

כללי ניגוד העניינים של עורכי דין ונגישות למשפט: "עורך הדין האחרון בעיר" – לי או לך?

(בעקבות פסק דינו של בית הדין המשמעתי

של לשכת עורכי הדין – בד"מ 18/98)¹

נטע זיו*

- א. הקדמה
- ב. בד"מ 18/98 – ניגוד עניינים והלקוח המבקש עזרה משפטית
- ג. אתיקה מקצועית והנגישות למערכת הצדק
- ד. הכלל בדבר ניגוד עניינים – בסיס רעיוני
- ה. ניגוד עניינים: פרשנות מחמירה ומרחיבה של מוסדות לשכת עורכי הדין ובתי המשפט
- ו. ניתוח: חובת הנאמנות, איכות השירות ונגישות למערכת המשפט
- ז. כללי האתיקה המקצועית של עורכי דין: כלי חלוקתי

א. הקדמה

מאמר זה עוסק בסוגיה מתחום האתיקה המקצועית של עורכי דין – האיסור המוטל על עורכי דין להימצא במצב של ניגוד עניינים. הדיון בכלל האתי ייערך תוך בחינת זיקתו לשאלה מתחום המדיניות המשפטית-ציבורית: יכולתן של קבוצות שונות לזכות בייצוג משפטי של עורך דין, ובכך ליהנות מההגנות ומהזכויות שמעניק המשפט. לכאורה ניתן לשאול: מה בין אתיקה מקצועית של עורכי דין לבין נגישות למערכת הצדק (Access to Justice)? במאמר זה אטען לקיומו של קשר מסוג זה. את טיעוניי אבסס באמצעות דיון בפסק דין שניתן בשנת 2001 על ידי בית הדין המשמעתי של ועד מחוז תל אביב, בד"מ 18/98. פסק דין זה מדגים

* דוקטור למשפטים. מרצה בכירה ומנהלת התכניות לחינוך למשפט קליני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 בד"מ 18/98 "ועוד להגדרת 'לקוחו' של עורך-דין – הכרעת דין" עט ואתיקה 58 (תש"ס) 5 (להלן: "בד"מ 18/98").

כיצד יכולים כללי האתיקה המקצועית של עורכי הדין להשפיע על יכולתו של אדם לזכות בייצוג של עורך דין, ייצוג המהווה לעתים קרובות תנאי למימוש זכויות משפטיות. טענתי המרכזית במאמר היא שבית הדין המשמעתי נהג כדין כאשר נתן פירוש מצמצם לכלל האתי הנדון, כאשר לנגד עיניו עמדו אינטרסים שונים שביניהם ביקש לאזן. דרך פרשנות זו מתיישבת עם גישה כללית יותר שלפיה יש לפרש את כללי האתיקה של עורכי הדין, לרבות הכלל בדבר ניגוד עניינים, על פי ההקשר שבו הם מתעוררים ובהתאם לאינטרסים השונים הקיימים במקרה הנדון. לעתים נכון להרחיבם ולעתים נכון לתת להם פרשנות מצמצמת, על מנת לממש אינטרסים ציבוריים הנראים לנו חשובים וראויים.

בחלק א' של המאמר אציג את המקרה שנדון על ידי בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין (בד"מ 18/98), המשמש בסיס לדיון ברשימה זו. בחלק ב' אציג את הקשר בין דיני האתיקה המקצועית של עורכי דין לבין סוגיית הנגישות למערכת הצדק, תוך התמקדות בכלל האתי בדבר ניגוד עניינים. בחלקים ג' וד' אסקור את הרציונל העומד בבסיס הכלל בדבר ניגוד עניינים ואת המדיניות הפורמלית של מוסדות לשכת עורכי הדין ובתי המשפט בנוגע לפרשנותו. בחלק ה' אפרוש את השיקולים והפרמטרים השונים שבהם יש להתחשב במהלך הפרשנות והעיצוב של הכלל בדבר ניגוד עניינים. בחלק ו' אסיים בהצעה למבט כולל על כללי האתיקה המקצועית של עורכי דין ועל הזיקה בינם לבין שאלות חלוקתיות רחבות יותר.

ב. בד"מ 18/98 – ניגוד עניינים והלקוח המבקש עזרה משפטית

המקרה: עורך דין שלו משרד עצמאי, סייע אף לארגון העוסק בזכויות דיירים לפי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב–1972 (להלן: "דיני הגנת הדייר"). עורך הדין הקדיש בהתנדבות (או בשכר סמלי ששילם לו הארגון) כשעה בשבוע לסיוע לדיירים מוגנים שביקשו לברר את מצב זכויותיהם. עורך הדין היה בקי בדיני הגנת הדייר מאחר שהוא עוסק בתחום זה שנים רבות במסגרת עיסוקו כעורך דין פרטי. הייעוץ שנתן לאנשים שהגיעו אל הארגון היה כללי בלבד, וארך כמספר דקות בדרך כלל. באחת הפעמים הגיע אל אותו עורך הדין דייר שביקש לברר את מצב זכויותיו בדירה שבה התגוררה סבתו כדיירת מוגנת, לאחר שזו נפטרה. הנכד ביקש לדעת באילו תנאים יהיה זכאי להתגורר בדירה, ועורך הדין שאל אותו שאלות אחדות על מצב הדברים (כמה זמן התגורר בדירה עובר למות סבתו, אם הוא בעל זכויות בדירת מגורים אחרת, מועדים רלוונטיים אחרים), ואמר לו בסופה של השיחה כי לפי הדין נראה שהוא זכאי להמשיך ולהתגורר במקום. והנה – קרה המקרה, ולאחר שיחת התייעצות זו פנה בעל הבית של אותה הדירה אל עורך הדין וביקש להתייעץ עמו בעניין זכויותיו בדירה ובעניין מעמדו של אותו דייר. בפגישה השנייה שנערכה בין עורך הדין לבין הדייר הודיע לו עורך הדין כי הוא מנוע מלהמשיך ולשוחח עמו על העניין בשל פנייתו של בעל הבית אליו. בהמשך

הדברים יפה בעל הבית את כוחו של עורך הדין לייצגו בתביעת פינויו וסילוק ידו של הדייר מן הדירה, ועורך הדין אכן פעל בשמו כאמור והגיש תביעת פינוי. תוך כדי ניהול תביעת הפינוי הודיעה ועדת האתיקה של הלשכה לעורך הדין כי עליו להימנע מהמשך הייצוג בתיק, בשל חשש לניגוד עניינים². בא כוח הדייר העלה אף בפני בית המשפט שדן בתביעת הפינוי את הטענה שעורך הדין אינו רשאי להמשיך לייצג את בעל הבית בשל ניגוד עניינים. השופט שדן בבקשה החליט כי אין מניעה להמשך הייצוג על ידי עורך הדין, מכיוון שלא נוצרו בינו לבין הדייר יחסי עורך דין-לקוח. עורך הדין בחר שלא למלא אחר החלטת הוועדה להפסיק את הייצוג, ועל כך הועמד לדין משמעתי. עיקר הדיון בהליך המשמעתי נסב סביב הוראת סעיף 16 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986³. כלל זה אוסר על עורך דין לטפל "נגד לקוח" בעניין שבו טיפל למען הלקוח⁴, וכן אוסר עליו לעשות שימוש במידע נגד לקוח בעניין שבו יש זיקה של ממש למידע שקיבל אותו עורך דין מן הלקוח או מטעמו⁵.

תנאי לתחולת הכלל האתי הוא אפוא קיומם של יחסי עורך דין-לקוח. ואכן, בית הדין המשמעתי מיקד את הדיון בבירור השאלות הראשוניות: האם נקשרו יחסי עורך דין-לקוח בין הדייר לבין עורך הדין, והאם האחרון נתן לדייר ייעוץ וחיווי דעת משפטיים, כמשמעם בהוראת סעיף 20(4) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961⁶. בית הדין החליט שהתשובה לכך שלילית וקבע כי לא התקיימו במקרה זה יחסי עורך דין-לקוח. בהכרעתו סקר בית הדין פסקי דין שונים של בית המשפט העליון, שעסקו במצבים דומים שבהם עורכי דין נתנו שירות לציבור הנזקק לעזרה משפטית באמצעות ארגון (ארגון עובדים או ארגון דיור), והתעוררה שאלה לגבי מהות הקשר בינם לבין מי שקיבלו את עזרתם⁷. בית הדין סבר כי מצב שבו אדם

2 זו הייתה ההחלטה השנייה של ועדת האתיקה באותו עניין. הדייר פנה לוועדה מספר חודשים קודם לכן, וזו נתנה לכך דעתה, וקבעה כי אין מניעה להמשיך בייצוג. רק לאחר פנייה נוספת ושקילה מחדש, קבעה הוועדה כי מן הראוי שעורך הדין לא ימשיך בייצוג בתיק.

3 להלן: "כללי האתיקה".

4 ס' 16(א) לכללי האתיקה.

5 שם, בס' 16(ב).

6 חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: "חוק הלשכה"). יוער, כי לא היה הכרח להיזקק לסעיף 20 בחוק הלשכה על מנת לברר את השאלה האתית שהתעוררה בתיק. ס' 20 לחוק הלשכה אינו עוסק ביחסי עורך דין-לקוח, ומטרתו להגדיר אילו פעולות אסורות על מי שאינו עורך דין. מתן ייעוץ משפטי וחוות דעת משפטית הן מסוג הפעולות שמייחד החוק רק לעורכי דין. עם זאת, סעיף 20 איננו קשור בהכרח לשאלת קיומם של יחסי עורך דין-לקוח, שעמדה בבסיס הדיון: יחסים מסוג זה יכולים להיווצר, למשל בהסכם, עוד טרם ניתן שירות משפטי כלשהו, וכך גם ההפך: יכול שתניתן חוות דעת משפטית אף ללא קיומם של יחסי עורך דין-לקוח.

7 עמ"מ 2/60 עו"ד פלוני נ' יושב ראש ויחברי המועצה המשפטית, פ"ד טו 311; על"ע 12/71 הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני, פ"ד כו(1) 185; על"ע 3/73 מאירי נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין, פ"ד כח(1) 828. יצוין כי במקרים אלו השאלה

מגיע אל עורך דין להתייעצות קצרה, בדרך כלל חד-פעמית, שבה הוא מבקש לברר את מצב זכויותיו, ושבה לעתים עורך הדין אף אינו יודע את שמו של המתיעץ, אין בו כדי ליצור יחסי עורך דין-לקוח, אף שבמהלך המפגש ניתן ייעוץ משפטי או חוות דעת משפטיות⁸. מכאן הסיק בית הדין כי סעיף 16 לכללי האתיקה על שני פניו – הן הייצוג הישיר נגד לקוח והן השימוש במידע – אינו חל במקרה האמור, שכן תנאי לתחולתו הוא היותו של אדם בגדר "לקוח".

בהקשר זה חשוב לזכור, כי ההכרעה מי ייחשב "לקוח" ומתי נוצרים יחסי עורך דין-לקוח איננה החלטה מהותנית (Essential) שיש לה תשובה אחת ברורה מאליה. הגדרת היחסים כיוחסי עורך דין-לקוח הנה פעולה של הבניית (Construction) המשמעות של מונח זה על ידי הגורם המפרש את הדין. באופן תאורטי ניתן היה לקבוע למשל כי יחסי עורך דין-לקוח, על כל המשתמע מהם, נוצרים כל אימת שהקשר בין בעל המקצוע לבין הפונה אליו כולל בחובו ממד של יחסי אמון וציפייה מצד מי שמבקש את עזרתו של עורך הדין לנאמנות ולמסירות. תוצאה זו יש בה כדי להטיל על עורכי דין מערכת של מחויבויות שהיא אולי יותר מהרצוי מבחינתם, והיא אכן לא אומצה בסופו של דבר כמבחן המשפטי הקובע⁹. עם זאת, גם התוצאה ההפוכה, שלפיה עורך דין פטור מכל מחויבות כלפי מי שאינו מוכר כלקוחו, איננה רצויה מבחינת מדיניות משפטית, שכן אין בה הגנה מספקת על הפונים לקבלת עזרה משפטית.

משום כך, התפתחו הלכות שונות המגדירות את חובותיו של עורך הדין כלפי צד ג' שאינו לקוחו. אדם זה יכול להיות מבקש עצה ומידע, כפי שהיה הדבר במקרה הנדון במאמר, או מי שמצוי במצב אחר שבו מן הראוי לא לפטור את עורך הדין מחובות מקצועיות מסוימות כלפי אדם הפונה אליו¹⁰.

התעוררה אגב הוראות אתיות אחרות ובהן איסור על שידול וכן פרסומת אסורה ולא בעניין ניגוד עניינים.

8 כידוע, הקו בין מתן מידע משפטי לבין חוות דעת משפטית הוא דק, ולפעמים סמנטי בלבד. עורך דין האומר לאדם: החוק קובע כי לאחר שישה חודשים של שהות בדירה אתה זכאי להיחשב "דייר ממשין", אינו עושה דבר שונה מעורך דין האומר: אם התגוררת בדירה שישה חודשים לפני מות סבתך אתה נחשב דייר ממשין הזכאי לגור בה. נראה כי כל ניסיון להבחין בין מצבים אלו הוא מלאכותי ואקראי, ועל כן יש להתייחס אל הדברים לגופם, באופן סביר, ולא על פי ניסוח כזה או אחר שלעיתים אין בו כל משמעות.

9 זו הייתה המחלוקת בין בית המשפט המחוזי לבין בית המשפט העליון בע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (להלן: עניין לוי). ניתוח הנסיבות הוביל את בית המשפט המחוזי לקבוע כי נוצרו יחסי עורך דין-לקוח, בעיקר מהטעם של הסתמכות רוכש הדירה על עורך הדין. לעומת זאת, בבית המשפט העליון התהפכה ההלכה, ושם נקבע כי בנסיבות העניין לא הגיעו היחסים לכדי ההכרה המשפטית ביחסי עורך דין-לקוח. יצוין כי בית המשפט המשיך וציין כי קביעה זו אין בה כדי לסיים את הדיון באחריות עורך הדין, שכן לעתים קמה לו מחויבות גם כלפי מי שאיננו לקוח, בהתקיים נסיבות מסוימות (למשל היעדר ייצוג עצמאי, ציפייה והסתמכות על עורך הדין, מהות העסקה וכדומה). במקרה זה המסקנה הייתה כי גם כלפי הרוכש כצד ג' לא הייתה קיימת חובת נאמנות, ועל כן לא הוטלה על עורך הדין אחריות משפטית כלשהי.

10 למשל צד ג' המסתמך על עורך דין במהלך עסקה שבה הצד השני מיוצג על ידי עורך דין.

ואכן, בדרך זו הלך בית הדין המשמעתי. קביעתו כי הדייר הפונה לקבל עזרה משפטית אינו נחשב בגדר לקוח, לא היה בה כדי לסיים את הדיון בהיקף מחויבויותיו של עורך הדין כלפיו. בית הדין סבר שיש אינטרס ציבורי להגן על פונים במצבים מסוג זה אף שאינם לקוחות. על כן הוא המשיך לברר אם בנסיבות המקרה חלו על עורך הדין מגבלות מכוח הדין הכללי האוסר על אדם להימצא במצב של ניגוד עניינים.

לדעתי, ניתוח זה היה ראוי. נכון היה לבחון את מערכת הקשרים בין בעל הבית, הדייר ועורך הדין לגופה, ולא להסתפק בשאלת קיומם של יחסי עורך דין-לקוח. שאלת קיומם של יחסי עורך דין-לקוח רלוונטית בעיקר לעניין תחולת כללי האתיקה, אולם גם אם מגיעים למסקנה שאלו אינם חלים (מסקנה שבית הדין הגיע אליה), עדיין נותר מקום לבחון אם לא ראוי להטיל על עורך הדין חובה כלשהי כלפי הדייר ממקור משפטי אחר. האינטרס במקרה זה הוא הגנה על יחסי אמון בין עורך הדין לבין מי שבא לקבל אצלו עזרה משפטית, אף אם לא הגיע לדרגה של "לקוח". וכך ציין בית הדין: "אף בבוא דורש עיצה ומידע אל יועץ שאינו עורך דינו יש להבטיח כי לא יהא עליו חשש או מורא כי דברים או מסמכים שהוא מגלה במהלך פגישת הייעוץ ישמשו אי פעם נגדו. מניח אני, מטבע הדברים, כי אף דורש עיצה ומידע מייחס לעורך הדין אותה מידת אמון שרשאי הציבור לרחוש לעורך דין מבחינת יושר, הגינות והקפדה על כללי התנהגות עם לקוחות ועם צדדים שכנגד"¹¹.

על מנת לברר אם התעורר ניגוד עניינים מכוח מקור חיצוני, בחן בית הדין שתי שאלות: האחת, האם המידע שמסר הדייר לעורך הדין בפגישת הייעוץ הוא מסוג המידע שניתן לראותו כמהותי וחסוי אשר מטבע הדברים אדם מבקש לשמור בסוד כאשר הוא מגלה אותם לעורך דין שהוא מתייעץ עמו. שנית, אם עורך הדין השתמש במידע, אשר קיבל מן הדייר במהלך הייעוץ שנתן לו בתביעת הפינוי שניהל נגדו. אלו אכן שתי השאלות המהותיות העומדות בבסיס הרעיון הגלום בסעיף 16 לכללי האתיקה, אף כי, כאמור, אין הדבר חל על המקרה ישירות. סעיף 16(א) לכללי האתיקה, האוסר ייצוג נגד לקוח בעניין שעורך דין טיפל בו למען לקוח, נועד להגן על יחסי האמון עצמם ועל מראית האמון בין הצדדים. סעיף 16(ב) לכללי האתיקה נועד למנוע שימוש במידע אשר קיבל עורך דין מאדם שהניח כי הדברים שהוא מגלה לעורך הדין לא ישמשו לאחר מכן נגדו. בית הדין שם דגש אפוא על חובת הסודיות (ולאו דווקא על חובת נאמנות כללית) במהלך ניתוח המקרה, תוך שהוא מברר לעומק את אופיו של המידע שהוחלף בין הדייר לעורך הדין וכן את הרלוונטיות של המידע לתביעת הפינוי שבאה לאחר מכן. בית הדין הגיע למסקנה כי לא נמסר לעורך הדין דבר שלא יכול היה לגלות באופן

עניין לוי, לעיל הערה 9; ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד (מו) 4) 529 (להלן: עניין מוסהפור). ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (להלן: עניין נחום).
11 בר"מ 18/98, לעיל הערה 1, בע' 9.

עצמאי מבעל הבית שהוא לקוחו (תקופת השהייה של הסבתא והנכד בנכס, בעלות על דירה אחרת). מכאן אף הסיק כי לגופו של עניין לא היה עורך הדין מצוי במצב של ניגוד עניינים מהותי ולא ראה מקום להגביל את ייצוג בעל הבית בתיק הפיננסי. פרט לניתוח דוקטרינרי זה, היה בית הדין ער אף למשמעויות החברתיות והציבוריות שיש להחלטה בעניין היקף חבותו של עורך הדין כלפי שני הצדדים שביקשו את שירותיו המשפטיים. הקביעה שלפיה הדייר איננו לקוח ומשום כך לא חלה כלפיו חובת נאמנות ב"רמה" הנדרשת כלפי לקוח, היא קביעה מצמצמת מבחינת תחולת כלל ניגוד העניינים. כפי שיובהר להלן, יש בה סטייה מסוימת מן המגמה הכללית להרחיב את תחולת הכללים בתחום זה על עורכי דין. עם זאת, כפי שציין בית הדין, החלטה כזו לוקחת בחשבון את האינטרס שלא להרתיע עורכי דין יתר על המידה מלתת ייעוץ בהתנדבות לציבור הנזקק לשירותיהם. ניתוח שכזה מחבר את ההלכה שנקבעה בפסק הדין הן לשאלות חלוקתיות והן לסוגיית הנגישות למשפט. מחד גיסא — הכרה בפונה לקבלת מידע כלקוח מחזקת את ההגנה עליו, שכן עורך הדין חייב לו חובת נאמנות גם אם הוא נקלע למצב של ניגוד עניינים בינו לבין בעל הבית¹². במובן זה הדייר (שהוא בדרך כלל צד חלש) אינו מועדף על פני בעל הבית (שהוא בדרך כלל צד חזק יותר), ושניהם זכאים לנאמנותו של עורך הדין באותה מידה. דווקא אי-הכרה בדייר כלקוח מעמידה אותו בנחיתות לעומת בעל הבית מבחינת איכותו ורמתו של השירות המשפטי, ומפלה אותו על בסיס כלכלי. מאידך גיסא, אם הדייר — שהיה ראשון שפנה לעורך הדין — יוכר כלקוח, ייפסל עורך הדין מלייצג את בעל הבית, שהוא בדרך כלל הלקוח המשלם. בנסיבות אלו סביר להניח שעורך הדין יירתע ממתן שירותים משפטיים ללא תמורה לדיירים, כדי שלא להסתכן ולהסתכן בכניסה למצב של ניגוד עניינים, שבעטיו הוא עלול להיות מנוע מלייצג את לקוחו הרגיל, המשלם. לא קל ליישב בין אינטרסים נוגדים אלו, ובית הדין הכריע לטובת העדפת הנגישות למשפט. זאת, לאחר שהשתכנע כי במקרה המסוים הזה לא נפגע הדייר ממתן ההיתר לייצג את בעל הבית. לדעת הכרעה זו הייתה נכונה. היא ממחישה את הזיקה הקיימת בין שאלות של אתיקה מקצועית לבין היכולת לקבל ייצוג משפטי, שהוא היבט אחד של סוגיית הנגישות למשפט, זיקה המתחדדת כאשר שני צדדים אינם שווים ביכולתם לשכור שירותים משפטיים בכסף.

ג. אתיקה מקצועית והנגישות למערכת הצדק

סוגיית הנגישות למשפט (Access to Justice) הולכת ותופסת מקום מרכזי בשיח המקצועי והמשפטי בשנים האחרונות. הזכות לייצוג על ידי עורך דין היא פן חשוב (אם כי לא בלעדי) של סוגיית הנגישות: שהרי לעתים קרובות תנאי למימוש

12 ראו להלן בחלק ה'.

זכויות משפטיות הוא היכולת לקבל סיוע של עורך דין, הבקי במשפט¹³. בית המשפט העליון קבע כי הזכות לייצוג משפטי הנה זכות יסוד – למעשה "זכות מאפשרת" (Enabling Right), המהווה תנאי למימוש זכויות אחרות¹⁴.

לשכת עורכי הדין מכירה להלכה ולמעשה בזכות הייצוג כעניין המצוי באחריות הפרופסיה המקצועית, חובה הנובעת בין היתר מן המונופול שיש לעורכי דין על ייצוג משפטי¹⁵. עמדה זו באה לידי ביטוי למשל בהפעלת פרויקט "שכר מצווה" החל משנת 2002, שנועד לרתום עורכי דין למתן סיוע משפטי פרו בוונו (ללא תמורה) לנזקקים¹⁶. מכיוון אחר, הקים משרד המשפטים בשנת 2000 צוות לבדיקת נושא הסיוע המשפטי הממלכתי כדי לבחון מחדש את מטרותיו ומבנהו של שירות זה. במסמך הסיכום של הצוות יש דיון נרחב בזכות לנגישות לצדק, על כל היבטיה¹⁷. כמו כן ישנם ארגונים חברתיים רבים העוסקים במתן עזרה משפטית לאוכלוסיות חלשות בתחומים משפטיים שונים¹⁸.

סוגיית הנגישות למשפט מתחקה אחר האופן שבו מוקצים המשאבים המשפטיים בחברה: מי יכול ליהנות מהגנת החוק ולמצות את זכויותיו במערכת המשפטית, וממי הדבר נמנע; לאיזה אדם ולאילו קבוצה סיכוי טוב יותר לקבל ייצוג משפטי,

13 באופן כללי על נגישות למשפט ונגישות לערכאות משפטיות ראו ש' לויץ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ה) 451, 452-455; ראו דברי השופט (בדימוס) י' טירקל "פתח פיך לאלם" ("פתח-פיך לאלם אל-דין כל בני-חלוף. פתח-פיך שפט-צדק ודין עני ואביון" משלי, לא, ח"ט). דברים מיום עיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת בנושא: "שוויון בנגישות לשירותים משפטיים", במושב על "מדיניות וסגירת הפערים", מיום 12.1.2002, [http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rf/huka/2002-01-15.rtf] (last visited on 18.9.2005). סוגיית הנגישות למשפט כוללת בחובה נושאים רבים אחרים מלבד זכות הגישה לערכאות וזכות הייצוג, ובכלל זה רמת המידע הניתן לאזרחים על זכויות משפטיות, מחסומים שונים למימוש זכויות (מרחק, שפה, מכשולים פיזיים), היעדר ייצוג משפטי, מחסומים ביוורקטיים לנגישות לערכאות (ובכלל זה אגרות, ערבויות), מחסומים בדין המהותי (כגון התיישנות) וכיוצא בזה. להיבט עולמי של סוגיית הנגישות למשפט ראו מסמך מטעם הבנק העולמי: Improving Access to Justice ב: [http://www.worldbank.org/publicsector/legal/access.htm#2] (last visited on 18.9.2005).

14 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577; רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375; י' רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי" המשפט ו (תשס"א) 225; י' רבין זכות הגישה לערכאות זכות יסוד חוקתית (תשנ"ח).

15 ראו למשל י' ארנון "פרו בונו? לא בבית ספרנו" משפט נוסף 1 (2001) 88.

16 "תוכנית 'שכר מצווה' של הלשכה – יוצאת לדרך" עורך הדין 32 (2002) 14.

17 המסמך טרם פורסם והוא מצוי בהליכי עיבוד (מדינת ישראל, משרד המשפטים: דו"ח הוועדה לגיבוש הצעות לרפורמה במערכת הסיוע המשפטי האזרחי בישראל) (עותק שמור במערכת).

18 ישנם ארגונים שונים העוסקים במתן מידע, ייעוץ וייצוג משפטי, ובכללם: ש"ל (שירות ייעוץ לאזרח); האגודה לזכויות האזרח בישראל, "קו לעובד", המועצה הלאומית לשלום הילד; שדולת הנשים בישראל; עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי (זכויות מובטלים); "איתך" – משפטניות למען צדק חברתי; בזכות – המרכז לזכויות אדם של אנשים עם מוגבלות; ידיד (מרכזי זכויות); "סינגור קהילתי"; ה.ל.ב. – התנועה למלחמה בעוני, וכן תכניות קליניות בפקולטת למשפטים ברחבי הארץ.

ומדוע. לעתים קרובות מתקשרת נגישות לשוויון: עובדה ידועה היא כי קבוצות חזקות יכולות להתמודד עם מערכת המשפט ביתר קלות, וכך אף להשפיע על המשפט, לקבל מידע על זכויותיהן ולשכור שירותים משפטיים. הבעייתיות מנקודת מבט זו מצויה לפיכך בפער בין חלשים לבין חזקים בחברה, תהא אשר תהא הדרך שבה נגדיר קבוצות אלו¹⁹.

עד כה נעשה העיסוק בנגישות למשפט תוך התייחסות למערכות ולמוסדות המעניקים שירות משפטי לציבור באופן ישיר: מערכת בתי המשפט, הסיוע המשפטי הממלכתי, הסנגוריה הציבורית וכן עורכי דין הפועלים בסקטור הפרטי ובחברה האזרחית. בכל הנוגע למקצוע עריכת הדין, סוגיית הנגישות למערכת הצדק נקשרת לנושא "צומת הנאמנויות" של עורכי הדין. כפי שמסבירה לימור זר-גוטמן, על עורכי דין מוטלות חובות משלושה כיוונים הפועלים עליהם בריזמנית: חובה כלפי הלקוח, חובה כלפי בית המשפט וחובה כלפי עצמם²⁰. ניתן להגדיר את החובה כלפי בית המשפט במונח רחב כחובה למערכת המשפט כולה (להבדיל מהמובן הצר — להליך ספציפי שעורך הדין מעורב בו), וממנה לגזור את מחויבות המקצוע להנגיש את מערכת הצדק, כלומר לאפשר לכלל הציבור לממש את הזכויות המשפטיות באופן שוויוני ככל הניתן.

חובה "חברתית-משפטית" זו מוגשמת כאמור ישירות באמצעות רעיון הפרו בונו, שבמסגרתו נותנים עורכי דין ייצוג וסיוע משפטי לנזקקים העומדים בקריטריונים שונים ללא תמורה כספית. בתמיכה ברעיון הפרו בונו נטען, כי על הפרופסיה המשפטית, כקולקטיב, מוטלות חובות מוגברות להנגיש את המשפט לקבוצות חלשות, בשל מספר טעמים. הטעם הראשון הוא המונופול שיש לעורכי דין — דה יורה ודה פקטו — על מימוש זכויות משפטיות²¹. מכיוון שגם על פי חוק וגם בפועל ההיזקקות לעורכי דין חיונית כדי לפעול במערכת המשפט, למונופול זה יש "מחיר" — החובה לדאוג לכך שכלל הציבור אכן יוכל לעשות כן. הטעם השני נעוץ בכך שהמשפט, לב לבו של העיסוק הפרופסיונלי של עורכי דין, הנו משאב ציבורי (Public Resource) וככזה צריך להיות נחלת הציבור כולו, ולא רק נחלתו של מי שיכול לשלם עבורו²². תשובתה הראשונית של הפרופסיה לטיעונים אלו התבטאה אפוא בהקצאת שעות עבודה של עורכי דין ללא גביית שכר טרחה; כלומר במתן סיוע משפטי ללקוח נזקק באותו אופן שבו הוא ניתן ללקוח משלם, אך ללא גביית שכר טרחה. פעילות הפרו בונו חשובה ויש לעודדה, אולם

19 ראו למשל נ' זיו "מה בין עריכת דין, צדק חברתי ולימודי משפטים?" עלי משפט ב (תשס"א) 253.

20 ל' זר-גוטמן "לשאלת היחס בין חובת עורך הדין כלפי בית המשפט וחובתו כלפי הלקוח" הסניגור 57 (2001) 3.

21 ס' 20 לחוק הלשכה; ע' זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" משפטים לב (תשס"ב) 43, 44-53, 62-68.

22 L. Rhode "Cultures of Commitment: Pro bono for Lawyers and Law Students" 67 *Fordham L. Rev.* (1999) 2415; ארנון, לעיל הערה 15, בע' 88.

אין בה כדי למצות את הקשר בין העיסוק בעריכת דין לנגישות שוויונית למשפט. לטענתי, קשר כזה מתקיים גם באמצעות כללי האתיקה המקצועית החלים על עורכי דין, ובכללם הכלל האוסר על עורכי דין להימצא במצב של ניגוד עניינים. בהמשך המאמר אפתח טיעון זה תוך הסתמכות על בד"מ 18/98.

ישאל השואל: מה בין אתיקה מקצועית לנגישות למשפט? שהרי דיני האתיקה נועדו להסדיר את התנהגותו של עורך הדין ביחסיו עם הלקוח, עם בית המשפט ועם חבריו וחברותיו למקצוע. כללי האתיקה המקצועית לא נועדו להיות "כלי חלוקתי" שבאמצעותו מוקצים המשאבים המשפטיים בחברה או נעשית חלוקה מחדש של העושר בה.

לפי גישה זו, הטיפול בבעיות של אי־שוויון בקבלת שירותים משפטיים צריך להיעשות בדרכים המבניות-מוסדיות שאותן הזכרתי לעיל: הגדלת מערך הסיוע המשפטי, הסרת מכשולים המקשים על נגישות לבתי משפט או הטלת החובה על הסקטור הפרטי ליתן ייצוג חינם לנזקקים; בדרך זו ניתן להביא ליתר שוויון במיצוי הזכויות המשפטיות.

לגישתי, אין להסתפק בהסדרים מסוג זה כדי להגשים את ערך השוויון בנגישות למשפט, וניתן לעשות שימוש אף בדיני האתיקה המקצועית על מנת לצמצם פערים בתחום זה. עמדה זו מבוססת על תפיסה שלפיה לכל אחד מענפי המשפט השלכות חלוקתיות: הם משקפים תפיסה חלוקתית מסוימת ויכולים להשפיע עליה בה בעת. כפי שלדיני הנזיקין, לדיני החוזים²³, לדיני המסים²⁴ ולדיני הקניין²⁵ השלכה על חלוקה ועל חלוקה מחדש של עושר חברתי, כך יכולים גם דיני האתיקה המקצועית לשמש אמצעי חלוקתי שמטרתו הקטנת הפערים בין חזקים לחלשים בחברה, קרי קידום השוויון²⁶. לכאורה יש בכך היגיון רב, שהרי דיני האתיקה המקצועית של עורכי דין מסדירים את אופן התנהגותם של סוכנים מרכזיים שפועלים במשפט – משפטנים ועורכי הדין, שהם משאב חשוב בעיצוב פניו ותכניו של המשפט.

המשמעות החלוקתית של דיני האתיקה המקצועית קשורה לכך שבדומה לתחומי משפט אחרים, נורמות ההתנהגות המוסדרות על ידם אינן ניטרליות, אובייקטיביות או טכניות, כפי שנדמה בתחילה. אף כי אינם מצהירים על כך במפורש, מגלמים דיני האתיקה המקצועית (וכללי האתיקה בכלל זה) תפיסת עולם מסוימת, והם מכילים הנחות בדבר דרך התנהלות שוק השירותים המשפטיים.

A.T. Kronman "Contract Law and Distributive Justice" 89 *Yale L. J.* (1979–1980) 472, 23 503.

24 צ' דגן "ההשלכות החלוקתיות הנסתרות בדיני מיסים" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 261.

25 ח' דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491, 509–513.

26 עמדתה הכללית הנה כי לדיני האתיקה המקצועית השלכה חלוקתית כללית, ולא רק בתחום הנגישות למשפט. במאמר זה אני מתמקדת בשוויון ביכולת לקבל ייצוג משפטי, אולם ישנן דרכים נוספות שבהן הנורמות האתיות של עורכי דין יכולות להשפיע על זכויות בתחומים אחרים. בסיכום של מאמר זה אני נוגעת בנקודה זו, אולם לא אוכל לפתח טיעון זה בהרחבה.

אחת מהנחות היסוד שעליהן מבוססים דיני האתיקה המקצועית, ואשר מכוחה נגזרות חלק מן ההוראות המסדירות את התנהגות עורכי הדין היא אוטונומיית הרצון הפרטי. אוטונומיית הרצון הפרטי כוללת בחובה הן את חירותו של הלקוח לבחור לו עורך דין כלבבו, והן את חירותו של עורך הדין לקבל או לסרב לקבל עניין לטיפולו (בכחינת "חופש העיסוק" של עורך הדין)²⁷. לנוכח המציאות הנוהגת שבה שוק השירותים המשפטיים מתנהל בעיקרו בתחום הפרטי (Private Market) שבמסגרתו ייצוג משפטי נקנה בכסף, הרי שחירותו של הלקוח לבחור עורך דין וחירותו של עורך הדין להחליט אם לקבל עניין לטיפולו או לדחותו היא אוטונומיה וחירות התלויות, בין היתר, ביכולת התשלום של הלקוח לשביעות רצונו של עורך הדין²⁸. דוגמה זו ממחישה כיצד כללים מתחום האתיקה המקצועית, העוסקים בדרך ההתקשרות בין לקוח לבין עורך דין ובתנאי התקשרות זו, משליכים באופן ישיר על חלוקתו של משאב "השירות המשפטי" בין קבוצות חברתיות שונות. ברי לכול, כי עורך דין רשאי שלא לקבל עניין לטיפולו אם לא הגיע להסכמה עם הלקוח על תשלום שכר טרחתו מכל סיבה, לרבות מחמת חסרון כיס של הלקוח. גם תעריפי שכר טרחה מינימלי או מקסימלי (פרט להיותם אמצעי להגבלת תחרות פנימית בין עורכי הדין) משפיעים על שוק השירותים המשפטיים ועל היכולת לשכור שירותי עורך דין, בכך שהם מתערבים בחופש ההתקשרות בין הצדדים ומשפיעים על גובה שכר הטרחה בפועל²⁹.

באופן דומה, אף לכללים העוסקים בניגוד עניינים השלכות חלוקתיות. הכלל האוסר על עורכי דין להימצא בניגוד עניינים (הנובע מעקרון יסוד נוסף בכללי האתיקה: חובת הנאמנות ללקוח), מניח כי אם עורך דין אחד לא יוכל להעניק ייצוג בשל ההגבלה הנובעת מניגוד עניינים, הלקוח ימצא עורך דין אחר שייצג אותו. הנחה זו היא ברורה מאליה; היא אף משתמעת מן הכלל האתי האוסר על עורך דין המקבל עניין לייצוגו בשל מגבלה שחלה על עורך דין קודם מחמת ניגוד העניינים, לשתף בשכר טרחתו את עורך הדין הראשון, דבר שהוא נהוג ומקובל בדרך כלל³⁰. ה"תרחיש" הצפוי הוא שאם לקוח אינו יכול להיות מיוצג על ידי עורך דין אחד בשל ניגוד עניינים, יתכבד וימצא לו עורך דין אחר שייצגו. כללי האתיקה ככל הנראה לא נתנו דעתם על האפשרות של פסילת ייצוג בנסיבות שבהן הלקוח איננו יכול לעבור מעורך דין לעורך דין, למשל משום שאין בידו לשלם לעורך הדין השני³¹.

27 ראו בעניין זה בג"ץ 4330/93 גאנם נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, שם ביסס השופט ברק את פסילת סעיף 27 לכללי האתיקה של עורכי הדין על ערכים אלו, ובראשם חופש העיסוק של עורך הדין. כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין משקפים תפיסה זו בקביעתם כי "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל עניין לטיפולו", ס' 12 לכללי האתיקה.

28 על התפתחות מקצוע עריכת הדין בישראל כמקצוע חופשי המתנהל בעיקרו בשוק הפרטי ראו: N. Ziv "Combining Professionalism, Nation Building and Public Service: On the Professional Project of the Israeli Bar 1928-2002" 71 *Fordham L. Rev.* (2003) 162.

29 ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א) 245, 258.

30 ס' 30 לכללי האתיקה.

31 כפי שיובהר בהמשך, פסילה עצמית וסירוב לתת ייצוג היא תוצאה אחת הנובעת מכללי ניגוד

המצב שבו אין – בפועל – עורך דין נוסף אשר יכול לייצג אדם כלשהו מוכר בספרות, ומכונה "עורך הדין האחרון בעיר" (Last Lawyer in Town)³². מדובר בביטוי מטפורי כמוכן, אולם הוא מייצג מצבים שבהם הפתרון של "מצא לך עורך דין אחר" אינו מתקיים. במצב כגון זה מתחדדת הדילמה האתית של עורכי דין, משום שעולה הצורך להתמודד ישירות עם מחויבויות סותרות כלפי לקוחות וכלפי המערכת המשפטית, מבלי שניתן לפתור אותן על ידי העברת הייצוג לעורך דין אחר. עורך דין כזה – בין באופן מעשי ובין באופן רעיוני – איננו קיים. כך, למשל, ישנם מצבים שבהם קשה מאוד למצוא עורך דין שייצג לקוח משום שמדובר בעברה בלתי פופולרית בעליל³³, נאשמים בעברות ביטחוניות קשות³⁴ או, להבדיל, מקומות קטנים שבהם ישנם עורכי דין מועטים בלבד ואלו מזוהים עם הרשות או עם בעלי ההון³⁵.

במציאות יכול להתעורר מצב שבו הלקוח אינו יכול למצוא עורך דין שני אשר יטפל בו כשהראשון מנוע מלעשות כן בשל ניגוד עניינים – למשל, אם עורך הדין הראשון יעץ לו או ייצג אותו ללא תשלום, ואין עורך דין נוסף אשר יכול לתת לו את השירות בתנאים דומים. זו הייתה הסיטואציה ב"בד"מ 18/98 שתואר לעיל: עורך הדין נותן ייעוץ או סיוע משפטי ללא תמורה בתחום מומחיותו ללקוח חסר אמצעים, ונקלע למצב של חשש לניגוד עניינים כלפי לקוח קבוע או לקוח אחר אותו הוא מייצג, בתשלום.

בנסיבות כאלו להיקף תחולת הכלל בעניין ניגוד עניינים יש השלכה ישירה על יכולת הצדדים לקבל עזרה משפטית. ככל שנפרש את הכלל באופן מרחיב ונכלול בו מצבים רבים יותר שבהם על עורך הדין להימנע מייצוג מחשש לניגוד עניינים (בשל קיומה של חובת נאמנות לאדם אחר, או ייצוג "כאותו עניין" של שני אנשים שלהם אינטרסים נוגדים, או ייצוג לקוח מזדמן נגד לקוח קבוע)³⁶, נימצא פוגעים

העניינים. עם זאת, לעתים עורכי דין אינם פוסלים עצמם, ועוברים על הכלל האתי. בנסיבות אלו עלולה להתעורר שאלה לגבי מעמדם של הלקוחות שעורך דינם ייצגם תוך כדי הפרת הכלל.

32 המונח הוטבע על ידי דיוויד לובן ב: D. Luban (ed.) *The Good Lawyer: Lawyers' Roles and Lawyers' Ethics* (Totowa, New Jersey, 1984) 111; C.W. Wolfram *Modern Legal Ethics* (St. Paul, student ed., 1986) 569–578; D.H. Taylor "Conflicts of Interest and the Indigent Client: Barring the Door to the Last Lawyer in Town" 37 *Ariz. L. Rev.* (1995) 577, 577–619; M.L. Schwarz "The Zeal of the Civil Advocate" *Am. B. Found. Res. J.* (1983) 543, 562–563; D.B. Wilkins "Race, Ethics, and the First Amendment: Should a Black Lawyer Represent the Ku Klux Klan?" 63 *George Wash. L. Rev.* (1995) 1030, 1038

33 דוגמה לכך היא מקרהו של איוואן האיום ("משפט דמיאניוק") בבג"ץ 4162/93 פדרמן נ' הי"מ, פ"ד מז(5) 309.

34 ההגבלה על עברות ביטחוניות מסוימות קיימת גם בשל דרישה לסיווג בלתי מסווג של עורכי דין, ראו ס' 316–318 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו–1955.

35 ראו: T.S. Collett "The Common Good and the Duty to Represent: Must the Last Lawyer in Town Take Any Case?" 40 *S. Tex. L. Rev.* (1999) 137, 154

36 ראו להלן בפרק ד'.

ביכולתו של הלקוח החלש לקבל עזרה משפטית. ולהפך: ככל שנגדיר באופן צר יותר את המצבים שבהם חלות ההגבלות בדבר ניגוד עניינים ולא נמנע מעורך הדין לתת ייצוג ללקוחו המשלם כאשר עניינו קרוב לזה של הלקוח הנזקק, נוכל לאפשר ללקוחות חלשים לקבל עזרה משפטית, אף בהתקיים מתח מסוים בין מחויבותו של עורך הדין אליהם לבין מחויבותו ללקוח המשלם.³⁷

לדעתי הפתרון לאיזון בין מתחים אלו מצוי באימוץ תפיסה גמישה והקשרית להיקף החובה המוטלת על עורכי דין. כפי שיפורט להלן, עמדתי היא כי היקף החובה צריך להיגזר מאיזון בין שני האינטרסים הנוגדים הללו, ואין לאמץ כלל קשיח אשר יחול באופן נוקשה על כל הסיטואציות שעורכי דין נקלעים אליהן.³⁸

ד. הכלל בדבר ניגוד עניינים — בסיס רעיוני

ניגוד עניינים הנו עיקרון אשר פותח כחלק מ"משפט מקובל נוסח ישראל"³⁹, והוא נגזר מחובת הנאמנות. גוף או אדם החייב לפעול בנאמנות עבור זולתו צריך להימנע מהימצאות במצב שבו לא יוכל למלא חובתו זו וישקול שיקול זר הפועל שלא לטובת מי שהוא אמון על טובתו.⁴⁰ משום כך התפתחו דינים אלו במסגרת המשפט הציבורי וכלפי נושאי תפקידים ציבוריים⁴¹, וכן במצבים אחרים שבהם המשפט מבקש להגן על יחסי אמון בין שני צדדים.⁴²

האיסור המוטל על עורכי דין להימצא במצב של ניגוד עניינים הוא "יסוד מוסד" של העקרונות המקצועיים החלים עליהם, והוא מן הכללים העתיקים ביותר המסדירים את פעולותיהם.⁴³ בבסיס האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים עומדת חובת הנאמנות ללקוח — הפועלת כציר מרכזי בכל פעולותיו של עורך

37 ההיבטים החלוקתיים של כללי ניגוד העניינים אינם מתעוררים רק בהתנגשות בין לקוח משלם לבין לקוח המקבל סיוע בהתנדבות (פרו בונו). הם יכולים להתעורר גם במצבים שבהם עורך דין אחד בלבד הנותן ייעוץ משפטי ללקוחות נזקקים, מוצא את עצמו בניגוד עניינים בין שני לקוחות מסוג זה, למשל בני זוג חסרי אמצעים המבקשים סיוע משפטי בהקשר להליכי גירושין או מצבי קונפליקט אחרים. בארצות הברית אכן התעוררו דילמות מסוג זה לגבי עורכי דין המועסקים במסגרת הסיוע המשפטי הממלכתי ביישובים קטנים או מרוחקים, שבהם לא היה אלא עורך דין אחד בנמצא. ראו בעניין זה: Taylor, *supra* note 32, at p. 577.

38 השו"ע פ"פ 2130/95 בשיר נ' מ"י, פ"ד נא(3) 456 (להלן: עניין בשיר), ששם נקבע מבחן צר יותר (ניגוד עניינים בפועל, שיש בו כדי לגרום לעיוות דין) בהקשר של טענה כי יש לבטל הרשעה מחמת היותו של עורך הדין במצב של ניגוד עניינים.

39 כדברי הנשיא ברק ברע"א 1412/94 הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 524.

40 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה, פ"ד נז(6) 817.

41 א' ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" משפטים י (תש"ם) 11; בג"ץ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח-תקווה נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד לד(2) 566; בג"ץ 244/86 רביבו נ' ראש המועצה המקומית אופקים, פ"ד מב(3) 183; ע"א 6983/94 פחמה נ' פרץ, פ"ד נא(5) 829, 835; בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, פ"ד נז(4) 577.

42 ראו למשל ס' 8(5) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

43 קלינג, לעיל הערה 29, בע' 163-204; 312, at p. 32, *supra* note 32, Wolfram.

הדין⁴⁴. אכן, לכל אדם קשה לשרת נאמנה ברו־זמנית שני "אדונים" שלהם אינטרסים נוגדים. סוגיית ניגוד העניינים מתעוררת אף במקצועות ובעיסוקים נוספים שבהם קיימים יחסי שליחות (Agency) המבוססים על אמון בין שני בני אדם⁴⁵. עם זאת, כאשר לעורכי דין הבעיה מתחדדת ומתעצמת, והם עלולים למצוא עצמם תדירות בתפקיד ובמצב מקצועי של נאמנויות סותרות, בשל השילוב בין כמה גורמים המיוחדים להם.

הגורם הראשון קשור לאחת המוסכמות באשר לתפקוד עורך הדין – הנתק בין עמדתו האישית לבין עמדתו המקצועית בפעולתו בשם לקוח⁴⁶. אף שעורך הדין חייב נאמנות ללקוחו ועליו לייצג את ענייניו במסירות ובדבקות, הוא אינו מוחזק כמי שבהכרח מסכים או מזדהה עם המסר של לקוחו, אלא רק משמיע אותו כלפי העולם⁴⁷. מכיוון שעורך הדין אינו צריך להאמין באמיתות דבריו, טענותיו או בקשותיו שלו עצמו בשם לקוחו, אין מניעה עקרונית שהוא ישמיע טענות אחרות בשמו של לקוח אחר, או שהוא עצמו יסבור שמה שהוא טוען איננו נכון, ואולי אף איננו ראוי. אלא שלנתק זה יש גבולות: עורכי דין הם, ככלות הכול, בני אדם ולא מכונות. על אף קיומה של אספירציה לניתוק בין האישי לבין המקצועי, אין הטבע האנושי מאפשר לפצל את התודעה לחלוטין ובמיוחד כשהדבר נעשה ברו־זמנית, ועל כן מתעורר חשש שעורך הדין ייקלע למצב שבו יעדיף צד אחד על פני צד אחר. הכלל האוסר ניגוד עניינים מניח כי עורך דין אינו יכול, כדברי השופט קלינג, "[לעשות] מוחו מחיצות מחיצות"⁴⁸. הוא מציב אפוא "גדר" לנתק הנ"ל ומעדיף את חובת הנאמנות ללקוח. כך – עורך דין שיש בידי מידע על לקוח, שאותו קיבל מלקוח אחר, אינו יכול לייצגו בנאמנות ובמסירות, כפי שהוא חייב; עניין אישי שיש לעורך דין בתיק שבו הוא מייצג לקוח עלול למנוע ממנו לתת את הייצוג הראוי;

44 ס' 54 לחוק הלשכה: "במילוי תפקידיו יפעל עורך-דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית-המשפט לעשות משפט"; ס' 2 לכללי האתיקה: "עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט".

45 באופן כללי ראו ברק, לעיל הערה 41 וכן ראו: Wolfram, *supra* note 32, at p. 313.

46 הפער בין עמדתו האישית-מוסרית לבין העמדה המקצועית-מוסרית מהווה מוקד לביקורת הרבה ביותר כלפי המקצוע, ראו למשל: R. Wasserstrum "Lawyers as Professionals: Some Moral Issues" 5 *Human Rights* (1975) 1: "The fact that the lawyer's words, thoughts and convictions are, apparently, for sale, and at the service of a client helps us, I think, to understand the peculiar hostility which is more than occasionally uniquely directed by lay persons at lawyers".

47 כללי האתיקה המומלצים של לשכת עורכי הדין בארצות-הברית, Model rules of Professional Conduct, אשר אומצו ברוב המדינות בארצות-הברית, קובעים במפורש בכלל 1.2: (b) A: "The fact that the lawyer's words, thoughts and convictions are, apparently, for sale, and at the service of a client helps us, I think, to understand the peculiar hostility which is more than occasionally uniquely directed by lay persons at lawyers". Model rules of Professional Conduct, (b) A: 1.2: "The fact that the lawyer's words, thoughts and convictions are, apparently, for sale, and at the service of a client helps us, I think, to understand the peculiar hostility which is more than occasionally uniquely directed by lay persons at lawyers". [http://www.abanet.org/cpr/mrpc/rule_1_2.html] (last visited on 18.9.2005) activities.

48 קלינג, לעיל הערה 29, בע' 163.

והכלל האוסר על ייצוג בו-זמני של שני לקוחות שלהם עניינים נוגדים משקף אף הוא רעיון זה.

גורם שני המשפיע על סוגיית ניגוד העניינים הוא חובת הסודיות בין עורך דין לבין לקוח. חובה זו, שאף היא מאבני היסוד של המקצוע, מבקשת ליצור את התנאים המרביים לגילוי לב, להעברת מידע ולפתיחות בין לקוח לעורך דין, ולצמצם את חששו של הלקוח שעורך הדין יגלה לגורם שלישי דברים שהוחלפו בין השניים⁴⁹. על מנת להרחיב את ההגנה הניתנת מכוח חובת הסודיות, היא מוגנת אף לאחר סיומם של יחסי עורך דין-לקוח. ערך הסודיות הוא שמוליד את ההגבלה הנוספת המוטלת על עורכי דין – הגבלה הקרובה במהותה לניגוד עניינים אף כי אינה זהה לו – המונעת ממנו לטפל נגד לקוח בעניין או בקשר לעניין שטיפל בו למען הלקוח, או בעניין שיש בו זיקה למידע שקיבל מן הלקוח⁵⁰. אף איסור זה מגלם בתוכו את הרעיון, שעורך דין אינו יכול להתנכר למערכת יחסים קודמת שבמהלכה קיבל מידע מאדם תוך קיומם של יחסי אמון, ושכמסגרתה הביע עמדה מהותית התומכת בו, וכאילו לא היו דברים מעולם – בהינף יד הוא הופך גבו ופועל נגד האינטרסים של אותו אדם.

כפי שצוין לעיל, הנחת יסוד של כללי ניגוד העניינים היא כי סיוג הייצוג של עורך דין אחד יוביל לייצוגו של הלקוח על ידי עורך דין אחר⁵¹. כללי האתיקה המקצועית, מטיבם, מכוונים לעורכי דין ומורים להם כיצד לפעול: מתי לא לייצג ומתי לא לקבל על עצמם ייצוג או להמשיך בייצוג⁵². הלקוח, לעומת זאת, אינו נראה בתמונה הנורמטיבית, ואף שההוראות הללו נועדו (גם) להגן עליו, הנורמות בדבר ניגוד העניינים אינן חלות עליו ישירות, והן אינן לוקחות בחשבון את צרכיו, מצבו ויכולתו הכלכלית.

49 שם, בע' 405; ל' זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחסיין עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להיפרד" הפרקליט מו (תשס"ב) 168; ס' 19 לכללי האתיקה; ס' 90 לחוק הלשכה.

50 ס' 16 לכללי האתיקה.

51 שאלות בדבר ניגוד העניינים עולות, בהקשר זה, למשל במצב שבו יש העברת ייצוג מעורך דין לעורך דין בתוך משרד (תוך הבחנה בין משרדים גדולים למשרדים קטנים). קלינג, לעיל הערה 29, בע' 194. ראו גם בד"מ 8/74 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב נ' פלוני, פד"ם א, 116, 120, המחיל את האיסור על הימצאות בניגוד עניינים גם על שותף במשרד, ואזכור של פסק דין זה בעט ואתיקה 55 (תש"ס) ("ייצוג נוגד – אסור – הכרעת דין" – בד"מ 69/97). לגבי המצב בארצות הברית ראו: ABA Model Rules, Rule 1.7-1.8(k) [http://www.abanet.org/cpr/mrpc/rule_1_7.html]; [http://www.abanet.org/cpr/mrpc/rule_1_8.html] (last visited on 18.9.2005).

52 ס' 14 ו-16 לכללי האתיקה.

ה. ניגוד עניינים: פרשנות מחמירה ומרחיבה של מוסדות לשכת עורכי הדין ובתי המשפט

סוגיית ניגוד עניינים זכתה להתייחסות מקיפה בתחום דיני האתיקה המקצועית – בכללי הלשכה, בהחלטות ועדת האתיקה, בפסיקת בתי הדין המשמעתיים ובפסיקת בתי המשפט⁵³. עיון במקורות אלו מעלה כי יש נטייה מובהקת להרחיב את היקף המגבלות על עורכי דין הנובעות מניגוד עניינים. הגישה המקובלת היא כי הכלל נועד בראש ובראשונה להגן על הלקוח, ולהבטיח שעורך הדין יוכל למלא את חובתו לפעול למענו במסירות⁵⁴.

ניגוד עניינים של עורכי דין עלול להתעורר בכמה מצבים, ואלו העיקריים שבהם: (א) ניגוד עניינים בין הלקוח לעורך הדין עצמו: נסיבות שבהן ענייניו האישיים של עורך הדין עומדים בניגוד לענייניו של הלקוח; (ב) ייצוג בו־זמני, באותו עניין, של מספר לקוחות שלהם אינטרסים נוגדים; (ג) ייצוג מאוחר לעומת ייצוג מוקדם – נסיבות שבהן עורך דין מייצג לקוח חדש נגד לקוח קודם באותו עניין או בעניין הקשור אליו (ובכלל זה שימוש במידע שמקורו ביחסים עם הלקוח הראשון נגדו); (ד) ניגוד עניינים "עמדת": ייצוג לקוח תוך הצגת עמדה משפטית אשר עומדת בניגוד לעמדה משפטית של לקוח אחר; (ה) ניגוד עניינים "רוחבי": סוגיות של ניגוד עניינים העולות בייצוג על ידי עורכי דין העובדים באותו משרד. בישראל מוסדרת הסוגיה של ניגוד עניינים, ברמה האתית, באמצעות סעיפים 14, 16, 17 ו-30 לכללי האתיקה⁵⁵.

53 ניתן לחלק את הדינים העוסקים בניגוד עניינים על פי נקודת זמן ההתייחסות לבעיה: מראש או בדיעבד. כללי האתיקה המקצועית והחלטות ועדת האתיקה של הלשכה מיועדים להתוות הוראות התנהגות ולהנחות מראש את עורכי הדין באשר לאופן ההתנהגות הראוי במצב של חשש לניגוד עניינים. לעומת זאת, החלטות בתי הדין המשמעתיים של הלשכה ושל בתי המשפט מתמודדים עם הסוגיות בדיעבד, לאחר שעורך הדין ביצע פעולה מסוימת, ויש לתת לה משמעות בעולם המשפט. בתי הדין המשמעתיים עוסקים בשאלה אם עורך הדין הפר כלל משמעתי כלשהו. בתי המשפט דנים בדרך כלל במשמעות האזרחית של התנהגות עורך הדין כלפי אדם שהיה עמו בקשר, כדי לברר אם יש בהתנהגותו כדי להטיל על עורך הדין אחריות כלפיו. לעתים יכולה השאלה להתעורר גם במישור הפלילי, למשל: האם העובדה שעורך דין היה מצוי בניגוד עניינים בזמן ייצוג בהליך הפלילי פוגעת בזכות לייצוג הוגן עד כדי ביטול הרשעה מחמת עיוות דין. ראו לעניין זה עניין בשיר, לעיל הערה 38, שם נקבע מבחן מחמיר לצורך ביטול הרשעה מחמת ניגוד עניינים: יש להוכיח כי ניגוד העניינים התקיים בפועל (ולא די בחשש), כי הוא פגע בייצוג ותרם להכשלת ההגנה של הנאשם. באופן כללי לבעיות ניגוד עניינים העולות בזמן ייצוג משותף של נאשמים בהליך פלילי ראו ל' זר-גוטמן "ייצוג משותף של נאשמים על ידי עורך דין אחד" הסניגור 40 (2000) 3.

54 ראו קלינג, לעיל הערה 29, בע' 163: "האיסור לפעול כאשר קיים חשש לניגוד עניינים נגזר מהעיקרון הרחב יותר של חובת הנאמנות".

55 כמו כן שייך לעניין סעיף 11א לכללי האתיקה (אשר בוטל בתיקון תשס"ג), בנוגע לאיסור על עיסוקים נוספים. כיום מוגבל עורך הדין לעיסוק שאיננו משפטי רק אם קיים ניגוד עניינים בין שני העיסוקים. ס' 1 לכללי לשכת עורכי הדין (עיסוק אחר), תשס"ג–2003, ק"ת 6238.

סעיף 14 קובע כי עורך דין לא ייצג לקוח בנסיבות הבאות:
 1. כאשר קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפי הלקוח בשל ניגוד עניינים בין הלקוח לבין עורך הדין עצמו (כלשון הסעיף: "בשל עניין אישי שלו, או בשל התחייבות או חובת נאמנות שיש לו כלפי אחר, או בשל עומס עבודה או בשל סיבה דומה אחרת")⁵⁶. כלל זה הנו רחב ביותר ואינו ממצה את העילות שבגינן עלול להתעורר ניגוד עניינים.
 2. איסור של ייצוג צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין⁵⁷. איסור של ייצוג לקוח מזדמן נגד לקוח קבוע⁵⁸.

קיימות הוראות המאפשרות להתנות על ההימצאות בניגוד עניינים בכתב, וכן מאפשרות לתחום מראש את השירות ללקוח ולאפשר בכך ייצוג שיש בו לכאורה ניגוד עניינים⁵⁹.

סעיף 16 לכללי האתיקה⁶⁰ אוסר ייצוג נגד לקוח בעניין או בקשר לעניין שעורך דין טיפל בו למען אותו לקוח וכן בעניין שבו יש "זיקה של ממש" למידע שקיבל עורך הדין מהלקוח או מטעמו. סעיף 17 אוסר על עורך דין לייצג אדם בעניין שדן בו כשופט או כבורר⁶¹. יש הוראות מיוחדות העוסקות בניגוד עניינים של דירקטורים בחברות ציבוריות⁶², בייצוג בעסקאות דירות⁶³, וכן כללים הנוגעים לחברי גופים ממונים ונבחרים⁶⁴. לבסוף, באשר לאותם מצבים אשר אינם כלולים באופן מפורש בכללים, יש לבחון אם התנהגות עורך הדין נופלת בגדר התנהגות האסורה מכוח סעיף 61(3) לחוק הלשכה, הקובע כעברה אתית התנהגות שאיננה הולמת עורך דין. מוסדות לשכת עורכי הדין נוטים לפרש באופן רחב את ההגבלות מכוח ניגוד העניינים. כך, למשל, בפרסום מחודש יולי 2002 הדגיש יושב ראש ועדת האתיקה של ועד מחוז תל אביב דאז (עו"ד אילן בומבך) את חשיבות ההוראות בדבר ניגוד עניינים ואת החובה הכללית המוטלת על עורכי דין לקחת ברצינות הוראות אלו⁶⁵. החלטות ועדות האתיקה של הלשכה נתנו פירוש מרחיב לכלל האוסר ניגוד עניינים⁶⁶. כך, למשל, חיוותה הוועדה את דעתה כי עורך דין של קבלן אשר ייצג קונים של דירה מהקבלן לצורך רישום זכויותיהם, אינו יכול לייצג את הקבלן

56 שם, בס' 14(א).

57 שם, בס' 14(ב).

58 שם, בס' 14(ג).

59 שם, בס' 14(ד) ו-(ה).

60 שם, בס' 16.

61 שם, בס' 17.

62 כללי לשכת עורכי הדין (דירקטורים בחברה ציבורית), תשמ"ט-1988.

63 כללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות בדירות), תשל"ז-1977.

64 כללי לשכת עורכי הדין (חברי גופים נבחרים או ממונים), תשכ"ט-1969.

65 א' בומבך "ניגוד עניינים כעבירה אתית" עט ואתיקה 62 (תשס"א) 1.

66 להחלטות ועדות האתיקה מעמד פורמלי של המלצה בלבד. עם זאת, עם ריבוי הפניות לוועדה ועם ביסוס הנוהג לפרסם אותן, הן הופכות להיות מקור נורמטיבי נוהג לפרקטיקה בתחום זה.

כתביעה נגד הרוכש הנובעת מהסכם הרכישה, על אף שלא ייצג בה את הקונה⁶⁷.
הוועדה חיוותה דעתה כי עורך דין המייצג את אבנר וחברות ביטוח לפי חוק
הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, אינו רשאי לייצג נפגעי תאונות לפי חוק זה⁶⁸.
במקרה שבו עורך דין ייצג צד לתביעה בעניין מקרקעין ולאחר מכן שימש כבורר
בסכסוך בין מי שהיה לקוחו לבין צד אחר, המליצה הוועדה כי כל עורך דין ממשרדו
לא ימשיך לייצג את אותו הלקוח⁶⁹.

בתי הדין המשמעתיים של לשכת עורכי הדין רואים אף הם חשיבות בכללי
האתיקה בנושא ניגוד עניינים. בשורה של פסקי דין הם קבעו כי פרשנות המונח
"באותו עניין" בהקשר של ניגוד עניינים צריכה להיעשות באופן מרחיב⁷⁰. השאלה
מהו "אותו עניין" היא מרכזית בדיני ניגוד עניינים, שכן ההגבלות חלות על עורכי
דין העוסקים בטיפול באותו עניין עבור שני לקוחות, או מגבילים אותם מלטפל נגד
לקוח בעניין שבו טיפלו למענו⁷¹. פרשנות מרחיבה של מונח זה תוצאתה אפוא
שהאיסור האתי חל במקרים מרובים יותר, ומטיל על עורכי הדין מגבלות רבות
יותר. כך, למשל, כבד"מ 69/97 נדרש בית הדין לקבוע אם עורכת דין רשאית
לייצג מעביד בהליך לפיטורי עובד, אם מספר שנים קודם לכן ייצגה את אותו עובד
בעתירה לבג"ץ בעניין הקשור לעבודתו, וכן את ועד העובדים שבראשו עמד. בית
הדין קבע כי בנסיבות אלו עורכת הדין מנועה מלייצג את המעביד, ודחה את טענתה
כי אין מדובר ב"אותו עניין". הוא ציין: "אנו חוזרים ומזכירים כי בתי המשפט חזרו
והזיהו שאין להתפס לאבחנות מלאכותיות דקות על מנת לאבחן עניין אחד מעניין
אחר כדי לומר שאין המדובר ב"אותו עניין". מדובר בהגדרה רחבה ולא דוקנית"⁷².
בית הדין המשמעתי אף הרחיב את החובות האתיות המוטלות על עורכי דין
כלפי לקוחות אשר יוצגו על ידם כשעורך הדין היה מצוי במצב של ניגוד עניינים⁷³.

67 "האם יכול עו"ד של קבלן לייצג את הקבלן בהליכים כנגד רוכשי דירות?" אתיקה מקצועית
1 (2001) 3, הוועדה נימקה את החלטתה בכך שלתביעה יכולה להיות השלכה על רישום
הזכויות, ועל כן עורך הדין מנוע מלטפל בה. החלטת ועדת האתיקה של ועד מחוז תל אביב
אושרה על ידי ועדת האתיקה הארצית; על החלטה זו הוגשה השגה, אשר נדחתה, ראו "האם
יכול עורך דין לייצג את הקבלן בהליכים כנגד רוכשי דירות?" אתיקה מקצועית 3 (2002) 6.
68 "ניגוד אינטרסים: ייצוג במקביל של חברת ביטוח ולקוחות התובעים את אותה חברת ביטוח"
אתיקה מקצועית 2 (2002) 6; החלטה זו סויגה לאחר מכן ונקבע בה כי לאור היעדר ההתנגדות
לייצוג מצד חברת "אבנר" במשך זמן רב, הוא מותר. "ניגוד אינטרסים: ייצוג במקביל של
חברת ביטוח ולקוחות התובעים את אותה חברת ביטוח: תוספת להחלטה שפורסמה בגיליון
מספר 2" אתיקה מקצועית 5 (2003) 8.
69 "עורך דין המשמש כבורר ייצג בעבר את אחד הצדדים לבוררות באותו עניין" אתיקה
מקצועית 4 (2002) 4. מקרה זה אינו נופל בגדר כלל 17 לכללי האתיקה, המניח כי הייצוג
כבורר קדם לייצוג כעורך דין. במקרה זה הייצוג כעורך דין קדם לייצוג כבורר.
70 ראו למשל בד"מ (י"ם) 78/9 פד"מ ב 93, 98; בד"מ (י"ם) 6/77 פד"מ א 321, 325.
71 ס' 14(ב) ר"ב 16 לכללי האתיקה.
72 "ייצוג נוגד – אסור – הכרעת דין" עט ואתיקה 55 (תש"ס) 5, 7.
73 עצם החובה נקבעה על ידי בית המשפט ראו למשל על"ע 2/80 פלוני נ' הוועד המחוזי

כך, למשל, בבד"מ 16/02 נקבע, כי עורך דין אשר ייצג הן את הקבלן והן את הרוכש דירה (לעניין רישומה בטאבו), חייב חובת נאמנות גם כלפי הרוכשים השניים (כלומר, אלו שרכשו מהרוכשים הראשונים שכלפיהם התחייב ישירות). בית הדין ציין, כי אם נקלע עורך הדין למצב שבו התקשה לשרת נאמנה הן את הקבלן והן את הרוכש כפי שהתחייב, היה עליו לנקוט צעדים שונים, ובכללם ליידע את הרוכשים על הקשיים שהקבלן מצוי בהם, לפנות ללשכת עורכי הדין לקבלת הנחיות, להתפטר ולהחזיר את הכסף ששולם לו וכדומה⁷⁴.

אף בתי המשפט נטו להרחיב את פרשנות האיסור בדבר ניגוד עניינים⁷⁵. בעניין קובלר רחה בית המשפט העליון את הפרשנות המצרה והדווקנית של המונח "ניגוד אינטרסים", בהישענו על מספר החלטות קודמות של בתי הדין המשמעתיים, שבהן נקבע כי חובת הנאמנות ללקוח מחייבת מתן פרשנות מרחיבה למונח זה. במקרה אחר קבע בית המשפט כי אף שהימצאות במצב של ניגוד עניינים יכול שתהא בבחינת עברת משמעת, אין בכך כדי לפטור את עורך הדין ממילוי חובת הנאמנות לשני הלקוחות שהוא מצוי בניגוד אינטרסים כלפיהם⁷⁶. בכך הרחיב בית המשפט את האפשרות להטיל על עורכי דין אחריות אזרחית (בנוסף לאחריות משמעטית), בגין קיומו של ניגוד עניינים.

אנו רואים אפוא כי סוגיית ניגוד העניינים של עורכי דין זכתה להכרה כבדת משקל בכל רמות ההתייחסות המשפטית: הסטוטורית, המשמעטית והאזרחית. במסגרת זו הדגש הושם על חובת הנאמנות ללקוח ועל שמירת הסודיות כערכים מרכזיים העומדים בבסיס מדיניות משפטית זו. עם זאת, המשמעויות החלוקתיות של הרחבת הכלל האתי לא באו לידי ביטוי מפורש במהלך עיצובו, והדבר נעשה מבלי שנגעו בהקשר החברתי שבו מתקיימים יחסי הייצוג.

ההנחה הגלויה והסמויה שעמדה בבסיס מדיניות זו הייתה שהרחבת המגבלות בדבר האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים פועלת לטובת הלקוח. כך, אם

של לשכת עורכי הדין בישראל, תל-אביב-יפו, פ"ד לד(4) 707, 708: "החובה המוטלת על עורך הדין לפעול לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, מטילה על עורך הדין מעמסה קשה למדי שעה שהוא מתימר לשרת שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים. אבל אין בהסכמתו לשרתם בעת ובעונה אחת כדי לפטור אותו מחובה אלמנטרית זו, ועליו לשאת בתוצאות המשמעטיות והאזרחיות הנובעות מהפרת החובה כלפי אחד מהם".

74 "התנגשות אינטרסים אינה הצדקה לאירישום בית משותף — הכרעת דין" עט ואתיקה 68 (תשס"ג) 7.

75 על"ע 6/88 קובלר נ' הוועד המחוזי תל אביב, פ"ד מה(4) 329 (להלן: עניין קובלר); ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769, 786.

76 ראו בעניין זה ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365, 378-379. בית המשפט חזר על ההלכה בדבר המחויבות לפעול לטובת שני לקוחות גם אם עורך הדין מצוי במצב של ניגוד עניינים. שם, בפסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי. עם זאת, במקרים אחרים קבע בית המשפט כי בין עורך הדין לבין צד ג' לא שררו יחסי עורך דין-לקוח, וחובתו של עורך הדין קמה, אם בכלל, כחובה כלפי צד שלישי שאינו לקוח, שהיא חובה חלשה יותר. ראו למשל עניין לוי, לעיל הערה 9, בע' 461-472.

הדיון בסוגיה נעשה בדיעבד, למשל במהלך ברור תביעה אזרחית כלפי עורך דין, כפי שהיה בע"א 6645/00 ערד נ' אבן⁷⁷. במקרה זה טען התובע שעורך הדין הפר את חובת הנאמנות כלפיו מכיוון שפעל בניגוד עניינים, ואילו עורך הדין טען כי התובע לא היה לקוחו מהטעם שהייתה לו נאמנות לאחר. ההכרה של בית המשפט בקיומם של יחסי עורך דין-לקוח (אף שנעשו תוך הפרת הכלל האתי), יש בה כדי לחזק את ההגנה על הלקוח. כך גם אם הבירור בדבר ניגוד עניינים נעשה באופן הצופה פני עתיד (למשל בעקבות פנייה לקבלת הנחיה מוועדת האתיקה). האיסור המוטל על עורך הדין לייצג במצב של ניגוד עניינים נועד לאפשר ללקוח לפנות אל עורך דין אחר שיוכל לייצגו נאמנה, מבלי להסתמך על שירותיו של עורך דין שיש לו חובת נאמנות סותרת.

אולם אין זה המצב תמיד. כפי שעולה מבד"מ 18/98, אין חפיפה מוחלטת בין הרחבת הכלל בעניין ניגוד עניינים לבין הגנה על לקוח: תלוי מיהו הלקוח ואם נכונה לגביו ההנחה כי בכוחו לשכור שירותים של עורך דין אחר במקום זה המצוי בניגוד עניינים. כפי שהבין בית הדין המשמעתי, במקרה שנדון שם, יש להרחבת האיסור השלכות סותרות על מספר אינטרסים חשובים, שלעתים עומדים במתח זה עם זה: מצד אחד – החובה לפעול בנאמנות ובמסירות כלפי לקוח הפונה לקבל עזרה משפטית מעורך דין; מצד שני – רצוננו לצמצם פערים ביכולת לקבל עזרה משפטית ולהשיג נגישות שוויונית ככל הניתן למשפט, הן מבחינת זמינות השירות והן מבחינת רמתו.

ו. ניתוח: חובת הנאמנות, איכות השירות ונגישות למערכת המשפט

ההכרה כי יש משמעות לנסיבות שבהן ניתן הייצוג המשפטי משמעה שעיצוב הכלל בדבר ניגוד עניינים – היקפו, תחולתו ותוצאות הפרתו – צריך להיעשות תוך התחשבות במספר פרמטרים ואינטרסים. ראשית, קיים האינטרס הכללי להנגיש שירותים משפטיים לקבוצות חלשות. המדינה אינה יכולה, ואף אינה מתיימרת, להעניק עזרה משפטית לכל מי שאינו יכול לרכשה בכסף. כללי הזכאות של הסיוע המשפטי הממלכתי קובעים מבחנים שונים כתנאי לקבלת סיוע, ובכללם מבחני הכנסה ומבחנים הבודקים את הסיכוי לזכות בתביעה. מטבע הדברים התקציב לשירותים הממלכתיים מוגבל ואינו יכול לענות על כל הצרכים המשפטיים הקיימים. כמו כן, סרבול ביורוקרטי, היעדר זמינות מהירה והעדפת מתן ייצוג על פני ייעוץ ומידע מובילים למציאות שבה יש להסתמך על אלטרנטיבות למדינה על מנת להגביר את הנגישות למערכת הצדק⁷⁸. מדובר באינטרס ציבורי שלפיו

77 ע"א 6645/00, לעיל הערה 76, שם.

78 ראו דו"ח משרד המשפטים, לעיל הערה 17. כאמור, הן ארגונים קהילתיים והן הסקטור הפרטי ממלאים חלק מצרכים אלו. לאור מגבלות אלו החל הדין בתפקידם של עורכי דין

עזרה משפטית לא תיחסם בשל מגבלות לא ענייניות או מיותרות. מכאן, שכל שהמגבלות על מתן ייצוג תגברנה, יפעל הדבר נגד אינטרס ההנגשה והוא ייפגע. הרחבת כללי ניגוד עניינים והחמרתם עלולות, אפוא, להקשות על נגישות, ולהפך — "הרפייתם" ומתן פירוש מצמצם לכללים עשויים לפעול להרחבת הנגישות. בד"מ 18/98 מדגים נקודה זו בבהירות: הטלת אחריות משמעתית על עורך הדין בנסיבות מקרה זה עלולה להוביל לידי כך שאותו עורך דין (ומן הסתם, כמוהו אחרים) יעדיפו שלא לתת עזרה משפטית בהתנדבות לפונים נזקקים. כלומר אם עורך דין אחד לא יוכל לייצג הן את הלקוח ה"רגיל" והן את דורש המידע ה"נזקק", גובר הסיכוי שהאחרון ימצא ללא ייצוג. מנגד, קיים אינטרס מובהק כי העזרה המשפטית שמקבל לקוח נזקק תהיה ברמה ובאיכות טובה, ולא תיפול מזו של לקוחות חזקים. אין אנו מעוניינים ב"שירות דל לאנשים דלי אמצעים" (Poor Service for Poor People). על מנת להבטיח זאת, יש לשאוף לכך שכללי האתיקה החלים על עורכי דין כלפי לקוחות משלמים ("רגילים") יחולו באותה מידה כאשר השירות המשפטי ניתן ללא תשלום בשל מיעוט אמצעים. במילים אחרות, אותן הוראות אתיות המיועדות לשמר את המסירות ולחזק את נאמנות עורך הדין — למשל האיסור להימצא במצב של ניגוד עניינים — אינן יכולות להתרופף כאשר מדובר באדם דל אמצעים הזקוק לעזרה משפטית. אינטרס זה יוביל אותנו דווקא להרחיב את ההגבלות על עורכי דין מטעמי ניגוד עניינים כאשר השירות ניתן לאדם נזקק. כך, במקרה של בד"מ 18/98, מתן היתר לעורך הדין לייצג את בעל הבית אחרי שנתן ייעוץ לדייר יוצר רושם של הקפדה פחותה על ענייניו של הדייר, כאילו חובת הנאמנות והסודיות כלפיו נופלת מזו של לקוח רגיל. האינטרס להעניק שירות איכותי עלול לפעול אפוא בכיוון ההפוך לאינטרס של הרחבת הנגישות. בדיון זה יש חשיבות לזהות הלקוחות ולכוחם היחסי. בדרך כלל, כללי האתיקה של עורכי דין אינם מבחינים בין סוגי לקוחות, ואינם גוזרים את היקפן ומהותן של החובות האתיות של עורכי דין ממהותו של הלקוח.⁷⁹ אולם עלינו לתת את הדעת לכך שיש משמעות לעניין זה. אין זה מקרה שעורך הדין בבד"מ 18/98 נקלע למצב שבו הוא טיפל בלקוח המשלם — בעל הבית — נגד אדם שאותו שירת בהתנדבות — הדייר המוגן. במקרים רבים, עורכי דין המעניקים ייעוץ משפטי לציבור ללא תשלום בתחום מומחיותם, משרתים פונים חלשים יחסית; זו הרי מטרתו המרכזית

פרטיים בהנגשת המשפט, למשל באמצעות פרויקט הפרו בנוו. על ההצדקה לפנות לעורכי דין פרטיים בעניין זה ראו לעיל בפרק ב'.

79 בישראל קיימות הבחנות ספורות למצבים מיוחדים המטילים על עורכי דין חובות אתיות מיוחדות בגלל זהות הלקוח. כך, למשל, כללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעיסקאות בדירות), תשל"ז-1977, וכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין (דירקטורים בחברה ציבורית), תשמ"ט-1988. חובות מיוחדות אלו אכן נגזרו מהפער הקיים בין רוכש דירה לבין קבלן ומהחובות הציבוריות של חברה ציבורית. עם זאת, אלו מקרים בודדים, והם קבועים במפורש בכללים. הדיון ברשימה זו חורג ממצבים אלו ומבקש לקחת בחשבון מצבים כלליים ובלתי ניתנים לצפייה מראש ולבחון את השלכתם על עיצוב כללים בתחום האתיקה המקצועית.

של ייעוץ מסוג זה – לסייע למי שאינם יכולים לרכוש עזרה משפטית בכסף. אלו הם הדיירים (ולא בעלי בתים/החברות המשכנות), החייבים (ולא הנושים), העובדים (ולא המעבידים), מקבלי הקצבאות (ולא המוסד לביטוח לאומי) וכיוצא באלו. לעתים קרובות עורך הדין מצוי ובקי במטריה שבה הוא נותן את השירות בהתנדבות מתוך ניסיון שצבר כעורך דין פרטי, שבמהלכו ייצג את הצד החזק, ובתשלום (כמו במקרה זה: את בעל הבית). מכאן, שאותם עורכי דין עלולים למצוא את עצמם, ולא באקראי, במצב של ניגוד עניינים בין לקוח משלם (בין שהוא לקוח עכשווי או שהיה לקוח בעבר)⁸⁰ לבין האדם שבא לקבל עזרה בהתנדבות.

לבסוף, סוגיה זו מתקשרת להיקף חובתם של עורכי דין כלפי מי שאינם לקוחות. בפסיקת בתי המשפט עוגנו זה מכבר חובות שונות של עורכי דין כלפי מי שאינם לקוחותיהם. כך למשל קיימת חובת זהירות בנוזיקין כלפי צד ג' שאיננו נחשב לקוח⁸¹; קיימת חובה לפעול בתום לב כלפי הצד שכנגד במהלך משא ומתן מכוח סעיף 12 לחוק החוזים⁸²; וקיימת גם חובת סודיות כלפי אדם הבא לעורך דין במטרה להתקשר עמו למתן שירותים משפטיים, אף אם היחסים לא הבשילו להתקשרות מלאה⁸³.

בדומה, אף המגבלות מכוח ניגוד העניינים צריכות לחול כשמדובר באדם שאינו נחשב לקוח. למעשה, סעיף 14(א) לכללי האתיקה אוסר על עורך דין לייצג לקוח אם יש לו חובת נאמנות או התחייבות כלפי אחר. ניתן אפוא לטעון כי עורך דין שנתן עצה ומידע לאדם שנזקק לסיוע מנוע מלייצג לקוח אם נוצרה חובת נאמנות קודמת כלפי אותו אדם. ואכן, זוהי בדיוק הסיטואציה אשר התעוררה בבד"מ 18/98. בית הדין הגיע בסופו של דבר למסקנה (נכונה, כאמור, לדעתי), כי חובה זו לא הופרה (בשל אופיו הכללי של המידע שהוחלף בין הצדדים). אולם דרך הניתוח שלו הניחה כי חובה כללית כזו קיימת אף אם הדייר לא היה בבחינת לקוח. כללי האתיקה העוסקים בניגוד עניינים ניתנים אפוא לפרשנות כמכירים בצורך להגן על צד ג', אף אם אינו מוגדר כלקוח.

החידוש שאני מבקשת להציע בהקשר זה הוא בהצעה לעצב את המגבלות הנובעות מכללי ניגוד העניינים בדרך שתביא בחשבון את מכלול האינטרסים שצוינו לעיל: מידת יכולתו של צד ג' לשכור שירותים משפטיים בכסף, הרצון לתת שירות איכותי ללקוחות חלשים והאינטרס של הנגשת מערכת הצדק לכל הנזקקים לה באופן שוויוני ככל הניתן. פרשנותו והגדרת תחולתו של הכלל על פי פרמטרים אלו מפנימים אל תוך הכללים ממדים חלוקתיים בשני אופנים:

80 ס' 16 לכללי האתיקה אוסר על עורך דין לטפל בעניין או בקשר לעניין נגד לקוח בעניין שטיפל בו למען אותו לקוח, ולכן הבעייתיות קיימת גם לגבי לקוחות שבעבר היו לקוחות רגילים.

81 עניין לוי, לעיל הערה 9, בע' 469–471.

82 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973; עניין מוסהפור, לעיל הערה 10.

83 קלינג, לעיל הערה 29, בע' 425; ה"פ (ת"א) 2163/96 פייראיון נ' גזית (לא פורסם), תקדין מחוזי 1997(2) 146.

ראשית, בעצם ההתייחסות אל "המשפט" כמשאב העומד לחלוקה — שוויונית ככל הניתן. שנית, בהתחשבות בכוח (הכלכלי או החברתי) הן המוחלט והן היחסי של אנשים המושפעים מפעולת הייצוג או הייעוץ שמעניק עורך הדין. כאמור, בהחלטה בבד"מ 18/98 השיקולים הללו הובאו בחשבון, אף כי לא הומשגו כך במפורש.

לסיכומה של נקודה זו: כאשר מתעוררים מקרים מסוג זה, יש לערוך איזון בין רצוננו שלא להקשות על קבלת ייצוג לבין הרצון שלא לקפח את איכות השירות שנותן עורך הדין לשני הצדדים הנזקקים לשירותיו. יש להביא בחשבון את יכולתו של כל אחד מהם לשכור עורך דין בפועל, ולא רק באופן תאורטי. על בסיס זה, ותוך שקלול הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, יש לגזור את היקף חובתו האתית של עורך הדין שלא להימצא במצב של ניגוד עניינים.

ז. כללי האתיקה המקצועית של עורכי דין: כלי חלוקתי

כפי שצוין לעיל, הנחת המוצא שלי היא כי בדומה לתחומי המשפט האחרים, אף לכללי האתיקה המקצועית של עורכי דין משמעות חלוקתית. ברשימה זו הדגמתי את הדרך שבה יכול הכלל בדבר ניגוד עניינים להשפיע על היכולת לקבל ייצוג משפטי, שהוא חלק מסוגיית הנגישות המשפטית. טענתי היא כי גם בהקשרים אחרים, תוכנם והיקפם של כללי האתיקה יכולים וצריכים להיגזר מן הנסיבות שבהן נעשה הייצוג, בהתאם לאינטרסים ציבוריים שונים המצויים בפנינו. הדוגמה המרכזית שבה ניתן לחשוב על כללי האתיקה במונחים אלו היא המתח בין החובה הבסיסית של עורכי דין לפעול בנאמנות ובמסירות מרבית ללקוחותיהם, אל מול חובתם כלפי צדדים שלישיים⁸⁴.

הפרדיגמה הדומיננטית שבתוכה התפתחו כללי האתיקה, והמהווה את ההצדקה המרכזית לכלל הבסיסי של נאמנות ומסירות ללקוח — השיטה האדברסרית — איננה מתקיימת בחלק מהמצבים שבהם ניתן ייצוג או ייעוץ משפטי. קודם כול, היא איננה מתקיימת בכל המקרים שבהם ייעוץ וייצוג ניתנים מחוץ למסגרת ההתדיינות המשפטית. אך גם במהלך התדיינות בבית משפט לעתים קרובות אחד הצדדים איננו מיוצג או שהוא מיוצג באופן פחות טוב באופן משמעותי מן הצד שכנגד. בנסיבות אלו הרציונל העומד בבסיס כללי האתיקה, שלפיו כל צד מיוצג על ידי עורך דין אשר דואג אך ורק ללקוחו, ואילו גורם ניטרלי (שופט) פוסק ביניהם, אינו מתקיים וממילא נשמט הבסיס לאותה הנחה אתית⁸⁵.

84 כן, למשל, ביקורת המושמעת על עורכי דין על כך שאינם מפעילים אמות מידה מוסריות ומייצגים את הלקוחות מבלי לקחת בחשבון את הנוק הנגרם לציבור: R.C. Cramton, "Commentary, Lawyer Conduct in 'The Tobacco Wars'" 51 *DePaul L. Rev.* (2001) 435, 441.

85 יתרה מזאת, גם במקרים שבהם, לכאורה, עובדת השיטה האדברסרית, הושמעה ביקורת

בנסיבות אלו נכון להעלות ספק בדבר המשקל שיש לתת לחובה לפעול בנאמנות מרבית ללקוח, ולבחון אם המשפט עצמו אינו מחייב לערוך איזון שבמסגרתו על עורך הדין להביא בחשבון אף את ענייניו של צד ג'. במילים אחרות, במקום הכלל הנוקשה והחד-ממדי של נאמנות ללקוח "בכל מחיר", יש לבחון את התקיימותם של פרמטרים שונים, ולקבוע בהתאם את היקף תחולת העיקרון האתי ואת האיזון בין החובה כלפי הלקוח והחובה כלפי צדדים שלישיים⁸⁶. פרמטרים אלו יכולים לכלול את מיהות הצדדים (למשל, האם מדובר בלקוח חזק כגון חברת ענק אל מול צרכן חלש), מהות הזכות שבה מדובר (האם זכות בסיסית או זכות אחרת), האפקטיביות של מנגנוני בקרה על החלטת עורך הדין במהלך הייצוג (למשל שופט או גורם מבקר אחר), היותו של הצד השני מיוצג ויכולתו בפועל לשכור לו עורך דין, האינטרס המהותי שביקש החוק להשיג, וערכי היסוד של השיטה⁸⁷.

בדרך זו מוענק לכללי האתיקה ממד מובהק של צדק חלוקתי: ניתן לעצב באמצעותם את מידת ההגנה שזוכה לה צד כלשהו מן המשפט. בנסיבות שבהן השיטה האדברסרית איננה מתקיימת (או איננה פועלת באופן משביע רצון), ככל שנמעיט בחובות עורך הדין כלפי צד שלישי חלש או בלתי מיוצג, ונתיר לו לפעול רק לטובת לקוחו, אותו צד ג' ייהנה פחות מן הזכויות אשר מעניק המשפט, ולהפך. ככל שנטיל על עורך הדין חובות מוגברות כלפי צדדים שלישיים בלתי מיוצגים או חלשים, נגדיל את נגישותם לזכויות במשפט. בדרך זו משמשים כללי האתיקה המקצועית חלק מהותי מן המשפט עצמו, הם ועורכי הדין האוחזים בהם.

נוקבת על ידי מלומדים כי היא איננה ניתנת להצדקה משום שאין בה כדי לגלות את האמת, היא איננה מביאה לקידום כללי המשפט, והיא יוצרת עיוות מוסרי חמור. ראו בעניין זה: Luban, *supra* note 32, at p. 83.

86 יש לציין כי בתי המשפט בישראל כבר החלו לפסוע בדרך זו בסיטואציות שבעיקרן מתקיימות מחוץ למסגרת האדברסרית, ראו עניין לוי, לעיל הערה 9; עניין נחום, לעיל הערה 10.

87 זוהי התזה המרכזית של המלומד Simon, אותה פיתח בשורה של מאמרים, והיא מופיעה בשלמותה בספרו: W.B. Simon *The Practice of Justice, A Theory of Lawyers' Ethics* (Cambridge, Mass., 1988).

