקוח, אלא אם (1) הלקוח אינו יכול לשלם לו על השירות; או (2) אם אינו זקוק עוד להתערבות או שאין תועלת בטיפול, אך לפני הפסקת הקשר ידון על כך הפסיכולוג עם הלקוח. במרכז ההנחיה הזו עומד הפסיכולוג, אך גם הדאגה ללקוח.

מה קורה אצל עוה"ד?

כלל 13 לכללי לשכת עוה"ד – הפסקת טיפול

13. (א) קיבל עורך דין ענין לטיפול, אינו רשאי להפסיק את הטיפול בו אלא אם כן נתגלעו חילוקי דעות בינו ובין לקוחו בנוגע לאופן הטיפול, או שנוצרה מניעה מבחינה חוקית או מבחינת האתיקה המקצועית, או בשל אי תשלום שכר טרחה והוצאות, או מחמת סיבה אחרת המצדיקה את הפסקת הטיפול.
(ב) החליט עורך דין להפסיק טיפול בעניין לפני סיומו, ייתן, ללא דיחוי, הודעה על כך ללקוחו, וחובה עליו, במידת האפשר, להפסיק את הטיפול באופן שלא יפגע בענייניו של לקוחו.
(ג) היה ענין תלוי ועומד לפני בית המשפט, לא יפסיק עורך דין לייצג את לקוחו אלא בכפוף להוראות כל חיקוק.

כלל 13 לכללי לשכת עוה"ד מתחיל מנקודת המוצא של כלל 12 המאפשר את האוטונומיה בבחירת הלקוח. כלל 13 לכללי האתיקה מונה את הסיבות בגינן עו"ד יכול להפסיק יחסי הייצוג. בעוד שבתחילת הייצוג יש לעוה"ד אוטונומיה מוחלטת, מרגע שהתחיל הייצוג האוטונומיה מצטמצמת, ובאופן מהותי כאשר התיק התחיל להישמע בבהמ"ש. אנחנו מבחינים בין תיקים שמגיעים לבהמ"ש לבין סיטואציות משפטיות שלא מערבות תיקים בבהמ"ש / שלא נפתח עדיין תיק. במקרה האחרון, **הסיבות בגינן אפשר להפסיק את הטיפול:**

1. חילוקי דעות בין עוה"ד ללקוח בנוגע לאופן הטיפול.
2. נוצרה מניעה מבחינה חוקית או מבחינת האתיקה המקצועית.
3. נוצרה מניעה בשל אי תשלום שכ"ט והוצאות.
4. מחמת סיבה אחרת המצדיקה את הפסקת הטיפול (סעיף סל).

בנוסף, יש **דרישה פרוצדוראלית** – עוה"ד צריך להודיע על הפסקת הייצוג ללקוח באופן מידי, ולהפסיק את הטיפול באופן שלא יפגע בענייניו של הלקוח במידת האפשר.

מן העבר השני, לפי **כלל 13(ג) לכללי האתיקה** אם מדובר בעניין תלוי ועומד בפני בהמ"ש, האיזונים והגישה להפסקת הייצוג משתנה – עוה"ד לא יפסיק את הטיפול אלא בכפוף להוראות כל חיקוק (כללי הסד"א והסד"פ של שיטת המשפט שלנו). עלינו להבין כי השינוי הזה בדבר"כ לא בא להגן על הלקוח אלא על בהמ"ש ועל הצד השני.

מה ההבדלים בין המקצועות השונים? בניגוד לחובה אצל הרופאים והפסיכולוגים, החובה של עוה"ד היא מצומצמת יותר – אין חובה אקטיבית לסייע בהעברת העניין לעו"ד אחר או במציאת עו"ד אחר, אך כן יש דרישה למנוע מפגיעה בלקוח במידת האפשר, כאמור. כלומר, הגישה כלפי הלקוח בעריכת הדין היא שונה מזו שניתן לראות במקצועות כמו רפואה וטיפול פסיכולוגי. יתרה מכך, אצל עוה"ד לא רק שאין דרישה לסייע ללקוח במעבר לעו"ד אחר, אלא כלל 27 לכללי האתיקה מקשה אפילו את המעבר הזה:

ס'27 לכללי לשכת עוה"ד – קבלת עניין שבטיפולו של אחר כללים תשס"ט-2008

27. עורך דין שקיבל עניין לטיפולו וידוע לו כי אותו עניין מטופל על ידי עורך דין אחר, ימסור לעורך הדין האחר, בלא דיחוי, הודעה ולפיה העניין הועבר לטיפולו ויוודא את מסירת ההודעה.

הכלל עוסק בסיטואציה בה לקוח מבקש לעבור לעו"ד אחר. לפי כלל זה בנוסחו **כיום**, על עו"ד שבא אליו לקוח המיוצג ע"י עו"ד אחר, אך מעוניין לשכור את שירותיו במקומו, עליו ליידע את עוה"ד השני בכך. עם זאת, **בעבר**, כלל זה קבע שעו"ד לא יוכל לקבל לטיפולו עניין שבטיפול עו"ד אחר, אלא באישור בכתב מעוה"ד הראשון. זה היה כלי שנועד לאפשר לעוה"ד לגבות שכ"ט, שכן הלקוח היה שבוי של עוה"ד ולא יכול לקבל ייצוג אחר, אלא אם יסדיר את דרישות התשלום כלפיו. **כלל זה בוטל בבג"ץ גנאם**: נטען שהכלל פוגע בחופש העיסוק של עוה"ד, ובאוטונומיה של עוה"ד והלקוח שלו. הלשכה טענה שהכלל מגן על הקניין והוא מידתי וסביר. בנוסף טענה שמטרת הכלל למנוע בלגן ושיהיה ברור איזה עו"ד מייצג. בג"ץ לא מקבל את נרטיב הלשכה ואומר שאם המטרה היא סדר, האמצעי לא מידתי שכן כדי לעשות סדר לא צריך רשות מעוה"ד הראשון, ומספיק שעוה"ד השני ישלח הודעה לעוה"ד הראשון. הלשכה שינתה את הכלל והנוסח החדש של כלל 27 אומר כאמור **שעל עוה"ד השני למסור הודעה לעוה"ד הראשון**. ועדיין עו"ד נהנים מכלים כדוגמת עכבון לגבות את הכסף שלו. מאוד ברור מי עוד במרכז – עוה"ד ולא הלקוח, בניגוד לרפואה ופסיכולוגיה שם זה הלקוח.

אתיקה מקצועית – 64 – שכר טרחה: הכללת סעיף המחייב את הסכמת עו"ד להפסקת הייצוג (17.01.2017)

עובדות: עורך הדין המתלונן הגיש תביעה בשם מרשו נגד אגודה שיתופית לאספקת מי שתייה. עורך הדין הנילון ייצג את הנתבע. התלות מתייחסת להסכם שכר טרחה שבין הנילון לנתבעת, בו מתחייבת הנתבעת שלא להפסיק את הטיפול אצל בא כוחה, אלא בהסכמתו. הנילון בתגובתו טוען כי אין פסול באופן ניסוח הסכם שכר טרחה. **הוחלט**: יש לגנוז את התלונה, אך להעיר לנילון כי אין לכלול בהסכמי שכ"ט התחייבות של הלקוח כי הטיפול המשפטי יופסק רק בהסכמת עוה"ד. **הכללת סעיף בהסכם שכ"ט לפיו לא ניתן לפטר את עוה"ד הוא דבר שלא ניתן לעשות**. החלטה זו מבוססת על ההנמקות בבג"צ גנאם אשר ביטל את כלל 27 לכללי האתיקה, מפני שכלל זה פוגע בחופש העיסוק של עוה"ד הנעבר ובאוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח.

ייצוג כפוי – הפסקת ייצוג בהליך תלוי ועומד

הפסקת הייצוג בהליך אזרחי

המצב הראשון הוא שלקוח מפטר את עו"ד ורק צריך להודיע לבהמ"ש, יש חופש מוחלט מבחינת בהמ"ש לפטר את עוה"ד ועל הלקוח רק ליידע את בהמ"ש בכך. מנגד, עוה"ד שמייצג בהליך אזרחי, לא יכול להפסיק את הייצוג על דעת עצמו. הפסקת הייצוג, ברגע שמדובר בהליך אזרחי תלוי ועומד, היא כפופה הן לתנאים של **כלל 13 לכללי לשכת עוה"ד**, והן **לתקנה 172 לתקנות הסד"א החדשות** (473 ביטול – קובעת אותו דבר).

תקנה 172 לתקנות סד"א – הפסקת ייצוג של עו"ד

172. בעל דין שמייצגו עורך דין רשאי לבטל את יפוי הכוח של עורך דינו, ובלבד שנמסרה הודעה על כך לבית המשפט ולכל שאר בעלי הדין; עורך דין רשאי להפסיק את הייצוג ברשות בית המשפט בלבד.

מתי בהמ"ש ייתן רשות?

פס"ד מנחה – בלטר נ' אמיתי:

גרוביס קבע שבהליך אזרחי **כאשר עו"ד מבקש להפסיק את הייצוג, נקודת המוצא היא שבהמ"ש צריך לאפשר לו להפסיק את הייצוג בהליך האזרחי**. לא מכריחים עו"ד לייצג לקוח שהוא לא מעוניין לייצגו, יש הסבר שנוגע ביחסי האמון של עורכי דין, אם מכריחים עו"ד לייצג הוא לא יעשה זאת בצורה טובה גם אם משלמים לו, וגם בהתאם לדיני החוזים לא אוכפים חוזה. יחד עם זה, גרוביס כן אומר **שלא תמיד נאפשר**: השיקולים בשאלת השחרור מייצוג:

- **הדחייה בהמשך ההליך** שעלולה להיגרם כתוצאה מהשחרור.

- **השלב בו נמצא ההליך** – ככל שהוא בראשיתו יהיה ניתן, אם הוא יהיה לקראת הסוף הנטייה תקטן.

השופטת נאור מחמירה ושמה דגש חזק יותר על אינטרס בהמ"ש: **שיקול הדחייה בהמשך ההליך הוא שיקול כבד משקל.**

מערכת המשפט אינה יכולה להרשות לעצמה ביטול מועדי דיונים כשאין אפשרות למלא "חללים" בהתראה קצרה. המשאב השיפוטי משמעותי והוא גובר גם על אינטרסים של הצדדים. כאשר מדובר בהפסקת הייצוג ע"י הלקוח בהמ"ש אומר שיש גבול לפגיעה באוטונומיה שלו שמוכנים לאפשר.

הפסקת ייצוג בהליך פלילי

ס'17 לחסד"פ – הפסקת ייצוג של סניגור [15, 16]

17. (א) סניגור שהנאשם העמיד לעצמו לא יפסיק לייצגו כל עוד נמשך המשפט או הערעור שלשםם הועמד, אלא ברשות בית המשפט; סניגור שמינהו בית המשפט לא יפסיק לייצג את הנאשם אלא ברשות בית המשפט.
(ב) הרשה בית המשפט לסניגור להפסיק לייצג את הנאשם מחמת שלא שיתף פעולה עם סניגורו, רשאי בית המשפט, על אף האמור בסעיף 15, לא למנות לנאשם סניגור אחר אם ראה שאין בכך להועיל.

בדומה להליך האזרחי, סגור שרוצה להפסיק את הייצוג (בין אם מונה ע"י בהמ"ש ובין אם נבחר ע"י הלקוח) חייב לקבל את אישור של בהמ"ש. עם זאת, **ס"ק(ב)** קובע כי אם הנאשם לא משתף פעולה עם הסגור, יכול להיות מצב בו הנאשם לא יהיה מיוצג למרות החובה הקבועה בס'15 ונפסיק את הייצוג, מפני שלא תהיה תועלת במינוי סגור חדש.
אך, נדירים המקרים בהם בהמ"ש יאפשר הפסקת הייצוג ע"י הסגורים, וייתכנו מקרים בהם בהמ"ש אפילו יכפה את הייצוג המשפטי.

לדוגמה: העליון כפה על עו"ד איל רחובסקי לייצג את אמיר ברמלי בחינם, עוה"ד ביקש להשתחרר בהליך פלילי כי הלקוח לא שילם לו. מדובר בנאשם בעל אמצעים שהפסיק לשלם, מדובר בתשלום ייצוג גבוה ומורכב, הסגוריה אומרת שלא תוכל לממן את זה וזה מאוד מורכב, אך נקבע כי עורך הדין נטל על עצמו את הייצוג, על אף שידע את מצבו הכלכלי של הנאשם, לכן מדובר במחויבות שלא ניתן להשתחרר ממנה בקלות. על כן, עוה"ד ימשיך לייצג ויעזור לסגור הציבורי, יעמוד בכלל ימי ההוכחות עם הסגור הציבורי כדי שהסגור לא יתחיל מאפס, וכל העבודה שנעשתה תועבר לסגוריה הציבורית. ← זה דבר שסביר שלא נראה בהליכים אזרחיים.

בהמ"ש הרבה פעמים חושד בכנות של בקשות הפסקת הייצוג, משום שלנאשם יש אינטרס להפסיק את הייצוג למען מריחת ומשיכת ההליכים על פני זמן ארוך ככל הניתן. בנוסף, יש חשש מפני היעדר ייצוג שכן הדבר עלול להעלות טענות של פגיעה בהליך הוגן, ומכך תעלה עילת ערעור מבחינת הנאשם שהרי מדובר בפגם משמעותי בייצוג. יתרה מכך, לבהמ"ש לא נוח לנהל תיקים ללא סגור, מפני שזה מקשה עליו וזה מאיין את האדנים הבסיסיים שההליך שלנו מושתת עליהם. לכן, המערכת מנסה להימנע ממצבים כאלה ככל הניתן, לעיתים אפילו אם הדבר נופל ע"ח הסגורים שהייצוג נכפה עליהם.

גישת הסגוריה הציבורית בעניין:

תקנה 8(א) לתקנות הסגוריה הציבורית – הפסקת ייצוג

8. (א) ראה הסניגור הציבורי המחוזי כי חדלה להתקיים במבקש הזכאות לייצוג, כי מינוי הסניגור הציבורי הושג שלא כדין, כי האדם שמונה לו סניגור מסרב לשותף פעולה עם סניגור ציבורי או כי יש ביניהם חילוקי דעות הפוגעים באפשרות לתת ייצוג נאות, רשאי הוא לפנות לבית המשפט שבו מתנהל ההליך נגד המבקש, כדי לבקש את רשות בית המשפט להפסקת הייצוג בידי הסניגוריה הציבורית.

[...]

הסנגוריה תומכת בסנגורים בבקשות מהסוג הזה – היא מייצגת את הסנגורים שלה בבקשות כאלה, והעמדה שלה היא שאין מקום לכפיית ייצוג. זאת למרות שזו אינה גישתם של בהמ"ש, ובהחלט יהיה מקרים בהם לא ישחררו את הסנגור. יתרה מכך, בפס"ד נוי נ' אמינוף נקבע כי "אין לקבל את הטענה שחייב להמשיך לייצג פוגע בחופש העיסוק של עו"ד. ההגבלה על יכולת עו"ד להסתלק מייצוג, לא רק מעוגנת בס' 17 לחסד"פ, אלא שקיומה מתחייב ממהות שירותו המקצועי של הסנגור, מחובת נאמנותו לנאשם ומחובתו האתית כלפי בהמ"ש". נקודת המוצא משתנה, ביחס להליך האזרחי.

שיעור 6 – 25/11/2020

כאמור, ככלל אנחנו לא רוצים לכפות את יחסי הייצוג, ואולם נקודת המוצא בהליך הפלילי היא שונה שהרי השיקולים שבהמ"ש שוקל כאן הם שונים (דוגמה: עו"ד אייל רוזובסקי שנכפה עליו לייצג למרות שלא קיבל תשלום).

הבחנה בין 2 סוגים של בקשות לשחרור מייצוג:

- **בקשות שנובעות משיקולים ואינטרסים של עו"ד כאשר הבקשה לא מגיעה מצד הלקוח ואין איתו סכסוך – ע"פ 4865/09 עו"ד פלדמן נ' בהמ"ש המחוזי בתל אביב:** מדובר בהליך בו בהמ"ש קבע את דיוני ההוכחות באופן רציף, לכן עו"ד ביקשו להשתחרר מייצוג בטענה שהדבר מטיל עליהם לוח זמנים שהם לא יכולים לעמוד בו בשל התחייבויות ללקוחות קודמות והיותם אנשי משפחה. עו"ד בעצם לא רצו להשתחרר מייצוג, אלא רצו שבהמ"ש ירווח את הדיונים ולא ינהלם 4 ימים בשבוע. בהמ"ש המחוזי לא נענה לבקשתם, ולכן אלו הגישו בקשה לבהמ"ש להשתחרר מהייצוג. הלקוח שלהם רצה שהם יישארו לייצגו, מפני שלא היה איזה סכסוך ביניהם, אלא הייתה מחלוקת ביחס ללוח הזמנים. גם הלקוח, כאשר אינו עצור, רוצה למשוך את זמן המשפט כמה שניתן. בהמ"ש רואים בפיטורי עו"ד טקטיקה למשיכת זמן, ולכן הם חשדנים בעניין זה, ולעיתים זה אף נחשד באופן חמור יותר כטקטיקה להכשלת ההליך באופן כללי.
- **בהמ"ש דוחה את הבקשה וטוען כי בהסתכלות על האינטרס של הנאשם בדחיית הדיונים, אין נתק בין הנאשם לסנגוריו והוא מעוניין שהם ימשיכו לייצגו.** יתרה מכך, יש יתרונות לשמיעה הרציפה, ועל אף ההבנה את האינטרסים של עו"ד עדיין יש לצדד בגישה של שמיעה רציפה, מפני שיש לכך פתרונות ואין לבכר את אלו (בשונה מפס"ד בלטר). בסאב טקסט השופטים לא קונים את הבקשה ורואים את זה כניסיון לגרום לבהמ"ש לנהל את הליך ההוכחות בצורה שונה.
- **הלקוח מסרב לשתף פעולה עם עו"ד:** במקרים כאלה הבקשות שמגיעות לבהמ"ש יותר מורכבות כי האינטרסים שעומדים על הכף שונים ומורכבים יותר. זה קורה בעיקר בייצוג ע"י הסנגוריה. כאשר הלקוח מסרב לייצוג כזה יש שאלות של חוסר אמון (הסנגוריה מייצגת בעיניו את המדינה ומע' המשפט ולא אותו), התנהגות ילדותית של קבירת הראש בחול, זו דרך להשיג יתרון בקיומן של טענות להליך הוגן, טקטיקת ההגנה של עו"ד לא מקובלת עליו, מניעים אידיאולוגיים (פס"ד מורן ברגותי – הועמד לדין בישראל וסירב לשתף פעולה עם ההליך מחוסר אמון בו, מפני שזה משפט ראווה פוליטי, וכפועל יוצא מכך לא הסכים לשתף פעולה עם הסנגורים. בהמ"ש כפה ייצוג סנגוריה בכל זאת בשל הרעיון של הליך הוגן).
- אם כן, יש כל מיני סיבות שהלקוח לא ירצה לשתף פעולה, וזה הופך את השחרור יותר מורכב, במיוחד בתיקים שיש בהם חובת ייצוג (כמו רצח). דוגמה מרכזית לכך הוא ע"פ 7335/05 הסנגוריה הציבורית נ' מד"י – שם דובר על נהג אוטובוס שנהג באוטובוס בטיול של פנויים-פנויות, היה מעורב בתאונה נוראית ונהרגו 17 אנשים. הנהג הועמד לדין בגין גרימת מוות, שזה האשמות מאוד כבדות. אותו נהג ביקש למנות עו"ד פרטי מהשורה הראשונה, אך לא עשה זאת ובהמ"ש המחוזי מינה לו 2 סנגורים מהסנגוריה הציבורית, אך הנהג הורה להם לא לעשות כלום מפני שהוא לא מוכן לקבל אותם ולא מוכן לשתף איתם פעולה. בהמ"ש המחוזי סירב לשחרר את הסנגורים מפני שמדובר בתיק חמור עם האשמות חמורות. הסנגוריה הציבורית ערערה בשמם, ובסוף בהמ"ש שחרר אותם למרות שמדובר בחובת ייצוג ובהאשמות חמורות. בהמ"ש אמר שאמנם כשממנים סנגור זה לא תלוי ברצון הנאשם מקום בו יש חובה כזו, אך יש נסיבות בהן מותר לחרוג מהחובה אם מבינים שמינוי הסנגור לא יועיל בדבר לנאשם, ומפני שבהמ"ש מכיר באוטונומיה של הנאשם להחליט בעצמו איך

תראה ההגנה שלו. כלומר, שמחוץ לסנגור מסתכלים על ערכים כמו האוטונומיה של הנאשם וכמה מכבדים אותה אפילו אם ההחלטה נראית לנו לא הגיונית ונכונה, גם אם רוצה שלא להיות מיוצג, כמו גם הערך של ניהול הליך הוגן עם סנגור בוודאי במקרים בהם יש חובת ייצוג. כלומר, למרות החובה בחוק בייצוג סנגור בעבירות מסוימות, החוק מכיר במקרים כאלה בהם ניתן לשחרר את הסנגור לפי **ס'17(ב) לחסד"פ** מבלי למנות סנגור אחר, כשהנאשם לא משתף פעולה ולא מעוניין בייצוג, זה הריג. בנוסף, בהמ"ש מתייחס גם למורכבות הסיטואציה בין היתר בזה שכשלנאשם אין סנגור זה מחייב את בהמ"ש בחובה מוגברת להגנה על זכויות הנאשם, שם יהיה חייב לעשות דברים שבשיטה אדברסרית הוא לא אמור לעשות אותם, שכן זו אחריות הסנגור של הנאשם – כלומר, האינטרס של המערכת מאוד בולט בנושא הזה, ובסוף זה גם אינטרס של המדינה שהלקוח יהיה מיוצג. המערכת נוקטת בפטרנליזם במקרים רבים וכופה ייצוג כדי לקדם אינטרסים של כלל הציבור, בעת ביצוע האיוון מול האוטונומיה של הנאשם ולא כי ההחלטה שלו לקויה, אלא כי יש ערכים אחרים שצריך להעדיף.

בתיק ע"פ 2535/98 שהתנהל בזמן מקביל, שם נאשם בעבירות סמים שבערכאה הדיונית לא הסכים למינוי סנגור, בהמ"ש הסכים וניהל את התיק ללא סנגור. אותו נאשם ערער לעליון וטען לפגם בהליך מפני שלא היה מיוצג. בהמ"ש העליון קיבל את הערעור וקבע שצריך להחזיר את התיק לערכאה הדיונית ולנהל את התיק עם סנגור. כלומר, בתיק זה התממש החשש של בהמ"ש מאינטרסים שעומדים בבסיס הסירוב לייצוג. לכן, בהמ"ש מאבחן בין המקרים וקובע כי באותו מקרה, ע"פ 2535/98 עולה כי הנאשם היה מתרצה בסופו של דבר לו היה ממונה לו סנגור. לא ניתן לומר דברים דומים על הנאשם במקרה של נהג האוטובוס. **בהמ"ש בוחן מהי מידת הסרבנות והעקשנות של הלקוח לקבל ייצוג,** על הסירוב להיות מוחלט כדי להימנע ממקרים כאלה כמו בע"פ 2535/98.

רובינשטיין מציע פתרון: יש מקום למנות עו"ד כונן (stand-by lawyer) מהסנגוריה, שיהיה לעזר הן לנאשם אם ירצה בכך, והן לבהמ"ש. המדינה ממנה סנגור שיקבל את חומר הראיות מהתביעה, ילמד אותו, יכתוב לנאשם הצעות לטענות ושאלות וכו' ויכין בשבילו ייעוץ מקצועי בו הנאשם יכול להיעזר אם יחפוץ בכך, ובכך נוכל לנסות לשפר את עשיית הצדק, במקום להטיל את כל האחריות על בהמ"ש. כלומר, זה ניסיון לתת לנאשם ייעוץ משפטי גם במקום שהוא לא ירצה סנגור באופן מלא – מעין דרך ביניים. במקרים חמורים כל כך צריך לתת לנאשם כלי לשפר את ההגנה שלו גם כשהוא לא רוצה לשתף פעולה עם עו"ד שלו – הן כי הליך הוגן זה חלק מכבוד האדם שלו, והן מפני שזו לא רק זכותו של הנאשם אלא גם על הפרק עומדת עשיית הצדק כאינטרס חברתי מרכזי.

הערה: בכל השיח הזה מדברים החברה, על אוטונומיה הנאשם, בהמ"ש, אך לא מדברים על עו"ד הסנגורים. יכול להיות שבהמ"ש פחות התייחס כי הוא בסוף שחרר אותם מהייצוג, אך גם בפס"ד אחרים אנחנו לא רואים דיון באוטונומיה של עו"ד, ויתרה מכך כאשר כופים ייצוג על עו"ד עולות שאלות אתיות קשות שצריך לתת עליהן את הדין.

כן, במקרה דנן, עו"ד פנו **לוועדת האתיקה ביחס לע"פ 7335/05:**

- **עובדות:** עורך הדין הפונה מונה מטעם הסנגוריה הציבורית להגן על נאשם. הנאשם מסרב בכל תוקף לכל הגנה שהיא ... בית המשפט המחוזי אסר על הפונה להתפטר והורה לו להמשיך לייצג.
- **שאלות:** האם מותר לעורך הדין הפונה לשבת באולם בית המשפט ובניגוד לדעתו המשפטית, לא לשאול שאלות ולא להשיב לשאלות כפי שביקש הלקוח, או לחילופין, האם מכוח מינוי בהמ"ש חייב עורך הדין לעשות מלאכתו אף בניגוד לעמדת והוראות הלקוח?
- **החלטת ועדת האתיקה:** כל עוד לא שוחרר הסנגור מייצוג על ידי בית המשפט עליו להפעיל את שיקול דעתו המקצועי, בנסיבותיו של התיק ובנסיבותיו של הלקוח שאותו מונה לייצג. הפעלת שיקול הדעת תיעשה תוך בחינת טובת הלקוח בנסיבות המיוחדות של העניין, ללא התייחסות לרצונותיו והוראותיו של הלקוח. כלומר, יש פה

אמירה פטרנליסטית לפיה על עוה"ד לפעול לפי איך שהוא רואה את טובת הלקוח, ולא לפי איך שהוא רוצה. עם זאת, נוכח עמדת הנאשם כפי שהובעה בפרוטוקול הדיון, לא רשאי עורך הדין לנהל משא ומתן להסדר טיעון עם התביעה, שלא בנוכחות הלקוח, אך את ניהול ההגנה בבהמ"ש עוה"ד יכול וצריך לעשות לפי שיקוה"ד שלו.

← ההחלטה הזו אמנם בסוף התייגה כי עוה"ד שוחררו, אך היא טעימה מהמשמעויות האתיות שלא זוכות להתייחסות בפסיקה בהמ"ש בעניינים מעין אלו.

- **הערה: במציאות בה בהמ"ש לא אוהב לשחרר, עולים מקרים בהם הסנגורים לא רוצים לחשוף את הסיבה לבקשה, מפני שעוה"ד מחויב ביציאה מייצוג לפגוע בלקוח בצורה מינימאלית, ואולם ישנם מקרים בהם חשיפת הסיבה לבקשה תקשה זאת (לקוח עיוור שאינו באמת עיוור שמצד אחד זה היה חלק מההגנה שלו ומצד שני הוא לא עיוור. אתית הוא לא יכול לספר לבית המשפט אבל גם לא יכול להמשיך לייצג אותו כשיודעים שהוא משקר. כשרוצים לפרוש מייצוג אי אפשר באמת להגיד הכל ולהשחיר את הלקוח וזה בהחלט מעלה דילמה.**

הגנה "מוגבלת" מול היעדר הגנה

כאמור, בכפיית הייצוג יש קושי גם ברמה אתית, משום שכנאשם לא מוכן לשתף פעולה עם הסנגור שלו עולות שאלות מה הסנגור יכול לעשות כשהלקוח שלו מתנגד לייצוג.

גישת בהמ"ש צוינה בע"פ 10067/08 **הסנגוריה הציבורית נ' אוהיון ואח'**: "איננו מתעלמים מכך שמקום בו אין החשוד או הנאשם משתף פעולה עם עורך הדין שמונה לו אין הסנגור פועל בתנאים מיטביים, והוא מוגבל במידה ניכר. ואולם לטעמנו, עצם הסברה כי מקום שנאשם אינו משתף פעולה עם סנגורו מתבקשת המסקנה כי כפיית ייצוגו תגרום לו נזק שהיא שגויה. מקום שאין מנוס אלא מניהול התיק – ואלה הן הנסיבות בעניינו שאינן מאפשרות ואינן מצדיקות כל עיכוב נוסף בגביית העדויות – **ברי לטעמנו כי מוטב לנאשם ליהנות מהגנה, ולו מוגבלת, של סנגור שאין הוא משתף פעולה עמו, מאשר לא ייהנה מכל הגנה שהיא.** מכל מקום הייצוג בא להיטיב עם הנאשם ובאפשרותו של הסנגור, אם סבור הוא כי בנסיבות הקיימות עשויה חקירה מסוימת להרע את מצבו של מרשו, להימנע ממנה".

העמדה של הסנגוריה הפוכה ודיי חד משמעית מזו של בהמ"ש – לדעתה אין לכפות ייצוג, שכן יש פגיעה באוטונומיה של עוה"ד, פגיעה בייצוג שמושתת על שית"פ וכו'.

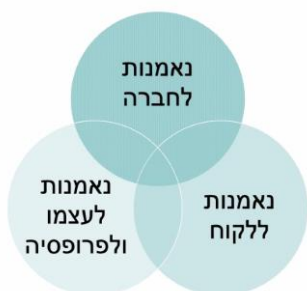
לדעת המרצה, בהמ"ש לא מספיק נותנים את המענה על סיטואציות כאלו. כלומר, יש פה שאלות ביחס לאוטונומיה של הסנגור, אך גם ביחס לאוטונומיה של הנאשם שלא חפץ בהגנה הזו.

חובות הנאמנות של עוה"ד:

1. חובת הנאמנות ללקוח (נושא 6).
2. החובה לפעול במסגרת החוק (נושא 7).
3. חובת הנאמנות כלפי בהמ"ש, הצד שכנגד והחברה, והאיסור להטעות את בהמ"ש (נושא 8).

נושא 6: חובת הנאמנות של עוה"ד ללקוח וגבולותיה

נושא זה הוא חלק מנושא יותר גדול שנקרא צומת הנאמנויות של עוה"ד. מקצוע עריכת הדין, שהנאמנות ללקוח היא מאפיין בסיסי שלו, אינו מאופיין רק בנאמנות זו אלא יש גם נאמנויות לחברה מתוכה נגזרת חובת הנאמנות לבהמ"ש כמו גם נאמנות לעוה"ד עצמו ולפרופסיה. נאמנויות אלו תמיד דרות ביחד.



הגישה הדומיננטית למקצוע גורסת כי הנאמנות ללקוח גוברת, אך גישת הכתיבה בתחום האתיקה מציגה גישה מורכבת לפיה הנאמנויות נמצאות במדרג נורמטיבי שווה ובכל מקרה ומקרה צריך לאזן ולהכריע איזו נאמנות תגבור – התפקוד המקצועי יותר מורכב בגישה שכזו. **הוצג סרטון:** 60 minutes on Alton Logan (תמליל: קישור; סרטון (עד דקה 12): קישור). – התקיים דיון (מופיע בהקלטת השיעור). במקרה זה עוה"ד מייצגים את התפיסה

הדומיננטית באופן מאוד מובהק, לגישתם אין דבר שיכול לגרום להם להפר את הנאמנות ללקוח. בעיננו הדבר עשוי להיתפס כהתנהגות לא מוסרית, אך לעוה"ד יש חובה מקצועית והם פעלו על פיה, הם מרגישים רע בבני אדם, אולם להם יש חובות נוספות כעו"ד זה לא אומר עליהם דבר בבני אדם. יתרה מכך, כשמסתכלים על הרציונל של חיסיון עו"ד-לקוח מבינים שהמטרה היא להגן על הלקוח ולא סתם הם כפופים לזה.

התפיסה הדומיננטית נתונה לביקורת כפי שניתן לראות והיא כבר לא מתקבלת כתפיסה המובנית מאיליה ביחס לחובות הנאמנות של עוה"ד.

ס'54 לחוק לשכת עוה"ד וכלל 2 לכללי לשכת עוה"ד קובעים מספר נאמנויות לעוה"ד. עם זאת, אמירת החוקים רחבה ודורשת לפעול בנאמנות, במסירות וללא מורא.

ס'54 לחוק לשכת עוה"ד – החובה כלפי הלקוח וכלפי בית המשפט

54. במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט.

כלל 2 לכללי לשכת עוה"ד – חובת עורך דין

2. עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט.

כלומר, החוק מדבר על נאמנות ללקוח, נאמנות לבהמ"ש ונאמנות למקצוע באמירה של שמירה על כבוד המקצוע. החוק והכללים מציגים את זה שיש נאמנויות מקבילות ולעיתים סותרות, אותן עוה"ד חייב לקיים. החוק אינו מציג היררכיה כלשהי בין הנאמנויות, אולם יש מי שטוען שסדר הצגת הדברים בחוק מציגה תיעדוף מסוים בין החשיבות של חובות הנאמנות השונות, אך בהמ"ש לא רואים את הדברים ככה.

כשמדברים על הנאמנות ללקוח ומנסים להבין מה זה אומר, אנחנו נראה שכללי האתיקה הישראלים לא אומרים על זה הרבה ולא מסבירים מה זה אומר. עלינו לצקת תוכן ולהבין למה הכוונה. מבחינה משפטית, יש כמה מישורים של יחסי עו"ד-לקוח והתוכן שניצוק לשאלה מה זה אומר לפעול בנאמנות ובמסירות ללקוח ניצוק מתוך כמה תחומים משפטיים משיקים שחלים כולם על מערכת היחסים הזו. למערכת היחסים של עוה"ד-לקוח יש כמה מישורים מבחינה משפטית:

מישורים ליחסי עו"ד-לקוח (יציקת תוכן לפעולה בנאמנות ובמסירות)

- **יחסי שליחות:** עוה"ד הוא שלוח לפי החוק וצריך לפעול לפי כלללי וחוקי השליחות.
- **יחסים חוזיים:** כאשר עו"ד בוחר לייצג לקוח נוצר בניהם חוזה כתוב או לא כתוב למתן שירות (בד"כ הסכם שכה"ט). הפסיקה אומרת שברגע שעו"ד לקח על עצמו לייצג לקוח קם תנאי מכללא שעל עוה"ד להיות בקי בתחום שהוא מייצג. הפסיקה לוקחת את מסגרת היחסים החוזיים ויוצקת לה תוכן נוסף.
- **חובות אתיות:** לעו"ד יש חובות אתיות.

- חובת זהירות מושגית וקונקרטי: היום מקובל לבחון את היחסים בין עוה"ד ללקוח בפריזמה נזיקית. פסקי דין רבים העוסקים במקצועיות מדברים על רשלנות מקצועית. אם אומרים שעוה"ד התרשל הכוונה שהופרה חובת הזהירות וסטנדרט ההתנהגות וצריך לבדוק חובת זהירות, נזק וקש"ס. בהמ"ש שדנים בתביעות כאלו יוצקים בכך תוכן לחובת הנאמנות של עוה"ד.
- עריכת דין מתגוננת: ביצוע פעולות ע"י עו"ד כהכנה לתביעה אפשרית מצד לקוחו בעתיד.

שיעור 7 – 02/12/2020

נדבר על חובת הנאמנות ללקוח בכמה מישורים: חוזי, נזיקי ואתי.

דיון במספר מקרים לדוגמה:

(חלוקה לחדרים – במסמך נפרד).

נדגיש כי אין תשובה לאף אחד מהמקרים, מדובר בדילמות.

מקרה 1:

מונית על ידי בהמ"ש לייצג נער בן 13, במסגרת מאבק המשמורת בין הוריו. להמלצתך משקל רב בקבלת ההחלטה על ידי בהמ"ש. לשאלתך, הנער משיב כי הוא מעדיף להתגורר עם האב, אך לא מסביר מדוע. האב הוא אלוהוליסט, מועסק לעיתים. האם, המתגוררת עם הסבתא, מועסקת בצורה מסודרת. האם והסבתא מביעות חשש בנוגע לטובת הנער. לדעתך, הנער מעדיף להתגורר עם האב משום שהוא מתערב פחות בענייניו. העובדת הסוציאלית בתיק מספרת לך כי הנער הוא חלק מקבוצת נערים השותים ומעשנים. מה תהיה המלצתך בפני בהמ"ש?

דיון: כמה אפשרויות:

- התחשבות בדעתו, הוא בוגר, אך תוך קביעת תקופת ניסיון.
- לייצג את הלקוח לפי בקשתו, תוך תקווה שבהמ"ש יכריע נכונה ויקבע משמורת לאם.
- חובת עוה"ד לשמור על טובת הלקוח שלא בהכרח מבין את ההשלכות של הבקשות שלו, ולא לענות לדרישתו. צריך לתת תוקף לבקשתו ולהקשיב לו, אך על עוה"ד להסביר לו את המציאות כמו שהיא ולהסביר לו מדוע טובתו אינה מצויה עם אביו. בנוסף, לטובת הציבור יש למנוע את משמורת האב, שידרדר את הבן. רצון הילד לגור עם אביו הוא רק חלק מהשיקולים, אך ישנם שיקולים אחרים שצריכים לקבל את הבכורה – יש הבדל בין טובת הילד לבין רצון הילד, בעוד שהילד יודע מה רצונו, טובתו מצויה במקום אחר. עוה"ד במקרה כזה, של ייצוג קטין, אשר מוגבל בכשרותו המשפטית, לא מייצג את רצונו של הנער, אלא את טובתו.
- עולה השאלה מדוע הילד לא רוצה לגור עם האמא/הסבתא. פערי הידע בין עוה"ד ללקוח חשובים ומשמעותיים, אך במקרה הזה היתרון בידע הוא לילד ויכול להיות שיש סיבה שהוא רוצה לגור עם האבא מעבר לכך שהוא לא מתערב בחייו.

מקרה 2:

את מייצגת אישה בהליכי גירושין. נראה כי היא אינה מתמודדת היטב עם הפרידה ועם ההליך המשפטי. כאשר את מעלה את נושא הסכם הרכוש היא אומרת שאינה רוצה דבר מבחינת רכוש, או דמי מזונות, משום שהיא בטוחה שבעלה "יעשה את הדבר הנכון כדי לדאוג לה ולילדים".

דיון: כמה אפשרויות:

- יש פערי ידע בין האישה לעוה"ד, ההחלטה אמנם של האישה אך צריך להמליץ ולהסביר לה מהם זכויותיה כיום שלא יעמדו לה בהמשך.

- אפשר להפריד בין הנכסים שהיא מוכנה לוותר עליהם לבין הפגיעה בזכויות הילדים אותה אין לאפשר. גם כאן צריך להסביר לאישה את המצב בו היא נמצאת, אפשר להמליץ לה לפנות לעובדת סוציאלית כדי לברר מדוע היא מוכנה לוותר על זכויותיה והאם יש לכך סיבה בעייתית, אך בכל מצב אין לאפשר לה לפגוע בזכויות הילדים עליהם היא אמורה להגן.
- ניסיון לקנות זמן ולחכות שתתפכח. האישה מצויה בסערת רגשות והחלטותיה מושפעות מזה שכל הסכסוך מאוד טרי, לכן יש לחכות, באמצעות כלים משפטיים, כדי לאפשר לה זמן עד שתוכל לקבל החלטות אחרות יותר טובות עבורה.

מקרה 3:

מקרה גירושין נוסף. הצלחת להשיג הסכם לטובת הלקוחה שלך, בין היתר משום חוסר המקצועיות של עורך הדין של הבעל. בעוד שהבעל מוכן לחתום על ההסכם, הלקוחה שלך דורשת שייערך הסכם חדש והוגן יותר. או: את מייצגת את הבעל בתיק גירושין, ולמרות שמבחינה חוקית הוא אינו חייב בתשלום דמי מזונות, הוא מתעקש לשלם, כדי שילדיו ידעו שהוא "בן אדם".

דין: כמה אפשרויות:

- הרבה פעמים עוה"ד יוצרים את המלחמות המשפטיות, ובני הזוג מעדיפים להיפרד מבלי ליצור סכסוכי רכוש מיותרים, ויש לאפשר את זה, אם זה רצונם של הלקוחות שיודעים מה טוב עבורם.
- יש לנו כעוה"ד חובה כלפי הצד השני, מיוצג / לא מיוצג, ויש להתחשב בזה. צריך לחשוב ולראות כמה ההסכם פוגע בו. ניתן להכניס סעיף מתגונן ומזהיר, כדי שיהיה ברור לצדדים שההסכם אינו לטובתו של אחד מהם, הדבר יאפשר גם כס"ח לעוה"ד מפני תביעות של רשלנות מקצועית.
- לאבא יש חובה לטפל ולשמור על ילדיו, אם הלקוח יכול ויודע את מצבו – אם הוא מסוגל לשלם ורוצה בכך למרות שאינו חייב, יש לאפשר לו את זה, מפני שטיפול בילדיו זה בסוף גם לטובתו האישית.

מקרה 4:

הלקוח שלך הוא נער שהיה מעורב בתאונת דרכים בה נהרגה חברתו. התביעה מציעה הסדר טיעון ובו הנער יודה באשמה מופחתת והתביעה לא תבקש עונש מאסר בפועל. הנער, מצידו, מתעקש להודות בסעיפי האישום המקוריים, החמורים יותר, וטוען שלא יוכל לחיות עם עצמו אלא אם יודה בפומבי וישלם את המחיר על התאונה. או: אתה מייצג בחורה צעירה, פעילה חברתית, שהוגש נגדה כתב אישום בנוגע למעשים שנעשו במהלך הפגנה. גם כאן, התביעה מציעה הסדר טיעון בו תודה הלקוחה בסעיפים קלים יותר, אך הלקוחה שלך מבקשת לנהל הליך הוכחות "כדי לחשוף את התנהלות המשטרה".

דין: כמה אפשרויות:

- **לנער:**
 - צריך להסביר לנער מה ההשלכות של הרצונות שלו, ואם לא היינו מצליחים לשכנע אותו, אזי על עוה"ד להתפטר – הן כהבהרה לנער, והן כדי להימנע מפעולה כ"כ פוגעת עבור הלקוח.
 - להסביר לנער שיש דרכים אחרות שהוא יכול לשלם את חובו לחברה, יותר יעילות אפילו, שיפגעו בו פחות.
- **לנערה:**
 - יש מקום לנהל הליך, אך יש להסביר לה את הלך הדברים הצפוי וההשלכות שעשויות לבוע מכך.
 - הנערה טוענת שהיא חפה מפשע, ואם יש סיכוי טוב להוכיח את הדברים זה יהיה לטובתה מאשר להודות במעשים שלכאורה לא עשתה. זאת בניגוד למקרה של הנער שמודה במעשים, וקבלת הסדר הטיעון תועיל לו מה שלא יקרה לטובת הנערה בקבלת ההסדר.
- בשני המקרים יש להסביר כי תפקידו של עוה"ד והלקוח אינו לתקן עוולות של המשטרה או בהמ"ש. תפקידו של עוה"ד להסביר ללקוח שלו את ההשלכות של הרצונות שלו. בהמ"ש נתן כלי להסדיר את הסוגייה תוך פגיעה מינימאלית אפשרית בלקוח, וזהו לטובת האינטרס הטוב של הלקוח.

- מימות עוה"ד – ישנם עו"ד שייקחו את המקרה של הנערה וינצלו אותו לקידום אינטרסים אישיים, ויש לתת לכך את הדעת.

מקרה 5:

אתה מייצג עובד בן 55 אשר נפגע בעינו בתאונת עבודה. למרות שהרופאים אינם מוצאים נזק ממשי לעין, הוא טוען שראייתו נפגעה. הנח שקיים חוק במדינה לפיו כאשר עובד נפגע בתאונת עבודה, אם הפגיעה מחמירה בשל גורמים פסיכולוגיים, הוא יהיה זכאי לפיצויים. על מנת להוכיח שכך קרה, יש צורך בחוות דעת של פסיכיאטר. הלקוח מסרב להיפגש עם פסיכיאטר, בטענה ש"פסיכיאטרים הם לאנשים משוגעים" והוא אינו משוגע ואינו רוצה שיחשבו שהוא משוגע. אתה חש שאם תפעיל עליו לחצים יסכים לשנות את דעתו.

דיון: כמה אפשרויות:

- אם עוה"ד מאמין בעצמו ב"פסיכיאטרים זה לאנשים משוגעים" יש בעיה לשכנע את הלקוח שזה לא נכון ושכדאי לו לפנות לאבחון כדי לקבל את הפיצויים להם הוא זכאי.
- עולה שאלה האם פניה לפסיכיאטר מצויה במסגרת המומחיות של עוה"ד או שמא אין הדבר מתפקידו לדון בכך בכלל עם הלקוח? מדובר בהחלטה שהרבה פעמים מושפעת מתפישות תרבותיות.
- כפייה לפניה לפסיכיאטר עשויה לעשות ללקוח יותר נזק מאשר התועלת שיפיק מקבלת הפיצויים בעקבות כך יש לתת לכך את הדעת.
- אפשר להמליץ ללקוח ולהסביר לו את היתרונות בפניה לפסיכיאטר, אך בסוף זו החלטה שלו אשר תלויה בו בלבד.

יחסי עורכי דין ולקוחות

עריכת הדין כמקצוע בעל מאפיינים פטרנליסטיים

פטרנליזם = לכפות מגבלות על יכולתו של אדם לקבל החלטות, על מנת לקדם את טובתו.

מקצוע עריכת הדין הוא מקצוע שיש לו מאפיינים פטרנליסטיים במסגרת פעולותיו.

יש לכך 3 עמדות אפשריות לפעולה בדרך פטרנליסטית בתוך המקצוע:

- א. **בני אדם פונים לעורכי דין על מנת שיפתרו עבורם את בעיותיהם.** עוה"ד הוא בעל המקצוע, הלקוחות פונים לעוה"ד בשל כך והפטרנליזם טבוע במקצוע. יתרה מכך, אנשים לעיתים לא מעוניינים לקבל החלטות מסוג מסוים.
- ב. **אין לקבל התנהלות פטרנליסטית, למעט מצבים שבהם הלקוח מוגבל ביכולתו לקבל החלטות** בצורה המיטבית ביותר עבורו, כך שלא יתחרט עליהן (דוגמה: זקנה; קטינות; כשרות משפטית מוגבלת; סערת רגשות וכו').
- ג. **פטרנליזם יהיה מוצדק בנסיבות מסוימות.**

הצדקות לקבלת החלטות על ידי עורך הדין:

- א. מומחיות ומקצועיות – לעוה"ד יש את הידע ולשם כך הגיעו אליו.
- ב. אוטונומיה מקצועית שלא לפעול בניגוד להבנה המקצועית של עוה"ד, זאת לצד האוטונומיה של הלקוח.
- ג. יעילות – ככל שאנו נדרשים לספק ללקוחות יותר מידע, הדבר מייקר את הייצוג המשפטי שמסתבך ומתארך, זה מושת בסוף על הלקוחות ולכן בהיבט של יעילות קבלת החלטות ע"י עוה"ד תאפשר להימנע מדברים אלו.

הצדקות לקבלת החלטות על ידי הלקוח:

- א. אוטונומיה הלקוח (כערך אינטימי, וכמקדמת שביעות רצון).
 - ב. מידע שבידי הלקוח (narrative medicine) שאינו מצוי בידי עוה"ד.
- חשוב להבין כי יש חשיבות להקשיב ללקוח, באותה מידה שיש חשיבות להקשיב לחולה. ההקשבה מאפשרת להבין יותר את הרקע שלו ואת הצרכים שלו, ובכך לספק לו שירות טוב יותר (דוגמה: [קישור](#)).

Tamara Relis / It's not about the money!

מה זה אומר מי מחליט, פטרניליזם וכו'?

במקרים עליהם דיברנו, ובמקרים בהם יש צורך לשתף את הלקוח בהחלטות לגבי התיק שלו, המאמר של תמר רליס חושף משהו עמוק יותר במערכת היחסים בין עוה"ד ללקוח.

רליס ראינוה במחקרה עו"ד ולקוחותיהם בתביעות של רשלנות רפואית.

כשעוה"ד נשאלו מדוע אנשים מגישים תביעות רשלנות מקצועית מדובר בבצע כסף, אך הלקוחות העידו על מניעים אחרים בתכלית: נקמה; הגנה על הציבור; תיקון עוול; מימוש זכויות רפואיות וכו'.

Interview with the lawyer:

Q: Why did he sue?

Money

Q: Solely ?

Yeah. I think the guy is simply looking for compensation for what he feels has been done to him and worsened his quality of life. There isn't a lot of anger, there isn't a desire to make the doctor accountable, as far as I can tell...

Interview with client:

Q: Why did you sue ?

After the surgery, I said to the doctor, everything is getting worse, and he replied 'oh, you complain too much. I have no idea what the problem is'. Took some other guy's file ... he ignored me... He didn't have time for me. He just ignored me like that ... He disappointed me... He must see what he did, and he must pay for what he did ... I believe he's just not sorry ... I want the truth ... I don't know what he did ... I want to get to the bottom of this, what he did... He didn't care about his patients. He cares for his professional career.

Q: Was your main aim not financial compensation ?

Financial compensation is not so important ... compensation is not really the problem or the solution... My situation is very bad, I am in a lot of pain ... If he tried to fix the problem, or the hospital tried to help me, I would not go to my lawyer. But they tried to brush me off.

לפי רליס, עוה"ד והלקוחות חיים בעולמות מקבילים שגם לא משתנים לאורך ההליך – עוה"ד עונה דברים הפוכים לחלוטין מהלקוח ויש פער מאוד גדול ועקבי בין מה שעוה"ד חושבים שהמניע לבין המניע האמיתי של הלקוחות (שמאוד אופייני בתביעות נזיקיות מעין זה).

מה גורם לפער הזה?

- עבור עוה"ד מדובר בעוד תיק מיני רבים, בעוד עבור הלקוח מדובר בתיק אחד שהוא כל עולמו.
- לעוה"ד וללקוח יש נקודות מבט אחרות שמושפעות מדברים שונים ומגוונים.
- עוה"ד יודע שמערכת המשפט נותנת בתביעה נזיקית פיצויים בכסף, והוא לא מסתכל על מטרות דיני הנזיקין כפי שהוגדרו וכפי שהלקוח מחפש לתפוש אותם (השבת מצב לקדמותו, צדק מתקן, צדק חלוקתי וכו'). עוה"ד מוטמעים ומוסללים בצורה מסוימת, המערכת בה הם עובדים משיגה ללקוחותיהם פיצוי כספי, וכך הם תופשים את הרצון של הלקוח שלהם. זאת בעוד אנשים בפני עצמם נוטים להגיש תביעות רשלנות כדי להשיב לעצמם את הכוח והאוטונומיה שלהם, ולא דווקא לשם קבלת הפיצוי הכספי, למרות שגם הכסף הוא מניע בהחלט, אם כי לא המניע העיקרי.

- יכול להיות שגם הלקוחות משקרים כי לא נעים להם להגיד שהם רוצים כסף כי זה נתפש כמשהו לא ראוי. עוה"ד שואל מה הוא יכול לתת לו? בשורה התחתונה – כסף.
- צריך להבחין שהצפייה של אנשים היא שהם יבואו לבהמ"ש, יספרו את הסיפור שלהם, שישמעו מה קרה להם, ושהרופא ירגיש שפעל לא בסדר. עם זאת, מדובר בצפייה שהיא כמעט בגדר פנטזיה, שהרי הדבר כמעט תמיד לא קורה והתיקים הללו מסתיימים בפשרה. בפועל, כל המעמד לו ציפוי התובעים לא קורה במציאות – הרופא לא, שם אלא חברת הביטוח שמנהלת את התביעה בנעליו.

○ הערה: דוגמה לפנטזיה הזו ניתן לראות בספר שכתבה אישה על בן זוגה שמת במהלך ניתוח. בספר זו פירטה על ההתמודדות וההליך המשפטי בעניין הרשלנות הרפואית לה תבעה, ואמרה שלמעשה כל מה שרצתה זה לדעת מה קרה בחדר הניתוח. אך, בשל הדומיננטיות של המשפט, היא לא הצליחה לדעת מה קרה מפני שבמשפט לא התמקדו בלדתה לה תשובה. היא אמנם הגישה את התביעה כדי לגלות מה הייתה הסיבה למוות של בן זוגה, אך בעידן של פשרות – המשפט חודל מלברר את האמת. אם כן, מקרה זה הוא ההוכחה למה שהמערכת המשפטית ועוה"ד יכולים לספק ללקוחות שלהם, מעבר לפיצוי הכספי והוכחת הרשלנות, ולכן הצד השני של הסיפור, הסיפור של הלקוח, הוא רלוונטי ויש לתת לכך את הדעת.

אם כן, הפערים בין הלקוחות לעוה"ד מאוד עמוקים, יש לתת לזה מקום ולהציף את הפערים האלה ביחס לצרכים שלא מקבלים מקום ומענה במערכת המשפט.

עולות שאלות עמוקות יותר הנוגעות להבנה של מה הלקוחות בעצם תובעים ורוצים; מדוע הם באים לעוה"ד ומה המגבלה של מה שניתן לספק להם, וחשוב שעניינים אלו יישארו במודעות שלנו כעו"ד.

עם זאת, לדברי **המרצה**, בסופו של דבר עו"ד נזיקיים מקבלים את שכר הטרחה שלהם באחוזים, לכן, אין ייתכנות במציאות הכלכלית של המקצוע למצב בו רופא יתנצל מקום בו הוא דיבר לא יפה למטופל, וזה דבר שצריך להיות ערים אליו. מנגד, ישנו מרצה שכתב על המציאות הרווחת בארה"ב, לפיה נהוגה התנצלות מיידית בשלב בו האירוע מתרחש במטרה למנוע את התביעה הנזיקית. הדבר נועד לתת מקום לרצונות הרגשיים של הלקוחות שלא מקבלים מענה במסגרת המערכת המשפטית, וזה משהו מאוד משמעותי.

הבחנה בין אמצעים למטרות, מה רוצים לקוחות? – חובות היידוע וההסבר של עוה"ד ללקוח

כללי האתיקה שלנו לא מתייחסים לשאלה של קבלת החלטות.

בארה"ב הכללים של לשכת עורכי הדין כן מתייחסים לשאלה זו ומדברים על הבחנה בסיסית בין 2 דברים:

- **the objectives של הייצוג**, אלו מטרות הייצוג לגביהן עוה"ד צריך לעשות מה שהלקוח שלו אומר ולציית לו.
- **the means של הייצוג**, אלו האמצעים באמצעותם יושגו המטרות, ולגביהם עוה"ד צריך רק להתייעץ עם הלקוח.

ABA Model Rules of Professional Conduct

- Unless a client is under a disability "a lawyer shall abide by a client's decisions concerning **the objectives [מטרות]** of representation ... and shall consult with the client as to **the means [אמצעים]** by which they are to be pursued."
- When a client's ability to make adequately considered decisions ... is impaired ... the lawyer shall, as far as reasonably possible, maintain a normal client-lawyer relationship with the client.

ביחס למטרות של הייצוג, ללקוח שמורה האוטונומיה להגדיר מה הוא רוצה שיקרה ומהן מטרות הייצוג בהן הוא חפץ. אך, האמצעים באמצעותם יושגו המטרות נתפסים כדבר שהוא נתון לשיקול הדעת המקצועי של עוה"ד ולגביהם עוה"ד יכול להחליט תוך התייעצות עם הלקוח.

תחת זאת, כאשר היכולת של הלקוח לקבל החלטות היא מוגבלת (קטינות נפשית וכו'), אומרים לעוה"ד שהוא צריך ככל הניתן לשמר מערכת יחסים נורמלית של עו"ד-לקוח, זאת למרות שיש גבול לכמה המערכת יכולה להיות רגילה במצב כזה. אצלנו הכללים לא מתייחסים לזה בכלל- יש לנו מעט פסיקה שעוסקת בשאלה הזו.

בישראל, יש מעט פסיקה שעוסקת בהבחנות האלה בין האמצעים למטרות של הייצוג:

- **גולדבליט נ' שבת (עליון)**: בפסה"ד רואים דוגמה לסיטואציה בה עוה"ד בחר בטקטיקה משפטית (בחלוקה בין אמצעים למטרות, כאן מדובר באמצעי) לפיה יינתן פס"ד בהיעדר הגנה כדי שניתן יהיה לערער עליו. טקטיקה הייתה מסוכנת והיו לה תוצאות משפטיות לא טובות, לכן כשנכשלה הלקוח הגיש תביעה נגד עוה"ד בטענה שלא ידע מה עוה"ד שלו עושה. בהמ"ש פסק כי:

- "עורך הדין מחויב להודיע [זה לא אומר שהוא חייב להתייעץ איתו] ללקוחו על מצב הדברים לאשורו, בכל הקשור להוראות החוק ולפסיקה החלות על מקרהו."
- "משעה שבוחר עורך דין 'טקטיקה', עליו להודיע ללקוחו על משמעותה המלאה ועל הסיכונים הגלומים בה."
- "חובה זו של עדכון שוטף של הלקוח בכל שלבי הטיפול המשפטי, מחייבת את הפרקליט להתייעץ עם הלקוח בכל מקרה שעורך הדין עומד לנקוט בצעדים, אשר יטילו על הלקוח הוצאות מיוחדות או אשר עלולים לסבך את הלקוח מעבר לבעיות הקיימות." **(י' שנהב)**

○ "אי עדכנו של הלקוח בסיכון הטמון מהטקטיקה, חורג מהמיומנות הסבירה הנדרשת מעורך הדין."

הדיון נסב סביב שאלת חובת הדיווח וההסכמה של עוה"ד ללקוח ובשאלת השיתוף. בהמ"ש קבע שעוה"ד חייב לדווח ללקוח על הדברים לאשורו בכל הקשור להוראות החוק ולפסיקה. אם עוה"ד בחר בטקטיקה עליו להודיע ללקוח על הטקטיקה וההשלכות הצפויות ממנה, ובכלל זאת על הסיכונים הגלומים בה. **מבחינת בהמ"ש החובה היא חובת היידוע וההסבר – חובה למסור מידע ולהסבירו, אך אין דרישה להסכמה/התייעצות/קבלת רשות.**

יחד עם זאת, בהמ"ש אומר כי **החובה לעדכן את הלקוח בכל שלבי הטיפול, מחייבת את הפרקליט להתייעץ עם הלקוח בכל מקרה שהוא עומד לנקוט בצעדים אשר יטילו על הלקוח הוצאות מיוחדות או אשר עלולות לסבך את הלקוח מעבר לבעיות הקיימות.**

← אם כן, יש פה חוסר בחד משמעיות - מצד אחד, בהמ"ש אומר לעוה"ד כי הוא מחויב רק ליידע את הלקוח שלו באמצעים בהם בחר, אך מצד שני כן מופיעה המילה 'להתייעץ'. כלומר, יש פה הכרה בכך שאם עוה"ד בחר בטקטיקה משפטית מסוימת, חלה עליו החובה לכל הפחות להודיע ללקוח שלו שזה מה שהוא מתכוון לעשות, זאת גם כשמדובר באמצעי שלמעשה נתון לכאורה לשיקול דעתו המקצועי הבלעדי של עוה"ד.

למעשה, **אי עדכנו של הלקוח בסיכון הטמון בטקטיקה פרוצדורלית שנבחרה חורג מהמיומנות הסבירה ומסטנדרט ההתנהגות המצופה מעורך דין.**

אין לנו עוד פסיקה מרכזית שמתייחסת להבחנות האלה, אלא רק פס"ד קטנים שנגעו בסוגיה, למשל כמו פס"ד מרקו אשר בדומה לפס"ד גולדבליט גם נוגע גם לסוגיה של הסכמה מדעת:

Informed consent – הסכמה מדעת

Informed consent הסכמה מדעת – זוהי דוקטרינה שפותחה על ידי עו"ד בהקשרים של תיקי רשלנות רפואית, ואומצה לעולם המשפט אף כנגד עוה"ד עצמם בתיקי רשלנות מקצועית הנוגעים בהם – מי מחליט מה, כמה אינפורמציה צריך לספק ללקוח כשמקבלים החלטות לגבי הייצוג.

- **פס"ד מרקו (שלום)**: בפסה"ד אין הלכה מחייבת בפסה"ד, אך הסיטואציה בה דן גם היא נוגעת למצב בו עו"ד בחר בטקטיקה משפטית (אמצעי, בחלוקה בין אמצעים למטרות) מבלי ליידע את הלקוח שלו. במקרה דנן, הלקוח הגיש תביעת פיצויים

גבוהה ובמהלך הדיון הראשון בתיק, השופט הציע לעוה"ד לתת פס"ד לפי **ס'79א לחוק בהמ"ש (פס"ד על דרך הפרשה)**. עוה"ד הסכימו, ובפסה"ד השופט פסק ללקוח 0, כלומר דחה את תביעתו במלואה. על פס"ד על דרך של פשרה לא ניתן לערער. בתגובה לשהתרחש, הלקוח הגיש תביעת רשלנות מקצועית כנגד עורך דינו בה טען טענות לגבי כך שלא הסכים לפסיקה לפי ס'79א.

בפסה"ד בהמ"ש השלום אימץ, באופן מעניין, את הדוקטרינה של הסכמה מדעת, בהקשר הדן על כך שפגיעה באוטונומיה אינה מצריכה הוכחת נזק (**פס"ד דעקה**). בפועל, עוה"ד לא התייעץ עם הלקוח שלו לגבי הסכמתו לפסיקה לפי ס'79א, ולא נפרסה בפניו המשמעות של הפעלתו והיא כי לא ניתן לערער פס"ד מסוג זה, למרות שלמעשה לא ניתן להוכיח כי נגרם לאותו לקוח נזק. בהמ"ש לא נוטים לקבל טענות כאלה מפני שזה בעייתי לבהמ"ש להגיד שהשופט שנתן את פסה"ד על דרך הפרשה טעה. אך, עצם זאת שעוה"ד לא התייעץ עם הלקוח מהווה פגיעה באוטונומיה ועל כך מגיע לו לקבל פיצוי. ← עם זאת, עלינו לזכור כי, בדומה לרופאים, עוה"ד לא אוהבים כל כך לשתף, שכן יותר נוח להם לעבוד מבלי לשתף את הלקוח בשל מכיוון ששיתוף מעין זה מקשה על העבודה שלהם ומסבך אותה.

← בפסה"ד ניתן להבחין בשינוי בתפישה של המקצוע – מעבר מעריכת דין שממוקדת בעוה"ד לעריכת דין שממוקדת בלקוח. שינוי זה קרה גם קודם בעולם הרפואה, ועכשיו הדברים הללו מחלחלים למקצוע עריכת הדין, ומתקבלת ההכרה שהתיק שמנהל עוה"ד בסופו של דבר שייך ללקוח והוא זה שצריך לקבל את החלטות, לדעת מה קורה ולהיות מעודכן. אכן, אלה דברים שאיש לא חשב עליהם קודם לכן, כשעוה"ד עשו מה שהרצו והרגישו שנכון.

החובות במסגרת הנאמנות ללקוח

חובת הנאמנות ללקוח היא אמירה מאוד כללית –

מצד אחד, ניתן להבחין באמירות לפיהן חובת הנאמנות ללקוח עומדת במרכז, היא נשמת אפו והרוח של מקצוע עריכת הדין, היא היסוד עליו המקצוע בנוי.

מצד שני, ניתן למצוא אמירות לפיהן החוק קובע כי צריך לפעול בנאמנות ובמסירות ללקוח, אך מדובר בשלד עליו יש לקרום בשר ולהלבישו עור וגידים.

בהמ"ש יוצקים תוכן לחובה זו ולאמירות הללו בכמה מישורים: בפסיקות האתיות; בפסיקות שמתייחסות להיבט החוזי של היחסים; בפסיקות שעוסקות ברשלנות המקצועית בהן בהמ"ש נדרש לבחון מהו סטנדרט ההתנהגות הסביר ודרך זאת הוא יוצק תוכן להגדרה של החובה לפעול בנאמנות ומסירות.

- **החובה להיות בקי ומיומן בתחום בו מייצג (לוי נ' שרמן)** – בהמ"ש גוזר חובה זו לא מהמישור הנזיקי אלא מזה החוזי. כשעוה"ד לוקח על עצמו לייצג אדם, למעשה מתגבש חוזה מכללל במסגרתו עוה"ד מתחייב שהוא יודע מה עליו לעשות, וכי הוא בקיא ומיומן בתחום בו הוא נטל על עצמו לייצג, ואם אינו בקיא מיומן ומיודע כאמור הרי שהדבר מהווה הפרה של חובת הנאמנות ללקוח.

- **החובה לפעול במסירות ולא להזניח את הטיפול (שמואל)** – אם עוה"ד לקח על עצמו תיק, המובן הכי בסיסי הוא לטפל בו. בפס"ד שמואל לקוחה שכרה את שירותיו של עוה"ד ושילמה לו. ללקוח לא היה את הכתובת של הנתבעת, וסוכם שהיא תבדוק ותעביר אותה לעוה"ד. הלקוחה לא עשתה כן, אך גם עוה"ד לא עשה דבר בנידון וזאת למרות שהוא כבר קיבל שכר טרחה - הוא לא בדק, לא התקשר ולא בירר. כעבור מספר שנים הלקוחה נזכרה בעוה"ד ובתיק שהפקידה בידיו, אך עוה"ד עבר משרד. הלקוחה הגישה נגדו תביעה. נפסק כי מדובר בחובה מובנית מאליה – אם עוה"ד לקח על עצמו לטפל בתיק מסוים, הרי שהנאמנות המינימאלית היא לטפל בו ולא להזניח אותו.

- **החובה לקבל את הסכמת הלקוח בסוגיה מהותית (גולדבליט, מרקו)** – כמופרט לעיל.

- **החובה לפעול למען הלקוח בגבולות החוק.**

חובות אתיות של התנהגות ראוייה שאינן חלק מהדין המשמעותי.**החובה לפעול במיומנות וסבירות שמשמעה הפעלת שיקול דעת סביר –**

הרבה החלטות במהלך הייצוג עלולים לטעות ולקבל החלטות שלא כולן יהיו ההחלטות הטובות ביותר. עלולות להיות לעיתים גם תוצאות לא טובות עבור הלקוח, ואין זה בלתי סביר כי אם לקוח יפסיד בהליך הוא ככל הנראה יחשוב שהדבר נבע מאשמת עוה"ד, אך לא בכל מצב בו הלקוח הפסיד בתביעה משמעות הדבר היא שעוה"ד היה רשון. לעוה"ד אין חובה שלא לטעות, אלא החובה המוטלת על עוה"ד במסגרת חובת הנאמנות ללקוח היא לפעול במיומנות וסבירות, כלומר על עוה"ד להפעיל את שיקול הדעת שלהם כפי שעוה"ד סביר היה עושה, ואין כוונה לבדוק כל אמירה שנאמרה על ידי עוה"ד בדרישה שתהיה מבריקה.

ע"א 735/75 רויטמן נ' אדרת – בפסה"ד דובר על סיטואציה בה הלקוח רצה שעוה"ד שלו יעשה מה שהוא אומר ויטען טענות בקשר לייצוג כפוי. בהמ"ש קבע כי לעוה"ד אין חובה לשאול שאלות או לטעון טענות בדיוק כפי שהלקוח שלו מבקש שיעשה, אלא החובה המקצועית של עוה"ד היא להפעיל את שיקול דעתו המקצועי ולא לדחות אותה למול רצונות לקוחותיו.

"אין שום חובה מוטלת על סניגור לטעון טענות או לשאול שאלות אשר לקוחו דורש מאתו או מורה אותו לטעון או לשאול: נהפוך הוא – החובה המוטלת על הסניגור היא לשקול דעתו שלו, ואסור לו לדחות שיקול דעתו שלו מפני רצונותיו או הוראותיו של הלקוח. סניגור הנוהג בניגוד לדעתו השקולה, אך מפני שלקוחו דורש זאת ממנו, מפר חובתו כלפי לקוחו – ואין נפקא מינא לעניין זה שהלקוח אינו יכול לבוא עליו בטרזניה ובתביעה אם הוא נהג לפי הוראותיו."

בפס"ד אחר שניתן לפני שנתיים קרה מקרה דומה בו הלקוח רצה שעוה"ד יטען טענות מסוימות. כאן, בהמ"ש קבע כי עוה"ד יגיש כתבי טענות מטעמו מחד, בעוד שהלקוח שלו יגיש כתבי טענות אחרים מאידך. למעשה, הנאשם, הלקוח של עוה"ד, טען כי חוצנים מהחלל החיצון אמרו לו לרצוח את אשתו, ועוה"ד לא היה מוכן להעלות טענה זו במסגרת טענות ההגנה בתיק, לכן הפשרה שהושגה הייתה שהן עוה"ד והן הלקוח שלו יגישו טענותיהם במקביל, כאמור. מדובר בסיטואציה יוצאת דופן, אך גם היא מהווה סוג של פתרון במקום שבו עוה"ד, מתוך האוטונומיה שלו ומה שחשב שראוי לעשות, לא מוכן לטעון את הטענות שהלקוח שלו דורש ממנו להעלות.

← **סירוב מעין זה תמיד חושף את עוה"ד בפני טענות רשלנות כנגדו**, לפיהן אילו היה פועל כפי שהתבקש מהלקוח התוצאה יכולה הייתה להיות יותר טובה, **עם זאת ניתן לראות בפסיקות אחרות כי טענות מעין אלו אינן מתקבלות ע"י בהמ"ש.**

שיעור 8 – 09/12/2020

היום נדבר על גבולות חובת הנאמנות ללקוח, כאשר חובת הנאמנות לבית המשפט גם היא מייצרת במובן זה מעין גבול. בנוסף, נדבר גם על רשלנות מקצועית ביותר הרחבה מאשר שעשינו עד כה.

נושא 7: רשלנות מקצועית – החובה לפעול במסגרת החוק

גישת האתיקה זנחה את התפיסה הדומיננטית של עורך הדין כחבר להשכיר שיעשה הכל למען הלקוח, וכעת דוגלת גישה זו אשר מבקשת לאזן בין החובות והאינטרסים השונים.

הפעלת שיקו"ד בביצוע פעולות

דוגמה:

"עורך דין א' מתבקש ע"י לקוחו, עברייני מורשע המרצה עונש מאסר בבית הסוהר, להעביר מעטפה לעורך דין ב', אשר גם הוא מייצג את אותו לקוח. עורך דין א' משוחח עם עורך דין ב' ועורך דין ב' מאשר בפניו, שאכן הוא מצפה למעטפה מהלקוח, מבלי

לציין בפניו מהו תוכנה של המעטפה. עורך דין א' נעתר לבקשה, ופוגש במחלף דרכים בראשון לציון שליח מטעם הלקוח, שאת זהותו הוא אינו מכיר. השליח מעביר לידי מעטפה ועורך דין א' מבין, שאין בה מסמכים כפי שציפה, אלא מדובר במעטפת כסף "די עבה". הוא ממשיך בשליחות ומעביר את המעטפה לעורך דין ב', במשרדו בתל אביב ... עורך דין ב' פותח את המעטפה, כאשר הוא מצפה למצוא בתוכה שכר טרחה שמגיע לו מהלקוח, בסך 1000 דולר. במקום זאת, הוא נוכח לגלות, שבמעטפה ישנם 20,000 אלף דולר במזומן ... הוא מתקשר ללקוח ודורש ממנו שישלח משהו לקחת את הכסף. כעבור זמן קצר, מגיע אליו נציג מטעם הלקוח. עורך דין ב' משאיר לעצמו את 1000 הדולרים שמגיעים לו כשכר טרחה ומוסר לפלוני את 19,000 הדולר הנותרים.

האם בכך שהעבירו את המעטפה הלאה, מבלי לברר מהיכן הגיע הכסף ולמי הוא מיועד, התנהגו שני עורכי הדין באופן שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין, וביצעו עבירת משמעת?

האירוע הזה קשור לפרשת רצח השופט עדי עזר, בעקבותיה הייתה פרשת חקירה של סנגור אחר שבסופו של דבר התאבד. בדיעבד התגלה, כי הסכומים שקיבל עוה"ד נועדו לתשלום בעבור האדם שהוזמן לרצוח את השופט. עוה"ד לא ידעו, וגם לא נטען כי ידעו, וכאמור בכל זאת הועמדו לדין משמעת בשאלה האם בכך שהעבירו את המעטפה הלאה, מבלי לברר מהיכן הגיע הכסף ולמי הוא מיועד, התנהגו שני עורכי הדין באופן שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין, וביצעו עבירת משמעת?

דין:

- אפשר לטעון כי לעוה"ד יש אחריות אישית ומדובר בעצימת עיניים ופעולה בראש קטן, בנוסף אין זה מתפקידו של עוה"ד להעביר מעטפות עבור הלקוח שלו. ניתן לטעון כי עוה"ד שיתפו פעולה עם עולם עברייני.
 - מנגד, ניתן לטעון כי אין מדובר בפעולה פסולה, ואין זה מאחריותו של עוה"ד לנבור בפעולותיו של הלקוח מעבר לגבולות התיק בו הוא מטפל עבורו. בסופו של דבר עוה"ד ידע והתכוון לקחת את שכר הטרחה שלו וזו הייתה כוונתו ומטרתו.
 - אין זה מתפקידו של עוה"ד לברר מהיכן הגיע הכסף איתו בחר הלקוח לשלם לו.
- ההכרעה של ביה"ד המשמעת:

נטען כי חוסר האתיקה הוא בעצם לקיחת התשלום בדרך זו.

עמל"ע (י-ם) 51627-01-15 ועדת האתיקה של מחוז תל אביב נ' עו"ד שגיב בר שלום: ביה"ד הארצי זיכה את עוה"ד וקבע כי "עצם הפעולה של קבלת תשלומי שכ"ט באמצעות שליחים, מחוץ למשרד, הינה פרקטיקה נהוגה שאולי ראויה לביקורת ואף לפיקוח. ראוי שעורכי דין המתבקשים להעביר מעטפות ובהם מסמכים או כספי שכ"ט עבור עורכי דין אחרים, יעשו כן **במשורה ותוך הפעלת שיקול דעת**, שמא ינצלו צדדים שלישיים דרך זו לביצוע פעילות עבריינית. **יחד עם זאת, אם בכל מקרה שבו משולם שכ"ט, שומה יהא על עורך דין לחקור ולשאול מדוע התשלום מבוצע כך ולא אחרת**, לבחון את כל החלופות האפשריות, אף שמדובר בקולגות – **יהא בכך נטל והרתעת יתר, אשר יפגעו בסופו של דבר בציבור הזקוק לייצוג משפטי**".

על החלטה זו לשכת עוה"ד הגישה ערעור:

הלשכה טענה שיש פה חריגה מגבולות הנאמנות ללקוח ונדרש לקבוע נורמה אחרת, למרות שמדובר בנורמה שכיחה ייתכן כי יש להוקיע אותה בגלל המצבים אליהם היא יכולה להוביל. נדגיש כי לא ניתן להתעלם מההקשר של הדין בתיק, בגלל החקירה של הרצח התגלתה כל הסיטואציה ובשל כך פעולתם הפכה לכאורה לחריגה, על אף שברגיל היא נהוגה בדרך שבשגרה.

בר שלום בית המשפט המחוזי מרשיע וקובע כי "נאמנות אינה בבחינת ציות עיוור לבקשת הלקוח והפיכת עורך הדין לשכיר חרב של הלקוח [ניצול חיסיון עו"ד-לקוח] ... כאשר מדובר בפעולה לא משפטית ואף פעולה פשוטה כמו העברת מעטפה שיכולה להיעשות על ידי כל שליח, חייב עורך הדין להפעיל שיקול דעת ולברר עם הלקוח בטרם יסכים לבצע את הפעולה, מדוע דווקא הוא מתבקש לעשות זאת ולא אדם שאינו עורך דין" (ידיד בהמ"ש).

ככל שהזיקה בין הפעולה שמתבקש עורך הדין לבצע עבור הלקוח, לבין מקצוע עריכת הדין, היא רופפת יותר, כך גובר המשקל שעליו ליתן לחובותיו להגן על שלטון החוק ועל כבוד המקצוע.

כלומר, מצד אחד לעוה"ד יש חובת נאמנות ללקוח ועוה"ד יטה לפעול לפי בקשתו, אולם בהמ"ש אומר שלעוה"ד יש גם חובות נאמנות אחרות, ועליו לבחון עד כמה הפעולה שביקש הלקוח קשורה למקצוע שלו, וככל שהיא יותר רחוקה מהמקצוע וכל אדם יכול לעשות אותה, הרי שצריך לפעול אחרת ולתת מקום לחובות הנאמנות האחרות (כבוד המקצוע ושלטון החוק).

הערה: בשיטה של איזונים המשקל והאחריות בסופו של דבר מוטלת על עוה"ד לבצע את השיקולים האיזונים והראויים. לכאורה הפעולות הללו חלות תחת החיסיון, אולם החיסיון חל על פעולות שיש להן קשר ענייני לשירות המקצועי, ומקום בו עוה"ד הופך שותף לעבירה – החיסיון לא חל, שכן לפעילות העבריינית אין קשר לשירות המקצועי כעוה"ד ויש לשים לב לקו גבול זה.

רשלנות מקצועית

יסודות עולות הרשלנות:

סעיף 35 לפקודת הנזיקין – רשלנות

עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלנות; ואם התרשלנות כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות.

- חובת זהירות. פסקי הדין שעוסקים בתביעות של רשלנות המקצועית, מנתחים בתוך חובת הזהירות את התוכן של החובה לנהוג במסירות וזהירות ללקוח, ומתי התנהגות סוטה מהדרישה הזו.
- התרשלנות.
- קשר סיבתי בין ההתרשלנות לנזק שנגרם.

דוגמאות לרשלנות מקצועית של עורכי דין:

לוי נ' שרמן (פס"ד מרכזי בקביעת חובת הזהירות של עוה"ד)

מדובר על עסקת נדל"ן שהשתבשה. בהמ"ש מדבר על שני בסיסי הקשר וההתגוננות בין עוה"ד ללקוח:

1. חוזי.

2. רשלני.

"הבסיס העיקרי לחבותו של עורך דין כלפי לקוחו הוא בסיס חוזי. בין עורך הדין לבין הלקוח קיים הסכם, לפיו מתחייב עורך הדין להגיש ללקוח שירותים של עריכת דין, בתמורה לשכר-טרח המושלם לו. ... הבנה והתנאה מכללא בכל הסכם כזה הן, כי לעורך הדין, המקבל על עצמו את ייצוג הלקוח, יש המידה הנדרשת של ידע, מיומנות ומאומנות הנדרשים במקצוע עריכת הדין, וכי מתחייב הוא להפעיל כישורים אלה לטובת עניינו של הלקוח. התרשלנות בייצוג עניינו של הלקוח או בהפעלת מידה סבירה של מיומנות ונאמנות, הגורמת נזק ללקוח, ועל אחת כמה וכמה התנהגות שיש בה הפרת אמונים ואי-יושר כלפי הלקוח עשויות לשמש עילה לתביעה בגין הפרת החוזה או בשל הפרת חובותיו כלפי הלקוח. בסיס אחר לחבות עורך הדין יכול שיהיה במעשה עוולה כגון רשלנות מקצועית של עורך דין .."

בהמ"ש הגדיר מהי חובת הזהירות של עוה"ד כלפי הלקוח: אחריותו של עורך הדין לפעול במיומנות ובזהירות כלפי לקוחו אינה אחריות מוחלטת, ולא כל טעות מהווה מעשה של רשלנות. עורך הדין אינו נדרש לחשב מראש את כל האפשרויות בכל תרחיש עובדתי והוא יוצא ידי חובתו כאשר הוא מפעיל שיקול דעת סביר, גם אם בדיעבד יתברר כי זה היה מוטעה.

השופט לוי מונה רשימה הקובעת מה זה אומר לפעול במסגרת חובת הזהירות:

- עורך דין המקבל על עצמו טיפול בעניין מציג לפני הלקוח מצג מכללא לפיו הוא בעל הכישורים המתאימים, הידע והיכולת. אם עוה"ד לא בקיא בתחום, ובחר לייצג בכל מקרה בתחום זה, מהווה הפרת חובת הזהירות כלפי הלקוח ובכך מתקיימת עוולת הרשלנות.
 - רמה מסוימת בידיעת החוק.
 - עמידה בלוח זמנים.
 - להכין כראוי את התביעה ולפעול בהתאם לסדרי הדין, להופיע כנדרש בבתי המשפט ולנהל את הדיונים שם כראוי.
 - ייעוץ ללקוח לגשת לערעור בעוד שכל עו"ד אחר היה יודע שאין סיכוי הצלחה.
 - להודיע ללקוח על מצב הדברים לאשורו, בכל הקשור לחוק ולפסיקה.
 - להסביר את משמעותו של כל מסמך שהלקוח חותם עליו.
- רשימה זו מתייחסת למרבית ההיבטים של הייצוג, אולם יש פער בין הסטנדרט שקובע בהמ"ש לבין מה שקורה בפועל ובין היכולת של הלקוחות לדעת מתי הסטנדרט הזה מופר.

תביעות רשלנות מקצועית – הסתכלות מערכתית:

בשנים האחרונות אנחנו עדים בשינוי בתחום תביעות הרשלנות נגד עוה"ד, וכיום ישנה אינפלציה מסוימת בתחום. הדבר נובע בין היתר מהעומס הקיים בשוק עוה"ד. ואולם, תביעות רשלנות מקצועית שקשורות לאופן בו עוה"ד ניהל את התיק, ובפרט לאופן בו טען או לא טען בבהמ"ש קשה מאוד לנצח. זאת משום שבתביעה מסוג זה שאומרת כי הלקוח הפסיד מפני שעוה"ד היה רשלין קשה להוכיח את הקש"ס, שהרי ישנו קושי להוכיח כי אילו עוה"ד היה נוקט באסטרטגיה אחרת הלקוח היה מנצח את התיק. לא זו אף זו, יש פה קושי מערכתי, כך למשל, אדם הפסיד במשפט פלילי, ערער ולא הצליח בערעור, ולכן הולך לתביעת רשלנות מקצועית ומצליח. ברי שיש כאן קושי פנימי מובנה במערכת – במשפט אחד הוא יושב בכלא, אבל במשפט פלילי סוג של אומרים לו שהוא יושב בכלא - כי עורך הדין שלו התרשל ובגלל ההתרשלות שלו הוא הפסיד במשפט ויושב בכלא. יתרה מכך, לא ניתן להתייחס לפס"ד של בהמ"ש כנזק, אלא מדובר בהכרעה ומבחינתנו כמערכת היא הכרעה נכונה ולא ניתן להתייחס אליה אפילו מבחינה סמנטית כנזק (ברק). באנגליה אף לא מאפשרים לתבוע על עניינים כאלו, אמנם בישראל אנחנו לא שם אך רוח הדברים עדיין משמעותית ומאוד קשה להצליח בתביעה כזו. לא כל טעות מהווה רשלנות, זו הבחנה שחשוב לשים לב אליה – אי שאילת שאילה לא משתווה להימנעות מלגשת לטאבו למשל.

המצב המשפטי כיום: אלה תביעות שקשה להצליח בהם. עיקר ההצלחות ופיצויים גבוהים נמצאים בתחום הנדל"ן בדברים שעורכי דין עושים בעריכת עסקאות – שם בית המשפט לא היה מעורב. בית המשפט נוטה להתערב שם יותר (גם עו"ד מבוטחים בביטוח של ביטוח מקצועי), תביעות של הפרת סודיות, אבטחת מידע – אבל פחות בתביעות ביחס להתנהלות בתוך בית המשפט.

רשלנות מחוץ / בתוך בית המשפט

פס"ד מועלם נ' חי

רקע: תיק זה עוסק בחוזה שעו"ד ערך בין אביו של מאור בוזגלו (שהיה קטין אז) ומכר את הבעלות על כרטיס השחקן של מאור. החוזה התגלה כחוזה דרקוני, מפני שבכך התקבלה עליו בעלות עד גיל 40 (היה בן 14 בחתימה), וחלוקת האחוזים הייתה בעייתית ביותר. בדיעבד התברר כי האב היה במצוקה כלכלית, ובין היתר מכך החוזה. עוה"ד בתיק ייצג את שני הצדדים – האב, וסוכן השחקנים. עריכת חוזה ע"י עורך דין שמייצג את שני הצדדים היא קשה מבחינת אתית, מפני שעליו לייצג את האינטרסים הנוגדים לעיתים של שני הצדדים (עוה"ד לא יכול לייצג שני צדדים במשפט, אבל בחוזה זה אפשרי).

התובע ביקש לקבוע כי הנתבע הפר את ההסכם עמו וכי הפר למעשה את החובה המעוגנת בסעיף 39 בחוק החוזים, לפיה על צד לחוזה לקיים את האמור בחוזה בתום לב. באשר לעילת הרשלנות, טוען התובע כי הנתבע חרג מסטנדרט ההתנהגות הסביר בהכנת ההסכם. על אף שמדובר בשתי עילות שונות, בנדיקין ובחוזים, אין למעשה הבדל ביניהן בבחינת סטנדרט ההתנהגות הנדרש מעורך הדין אמת המידה להתנהגות הנדרשת מעורך דין מבוססת הן על ההלכות הכלליות בדבר סטנדרט ההתנהגות הנדרש מבעל מקצוע, הן על הדין הספציפי הקובע את נורמות ההתנהגות הראויות לעורך דין, והמעגן בחוק לשכת עורכי הדין ובתקנות על פיו.

בהמ"ש קבע שהחובה נוגדת את תקנת הציבור ולכן צריך לשחרר את השחקן מהחובה, שהרי לא סביר לכבול אותו לחובה כזה לשנים כל כך ארוכות.

לאחר מכן, הסוכן תבע את עוה"ד בטענה שבכך שיצר חובה כזו הוא הפר את חובת הזהירות שלו כלפיו, חרג מסטנדרט ההתנהגות והתרשל, וזאת למרות שהחובה לכאורה היה לטובתו. בהמ"ש קבע כי אכן מדובר ברשלנות, מפני שניסוח חובה הנוגד את תקנת הציבור, מהווה הפרת של חובת הזהירות ועולה כדי רשלנות.

פס"ד זה מדגים גם את עולות הרשלנות, אך גם את גבולות חובת הנאמנות, בכך שבקיום חובת הנאמנות של עוה"ד ללקוח בצורה כ"כ קיצונית כך שאף נגדה את תקנת הציבור, חרג למעשה עוה"ד מחובתו. על עוה"ד לדעת מהם הגבולות, להפעיל שיקול דעת מקצועי ולהבין כי החובה שכתב הוא חובה לא ראוי. בנוסף, עוה"ד הפר את חובת הנאמנות שלו גם כלפי הצד השני. לכאורה עוה"ד יכול לטעון כי החובה מהווה סטנדרט במשק בתחום זה, ובקביעה כי עוה"ד לא בסדר מפני שכיום לפתע מדובר בעניין שנוגד את תקנת הציבור יש משום חוכמה שבדיעבד. עם זאת, במקרה דנן ישנן נסיבות מחמירות – מידת הדקונית של החובה, העובדה שהוריו של הילד חתמו עבורו לשנים כל כך ארוכות וכו'.

בפסה"ד יש היבט של תפישה המתייחסת לעוה"ד כאחראי על כולם, לעוה"ד יש אחריות בעולם ובעצם ההשתתפות של עוה"ד במו"מ הוא נותן לחובה משמעות חוקית ויש לו אחריות מעבר כלפי הציבור, מערכת המשפט וכלפי צדדים שלישיים שנפגעים. תפיה זו שמה את המוסר בתוך המשמעות החברתית של תפקיד עוה"ד.

ע"א גיאות נ' גולדפרב: מדובר בחברה עסקית שנכנסת לעסקת נדל"ן, שוכרת נכס כדי להקים מסעדה והעניינים מסתבכים. עולה שם שאלה איך לפעול, האם לפנות את הנכס? להפר את ההסכם? האם לחתום על הסכם גישור? בסוף העניינים התגלגלו בצורה לא טובה, הלקוחה הפסידה הרבה כסף. היא מעלה כל מיני טענות, לרבות טענות של רשלנות של עורכי דינה ממשד גולדפרב. השאלה: אילו מעשים נדרש עו"ד לעשות כאשר לקוח אינו מקשיב לעצותיו? האם קמה לעוה"ד חובה "לעשות מעשה" - עד כדי התפטרות מייצוג - במקרים שבהם לקוחו פועל בניגוד לרצונו? ואם לא עשה כן, האם יש בכך משום רשלנות מקצועית של עוה"ד?

כלומר, עוה"ד נתן עצה שהתברר בדיעבד כנכונה, אך הלקוח לא קיבל את העצה. נשאל האם גם כן יכולה להיות התרשלנות של עוה"ד מפני שלא עשה מספיק כדי להבהיר לו שהוא שוגה.

בהמ"ש מצטט **פס"ד עמיר נ' עו"ד דורל** של **הנשיאה חיות**, בו קבעה: "נראה לי, כי כאשר פרקליט מייצג צד במשא ומתן לקראת חתימתו של חוזה מכר ובמהלך המשא ומתן הוא משוכנע, כפי שהנתבע 1 מעיד על עצמו, כי הנוסח הסופי של החוזה שהתגבש כולל סיכונים בלתי סבירים מבחינת הלקוח, וכי הוא, כמי שאמור להגן על האינטרסים של הלקוח, אינו יכול לתמוך בנוסח זה מבחינה מקצועית, כי אז עליו לעשות מעשה ולהודיע ללקוח כי הוא מנתק עצמו מן האחריות לאותו נוסח שאינו מקובל עליו, וזאת על מנת שהלקוח יבין את כובד הסיכון שהוא נוטל על עצמו, אם אכן יחתום על הנוסח האמור." כלומר, זו גורסת כי מקום בו הלקוח מבקש לעשות מעשה שעוה"ד תופס **כסיכון בלתי סביר**, חלק מהאחריות המקצועית שלו היא לנתק את עצמו מהאחריות לאותו נוסח שאינו מקובל עליו ואף **להתפטר** כדי להעביר ללקוח את חומרת ההחלטה שלו (באותו מקרה היה מדובר בעריכת חוזה).

בהמ"ש לא קיבל באופן מלא את דעתה של חיות, וייצר פרמטרים לפיהם ייקבע היקף החובה להזהיר את הלקוח מקום שהלקוח פועל בניגוד לעצת עורך הדין (כמה צריך לכבד את אוטונומיה הלקוח לעומת עד כמה צריך להזהיר אותו כשעוה"ד חושב ששיקול דעתו של הלקוח שגוי). הפרמטרים אליהם יש להתייחס כדי לקבוע את היקף חובת האזהרה:

- מיהות הלקוח ומעורבותו (כישוריו, ידיעותיו, מומחיותו). פערי ידע מעצבים את יחסי הכוחות ומאפשרים לאמוד עד כמה הלקוח הוא צד חלש הזקוק להגנה פטרנליסטית. יתרה מכך, פעמים רבות הטעות הינה טעות עסקית המצויה מחוץ לשיקול דעתו המקצועי של עוה"ד.
 - תוחלת הסיכון המשפטי – מה עומד על הכף, מה הלקוח עלול להפסיד. ככל שמה שעומד על הכף משמעותי יותר, כך היקף חובת האזהרה גדולה יותר.
 - מורכבות הסוגייה המשפטית – עד כמה הסוגייה המשפטית פשוטה וניתנת להבנה על ידי הלקוח, ועד כמה ההחלטה נמצאת מחוץ למורכבות המשפטית.
- לאור הקריטריונים הללו נקבע מהו היקף חובת האזהרה.

בהמ"ש קבע כי במקרה דנן, מדובר בלקוחה עסקית, מתוככמת, כאשר הסיכון המשפטי לא היה מאוד גדול, והסוגייה לא הייתה מאוד מורכבת, ולכן חובת האזהרה לא הייתה גדולה וברי כי עוה"ד פעלו על פיה ומילאו אותה. בנוסף, בהמ"ש קבע כי ההתפתרות היא נגזרת של חובת האזהרה, באמצעותה עוה"ד מבהיר בצורה חד משמעית כי הצד בו בחר הלקוח הוא שגוי. לא זו אף זו, בהתפתרות עוה"ד מעביר ללקוח מסר כי הוא לא לוקח אחריות מקצועית על הפעולה הזו. לדעת **המרצה** – ישנו קושי בכך שעוה"ד לא מתחשב בהשלכות הכספיות של ההתפתרות הקשורות להסכם שכר הטרחה של עוה"ד, כמו גם במשמעות ההתחשבות של עוה"ד באוטונומיה של הלקוח שלו. עם זאת, בהמ"ש לא מגדיר את ההתפתרות כחובה, אלא כשאפשרות שכל עוה"ד לשקול אותה מקום בו חובת האזהרה שלו ללקוח היא גדולה.

עריכת דין מתגוננת

בפסה"ד בהמ"ש התייחס גם להמלצה לתיעוד (עריכת דין מתגוננת) במטרה להקל על ההליך הדיוני, אם כי לא הגדיר זאת כחובה – "אכן יש לעודד תיעוד של הייעוץ של עורך הדין ואזהרותיו – גם במקרים של חובת אזהרה מוחלטת – וזאת על מנת להקל על ההליך הדיוני. כך, באמצעות תיעוד מתאים, עורך הדין יוכל בקלות רבה יותר להוכיח כי הסביר ללקוח את משמעות בחירתו אך הלה התעקש לדבוק בה. אולם, אין אני רואה לנכון להקים חובת תיעוד האזהרה לכשעצמה". במציאות של ריבוי תביעות עריכת הדין המתגוננת מאפשרת לעוה"ד להגן על עצמם, במקביל להבהרה ללקוח כי מדובר בעניין חמור. אך, **המרצה** בכל זאת אינה תומכת במיוחד בעריכת הדין המתגוננת, בדיוק מהסיבות שניתן לראות גם בתחום הרפואה, כאשר התנהגות מעין זו הובילה ללא מעט קשיים בקשר של הרופאים עם המטופלים שלהם.

עלייה בתביעות אחריות מקצועיות – הסברים אפשריים

(נאמר גם לעיל).

- מורכבות העסקאות, הדין והפרוצדורה – הרשלנות הופכת נפוצה יותר.
- עליית המודעות בקרב לקוחות + עליה בנכונות של עורכי דין לתבוע עורכי דין אחרים.
- עורכי הדין וחברות הביטוח המקצועי כ"כיס עמוק".
- עלייה בנכונות בתי המשפט להכיר ברשלנות של עורכי דין.
- השתכללות הטכנולוגיה, שמירה והעברה של מידע.

נושא 8: חובת הנאמנות כלפי בית המשפט והאיסור להטעות את בית המשפט

מה היחס בין הנאמנויות עוה"ד? שלוש גישות ליחס בין שלוש הנאמנויות

1. **גישת בתי המשפט** – קיימת היררכיה והנאמנות לבית המשפט גוברת.

- **זמורה**: "אין סתירה ביניהן [הנאמנויות השונות] ... מי שאינו מסייע לבית המשפט להשליט צדק, אינו מסייע אף לשולחו, אדרבא, הוא מזיק לו."
- **חשין (חנא)**: חובתו (ההיפותטית) של עורך דין כלפי מרשו וחובתו כלפי בית המשפט – חובתו כלפי בית המשפט נעלה ועדיפה."

2. **גישת עורכי הדין** – הגישה הדומיננטית למקצוע – יש היררכיה והנאמנות העליונה היא ללקוח.

3. **גישת האתיקה** – מודל הנאמנויות השונות והמתנגשות. מאזן בין הנאמנויות השונות בהתאם למקרה הנתון.

חובות כלפי בהמ"ש, צד ג' (והציבור?) – רקע

כשמדברים על חובת הנאמנות כלפי בהמ"ש והחברה, יש שינוי פרדיגמטי של בניסוח המוסר לתוך תפישת התפקיד של עוה"ד. מצד אחד, יש את **התפישה הדומיננטית למקצוע** שעלתה בסרט על עוה"ד ששמרו את הסוד מהשיעורים הקודמים. גישה זו אומרת שעוה"ד מחויב רק ללקוחו ואין לו אחריות למי שנפגע מהפעולות שקשורות לייצוג המשפטי ולתוצאותיו. אולם, **גישה זו הולכת ונחלשת**, גם בעולם התאגידי. דוגמה: **חברת מקינזי בארה"ב** היא חברת ייעוץ עסקי. היו טענות שהיא נתנה עצות עסקיות לחברת תרופות של משככי כאבים שהביאו להתמכרות גדולה. אמש, מקינזי פרסמה התנצלות. **זה חלק משינוי בתפישה שגם לתאגידים יש אחריות, ועוה"ד לא שונים, הם חלק מהשינוי והמגמה הכללית הזו.** כלומר, מהצד השני, **ישנה נטייה להחזיר את עורך הדין לתמונה הנורמטיבית**, לשמור על רמה של יושרה מקצועית, ולא להפוך את עורך הדין לחרב להשכיר הפועל ללא מגבלות ערכיות (**נטע זיו**). עוה"ד לא יכולים לפעול בלי מגבלות ערכיות. הם צריכים להיות אחראים לעצותיהם ולדברים שקורים בעקבות הייצוג (מגבלות הייצוג וגבולות חובת הנאמנות ללקוח).

תפקידו של עוה"ד בשיטה אדברסרית – עוה"ד כ- officer of the court

ניתן להבחין בהרחבה של רעיון עוה"ד כ"קצין בית המשפט" גם כאשר הייצוג מתרחש מחוץ לבהמ"ש. עוה"ד בעמדה למנוע את הנזק מהצד השלישי.

מצד אחד, הופך את השופט לפסיבי ומביא אותו לסמוך על עוה"ד. מצד שני גישה זו היא לעומתית (ניתן להסתיר דברים, לשלוף ראיית זהב ולהפתיע וכו') ולכן זה מורכב לסייע לבהמ"ש כי יש גם חובה לסייע ללקוח.

כאמור, דיברנו על מתיחות בין חובת הנאמנות ללקוח, לחברה ולפרופסיה. החובה הכי משמעותית לחברה מתבטאת בחובת עוה"ד לבהמ"ש, שקבועה **בס' 54 לחוק לשכת עוה"ד אשר מחיל חובה על עוה"ד לעזור לבהמ"ש**: "במילוי תפקידו יפעל עוה"ד לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבהמ"ש לעשות משפט". אולם, בנוסח המקורי היה כתוב לסייע לבהמ"ש לעשות צדק ובנוסח הקיים כיום ניסוח זה מרוכך.

בנוסף, חובה זו מופיעה גם **בכלל 2 לכללי לשכת עוה"ד המדבר על יחס כבוד לבהמ"ש**, אשר קובע כי עוה"ד יפעל בנאמנות ובמסירות "תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבהמ"ש". כלומר, **חובת הנאמנות ללקוח מסתיימת במקום בו היא מתנגשת עם חובת הנאמנות לבהמ"ש** - זוהי גישתו של בהמ"ש (**חשין**).

עניין זה וסעיפים אלו מבטאים בנוסף לכך גם את **צומת הנאמנויות של עוה"ד**, כמו גם את **מגבלות הייצוג וגבולות חובת הנאמנות ללקוח**.

מה זה אומר לעזור לבהמ"ש לעשות משפט? אין לכך הגדרה אחת. ככלל, חובה על עוה"ד לא להפריע, לא לעכב שלא לצורך, לא לחבל בעבודת בהמ"ש, לא להטעות את בהמ"ש. בלי קשר לחובת עוה"ד באופן כללי לא מקבלים התנהלות בחוסר תו"ל.

חובות כלליות וחובות ספציפיות

- כלליות:

- החובה לעזור לבהמ"ש;
- החובה להפגין יחס של כבוד לבהמ"ש (להתלבש בהתאם, לפנות בהתאם, לקוד קידה, לא להפנות את הגב).

- קונקרטיות:

- החובה של להטעות את בהמ"ש (כלל 34 לכללי לשכת עוה"ד);
- החובה שלא לשבש את עבודתו של בהמ"ש;
- החובה לנהוג בתו"ל בשימוש בזכויות דיוניות;
- חובות הקשורות למגע עם עדים.

הוצג סרטון – ראיון של אילנה דיין עם אביגדור פלדמן – בתי המשפט הוא משחק שקר (קישור).

בסרטון אילנה דיין ראינה את עו"ד אביגדור פלדמן בעניין המקום של אמת ושקר בהליך המשפטי ותפקיד עוה"ד בהקשר הזה בעיניו. עו"ד אביגדור פלדמן חזר וציין כי השקר צריך להיות אסתטי, כי כל חייו נשף מסכות. לדבריו, הוא חי חיים מקצועיים שאין בהם תועלת או הנאה לאף אחד.

כלל 34 לכללי לשכת עוה"ד – איסור הטעיה

34. (א) לא יעלה עורך דין, בין בעל פה ובין בכתב, טענה עובדתית או משפטית בידעו שאינה נכונה.

(ב) האמור בסעיף קטן (א) אין בו כדי למנוע הכחשה בכתב טענות בהליך אזרחי, או כפירה בעובדה בהליך פלילי.

אין הדברים שאמר עו"ד אביגדור פלדמן בראיון מסתדרים למעשה עם כלל 34, הקובע כי לפיו לא יעלה עוה"ד בין בע"פ ובין בכתב טענה עובדתית או משפטית בידעו שאינה נכונה?

שיעור 9 – 16/12/2020

ניתן להבחין כי **כלל 34 (א) מתייחס למה אסור לעוה"ד לעשות**. הסעיף מתייחס להטעיה בכתב או בע"פ באמצעות טענות עובדתיות כמו גם בטענות משפטיות (הטעיה בטענה משפטית אפשרית ע"י ציטוט מגמתי/חלקי וכו'). כמו כן, הסיפא של הסעיף מונעת מעו"ד, כמצב נפשי, להעלות טענה שהיא לא נכונה במודע (מה זה משהו לא נכון – האם מדובר בעצימת עיניים? האם עוה"ד חייב לחקור ולבדוק את נכונות הדברים? מה היקף החובה?).

כלל 34 (ב) מתייחס למה מותר לעוה"ד לעשות: להתכחש לנטען בכתב טענות אזרחי, ואף לכפור בכתב האישום גם אם הנטען באלו הוא אמת.

ועדיין, הסעיף מבחין במפורש בין תחילת ההליך – התשובה לאישום/הנטען בכתב ההגנה, לבין מהלך ההליך – בו עוה"ד לא יכול להעלות טענות שקריות.

על פניו מקריאת הסעיף רק לעוה"ד אסור לשקר, אך הכוונה גם להעדת עד שקר, והגשת מסמכים שקריים. כלומר, לא ניתן להביא שום ראיה מוחשית / עדות כאשר ידוע לעוה"ד שמה שנאמר בהם הוא שקר. תחולת הכלל היא רחבה.

איסור הטעיה בעניין משפטי

דוגמה:

ע"א 6586/10 ראובני נ' פקיד שומה תל אביב

עוה"ד כתב בכתב הטענות שלו שההלכה היא א', בעוד שהיא ב'. בנוסף, עוה"ד צירף לערעור שלו העתק של פסה"ד אותו ציטט כאשר מחק את פרטי פסה"ד וטען כי מדובר בפס"ד עליון בעוד שהוא פס"ד מחוזי, ויתרה מכך הותיר במסמך אמרות אגב ללא בסיס. תגובת בהמ"ש:

"פסק הדין של בהמ"ש העליון בעניין פז-גז אינו קובע את אשר טוען לו המערער. למעשה, פסק הדין שצורף לערעור, לאחר שנמחק ממנו כל פרט מזהה, ואשר המערער טוען שהוא פסק דינו של העליון, אינו אלא פסק דינו של בהמ"ש המחוזי בעניין פז גז. הקביעות האלו לא אומצו על ידי העליון, וגם במחוזי היו רק אמרות אגב מסויגות. לכאורה, די בהתנהגות זו של המערער, שיש בה משום חוסר תום לב דיוני ואף ניסיון להטעות את בהמ"ש כדי להביא לדחיית טענותיו בעניין זה, אלא שכאמור לא מצאנו שיש לקבל גם לגופו."

המקרה הזה מהווה דוגמה להטעיה בעניין משפטי. לרוב בהמ"ש מכיר את החוק וההלכות, ומעבר להתנהלות הלא ראויה מדובר בהתנהלות לא חכמה בהתחשב בנסיבות.

איסור הטעיה בעניין עובדתי

מדובר בעניין יותר מורכב מבחינת היישום שלה בפועל.

בעניין זה נדרש יסוד נפשי.

בעניין משפטי, עוה"ד מוחזק כמי שידע את החוק והפסיקה, כך שאם הוא מטעה בעניין משפטי גם אם באופן סובייקטיבי לא ידע, באופן אובייקטיבי רואים אותו כמי שידע. עם זאת בעניין עובדתי זה קצת אחר.

מהו היסוד הנפשי הנדרש?

- **מודעות בפועל / ידיעה קונסטרוקטיבית** (צריך היה לדעת) מקום בו מדובר בטענות חשובות.
- במאמרה של **לימור זר גוטמן** – היא מרחיבה את היס"נ **גם לעצימת עיניים** מן הטעם שעורך דין לא יכול להיות ראש קטן. ודאי ככל שמדובר בעובדה יותר חשובה, כך החובה של עורך הדין גדלה לבדוק שמה שהוא טוען לו אם הוא באמת נכון. אמירה במאמר שאינה הלכה.
- **הטעיה במחדל – סעיף 54 לחוק לשכת עוה"ד – החובה כלפי הלקוח וכלפי בהמ"ש: החובה לסייע לבית המשפט:**

דוגמאות להטעיה במחדל:

- **בר"ש 9951/16 עו"ד משה גרין נ' לשכת עורכי הדין מחוז תל אביב: השופט רובינשטיין** קבע כי ניתן להעמיד עורך דין לדין משמעתי בגין הפעולות שעשה מחוץ לתפקידו, וכן לגבי מעשים שעשה בשעה שהיה מיוצג על ידי עורך דין אחר "ברי כשמש בצהרי היום כי תיתכן הטעיה במחדל".
- נשאלת השאלה: אם התביעה רשלנית ואיבדה את החומר – זו בעיה שלה, המצב הוא שיש את התיק אצל ההגנה, ועורך הדין יכול בקלות לפתור את הבעיה בזה שהוא ייתן להם לצלם את החומר. אכן, התביעה הייתה רשלנית, אבל בית המשפט קבע **שהמטרה היא לא לעזור לפרקליטות אלא לעזור לבית המשפט לעשות משפט**. כלומר, מהרגע שהוגש כתב אישום – אנחנו בעולם של משפט – ובהתאמה העזרה היא לא לפרקליטות אלא לבהמ"ש.
- **עפ"ג (מרכז) 38755-05-17 מד"י נ' פנסו** – בפסה"ד עוה"ד לא אמר משהו לא נכון, אלא פשוט שתק. כך,

בפסיקה רואים דוגמאות בהן בית המשפט מגדיר הטעיה כהטעיה שחלה גם במחדל:

נשאלת השאלה: מהי נפקותו של גזר הדין שניתן מבלי שבית המשפט ידע שהנאשם נידון יום קודם למאסר ממושך של 38 חודשים בתיק אחר?

במקרה דנן, רק הסנגור ידע על זה, בעוד בהמ"ש והפרקליטות לא ידעו. זה משנה כי כשנגזרים לבית המשפט כמה עונשי מאסר ברירת המחדל שהוא ירצה אותם באופן חופף, ואם הוא רוצה הוא צריך להגיד במפורש שהוא

יגיד שזה יצטבר. התביעה טענה שלו ביתה משפט היה יודע – ייתכן שביתה משפט היה פוסק שהוא צריך לרצות את העונשים בצורה מצטברת. האם הסנגור היה צריך לגלות את זה או שהוא צריך לשמור על חובת הנאמנות ללקוח ושהתביעה תעבוד בצורה מסודרת.

פסק הדין קבע שהחובה לבית המשפט היא רחבה ושההטעה יכולה להיות גם במעשה וגם במחדל – ושהסנגור היה צריך להגיד. חובת הנאמנות לא יכול לבוא על חשבון הטעה של בית המשפט בבואו לעשות צדק. אמנם גם המדינה התרשלה ובכך חטאה לחובתה לסייע לבית המשפט לעשות משפט.

ההחלטה: ביטול גזר הדין והשבת הדין לערכאה הדיונית.

הרצאת אורח – עו"ד עידית שחם – לא למבחן!

דילמות אתיות ב-ADR

עו"ד שחם החליטה כבר בתחילת דרכה שהיא מדירה רגליים מבהמ"ש, ומוצאת דרכים אחרות להסדיר סכסוכים בין צדדים. הדבר נובע מהאופי שלה בין היתר, כמי שמנסה ליישב קונפליקטים בכבוד הדדי ובדרכי נועם, ולא דרך עימותים ומשחקי כוח. יש דילמות אתיות גם בתחום ה-ADR מפני שאמנם מדובר בהליך מובנה, אך בתוך התהליך מנעד ההתנהלות מאוד רחב.

ההבדל בין הליך מסורתי להליך בשיתוף:

ההליך המסורתי	הליך בשיתוף
חשיבה מתנגדת	שותף לחשיבה
הלקוח שלי	"יונתן"
גילוי	איסוף מידע
זכויות	צרכים/אינטרסים
עמדות	חלופות/אופציות
מרוויח – מפסיד Win/Lose	הדדיות WIN-WIN מוסכמת
עבר שלי	עתיד חיובי

ההליך המסורתי (בבהמ"ש) הוא מאוד רשמי, מכון לשיח של עמדות, יריבות, זכויות. מנגד, הליך בשיתוף מבקש שינוי פרדיגמה, לפיו הצד שכנגד הוא שותף לפתרון הבעיה למרות הפער ברצונות הצדדים והקונפליקט ביניהם. כלומר, הצד שכנגד הוא צד שמסייע במציאת הפתרון הנכון והטוב ביותר לשני הצדדים (WIN-WIN). בהליך בשיתוף השיח לצדדים הוא גם אחר, אין פניה לצדדים כמרשי/המשיב/התובע בגוף שלישי, אלא ההתייחסות היא בשמות הצדדים, כבני אדם עם רגשות.

בסכסוכי משפחה רואים את ההבחנה הזו באופן מאוד בולט, וזאת מתוך ההבנה שישנם יחסים מתמשכים במקרים אלו, ויש חשיבות לאופן סיום הסכסוך ופתרון הקונפליקט, בדרך שתאפשר להם להמשיך ולהיות תא משפחתי מכאן והלאה.

יש להדגיש כי אין מדובר בעולם אוטופי, עדיין יש מאבק אך הוא נעשה מנקודת מחשבה אחרת.

ואולם, הליך בשיתוף פעולה מעלה שאלות (מיושם בארץ שמיושם בעיקר בסכסוכי גירושין):

א. **ניטרליות – כשיש פערי כוחות?** – המקום של מגשר כמייצג במשפט/גירושין בשיתוף פעולה, מה עורך הדין שרואה פערי כוחות גדולים בתוך החדר (יכולים להיות בהרבה מישורים: כלכליים, ביכולת לנהל משא ומתן) האם עו"ד מתערב ומסייע בצד החלש ובכך פוגעת בניטרליות? ברגע שאני מתערבת - מישו לא יהיה מרצה מזה. לכן עולה שאלה עד מתי משמרים את פערי הכוחות?

ב. **מהו ייצוג נכון בהליך כזה?** – האם לייצג באופן נכון זה לתת מאבק ולעשות את כל התהליך כמשהו שהוא מעין ליטיגציה שבמקום באולם בית המשפט לעשות אותו בחדר סגור? המגושים והלקוחות נמצאים לרוב במצב מחשבתי של ניהול משא ומתן מכבד ללא הרמת קול - זה נתפס בעיניהם כחולשה – שעורך הדין לא מספק את הסחורה. מקרה שהיה: התדיינות בחדר בו כל אחד טען את טענותיו וניסו ממקום נקי למצוא פתרון ולהביא למקום בו שני הצדדים יוכלו לחיות בשלום שיח יחסית נוח ומכבד. בסיום הפגישה הלקוח התעצבן על הרוח הנוחה – ותיאמה עם הקולגה שיריבו ושיהיה

בלגן, עם ביטויים שלקוחות אוהבים לשמוע. המסר היה אותו מסר יחד עם אותן אמירות - אבל זה מה שהלקוח ציפה ולכן העדיף את הדרך השנייה. לכן ניתן להגיד שייצוג נכון זה מה שהלקוח רוצה.

ג. **צד מסכים/אינו מסכים למה שאת כמייצגת חושבת שזה לא צודק/לא חוקי?** מתקיימים בתוך מסגרת של חוק ופסיקה שאותה אנחנו רוצים לכבד ולהיות בתוך המסגרת שלה. יחד עם זאת, אי אפשר לעשות באופן גורף מה שבא לנו או מה שהלקוח מבקש. בסכסוך בענייני גירושין, הלקוח הפך להיות מובטל של הייטק - אבל מרוויח מאוד יפה, ולא היה חשש להכנסותיו. הלקוח ביקש לשלם על כל ילד 2000 ₪ - סכום שלא עומד בשום מבחן של מציאות - גרושתו מכניסה הרבה פחות, והסכומים האלה הם לא ריאליים. הלקוח דרש את זה, והוא היה במקום של take it or leave it. משכך, עורכת הדין סירבה לייצג אותו במצב דברים זה שעלול לפגוע בילדיו.

הליך בשיתוף פעולה ממוקד בלקוח ובצרכיו ומסייע לו להגיע להסכמות הטובות והנכונות לו ללא צורך בפניה לערכאות ולבתי המשפט. בהליך בשיתוף חייב להיות עו"ד לכל צד. עו"ד שחם לא אוהבת את זה שיושבים עו"ד בחדר מפני שהם חייבים "לספק את הסחורה" ללקוח, וזה משפיע על התנהלות ההליך ומשחקי הכוחות בו. בנוסף, הליך זה מאפשר לצדדים לנהל מו"מ בקצב הנכון להם ובהתאם לאפיון תרבותי ולאפיון המתאים להם תוך שליטה מלאה בתהליך ובתוצאה. כוחו של הליך בשיתוף פעולה הוא היכולת להתגמש ולמצוא את הפתרון הנכון המשותף. למשל: הליך שנעשה מותאם לאופי ולתרבות של שני עולי אתיופיה טריים. בכך תופרים את החליפה למידות הצדדים לקונפליקט.

חקיקה:

- א. חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961; כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו – 1986.
- ב. תקנות רואי חשבון (התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע), תשכ"ה – 1965.
- ג. חוק הפסיכולוגים.
- ד. תקנות העובדים הסוציאליים.
- ה. כללי התנהגות (אתיקה מקצועית) של האגודה הישראלית לטיפול במשפחה.
- ו. קוד אתי של מגרשים, פרופסיה אחרת מעבר להוראות החוק והתקנות, שחל עליהם קוד אתי שמחויבים לו, מעבר לזה שיש חיסיון עו"ד. בהליך כזה נשאלה השאלה למי שייך החיסיון - שניהם ויתרו על החיסיון אבל המגשרת טענה שהחיסיון הוא לא של הצדדים אלא של המגשר ושל ההליך - במהותו באופן אינהרנטי הוא חסוי. מה גם שהצדדים חתמו על הסכם שלא להזמין את המגשרת לעדות. מעבר לאתיקה המקצועית של עורך הדין בצורה שמחויבת כלפי הלקוח, היה כאן גם את כלל ההתנהגות מכוח קוד אתי מעבר למה שהחוק קובע.

הפתרון



שיתוף פעולה ע"י ויתור סודיות בין כל חברי הצוות. כי לפתור את העניין הצדדים חותמים על טופס ויתור סודיות - שלפי כל הצוות - אבל רק בתוכו. בכך ניתן לשוחח עם עורך הדין של הצד השני. לפי כלי האתיקה אסור כעו"ד לפנות לצד השני - אני יכולה לפנות רק באמצעות עורך דינו שמייצג אותו. בתרשים נוצר מצב חדש: שעורך הדין בחדר יכול לדבר בחדר באופן ישיר עם הצד השני, ולא עם הלקוח שלי רק. לרוב נבקש שעורך הדין של הלקוח יהיה עד לה - אבל אני יכולה לפנות אליו באופן ישיר, מה שלרוב לא קיים לפי כללי האתיקה.

סודיות התהליך

א. מה קורה כשיש התנגשות בין חובת סודיות לשקיפות?

ב. מה היקף הגילוי לצד השני? גילוי לוות – היחיד שלא יודע זה הצד השני?

דוגמה: אדם העביר ע"ש אימו סכום כסף (65 אלף ₪)? עברה אונס בנערותה? אם הוא לא רוצה שאשתו תדע מזה - מה על עורך הדין לעשות במצב כזה? כסף שהוא שם בצד שחוסך אותו והוא לא רוצה לתת אותו לאשתו. תשובת עורכת הדין - מבקש ממנה להיות שותפה להברחת נכסים, לא חוקי ולא חלק מזה. רוצה ללכת לפי חוק יחסי ממון. אז מה כן? אשתו צריכה לדעת מזה, כי מגיע לה 32 וחצי ₪, וביקשה לשים את הסכום הזה במשא ומתן בהמשך הדרך. כשיגיעו לאיזון ומשא ומתן כלכלי, יחשבו איך מקזזים את זה. מקרה אחר: לקוחה שעברה אונס בצעירותה, אבל ביקשה שלא יעלה בשום צורה שהיא בתוך התהליך. ביקשה להגיד שעורך הדין של הבעל שלה מפחיד אותה והיא לא רוצה שהוא ידע על זה. הרלוונטיות היא שאם היא במצב פוסט טראומתי, הבעל יכול להתנגח בה על זה שהיא לא מסוגלת לטפל בילדים. הבעיה האתית: כולם בחדר יודעים חוץ מעורך הדין. ההגנה שסיפקה ללקוחה שלה: ביקשה מהיועצת הרגשית לדבר עם שני עורכי הדין ולעדכן על סף הרגישות שלה - מה שאפשר לה להרגיש יותר בטוחה בחדר.

ג. יועץ אחד ל-2 בני זוג – מעבר להיות רק של צד אחד? יועצת זוגית של שני בני הזוג, נפגשה עמם שמעה אותם וניסתה לסייע להם. אחרי 5 מפגשים הבעל אמר שיש לו הרגשה שהיא לא ניטרלית, ושהיא לא רואה אותו ושהוא לא מעוניין להמשיך איתה. האישה לעומת זאת אמרה שהיא מרגישה מאוד נוח איתה ושהיא מקצועית. האם היא יכולה לעבור להיות היועצת של האישה בלבד? עורכת הדין ביקשה שהיא תתפטר ומישהו אחר יבוא או שמישהו אחר יבוא לייצג את הבעל. עורכת הדין אמרה שיש פה פגם אתי ועורכת הדין ביקשה להתפטר מייצוג.

ניגוד עניינים בתהליך

- העוסק בתחום יגלה כל חשש לניגוד עניינים בהתאם לכלי האתיקה המקומיים והספציפיים ובהתאם לכלל ה-IACP.
- הלקוח יוכל לוותר בכתב על החשש מפני ניגוד עניינים.

שיעור 10 – 23/12/2020

היום נדבר על שני נושאים הקשורים זה בזה: (המשך השיעור הקודם לפני הרצאת המרצה האורחת)

החובה לבהמ"ש היא חלק מהחובה כלפי הציבור. בעוד החובה כלפי הציבור היא אמנם חובה רחבה ופחות חד משמעית, החובה כלפי בהמ"ש היא חובה המעוגנת באופן קונקרטי בתקנות והיא חלק מהחובה כלפי הציבור. התפישה של עוה"ד כ-officer of the court היא חלק מהתפישה שלו כחלק מבהמ"ש והמערכת המשפטית.

היום נרחיב על הנושא, ונראה שכל הדברים הללו כרוכים אחד בשני.

דוגמה מהמשפט האזרחי להטעיה – החלטה של וועדת האתיקה:

- **שאלתה:** מדובר בפנייה של עורכת דין המייצגת לקוחה בתביעה כספית הנסמכת על זיכרון דברים. עלה בליבה של עוה"ד חשד כבד שהמסמך עליו מבוססת התביעה הנו מזויף. האם עליה להשתחרר מייצוג?
- **עמדת הוועדה:** אם עורכת הדין יודעת ברמה גבוהה של הסתברות כי המסמך מזויף, ולא חשד סתמי, ואם הלקוח מסרב לחזור בו מן התביעה, עליה לבקש שחרור מייצוג בבית המשפט. עליה לעשות זאת בהקדם אך מבלי לפגוע בזכות הלקוח לחיסיון.

זה הבסיס למאבק המשפטי כולו, ולכן אם לא תפעל מקום בו יש לה ידיעה ברמה גבוהה יהיה מדובר בהטעיה במחדל. לעוה"ד אסור להביא בפני בהמ"ש עובדות, כאשר הוא יודע שמדובר בעובדות לא נכונות. כלומר, אם יש לעוה"ד יש חשד ברמה כזו

שהיא פנתה, כנראה שיש לה חשש ממשי. אכן, ברור שלקוחות משקרים לעיתים, אולם לפי החוק, אם הלקוחה מודה בפני עוה"ד שהמסמך מזויף, אסור להגיש תביעה על עניין שקרי במודע.

כאמור, ועדת האתיקה הנחתה את עוה"ד להתפטר מהתיק, אולם מכך עולה השאלה מה עוה"ד אומרים לבהמ"ש כאשר הם מבקשים להשתחרר מייצוג בסיטואציה כגון דא, והכל מבלי להזיק ללקוח ולפגוע בזכותו לחיסיון. הגישה אפוא היא כי עוה"ד אינו בלש פרטי, אך יש לו אחריות והוא לא יכול לעצום עיניים מקום בו מתעורר בו חשש ממשי.

- **הערה:** עוה"ד פונים לוועדת האתיקה, הן כהתייעצות מקום בו אינם יודעים כיצד לפעול, והן כ-כסת"ח על פועלם ככל שאינם בטוחים בדרך הפעולה הנכונה.

נציין כי בעניין החשש מפגיעה בלקוחה – לאישה מהמקרה הזה לא יהיה קשה למצוא עו"ד אחר, כי הפניה לוועדת האתיקה אינה נעשית עם שם הלקוחה, ויתרה מכך עו"ד חדש לא יכול לשאול את אותה עוה"ד מדוע התפטרה שכן הדבר מצוי תחת חיסיון.

פרשת אקיוטק (2014) (קישור)

גוף מסחרי טען שאלפי אנשים רכשו ממנו שירותים, על אף שהיו ילדים קטנים מאוד או אנשים שלא סביר שהדבר היה קורה על ידם. הם התחילו בגביית חובות מה'לקוחות' הללו. עוה"ד שפעלו לגביית החובות, התקשרו לאנשים וגילו כי לקוח אחר לקוח טענו כי לא קם חוב כזה מעולם ומדובר בטעות.

הדבר הגיע לפתחה של ועדת האתיקה, כאשר השאלה הייתה מה עו"ד צריך לעשות כאשר מגיע אליו לקוח לגביית חובות במצב כזה? מה החובה שלו כלפי הלקוח שלו?

ועדת האתיקה קבעה כי עוה"ד לא בלש פרטי של הלקוח שלו ואינו אחראי לפעולות האתיות של הלקוח שלו, אולם במצב כזה אסור לו לעצום עיניים כאשר נדלקת לו נורה אדומה, או שאצל כל אדם סביר הייתה נדלקת נורה אדומה.

זו לא רק החובה של עוה"ד להגיע לחקר האמת לבדו. בתפיסה אדוורסרית הגישה תהיה אף כי יש עוד אנשים/גופים שיש להם אחריות להגיע לחקר האמת, ועוה"ד יכול אף לפעול בראש קטן.

- עמדת ועדת האתיקה – [קישור 1](#); [קישור 2](#).

מקרה נוסף

עו"ד החתים את הלקוח שלו על תצהיר שערך, ונתן ללקוח להגיש את התצהיר בעצמו לבהמ"ש. בדיעבד התברר כי הלקוח שינה את התצהיר בעמודים שלפני החתימה של עוה"ד. בכך יצא שהוגש תצהיר כוזב מאומת על ידי עוה"ד. עוה"ד פנה לוועדת האתיקה בשאלה מה עליו לעשות כעת? ועדת האתיקה קבעה שעל עוה"ד לדווח לבהמ"ש ולא לאפשר הישארות של תצהיר לא נכון בבהמ"ש. כאן יש הבדל כי עוה"ד יודע בוודאות שהלקוח שינה את התצהיר. לא אמרו לעוה"ד להתפטר.

הוצאות אישיות

כחלק מהסמכות הטבועה של בהמ"ש, לבהמ"ש יש סמכות להעניש את עוה"ד שעומד בפניו. ההענשה היא במובן של הטלת הוצאות אישיות על עוה"ד לקופת המדינה. סמכות זו אף נקבעה במפורש בתקנות הסד"א החדשות ביחס להליכים אזרחיים. ענישה זו שמורה למצבים חריגים בהם עוה"ד מפר בייצוגו את חובתו לעזור לבהמ"ש לעשות משפט.

הקונספט של הוצאות אישיות בעייתי ומאתגר:

ככלל, עוה"ד בא בנעליו של הלקוח ונעשית מעין האחדה בין עוה"ד ללקוח. בדר"כ כשעו"ד עושה מהלכים בעייתיים, כמו בזבז זמן של בהמ"ש וכו', מי שמשלם על הטעויות וההתנהלות של עוה"ד הוא הלקוח.

עם זאת, במצבים מסוימים בהמ"ש רואה בהתנהגויות מעין אלו חריגה מגבולות הסביר.

בתקנה 151(ג) לתקנות הסד"א החדשות קבוע במפורש, כי שימוש לרעה בהליכי משפט יילקח בחשבון וניתן אף לחייב את באי הכוח באופן אישי, במקום את הלקוחות. יש כאן הבנה כי פעמים רבות השימוש לרעה בהליכי משפט נגרם ע"י עוה"ד וללא כל הבנה של הלקוחות שלו.

עוה"ד הדין פועלים בדרכים מעין אלו לעיתים מתוך מחשבה שהם עוזרים ללקוחות שלהם, אולם לעיתים הדבר חורג מגבולות הסביר.

הטלת ההוצאות האישיות מהווה אמירה כי יש להפריד את עוה"ד מהלקוח שלו, מתוך ציפייה שעל עוה"ד לעזור לבהמ"ש, ולא למנוע את עשיית המשפט.

עם זאת, האמירה שיש להפריד את עוה"ד מהלקוח שלו, עלולה להיות בעייתית – **פס"ד חנא: חשין** קבע כי מדובר בכלי בעייתי, כשמטילים על עו"ד הוצאות אישיות הופכים את עוה"ד מבחינה משפטית לצד מעוניין בהליך, וזאת למרות שהוא אינו צד בתיק. כלומר, מדובר בכלי שאינו חף מקשיים, כי מטילים על עוה"ד הוצאות, הופכים אותו לצד מעוניין ופוגעים בקניין שלו מבלי שהייתה תביעה בעניינו. חשין מדגיש כי זה צריך להיות כלי כמוצא אחרון ולמקרים קיצוניים בלבד, מקום בו יש הפרעה ממשית לעבודתו של בהמ"ש. יתרה מכך, **חשין מדגיש כי צריך לאפשר לעוה"ד את זכות הטיעון נגד הטלת ההוצאות הללו, בשל הקשיים שהוא מעורר כאמור, ולא מדובר בחלק מהסיכון הרגיל שעוה"ד חשוף אליו.**

זה לא משהו שקורה לעיתים קרובות, לכן אין לנו הרבה דוגמאות לכך.

פס"ד ליסטר: הוטלו הוצאות אישיות על עו"ד שדחה דיונים פעמים רבות בדקה ה-90, והשופט הטיל עליו הוצאות בשל ההתנהלות שגם לא הייתה קשורה בלקוח.

פס"ד גלסמן: אמרו לעוה"ד לסיים את החקירה, לא לשאול שאלות מסוימות והיא שאלה, הפריעה לשופט וכו', כלומר שהפריעה למהלך התקין של התיק. לאחר היא טענה טענות עקרוניות חוקתיות כנגד הכלי של הטלת הוצאות אישיות, כפי שצוין לעיל. בהמ"ש העליון קיבל את העיקרון כי ניתן להטיל הוצאות אישיות על עוה"ד, אך בזהירות הנדרשת – לאחר מתן זכות הטיעון, במצבים קיצוניים וכאשר קמה הפרעה ממשית.

מגע עם עדים

כלל 37 לכללי לשכת עוה"ד – מגע עם עדים

37. (א) עורך דין רשאי לבוא בדברים עם אדם העשוי להעיד מטעם לקוחו.

(ב) לא יבוא עורך דין בדברים עם אדם העומד, לפי ידיעתו, להעיד במשפט מטעם הצד שכנגד, בעניין הקשור לעדותו, אלא בהסכמת הצד שכנגד, ואם הוא מיוצג – בהסכמת בא כוחו.

לעוה"ד מותר לדבר עם העדים מהצד שלו, אולם אסור לו לדבר עם העדים מהצד שכנגד, אלא אם צד זה הסכים לכך, או לחילופין אם הוא מיוצג – אם בא כוחו הסכים לכך.

- **רציונל:** למנוע שיבוש והפרעה להליכי משפט.

מותר להיפגש עם העדים של הצד אותו עוה"ד מייצג, כחלק מהיערכות למשפט.

ביקורת: יש הטוענים כי **האיסור להיפגש עם העדים של הצד שכנגד בעייתי**. כך למשל, בהליך פלילי המדינה יכולה לכלול ברשימת העדים שלה מי שהיא רוצה, גם אם אין בכוונתה להביא לדיון חלק מהעדים ומהרגע שנכללו אסור לצד שכנגד לדבר איתם. אם במקרה מסוים יש עדי ראיה, עוה"ד של הנאשם מנוע מלהתכונן לתיק כראוי, והוא עלול לגלות דברים במהלך ההליך עצמו בבהמ"ש, כאשר בכך עלולה להיפגע זכותו של הנאשם להתגונן כהלכה.

מנגד, עוה"ד מקבל את תיעוד העדויות של העדים במשטרה כחלק מחומר החקירה, ולכן לא יופתע לחלוטין. עם זאת, הוא לא יכול להשלים ולשאול שאלות שלא נשאלו במהלך החקירה.

מה מותר לעוה"ד לעשות בעודו מכין את העד שלו לחקירה?

יש גבול דק בין תיאום עדויות לריענון זיכרון. לעוה"ד אסור לשתול תשובות אצל העד, אך כן ניתן לתת לו לקרוא את העדות שלו למשטרה ולרענן את זכרונו. דברים אלו תקפים גם לדין האזרחי, כאשר יש תצהיר עדות ראשית אותה נתן העד בתחילת הכנת התיק.

פס"ד אולמרט נ' אושן-טורס: במקרה דנן, מרקרו את העדויות של אחד העדים במשטרה, לפני שנתנו לו את החומר של עדותו לריענון הזיכרון שלו. עלתה ביקורת ביחס לשאלה האם זה הכוונת עדים פסולה או מהלך לגיטימי? מדובר בגבול אפור, כי אם מדובר בעדות מאוד ארוכה אולי מדובר בחיסכון זמן. מצד שני, יש כאן הכוונה וויזואלית ממשית לדגשים של עוה"ד לעד.

ת"פ (ת"א) 18772-01-17 מ"י נ' יפרח

מדובר בתיק המתייחס לקושי שהמערכת התייחסה אליו בעבר: מה קורה במפגשים עם העדים, ובאופן ספציפי במפגשים שהפרקליטות מקיימת עם העדים שלה?

החלטת **השופטת אגמון-גונן:** על הפרקליטות להקליט ראיונות שהיא עורכת עם עדים לפני העדתם במשפט. הקלטת הראיון אמורה לייצר אצל עוה"ד התנהלות ראויה יותר, ויתרה מכך תתאפשר בחינת ההתרחשויות בפגישות הללו. הדבר מוטל רק על הפרקליטות בשל פערי הכוחות הקיימים בין המדינה לנאשם.

אין מחלוקת על הצורך בראיון עד ומטרתו המרכזית – ריענון זכרונו של העד, ריענון הנדרש, בין היתר, בשל הפער בין מועד האירוע או גביית העדות במשטרה לבין מתן העדות במסגרת ההליך בבית המשפט [יכול להיות אפילו פער של שנה ויותר].... לא מצאתי מזור לחשש כי הראיון עלול לגלוש, ולו מבלי משים, לריענון זיכרון סלקטיבי או מגמתי, בבחינת יצירת או הבניית זיכרון יותר מאשר ריענון זיכרון. זאת, משום שמוסד הראיון נעדר מנגנוני איזון ובקרה הקיימים הן כשמדובר בשלבי החקירה ברשות החוקרת, הן בשלב החקירה בבית המשפט ונועדו להבטיח את הליך בירור האמת לצד שמירה על זכות הנאשם להליך הוגן".

הנחיות פרקליט המדינה בנושא "ראיון עד":

29. פרקליט המראיין עד יערוך תרשומת אודות עצם עריכת הראיון. במקרה שבו העד חזר על עיקרי דבריו מהודעתו במשטרה ואין הבדל בין הדברים (למעט בנקודות שוליות שאינן מהותיות, יצוין הדבר בתרשומת הפנימית ואין צורך לפרט מעבר לכך. במקרה כזה, המדובר בתרשומת פנימית שאינה מהווה 'חומר חקירה' כמובנו בסעיף 74 לחסד"פ ואין חובה להעבירה להגנה 30. מסר העד פרטים מהותיים נוספים על אלו שמסר בעדותו במשטרה או שינה גרסתו בעניינים מהותיים/עניינים בעלי משמעות, יערוך התובע תרשומת המשקפת את הדברים שנאמרו, וככל שהדבר נדרש להבנת העניין, יפרט גם את השאלות שנשאלו בקשר עם פרטים אלו. תרשומת זו תועבר להגנה, בכפוף למפורט להלן:

הוסיף העד או שינה מגרסתו בהיבטים מהותיים, יתעד התובע את הדברים וישקול להפסיק את הראיון ולהפנות את העד לגביית עדות נוספת במשטרה. במקרה שבו הופנה העד להשלמת חקירה במשטרה, התרשומת אודות הראיון תועבר להגנה יחד עם השלמת החקירה;

הוסיף העד או שינה מגרסתו בהיבטים שהנם בעלי משמעות, אך שאינם מצדיקים השלמת חקירה, יערוך התובע תרשומת על הדברים ששמע ויעבירנה להגנה;

חזר בו העד מתלונתו או ביקש לבטלה במהלך הראיון, ימסור התובע תרשומת על כך לסניגור. " ← ניתן לראות כי יש הנחיות לשמירה על זכויות הנאשמים. ההנחיות הללו אמנם לא עונות במלואן על הגבול הדק שבין ריענון הזיכרון לבין הבנייתו.

החלטתה של השופטת אגמון-גונן התהפכה בבהמ"ש העליון בערעור של המדינה. המדינה ערערה בשל השפעת החלטת השופטת על כל עבודת הפרקליטות.

בג"ץ 841/19 מד"י נ' בהמ"ש המחוזי בתל אביב [אין ערעורים על החלטות ביניים בהליך פלילי ולכן הדרך היחידה לתקוף החלטות של שופטים במהלך הליך פלילי היא באמצעות בג"ץ].

נקבע כי הסוגייה של תיעוד קולי או חזותי של ראיון עד מעלה שאלות ודילמות לא פשוטות, המחייבות בירור יסודי, מעמיק ומקיף באשר להשלכותיה השונות של הטלת חובה כזו. כך, **חשש לפגיעה בתכליות ראיון העד** בדרך של יצירת **אפקט מצנן** על השיח החופשי בין המראיין לעד; **הכבדה על ההליך השיפוטי** עקב התדיינויות רבות במענה לבקשות של נאשמים לקבל את ההקלטות, שיידונו על ידי מותב אחר באופן שעלול לעכב את ההליכים הפליליים; **השלכות ארגוניות ותקציביות** שלא נבחנו בנוגע להיערכות נדרשת של מערכת אכיפת החוק להקמת מערך מתאים להקלטת אלפי עדים בשנה, ובהמשך תתעורר גם שאלת חובת תמלול ההקלטות על העלויות הכרוכות בכך; **החשש שההגנה תבקש להפוך את התובע לעד**, על כל הכרוך בכך; שאלת הצורך בהחלת חובת תיעוד דומה גם על ראיונות של ההגנה עם עדיה; שאלת גדרה של חובה כזו – האם בכל סוגי ההליכים או רק בסוגים מסוימים של הליכים או עבירות; ועוד כהנה שאלות לא מעטות שלא זכו לכל דיון או בירור.

כפי שצוין בראשית הדברים, אין אנו נדרשים במסגרת עתירה זו לשאלה אם נכון וראוי לקבוע חובת תיעוד של ראיון עד, ואם כן – באילו תנאים וסייגים. השאלה בענייננו נוגעת להליך במסגרתו יש ללבן שאלות אלה ולהכריע בהן. כאמור, **הסדרה של סוגיה זו ראוי לה שתיעשה בהליך חקיקה סדור, בשל ההשלכות הרחבות וההיבטים הארגוניים-תקציביים הכרוכים בכך, ולכאורה אינה מתאימה להסדרה בדרך של חקיקה שיפוטית. אך מכל מקום, בוודאי שלא במסגרת החלטת ביניים בהליך פלילי בבית המשפט המחוזי.** ← ואכן, באמת דנים בעיון התיעוד בדרך זו במסגרת חוק סדר הדין הפלילי.

תיק האונס בעין גדי – הדרכת עדים פסולה: (קישור)

המתלוננות התלוננו על אונס בעין גדי. בראיון לפני העדות אחת מהן חזרה בה, באומרה כי זו אינה זוכרת את ההתרחשות, וכי לא היה מדובר באונס. חזרתה בה מעדותה לא הועברה לסנגוריה, ורק כשהעידה בבהמ"ש התברר כי הדריכו אותה להעיד לפי מה שמסרה במשטרה ולא לפי מה שהיא זוכרת כעת. בבהמ"ש חזרה ואמרה "זה מה שאמרתי במשטרה ואני עכשיו לא זוכרת...", וכך התגלה העניין והתיק קרס.

הוגשה תלונה כנגד הפרקליטות על הסתרה מההגנה של העניין הזה.

ביה"ד המשמעתי זיכה את הפרקליטות וקבע כי אלו פעלו בתו"ל, וכי מדובר היה בטעות אנוש מצערת ותו לא.

חקירה נגדית בהגינות

מעבר להנחיות בעניין מגע עם עדים, ישנן גם הנחיות לחקירה נגדית בעדות:

כלל 38 לכללי האתיקה – חקירה נגדית בהגינות

לא ישאל עורך דין, בחקירה נגדית, שאלות הנוגעות למהימנותו של עד, במטרה להטיל דופי באופיו, ואשר אין להן, מבחינה אחרת, נגיעה לעניין הנדון, אלא אם כן יש לחוקר יסוד סביר להאמין שהמשתמע מהשאלה הוא אמת או שיש לו בסיס נאות.

בכלל זה יש אמירה כי גם לחקירה נגדית יש קווים אדומים. אמנם, כל מטרה היא לערר את גרסת העד, היא אחד הדברים הכי לעומתיים במשפט, אך יש התנהלות ראויה ולא ראויה ביחס לעד, ועל כך יש להקפיד. נדרש כי יהיה לשאלות הנשאלות בסיס של אמת, הגינות ואחידה כלשהי במציאות.

נושא 9: חובת הנאמנות והזהירות כלפי הצד שכנגד וכלפי הציבור

הוצגה כתבה מערוץ 12 – רצח בני הזוג מעוד ע"י בנם החשוד דניאל מעוז (קישור). [קן ההגנה נדחה ודניאל מעוז הורשע]. מקרה זה מתחבר גם לנושאים עליהם דיברנו קודם לכן – ביחס לחובות כלפי בהמ"ש, החובה שלא להטעות את בהמ"ש ולנהוג בהגינות כלפי העדים בחקירה נגדית.

במקרה דנן עלתה השאלה ביחס לחובות עוה"ד ביחס להשפעות הפעולות שלו על צדדים שלישיים?

בתוך האולם עוה"ד חוקר את האח, מטיח בו האשמות, אולם עוה"ד לא עמד בבהמ"ש כפי שעמד מול התקשורת וטען שהאח רצח. עוה"ד יכול להעלות בבהמ"ש שאלות ולא לעמוד והביע רעיון כזה בפנה מלא.

לעוה"ד אין חובות רק לבהמ"ש, אלא יש לו גם חובות אחרים, וביניהם גם כלפי הציבור וכלפי צד ג'.

הטענה ביחס לעוה"ד של דניאל מעוז יכולה להיות שקו ההגנה שלו, אשר תוקף ומאשים את האח ברצח הוריו במקום אחיו התאום המואשם, הוא קו הגנה מאוד פוגע, במיוחד בהתחשב בנסיבות המקרה.

יש עמדות שונות ביחס לאחריות עוה"ד ביחס לחובותיו כלפי הציבור וצד ג':

גישה 1:

Richard Wasserstrom **Lawyers as Professionals**: Some Moral Issues "provided that the end sought is not illegal, the lawyer is, in essence, an amoral technician whose peculiar skills and knowledge in respect to the law are available to those with whom the relationship of client is established".

גישתו מתחברת לגישה הדומיננטית של עריכת הדין. ריצ'רד טוען כי עוה"ד הוא אדם שאין לו אחריות מוסרית לפעולות שהוא עושה, והוא אינו אחראי לפעולות ותוצאות המוסריות של הייצוג שלו. כלומר, עוה"ד יכול לחקור ולהתנהג בצורה לא מוסרית בבנאדם, שכן שעו"ד אינו כפוף לחובות ונורמות מוסריות אלו במסגרת מקצועו והתנהלותו המקצועית. עוה"ד מגן על אדם אחד, ותחת זאת אינו מחויב באיזון שיקולים וערכים בדרך זו. **ביטוי לתפיסת התפקיד כא-מוסרי.** ריצ'רד ממשיך ומתייחס לאתיקה של התפקיד:

Can a Good Lawyer be a Good Person?

Role-differentiated behavior: For where the attorney-client relationship exists, it is often appropriate and many times even obligatory for the attorney to do things that, all other things being equal, an ordinary person need not, and should not do. (Wasserstrom)

בתוך עבודת הייצוג זה בסדר שעוה"ד, ואפילו חובתו, לעשות דברים שבכל מצב אחר, אדם אחר לא היה צריך ויכול לעשות. זו גישה שמסחררת את עוה"ד מאחריות לתוצאות מעשיו, ומשקילה של ההיבטים הערכיים של מעשיו והכל במסגרת גבולות החוק. מדובר בגישה שנותנת לעוה"ד כרטיס חופשי להתנהג כפי שהוא רואה לנכון.

גישה 2: גישה הופכית לגישתו של ריצ'רד ווסרסטרום.

חשין (בג"ץ 4495/99): "עורך דין אינו אך טכנאי-משפט, אדם שמילא את כרסו חוכמה ודעת ויודע הוא להשיב לעניין על שאלות חוק ומשפט שהוא נשאל. מקצוע עריכת-דין טובל כל-כולו בערכים: בנאמנות, בהגינות, בהוגנות, ביושר, באמירת אמת, בנימוס, בכבוד לזולת." מדובר בתפיסה הופכית לחלוטין מהתפיסה הדומיננטית. לעוה"ד יש אחריות מוסרית לתוצאות מעשיו.

כאשר מדברים על חובת נאמנות כלפי צדדים שלישיים, נדרש להבחין בין כמה מקרים. עוה"ד יכול להשפיע על צדדים שלישיים

בכמה אופנים:

1. **השפעה על הצד שכנגד כאשר הצד שכנגד הוא צד מסוים** – הפסיקה מאוד ברורה בעניין וקובעת כי עוה"ד אחראים גם

כלפי הצד שכנגד. דוגמה: דניאל מעוז כלפי צד ג' שהוא אחיו ניר מעוז והפגיעה בו בטענות המשפטיות שהועלו נגדו;

אחריות עוה"ד כלפי המוטבים בירושה שכתב.

Call for Bar Condemnation and Investigation of President Trump's Campaign Lawyers for Subverting American Democracy

December 3, 2020 By Administrator

Photo Credit: Jonathan Ernst/Reuters

If you currently are, or previously were, a member of the Bar, we hope you will consider joining the 3,500+ signers of this letter. PLEASE FOLLOW THIS LINK TO ADD YOUR NAME >>

More than 35 losses in election-related cases have made one thing painfully clear: President Trump's barrage of litigation is a pretext for a campaign to undermine public confidence in the outcome of the 2020 election, which inevitably will subvert constitutional democracy. Sadly, the President's primary agents and enablers in this effort are lawyers, obligated by their oath and ethical rules to uphold the rule of law.

Bar Associations need to condemn this abuse and bar disciplinary authorities need to investigate it.

בניסיון להטיל ספק בקיומו של הליך הבחירות התקין והלגיטימי. עוה"ד בעצומה טענו כי לאחר שכשלו ב-35 מדינות, יש להבין כי מדובר בקמפיין משפטי בעייתי, ולמעשה מי שעוזר לנשיא טראמפ במעלליו הם עוה"ד ויש לגנות התנהגות זאת. יתרה מכך, במשפט האמריקני נקבע במפורש כי לעוה"ד אסור להגיש תביעות סרק, ולטעון טענות סרק בידיעה שאינן נכונות, שכן מדובר בהתנהגות לא ראויה.

עוה"ד בעצומה טענו כי בהדהוד הטענות שלא נתמכות בהוכחות יש פגיעה בציבור, בעצם הפגיעה בדמוקרטיה האמריקנית. מנגד, ניתן לטעון כי אם יש הד ציבורי רחב ייתכן כי כדאי שהדבר יתברר במערכת המשפט, כדי לפחות לנטרל חלק מטענות הציבור (אשר מאמין במערכת המשפט), אשר יועמדו על טעותם, ובכך תתחזק הדמוקרטיה. יתרה מכך, עוה"ד התובעים יכולים לטעון כי הם מצייגים את הדמוקרטיה בפועלם, כדי להוכיח זיופים וגניבת בחירות פסולה. כלומר, יכולות להיות הבנות שונות ביחס למהו התפקיד והאחריות החברתית של עוה"ד וכיצד הם מפרשים את המקרה הזה. עם זאת, עולה השאלה איפה עובר הקו בין זכות הגישה לערכאות (הרי טראמפ חושב שגנבו לו את הבחירות, כמו המצביעים לו), הזכות לטעון אילו טענות שצד חפץ בהם וכו', לבין הגשת תביעות סרק מקום בו התגלה כי טענותיו שגויות. בנוסף, אפשר להעלות את השאלה איזה סוג של ראיות תחיליות צריך שיהיו כדי להגיש בכלל תביעה כזו, כדי למנוע תביעות סרק. אולי כדאי לדרוש ראשית ראיה כלשהי, כדי למנוע מצב בו מגישים תביעות סרק ומאפשרים הגנה על אמון הציבור והדמוקרטיה.

חובות כלפי צד ג' – ההתחלה

דוגמאות לפס"ד בהם ניתן לראות אמירות ביחס לחובותיו של עוה"ד כלפי הציבור וצד ג':

- **חובות עוה"ד כלפי צד ג' בלתי מסוים – עמ"מ 3/56 (ש' חשין):** "חובותיו של עורך הדין אינן כלפי מרשהו בלבד. הוא חב חובות מסויימות גם כלפי יריבו וגם כלפי הציבור".
- **חובות עוה"ד כלפי צד ג' מסוים – ת"א (ת"א) 1856/52:** "כלל ידוע הוא כי עו"ד כאשר מטפל בענינים משותפים ושאין אחד הצדדים בהם מיוצג על ידי פרקליט, צריך לשמור על האינטרסים של הצד אשר מאמין כי עניניו יעשו כהלכה". לכאורה זה לא הגיוני ועולות טענות כנגד הטלת חובות על עוה"ד כלפי צד ג', אולם הטענה היא כי אדם שבא בדברים עם עו"ד נוטה להאמין לו ולסמוך עליו.
- אם כן, עולות השאלות מדוע להטיל על עוה"ד חובות כאלה? איזה חובות ומה קנה המידה שלהן אשר יוטלו על עוה"ד בעניין זה ומה המשמעות שלהן?

חובה כלפי הצד שכנגד

צד מיוצג וצד בלתי מיוצג

כלל 1:

בהמ"ש מבססים את החובה תוך הנחה סוציולוגית שאנשים סומכים על עו"ד, ואם אדם בלתי מיוצג מנהל מו"מ מול צד מיוצג, ברי כי הוא סומך על עוה"ד מתוך אמונה כי עוה"ד הוא דמות האמונה על החוק, ולכן הוא אמין יותר מכל הדיוט.

לוי נ' שרמן (1986): "זו בעיני גישה נאורה אך מרחיקת לכת משפטית, אולם בהחלט יש בה מוסר השכל, שאם תוחמים אנו אותו במסגרת ההלכה בסוגיית הרשלנות, ניתן לומר, כי **כאשר עורך דין מייצג לקוח פלוני ואילו הצד האחר לעיסקה אינו מיוצג כלל, נדרשות מנו מיומנות וזהירות רבה יותר בהצגת העניין, לבל יכשיל במודע או בהיסח דעת נמהר את הצד האחר, כשהוא יכול להניח שזה סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו**".

כלל 2:

לוי נ' שרמן (1986): "כשמדובר בעסקה מורכבת וסבוכה מבחינה משפטית, ובה עורך דין מייצג צד אחד לעיסקה בעוד הצד שכנגד איננו מיוצג, **יפנה עורך הדין את תשומת לבו של הצד השני באופן ברור לכך שייטיב לעשות אם יהיה גם הוא מיוצג על ידי עורך דין**".

הטלת חובה קונקרטית על עוה"ד המייצג: מקום בו עוה"ד הגיע למו"מ, כאשר הסיטואציה היא שהצד השני בלתי מיוצג, עליו ראשית לומר לו שייקח ייצוג. זה גם מבהיר לו שעוה"ד לא שלו ואינו אמון על האינטרסים שלו.

ביקורת: הטלת אחריות מוגברת כלפי צד ג' לא מיוצג מתנגשת עם החובות כלפי הלקוח של עוה"ד.

ביקורת: הנצחה של פערי הכוחות, מקום בו צד אינו יכול להרשות לעצמו עלויות של ייצוג משפטי.

כל הרעיון של חובת נאמנות גם קשור לשיטה האדברסרית. תפישת הנאמנות ללקוח היא תפיסה דומיננטית של הגישה הא-מוסרית, חרב להזכיר וכו'. התפיסות הללו מעוגנות בהיגיון אדברסרי. לכל צד יש את הלוחם שלו. עכשיו אם אני נלחם בשבילך והצד השני בא בלי ההיגיון הזה קצת נשמט וברור שכשיש הליך אחד שלא מיוצג בהמ"ש מנסה לאזן זאת באיזושהי צורה כי השיטה האדברסרית לא מתקיימת – צד אחד מיוצג וצד אחד לא. זה ההיגיון בהטלת חובות על הצד השני, גם כשהצד שכנגד הוא מיוצג אך בייצוג לא טוב.

דוגמאות – חובות כלפי הצד שכנגד:

ע"א 6645/00 ערד נ' זאק אבן (צד שני לא מיוצג)

עובדות: אדם בעל מספרה פנה לשכנו בבקשה להלוואה בהנחה שהוא איש עסקים מצליח. השכן נותן הלוואה וכנגדה דורש את משכון המספרה. הם הולכים לעוה"ד של השכן שמנסח את חוזה ההלוואה. התברר בדיעבד שמשכון המספרה היה כנגד חובותיו של השכן כלפי הבנק ולא חובותיו שלו. כמו כן, התברר שהיו לשכן חובות כבדים וז'אק הפסיד את המספרה. זאק תובע את השכן ואת עוה"ד.

על 3 שאלות עובדתיות:

1. האם התכוון זאק למשכן את המספרה להבטחת חובו שלו בלבד או גם להבטחת חובו של פיינגולד?
2. האם הוטעה ביחס לפרט מהותי של העיסקה, ובעיקר ביחס למצבו הכספי של פיינגולד?
3. מה תפקידו של עוה"ד ומה היו חובותיו במקרה זה?

פסק דין:

ברק –

- מהות היחסים בין זאק לעו"ד ערד:

אלה יחסי עו"ד-לקוח: "לאותה מסקנה בדבר אחריותו של עו"ד ערד הייתי מגיע גם לו הנחתי שבינו לזאק לא שררו יחסי

עו"ד-לקוח. הכלל בעניין זה הוא כי **בנסיבות מסוימות יכול שתקום חובת זהירות של עו"ד כלפי צד שלישי גם אם הוא**

אינו לקוח... והדברים יפים במיוחד באותו מקרה שבו ברור לעורך הדין כי הצד השלישי שם בו את מבטחו".

- היעדר יידוע על פרט מהותי במו"מ:

ברק מצפה מעוה"ד ערד להסביר לזאק על מה הוא חותם. בנוסף לכך, אף אם נניח כי זאק הבין על מה הוא חותם וכי מדובר בערבות על פיינגולד, הוא לא ידע מה המצב הכלכלי הקשה של פיינגולד, ומדובר בפרט מהותי אשר היה על עוה"ד לגלות, או להזהיר בדרך כזו או אחרת.

הערה: חובת גילוי תמיד מתנגשת עם החיסיון של הלקוח.

← **בשורה התחתונה,** בהמ"ש קבע שבין עוה"ד לזאק היו יחסי עו"ד-לקוח דה-פקטו, שכן הוא עשה פעולות במסגרת של ייצוג וקיבל גם ייפוי כוח. אפילו אם יתקבלו טענות עוה"ד שלא היה עוה"ד של זאק, חלה חובת זהירות על עו"ד כלפי מי שאינו לקוחו, ובמיוחד כשברור שהצד השלישי שם בו את מבטחו.

ריבלין – לא מסכים על ברק, וטוען כי מדובר בטעות בכדאיות העסקה, ולכן אינו יוכל וצריך להתערב בכך.

שיעור 11 – 30/12/2020

בשיעור שעבר דיברנו על החובות של עוה"ד כלפי צדדים שלישיים, היום נמשיך ונרחיב גם על חובות כלפי הציבור. דיברנו על פרשת רצח ההורים ועל השאלות הקשורות לאופן בו פעולות עוה"ד בייצוג משפיעות על צדדים שאינם בהכרח הצדדים לתיק. בהמשך עסקנו בחובות של עוה"ד כלפי צד בלתי מיוצג. חובת הזהירות שנקבעה לעוה"ד כלפי צד בלתי מיוצג אשר נקבעה ב **ע"א 6645/00 ערד נ' זאק אבן** הינה חובה שנוצרה בפסיקה. כעת נרחיב.

נחום נ' דורנבאום (צד שני לא מיוצג)

רקע: מדובר בסיפור מאוד קשה ומטריד מבחינת התגלגלות העובדות. במקרה דנן מדובר בעו"ד של מלווה בשוק האפור, לו הוא מספק שירותים משפטיים ועורך עבורו הסכמים משפטיים שתומכים בהלוואות שהוא נותן בתנאים מאוד בעייתיים. כאן דובר על משפחה במצב כלכלי רע, אשר ביקשו הלוואה לא גדולה במיוחד לשם רכישת מונית באמצעותה יצאו ממצב הכלכלי הקשה. יהודה המלווה ביקש לערוך הסכם, במסגרתו נתנו ערובה ע"י משכון דירתם (הממושכנת ממילא בבנק). במסגרת ההסכם יוכל המלווה לקנות את דירתם מקום בו לא יעמדו בהחזרים. כל ההסכם נערך במשרדו של עוה"ד, אשר החתים אותם על מסמך בו נאמר שקיבלו את סכום הכסף, למרות שקיבלו אותו יום לאחר מכן ובסכום נמוך יותר. בסופו של דבר הזוג לא צלח בהחזרת הכספים להלוואה, למלווה כמה הזכות לקנות את דירתם, והמשפחה התפרקה. עוה"ד ידע שהזוג לא קיבלו את הכסף במעמד החתימה, אם כי לא ברור שידע כי אלו קיבלו סכום נמוך יותר מאשר נקבע מלכתחילה.

בני הזוג תבעו את עוה"ד בתביעת רשלנות מקצועית.

שאלות משפטיות (דומה לפס"ד ערד):

1. האם עוה"ד ייצג את בני הזוג ולכן חב להם חובת זהירות?
2. האם ניתן לתבוע עו"ד ברשלנות גם אם אלו לא היו לקוחות שלו?

ריבלין (מיעוט):

- לא מתקיימים יחסי עו"ד לקוח בין עו"ד נחום למשיבים.
- האם יש לחייב את עו"ד ברשלנות כלפי מי שהיה הצד שכנגד בעסקה שנערכה עם לקוחו?
 - "עקרונית אכן קיימת חובת זהירות מסוימת מצד עורך דין כלפי צדדים אחרים, שאינם מרשיו, אם כי זוהי חובה אשר קשה להגדירה בצורה מדויקת וגורפת". (**בך בהיינוביץ**).
 - לגישתו של ריבלין, המערער התרשל בכך שלא ייעץ למשיבים שלא לחתום על ההסכם כפי שהוצג בפניהם, כיוון שלא היה זה הסכם שהיטיב עמם. **המרה** מעירה כי זאת למרות שאובייקטיבית מדובר בהסכם נוראי.

■ האם זו הפרה של חובת הזהירות כלפיהם?

- **עו"ד נחום לא הפר חובת זהירות כלפי המשיבים:** לא העניק להם עצה, לא נטל כלפיהם אחריות. מעשה ההתרשלות שלו התבטא בכך שערך עסקה שאינה העסקה המיטיבה ביותר עם המשיבים, בכך שנמנע מלייעץ להם שלא לחתום על חוזה שלפיו נשתלם להם סכום כסף שטרם הגיע לידיהם במזומן, ובכך שלא יידע אותם על זכויות שייתכן שעמדו להם כנגד לקוחו.
- **לא ראוי להרחיב את חובת הזהירות גם למקרים כאלה.** לעו"ד יש חובות כלפי הלקוחות שלהם, וכל הטלת חובות כלפי אנשים שאינם הלקוחות שלהם, הרי שיש בכך פגיעה בלקוח כמו גם יצירת תמריץ שלילי לשכור שירותיו של עו"ד מחשש שלא ידאג להם. זאת יתרה מכך שמדובר בחוסר הגינות והליכה נגד ההיגיון הבסיסי של המקצוע.

• שיקולי המדיניות ששקל ריבלין:

- החובה כלפי הלקוח.
- תמריץ שלילי לשכירת עורך דין. קיים עניין ציבורי בכך שהצדדים לעסקות בנות משמעות ייהנו כל אחד מייעוץ מקצועי.
- החשש מפני ריבוי תביעות.
- לעו"ד יכולת מוגבלת להתגונן בשל החיסיון.
- נטייה להגביל את חובת הזהירות הכרוכה במחדלים.

אם כן, ריבלין קבע: "אף דעתי שלי אינה נוחה מהתנהגותו של המערער... תמונה עגומה של עורך דין המייצג מלווים בריבית קצוצה, המסייע בידם גם במחיר מצוקתם וחוסר האונים של אחרים. לא זהו התפקיד שביקשנו לייעד לעורך הדין בחברה... אלא שלא די באמפתיה שמעורר הניזוק או באנטגוניזם שמעורר המזיק על מנת להקים חבות נזיקתית... דיני הנזיקין מציבים מערכת של דרישות המשקפות שיקולי מדיניות".

ברק וחיות (רוב):

מנגד, קמה עמדה נורמטיבית הגורסת כי עו"ד לא יכול להתנהל בעולם בו יש לו חובה רק כלפי הלקוח שלו, מפני שאנשים סומכים עליו מהיותו עו"ד ויש לתת לכך משמעות. כאן ניתן לראות אותו מהלך שברק עשה בפס"ד ערד.

- **בין עורך הדין למשיבים התקיימו יחסי עו"ד-לקוח, משום:**

- שאלת קיומם של יחסי עו"ד-לקוח לא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים.
- נסיבות עריכת ההסכם במשרד עורך הדין.
- המערער קיבל על עצמו לטפל בכל הצדדים המשפטיים של העסקה. המשיבים לא היו מיוצגים על ידי עורך דין אחר.
- המשיבים רכשו אמון מלא למערער ולכישוריו המקצועיים.
- ייצוג שני צדדים לעסקה – חובת נאמנות מלאה כלפי כל אחד מהם.

- ויחד עם זאת, "אפילו [אם] נניח שהמשיבים לא היו לקוחותיו של המערער עדיין נוצרה מערכת יחסים המקימה חובת זהירות מושגית וקונקרטית כלפיהם. ... המקרה הוא מקרה קיצוני: המשיבים לא מיוצגים, נתנו בעו"ד אמון מלא, ייפו את כוחו [סממן אובייקטיבי לייצוג עבור הדיוט]."

- ויתרה מכך, כאשר עורך דין מטפל בעסקה שצד אחד בה אינו מיוצג, "נדרשות מעורך הדין מיומנות וזהירות רבות יותר בהצגת העניין, לבל יכשיל במודע או בהיסח דעת נמהר את הצד האחר, כשהוא יכול להניח שזה סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו." (יחיאל). ← ניתן להקביל ולהשוות דרישה זו לחובת תוה"ל.

גישתה של המרצה:

בנה"ז לא עשו עם המלווה סתם עסקה, ולמרות שמדובר בדבר שאדם נורמטיבי לא היה עושה, אלו הלכו עם המלווה לעו"ד, ובכך ניתן בעיניהם לעסקה מעין מסר של תוקף חוקי לכאורה. עוה"ד בכל זאת סיפק למלווה עסקה בעלת תוקף חוקי שתאפשר לו לרכוש זכות על הדירה שלהם. לגישתו של ברק, יש כאן ניצול לרעה של המצב של הצד הלא מיוצג והאמון שנתנו בו, ע"י מתן השירות המשפטי – דבר שאינו ראוי. מעבר למחיר העסקה, שם עולה חוסר כדאיות לעסקה ולכאורה לא ניתן לצפות מעו"ד להזהיר את הצד שכנגד, כאן המחיר הוא מעבר לחוסר כדאיות, מדובר בדירת מגורים. יתרה מכך, לא מצופה בהכרח מעו"ד להזהיר את הצד שכנגד, אלא להורות לו לקחת עו"ד, ליידע אותו כי אינו מייצג אותו אלא את הצד שכנגד, ולא לנצל את חולשתו.

רע"א 1103/09 עו"ד חדד נ' עו"ד כהן (צד שני מיוצג)

במקרה דנן מדובר בעסקה בין 2 זוגות לרכישת דירה, כאשר שני הצדדים מיוצגים. הזוג המוכר מצוי בהליכי גירושין. העסקה נכשלה, לא יצאה לפועל והמוכרים פשטו את הרגל. הקונים תבעו את המוכרים, וטענו בין היתר כי עוה"ד של המוכרים עשה פעולות בעייתיות:

"עו"ד חדד אחראי לכך שבהסכם הוצג לקונים מצג לא נכון, לפיו, למעט שתי המשכנתאות שנזכרו בו, לא רבצה על הדירה כל התחייבות נוספת .. עו"ד חדד לא פרע את המשכנתאות מיד עם קבלת הכספים שנועדו לכך. למעלה מחודש ימים עיכב את פרעון המשכנתא של בנק דיסקונט, בשלמו תחת זאת בניגוד להסכם לאיריס אבוטבול, לעצמו ולמתווך. את המשכנתא הגדולה יותר לבנק כרמל לא פרע כלל .. וזאת על אף שגם לאחר שנטל מהכספים שהיו מיועדים לפרעונה, לצרכים אחרים, היוו בידיו רובם של הכספים לפירעון המשכנתא הזו. " לא היה ניתן להחזיר לקונים את התשלומים שכבר שילמו, ובכך נגרם הנזק.

רובינשטיין: קובע באופן חד משמעי כי **המבקש טועה בסוברו כי מהיותו בא כוחם של המוכרים אינו חב חובת זהירות כלפי**

הקונים, אדרבא העובדה כי הקונים היו מיוצגים אין בה כדי לשלול את חובת המבקש כלפיהם. כלומר לעוה"ד עשויה להיות חובת אחריות כלפי הצד שכנגד גם מקום בו הוא מיוצג ולא ניתן לומר שהאחריות להגן עליהם הייתה של בא כוחם (יש כאן הרחבה של חובת הזהירות). למעשה, בשני פסה"ד הקודמים המחדל של עוה"ד היו מעשיו בעת החתימה על החוזה, בעוד כאן עוה"ד נקט במחדל חמור יותר בכך שלא פרע את המשכנתא, ולכן לכאורה אין משמעות לעובדה שהצד השני היה מיוצג כי הפעולה הנ"ל הייתה באחריותו. בעובדה שעוה"ד של הצד השני (הקונים) לא היה עם היד על הדופק דיו, אין בכך כדי לגרוע מהאחריות וחובת הזהירות של עוה"ד של המוכרים כלפיהם.

חובת נאמנות וזהירות כלפי הציבור**פרשת אקיוטק (עליון)**

חברה שטענה כי היא מספקת שירות, וטענה כי יש הרבה אנשים שחייבים לה כספים, כאשר ניהלה את הגבייה באמצעות עוה"ד. מפני שהייתה טענה למרמה, עלתה שאלה לגבי תפקידם של עוה"ד בתוך מערכת הגבייה. האמירה כאן היא אמירה מעניינת במובן שוועדת האתיקה קבע כי אנחנו כעו"ד לא אחראים לנכונות הטענות של הלקוחות שלנו, והגבייה מתבצעת לפי מה שהלקוחות אומרים. עם זאת, אם חוזרת טענה על טעות בגבייה, ראוי וצריך שתדלק נורה אדומה אצל עוה"ד וזה אינו יכול לעצום מכך עיניים. יתרה מכך, בהליכי גבייה יש היבט כוחני, ולרוב מדובר בצדדים שאינם מיוצגים.

"עורך דין לא היה, ולא יהיה גם בעתיד אחראי לנכונות הטענות לגבי החובות שמרשו, הנושה, טוען להם. מנגד, אם עורך הדין קיבל ממרשו "חבילה" של חובות לטיפול, ואחוז גבוה מהחייבים טוען להד"ם, טוען שלא חתם לעולם, הרי שזה צריך להדליק נורה אדומה אצל עורך הדין ושומה עליו לבדוק, אם החובות אינם פיקטיביים. עורך הדין אינו רשאי לעצום את עיניו, ולהמשיך לפעול." [עו"ד מיכאל טאוסקי, יו"ר וועדת האתיקה הארצית, 2014]

פרשת ג'נרגל מוטורס (קישור)

GM legal department under scrutiny in company's recall probe: report

By Reuters Staff

3 MIN READ



WASHINGTON (Reuters) - General Motors' legal department is the focus of an internal inquiry into how the company handled a vehicle safety defect linked to 13 deaths, the New York Times reported, citing two people with knowledge of the inquiry.

דובר על שרשרת תביעות כנגד החברה על פגם שנפל בדגם מסוים של המכוניות של חברה זו. התברר כי היו 13 תביעות מזיקות של אנשים שנהרגו בתאונות דרכים כתוצאה מהפגם הזה, ורק לאחר תקופה ממושכת ו-13 מתים כתוצאה מהתקלה החברה נקטה בפעולה וקראה לכל המכוניות מהדגם הזה.

לאחר שכל האירוע נחשף ועלו ביקורות על ההשתתפות, היועמ"ש של החברה התפטר מפני שעלו טענות וביקורת ציבורית כי המחלקה המשפטית כשלה, שהרי זו פספסה את האחריות של החברה כאשר התברר שמדובר בתקלה חוזרת, ורק דאגה להסכמי שתיקה מול התובעים. מרוב שדאגו חשאיות, ולא ינטרס של החברה, נוצר מצב שהדבר קרה כל כך הרבה פעמים מבלי שהתקלה הגורפת תתגלה. כלומר, כאן עלו שאלות של תפקידה של המחלקה המשפטית והחובה שלה מול החברה אך במקביל גם מול הציבור עצמו.

שאלות אלו גם עלו במשבר הכלכלי בשנת 2008, לגבי תפקידן של מחלקות משפטיות כאשר עולות חשדות ביחס להתנהלות לא סדירה של התאגיד בהם הם עובדים. אז אפילו היה שינוי בכללי האתיקה ונקבעה חובת אזהרה כאשר עולה חשש כזה. **התפיסה היא כי היועמ"ש במסגרת תפקידו בחברה אינו אחראי רק להשאת הרווחים הגדולה ביותר, אלא יש לו אחריות אחרת גם כלפי הציבור כחלק מהתפיסה של התפקיד כיועץ משפטי הן במגזר הציבורי והן במגזר הפרטי.** המחלקה המשפטית, כחלק מהיותה הגורם אליו כל המקרים מתנקדים, צריכה לפתח מסוגלות למפות ולאתר מצבים כאלה, ולדעת להתריע ולהזהיר מפניהם.

איך חובה זו מסתדרת עם חובת החיסיון מול החברה? אין התנגשות לכאורה משום שמצופה מעו"ד להסב את תשומת ליבם של הדרגים הגבוהים יותר בתאגיד, בכך נשמר החיסיון. כלומר, אין ציפייה שאלו יצאו עם כך החוצה לתקשורת.

חברות טבק

עלתה ביקורת שהושמעה על ידי אנשים מתוך העולם האקדמי במסגרת כל הליטיגציה שסבבה סביב חברות הטבק בשנות ה-80 לאור הנזקים שגורם עישון הטבק. הטענה הייתה שחברות הטבק ועו"ד שלהם ידעו והסתירו את המסמכים אשר חשפו את הסכנות מכך. הטענה הייתה שהתנהלות מסוג זה עו"ד אינה ראויה, ואלו היו צריכים לגלות לציבור את הסכנות הללו. עולה פה שאלה מעניינת האם זה תפקידו של עו"ד או שזה מייצג רק את החברה? בנוסף, יש כאן התנגשות עם חיסיון עו"ד-לקוח.

האקדמאים טוענים כי אין דרישה מעו"ד לחשוף, אלא לא לסייע להסתיר כפי שעשו כאן. מכאן המעילה בתפקיד והאחריות החברתית שלהם כלפי ציבור המעשנים.

נדגיש כי לא התקיים דיון משפטי בעניין, אלא מדובר בביקורת של גישה אקדמית מסוימת גרידא.

חובת נאמנות כלפי הציבור – הצעת חוק היועמ"שים

חדשות // פוליטי-מדיני

חוק היועמ"שים אושר בקריאה ראשונה: שרים ימנו יועצי משרדיהם

הכנסת אישרה בקריאה ראשונה את הצעתה של שרת המשפטים שקד, לפיה יועצים משפטיים ימונו על ידי השרים בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה ולאחר החלטת ועדת איתור. החוק ספג ביקורת מצד האופוזיציה בטענה שיאפשר מינויים פוליטיים. ח"כ בירן: "חוק מנשקי הישבנים"

תגיות: איילת שקד, היועץ המשפטי לממשלה, מיכל בירן



יקי אדמקר

יום שלישי, 16 בינואר 2018, 01:07



הדבר מעלה שאלה מעניינית – מה התפקיד של יועמ"ש במשרד ממשלתי? האם להיות שומר סף או לסייע לשר להגשים את המדיניות שלו? האם בהכרח הדברים סותרים? האם זה בהכרח משנה מי מינה אותו? את מי מייצג היועמ"ש – האם את השר או את הציבור? האם היועמ"ש משמש גם כגוף בקרה? זו שאלה מעניינת גם מבחינה אתית ולא רק פוליטית.

דברי ההסבר לחוק:

- בשנים האחרונות חלו שינויים מרחיקי לכת בתפקידם ובמעמדם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה. כיום, נתפס תפקידו של היועץ המשפטי לא רק כמייצג, אלא גם כמי שיכול לפסול רעיונות ותהליכים אותם מקדם השר המופקד על המשרד במידה ולמיטב הבנתו יש בהם פסול חוקי או חוקתי. שינויים אלה מביאים לעיתים לקושי בפעילותו התקינה של המשרד, הנובע ממחלוקות המתגלעות בין השר הממונה על המשרד לבין היועץ המשפטי.
- במרס 2007 מינו היועץ המשפטי לממשלה ומנכ"ל משרד ראש הממשלה דאז צוות בין-משרדי לבחינת סוגיות הנוגעות למערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה. דו"ח הצוות הבין-משרדי, אשר הוגש בספטמבר 2008 קבע בין היתר כי: "תפקידו של יועץ משפטי למשרד הוא מתן לבוש משפטי הולם למדיניות המשרד... מודגש בדוח כי יש לצפות מהיועץ שלא להסתפק בשלילת הצעות המשרד אלא לפעול ככל שניתן למציאת פתרונות משפטיים שיאפשרו את ביצוע מדיניות המשרד."
- הצעת חוק זו נועדה להביא לשינוי בשיטת בחירתם של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, כך שהיועץ המשפטי למשרד ייבחר על ידי השר המופקד על המשרד למשרת אמון, כפי שהדבר נעשה היום בנוגע לבחירת מנכ"ל המשרד. שינוי זה יביא להגברת המשילות ולחיזוק משרדי הממשלה, כך שיוכלו ליישם את מדיניות השר המופקד עליהם בצורה מיטבית והרמונית ולא לעומתית ומסכלת.
- יודגש כי שיטה זו אינה ייחודית לישראל. בארה"ב לאחר כל מערכת בחירות, מסיימים היועצים המשפטיים של כלל משרדי הממשלה את תפקידם ובמקומם ממונים על ידי הממשל הנבחר (בהליך שאינו תחרותי) פקידים התואמים את השקפתו של הממשל החדש, זאת במטרה לאפשר לממשל הנבחר לתפקד בצורה טובה וליישם את המדיניות שלשמה נבחר.
- התפיסה העומדת בבסיס הצעת חוק זו היא ש**תפקידו של היועץ המשפטי הוא לסייע לשר להגשים את מדיניותו ולהעניק לו את הכלים המשפטיים המתאימים. למטרות פיקוח ובקרה קיימים גופים אחרים – מבקרי המשרדים, מבקר הממשלה, בתי המשפט ומערכות אכיפת החוק.**

למעשה, הטענה כי היועמ"ש לא מאפשרים לשרים לפעול בהתאם למדיניות שלהם, ובכך יש משום פגיעה במשילות השלטונית. המשפטים צריכים לפעול לפי מה שהשרים אומרים להם ולא להפך, שכן אינם נבחרו ציבור.

דינה זילבר, המשנה ליועמ"ש התנגדה להצעת החוק ובחילופי הדברים בוועדת חוקה חוק ומשפט בנושא חוק הנאמנות בתרבות ביקרה ואמרה: "הארץ שינתה את פניה. הימים אינם פשוטים והם מביאים איתם לא רק חוקים חדשים אלא גם מילים חדשות. משילות, נאמנות, התגברות. שיח לעומתי, פוצע, מצלק את הרקמה החברתית המשותפת, מסמן ומתייג – מי לנו ומי

לצרינו. ואם יש מי שנאמן, אז יש גם מי שבוגד? גיס חמישי? הבו לנו יועמשים צייתנים, אמנים מסורסים, תקשורת מרוסנת, עם ממושמע, מחונך, שחשיבתו אחידה."

נושא 10: ניגוד עניינים

בעת האחרונה, נדמה כי המדינה בניגוד עניינים אחד גדול ובהחלט מדובר בעניין המצוי בכותרות. הדבר מאפשר להבין את החשיבות והמורכבות של הסוגיה.

המציאות הפוליטית הנוכחית מדגימה את הקושי המרכזי בנושא בכך שבניגוד לעבירות אתיות אחרות של עו"ד, **ניגוד עניינים זה דבר שאנחנו שואפים ככל שניתן למנוע שיקרה מלכתחילה**. ברגע שאדם מצוי בסיטואציה שיש חשד שהוא מצוי בניגוד עניינים, הרי שכל פעולותיו יצבעו בחשד מעין זה אפילו אם כל פעולותיו היו תקינות.

לכן, גם במצב העניינים הציבורי, הצורך להימנע מניגוד עניינים אינו חל רק על עו"ד, אלא גם על אנשים בעמדות רבות ומגוונות. **בכל מקום בו נוצר חשד או ממש נוצר ניגוד עניינים, המטרה היא כי עוה"ד לא יהיו שם**. נדגיש כי **מדובר בכלל מניעת**, אין מטרה להעניש עו"ד בדיעבד על ניגוד עניינים, אלא המטרה היא למנוע את עצם לקיחת התיק במצב מעין זה.

מה זה להיות בניגוד עניינים?

כאשר אדם החשוד או המצוי בניגוד עניינים מונע או עשוי להיות מונע על ידי אינטרסים שעשויים להיות מנוגדים. דוגמה לניגוד עניינים מובהק: עוה"ד מייצג לקוח כאשר הצד שכנגד הוא אחיו.

יש סוגים רבים של ניגודי עניינים:

- **מובהקים** – מתייחס לזיקות שיש לעוה"ד, כאשר ברור שיש קשר אישי לצד שכנגד/לשופט/לקוח לשעבר וכו'. החשש שעולה לפגיעה ביכולת של עוה"ד לפעול כראוי הוא יותר חזק – **על אלו אנו אוסרים**.
- **מעודנים** – עשויים להיות קשורים לעניין אישי/אינטרס אישי של עוה"ד. למשל: לעוה"ד יש אינטרס להרוויח כמה שיותר בעוד שהלקוח רוצה את ההפך, מדובר בניגוד עניינים מובנה בתוך הסיטואציה, ובכך מטפלים ומרסנים כללי האתיקה באמצעות חובות הנאמנות של עוה"ד.

עקרונות כלליים

- **איסור גורף וכולל** – אין רלוונטיות למידת ההשפעה של ניגוד העניינים על עוה"ד.
- **מבחן אובייקטיבי** – השאלה היא שאלה אובייקטיבית – מגדיר מתי מותר ואסור, ואין שאלה של מידה או השפעה בפועל. מצבים שנכנסים להגדרות בחוק הם איסורים גורפים, ולא נכנסים לשאלות של מידת ההשפעה. עוה"ד לא יכול לקחת תיקים כאלה.
- **כלל צופה פני עתיד** – סוגיית ניגוד העניינים מתייחסת קדימה, לעניינים שאסור להתעסק בהם מלכתחילה, ולא לאחר ההתעסקות בעניינים ובדיעבד. כלומר, כלל מניעתי המונע את הפגיעה מראש מקום בו יש חשש לניגוד עניינים בסיטואציות שהחוק מפרט. אם כבר לקח עוה"ד את התיק, וגילה כי יש ניגוד עניינים, עליו להתפטר.
- **כלל של איזון** (חופש העיסוק) – מדובר בכלל בעייתי מבחינת עוה"ד מפני שהוא מתנגש חזיתית עם זכותו של עוה"ד לעיסוק ולייצג את מי שהוא רוצה לייצג. **בפס"ד בועז גולן** הדבר עלה באופן מובהק, שכן הוא עוסק בתחום ספציפי ונמנע למעשה מייצוג אותו לקוח. נראה כי הכללים שהלשכה קבעה נותנים ביטוי לאיזון – מניעת ניגוד עניינים, אך במקביל הגנה על זכותם של עוה"ד להתפרנס. ישנה ביקורת בעניין לפיה הלשכה בעצמה מצויה בניגוד עניינים, שכן תפקידה לדאוג גם לעוה"ד, ולא רק לציבור.

- **התרופה המקובלת היא הפסקת הייצוג** – אם ניגוד העניינים התגלה באמצע הייצוג, על עוה"ד להפסיק לייצג, אך יש לשלם לעוה"ד ביחס לזמן שעבד.

- **הסכמת הלקוח אינה רלוונטית ברוב המקרים** ואינה מרפאת את ניגוד העניינים.

פס"ד גרבי נ' עו"ד גולן

בפסה"ד אין הכרעה כי בהמ"ש אמר שהלשכה צריכה להכריע בניגוד העניינים. במקרה זה מדובר בלקוח שבא להתייעץ עם עו"ד שותף בהרצוג פוקס נאמן. לטענתו הפגישה ארכה שעתיים. הלקוח קיבל לאחר הפגישה הסכם ייצוג אך החליט לא לקחת אותם ושכר שירותי עו"ד אחר. לאחר כמה שנים, אותם עו"ד שהוא נפגש איתם בפגישה הראשונה, מייצגים את הצד שכנגד. אותו אדם קם וטען כי יש קושי וכי לא ברור כיצד הם מייצגים את הצד השני, שהרי ישב איתם במשרד במשך שעתיים, ופרס בפניהם את הכל. אמנם, לא לקח את שירותיהם, אך הם עדיין לא יכולים לייצג את הצד השני. אותו לקוח הגיש תלונה ללשכה וטען שמדובר בניגוד עניינים, ובנוסף הגיש המרצת פתיחה במסגרתה ביקש מבהמ"ש להוציא צו מניעה כך שעוה"ד גולן לא יוכל לייצג את הצד שכנגד.

השאלה: איזה אינטראקציה מצדיקה את הטענה כי לקוח לשעבר / היכרות עם אדם מונעת ייצוג של אדם אחר?

מכך עולות כמה שאלות:

- איזו מערכת צריכה להתקיים? האם פגישת ייעוץ מספיקה לקביעת ניגוד עניינים?
- חופש העיסוק – עוה"ד טוען שזה תחום מאוד מצומצם מבחינה מקצועית, ולכן אם יקבע כי מדובר בניגוד עניינים תפגעו באופן חזק ביכולתי להתפרנס.
- האם השאלה עוסקת ביחס בין עורכי דין שונים באותו משרד? האם ניגוד עניינים של עו"ד אחד במשרד צובע גם את עוה"ד האחרים?
- האם השאלה מלווה את עוה"ד גם כשהוא עובר משרד? האם ניגוד העניינים הולך עם עוה"ד למשרד אחר שיעבוד בו? מה קורה במיזוגים בין משרדים בעניין?
- מתמחים?

בנוסף, עולה חשש מפני פגיעה בחופש העיסוק ומניצול כצעד אסטרטגי של הצד המיוצג את ההגבלה או ע"י עוה"ד שלו. כלל שהשוק יותר מורכב הסוגייה הופכת להיות יותר מורכבת.

עו"ד גולן, אשר לא חשב שיש ניגוד עניינים אך רצה להימנע מטענות כאלו, העביר את התיק לעו"ד אחר באותו משרד. במשרדים מתמודדים עם סוגיית ניגוד העניינים באמצעות 'חומה סינית' (דרך בה משרדים מייצרים חומות למידע בצורה של אבטחת מידע, בה לא לכל המשרד יש נגישות לכל התיקים. אם המשרד יצליח להראות זאת אז זה יוכל להועיל בחלק מהמקרים). באמצעות מנגנון זה מונעים זליגה של מידע ותיקים בין עוה"ד בתוך אותו המשרד (מידור). זה משהו שבהמ"ש בודק בדקדוק ומנחה בעניין, כדי למנוע פגיעה בחופש העיסוק במקביל להגנה מרבית על הלקוחות. נחזור לתיק זה במסגרת הכללים הספציפיים שעולים במסגרתו, עד כה ניתן רקע במטרה להדגים את סביבות הדבר והדילמות שהוא מעלה.

8 קבוצות בהן מוסדר עניין ניגוד העניינים בכללי האתיקה

קבוצה ראשונה – חשש לפגיעה ביכולת למלא את החובה המקצועית (14א)

סיטואציה: עו"ד לב מייצג את לוי בתביעה המתנהלת בבית המשפט. במקביל הפכו לב ולוי לשותפים עסקיים במיזם נדל"ני. כעת התעורר סכסוך ביניהם בעניין עתיד המיזם ולב עתיד להגיש תביעה נגד לוי.

שאלות:

- האם עו"ד לב יכול להמשיך ולייצג את לוי בתיק המקורי?

- האם הוא יכול להמשיך ולייצגו במידה שלוי מבקש ממנו לעשות זאת?

ניגוד עניינים מהסוג הזה הוא ניגוד עניינים פנימי שלא מערב צדדים נוספים. הדבר נכנס בכלל **14(א) לכללי לשכת עוה"ד**:

כלל 14 לכללי לשכת עוה"ד – ניגוד אינטרסים

14. (א) לא ייצג עורך דין לקוח, לא יקבל על עצמו לייצגו ולא ימשיך בייצוגו, אם קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפיו, בשל עניין אישי שלו, או בשל התחייבות או חובת נאמנות שיש לו כלפי אחר או בשל עומס עבודה או בשל סיבה דומה אחרת.

כל סיבה וסיטואציה שמייצגת עניין אישי של עוה"ד יכולה להיכלל בתוך הסעיף הזה. אין רלוונטיות להסכמה של הצדדים לניגוד עניינים.

רציונל: לעוה"ד יש חובת נאמנות ללקוח, ובאשר יש עימו סכסוך למשל, הרי שעולה מכך חשש ליכולתו להיוותר אובייקטיבי בעניינו. בנוסף, ברור שלעוה"ד יש אינטרס להשיא רווחים, אך ברור שעומס עבודה מוגזם יפגע בלקוח, ולכן יש אמירה נורמטיבית לפיה יש להגן על הלקוחות (השאלה עלתה בעניין של הנשיא קצב, שם התריעו עוה"ד על עומס בו לא יוכלו לעמוד, אולם הדבר התנגש עם זכויות ואינטרסים אחרים של בהמ"ש והלקוח).

דוגמאות:

- עריכת דין למען מטרה ציבורית, למשל תיק עקרוני בו הלקוח רוצה להתפשר ובכך תימנע פסיקה בעניין חשוב.
- שכר טרחה.
- תובענות ייצוגיות.
- קשר רומנטי עם לקוח. עשוי לעלות חשש למשל מטענות של הצד השני כי לפעמים אין הפרדה בין האישי של עוה"ד למקצועי שהוא אמור לייצג. הלשכה לא מתערבת בדברים האלה, ואין להתערב או לאסור זאת. לגישת **המרצה** אין כאן ניגוד עניינים אלא חשש מיכולתו של עוה"ד לפעול במקצועיות.

קבוצה שניה – ייצוג לקוחות במשותף 14(ב)

סיטואציה: בני זוג מחליטים להתגרש, ופונים יחדיו לעורך דין על מנת שייצג אותם במשותף, וזאת כדי לחסוך בהוצאות המשפט.

שאלות:

- האם הדבר מותר?
- עורך דין מייצג שני נאשמים במשפט פלילי. האם הדבר מותר? (**דענא**)
- הסיטואציה הזו מותרת לפי הכללים, אך אין הדבר אומר שזו אינה מעוררת קושי. יש כל מיני מצבים בהם נטען כי יש זהות אינטרסים, אך הדבר נכון עד קו גבול מסוים, שכן קשה לטעון שישנם אנשים שיש להם זהות מוחלטת באינטרסים.

כללים 14(ב)+(ד) לכללי לשכת עוה"ד – ניגוד אינטרסים

(ב) לא ייצג עורך דין צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין.
(ד) הוראות סעיפים קטנים (ב) ו (ג) לא יחולו על עריכת הסכם ועל טיפול בעניין שהצדדים הסכימו, בכתב, כי יעשה בידי אותו עורך דין.

כלומר, **חריגים לכלל 14(ב)**:

- ייצוג זוגות נשואים ובני משפחה.
- ייצוג שני הצדדים בעריכת חוזה.

כלומר, יש כאן רלוונטיות להסכמה של הצדדים, אך בעניינים מוגבלים – חוזים, בעוד שבהליך פלילי אין הדבר אפשרי.

חריג לחריג:

כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות בדירות) – ייצוג אסור ברכישה

2. בעסקה לרכישת דירה מאת קבלן, ... לא ייצג אותו עורך דין את הקבלן ואת הרוכש, אלא לפי הוראות סעיף 5.

עוה"ד לא יכול לייצג את 2 הצדדים לעסקה, ועוה"ד מחויב לציין בחוזה הרכישה, כך שזה יהיה ברור לרוכש כי זה אינו מייצג אותו.

עם זאת, עוה"ד יכול לייצג את שני הצדדים ברישום הרכישה, ואף לגבות שכ"ט על כך. **רציונל:** הרישום מבטיח את זכויות הרוכש; לכאורה מדובר בעניין פרוצדוראלי (אם כי עשוי לעלות קושי); לא ניתן לרשום דירה ללא עו"ד (ולא מומלץ לקנות דירה ללא עו"ד, אם כי זה אפשרי).

- **קושי:** ניסו להגן על הרוכשים, אך בפועל נוצר מצב שלא ברור לצד הרוכש האם עוה"ד מייצג אותו או לא, בנוסף להקטנת הסיכוי שהאדם ייקח עו"ד לעצמו מקום בו שילם כבר לעו"ד אחר לכאורה.

מה הקשר לניגוד העניינים? למוכר ולקונה אין את אותם אינטרסים, אך כשמדובר על קבלים עולה קושי גדול מאוד, שכן הקבלן משלם לעוה"ד סכומי עתק והוא רוצה להמשיך לעבוד איתו. כלומר, שבמצב זה עולה חשש גדול יותר שעוה"ד יפעל בהגינות כלפי הצד השני, שכן לעוה"ד ברור שיש חובת נאמנות גדולה יותר כלפי הקבלן מאשר ללקוחות המזדמנים, יתרה מכך שלרוב מדובר בחוזה אחיד שקשה מאוד לשנותו ואינו מייצג את האינטרס של הרוכש בהכרח.

שיעור 12 – 06/01/2020

ייצוג משותף של נאשמים בהליך פלילי

ככלל, נאשמים שהואשמו תחת אותו כתב אישום ניתן לייצג במשותף, שכן הם באותו צד לכאורה (בהתאם לאמור בחריגים **בכללים 14(ב)+(ד) לכללי לשכת עוה"ד**).

כאשר מייצגים שני צדדים, חובת הנאמנות כלפי כל צד נותרת חזקה ומלאה כאילו היינו מייצגים כל אחד לבדו, ללא קשר לסוג העניין בו אנו מייצגים. כלומר, מדובר בסיטואציה בעייתית שעלולה להציף קשיים. בהליך פלילי במיוחד, למרות שכללי האתיקה מאפשרים זאת, כללי הסגוריה מגבילים זאת מתוך הבנה שייצוג משותף הוא מתכון לבעיות.

למה שנאשמים ירצו ייצוג משותף?

לעיתים האינטרס של הנאשמים הוא אינטרס משותף, בין היתר כלכלי. בנוסף, הדבר יכול לשרת את ההגנה ע"י תיאום קו ההגנה, כך אחד לא יפליל את השני כפי שקורה לעיתים כאשר יש נאשמים מעורבים באותה פרשייה. יחד עם זאת, יתכן שגם אם לא התחלנו בניגוד עניינים, ולכל הנאשמים אינטרס משותף, אנו עלולים לגלות בהמשך שהדבר לא נשמר. לדוגמה, כאשר הפרקליטות מציעה לאחד הנאשמים עסקת טיעון בתמורה להפלת הצד השני.

דוגמאות לכך ניתן לראות ב**פס"ד בשיר** וב**פס"ד דענא**, בשניהם יש מקרים של נאשמים שהואשמו ביחד בכתב אישום ויוצגו על ידי עו"ד אחד, כאשר בערעור הם טענו טענות של כשל בייצוג (רשלנות מקצועית בהליך פלילי) דבר המהווה פגם היוורד לשורש ההליך. הטענה היא כי הייצוג המשותף הוא הגורם לכשל.

פס"ד בשיר – מדובר באירוע בו הומתה אישה והאחיות הואשמו ביחד, אך רק אחת הורשעה ברצח ואחרות הורשעו בעבירות נלוות. המורשעת ברצח טענה בערעור כי הייצוג שקיבלה היה רשלני ופגום, משום שעוה"ד שלה היה בניגוד עניינים שהרי ייצג את האחיות האחרות ובפועל הקטין את האחריות שלהן והגדיל את שלה. שם בהמ"ש קבע הלכה יחסית מצמצמת בעניין זה, וקבע כי **לא כל ניגוד עניינים מהווה כשל בייצוג**, ובכך דחה את טענתה של האחות שהואשמה ברצח.

כלומר, **בהמ"ש בחן האם היה ניגוד עניינים בפועל, והאם הדבר תרם להכשלת ההגנה. יש להבחין בין טענה של ניגוד עניינים לטענה של ייצוג כושל או רשלני שאינו תוצאה של ניגוד עניינים.**

פס"ד דענא – מדובר בשני אחים שהואשמו ברצח של אדם שלישי. אחד מהאחים הודה ברצח בהסדר טיעון ואחיו הורשע בעבירה של סיוע. לאחר הרשעתו ברצח ע"ב עסקת הטיעון הוא ערער. לשני האחים היה אותו עו"ד. בערעור טען המורשע

ברצח כי המשפחה לחצה עליו לקחת את האשמה, מפני שלאחיו כבר הייתה משפחה, וכי הודאתו אינה נכונה, ונבעה מכשל בייצוג בשל ייצוג של עו"ד לשניהם. כאן התקבלה הטענה, התיק הוחזר לבהמ"ש קמא ונקבע כי **יש להוכיח שניגוד העניינים השפיע על התוצאה**. כלומר, יש כאן **ריכוך מסוים של המבחן התוצאתי-סיבתי – בהמ"ש הסתפק בכך שאפשר שתוצאת המשפט הייתה שונה אלמלא הכשל בייצוג**.

- אחת הסיבות שהטענה התקבלה כאן ולא בפס"ד בשיר כי העובדה כי היה הסדר טיעון, ושם ההרשעה התבססה על חומר הראיות, מכאן שיש חשש יותר קטן להרשעה שגויה.
- יש כאן ביטוי לדילמת האסיר, ועוה"ד הוא חלק ממנה, ואם לכל צד יש עו"ד משלו אנחנו נמנעים מזה.
- **הערה** – נציין כי טענה של כשל בייצוג עלולה להיות טענה אסטרטגית. לכן, העמדה של הסנגוריה היא למנוע ייצוג משותף מלכתחילה. אולם לפי כללי האתיקה הדבר אפשרי, וקורה פעמים רבות בשוק הפרטי.

קבוצה שלישית – לקוח קבוע (14ג)

סיטואציה: אתה מטפל כעורך דין חיצוני בשורה של ענייני מקרקעין של חברת החשמל. כאשר חברת החשמל קונה או שוכרת מבנה, אתה מייצג אותה בעניין. היום הגיע אליך לקוח חדש, הוא שמע מחבר שאתה מייצג את חברת החשמל, ולכן בא אליך כדי שתטפל עבורו בסכסוך שיש לו מול החברה בנוגע להשחתת מונה החשמל בבית העסק שלו. האם מותר לך לייצגו?

העיסוק פה הוא בשני עניינים אחרים – בין מה שהתבקש ע"י הלקוח לבין מה העניינים שמייצג בהם את חברת חשמל. לכאורה, **(1)** לעוה"ד יש הטיה ללקוח הקבוע שלו, אולם מנגד **(2)** יש לעוה"ד יתרון ללקוח המזדמן בכך שהוא מכיר את הגוף פנימה. בשל 2 סיבות אלו הייצוג אסור.

כלל 14(ג) לכללי לשכת עוה"ד – ניגוד אינטרסים

14. (ג) בעניין שצד בו לקוח קבוע של עורך הדין לא ייצג עורך דין צד אחר, גם אם באותו עניין אין עורך הדין מייצג את הלקוח הקבוע; לעניין הוראה זו, "לקוח קבוע" - לקוח שעורך הדין נותן לו שירותים דרך קבע.

כלל 14(ג) מונע מעו"ד לייצג כנגד לקוחות קבועים, ללא קשר לסוג העניינים בהם מייצג עוה"ד את הלקוח הקבוע, מפני שמדובר בסיטואציה שטבוע בה ניגוד עניינים.

חריגים:

כללים 14(ד)+(ה) לכללי לשכת עוה"ד – ניגוד אינטרסים

14. (ד) הוראות סעיפים קטנים (ב) ו (ג) לא יחולו על עריכת הסכם ועל טיפול בעניין שהצדדים הסכימו, בכתב, כי יעשה בידי אותו עורך דין.

(ה) עורך דין ולקוחו רשאים להסכים, בכתב, לתחום את השירות המקצועי אשר ייתן עורך הדין ללקוח, כדי למנוע התנגשות עם ייצוג לקוח אחר או עם עניין או עם חובה אחרת של עורך הדין, בתנאי שצמצום השרות הנו סביר בנסיבות העניין ואינו פוגע בחובת הנאמנות של עורך הדין ללקוחותיו.

14(ד) הסכמה קונקרטית לייצוג של לקוח מסוים – ניתן להתגבר על ניגוד עניינים מסוג זה ע"י הסכמתם של שני הלקוחות בכתב.

14(ה) תיחום גבולות הייצוג מראש – כאשר עוה"ד מייצג לקוח גדול, ניתן להסכים מראש לתחום את השירות המקצועי, ולקבוע בהסכם עם הלקוח כי אנו מייצגים אותו בסוג מסוים של תיקים. הדבר מאפשר להתגבר על כלל 14(ג), שכן בסוג אחר של תיקים, מקום בו הייתה הסכמה, ניתן יהיה לייצג נגד הלקוח הקבוע. התיחום צריך להיות כפוף לרציונל והיגיון, ובהתאם לכללי הנאמנות והאחריות של עוה"ד ללקוח.

← חריגים אלו נובעים מכך שבפרקטיקה, הדבר יכול לפגוע באופן חמור ולא מידתי בחופש העיסוק של עוה"ד ויכולתו להתפרנס, ולבחור את לקוחותיו. כלומר, יש באן איזון בין אינטרס ההגנה על הלקוחות, לבין חופש העיסוק והאוטונומיה של עוה"ד.

- לדעת **המרצה**, יש מקום לקבל הסכמה של הלקוח הקבוע גם אם נעשה תיחום גבולות הייצוג מראש מול אותו לקוח, כדי להישאר על הצד הבטוח ולהימנע מהפתעות.

קבוצה רביעית – לקוח חד פעמי ולקוח לשעבר (16)

סיטואציה: עורכת הדין ששון מייצגת בעל בהליך גירושין. בבית המשפט לענייני משפחה פגשה עורכת הדין את האישה לראשונה, ואז נזכרה בכך שלפני שנה הגיעה האישה למשרדה לפגישת ייעוץ, כאשר שקלה להתגרש. האישה מיוצגת כעת על ידי עורכת דין אחרת. האם עורכת הדין ששון רשאית להמשיך ולייצג את הבעל?

כלל 16 לכללי לשכת עוה"ד – איסור על טיפול נגד לקוח

16. (א) עורך דין לא יטפל נגד לקוח –

(1) בעניין או בקשר לעניין שטיפל בו למען אותו לקוח;

(2) בעניין אליו יש זיקה של ממש למידע שקיבל עורך הדין מאותו לקוח או מטעמו.

(ב) הועד המחוזי, או מי שהוא הסמיכו לכך, רשאי להחליט, לפי פניית עורך דין, כי מתן חוות דעת או קיום התייעצות גרידא, או פעולה במקרה פלוני, לא היה בהם משום טיפול בעניין למען לקוח, או כי מידע מסוים אין לו זיקה של ממש לעניין, או כי אין במידע שהתקבל כדי למנוע מעורך הדין לטפל בעניין, ובלבד שהחלטה כאמור תינתן לפני שעורך הדין יקבל על עצמו את הטיפול בעניין האמור.

הכלל: עוה"ד לא יכול לטפל בעניין נגד לקוח שלו לשעבר, אם הטיפול הוא בעניין שהוא טיפל בו למען הלקוח, או בעניין שיש בו זיקה של ממש למידע שקיבל עוה"ד מאותו לקוח או מטעמו.

כלומר, **הבחינה היא בחינה לגופו של עניין** – אם לעוה"ד יש לקוח שאין ויכוח לגביו שהיה לקוח שלו בעבר, ההגבלה אינה גורפת אלא **ישנם 2 כללים מהותיים:**

1. **באיזה עניין מדובר** – האם מדובר באותו עניין או בקשר לאותו עניין בו עוה"ד טיפל עבור הלקוח לשעבר. פס"ד היימן, בהמ"ש קבע פה בחינה מרחיבה.

2. **מה היה המידע שהועבר?** אם יש למידע שקיבל עוה"ד בתיק של לקוחו לשעבר זיקה של ממש לא ניתן לייצג את הלקוח השני.

בפסיקה המשמעתית ניתן לראות כי מפעילים את אותם כללים מהותיים גם לגבי ייעוץ (כאשר לא היה ייצוג) – (1) מה המידע שהועבר, (2) ובאיזה עניין מדובר.

- ניתן לטעון כי יש פה **חשש לאסטרטגיה של לקוחות**, שמא יפנו לייצוג או ייעוץ של עו"ד כדי להגביל את גישתם של אחרים אליו ע"מ שייצג נגדו.

כלל 16(ב) אומר שניתן להתייעץ עם הלשכה, במקרים בהם עוה"ד לא בטוח האם יכול הוא לייצג בעניינים כאלה.

דוגמאות:

תלונה 1 –

במדובר במקרה בו פנה לעוה"ד שנותן שירותי פרו-בזו, אדם להתייעצות של רבע שעה, הוא דייר מוגן בנכס ורוצים לפנותו. אח"כ הבעלים של אותו נכס הגיש נגדו תביעת פינוי. מי שייצג את הבעלים הוא אותו עו"ד. אותו דייר התלונן בלשכה.

החלטה: ביה"ד הפעיל את המבחן המהותי, שם שאל איזה מידע הוחלף ונקבע כי אין מדובר במידע שלא ניתן היה להשיג בדרך אחרת. בכך נדחתה התלונה. כלומר, ביה"ד הפעיל את המבחן המהותי ושאל איזה מידע הוחלף וקבע שהמידע לא היה משמעותי וממילא היה קיים לצד השני. זו לא קביעה עקרונית האם היה ייצוג פרו בונו ייצוג או לא, אלא הבחינה לגופו של עניין.

תלונה 2 –

מדובר במקרה בו המתלונן טוען שעורך הדין שייצג אותו בעבר בנוגע לפיטוריו ממקום העבודה, מייצג כיום את הבנק התובע את המתלונן בגין אי החזר הלוואה שקיבל מהבנק, וכי הדבר עולה כדי ניגוד עניינים.

החלטה: הוחלט לגנוז את התלונה בהיעדר עבירה משמעותית. אכן המתלונן היה בעבר לקוח של הנילון, אולם לקוח לביצוע עבודה חד פעמית שאינה קשורה כלל לתיק הנוכחי. הועדה קיבלה את טענת הנילון לפיה אין בידו מידע ו/או מסמך כלשהו הרלוונטיים לתיק הנוכחי, שאין בינו לבין ייצוג המתלונן בעבר כל זיקה.

תלונה זו מעידה על הפער בתחושות בין מה שהלקוח הרגיש בייעוץ, למה שעוה"ד תפס והרגיש.

← הנטייה היא לצמצם ולהגיד שייעוץ אינו ייצוג, משום שבכך עלולה לקום מגבלה בלתי אפשרית על עוה"ד בעיסוקם, ולפגוע בהם קשות.

פס"ד גולן –

ראינו גם שבפס"ד גולן משבוע שעבר פגישת ייעוץ לא הופכת אדם ללקוח אלא הבחינה היא לגופם של דברים. כאן הנטייה דווקא לצמצם. לא למנוע מעו"ד לייצג אנשים שהיו עמם בפגישת ייעוץ.

תלונה 3 – החלפת מקום עבודה

שאלתא: הפונה הוא עורך דין שכיר שהתבקש לטפל בערעור אזרחי. פסק הדין שעליו הוגש הערעור ניתן בידי שופט בעת שעורך הדין היה מתמחה שלו. האם מותר לפונה לטפל בתיק?

החלטה: אסור לפונה ולכל עורך דין אחר ממשרדו לטפל בערעור.

← ניתן להבין מכך כי ניגוד העניינים עובר עם עוה"ד, אפילו אם עבר מקום עבודה. יתרה מכך, מהחלטה זו ניתן להבין כי ניגוד העניינים "מדביק" את עוה"ד האחרים במשרד החדש.

עם זאת, יש מענה ל"הדבקה", ע"י שימוש בשיטת "החומה הסינית" עליה דיברנו בשיעור הקודם. כלומר, יש דרך לנהל משרד בדרך שלא תפגע בו ותדביק את כל עוה"ד במשרד בניגוד עניינים.

זאת ועוד, אם לתיק נקבע שופט ועוה"ד יודע שהוא מצוי ברשימת המניעות של אותו שופט, עוה"ד לא יכול לייצג בתיק מולו, שכן אסור להביא למצב של פסילת שופט במודע בדרך זו.

קבוצה חמישית – טענות נגד כשרות הסכם / עסקה (15)

סיטואציה: עורך דין ערך עבור שני בני זוג הסכם גירושין וחלוקת רכוש. שני בני הזוג הסכימו מדעת לייצוג המשותף בגירושין. עברו שנתיים וכעת פונה האישה אל אותו עורך דין וטוענת שהגיע אליה מידע חדש לפיו היו לבעלה עוד נכסים אותם החביא לפני הגירושין. לכן היא רוצה שיגיש בקשה לביטול הסכם חלוקת הרכוש בטענה שהייתה מרמה וההסכם לא חוקי.

יש פה 2 איסורים:

א. **כלל 16** – הבעל הוא לקוח לשעבר באותו עניין.

ב. **כלל 15** – עו"ד לא יכול לטעון כנגד הסכם שהוא השתתף בעריכתו. עם זאת, עו"ד יכול לייצג במקרה בו צד אותו לא ייצג

לא מקיים את ההסכם.

כלל 15 לכללי לשכת עוה"ד – טיעון נגד כשרות הסכם

15. עורך דין שערך מסמך או השתתף בעריכתו, או שטיפל בעסקה או שהשתתף בטיפול בה, לא יטען לאחר מכן נגד כשרות המסמך או העסקה, ולא ייצג אדם שעניינו מחייב, באופן סביר, טענה כאמור.

רציונל: עוה"ד כתב את ההסכם והוא היה חלק מהבעיה בו לכאורה, לכן לא יכול לטעון נגדו.

קבוצה שישיית – ייצוג בעניין בו עוה"ד דן בשופט/בורר/מגשר (17)

סיטואציה: עורך דין שימש כבורר בסכסוך בין חברת היי-טק לבין אחד העובדים. אחרי ישיבת בוררות אחת, נכשלה הבוררות והסכסוך הגיע לבית המשפט. חברת היי-טק מאוד התרשמה מיכולותיו של עורך הדין, וכעת מבקשת שייצג אותה.

האם מותר? לא. עורך דין לא יכול לציג אדם בעניין שדן בו בשופט או כבורר או כמגשר.

כלל 17 לכללי לשכת עוה"ד – עורך דין שדן בעניין בשופט

17. לא ייצג עורך דין אדם בעניין שדן בו בשופט או כבורר.

קבוצה שביעית – ניגוד עניינים עם עיסוק אחר של עורך הדין

בניגוד לעבר, היום, לעוה"ד מותר שיהיה להם מקצוע נוסף. מציאות זו יוצרת סוג חדש של ניגודי עניינים בין העיסוקים השונים של אותו עו"ד.

סיטואציה: רו"ח ידן מכין וחותר על הדוחות הכספיים של חברה לה הוא משמש כרואה חשבון. כעבור מספר חודשים משקיע מגיש תביעה נגד החברה בטענה שהסתירה מידע בדוחות הכספיים שלה וכי נגרם לו נזק עקב כך. רו"ח ידן עובד גם כעורך דין במשרד נפרד המייצג את החברה בתביעה.

האם יש חשש לניגוד עניינים אסור?

ניתן למצוא כאן 2 איסורים אפשריים:

א. **כלל 15 לכללי לשכת עוה"ד – טיעון נגד כשרות הסכם** – מדובר במסמך משפטי לכל דבר.

ב. **כלל 1 לכללי לשכת עוה"ד (עיסוק אחר) – עיסוק אחר:**

1. **כלל 1(א) איסור ענייני** – באותו עניין שמטפל/טיפל אדם במקצועו האחד, לא יכול לטפל כעו"ד במקצועו

השני ולהפך – רו"ח לא יכול להגן על דוחות כספיים שכתב כעו"ד. בכל עניין ספציפי ניתן להיות או עו"ד או העיסוק השני. מדובר בעניין שטיפל בו עוה"ד בעבר או בהווה.

2. **כלל 1(א)(2)(ב)+(א) איסור פרסונלי אישי** – לא יכול להיות מצב בו אדם יהיה לקוח של עוה"ד הן בכובעו

כעו"ד והן בכובעו האחר, ללא קשר לעניין. כלומר, למשל, לא יכול אדם להשתמש בשירותיו של אדם הן כעו"ד והן כרופ"ש (מקום בו יש כאן תלות). הגבלה זו לא חלה על כל העיסוקים, אלא על עיסוקים המייצרים תלות (ביחס לרו"ח זו שאלה אם נוצרת כאן תלות). כאן מדובר בטיפול בהווה.

רציונל: הכלל נועד למנוע מבעיות של יחסי תלות או כפיפות, בנוסף לכך שהנאמנויות ב-2 הכובעים עלולות להיות מנוגדות וסותרות.

ניתן לראות בכך תפישה מסורתית של עריכת הדין, כמקצוע ייחודי אשר ניתן לעסוק רק בו ולא במקביל לעיסוק אחר.

כלל 1 לכללי לשכת עורכי הדין (עיסוק אחר) 2003 – עיסוק אחר

1. א. עורך דין העוסק בעיסוק אחר נוסף על עיסוקו כעורך דין –

(1) לא יטפל במסגרת עיסוקו האחר בעניין שהוא מטפל בו כעורך דין, ולא יטפל כעורך דין בעניין שהוא מטפל בו כעורך דין במסגרת עיסוקו האחר.

(2) לא יטפל –

(א) במסגרת עיסוקו האחר במי שהוא מטפל בו כעורך דין, אם עלולים להתקיים, במסגרת העיסוק האחר, יחסי תלות של אותו אדם בו.

(ב) כעורך דין במי שקשור עמו במסגרת עיסוקו האחר, אם מתקיימים, במסגרת העיסוק האחר, יחסי כפיפות לו או תלות בו, של אותו אדם.

קבוצה שמינית – ייצוג לקוח וצד שכנגד בעניינים שונים**עניין אזרחי**

שאלתא 1: האם יכול עורך דין, המייצג לקוח נוכחי כתובע, לייצג את הנתבע בתיק אחר בעניין אחר?

לכאורה הדבר לא נופל לאף אחד מהכללים הספציפיים, אלא לכלל הראשון הן בעניין אישי המונע מעוה"ד לייצג.

החלטה: בכל מקרה בו קיים חשש לניגוד עניינים של עורך הדין עליו להימנע מהייצוג. הסטנדרט לקביעה אם קיים חשש לניגוד עניינים הוא **אובייקטיבי** (איך זה נראה ונתפס, ולא איך זה משפיע). לפיכך, יש לבחון אם בנסיבות שני התיקים קיים חשש כזה. בכל מקרה, אם יסבור עורך הדין שאין חשש לניגוד עניינים עליו לפנות ולקבל את הסכמת שני הלקוחות לייצוג החופף. לא אומרים לעוה"ד לא לייצג, אלא אומרים לו את הכללים ומותירים את ההחלטה בידיו.

- **ביקורת:** לדעת **המרצה**, מדובר בתשובה בעייתית המראה את עמדת הלשכה להימנע מהגבלת ייצוג. לכאורה קבלת ההסכמה בכתב מחייבת את הלקוחות להבין ולחשוב על זה, כמו גם לאפשר גילוי נאות, אך הדבר בפועל לא מרפה את ניגוד העניינים.

עניין פלילי

שאלתא 2: עורך הדין הפונה מייצג **נאשם** בהליך פלילי. בשלושה חודשים לאחר הגשת כתב האישום וכחמישה ימים לפני שעד התביעה צריך להעיד (נגד הנאשם), התברר לפונה כי אותו **עד** הוא לקוח שלו, המיוצג על ידו בתיק תעבורה בעבירת גרם מוות ברשלנות.

מה על עורך הדין לעשות?

החלטה: הועדה לא קבעה עמדה נחרצת, אלא נתנה לעוה"ד אחריות לקבל את ההחלטה באמצעות השאלות המנחות: יש לבחון השאלות הבאות:

א. מה עמדת הנאשמים ועד התביעה בסוגיה?

• **ביקורת:** לדעת **המרצה** שאלה זו בעייתית, משום שניגוד עניינים נותר ניגוד עניינים, והסכמה לניגוד העניינים ע"י הצדדים לא מרפאת את אותו ניגוד עניינים ולא מתקנת אותו.

ב. מה טיב עדותו הצפויה של עד התביעה ומה עמדת הנאשמים לגביה? האם אפשר לייתר את חקירתו או לקבל את הודעתו במשטרה?

ג. מה עמדת התביעה הכללית, בשני התיקים, לגבי האפשרות שעורך הדין ימשיך לייצג את שני הנאשמים וכן את עד התביעה?

ד. האם הפגם, ככל שיש פגם, נרפא אם עורך דין אחר יחקור את העד בחקירה נגדית?

- **ביקורת:** **המרצה** לא אוהבת את תגובת הוועדה, שכן אותו עו"ד מציג פה סיטואציה של ניגוד עניינים, וזה בעייתי לחקור לקוח בחקירה נגדית. הפגיעה כאן יכולה ללכת לכל הכיוונים ובכל הצדדים. כך, במקום שהלשכה תאמר לעוה"ד להתפטר מאחד התיקים, היא נמנעת ומתחמקת. יש בעיה בלהציג שאלות כאלה לעוה"ד וללקוחות, מפני שעוה"ד מצוי בניגוד עניינים ואיננו יודעים אם החלטותיו הושפעו והתקבלו ללא השפעת אותו ניגוד עניינים. ניגוד העניינים צובע את ההחלטות שהאדם מקבל בעיני הצופים מהצד, אפילו אם היו נכונות. יתרה מכך, לא ברור שהבאת עו"ד אחר לצורך החקירה תרפא את ניגוד העניינים.

יש בעיה בכך שהלשכה מחזירה לאדם הנגוע בניגוד העניינים לקבל את ההחלטה, משום שהוא זה שמצוי בניגוד עניינים והחלטותיו נתפסות בחזקת נגועות בניגוד עניינים, ללא קשר לכל הכוונה כזו שיקבל מהלשכה. זה לא מונע או מרפא את ניגוד העניינים. אין היגיון להחזיר את הכדור לאדם שמצוי בניגוד עניינים לקבל את ההחלטה.

חריגים/היתרים לטיפול על אף ניגוד עניינים**כלל 14(ד) לכללי לשכת עוה"ד – ניגוד אינטרסים (הוזכר לעיל)**

הוראות סעיפים קטנים (ב) ו-(ג) לא יחולו על –

א. עריכת הסכם.

ב. טיפול בעניין שהצדדים הסכימו, בכתב, כי יעשה בידי אותו עורך דין.

← בכל שאר המקרים בהם חל איסור בשל ניגוד עניינים האיסור הוא מוחלט ואין להתנות עליו.

תיחום השירות המקצועי**כלל 14(ה) לכללי לשכת עוה"ד – ניגוד אינטרסים (הוזכר לעיל)**

עורך דין ולקוחו רשאים להסכים, בכתב, לתחום את השירות המקצועי אשר ייתן עורך הדין ללקוח, כדי למנוע התנגשות עם ייצוג לקוח אחר או עם ענין או עם חובה אחרת של עורך הדין, בתנאי שצמצום השירות הינו סביר בנסיבות העניין ואינו פוגע בחובת הנאמנות של עורך הדין ללקוחותיו.

- **למה צריך את 14(ה) אם יש 14(ד)?** מראש מגדיר את התחומים ונותן מעין מרחב ביטחון מראש וידיעה מוקדמת על מצב

העניינים למען הסדר הטוב, דבר משמעותי במשרדים גדולים שמייצגים לקוחות גדולים.

- לגישתה של **המרצה**, יש צורך בהחתמה על הסכמה לפחות את הצד המזדמן, ליתר ביטחון והגילוי הנאות.

שיתוף בשכ"ט**כלל 30 לכללי לשכת עוה"ד – שיתוף עו"ד בשכ"ט**

עורך דין המעביר עניין לטיפול המקצועי של חברו לא יהיה זכאי לחלק בשכר הטרחה אלא אם כן הוסכם במפורש אחרת, **ובלבד שאם נבצר מעורך הדין המעביר לטפל בעניין בשל הוראות סעיף 14, אסור לו לקבל תשלום כלשהו מעורך הדין המקבל את העניין לטיפולו.**

רציונל לשיתוף בשכ"ט: תמרוץ עוה"ד להעביר תיק שאינו מקצועי בו, על מנת לאפשר שירות מקצועי.

נושא 11: חיסיון וסודיות; סוגיית העבירה העתידית, מסמכים שהוכנו לקראת**המשפט**

(נושא זה הוא מעין חזרה על הקורס בדיני ראיות)

עקרונות כלליים

- התכלית והשאיפה בהליך המשפטי היא לחקר האמת. עם זאת, **דיני הראיות מלאים בחריגים ההולכים נגד ערך חקר האמת, מתוך הגנה על ערכים אחרים. חסיונות הם החריג הכי משמעותי לכך** (בנוסף לחריג הקבילות המונע קבלת ראיות בהליך המשפטי למרות יכולתן להביא לחקר האמת).
- **חיסיון הוא פטור מהחובה למסור מידע בהליך משפטי או חקירתי.** ככלל, כשאדם מגיע לחקירה במשטרה הוא צריך לענות על השאלות שנשאל, זאת בדומה לחקירה בבהמ"ש, החיסיון הוא פטור מכל אלה. אדם שנהנה מחיסיון/מידע שמוגדר חסוי הוא מידע שלא צריך למסור אותו וניתן לא לענות לחוקר/לשופט בשל כך.
- **חיסיון עו"ד לקוח הוא חיסיון שונה מיתר החסיונות בדיני הראיות, שכן מדובר בחיסיון מוחלט.**
- **החיסיון מכון כלפי הרשות המוסמכת.** כלומר, מדובר בדבר שמכון כלפי הרשויות החוקרות והרשות השופטת. את הטענה שמידע חסוי מפנים נגד גוף חוקר או גוף שיפוט.

- לצד החיסיון, ישנה סודיות. לעוה"ד יש חובה לשמור בסוד כל מידע שמגיע מהלקוח שלו. **סודיות, להבדיל מחיסיון, מכוונת כלפי כל העולם.** הסודיות במובן זה היא יותר רחבה מהחיסיון.
- **אם כן, יכול להיות מצב בו ישנה ראייה סודית, אך שאינה בהכרח בלתי קבילה או חסויה.** מנגד, מידע חסוי הוא בהכרח לא קביל, ובהכרח סודי.

כלומר, יש להבחין בין סודיות לחיסיון – השאלה איזה מידע עו"ד יחשוף בחקירה תלויה בשאלת החיסיון, ולא בשאלת הסודיות. חיסיון עורך דין לקוח הוא חיסיון סטטוטורי, בבסיס החיסיון הצדקה תועלתנית המבוססת על הנחה אמפירית כי קיומו של חיסיון משפיע על התנהגות הפרט, ואילולא החיסיון, השיח בין איש האמון ללקוחו ייפגע. מכאן שתועלתו של החיסיון נשקלת כנגד העלות של אי גילוי ראיות רלוונטיות.

חיסיון עורך דין לקוח הוא חיסיון מוחלט, שלבית המשפט אין סמכות להסירו, גם לא במסגרת הליכים אזרחיים. עם זאת, לאחרונה ניכר כרסום במעמדו של החיסיון, ונשמעת אף הדעה כי יש להופכו לחיסיון לא-מוחלט. החיסיון מבוסס על התפישה המערכתית שלצד הערכים של גילוי האמת, יש עוד ערכים שרוצים לקדם אותם – אמנים שאלמלא החיסיון לא יוכלו לתת ייצוג אמת. רוצים כמערכת לעודד שיח פתוח ולעודד את מערכת היחסים הזו. ערך חשוב ואף חשוב יותר מאשר אם יקבלו ראיה מסוימת או לא יקבלו אותה. ערך הייצוג ההולם שחלק מההליך ההוגן שמחייב אמון שקיפות וגילוי.

חיסיון עו"ד-לקוח

מקור נורמטיבי לחובה הכללית

חיסיון עו"ד-לקוח מעוגן בפקודת הראיות ולא בכללי האתיקה:

ס'48 לפקודת הראיות – עדות עורך דין

48. (א) דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר עיני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החיסיון; והוא הדין בעובד של עורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות עורך דין או עובד של עורך הדין.

בשווה סעיף זה לס'49 לפקודה:

ס'49 לפקודת הראיות – עדות רופא

49. (א) רופא אינו חייב למסור ראיה על דבר הנוגע לאדם שנזקק לשירותו והדבר הגיע אליו תוך עבודתו כרופא והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרך כלל מתוך אמון שישמרם בסוד, אלא אם ויתר האדם על החיסיון או שמצא בית המשפט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה; והוא הדין באדם שאגב עבודתו בשירות הרופא או בשירותו של מוסד רפואי או בצוות המקצועי העובד עם הרופא, תוך טיפול בחולים, הגיע אליו דבר שנמסר לרופא.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות רופא או לעבוד כאמור בסיפה לסעיף קטן (א).
(ג) נטען חסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בטענה בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשמעה בדלתיים סגורות.

- **ס'48 לפקודת הראיות: לעומת המקצועות האחרים, החיסיון שלנו ושל אנשי הדת הוא מוחלט.**

• מה זה אומר מוחלט? ברגע שמידע מסוים הוגדר כחוסה תחת החיסיון אין לבהמ"ש אפשרות או שיקו"ד להסיר את החיסיון או לחשוב שערך גילוי האמת עדיף על החיסיון.

- לעומת זאת, **ס'49(א) לפקודת הראיות** עוסק בחסיונות האחרים. לפיו החסיונות של בעלי המקצוע האחרים (רופאים פסיכולוגיים, עו"סים) הוא חיסיון יחסי. עולה שאלה אח"כ האם ראוי להסיר את החיסיון ולגלות את הראיה כי ערך גילוי

האמת ועשיית הצדק חשוב יותר מאי גילוי הראיה). למשל: לפני שנה היה תיק אונס של אלון קסטיאל. שם בהמ"ש החליט שעל הפסיכולוגים לחשוף את התרשומות של הקורבן לצורך ההגנה של הנאשם.

יש מקרים בהם בהמ"ש יקבע כי מידע מסוים אינו חסוי מלכתחילה. אין מדובר בהסרת חיסיון, אלא בקביעה כי מראש המידע הספציפי לא היה נתון לחיסיון.

איזה מידע נמצא תחת חיסיון?

חיסיון עו"ד-לקוח חל על דברים ומסמכים שהוחלפו בין עוה"ד לבין הלקוח שלו, להם יש קשר/עניין לשירות המקצועי שניתן ע"י עוה"ד. ביחס לאלו, עוה"ד אינו חייב או יכול למסור אותם כראיה, **אלא** אם ויתר הלקוח על החיסיון (**סעיף 48**).

כדי שמידע יהיה חסוי צריך לעמוד בשני תנאים:

1. **מידע** – מדובר הן על מסמכים והן על כל דבר שנאמר בע"פ. מדובר על כל מידע שהוחלף בין עוה"ד ללקוח או בין עוה"ד לאדם אחר מטעם הלקוח.
2. **יש לדברים האלה קשר ענייני לשירות המקצועי.**

בהמ"ש יכול לקבוע ביחס לראיה מסוימת שהיא לא עומדת בתנאי הראשון, השני או בשניהם, אולם אין הדבר אומר שהוא הסיר את החיסיון, אלא במקרים אלו קבע כי המידע לא חוסה תחת החיסיון.

דוגמה: מקרה בו הגיעה לעו"ד מעטפה שבתוכה צילומים שצילם חוקר פרטי, ועבשיו מבקשים שיחשוף את הצילומים האלה. עוה"ד אומר שזה חסוי ומסרב לחשוף אותם. בהמ"ש קבע כי אלו אינם נתונים תחת חיסיון, שהרי לא נמסרו מטעם הלקוחות עצמם או מי מטעמם. האדם שמסר אותם אינו ידוע, ויכול להיות אדם מטעם הלקוח ואולי גם לא. כאן לא מדובר אפוא בהסרה של חיסיון, אלא בקביעה כי החיסיון מלכתחילה לא חל.

מקרה 1: (הדגמה של הפער בין הרצון לגילוי האמת לבין קדושת החיסיון והעובדה שלא ראוי להשתמש בעוה"ד ככלי לגילוי האמת)

אתם מייצגים בערעור מורשע בשוד של משאית כספים של חברת ברינקס, בעת שעבד כנהג של אותה משאית. כספי השוד מעולם לא נמצאו והנאשם לא שיתף פעולה עם חוקריו. במסגרת אחד מדיוני הערעור הודיעו השופטים כי אם יושב הכסף, ישקלו להקל בעונש שנגזר על המערער. לאחר שיחה ארוכה עם הלקוח הוא הסכים ומסר לכם מידע. אתם מתייצבים בבית המשפט עם תיק ספורט ובו חלק גדול מכספי השוד שנעלמו. למחרת אתם מוזמנים לחקירה במשטרה בעניין זה. האם תתייצבו לחקירה? מה תאמרו בחקירה?

במקרה דנן, **הוכרע לטובת החיסיון** ונקבע כי הלקוח אמר לעוה"ד איפה הכסף, למעשה מדובר במסמכים או מידע בע"פ שהוחלפו בין עוה"ד ללקוח והדבר עונה לתנאי השני.

עם זאת, עלתה טענה כי המידע אינו קשור לשירות המקצועי, שהרי זה לא חלק מהשירות המקצועי של עוה"ד להביא כסף לבהמ"ש. גם כאן, קבע בהמ"ש שיש קשר ענייני, מפני שעוה"ד עשה את הפעולה הנ"ל כחלק מהניסיון להקל בעונשו של הנאשם.

מכאן שהמידע עונה לשתי הדרישות ועוה"ד לא צריך להשיב לשאלות שקשורות לאירוע הזה. בשורה התחתונה, במקרה 1, עוה"ד לא צריך ללכת לחקירה במשטרה, כי הכל חוסה תחת החיסיון. החובה המקצועית של עוה"ד היא לא להפר את החיסיון, אך ניתן לחקור את הלקוח.

מקרה זה מהווה דוגמה טובה לחיסיון, מפני שהוא מבהיר לנו את החשיבות של חיסיון עו"ד לקוח. הרבה מאוד פעמים המידע יהיה אצל עוה"ד, כאשר מדובר במידע מפליל, ולמעשה לשם כך אנשים שוכרים את שירותיהם של עוה"ד וזה סוג המידע שהם נותנים להם. למעשה, **הכי קל להגיע למידע דרך עוה"ד, ולכן חשוב תמיד לזכור מהם הערכים שעומדים פה על הכף והבחירה המודעת של המחוקק שמעדיף את הערך של החיסיון והגנה על הספירה של היחסים בין עוה"ד ללקוח על פני גילוי האמת.**

המחוקק יצר את האיזון הזה בפקודת הראיות. כלומר, לא ניתן להגיע למידע דרך עוה"ד, ולשם כך בדיוק נועד החיסיון ומסיבה זו מדובר בחיסיון מוחלט. אם רק עוה"ד ידבר בעקרון נדע על פשעים, אבל זו המשמעות של חיסיון מוחלט – אנחנו מעדיפים את הערך של הגנה על היחסים זה מאוד ברור מהחוק וההבחנה שהמחוקק עשה בין עוה"ד למקצועות אחרים.

יחד עם זאת, ניתן לראות שבשנים האחרונות יש שורה של פסיקות של בהמ"ש שמנחות על כרסום במעמד החיסיון. כלומר, ישנן יותר ויותר הכרעות שהקובעות לגבי כל מיני סוגים של ראיות כי אין מדובר מלכתחילה על מידע חסוי. כך למשל, בפס"ד אברג'יל נקבע כי קבלות וחשבונות שעה"ד מוציא ללקוחות הן לא חסויות כי זה לא חלק מהייעוץ המקצועי. זו דוגמה לכרסום במעמד החיסיון.

יתרה מכך, אף עולות טענות לפיהן ראוי לשנות את מצב הדברים ולהגדיר מראש שחיסיון עוה"ד הוא לא מוחלט. למשל, בענייני בהלבנת הון הצורך למלא טפסים על הלקוחות.

שיעור 13 – 13/01/2020

מקרה 2 – עוה"ד ווינר

הוקרן הסרט – הסנגור על עוה"ד ווינר (קישור)

רקע למקרה – קישור.

בדיני ראיות, נקודת המוצא היא של גילוי האמת. אולם, במקרה של עוה"ד ווינר, שסבב את רצח השופט עזר, החוקרים ניסו לגרום לעוה"ד להפר את החיסיון, לאור חומרת האירוע והמשאבים הרבים שהושקעו בחקירת האירוע.

עוה"ד התאבד, מתוך כאב לאור בו הציגו אותו. בעקבות המקרה הוקמה וועדת חקירה, בה התגלה כי דיוויד לא היה מודע לקשר בין התיק בו טיפל לרצח השופט, ולמעשה נפל קורבן למניפולציה של עבריינים, בניסיון להקל/לזכות אותם מעונשם.

לגבי האזנות סתר, הכלל הוא שכשהמשטרה מאזינה לקו, היא מאזינה לכל השיחות בקו. אך, בתוך המשטרה נוצר מצב שצריך להקים חומות סיניות כך שמי שמאזין לא יהיה מעורב בחקירה. כאשר עולה שיחה עם עו"ד נדרש למחוק ולסנן את השיחות האלה. במקרה דנן, המשטרה גרסה כי אין מדובר בשיחות חסויות, למה?

- **היעדר תחולה של חיסיון מלכתחילה:** כאמור, חיסיון של עו"ד-לקוח היא חיסיון מוחלט שלא ניתן להסיר, והדרך היחידה לעקוף את מגבלה זו בכך שלא מדובר בשיחה שמלכתחילה חוסה תחת חיסיון. כלומר, כאשר עו"ד קושר קשר עם לקוח לבצע עבירה, ברי כי אין מדובר בתקשורת החוסה תחת חיסיון זה. זו הטענה שעלתה ביחס לשיחות של עו"ד ווינר.
- **חובת דיווח על מידע עתידי:** בנוסף לכך, זיטשווילי מסר הודעה באמצעות עו"ד ווינר כי אם לא תיקח את עסקת החליפין שהציע (מידע בתמורה לפתיחת התיק שלו), יקרו עוד דברים, ובהתאם לכך מידע ביחס לעבירה מתוכננת עתידית אינה חוסה תחת חיסיון.

- **ביקורת:** נציין כי זה דבר בעייתי שעוה"ד מדווח על הלקוח שלו, מדובר בדבר חריג ולכן כאשר עולה חשש גרידא סביר שעוה"ד לא ימהר לדווח.

עלו קשיים רבים ביחס להתנהלות של הפרקליטות והמשטרה למול עוה"ד ווינר ובדרישה שיעיד נגד הלקוח שלו, כך למשל השיחה הייתה מוקלטת, עוה"ד ווינר ביקש בעצמו לדבר עם פרקליט המדינה ולכן לא ברור שניתן היה להשיג ממנו דבר אחר שלא יכלו להשיג מההקלטה או מהתנהלותו, ואפילו מעדים לשיחות עם הפושע שייצג.

ניתן לטעון כי כאשר שיחה מתבצעת בצעקות, ובקולי קולות מראש ישנו וויתור על החיסיון, מפני שלא נעשה אפילו ניסיון להגן עליו במהלך השיחה, שהרי אנשים אחרים כבר שמעו אותה. אולם, ניתן לטעון שהדבר נכפה על הלקוח בהתחשב בנסיבות המקרה ולכן לא מדובר בווייתור.

בעקבות המקרה הפרקליטות הוציאה הנחיות לחקירה של עו"ד, ובין היתר נקבע כי מקום בו עו"ד מבקש לעצור חקירה בשל חשש לשאלת החיסיון, יש לעצור את החקירה ולאפשר לו את בירור העניין.

נקודה נוספת מהסרט - חקירת משטרה זו סיטואציה לא פשוטה ומורכבת. אפילו סנגור ומרצה לאתיקה, שמכין לחקירות ומנגיש את הזכויות האלה, יכול גם הוא להישבר.

חיסיון עו"ד לקוח חל גם אחרי שהלקוח מת, מכיוון שהמוות לא מהווה וויתור על החיסיון.

מקור החובה האתית

עד כה דיברנו על העקרונות הכלליים של החיסיון, כעת נעבוד לדבר על **ס'90 לחוק לשכת עוה"ד**, המהווה הצד השני של מטבע החיסיון אשר **מייצר את החובה האתית שלא להפר את החיסיון**.

בהמשך לס'48 עליו דיברנו עליו, ישנו גם את **ס'90 לחוק לשכת עוה"ד** הקובע:

ס'90 לחוק לשכת עוה"ד – סוד מקצועי

90. דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם.

סעיף זה משלים את הפקודה האתית שבפקודת הראיות. **סעיף זה הופך את החיסיון לא רק לשאלה ראייתית אלא לאיסור אתי על עוה"ד**. הפרת חיסיון היא עבירה מאוד חמורה. האיסור האתי לא נולד בפקודת הראיות אלא הוא מעוגן בחוק לשכת עוה"ד. כלומר, **מכאן קמה חובת החיסיון על עוה"ד ואיסור הפרתו**. זו אינה שאלה עוד של איך החוקר מפרש את זה, אלא זה איסור אתי מוחלט על עורך הדין שמהווה עבירה מאוד חמורה.

פעמים רבות, בעידן שגילוי המסמכים הפך ל"מפלצת עצומה", תאגידים/חברות מכתבות לכל התכתבות את היועמ"ש של החברה, ובכך ניתן לטעון כי הדברים חוסים תחת חיסיון. פרקטיקה זו מאלצת לדון ביחס לכל דבר בשאלה מדוע עוה"ד כותב והאם הדבר אכן חוסה תחת חיסיון. פרקטיקה זו הייתה נהוגה גם בחברת רמדיה ובפרשת הרמדיה הצמחית.

סודיות

כלל 19 לכללי לשכת עוה"ד משלים את התמונה ביחס לחובה של עוה"ד לשמור מידע בסוד:

ס'19 לכללי לשכת עוה"ד – שמירת סודיות

19. עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק.

על פי הקבוע בכלל, **סודיות היא חובה נפרדת מהחיסיון והמהווה חובה רחבה יותר**.

- **חובה זו חלה על היקף רחב יותר של מידע**. יכול להיות מדובר גם על מידע שהגיע לעוה"ד מהלקוח או מי מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידו, **גם אם אין לו קשר ענייני למילוי תפקידו**.
- הכלל בדבר שמירת הסודיות **חל כלפי כולא עלמא**. אסור לגלות מידע לאף אחד, בשונה מחובת החיסיון.
- **הערה**: הסודיות חלה גם ביחס לקולגות. בדומה, החובה חלה גם על עוה"ד וגם על העובדים במשרדו. עוה"ד חייב לידע את העובדים במשרד על חובתם לשמור על סודיות, מקום בו אינם עו"ד שכן עליהם אין חובה כזו.
- סייג**: עם זאת, הסיפא קובעת כי **ההוראה אינה חלה על גילוי בהליך משפטי** (חקירה/חיפוש במשרד עוה"ד/הליך משפטי), שם נפעל לפי כללי החיסיון ולא לפי כללי הסודיות. מקום בו המידע אינו חסוי, ואפילו שהוא סודי, הדבר הקובע הוא שאלת החיסיון. מחוזות של הליך משפטי (אזרחי/פלילי) השאלות יבחנו לפי נושא החיסיון ולא לפי נושא הסודיות.

שיעור 14 – 20/01/2020

- **כל סיטואציה שעוסקת בחקירה/גוף חוקר/הליך משפטי** ← נחשוב דרך הפריזמה של **חיסיון**.
- **בכל סיטואציה אחרת** ← נחשוב על זה דרך הפריזמה של **סודיות**.

חריגים: מהם המקרים עליהם החיסיון לא חל?

בגלל שהחיסיון הוא חיסיון מוחלט, אנחנו לא מגדירים חריג כהסרת חיסיון, אלא כחיסיון שלא חל מלכתחילה. החריגים נקבעו בפסיקה.

חריג 1 – הסכמת הלקוח לויתור על חיסיון / סודיות

- **בלל:** אם הלקוח נתן הסכמתו לויתור על החיסיון או על הסודיות, החיסיון יחשב ככזה שלא חל על הדברים מעולם ועוה"ד יהיה חופשי לדון בדברים שלא חוסים תחת החיסיון.
- לעיתים ללקוח יש אינטרס שהחיסיון לא יחול, ושהדברים שדיבר עליהם עם עוה"ד שלו יתגלו.
- לכן, זה חריג מאוד חשוב ומשמעותי.

חריג 2 – עבירה עתידית

- **בלל:** חיסיון לא חל על מידע בדבר עבירה שצפויה להתרחש בעתיד. כלומר, אם הלקוח מסר לעוה"ד שלו מידע לגבי עבירה עתידית, המידע אינו חסוי.
- מנגד, אם הלקוח סיפור לעוה"ד שלו על מעשים שביצע בעבר, מידע זה חסוי.
- **סייג:** הבחנה חשובה – לקוחות יכולים להתייעץ עם עוה"ד שלהם לגבי איך לעשות דברים בצורה חוקית ולגיטימית (דוגמה: תכנון מס), לכן לא כל התייעצות היא ווידוי על עבירה עתידית.
- **הבחנה בין חובת דיווח לאי תחולת חיסיון:** אי תחולת החיסיון אין משמעה חובת דיווח. משמעות אי תחולת החיסיון היא כי אם עוה"ד יזמן לחקירה בבהמ"ש/במשטרה, זה יהיה מחויב לענות על כל שאלה שישאל בעניין שלא חוסה תחת החיסיון. ואולם, על עוה"ד עדיין חלה חובת דיווח כמו כל אדם ביחס לעבירות פשע שטרם התבצעה, ללא קשר לתחולת החיסיון דבר שבתורו עלול להיות כרוך בהתנגשויות בין השניים.
- ניתן לטעון כי כאשר הלקוח מדבר עם עוה"ד ומוסר לו פרטים על עבירה עתידית, הדבר אינו נכלל במסגרת תפקידו של עוה"ד, וגם בשל סיבה זו מידע זה אינו חוסה תחת חיסיון.

מקרה 3 –

אתם מייצגים חשוד בשוד, הנמצא כבר ארבעה ימים במעצר, ואתם היחידים המורשים לבקר אותו. באחת הפגישות הוא מבקש מכם שתתקשרו לאחיו ותגידו לו להפשיר את העוץ שנמצא במקפא. כשאתם שואלים למה דחוף להפשיר את העוץ, הלקוח מתחמק מתשובה.

האם תתקשרו אל האח ותמסרו את ההודעה?

במידה ותשאלו על שיחה זו בבית המשפט, האם תגלו את תוכנה?

תשובה:

- נשמע שמדובר בקוד שנועד להעביר מסר לתחילת ביצוע של עבירה כלשהי, לכן כדאי לא העביר את ההודעה לאח.
- הדברים לא חוסים תחת החיסיון, מפני שהם חוסים תחת החריג ה-2 לפיו חיסיון לא חל על מידע בדבר עבירה עתידית.

חריג 3 – חובת גילוי דיווח מכוח החוק**סעיף 262 לחוק העונשין – אי מניעת פשע**

262. מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו – דינו מאסר שנתיים.

- **סעיף 262 לחוק העונשין – אי מניעת פשע** חל על כל אדם מהישוב, לא משנה מי הוא.

- זה סעיף חריג, שכן הוא מטיל חובה אקטיבית, דבר שחוק העונשין בדר"כ לא עושה (מטיל איסורים).

- לא נעשה שימוש רב בסעיף זה, ולמעשה כל שימוש בה גורר לרוב ביקורות רבות.

- סעיף זה מבטא תפישה חברתית נורמטיבית, לפיה לאנשים בחברה יש חובה למנוע עבירות ומעשים פליליים.

סעיף 368 לחוק העונשין – חובת דיווח

368. (א) היה לאדם יסוד סביר לחשוב כי זה מקרוב נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע בידי האחראי עליו, חובה על האדם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה.

(ב) רופא, אחות, עובד סוציאלי, עובד חינוך, עובד שירותי רווחה, שוטר, פסיכולוג, קרימינולוג או עוסק במקצוע פרה-רפואי, וכן מנהל או איש צוות במעון או במוסד שבו נמצא קטין או חסר ישע, שעקב עיסוקם במקצועם או בתפקידם היה להם יסוד סביר לחשוב כי נעברה עבירה בקטין או בחסר ישע על ידי האחראי עליו, חובה עליהם לדווח על כך בהקדם האפשרי לעובד סוציאלי שמונה לפי חוק או למשטרה. העובר על הוראה זו דינו מאסר שישה חודשים.

- סעיף 368 לחוק העונשין – חובת דיווח דן בחובת דיווח קונקרטי לגבי עבירות בקטינים וחסרי ישע.

- סעיף זה לא מדבר על אי מניעת פשע, אלא על חובה לדווח.

- סעיף זה מבטא תפישה חברתית לפיה קטינים וחסרי ישע הם אנשים שאנחנו כחברה רוצים להגן עליהם.

תחולה:

- החובה בס"ק(א) רלוונטית לכל אדם מהיישוב.
 - החובה בס"ק(ב) מגדירה רשימה של בעלי מקצוע עליהם חלה חובת דיווח במקרים בהם נחשפו למעשים כאלה במסגרת עבודתם, והכל בהקדם האפשרי.
 - **רצינות:** בעלי מקצוע אלו נתפשים ככאלה שיש להם סיכוי גבוהה להיחשף למצבים כאלה במסגרת עבודתם, וככאלה שיש להם את היכולת להגן על קבוצות אלו מפני ביצוע עבירות בהם.
 - **הערה:** עוה"ד נכללו בעבר ברשימה זו, אך הוצאו מהרשימה בשל לחץ של לשכת עוה"ד, זאת מתוך תפיסת הלשכה את חשיבות החיסיון והחובות כלפי הלקוח. בנוסף, לגישת הלשכה עוה"ד צריכים להיות ככל הציבור, ואין להטיל עליהם חובות שיחולו עליהם מתוקף תפקידם.
- ← אם כן, עוה"ד הם כמו כל אדם מהציבור, וחובת הדיווח שלהם נגזרת מאותו מקום.

מקרה 4 –

- במסגרת ייעוץ שאתם מעניקים כעורכי דין בענייני גירושין, סיפרה לכם לקוחה שיש לה חשדות ברורים שבעלה פוגע מינית בשתי בנותיו מנישואים קודמים המתגוררות עימם. לשאלתכם עונה הלקוחה כי לא דיווחה על חשדותיה.
- החלטת הוועדה: חובת הדיווח של עוה"ד מתנגשת עם החיסיון. הוועדה מיעצת לפונה לפעול באופן הבא:
- לעוה"ד אין חובה מקצועית לדווח, חובתה הראשונה היא לפנות ללקוחה ולהסביר לה שהיא בעצמה חייבת בחובת דיווח פלילי, וכי אם לא תדווח עוה"ד עשויה לדווח מכוח חובתה שלה.
 - אם הלקוחה תודיע שהיא מדווחת, או תתיר לעוה"ד לדווח, שאלת הדיווח נפתרת.
 - אם הלקוחה תודיע שהיא אינה מתירה לעוה"ד לדווח, וועדת האתיקה לא תעמיד את עוה"ד לדין אם תמצא לנכון לדווח לרשויות על חשש סביר שיש לה בדבר סיכון עתידי לחסרי ישע. **חובת עוה"ד כאדם עומדת בהתנגשות עם החיסיון.** הלשכה למעשה אומרת לה שמקום ותמצא לנכון לדווח, זו לא תעמיד אותה לדין משמעתי. **הלשכה אינה מטילה חובה לדווח**, אלא מגדירה זאת כאפשרות גרידא, **מתוך הבנת הקושי המוסרי בין החיסיון לחובת הדיווח המוסרית.**
 - גם כאן, יש להבחין בין אי תחולת החיסיון לחובת דיווח – כאן החיסיון עדיין חל ומתנגש עם חובת הדיווח.
- **הערה:** ניתן להסתכל על המעשים כמעשים שעלולים לחזור על עצמם בעתיד, ולכן לא חוסים תחת החיסיון. אולם, זו לא הגישה בה הלשכה נוקטת.

חריג 4 – גילוי הנדרש להגנת עורך הדין

על"ע 17/86 פלנית נ' לשכת עורכי הדין

רקע: עו"ד ערכה הסכם עבור לקוח בעסקת מקרקעין, וקיבלה שכ"ט באחוזים. בדיעבד גילתה כי היה זה חוזה למראית עין, הסכום ששולם לה היה אמור להיות יותר גבוה, והלקוח רימה אותה. עו"ד תבעה את הלקוח על נושא שכה"ט, והלקוח בתגובה הגיש עליה תלונה לוועדת האתיקה בטענה שהפרה את החיסיון.

הכרעה: בהמ"ש קבע כי לעו"ד היה מותר להפר את החיסיון, שהרי אין לה דרך להתמודד עם המצב מבלי להפר את החיסיון.

מתי מותר לעו"ד להפר את החיסיון?**מותר:**

- **הגנה מפני תביעות וטענות של הלקוח,** כלומר חריג זה קיים כאשר מתגלע סכסוך בין עו"ד ללקוח, והלקוח מעלה טענות נגד עו"ד. במצב זה, לעו"ד מותר לחשוף מידע חסוי. לדוגמה: סכסוך שכ"ט; תלונה בלשכת עו"ד; תביעת רשלנות מקצועית.

- **רציונל:** אנו מתייחסים לשני המצבים באופן שונה לגמרי. כשמתגלע סכסוך בין עו"ד ללקוח הרציונל של החיסיון (הגנה על ספירת היחסים של עו"ד והלקוח) נשמט, אין עוד יחסים להגן עליהם, וראוי ליתן לעו"ד הגנה מפני תביעות כאלו. מנגד, לא נאשר איזון החיסיון בעניינים פליליים, מכיוון שהחיסיון נועד בדיוק כדי להגן על הלקוח ממקרים כאלה.

- **סייג – איזה מידע מותר לחשוף?** בהגנה מפני תביעות וטענות של הלקוח, לעו"ד לחשוף מידע מינימלי והכרחי כדי לבסס את ההגנה, ולא לחשוף את כל התקשורת ביניהם.

תלוי: ההלכה אינה חד משמעית ותלויה בנסיבות.

- **הגנה מפני תביעות וטענות של צד שלישי הנוגע לייצוג הלקוח.** לדוגמה: תביעה נזיקית מטעם הצד שכנגד.

- דוגמאות:

- עד מומחה לא קיבל שכר ותבע את עו"ד. לעו"ד מותר לחשוף את ההתכתבות עם הלקוח לפיה הוא היה זה שצריך לשלם לעד.

- עד מומחה לא קיבל שכר ותבע את עו"ד. בהמ"ש התיר לעו"ד לחשוף התכתבויות עם הלקוח. מקום בו תביעת צד ג' נשענת על סכסוך שהתגלע בין עו"ד ללקוח, בהמ"ש יאפשר הפרת החיסיון, מכיוון שלא יעדיף את אינטרס האחד על פני האחר, ומפני שכשהטענות של צד ג' מבוססות על אי הסכמה בין עו"ד ללקוח אפשר יהיה לחשוף מידע הנחוץ לצורך ההגנה.

- **רציונל:** אנחנו כחברה לא רוצים לאפשר ללקוח לנצל את החיסיון כדי להשתמש מהתחייבות שהוא נטל על עצמו.

אסור:

- **הגנה מפני חקירה פלילית – לא קיימת,** עו"ד לא יכול להפר את החיסיון כדי להגן על עצמו, אפילו אם הובטח לו כי אינו חשוד.

מקרה 5 –

את משמשת כבר כמה שנים כיועצת משפטית חיצונית של חברה הנסחרת בבורסה. בתקופה האחרונה מנהלת הרשות לניירות ערך חקירה כנגד מנהלי החברה בחשד לשימוש אסור במידע פנים.

כעת את מוזמנת לחקירה באזהרה ברשות לניירות ערך. בחקירה את נשאלת לגבי מספר פעולות שביצעת עבור החברה, וכן מציגים לך תרשומות מייל בינך ובין מנכ"ל החברה ומבקשים כי תסבירי, שכן מהמייל עולה שהייתם שותפים לשימוש במידע הפנים באמצעות שימוש במקורבים.

תשובה: עו"ד נמצאת כאן בעמדת נחיתות, אך אין חריג שמאפשר לה להפרת את החיסיון.

כרסום במעמד החיסיון

בכלל, חיסיון עו"ד-לקוח הוא חיסיון מוחלט, כאמור. אולם, לאחרונה ניתן להבחין במגמה בפסיקה, אשר מכרסמת במעמד החיסיון. הדבר נעשה באמצעות קביעה כי החיסיון לא חל מלכתחילה, ולא באמצעות הסרתו, שהרי אין בסמכותו של איש לעשות כן.

בדומה – ניתן להבחין גם בכרסום דומה שמתבצע בחקיקה. דוגמה: חוק איסור הלבנת הון שמטיל על עו"ד חובות גילוי.

אברג'יל נ' מ"י ולשכת עו"ד – צמצום היקף החיסיון לפרטים שמשקפים את תוכן השירות המשפטי

רקע: עו"ד של אברג'יל התבקש למסור את הקבלות שנתן ללקוח ביחס לתשלומי שכ"ט. עו"ד סירבו בטענה שהקבלות חוסות תחת חיסיון עו"ד-לקוח, שהרי אלו מהווה חלק מהשירות המקצועי שעו"ד נותן.

הכרעה: בהמ"ש דחה טענה זו וקבע כי יש להבחין בין:

- **פרטים שמשקפים את תוכן השירות המקצועי** – אלו פרטים חסויים.

- **פרטים שנוגעים לעצם מתן השירות** – אלו אינם חסויים תחת חיסיון.

בעבר, הגישה הייתה כי אפילו השאלה אם עו"ד מייצג אדם מסוים נפלה לגבולות החיסיון.

בפסה"ד נקבע כי **זהות הלקוח היא לא דבר חסוי**, בדומה לשאלות נוספות – מתי הוא שילם; מתי הוא נפגש עם עו"ד.

כתוצאה מכך, פרטים ומסמכים כדוגמת הסכמי שכ"ט; חשבוניות מס; זהות הלקוח; עצם פניית לקוח ליועץ משפטי, אינם נחשבים כחסויים. הדבר משקף מגמה משמעותית של כרסום במעמד החיסיון.

פס"ד מד"י נ' מלכה – כבר לא מדובר בשלב חקירה, אלא באישום עו"ד ולקוח ביחד; קביעת היעדר חיסיון מידתית וצרה

רקע: עו"ד ולקוחו נאשמים יחדיו, בגין עבירות שבוצעו במהלך ההתקשרות ביניהם.

שאלה משפטית: האם החיסיון בין השניים חל?

הכרעה: בהמ"ש קבע כי כאשר יש כתב אישום ביחס לעבירות פליליות שנעברו בצוותא, החיסיון אינו חל, מכיוון שתפקידו של עו"ד לא כולל עבירות פליליות, ולכן ניתן לומר שהחיסיון לא חל מלכתחילה על עניינים אלו.

אך, הובהר כי **קביעת אי תחולה לגבי חיסיון עו"ד-לקוח צריכה להיות מידתית ולחול רק על המידע ההכרחי**: אם יש קשר מקצועי ארוך שהיה בו שירות לגיטימי, לא נסיר את החיסיון באופן גורף. בנוסף, **המידע שאינו חסוי יכול לשמש את המשטרה רק לשם ההליך הספציפי ולא לצורך חקירות או הליכים נוספים שהיא מבקשת לבצע**.

• **הערה:** אל מול המגמה של כרסום בחיסיון, ניתן לראות בפסה"ד התייחסות לחשיבותו, שכן לא מבטלים את החיסיון

באופן גורף, אלא מכפיפים זאת לדרישות המידתיות, וזאת אפילו אם מדובר במעשים פליליים שעו"ד והלקוח ביצעו

בצוותא דבר המהווה אירוע חריג במיוחד.

חיסיון עו"ד-לקוח חפצי

חיסיון עו"ד לקוח יכול לחול גם בנוגע למסמכים.

פס"ד כגנסקי – החיסיון הוא חפצי ולא אישי – דבק במסמך עצמו ולא בעו"ד. לכן, המסמך יכול להיות בכל מקום ולא חייב להיות ברשות עו"ד כמו שהיה בעבר.

בדומה, הימצאותו של דבר במשרד עו"ד לא הופך אותו לחסוי, אלא מה שמשנה זה גופו של דבר – המהות והתוכן. כלומר, השאלה המהותית היא לא **איפה המסמך נמצא** אלא מה **תוכנו** של המסמך, שכן **החיסיון נקבע לגופו של עניין, לפי אופי המסמך (פס"ד היינץ)**.

פס"ד היינץ (פרשת רמדיה)

רקע: היו הרבה תכתובות שנמצאו במחשבים שכותבו ליועמ"ש של החברה. התיק היה תיק פלילי.

שאלה משפטית: האם כיתובו של עו"ד לתכתובת בהכרח הופך אותו לחסוי.

הכרעה: נקבע כי מה שמשנה זה אופי המסמך והאם הוא מהווה חלק מהייעוץ המשפטי שניתן על ידי עוה"ד.

מסמך שנעשה בהכנה למשפט

ניופאן נ' רובנסקי

רקע: הוגשה תובענה ייצוגית נגד ניופאן בעניין מכונת כביסה פגודה. חוקר פרטי של התביעה מצא מסמכים חסויים, לא גרוסים, בפח המחזור של הבניין בו ישב עוה"ד של החברה.

השאלות המשפטיות:

- א. מה קורה כאשר מסמך הגיע בטעות, ללא כוונה, לצד השני כשלא היה וויתור של הלקוח?
 - ב. האם הצד שבנגד יכול להסתמך על המידע שנמצא במסמך זה אף שאסור לו להגישו כראיה?
- הערכאה הראשונה** קבעה שגם אם המסמכים הגיעו לידי של הצד השני בטעות, הם עדיין חסויים והצד השני לא יכול לעשות בהם שימוש.

הוגש ערעור לבהמ"ש העליון שטרם הוכרע.

פס"ד פלוני נ' קופ"ח מאוחדת

רקע: תביעה רשלנות רפואית נגד קופ"ח מאוחדת על נזק שנגרם ליולדת ולילוד. פסה"ד עסק במסמך הערכת סיכון, בעניין תביעה זו, שערך עו"ד חיצוני לקופ"ח. המסמך נחשב מסמך הכנה לתיק וחל עליו חיסיון לפי דיני הראיות, אולם הוא הגיע לידי של עיתונאי שפרסם אותו בעיתון. במסמך היו התייחסויות רבות לפרטים עובדתיים שקשורים לביה"ח, שיכולות לעזור לתובעים. **התובעים טענו** שגם אם המסמך חסוי, פרסומו מבטל את החיסיון כי כולם יודעים את תוכנו, ולכן אלו יכולים לעשות בו שימוש בתביעתם.

הכרעה (עמית):

בהמ"ש החליט **שלמרות שהמסמך פורסם הוא חסוי ולא ניתן להגיש אותו כראיה**. השופט ניסה לפתור את הסתירה הפנימית ואמר **שניתן לאסור להשתמש במידע במשפט או בראיה ע"י פסילת קבילותה, אך לא ניתן להורות לצד למחוק את האמור מזיכרונו**. כלומר, ניתן להשיג את המירב על בסיס המסמך מבלי להשתמש בו בהליך המשפטי עצמו, שהרי אם אדם נחשף למידע מסוים, כעת הוא יודע אותו אפילו אם אינו קביל בבהמ"ש, ולידיעתו יש משמעות. בהמ"ש השאיר בצ"ע את השאלה מה דינו של חומר חסוי שגולה בטעות ובהיסח הדעת במהלך גילוי מסמכים (בשונה ממקרה בו המסמך הודלף ע"י עיתונאי)?

מבחן:

- נכון לעכשיו, וכל עוד לא ישתנו ההנחיות, המבחן יתקיים באמצעות מערכת תומקס.
- תהיה הגבלת מילים.
- משך הבחינה – שעתיים.
- חומר פתוח.
- הדפסה – יישלח מייל על אופן הביצוע.
- מבנה המבחן – 1 קיים (60%), 1 פתוחה (40%, מחשבה). לא יהיו שאלות אמריקאיות בכלל. שאלת הקייס תחולק לסעיפים.
- מותר יהיה לכתוב טיוטות.
- יעלו למודל שאלות משנים קודמות, אך לקחת בחשבון שהמבנה יהיה קצר יותר
- כללים מהותיים שנדרש שיהיו זמינים – חוק לשכת עוה"ד וכללי האתיקה של לשכת עוה"ד. אפשר להשתמש בקובץ החקיקה של מחשבות (גם שנים קודמות).
- יש לאזכר פסה"ד בשמותיהם, סעיפי חוק והפנייה לכללים – מי שלא יעשה כן יאבד נקודות.
- נושא 12 (שכ"ט) לא ייכלל בבחינה.
- נדרש יישום אינטליגנטי ולא העתקה של מחברת הכיתה לתשובה.
- לא ניתן לענות בכתב יד ולסרוק, למעט מי שיש לו אישור ממעורבות חברתית. נדרש לעדכן את המרצה מראש.
- יישלח סילבוס מעודכן.

המלצות ללמידה למבחן:

- מי שהיה בשיעורים – לקרוא את הסיכומים ביחד עם המצגות. אין צורך בצפייה חוזרת בהרצאות.
- תשלח רשימה של פס"ד מהותיים שמומלץ לחזור על קריאתם.

שאלת מחשבה:

המרצה תשלח פס"ד שעוסק בנושא של שכ"ט – אותו צריך לקרוא חלק ממוקד. על פסה"ד הזה תהיה שאלת מחשבה.

ת"א 55183-05-17 קוגן נ' אלטרץ – עד פסקה 21.