

שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100%

מאת

איל זמיר*

מוכר נכס תבע מהקונה פיצויים מוסכמים בשל הפרת חוזה המכר. בין הקונה לבין עורך הדין שייצג אותה בתביעה הוסכם בעל פה ששכר טרחתו של עורך הדין יהיה בשיעור ההפרש שבין סכום הפיצויים המוסכמים שהלקוחה נתבעה לשלם לבין הסכום שבו היא תחויב למעשה. בית משפט השלום קיבל את תביעתו של עורך הדין לשכר טרחה בשיעור זה, בית המשפט המחוזי הפחית במידת מה את השכר המוסכם, ובית המשפט העליון דחה בקשה לרשות ערעור על פסק הדין המחוזי.

רשימה זו מציגה את הרקע הכלכלי, ההתנהגותי והמשפטי של הסדרי שכר טרחה התלוי בתוצאה. היא מסבירה שבמקרה הנדון היה מדובר בשכר טרחה התלוי בתוצאה, ששיעורו 100% מהתועלת שהלקוחה הייתה עתידה להפיק מהייצוג המשפטי. הרשימה טוענת שלא היה מקום לתת תוקף להסכם זה משום שהוא אינו סביר ואינו עולה בקנה אחד עם חובות האמון החלות על עורכי דין. מלבד המקרה הספציפי, ההתדיינות הנוכחית חושפת ליקויים בהסדר המשפטי החל על הסכמי שכר התלוי בתוצאה במשפטנו, הן מבחינת היעדרה של דרישת כתב הן מבחינת אופן הפיקוח על סבירותם של הסכמים אלה.

מבוא א. שכר טרחה התלוי בתוצאה: רקע כלכלי והתנהגותי. ב. שכר טרחה התלוי בתוצאה: תמצית המצב המשפטי. ג. פרשת האגר נ' בניסטי: העובדות והפסיקה. ד. ביקורת פסק הדין והמצב המשפטי הנוהג. 1. היעדר תועלת ללקוחה; 2. חובות אמון; 3. שירותים משפטיים אחרים; 4. סמכות הפיקוח; 5. דרישת כתב. ה. בשולי הדברים.

מבוא

בפרשת בניסטי נ' האגר קיבל בית משפט השלום בהרצליה תביעה לשכר טרחה שהגיש עורך דין נגד לקוחתו. תחילתה של הפרשה היא בייצוגו של עורך הדין את הלקוחה בתביעה שהוגשה נגדה לתשלום פיצויים מוסכמים בשל הפרת חוזה מכר. לפי פסיקת בית המשפט הוסכם בעל פה בין הצדדים ששכרו של עורך הדין יהיה בשיעור ההפרש בין סכום הפיצויים המוסכמים שהיא נתבעה לשלם לבין הסכום שבו היא תחויב למעשה. בית המשפט דחה את גרסת הנתבעת לגבי הסדר שכר הטרחה ואת טענותיה בדבר פגמים שנפלו בכריתת החוזה. מאחר שסכום הפיצויים המוסכמים היה 69,000 ש"ח, והנתבעת חויבה בתשלום פיצויים של 25,000 ש"ח בלבד, קיבל בית משפט השלום את תביעתו של עורך הדין לשכר טרחה

* פרופסור למשפטים, הקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי, הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. תודה רבה לאלעד שפיגלמן על עזרתו במחקר וללימור זריגוטמן, למיכאל כהן, לאורי כץ, ליובל פרקש ולמערכת כתב העת משפטים על הערות חשובות לטיוטות קודמות של הרשימה.

בשיעור של 44,000 ש"ח.¹ במילים אחרות, מדובר בהסדר שלפיו, ככל הנראה, שכר הטרחה היה 100% מהסכום שתרוויח הלקוחה מהייצוג המשפטי בידי עורך הדין. בית המשפט המחוזי קיבל חלקית את הערעור על פסק הדין והפחית את שכרו של עורך הדין מ-44,000 ש"ח ל-34,000 ש"ח.² בית המשפט העליון דחה את הבקשה לרשות ערעור על פסק הדין.³

רשימה זו מתארת תחילה את הרקע הכלכלי וההתנהגותי להסדרים של שכר טרחה התלוי בתוצאה ואת הכללים החלים עליהם במשפטנו. על רקע זה הרשימה מציגה את פסיקת הערכאות השונות בפרשה הנוכחית ואחר כך מבקרת את הפסיקה במקרה הספציפי ואת המצב המשפטי הכללי המשתקף בה. ברשימה אטען כי לא זו בלבד שלא היה מקום לתת תוקף להסדר שכר הטרחה שנערך בין הצדדים (אף לאחר ההפחתה המסוימת בשכרו של עורך הדין), אלא שיש יסוד לסברה שהסדר זה לא עלה בקנה אחד עם חובות האמון וכללי האתיקה המקצועית החלים על עורכי דין. באורח כללי יותר, ההתדיינות הנוכחית מבליטה ליקויים בהסדר המשפטי החל על הסכמי שכר התלוי בתוצאה במשפטנו, הן מבחינת היעדרה של דרישת כתב הן מבחינת הפיקוח על סבירותם של הסכמים אלה. לבסוף, הרשימה מעלה בזהירות את החשש שמא פסקי הדין בפרשה הנוכחית הם חלק ממגמה רחבה יותר של הפסיקה בענייני חוזים בעת האחרונה. הגם שחלקים מהדיון ייגעו בהסדרים של שכר טרחה שאינו תלוי בתוצאה, ובשולי הדברים אף אזכיר סוגיות כלליות של צדק פרוצדורלי ומהותי בהתקשרויות חוזיות, בשל החשיבות המעשית של הסדרי שכר טרחה התלוי בתוצאה והעניין התאורטי שהם מעוררים, הרשימה תתמקד בהם.

ביסוד רשימה זו עומדת ההנחה (שהיא טבעית לאנשי אקדמיה, אף אם אינה מובנת מאליה לאנשי מעשה), שיש עניין לנתח ולבקר גם פסיקה שאין לה תוקף תקדימי מחייב. פסיקה של ערכאות נמוכות ראויה להיבחן כאשר למשל היא עוסקת בנסיבות מעניינות במיוחד, מעלה סוגיות עקרוניות, חושפת ליקויים בהסדרה המשפטית הקיימת, עשויה להעיד על מגמות רחבות יותר בפסיקה, וייתכן שתאומץ בעתיד בידי בית המשפט העליון. כל המאפיינים הללו מתקיימים כמדומה במקרה הנוכחי.

א. שכר טרחה התלוי בתוצאה: רקע כלכלי והתנהגותי

הניתוח הכלכלי וניסיון החיים מלמדים שלאופן חישוב השכר של עורכי דין ונותני שירותים אחרים יש השפעה על היקף הזמן והמאמץ שהם משקיעים בביצוע חיוביהם החוזיים. לכל אחת מנוסחאות התשלום יתרונות וחסרונות משלה.⁴ בקווים כלליים, שכר לפי יחידות זמן

- 1 תא"מ (שלום הרי) 1275-02-12 בניסטי נ' האגר, פסק דינו של הרשם הבכיר אדי לכנר (לא פורסם, 11.9.2014) (להלן: פסק הדין של בית משפט השלום).
- 2 ע"א (מחוזי ת"א) 43636-12-14 האגר נ' בניסטי, פסק דינה של השופטת רות לבהר שרון (לא פורסם, 15.10.2016) (להלן: פסק הדין של בית המשפט המחוזי).
- 3 רע"א 8775/15 פלוני נ' פלוני, החלטתו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.5.2016) (להלן: ההחלטה של בית המשפט העליון).
- 4 ראו איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 317-292 (מסדרת "פירוש לחוקי החוזים", ג' טדסקי עורך, 1994) (להלן: זמיר חוק חוזה קבלנות).

(למשל לפי שעה) מבטיח שיהיה קשר ישיר בין היקף העבודה של עורך הדין לבין שכרו ומסלק את החשש שעורך הדין יקבל שכר שאינו עומד ביחס סביר להיקף עבודתו (כלפי מעלה או כלפי מטה). אולם חישוב לפי שעות עלול להמריץ את עורך הדין להשקיע יותר מדי זמן בתיק, במידה שאינה תואמת את האינטרסים של הלקוח (ואולי אף לעורר חשש בדבר אמינות הדיווח של עורך הדין על היקף השעות שהקדיש לטיפול). שכר גלובלי מבטיח ללקוח מראש כמה יצטרך לשלם בעד שירותיו של עורך הדין, אולם הוא עלול להמריץ את עורך הדין להשקיע פחות מדי זמן ומאמץ בתיק (ובין היתר להאיץ בלקוח לקבל הצעות פשרה שהיה מוטב לדחותן). שכר התלוי בתוצאה – למשל 25% מהפיצויים שיפסוק בית המשפט לתובע בתביעתו – ממתן את שני החששות הנזכרים, ויש לו יתרונות נוספים. מאחר ששכרו של עורך הדין תלוי בתוצאה, ניתן להניח שהוא יתאמץ לזכות בתביעה, אולם אין חשש שהוא ישקיע יתר על המידה, משום שהתמורה שיקבל בעד השקעת יתר תהיה נמוכה מעלות ההשקעה. שיטה זו מאפשרת גם לתובעים (ולנתבעים) שהפרוטה אינה מצויה בכיסם לשכור עורך דין ופוטרת אותם כליל מתשלום שכר טרחה אם לא יזכו בפיצויים כלשהם (או, במקרה של נתבעים, אם התביעה נגדם תתקבל במלואה). עורך הדין מספק ללקוח מעין ביטוח מפני כישלון התביעה, מספק לו אשראי עד לסיום הטיפול בתיק וגובה את שכרו רק בשלב שבו קל ללקוח לשלם את השכר מתוך הפיצויים שקיבל.

זאת ועוד, גם אם הסדר של שכר התלוי בתוצאה צפוי להצמיח ללקוח רווח נקי נמוך יותר משכר גלובלי או משכר לפי שעות, הוא מחסן אותו מפני החשש שבסופו של דבר יימצא במצב גרוע מזה שהיה בו אלמלא הגיש את התביעה – סיכון שאליו חושפים אותו הסדרים אחרים של שכר טרחה, שבהם יהיה עליו לשלם את שכר הטרחה גם אם תביעתו תידחה כליל.⁵ זהו יתרון חשוב עבור אנשים השונאים להפסיד יותר משהם אוהבים להרוויח. מאחר ששנאת הפסד היא תופעה רווחת מאוד, הסדרים של שכר טרחה התלוי בתוצאה הם אטרקטיביים ללקוחות. מחקר ניסויי הראה שתובעים רבים מעדיפים לשלם שכר התלוי בתוצאה, המסלק את החשש שיימצאו במצב כספי גרוע מזה שהיו בו אלמלא הגישו את התביעה, גם אם התוחלת של שכר זה גבוהה פי שניים או שלושה משהיו נדרשים לשלם למשל בהסדר של תשלום גלובלי.⁶

עוד העלה אותו מחקר כי תובעים ונתבעים כאחד נוטים להתייחס למצב שלפני הגשת התביעה כנקודת הייחוס שלפיה הם תופסים את תוצאותיה. לכן תובעים נוטים להתייחס לפרות התביעה כמשתייכים לעולם הרווחים (ואת שכר הטרחה שישלמו כמשתייך לעולם ההפסדים), ואילו נתבעים נוטים להתייחס לתוצאות התביעה ולשכר הטרחה שיידרשו

5 תיאור זה הולם במלואו את ההסדרים הרווחים בארצות הברית, שם מקובל שעורך הדין נושא גם באגרות בית המשפט, בתשלום לעדים מומחים וכדומה. כמתואר בהמשך (ראו להלן ה"ש 17 והטקסט הסמוך לה), בישראל הדברים שונים במקצת מבחינה זו.

6 על דרכים שונות לחישוב שכר טרחתו של עורך דין, על התמריצים שהן יוצרות ועל האטרקטיביות של שכר התלוי בתוצאה עבור לקוחות שהם שונאי-הפסד ראו Eyal Zamir & Ilana Ritov, *Revisiting the Debate over Attorney's Contingent Fees: A Behavioral Analysis*, 39 J. LEGAL STUD. 245 (2010) (להלן: Zamir & Ritov, *Revisiting the Debate*). על שנאת הפסד והשלכותיה על עולם המשפט, ראו באופן כללי Eyal Zamir, *LAW, PSYCHOLOGY, AND MORALITY: THE ROLE OF LOSS AVERSION* (2015).

לשלם כמשתייכים כולם לעולם ההפסדים. מאחר שאנשים נוטים ליטול סיכונים בעולם ההפסדים, נתבעים אינם מרבים להיזקק להסדרים של שכר התלוי בתוצאה.⁷ חריגים לכך הם מצבים שבהם נקודת הייחוס של הנתבעים – שלפיה הם תופסים את תוצאות ההתדיינות כמשתייכות לעולם הרווחים או לעולם ההפסדים – איננה הסטטוס קוו עובר להתדיינות. למשל, נישום שהוצאה לו שומה שלפיה הוא חייב לרשויות המס מיליון ש"ח עשוי לראות בשומה זו את נקודת הייחוס, וכך כל הפחתה בסכום התשלום תיראה בעיניו רווח. במקרים כאלה, אף נתבעים עשויים להעדיף שכר התלוי בתוצאה, שיחושב לפי הסכום שתשלמו ייחסך להם (משום שבדומה לתובעים, הם רואים את השכר התלוי בתוצאה ככזה העלול להקטין את רווחיהם, אך כמחסן אותם מההפסד הכרוך בתשלום שכר טרחה אם הגנתם תיכשל כליל).

הגם ששכר התלוי בתוצאה עשוי ליצור תמריצים הולמים מאלה שייצור שכר לפי שעות או שכר גלובלי, התמריצים שהוא יוצר אינם אופטימליים. הניתוח הכלכלי מלמד שנוסחה זו יוצרת תמריץ חסר להשקעה, כפי שתדגים הדוגמה הזאת: נניח שהעלות של שעת עבודה לעורך הדין היא 200 ש"ח. סביר להניח שהתועלת מכל שעת עבודה נוספת שהוא משקיע בתיק הולכת ופוחתת. מסתבר שכל אחת משעות העבודה הראשונות על התיק מגדילה את סכום הזכייה הצפוי בשיעורים גבוהים מאוד, אך מעבר לסף מסוים כל שעה נוספת מגדילה את תוחלת הזכייה הצפויה בשיעורים הולכים וקטנים לפי כלל התפוקה השולית הפוחתת. אילו היה עורך הדין משלשל לכיסו את מלוא סכום הפיצויים, היה לו תמריץ להשקיע בתיק עד השלב שבו התועלת השולית משעת עבודה הייתה משתווה לעלות של שעת עבודה – בדוגמה הנזכרת, כל עוד התועלת מכל שעת עבודה נוספת הייתה לפחות 200 ש"ח. אולם אם עורך הדין מקבל למשל שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 25%, יהיה לו תמריץ להפסיק לעבוד בשלב מוקדם יותר, השלב שבו התועלת משעת עבודה נוספת היא 800 ש"ח, משום שהוא יקבל רק רבע מסכום זה, כלומר 200 ש"ח. משמע שהסדר כזה יוצר תמריץ להשקעת חסר מצד עורך הדין.⁸

הניתוח הכלכלי הבסיסי מוביל אפוא למסקנה שהדרך ליצור תמריץ כספי אופטימלי לעורך הדין היא לאפשר לו לקנות מהלקוח את עילת התביעה תמורת סכום שיוסכם ביניהם, כך שכל מה שייפסק בתביעה ישולשל לכיסו של עורך הדין (הניתוח מסתבך קמעה משום שבדרך כלל נדרש שיתוף פעולה ומאמץ בניהול התביעה גם מצד הלקוח, ולכן כדאי להותיר תמריץ מסוים גם להשקעת מאמץ מצדו). במילים אחרות, לפי הניתוח הכלכלי הבסיסי, כשמדובר בשיקול של תמריצים לעורך הדין, ההסדר האופטימלי הוא שכר טרחה התלוי

7 ראו Zamir & Ritov, *Revisiting the Debate*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 275–281. לשיקולים נוספים שבגינם שכר התלוי בתוצאה אינו נפוץ במקרה של נתבעים, ראו שם בעמ' 275–277. על התופעה של אהבת סיכון בעולם ההפסדים – שהיא אחד המרכיבים המרכזיים בתאוריית הערך, Prospect Theory, שהציעו דניאל כהנמן ועמוס טברסקי, ראו Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, 47 *ECONOMETRICA* 263, 268–269, 277–280 (1979).

8 ראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 20955-05-12 ביניש נ' כהן, פס' 23 לפסק דינו של השופט משה בר-עם (פורסם בנבו, 9.12.2013).

בתוצאה, שבו שיעור שכר הטרחה מכלל הזכייה הוא 9.100% אין צריך לומר שמדובר בניתוח בסיסי למדי, משום שיש שיקולים נוספים המשפיעים על התנהלותו של עורך הדין, לרבות שיקולים של מוניטין מסחרי, החובה המשפטית לייצג את הלקוח במיומנות ובנאמנות, וערכים של אתיקה אישית ומקצועית. מכל מקום, ברוב שיטות המשפט "קניית תביעות" כזו אסורה ומנוגדת לכללי האתיקה של עורכי דין (ולא מעט שיטות אסורות כליל על שכר טרחה התלוי בתוצאה).¹⁰

השיטה של שכר התלוי בתוצאה מעוררת קשיים נוספים. מבקריה טוענים שלפעמים היא גורמת שעורך הדין זוכה בשכר גבוה על עבודה מעטה, ושלקוחות מתקשים להבין את מנגנון החישוב של השכר. הלקוחות אינם יודעים מהו היקף העבודה הכרוך בטיפול בתיק, מהם סיכויי הזכייה, ומהו הסכום שבו הם עשויים לזכות.¹¹ גם אם ההעדפה של תובעים להסדר של שכר התלוי בתוצאה אינה נובעת מבעיות מידע אלא משנאת הפסד ומרצון להמריץ את עורך הדין להשקיע מאמץ בתיק, בעיות המידע עלולות להשפיע על הסכמת הלקוחות לפרטי ההסכם. ההעדפה הגורפת של תובעים בתחומים מסוימים – לרבות תובעים אמידים – לשיטת השכר המותנה, והשאלות הכרוכות בהסדר זה, עוררו עניין אקדמי רב בקרב משפטנים, כלכלנים, אתיקנים וסוציולוגים.¹²

ב. שכר טרחה התלוי בתוצאה: תמצית המצב המשפטי

במשפט הישראלי חל איסור מפורש על המחאה של הזכות לתרופה בשל עוולה נזיקית, אולם קיימת אי-בהירות לגבי היקפו של איסור זה ולגבי המצב המשפטי ביחס לעילות

- 9 ראו Neil Rickman, *The Economics of Contingency Fees in Personal Injury Litigation*, 10 OXFORD REV. ECON. POL'Y 34, 36–38, 39 (1994); A. Mitchell Polinsky & Daniel L. Rubinfeld, *Aligning the Interests of Lawyers and Clients*, 5 AM. L. & ECON. REV. 165 (2003) (המחברים מראים שניתן להגיע לאותה תוצאה באמצעות שיעור שכר טרחה נמוך מ-100%, בתנאי ששיעור שכר הטרחה שווה לשיעור הנשיאה של עורך הדין בעלויות הטיפול בתיק, כאשר ביתר העלויות נושא גוף שלישי תמורת סכום קצוב שמשלם לו עורך הדין); ראו גם אוריאל פרוקצ'יה "תאגידים" הגישה הכלכלית למשפט 813, 751 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).
- 10 ראו: Paul Bond, *Making Champerty Work: An Invitation to State Action*, 150 U. PA. L. REV. 1297 (2002); James E. Moliterno, *Broad Prohibition, Thin Rationale: The "Acquisition of an Interest and Financial Assistance in Litigation" Rules*, 16 GEO. J. LEGAL ETHICS 223 (2003)
- 11 ראו למשל Lester Brickman, *Contingent Fees Without Contingencies: Hamlet Without the Prince of Denmark?*, 37 UCLA L. REV. 29 (1989); Lester Brickman, *The Market for Contingent Fee-Financed Tort Litigation: Is It Price Competitive?*, 25 CARDOZO L. REV. 68 (2003) (להלן: Brickman, *The Market*).
- 12 ראו למשל Brickman, *Hamlet*, שם; Brickman, *The Market*, שם; Herbert M. Kritzer, *Advocacy and Rhetoric vs. Scholarship and Evidence in the Debate over Contingency Fees: A Reply to Professor Brickman*, 82 WASH. U. L. Q. 477 (2004); HERBERT M. KRITZER, RISKS, REPUTATIONS, AND REWARDS: CONTINGENCY FEE LEGAL PRACTICE IN THE UNITED STATES (2004); Eyal Zamir, Barak Medina & Uzi Segal, *Revisiting the Debate*; לעיל ה"ש 6; Segal, *Who Benefits from the Uniformity of Contingent Fee Rates?*, 9 REV. L. & ECON. 357 (2013); גבריאלי קלינג אתיקה בעריכת דין 245–215 (2001).

תביעה שאינן נזיקיות.¹³ עם זאת אין בישראל איסור על שכר טרחה התלוי בתוצאה, ובדומה למקובל בארצות הברית למשל, הסדרים אלה נפוצים מאוד בתביעות נזיקין ובתביעות אחרות. בתחומים ספציפיים, כמו פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ופיצויים לנפגעי הנאצים, נקבעה תקרה חקוקה לשיעור שכר הטרחה התלוי בתוצאה.¹⁴ בתחומים אחרים הועלו בעבר הצעות לאסדרה של שכר הטרחה התלוי בתוצאה, אולם הן לא התקבלו.¹⁵ בתחומים שבהם אין אסדרה, השיעורים הרווחים של שכר התלוי בתוצאה הם בין 15% ל-25% מהזכייה.¹⁶ בניגוד למקובל בארצות הברית, בישראל נאסר על עורכי דין המייצגים לקוחות בהסדר של שכר טרחה התלוי בתוצאה לממן מכיסם את ההוצאות הכרוכות בניהול ההליך, כגון אגרות ותשלום לעדים מומחים.¹⁷

סעיף 84(א) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 אוסר על הסדרי שכר טרחה התלוי בתוצאה בהליכים פליליים. סעיף 84(ב) מורה שבהליכים שאינם פליליים לשכת עורכי הדין רשאית, לפי בקשת הלקוח, לקבוע את השכר המתאים אם נראה לה שהשכר שהוסכם עליו מופרז. לפי סעיף 86 לחוק, קבלת שכר בניגוד לסעיף 84 היא עברת משמעת, אולם נפסק שאין בעצם הגבייה של שכר טרחה מופרז משום ביצוע עברה כזו; רק גבייה של שכר מופרז (או אי-השבה של החלק החורג מהסביר), לאחר שנקבע שהוא מופרז, היא עברה.¹⁸ מכל מקום, לפי סעיף 86, אין בהסכמה על שכר טרחה מופרז כדי לגרוע מזכותו של עורך הדין לשכר ראוי בעד השירות שנתן. אף שלפי החוק הסמכות הנדונה נתונה בידי לשכת עורכי הדין, גם בתי המשפט דנים מעת לעת בתביעות של עורכי דין או של לקוחות בקשר לשכר טרחה התלוי בתוצאה (או אף שאינו תלוי בה) ורואים עצמם מוסמכים להפחית את השכר שהוסכם בין הצדדים אם הוא נראה להם מופרז.¹⁹ ההחלטות של ועדת שכר

- 13 ראו ס' 22 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]; ע"א 456/71 פילוסוף נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 604 (1971); ע"א 5251/10 יעקב כספי בע"מ נ' Banco Bilbao Vizcaya, Argentaria S.A. (פורסם בנבו, 6.1.2013); שלום לרנר המחאת חיובים 231-244 (2002).
- 14 ס' 16 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975; כללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), התשל"ז-1977; ס' 10 לחוק התביעות של קרבנות השואה (הסדר הטיפול), התשי"ז-1957; תק' 2-5 לתקנות התביעות של קרבנות השואה (הסדר הטיפול), התשכ"ה-1965. ראו גם קלינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 243-258.
- 15 ראו למשל דין וחשבון של הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית 156-167 (2005).
- 16 ראו יאיר בן-דוד הפרקליט והלקוח: מדרין שימושי ללקוחות עורכי דין ולכל הנזקק לשירותים משפטיים 167 (1999); קלינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 249 (בין 15% ל-20%); Zamir & Ritov, *Revisiting the Debate*, לעיל ה"ש 6, בעמ' 254-255.
- 17 ראו ס' 44 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.
- 18 על"ע 6/78 הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין חיפה נ' שמואל, פ"ד לג(3) 813, 819 (1979).
- 19 ראו למשל ע"א 4849/06 קפלנסקי נ' מנורה חברה לביטוח (פורסם בנבו, 25.2.2008); ת"א (שלום ת"א) 22673/04 אברהם נ' טביב, פסק דינה של השופטת חנה ינון (פורסם בנבו, 6.4.2008); ת"א (שלום ת"א) 47314/05 גילת, קנולר, גראוס ושות' – משרד עורכי דין ונוטריון נ' S.H.G. Golden and Silver Ltd., פסק דינה של השופטת חנה ינון (פורסם בנבו, 19.5.2008); ת"א (שלום י-ם) 13579-08 פרינץ נ' ביטון, פס' 19-20 לפסק דינה של השופטת אנה שניידר (פורסם בנבו, 2.5.2010); תא"מ (שלום ת"א) 29072-07-11 ד"ר מאיר טויוז ושות' משרד עורכי דין נ' כוינה, פסק דינה של השופטת לימור רייך

טרחה של לשכת עורכי הדין אינן מתפרסמות באורח שיטתי, אם כי ניתן למצוא דיווחים על החלטות עקרוניות של הוועדה בביטאון "אתיקה מקצועית" של הלשכה, וניתן למצוא התייחסויות לנושא זה בפסקי דין של בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין. בארצות הברית, שבה הפיקוח על הסדרי שכר התלוי בתוצאה מסור לבתי המשפט, ההערכה הרווחת היא שהסדרים שבהם שכר טרחתו של עורך הדין גבוה מ-50% מהסכום שבו יזכה הלקוח בהתדיינות הם בלתי סבירים ובלתי הוגנים, אם כי אין מדובר בכלל ברזל (כלומר ייתכנו מקרים שבהם גם שיעור נמוך יותר ייחשב כבלתי סביר, ואולי אף מקרים שבהם שיעור גבוה יותר לא ייחשב כבלתי סביר, בהתחשב במכלול הנסיבות).²⁰ משמע, שאם הטיפול בעניין כלשהו אינו משתלם לעורך הדין אלא אם כן שכרו יהיה גבוה ממחצית הזכייה הצפויה של הלקוח, עליו לסרב לטפל בתיק או לקבוע הסדר שכר טרחה אחר, כגון שכר גלובלי או שכר המחושב לפי שעות עבודה. בישראל רחה בית המשפט העליון בפרשת שמואל ערעור על פסק דין של בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין שזיכה מכל אשמה עורך דין שהסכים עם לקוחתו כי יקבל 50% מהסכום שייגבה בהליכים לביצוע שטר.²¹ עם זאת ניתן להתרשם שגם בישראל הסדרים שבהם שכר הטרחה גבוה מ-50% מהסכום שבו יזכה הלקוח נדירים ביותר ואינם נחשבים ראויים. למשל, בפרשה אחת תיאר בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין הסכם שכר טרחה שזיכה את עורך הדין ב-55% מכל סכום שבו תזכה הלקוחה ועוד מע"מ כהסכם "חריג" ו"נלוז", שאלמלא זנחה אותה עורכת הדין, היה בו (ובמכלול התנהלותה של עורכת הדין באותה מקרה) כדי להוביל להרשעתה בעבירה על כללי האתיקה של עורכי דין.²²

בשיטות משפט אחרות המכירות בהסדרים של שכר התלוי בתוצאה חלה חובה לערוך הסכמים כאלה בכתב.²³ זה היה אף הדין בישראל לפני חקיקתו של חוק לשכת עורכי

(פורסם בנבו, 22.7.2012); תא"מ (שלום י-ם) 6523-05-13 הכהן נ' כהן, פסק דינו של הרשם הבכיר ניר נחשון (פורסם בנבו, 16.6.2015).

20 ראו למשל ROBERT H. ARONSON, ATTORNEY-CLIENT FEE ARRANGEMENTS: REGULATION AND REVIEW 92 (1980); JOHN W. TOOTHMAN & WILLIAM G. ROSS, LEGAL FEES: LAW AND MANAGEMENT 178 (2003); Greg N. Anderson, *Survey of the Law of Professional Responsibility*, 41 IND. L. REV. 1213, 1223 (2008); Brickman, *Hamlet*; *Responsibility*, לעיל ה"ש 11, בעמ' 32.

21 עניין שמואל, לעיל ה"ש 18. על שיפוטי ההוגנות הרווחים לגבי שכר טרחה של עורכי דין התלוי בתוצאה, ראו Eyal Zamir & Ilana Ritov, *Notions of Fairness and Contingent Fees*, 74 LAW & CONTEMP. PROBS. 1 (2011) (להלן: Zamir & Ritov, *Notions of Fairness*).

22 בד"א 98/15 ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין נ' כדורי, פס' ב.1.1. לפסק הדין, פדאור אתיקה 15 (64) 364 (2015).

23 כך למשל ה-Model Rules of Professional Conduct, שהוראותיו אומצו בידי הרוב המכריע של המדינות בארצות הברית, קובע בס' 1.5(b) שעל עורך הדין למסור ללקוח את המידע על שכר הטרחה "preferably in writing". הוראה מיוחדת מצויה בס' 1.5(c)(1), שעניינו שכר טרחה התלוי בתוצאה: "A contingent fee agreement shall be in a writing signed by the client and shall state the method by which the fee is to be determined, including the percentage or percentages that shall accrue to the lawyer in the event of settlement, trial, or appeal; litigation and other expenses to be deducted from the recovery; and whether such expenses are to be deducted before or after the contingent fee is calculated. The agreement shall clearly notify the client of

הדין.²⁴ ההצדקה לדרישה זו נעוצה כמורכבות וברגישות של הסדרים אלה ובעובדה שעורכי הדין הם "שחקנים חוזרים" בשוק השירותים המשפטיים, בעלי ניסיון, מומחיות והבנה בענייני שכר טרחה, ואילו הלקוחות – ובמיוחד לקוחות שהם אנשים פרטיים ולא פירמות – הם "שחקנים חד-פעמיים" שאין להם ניסיון וידע בנושא זה. כיום אין בחוק לשכת עורכי הדין או בכללי האתיקה שהותקנו מכוחו חובה לערוך הסכמי שכר טרחה כלשהם בכתב, ומשמע שניתן לערוך אותם גם בעל פה.²⁵ זאת ועוד, לפי הפסיקה זכאי עורך הדין לשכר טרחה ראוי אף אם לא הוסכם כלל על שכרו מראש, בכתב או בעל פה.²⁶ התמריץ המשפטי היחיד במשפטנו לעריכת הסכמי שכר טרחה מראש הוא שאם לא נערך הסכם כזה, אפשר שהדבר יובא בחשבון ויזקף לחובתו של עורך הדין כאשר בית המשפט קובע את השכר הראוי.²⁷ כמו כן מאחר שעורך דין התובע את שכרו הוא בבחינת המוציא מחברו, ומאחר שמכוח מומחיותו וניסיונו בידי למנוע מראש את חילוקי הדעות באמצעות עריכת הסכם שכר טרחה ברור בכתב, נטל השכנוע בדבר זכאותו לשכר טרחה ושיעורו של שכר הטרחה מוטלים עליו.²⁸ במקרים אחדים הוביל הדבר לפסיקת שכר ראוי על פי התעריף המינימלי המומלץ של לשכת עורכי הדין,²⁹ ובמקרים חריגים – בהיעדר תשתית ראייתית מספקת לחישוב שכרו של עורך הדין – אף לדחיית התביעה.³⁰

בהמשך ננתח ביתר פירוט את המצב המשפטי המצוי והרצוי בנושא של הסכמי שכר טרחה התלוי בתוצאה, מתוך בחינה ביקורתית של הפסיקה בפרשת האגר. לפני כן נתאר את העובדות ואת פסקי הדין של הערכאות השונות בפרשה זו.

- any expenses for which the client will be liable whether or not the client is the prevailing party" (MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT r. 1.5(c) (AM. BAR ASS'N 1983))
- 24 ס' 22 ו-24 לפקודת עורכי הדין, 1938, הורו שהסכם של שכר התלוי בתוצאה ייעשה בכתב, יוגש לבית המשפט בתחילת הדיון וימומש רק אם בית המשפט יאשר שהשכר הוגן וסביר.
- 25 ס' 23 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי).
- 26 ראו למשל ע"א 9282/02 יכין חקל בע"מ נ' יחיאל, פ"ד נח(5) 20, 33-26 (2004); ע"א (מחוזי ת"א) 3379/01 בן בכור נ' רוז, פס' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.4.2005). ראו גם ס' 46 לחוק החוזים הכללי.
- 27 ראו עניין יכין חקל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 31-32; ת"א (שלום ת"א) 66441/06 קולקר נ' סולומון, פס' 31-33 לפסק דינה של השופטת ריבה ניב (פורסם בנבו, 2.10.2008); תא"מ (שלום חי') 9224-08-11 הכהן נ' מאהר, פס' 10 לפסק דינה של השופטת מעין צור (פורסם בנבו, 17.1.2012); ת"א (שלום ראשל"צ) 1020-06-11 גולן נ' גבאי, פס' 69 לפסק דינה של השופטת יעל בלכר (פורסם בנבו, 9.11.2014).
- 28 ראו למשל עניין יכין חקל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 31; תא"מ (שלום חי') 6985-06 נשר נ' אטלן, פס' 4 לפסק דינו של השופט שאול אבינור (לא פורסם, 26.3.2008); תא"מ (שלום חי') 54928-12-12 עסלייה נ' שרקייה, פס' 10 לפסק דינה של השופטת מעין צור (פורסם בנבו, 1.7.2013).
- 29 כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), התש"ס-2000. ראו למשל ע"א (מחוזי חי') 1190/05 זמיר נ' שפירד (פורסם בנבו, 8.3.2006).
- 30 ראו ת"א (שלום חי') 13125/07 באבא נ' ארמלי, פס' 33 לפסק דינה של השופטת אילת דגן (פורסם בנבו, 10.6.2012).

ג. פרשת האגר נ' בניסטי: העובדות והפסיקה

על רקע המציאות הכלכלית והמצב המשפטי שתוארו לעיל יש עניין מיוחד בפרשת האגר נ' בניסטי שנדונה לאחרונה בפני שלוש ערכאות. בפתח הדברים יצוין כי בשל האופן שבו התנהלה ההתדיינות, היבטים עובדתיים מסוימים של הסכסוך בין הצדדים לא הובהרו כל צורכם.³¹ בכפוף להסתייגות זו, התמונה העולה מפסקי הדין היא כדלקמן: מעשה בעורך דין שייצג לקוחה בהליכי גירושין ובתיקים נוספים, לרבות תביעה שהוגשה נגדה בשל הפרת חוזה לרכישת דירה.³² מחיר הדירה היה 690,000 ש"ח הלקוחה כבר שילמה 190,000 ש"ח על חשבון המחיר (סכום שבחלקו שימש לסילוק חוב שהובטח במשכנתה שרבעה על הדירה בגין הלוואה שנטל המוכר, ואשר הוא התחייב לסלקו), אך הפרה את חיובי התשלום הבאים. בתגובה תבע המוכר פיצויים מוסכמים בסך 69,000 ש"ח (10% מהמחיר), לפי חוזה המכר. בעת הגשת התביעה טרם ביטל המוכר את חוזה המכר וטרם השיב לקונה את הסכום שכבר שילמה לו.³³ עורך הדין ייצג את הלקוחה בתביעה. בין היתר טענה הלקוחה שאי-קיום החוזה מצדה נבע מנסיבות העולות כדי כוח עליון, כי יש מקום לבטל את חיובה בפיצויים המוסכמים או להפחיתו, וכי מכל מקום על המוכר להשיב את יתרת הסכום ששולם לו על חשבון המחיר. בפסק דין לאקוני הורה בית המשפט על ביטול חוזה המכר, זיכה את המוכר בפיצויים בסכום של 25,000 ש"ח בלבד, הורה למוכר להשיב לקונה את יתרת הסכום ששילמה לו והורה להחזיר לו את אגרת בית המשפט ששילם.

אז נתגלעה בין הלקוחה לעורך דינה מחלוקת בנוגע לשכרו. לפי גרסתו של עורך הדין, נקבע שכר טרחה נפרד לכל אחד מהתיקים שבהם טיפל עבור הלקוחה, וביחס לתביעה הנדונה הוסכם שכל סכום שיופחת מדמי הפיצויים המוסכמים שבהם תחויב הלקוחה ישולם לעורך הדין כשכר טרחה. מכיוון שנפסקו למוכר פיצויים בסך 25,000 ש"ח בלבד, תבע עורך הדין מלקוחתו שכר טרחה בסך 44,000 ש"ח – ההפרש בין חיוב זה לבין מלוא הפיצויים המוסכמים. לעומת זאת לפי גרסת הלקוחה, הוסכם בעל פה על שכר טרחה כולל בעד הטיפול בכל התיקים, בסך 60,000 ש"ח. במחלוקת זו קיבל בית המשפט השלום את גרסת עורך הדין והורה ללקוחה לשלם לעורך הדין את הסכום של 44,000 ש"ח. בהעדיפו את גרסת עורך הדין הסתמך בית המשפט בעיקר על כך שבשורה של דיונים משפטיים

31 ראו ההחלטה של בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3, פס' י לפסק הדין (שם ציין השופט רובינשטיין כי מדובר במקרה שבו "רב הנסתר על הגלוי"). בבית משפט השלום התקיים הדיון בדלתיים סגורות, אך הן בית המשפט המחוזי (פס' 12 לפסק הדין, לעיל ה"ש 2) הן בית המשפט העליון (פס' יז לפסק הדין, לעיל ה"ש 3) לא מצאו הצדקה לחיסיון. לפיכך ביקשתי, וקיבלתי, את פסקי הדין של כל הערכאות.

32 בעוד שלפי התיאור בפס' ג להחלטתו של השופט רובינשטיין בבית המשפט העליון (לעיל ה"ש 3), עורך הדין כבר ייצג את הלקוחה בהליכי גירושין ובתיקים נוספים לפני שהוגשה נגדה התביעה בקשר לחוזה לרכישת דירה, לפי פס' 1 ו-2 לפסק דינו של הרשם הבכיר לכנר בבית משפט השלום (לעיל ה"ש 1), פנתה הלקוחה לעורך הדין כדי שייצג אותה בכמה תיקים, ובהם גם התביעה הנזכרת.

33 ראו תא"ק (שלום י-ם) 46628-03-10 זוווט נ' האגר, פסק דינו של הרשם אשר פוני (לא פורסם, 7.9.2010). נוסף על פסק הדין, התאפשר לי לקרוא גם את כתב התביעה ובקשת הרשות להתגונן שהוגשו בהליך זה.

אחרים שבהם השתתפה הלקוחה, ואשר בהם הייתה חשיבות למצבה הכלכלי, היא העידה בכתב ובעל פה שהיא חייבת לעורך הדין את הסכום הנוכח. מלבד כפירתה בעצם קיומו של ההסכם שלקיומו טען עורך הדין, טענה הלקוחה (שייצגה את עצמה בהתדיינות על שכר הטרחה בכל שלוש הערכאות) שעורך הדין הטעה ועשק אותה, שהיא לא הבינה את משמעות ההסכם, וכי מדובר בהסכם "המנוגד להגיון ולחוק" משום שאם כל ההפרש בין סכום התביעה שהוגשה נגדה לבין הסכום שבו תחויב ישולם לעורך הדין, היה בידה "להסכים לבקשת התובע ולא להיגרר לבימ"ש".³⁴ בית משפט השלום דחה טענות אלה. במענה לטענת הלקוחה שמדובר בשכר טרחה בלתי-סביר הוא פסק:

יש לייחס לעו"ד סיכון בייצוג זה, שלא יקבל תמורה במידה ויפסק כי יש לשלם את כל [ה]פיצוי המוסכם [...] והוצאות משפט שונות, לנתבעת לא היה באותה עת כסף לשלם את שכ"ט כפי שטוענת (ראה פרוטוקול [...]) לכן בחרה הנתבעת ללכת במתווה הסכם שכ"ט על פי התוצאה ולשלם שכ"ט גבוה. התובע נתן הסבר סביר [שלפיו] הסיכום הזה נועד להיטיב עמו לאחר שייצג את הנתבעת במספר רב של הליכים ללא תשלום.³⁵

עוד הוסיף בית המשפט כי אין הוא "יכול להתערב בחוזה שנכרת בין הצדדים ולפגוע בעקרון העל [של] חופש החוזים במצב דברים מעין [זה]".³⁶ אף בית המשפט המחוזי, שדן בערעור על פסיקה זו, לא קיבל את טענות הלקוחה בעניין היעדרו של הסכם או פגם בכריתתו. אולם הוא קיבל בחלקה את הטענה בדבר אי-סבירותו של ההסדר. בית המשפט פסק שגם אם מביאים בחשבון את הסיכון שנטל עליו עורך הדין שלא יקבל שכר טרחה כלשהו, מאחר שההסכם נערך בעל פה ולא במסמך בכתב שאותו יכלה הלקוחה לבדוק היטב בטרם תחתום עליו, ומאחר שעורך הדין לא קבע תקרה לשכר הטרחה שיקבל, "קשה לקבוע שהסכום סביר". בית המשפט הוסיף ותהה אם גם במקרה שבו היה נפסק שאין מגיעים למוכר פיצויים כלשהם, היה עורך הדין זכאי לשכר טרחה בשיעור של מלוא הפיצויים המוסכמים שתשלומם נחסך ללקוחה.³⁷ לפיכך הורה בית המשפט המחוזי להפחית את שכר הטרחה מ-44,000 ש"ח (שבנסיבות העניין היה נחשב גבוה גם לפי אמת המידה של "שכר ראוי") ל-34,000 ש"ח. בבית המשפט העליון נדחתה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בנימוק שאין מדובר במקרה שבו "מתעוררת שאלה משפטית או ציבורית, החורגת מעניינם הפרטי של הצדדים למחלוקת" – אמת המידה שלפיה נבחנות בקשות לדון בסכסוך בגלגול שלישי.³⁸ השופט רובינשטיין הטעים כי "אי היעדרות לבקשה אין משמעותה בהכרח כי

34 פסק הדין של בית משפט השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 12 לפסק הדין.

35 שם, פס' 23 לפסק הדין.

36 שם.

37 פסק הדין של בית המשפט המחוזי, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק הדין.

38 ההחלטה של בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3, פס' ט להחלטה.

בית משפט זה היה מגיע לתוצאה אליה הגיעו בתי המשפט הקודמים.³⁹ הוא הוסיף וכתב שהסדר שכר הטרחה "מעורר אי נוחות באשר להיגיון הכלכלי שביסודו, אולם לא במידה המצדיקה התערבות בהכרעותיהם של בתי המשפט הקודמים".⁴⁰ אמנם "מוטב וראוי כי צדדים לחוזה לשירותי ייצוג משפטי יעלו את הסכמתם בפירוט על הכתב", אולם אין בכך כדי להצדיק התערבות בפסיקתו של בית המשפט המחוזי. על יסוד קביעותיו העובדתיות של בית משפט השלום קיבל השופט רובינשטיין את החלטתו של בית משפט השלום לדחות את טענות הלקוחה שלא נכרת בין הצדדים הסכם, או שנפל בכריתתו פגם מן הפגמים המנויים בפרק ב לחוק החוזים הכללי. הוא הזכיר את האפשרות לפנות ללשכת עורכי הדין בבקשה להפחית את שכר הטרחה לפי סעיף 84(ב) לחוק לשכת עורכי הדין.

ד. ביקורת פסק הדין והמצב המשפטי הנוהג

1. היעדר תועלת ללקוחה

בפרשה הנוכחית ההסדר של שכר טרחה התלוי בתוצאה נקבע ביחסים שבין הנתבעת לבא כוחה. זהו מקרה חריג משום שבדרך כלל הסדרים כאלה נקבעים בייצוג תובעים ולא בייצוג נתבעים (אך אין בעובדה זו כדי לגרוע מהרלוונטיות של הפסיקה הנוכחית – ושל הביקורת עליה – למקרים השכיחים יותר של התנאת שכר טרחה בתוצאה ביחסים שבין תובעים לעורכי דינם, משום שהדברים חלים בשווה גם על המקרים האחרונים). ההסבר לאימוצו של הסדר זה במקרה הנדון אפשר שיימצא בנסיבות המיוחדות של המקרה. ראשית, מאחר שהתובע-המוכר הסתמך על תניית פיצויים מוסכמים בסכום שלפחות לכאורה לא היה מופרז – 10% מהמחיר המוסכם – התייחסות למצב שבו על הלקוחה להיפרד מסכום זה כאל נקודת הייחוס הרלוונטית הייתה טבעית למדי. על כן כל הפחתה של הפיצוי המוסכם הייתה יכולה להיראות כרווח ולא כהקטנה של הפסד. מבחינה זו היה מצבה של הנתבעת דומה למצבו של נישום המבקש לערער על שומה שהוציאו לו רשויות המס – הקשר שבו הסדרי שכר התלוי בתוצאה אינם נדירים.⁴¹ יתר על כן, מאחר שהתובע כבר קיבל יותר מרבע ממחיר הדירה, שהנתבעת שילמה לו לפני ביטול החוזה בשל הפרתו, המשמעות המעשית של הפחתת הפיצויים המוסכמים לא הייתה שהנתבעת תצטרך לשלם לתובע סכום נמוך יותר, אלא שאם הוא יבטל את החוזה, היא תקבל השבה של סכום גבוה יותר – מה שמחזק עוד יותר את התפיסה של הפחתת הפיצויים כרווח ולא כהקטנה של הפסד. לבסוף, העובדה שהיה מדובר בכספים שיועברו מהתובע לנתבעת הקלה על גביית שכרו של עורך הדין מתוך אותם כספים לפני העברתם ללקוחה – שיקול שבגינו עורכי דין המייצגים תובעים נוטים יותר להיזקק להסדר שלפיו כל שכרם (התלוי בתוצאות ההתדיינות) משולם בתום הטיפול.

39 שם.

40 שם, פס' י להחלטה.

41 תימוכין להסבר זה מצויים בעדותו של עורך הדין שצוטטה בפס' 16 לפסק הדין של בית משפט השלום (לעיל ה"ש 1), ולפיה הסכימה הלקוחה לשלם לו את מה שיצליח להוציא מהסכום של הפיצוי המוסכם "שבין כה וכה הוא אבוד לנו".

מאפיינים אלה יכולים להסביר מדוע נערך במקרה הנדון הסדר של שכר התלוי בתוצאה, אולם אין בהם כדי להסביר את הגיונו של הסדר שבו השכר המותנה היה כמדומה בשיעור של 100% מהתועלת שהייתה יכולה לצמוח לנתבעת מהטיפול בתיק. עד הפרשה הנדונה היה ניתן לחשוב שהסדר של שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100% מזכיתו של הלקוח קיים רק בעולם המודלים הכלכליים המופשטים. כמוסבר לעיל, מכירה של עילת התביעה של הלקוח לעורך הדין תמורת סכום קצוב מביטחה שהתמריצים לעורך הדין יהיו אופטימליים. כמי שיזכה במלוא הפרות של טיפולו בתיק, יש לעורך הדין תמריץ להשקיע את הכמות המיטבית של זמן ומאמץ בטיפול בתיק, ואין חשש שהחלטותיו – אם לקבל הצעת פשרה, אם לערער על פסק הדין של הערכאה הראשונה וכדומה – תהיינה נגועות בניגוד עניינים.

בדומה למודל הכלכלי המופשט שהוצג לעיל, במקרה הנדון דובר בהסדר של שכר טרחה התלוי בתוצאה של 100%, אך בניגוד למודל המופשט, לפחות לכאורה לא קיבלה הלקוחה תמורה כלשהי בעד העברת מלוא זכאותה לידי עורך הדין. לפיכך ההסדר נטול היגיון כלכלי. משמעותו של הסדר שכר הטרחה הייתה שעוד לפני שהחל הדין בתביעה של המוכר כלפי הלקוחה היא כבר הייתה במצב כספי שבו היא חויבה בתשלום של מלוא הפיצויים המוסכמים. אם כך הדבר, היא יכלה לחסוך לעצמה את הטיפול בתביעה בהיענות לדרישתו של המוכר בדבר תשלום הפיצויים המוסכמים. במילים אחרות, התועלת שצמחה ללקוחה מהייצוג המשפטי בתיק הנדון, בהתחשב בהסדר שכר הטרחה, הייתה מלכתחילה אפס. אכן, ייתכן שאילו הלקוחה ייצגה את עצמה בתביעה, היה בית המשפט פוסק למוכר את מלוא הפיצויים המוסכמים ואף מחייב אותה בהוצאות משפט ובשכר טרחת עורך דין של התובע. לכאורה אפוא צמחה ללקוחה תועלת כלשהי מהייצוג המשפטי. אולם אין הדבר כך, משום שהלקוחה יכלה לחסוך לעצמה כליל את התביעה, לרבות את הסיכון שתחויב לשפות את התובע על הוצאותיו על-ידי הסכמה מראש לתשלום מלוא הפיצויים המוסכמים, או הסכמה לקיזוזם.

אכן, בפסק הדין של בית משפט השלום מצוטט עורך הדין כמי שטען שהמוכר תבע לא רק את הפיצויים המוסכמים אלא גם "כספים נוספים של נזקים שנגרמו לו, שכר טרחת עורך הדין, אגרות משפט"⁴². כיוצא בזה, נאמר בהחלטה של בית המשפט העליון שעורך הדין טען כי המוכר סירב להשיב למבקשת את הסכום שכבר שולם לו, ומשמע שהתועלת הכספית שצמחה ללקוחה מהייצוג המשפטי הייתה גבוהה מ-69,000 ש"ח.⁴³ כמוסבר לעיל, החיסכון הנטען בתשלום שכר טרחה ואגרות משפט של התובע אינו רלוונטי, שהרי הנתבעת יכלה למנוע כליל את ההתדיינות על ידי הסכמה לשלם את הפיצויים המוסכמים. אשר לטענה בדבר סירוב המוכר להשיב את הכספים שקיבל – היא נזכרת בהחלטה של בית המשפט העליון אך אינה מופיעה כלל בפסקי הדין של שתי הערכאות הראשונות; ואשר לתביעה לפיצויים נוספים, היא נזכרת בציטוט מעדותו של עורך הדין בבית משפט השלום אך אינה נזכרת בתיאור העובדות שקבע בית משפט השלום ואף לא בפסק הדין של בית המשפט המחוזי. למעשה, כתב התביעה שהגיש המוכר נגד הקונה בתיק מושא הייצוג

42 פסק הדין של בית משפט השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק הדין.

43 ההחלטה של בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3, פס' ג להחלטה.

המשפטי לא התייחס כלל לחובת ההשבה שחלה על המוכר בעקבות ביטול החוזה, ולכן גם לא התכחש לה, ולא כלל תביעה לפיצויים נוספים מלבד הפיצוי המוסכם. עוד יש להזכיר כי בבקשה שהגיש עורך הדין בשם לקוחתו בהתדיינות אחרת (המצוטטת בפסק הדין של בית משפט השלום) הוא כתב: "לאחר מאמצים מרובים מצד הח"מ, הצליח הח"מ להפחית את הפיצוי המוסכם שעל המבקשת לשלם למוכר מסך של 69,000 ש"ח לסך של 25,000 ש"ח בלבד, וכן לפטרה מתשלום שכ"ט עו"ד והוצאות משפט שנתבעו ע"י המוכר".⁴⁴ דבריהם אלה אינן זכר לסירוב המוכר להשיב את התשלומים שכבר קיבל או לדרישתו לקבל פיצויים נוספים – סירוב ודרישה שאכן אינם מופיעים בכתב התביעה של המוכר. עולה מן המקובץ, שככל הנראה לא הייתה הלקוחה חשופה לסיכון נוסף כלשהו אילו הסכימה לשלם את הפיצויים המוסכמים בלי להתגונן בפני תביעת המוכר. כמפורט בהמשך, בשל חובות האמון המוגברות החלות על עורכי דין כלפי לקוחותיהם ובשל היעדרו של הסכם שכר טרחה בכתב, נטל השכנוע לעובדות הנטענות ולסבירותו של הסדר שכר הטרחה היה מוטל על עורך הדין. כאשר לפי פשוטו של הסדר שכר הטרחה לא הפיקה ממנו הלקוחה תועלת כלשהי, אל לבית המשפט להניח הנחה הפוכה על סמך טענות בעלמא, ללא ראיות ברורות וחד-משמעיות.⁴⁵

מנקודת מבט דוקטרינרית, הביקורת על הפסיקה בפרשה הנדונה עשויה להתמקד בכך שבית המשפט נתן תוקף להסדר שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור גבוה בהרבה מהשיעור שהותר עד כה בישראל ובמדינות אחרות – 100% לעומת כ-50% – והתעלם מהליקויים הניכרים שנפלו בהליך ההסכמה על שכר זה (כמפורט להלן). אכן, יש מקום לביקורת על הפסיקה בשני היבטים אלה, אולם כשמדובר בביקורת על שיעור שכר הטרחה, ניתן לטעון שעיקר הקושי אינו נעוץ בעצם העובדה שהוסכם על שכר התלוי בתוצאה בשיעור אפקטיבי של 100% – הסדר אשר כמוסבר לעיל יש לו דווקא יתרון מנקודת מבטה של יצירת תמריצים יעילים לעורך הדין – אלא בכך שלפחות לכאורה בפרשה הנדונה לא קיבלה הלקוחה כל תמורה בעד השכר ששילמה. ההתנגדות הרווחת לשיעורים גבוהים מאוד של שכר טרחה התלוי בתוצאה נעוצה בכך שכאשר מדובר בהתחלקות בפרות התביעה (או ההגנה) אנשים נוטים להחיל מבחן של הוגנות המתמקד בהשוואה בין החלק שמקבל כל צד מתוך פרות ההתדיינות – מבחן שאילנה ריטוב ואני כינינו *division fairness*.⁴⁶ אם מתמקדים בהוגנות מבחינת היחס שבין מה שהלקוח משלם למה שהוא מקבל (output fairness) – הסגולה המרכזית של הסדרי שכר התלוי בתוצאה מנקודת מבטם של הלקוחות – שיעור של 100% אינו יכול להיחשב הוגן בשום מקרה. ודוק: ייתכן שמבחינת היחס בין

44 פסק הדין של בית משפט השלום, לעיל ה"ש 1, פס' 16 לפסק הדין.

45 ודוק: קיצוניותו של ההסדר הנדון אינה גורעת מחשיבותה של הפסיקה בפרשה הנדונה אלא דווקא מעצימה אותה. במקרה הנוכחי בית משפט השלום נתן תוקף מלא להסדר שכר טרחה, שלפחות לכאורה אינו מותיר ללקוחה תועלת כלשהי מהייצוג המשפטי; בית המשפט המחוזי התערב בשולי ההסדר; ובית המשפט העליון לא מצא לנכון להתערב בפסיקת הערכאות הקודמות. קל וחומר ששלוש הערכאות היו נוהגות כך אילו היה מדובר בהסדר פחות קיצוני (והן עלולות לנהוג כך בעתיד).

46 על שיפוטי הוגנות שונים במקרה של שכר התלוי בתוצאה ראו *Zamir & Ritov, Notions of Fairness*, לעיל ה"ש 21, בעמ' 7-11. על כך שהמשפט משקף את ההשקפות המוסריות ותחושות ההוגנות הרווחות בציבור ראו למשל ZAMIR, לעיל ה"ש 6, בעמ' 193-195.

היקף הזמן והמאמץ שעורך הדין צפוי להשקיע בייצוג המשפטי לבין שכרו (fairness of exchange), שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100% (או אף יותר מזה) ייחשב הוגן (למשל משום שסיכויי ההצלחה הם אפסיים, הסכומים שבהם מדובר נמוכים למדי, והיקף העבודה גדול מאוד).⁴⁷ במקרים כאלה על עורך הדין להסביר היטב ללקוח שמבחינה כספית האחרון אינו יכול להרוויח כלל מהייצוג בתיק (ובדין הנוהג עליו להיזקק לנוסחת חישוב אחרת לשכרו). ברוב רובם של המקרים, ומן הסתם גם במקרה הנוכחי, לקוח שיקבל הסבר כזה יוותר על הייצוג המשפטי. אכן, לעתים אנשים בוחרים להתדיין גם כאשר ברור להם שמבחינה כספית הם לא ירוויחו מההתדיינות, משום שהם מצפים להפיק מההתדיינות תועלות אחרות. אולם במקרה הנדון אין כל סיבה להניח שללקוחה הייתה העדפה כזו, ועורך הדין אף לא הסביר ללקוחה שהיא מתקשרת בהסדר שכר טרחה שבעקבותיו, קרוב לוודאי, היא לא תוכל להרוויח דבר מהייצוג המשפטי שהיא מקבלת.

בתת־פרק 3. ד להלן אבחן אם ניתן בכל זאת לייחס היגיון כלכלי להסדר שכר הטרחה הנדון בהתחשב בשירותים המשפטיים שנתן עורך הדין ללקוחתו ללא תשלום בתיקים אחרים – הנימוק המרכזי שהובא בשתי הערכאות הראשונות בניסיון למצוא היגיון כלכלי בהסדר שעליו הסתמך עורך הדין. אולם לפני כן ראוי להציג את הרקע המשפטי להסדר מבחינת חובות האמון החלות על עורכי דין כלפי לקוחותיהם.

2. חובות אמון

כאשר בוחנים את הסדר שכר הטרחה הנדון, יש לעשות כן על רקע חובות האמון של עורכי דין כלפי לקוחותיהם. חובות אלה נובעות מדין החוזים הכללי, מדיני הגנת הצרכן ומכללי האתיקה החלים על עורכי דין. ראשית, כמו כל אדם המנהל משא ומתן לכריתתו של חוזה, עוד לפני שקיבל עליו לטפל בעניינו של הלקוח, על עורך הדין לנהוג כלפיו בדרך מקובלת ובתום לב לפי סעיף 12 לחוק החוזים הכללי.⁴⁸ בקביעת היקפן של החובות הנגזרות מעקרונות תום הלב יש להביא בחשבון שמדובר במשא ומתן לכריתתו של חוזה יחס (relational contract), להבדיל מחוזה עסקתי (transactional contract) – חוזה שבלבו מצויים חיובי השתדלות, זהירות, אמון ונאמנות של עורך הדין כלפי לקוחו.⁴⁹ זאת ועוד, מאחר שבפרשה הנוכחית כבר התקיימו יחסי עורך דין–לקוח בין הצדדים בקשר לתיקים אחרים, הרי שהדבר מעצים את חובות האמון של עורך הדין כלפי הלקוחה, משום שאין מדובר רק ביחסים בין מי שעתידיים להיות צדדים לחוזה אלא בין מי שהם כבר צדדים לחוזים.

מלבד החובות הנגזרות מעקרונות תום הלב (ומדיני הפגמים בכריתת חוזה לפי חוק החוזים הכללי) חלות בענייננו גם החובות המיוחדות של עוסק כלפי צרכן לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981. חוזה למתן שירותים משפטיים, שנערך בין מי שעיסוקו במתן אותם שירותים לבין אדם פרטי המתקשר בחוזה לצרכים אישיים (להבדיל מצרכים הקשורים

47 ייתכן שמבחן זה של הוגנות משתקף בפס' 10 לפסק הדין של בית המשפט המחוזי, לעיל ה"ש 2.

48 ראו למשל עניין נשר, לעיל ה"ש 28, פס' 3 לפסק הדין.

49 על ההבחנה בין חוזים עסקתיים לחוזי יחס ראו Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contract*, 47 S. CAL. L. REV. 691, 720–725, 735–805 (1974); זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 4, בעמ' 394–391.

לעיסוקו המקצועי), הוא חוזה בין "עוסק" ל"צרכן" כהגדרתם בסעיף 1 לחוק הגנת הצרכן. במקרה כזה אסור לעורך הדין לעשות דבר כלשהו – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת – העלול להטעות את לקוחו בכל עניין מהותי בעסקה (סעיף 2(א) לחוק הגנת הצרכן). כמו כן חל על עורך הדין איסור לנצל את מצוקתו של הלקוח לפי סעיף 3, שהוא הרחבה של הוראת העושה שבסעיף 18 לחוק החוזים הכללי. אף לפני התיקון המקיף של סעיף 3 בשנת 2014 (שלא חל על הפרשה הנדונה) אסר סעיף 3(ב) לחוק הגנת הצרכן על העוסק לעשות כל דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה, או בכל דרך אחרת – שיש בו משום ניצול בורותו של הצרכן או הפעלת השפעה בלתי הוגנת עליו, "כדי לקשור עסקה בתנאים בלתי מקובלים או בלתי סבירים או לשם קבלת תמורה העולה על התמורה המקובלת".

לבסוף, על עורכי דין חלות חובות אמון ונאמנות מוגברות מכוח הדינים המיוחדים המסדירים את התנהלותם המקצועית.⁵⁰ חובות האמון הן "עמוד השדרה [...] שעליו נבנה העיסוק המקצועי של עורכי הדין",⁵¹ "רוח אפיו של המקצוע" ו"נשמתו".⁵² יש בסיס לסברה ש"חובת הנאמנות החלה [על] עורך הדין כלפי לקוחו משתרעת גם על שלבי המו"מ לקראת החתימה על הסכם שכר הטרחה, באופן שעל עורך הדין לקבוע תנאי חוזה הוגנים וסבירים".⁵³ בתי המשפט עומדים לעתים על חובתו של עורך הדין "להציג ללקוח באופן מפורש ברור ובהיר את העניינים הדרושים ללקוח, בכל הקשור לשכר הטרחה"⁵⁴ ו"להקפיד הקפדת-יתר על שקיפות ביחסיו הכספיים עם לקוחו",⁵⁵ כלומר על עורך הדין להסביר ללקוח את המשמעות של הסדר שכר הטרחה שהוא מציע לו ולוודא שהלקוח הבינו.⁵⁶ כפי שציין השופט שמגר בעניין מייזליש, כאשר עורך דין מתקשר עם לקוחו ולעורך הדין צומחת טובת הנאה מההתקשרות, חלה עליו "חובה לגילוי מירבי מראש בפני לקוחו של כל הנתונים. הצגת תנאים כספיים בלתי-סבירים [...] כתנאים המקובלים ביחסי פרקליט ולקוחו, יש בה משום הטעיה".⁵⁷ יתר על כן, בעניין קפלנסקי קבעה השופטת אילה פרוקצ'יה

50 ראו ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; קלינג, לעיל ה"ש 12; לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמון בדין הישראלי 245 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016).

51 ראו שם, בעמ' 245.

52 עמ"מ 9/55 פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720, 1730 (1956).

53 ת"א (שלום הר') 30320-05-12 תגר נ' קיבוץ מחניים, פס' 28 לפסק דינה של השופטת לימור ביבי-ממן (פורסם בנבו, 1.10.2014).

54 עניין גולן, לעיל ה"ש 27, פס' 69 לפסק הדין.

55 עניין נשר, לעיל ה"ש 28, פס' 3 לפסק הדין. ראו גם עניין באבא, לעיל ה"ש 30, פס' 31 לפסק הדין ("עורך דין שלא עורך הסכם שכ"ט שקוף וברור [...] תוך השארת הענין לוט בערפל מכוון להחלטתו העתידית השרירותית/חד צדדית" מתנהג בצורה "פסולה המעמידה את הלקוח במצב נחות שלא מאפשר לו לבחון ולשקול אל נכון צעדיו בהתקשרות עם עורך הדין"); ת"א (שלום ת"א) 22198-08 כרמי נ' לוונטה, בעמ' 14-15 לפסק דינו של השופט מיכאל תמיר (פורסם בנבו, 1.11.2011); ת"א (שלום כ"ס) 29864-08-10 זילברשלג נ' גרשוני, פס' 38 לפסק דינה של השופטת מירב בן-ארי (פורסם בנבו, 14.9.2014).

56 ראו עניין כרמי, שם, בעמ' 14-15 לפסק הדין.

57 ע"א 733/75 מייזליש נ' עיריית קרית שמונה, פ"ד ל(3) 57, 70 (1976). ראו גם קלינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 210.

ש"לעולם על שכר הטרחה המשולם עבור שירות משפטי להיות מידתי וראוי, ואל לו לחרוג אל מעבר למסגרות מקובלות, תקינות וסבירות של פיצוי על שירות שניתן ועל מאמץ שהושקע".⁵⁸ כלומר, לפי השקפה זו, האיסור על גביית שכר טרחה מופרז אינו מיוחד לשכר התלוי בתוצאה, אלא חל על כל שכר טרחה של עורך דין.⁵⁹ בעניין מייזליש פסק השופט שמגר כי בשל יחסי האמון המיוחדים בין עורך דין ללקוחו, כאשר צומחת לעורך הדין טובת הנאה מההתקשרות עם הלקוח "עליו חובת הראיה כי תנאי החוזה הוגנים וסבירים".⁶⁰

על רקע חובות אמון מוגברות אלה, שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100% מהתועלת הכספית שבה עשוי הלקוח לזכות בעקבות טיפולו של עורך הדין (או אפילו שכר טרחה שככל הנראה היה בשיעור זה) הוא חשוד ביותר. שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100% גבוה פי חמישה או פי ארבעה מהשיעורים הרווחים למעשה בשוק של שכר התלוי בתוצאה בישראל, ופי שניים מהשיעור המרבי של שכר מותנה שרגולטורים, בתי משפט וטריבונלים משמעתיים, בארץ ובעולם, נכונים להסכיין עמו בדרך כלל.

ניתן ללמוד לענייננו ממקרה דומה שבו דנו בתי הדין למשמעת של לשכת עורכי הדין בעורך דין שייצג לקוחה בפני בתי הדין לעבודה. לאחר שבית הדין האזורי לעבודה פסק לזכות הלקוחה סעד כלשהו, הגיש עורך הדין בשמה ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, והוסכם בין הצדדים בכתב כי "כל סכום שיושג בערעור יהיה שייך" לעורך הדין, כנגד ויתורו על טענה מסוימת בדבר אופן החישוב של שכרו בערכאה הראשונה.⁶¹ בית הדין הארצי למשמעת פסק כי "הסכם הקובע שכל הסכום אשר ייפסק לטובת הלקוח, ישמש כשכר טרחת עורך דין, הוא הסכם בלתי-ראוי על פניו, אינו הולם ופוגע בכבוד המקצוע. הסכם זה מטשטש לחלוטין את הגבולות בין לקוח ועורך דינו, ההופך להיות, בעצם, בעל העניין היחיד בהליך המשפטי". בית הדין פסק כי גם אם אין בהסכם כזה משום קניית דין, וגם אם אין הוא נגוע בעושה, "אין ספק שריח רע של הסכם בלתי ראוי ובלתי מתאים לכבוד המקצוע עולה ממנו".⁶² בית הדין הוסיף וקבע כי בהתחשב באמון שרחשה הלקוחה לעורך הדין וביחסי הכוחות ביניהם, היה על עורך הדין, לכל הפחות, "להבהיר ולפרט ברחל בתך הקטנה" מהו הצפי שיש לו לגבי סכומי הזכיה בערעור, על מנת שיהיה ברור למערערת, על כמה כסף היא מסכימה לוותר בגין חובותיה לעורך הדין, כתוצאה מההליך הראשון בבית הדין לעבודה.⁶³ בית הדין הרשיע את עורך הדין בעברות של פגיעה בכבוד המקצוע ושל מעשה שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין. כמתואר לעיל, במקרה אחר סבר בית הדין

58 עניין קפלנסקי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 17. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 1587/04 טובי נ' דהרי, פס' 9 לפסק דינה של השופטת נורית אחיטוב (פורסם בנבו, 2.3.2008); עניין פרינץ, לעיל ה"ש 19, פס' 19 לפסק הדין.

59 ראו גם קלינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 210; זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 50, בעמ' 266–267; עניין גילת, קנולר, גראוס, לעיל ה"ש 19; עניין אברהם, לעיל ה"ש 19.

60 עניין מייזליש, לעיל ה"ש 57, בעמ' 70.

61 בד"מ 3/04 לשכת עורכי הדין מחוז הדרום נ' פלוני, פדאור אתיקה 05 (34) 11 (2005).

62 בד"א 94/05 פלוני נ' לשכת עורכי הדין ועד מחוז באר-שבע, פס' 4 לפסק הדין, פדאור אתיקה 05 (43) 218 (2006).

63 שם, פס' 13 לפסק הדין.

המשמעותי של לשכת עורכי הדין שגם שכר טרחה המותנה בתוצאה בשיעור של 55% הוא שכר נלוו, שעורך דין העומד על קיומו עובר עברת משמעת.⁶⁴ לעומת זאת בפרשה הנוכחית לא זו בלבד ששלוש הערכאות לא הצביעו על פסול בהתנהלותו של עורך הדין, אלא שבית משפט השלום אישר את הסדר שכר הטרחה שלפחות לכאורה היה בשיעור של 100%, ובית המשפט המחוזי הסתפק בהפחתה של פחות מרבע ממנו: 10,000 ש"ח מתוך 44,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי התמקד בנקודת מבטו של עורך הדין, בסיכון שהוא נטל עליו ובהיעדרה של תקרה לשכרו.⁶⁵ אולם כאשר מדובר בשכר התלוי בתוצאה, נקודת מבטו של הלקוח והתועלת שהוא צפוי להפיק מהייצוג המשפטי חשובות לא פחות, ואף יותר, מנקודת מבטו של עורך הדין. כאשר מדובר בשכר התלוי בתוצאה, המפתח לחישוב השכר איננו כמות העבודה של עורך הדין המטפל בתיק אלא התועלת שתצמח מטיפול זה ללקוח. באספקלריה זו הבעיה המרכזית בהסדר הנוכחי לא הייתה עצם היעדר התקרה לשכר הטרחה אלא העובדה שלפחות לכאורה הוא שלל מלכתחילה כל תועלת ללקוחה מהייצוג המשפטי.

עולה מהמקובץ שלא זו בלבד שהסדר שכר הטרחה הנדון נעדר היגיון כלכלי, אלא שיש אף יסוד לסברה שעצם עריכתו הייתה מנוגדת לחובות האמון החלות על עורך דין כלפי לקוחו מכוח דיני החוזים, דיני הגנת הצרכן והדינים המיוחדים החלים על עורכי דין. האם טענתו של עורך הדין, שבהסדר הנדון ביקשה הלקוחה להיטיב עמו על שירותים שנתן לה בתיקים אחרים ללא תמורה, משנה מסקנה זו?

3. שירותים משפטיים אחרים

כזכור, בית משפט השלום וערכאות הערעור ביקשו למצוא היגיון בהסדר שכר הטרחה בכך שהוא נועד להיטיב עם עורך הדין לאחר שהוא ייצג את הלקוחה בהליכים אחרים ללא תשלום. מפסק הדין קשה לדעת מהו הבסיס העובדתי לטענה זו (מלבד עצם השמעתה בידי עורך הדין). בית המשפט המחוזי הזכיר שהלקוחה הגישה נגד עורך הדין תביעה נפרדת על סך של יותר ממיליון ש"ח – משמע שספק אם הלקוחה חשה כלפיו הכרת תודה עמוקה, אם כי ייתכן כמובן שהיחסים בין הצדדים התערערו רק בשלב מאוחר יותר. מכל מקום, גם אם הלקוחה אכן חשה הכרת תודה לעורך הדין על שייצג אותה ללא תמורה בהליכים אחרים, דומה שאין בכך כדי להכשיר את ההסדר שנקבע במקרה הנדון.

ניתן להעלות על הדעת ארבע קונסטרוקציות משפטיות לתיאור הסדר שכר הטרחה שנערך בין הצדדים לפי גרסת עורך הדין: (1) חוזה לייצוג הלקוחה בתביעה הנדונה תמורת שכר התלוי בתוצאה; (2) חוזה שלפיו יקבל עורך הדין כל סכום שיצליח להפחית מהפיצויים המוסכמים שבהם חבה הלקוחה לפי חוזה המכר בתמורה לשירותים משפטיים קודמים שנתן ללקוחה; (3) חוזה שלפיו נותנת הלקוחה לעורך הדין במתנה כל סכום שיצליח להפחית מהפיצויים המוסכמים, מתוך הכרת תודה על השירותים המשפטיים שנתן לה בעבר ללא תשלום; (4) חוזה לייצוג הלקוחה בתביעה הנדונה כנגד שכר טרחה על ייצוג

64 ראו עניין כדורי, לעיל ה"ש 22 והטקסט הסמוך לה.

65 פסק הדין של בית המשפט המחוזי, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק הדין.

זה ועל טיפולו של עורך הדין בעניינים קודמים של הלקוחה (כלומר מעין שילוב של קונסטרוקציות (2) ו-(3) לעיל).

לפי האפשרות הראשונה – התואמת במידה מרבית את השתלשלות העובדות כפי שהיא מצטיירת מפסקי הדין – מדובר בהסדר חסר היגיון כלכלי. שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100% מהזכייה – גם אם אינו נתפס כסותר את תקנת הציבור בשל היותו "קניית תביעה" (או במקרה הנוכחי "קניית הגנה") – מתקבל על הדעת רק אם עורך הדין משלם בעדו מחיר הולם. במקרה הנדון נראה שהלקוחה לא קיבלה דבר בעד העברת זכאותה לעורך הדין, כמוסבר לעיל, משום שמצבה הכספי היה טוב או רע באותה מידה אילו נעתרה לדרישת המוכר מבלי להתגונן בפני התביעה.

האפשרויות השנייה והרביעית – שכר מותנה של 100% כתשלום בעד שירותים קודמים או כתשלום בעד שירותים קודמים ובעד הייצוג בתיק הנוכחי – מעוררות התנגדות פחותה, אולם הן כרוכות בקושי משולש. ראשית, ככל שניתן ללמוד מפסקי הדין, לא הייתה בין הצדדים הבנה או הסכמה להשתמש בתביעה שהגיש המוכר נגד הלקוחה כאמצעי לתשלום שכר טרחה שהלקוחה הייתה חייבת בשל שירותים קודמים. להפך, לפי התיאור שבפסקי הדין, השירותים הקודמים ניתנו "ללא תשלום", וההסדר הנוכחי "נועד להיטיב" עם עורך הדין על נדיבותו בעבר. כלומר, גם לפי גרסתו של עורך הדין, השירותים שהוא נתן ללקוחה בעבר לא היו חלק מהתמורה לשכר הנוכחי, אלא הכרת התודה על אותם שירותים חנים הובילה את הלקוחה להסכים להסדר שכר שבנסיבות אחרות היה נתפס כמופרז ומקפת. שנית, חובות השקיפות והגילוי המוגברות החלות על עורכי דין לפי כללי האתיקה המקצועית, חוק הגנת הצרכן ועקרון תום הלב מחייבות עורך דין המבקש להשתמש בשכר המשולם לו על שירות פלוני כפיצוי על שירותים שנתן בעבר, להסביר היטב ללקוח מהם הסכומים שלשיטתו הלקוח חייב לו על אותם השירותים, מהו הסכום שהוא עשוי לקבל בהסדר הנוכחי וכן הלאה. ככל שניתן ללמוד מפסקי הדין, דבר מכל זה לא נעשה במקרה הנדון. שלישית, מתברר שגם השופטת לבהר שרון בבית המשפט המחוזי והשופט רובינשטיין בבית המשפט העליון לא נתנו אמון מלא בגרסה של עורך הדין בעניין זה. אילו האמינו לה, לא היה לכאורה מקום להפחית את שכרו של עורך הדין מ-44,000 ש"ח ל-34,000 ש"ח ללא בדיקה פרטנית של היקף השירותים שנתן עורך הדין בתיקים האחרים, כפי שעשה בית המשפט המחוזי, ולא היה מקום להביע אי-נוחות באשר להיגיון הכלכלי של ההסדר, כפי שעשה בית המשפט העליון.⁶⁶

לבסוף, האפשרות השלישית היא זו שהעלה עורך הדין בבקשו לשכנע שאין מדובר בשכר טרחה מופרז: גם אם מדובר בחוזה חד-צדדי, שבו הלקוחה אינה מקבלת דבר בתמורה לווייתור על זכותה להשבת ההפרש בין סכום הפיצויים המוסכמים שנקבעו בחוזה לבין הסכום שבית המשפט יפסוק לתובע למעשה, הדבר אינו בלתי הוגן, משום שהלקוחה ביקשה להיטיב עם עורך הדין על השירותים שקיבלה ללא תשלום בעבר. דרכו של עולם, שאנשים נותנים מתנות זה לזה, בכסף ושלא בכסף, מתוך הכרת תודה ורצון לגמול על

66 ראו לעיל, ה"ש 37 ו-40 והטקסט הסמוך להן.

הטבות שקיבלו בעבר. מניעים אלה אינם הופכים עסקאות חינם לעסקאות בתמורה.⁶⁷ אולם נראה שגם אפשרות זו אינה מובילה להכשרת ההסדר הנדון. ראשית, ספק גדול אם הובאו ראיות מספיקות לתמיכה בהסבר שנתן עורך הדין. דווקא על רקע חובות האמון המוגברות של עורכי דין כלפי לקוחותיהם ונטל השכנוע החל עליהם לגבי סבירותו של שכר הטרחה, אין להסתפק בטענה בעלמה שלפיה מה שנחזה כהסדר שכר חד-צדדי לחלוטין הוא הוגן וסביר משום שהלקוח ביקש להביע באמצעותו הכרת תודה על שירותים שקיבל בעבר (אף הפחתת שכר הטרחה בידי בית המשפט המחוזי וההסתייגות שהביע בית המשפט העליון מהסדר שכר הטרחה יכולים ללמד על פקפוק בטענה שביסוד ההסדר עמדה הכרת תודה של הלקוחה על השירותים שקיבלה בעבר). שנית, גם אילו הסכימו הצדדים, כנטען, שהסדר השכר הנוכחי אינו אלא מתנה מהלקוחה לעורך הדין מתוך הכרת תודה על האופן שבו טיפל בענייניה בעבר, הרי שלפחות לכאורה לא היה לו תוקף משום שלא נערך בכתב כנדרש לפי סעיף 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968. זוהי דרישה מהותית, שנועדה למנוע התחייבויות פזיזות. משלא קוימה דרישת הכתב, אין להתחייבות תוקף.⁶⁸ גם אם יש מקרים שבהם "זעקת ההגינות" או קיומו של "חוסר תום לב משווע" דורשים להתגבר על דרישת הכתב המהותית שבחוק המתנה,⁶⁹ המקרה הנוכחי אינו אחד מהם.

בדומה להכרעתם של בתי הדין למשמעת של לשכת עורכי הדין בעניין פלוני,⁷⁰ נראה אפוא שגם בעניין הנוכחי לא היה מקום להכשיר הסדר שכר טרחה שלכאורה לא הותיר ללקוחה כל תועלת מהייצוג המשפטי על בסיס טענתו של עורך הדין – שלא גובתה בראיות ממשיות – בדבר הסדר שכר טרחה – שפרטיו לא הובהרו ללקוחה בעת עשייתו – שנועד לגמול לעורך הדין על שירותים שנתן בתיקים אחרים. פסיקתם של בתי המשפט בפרשה הנדונה אינה עולה בקנה אחד עם הדרישות החלות על עורך דין מבחינת הליך ההתקשרות בהסכם שכר טרחה, סבירותו של הסכם זה ונטל השכנוע החל על עורך דין בעניינים אלה כאשר ההסכם לא הועלה על הכתב ותוכנו שנוי במחלוקת בין הצדדים. בשורות הבאות ארחיב את זווית המבט ואצביע על מסקנות רחבות יותר העולות מהדין עד כה.

4. סמכות הפיקוח

השתלשלות הפסיקה בפרשה הנוכחית מצביעה על הצורך לערוך רביזיה בהסדר המצוי כיום בסעיף 84(ב) לחוק לשכת עורכי הדין. כזכור, לפי סעיף זה, אם "התנה או קיבל עורך דין

67 ראו מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968-184-198 (מסדרת "פירוש לחוקי החוזים", ג' טרסקי עורך, מהדורה שנייה, 1996); איל זמיר "בשולי פסק דין גופן נ' גופן" הפרקליט לה 101, 104 (1983).

68 על ס' 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 ראו ראבילו, לעיל ה"ש 67, בעמ' 333-357. יובהר כי במקרה הנדון לא היה מדובר בהמחאה מיידית של זכות אובליגטורית של הלקוחה כלפי המוכר, אלא בהתחייבות לשלם לעורך הדין בעתיד סכום השווה לזה שיופחת מהפיצויים המוסכמים שיהיה על הלקוחה לשלם לתובע. על כן חל סעיף 5(א).

69 ראו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185, 197 (1996) (שם נדונה דרישת הכתב החלה על התחייבויות לעשות עסקה במקרקעין); רע"א 1681/10 עיני נ' סידי, פס"ד ו-ז להחלטתו של השופט אליקים רובינשטיין (פורסם בנבו, 5.7.2010) (שם נזכרה האפשרות להחיל במקרים חריגים את הלכת קלמר על דרישת הכתב שבחוק המתנה).

70 ראו לעיל, ה"ש 61-62 והטקסט הסמוך להן.

שכר טרחה תלוי בתוצאות המשפט במשפט שאינו פלילי, ונראה ללשכה כי השכר מופרז, רשאית היא, על פי בקשת הלקוח, לקבוע את השכר המתאים". הקורא סעיף זה מבלי להכיר את הפסיקה המתייחסת אליו ואת מכלול הסוגיות של שכר התלוי בתוצאה עלול להסיק ממנו שלוש מסקנות שגויות: ראשית, שמדובר בהוראת הסמכה פרוצדורלית ולא בהוראת דין מהותית, אף שההלכה היא שמדובר בהוראה מהותית.⁷¹ שנית, לפי פשוטו של הסעיף, הנטל לשכנע שהשכר מופרז מוטל על הלקוח, והוא מוטל עליו אף אם ההסכמה על שכר הטרחה נעשתה בעל פה. למעשה, לפחות במקרה שבו הוסכם על שכר הטרחה בעל פה, נטל השכנוע לסבירותו של השכר מוטל על עורך הדין.⁷² שלישית, לפי פשוטו של החוק, הסמכות לפקח על שיעורו של שכר טרחה התלוי בתוצאה מסורה אך ורק ללשכת עורכי הדין, אך למעשה גם בתי המשפט רואים עצמם מוסמכים להפעיל סמכות זו.⁷³

כדי למנוע אי-הבנות אלה ומטעמים של מדיניות משפטית מהותית, מוטב אפוא להמיר את סעיף 84(ב) בהוראה שתקבע בלשון מהותית כי (1) אין תוקף להסדרי שכר טרחה התלוי בתוצאה אלא אם כן השכר המוסכם היה סביר בנסיבות העניין; (2) לפחות במקרים שבהם ההסכם נערך בעל פה – ואולי גם אם נערך בכתב – נטל השכנוע לסבירותו של השכר מוטל על עורך הדין; ו- (3) אין בסמכות הפיקוח של לשכת עורכי הדין כדי לגרוע מהכלל המהותי החל על הסדרי שכר כאלה, כאמור.

גם אם עורכי הדין המפעילים את שיקול הדעת במסגרת סעיף 84(ב) עושים כמיטב יכולתם להחליט החלטה עניינית ונטולת פניות – כפי שיש להניח שהם אכן נוהגים – הפקדת סמכות זו בידי מוסדות הלשכה היא בעייתית. ראשית, מחקרים פסיכולוגיים מלמדים שגם אנשים השואפים להחליט החלטה נקייה מהטיות חשופים להטיות לא מודעות במצבים של ניגוד עניינים או ספק ניגוד עניינים.⁷⁴ שנית, הצדק צריך לא רק להיעשות אלא גם להיראות. יש מקום לחשש שלקוחות נרתעים מלפנות ללשכה בעניין שכר הנראה להם מופרז מתוך מחשבה – מוצדקת או לא מוצדקת – שמוסדות הלשכה ייטו לטובת עורך הדין.⁷⁵ על כן גם אם מותירים בידי לשכת עורכי הדין את הסמכות לפקח על הסדרי שכר טרחה התלוי בתוצאה, חשוב להבהיר שאין בסמכות זו כדי לגרוע מסמכותם של בתי המשפט בנושא זה. יש לקבוע את ההוראות הללו בחקיקה ראשית. יש בסיס לסברה שאילו נקבע בחקיקה שאין תוקף להסדר שכר טרחה התלוי בתוצאה אלא אם כן היה סביר בנסיבות העניין, ובמיוחד אילו נקבע שנטל השכנוע לסבירותו של השכר מוטל על עורך הדין – תוצאותיה של הפרשה הנוכחית היו שונות.

71 ע"א 501/62 חטר ישי נ' ליטוינסקי, פ"ד יז 1610, 1616 (1963).

72 ראו לעיל ה"ש 60 והטקסט הסמוך לה.

73 ראו לעיל ה"ש 19 והטקסט הסמוך לה.

74 יובל פלדמן "הפסיכולוגיה של ניגוד עניינים" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה 57, 65–85 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009).

75 על הבעיות הנובעות מהמונופול של לשכת עורכי הדין והרגולציה העצמית שלה ראו באופן כללי נטע זו מי ישמור על שומרי המשפט? עורכי הדין בין מדינה, שוק וחברה אזרחית (2015).

5. זרישת כתב

עד כה התמקד הדיון בתוכנו של הסדר שכר הטרחה הנדון, אולם יש לתת את הדעת גם לעובדה שהוא נערך בעל פה. השופט רובינשטיין התייחס לנושא זה, בכתבו: "החטא הקדמון' בעיניי הוא היעדרו של הסכם כתוב בעניין שכר הטרחה. מוטב וראוי כי צדדים לחוזה לשירותי ייצוג משפטי יעלו את הסכמתם בפירוט על הכתב".⁷⁶ השופט רובינשטיין אינו בודד בקריאה זו. המלצות חמות להסדיר את נושא שכר הטרחה שישלם הלקוח באמצעות הסכם מפורט ובהיר בכתב מושמעות חדות לבקרים בפסיקה, בספרות המשפטית ובפרסומים של לשכת עורכי הדין.⁷⁷ כמו בהקשרים צרכניים אחרים, התכלית המרכזית של הכתב ביחסי עורך דין-לקוח איננה להבטיח את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה או להעמידם על כך שהם עוברים מעולם ההסכמים הלא-משפטיים לעולם החוזים המשפטיים, אלא להעביר מידע מלא, ברור ובר-השוואה ככל האפשר ללקוח הסובל מנחיתות במומחיות ובידע. מראש, מידע כזה עשוי לסייע ללקוח להחליט אם להתקשר בחוזה, ובדיעבד הוא עשוי להפחית חילוקי דעות לגבי מה שהוסכם בין הצדדים.⁷⁸ לשיקולים אלה יש משנה תוקף כאשר מדובר ביחסי עורך דין-לקוח, שבהם הלקוח נוטה לשים את מבטחו בעורך הדין, ובשלב ההתקשרות יש נטייה להצניע את נושא השכר. אכן, אף בהיעדר חובה משפטית עורך הדין יכול לקבוע את שכרו מראש, ואף להעלות את ההסכם על הכתב, כדי למנוע מחלוקות וסכסוכים על שכרו בדיעבד. אולם שיקול זה נסוג לא פעם מפני החשש של עורך הדין שאם יעלה את עניין השכר בפני הלקוח, יפנה הלה לעורך דין אחר, או אף יותר כליל על הטיפול המשפטי. חשש זה הולך ופוחת, ולמעשה נעלם, ככל שמתקדם הטיפול בתיק, משום שמעבר לעורך דין אחר או זניחת העניין הופכים פחות ופחות מעשיים מבחינת הלקוח.⁷⁹ מתברר אפוא שבמקרים רבים אין די באינטרס העצמי של עורכי הדין כדי להניעם לערוך הסכמי שכר טרחה בכתב.

76 ראו ההחלטה של בית המשפט העליון, לעיל ה"ש 3, פס' יא להחלטה, בכך הוא חוזר על דברים דומים שכתב בעבר. ראו למשל רע"א 4723/05 לוי נ' ברוש, פס' ד(4) להחלטתו של השופט אליקים רובינשטיין (פורסם בנבו, 12.9.2005).

77 ראו למשל עניין יכין חקל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 31-32; עניין לוי, שם, פס' ד(4) להחלטה; ע"א (מחוזי ת"א) 2400/03 ברוש נ' לוי, פס' 6(ג) לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.4.2005); עניין בן בכור, לעיל ה"ש 26, פס' 11 לפסק הדין; רע"א 7394/07 גאנן נ' פאעור, פס' ה(3) להחלטתו של השופט אליקים רובינשטיין (פורסם בנבו, 8.10.2007); ע"א (מחוזי חי') 24145-09-09 אבני נ' הפלר, פס' 12 לפסק דינו של השופט רון סוקול (פורסם בנבו, 16.3.2010); עניין גולן, לעיל ה"ש 27, פס' 69 לפסק הדין; עניין נשר, לעיל ה"ש 28, פס' 2-3 לפסק הדין; עניין באבא, לעיל ה"ש 30, פס' 12 לפסק הדין; תא"מ (שלום ת"א) 3810-03-12 חולודנקו נ' טואיזר, פס' 20-22 לפסק דינו של השופט יעקב שקד (פורסם בנבו, 9.11.2012); לימור זר-גוטמן "דבר העורכת: הסכם שכר טרחה מפורט בכתב ככלי לצמצום מחלוקות עתידיות לעניין שכר טרחה" אתיקה מקצועית 5, 3 (2003); "החלטה את' 105/04 של לשכת עורכי הדין בנושא חשיבות קיומו של הסכם שכר טרחה בכתב" אתיקה מקצועית 16 (2005); בן-דוד, לעיל ה"ש 16, בעמ' 131; ליאורה לבנשטיין ניהול משרדי עורכי-דין: כל הדרכים לניהול עסק רווחי ומצליח 140 (2010).

78 ראו גם סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א: יסודות ועקרונות 365-372 (2001).

79 ראו קלינג, לעיל ה"ש 12, בעמ' 210; דניאל פרידמן "שכר טרחה ראוי לעורך דין" המשפט ב 105, 111 (1995); עניין ברוש, לעיל ה"ש 77, פס' 6(ב) לפסק הדין.

לאור השיקולים הללו, ונוכח ההתרשמות שחלק ניכר מהסכסוכים בין עורכי דין ללקוחותיהם על תשלום שכר הטרחה היו נמנעים אילו נערך ביניהם הסכם בכתב, הושמעו בספרות המשפטית ובלשכת עורכי הדין עצמה קריאות שלא להסתפק בהמלצות אלא להטיל חובה לערוך הסכמים אלה בכתב.⁸⁰ בפועל לא זו בלבד שחובה כזו לא נקבעה, אלא שלפי הפסיקה עורך הדין זכאי לשכר טרחה ראוי אף אם לא הוסכם כלל על שכרו מראש, בכתב או בעל פה.⁸¹ לפחות במקרה של שכר התלוי בתוצאה מצב זה אינו רצוי, ומן הדין לדרוש שהסכם על שכר כזה ייעשה בכתב,⁸² כפי שהורה הדין שקדם לחוק לשכת עורכי הדין, וכפי שקובעות שיטות משפט אחרות המכירות בהסדרים כאלה.⁸³ ראוי שאף חובה זו תיקבע בחקיקה ראשית, הן כדי להעיד על חשיבותה הן כדי לצמצם את החשש מפני שינוי הדין בעקבות פעולות שדולה.

בהוויה הישראלית הסדרי שכר טרחה התלוי בתוצאה נפוצים במיוחד בשני סוגי חוזים: חוזים לייצוג משפטי וחוזי תיווך. והנה, בהקשר האחרון סעיף 9(א) לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996 קובע כי "מתווך במקרקעין לא יהא זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן חתם הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה".⁸⁴ הגם שיש טעם רב בדרישת הכתב – בהקשר זה ובהקשרים צרכניים אחרים – דומה שבהוראה זו הרחיק המחוקק לכת מבחינת התוצאות שקשר לאי-העמידה בדרישה. מלכתחילה היה ניתן לסבור ששלילת זכותו של המתווך לשכר אם לא חתמים את הלקוח על מסמך בכתב רצויה, משום שהיא תכחיד כליל את הנוהג של מתווכים לתת שירותי תיווך מבלי להעלות את הסכמת הצדדים על הכתב. אולם כפי שנאמר בסעיפים 55 ו-56 למג'לה, "כל שהוא אסור לכתחילה, יש שיותר בדיעבד" ו"בדיעבד קל מאשר לכתחילה".⁸⁵ הניסיון מלמד שהעמידה בדרישות כאלה אינה מלאה, ובדיעבד רגש הצדק מתקומם נגד מצב שבו לקוח נהנה מעמלו של מתווך ואז מסרב לשלם

80 ראו למשל פרידמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 112-113; "הנחיות והחלטות ועדת הרביזיה באתיקה" אתיקה מקצועית 57, 10 (2015). כמתואר שם, הוועדה שקלה את הצעתו של ראש לשכת עורכי הדין להטיל חובה לערוך הסכמי שכר טרחה בכתב ולקבוע את הפרטים שייכללו בהסכמים אלה. הגם שהוועדה ייחסה חשיבות להסדרה ברורה של נושא שכר הטרחה, היא דחתה את ההצעה בשל "האופי הספציפי והמשתנה של מערך היחסים בין עורכי הדין ללקוחותיהם – ממנו נגזר אף הצורך לטפל באופן ספציפי, ולגופו של מקרה, בנושא הסכם שכר הטרחה". לדעת הוועדה, "יש להותיר נושא זה לשיקול דעתם של עורכי הדין ולקוחותיהם", שכן דרישת כתב "אינה מתאימה לאופי היחסים" בין עורך דין ללקוח. הוועדה סברה אפוא "כי עניין זה ראוי שיטופל במישור הערכי-חינוכי, ולא באמצעות חקיקה" (החלטה מספר רביזיה 21/12).

81 ראו למשל עניין יכין חקל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 26-33; עניין בן בכור, לעיל ה"ש 26, פס' 11 לפסק הדין. ראו גם ס' 46 לחוק החוזים הכללי.

82 ראו גם פרידמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 112-113 (פרידמן סבור שיש להטיל חובה כזו, יהא אופן החישוב של שכר הטרחה אשר יהא).

83 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 23-24.

84 מכוחו של סעיף זה הותקנו תקנות המתווכים במקרקעין (פרטי הזמנה בכתב), התשנ"ז-1997, הקובעות את הפרטים שיש לכלול בהזמנת שירותי התיווך.

85 מגילה או מגילת אל-אחכאם אל עדליה (קבץ-דיני-המשפט) (גד פרומקין תרגם, מהדורה שלישית, 1952).

את דמי התיווך בתואנה הפורמלית שלא התקיימה דרישת הכתב.⁸⁶ כדי לתת תוקף לדרישת כתב אין צורך לשלול את זכותם של עורך הדין או המתווך לשכר כלשהו אם לא עמדו בדרישה זו. מוטב להסתפק ב"הוראת השלמה עונשית" (penalty default rule), שלפיה השכר שישולם לעורך דין שלא ערך את ההסכם כנדרש יהיה נמוך מהשכר הראוי שהיה נקבע ברגיל.⁸⁷ הוראה כזו תרתיע מפני שימוש ב"שיטת מצליח": או שהלקוח ישלם את השכר שיידרש ממנו אף שלא נערך מסמך בכתב, או שישלם את השכר הראוי בהתחשב במכלול הנסיבות. הוראת ההשלמה העונשית יכולה לקבוע למשל שאם לא הוסכם כלל על שכר הטרחה של עורך הדין, או – בתחומים שבהם מקובל לקבוע שכר התלוי בתוצאה – ההסכם נערך בעל פה בלבד, יהא עורך הדין זכאי לשלושה רבעים מהשכר המינימלי המומלץ. כמובן, דוגמה זו לא נועדה אלא לשמש חומר למחשבה, ונדרשת חשיבה מסודרת כדי לעצב את הדין הרצוי.

כדי לסבר את האוזן, הוראת השלמה עונשית, שתכליתה להגביר את הציות לדרישה של העברת מידע ברור בכתב מפירמות ללקוחותיהן, מצויה כבר עתה בסעיף 5 לחוק המכר (דירות), התשל"ג–1973. במקור קבע סעיף זה שחברת בנייה שמכרה דירה חדשה ולא קיימה את חיוביה לגבי מילוי המפרט ומסירתו לקונה כנדרש בחוק, יראוה כמי שהתחייבה למסור דירה שבה "כל דבר שצריך היה לפרט במפרט מתאים למקובל בנסיבות העניין". הסעיף הוסיף וקבע שנטל השכנוע לעמידה בחיוב זה מוטל על חברת הבנייה.⁸⁸ בשנת 2011 תוקן החוק, וכעת במקום חיוב התאמה למקובל בנסיבות העניין, על החברה למסור דירה שבה "כל דבר שצריך היה לפרט במפרט הוא באיכות גבוהה בהתחשב בנסיבות העניין".⁸⁹

86 ואכן, בצד פסקי דין שבהם נדחתה תביעתם של מתווכים לדמי תיווך בשל אי-עמידה בדרישת הכתב (ראו למשל ת"א (שלום י-ם) 6577/98 טרנס גלובל סוכנות לנכסים בע"מ נ' נתנאל אל.אל.סי., פ"מ התשס"א(3) 75 (2001); בר"ע (מחוזי י-ם) 4244/02 כ"ץ נ' כהן (פורסם בנבו, 21.10.2002); ע"א (מחוזי חי) 3455/06 דה כהן בע"מ נ' עמרם, פסק דינם של השופטים ברלינר וסוקול כנגד דעת המיעוט של השופט עמית (פורסם בנבו, 28.8.2007)), יש גם פסקי דין שבהם אפשר בית המשפט למתווכים לתבוע דמי תיווך או שכר ראוי או השבה של שווי שירותיהם, למרות היעדרו של מסמך בכתב או אי-עמידה בדרישות החקוקות לגבי תוכנו של המסמך. ראו למשל ע"א (מחוזי ת"א) 2819/00 בן אור נ' רוזן (פורסם בנבו, 30.6.2002); ע"א (מחוזי ת"א) 1413/04 מטרופוליס יזום השקעות ונכסים 1993 בע"מ נ' מנחם מליק – מרכזים מסחריים בע"מ (פורסם בנבו, 30.10.2005); ת"א (מחוזי ת"א) 28763-07-14 מאנה נ' תעשיות מזון תנובה אגודה שיתופית חקלאית בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 10.2.2015) (שם נדחתה בקשה למחוק על הסף תביעה לדמי תיווך בנימוק שלא קוימה דרישת הכתב); רע"א 1833/15 תעשיות מזון תנובה נ' מאנה (פורסם בנבו, 25.3.2016) (שם נדחתה בקשת רשות ערעור על ההחלטה הקודמת, ללא הכרעה בדבר האפשרות להתגבר על דרישת הכתב שבחוק המתווכים במקרקעין).

87 על הוראות השלמה עונשיות ראו באופן כללי Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 95–107 (1989). להצעה דומה, ראו פרידמן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 112–113. (פרידמן מוסיף ומציע שבכל מקרה שבו לא נערך הסכם שכר טרחה בכתב, אף בהיעדר חובה לערוך הסכם כזה, יישא עורך הדין בהוצאות המשפט במקרה של מחלוקת על שכרו, משום שהאחריות להיווצרותה של המחלוקת רובצת עליו).

88 על הוראה זו ראו איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג–1973 648–633 (מסדרת "פירוש לחוקי החוזים", ג' טרסקי עורך, 2002).

89 ס' 5(א) לחוק המכר (דירות) (תיקון מס' 5), התשע"א–2011, ס"ח 778.

סטייה זו מהוראת ההשלמה של קיום בכינוניות (לפי סעיף 45 לחוק החוזים הכללי)⁹⁰ נועדה ליצור תמריץ חזק לחברות הבנייה לעמוד בדרישות הנוגעות למילוי המפרט ומסירתו לפי החוק. כאמור, אני מציע להציב דרישת כתב להסדרי שכר התלוי בתוצאה ולגבות אותה בהוראת השלמה מעין זו.

אם נשוב לפרשה הנדונה, יש יסוד להניח שאילו עמד עורך הדין בחובתו להסביר ללקוחה באורח ברור את המשמעויות של הסדר שכר הטרחה שלפי פסיקת בית המשפט הוסכם בין הצדדים (כמתחייב מחובות האמון של עורכי דין שתוארו לעיל), ואילו התבקשה הלקוחה לחתום על הסכם שכר טרחה שבו היו הדברים מבוארים בכתב, היא הייתה מסרבת לעשות כן. הצבתה של דרישת כתב, מגובה בהוראת השלמה עונשית מעין זו שתוארה לעיל, מן הסתם הייתה מרתיעה את עורך הדין מלנהוג כפי שנהג. ודוק: דרישות אלה לא נועדו להניא לקוחות מעצם ההיזקקות להסדרי שכר התלוי בתוצאה, שמבחינות רבות מועילות לשני הצדדים. דרישות אלה נועדו לאפשר ללקוחות להעריך הערכה מושכלת את משמעות ההסדר ולדחות הצעות להסדרים לא הוגנים ומקפחים.

ה. בשולי הדברים

עד כה עמדתי על הבעייתיות שבהסדר שכר הטרחה בפרשה הנדונה, ביקרתי את פסקי הדין שהסתפקו בהפחתה לא גדולה של השכר המוסכם, הצבעתי על ליקויים רחבים יותר בהסדר המשפטי הנוהג של שכר טרחה התלוי בתוצאה והעליתי הצעות לתיקונם. אולם פסקי הדין בפרשה הנדונה מעוררים עניין גם במעגלים רחבים יותר.

ראשית, הפרשה הנדונה מדגימה את יחסי הגומלין המורכבים שבין צדק פרוצדורלי – הקפדה שהליך הכריתה יהיה נקי מפגמים של טעות, הטעיה, עושק וכדומה – לבין צדק מהותי – הקפדה על הוגנות התוכן ושקילות התמורות – בדיני החוזים.⁹¹ מבלי להרחיב, בדרך כלל פרוצדורה פגומה מובילה לחוזים בלתי הוגנים, ופרוצדורה תקינה מובילה לחוזים שאינם בלתי הוגנים – ולכן בתי המשפט יכולים להגשים בעת ובעונה אחת ערכים של צדק פרוצדורלי וצדק מהותי (תוך שימוש בהנמקה המתמקדת בהליך הכריתה והתייחסות לתוכן החוזה רק כראיה לקיומו של פגם בכריתה). במקום אחר הראיתי שבמקרה יוצא דופן, שבו החוזה היה הוגן בהחלט אף שהליך הכריתה היה פגום, דחה בית המשפט את הגיסוין לבטל את החוזה – מה שעשוי להעיד כי מעבר לרטוריקה המתמקדת בהליך, לבתי המשפט יש עניין רב גם בתוכן החוזה.⁹² על רקע זה פסיקתם של בתי המשפט במקרה הנוכחי מעוררת אי-נוחות, משום שדומה שהן תוכנו של החוזה הן הליך כריתתו היו פגומים ומקוממים.

90 על הוראה זו ראו איל זמיר עקרון ההתאמה בקיום חוזים 207–210 (1990).

91 ראו איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" עלי משפט יג 7, 34–16 (2016).

92 איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" משפטים כט 783, 796–799 (1998). ראו גם ע"א 6234/00 ש.א.פ. נ' בנק לאומי, פ"ד נז(6) 769, 788 (2003).

שנית, ללא בדיקה מקיפה ושיטתית קשה לומר עד כמה פסקי הדין בפרשה הנדונה משקפים מגמות כלליות יותר בפסיקה בדיני חוזים בתקופה האחרונה. ככל שהם משקפים מגמות כאלה, הרי שהדבר ראוי לתשומת לב רבה. בשנים האחרונות התנהל דיון משפטי (ואף ציבורי) ער בדבר תפקידם של בתי המשפט בדיני חוזים בישראל, ולכן גם בנושא זה אסתפק בהערות קצרות. כפי שטענתי במקום אחר, בעבר נהגו בתי המשפט להשתמש ברטוריקה של חופש החוזים, כיבוד רצון הצדדים ואי-התערבות בתוכנם של חוזים גם במקרים שבהם הפרקטיקה הייתה אקטיביסטית למדי.⁹³ דוגמה בולטת לכך מצויה בפסק דין אתא נ' עיזבון זולוטולוב, משנות השמונים של המאה הקודמת, שבו הורה בית המשפט העליון על הצמדה למדד של פיקדון בתקופה החוזית בהיעדר כל בסיס לכך בחוזה, בנימוק של התחקות אחר רצון הצדדים ופירוש "במובן הצר" של החוזה.⁹⁴ לימים, בהנהגתו של השופט אהרן ברק שינה בית המשפט העליון את הרטוריקה שלו וחשף באורח גלוי למדי את נטייתו להתערב בתוכנם של חוזים גם כאשר מידת ההתערבות שלו למעשה לא הייתה רבה מבעבר. דוגמה בולטת לכך מצויה בפרשת אפרופים נ' מדינת ישראל, שנחלי דיו נשפכו עליה.⁹⁵ בשנים האחרונות, לאחר פרישתו של הנשיא אהרן ברק וכתגובת נגד לרטוריקה השיפוטית האקטיביסטית שהוביל, נוטה בית המשפט לחזור לרטוריקה של חופש החוזים ושל פסיביות שיפוטית.⁹⁶ אולם היה ניתן להתרשם שמעבר לשינוי הכיוון מבחינת הרטוריקה השיפוטית, לא זנח בית המשפט את תפקידו להבטיח את הוגנותם של יחסים חוזיים ולקדם ערכים של תום לב, התחשבות הדדית, מחויבות לרוח העסקה, סבירות והגינות, במסווה של פסיביות שיפוטית.⁹⁷ נוכח היתרון האינסטרומנטלי של פער בין

93 ראו באופן כללי איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 11–59, 131–141 (1996) (להלן: זמיר פירוש והשלמה); איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשיית השיפוטית של אהרן ברק 343, 385–387, 399–409 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: זמיר "השופט ברק").

94 ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל נ' עיזבון זולוטולוב, פ"ד מא(1) 282 (1987); זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 93, בעמ' 131–141.

95 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט(2) 265 (1995). ראו גם דניאל 2045/05 ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט ח 483 (2003); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 231–257 (2003); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 404–411 (2005); זמיר "השופט ברק", לעיל ה"ש 93, בעמ' 385–387, 399–409; איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 8–22 (2012) (להלן: זמיר "עוד על פירוש והשלמה"); גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דיון נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישאל חשין 645 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009); יורם דנציגר וצביקה מצקין "האם שבו הצדדים להיות שליטי החוזה לאחר תיקון מס' 2 לחוק החוזים הכללי, התשל"ג–1973?" משפט ועסקים טו 27 (2012).

96 ראו למשל רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012).

97 ראו למשל ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.10.2009); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן (פורסם בנבו, 23.2.2010); זמיר "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 95, בעמ' 22–30.

רטוריקה שיפוטית מצטנעת לפרקטיקה שיפוטית המקדמת את הערכים הנזכרים ניתן להעלות טיעונים משמעותיים בעד שינוי כיוון זה.⁹⁸

והנה, פסקי הדין בפרשה הנדונה ובפרשות אחרות שבהן פסק בית המשפט העליון בתקופה האחרונה, כמו למשל עניין כרמל נ' טלמון,⁹⁹ מעלים את החשש שמעבר לרטוריקה המצטנעת של כיבוד רצון הצדדים מתפתחת פרקטיקה התואמת רטוריקה זו ונכונה לאכוף חוזים מקפחים וחד-צדדיים – חוזים שבהם צד אחד סובל הפסדים ניכרים ואילו רעהו מנצל את מומחיותו, את כוחו העדיף או סתם את רוע מזלו או רשלנותו של רעהו כדי לזכות ברווחים נאים.¹⁰⁰ ברגע שמערכת המשפט נותנת תוקף לחוזים, שוב אין מדובר בעניין פרטי אלא בהפעלת כוח כפייה של המדינה ובשימוש במשאבים ציבוריים לתכלית זו.¹⁰¹ דומה שהן בפרשה הנדונה הן בפרשת כרמל השתמשה מערכת המשפט במשאבים ציבוריים כדי לתת תוקף, מלא או חלקי, לחוזים בלתי מצפוניים.¹⁰²

אכן, יש להיזהר בהסקת מסקנות רחבות על בסיס פסקי דין מעטים וללא בדיקה שיטתית של הפסיקה. ייתכן למשל שבשתי הפרשות הנזכרות, ובייחוד בדחיית הבקשה לרשות ערעור בידי השופט רובינשטיין בפסק דין פלונית ובדחיית הבקשה לדיון נוסף בעניין כרמל, בא לידי ביטוי, גם או בעיקר, שיקול אחר, דהיינו הרצון להקטין את העומס על בית המשפט העליון על ידי הימנעות מדיון בתביעות בגלגול שלישי או בדיון נוסף. אם כך הדבר, הרי שהחשש שהובע לעיל פוחת, ובכל זאת דומה כי המחיר ששולם בשתי פרשות אלה כדי להפחית את העומס על בתי המשפט היה מופרז.

98 זמיר, "עוד על פירוש והשלמה", לעיל ה"ש 95, בעמ' 22–30, 50–53.

99 ע"א 7920/13 כרמל נ' טלמון (פורסם בנבו, 29.2.2016); דנ"א 2128/16 כרמל נ' טלמון (פורסם בנבו, 30.5.2016).

100 כזכור, בדחותו את הטענה שהסדר שכר הטרחה שבפניו אינו סביר, כתב בית משפט השלום ש"אין בית המשפט יכול להתערב בחוזה שנכרת בין הצדדים ולפגוע בעקרון העל [של] חופש החוזים" (פס' 23 לפסק הדין של בית משפט השלום, לעיל ה"ש 1).

101 Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553, 585–591 (1933); זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 93, בעמ' 87–89.

102 לביקורת על פסק דין כרמל ראו איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התפתחויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" ספר גבריאלה שלו (אהרן ברק, יהודה אדר ואפי צמח עורכים, בדפוס).