

## אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית

תגובה על מאמרה של לימור זר-גוטמן:  
"ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין"

נטע זיו\*

ברשימה זו אני עוסקת בסוגיית אחריותם המשפטית של עורכי דין כלפי צדדים שלישיים בלתי מוצגים בהקשר הרחב של אחריות עורכי דין לתוצאות הייצוג של לקוחותיהם. הכלל המקובל הוא כי עורכי דין אינם מוחזקים כאחראים לתוצאות הייצוג שהם מעניקים ללקוחותיהם. החברה מעניקה להם פטור – משפטי וגם מוסרי – לנזקים שנגרמו מייצוג שנטלו בו חלק, אף אם מדובר בתוצאה שהיא בלתי ראויה ופגומה מבחינה מוסרית. ברשימה אני בוחנת את ההצדקות העומדות בבסיס עמדה זו – ובמרכזן הזכות לאוטונומיה אישית של הלקוח, האינטרס להבטיח ייצוג על מנת להגן מפני כוחה של המדינה, והאמונה בשיטה האדוורסרית כאמצעי לגילוי האמת. אני מבקרת הצדקות אלו וטוענת כי אין בכוחן להוות בסיס כללי לפטור הגורף המוענק לעורכי דין, וטוענת כי יש לאמץ עמדה שלפיה מידת האחריות המקצועית תיגור ממכלול הנסיבות שבהן ניתן הייצוג, ובכללן היותו של הצד שכנגד מיוצג וקיומם של מנגנוני בקרה אפקטיביים במהלך הייצוג.

הסוגיה שבה עוסק מאמרה של לימור זר-גוטמן, "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין"<sup>1</sup>, נוגעת בליבת מעמדו ותפקידו של עורך הדין בחברה בכלל ובמערכת המשפט בפרט. המאמר דן במגמה המתפתחת בפסיקה בישראל להרחיב את אחריותו של עורך דין לנזקים שנגרמו במהלכו של ייצוג משפטי ל"צד ג" – כלומר למי שאיננו נתפס באופן ברור וראשוני כלקוחו של עורך הדין. הנושא שהמתברת דנה בו נוגע במידת האחריות של עורך הדין כלפי מי שעומד מול הלקוח, ובייחוד כאשר האינטרס של צד ג איננו חופף – ולעתים אף מנוגד – לאינטרס של לקוחו של עורך הדין.

\* מרצה ומנהלת התכניות להינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.  
1. להלן: המאמר.

לכאורה עומד בפנינו קושי: התפיסה המקובלת (המכונה בפי סימון (Simon): "הגישה הדומיננטית")<sup>2</sup> היא כי עורך דין איננו צריך לדאוג אלא ללקוחו: זו מוסכמה המושרשת בצורה כה עמוקה עד כי כמעט אין עוצרים ומהרהרים אחריה. תפיסה זו גורסת כי עורך הדין צריך, ולמצער מותר לו, לנקוט את כל האמצעים המשפטיים (טיעון משפטי, הליך משפטי או כלי משפטי אחר) על מנת לממש כל מטרה שחושק בה הלקוח, ובלבד שאין בה אי-חוקיות. הנגוד מהנחה בסיסית זו הוא שאותו עורך דין אינו חב דבר ואינו אחראי לגורלו ולענייניו של מי שעומד מול לקוחו ואשר נפגע מפעולת הייצוג שלו; ואם הייצוג שבאמצעותו מתממש אינטרס זה של הלקוח גורם נזק לאדם שלישי – לא ניתן לערב את עורך הדין בקשר שנוצר בין הלקוח לבין הצד שעומד מולו והוא "יוצא מן התמונה".<sup>3</sup> לא עורך הדין אלא מישו אחר, אם בכלל, אחראי כלפי אותו צד ג. אבל מי? לא ברור. אולי הלקוח עצמו, אולי "השיטה", אולי החוק; מכל מקום – עורך הדין אינו נתפס כמי שנושא באחריות לתוצאות הייצוג של לקוחו. במילים אחרות, באמצעות פעולת הייצוג, החברה מעניקה לעורך הדין פטור – מעין חסינות – מאחריות (משפטית ובדרך כלל גם מוסרית) לתוצאות מעשיו המקצועיים בשל מעמדו הייחודי כעורך דין מייצג בלבד ולא כשותף במעשה עצמו.<sup>4</sup> על בסיס מוסכמה זו הטלת האחריות על עורך הדין כלפי צד ג, כפי שנעשה בכמה פסקי דין שנידונו לאחרונה בערכאות המשפטית היא חריגה, ולכן על פני הדברים היא דורשת הצדקה, הגבלה ואף והירות. מאמרה של ז'רגוטמן מנסה להתוות אפוא את גבולות האחריות שלדעתה מן הראוי להטיל על עורכי דין כלפי צדדים שלישיים בלתי מיוצגים, והיא מנתחת לשם כך באופן יסודי ומרשים הן את הפסיקה המתפתחת בארץ בנושא זה והן את המצב בארצות הברית ומציעה פרמטרים מספר שינחו אותנו בעניין.

בתגובה זו אני מבקשת להציב את הנושא הנידון במאמר בהקשרו התאורטי הרחב, ולבחון את ההצדקות שעומדות בבסיס הנחת המוצא שלכאורה מובנת מאליה, ואשר הוסברה לעיל. לשם כך אבקש לשנות את הפרדיגמה הבסיסית שממנה הדיון מתחיל בדרך כלל כדי לבחון בעין ביקורתית את מה שלכאורה אינו דורש הצדקה – אותה חובת נאמנות ומסירות חזקה של עורך הדין ללקוח. כאמור, חובה זו משמשת תחילתו של "סרגל המדידה" שממנו נבחנת מערכת יחסיו של עורך הדין עם שאר הגורמים שהוא מצוי עמם בקשר מקצועי.

2. ראו: 7, William H. Simon, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics* (1998).

3. לעורך הדין חובות אתיות שונות כלליות במהלך ייצוג ובכללן עליו להימנע מהתבטאויות בלתי ראויות (ראו, למשל, על"ע 736/04 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' מזרחי (טרם פורסם; ניתן ביום 5.7.2004), חל עליו איסור לנקוט לשון מאיימת כלפי הצד שכנגד ובאופן כללי לנהוג כלפיו בדרך ארץ (כללים 23 ו-24 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, ק"ת 1373. וכן עליו לנהוג כבוד כלפי בית המשפט וכלפי הצד שכנגד (כללים 32 ו-33). אולם אלו הם בגדר כללי נימוסין (etiquette) ואין בהם כדי להטיל עליו אחריות מהותית הנובעת מעצם הייצוג.

4. זה עקרון ה-"non-accountability": העדרי האחריות. ראו לעניין זה: Deborah L. Rhode, "Ethical Perspectives on Legal Practice", 37 *Stan. L. Rev.* (1985) 589; Murray L. Schwartz, "The Professionalism and Accountability of Lawyers", 66 *Cal. L. Rev.* (1978) 669, p. 673.

הגישה הנוטה להטיל על עורכי דין אחריות משפטית כלפי צד ג בלתי מיוצג היא מקרה מיוחד אך לא יחיד שבו מתעוררת תחושה של אי-נוחות משחרור עורך הדין מכל אחריות לתוצאות מעשה הייצוג כלפי מי שאינו לקוחו.<sup>5</sup> אף כי התרגלנו לפטור עורכי דין מתוצאות מעשיהם המקצועיים כלפי צדדים שלישיים, מן הראוי לחזור ולשאול – מדוע בעצם? מהן ההצדקות לכך? הלוא בדרך כלל איננו פוטרים בני אדם מאחריות (מוסרית ולעיתים גם משפטית) אם לקחו חלק ותרמו במעשיהם להיווצרותה של תוצאה קשה ובלתי רצויה. מדוע השתרש באופן כה עמוק רעיון העדר האחריות (non accountability) של עורכי דין, המהווה חריג לעיקרון זה?

ייתכן, כי נאמנות מרבית ללקוח אינה החובה הבלעדית המוטלת על עורכי דין על פי הכללים הפוזיטיביים החלים עליהם. עורכי דין מגדירים עצמם תדיר כ"קציני בית משפט" ומודים כי לצד חובתם כלפי הלקוח הם חייבים אף לסייע לבית המשפט "לעשות משפט". ואכן המתח המתעורר בין החובה כלפי הלקוח והחובה כלפי בית המשפט במהלך התדיינות משפטית נידון לא פעם בערכאות משפטיות.<sup>6</sup> כך, למשל, חובתו של עורך דין שלא להטעות את בית המשפט מטילה הגבלות על פעולות שעורך דין יכול לעשות בעבור לקוחו עד כדי העדפת "עשיית צדק במשפט" על פני עניינו.<sup>7</sup> אולם הקושי ליישב בין נאמנות ללקוח לבין עשיית משפט הוא מקרה אחד, צר למדי, שבו בא לידי ביטוי המתח האינהרנטי הטבוע בתפקידו של עורך הדין. מצד אחד עליו לפעול למען הלקוח; מצד אחר עליו לייצג את הערכים ואת האינטרסים הגלומים במערכת המשפט עצמה.

מתח זה אינו קיים רק כאשר עורך הדין מצוי בהליך התדיינות, התחום שדיני האתיקה המקצועית חולשים עליו באופן ישיר.<sup>8</sup> הוא מתעורר – ואף ביתר שאת – בנסיבות שניתן ייצוג שלא במסגרת הליך בבית המשפט. יתרה מכך, ניתן לטעון כי ההתדיינות המשפטית היא דווקא מסגרת שקיימים בה – ולו באופן חלקי – בלמים ושסתומי בקרה שיכולים לנטרל במידה מסוימת ייצוג ה"צדדי הנעשה בלהט ובמסירות (zealous advocacy), שבו עורך הדין שם בראש מעייניו רק את עניינו של לקוחו על פני עניינו של זה העומד מולו. ואם במסגרת זו, שעקרונות השיטה האדוורסרית לכאורה מתקיימים בה, מוטלות על עורך הדין מגבלות שונות במהלך ייצוג לקוחו, הרי על אחת כמה וכמה מוצדק להטיל עליו מוגבלות מסוג זה כאשר הייצוג ניתן מחוץ למסגרת האדוורסרית וכאשר נעדרים מנגנוני בקרה על פעולותיו.

5. ברור שעורך הדין אחראי לתוצאות הייצוג כלפי לקוחו שלו, ואם הפר את חובת הנאמנות הוא עלול להיתבע על כך הן במישור הנזיקי והן במישור החוזי. ראו, למשל, ע"א 420/75 כהן ב' אייזן, פ"ד (2) 29.
6. ראו, למשל, ע"א 6185/00 עו"ד חנא ב' מדינת ישראל, פ"ד (1) 366; בש"פ 196/97 מרטינז ב' מדינת ישראל, פ"ד (5) 591.
7. חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, סעיף 54; כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית); וכן לימוד זר-גוטמן, "חובת עורך-הדין שלא להטעות את בית-המשפט", עיוני משפט כד (תשס"א) 413.
8. כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

במקרים שנגרם לציבור נזק גדול מפעולת הלקוח נשמעה ביקורת ציבורית ואקדמית קשה כלפי עורכי דין שתפסו את תפקידם כמייצגים את עניינו של הלקוח בלבד והתעלמו מהאינטרס הציבורי. עורכי הדין של חברות הטבק, עורכי דין של בנקים להלוואות שקרסו, עורכי הדין של חברות נפט מזהמות – נתבעו (בפני הציבור, בפני בתי המשפט ובפני ועדות אתיקה של עורכי הדין) על כך שלא ריסנו את לקוחותיהם ולא פעלו להגן על ציבור (ציבור בלתי מסוים ובלתי ידוע מראש) שהיה מצוי בעמדת נחיתות (מבהינת ידע ונגישות לשירות משפטי) לעומת הלקוח ששירתו.<sup>9</sup> ואמנם, לדעתי, ניתן לראות את הסוגיה של אחריות כלפי צד ג בלתי מיוצג כמקרה נוסף שבו עורכי דין נדרשים שלא לנצל את חוסר האיוון ואת פערי הכוח הקיימים בין הלקוח שלהם הזוכה לכל הייעוץ, התכנון והסיוע המשפטי, לבין מי שעומד בצדו השני של המתרס ואיננו מיוצג.

לא בכדי התעוררו המקרים המתוארים במאמרה של ז'רגוטמן בנסיבות שבהן לא היה צד ג מיוצג, ואילו הקשר בין עורך הדין, הלקוח וצד ג התרחש מחוץ לכותלי בית המשפט. כזכור, דובר במצבים שבהם נערכו עסקאות מסחריות שונות (חווה הלוואה עם תנאי מתלה למכירת הדירה בפרשת סילביו, מכר דירות על ידי קבלן לקונים בעניין לוי נ' שרמן, רישום משכנתה על חנות לטובת חובותיהן של חברות במקרה ערד נ' אבן),<sup>10</sup> כאשר היה פער כוח וידע בין הצדדים. במקרים מסוג זה נולדה אצל בית המשפט תחושה לא נוחה, שנבעה ככל הנראה מן ההטיה החוקה והבלתי צודקת שנוצרה לטובת הלקוח המיוצג על חשבון הצד הבלתי מיוצג.

בנסיבות שכאלה, כאשר לא היתה פעולתו של הלקוח בלתי חוקית – ולכן לא ניתן לטעון כנגד עורך הדין כי פעל "מחוץ לגבולות החוק"<sup>11</sup> (within the bounds of law) – מקורה של תחושת חוסר הצדק היה בפגם המוסרי שנפל בפעולה. היה דבר מה שעמד בניגוד לתחושת הצדק בדרך שבה הפיל המלווה את הלווה לפח בעסקה סיבובית שבסופה איבדה

9. לביקורת נוקבת על עורכי דין המייצגים לקוחות בעלי יתרון כלכלי או פוליטי בלתי מבוקר ראו למשל: Ralph Nader & Wesley J. Smith, *No Contest, Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America* (1996); הצעה להטיל על עורכי דין כללי אתיקה שונים כאשר הם פועלים למען לקוחות שיש ביכולתם לסכן את הציבור ראו: David B. Wilkins, "Making Context Count: Regulating Lawyers after Kaye", 66 *S. Cal. L. Rev. Scholer*, (1993) 1145.

10. ע"א 2625/02 ע"ד סילביו נ' דורנבאום (טרם פורסם; ניתן ביום 1.3.2004); ע"א 6645/00 ע"ד ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365; ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446.

11. זה הנוסח שאומץ על ידי הכללים המומלצים של לשכת עורכי הדין בארצות הברית בקביעת גבולות המותר והאסור בפועלו של עורך הדין: Model Rules of Professional Conduct, Comments, Preamble, section 9: "... These principles include the lawyer's obligation zealously to protect and pursue a client's legitimate interests, within the bounds of the law, while maintaining a professional, courteous and civil attitude toward all persons involved in the legal system". Canon 7 of the ABA Code of Professional Responsibility (CPR) provided: "A lawyer should represent a client zealously within the bounds of the law".

משפחת דורנבאום את ביתה ואת נכסיה; מהאופן שבו הפסיד ו'אק אבן את חנותו וכל נכסיו; וכן הקונים בפרשת לוי נ' שרמן שאיבדו את ההשקעה בדירה שקנו. בנסיבות אלו, מעבר לסוגיית אחריותו של הלקוח עצמו לנזקים, עלתה השאלה אם לא מן הראוי לראות גם בעורך הדין כנושא בחלק מן האחריות לתוצאה הבלתי צודקת והבלתי רצויה.

מכאן, שסוגיית האחריות המשפטית המוטלת על עורכי דין בגין נזקים שנגרמו לצד ג (בייחוד כאשר הוא בלתי מיוצג, ולכן נמצא במצב פחות טוב להגן על עצמו) נוגעת למעשה בהיבטים המוסריים של הייצוג המשפטי הנעשה על ידי עורכי דין. היא מהווה למעשה ניסיון "לתרגם" למושגים ולסעדים משפטיים את הדילמות הטבעיות בפעולת הייצוג בין ייצוג עניינו של לקוח לבין האחריות לקידום "צדק במשפט".

שאלות אלו אכן הטרידו מלומדים רבים שהתלבטו לגבי ההצדקות השונות לייצוג הדווקני והמצדד אך בלקוח (partisan and zealous representation), ולמחיר המוסרי והחברתי שאנו משלמים על אימוץ גישה "חוקה" של נאמנות ומסירות ללקוח על חשבון צדדים שלישיים.<sup>12</sup> במסגרת זו הועלו כמה טענות התומכות במתן משקל רב לחובת הנאמנות ללקוח מהטעם שיש בגישה זו כדי להגן על ערכים ועל אינטרסים חברתיים חשובים.

ראשית נטען, כי ייצוג דווקני של הלקוח מהווה אמצעי למימוש האוטונומיה האישית שלו ולמיצוי זכויותיו. הטענה היא כי כל אדם זכאי שתהיה בידיו ההודמנות המעשית למצות את הזכויות המוענקות לו במערכת המשפט, וכי עורכי דין מהווים אמצעי למימוש אוטונומיה אישית זו בהקשר של זכויות משפטיות.<sup>13</sup> אם התוצאות של מימוש הזכות אינן רצויות או בלתי ראויות, בעיה זו צריכה להיפתר על ידי המחוקק. המחוקק ולא עורך הדין, כך נטען, הוא מקור ההכרה בזכויות המשפטיות. על פי גרסה זו עורכי דין אינם צריכים להעדיף את שיקול דעתם ועמדתם המוסרית-אישית על פני זו של לקוחותיהם, וכל עוד אין הפעולה של הלקוח עוברת את גבולות החוק, אין לבוא אליהם בכל טרוניה.<sup>14</sup> לא הם אלא "שיטת" היא שאפשרה מיצוי כזה של זכות. על פי תפיסה זו, ההיבטים המוסריים של תוצאות הייצוג על צדדים שלישיים מצויים מחוץ לטווח שיקוליו של עורך הדין: מותר לו (ויש אף שיאמרו

12. ראו למשל: 5, Richard Wasserstrum, "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues", *Hum. Rts.* (1975) 1; David Luban, "Reason and Passion in Legal Ethics", 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 873; Charles Fried, "The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relationship", 85 *Yale L. J.* (1976) 1060 Essay Symposium: The Practice of Justice by William H. Simon, 51 *Stan. L. Rev.* (1999) 867.

13. ראו למשל: Stephen L. Pepper, "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities", 1986 *Am. B. Found. Res. J.* (1986) 613 מהברים הדוגלים בייצוג "ממוקד לקוח" (client centered approach) באופן שאינו מבחין בין סוגים שונים של לקוחות (חוקים חלשים, מוסריים, בלתי מוסריים); David A. Binder, Paul B. Bergman & Susan C. Price, *Lawyers as Counselors: A Client-Centered Approach* (2001); Fried, (לעיל הערה 12).

14. ראו: Monroe H. Freedman, *Understanding Lawyer's Ethics* (1990), 57.

כי מן הראוי שיעזר אותם, ישמיע דעתו וישוחח עם הלקוח על המשמעות הערכית של מעשיו, אך בסופו של יום עליו לקבל על עצמו לבצע את מה שהלקוח מבקש ודורש, תהא אשר תהא ההשלכה כלפי צדדים שלישיים.<sup>15</sup>

המתנגדים לעמדה זו משקפים גישות שונות, אולם לכולם מכנה משותף שבבסיסו ההתנגדות למשקל הרב הניתן לאוטונומיה אישית אל מול ערכים אחרים. טענתם היא כי אין לקבל את התוצאות המוסריות הקשות הנובעות לעתים קרובות מייצוג משפטי נטול אחריות אישית. גישת האוטונומיה רואה בכל אדם "צורר זכויות" שככל שיממש אותן במלואן כך ייטב לו, ובסופו של דבר גם לחברה. גישות חלופיות מבחינות בין הרעיון שאוטונומיה אישית כערך היא דבר חיובי לבין התוצאות של מימוש האוטונומיה, שיכולות להיות שליליות מאוד ובלתי רצויות. דבריו של לובן (Luban) משקפים גישה זו:

It is good, desirable, for me to make my own decisions about whether to lie to you; it is bad, undesirable, for me to lie to you. It is good that people act autonomously, that they make their own choices about what to do; what they choose to do, however, need not be good.<sup>16</sup>

במילים אחרות, לדעת המבקרים מכיוון זה, ערך האוטונומיה האישית, לכשעצמו ועל אף חשיבותו, אין די בו כדי להצדיק את הפטור הניתן לעורכי דין מאחריות לתוצאות הייצוג המקצועי שלהם.<sup>17</sup> המסקנה הנובעת מעמדה זו נוטה לראות בייצוג המשפטי מערך של קשרים החורג מיהסי עורך הדין והלקוח, הכולל גם התחשבות בצרכים ובאינטרסים של צדדים שלישיים העלולים להיפגע מן הייצוג.

15. לדיון בטוגיה זו ראו: Thomas L. Shaffer & Robert F. Cochran, Jr., *Lawyers, Clients and Moral Responsibility* (1994), 19-29. עמדה זו יוצאת מנקודת מוצא כי הלקוח מגיע אל עורך הדין עם בעיה או צורך מוגדר מראש, ואילו עורך הדין "רק" מתרגם את האינטרס של הלקוח לשפה או למושגים משפטיים. מצב זה אינו משקף את רוב המקרים. הקשר והדיאלוג המתנהל בין עורך הדין לבין הלקוח כרוכים בכתיבת אפשרויות שונות, ליבון ההשלכות שלהן, והיחסים ביניהם מתהווים ומשתנים. אומרים המחברים (שם, בעמ' 22): "People involved in intensive relations – and many lawyer client relations are intense – change. They employ old moral habits – old virtues and vices. They strengthen these habits, or weaken them, or take on new ones. They become better people or worse people. Part of the question here, perhaps the largest part for the lawyer might be: What is this person becoming because of me, and what am I becoming because of this person?"

16. David Luban, "The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper", 1986 *Am. B. Found. Res. J.* (1986) 637, p. 639.

17. Simon אף טוען כי העובדה שהמשפט מאפשר לאדם כלשהו לבצע פעולה ואינו מגדיר אותה בלתי חוקית אין משמעה כי האדם מממש בכך "זכות". לדבריו הטיעון שכל פעולה המותרת במשפט מהווה מיצוי זכות: "conflates an opportunity to obtain an advantage from a legal

לשתי הגישות השלכות משפטיות שונות. הנטייה של "גישת האוטונומיה" תהא להכיר באחריות פחותה של עורך הדין כלפי צדדים שלישיים שאינם לקוחותיו ולצמצם את חובת הנהירות הנויקית בהתאם. זאת, מכיוון שלפי גישה זו האינטרס של צד ג אינו נתפס כחלק ממערך השיקולים שהייצוג המשפטי אמור להביא בחשבון. לצד ג אין משמעות מוסרית (moral significance) מבחינתו של עורך הדין, מכיוון שפעולת הייצוג מתמצה בעיקרה במימוש האינטרסים של הלקוח עצמו. לעומת זאת, "גישת הקשרים" תיטה להכיר בחובת הנהירות של עורך הדין כלפי צד ג, ובייחוד צד בלתי מיוצג, כחלק מתפיסה המתחשבת בהשלכות המוסריות של פעולת הייצוג מעבר ללקוח ואת מידת יכולתו של צד ג להגן על עצמו מפני פגיעה העלולה להיגרם לו מהייצוג.

הצדקה נוספת של רעיון הייצוג ממוקד-הלקוח היא כי ייצוג שכזה אינו רצוי רק בעבור הלקוח הבודד (בכך שהוא מאפשר לממש את האוטונומיה שלו) אלא החברה כולה יוצאת נשכרת מייצוג דווקני. זאת מכיוון שייצוג דווקני וממוקד בלקוח תורם לגילוי האמת, וכן משום שיש בו כדי להגן על הפרט מפני פגיעה על ידי השלטון החזק ממנו. ואכן שתי גרסותיה של טענה זו מושרשות היטב בתודעה המקצועית והציבורית כעילה המרכזית לאימוץ ולתמיכה ברעיון הייצוג החד-צדדי והדווקני.<sup>18</sup>

ברור כי הצדקה זו נקשרת באופן ישיר לרעיון השיטה האדוורסרית, ולפיה האמצעי הטוב ביותר לגלות את האמת ולהגן על הפרט מפני עריצות השלטון הוא באמצעות הבטחת הליך אדוורסרי הוגן שבו כל צד מיוצג על ידי עורך דין וגורם שלישי נייטרלי ובלתי תלוי מכריע ביניהם.

אשר להגנה על הפרט מפני פגיעת המדינה, גישה זו מציבה את ההליך הפלילי כפרדיגמה מרכזית שדרכה נבחן ומוערך תפקידם של עורכי דין, ומשליכה ממנו על מצבי ייצוג אחרים. היא טוענת כי ללא הבטחת ייצוג משפטי לכל אדם לא ניתן יהיה להבטיח את זכויות הפרט, וכי כדי שעורכי דין יסכימו לקחת על עצמם ייצוג של אנשים הנאשמים על ידי המדינה, יש להבטיח כי יוכלו למלא את תפקידם ללא מורא, ומבלי שיוחזקו כאחראים לתוצאות הייצוג במקרה ספציפי. זו טענה חזקה בעד ייצוג דווקני, המעוגנת באינטרס החברתי הכללי להבטיח בקרה על כוחה של המדינה.<sup>19</sup>

כנגד טענה זו התשובה העיקרית היא כי אף אם נסכים שבהליך הפלילי קיימת הצדקה לפטור את עורך הדין מן ההשלכות המוסריות של הייצוג המשפטי, הרי שיש להכיר בסיטואציה זו כמקרה מיוחד, אולי חריג הכרחי, ולא להפוך אותו לפרדיגמה המרכזית והשלטת שדרכה

institution with a right", William H. Simon, "Ethical Discretion in Lawyering", 101

*Harv. L. Rev.* (1988) 1083, p. 1123

18. על שורשיה של הגישה כי ייצוג דווקני יוביל לגילוי האמת ולתוצאה צודקת ראו למשל: Robert

J. Kutak, "The Adversary System and the Practice of Law", in: *The Good Lawyer:*

*Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics* (David Luban ed., 1984) 172

19. ראו למשל: John B. Mitchell, "The Ethics of the Criminal Defense Attorney: New

Questions to Old Answers", 32 *Stan. L. Rev.* (1980) 293

מוכנה תפקיד הייצוג בחברה.<sup>20</sup> הסנגור הפלילי מהווה אפוא מקרה פרטני שבו האינטרסים החברתיים ארוכי הטווח – הבטחת זכויות אזרח והליך הוגן של פרט חלש מפני שלטון המתנכל לו – יכולים להצדיק את גישת העדר האחריות של עורכי הדין. במילים אחרות, הצורך להבטיח כי כל אדם יזכה לייצוג ולהגנה משפטית הוא ערך חשוב דיו בטווח הארוך, המצדיק תשלום "מחיר" של אי-צדק בטווח הקצר העלול לנבוע במקרים פרטניים של סנגור פלילי, שבהם הוביל הייצוג לתוצאה קונקרטיית בלתי צודקת.<sup>21</sup> אולם מכאן ועד הפיכת התפיסה לגורמה המקובלת, הדרך עוד רחוקה.<sup>22</sup> רוב המקרים שבהם ניתן ייעוץ או ייצוג משפטי אינם הליכים פליליים שבהם סנגור מגן על נאשם, ועל כן אל לנו להפוך את המקרה החדריג לכלל החולש על כל תפיסת הייצוג המשפטי.

אשר לגילוי האמת, הטיעון הנסמך אף הוא על הגישה האדוורסרית גורס, כי אם כל צד יטען את טענותיו בלהט ובאופן חד-צדדי (כאשר להליך גלויים מכשירים דינוניים וראייתיים נוספים כגון החקירה הנגדית), אזי קיים הסיכוי הטוב ביותר כי האמת תצא לאור וזה אינטרס ציבורי חשוב.<sup>23</sup> התשובה לטענה זו כפולה. ראשית, יש החולקים אם אכן השיטה האדוורסרית, להבדיל למשל מן השיטה האינקוויזטורית, מובילה בצורה הטובה ביותר לגילוי האמת.<sup>24</sup> מה רבותא כי שיטה שבה שני הצדדים מנסים להסתיר זה מזה מידע טוביל באופן הטוב ביותר לגילוי האמת?

זאת ועוד, גם בהקשר זה ובדומה לטענה לגבי ההליך הפלילי, הבעייתיות הרבה ביותר מתעוררת בכל המצבים הרבים שבהם עורך הדין נותן את שירותיו המקצועיים מחוץ לכל מסגרת המוכירה מנגנון אדוורסרי. כפי שכבר צוין לעיל, המקרים שבהם התעוררה בבתי המשפט (הן בישראל והן בארצות הברית) שאלת אחריותו של עורך הדין כלפי צד ג בלתי מיוצג נגעו בעיקרם בייעוץ, בבניית עסקה, בכריתת חוזה, בבירור זכויות קניין וכדומה.

20. על ההליך הפלילי כהליך ייחודי ראו: David Luban, *Lawyers and Justice: An Ethical Study*;

Rhode, (1988), 58-66 (לעיל, הערה 4), בעמ' 605.

21. לא כל המלומדים מוכנים לקבל באופן קטגורי אף את החריג הפלילי. ראו Simon (לעיל, הערה 2), בעמ' 170-194.

22. ראו למשל: Wasserstrom (לעיל, הערה 12), שהוא מבקר קשה של הגישה הדווקנית מסכים לקבל, למצער, את המודל הזה ככל שמדובר בייצוג בהליך הפלילי הקלסי (שם, בעמ' 12).

23. לרברי Schaffer & Cochran: "The argument that the adversary system will work for the good of the legal system is based on a courtroom model. If both sides are represented by aggressive advocates, the judge or jury will hear the strongest arguments for each side and will be able to decide wisely. This argument rests on a social-Darwinian confidence – a faith – that the just claim will survive because the state is able to decide what is best"

Schaffer & Cochran (לעיל, הערה 15), בעמ' 10.

24. Simon (לעיל, הערה 2), בעמ' 62-69; וכן: David Luban, "The Adversary System Excuse", *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics* (David Luban – ed., 1984) 83



בכל אותם מצבים המתרחשים מחוץ להליך ההתדיינות המשפטית אין השיטה האדוורסרית יכולה להוות אמתלה לדבוק בגישת העדר האחריות. כאשר עורך דין בונה עסקת הלוואה, מוכר דירה, עורך צוואה, ממשכן נכס, ופועל בכל אלו לטובת לקוחו באופן שיש בו ניצול לא ראוי ולא הוגן של מבנים ומסגרות משפטיות, אין מתקיימים אותם מנגנוני בקרה האמורים לאזן בין היתרון היחסי שיש לצד אחד על פני רעהו. בנסיבות אלו, וכאשר הצד העומד מול הלקוח איננו מיוצג, קשה להצדיק גישה הנסמכת על עקרונות השיטה האדוורסרית, וזו אינה יכולה להוות בסיס לעמדה בדבר (היעדר) אחריותו של עורך הדין לתוצאות הייצוג. בהיעדרן של הצדקות אלו מתגברת הנטייה להחזיר את עורך הדין לתמונה הנורמטיבית. זאת, הן בשל היותו במקרים רבים בעמדה שבה ניתן למנוע מראש את היווצרות הנוק לצד הבלתי מיוצג (בבחינת "מונע הנזק היעיל ביותר") והן, לדעתי, בגלל הרצון לשמור בכל זאת על רמה מסוימת של יושרה מקצועית ולא להפוך את עורך הדין אך ל"חרב להשכיר" הפועל ללא שום מגבלות ערכיות וללא כל קשר להשלכות המוסריות של פעולת הייצוג. אני סבורה כי הנטייה של בתי המשפט להטיל על עורכי דין אחריות כלשהי כלפי צדדים שלישיים משלבת את שני הנימוקים הללו, והיא הרחבה של רעיון "קצין בית המשפט" גם לנסיבות שהייצוג של הלקוח אינו כולל התדיינות בין כותלי בית משפט כלשהו.

תחושת הצדק הובילה את בתי המשפט לנסות ולמצוא אפוא מנגנון שיימנע מלשחרר את עורך הדין מאחריות לנזקים שנגרמו לצד ג מן הייצוג שנתן ללקוחו. שתי הדרכים שהפעילו בתי המשפט – האחת: להגדיר את צד ג כלקוח, והאחרת: להטיל על עורך הדין אחריות ישירה כלפי צד שלישי שאיננו לקוח – מדגימות את ההתלבטות הקיימת בהקשר זה. התבנית של יחסי עורך דין-לקוח מוכרת במסגרת המשפט והכללים לגביה ברורים. מעת שהגדרנו קשר כלשהו כקשר שיש בו חובת נאמנות (ובכלל זה, יחסי עורך דין לקוח) קל יותר להטיל אחריות על עורך הדין כלפי מי שמושפע מן השירות המקצועי שנתן. יש לזכור כי המונח "לקוח" איננו מונח המוגדר בחוק וקיומה או אי-קיומה של מערכת יחסים זו נלמד מן ההקשר. בתי המשפט הם המעצבים והמבנים בסופו של דבר את ההגדרה של המונח המשפטי "לקוח". ואכן במקרים המתוארים במאמרה של ז'רגוטמן היו שופטים שהגדירו את הקשר בין עורך הדין לצד ג כקשר בין עורך דין ללקוח.<sup>25</sup> אף אני סבורה כמו המחברת, כי מדובר בהגדרה מאולצת ולא מקובלת בקרב הציבור (ובכלל זה, ציבור עורכי הדין) ועדיף לא לפעול בדרך זו. יתרה מזו, השתתת אחריותו של עורך הדין על בסיס היותו של צד ג לקוח משאירה את הדיון בתוך המסגרת המסורתית הדומיננטית, המשחררת את עורך הדין מאחריות כלפי כל מי שאינו לקוחו. לכן, לדעתי, גם מבחינת מדיניות משפטית וחברתית רצויה עדיף לפתח את ההלכות המשפטיות באופן שאינו "דוהק" את צד ג לדל"ת אמותיה של הגדרת "לקוח". במקום זאת יש להוסיף ולבחון באילו נסיבות מוצדק להטיל על עורך דין אחריות כלפי צדדים שלישיים שאינם לקוחותיו, כשעניינם עומד במתח עם האינטרס של הלקוח והן אינם מוגנים או מיוצגים כראוי. בדרך זו יש כדי להתגבר במשהו על צרותה של הפרדיגמה הדומיננטית שזכתה לביקורת נוקבת בגלל תוצאותיה הבלתי רצויות.

25. ראו פרק ג במאמר.

ולבסוף, הנקודה המכרעת בדיון היתה שצד ג לא היה מיוצג על ידי עורך דין מטעמו. ואכן, כפי שמציינת זריגוטמן, בית המשפט ראה חשיבות בכך שעורך הדין לא הבהיר לצד ג כי אין הוא מייצגו. מהפסיקה עולה כי ככל הנראה היה עורך הדין יוצא ידי חובתו הנויקית ולא היה נחשב כמי שהתרשל לו אך היה מבהיר לצד השלישי כי אין הוא מייצגו ואף היה מבהיר לו שמן הראוי כי יתייעץ עם עורך דין מטעמו. אני נוטה להסכים בעיקרון עם הגישה המחייבת עורכי דין להגדיר לצד שכנגד את תפקידם ולהבהיר כי אין הם פועלים בשמו ובעבורו על מנת שלא יסתמך עליהם, כפי שאכן קרה בחלק מהמקרים המתוארים במאמר. סביר כי ברוב המקרים אם ידע צד ג שעורך הדין של הצד האחר אינו דואג לאינטרסים שלו הוא יבחר לו עורך דין מטעמו, ובכך יתוקן במשהו חוסר האיזון בין הצדדים ויצומצם היתרון היחסי של הצד המיוצג על ידי עורך הדין הראשון (ואף עורכי הדין ייהנו מכך, ובדין).

עם זאת חשוב לזכור כי שאלת חובתו של עורך הדין למתן אזהרה כאמור איננה יכולה להיות מנותקת מן השאלות החלוקתיות הרחבות יותר, ובהן יכולתו בפועל של צד ג לשכור שירותיו של עורך דין. ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם צד ג יודע גם יודע כי עורך הדין איננו מייצג אותו, אולם אינו יכול לשכור לעצמו עורך דין (או שעורך הדין ששכר לעצמו אינו משתווה לזה של יריבו). בנסיבות אלו, נראה לי כי לא ניתן להתעלם לגמרי משאלת אחריות עורך הדין כלפי צד ג ולומר בלב שקט כי די בכך שהוא יידע את צד ג על כך שאינו מייצגו. במקרה זה אולי אין הסתמכות של צד ג על עורך הדין ולא ניתן לבסס את אחריותו כלפיו על סמך הסתמכות שכזאת. אולם עדיין קיים השיקול המהותי העומד בבסיס הטלת האחריות על עורך הדין, והוא השוויון בנגישות לזכויות במשפט. שכן אם צד אחד אינו יכול להשיג לעצמו עורך דין על מנת לייצג את האינטרסים שלו מסיבות שונות (למשל, ידו אינה משגת), מה תועיל האזהרה? יש לבחון אפוא אם ראוי לצפות מעורך הדין למידה מסוימת של הגינות כלפי הצד האחר הבלתי מיוצג אף על פי שהוזהר. הנה כי כן, שאלות של אתיקה ואחריות מקצועית מתקשרות לסוגיית הקצאת שירותים משפטיים ויכולת לפעול במשפט בשוויוניות.<sup>26</sup>

המגמה המסתמנת בבתי המשפט להטיל בנסיבות מסוימות אחריות על עורכי דין לנזקים שנגרמו לצדדים שלישיים בלתי מיוצגים, יש לה השלכות עמוקות על תפקידו של עורך הדין. היא משקפת גישה שלפיה עורכי דין אינם יכולים להסתפק אך בייצוג עניינם של לקוחותיהם ולהתעלם כליל מן התוצאות שיש לייצוג זה על הצדדים הנפגעים באופן ישיר מן הייצוג. השיקולים שמנתה המחברת במאמר צריכים לבוא בחשבון תוך כדי עיצוב היקפה של אחריות זו, בדרך המשקפת את ההכרה שעל עורכי דין, כסוכנים של מערכת המשפט, מוטלת אחריות לפעול למימוש הערכים המהותיים הגלומים במשפט.

26. ראו בעניין זה נטע זיו, "כללי ניגוד העניינים של עורכי דין ונגישות למשפט - 'עורך הדין האחרון בעיר' - לי או לך? הערת פסיקה בעקבות פסק דינו של בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין - בד"מ 18/98", המשפט 18 (יוני 2004) 64.