

ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג - ייוהר עורך הדין

לימור זר-גוטמן*

לפי הפסיקה בישראל, עורך דין המייצג לקוח מול צד שכנגד בלתי מיוצג עלול למצוא את עצמו בשני מצבים. (א) התקיימות יחסי עורך דין-לקוח בינו לבין הצד שכנגד אף ללא הסכמה מפורשת של מי מהצדדים. (ב) קיומה של חובת זהירות מוגברת כלפי הצד שכנגד הבלתי מיוצג. הפסיקה בישראל משלבת בין המישורים האלה כך שמקום שלא הוכר הצד שכנגד כלקות, עדיין הוא זוכה להגנה באמצעות חובת הזהירות המוגברת המוטלת על עורך הדין. דוגמה לכך הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עו"ד ערד, שיובא ויידון בהרחבה במאמר.

במישור האחד המאמר סוקר את המבחנים לקביעת יחסי עורך דין-לקוח ואת האופן הלקוי שבו יושמו המבחנים במקרים של ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג. המאמר מראה שנטיות הפסיקה בישראל היא לראות את הצד שכנגד הבלתי מיוצג כלקות של אותו עורך דין, המוצא את עצמו מייצג את שני הצדדים לעסקה, אף על פי שלא ניתנה הסכמה מפורשת של הצדדים לכך. במישור האחר המאמר סוקר את המבחנים לקביעת קיומה והיקפה של חובת זהירות שחב עורך הדין כלפי הצד שכנגד, במשפט האמריקני, האנגלי והישראלי. המאמר מוסיף ומנתח בנימה ביקורתית את השיקולים המופעלים במסגרת מבחנים אלו בפסיקה בישראל ומעלה הצעה לשכלולם. המאמר ממשיך ומציג חמישה שיקולים חסרים עדיין בדיון בישראל. הכוונה לשיקולי מדיניות משפטית רלוונטיים היכולים להביא לצמצום חובת הזהירות שחב עורך דין כלפי צד שכנגד שאינו מיוצג.

טענתו העיקרית של המאמר היא שהפעלת המבחנים הקיימים בצורה רחבה והיעדרם של שיקולים מרכזיים במסגרתם הביאו לעיצובה של מדיניות שיפוטית

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
אבקש להודות לד"ר אסף יעקב ולד"ר רונן פרי על הערותיהם המועילות והחשובות לטיוטה
קודמת של המאמר ולעוזרת המחקר המסורה שלי, יערה למברגר.

בלתי ראויה המרחיבה את חובת הזהירות שחב עורך דין המייצג מול צד שכנגד בלתי מיוצג. המאמר עומד על הסכנות הטמונות במגמת הרחבה זו. בכללם, פגיעה במנגנון השוק באשר אין היא מעודדת אנשים לשכור שירותי עורך דין, וכן פגיעה ביחסי עורך דין-לקוח ככלל.

א. מבוא. ב. פסק הדין בעניין עו"ד ערד נ' ד"אק אבן. ג. כיצד נוצרים יחסי עורך דין-לקוח. ד. המבחנים לקיומה של חובת זהירות כלפי צד ג במשפט האנגלו-אמריקני. ה. הדין המצוי בישראל – השיקולים בקביעת קיומה של חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג. ו. הדין הרצוי – השיקולים החסרים בפסיקה בישראל: 1. מידת ההשפעה שיש להטלת חובה על יחסי עורך דין-לקוח במקרה הנדון וככלל; 2. מתן אזהרה לצד שכנגד על ידי עורך הדין; 3. "נטילת סיכון" מודע על ידי הצד שכנגד הבלתי מיוצג; 4. חובת הלקוח כלפי הצד שכנגד; 5. מעגל התובעים להם חב עורך הדין בחובת זהירות. ז. הערה לעניין חלוקת האחריות בפסק הדין עו"ד ערד נ' ד"אק אבן. ח. סיכום.

א. מבוא

לפי התפיסה האדוורסרית, לעורך הדין קיימת מערכת יחסים בסיסית וראשונה במעלה עם הלקוח, ולו עורך הדין חב בחובת הנאמנות. הנאמנות כלפי הלקוח אינה מוחלטת הואיל ועורך הדין חב בשתי נאמנויות נוספות – לבית המשפט ולמקצוע. בין שלוש הנאמנויות קיים מתח מתמיד המצריך איזון.¹ ההנחה של התפיסה האדוורסרית, שעליה המאמר נשען, היא שמול עורך הדין ניצב צד שכנגד ששכר שירותי עורך דין או שיש בידו האפשרות לשכור עורך דין החב כלפיו אותה חובת נאמנות מאוזנת.²

לפיכך עורך דין המטפל עבור לקוחו בעניין שמעורב בו צד שכנגד נמצא באחד משלושה מצבים. (א) עורך הדין מייצג את שני הצדדים באותו עניין על פי הסכמתם, הסכמה המתחייבת מכללי הדין המשמעתי.³ (ב) עורך דין לכל צד: עורך הדין מייצג את לקוחו מול צד שכנגד

1. ראו לימוד זריגוטמן, "לשאלת היחס בין חובת עורך הדין כלפי בית המשפט וחובתו כלפי הלקוח (בעקבות ע"א 6186/00 עו"ד חנא נ' מדינת ישראל)", הסניגור 57 (2001) 3.
2. לתפיסה שונה ראו נטע זיו, דברים שנאמרו ביום עיון: "למי נתונה נאמנות עורך הדין – לביהמ"ש, ללקוח או לעצמו?", דין ואומר 13 (2002) 30; כמו כן ראו תגובתה של נטע זיו למאמרי, "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית", המופיעה בחוברת זו לאחר מאמר זה. תפיסה זו יוצאת מתוך הדיון הנרחב הקיים בשדה האתיקה המקצועית לגבי אחריות עורך הדין למעשים שהוא מבצע בעבור הלקוח. מנגד, מאמר זה יוצא מתחום דיני הנויקין והדיון סביב עוולת הרשלנות. אך כפי שהמאמר והתגובה לו מראים, שני התחומים ביחד מגבשים את אחריותו המשפטית של עורך הדין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג.
3. כלל 14(ד) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, ק"ת 1373. לפי כלל זה, האיסור לייצג צדדים בעלי עניינים מנוגדים באותו עניין הקבוע בכלל 14(ב) אינו מתקיים אם

המיוצג על ידי עורך דין משלו. (ג) עורך הדין מייצג לקוח מול צד שכנגד בלתי מיוצג.⁴ במצב הראשון, הצד שכנגד הוא לקוח של עורך הדין ויחולו עליו הדינים והחובות כלפי לקוח.⁵ במצב השני והשלישי אין מדובר בלקוח אלא בצד שכנגד שכלפיו עורך הדין חב בחובות הקבועות במערכות דינים שונות. כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) מחילים את הגישה שעל עורך הדין חלה החובה כלפי הצד שכנגד (מיוצג אם לאו), אך הכללים הנתונים ביטוי לחובה זו הם כללי נימוסים (etiquette) באשר הם עוסקים רק בסגנונו של עורך הדין.⁶ מקור שני, רחב למדי, לחובות עורך הדין כלפי צד שכנגד הם דיני החוזים, בעיקר חובת תום הלב החווית,⁷ איסור הטעיה⁸ תרמית.⁹ מקור שלישי הם דיני השליחות

מדובר בעריכת הסכם או ב"טיפול בעניין שהצדדים הסכימו, בכתב, כי יעשה בידי אותו עורך דין".

4. מקרה נוסף השונה במהותו משלושת המצבים שנסקרו לעיל עוסק בחובת עורך הדין כלפי מי שעדיין אינו לקוח. דהיינו, מי שנמצא במשא ומתן עם עורך הדין אך טרם הפך ללקוח או "דורש עצה". ראו בד"מ 18/98 פורסם בעט ואתיקה 58 (2000) 5.

5. ראו, למשל, ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מוד(4) 446 (להלן: ע"א שרמן); ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, בעמ' 785-786; להרחבה ראו אסף יעקב, "רשלנות בין כותלי בית המשפט – לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי", עיוני משפט כו (תשס"ב) 5; יהודה שנהב ורחל לויטן, "אחריותו המקצועית של עורך דין ניהול סיכונים וביטוח החבות", הפרקליט לב (תשל"ח) 177, בעמ' 177-185.

6. כלל 23 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) קובע: "עורך הדין ינהג בצד שכנגד בדרך ארץ". כלל 24 קובע: "עורך הדין לא ינקוט באימונים בפגנות לצד שכנגד, אך רשאי הוא – (1) לפרט אמצעים אשר מרשו ינקוט למימוש זכויותיו; (2) להפנות את תשומת לבו של הצד שכנגד להוראות כל דין". כלל 25 קובע את איסור המגע עם צד שכנגד המיוצג על ידי עורך דין. רק לגבי היחסים שבין עורך הדין של הקבלן לקונה נקבעו כללים המחילים הוראות מהותיות: כללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעיסקאות בדירות), תשל"ז-1977, ק"ת 1719. הכללים אוסרים על עורך הדין של הקבלן לייצג את הקונה בעסקה לרכישת הדירה והוא מחויב לציין בחוזה הרכישה שאין הוא מייצג את הקונה. הכללים מתירים לעורך הדין לטפל בעבור הקונה ברישום הרכישה פעולה שהוא מצווה לפעול בה בנאמנות לקבלן ולקונה שהוא רשאי לקבל מהקונה שכר בעבור הטיפול ברישום (בפרקטיקה לרוב הקונה משלם ישירות לעורך הדין); הדיון במאמר מתייחס למערכת יחסים זו אך לא יעסוק במישרין בכללים. לדיון בכללים ראו גבריאל קלינג, אתיקה בעריכת דין (ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, תשס"א), 175-176; יהודית קורן, "עורך דינו של הקבלן – בצבת הנאמנויות המתנגשות", הפרקליט מז (תשס"ג) 374.

השוו: American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983 Rule 4.3 (להלן: כללי האתיקה המומלצים בארצות הברית). הכלל טובא להלן, הערה 158, וראו הטקסט הצמוד לה.

7. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118; ראו ע"א 230/80 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713 (להלן: ע"א פנידר), בעמ' 726 (מחיל את הוראת סעיף 12 על שלוח); דניאל פרידמן וגילי כהן, חוזים (כרך ב, אבירם, תשנ"ב), 824-825. פרידמן וכהן מציינים כי: "חובת גילוי עשויה להיות מושפעת מאופי היחסים בין הצדדים. המקרה הבולט ביותר הוא זה שבו קיימים ביניהם יחסי אמון. יחסים אלה מטילים חובת גילוי מלא ... ראוי גם להצביע על כך

העוסקים בחובת השלוח כלפי צד ג.¹⁰ מקור רביעי הם דיני הנזיקין, בעיקר עוולת הרשלנות, שבה יעסוק המאמר. עורך דין עשוי לחוב ברשלנות כלפי צד שכנגד המיוצג על ידי עורך דין משלו,¹¹ וכלפי צד שכנגד בלתי מיוצג. מאמר זה מבקש להראות כי המצב הבעייתי ביותר מבחינת עורך הדין הוא האחרון – החבות ברשלנות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג.

עורך דין המייצג לקוח מול צד שכנגד בלתי מיוצג ניצב בפני שתי בעיות שבהן יעסוק המאמר. הבעיה הראשונה, שתידון בפרק ג, נעוצה בשאלה כיצד נוצרים יחסי עורך דין-לקוח. הפרק יציג את המבחנים שנקבעו בפסיקה בישראל ואופן יישומם הבעייתי, שמוביל להכרה ביחסי עורך דין-לקוח עם הצד שכנגד הבלתי מיוצג. וזאת אף על פי שלא ניתנה הסכמה של הצדדים ושל עורך הדין לייצוג המשותף. כפי שאראה, נטיית הפסיקה בישראל היא לראות את הצד שכנגד הבלתי מיוצג כלקוח עד כדי טשטוש המבחנים לקביעת יחסי עורך דין-לקוח. הבעיה השנייה, שתידון בעיקר במאמר, נעוצה בהרחבת חובת הזהירות ברשלנות שחב עורך הדין כלפי הצד שכנגד הבלתי מיוצג.

שתי בעיות אלו שייכות לשני מישורים שונים: שאלת קיומם של יחסי עורך דין-לקוח ושאלת קיומה של חובת הזהירות והיקפה. בסוגיית האחריות בנוזיקין של עורך דין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג כרכה הפסיקה בישראל את שני המישורים והובילה להרחבת אחריות עורך הדין. לפי הפסיקה, אחריותו בנוזיקין של עורך הדין קמה אם משום שנקבע שהצד שכנגד הבלתי מיוצג הוא בעצם לקוח של עורך הדין ואם משום שהוא נותר צד שכנגד אך חובת הזהירות כלפיו הורחבה.¹² במקרים נוספים אין בית המשפט מכריע אם התקיימו יחסי

סקיימות דרגת שונות של יחסי אמון וחובתיו של הצד החב חובת אמון כלפי הצד הוכאי לקיום חובה זו, עשויות להשתנות בהתאם לעוצמתה של חובת האמון. בענייננו, עשוי היקפה של חובת הגילוי להיקבע תוך התחשבות בשיקול זה. מקום שחובת האמון היא מדרגה גבוהה, תהא חובת הגילוי מלאה ומקיפה, ואילו כאשר החובה מצומצמת יותר, עשויים להצטמצם גם תחומיה של חובת הגילוי.

8. התנהגות עורך הדין כלפי הצד שכנגד יכול שתגיע לידי הטעיה לפי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי); ראו, למשל, ת"א (ב"ש) 211/94 קפיטולניק נ' מוני (לא פורסם).

9. ראו, למשל, ת"א (ת"א) 583/98 דורנבאום נ' ער"ד סילביו (לא פורסם) (להלן: ת"א ער"ד סילביו), חלק ח' לפסקי-הדין (טענת התרמית שהועלתה נגד עורך הדין נדחתה); ת"א (אי') 01/1681 נויפלד נ' סינימה קרדיט בע"מ (טרם פורסם), פסקה 12 (טענת המרמה והתרמית נגד עורך הדין נדחתה).

10. להרחבה ראו אהרן ברק, חוק השליחות (כרך א, נבו, תשנ"ו) 601-602, 622-621, 631-635; בארצות הברית נזנחה דוקטרינה זו בכל הנוגע בחובת עורך הדין כלפי צד ג. להצעה המבססת את אחריות עורך הדין כלפי צד ג על דיני השליחות ראו: Geoffrey.C. Hazard, "The Privity Requirement Reconsidered", 37 S. Tex. L. Rev. (1996) 967.

11. ראו, למשל, ע"א 751/89 מוסהפור נ' ער"ד שוחט, פ"ד מו(4) 529 (להלן: ע"א מוסהפור), בעמ' 538 ("... המערערים היו מיוצגים על ידי פרקליט. אין בכך כדי לשלול מכל וכל את האפשרות התיאורטית שגם פרקליטו של הצד שכנגד יחוב ברשלנות").

12. דוגמה לכך הוא ע"א 2625/02 ער"ד סילביו נ' דורנבאום (טרם פורסם) (להלן: ע"א ער"ד סילביו), פסקה 1 לפסק דינה של השופטת חיות.

עורך דין-לקוח (המישור הראשון) כיוון שממילא, לאור חובת הזהירות הרחבה המוטלת במישור השני, נקבעת אחריותו של עורך הדין בנוזיקין.¹³ עם ביטול הדרישה ליריבות חוזית כתנאי לקיומה של אחריות בנוזיקין,¹⁴ נפרצה הדרך להכרה באחריות כלפי צד ג (ובכלל צד שכנגד) במסגרת עוולת הרשלנות. המאמר יתמקד ביסוד הראשון של העוולה – חובת זהירות – הואיל ולגביו עולים המאפיינים המיוחדים של הסיטואציה האמורה. פרק ד יעסוק במבחנים לקביעת קיומה והיקפה של חובת זהירות שיש לעורך דין כלפי צד ג (בכלל צד שכנגד בלתי מיוצג) במשפט האנגלו-אמריקני.¹⁵ מבחנים אלו הם: מבחן איוון השיקולים, שהוא המבחן העיקרי; מצג שווא רשלני, שבאמצעות הברית נחשב כעוולה נפרדת מרשלנות ואילו באנגליה ובישראל זה מקרה פרטי בתוך עוולת הרשלנות; מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות" (הקרויה באנגלית: undertaking); ולסיום, מצבים של חוזה לטובת צד שלישי.

פרק ה יעסוק בדין המצוי בישראל לעניין חובת הזהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג. הפרק יתחקה אחר השיקולים שהפסיקה מפעילה על-בסיס המבחנים לקביעת קיומה והיקפה של חובת זהירות. פרק ו, העוסק בדין הרצוי בישראל, יציג את השיקולים החסרים מהמבחנים שהפסיקה מפעילה בישראל. לטענתי, היעדרם של שיקולים אלו יוצר הסדר לקוי בכל הנוגע בקביעת חובת הזהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג.

חלקו הראשון של פרק ה מבקר את השיקולים הקיימים ובפרק ו יוצגו השיקולים החסרים הואיל ושאלת קיומה והיקפה של חובת זהירות הוא פרי מדיניות משפטית התלויה בנסיבותיו העובדתיות של כל מקרה ומקרה. מדיניות משפטית ראויה מחייבת התייחסות לכל השיקולים הרלוונטיים, דבר, שלטענתי, אינו נעשה בפסיקה בישראל.

"מחיר" המדיניות השיפוטית המרחיבה את ההגנה על צד שכנגד בלתי מיוצג הוא חוסר ודאות קשה אצל עורכי הדין ופגיעה בלקוחות. עורך דין המבקש להגן על עצמו מפני תביעה עתידית יתקשה לעשות כן באשר המבחנים לקביעת יחסי עורך דין-לקוח אינם ברורים כמו גם השיקולים לקביעת קיומה והיקפה של חובת זהירות כלפי צד ג. במצב דברים זה, כפי שעולה מן הכותרת, עורכי הדין נדרשים לזהירות רבה בבואם לייצג את לקוחם מול צד שכנגד בלתי מיוצג. זאת אף לאור מגמת הפסיקה בישראל להרחיב בכל הקשור לתביעות

13. דוגמאות לכך הם קביעת הערכאה הראשונה בע"א 6645/00 ע"ד ערד נ' ד'אק, פ"ד נו(5) 365 (להלן: ע"א ערד), בעמ' 378; ע"א 1170/91 בכור נ' יחיאל, ערד, פ"ד מח(3) 207 (להלן: ע"א בכור).

14. הדרישה עלתה לראשונה בפסק הדין האנגלי – *Robertson v. Fleming*, 4 Macq. H. of L. Cas. – (House of Lords, Scottish Appeals, 1861). במשפט האמריקני עלתה הדרישה שנים מספר לאחר מכן בפסק הדין – *National Savings Bank v. Ward*, 100 U.S. 195 (1880); במשפט האנגלי בוטלה דרישה זו בפסק הדין הנודע – *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562. במשפט האמריקני התקיימה דרישה זו עד לשנת 1958 עת בוטלה בפסק הדין – *Biakanja v. Irving* 49 Cal. 2d 647; 320 P.2d 16 (1958) (להלן: עניין *Biakanja*). פסק הדין יידון להלן בפרק ד.

15. המאמר ידון בחובת הזהירות המושגית ובחובת הזהירות הקונקרטיה כחלק אחד שיכונה להלן "חובת זהירות". זאת לאור המבחנים במשפט האנגלו-אמריקני ולאור גישת הפסיקה אצלנו.

הנוגעות בנוק כלכלי טהור,¹⁶ זו הקבוצה שמשתייכות לה בדרך כלל התביעות המוגשות על ידי הצד שכנגד.

העילה לכתיבת המאמר היתה פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ער"ד ערד. תחילה, עובדות פסק הדין הממחישות היטב את הבעייתיות שבפניה ניצב עורך הדין במצב האמור. ובעיקר, החלטה שנכתבה על ידי כבוד השופט לוי שהצטרפו לה שני שופטי ההרכב הנוספים.¹⁷ כפי שאראה, ההחלטה עוסקת בשני המישורים – הכרה ביחסי עורך דין-לקוח עם הצד שכנגד וקביעת חובת זהירות רחבה (לגישתי) על עורך הדין. ההחלטה הולכת בתלם הפסיקה בישראל: הגברת האחריות בנוזיקין של עורך הדין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג. חשוב לציין כי המאמר מתחיל מפסק הדין בעניין ער"ד ערד אך אינו מסתיים בו באשר אני מבקשת לעסוק בגישת המשפט הישראלי ככלל בסוגיה. לאחר פסק הדין בעניין ער"ד ערד, כאשר כבר היה מאמר זה בשלבי האחרונים, ניתן פסק הדין בעניין ער"ד סילביו,¹⁸ העוסק בהרחבה בסוגיה האמורה ובו נחלקו דעות השופטים לגבי שני המישורים. ראשית, בשאלה האם התקיימו יחסי עורך דין-לקוח בין ער"ד של המלווה כלפי הלווים שלא היו מיוצגים באותה העסקה. דעת המיעוט מפי השופט ריבלין צידדה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי שקבע שלא נוצרו יחסי עורך דין-לקוח. לעומתם, הנשיא ברק שאליו הצטרפה השופטת חיות, קבע שאכן התקיימו יחסי עורך דין-לקוח. גם במישור השני עלו שתי השקפות מנוגדות. מן העבר האחד שופט המיעוט שגרס כי ככלל, אין עורך הדין חב בחובת זהירות כלפי הצד שכנגד, למעט שני מצבים חריגים: מתן עצה משפטית או נטילת אחריות וולונטרית כלפיו. ומן העבר השני, שופטי הרוב, שלא קיבלו את הגישה המצמצמת וגרסו כי מוטב להותיר את בחינת קיומה של חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה, בהתאם לכללי האחריות המקובלים בעולות הרשלנות. העמדות השונות של השופטים בעניין ער"ד סילביו נבעו מראייה שונה של עובדות המקרה,¹⁹ אך גם, ובעיקר, מהשקפות נוגדות בסוגיה. ועל כך אעמוד במאמר.

נפנה, אם כן, להצגת עובדות עניין ער"ד ערד כפי שהובאו בפסק דינו של בית המשפט העליון.

ב. פסק הדין בעניין ער"ד ערד נ' ז'אק אבן

המשיב, ז'אק אבן, נקלע לקשיים כלכליים ופונה אל שכנו, יצחק פיינגולד כדי שיסייע לו להיחלץ מהם. פיינגולד מציע לז'אק²⁰ לקחת הלוואה מהבנק תמורת משכון זכויותיו במספרה,

16. רונן פרי, דיקושוטים כלכליים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי על-שם סאקר, תשס"ב), 149-173. לגישה האנגלו-אמריקנית המסורתית המצמצמת בקטגוריות מסוימות את החבות בגין

נוק כלכלי טהור, ראו שם, בעמ' 115-31.

17. כבוד המשנה לנשיא ש' לויין וכבוד השופט אנגלרד.

18. ע"א ער"ד סילביו (לעיל, הערה 12).

19. שם, פסקה 51 לפסק דינו של השופט ריבלין, ופסקה 1 לפסק דינו של הנשיא ברק.

20. לכל אורך פסק הדין בית המשפט קורא למשיב (התובע הניזוק) בשמו הפרטי – ז'אק. כדי

זכויות שטרם נרשמו על שמו בלשכת רישום המקרקעין. פיינגולד הפנה את ז'אק לעורך הדין שלו עצמו, המערער עו"ד ערד. עו"ד ערד החתים את ז'אק על ייפוי כוח בלתי חוזר כי הוא פועל בשמו. בהתאם לייפוי הכוח דאג עו"ד ערד לרישום הזכויות במספרה והחתמת ז'אק על שטר משכנתה בלתי מוגבלת שמכוחו הוא משכן את זכויותיו במספרה לטובת הבנק להבטחת תשלום חובותיו הפרטיים, חובות של שתי חברות הנמצאות בבעלות פיינגולד ושותף נוסף וחובות של פיינגולד ושל אותו שותף. את כספי ההלוואה שנטל ז'אק אינו מקבל ישירות מהבנק אלא מפיינגולד, דבר העורר את חשדו אך פיינגולד הרגיעו שמצב חברותיו איתן. עובדה זו מתבררת כבלתי נכונה, שכן החברות שז'אק ערב לחובן באופן בלתי מוגבל נקלעו לחובות וז'אק מצא עצמו חייב לבנק סכום הקרוב לארבע מאות אלף שקלים. בסופו של יום איבד ז'אק את המספרה שנמכרה על ידי כונס נכסים שמינה הבנק והוא הוכרז כפושט רגל שעדיין חייב כספים רבים לבנק.

ז'אק הגיש תביעת נזיקין נגד פיינגולד ועו"ד ערד. בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה נגד פיינגולד בקבעו שאמנם ז'אק ידע שהוא חותם על שטר משכנתה בלתי מוגבל לטובת חובות שאינן שלו אך התנהגותו של פיינגולד לקחה בחוסר תום לב במשא ומתן שקדם להסכמתו של ז'אק לערוב לחובות של אחרים והן בהטעיה לגבי מצב החברות. בית המשפט המחוזי קיבל גם את התביעה נגד עו"ד ערד וקבע שזה הפר את חובתו כלפי צד שלישי בכך שלא גילה לז'אק פרט מהותי לגבי העסקה, פרט שידע עורך הדין על היקף החובות של שתי החברות. בית המשפט למד כי עורך הדין ידע על היקפם של החובות גם אם לא ידע את סכומם המדויק מכך שהוא עצמו טיפל במשכון נכסים ורישום שעבודים להבטחת חובות של החברות. לחלופין קבע בית המשפט, שגם אם עורך דין אינו יודע את היקף החובות, הוא בבחינת מי שעצם את עיניו מלראות את היקפם. בית המשפט המחוזי לא הכריע בשאלה אם ז'אק היה לקוחו של עו"ד ערד כיוון שמכל מקום מצא שהיה על עו"ד ערד לדווח לז'אק "על מצבם העגום של החברות, הואיל והנזק שהיה צפוי לו היה ממשי וגלוי לעין".

עו"ד ערד ופיינגולד ערערו לבית המשפט העליון. המאמר יתמקד בערעור בענייניו של עו"ד ערד שבו נדרש בית המשפט לקבוע, ראשית, אם התקיימו יחסי עורך-דין-לקוח בין עו"ד ערד לז'אק. בהנחה שהתקיימו יחסים כאלה, האם הפר עו"ד ערד את חובותיו כלפי לקוחו ז'אק. שנית, בהנחה שז'אק לא היה לקוח, האם הפר עו"ד ערד את חובתו כלפיו כצד ג. הפרק הבא יעסוק בשאלה הראשונה. הפרק יציג תחילה את המבחנים שנקבעו בפסיקה הישראלית בעניין זה ואת החסר בהם. לבסוף נציג את הדרך הבעייתית שבה הגיע בית המשפט בעניין ערד למסקנה כי ז'אק היה לקוחו של עו"ד ערד.

לשמור על רצף, בעיקר עם הקטעים המצוטטים מתוך פסק הדין, אשתמש בשם זה במאמר. מעניין לציון שבעוד הניזוק מופיע בשמו הפרטי, שני הנתבעים בפרשה: עו"ד ערד ופיינגולד מופיעים בשם משפחתם. לבחירה בשמו הפרטי של הניזוק ולא בשם משפחתו ייתכן שיש משמעות. ראו שולמית אלמוג, "עיני המערער חשכו" בין הנרטיבי לנורמטיבי", מחקרי משפט טו (תש"ס)

ג. כיצד נוצרים יחסי עורך דין-לקוח

בתביעות בגין אחריות מקצועית השאלה אם נוצרו יחסי עורך דין-לקוח בין עו"ד ערד לז'אק היא שאלה מרכזית ומשליכה על כל הדיון בדיני נזיקין. אם ז'אק היה לקוח של עו"ד ערד מדובר באחריות כלפי לקוח, אך אם ז'אק אינו לקוח אלא צד שכנגד מדובר באחריות כלפי צד ג (בכללו צד שכנגד). המקרה הראשון אינו מעלה בעיה מיוחדת הואיל ובין עורך הדין ללקוח מתקיימים יחסים חוזיים היוצרים את הקרבה הנדרשת לצורך עילת תביעה (בחוזים ונזיקין).²¹ המצב שונה אם ז'אק הוא צד שכנגד בלתי מיוצג כי אז עולה השאלה אם במסגרת עוולת הרשלנות עו"ד ערד חב בחובת זהירות כלפיו ואם כן מה היקפה.

בחוק לשכת עורכי הדין ובכללים שנחקקו מכוחו אין כל הגדרה למונח "לקוח", המונח המרכזי ביותר בדינים המבקשים להסדיר התנהגות של עורכי דין. בפסיקה נקבע שהשאלה האם נוצרו יחסי עורך דין-לקוח היא שאלה עובדתית-אובייקטיבית שאינה מתבססת על תחושתו הסובייקטיבית של מי מהצדדים אלא שאלת חוק שיש להכריע בה על סמך עובדות.²² הבדיקה העובדתית-אובייקטיבית צריכה להתייחס לכמה מאפיינים שנקבעו בפסיקה. המאפיינים אינם מחייבים ואינם מצטברים כך שהכרעה מתבצעת בהתאם לכלל הנסיבות.²³ בפסק הדין המנחה בסוגיה בעניין שרמן נקבעו המאפיינים הבאים: (1) האם פנה הלקוח לעורך הדין בבקשה לייצג אותו; (2) האם קיבל עורך הדין על עצמו את הייצוג; (3) האם ניתן לטובת עורך הדין ייפוי כוח לטפל בעניין; (4) האם שולם שכר טרחה בעבור הטיפול; (5) האם נערכה ישיבת עבודה בין עורך הדין ללקוח שפורטו בה הרישות הלקוח.²⁴

מאפיינים נוספים שעלו בפסיקה הם: האם זהות הלקוח ידועה לעורך הדין; בחינת המידע המועבר; משך היחסים בין הצדדים; רמת האינטנסיביות של היחסים; סוג השירות הניתן, האם מדובר בשירות מקצועי שדרכם של עורכי דין לתת והאם יש לטיפול ולפעולות הנעשות בעבור הלקוח הקשר משפטי.²⁵ במאפיין האחרון יש לראות תנאי הכרחי, גם אם לא הכרח מספיק, שכן לב לבם של יחסי עורך דין-לקוח הוא השירות המקצועי המשפטי שרק עורכי דין מוסמכים לתת על פי החוק.²⁶ כך לדוגמה, מקום שדובר בו בהכנת מסמכים בעלי אופי משפטי וייעוץ בעניינים משפטיים (הצורך בעריכת צוואה חדשה) קבע בית המשפט

21. לדיון באחריות כלפי הלקוח מכוח החוזה ראו רנה סגילביץ, "חוזה למתן שירות עריכת-דין והאחריות בגין הפרתו - היבט השוואתי", ספר לנדוי (כרך ג, אהרן ברק ואלינער מזוז - עורכים, בורסי, תשנ"ה) 1465.

22. בד"מ 18/98 פורסם בעט ואתיקה 58 (2000) 5, בעמ' 9.

23. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 478.

24. שם, שם.

25. בד"א 51/88 עו"ד פלוני נ' הועד המרכזי, פדי"ם 1 ו 217 ("המרכיב העיקרי בהגדרת 'לקוח', הינו מתן שירותים מקצועיים לאדם שנתן ייפוי כוח בכתב או בעל-פה לעורך דין, לייצגו בכל פורום או לעשות עבורו כל פעולה שהיא"); בד"מ (ת"א) 69/82 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני, עו"ד, פדי"ם ד 21; ת"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 9).

26. סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, ס"ח 178 (קובע את עקרונות ייחוד המקצוע).

שהתקיימו יחסי עורך דין-לקוח.²⁷ מנגד, בפסק דין אמריקני נקבע שלא נוצרו יחסים היכן שעצת עורך הדין נגעה בפן הפיננסי של השקעת כספים.²⁸ עובדה נוספת הנבחנת על ידי בית המשפט היא האם על פי החוק מותר לעורך הדין לייצג גם את הצד שכנגד. אם אסור, בית המשפט מפעיל חוקה שנויה במחלוקת שלפיה עורך הדין מוחזק כמו שמקיים את הכללים ולפיכך לא התקיימו יחסי עורך דין-לקוח עם הצד שכנגד.²⁹ בעניין שרמן דובר בעורך דין של הקבלן שטיפל ברישום הדירה בעבור הקונים. הקונים טענו שעורך הדין ייצג אותם גם לעניין ההסכם, פעולה שהיא בניגוד לכללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות בדירות) האוסר על עורך הדין של הקבלן לייצג את הקבלן והקונה פרט לטיפול ברישום בעבור הקונים. בית המשפט מפעיל את החוקה ודוחה את טענת הקונים. חוקה זו הופעלה במקרה נוסף אף שלא דובר בעורך דין של הקבלן.³⁰

לדעתי, במסגרת המאפיין הבוחן האם עורך הדין קיבל על עצמו את הייצוג, יש להכיר גם בקבלת ייצוג מפורשת או משתמעת מן הנסיבות. קבלת ייצוג המשתמעת מן הנסיבות הוכרה כיוצרת יחסי עורך דין-לקוח ב"Restatement of the Law Governing Lawyers (2000). במצב זהו יחסי עורך דין-לקוח נוצרים כאשר אין עורך הדין מגלה חוסר הסכמה לייצוג במקום שהוא יודע או סביר שידע כי האדם סומך באופן סביר על עורך הדין שייצגו.³¹ מבחן זה המנוסח בדרך השלילה מטיל על עורך הדין חובה בפועל להבהיר ללקוח את טיב היחסים, שאם לא יעשה כן ייתכן שחוסר הבהירות תפורש לטובת הלקוח כיוצרת יחסים.

27. ה"פ (חי') 1283/94 הכט נ' שפאר (לא פורסם).

28. *Sheinkopf v. Stone*, 927 F.2d 1259, 1266 (1st. Cir. 1991) (להלן: עניין *Sheinkopf*) (בית המשפט בוחן את הדברים שאמר והפעולות שביצע עורך הדין ומגיע למסקנה שפעל כלפי התובע בתור יועץ השקעות).

29. נקל לראות את האבסורד שאליו מובילה חוקה זו. לפיה, עורך דין שהפר את הכללים וייצג את גם את הצד שכנגד וגרם לו עקב כך נזקים, לא יחויב לפצות אותו. גם אם מדובר בצד שכנגד תמים שלא ידע שאסור לעורך הדין לייצג אותו והאמין שעורך הדין דואג לענייניו, הוא לא יזכה לפיצוי. חוקה זו מביאה למצב שבו החוטא (עורך הדין) יוצא נשכר.

30. ע"א 2725/91 היינוביץ נ' גלעדי, פ"ד מח(3) 92 (להלן: ע"א היינוביץ), בעמ' 95-97; אבל ראו ע"א בכור (לעיל, הערה 13), שם דובר בתביעה שהגישה קונה של דירה כלפי עורך הדין של הקבלן שטיפל בעבורה ברישום. בית המשפט אינו מפעיל את החוקה ואינו מכריע בשאלה האם הקונה הייתה לקוחה של עורך הדין. הפעלה של החוקה במקרה זה, הדומה לע"א שרמן (לעיל, הערה 5), צריכה הייתה להביא למסקנה שעורך הדין פעל לפי הכללים וחוקה עליו שלא ייצג את הקבלן והקונה אלא רק טיפל בעבור הקונה ברישום.

31. The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) 14(1)(b). הסעיף קובע: A relationship of client and lawyer arises when: "(b) the lawyer fails to manifests lack of consent to do so, and the lawyer knows or reasonably should know that the person reasonably relies on the lawyer to provide the services;"

המבחן נקבע עוד קודם בפסיקה. ראו למשל: עניין *Sheinkopf* (לעיל, הערה 28), בעמ' 1266.

הבהרה זו יכולה לשאת צורה של אזהרה בכתב (disclaimer). כך לדוגמה, אזהרה שתאמר כי "השירות המשפטי הניתן על ידי עורך הדין ניתן לטובת המלווה ולא הלווה, וכי נאמר ללווה שמוטב לו לשכור עורך דין שידאג שהאינטרסים והזכויות שלו יהיו מוגנים".³² אני סבורה שהכרה גם בייצוג המשתמע מהנסיבות עתידה ליצור מודעות אצל עורכי הדין ולמנוע מצבים שבהם עורך הדין משאיר במתכוון את המצב מעומם כדי להותיר בידו "פתח מילוט" מחובותיו כלפי הלקוח בטענה שלא נוצרו יחסים.

בעניין עו"ד סילביו³³ דובר בחתימת חוזה הלוואה "בשוק האפור" אצל עורך הדין של המלווה (עו"ד סילביו). כיוון שדירת הלווים כבר הייתה משועבדת לבנק, והצדדים העריכו שהבנק לא יאפשר רישום משכנתה נוספת, הציע עו"ד סילביו לערוך "חוזה מותלה", ולפיו תימכר דירתם למלווה אם לא תיפרע ההלוואה. הלווים, שלא היו מיוצגים על ידי עורך דין, הפקידו בידי עו"ד סילביו ייפוי כוח בלתי חוזר לרשום הערת אזהרה לטובת המלווה וייפוי כוח בלתי חוזר המייפה את כוחו של עו"ד סילביו להעביר את הזכויות בדירה, שטר מכר וטופסי מס שבת. עו"ד סילביו שמר בידיה את המסמכים והטפסים האלה כנאמן. כמו כן השתתפו הלווים בשכר טרחת עו"ד סילביו. בהשתלשלות אירועים, שלא כאן המקום לפרטם, איבדו הלווים את דירתם ואת כל כספם ונותרו חסרי כול. בתביעה בעילת רשלנות שהגישו הלווים נגד עו"ד סילביו נטען שהוא ייצג גם אותם. דעת הרוב בבית המשפט העליון קיבלה את קביעת בית המשפט המחוזי בנקודה זו בקבעה כי נוצרו יחסי עורך דין-לקוח, כך שעורך הדין הנתבע שימש בה בעת כעורך הדין של המלווה והלווה. קביעה זו התבססה על ארבעה נימוקים המהווים, לגישתי, ביטוי של הדוקטרינה של "קבלת ייצוג משתמע מהנסיבות". הנשיא ברק בדעת הרוב מאריך ומפרט את שורת הפעולות שביצע עו"ד סילביו כלפי הלווים ולמענם ומציין כי עורך הדין "קיבל על עצמו לטפל בכל הצדדים המשפטיים של העסקה..."³⁴ וכי העובדה שדאג בראש ובראשונה לענייניו של המלווה אינה גורעת ממעמדם של הלווים כלקוחותיו.³⁵

דעת הרוב ודעת המיעוט בעניין עו"ד סילביו מבססות במידה רבה את הקביעה (ההפוכה) בשאלה האם נוצרו יחסי עורך דין-לקוח על השיקול בדבר מידת האמון שרכש הצד שכנגד הבלתי מיוצג לעורך הדין. לדעת כל השופטים יש לשיקול זה משקל רב, המחלוקת נוגעת ביישומו בנסיבות המקרה. שופט המיעוט, בניגוד לדעת הרוב, מגיע למסקנה כי בעת שנערך החוזה לא רכשו הלווים כל אמון, מלא או חלקי, לעורך הדין ולכישוריו המקצועיים.³⁶

32. זה תרגום של האזהרה שהביאה לדחיית טענת הלווה כי התקיימו יחסי עורך דין-לקוח בינו לבין עורך הדין של המלווה ב: *Williams v. Fortson*, 441 S.E.2d. 686, 687 (Ga. Ct. App. 1994); ראו גם: *Banc One Capital Partners Corp. v. Knepper*, 67 F.3d 1187, 1199 (5th Cir. 1995).

33. ע"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 12).

34. שם, פסקה 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

35. שם, שם.

36. שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין, ופסקאות 7-8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לגישה, מידת האמון היא נגזרת של קבלת ייצוג במשתמע הואיל ומקום בו קיים ייצוג משתמע נוצר גם אמון מלא בעורך הדין הנתפס בעיני הצד שכנגד כמי שדואג גם לענייניו כחלק מחובת הייצוג (המשתמע).

בעניין עו"ד ערד בחרה הערכאה הראשונה שלא להכריע בשאלה אם התקיימו בין עו"ד ערד לז'אק יחסי עורך דין-לקוח. אך בית המשפט העליון סבר שהיו בידי הערכאה הראשונה כל הנתונים הדרושים כדי לקבוע, כפי שהוא עושה, שז'אק היה לקוחו של עו"ד ערד. למסקנה זו בית המשפט מגיע על סמך עובדות מספר. ראשית, היקפו הרחב של יפוי הכוח הבלתי חוזר שחתם ז'אק לטובת עו"ד ערד נתן לעורך דין הרשאה למכור את מספרתו של ז'אק להשכירה, להעבירה, להחכירה, לשעבדה ולמשכנה. פסק הדין מוסיף ומדגיש שהיקף זה בא לביטוי בשימוש הרחב שעשה עורך הדין ביפוי הכוח כאשר רשם את המספרה על שם ז'אק ומשכן אותה לטובת הבנק כערובה לחיוב של ז'אק ושתי החברות של פיינגולד. שנית, תפקידו בפועל של עורך הדין בעבור ז'אק שלא התמצה רק באימות חתימתו של ז'אק על שטר המשכנתה אלא גם בייצוג בעסקת רישום הבעלות במספרה וברישום השעבוד עליה. שלישית, בית המשפט מסרב להסתמך על העובדה שייצוג של ז'אק בזמן שעו"ד ערד מייצג את שתי החברות של פיינגולד מעמיד אותו בניגוד עניינים אסור ומכאן שז'אק אינו יכול להיות לקוחו. בית המשפט מפנה להלכה לעניין ייצוג משותף של שני לקוחות בעלי עניינים מנוגדים, ולפיה אין בהסכמת עורך הדין לשרתם בעת ובעונה אחת כדי לפטור אותו מחובתו לפעול לטובת כל לקוח בנאמנות ומסירות, ועל עורך הדין לשאת בתוצאות המשמעותיות והאזרחיות הנובעות מהפרת החובה כלפי אחד הלקוחות.³⁷

ניתן לראות שהדרך שהלך בה בית המשפט בעניין עו"ד ערד מבוססת על שניים מהמאפיינים שנקבעו בפסיקה: יפוי הכוח שניתן לטובת עורך הדין וסוג השירות שביצע עו"ד ערד. בית המשפט מתעלם ממאפיינים נוספים שיכלו להוביל למסקנה אחרת למשל, האם פנה ז'אק לעו"ד ערד בבקשה לייצוג; האם קיבל על עצמו עו"ד ערד את הייצוג, ובייחוד שאלת משך היחסים ורמת האינטנסיביות שלהם.

דוגמה לחשיבות הקריטריון בדבר משך היחסים ורמת האינטנסיביות היא המחלוקת שנפלה בין שופט המיעוט שצידד רק בנקודה זו בפסק הדין של בית המשפט המחוזי לדעת הרוב בעניין עו"ד סילביו.³⁸ המסקנה השונה שלהם מקורה בראייה השונה של רמת היחסים ששררה בין עורך הדין לצד שכנגד, הלוויים הבלתי מיוצגים. לדעת שופט המיעוט בעליון ופסק הדין של המחוזי, אף על פי שדובר בשירות בעניין משפטי – חתימה על חוזה והענקת יפוי כוח לעורך הדין – רמת האינטנסיביות של היחסים הייתה נמוכה. מועד כריתת החוזה היה המועד הראשון שבו נפגש הלווה עם עורך הדין. כמו כן לא התקיימה שיחת ייעוץ משפטית נפרדת בין עורך הדין ללווה אלא רק שיחת רקע קצרה עובר לחתימת החוזה

37. ע"א עו"ד ערד (לעיל, הערה 13), בעמ' 379 מצטט את על"ע 2/80 פלוני נ' הועד המחוזי, פ"ד לד(4) 707, בעמ' 708; לשימוש בחוקה זו ראו ת"א (י-ם) 7211/90 קרני נ' עו"ד אטון (לא פורסם).

38. ת"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 9).

בהשתתפות כל הצדדים לעסקה.³⁹ תמונה שונה לחלוטין רואה הנשיא ברק בהתבססו על גרסת עורך הדין, ולפיה הוא קיים במשרדו שיחה מקדימה עם הלווים וקיבל מפיהם מידע על אודות הנסיבות האישיות שהביאו אותם ליטול את ההלוואה ושיתפו אותו בתכניותיהם הכלכליות. בהמשך הקריא עורך הדין את תוכן החוזה לשני הצדדים, בעודו מתעכב להשיב על שאלות שהפנו אליו הלווים ומוודא שהם מבינים היטב את תוכן החוזה בטרם חתמו. גם לאחר החתימה טיפל עורך הדין בכל הצדדים המשפטיים של העסקה לרבות רישום במרשם המקרקעין ותשלומי מסים והשתמש ביפוי כוח בלתי חוזר שחתמו הלווים לטובתו.⁴⁰ מהיתאור הזה, שעליו מתעכב בפירוט רב הנשיא ברק עולה מערכת יחסים אינטנסיבית שיש בה אף כדי להצביע על קבלה משתמעת של ייצוג, כפי שציינתי לעיל.

מנגד, פסקי הדין של שתי הערכאות בעניין עו"ד ערד אינם מפרטים לגבי משך ואינטנסיביות היחסים, וחסר מידע נוסף על טיב היחסים. בית המשפט לא בדק אם פרט לשתי הפגישות, הראשונה לצורך חתימת יפוי כוח בלתי חוזר לטובת עו"ד ערד והשנייה כעבור עשרה ימים לצורך חתימת שטר המשכנתה, האם התקיימו עוד פגישות ייעוץ משפטי בין השניים ומה היה טיבן, היקפן ומשכן של הפגישות שהתקיימו. עובדות אלו חשובות לצורך ההכרעה בייחוד מאחר שז"אק לא הכיר את עו"ד ערד לפני כן ונשלח אליו על ידי פיינגולד, לקוחו של עו"ד ערד והנהגה העיקרי משטר המשכנתה.

עובדות אלו חשובות גם לצורך הכרה בקבלת ייצוג משתמעת כמקימה יחסי עורך דין-לקוח, שהמלצתי לאמץ מהרסטייטמנט. בעניין עו"ד ערד קיימת קבלת ייצוג משתמעת במידה שלפנינו מקרה שבו סביר שעו"ד ערד ידע כי ז"אק סומך עליו שייצגו, הסתמכותו של ז"אק סבירה בנסיבות אלו, ועו"ד ערד לא הראה כלפי ז"אק חוסר הסכמה לייצוג. עורך דין המחזים אדם על יפוי כוח בלתי חוזר, מטפל בשטר המשכנתה שלו, רושם שעבודים על נכסיו של אותו אדם, סביר שידע שאותו אדם מסתמך עליו כמי שמייצג אותו וסביר שאותו אדם יחשוב שעורך הדין מייצג אותו. השאלה הנוגעת היא אם כן, האם בפועל הראה עו"ד ערד חוסר הסכמה לייצג את ז"אק. תשובה לשאלה זו יכולה להילמד ממספר הפגישות שהתקיימו בפועל, מטיבן, ממשכן וממה שנאמר בהן. עובדות אלו לא נבחנו למצער על ידי שתי הערכאות.⁴¹

נוסף על כך, החזקה שהופעלה בעניין שרמן ולפיה עורך הדין פועל לפי הכללים ואינו מייצג מקום שהדבר מהווה הפרה שלהם, צריכה להוביל למסקנה הפוכה מזו שבית

39. ע"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין.

40. שם, פסקאות 7-8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

41. בכמה פסקי דין בארצות הברית, עורך דין שייצג צד אחד לעסקה נקבע כמי שייצג גם את הצד שכנגד כאשר עורך הדין הציע וביצע בעבור הצד שכנגד שירותים משפטיים וזה הסתמך, הסתמכות סבירה, על עורך הדין. כך לדוגמה, עורך הדין של המלווה שהתנדב להסביר ללווה את המסמכים ולענות על שאלותיו. ראו: 611, 618 F.Supp. 659 *Nelson v. Nationwide Mortgage Corp.* (D.D.C. 1987); פסק דין זה ומקרים נוספים מובאים בהסבר לכלל הרסטייטמנט שנידון לעיל.

ראו: The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 14 Reporter's Note to cmt. e.

המשפט הגיע אליה בעניין עו"ד ערד. שכן לפי הכללים אסור היה לעו"ד ערד לייצג צדדים בעלי עניינים מנוגדים באותו עניין אלא אם מתקיים אחד החריגים הקבועים בכלל 14 – עריכת הסכם או טיפול בעניין שהצדדים הסכימו בכתב לייצוג המשותף.⁴² במקרה הזה אין מתקיים שום חריג, כי ההסכם שערך עורך הדין (הסכם המשכנתה) אינו הסכם בין הצדדים בעלי העניין המנוגד (פיינגולד וז'אק) ולא הוכח שהשניים נתנו את הסכמתם בכתב לייצוג המשותף. מכאן, שאם נקבע שז'אק היה אמנם לקוח, יוצא שעו"ד ערד פעל בניגוד לכללים כי ייצג צדדים מנוגדים באותו עניין בלא קיום לאחד החריגים. מנגד, הפעלת החוקה תביא למסקנה הפוכה, שלפיה עו"ד ערד ייצג רק את פיינגולד וז'אק לא היה לקוחו.

סיימנו את הדיון במישור הראשון המבקש לקבוע מתי יש לראות בצד שכנגד לקוח, כי אז החובה כלפיו היא הגבוהה ביותר. נקודת המוצא של המישור השני, שבו עוסק הפרק הבא, היא שלא נוצרו יחסי עורך דין-לקוח וכי מדובר בצד שכנגד ללקוח. במקרה כזה עולה השאלה האם קמה חובת זהירות של עורך הדין כלפיו ומה היקפה. הפרק הבא יסקור את המבחנים לקיומה של חובת זהירות כלפי צד ג (בכלל צד שכנגד) במשפט האנגלו-אמריקני.

ד. המבחנים לקיומה של חובת זהירות כלפי צד ג במשפט האנגלו-אמריקני

התנאי הפורמלי של "יריבות חוזית" שלפיו רק לקוח יכול לתבוע את עורך הדין אינו משמש עוד מחסום בפני תביעות של צד ג במסגרת עוולת הרשלנות.⁴³ הדיון במסגרת עוולת הרשלנות עוסק באחריות כלפי צד ג ככלל ואין הוא מבחין, כפי שמאמר זה עושה, בין צד שכנגד לצד ג רחוק יותר, או בין צד ג מיוצג או צד ג שאינו מיוצג. מסיבה זו הדיון בחלק זה יתרחק ממוקד המאמר – צד שכנגד בלתי מיוצג – ויעסוק בצד ג ככלל.

ארבעה יסודות לעוולת הרשלנות: (1) קיומה של חובת הזהירות של הנתבע כלפי התובע; (2) הפרת חובת הזהירות, התרשלנות; (3) קיומו של קשר סיבתי בין הפרת החובה על ידי הנתבע לנזק שנגרם לתובע; (4) יסוד הנזק.⁴⁴

אני מבקשת להתמקד רק ביסוד הראשון של עוולת הרשלנות הואיל ובו עולים המאפיינים המיוחדים למקרה של ייצוג מול צד בלתי מיוצג. השימוש הנעשה ביסודות הנוספים של עוולת הרשלנות אינו מעלה כמעט מאפיינים המיוחדים למקרה הנידון במאמר והוא נעשה כמו בתביעות רשלנות שמגשישים לקוחות כלפי עורך דינם או תביעות רשלנות כלפי בעלי מקצוע אחרים.⁴⁵

42. כלל 14(ב) וכלל 14(ד) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

43. לעיל, הערה 14.

44. לדיון ביסודות עוולת הרשלנות ראו את פסק הדין המנחה ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 113, בעמ' 122-134; לביקורת על המצב הקיים ראו אריאל פורת, "דיני הנזיקין: עוולת הרשלנות על-פי פסיקתו של בית המשפט העליון מנקודת-מבט תיאורטית", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (1996-1997) 373.

45. שאלת התקיימות של יסוד הקשר הסיבתי בתביעה שהגיש צד ג נגד עורך הדין עלתה בע"א היינובויץ (לעיל, הערה 30). היסוד השלישי מעלה שאלות מיוחדות בתביעות אחריות מקצועית שמגיש לקוח נגד עורך דינו בטענת רשלנות בייצוג בפני בית משפט. כאן השאלה העולה היא

נפנה, אם כן, לסקור את המבחנים לקביעת קיומה והיקפה של חובת זהירות כלפי צד ג כפי שעלו בפסיקה בארצות הברית ובאנגליה. המבחן העיקרי בארצות הברית, שלפיו יבדוק בית המשפט אם חלה על עורך דין חובת הזהירות כלפי צד ג, נקבע בפסק הדין הנודע – *Biakanja v. Irving*.⁴⁶ שם קבע בית המשפט העליון של קליפורניה בשנת 1958 כי הדרישה מהתובע להראות יריבות חווית עם הנתבע כתנאי לתביעתו אינה מתקיימת עוד. בית המשפט קבע עוד שהמבחן שלפיו יוחלט אם הנתבע חב חובת זהירות כלפי צד ג, שאין לו עמו יריבות חווית, הוא עניין של מדיניות שיפוטית שבמסגרתה יש לאזן בין שיקולים מספר. פסק הדין עצמו מונה שישה שיקולים אך מציין שרשימת השיקולים פתוחה ומשתנה. מבחן זה, המצוטט מאז באין-ספור פסקי דין, ואנגליה בכללם, הפך להלכה המרכזית בכל הנוגע באחריות עורך דין כלפי צד ג, לתביעות רשלנות בגין נזק כלכלי ולדיני הרשלנות ככלל.⁴⁷ ששת השיקולים הם: (1) האם העסקה או הפעולה עמדה להשפיע על התובע; (2) צפיות הנזק שנגרם לתובע; (3) מידת הוודאות כי התובע אכן סבל נזק; (4) מידת הקשר בין התנהגות הנתבע לנזק שנגרם; (5) האשם המוסרי שבדק בהתנהגות הנתבע; (6) המדיניות לגבי מניעת נזק עתידי.⁴⁸

האם אלמלא התרשלותו של עורך הדין היה הלקוח מנצח במשפט; להרחבה ראו יעקב (לעיל, הערה 5), בעמ' 21-22, 58-64 (במטרה להתגבר על הקושי בהוכחת הקשר הסיבתי במקרים אלו המחבר מציע לאמץ את דוקטרינת הערכת הסיכויים או הסיכונים. לפי גישה זו, שכבר אומצה בפסיקה הישראלית בתביעות בגין אחריות מקצועית של רופאים, על התובע להראות "בהסתברות של יותר מ-50%, כי התרשלותו של עורך-הדין גרמה לו נזק. באשר לשאלה מהו הנזק שנגרם, כאן ייעזר בית המשפט בדוקטרינה של הערכת הסיכויים/הסיכונים. דרישות אלו מטילות אומנם על הלקוח נטל כבד, אך הוא קל לאין שיעור מהוכחה היפותטית, כמעט בלתי-אפשרית, בהסתברות של יותר מ-50%, כי לולא התרשלותו של עורך הדין הייתה תוצאת פסק הדין משתנה". שם, בעמ' 62.

46. עניין *Biakanja* (לעיל, הערה 14).

47. Jay M. Feinman, *Economic Negligence* (1995), 134-139, מציין פסקי דין שבהם הוחל המבחן על בעלי מקצוע אחרים כגון, רואי חשבון ויועצי השקעות.

48. עניין *Biakanja* (לעיל, הערה 14), בעמ' 650-651 (מטרת הצוואה, שבהכנתה התרשל עורך הדין, הייתה להעביר את כל רכוש המנוח לתובעת. פסילת הצוואה גרמה לכך שהתובעת קיבלה רק שמינית מרכוש המנוח). אין זה מקרי שפסקי הדין הראשונים שבהם בוטלה הדרישה ליריבות חווית עסקו בטיפול בצוואה; ראו גם: *Lucas v. Hamm*, 364 P.2d 685 (Cal. 1961).

עניין *Biakanja* עסק בנהנה לפי צוואה שטיפל בה עורך הדין שברור שהשיקול הראשון מתקיים לגביו שכן מטרת הצוואה היא להיטיב עם התובע. השיקול האם עמדה העסקה להשפיע על התובע נעשה בעייתי במקום שמדובר בפעולות שביצע עורך הדין של אחד הצדדים שמטרתן להוציא את העסקה לפועל, שכן כאן קשה לקבוע בבירור שמטרת הפעולה היא להיטיב עם הצד האחר לעסקה. ואמנם בפסק דין *Goodman* סירב בית המשפט בקליפורניה להכיר, במסגרת מבחן איוון השיקולים, בקיומה של חובת זהירות של עורך הדין של מוכרי מניות כלפי צדדים לעסקה שרכשו את המניות. עורך הדין שם ייעץ ללקוחותיו שמכירת המניות בדרך מסוימת אינה גוררת השלכות מסוימות. התברר שעצה זו, שלא נמסרה לצד שכנגד, הייתה מוטעית

אף על פי שמבחן איוון השיקולים מנוסח בגמישות, פירשה הפסיקה האמריקנית על פי רוב את השיקול הבוחן האם העסקה עמדה להשפיע על התובע באופן מצמצם כך שחובת זהירות נקבעה רק במצבים שהתובע היה האדם שאמור ליהנות מהשירות המשפטי שנתן עורך הדין. דהיינו, שהלקוח ועורך דינו, שניהם התכוונו ורצו שהתובע יהיה הנהנה של השירות המשפטי.⁴⁹ על בית המשפט לבחון אם הייתה בפועל כוונה ספציפית להטיב עם התובע, ולא "אם יכלה להיות" כוונה כזאת. התחושה או האמונה הסובייקטיבית של התובע אינה רלוונטית. אך אין זה אומר שעורך הדין יכול לעשות שימוש מניפולטיבי באי-התבונה של הצד שכנגד, שכן אם תחושת הצד שכנגד סבירה ונוצרה בעידודו של עורך הדין, כי או כן תוכר חובת זהירות. ולכן העצה הניתנת לעורכי דין אמריקנים כדי להימנע מאחריות כלפי צד ג היא להודיע לו, רצוי בכתב, שאינו יכול להסתמך על עצת עורך הדין ועל שירותיו.⁵⁰

עוולה נוספת שעליה הפסיקה האמריקנית מבססת אחריות כלפי צד ג היא העוולה של מצג שווא רשלני. עוולה זו נפרדת מעוולת הרשלנות שנידונה לעיל הואיל ואינה מבוססת על הפרת חובת זהירות אלא על חובה עצמאית כלפי צד ג, חובה שמקורה במודעות עורך הדין לכך שצד ג מסתמך על המצג ועל כוונת עורך הדין שזה יסתמך על המצג.⁵¹ לעומת זאת במשפט האנגלי ובעקבותיו במשפט הישראלי (שיידון בהמשך) אין דיכוטומיה בין שתי העוולות ומצג שווא רשלני נתפס כחלק מעוולת הרשלנות. המשפט האנגלי משתמש במצג

והקונים סבלו מאותן השלכות. נקבע כי ככלל לא ניתן להסיק שצד לעסקה רוצה להיטיב עם הצד שכנגד. זאת ועוד, באותו מקרה לא נמסרה העצה לקונים ולכן לא יכלו להסתמך עליה בהחלטתם לרכוש את המניות. ראו: *Goodman v. Kennedy*, 18 Cal. 3d 335; 556 P.2d 737 (Ca. 1976) (להלן: עניין *Goodman*). החשש שמנע את הטלת חובת הזהירות בעניין *Goodman* היה שהרחבת האחריות כלפי צד ג תמנע מעורך דין לפעול במסירות לטובת ענייניו של הלקוח ובכך תפגע יתר על המידה בחובה כלפי הלקוח. אותו חשש הביא את בית המשפט לקבוע, במקרה אחר, שאין חובת זהירות של עורך דין של המוכרים כלפי סוכן הנדל"ן שטיפל בעסקה מטעם הקונים והמוכרים גם יחד. ראו: *ST. Paul Title Co. v. Meier*, 181 Cal. App. 3d 948; 952 (Cal. Ct. App. 1986) (סוכן הנדל"ן נתבע על ידי הקונים בגין הפרת חוזה ולכן ביקש לתבוע את עורך הדין של המוכרים באותה עסקה).

49. Ronald E. Mallen and Jeffrey M. Smith, *Legal Malpractice* (5th ed., Vol. 1, West Group, St. Paul, 2000), 702. מציינים שם בהערות 38-40 שורה של פסקי דין שהביעו עמדה זו.

50. שם, בעמ' 703 והאסמכתאות המובאות שם. ראו להלן, פרק 2.1, העוסק בסוגיה של מתן אזהרה לצד שכנגד על ידי עורך הדין.

51. Feinman (לעיל, הערה 47), בעמ' 740-741 (מצייין שפסקי דין רבים שהתבססו על דוקטרינה זו עסקו בחוות דעת רשמית של עורך הדין); רשימה של פסקי דין במדינות השונות שיישמו את הדוקטרינה מצויה אצל: Mallen and Smith (לעיל, הערה 49), בעמ' 740, הערה 14; ראו גם: John H. Bauman, "A Sense of Duty: Regulation of Lawyers Responsibility to Third Parties by the Tort System", 37 *S. Tex. L. Rev.* (1996) 995, pp. 1012-1017 (מצייין שהשימוש במבחן הצד של מצג שווא רשלני הקבוע ברסטייטמנט יכול להביא לצמצום אחריות עורך הדין רק למצבים שבהם עורך הדין מודע להסתמכות על המידע שמסר).

שווא רשלני כבסיס לחובת זהירות במסגרת עוולת הרשלנות.⁵² מסיבה זו אתייחס לדוקטרינה של מצג שווא רשלני במסגרת המבחנים לקביעת קיומה של חובת זהירות לפי עוולת הרשלנות. ברוב המדינות בארצות הברית העוולה של מצג שווא רשלני מבוססת על Restatement of Torts § 552 (second) (הגם שאין לרסטייטמנט תוקף מחייב).⁵³ הסעיף מטיל אחריות על נותן המצג כאשר מתקיימים התנאים המצטברים הבאים: (1) מצג לא נכון באופן מלא או חלקי; (2) התובע הסתמך באופן מוצדק על המצג; (3) הנתבע התכוון שהמצג יגיע לתובע; (4) הנתבע התכוון שהמצג ישפיע על התובע.⁵⁴

במשפט האמריקני, מבחן נוסף לקיומה של חובת זהירות נקרא – Undertaking or Reliance, ובעברית – "נטילה וולונטרית של אחריות".⁵⁵ לפי המבחן, אחריות עורך הדין קמה כאשר עורך הדין מניח ונוטל על עצמו אחריות (במובן של responsibility) כלפי צד ג המסתמך ותלוי בעורך הדין.⁵⁶ לדוגמה, בפסיקה נקבע כי חובת זהירות של עורך דין של המלווה כלפי הלווה מתקיימת כאשר עורך הדין הסביר ללווה את תניות החוזה וענה על שאלותיו, והסתמכות הלווה על עורך הדין הייתה סבירה וצפויה באותן נסיבות.⁵⁷ הפסיקה

52. כך לדוגמה, עורך דין שהמליץ על יושרו ועל אמינותו של לקוחו בפני צד ג, שהסתמך על הצהרה זו והתקשר עם הלקוח בעסקה, התברר שהלקוח הוא אסיר משוחרר בערבות באשמה של עבירת מרמה מאותו הסוג שביצע כלפי צד ג. נקבע כי עורך הדין חב חובת זהירות כלפי צד ג והיה עליו לבדוק ולאמת תחילה את המלצתו. ראו: *Edward v. Lee* (1991) 141 *New L. J.* 1517; מנגד, במקרה אחר, לא הוטלה אחריות על עורך דין של המוכר שהצהיר כלפי עורך הדין של הקונה, שלמיטב ידיעת לקוחו אין במקרקעין זכויות לאנשים נוספים, זולת ללקוח. כאן, לאחר שהתבצעה העסקה התבררה הצהרה זו כלא נכונה הואיל ולפלוגי היו זכויות באותן מקרקעין, דבר שהפחית מערך המקרקעין, שנרכשו על ידי הקונה במחיר מלא על סמך המצג. ראו: *Gran Gelato Ltd. v. Richcliff Ltd.*, 1 All E.R. 865 (ch) [1992] Ch. 560 (ההחלטה מציינת שיהיו מקרים שבהם כן יחוב עורך הדין של המוכר בחובה כלפי הקונה. שם, בעמ' 570-572).

53. Restatement of the Law, Torts (second) § 552.

54. כך לדוגמה, במדינת טקסס שלכלל היריבות החוזית בה עדיין יש השפעה עצומה, הכיר בית המשפט העליון, בהתבסס על הסעיף, בקיומה של חובת זהירות של עורך דין כלפי הצד שכנגד למשא ומתן. ראו: *McCamish, Martin Brown & Loeffler v. F.E. Appling Interests*, 991 S.W.2d 787, 791 (Tex. 1999) (פסק הדין מסביר שסעיף 552 חל על עורכי דין ואין הוא עומד בסתירה לכלל היריבות החוזית). שם, בעמ' 791.

55. יש להבחין בין מבחן זה לבין חובה כנאמן – fiduciary duty, שהיא חובה הקמה בעקבות מערכת יחסים מסוימת. למשל, עורך דין של המוכר המשמש כנאמן בעבור הקונה לעניין הכספים שזה הפקיד בידיו. לעומת זה המבחן של "נטילה וולונטרית של אחריות" עוסק בחובת זהירות הקמה בעקבות פעולה מסוימת של עורך הדין (הנוטל אחריות) ושל צד ג (המסתמך על עורך הדין). להרחבה בסוגיית החובה כנאמן ראו: *Jackson & Powell on Professional Negligence* (5th ed., 2002), 67-70.

56. Feinman (לעיל, הערה 47), בעמ' 290-294.

57. עניין *Nelson* (לעיל, הערה 41), בעמ' 618 (פסק הדין הובא בחלקו הקודם של המאמר, שעסק בהיווצרות יחסי עורך דין-לקוח, כדוגמה למבחן שלפיו מתקיימים יחסים מקום שעורך הדין ידע, או יש להניח שידע שהצד שכנגד מסתמך עליו, הסתמכות סבירה באותן נסיבות).

האמריקנית אינה מסתפקת תמיד בהסתמכות אלא דורשת מצב של תלות של צד ג בעורך הדין שנטל על עצמו לבצע פעולה בקשר לעסקה.⁵⁸ קטגוריה נפרדת של מצבים שהוכרה בהם חובת זהירות כלפי צד ג היא חוזה לטובת צד שלישי.⁵⁹ כאן נקבעה חובת זהירות כלפי צד ג שהוא הנהגה של חוזה מתן השירות שבין עורך הדין והלקוח. דוגמה בולטת שעסק בה גם פסק הדין המנחה בארצות הברית, היא במקרה של נהנה על פי צוואה כאשר הצוואה נפסלת בשל פגם שנבע מהתרשלות עורך הדין שהכין אותה.⁶⁰

בשנת 2000 פורסם ה־Restatement of the Law Governing Lawyers שטרם זכה לאימוץ במדינות. סעיף 51 מאמץ את הדוקטרינה של רשלנות בכך שהוא קובע את המצבים שבהם קיימת חובת זהירות כלפי מי שאינו לקוח (המינוח האמריקני לצד ג הוא "nonclient"). סעיף קטן 1 עוסק בלקוח עתידי. לענייננו שייכים סעיפים קטנים 2-4 שיובאו להלן בנוסחם המלא:

§ 51. Duty of Care to Certain Nonclients For purposes of liability under § 48, a lawyer owes a duty to use care within the meaning of § 52 in each of the following circumstances:

(2) to a nonclient when and to the extent that:

(a) the lawyer or (with the lawyer acquiescence) the lawyer's client invites the nonclient to rely on the lawyer's opinion or provision of other legal services, and the nonclient so relies; and

(b) the nonclient is not, under applicable tort law, too remote from the lawyer to be entitled to protection;

58. כך לדוגמה, עורך דין של קוני מגיות נטל על עצמו לדאוג לכך שלקוחותיו יחתמו על שטר ביטחון לטובת המוכרים כפי שהתחייבו בחוזה. באופן זה נוצרה למוכרים תלות מלאה באותו עורך דין וללא התחייבות לא היו מסכימים לעסקה. כאשר סירבו לקוחותיו לחתום על השטר הזה וחתמו על שטר שונה ממה שהובטח למוכרים, בעוד הוא מסייע להם, לא הודיע עורך הדין על כך לעורך הדין של המוכרים. בית המשפט ראה את הפרת החובה כלפי הצד שכנגד לעסקה בשניים: באימתן ההודעה כאמור בתוך זמן סביר, ובעזרה שנתן ללקוחותיו בחתימה על השטר השני, פעולה בניגוד מוחלט למה שנטל על עצמו לעשות – לדאוג שלקוחותיו יחתמו על השטר הראשון. ראו: *Stewart v. Sbarro*, 142 N.J. Super. 581; 362 A.2d 581 (1976). הלכה זו אומצה בשורה של פסקי דין ובבית המשפט העליון של ניו ג'רסי ב־*Petrillo v. Bachenberg*, 139 NJ 472 (1995).

59. Feinman (לעיל, הערה 47), בעמ' 287-289.

60. *Guy v. Leiderbach*, 459 A.2d 744 (Pa. 1983) (עורך הדין שערך את הצוואה הורה לתובעת, שהופיעה בצוואה כנהנית ומוציאה לפועל, לשמש כעדה עובדה שהביאה לפסילתה. לכן היא תבעה את עורך הדין על אבדן הירושה הצפויה לפי הצוואה). בישראל, צוואה אינה נחשבת לתווה. לכן השימוש בדוקטרינה של חוזה לטובת צד שלישי לא יתאפשר במצב של צוואה אלא רק בחוזים אחרים.

- (3) to a nonclient when and to the extent that:
- (a) the lawyer knows that the client intends as one of the primary objectives of the representation that the lawyer's services benefit the nonclient;
 - (b) such a duty would not significantly impair the lawyer's performance of obligations to the client; and
 - (c) the absence of such a duty would make enforcement of those obligations to the client unlikely; and
- (4) to a nonclient when and to the extent that:
- (a) the lawyer's client is a trustee, guardian, executor, or fiduciary acting primarily to perform similar functions for the nonclient;
 - (b) the lawyer knows that appropriate action by the lawyer is necessary with respect to a matter within the scope of the representation to prevent or rectify the breach of a fiduciary duty owed by the client to the nonclient, where (i) the breach is the crime or fraud or (ii) the lawyer has assisted or is assisting the breach;
 - (c) the nonclient is not reasonably able to protect its rights; and
 - (d) such a duty would not significantly impair the performance of the lawyer's obligations to the client.⁶¹

סעיף קטן 2 מטיל חובה כאשר עורך הדין או הלקוח (בידיעת עורך הדין) מוזמן את צד ג להסתמך על השירות המשפטי של עורך הדין, ואמנם צד ג מסתמך. בתנאי שדיני הניזקין של המדינה אינם פוסלים את הטלת האחריות בגלל ריחוקו של צד ג הניזוק מעורך הדין כך שאינו זכאי להגנה. הדוגמה הבולטת למצב כזה אפשר לראות בחוות הדעת שמוסר עורך הדין לטובת לקוחו בעבור צד ג. כך למשל, עורך דין של לווה המוסר מכתב למלווה, שלפיו אין שעבודים על נכסי הלווה.⁶²

סעיף קטן 4 מטיל חובה במצבים שבהם עורך הדין פועל בעבור לקוח הנמצא בתפקיד ספציפי של נאמן לטובת צד ג. חובת הלקוח לפעול כנאמן לטובת צד ג מביאה לכך שחובת עורך הדין כלפי צד ג אינה מתנגשת עם חובותיו כלפי הלקוח.⁶³ ההערה העוסקת ברציונל לכלל מבקשת להבהיר כי אחריות עורך דין כלפי צד ג עומדת בסתירה לחובת הנאמנות והמסירות כלפי הלקוח ועלולה לפגוע בה, ולכן החובה קמה רק

61. The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 51.

62. במצב זה הטילה הפסיקה האמריקנית חובה על עורך הדין של המלווה כלפי הלווה. ראו למשל: *Greycas, Inc v. Proud*, 826 F.2d 1560 (7th Cir. 1987), cert. denied, 484 U.S. 1043 (1988); *National Bank v. Trans Terra Corp.*, 142 F.3d 802 (5th Cir. 1998) (המכתב שניתן למלווה עסק בסוג הבעלות שיש ללווה); *Roberts v. Ball*, 128 Cal. Rptr. 901 (Cal. Ct. App. 1976).

63. The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 51 cmt. h.

בנסיבות המצומצמות המפורטות בסעיף⁶⁴ עם זאת, הכלל עצמו הרחיב מאוד את חובת הזהירות בהשוואה לפסיקה ולמצב הקיים, ובכך עוסקת עיקר הביקורת שהופנתה כלפי הכלל.⁶⁵ סעיף קטן 3 מרחיב את השיקול שנקבע בפסק דין *Biakanja*, הבוחן האם נועדה העסקה להשפיע על התובע. כפי שציינתי, הפסיקה האמריקנית פירשה על פי רוב את השיקול הזה באופן מצומצם כך שחובת זהירות נקבעה רק במצבים שהתובע היה האדם שאמור ליהנות מהשירות המשפטי שנתן עורך הדין. בניגוד לכך קובע סעיף קטן 3 שהחובה לא קמה אם צד ג הוא הנהגה מהשירות המשפטי של עורך הדין אלא שאחת המטרות העיקריות של השירות המשפטי תהיה לטובת צד ג.

ביקורת נוספת כנגד הכלל שנקבע עסקה בכך שהתנאי הקבוע בסעיף קטן 3(b) עוסק בהשפעה שיש לקביעת חובת הזהירות על מערכת היחסים הספציפית בין עורך הדין ללקוח ובכך מתעלם משיקול מדיניות רחב יותר הבוחן את השפעת החובה על יחסי עורך דין-לקוח ככלל. לפי ביקורת זו, שיקולי המדיניות אינם צריכים להתברר על בסיס אדי-הוק אלא על ראייה רחבה של האפשרות להשפעה שלילית על היחסים בעתיד.⁶⁶ שכן, הטלת חובת זהירות על עורך הדין כלפי הצד שכנגד עלולה לפגוע לא רק במתן השירות ללקוח הספציפי אלא גם לערער את אמון כל הלקוחות בעורכי דינם ולפגום באיכות השירות שמעניקים עורכי הדין.⁶⁷

באנגליה הוכרה לראשונה אחריות במסגרת עוולת הרשלנות כלפי מי שאינו לקוח בפסק הדין *Ross v. Caunters*.⁶⁸ החלטה, הנחשבת למנחה בתחום, יכולה להתפרש כפי שאמנם קרה בפועל, כמתבססת על עקרון "השכנות" שנקבע בפסק דין *Donoghue*,⁶⁹ אך גם כמתבססת על מצג שווא רשלני שנקבע בפסק דין *Hedley Byrne*,⁷⁰ (אף על פי שלא דובר במצב של מצג שווא, הסתמך בית הלורדים על פסקי דין שעוסקים במצג שווא). נוסף על כך, במסגרת הדיון בחובת הזהירות הפסיקה האנגלית מתבססת גם על המבחן של "נטילה וולונטרית של אחריות".⁷¹ באחד מספרי הנויקין הכותבים מסכמים את ההלכה לעניין חובת זהירות של סוליסטר כלפי צד ג באופן הבא:

64. שם, § 51 cmt. B.

65. ראו, למשל: *Mallen and Smith* (לעיל, הערה 49), בעמ' 697-698.

66. שם, בעמ' 698.

67. דיון נרחב בשיקול זה יובא להלן בפרק 1.1 במסגרת הדיון בחסר במשפט הישראלי.

68. *Ross v. Caunters (a firm)* [1979] 3 All E.R. 580 (ch.). (עורך דין ערך צוואה בפני אשתו של אחד היורשים המיועדים מה שהביאה לביטול הצוואה. האישה תבעה את עורך הדין בגין אבדן חלקה בירושה הצפויה עקב רשלנותו. בית המשפט חייב את עורך הדין לפצותה). להסבר על עירוב המכתמים בפסק דין זה ראו: *Ray Hodgkin Professional Liability: Law and Insurance* (ed., 1996), 476-477.

69. *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562. עקרון השכנות קובע שחובת הזהירות להימנע מסיכון בלתי סביר מתקיימת כלפי מי שעשוי להיפגע מן המעשה בצורה כה קרובה וישירה עד כי הייתי חייב לראותו נפגע שעה שכיוונתי למעשה או לחוסר המעשה.

70. *Hedley Byrne v. Heller* [1964] A.C. 465.

71. לסקירה ודיון על הפסיקה האנגלית, ראו: *Hodgkin* (לעיל, הערה 68), בעמ' 544-552.

A solicitor will generally only owe a duty of care to a third party where either (1) there is identity of interest between the client and the third party, and the performance of the duty to the client is intended to benefit the third party, or (2) he gives advice or information, intending that a person other than the client act on that advice or information, without other independent professional advice, or (3) he has specifically undertaken a responsibility to the third party independent from his status as the client's adviser.⁷²

ניתן לראות כי בדומה לרסטייטמנט האמריקני גם כאן, האחריות היא במסגרת עוולת הרשלנות. השאלה כאן היא מתי קיימת חובת זהירות כאשר במצב הראשון והשני מבוססת חובת הזהירות על המבחנים של מצג שווא רשלני ואילו במצב השלישי מבוססת חובת הזהירות על מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות".

ה. הדין המצוי בישראל – השיקולים בקביעת קיומה של חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג

בישראל, כמו באנגליה ובארצות הברית, אחריות עורך הדין כלפי צד ג נבחנת במסגרת עוולת הרשלנות.⁷³ פסק הדין המנחה בסוגיה הוא עניין שרמן.⁷⁴ פסק הדין בעניין היינבוין המשיך את ההלכה שנקבעה בעניין שרמן, ובמסגרת הדיון בשאלת קיומה של חובת זהירות מצטט בהסכמה את מבחן האיזון שנקבע בפסק דין *Biakanja*, וכפי שאראה בפרק זה, הוא עושה בו שימוש נכון, תוך הוספת שיקולים נוספים. מעבר לכך, פסק הדין משתמש במבחנים נוספים כדי לבחון אם קיימת חובת זהירות: הראשון, בית המשפט רואה כאן מצב של חוזה לטובת צד ג⁷⁵ וגם מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות".⁷⁶ במתווה זה הולכת הפסיקה

72. *Clerk & Lindsell on Torts* (16th ed., 1989), 653-654.

73. ראו שנהב ולויתן (לעיל, הערה 5), בעמ' 180.

74. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 470 ("אולם כאמור, בעיקרם של דברים תהייה החבות בנויקין בדרך כלל בשל מעשה רשלנות..."), וכאן בא ציטוט של סעיף 35 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, דמ"י 266. לפסק הדין בעניין שרמן קדם פסק דין אחר של בית המשפט העליון שלא צוטט בפסקי דין מאוחרים ולא הפך להלכה בסוגיה – רע"א 196/88 טומשבסקי נ' אופנהיימר, פ"ד מב(4) 365.

75. ע"א היינבוין (לעיל, הערה 30), בעמ' 101. פסק הדין מביא כדוגמה לפסק דין שבו הופעלה הדוקטרינה של חוזה לטובת צד ג את פסק הדין האנגלי בעניין *Ross v. Caunters*. פסק דין זה, שנידון לעיל במאמר, אינו מבוסס כלל על דוקטרינה זו לקיומה של חובת הזהירות אלא על שני מבחנים אחרים דווקא (עקרון השכנות ומצג שווא רשלני). הדבר היחיד המתאים למצב של חוזה לטובת צד ג (ומכאן, ככל הנראה, הטעות בשיוכו) הן עובדות המקרה (תביעת נהנה לפי צוואה שהפסיד את ירושתו הצפויה בגלל רשלנות עורך הדין). נוסף על כך, לא ייתכן שפסק הדין האנגלי חוזה הפעיל את הדוקטרינה של חוזה לטובת צד שלישי שכן עד לאחרונה לא הכיר המשפט האנגלי בדוקטרינה זו. ראו: *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*.

76. ע"א היינבוין (לעיל, הערה 30), בעמ' 102. שם נאמר: "... נקבע בכל זאת בפסיקה ועל-ידי

בישראל הלומדת על השיקולים לעניין קיומה והיקפה של חובת הזהירות שחב עורך דין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג, בראש ובראשונה, ממבחן איוון השיקולים שאומץ אצלנו מפסק הדין *Biakanja*,⁷⁷ אך גם ממבחן "נטילה וולונטרית של אחריות",⁷⁸ והמבחן המבוסס על הדוקטרינה של חוזה לטובת צד ג.⁷⁹

חריג למתווה זה הוא פסק הדין בעניין עו"ד סילביו המתעלם לחלוטין ממבחן איוון השיקולים ומתבסס על המבחן "נטילה וולונטרית של אחריות",⁸⁰ ולראשונה עושה שימוש במבחן של מצג שווא רשלני (כחלק מעוולת הרשלנות).⁸¹ שופט המיעוט בעניין עו"ד

המלומדים בארצות הברית ובאנגליה, כי עורך דין המייצג מוכר מקרקעין אכן חב חובת זהירות כלפי הרוכש, כאשר עורך הדין מודע לכך כי הרוכש טומך עליו, וכאשר התנהגותו של עורך הדין חורגת מקנה מידה סביר של מקצועיות עריכת הדין. מופיעה שם הפניה לפסק הדין אמריקני של בית המשפט העליון של מדינת טנסי: *Collins v. Binkley* 750 S.W.2d 737 (1988). פסק דין זה מבוסס על העוולה של מצג שווא רשלני שכפי שציינתי, היא נחשבת בארצות הברית לעוולה הנפרדת מעוולת הרשלנות. לכן השימוש של בית המשפט בעניין היינוביץ בפסק דין זה כדי לבסס מבחן לקיומה של חובת הזהירות (השייכת לעוולת הרשלנות) אינו מתאים.

77. ראו ת"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 9), חלק 30. פסק הדין נדרש ליישום מפורט של כל אחד מששת השיקולים שנקבעו בעניין *Biakanja* כדי לבסס את קיומה של חובת זהירות כלפי צד ג. זר – ילדי בני הווג והסתבת שהתגוררו בדירה ששעבדו ההורים (הצד שכנגד הבלתי מיוצג) לטובת המלווה בשוק האפור שייצג עורך הדין הנתבע.

78. ראו ע"א בכור (לעיל, הערה 13), בעמ' 215; ת"א (ב"ש) 3086/98 בנק הפועלים נ' מנחל מקרקעי ישראל (לא פורסם) (להלן: ת"א בנק הפועלים); ע"א (חי') 4190/96 יורשי עו"ד ברג נ' גיגי (לא פורסם) (להלן: ע"א יורשי עו"ד ברג); ע"א (חי') 115/93 עו"ד חיון נ' קפלן (לא פורסם) (להלן: ע"א עו"ד חיון). פסקי דין אלו יידונו בהרחבה בפרק זה.

הפסיקה בישראל משתמשת במבחן של "נטילה וולונטרית של אחריות" בקביעת חובת זהירות במקרים נוספים, לדוגמה, לגבי חובת הזהירות שחב בנק כלפי לקוח. ראו ע"א 5893/91 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח, פ"ד מח(2) 573 (להלן: ע"א בנק הטפחות). בעמ' 595 נאמר: "לכן, משנקבע בארץ כי מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח היא מערכת יחסים שמטילה מעצם הגדרתה חובת אמון על הבנקים, הרי שרמת הסתמכותו של הלקוח ופעולותיו של הבנק תשפעה לא על עצם יצירתה של החובה, כי אם על היקף החובה ומידתה. כאמור, היקף החובה ומידתה ישתנו על פי הנסיבות במקרים השונים בהתאם למהות היחסים ודרך פעולתו של הבנק. כך, לדוגמה, כאשר הבנק מיעץ ללקוח להשקיע בקרן נאמנות מסוימת בה יש לבנק אינטרס, תחול עליו חובת נאמנות רחבה יותר מאשר במקרה בו הבנק מעניק הלוואה ללקוח ואין הוא יודע כלל לאיזו מטרה נלקחת הלוואה זו".

79. ראו ת"א בנק הפועלים (לעיל, הערה 78), פסקה 7. שם מבסס בית המשפט את אחריות עורך הדין גם על הדוקטרינה של חוזה לטובת צד שלישי, אך זאת במסגרת עילה חווית המקימה אחריות חווית בשונה מהאחריות בניזקין.

80. על האופן בו דעת המיעוט ודעת הרוב עושות שימוש במבחן זה אעמוד בהרחבה בהמשך הפרק. ראו להלן, ליד הערות 102-105.

81. ראו ע"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 12) פסקה 34 ו-36 לפסק דינו של השופט ריבלין, ופסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק. פסק הדין בע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 462, 470-472.

סילביו סטה לחלוטין ממתווה הפסיקה בקבעו שכלל אין חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג למעט שני חריגים מוגדרים: מתן עצה משפטית ו"נטילה וולונטרית של אחריות". עמדת שופט המיעוט יחידה וחריגה בפסיקה בישראל, שכמו במשפט האנגלו-אמריקני היא כבר הכירה בקיומה של חובה שכזו. אם כך בעייתי מאוד, בעיניי, לסגת אחורה ולקבוע, כפי שמציע שופט המיעוט, שכלל אין חובה למעט שני חריגים המוגדרים מראש. מנגד, העמדה של שופטי הרוב בעניין עו"ד סילביו חסרה בעיניי באשר לא ניתן כל משקל למבחן איוון השיקולים שכבר אומץ בפסיקה בישראל,⁸² ולא נידונו שיקולים מרכזיים שיוצגו להלן בפרק ו.

אני מבקשת לבקר את השיקולים העולים במסגרת המבחנים המופעלים בפסיקה בישראל מאחר שהם משקפים את המדיניות המשפטית שלאורה בית המשפט קובע את קיומה והיקפה של חובת הזהירות שיש לעורך דין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג.

נקודת התחלה מצוינת לסקירת השיקולים היא בעיון בפסק הדין היינובוץ המפרט ומיישם שיקולים אלו. במקרה זה נתבע עורך הדין שייצג חברות מוכרות מקרקעין על ידי הקונים שלא היו מיוצגים בטענה שלא כלל בחווי המכירה שערך הוראה בדבר בטוחות לכספי הקונים ששולמו על החשבון. החוזים סוכלו, החברות נכנסו לפירוק וכספי התובעים ששולמו לחברות ירדו לטמיון. בית המשפט קבע שלא היתה מוטלת על עורך הדין של המוכרים חובת זהירות כלפי הקונים ולא היה חייב לייעץ לקונים לדרוש בטוחה מלקוחותיו המוכרים ביחס לסכום ששילמו. לענייננו חשובים השיקולים שהביאו למסקנה זו, כפי שהם מפורטים בפסק דינו של השופט בך. שיקול ראשון היה שהקונים לא היו לקוחותיו של עורך הדין אלא הצד שכנגד ללקוחותיו. שנית, דובר בסכום יחסית לא גבוה של 4000 דולרים ששילמו הקונים ושירד לטמיון. שלישית, התנהגות עורך הדין לא כללה מסירת עובדה או מידע מטעים או מוטעים אלא רק הימנעות מייעוץ לקונים לדרוש בטוחה מלקוחותיו. רביעית, בשונה מהדין החל על דירות, ברכישת קרקע אין החוק מחייב במתן בטוחות להבטחת כספי הקונה. חמישית, פסק הדין מסביר שכלפי לקוח יש לעורך הדין חובה לדרוש בטוחות כאמור אך בעניין זה קיים "הבדל מהותי בין החובה כלפי לקוח ובין החובה כלפי צד אחר, שהגו הצד שכנגד באותה עסקה, ושהאינטרס שלו מנוגד לאינטרס של הלקוח".⁸³ השיקול האחרון שעליו בית המשפט מבסס את העדר חובת הזהירות הוא שהקונים פנו לרכוש את הקרקע במסגרת עמותה שעמה היו קשורים כך שעורך הדין היה רשאי לצאת מההנחה שהם קיבלו ייעוץ מעורך הדין של העמותה.

נבחן את השיקולים אחד לאחד וננסה ללמוד מהם מתי תוטל חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג. העובדה שמדובר בצד שכנגד ללקוח היא בוודאי רלוונטית לקביעת

מאזכר את פסק הדין המנחה בישראל לעניין מצג שווא רשלני - המ' 106/54 ויינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח' 1317 - רק בהקשר של אחריות כלפי לקוח ולא במסגרת הדיון באחריות כלפי צד ג.

82. וזאת אף על פי שפסק הדין המחויי בעניין עו"ד סילביו דן בהרחבה במבחן ומבסס את הכרעתו עליו. ראו ת"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 9).

83. ע"א היינובוץ (לעיל, הערה 30), בעמ' 103.

החובה, שכן כפי שמציין השופט בך, קיים הבדל מהותי בין החובה כלפי הלקוח ובין החובה כלפי הצד שכנגד. ככלל, החובה המוטלת על עורך הדין כלפי לקוחו רחבה יותר מהחובה המוטלת כלפי צד ג. ולכן במצבים מסוימים, כדי להתגבר על הקושי בהוכחת חובת והירות כלפיו, יעדיף הצד שכנגד לטעון לקיומם של יחסי עורך-דין-לקוח. באופן זה, קשיים בהוכחת המישור בשאלת האחריות מובילים להעדפת המישור הראשון – הוכחת יחסי עורך-דין-לקוח. אמנם בעניין היינוביץ ניסו התובעים לטעון שעורך הדין ייצג גם אותם. בית המשפט דחה את הטענה והפעיל את החוקה שנקבעה בעניין שרמן ולפיה חוקה על עורך הדין של הקבלן שאינו פועל בניגוד לתקנות ומייצג גם את הקונים. בעניין היינוביץ לא דובר בקונה דירה מקבלן אלא ברוכשי קרקעות מחברה, כך שהכללים האוסרים את ייצוג הקונה אינם חלים, אך בית המשפט מוצא שהטעם וההיגיון של הכללים חל גם ברכישת קרקעות.⁸⁴ זו הרחבה ניכרת של החוקה הפועלת, כפי שציינתי, לטובת עורך הדין.

השיקול לגבי גובה הסכום נראה במבט ראשון בלתי רלוונטי; האם גובה הנזק הצפוי לצד שכנגד הוא קריטריון להטלת חובת והירות? ייתכן שהכוונה היא לומר שאם הסכום שאיבדו התובעים היה גבוה יותר זה היה מגביר את הסיכוי להטלת חובת והירות. עובדה זו מבטאת בעצם את השיקול המתייחס למצבו של הניזוק: ככל שמצבו קשה יותר תגבר הנטייה להטיל חובה על הנתבע. אני מציינת שיקול זה בוהירות רבה הואיל ואין הוכחה בפסקי הדין שהשופטים אכן משתמשים בשיקול בהחלטתם אם להטיל חובת והירות.⁸⁵ כל שיש הן ראיות נסיבתיות שמהן אני גוזרת את מסקנתי. למשל, בדברים שנאמרו בעניין היינוביץ ובפסק הדין המחוזי בעניין עו"ד סילביו מופיע תיאור מצבם הקשה של הניזוקים בעיקר בחלק העוסק בגובה הנזק לאחר שנקבעה אחריות עורך הדין.⁸⁶ שופט המיעוט בפסק הדין של בית המשפט העליון אמר "שלא די באמפטיה שמעורר הניזוק, או באנטגוניזם שמעורר המזיק,

84. שם, בעמ' 95-97.

85. שיקול זה יכול שיעלה גם בחלק של חלוקת האחריות כאשר קיימים כמה מעולים שאחד מהם הוא כיס עמוק שעליו ייטה בית המשפט להטיל את עיקר האחריות. פרק ח יעסוק בחלוקת האחריות ויראה שהדבר נעשה בעניין עו"ד ערד. להצעה לקבוע קריטריון, שאינו בלעדי, במסגרת השיקול של חלוקת הנזק, את יכולת הצדדים לשאת בנזק באופן שהכי פחות פוגע ביכולתם. בכללו גם התחשבות ביכולת של כל צד לשאת באמצעים למניעת הנזק. ראו: Tzachi Keren-Paz, "Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?", 4 *Theoretical Inquiries in Law* (2003) 273, pp. 288-291.

86. פסק הדין המחוזי מציין שממשפחה שלושה שלא סבלה מצוקה כלכלית וביקשה להיכנס לעסקת ההלוואה כדי לשפר את מצבה הכלכלי הפכו בני המשפחה לחסרי כול החיים עד היום חי עוני ומחסור. בני הזוג התגרשו והבעל ברח לחו"ל מפחד נושיו. הילדים שהיו בני 10 ו-11 כשהחלה ההידרדרות נעקרו מביתם ואף נאלצו לעזוב בשלב מסוים את לימודיהם. פסק הדין מציין שהילדים העידו בפני בית המשפט על הרעב והעוני שהיה ועודנו מנת חלקם. חובה גם נקבעה כלפי הסבתא ניצולת שואה שהועברה לבית אבות ולא יכלה לגור עוד עם בתה המבקשת לטפל באמה כפי שזו טיפלה בה. ומולם עורך הדין שעליו נאמר בפסק הדין שהיה אדיש ורשלן. ת"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 9), בחלק טו ו-טז.

על מנת להקים חבות נזיקית".⁸⁷ ייתכן שהדברים מכוונים לעמדת הרוב באותו מקרה, שהטילה על עורך הדין חבות נזיקית.

מהשיקול המבחין בין מסירת עובדה או מידע מוטעים או מטעים לבין הימנעות מייעוץ עולה שכאשר מדובר בעובדה, כגון היותה של החברה המוכרת בכינוס נכסים, אסור לעורך הדין להטעות את הצד שכנגד בעובדה זו. אך כאשר מדובר במתן עצה משפטית, למשל, שמוטב לקונה לדרוש בטוחה להבטחת כספו, אין חובה לומר זאת לצד שכנגד. גם לדעת שופט המיעוט בעניין ער"ד סילביו, אם עשה זאת עורך הדין, קמה חובת הזהירות כלפי הצד שכנגד הבלתי מיוצג.⁸⁸ לדעתי, ההבחנה האמורה נכונה וראויה; הצד שכנגד אינו לקוח ולכן אינו זכאי לייעוץ משפטי פרי מומחיות עורך הדין. אך הוא זכאי לתום לב, לגילוי נאות ולהעדר הטעיה כפי שדורשים דיני החוזים. הבחנה זהה עולה מכללי האתיקה המומלצים בארצות הברית, האוסרים על עורך הדין לתת עצה משפטית לצד שכנגד בלתי מיוצג (פרט לעצה לשכור עורך דין משלו, ועל כך אעמוד בהמשך), אך אינם מטילים איסור זהה לגבי גילוי מידע.⁸⁹

השיקול שהחוק אינו מחייב מתן בטוחה להבטחת כספי הקונה ולכן במקרה כזה אין מקום להטיל חובת זהירות על עורך הדין, הוא שיקול נכון ומן הראוי שבתי המשפט יבחנו אותו. מקום שהחוק בחר שלא להטיל חובה (הסדר שלילי), צריך בית המשפט להימנע מהטלתה כעניין של מדיניות, אחרת יעמדו עורכי הדין במצב של אי-ודאות קשה. הטלת החובה יכולה להיעשות גם בצו שיפוטי.⁹⁰ שיקול זה במובנו הרחב בוחן אם החוק, ובכללו כללי הדין המשמעותי, מטיל חובה על עורך הדין. אמנם לא ניתן להסיק אוטומטית מקיומה של חובה בכללי הדין המשמעותי על קיומה של חובת זהירות, אך כללים אלו עשויים להשליך על השאלה "אם הפרקליט השתמש במשלח יד היה משתמש בה ונוקט אותה באותן נסיבות".⁹¹ סביר, נכון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש בה ונוקט אותה באותן נסיבות".⁹¹ השופט בך מבסס את העדר חובת הזהירות על השיקול האמור בקביעה שעורך הדין רשאי היה להניח שהקונים זכו לייעוץ משפטי עצמאי. בדומה לכך, מבססת דעת הרוב בעניין ער"ד סילביו את חובת עורך הדין גם על כך שידע שהצד שכנגד אינו מיוצג כלל.⁹²

87. ע"א ער"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 51 לפסק דינו של השופט ריבלין.

88. שם, פסקה 44 לפסק דינו של השופט ריבלין.

89. American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983 Rule 4.3. לדיון בכלל זה ראו להלן, פרק 2.1.

90. ראו למשל: *Al Kandari v. Brown* [1988] 1 QB 665. במקרה זה במסגרת הליך גירושין בין בני זוג הורה בית המשפט להפקיד את דרכונו של הבעל אצל עורך דינו. הבעל הצליח להערים על עורך הדין ולקבל את דרכונו כדי לצאת מאנגליה לאחר שחטף את ילדיו. נקבע כי עורך הדין התרשל והוטל עליו לפצות את האישה.

91. ע"א מוסהפור (לעיל, הערה 11), בעמ' 534-535 (ההדגשות במקור – ל' דיג). ראו גם ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 463.

92. ע"א ער"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

השיקול האם עורך הדין יודע שהצד שכנגד מקבל ייצוג משפטי עלול לעורר קשיים מעשיים הואיל וקשה לדעת מתי עורך הדין רשאי להניח שהצד שכנגד קיבל ייצוג מעורך דין לפני שהגיע למועד חתימת החוזה ללא עורך דין ושילם כסף על החוזה. יש לקבוע מהי רמת הוודאות הנדרשת אצל עורך דין כדי שיוכר שהשיקול שולל את חובת זהירות. הדרך הבטוחה תהיה לדרוש מעורך הדין להפנות שאלה בנידון לצד שכנגד, וברגע שניתנה לו התשובה ואין לו יסוד סביר להאמין באי-נכונותה, הריהו יכול להסתמך עליה. זאת ועוד, יש לקבוע כי נראה את הצד שכנגד כמי שקיבל ייצוג משפטי במקום שבו ניתנה העצה לצורך אותה עסקה על ידי עורך דין במסגרת עיסוקו.

שיקול נוסף שמעלה השופט בך במהלך הדיון אך מבלי ליישם אותו בהמשך בעניין היינוביץ נוגע במידת היריבות בין הלקוח לצד שכנגד באותו עניין.⁹³ המצב הברור ביותר של העדר יריבות הוא חוזה לטובת צד ג. כך לדוגמה, הכירה הפסיקה בארצות הברית ובאנגליה בחובת זהירות של עורך הדין המטפל בצוואה של לקוח כלפי נהנה על פי הצוואה.⁹⁴ בישראל, צוואה אינה נחשבת לחוזה, וזו ככל הנראה הסיבה לכך שאין פסק דין העוסק בסוגיה של נהנה לפי צוואה, אך הדוגמה והכלל מצוטטים בהסכמה של השופט בך בעניין היינוביץ. בדוגמה נוספת המובאת אף היא בהסכמה בפסיקה,⁹⁵ עורך דין של המוכר, שאינו מייצג את שני הצדדים, אינו מבצע בדיקה בלשכת רישום המקרקעין כדי לברר אם יש מניעה להעביר את הדירה על שם הקונה. כאן שני הצדדים מעוניינים בביצוע הבדיקה שכן שניהם רוצים שהסכם המכר יצא לפועל. לכן תוכר חובת זהירות כלפי הקונה.

בעניין אלמור⁹⁶ שנידון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב הביא שיקול זה לשלילת קיומה של חובת זהירות. העובדות הרלוונטיות לענייננו הן שבמסגרת סכסוך עסקי בין שני יבואנים שלח עורך הדין של יבואן א מכתב לספק בחו"ל של יבואן ב, ובו הוא מציין שלקוחו הוא היבואן הבלעדי של המוצרים וכי הספק מתבקש להפסיק באופן מיידי כל קשר עסקי עם יבואן ב. בעקבות המכתב הספק מודיע ליבואן ב על הפסקת הספקת המוצרים כל עוד לא יוסדר העניין בינו לבין יבואן א. הפסקת ההספקה הסבה נזקים כספיים ליבואן ב, והוא תבע את יבואן א ואת עורך הדין ששלח את המכתב. במשפט הוכח שהמצג במכתב שלפיו אסור ליבואן ב לייבא את המוצרים לישראל לא היה נכון שכן ההלכה הפסוקה מתירה יבוא במקביל. בית המשפט מסיק שהמצג הלא נכון לא נעשה במכוון או בודון אלא עורך הדין לא הכיר את המצב המשפטי בישראל בכל הקשור ביבוא מקביל, ואילו בדק את הנושא לפני משלוח המכתב היה מגלה שאין מניעה חוקית ליבוא מקביל. כך שהשאלה העומדת בפני בית המשפט היא האם הייתה כאן רשלנות של עורך הדין, שבמסגרתה יש לבחון אם קיימת חובת זהירות (היסוד הראשון שבו אנו מתמקדים).

93. ע"א היינוביץ (לעיל, הערה 30), בעמ' 101 (מפנה לפסיקה בארצות הברית).

94. לאסמכתאות ראו פרי (לעיל, הערה 16), בעמ' 17, הערה 35.

95. ע"א (ת"א) 4224/98 אלמור יבוא ושיווק בע"מ נ' מלכית (לא פורסם) (להלן: ע"א אלמור), פסקה 11.

96. שם, בפסקה 11.

פסק הדין מציין, תוך הבאת אסמכתאות מהפסיקה, שאין מחלוקת לגבי קיומה של חובת הזהירות המושגית של עורך הדין כלפי מי שאינו לקוחו ועובר לעסוק בשאלה העיקרית: האם קיימת חובת זהירות קונקרטית. במסגרתה של חובה זו יש חשיבות לעובדות הקונקרטיות של המקרה. בעניין אלמור המצב העובדתי היה מעט מורכב, שכן התובע אינו הצד שאליה שלח עורך הדין את המכתב (הספק בחו"ל) אלא מי שהמכתב גרם לו נזק – יבואן ב המהווה בסכסוך העסקי את הצד שכנגד. בית המשפט מדגיש שבין הלקוח, יבואן א, לתובע, יבואן ב, שררה תחרות מסחרית ועובדה זו חייבת להשליך על השאלה האם קיימת חובת זהירות של עורך הדין. שכן, "אין מקום לקבוע קיומה של חובת זהירות זהה, בין אם הצד השלישי הינו מוטב ובין אם קיים סכסוך בין המעורבים, או למצער שקיים ניגוד עניינים".⁹⁷ כך שבאותו מקרה נקבע שבמובן הרחב לא הייתה לעורך הדין חובת זהירות קונקרטית כלפי הצד שכנגד הוא יבואן ב.

הפסיקה בוחנת לעתים את שיקול היריבות ביחס לעורך הדין והצד שכנגד. שיקול זה מבוסס על מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות" ולפיו חובת זהירות קמה כאשר עורך דין נטל על עצמו לבצע פעולה בעבור הצד שכנגד וזה מסתמך על עורך הדין. כך לדוגמה, כאשר עורך דין של הקבלן פועל לרישום הדירה בעבור הקונה המשלם לו שכר בעבור זה אף שהקונה אינו לקוחו של עורך הדין (כפי שקובעים הכללים), אין יריבות שכן עורך הדין פועל לטובת הקונה ברישום זכויותיו בנכס.⁹⁸ יש להקפיד ולציין שאין יריבות בין עורך הדין של הקבלן לקונה רק לעניין הרישום, ואילו בכל העניינים האחרים שוררת יריבות. ולכן, כפי שנאמר בעניין שרמן, סיוע ועזרה בלתי מתחייבים לקונה הדירה, שיש לו עניינים מנוגדים לאלה של הקבלן, יהיו בבחינת הפרת חובות עורך הדין כלפי הקבלן.⁹⁹

בעניין עו"ד סילביו,¹⁰⁰ נחלקו דעות השופטים באשר להלכה שצריכה לחול. לגישת שופט המיעוט, ככלל אין חובת זהירות של עורך הדין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג, למעט שני מצבים המהווים חריגים לכלל: מתן עצה משפטית ונטילה וולונטרית של אחריות. שופטי הרוב לא קיבלו גישה זו בהיותה מצמצמת מדי והעדיפו שלא לקבוע כלל שכזה וחריגים מוגדרים מראש אלא "להותיר את בחינת קיומה של חובת זהירות לנסיבות המיוחדות של כל מקרה, בהתאם לכללי האחריות המקובלים בעולת הרשלנות".¹⁰¹ מקריאה מדוקדקת של פסק הדין עולה כי למרות ההלכה השונה, גם דעת המיעוט וגם דעת הרוב מאמצות את מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות". אמנם אצל שופט המיעוט זה החריג לכלל שאין חובת זהירות, ואילו אצל שופטי הרוב זה אחד השיקולים המקימים את חובת הזהירות הקיימת

97. שם, בפסקה 12. ראו גם ת"א (חי') 997/89 גמזו נ' עו"ד גושן (לא פורסם), פסקה 6.

98. ע"א בכור (לעיל, הערה 13), בעמ' 214 ("נאמנות זו וחובת הזהירות והפעלת המיומנות המקצועית אינן קמות כלפי מרשהו בלבד, אלא גם כלפי יריבו וגם כלפי הציבור ... קל וחומר כשכהן לא הייתה 'יריב' וגם לא 'ציבור' אלא צד ישיר להסכם, שלרישום זכויותיה על פיו התחייב עורך הדין לפעול").

99. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 474.

100. לעובדות המקרה ראו לעיל, הטקסט שליד הערות 33-35.

101. ע"א סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 14 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ככלל כלפי צד שכנגד, אך עדיין מדובר באותו מבחן המשמש, אליבא דשתי הגישות, בסיס לקיומה של חובת זהירות. בהמשך נחלקו השופטים גם לעניין יישומו של מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות" על נסיבות אותו מקרה. הדבר נבע מראייה שונה של עובדות המקרה.¹⁰² דעת הרוב מצאה כי עו"ד סילביו "קיבל על עצמו – כלפי שני הצדדים – את הטיפול המשפטי בעסקת ההלוואה..."¹⁰³ וכי הצד שכנגד נתן בו "אמון מלא – הם שמעו מפיו הסברים לגבי תוכן העסקה ומשמעותה המשפטית, ייפו את כוחו לבצע בשמם פעולות במרשם המקרקעין ואף שכרו שירותיו בעניינים אחרים".¹⁰⁴ שופט המיעוט מצא בעובדות המקרה כי עו"ד סילביו "לא העניק כל עצה למשיבים, והוא לא נטל כלפיהם אחריות".¹⁰⁵ מצב של "נטילה וולונטרית של אחריות" שיצר, אף הוא, מערכת יחסים מיוחדת בין עורך הדין לצד שכנגד עלה בעניין בנק הפועלים. באותו מקרה חתם עורך דין של בעלי המקרקעין על התחייבות כלפי מינהל מקרקעי ישראל [להלן: "המינהל"] לדאוג לרשום את המשכנתה לטובת הבנק (שבו נטלו הבעלים הלוואה בתמורה למשכון המקרקעין). המינהל, מצדו, חתם על התחייבות כלפי הבנק, שלא לאפשר את רישום זכויות הבעלים אלא אם באותו מעמד תירשם משכנתה לטובת הבנק. אף על פי שלא הייתה מניעה אובייקטיבית לרשום את הבעלות, התמהמה עורך הדין שנים מספר ורשם את הזכויות רק משיקשו לקוחותיו להעביר את הבעלות בנכס לאדם אחר. בשלב זה שכח עורך הדין את התחייבותו כלפי המינהל. הוא רשם את הזכויות על שם לקוחותיו, אך לא רשם באותה העת משכנתה לטובת הבנק. התרשלותו של עורך הדין התבטאה גם בכך שלא בדק אצל רשם המשכונות, שם רשומה הייתה המשכנתה. גם המינהל שכח את התחייבותו לבנק והתיר לרשום את הזכויות ללא ציון המשכנתה. הנכס נמכר לאחר והבנק לא יכל לממש את הזכויות בנכס ולהיפרע ממנו בעבור החוב שבגיננו שועבד הנכס.

הבנק תבע את המינהל, וזה עם הגשת כתב ההגנה שלח הודעת צד ג נגד עורך הדין בטענה שהוא אחראי בלעדי לנזק שנגרם לבנק הואיל והפר את התחייבותו לרשום את המשכנתה לטובת הבנק. השאלה שהתחבט בה בית המשפט היא האם עורך הדין של בעלי המקרקעין חב בחובת זהירות כלפי הבנק. במבט ראשון נחזה הבנק להיות צד רחוק, שכן ההתחייבות ניתנה למינהל ולא לבנק. אך עובדות המקרה מראות שהיתה לעורך הדין מערכת יחסים מיוחדת עם הבנק. מערכת יחסים זו התבטאה בכמה אופנים הנזכרים על פני פסק הדין. ראשית, עורך הדין רשם את המשכנתה לטובת הבנק אצל רשם המשכונות כך שהבנק היווה צד שכנגד ללקוח בעסקת רישום המשכון. שנית, עורך הדין נטל על עצמו התחייבות כלפי המינהל, וברור לו שעל סמך התחייבות זו המינהל נותן התחייבות לבנק. שלישית, פסק הדין רואה בהתחייבות שבין עורך הדין למינהל חוזה לטובת צד ג – הבנק.

מצב נוסף של "נטילה וולונטרית של אחריות" שהוביל להטלת חובת זהירות כלפי צד ג רחוק יחסית לעסקה עלה בפסק הדין בעניין יורשי עו"ד ברגר. שם, עורכי הדין של קוני

102. שם, פסקה 51 לפסק דינו של השופט ריבלין, ופסקה 1 לפסק דינו של הנשיא ברק.

103. שם, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

104. שם, שם.

105. שם, פסקה 44 לפסק דינו של השופט ריבלין.

דירה, שקיבלו בגינה משכנתה מהבנק, לא רשמו את המשכנתה או הערת אזהרה לטובת הבנק בלשכת רישום המקרקעין. הקונים מכרו את הדירה לאחר מבלי לפרוע את המשכנתה ועזבו את הארץ. עקב כך חויבו הערבים למשכנתה לפרוע אותה. הערבים תבעו את עורכי הדין של הקונים בגין התרשלותם באי-רישום המשכנתה. בית המשפט המחוזי בחיפה קבע שהערבים, שאינם מיוצגים על ידי עורך דין, סומכים על עורך הדין של הקונה, שלחובו ערבו, שידאג לבצע את רישום המשכנתה כבטוחה לפירעון ההלוואה. מכיוון שכך קמה לעורך הדין חובת זהירות לפעול במיומנות מקצועית סבירה כדי לשמור על זכויות הערבים. עורכי הדין הפרו את החובה ולכן חויבו בתשלום נזקי הערבים.¹⁰⁶

מצב אחר של "נטילה וולונטרית של אחריות" שהוביל להטלת חובת זהירות, אף הוא בעסקת מכר מקרקעין, עלה בפסק הדין בעניין עו"ד חיון. במקרה זה התם עו"ד חיון על חוזה למכירת חלקת אדמה בתור מיופה כוחם של כל הבעלים. התברר שאחת מן הבעלים לא נתנה את הסכמתה למכירה וסירבה לחתום על ייפוי הכוח. עו"ד חיון הוטעה על ידי הבעלים האחרים (שהם לקוחותיו זה שנים) לחשוב שהיא מסכימה וחתמה על ייפוי הכוח ולכן, לטענתו, לא בדק את ייפוי הכוח. עסקת המכר ביחס לחלק של אותה בעלים בוטלה, ועל כך תבעו הקונים את עו"ד חיון שטיפל ברישום העסקה. בית המשפט המחוזי בחיפה משתמש בלשון ברורה של "נטילה וולונטרית של אחריות" בהטילו חובת זהירות:

הקונים לא היו מיוצגים ע"י עו"ד אחר, וכפי שהבהיר עו"ד חיון בעדותו, הוא היה אחראי בפניהם, לעריכת העסקה ולהביא לסיומה, בדרך של רישום. זאת ועוד; בין אם היה עו"ד חיון עורך דינם של הקונים לכל עריכת העסקה ובין אם נדרש לבצע את רישומה של העסקה בלבד, נמצא הוא במעמד בו מוטלת הייתה עליו חובת זהירות מושגית וקונקרטי, שלא עמד בה. מעמדו המיוחד של עורך דין, בשל רמת מיומנותו והזהירות הנדרשת ממנו, כאשר ישנה פניה אליו בעצה, מטילה עליו חובה מושגית ...

בנסיבות העניין, ידע המערער (עו"ד חיון - ל' ז"ג) או צריך היה לדעת, שהקונים סומכים על מיומנותו, וחובה היתה עליו לנהוג במשנה זהירות, גם אם רמי ו/או אחרים אותם הכיר, מסרו לו מידע לא נכון. על המערער מוטלת היתה החובה לבדוק את ייפוי הכוח שהיה ברשותו ומשחתם על החוזה, מבלי שהיה בידו ייפוי כוח תקף, הפר את חובת הזהירות הקונקרטי, המוטלת עליו, כלפי הקונים.¹⁰⁷

106. ע"א יורשי עו"ד ברגר (לעיל, הערה 78), פסקה 6. בית המשפט קובע: "יש להניח כי המשיבים, שלא היו מיוצגים ע"י עורך דין, סמכו על המערערים כעורכי דינם של הצדדים לעסקה, שידאגו לבצע את רישום המשכנתה כבטוחה לפרעון ההלוואה". עורכי הדין חויבו בתשלום מלוא נזקי הערבים - מה ששילמו לבנק לפירעון מלא של המשכנתה בתוספת הפרשי ריבית והצמדה.

107. ע"א עו"ד חיון (לעיל, הערה 78), פסקה 23. בקטע לעיל ניתן לראות איך בית המשפט משלב את שני המישורים כך שאין הוא מכריע אם התקיימו יחסי עורך-דין-לקוח (המישור הראשון)

מצב שונה לחלוטין קיים כאשר הצד שכנגד הוא צד להתדיינות בבית משפט מול הלקוח. כאן קיימת יריבות אינהגטיבית בין עורך הדין לצד שכנגד לכן אין מקום להכיר בחובת הזהירות. ואמנם, הפסיקה האמריקנית קבעה שרק עוולות הדורשות כוונה, כגון מרמה וניצול הליך יכולים להוות עילת תביעה נגד עורך הדין של הצד האחר להתדיינות.¹⁰⁸ הפסיקה האמריקנית ובעקבותיה הרסטייטמנט מסרבת להכיר במקרה כזה במסגרת עוולת הרשלנות. באופן מעניין הפסיקה, השמה דגש בהסתמכות צד ג, והרסטייטמנט, השמה דגש בכוונת עורך הדין, שניהם מגיעים כאן לאותה התשובה. זאת בשל התמקדותם באופי האדוורסרי של ההליך המשפטי שאינו מאפשר לצד שכנגד להסתמך על עורך הדין ואינו מאפשר כוונה של עורך הדין שהצד שכנגד יסתמך עליו.¹⁰⁹

שיקול נוסף שבית המשפט מייחס לו נפקות לעניין הטלת חובת הזהירות הוא האם הצד שכנגד סמך על אמינותו ועל יושרו ועל מיומנותו של עורך הדין ונתן בו אמון.¹¹⁰ בעניין ערד ערד בית המשפט מדבר על מקרים שברור לעורך הדין כי הצד שכנגד שם בו את מבטחו. בעניין ערד סילביו דעת הרוב מבססת את הטלת חובת הזהירות באותו מקרה בעיקר על כך שהצד שכנגד, הלוויים, בהיותם בעמדה משפטית נחותה מכך שלא היו מיוצגים בעסקה המשפטית המורכבת שרק עורך הדין של המלווה – "סמכו על אמינותו, מיומנותו ויושרו" של עורך הדין.¹¹¹ שופט המיעוט בעניין סילביו מתבסס אף הוא על שיקול זה אך מגיע למסקנה הפוכה שבשלב שנחתמה העסקה לא שרר כל אמון בין הלוויים לעורך הדין של המלווה.¹¹²

הואיל וממילא, לאור החובה המוגברת המוטלת במישור השני, נקבעת אחריותו של עורך הדין לנזק.

- Jay. M. Feinman, "Attorney Liability to Nonclients", 31 *Tort & Ins. L. J.* (1996) 735, 751-752, pp. 751-752, מצייין שלושה צידוקים לגישה שניתן לתבוע עורך דין רק במקום שפעל בזדון בהגשת התביעה ואין די ברשלנות. האחד, המדיניות המעודדת גישה חופשית לבתי המשפט, שכן זו עלולה להיפגע עם עורכי דין יחויבו גם בהעדר זדון. השני, ה"zeal" (להט ומסירות) שבו עורך הדין משרת את הלקוח עלול להיפגע אם יחששו עורכי הדין ממצב שטעות בשיקול דעתם תוביל לאחריות כלפי הצד שכנגד. סיבה שלישית נעוצה בכך שהנתבע כבר מוגן לאור האחריות האזרחית הדורשת זדון וכללי הדין המשמעתי של עורכי הדין. הרסטייטמנט מוסיף נימוק נוסף: הצד שכנגד להתדיינות משפטית מוגן על ידי הכללים והפרוצדורה של ההליך האדוורסרי. במצבים מסוימים תזכה רשלנות עורך הדין את הצד שכנגד בסעדים כגון: פיצויים בגין הנזק מעורך הדין עצמו ואף ביטול הסכם פשרה שנבע ממצג רשלני. ראו: The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 51 cmt. b.
109. ראו למשל: *MacKerron v. Downing*, 534 A.2d 359 (Me. 1987). לגישת הרסטייטמנט ראו: The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 51 cmt. c.
110. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 472; ע"א ערד (לעיל, הערה 11), בעמ' 381; ע"א היינבוין (לעיל, הערה 30), בעמ' 102.
111. ע"א ערד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.
112. שם, פסקה 11 לפסק דינו של השופט ריבלין.

השאלה היא, אם כן, מתי ברור לעורך הדין שהצד שכנגד סומך עליו ומתי יוכל בית המשפט לקבוע שהשיקול מתקיים. לגישתי, לא ניתן להסתמך על שיקול זה באופן לקוני מבלי לסמוך אותו על עובדות שיפורטו בפסק הדין. ולא ניתן להסתפק, כפי שעושה בית המשפט בעניין ער"ד ערד, בקביעה ש"לעורך דין ערד היה ידוע כי ז'אק אינו מיוצג, ועל-כן היה צריך להניח כי ז'אק סומך על אמינותו ועל יושרו".¹¹³ לגישתי, אין בחוסר הייצוג לבדו כדי לבסס שיקול זה ועל בית המשפט לבחון עובדות נוספות כגון: העובדה שלא שכר עורך דין לייצגו אף על פי שהייתה לו אפשרות כלכלית לכך; העובדה שאמר לעורך הדין שהוא סומך עליו; העובדה שגילה מידע רגיש באוזני עורך הדין; העובדה שבסוג כזה של עסקאות מקובל לסמוך על עורך הדין.

שיקול זה שלוב במידה רבה בשיקול הקודם בשני אופנים. ראשית, ככל שמידת היריבות בין עורך הדין לצד שכנגד נמוכה יותר גובר האמון שזה ייתן בעורך הדין. שנית, המבחן של "נטילה וולונטרית של אחריות" (שעליו בנוי שיקול היריבות) מדבר על הסתמכות הצד שכנגד על פעולת עורך הדין (שזה מרכיב ה־reliance במבחן) הכוללת בתוכה הסתמכות על יושרו, אמינותו ומהימנותו של עורך הדין.

כזכור, בית המשפט אינו נותן לגיטימציה לתחושתו הסובייקטיבית של הצד שכנגד לצורך הקביעה האם התקיימו יחסי עורך דין-לקוח. אך במישור האחריות הנוזיקית, כפי שמראה השיקול שנידון לעיל, יש חשיבות לתחושה זו. באופן זה בית המשפט שוזר את שני המישורים יחד כך שתחושת הצד שכנגד היא עובדה שאין בה להביא ליצירת יחסי עורך דין-לקוח אך יש בה כדי להביא להטלת חובה על עורך הדין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג.

שיקול נוסף הנבחן בכל תביעת רשלנות ואינו מיוחד למקרה הזה הוא הקושי בקיום חובת הזהירות.¹¹⁴ בהתאם לגישה הכלכלית, בית המשפט נוטה להטיל חובה על עורך הדין היכן שהביצוע אינו דורש מעורך הדין משאבים רבים.¹¹⁵ בעניין בכור חויב עורך דין של הקבלן המטפל בעבור הקונה ברישום לבדוק בלשכת רישום המקרקעין שאין מניעה להעברת

113. ע"א ער"ד ערד (לעיל, הערה 13), בעמ' 381.

114. לדוגמה, בתביעה שהתקבלה נגד רואי חשבון על ידי מי שרכשו מניות של חברה על סמך הדוחות הכספיים שלה החתומים בידי רואי החשבון. הדוחות לא שיקפו את מצבה האמיתי של החברה ורואי החשבון ידעו זאת. בית המשפט אומר: "בענייננו, אין המדובר בהעמסת נטל כבד על רואה החשבון. אין חולק על כך שהמידע על-אודות הערבות והיעדר השערוך של חובות אפתן היה לפניו. המחלוקת נסבה אך ורק על השאלה, אם המידע הועלם בדו"חות הכספיים, או שהוסווה כדין. אין תפקידו של רואה החשבון לסייע בידי ההפץ בכך לטמון בדו"חות כספיים מידע בדרך שניתן יהיה להגיע אליו באמצעות הקירה ודרישה בעזרת מומחים. חובתו לוודא כי מידע מהותי יובא לידיעת בעלי המניות בדרך ראויה המאפשרת הבנתו". ת"א (ת"א) 2189/85 אילין נ' רוטנברג, פ"מ תשנ"ה(3) 23, בעמ' 38.

115. השיקול של עלות החובה צריך להיבחן רק במסגרת היסוד השני של עוולת הרשלנות: יסוד ההתרשלות. אך בפסיקה בישראל היטשטש קו הגבול שבין יסוד ה"התרשלות" לבין יסוד "חובת הזהירות" ואין זה ברור אילו שיקולים עניינם ביסוד הראשון ואילו שיקולים עניינם ביסוד השני. ראו פורת (לעיל, הערה 44), בעמ' 373.

הבעלות על הדירה "משום שלא היה קושי מיוחד בכך".¹¹⁶ בעניין בנק הפועלים בית המשפט מציין שכל מה שנדרש מעורך הדין הוא לרשום בתיק את ההתחייבות שלפיה בעת רישום זכויות לקוחותיו בנכס עליו לרשום גם משכנתה לטובת הבנק.¹¹⁷ בעניין יורשי עו"ד ברגר כל שנדרש מעורכי הדין היה לרשום את המשכנתה או הערת אזהרה לטובת הבנק.¹¹⁸ בעניין עו"ד ערד, חובת עורך הדין נחזית בעיני בית המשפט כקלה לביצוע שכן כל מה שנדרש מעו"ד ערד הוא להביא לידיעת ז'אק את דבר קיומם של השעבודים הנוספים שבהם טיפל להבטחת חובות פיינגולד והחברות.¹¹⁹

ו. הדין הרצוי – השיקולים החסרים בפסיקה בישראל

בפרק הקודם הובאו השיקולים העולים מהפסיקה בישראל בבואה לדון בחובת זהירות של עורך דין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג. כעת אני מבקשת להשלים את התמונה ולעסוק במה שנפקד מהפסיקה בישראל. הכוונה לשיקולי מדיניות משפטית הרלוונטיים לשאלת קיומה והיקפה של חובת זהירות במצב זה. היעדרם של שיקולים אלו מהמבחן לקביעת קיומה של חובת זהירות מביא לאיזון חסר שתוצאתו היא הרחבת אחריות, שעל אחד מהיבטיה – הרחבת מעגל התובעים – עמדתי בפרק הקודם.

הדיון בחובת הזהירות לא יהא שלם ללא התייחסות לשיקולים הבאים: מידת ההשפעה שיש להטלת החובה על יחסי עורך דין-לקוח; השאלה אם הזהיר עורך הדין את הצד שכנגד שהוא אינו דואג לענייניו ומוטב לו לשכור עורך דין מטעמו; העובדה שהצד שכנגד "נטל סיכון" מודע בכך שנכנס לעסקה בהיותו בלתי מיוצג; השאלה אם יש, במקרה הנידון,

116. ע"א בכור (לעיל, הערה 13), בעמ' 215.

117. ת"א בנק הפועלים (לעיל, הערה 78), פסקה 9.

118. ע"א יורשי עו"ד ברגר (לעיל, הערה 78), פסקה 6.

119. בראייה כלכלית, עלות ביצוע החובה אינו כולל רק את עלות הדיווח אלא גם את עלות השגת המידע בהשוואה לתוחלת הנזק שיימנע בעקבות מסירת המידע לצד שכנגד. לעניין עלות השגת המידע יש לבחון האם עורך הדין "ידע" על המידע האמור. בעניין עו"ד ערד בית המשפט מסיק שעו"ד ערד ידע על מצבם הקשה של החברות בבעלות פיינגולד (שלהבטחת חובותיהם שעבד ז'אק את המספרה) באופן הבא:

"לנגד עיניו הלכה והתהוותה באותם ימים מציאות שלא היתה יכולה להותיר ספק בלב איש, ובמיוחד לא אצל פרקליט, כי מצבם הכספי של פיינגולד והחברות היה רחוק מלהיות שפיר. אכן, לא היתה ראייה לכך שעורך-דין ערד ידע את היקף החובות, אך מנגד ניצבה העובדה שהוא עצמו שעבד לפחות שלוש דירות כדי להבטיח חובות של החברות. שעבודים בסדר גודל זה, כשאליהם מצטרף השעבוד הנוסף של מספרתו של ז'אק, חייבים היו להדליק נורה אדומה אצל עורך-דין ערד, וזאת גם מבלי שיידרש לחקור ולבלוש אחר מצב עסקיהם של לקוחותיו. לענין זה אוסיף, כי העובדה שנדחתה גרסתו של ז'אק, שלפיה לא ידע כי הוא משעבד את המספרה גם כדי להבטיח חובות של אחרים, אין בה כדי לשנות את המצב, הואיל וגם נקבע, בהתבסס על עדותו של פיינגולד, כי ז'אק סבר שהמצב הכספי של החברות היה 'תקין'. ע"א עו"ד ערד (לעיל, הערה 13), בעמ' 377.

בחובת הלקוח כלפי הצד שכנגד להשליך על חובת עורך הדין; והשיקול איך ייקבע מעגל התובעים שעורך הדין חב להם בחובת הזהירות.

1. מידת ההשפעה שיש להטלת חובה על יחסי עורך דין-לקוח במקרה הנידון וככלל

הפסיקה בישראל מתעלמת כמעט לחלוטין מהשיקול של מידת ההשפעה שיש להטלת חובת זהירות כלפי צד ג על יחסי עורך דין-לקוח במישור של מערכת היחסים הספציפית במקרה הנידון ובמישור הכללי של יחסי עורך דין-לקוח ככלל. בעניין שרמן, אמר בית המשפט מבלי להרחיב או ליישם כי "אפשר שסיוע ועזרה בלתי מתחייבת לקונה הדירה, שלו אינטרסים מנוגדים לאלה של הקבלן, יהיו בבחינת הפרת חובותיו [של עורך הדין – ל' ז"ג] כלפי הקבלן".¹²⁰ בעניין ער"ד סילביו רק שופט המיעוט מעלה שיקול זה ונותן לו משקל בהכרעתו, ולפיה ככלל אין חובת זהירות כלפי צד שכנגד למעט שני חריגים. לגישתו, הטלת אחריות במקרה שהוא עלולה להציב את עורך הדין במצב של ניגוד עניינים שבו חובתו כלפי הצד שכנגד עלולה לפגוע בחובותיו כלפי לקוחו שלו ובכך להשפיע ככלל על פעילותם של עורכי דין.¹²¹ בארצות הברית, זה שיקול מרכזי בקביעת קיומה והיקפה של חובת זהירות שעורך הדין חב כלפי צד ג.¹²² כך לדוגמה, בהצגת הרציונל לכלל המטיל חובת זהירות כלפי צד ג נאמר ברסטייטמנט:

Making lawyers liable to nonclients, moreover, could tend to discourage lawyers from vigorous representation. Hence, a duty of care to nonclients arises only in the limited circumstances described in the Section. Such a duty must be applied in light of those conflicting concerns.¹²³

שמירה והגנה על יחסי עורך דין-לקוח הוא עניין ציבורי הואיל והחברה כולה יוצאת נשכרת מקיומו של ייצוג משפטי שבמסגרתו עורך הדין פועל במסירות ובנאמנות לטובת לקוחו.¹²⁴

120. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 474.

121. ע"א ער"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 46 לפסק דינו של השופט ריבלין.

122. ראו למשל: עניין *Goodman* (לעיל, הערה 48), עמ' 344 ("inject undesirable self-protective"); Ronald. M. Mallen, "Duty to (re)reservation into the attorney's counseling role": Nonclients: Exploring the Boundaries", 37 *S. Tex. L. Rev.* (1996) 1147, pp. 1164-1165.

123. The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 51 cmt. b & 51 cmt. F.

124. ולכן פועל המשפט לחיזוק והגנת מערכת היחסים שבין עורך דין ללקוחו. לדוגמה על ידי הבטחת סודיות והענקת חיסיון בראיות. לחשיבות יחסי עורך דין-לקוח בעבור החברה והלקוח ראו: Charles W. Wolfram, *Modern Legal Ethics* (1986), 145-148; Deborah. L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession* (2000), 49-58.

החברה מעוניינת להבטיח את איכות השירות המשפטי ואיכות הקשר שבין עורך דין ללקוחותיו. לכן המשפט חייב להבטיח שהטלת חובת זהירות כלפי צד ג לא תפגע במערכת היחסים הזאת מעבר לנדרש.¹²⁵ השפעה על יחסי עורך דין לקוח צריכה להיבחן בשני מישורים: מישור כללי, השפעה על מערכת היחסים בין עורכי דין ללקוחות ככלל ומישור נוכחי העוסק בהשפעה על מערכת היחסים הספציפית במקרה הנידון.¹²⁶

הטלת חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג עלולה לפגוע בחובת הנאמנות ומסירות שחב עורך דין ללקוחו.¹²⁷ החשש הוא שה־zeal (שילוב של להט ומסירות) המאפיין את הייצוג המשפטי עלול להצטנן כאשר עורך הדין ימצא את עצמו אחראי לנזקי הצד שכנגד, הצד שלמולו נשכר עורך הדין. הפגיעה גם יכולה להיות בשיקול הדעת העצמאי שעורך הדין צריך להפעיל למען הלקוח. החשש מתחזק במצבים שבהם קידום עניינו של הלקוח מתנגש ישירות בענייניו של הצד שכנגד. ייתכן שכאשר עורך הדין חייב להתעמת עם הצד שכנגד, עורך הדין עלול להירתע לאחור ולא למלא אחר חובת המסירות כלפי הלקוח מחשש שיימצא אחראי לנזקי הצד שכנגד. כך לדוגמה, שופט המיעוט בעניין סילביו מציין שהטלת אחריות על עורך הדין של המלווה כלפי הלווה הבלתי מיוצג מעמידה את עורך הדין בניגוד עניינים בין חובתו כלפי הלקוח לחובתו כלפי הצד שכנגד "אם בשל הסתירה שבין עניינו של הלקוח לבין עניינו של הצד האחר, ואם כפועל יוצא של חששו של עורך הדין מפני תביעה אישית שיגיש נגדו הצד האחר".¹²⁸

לדעתי, פגיעה יתר על המידה בחובת הנאמנות עלולה להביא למצב של "עריכת דין הגנתית" מונח שמרבים להשתמש בו בישראל בהקשר של אחריות רופאים אך לא בהקשר של אחריות עורכי דין.¹²⁹

125. חובת הנאמנות ללקוח אינה חובה מוחלטת. המשפט מכיר במצבים שבהם החובה נסוגה מפני חובות אחרות. ולכן ההתחשבות בשיקול אינה מביאה לשלילה מוחלטת של חובת זהירות כלפי צד ג אלא לתחימת גבולותיה. לגבולות חובת הנאמנות ללקוח ראו ז' גוטמן (לעיל, הערה 1), בעמ' 3.

126. כך למשל, ההתייחסות למערכת היחסים הספציפית קבועה ברסטייטמנט בכלל עצמו. ראו: The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) §51(3)(b): "such a duty would not significantly impair the lawyer's performance of obligations to the client"

127. חובת הנאמנות והמסירות קבועה בסעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961, הקובע: "במילוי תפקידיו יפעל עורך הדין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט". ובכלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) הקובע: "עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט". הפסיקה עמדה על הבעייתיות במושגים 'נאמנות' ו'מסירות' ועל הצורך ליצוק בהם תוכן קונקרטי. ראו, למשל, על"ע 7/73 ע"ד פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, תל-אביב-יפו, פ"ד כח(1) 679, בו נאמר: "אמונה פירושה אמת ויושר, ו'מסירות' פירושה חריצות ושקידה, דבקות ואדיקות, כשהאינטרס של הלקוח עומד בראש מעייניו ודאגתו של עורך הדין" (שם, בעמ' 683). ראו עוד ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 465-467.

128. ע"א ע"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 46 לפסק דינו של השופט ריבלין.

129. פסקי דין רבים העוסקים באחריות מקצועית של רופאים מציינים את השיקול שהרחבת האחריות

יישומה של חובת הזהירות כלפי צד ג עלול להוות הפרה של כללי הדין המשמעותי (שקבועות בו חובותיו האתיות של עורך הדין כלפי הלקוח). כך לדוגמה, הטלת חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג יכולה להביא להפרתה של חובת הנאמנות והמסירות ללקוח. כאן אין אנו עוסקים בפגיעה בחובת הנאמנות שנידונה לעיל אלא בהפרה ישירה של החובה.¹³⁰ מצב שבו חובת הזהירות הנוזיקית תביא להפרת חובה בכללי הדין המשמעותי אינו רצוי. מסיבה זו בית המשפט חייב לתת את דעתו על כללים אלו כאשר הוא דן בשאלת קיומה והיקפה של חובת זהירות. המשקל שעל בית המשפט לתת כפוף לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה; מן העבר האחד מקרים שבהם לא תהיה לכללים השפעה כלל על חובת הזהירות ומן העבר האחר מקרים שבהם יביאו הכללים לשלילת קיומה של חובת זהירות.

תביא לרפואה שאינה מונעת על ידי שיקולים מקצועיים ורפואיים אלא על ידי החשש מפני תביעות רשלנות. חסרונה של רפואה הגנתית טמון בתוצאותיה. ראשית, היא חושפת את החולים לבדיקות ולטיפולים מיותרים היכולים אף להזיק לחולה. שנית, עלות כספית גבוהה המפחיתה ממה שיועד לצרכים רפואיים אמתיים. לכך יש להוסיף גם את ההשפעות על הרופאים עצמם לרבות מצבים של דחק ותופעות נפשיות שונות. ראו, למשל, ע"א 612/78 פאר נ' ד"ר קופר, פ"ד לה' 720, בעמ' 727 ("לא כל טעות שבשיקול-דעת להפרת חובה תיחשב, שאם לא כן עשויים אנו להביא את הרופאים לדאוג יותר מאשר לחולה להכנת הגנה פרוספקטיבית מפני תביעה משפטית אפשרית על ידו"); ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי ע"ש חיים שיבא, פ"ד נו' 936, בעמ' 956 ("הטלתה של חובת זהירות חמורה מדי עלולה לפגוע ביכולתם של רופאים להפעיל שיקול-דעת המבוסס על מיטב הכרתם ומיומנותם המקצועית. היא עלולה לעודד תופעה בלתי רצויה של 'רפואה מתגוננת' המבקשת למועד חשיפה לתביעות ברשלנות אף במחיר פגיעה בבריאותם של מטופלים. קביעתו של דף נורמטיבי גבוה מדי עלולה איפוא להוביל לידי הכבדה בלתי ראויה על פעילותה של מערכת הרפואה, ובטווח הארוך אף לפגיע ברווחת המטופלים ובבריאותם"); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג' 526, בעמ' 577-599, 601-602; ע"א 2989/95 קורניץ נ' מרכז רפואי ספיר, פ"ד נא' 687, בעמ' 697; להרחבה ראו אמנון כרמי, בריאות ומשפט (כרך א, נבו, 2003), 149-153; טלי בר אשר, "האם התנהגות רופאים פוזלת לעבר 'רפואה הגנתית'", רפואה ומשפט 23 (2000) 28.

130. ראו: *Granewich v. Harding*, 945 P.2d 1067, 1075 [Ore. App. 1997]: "The tort seeks to protect fiduciary relationships and to promote the worthy goal that fiduciary duties be kept and performed. That policy is not furthered by extending it to those who do not owe such a duty in the context of what is alleged here. The obligation to act as fiduciary and the liability for the breach of such a duty flow out of a fiduciary relationship. Adoption of the plaintiff's proposal under circumstances would require that we imply a fiduciary duty between plaintiff and the defendant attorneys that would be the antithesis of the attorney-client relationship between defendant attorneys and their own client, the corporation. It is uncontrovertible that defendant's attorneys could not have ethically represented plaintiff, a potential adversary in the conflict. Thus it seems incongruous to hold defendant attorneys jointly liable for the breach of a fiduciary duty that would be unethical for them to perform"

הטלת חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג משפיעה ועלולה להביא להפרה גם של החובה שלא להימצא בניגוד עניינים, הואיל ועצם קיומה של חובה כלפי הצד שכנגד עלולה להכניס את עורך הדין למצב של ניגוד עניינים עם הלקוח.¹³¹ המבחן להיווצרות ניגוד עניינים אסור אצל עורכי דין הוא מחמיר ביותר – די בקיומו של חשש שעורך הדין לא יוכל לטפל בנאמנות ובמסירות בענייניו של הלקוח.¹³² ניתן לראות שהחובה שלא להימצא בניגוד עניינים שלובה בחובת הנאמנות והמסירות שהזכרתי קודם. במצבים מסוימים יהיה בחובת הזהירות כלפי הצד שכנגד כדי ליצור חשש שכזה ואז אנו במצב הראשון שצוין לעיל, שבו אין בית המשפט יכול לקבוע חובת זהירות הואיל וביצועה מביא להפרה של כללי הדין המשמעותי.

גם אם אין מתקיים המבחן של "חשש" עדיין יכול שהלקוח יחוש בניגוד עניינים כאשר עורך הדין שלו "מתחיל לדאוג לענייניו של הצד שכנגד". תחושה זו, הגם שאינה מבססת ניגוד אסור לפי הכללים, היא עלולה להרוס את מערכת היחסים הספציפית במקרה זה – להביא לפיטורי עורך הדין ולהפסקת הייצוג. תחושה זו יכולה אף להקרין על יחסי עורך דין-לקוח ככלל, באשר לקוחות בעלי ניסיון מר יימנעו מלפנות בעתיד לעורך דין בסוג מקרים כזה וככלל.

פגיעה נוספת עלולה להיות בחובת הסודיות שעורך הדין חב ללקוח.¹³³ ככלל, ההתנגשות עם חובת הסודיות קמה היכן שתוכנה של חובת הזהירות הוא גילוי מידע לצד שכנגד, אם מידע זה עונה להגדרת הסודיות.¹³⁴ בעניין ער"ד ערד נקבע שחובתו של עורך הדין הייתה לידע את הצד שכנגד, ד"אק, על מצבן הקשה של החברות שלטובתן שעבד את המספרה שלו, חברות בבעלות לקוחו של ער"ד ערד.¹³⁵ האם גילוי שכזה אינו נוגע במידע שחלה עליו

131. האיסור על עורכי דין לייצג תוך ניגוד עניינים קבוע בכללים 14-16 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

132. אילן בומבך, "ניגוד העניינים כעבירה אתית" עט ואתיקה 62 (יולי 2001) 1; בד"מ 69/97 פורסם בעט ואתיקה 55 (1999), 5-8.

133. חובת הסודיות קבועה בכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) לפיו: "עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוחו או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, וזאת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי סעיף 90 לחוק". להרחבה על חובת הסודיות ולהבחנה בינה לבין החיסיון בראיות ראו לימור זריגוטמן, "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להיפרד", הפרקליט מו (תשס"ב) 168.

134. חובת גילוי זו קיימת גם מכוח החובה לנהל משא ומתן בדרך מקובלת ובתום לב, סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי). ראו ע"א פנידר (לעיל, הערה 7), בעמ' 726, שם נאמר: "אחת החובות המוטלות, בדרך כלל, היא החובה לגלות מידע באותם עניינים, אשר קבלת מידע לגביהם עשויה להיות חשובה בקבלת החלטה, אם להיכנס לקשר חוזי אם לא ... במסגרת זו מוטלת החובה על אדם, המנהל משא ומתן למכירת נכס, לגלות לצד השני, כי הנכס אינו שייך עדיין למוכר, או כי לפלוני יש בו זכות כלשהי. מידע זה חשוב הוא למתקשר השני, שכן יש לו השפעה ישירה על שיקוליו, אם להתקשר בחוזה ובאלו תנאים להתקשר בו".

135. זאת בהנחה, כמובן, שעו"ד ערד ידע על מצבם הקשה של החברות. חובת הגילוי לצד שכנגד

חובת הסודיות?¹³⁶ האין כאן מצב שבו חובת הוזהרות מביאה להפרה של חובת הסודיות? בסוגיה זו ניתן להקיש מהפסיקה שעסקה בתביעות נגד בנקים ובהן טען לקוח א שהבנק הפר את חובת האמון המיוחדת שהוא חב כלפיו בכך שלא מסר לו מידע על מצב חשבונותיו של לקוח ב של הבנק שהתקשר עמו ולצורך כך קיבל הלוואה בבנק.¹³⁷ במצבים אלו התגונן הבנק בטענה של סודיות בנקאית האוסרת עליו להעביר מידע לגבי לקוח ב ללא הסכמתו. הפסיקה בישראל איזנה בין חובת האמון כלפי לקוח א, מצד אחד, ובין חובת הסודיות כלפי לקוח ב, מצד אחר, וקבעה שאין מתקיימים החריגים של חובת הסודיות הבנקאית כך שאסור לבנק להעביר את המידע ללקוח א.¹³⁸ הפסיקה הסתפקה בהטלת חובת הוזהרות על הבנק המחייבת אותו לגלות ללקוח א על ניגוד העניינים של הבנק במקרה זה.¹³⁹ במקרה של עורך דין והצד שכנגד, חובת האמון הקיימת פחותה מזו שבין הבנק ללקוח א. לכן קל וחומר שכאן תגבר חובת הסודיות (באין חריגים רלוונטיים, פרט להסכמת הלקוח שבה אדון בפסקה הבאה). בעניין עו"ד ערד, בית המשפט לא התייחס כלל לחובת הסודיות. התייחסות זו צריכה הייתה להביא את בית המשפט למסקנה שלא ניתן להטיל על עו"ד ערד חובת גילוי כלפי ז'אק. ברומה לפסיקה שעסקה בבנקים, היה צריך בית המשפט להטיל על עו"ד ערד רק את החובה לגלות לז'אק על ניגוד העניינים שהוא (עו"ד ערד) מצוי בו ולהגיה בידיו של ז'אק את ההחלטה אם הוא מעוניין שעו"ד ערד יטפל בעבורו במשכנתה למרות ניגוד העניינים.¹⁴⁰

מתייחסת רק למידע הנמצא ברשות עורך הדין. לא ניתן לחייב את עורך הדין לברר מידע רק כדי להמציאו לצד שכנגד. ראו קלינג (לעיל, הערה 6), בעמ' 474.

136. ראו עט ואתיקה 76 (יוני 2004) "חסיון מקצועי" בעמ' 4 (ועדת האתיקה שליד ועד מחוז ת"א קבעה כי סוג מידע שכזה הוא חסוי). כמו כן, חובת הסודיות חלה לא רק על מידע שהגיע לעורך הדין מהלקוח אלא גם על מידע שהגיע מטעמו של הלקוח כל עוד זה במסגרת השירות המקצועי שנותן עורך הדין. החריג היחיד הקבוע בחוק הוא ויתור הלקוח בעל הזכות. בעניין עו"ד ערד לא נאמר בפסק הדין שהיה ויתור מצד הלקוח – פיינגולד.

137. ראו ע"א בנק טפחות (לעיל, הערה 78); ע"א (ת"א) 2344/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' המפרס חברה לניהול וקבלנות בע"מ (טרם פורסם).

138. ע"א בנק טפחות (לעיל, הערה 78).

139. שם, בעמ' 605. נאמר שם: "במצב דברים כגון זה, על הבנק להביא לידיעת הלקוח את דבר ניגוד האינטרסים שהוא נמצא בו באופן שהובהר ותואר לעיל, וליתן בידי הלקוח את האפשרות להחליט, אם ברצונו ללוות את הכספים על-אף ניגוד האינטרסים, וזאת על מנת לאפשר לו בדיקה נוספת טרם לקיחת ההלוואה. גישה זו מאזנת כראוי בין האינטרסים שנמנו לעיל ואינה מטילה נטל כבד מדיי על הבנק שכן היא חלה רק באותם מצבים שבהם לבנק יש ידיעה ברבר ניגוד האינטרסים. כאמור, כישלוננו של המערער ליידע את המשיבים ברבר ניגוד האינטרסים מהווה הפרה של חובת הגילוי, בעקבותיה קמה להם עילת תביעה הן מכה עוולת הרשלנות ודיני הגזיקין, בגין הפרתה של חובה זו, והן מכה סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי), המחייב צד למשא ומתן לנהוג בתום לב ובהגינות".

140. הניגוד נובע מכך שעו"ד ערד טיפל בעבור ז'אק במשכנתה שנועדה להבטחת חובות החברות בבעלות פיינגולד שהוא לקוח של עו"ד ערד.

החריג היחיד לחובת הסודיות הרלוונטי למקרה שלפנינו זו הסכמת הלקוח להעברת המידע לצד שכנגד.¹⁴¹ הבעיה כאן, כפי שמציין ד"ר קלינג, היא תחושתו של הלקוח כאשר עורך דינו פונה אליו בבקשה שיתיר לו להעביר מידע לצד שכנגד. הלקוח עלול לחשוד במניעיו של עורך הדין המבקש למסור מידע ליריבו. הלקוח עלול לחשוש שגילוי המידע יביא לסיכול העסקה.¹⁴² לדעתי, בדומה למקרה של ניגוד העניינים גם כאן תחושתו של הלקוח יכולה להביא להפסקת הייצוג, להימנעות הלקוח מלפנות לעורך דין באותו מקרה ובמקרים נוספים בעתיד. ואין להתעלם גם מהשפעה מצטברת על יחסי עורך דין-לקוח ככלל.

פגיעה בחובת הסודיות יכולה להתקיים גם בהמשך כאשר עורך הדין הנתבע כעת על ידי הצד שכנגד יבקש להשתמש לצורך הגנתו במידע סודי. כך לדוגמה, עורך הדין המבקש להציג תכתובת פנימית שלו עם הלקוח. המשפט האמריקני קבע חריג המתיר לעורך הדין להשתמש במידע סודי כדי להגן על עצמו בכל מצב מבלי לקבל את הסכמת הלקוח שלו שייכת זכות הסודיות. אין החריג חל רק בסכסוך בין עורך הדין ללקוח עצמו אלא גם בסכסוך שבו הלקוח אינו מעורב אך עולה שאלה המתייחסת לייצוג שנתן עורך הדין לאותו לקוח, למשל, כאשר הצד שכנגד תובע את עורך הדין בטענת רשלנות.¹⁴³ חריג זהה קיים

141. זאת בשל החריג הקבוע בכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), שהלקוח יכול לוותר על סודיות המידע.

142. קלינג (לעיל, הערה 6), בעמ' 473-474. כדי להתגבר על בעיה זו הוא מציע שעורך הדין יעמיד את לקוחו על חובת הגילוי (הנובעת גם מחובת תום הלב החוזית) בראשית הטיפול המשפטי. לדוגמה, עורך הדין של הקבלן יכול לציין במבוא להסכם המכירה עם הקונה כי המקרקעין משועבדים לחובות הקבלן, שניטלו לצורך הקמת הבניין, או כי קבלת היתר הבנייה מותנית בשינוי תכנית המתאר.

143. כך קובעים במפורש כללי האתיקה המומלצים בארצות הברית: American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983 Rule 1.6 (b)(5) "A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary: (5) to establish a claim or defense on behalf of the lawyer in a controversy between the lawyer and the client, to establish a defense to a criminal charge or civil claim against the lawyer based upon conduct in which the client was involved, or to respond to allegations in any proceedings concerning the lawyer's representation of the client"; פסק הדין המנחה לעניין השימוש בחריג כאשר עורך הדין מבקש להגן על עצמו מפני האשמות של צד ג' בסכסוך בו לא מעורב הלקוח הוא: *Meyerhofer v. Empire Fire & Marine Ins. Co.*, 497 F.2d 1190 (2d. Cir. 1974); אותו חריג קיים בארצות הברית לגבי חסיון עורך דין-לקוח ראו: Henry D. Levine, "Self-Interest or Self-Defense: Lawyer Disregard of the Attorney-Client Privilege for Profit and Protection", 5 *Hofstra L. Rev.* (1977) 783.

מנגד, הגישה הביקורתית לחובת הסודיות מצביעה על חריג זה – גילוי כדי להגן על עורך הדין – כהוכחה לכך שחובת הסודיות באה למעשה לשרת את עניינם של עורכי הדין ולא של הלקוחות. גישה זו גורסת שאם עניינו של עורך הדין מצדיק הפרה של חובת הסודיות, מדוע

ככל הנראה גם בישראל.¹⁴⁴ מסיבה זו אינו נכון השיקול של שופט המיעוט בעניין עו"ד סילביו שאין להכיר בחובת זהירות כלפי צד שכנגד הואיל ועורך הדין אינו יכול להתגונן בפני תביעה שכזו, בשל חובת החיסיון החלה עליו.¹⁴⁵ עורך הדין אינו מוגבל כמעט ביכולתו להגן על עצמו בתביעות אלו לאור קיומו של החריג הזה לחובת הסודיות והחיסיון.¹⁴⁶ לכן ההשפעה היא רק במישור הכללי בכך שלקוחות יסרבו להעביר מידע לידי עורך דינם מחשש שזה עלול להיחשף בעתיד במסגרת הגנת עורך הדין.¹⁴⁷

בהנחה שאין מדובר במידע שחלה עליו סודיות כך שאין בגילוי האמור כדי להפר את כללי הדין המשמעותי, עדיין יש בחובה כדי לסכן את יחסי עורך דין-לקוח ככלל (מישור ההשפעה הכללי). הטלת חובה על עורך הדין לגלות מידע לצד שכנגד עלולה להביא למצב שבו יחששו לקוחות לספר לעורכי דינם את כל המידע,¹⁴⁸ דבר שיפגע באיכות השירות המשפטי שיש בידי עורך הדין לתת, ומכך לא יינזק רק הלקוח אלא גם העניין הציבורי שכזכור מבקש להבטיח זאת. יתרה מכך, הלקוח אינו יכול לדעת מראש על איזה מידע לא תחול סודיות, בוודאי אין הוא יכול לדעת לאיזה מידע ייוקף עורך דינו כדי להגן על עצמו בעתיד מפני תביעה של צד ג. כך שבפועל, גם ללקוח המודע לבעיית סודיות המידע אין דרך ממשית להגן עליו פרט להימנעות מחשיפתו בפני עורך הדין.

ככלל, הטלת חובה כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג יכולה גם להשפיע על עצם היווצרות יחסי עורך דין-לקוח. בהיבט של הלקוח העתידי – ייתכן מצב שבו צד לעסקה ירגיש מוגן יותר וחופשי בפעולות שהוא רשאי לבצע ללא ליווי עורך דין בהשוואה למצב שבו הוא מיוצג ועורך דינו פועל תחת מגבלת החובות כלפי הצד שכנגד.¹⁴⁹ בהיבט של עורכי הדין

לא יצדיק אף עניינו של צד ג פגיעה כאמור? ההייררכיה של העניינים העולה מהכלל הקיים של חובת הסודיות מראה כי עניינו של עורך הדין זוכה להגנה רבה יותר מאשר עניינו של צד ג. להרחבה ראו: Limor Zer-Gutman, "Revising the Ethical Rules of Attorney-Client Confidentiality: Towards a New Discretionary Rule", 45 *Loyola L. Rev.* (1999) 669.
 144. על"ע 17/86 עו"ד פלונית נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770. פסק הדין מאמץ את החריג האמריקני הרחב שצוטט לעיל. הלכת פלונית אומצה בכמה פסקי דין; ראו, למשל המ' (ת"א) 11444/97 לה נסיונל נ' הרשות ניירות ערך (לא פורסם); ע"א (ת"א) 2548/01 רוני נ' גוימן (טרם פורסם).

ועדת האתיקה שליד ועד מחוז ת"א התירה לעורך דין להגיב לכתבה בעיתון ובה התבטא הלקוח בגנותו של עורך הדין אף תוך גילוי מסמכים חסויים (צריך להיות "סודיים" – ל' ז"ג). ראו עט ואתיקה 46 (1997), 2.

145. ע"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 49 לפסק דינו של השופט ריבלין.
 146. להסבר מפורט מדוע קיימים חריגים משותפים לחובת הסודיות והחיסיון וההבחנה בין השניים ראו זר-גוטמן (לעיל, הערה 133).

147. טענה זו התקבלה על ידי בית המשפט ב: Picadilly, Inc., v. Raikos, 582 N.E.2d 338, 343 (Ind. 1991).

148. שם, שם.

149. בע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 472 בית המשפט אומר שעורך הדין עשוי לחוב בחובות כגילוי ואזהרה הנובעות ממעמדו המיוחד כעורך דין, שלקוחו אינו חב בהם.

ייתכנו מצבים שבהם יעדיפו עורכי דין מראש שלא לטפל בעניין מחשש האחריות כלפי צד ג.¹⁵⁰ התופעה יכולה גם להגיע עד כדי מצב שבו בסוג עניינים מסוים לא יוכל אדם למצוא עורך דין שייצגו.¹⁵¹ בהיבט הציבורי נפגע העניין המבקש לעודד פנייה וקבלת ייעוץ משפטי איכותי מעורך דין.

2. מתן אזהרה לצד שכנגד על ידי עורך הדין

במשפט האמריקני יש לעורך הדין אפשרות יעילה ופשוטה כדי להקטין את הסיכון באחריות: להזהיר את הצד שכנגד שלא להסתמך על דבריו ומעשיו, ובמצב שהצד שכנגד אינו מיוצג להוסיף אזהרה נוספת כי מוטב לו להיות מיוצג על ידי עורך דין משלו. במשפט האמריקני התרחבה ההכרה בכוחן של אזהרות בכתב (disclaimer) כדרך להימנע מחובה ולהקטין סיכון באחריות.¹⁵² על המשפט הישראלי ללכת בדרך זו ולהכיר באזהרה שכזאת, מקום שיוכח בו שאמנם נמסרה בצורה ברורה לצד שכנגד בתור שיקול השולל קיומה של חובת זהירות. אזהרות ממין זה מופיעות לרוב בחוות דעת כתובות שמנפיק עורך הדין לפי בקשת לקוחו לשימוש צד ג. כך לדוגמה, מכתב שמוען אל הבנק שפנה אליו הלקוח בבקשה לקבל הלוואה כלל אזהרה שחוות הדעת תקפה לתאריך הנקוב בה, אך אין לעורך הדין כל אחריות על המידע הכלול בה.¹⁵³ בהתבסס על אזהרה זו קבע בית המשפט שהסתמכות הבנק על עורך הדין אינה מוצדקת ולכן לא הכיר באחריות לפי הדוקטרינה של מצג שווא רשלני.¹⁵⁴ אני סבורה כי "המציאות בשטח" שבה מתרחבת חובת הזהירות ובעקבותיה אחריות עורך הדין כלפי צד ג תניע את עורכי הדין בישראל לנקוט את אמצעי המניעה היחיד העומד לרשותם – מתן אזהרות. בתי המשפט, מצדם, צריכים ללכת בעקבות הפסיקה האמריקנית ולתת משקל מלא לאזהרות אלו. דהיינו, לא להכיר בחובה ולא להטיל אחריות במקום שבו

150. *Zuniga v. Groce, Locke & Hebdon*, 878 S.W.2d 313, 317 (Tex. App.-San Antonio 1994, writ ref'd).

151. השוו למצב ברפואה ובתחומים אחרים: מייקל פרידמן (פורבס), "תביעות נזיקין – בארה"ב, זו מגיפה" גלובס (24.5.2002).

152. *Mallen* (לעיל, הערה 122), בעמ' 1161, הרסטייטמנט מסביר שכדי להימנע מאחריות לצד ג לפי סעיף (2)52 יכול עורך הדין להשתמש באזהרות אלו. ראו: *The Restatement of the Law Governing Lawyers* (2000) § 52(2) cmt. e. גם המשפט האנגלי מכיר בכוחן של אזהרות כדי לפטור מאחריות. בפסק הדין החשוב בעניין *Hedly Byrne* (לעיל, הערה 70), נדחתה תביעת רשלנות נגד בנק שהעביר לתובעת, סוכנות פרסום, חוות דעת שגויה לגבי המצב הכלכלי של חברה, לקוחת הבנק, עמה ביקשה הסוכנות להתקשר. התביעה נדחתה הואיל וחוות הדעת כללה אזהרה כאמור המהווה תניית פטור מאחריות. האזהרה אמרה: "For your private use and without responsibility on the part of this bank or the manager".

153. *Mark Twain Kansas City Bank v. Jackson*, 912 S.W.2d 536, 537 (Mo. Ct. App. 1995). בית המשפט מציין שמדובר בלווה מתוחכם – בנק – שהיה צריך לחקור את טיבה של האזהרה לפני שנתן את הלוואה (שם, בעמ' 540).

154. שם, שם.

בית המשפט מוצא שאזהרה מפורשת אכן ניתנה לצד שכנגד באופן שאדם סביר היה מבין אותה ולא היה צריך להסתמך על עורך הדין. אין לדרוש מעורך הדין לוודא שהאזהרה הובנה והופנמה על ידי הצד שכנגד הספציפי שכן המבחן חייב להיות מבחן אובייקטיבי הואיל ועוללת הרשלנות פועלת תחת מבחן אובייקטיבי. זאת ועוד, מקום שהאזהרה ציינה שמוטב לצד שכנגד לשכור עורך דין שייצגו והוא לא שעה לעצה זו וניזוק בעסקה, על הפסיקה לקבוע כי משלא שעה לעצה שקיבל רואים אותו גם כמי שנטל עליו את הסיכון, ועל כך ארחיב בחלק הבא.

בעניין שרמן הלך בית המשפט בכיוון זה וקבע: "כשמדובר בעסקה מורכבת וסבוכה מבחינה משפטית ובה עורך דין מייצג צד אחד לעסקה, בעוד הצד שכנגד איננו מיוצג, יפנה עורך הדין תשומת לבו של הצד השני באופן ברור לכל שייטיב לעשות אם יהיה גם הוא מיוצג על ידי עורך דין".¹⁵⁵ אך הפסיקה לא שכללה ולא יישמה אמירה זו. רק הוראת חוק אחת מטילה חובת אזהרה שכזאת; כללי לשכת עורכי הדין (ייעוץ בעסקאות בדירות) מחייבים את עורך הדין של הקבלן לציין בחווה הרכישה כי אין הוא מייצג את הקונה בעסקה.¹⁵⁶ אני סבורה שיש ללכת צעד נוסף ולהטיל על כל עורך דין, במסגרת כללי הדין המשמעותי, את החובה לוודא שהצד שכנגד מבין שעורך הדין אינו נייטרלי אלא פועל רק למען לקוחו (פרט למצב שבו עורך הדין נטל על עצמו במפורש לפעול גם לטובת הצד שכנגד). כמו כן הכלל צריך להטיל על עורך הדין את החובה להימנע מלתת עצות משפטיות לצד שכנגד פרט לעצה לשכור עורך דין משלו. אני רואה היגיון רב בחובה זו שכן במצב של תחילת היחסים עורך הדין הוא "מונע הנזק הטוב ביותר והזול ביותר" הואיל ובידו האפשרות להגן על הצד שכנגד באופן שלא מצריך מאמץ מיוחד מצדו ולא מהווה פגיעה בחובותיו כלפי הלקוח. בניגוד להמלצה בעניין שרמן אני סבורה שהחובה צריכה לחול בכל מקרה ולא רק בעניינים הסבוכים מבחינה משפטית כדי למנוע מעורכי הדין אפשרות להתחמק ממילוי החובה בטענה שלא תמיד ניתנת לסתירה, שלפיה "לא הוהרתי כי לא חשבתי שהעניין מורכב משפטית".

כללי הדין המשמעותי בישראל כבר מבטאים במפורש את התפיסה שעורך הדין חב בחובות כלפי הצד שכנגד.¹⁵⁷ מה שחסר הוא כלל ספציפי המטפל ישירות בבעיה בדומה לכלל 4.3 לכללי האתיקה המומלצים בארצות הברית.¹⁵⁸ הטלת החובה בכללי הדין המשמעותי

155. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 472.

156. כלל 4 לכללי לשכת עורכי הדין (ייעוץ בעסקאות בדירות), תשל"ז-1977, ק"ת 1719.

157. פרק מיוחד - פרק ח - בכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) עוסק ביחס לצד שכנגד. שניים מתוך שלושת הכללים בפרק, כללים 23 ו-24 עוסקים בסגנונו של עורך הדין בפנייתו לצד שכנגד. להרחבה ראו קלינג (לעיל, הערה 6), בעמ' 91-93. הכלל השלישי, כלל 25, אינו רלוונטי לענייננו שכן הוא עוסק בצד מיוצג.

158. American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983 Rule 4.3. הקובע: "In dealing on behalf of a client with a person who is not represented by counsel, a lawyer shall not state or imply that the lawyer is disinterested. When the lawyer knows or reasonably should know that the unrepresented person misunderstands the lawyer's

תאפשר לבתי המשפט הרגילים לראות בכך רף התנהגות מקובל אצל עורכי דין ובהתאם לכך לשלול קיומה של חובת זהירות מקום שעורך הדין עמד בדרישת החובה; ולהפך.

3. "נטילת סיכון" מודע על ידי הצד שכנגד הבלתי מיוצג

לצד שכנגד יש דרך ברורה להיטיב את מצבו והיא לשכור את שירותיו של עורך דין שייצג אותו בעסקה. ברוב המקרים הצד שכנגד מבקש לחסוך את העלות הכלכלית של שכירת עורך דין שייצג אותו ובכך הוא לוקח על עצמו במודע את הסיכון. ולכן כאשר הסיכון שלקח במודע כדי לחסוך התממש, עליו לשאת בהפסדו. לגישתי, ההתחשבות בנטילת הסיכון צריכה להיות בשתי הודמנויות. האחת, כחלק משיקולי המדיניות המשפטית המשליכים על קיומה והיקפה של חובת הזהירות המוטלת על עורך הדין. האחרת, כאשר תורם של הניזוק המפחית מאחריות עורך הדין. בנקודה השנייה לא אעסוק הואיל ואין המאמר עוסק בשלב חלוקת האחריות.

בראייה חברתית רחבה אנו מבקשים לעודד אנשים שלא להתקשר בעסקה ללא הגנת עורך דין. במנגנון שוק הפועל כשורה, אדם הנכנס לעסקה כלכלית מול צד המיוצג על ידי עורך דין צריך לדעת שכדי להגן על ענייניו מוטב לו למהר ולשכור עורך דין שייצג אותו. כפי שהיטיב לבטא שופט המיעוט בעניין ער"ד סילביו, שיקול המדיניות הניצב כנגד הטלת חובת הזהירות כאן הוא "הרצון שלא לתת לצד לעסקה תמריץ שלילי לשכירת עורך דין".¹⁵⁹ חשוב להימנע מיצירת מצב שבו יימנעו צדדים לעסקה מלשכור עורך דין שייצגם מתוך תפיסה שאין בכך צורך כיוון שעורך הדין של הצד האחר חב בחובות כלפיהם.¹⁶⁰ בעניין ער"ד ערד, אדם כמו ז'אק השקוע בקשיים כלכליים ומבקש למשכן את הנכס היחיד שיש לו, המספרה, בשטר משכנתה בלתי מוגבל לטובת חברות שאינן שלו, חייב

role in the matter, the lawyer shall make reasonable efforts to correct the misunderstanding. The lawyer shall not give legal advice to an unrepresented person, other than the advice to secure counsel, if the lawyer knows or reasonably should know that the interests of such a person are or have a reasonable possibility of being in conflict with the interest of the client" The Restatement of the Law Governing Lawyers (2000) § 103.

159. ע"א ער"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 47 לפסק דינו של השופט ריבלין.
160. ביטוי למצב כזה, שכבר מתרחש בפועל, ניתן למצוא בתשובת ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין לתלונה שהגישה חייבת בתיק הוצאה לפועל כלפי עורך הדין של הזוכה שביצע עיקולים כלפיה. ועדת האתיקה החליטה לגנוז את התלונה תוך שהיא מביעה כלפי המתלוננת את הביקורת הבאה: "במקום לשכור ער"ד שיטפל בענייניה ולשלם לו על מנת שייצגה, היא סבורה, כפי שמתחיל להיות מקובל במחוזותינו, שעורך הדין של הצד שכנגד חב לה ייעוץ משפטי ואמור לשמש כותל מערבי לתלונותיה, על מר גורלה. אם הוא ממאן – אשם הוא, לדעתה. אם הוא דורש שזמנו יפוצה בתשלום – חוצפה היא, לטענתה. כאשר עורך דין מבצע פסק דין עבור לקוחותיו, אין הוא אמור לשמש גם יועץ משפטי לצד שכנגד". אתיקה מקצועית 6 (מארס 2003), 4.

לקחת עורך דין שייצג אותו (בהנחה שלא התקיימו יחסי עורך דין-לקוח עם עורך הדין של הצד האחר). הוא חייב לדעת שעורך הדין של הצד האחר אינו שטר הביטחון שלו בעסקה ופוליסת הביטוח המקצועי של עורך דין זה אינה הכיס העמוק שיפצה על נזקיו. כאדם בוגר שידע והבין את משמעות השטר שחתם עליו (כפי שקבע בית המשפט) על ז'אק היה להבין גם את המשמעות של כניסה לעסקה מורכבת שבה הוא חסר ניסיון והבנה ללא עורך דין מטעמו שיגן עליו.

בראייה חברתית רחבה אין מקום גם להגן על מי שלקח על עצמו במודע את הסיכון כדי לחסוך את עלות שכירת עורך דין שקרוב לוודאי היה מונע ממנו מלהיכנס לעסקה מלכתחילה. המדיניות צריכה להיות בכיוון הפוך של "יזוהר הקונה". בפסיקה נקבע "שהחותרים על מסמך מבלי לדעת תוכנו, לא ישמע בטענה שלא קרא את המסמך ולא ידע על מה חתם ובמה התחייב. חוקה עליו שחתם לאות הסכמתו, יהא תוכן המסמך אשר יהא".¹⁶¹ אותה חוקה יש להפעיל גם לעניין מי שנכנס לעסקה ללא ליווי עורך דין מטעמו, גם הוא לא יישמע אחר כך בטענה שעורך הדין של הצד שכנגד חב לו בחובת זהירות רחבה שכן חוקה שלקח את הסיכון בכך שלא שכר עורך דין מטעמו.

ההצדקה להתחשבות בסיכון שנטל על עצמו הצד שכנגד קיימת רק אם נטילת הסיכון הייתה מודעת. מודעות יכולה להיווצר בעקבות אזהרה ברורה מעורך הדין, שאינו דואג לענייניו של הצד שכנגד ומוטב לו לשכור עורך דין משלו. באופן זה שלובים שני השיקולים כך שרק קיומו של הראשון (מתן אזהרה) מקים את השני (התחשבות בנטילת הסיכון), ולכן גם מסיבה זו מומלץ לקבוע את הראשון כחובה במסגרת כללי הדין המשמעת.

מן העבר האחר, כאשר עורך הדין הביא למצב שבו הצד שכנגד אינו מיוצג או תרם לכך באופן משמעותי, קיימת הצדקה להטיל חובה על עורך הדין אך אין בזה הצדקה לראות בצד שכנגד לקוח כך כאשר עורך הדין גרם ביודעין לצד שכנגד להבין שהוא כבר ידאג לענייניו שלו או כאשר עורך הדין פעל יחד עם הלקוח לשכנע (הגם שבתום לב) את הצד שכנגד שאין לו צורך בעורך דין משלו.

4. חובת הלקוח כלפי הצד שכנגד

מהפסיקה בישראל עולה שבקביעת קיומה והיקפה של חובת עורך הדין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג אין להתחשב בחובתו של הלקוח. בעניין שרמן נאמר:

... חובתו של עורך הדין כלפי הצד הבלתי מיוצג עומדת על רגליה היא, ואין היא נגזרת או קשורה לחובתו של הלקוח, אותו מייצג עורך הדין, כלפי הצד הבלתי מיוצג ... על כן עשוי עורך הדין לחוב בחובות של גילוי, אזהרה וחובות אחרות הנובעות ממעמדו המיוחד כעורך דין, שלקוחו אינו חב בהם.¹⁶²

161. ע"א 467/64 שוויץ נ' סנדור, פ"ד יס(2) 113. מצוטט בע"א ערד (לעיל, הערה 12), בעמ' 375.

162. ע"א שרמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 472. ניתן לטעון שדברים אלו שנאמרו בעניין שרמן הם רק רטוריקה שיפוטית, שכן בפועל הקל בית המשפט עם עורך הדין ופטר אותו לחלוטין מאחריות.

לגישתי, אין מקום לקביעה גורפת זו אלא יש להשאיר את ההחלטה בהתאם לנסיבותיו העובדתיות של כל מקרה. במקרים מסוימים ראוי להתחשב בחובתו של הלקוח כלפי הצד שכנגד בהיותה משליכה על חובת עורך הדין. דוגמה למקרה כזה אפשר למצוא, לדעתי, בעניין עו"ד ערד.

בעניין עו"ד ערד הניתוח היוצא מהנחה שלא שררו יחסי עורך דין-לקוח בין עו"ד ערד לתובע (ז'אק) קובע כי חובת הזהירות שחב עו"ד ערד לתובע הייתה החובה לגלות לו את דבר קיומם של השעבודים הנוספים שבהם טיפל עו"ד ערד להבטחת חובותיהם של פיינגולד והחברות.¹⁶³ עובדה זו מצויה כמובן בידיעת הלקוח פיינגולד שפסק הדין מטיל עליו חובת גילוי זהה.¹⁶⁴

לדעתי, במקרה זה היה מקום להתחשב בחובת הלקוח באופן שחובת הגילוי שתושת על עורך הדין תהא צרה יותר מוּזו שעל הלקוח. וזאת משני נימוקים. ראשית, הלקוח הוא הצד הישיר לעסקה, הוא זה שמולו ניצב הצד שכנגד כך שציפיותיו של זה ישירות כלפי שותפו לעסקה. מנגד, בעיני הצד השלישי עורך הדין הוא מלווה העסקה ולא האיש שנכנס עמו לעסקה. כפי שמציין בית המשפט, אמנם אנשים סומכים על אמינותו, על יושרו ועל מיומנותו של עורך הדין הניצב מולם אך השאלה היא האם יש בעובדה זו לבריה כדי להביא להטלת חובה שווה לזו שעל הלקוח. לדעתי, עובדה זו היא המקימה מלכתחילה את חובת עורך הדין כלפי הצד שכנגד אך אין בה די, לאור שני הנימוקים שלעיל, כדי לשכנע בהיקף חובה השווה לזה של הלקוח (או רחב יותר, כפי שרומז בית המשפט בעניין שרמן שצוטט לעיל). סיבה נוספת נעוצה בזה שעניינו של הלקוח באי־הגילוי עולה לאין שיעור על זה של עורך הדין. הלקוח הוא המרוויח ישירות מאי־הגילוי שכן העסקה יוצאת לפועל בתנאים הטובים לו, מה עוד שגילוי יכול להביא לביטול העסקה. מנגד, עורך הדין מרוויח בעקיפין בשני מובנים. ראשית, בכך שאינו נקלע לעימות עם לקוחו, עימות שיכול להוביל להפסקת הייצוג ולאָבדן פרנסה מצד עורך הדין. שנית, ניתן להניח ששכרו של עורך הדין גבוה יותר היכן שהעסקה יצאה לפועל ממקרה שתתבטל העסקה. לדעתי, הפער בין הרווח שיש לכל אחד מן המצבים של אי־הגילוי מהווה נימוק נוסף מדוע לא ניתן למקם את הלקוח ואת עורך הדין באותו מדרג מבחינת היקף חובת הזהירות כלפי הצד שכנגד לעסקה. ולכן מי שבמקרה זה מרוויח יותר מאי־הגילוי הוא זה שחובתו כלפי הצד שכנגד צריכה להיות רחבה יותר.

163. ע"א עו"ד ערד (לעיל, הערה 12), בעמ' 381. בפסק הדין נאמר: "באשר למקרה שבפנינו – לעו"ד ערד היה ידוע כי ז'אק אינו מיוצג, ועל כן היה צריך להניח כי ז'אק סומך על אמינותו ויושרו. במצב זה המעט שעורך דין ערד היה יכול וחייב לעשות הוא להביא לידיעת ז'אק את דבר קיומם של השעבודים הנוספים שטיפל בהם להבטחת חובותיהם של פיינגולד ושל החברות. לו כך נהג, היה ז'אק יכול לכלכל את צעדיו מתוך ידיעתן של העובדות, והרי ביחס לאלו נדמה שהכל מסכימים כי היה ניתן לצפות מראש שעלולות להיות להן השלכות מרחיקות לכת על ז'אק, כפי שקרה בפועל".

164. שם, בעמ' 376 (בית המשפט קובע: "אין ספק שהיקף החובות של פיינגולד ושל החברות הוא פרט מהותי מנקודת ראותו של מי שהתבקש לערויב להם, ונראה כי התשובה לשאלה אם מידע זה נחשף בפניו של ז'אק עובר לחתימה של שטר המשכנתה היא שלילית").

5. מעגל התובעים להם חב עורך הדין בחובת זהירות

בארצות הברית המגמה בפסיקה היא לצמצם את מעגל התובעים שלגביהם קיימת חובת זהירות באמצעות מתן פרשנות מצרה לשיקול הראשון של מבחן איזון השיקולים – האם העסקה או הפעולה עמדה להשפיע על התובע. כפי שראינו, הפסיקה פירשה את התקיימות התנאי רק אם התובע הוא האדם שהתכוונו אליו הלקוח ועורך הדין כנהנה מהעסקה. כפי שציינתי, הסיבה העיקרית לפרשנות מצמצמת זו היא החשש מפני הרחבת מעגל הנפגעים הפוטנציאליים. אמנם הרסטייטמנט שהובא לעיל הרחיב בדיוק בנקודה זו, אך הכלל טרם אומץ במדינות והוא זוכה לביקורת רבה בדיוק מהסיבה שהוא מרחיב את מעגל התובעים. מגמת הצמצום בארצות הברית עולה גם במסגרת השימוש במבחן "נטילה וולונטרית של אחריות" ולפיו אחריות עורך דין שנטל על עצמו לעשות פעולה היא רק כלפי מי שעורך הדין ידע, או יש להניח שידע, שהוא מסתמך על פעולתו (הסתמכות סבירה) ולא כלפי כל מי שהסתמך בפועל. זאת ועוד, כפי שציינתי, לא תמיד הפסיקה מסתפקת רק בהסתמכות אלא דורשת מצב של תלות של צד ג בפעולת עורך הדין שנטל על עצמו לבצע את הפעולה.¹⁶⁵ בישראל הופעל שיקול זה בפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין עו"ד סילביו. בעוד שבפסק הדין המחוזי הורחבה חובת הזהירות לא רק לצד שכנגד לעסקה (זוג ההורים ששעבדו את דירת המגורים שלהם למלווה בשוק האפור שייצג עורך הדין) אלא גם כלפי שני ילדי בני הזוג והסבתא שהתגוררו עמם בדירה שאיבדו עקב רשלנות עורך הדין.¹⁶⁶ בית המשפט העליון צומצמה חובת הזהירות להיקפה הראוי – רק כלפי ההורים שהיו הצדדים לעסקאות שבהם טיפל עו"ד סילביו. פסק הדין קובע, נכונה לגישתי, שעו"ד סילביו לא חב בחובת זהירות כלפי הילדים והסבתא הואיל והם לא נטלו כל חלק בעסקאות כך שלעו"ד סילביו "לא היתה כל נגיעה אליהם, הוא כלל לא ידע על קיומם ולא צריך היה לדעת".¹⁶⁷ בעניין בנק הפועלים הורחבה האחריות גם כלפי מי שלא היה צד להתחייבות שנטל על עצמו עורך הדין (המינהל) אלא הנהנה מהתחייבות זו (הבנק). פסק הדין מבסס את הקרבה בין עורך הדין לבנק בהיותו צד מוכר לעורך הדין (ההתחייבות דיברה במפורש על הבנק) ולפיכך צפוי.¹⁶⁸

הנמקה זו דומה מאוד לזו שניתנה בעניין עו"ד סילביו, שם נאמר שעורך הדין לא ידע ולא צריך היה לדעת על קיומם של הילדים והסבתא המתגוררים בדירה. שתי ההנמקות מבססות את הקביעה מיהו התובע שלו עורך הדין חב בחובת זהירות והאם עורך הדין ידע, או צריך היה לדעת על אותו תובע. לגישתי, יש להוסיף ולקבוע כי עורך הדין צריך להכיר

165. ראו הדיון במבחן והדוגמה המובאת בפרק ד למאמר.

166. פסק הדין המחוזי קיבל את טענת עורך הדין כי לא ידע ולא הייתה עליו חובה לברר מי עוד מתגורר בדירה אך ממשיך וקובע כי בנסיבות העניין עורך דין סביר היה צופה את האפשרות שמתגוררים אנשים אחרים בדירה ושיתכן שייזנקו. ת"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 9), בחלק 3ה.

167. ע"א עו"ד סילביו (לעיל, הערה 12), פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

168. ת"א בנק הפועלים (לעיל, הערה 78), פסקה 12.

רק את מי שהייתה לו תלות בפעולת עורך הדין. כפי שציינתי לעיל, במסגרת מבחן הנטילה הוולונטרית של אחריות, דורשת חלק מהפסיקה בארצות הברית מצב של תלות של צד ג בפעולת עורך הדין שנטל על עצמו לבצע פעולה. לדעתי, במסגרת מבחן זה, שכבר אומץ על ידי כל השופטים בעניין עו"ד סילביו, יש לאמץ גם את מדד "התלות" ככלי לצמצום מעגל התובעים שעורך הדין חב להם בחובת זהירות. השימוש במדד זה בעניין בנק הפועלים במסגרת המבחן, שממילא הופעל שם, יכול היה להביא לתוצאה הפוכה ולצמצום מעגל התובעים.

בעניין בנק הפועלים, עורך הדין של בעלי הקרקע, ששעבדו את זכויותיהם בה לטובת הבנק בתמורה להלוואה שקיבלו, התחייב לבצע פעולה (לרשום את זכויות לקוחותיו בד בבד עם רישום משכנתה לטובת הבנק), עורך הדין ידע שהבנק מסתמך על התחייבותו, והסתמכות הבנק על עורך הדין סבירה בנסיבות אלו. אך הבנק לא היה תלוי בפעולת עורך הדין הואיל והבנק החזיק בהתחייבות מהמינהל שזה לא יאפשר את רישום הזכויות ללא רישום המשכנתה. הבנק לא היה תלוי ברישום המשכנתה בעורך הדין אלא במינהל שיכול למנוע את רישום הזכויות עד שתירשם גם המשכנתה. לכל הפחות ניתן לקבוע שלבנק לא הייתה תלות בלעדית בעורך הדין שכן גם המינהל יכול היה לדאוג לאותה הפעולה. ביסוס למסקנה זו ניתן למצוא בפסק הדין עצמו הקובע כי עורך הדין והמינהל חבים יחד ולחוד כלפי הבנק שכן רשלנותם משולבת.¹⁶⁹ מהאמור עולה כי לא היה מקום לקבוע חובת זהירות כלפי הבנק.

דוגמה לתובע התלוי בפעולת עורך הדין ולפיכך קיימת חובת זהירות כלפיו ניתנה בעניין יורשי עו"ד ברגר, שם נקבעה חובת זהירות והוטלה אחריות על עורכי הדין של הקונה כלפי מי שערב לו לקבלת המשכנתה מהבנק.¹⁷⁰ לערבים יש תלות מלאה בעורך הדין של הקונה שכן רק הוא יכול לדאוג לרישום המשכנתה או להערת אזהרה לטובת הבנק בגינה. ולכן משזה התרשל ולא ערך רישום כנדרש, ובכך אפשר לקונה למכור את הדירה לאחר מבלי לפרוע את המשכנתה לבנק, קמה אחריותו של עורך הדין לפצות את הערבים שחויבו בפירעון המשכנתה לבנק.

ז. הערה לעניין חלוקת האחריות בפסק הדין עו"ד ערד נ' ז'אק אבן

כפי שציינתי, המאמר לא עסק בחלוקת האחריות אלא רק בשאלת קיומה והיקפה של חובת הזהירות, אך אני חשה שניתוח פסק הדין בעניין עו"ד ערד לא יהיה שלם אם לא אתיחס, ולו בהערה קצרה, לאופן שבו חילק בית המשפט את האחריות לנוקיו של ז'אק בין עו"ד ערד לפיינגולד.

לאחר שקבע את אחריות השניים לנוק, עמדה לבית המשפט האפשרות לחלק את האחריות בהבחנה בין מידת מעורבותם בנוקי הצד שכנגד. סעיף 84 לפקודת הגויקין מאפשר לבית המשפט לקבוע שמבחינה מוסרית ומבחינה אובייקטיבית של שיעור התרומה לנוק אשמו של

169. שם, שם.

170. ע"א יורשי עו"ד ברגר (לעיל, הערה 78).

פיינגולד עולה על זה של עורך הדין כך שלמשל, זה האחרון יישא רק בשליש מהנזק. אך בית המשפט אינו עושה שימוש בכלי זה. בראייה של בית המשפט, פיינגולד ועו"ד ערד הם חייבים שווים בנזקו של ז'אק.

תפיסה זו מקוממת לנוכח עובדות המקרה שעולה מהן מה רב היה חלקו של פיינגולד בקריסתו הכלכלית של שכנו. השכן שביקש להיחלץ ממצוקה כספית של עשרים אלף דולרים מצא עצמו נתבע על חובות גדולים פי כמה של חברות השייכות לפיינגולד, חברות שכבר במועד זה היו בקשיים כלכליים. פיינגולד הסתיר את המצב האמתי באופן שלפי הגדרת בית המשפט היווה הטעיה.¹⁷¹ פיינגולד שכנע את ז'אק לקחת את ההלוואה בתמורה למשכון מספרתו. פיינגולד שולח את ז'אק לעורך הדין שלו (ומסיבה טובה, כפי שמוכיח ההמשך), פיינגולד הוא זה שהעביר במרמה לז'אק את כספי ההלוואה בחלקים מכיסו ולא ישירות מהבנק שנתן את ההלוואה. לאחר שהבנק מחייב את ז'אק בחובות החברות, פיינגולד הוא גם זה שבהמשך (חלק שלא פירטתי בעובדות לעיל) מחזיר לז'אק את הכסף בשיקים שחוללו, מה שמעמיק את הסתבכותו הכלכלית של ז'אק.

מנגד, גם אם נקבל את מסקנת שתי הערכאות שעו"ד ערד ידע על הקשיים הכלכליים של החובות ובהתחשב בכך שז'אק לא היה מיוצג ומכאן שסמך על יושרו ועל אמינותו של עו"ד ערד עדיין, הפרת חובתו היא באי-גילוי עובדה זו לז'אק בעת החתימה על שטר המשכנתה לבנק. האם ניתן לטעון שמעשיו של פיינגולד משתווים למעשה עורך הדין כך שיש להטיל עליהם אחריות שווה לנזקו של ז'אק?

בבואו לחלק את האחריות בין עו"ד ערד לפיינגולד חייב היה בית המשפט להתחשב בנסיבות העובדתיות של המקרה כפי שעשו בתי המשפט במקרים אחרים. לדוגמה, בעניין בכור שם הטעה הלקוח (הקבלן) את עורך דינו במתכוון בכך שהסתיר ממנו מידע שהיה רלוונטי לטיפול ברישום הדירה של הקונה – העובדה שעל אותה דירה כבר נרשמה הערת אזהרה לטובת בעל חוב של הלקוח. עורך הדין של הקבלן שטיפל ברישום הדירה בעבור הקונים התרשל בכך שלא בדק ולא גילה את הערת האזהרה, מה שהביא לאבדן זכויות הקונים וכספם. על בסיס עובדות אלו קבעה דעת הרוב שמידת אשמתו המוסרית של הלקוח (הקבלן) עולה לאין שיעור על זו של עורך הדין והוחלט שהלקוח יחוב בשיפוי מלא של הנזק. התוצאה מבחינת עורך הדין היא שהפר את חובתו אך אינו אחראי לנזק.¹⁷²

שופט המיעוט בעניין בכור לא ראה לנכון לפטור את עורך הדין לחלוטין ולכן הטיל עליו לשאת ב-25% מהנזק והיתר הוטל על לקוחותיו.¹⁷³ הנימוק לחלוקה זו היה שרשלנות עורך הדין הייתה עצמאית ולא נבעה מההטעיה של הלקוח שכן בכל מקרה היה על עורך הדין לבדוק בלשכת מרשם המקרקעין אם קיימת הערת אזהרה.

171. ע"א עו"ד ערד (לעיל, הערה 13), בעמ' 376.

172. ע"א בכור (לעיל, הערה 13), בעמ' 216-218; ראו גם ע"א עו"ד חיון (לעיל, הערה 78), פסקה 29-28. גם כאן בית המשפט משווה את מידת האשמה המוסרית של עורך הדין (לא פעל בזדון, ביצע טעות טכנית בתום לב) לזו של הלקוח (הדמות הדומיננטית בעסקה, האיש שהסתיר במתכוון מידע חיוני מעו"ד חיון) – ולכן מחלק את האחריות ומטיל 80% מהאשמה על הלקוח ו-20% על עו"ד חיון.

173. ע"א עו"ד בכור (לעיל, הערה 13), בעמ' 218-220 (השופט אור).

בחזרה לעניין עו"ד ערד, ייתכן שחלוקת האחריות השווה נבעה מהרצון להיטיב את מצבו של הניזוק. הלקוח הוא פושט רגל עתיר חובות, ויש להניח שז'אק לא יוכל להיפרע ממנו. לעומתו, עו"ד ערד מהווה כיס עמוק קלסי, שכן ברשותו ביטוח מקצועי. בדרך זו בית המשפט מבטיח שהניזוק יזכה לקבל פיצוי. אם זו הסיבה לחלוקת האחריות השווה, מן הראוי שבית המשפט יאמר זאת במפורש, כפי שעשה שופט המיעוט בפסק דין *Goodman* בהסבירו שלאור המדיניות המבקשת למנוע נזקים עתידיים ולהחזיר את מצב הניזוק לקדמותו יש להטיל אחריות על עורך הדין הואיל והלקוחות שנתבעו עמו הם חדלי פירעון.¹⁷⁴

ח. סיכום

עורך דין המייצג לקוח מול צד שכנגד בלתי מיוצג עלול למצוא את עצמו, לפי הפסיקה בישראל, בשני מצבים. (א) התקיימות יחסי עורך-דין-לקוח בינו לבין הצד שכנגד אף ללא הסכמה מפורשת של מי מהצדדים. (ב) קיומה של חובת זהירות מוגברת כלפי הצד שכנגד הבלתי מיוצג. הפסיקה בישראל מפעילה מישורים אלו במשולב כך שמקום שלא הוכר הצד שכנגד כלקוח הוא עדיין זוכה להגנה באמצעות חובת הזהירות המוגברת המוטלת על עורך הדין. דוגמה לכך נמצאת בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין ערד, והמאמר עסק בו בהרחבה.

סקירת המבחנים לבחינת קיומה והיקפה של חובת זהירות במשפט האמריקני והאנגלי העלתה מבחנים מספר: מבחן איזון השיקולים, מצג שווא רשלני, מבחן "נטילה וולונטרית של אחריות" ומצבים של הדוקטרינה של חוזה לטובת צד ג. מבחנים אלו מופעלים גם בפסיקה בישראל ובמסגרתם מופעלים כמה שיקולים מרכזיים המעצבים את המדיניות השיפוטית בסוגיה זו. המאמר ניתח בביקורת את השיקולים והצביע על האופן שבו יושמו בפסיקה. כמו כן הועלו הצעות לשכלולם.

הפעלת המבחנים הקיימים בצורה רחבה והיעדרם של שיקולים מרכזיים במסגרתם הביאו לעיצובה של מדיניות שיפוטית בלתי ראויה המרחיבה את מעגל התובעים שלהם עורך הדין חב בחובת זהירות. לגישתי, מגמת הרחבה זו מביאה לפגיעה במנגנון השוק באשר אינה מעודדת אנשים לשכור שירותי עורך דין, ולפגיעה ביחסי עורך-דין-לקוח ככלל.

חמישה שיקולים מרכזיים חסרים עדיין בדיון במשפט הישראלי. הראשון והעיקרי שבהם המהווה את שיקול המדיניות העיקרי בארצות הברית – מידת ההשפעה שיש להטלת חובת הזהירות על יחסי עורך-דין-לקוח באותו מקרה וככלל. במסגרת שיקול זה בתי המשפט חייבים לתת את הדעת על כללי הדין המשמעותי המחייבים עורכי דין כדי למנוע הפרה שלהם או פגיעה בהם שאינה עולה לכדי הפרה אך יש בה לסכן יחסי עורך-דין-לקוח באותו מקרה וככלל. שיקול שני החסר אצלנו עוסק בשאלה האם ניתנה אזהרה לצד שכנגד על ידי עורך הדין. המלצתי היא להטיל, במסגרת כללי הדין המשמעותי, את החובה לוודא שהצד שכנגד מבין שעורך הדין אינו נייטרלי אלא פועל רק למען לקוחו ואת החובה להימנע ממתן עצה משפטית לצד שכנגד פרט לעצה כי מוטב לו לשכור עורך דין משלו. שיקול שלישי

174. עניין *Goodman* (לעיל, הערה 48), בעמ' 352-353.

החסר אצלנו יחייב את בתי המשפט לבחון האם הצד שכנגד נטל על עצמו סיכון מודע בכך שנכנס לעסקה ללא ליווי עורך דין ולתת נפקות לעובדה זו. השיקול הרביעי יחייב את בתי המשפט להתחשב בחובת הלקוח כלפי הצד שכנגד בבואם לקבוע את חובת עורך דינו. השיקול האחרון עוסק במבחן מצמצם שיקבע את מעגל התובעים שלהם חב עורך הדין. בינתיים, עד שלא תשתנה או תיבלם מגמת הרחבת האחריות של עורך דין כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג, עורך הדין יכול להיערך מראש כדי להקטין את הסיכון של קביעת חובה והטלת אחריות על ידי שתי פעולות שמומלץ לכל עורך דין לנקוט בהיותן האמצעי היחיד העומד לרשותו.

במסגרת הפעולה המומלצת הראשונה, על עורך הדין להבהיר לצד שכנגד בבירור שאין הוא מייצגו. הסיבה לפעולה הראשונה נעוצה בהגדרת יחסי עורך דין-לקוח ומטרתה לשלול מראש את קיומם של יחסים אלו. במסגרת הפעולה המומלצת השנייה, על עורך הדין לתת לצד שכנגד אזהרה מפורשת, רצוי בכתב, שאין הוא יכול להסתמך על מעשי עורך הדין או על דבריו, וכי מוטב לו להיות מיוצג. הסיבה לפעולה השנייה נעוצה בשיקולים היוצרים חובת זהירות כלפי צד שכנגד בלתי מיוצג ומטרתה לשלול מראש קיומה של חובת זהירות הגם שאין בה להבטיח זאת בוודאות.