

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

יובל לבנת

תקציר ♦ מבוא ♦ א. מהלך הטיעון ♦ ב. העבירה של "אי-מניעת פשע" ♦ ג. הערכים העומדים בבסיס ההוראות המתנגשות ♦ ד. חובת שמירת החיסיון והסודיות המוטלת על עורך הדין, וביקורת על הלכת העבירה העתידית 1. פסיקת בית המשפט העליון 2. תוצאות נכונות, הלכה מיותרת 3. הלכת העבירה העתידית: הרחבת ההלכה (המוטעית) מתחום החיסיון לתחום הסודיות 4. הביקורת על הלכת העבירה העתידית ♦ ה. מהו האיזון הנכון בין השיקולים השונים שמתעוררים נוכח מידע שיש לעורך דין על פשע שלקוחו עומד לבצע? ♦ ו. מהו פשע חמור? ♦ סוף דבר.

תקציר

המאמר עוסק באיזון הראוי בין החובה המוטלת על עורך דין למנוע פשע עתידי של לקוחו, לפי [סעיף 262 לחוק העונשין](#), לבין החובה המוטלת עליו לשמור על חסיון הדברים שמסר לו לקוחו ועל הסודיות שלהם, לפי דיני האתיקה. הוא מותח ביקורת על ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון, שלפיה מידע שמועבר מלקוח לעורך דינו על אודות עבירה עתידית שהוא עומד לבצע, לעולם אין לו "קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח", במשמעות [סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין וסעיף 48 לפקודת הראיות](#), ומכאן שאינו חוסה תחת חסיון עורך דין-לקוח. יתרה מכך, אפילו הייתה ההלכה מוצדקת, נטען במאמר, עדיין היה מקום לבחון אם המידע על אודות העבירה העתידית של הלקוח נופל תחת חובת שמירת הסודיות של עורך הדין, המעוגנת בכלל [19 לכללי האתיקה של עורכי הדין](#) (והרחבה יותר מחובת השמירה על החיסיון). הטענה המרכזית במאמר היא שהעמדה שלפיה על עורך הדין למנוע כל פשע עתידי של לקוחו (לרבות על דרך של פנייה למשטרה) פוגעת יתר על המידה ביחסי האמון בין עורך דין לבין לקוחו. איזון נכון יותר בין הנורמות המנוגדות – החובה למנוע את הפשע של הלקוח מחד גיסא, והחובה לשמור על המידע שהתקבל בעניינו של הלקוח חסוי וסודי מאידך גיסא – יהיה איזון המבוסס בעיקרו על חומרת הפשע העתידי, כך שככלל תוטל על עורך דין חובה לדווח למשטרה רק על פשע עתידי חמור שלקוחו עומד לבצע. לצד זאת, יהיו מקרים שבהם נכון יהיה להחיל על עורך הדין חובת מניעת פשע גם ביחס לפשע עתידי שאינו "חמור" (לפי ההגדרה של "פשע חמור")

* דוקטור למשפטים; מנחה אקדמי, התוכנית לזכויות פליטים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודה לשחר אייזנר, לשחר אלדר, לאיתי הרמלין, לנטע זיו, ללימור זר-גוטמן, לנעמי לבנקרון ולגליה פיט, על הערותיהם. כן תודתי לחברי ולחברות הסגל הקליני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, אשר הצגתי בפניהם טיוטה קודמת של המאמר, והערותיהם היו לי לעזר. לבסוף, אבקש להודות למערכת **מחקרי משפט** ולקוראים האנונימיים על הערותיהם הטובות.

יובל לבנת

שמוצעת במאמר), וזאת בעיקר כאשר מדובר באמצעי מניעה פוגעני פחות (מבחינת הפגיעה ביחסי האמון והקרבה בין עורך הדין ללקוח) מאשר דיווח למשטרה.

מבוא

לפני כמה שנים ייצגתי, במסגרת תפקידי בקליניקה לזכויות פליטים באוניברסיטת תל אביב, אישה ממדינות אפריקה, שבעלה נהג להתעלל בה. בהיעדר מוצא אחר, עזבה האישה את מדינתה והגיעה, לאחר תלאות, לישראל בגפה.

שנים מספר לאחר הגעתה לישראל הודיעה לי האישה שבכוונתה להינשא לאזרח ממדינה שכנה למדינת המוצא שלה, כאן בישראל, בטקס שיקיים כומר בכנסייה בדרום תל אביב. היא ביקשה לדעת אם העובדה שיש לה רישיון ישיבה זמני בישראל עשויה לסייע בהסדרת מעמדו של בעלה לעתיד, ששהה בישראל ללא כל היתר חוקי; נוסף על כך – ביקשה להזמין אותי לחתונתה. כששאלתי אותה כיצד זה, כנוצרייה אדוקה, היא יכולה להינשא לגבר שני, בניגוד לדתה (שהרי מעולם לא התגרשה מבעלה), ענתה לי האישה שאלוהים נגלה לה בחלומה, ואמר לה שבעלה לא באמת היה בעלה.

ביגמיה, כידוע, מנוגדת לחוק הישראלי.¹ היא עולה לכדי "פשע",² והעונש שקבוע ביחס אליה עומד על חמש שנות מאסר. אין נפקא מינה אם טקס הנישואין בכנסייה בדרום תל אביב יוכר או לא יוכר על פי הדין האישי החל על הנישואין בישראל; די בכך שנוצר מצג של טקס נישואין כדי שתשתכלל עבירת הביגמיה.³

כשסיפרה לי האישה על נישואיה המתוכננים, יידעתי אותה בדבר עבירת הביגמיה שבחוק הישראלי, והבהרתי לה שהשיחה שניהלה עם אלוהיה בחלום כנראה לא תוציא את מעשיה מגדר האיסור הפלילי. נוסף על כך, הבהרתי לה שאין בנישואין המתוכננים כדי לסייע באופן ממשי בהסדרת מעמדו של בן זוגה. המצב המשפטי בישראל הוא כזה, כך אמרתי, שנוכח מעמדה הארעי והרעוע של האישה באותה עת (ובעתיד הנראה לעין, לפי חוות דעתי המקצועית), אין לה כוח להקנות מעמד לבן זוגה, מצד אחד, ומצד אחר – אף אם נצליח לבנות קונסטרוקציה משפטית יצירתית שתאפשר זאת – לא עניין הנישואין הוא שימנע את הסדרת המעמד, נוכח הליברליות היחסית של המשפט הישראלי ביחס למוסד הידועים בציבור.⁴ ייעצתי לה, לאור היות הביגמיה עבירה פלילית בישראל, שלא

1 [ס' 176 לחוק העונשין](#), התשל"ז-1977.

2 לפי [ס' 124\(1\) לחוק העונשין](#), עבירה שהעונש המקסימלי בגינה עולה על שלוש שנות מאסר מהווה פשע. העונש המקסימלי בגין עבירה לפי [ס' 176 לחוק העונשין](#) עומד על חמש שנות מאסר.

3 [רע"פ 7491/00 ברזילי נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו, 21.3.2000).

4 לרבות במצב שבו אחד מהצדדים לקשר נשוי לאחר/ת, ואינו יכול להשתחרר מקשר הנישואין; ראו ס' ד.13.ד. לנהל 5.2.0009 "נוהל הטיפול במתן מעמד לבני זוג של ישראלים, לרבות בני אותו מין" (9.4.2018) ("ככל שיימצא כי ההתרשמות מכנות הקשר, ייחודיותו ובלעדיותו הינה חיובית (ובמקרה בו בן הזוג נשוי, יימצא כי בן הזוג הנשוי נוקט במאמצים ובנסיונות כנים ואמיתיים להתרת נישואיו),

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

לערוך טקס רשמי בכנסייה. האישה הקשיבה לדבריי, והשיבה שהיא מעוניינת לקשור את גורלה בגורלו של אותו גבר ולהביא עמו ילדים לעולם, ולשם כך עליה להינשא לו. היא הבהירה לי שהיא חיה בשלום עם החלטתה, וביקשה שאברך אותה על נישואיה הקרבים, שיבואו לאחר תקופה קשה של חיים אומללים לצד בעלה (הקודם), נודדים ובדידות. איחלתי לה כל טוב. פרט ליידועה בדבר היות המעשה עבירה פלילית והניסיון לשכנעה שלא לעבור על החוק, לא עלה על דעתי לנסות ולמנוע את נישואיה של מרשתי בדרך נוספת, ובוודאי לא לדווח על כך למשטרה.

הדעה המקובלת בקרב חוקרים של דיני האתיקה המקצועית של עורכי הדין בישראל,⁵ כמו גם של ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין,⁶ היא ש"כאשר העברה העתידית היא מסוג פשע, לא רק שאין חיסיון, אלא מוטלת על עורך הדין חובת גילוי מכוח דיני העונשין".⁷ (להלן אכנה את ההלכה בדבר היעדר החיסיון ביחס לפשע עתידי של הלקוח – שהורחבה, כפי שאראה, גם להיעדר חובת סודיות: "הלכת העבירה העתידית";⁸ את הדוקטרינה שלפיה בנסיבות אלה קמה לעורך הדין חובה למנוע את הפשע אכנה: "דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין"). על פי עמדה זו, בעצם העובדה שלא מנעתי את נישואיה הביגמיים של לקוחתי בכל דרך סבירה – לרבות

יוכח מרכז חיים משותף בישראל ולא תימצא מניעה פלילית ו/או בטחונות, תועבר הבקשה באמצעות הדסק להחלטת ראש תחום אשורות וזרים במטה הרשות בצירוף המלצת מנהל הלשכה. בסמכות ראש הדסק לסרב להעביר את הבקשה לבחינת ראש תחום אשורות, במידה והתיעוד להוכחת נסיבות התרת הנישואין יימצא בלתי קביל"; **עת"מ (מנהלי חי) 21430-07-09 גונזלס נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 5.1.2010) ("עובדת היותה של העותרת נשואה לאזרח פיליפיני אינה מעלה או מורידה לעניין קשר הזוגיות בין העותרים, זאת לאור ההסבר שניתן לכך כי העותרת פרודה מבעלה מזה שנים רבות ואינה יודעת כיצד לאתרו על מנת לסיים את הנישואים"); ובהקשר אחר: **בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד מז(1) 749 (1993).

5 לימור זר-גוטמן **"הבטחת תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח באמצעות חיסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות האתית – קריאה לרפורמה"** ספר **דיני דין – על משפט פלילי ואתיקה** 79, 106 (2009) (להלן: זר-גוטמן **"הבטחת תקשורת חופשית"**). ראו עוד גבריאלי קלינג **אתיקה בעריכת דין** 414 (2001) ("הדעה המקובלת היא שאין חיסיון למידע, שמוסר לקוח לעורך דין ומתייחס לעבירה שטרם בוצעה [...] אין בדיון כל הגנה שתעמוד לעורך הדין, שהובא מראש בסוד ביצועו של פשע ולא נקט צעדים למניעתו"); יאיר בן דוד **הפרקליט והלקוח** 193 (1999) ("עורך דין, כמו כל אזרח, מחוייב למנוע ביצוע מעשה פשע עתידי, אשר מובא לידיעתו. חובה זו מעוגנת בסעיף 262 לחוק **העונשין** [...] מכאן נגזרת חובתו של עורך דין, אשר שומע מלקוחו על כוונה לבצע עבירה פלילית [...] לדווח על כך לרשויות הנוגעות בדבר, חרף עקרון החיסיון"; אברהם זר **אתיקה מקצועית של עורכי הדין** 47 (1995).

6 "החובה לדווח על פשע עתידי-גוברת על חובת החיסיון המקצועי" **עט ואתיקה** 5, 2 (1990). החלטות ועדת הרביזיה בכללי האתיקה, אתיקה מקצועית 47 (2012), www.israelbar.org.il/newspaper_innerData3.asp?pgId=133669&catId=60&path_catID=60&fatherId=133486 (להלן: החלטות ועדת הרביזיה בכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין).

7 זר-גוטמן **"הבטחת תקשורת חופשית"**, לעיל **ה"ש 5**, בעמ' 106.

8 הביטוי "הלכת העבירה העתידית" שאול מנטע זיו **מי ישמור על שומרי המשפט? עריכת דין בישראל בין מדינה, שוק וחברה אזרחית** 227 (2015).

על דרך של דיווח למשטרה על כוונתה להינשא – עברתי בעצמי עבירה פלילית של אי-מניעת פשע, לפי [סעיף 262 לחוק העונשין](#) (להלן: [סעיף 262](#)).⁹ טענתי המרכזית במאמר זה היא שעמדה מסורתית זו שגויה בתכלית. אינני מדבר רק על טעות על פי המוסר או על פי הדין הרצוי, אלא על טעות על פי הדין המצוי – מבחינת הכלל המשפטי שניתן וראוי לחלץ בפרשנות הולמת של ההסדרים הסטטוטוריים הקיימים בישראל.

א. מהלך הטיעון

הטיעון שאפתח במאמר מורכב מהטענות הבאות:

1. במקרים של יחסי קרבה או אמון – לרבות יחסי אמון מקצועיים, כמו במקרה של עורך דין-לקוח, עולה מתח בין החובה הקבועה, לכאורה, [בסעיף 262 לחוק העונשין](#) למנוע פשע עתידי של ה"קרוב" (והצידוק המוסרי שעומד בבסיסה), ובמיוחד על דרך של דיווח למשטרה, לבין החשיבות הטמונה בשימור יחסי הקרבה או האמון.

2. יש יחסי אמון מקצועיים מתקיימים בין עורך דין ללקוח גם ביחס לתקשורת שעניינה עבירה עתידית מצד הלקוח.

א. הכלל הגורף שקבע בית המשפט העליון – שמידע המגיע לעורך הדין ביחס לעבירה עתידית של לקוחו לעולם אינו חוסה תחת חסיון עורך דין-לקוח – שגוי.

(1) חסיון עורך דין-לקוח חל ביחס למידע שהגיע לעורך הדין על אודות עבירה עתידית שלקוחו עומד לבצע, **אלא אם כן** הלקוח מנסה לקדם את דבר העבירה באמצעות עורך הדין, או מנסה לערב את עורך הדין בביצוע העבירה בצורה אחרת.

(2) הכלל הגורף לא היה הכרחי לצורך הכרעה בכל אחד משלושת התיקים המרכזיים שבהם הוא נקבע (דהיינו אפשר היה להגיע לאותה תוצאה – של היעדר חיסיון – בכל אחד מתיקים אלה אף מבלי לקבוע כלל גורף כאמור).

ב. בית המשפט העליון מעולם לא פסק שמידע שהגיע לעורך דין בדבר עבירה עתידית של לקוחו אינו נופל תחת חובת שמירת הסודיות שחב עורך דין ללקוחו (שהיא חובה נפרדת מחובת שמירת החיסיון, ורחבה ממנה).

(1) מידע שמגיע לעורך הדין ביחס לעבירה עתידית של לקוחו חוסה תחת חובת שמירת הסודיות שחב עורך דין ללקוחו, **אלא אם כן** הלקוח מנסה לקדם את דבר העבירה באמצעות עורך הדין, או מנסה לערב את עורך הדין בביצוע העבירה בצורה אחרת.

⁹ [ס' 262 לחוק העונשין](#) קובע: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים".

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

3. האיזון הנכון בין האינטרסים המתנגשים, המתוארים בסעיף 1 לעיל (ואינטרסים נוספים ייחודיים לתפקידו של עורך הדין כ"סוכן שלטון החוק"), הוא על ידי פרשנות של סעיפי החוק הקיימים, כך שככלל, חובת מניעת הפשע (למצער על דרך של דיווח למשטרה) חלה רק במקרים שבהם עורך הדין¹⁰ חושד¹¹ שלקוחו עומד לבצע פשע חמור.¹²

(1) הדרך המשפטית-הפרשנית לבסס כלל משפטי כזה היא:

(א) (בעקבות אמרת אגב של השופטת ארבל בעניין [אבוסמור](#)¹³) באמצעות

פרשנות התיבה "אמצעים סבירים" [שבסעיף 262](#), כך שבנסיבות של יחסי קרבה או אמון, דיווח למשטרה אינו "אמצעי סביר" למניעת פשע (אך הוא "אמצעי סביר" למניעת פשע חמור).

(ב) באמצעות איזון שיש לבצע בין חובות משפטיות סטטוטוריות

סותרות: מצד אחד החובה למנוע פשע (לרבות על דרך של דיווח למשטרה), ומצד אחר החובה לשמור על חסיון המידע ביחס לעבירה העתידית (כאמור בסעיף 2.א) והחובה לשמור על סודיות המידע ביחס לעבירה העתידית (כאמור בסעיף 2.ב) על ידי עורך הדין.

4. "פשע חמור", לעניין סעיף 3 לעיל, הוא פשע שהעונש בגין ביצועו עומד על מאסר לתקופה ארוכה משבע שנים.

ב. העבירה של "אי-מניעת פשע"

[סעיף 262](#) קובע: "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע ולא נקט כל האמצעים הסבירים למנוע את עשייתו או את השלמתו, דינו – מאסר שנתיים".

על העבירה בכלל, ועל העבירה בנוסחה הישראלית הרחב בפרט, נמתחה ביקורת הן מצד שופטי בית המשפט העליון והן מצד אנשי אקדמיה בתחום המשפט.

המבקר החריף ביותר ביחס לקיומה של העבירה היה השופט חיים כהן, אשר כתב כי "רק תחת משטרים טוטליטריים, כמו בגרמניה הנאצית וברוסיה הסובייטית, הועלתה חובת המלשינות לדרגת חובה אזרחית ומשפטית העדיפה על כל יחסי בני אנוש".¹⁴

10 אינני עוסק במאמר זה בשאלת הכלל הראוי כאשר מדובר ביחסי קרבה אחרים, אף כי לכאורה נראה שאותו כלל מתאים למגוון של יחסי קרבה.

11 אינני עוסק במאמר זה בשאלה של דרגת החשד.

12 ייתכן שניתן לפרש את המסגרת הנורמטיבית באופן שתגביל את החובה – תמיד, או במערכת יחסים ייחודית, כמו בין עורך דין ללקוח – בדרכים נוספות, לרבות דרישה שהתרחשות הפשע תהא "קרובה לוודאי" או "מיידית" וכיוצא באלה מגבלות אפשריות. אשאר סוגיות אלה ב"צריך עיון".

13 [ע"פ 5204/07 אבוסמור נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו, 3.9.2007).

14 [ע"פ 496/73 פלוני נ' מדינת ישראל](#), פ"ד כח(1) 714, 718 (1974).

שופטים¹⁵ וחוקרים¹⁶ אחרים היו נחרצים ובוטים פחות ממנו, אך העמדה הדומיננטית היא ש"האיסור הישראלי על אי-מניעת פשע רחב יתר על המידה. הוא תובע נקיטת כל האמצעים הסבירים [...] זאת, כדי למנוע כל פשע – גם פשעים שאינם מן החמורים ביותר [...] כאשר יש מי ש'זומם' לבצעו [...] ברי כי הטלת חובה כזו אינה מוצדקת ואינה רצויה".¹⁷ עמדה זו אינה יוצאת כנגד עצם קיומה של החובה,¹⁸ אלא כנגד היקפה בדין הישראלי. במאמר זה אלך גם אני באותה הדרך.

החובה למנוע פשע מוטלת, לכאורה, לפי לשונו של [סעיף 262](#), על כל אדם, תהא מערכת היחסים בינו לבין ה"זומם" אשר תהא. הדבר שונה מהסעיף המקביל [בחוק השיפוט הצבאי](#),¹⁹ שקובע סייג מפורש בנסיבות של קרובי משפחה, וכן מדברי חקיקה במדינות אחרות במערב, אשר קבעו גם הם במפורש חובה מסויגת למניעת פשע, כאשר מדובר במי שיש לו יחסי קרבה ל"זומם", לרבות יחסי הקרבה המקצועיים שהם בבסיס

15 שם, בעמ' 721 (השופט י' כהן), ובעמ' 722 (השופט אשר); [ע"פ 450/86 גילה נ' מדינת ישראל](#), פ"ד מ(4) 832, 826 (1986): "סעיף זה [ס' 262 לחוק העונשין – י"ל] שריר וקיים, ויש להפעילו במקרה המתאים, [...] גם כשמבקשים ליתן לסעיף פירוש מצמצם, ויש טעם לעשות כן, אין הפירוש יכול וצריך להיות צר, עד שלא ניתן לעבור בו אלי מסקנה סבירה והגיונית"; [ע"פ 3417/99 הרשפי נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נה(2) 805, 725 (2001): "פסיקתו של בית משפט זה מדברת בקולות שונים: יש מי שסולד מן הסעיף, ויש מי שרואה אותו באהדה" (השופט טירקל); עניין [אבוסמור](#), לעיל ה"ש 13: "ייחודיותה של עבירה זו [אי-מניעת פשע – י"ל] מתבטאת בכך שמדובר בעבירה מחדלית, אשר דורשת מאדם שאין לו כל זיקה לסיטואציה של ביצוע הפשע, מלבד ידיעתו עליו, לפעול ולנקוט בכל האמצעים הסבירים על מנת למנוע את עשייתו או את השלמתו [...] ייחודיות זו עוררה מחלוקת רבות, החל מספקות בדבר הצדקות לקיומה של עבירה מעין זו בספר החוקים, ועד לביקורות הנסכות על ניסוחה ויישומה של העבירה במשפט הישראלי" (פס' 15 לפסק דינה של השופטת ארבל); "לדידי – לא בהלשנה עסקינן [...] אלא בחובתם המוסרית והאזרחית של יושבי הארץ אלה לאלה, ובמיוחד כלפי הקרבנות, שתרגומה המוסרי הוא ליתן יד למניעת פשע" (פס' ב' לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

16 מרים גור-אריה "[חובה פלילית למנוע פשע – אימתי מוצדקת](#)" [מחקרי משפט](#) יז 355 (2002).

17 מרדכי קרמניצר "[חובה להלשין או החובה לדווח – על העברה של אי מניעת פשע](#)" [המשפט](#) יא 55, 58 (2005). ראו עוד: עניין [אבוסמור](#), לעיל ה"ש 13, פס' 16 לפסק דינה של השופטת ארבל ("יש להדגיש כי ניסוחה של העבירה [של אי-מניעת פשע – י"ל] [בחוק העונשין](#) הישראלי הוא רחב ביותר ומאפשר החלטה על סיטואציות רבות, גם כאשר יהיה מי שיסבור שאין זה מוצדק להחילן").

18 לנימוקים התומכים בקיום החובה, ראו פרק ד להלן.

19 [ס' 134 לחוק השיפוט הצבאי](#), התשט"ו-1955 קובע כך:

- (א) חייל שידע כי חייל אחר זומם או מנסה לעבור עבירה צבאית שענשה עולה על שלוש שנים מאסר, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע את עשייתה או השלמתה, דינו [...] (מדרג עונשים בהתאם לחומרת העבירה – י"ל).
- (ב) מבלי לפגוע בכלליות האמור בסעיף קטן (א) ומבלי להוציא מקרי קרבה אחרים נקבע בזה, כי בן-זוג, הורה, צאצא, אח או אחות של חייל זומם או ניסה לעבור עבירה כאמור בסעיף קטן (א), אשר לא הודיעו לרשויות המוסמכות על המזימה או הנסיון – אין רואים אותם כאילו לא פעלו באופן הנדרש לפי אותו סעיף קטן.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

מאמר זה – יחסי עורך דין-לקוח.²⁰ העמדה הרווחת בישראל, עד לפסק הדין **אבנסמור**, הייתה **שסעיף 262** אינו מבחין בין אדם לאדם ובין מערכת יחסים למערכת יחסים. כל אדם היודע שאחר (כל אחר) זומם לעשות פשע חייב לפעול למניעת הפשע, והאמצעי הרווח והזמין ביותר לכך הוא דיווח למשטרה. על עמדה זו, ביחס לדין המצוי בישראל, לא חלקו גם חוקרים, שסברו שאין זה הדין הרצוי.²¹ ואולם, בפסק הדין **אבנסמור** עמדה השופטת ארבל, בהערת אגב, על האפשרות להתייחס למערכת היחסים בין הצדדים (דהיינו בין העומד לבצע את הפשע לבין זה היודע על כך) כאל כזו המשפיעה על חובתו של האחרון למנוע את הפשע של הראשון, וזאת באמצעות פרשנות תכליתית של מושג השסתום "אמצעים סבירים", המופיע **בסעיף 262**:

[...] גמישותו של המונח "אמצעים סבירים" המופיע בנוסח העבירה, מאפשרת להימנע מהרשעה בעבירה של אי מניעת פשע במקרים בהם הקשיים ביישומה של העבירה גוברים על ההצדקות להחלתה. כך למשל, ניתן לומר כי לא קיימים אמצעים סבירים למניעת פשע מבחינתו של אדם היודע שבנו עומד לבצע עבירת רכוש כלשהי מסוג פשע [...] לא קיים בסיטואציה כזו אמצעי סביר למניעת הפשע ככל האמור באותו אדם, דוגמת אביו של הזומם.

השופטת ארבל מציינת שיחסי הקרבה בין הזומם לבין המונע הפוטנציאלי (בדוגמה ההיפותטית שנתנה: בן ואביו) משפיעים על בחינתה של "סבירות" האמצעים שיש לאב למניעת הפשע של הבן, במובן זה שאין כל אמצעי "סביר" למניעת הפשע. השופטת מציינת בדוגמה ההיפותטית עבירת רכוש (לעומת עבירת אלימות, למשל), דהיינו עבירה מסוג פשע, שאינה ברף הגבוה של החומרה. מעובדה זו אפשר להבין שהיא מכוונת ל"מקבילית כוחות נורמטיבית", שבה יש איזון בין יחסי הקרבה מחד גיסא לבין חומרת הפשע מאידך גיסא: ככל שיחסי הקרבה הדוקים יותר, כך חובת מניעת הפשע תתייחס לפשעים חמורים יותר, ולהפך. במצב של שני זרים – חובה על המונע הפוטנציאלי למנוע כל עבירה מסוג פשע. במצב של יחסי קרבה הדוקים במיוחד, חובה על המונע הפוטנציאלי למנוע רק פשעים חמורים במיוחד.²²

20 ראו לדוגמה: ס' 139 לחוק הפלילי הגרמני. כאנקדוטה יש לציין שבעוד **ס' 262 לחוק העונשין** הוא שריד חקיקתי מימי המנדט הבריטי, הרי שבבריטניה עצמה בוטלה העבירה בשנת 1967. ראו גור-אריה, לעיל **ה"ש 16**, בעמ' 360.

21 ראו קרמניצר, לעיל **ה"ש 17**, בעמ' 59; גור-אריה, לעיל **ה"ש 16**, בעמ' 373–378; קלינג, לעיל **ה"ש 5**, בעמ' 415.

22 בפרשייה מאוחרת יותר ציינה השופטת ארבל: "ניסוחה של העבירה [של אי-מניעת פשע – י"ל] בחוק הישראלי הוא רחב ביותר, יש האומרים רחב יתר על המידה, ומאפשר החלטה על סיטואציות רבות. ניתנת היא להחלה גם על סיטואציות שיש מי שיסבור שאין זה מוצדק להחילה עליהן, במיוחד

אציין מייד: עמדתה הפרשנית של השופטת ארבל ביחס לפרשנות הביטוי "אמצעים סבירים" באופן משתנה, בהתאם ליחסים בין הצדדים, אינה נקייה מקשיים. בהמשך המאמר אתייחס לביקורת אפשרית על עמדה זו, ואף אציע קונסטרוקציה פרשנית חלופית, שאינה מבוססת על המילים "אמצעים סבירים", אך תוביל למסקנה דומה. ואולם, בשלב ראשוני זה אבקש לבחון את השפעתה של אמרת האגב הנ"ל על דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין, וזאת בהנחה שאמרת האגב משכנעת.

מצד אחד, אפשר להתפלא שחלף עשור מאז ניתן פסק דין **אבוסמור**, ואין כל חוקרת שהרהרה בהשפעתה של אמרת האגב הנ"ל של השופטת ארבל על דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין; מצד אחר, ולמען ההגינות, אין בכך כדי להפליא, שכן במצב המשפטי הנוכחי אין בהלכת אבוסמור כשלעצמה כדי להוביל לשינוי בדוקטרינה, זאת לאור הלכת העבירה העתידית. אם מידע על עבירה עתידית של הלכות אכן אינו חוסה תחת חובת שמירת חיסיון ואף לא תחת חובת שמירת הסודיות, כי אז אין לדבר כלל ועיקר על "מערכת יחסים מיוחדת" בין עורך דין ללקוח (בנסיבות העניין), שיש בה כדי להשפיע על "סבירות האמצעים" שיש בידי עורך הדין כדי למנוע את העבירה של לקוחו. הדבר שונה ממערכת יחסים בין הורה לצאצאו, שייחודה אינו תלוי בכללים משפטיים כלשהם.²³

כאשר מדובר בפשעים שאינם מן החמורים. כפי שצינתי בהודמנויות קודמות, לטעמי הקשיים העולים מיישומה של העבירה אינם מאיינים את ההצדקות לקיומה, אלא אך מצריכים יישום המודע לקשיים ומתחשב בהם [הפניה לעניין **אבוסמור**, לעיל **ה"ש 13**, פס' 15 – י"ל]. **כאשר בא בית המשפט לבחון האם להרשיע נאשם בעבירה של אי מניעת פשע עליו לאתר את ההצדקות להחלתה של העבירה על המקרה הנדון אל מול הקשיים המתעוררים כתוצאה מכך, ולאזן ביניהם** (ההדגשה הוספה) (**ע"פ 2617/05 דהאן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 7.1.2008)).

עמדה אחרת תהיה שהייחוד הטמון במערכת היחסים בין עורך דין ללקוח קיים בין אם נכיר בהלכת העבירה העתידית ובין אם לאו. על כן, גם אם חלה הלכת העבירה העתידית, כל שיש בה כדי לקבוע הוא שלא מוטלת על עורך דין חובת חיסיון וסודיות ביחס למידע על עבירה עתידית של לקוחו. אין להקיש מהיעדר הסודיות והחיסיון לחובת דיווח: חיסיון וסודיות לחוד, ודיווח לחוד. על פי עמדה זו נוכל אפוא להחיל את אמרת האגב של השופטת ארבל בעניין **אבוסמור**, לעיל **ה"ש 13**, (פירוש מצמצם של התיבה "אמצעים סבירים" בנסיבות של יחסי קרבה) גם כאשר מדובר בעורך דין-לקוח, וזאת חרף תחולתה של הלכת העבירה העתידית. אף שעמדה זו אפשרית מבחינה אנליטית, היא מעוררת, לדעתי, קשיים. ההבדל בין הקרבה והאמון שבין הורה לצאצא לבין הקרבה והאמון בין עורך דין ללקוח אינו רק הבדל שבמידה, אלא הבדל עקרוני ומהותי. ביחס להורה, כמעט בכל מצב תתנגש חובת הדיווח הלכאורית באינטרס הנגדי לשמר את היחסים בין ההורה לילד או למצער בחוסר הרצון להעמיד את ההורה בפני "דילמת נאמנות" כזו. בכל הנוגע למערכת היחסים בין עורך דין ללקוח המצב שונה. אם העמדה המשפטית היא שעבירות עתידיות אינן נכללות בליבה המוגנת של יחסי עורך דין-לקוח (דבר שבא לידי ביטוי בתחולתה של הלכת העבירה העתידית), אזי לא ברור מדוע אין לחייב את עורך הדין למנוע את הפשע העתידי של לקוחו, כפי שאנו דורשים – לפי ס' 262 – מכל אדם למנוע פשע עתידי של כל אדם אחר. לחלופין, אף אם נקבל את העמדה שאין בהלכת העבירה העתידית כדי למנוע את המסקנה בדבר תחולתה של הערת האגב בעניין **אבוסמור** על יחסי עורך דין-לקוח, הרי שלכל הפחות יש בטיעון בדבר היעדר תוקפה של הלכת העבירה העתידית כדי

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

עם זאת, אם נכונה הטענה, וכך אטען, שהפסיקה בדבר היעדר חסיון עורך דין-לקוח (ש"נמתחה" להיעדר חובת שמירת סודיות) ביחס לעבירה עתידית של הלקוח היא שגויה, הרי שאפשר, בשילוב אמרת האגב בפסק דין [אבוסמור](#), להביא לביטול דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין, בנוסחה דהיום. הטיעון יהיה: על פי אמרת האגב ב**אבוסמור**, כשיש יחסי קרבה בין זומם הפשע לבין מי שיש לו יכולת פוטנציאלית למונעו, חובת מניעת הפשע חלה רק ביחס לפשעים חמורים; יחסי עורך דין-לקוח הם יחסים מיוחדים, לאור יחסי האמון ביניהם, ויחסי אמון אלה אינם פוסקים גם כאשר נודע לעורך הדין שהלקוח עומד לעבור עבירה (ולראיה – החובות לשמירת החיסיון ולשמירת הסודיות חלות גם ביחס למידע זה). לצד יחסי האמון בין עורך הדין ללקוח ככלל, יש לעיתים נסיבות "מיוחדות" נוספות, כמו יחסי הקרבה בין עורך הדין הספציפי לבין הלקוח הספציפי, נסיבות חייו של הלקוח, הרקע לביצוע הצפוי של העבירה וכיו"ב. כל אלה עשויים גם הם להשפיע על האיזון הנורמטיבי הנדרש בין האינטרס הציבורי במניעת פשיעה לבין שיקולי-נגד, שיפורטו בפרק הבא, שיש בהם כדי לשכנע כנגד החובה למניעת הפשע, לפחות באשר למניעה על דרך של דיווח למשטרה. מאיזונים אלה עולה, כך אטען, שככלל עורך הדין מחויב למנוע רק פשע חמור של לקוחו, לפחות ככל שחובת המניעה מתייחסת לדיווח למשטרה. באשר לאמצעי מניעה אחרים (לדוגמה: אזהרת צד שלישי), ייתכן שהאיזון יהיה שונה, לפי נסיבות המקרה. מניעת הפשע על דרך של ניסיון להניא את הלקוח מביצועו קיימת כמעט תמיד, שכן אין בה כדי לפגוע בחובות הסודיות והחיסיון של עורך הדין כלפי הלקוח, ואין בה כדי לפגוע באינטרס של תקשורת חופשית בין השניים.

ג. הערכים העומדים בבסיס ההוראות המתנגשות

הרציונל העומד ביסוד החובה למנוע פשע ברור: מניעת הפגיעה אשר עבירות מסוג פשע גורמות לפרטים אחרים או לחברה כולה. אנו כחברה הגדרנו התנהגויות מסוימות כאסורות, לאור הפגיעה שלהן בערכים חשובים בעינינו, ומכאן שמניעת התנהגויות אלה היא דבר רצוי לכאורה. גורמי אכיפת החוק הם האמונים העיקריים על מניעת התנהגות עבריינית, אך אין הם יכולים להיות בכל מקום ובכל זמן. לאור כך, הרציונל העומד בבסיס [סעיף 262](#) הוא סיוע מצד אזרחים ואזרחיות לגורמי אכיפת החוק, באופן לא ממוסד,

לחוק את הטיעון בדבר תחולת הערת האגב על מערכת יחסים זו. לבסוף, בהמשך המאמר (בפרק ו') אציע קונסטרוקציה משפטית חלופית לאמרת האגב בעניין [אבוסמור](#). שתוביל גם היא לתמיכה בהחלת חובת הדיווח של עורך דין רק ביחס לפשעים חמורים של לקוחו. קונסטרוקציה משפטית חלופית זו – איזון בין חובות סטטוטוריות נוגדות – תלויה בהכרח בביטולה של הלכת העבירה העתידית, זאת לאור העובדה שאם לא נכיר בביטולה של ההלכה, לא נוכל לאתר חובה המוטלת על עורך הדין כנגד חובת מניעת הפשע לפי [ס' 262](#), ואשר בינן יש לאזן.

בנסיבות שבהן הדבר אפשרי ותוך הסתכנות מינימלית מצידם (לדוגמה, על דרך של פנייה טלפונית למשטרה). אפשר לטעון, ואדון בכך ביתר הרחבה בהמשך המאמר, שלאור העובדה שעורכי דין הם נציגים של עולם המשפט, ויש להם חובה מוגברת לשמירה על החוק (שכוללת חובת נאמנות כלפי בית המשפט, כ-Officers of the Court),²⁴ הרי שהרציונל של מניעת פשעים, באמצעים פשוטים כמו דיווח למשטרה, חל ביחס אליהם ביתר שאת.

עם זאת, כאשר מתקיימים יחסי קרבה בין מי שעומד לעבור פשע לבין מי שביכולתו למנוע את הפשע (על ידי פנייה למשטרה),²⁵ עולה קושי מוסרי (נוסף על הקושי שקיים, לדידו של השופט כהן,²⁶ ביחס לעצם דרישת ה"הלשנה", גם בין זרים). מחד גיסא, הרציונל של מניעת הפשע עומד בעינו: מאן דהוא עלול להיפגע מהפשע, וראוי לדרוש ממנו שיכול למנוע פגיעה זו, תוך סיכון מינימלי מצידו, לעשות כן. מאידך גיסא, פעולת הדיווח עלולה לפגוע ביחסי החברות, המשפחתיות או האמון בין הקרובים. בהמשך המאמר אטען שגם היחסים בין עורך דין לבין לקוח הם בבחינת "יחסי קרבה" שמצדיקים תשומת לב אתית ומשפטית מיוחדת.

שתי הבחנות מתורת המוסר ראויות לאזכור כאן. ראשית, ההבחנה בין ערכים מוסריים שהם all regarding לבין ערכים שהם other regarding;²⁷ ושנית, ההבחנה בין תורת מוסר אשר שמה את הדגש על חיובים מוסריים, לבין תורת מוסר אשר שמה את הדגש על מידות טובות (virtues).

ביחס להבחנה הראשונה, אציין שלצד המרכזיות של ערכי מוסר (כמו צדק), המבוססים על ראייה רחבה של החברה בכללותה ועל הזכאויות (deserts) של פרטים בחברה, להבדיל מהצרכים (needs) שלהם (דהיינו ערכים שהם all regarding), יש חשיבות לכלול בכל תורת מוסר גם ערכים (כגון טוב לב) שמהותם היא מתן יחס "מיוחד" לאדם או סוגי בני אדם ספציפיים, נוכח מערכות יחסים מיוחדות (דהיינו, ערכים שהם other

24 ראו 1 ס' לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, הקובע כי הלשכה "תפעל למען הגנה על שלטון החוק, זכויות האדם וערכי היסוד של מדינת ישראל". כן ראו ההקדמה ל-MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT (AM. BAR ASS'N, Discussion Draft 1983), הקובעת כי עורך דין הוא "Officer of the court and a public citizen having special responsibility for the equality of justice". עוד ראו לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובת אמון בדין הישראלי 245, 250-247 (רות פלאטו-שנער ויהושוע שגב עורכים, 2016) (להלן: זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין").

25 בהמשך אדון באפשרויות אחרות למניעת הפשע, שאינן מעוררות בהכרח את אותו הקושי (לדוגמה: ניסיון להניא את הזומם מביצוע הפשע).

26 ראו לעיל ה"ש 14.

27 ערכתי הבחנה זו עת דנתי בהבדלים בין "צדק" לבין "טוב לב", במאמרי Yuval Livnat, *Benevolence and Justice*, 37 J. VALUE INQUIRY 507 (2003).

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

(regarding).²⁸ הערכים מן הסוג השני הם בדרך כלל הערכים שיש בהם משום התייחסות עמוקה ואישית לבני אדם:

Whereas justice as fairness involves seeing others thinly, as worthy of respect purely by virtue of common humanity, morally good caring requires seeing others thickly, as construed by their particular human face, their particular psychological and social self. It also involves taking seriously, or at least being moved by, one's particular connection to the other.²⁹

ההבחנה השנייה קשורה לזו הראשונה בכך שגם היא נסובה על הדגשת מאפייניהם הפרטיקולריים של הסובייקטים המוסריים, והפעם לא רק כהבחנה בין סוגים שונים של ערכים, אלא כתפיסת עולם מוסרית כוללת. מקובל לטעון שהעיסוק הפילוסופי המודרני מתמקד כמעט באופן מוחלט בשאלת החיוב המוסרי: מה "יותר" ומה "אסור" לעשות מבחינה מוסרית; כך הן לפי התועלתנות והן לפי הקאנטיאניזם, שתי תורות המוסר המרכזיות בתקופה המודרנית. במאמר פורץ דרך משנת 1958 יצאה הפילוסופית אליזבת אנסקומב (Anscombe) במתקפה חריפה כנגד שתי האסכולות הללו גם יחד.³⁰ שתיהן, היא טענה, מבססות את המוסר על מושגים לגליסטיים של "חיוב", אך אין זה הגיוני לדבר על "חיוב" לגליסטי ללא מחוקק. כיום, כאשר רבים מאיתנו אינם מאמינים עוד בקיומו של אלוהים, הדרך היחידה שלנו למצוא בסיס למוסר, גרסה אנסקומב, היא באמצעות רעיון המידה הטובה, כשזה נתפס באופן בלתי תלוי במושג ה"חיוב", כחלק משגשוג אנושי (human flourishing). על מנת להבין את רעיון המידה הטובה, הוסיפה אנסקומב, עלינו לחדול מעיסוק פילוסופי ולהפנות את כוחותינו לעיסוק פסיכולוגי.

מאמרה של אנסקומב עורר סערה בעולם האקדמיה הפילוסופי, ואף כי קריאתה לחדול בעיסוק הפילוסופי לא נענתה, אנסקומב הצליחה לעורר תנועה שלמה אשר החלה

28 ראו, לדוגמה, GEORGE P. FLETCHER, LOYALTY 7 (1993): "Generalizing from friendship to all relationships of loyalty, we perceive the role of two terms that mark off these moral commitments from others: First, the question of loyalty does not arise in the abstract but only in the context of a particular *relationship*. Further, by definition, these ties generate *partialities* in loyalties, loves and hates, dispositions to trust and distrust. In the realm of loyalty, inequalities reigns: Outsiders cannot claim equal treatment with those who are the objects of loyal attachment"

29 Owen Flanagan & Kathryn Jackson, *Justice, Care, and Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited*, 97 ETHICS 622, 623 (1987)

30 G.E.M. Anscombe, *Modern Moral Philosophy*, 33 PHILOSOPHY 1 (1958)

מבקרת את תורות המוסר המודרניות וקוראת להחייאה מחדש של תורת המוסר של אריסטו.³¹ אסכולה זו קיבלה את השם Virtue Ethics (תורת המידות הטובות).³² האתיקנים של המידות הטובות טוענים שהפילוסופיה המודרנית הזניחה לחלוטין שאלות מרכזיות לכל תורת מוסר ראויה לשמה, כמו אישיות (character) ותכונות אופי. הן התורה התועלתנית והן התורה הקאנטיאנית, טוענים האתיקנים של המידות הטובות, מתיימרות לצייד את הפרטים בסדרה של כללים שיעזרו להם לקבל הכרעות מוסריות נקודתיות, באופן המנותק לחלוטין מהאישיות או מהביוגרפיה של כל אחד ואחת מהם, משל היו כולם סובייקטים חסרי פנים. האתיקנים של המידות הטובות קוראים, על כן, למקד את תשומת הלב באישיות בעלת המידות הטובות (virtuous character) ובמידות הטובות עצמן. מטרתם לקדם תורת מוסר המתמקדת בכני אדם, בחייהם ובאופיים, בשונה מתורת מוסר המתמקדת בפעולות נקודתיות כאלה או אחרות (אמירת שקר, מתן נדבה, ביצוע הפלה, תרומת כליה לקרוב משפחה, ניתוק קרוב חולה ממכשירי החייאה וכו'). הדגש המרכזי צריך להיות במידות הטובות (כגון נדיבות, אומץ לב, כנות, נאמנות, נועם הליכות וחברות) ובאופן שבו אנו יכולים לטפח אותן. כאשר מדובר על אב ובנו, אם להשתמש בדוגמה של השופטת ארבל, הרי שאל מול הערך ה"מופשט", ה"all regarding" במובהק, של מניעת הפשע על ידי האב, מתוך רצון להגן על הצד השלישי תם הלב (יהא אשר יהא), עומד גם הערך הקונקרטי, ה"other regarding" במובהק של הגנה על הבן מפני טיפול משטרתי שעלול להיות קשה, והליכים משפטיים העלולים להשפיע באופן שלילי על המשך חייו של הבן. לצד תורת מוסר של

31 Greg Pence, *Virtue Theory*, in *A COMPANION TO ETHICS* 249, 251 (Peter Singer ed., 1991) הפילוסופים היוונים שאלו שאלות רחבות היקף: כיצד עליי לחיות את חיי? איזה סוג חיים יגרום לי למימוש עצמי או לשגשוג כבן אדם? הדגש הושם בחיים מוסריים ככלל, אשר פירושה חיים בעלי משמעות. נהוג לומר שהפילוסופים היווניים עסקו באתיקה: בשאלת החיים הטובים, אשר המוסר הוא רק רכיב אחד (אם כי חשוב) בהם, והוא משתלב בחייו של הסובייקט ככלל, יחד עם מידות טובות א-מוסריות, כמו המקצוע שבו הוא בוחר לעסוק, חיי המשפחה שלו, חיי החברה שלו, החיים הפוליטיים וכיוצא בזה. המטרה היא להגיע למצב של שגשוג כבן אדם, באופן כולל. לעומת זאת, "תורת מוסר", כל עניינה הוא בהכרעות מוסריות נקודתיות, ולא דווקא כחלק מחיים של שגשוג.

32 William Frankena, *The Ethics of Love Conceived as an Ethics of* 1 (1973); Michael Stocker, *The Schizophrenia of Modern Ethical Theories*, 73 J. PHIL. 453 (1976); John MacDowell, *Virtue and Reason*, 62 MONIST 331 (1979); Harold Alderman, *By Virtue of a Virtue*, 36 REV. METAPHYSICS 36 (1982); Marcia Baron, *Varieties of Ethics of Virtue*, 22 AM. PHIL. Q. 22 (1985); J. Kupperman, *Character and Ethical Theory*, 13 MIDWEST STUD. PHIL. 115 (1988); IRIS MURDOCH, *THE SOVEREIGNTY OF GOOD* (1985); PHILIPPA FOOT, *VIRTUES AND VICES AND OTHER ESSAYS IN MORAL PHILOSOPHY* (1978); GILBERT C. MEILAENDER, *THE THEORY AND PRACTICE OF VIRTUE* (1984); YVES R. SIMON, *THE DEFINITION OF MORAL VIRTUE* (1986); MICHAEL SLOTE, *FROM MORALITY TO VIRTUE* (1992); ROSALIND HURSTHOUSE, *ON VIRTUE ETHICS* (1999).

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

חיובים, המורה על "מניעת פשע", קיימת גם תורת מוסר שמכירה, נוסף על כך, בתכונות של נאמנות ויחס אבהי ובקשר המיוחד שבין אב לבנו. תורת מוסר זו אינה מתייחסת אל השאלה המופשטת, אם ראוי לדרוש מאדם כלשהו למנוע פשע כלשהו בנקודת זמן אקראית כלשהי. תחת זאת, היא מתייחסת למערכת היחסים בין הפרטים, להיסטוריה המשותפת שלהם (למשל, העובדה שמדובר באב שגידל את בנו במסירות ובאהבה שנים ארוכות) ולמשמעות שתהא למעשה המסוים (הדיווח למשטרה) על מערכת היחסים בין השניים ועל חייהם הנמשכים של כל אחד מהם. ראוי לציין עוד שגם אם נסבור שאין במערכת היחסים הייחודית הזו כדי לשנות מן החיוב המוסרי שמוטל על האב בנסיבות העניין, הרי שעשוי להיות בה כדי להצדיק אי-הפללה ואי-ענישה בנסיבות אלה. אחרי הכול, לא כל חיוב מוסרי מתורגם לאיסור פלילי, ובמצבים שבהם החיוב קשה לביצוע – למשל, נוכח הנטייה האוטנטית של הורה לגונן על צאצאו – מערכת המשפט יכולה בהחלט לבחור באי-הפללה.

יחסי עורך דין-לקוח אומנם אינם, בדרך-כלל, יחסים אינטימיים כמו יחסי הורה-ילד, אך גם הם מבוססים על יחסי אמון ונאמנות, ונאמנות היא מידה טובה שראוי שחברות תקדמנה. אכן, הרציונל העומד בבסיס ההגנה של חובות הסודיות והחיסיון של עורך הדין ביחס ללקוחו הוא זה של עידוד תקשורת חופשית, כנה ופתוחה בין הלקוח לבין עורך דינו וביסוס יחסי האמון ביניהם.³³ זהו תנאי למתן שירותי עריכת דין מיטביים.³⁴ יש הטוענים שלצד חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח יש חשיבות ויתרון גם בהפגנת אמפתיה מצד עורך הדין כלפי לקוחו.³⁵ כך או כך, העמדה המקובלת היא שעורך דין רשאי להביא בחשבון את האינטרסים הפרטיקולריים של לקוחו ולתת להם משקל מכריע, ממש כפי שאדם רשאי לתת משקל מכריע לאינטרסים של חברו.³⁶ הדברים מקבלים

33 ראו לדוגמה: [ע"ע 5160/04 אשר נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בירושלים](#), פ"ד נט(6) 233, 236 (2005); [רע"פ 751/15 אברגיל נ' מדינת ישראל](#), פס' 23 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנוב, 9.12.2015); זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 81–85; אסף הרדוף ["חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חסיון עורך דין וירטואלי"](#) [משפט ועסקים](#) יט 305, 311–313 (2015). בית המשפט העליון אף קשר בין הזכות של הלקוח לסודיות ולחיסיון לבין הזכות לייצוג, שהינה "זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו, וכן את זכותו להליך הוגן" ["בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים](#), פ"ד נח(2) 746, 761 (2004), זכות אשר "דרושה לו לאדם על מנת להבטיח את מכלול הזכויות האחרות" (שם, בעמ' 764).

34 ראו [ע"א 327/68 זינגר נ' ביינון](#), פ"ד כב(2) 602, 604 (1968). כן ראו "חקירת עורכי-דין" [הנחיות היועץ המשפטי לממשלה](#) 4.2202 (התשס"ז). www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/42202.pdf.

35 ראו לדוגמה שמואל בכר ["אמפתיה ואושר: עיון מחודש ביעדי החינוך המשפטי-קליני"](#) [המשפט](#) יז 17 (2012); יובל לבנת ["פרדה מלקוח: המקרה של סיום מאולץ של יחסי הייצוג בתחום עריכת הדין החברתית"](#) [המשפט](#) כ 171 (2014).

36 Charles Fried, *The Lawyer as a Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L.J. 1060, 1071 (1976).

משנה תוקף עת עוסקים אנו בעריכת הדין החברתית.³⁷ החשיבות נובעת הן מהעובדה שבמסגרת עריכת דין זו נוצרים לא אחת יחסי קרבה מיוחדים בין עורך הדין לבין הלקוח³⁸ והן מכך שעורכי דין חברתיים מייצגים לא אחת לקוחות מוחלשים, שרבים מהם נחלו אכזבות מגורמים בעלי סמכות ומה"מערכת" (לרבות עורכי דין קודמים שטיפלו בענייניהם).³⁹ הם מפתחים, במהלך השנים, חשדנות רבה כלפי אנשים, לרבות כאלה שמתיימרים לסייע להם, וכלפי מוסדות חברתיים, לרבות המשפט.⁴⁰ כאשר עורך הדין, שמציג את עצמו כמי שבא לסייע ללקוח, משתמש במידע שהלקוח מסר לו לצורך העברתו למשטרה, הדבר עלול לגרום לתחושת הטעיה, הערמה ואולי אף בגידה אצל אנשים שרמת האמון שלהם באחרים נמוכה מלכתחילה (ובכך אף עלולה להיגרם פגיעה עקיפה באינטרס הציבורי של טיפוח תחושת שייכות של פרטים לחברה שבה הם חיים).

אין בפסקאות האחרונות כדי ללמד שלדעתי אין מקום להטיל חובת מניעת פשע כלשהי כאשר יש יחסי קרבה בין הזומם לבין המונע הפוטנציאלי, או שיש לפטור כליל עורכי דין ("מסורתיים" או "חברתיים") מחובה זו ביחס ללקוחותיהם. ואולם, יש בהן כדי ללמד על המתח בין הערך הראוי (ככלל) של מניעת עבריינות, ומניעת פגיעה בצדדים שלישיים, לבין הערכים החשובים של קרבה, אמון ונאמנות, העולים כאשר מדובר ביחסי עורך-דין-לקוח. מתעורר אפוא צורך לאזן בין הערכים העומדים בבסיס הכללים המשפטיים השונים. המתח האמור ממשיך להתקיים, ולאמיתו של דבר הופך להיות מורכב עוד יותר, כפי שאראה בהמשך המאמר, עת מוסיפים אנו למערך השיקולים את האחריות המיוחדת שיש לעורכי דין לקידום שלטון החוק (ולמניעת עבריינות כחלק מכך).

37 עורכי דין חברתיים (או עורכי דין לשינוי חברתי, וכינויים דומים) פועלים מתוך מוטיבציה אידאולוגית (לעומת מתוך מוטיבציה כספית בלבד), והם מנסים לקדם, באמצעות הייצוג המשפטי שלהם, מטרות חברתיות-פוליטיות רחבות, לרבות שינויי עומק בהסדרים המשפטיים ההגמוניים. לכתובה על עריכת דין חברתית בעברית ראו, למשל: נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" מעשי משפט א 19 (2008); יואב דותן "עורך-הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיווידואלי: התבוננות אמפירית ראשונית בשאלת ההצלחה היחסית של עורכי-דין ציבוריים בבית-המשפט" עיוני משפט כג 697 (2000).

38 לפירוט ראו לבנת, לעיל ה"ש 35.

39 ראו לדוגמה: אביעד הכהן "נישט פון אונזערע' (לא משלנו)" מעשי משפט ג 123, 127 (2010). ממחקר איכותני שנערך על בסיס ראיונות עם לקוחות מעוטי יכולת של עורכי דין המועסקים בלשכות הסיוע המשפטי בארצות הברית, עולה שלקוחות אלה דיווחו על קשר ייחודי עם עורכי הדין החברתיים הללו, שלא תאם את הדימוי שהיה להם בנוגע לעורכי דין, ואף לא ניסיונות עבר שלהם או של מכריהם עם עורכי דין. ראו: Corey S. Shdaimah, *Not What They Expected: Legal Services*, in *THE CULTURAL LIVES OF CAUSE LAWYERS in the Eyes of Legal Services Clients*, in THE CULTURAL LIVES OF CAUSE LAWYERS 359, 375–380 (Austin Sarat & Stuart Scheingold eds., 2008).

40 ראו יובל אלבשן זרים במשפט 64–65 (2005); נייר עמדה מיום 20.8.2011 שהוגש על ידי עמותת "ידיד" לוועדת טרכטנברג לבדיקת הנושא החברתי-כלכלי 3 ("חוסר אמון במערכת הציבורית"), עותק בידי המחבר.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

דיני העונשין (בכל הנוגע לחובה למנוע פשע), דיני האתיקה המקצועית (בכל הנוגע לחסיון עורך דין-לקוח ולסודיות מצד אחד, ולהיותו של עורך הדין "סוכן שלטון החוק" מצד אחר) ודיני הראיות (בכל הנוגע לחיסיון) הם אכן מטריות משפטיות שונות; ואולם, כאשר כללים משפטיים דורשים מן הפרט לעשות (לכאורה) דבר והיפוכו, יש מקום ליישב בין הדרישות הסותרות, תהיינה אשר תהיינה המטריות הפורמליות שמתוכן נבעו. זהו המצב בסיטואציה שבה עורך דין נחשף למידע על פשע עתידי שלקוחו עומד לבצע. כלל 19 לכללי האתיקה של עורכי הדין (להלן: [כלל 19](#))⁴¹ מורה לו: אל תספר על כך לאיש. [סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין](#) (להלן: [סעיף 90](#))⁴² ו[סעיף 48 לפקודת הראיות](#) (להלן: [סעיף 48](#))⁴³ ממשיכים ומורים לו: אפילו לא לבית המשפט! [סעיף 262](#) מורה לו, לעומת זאת: מנע את הפשע בכל אמצעי סביר, לרבות על דרך של דיווח למשטרה, וייתכן שאף מעמדו של עורך הדין כ"סוכן שלטון החוק" מחייב אותו למנוע פשעים עתידיים כאמור. אם כן, חלק מהכללים החלים עליו מורים לו לכאורה לשתוק, וחלק מהכללים דורשים ממנו לכאורה לדבר. מה יעשה עורך הדין בנסיבות אלה?

עמדתי היא שבנסיבות אלה יש ליישב בין ההוראות הסותרות, כך שככלל יידרש עורך הדין למנוע את הפשע (לפחות ככל שמדובר במניעה על דרך של דיווח למשטרה) כאשר יש לו מידע על פשע **חמור** שלקוחו עומד לבצע. לעומת זאת, כאשר הפשע אינו חמור – אסור (ככלל, ובכפוף לחריגים שיפורטו להלן) לעורך הדין לדווח על כך לרשויות,⁴⁴ אף כי ייתכן שיהיה עליו לנסות למנוע את הפשע באמצעים אחרים.

עמדתי זו מושפעת מהגישה ההקשרית (contextual view) של ויליאם סיימון (William Simon) לאתיקה של עורכי דין.⁴⁵ ראשית, סיימון גורס שכללי האתיקה של עורכי הדין צריכים לחזק עקרונות מופשטים של צדק. הגישה שאני מבקש להציג במאמר זה אכן מבקשת להשתמש בכלל השיקולים הערכיים הרלוונטיים כדי לקדם עקרונות של

41 כלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 קובע: "עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו, זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת; הוראה זו אינה חלה על גילוי בהליך משפטי, חקירה או חיפוש שאינו חסוי על פי [סעיף 90 לחוק](#) [לשכת עורכי הדין]".

42 [ס' 90 לחוק לשכת עורכי דין](#) קובע: "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם".

43 [ס' 48\(א\) לפקודת הראיות](#) [נוסח חדש], התשל"א-1971 קובע: "דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החסיון; והוא הדין בעובד של עורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין".

44 אינני עוסק בהסדרים נורמטיביים, שאין אפשרות לבססם בדין הסטוטורי הקיים (כמו, למשל, נורמה שלפיה במקרה של פשע חמור יהיה עורך הדין רשאי, אך לא חייב, לדווח למשטרה). ראו להלן ה"ש 119 והטקסט הנלווה לה.

45 WILLIAM H. SIMON, THE PRACTICE OF JUSTICE: A THEORY OF LAWYERS' ETHICS (2009)

צדק באופן רחב, אגב התייחסות לכל הגורמים שיושפעו מהתנהלותו של עורך הדין. לפי הגישה המסורתית שתוארה לעיל, עורך דין מחויב למנוע פשע של לקוחו לפי אותם קריטריונים של אדם מן היישוב, דהיינו בכל מקרה שבו העבירה עוברת את הרף המינימלי של שלוש שנות מאסר. לעומת זאת, אני מבקש לבחון את כל שיקולי הצדק הרלוונטיים לעניין, לרבות תפקידו הייחודי של עורך הדין במערך שלטון החוק וכלפי צדדים שלישיים מחד גיסא, ומערכת היחסים הייחודית בין עורך דין לבין לקוח מאידך גיסא. שנית, סיימון קורא להחלה הקשרית של כללי האתיקה המקצועיים, והותרת מתחם של שיקול דעת אתי לעורכי דין, בוודאי במקרים קשים. באופן דומה, אני סבור שנסיונות המקרה הקונקרטי רלוונטיות ביותר להכרעה כיצד על עורך דין לנהוג כשהוא צופה שלקוחו עומד לבצע פשע. פרט לשיקול של חומרת הפשע הצפוי, אני סבור – כפי שאפרט בפרק 7 – שיש מקום לשיקול שיקולים נוספים, כגון: טיב מערכת היחסים בין עורך הדין הספציפי לבין הלקוח הספציפי (האם נוצרו יחסי אמון או יחסי קרבה מיוחדים, מעבר לאלה שמאפיינים יחסי עורך דין-לקוח רגילים?⁴⁶); נסיבות חייו של הלקוח הספציפי (האם – אפילו בהנחה שיבצע את הפשע – יהיה עניין לציבור בהעמדתו לדין, נוכח נסיבות חייו הקשות, למשל?); האם יהיה צד שלישי שייפגע מהפשע במישרין, או שמא מדובר ב־ victimless crime ובפגיעה עקיפה ושולית באינטרס הציבורי? ועוד. כמו כן יהיה מקום לדון בסוג האמצעי הראוי למניעת הפשע גם כן באופן הקשרי, לפי נסיבות העניין. כך למשל, במקרים שבהם אפשר למנוע את הפשע העתידי באמצעי שאינו דיווח למשטרה, אמצעי שימעיט את תחושת ה"בגידה" אצל הלקוח, ייתכן בהחלט שיהא על עורך הדין לנקוט אותו, אפילו אין מדובר ב"פשע חמור" (כפי שאגדירו להלן). בה בעת, גם במקרה של פשע עתידי "חמור" יהיה על עורך הדין לשיקול את האמצעי ההולם, שמצד אחד ימנע את הפשע באופן אפקטיבי, ומצד אחר יפגע באופן מזערי במערכת היחסים הייחודית שלו עם הלקוח (על פי עקרונות המידתיות המוכרים במשפט הישראלי).

הגמישות ושיקול הדעת האתיים שיינתנו לעורך הדין לא יהיו מוחלטים, גם לפי הגישה שאני מציע. הדבר נעוץ בעובדה שגם פרשנות לא פורמליסטית של הדין, דוגמת הפרשנות התכליתית, חייבת להיות נטועה במילות החוק עצמו (והעובדה [ססעיף 262](#), שחל גם על עורכי דין, דורש מניעת פשע, לעומת הדין האמריקאי, למשל, המעניק לעורכי דין שיקול דעת אם לפעול למניעת פשע עתידי של לקוח⁴⁷). עם זאת, וחרף מגבלה זו (שיש בה גם יתרון מבחינת הוודאות המשפטית), גישתי מתייחסת באופן מעמיק יותר למורכבות השיקולים העומדים על הפרק, ומעניקה לעורך הדין מרחב תמרון אתי רב יותר מזה שנתון לו, נכון להיום, על פי דוקטרינת הלכת העבירה העתידית ודוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין. דוקטרינות אלה, והביקורת שלי עליהן, יוצגו כעת.

46 כפי שמציין סיימון בצדק (שם, בעמ' 19), המודל של "עורך הדין כחבר" אינו הולם נסיבות שונות של ייצוג משפטי. כך, למשל, במקרה של ייצוג תאגיד.
47 ראו להלן ה"ש 119.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

ד. חובת שמירת החיסיון והסודיות המוטלת על עורך הדין, וביקורת על הלכת העבירה העתידית

בית המשפט העליון פסק שתקשורת שבמסגרתה מסר לקוח לעורך דינו שבכוונתו לבצע פשע, ואף התייעץ איתו בנושא, אין לה "קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח" במשמעות [סעיף 48 לפקודת הראיות וסעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין](#), ומכאן שאין מדובר במידע שחל ביחס אליו חסיון עורך דין-לקוח. פסיקה זו היא העומדת בבסיסה של הלכת העבירה העתידית.

בפרק זה אטען, ראשית, שאפשר היה להגיע בכל אחד משלושת פסקי הדין המרכזיים, שקבעו שמידע על עבירה עתידית אינו חוסה תחת חסיון עורך דין-לקוח, לאותה התוצאה, גם ללא הלכה גורפת, שלפיה תקשורת בין עורך הדין ללקוח על אודות עבירה עתידית שבכוונת הלקוח לבצע לעולם אינה חוסה תחת חסיון עורך דין-לקוח.

שנית, אטען שההלכה הגורפת הנזכרת לעיל מוטעית. אטען שיש מקרים שבהם ההתייעצות בדבר העבירה העתידית, או המידע שמסר הלקוח לעורך דינו בדבר העבירה העתידית, יש להם "קשר ענייני" לשירות המקצועי של עורך הדין, במשמעות [סעיף 48 וסעיף 90](#).

שלישית, אטען שאף אם צדק בית המשפט העליון בפסיקתו הנזכרת לעיל, אין הפסיקה מתייחסת כלל וכלל לתחולה של חובת הסודיות (להבדיל מחובת החיסיון) של עורך הדין על המידע שנמסר לו. חובה זו, המעוגנת בכלל [19](#) לכללי האתיקה, רחבה יותר מחובת החיסיון, הן באשר לסוג המידע שחוסה תחתיה, והן בכך שהיא אינה חלה רק על חשיפת מידע במסגרת חקירה משטרתית או עדות בבית המשפט. אם כן, אף אם צדק בית המשפט בקביעתו שאין תחולה לחסיון עורך דין-לקוח ביחס למידע בנוגע עבירה עתידית של הלקוח, היה מקום לדון בחובה של שמירת הסודיות ביחס למידע זה לפני שמלומדי משפט בישרו על גיבושה של דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין בישראל. אמשיך ואטען שאף אם חלה חובת הסודיות בלבד, די בכך כדי להוביל לפרשנות המוצעת במאמרי ביחס לחובת הדיווח המוגבלת של עורך דין ביחס לפשע עתידי של לקוחו.

1. פסיקת בית המשפט העליון

שלושה הם פסקי הדין המרכזיים הדנים בשאלה של חסיון עורך דין-לקוח ביחס למידע שעוסק בעבירה עתידית של הלקוח: פסק דין [אבחוצירא](#),⁴⁸ פסק דין [פלוני](#)⁴⁹ ופסק דין [פלונית](#).⁵⁰

48 [ע"פ 670/80 אבחוצירא נ' מדינת ישראל](#), פ"ד לה (3) 681 (1981).

49 [עחה"ס 1/81 מדינת ישראל נ' פלוני](#), פ"ד לו (1) 614 (1981).

50 [על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין](#), פ"ד מא (4) 770 (1987).

אבוהצירא הורשע בעבירות של בידוי ראיות, שימוש במסמך מזויף והדחה בעדות. בית המשפט המחוזי קבע כי הוא הכניס לתיק המוצגים, במשפט פלילי קודם שהתנהל נגדו, מסמך מזויף, וכי שידל (ללא הצלחה) אנשים – ביניהם המתמחה של עורך הדין שייצג אותו בהליך – שיעידו עדות שקר ביחס לאותו מסמך. הרשעתו של אבוהצירא בהליך הפלילי השני, מושא הערעור לבית המשפט העליון, נשענה, בין השאר, על עדותו של המתמחה. במסגרת הערעור, טען אבוהצירא שעדותו של המתמחה לא הייתה קבילה, בהיותה חסויה מכוח [סעיף 48 וסעיף 90](#). השופט בייסקי דחה את הטענה במילים הבאות:

הדברים, להם התייחסה עדותו של גולן [המתמחה – י"ל] [...] לא רק ששום קשר ענייני אין להם לשירות מקצועי שנותן עורך-דין – אלא הם נוגדים אותו ניגוד חמור. הדברים נסבו על הפצת מסמך מזויף, בידוי ראיה והדחה בעדות, כשהמערער מנסה להפוך את גולן לשותפו בעבירות [...] זהו תחום פלילי-עברייני גרידא, המצוי הרחק מזה שהתכוון המחוקק להגן עליו בדרך של חיסיון בין הלקוח לבין עורך הדין ועובדיו.⁵¹

חודשים ספורים לאחר מכן ניתן פסק הדין בפרשת [פלונני](#). מדובר בערעור על החלטת בית המשפט המחוזי לפי [חוק האזנת סתר](#), שבה נדחתה בקשת המשטרה להאזין לשיחות שקיים עורך דין עם לקוחו, וזאת נוכח הוראה בחוק (שסויגה בתיקון חקיקה מאוחר יותר) לפיה "חוק זה אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שעדות עליה חסויה לפי [סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות](#)". הערעור נדחה, חרף טענת המשטרה שעורך הדין קשר קשר עם לקוחו לקדם פעילות פלילית. הנשיא לנדוי כתב, תוך הפניה לעניין [אבוהצירא](#): "אכן, לא כל שיחה בין עורך-דין ללקוחו חסויה בגדר [סעיף 48 לפקודת הראיות](#): שיחות כמו אלה, העלולות, לטענת המשטרה, להתנהל בין עורך הדין נשוא הבקשה הנדונה ללקוחותיו, לשם ייעוץ לביצוע עבירות פליליות או לשם השתתפות בהן בצורות אחרות, אינן חסויות כלל".⁵² ואולם, נוכח היעדר היכולת המעשית להפריד בין הקלטת החלק החסוי בשיחה לחלק הלא חסוי בה נדחה, כאמור, הערעור.

עניין [פלונני](#), שהוא המצוטט ביותר מבין פסקי הדין שעוסקים בהלכת העבירה העתידית, עסק בעורכת דין שייצגה בעל קרקע בעסקת מכר מקרקעין, שהסתבכה לכדי מחלוקת משפטית בינו לבין הרוכש. בהסכם שכר הטרחה שלה נקבע שכר טרחתה יחושב כאחוז מסוים מסכום המכירה שיקבל לקוחה בסופו של דבר מהעסקה. להפתעתה של עורכת הדין, בעודה מטפלת בשומת מס שבח מקרקעין, הגיש לקוחה לפני רשמת בית המשפט המחוזי הסכם פשרה, שנערך על ידי עורך דין אחר, ובמסגרתו הוסכם בין המוכר לבין הקונה על מכר המקרקעין בסכום נמוך בהרבה ממה שדרש הלקוח בזמן שייצגה אותו, וסיום כל ההליכים בין הצדדים. הפרקליטה יצרה קשר עם הלקוח, ואז התברר לה

51 עניין [אבוהצירא](#), לעיל [ה"ש 48](#), בעמ' 692–693.

52 עניין [פלונני](#), לעיל [ה"ש 49](#), בעמ' 615.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

שלאחר אישור ההסכם על ידי בית המשפט אמור הצד שעימו נחתם ההסכם להעביר ללקוחה סכום נוסף, כך שסך התשלום שיקבל לידי יהיה גבוה מזה שנקבע בהסכם הפשרה. כל זה נעשה במטרה להערים על שלטונות המס, ולמעשה – גם לקפח אותה מבחינת גובה שכר טרחתה. חרף דין ודברים בינה לבין לקוחה חזר וביקש הלקוח מבית המשפט לאשר את ההסכם הפשרה ולתת לו תוקף של פסק דין (באמצעות עורך הדין השני), וכך קרה.

לאחר הדברים האלה הגישה עורכת הדין תביעה כספית כנגד הלקוח, לקבלת מלוא שכר טרחתה, לפי התשלום האמיתי עבור הרכש. במסגרת אותה תביעה העידה עורכת הדין כנגד הלקוח לשעבר על דברים שאמר לה, דהיינו על כך שהוא אמר לקבל סכומים נוספים, שאינם משתקפים בהסכם. בשל זאת, היא הורשעה על ידי בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין (על שתי ערכאותיו) בגין הפרתה של חובת החיסיון הקבועה בסעיף [90](#) (אף כי ניתן להעלות ספק בדבר הרלוונטיות של חובת החיסיון בנסיבות העניין)⁵³ והפרת חובת הסודיות הקבועה בכלל [19](#) (כלל [34](#) בנוסחו דאז). היא ערערה לבית המשפט העליון, אשר זיכה אותה מכל אשמה. השופט בייסקי כתב כך:

הניתן לגרוס, כי דברים הנאמרים על ידי לקוח בקשר להגשת הסכם בדוי ולא נכון לאישורו של בית המשפט, תוך מטרה להונות את שלטונות המס, "יש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח?" הרי זה תרתי דסתרי. "שירות מקצועי" של עורך דין ללקוח הוא ההפך מזה, והוא נועד להגיש ללקוח מיטב הייעוץ, הניסוח, הביצוע וכיוצא באלה בדרכים חוקיות, בהגינות ובתום לב.⁵⁴

ובהמשך:

"שירות מקצועי" של עורך-דין יכול שיתייחס לעבירות פליליות, אך זאת, כאשר העבירה כבר בוצעה, והעברייני מבקש מעורך הדין שירות מקצועי בקשר לכך, כגון ייצוג בהליכים פליליים שנגקטו נגדו. אך מקום שהעברייני מוסר לעורך-דין על כוונתו לבצע עבירה בעתיד, והוא אף נוהג כך, כי אז

53 הואיל ועורכת הדין **תבעה** את הלקוח (ולא נתבעה על ידו) עולה שאלה אם היה מקום להתייחס, במסגרת ההליך המשמעתי, לס' [90](#), או שמא מדובר במקרה שמעורר את כלל [19](#) (כלל [34](#) בנוסחו דאז, דהיינו חובת הסודיות) בלבד. עם זאת, לאור לשונו הרחבה של ס' [90](#) (המדבר על איסור גילוי המידע "בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש"), ניתן בהחלט לטעון שחובת החיסיון חלה גם במקרה של תביעה או תלונה יזומה של עורך הדין (אולי אפילו על דרך של קל וחומר, בהשוואה לתחולת החיסיון בנסיבות של עורך דין שנתבע על ידי לקוח). כך או כך, הניתוח של השופט בייסקי – בצדק או בטעות – נסב רובו ככולו על הוראת ס' [90](#) והמילים "קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח" שכלולות בו.

54 עניין **פלונית**, לעיל [ה"ש 50](#), בעמ' 777–778.

אין הלקוח מעוניין בכל שירות מקצועי מעורך הדין, ואין זה מסוג הדברים שיש להם קשר לשירות מקצועי שניתן על-ידי עורך-דין.⁵⁵

2. תוצאות נכונות, הלכה מיותרת

כפי שאראה להלן, אף על פי שההלכה בדבר אי-תחולת החיסיון על מידע הנוגע לעבירות עתידיות של הלקוח נוסחה בשלושת פסקי הדין האמורים באופן גורף, דהיינו כקובעת שכל מידע המגיע לעורך הדין ביחס לעבירה עתידית של לקוחו אינו חוסה תחת החיסיון, וכך הוצגה גם בפסיקה מאוחרת יותר,⁵⁶ הרי שבפועל לא היה כל צורך בכך. ניתן היה להגיע לאותה הכרעה בכל אחת משלוש הפרשיות הללו מבלי לקבוע הלכה כה גורפת. פרשיית [אבוחצירא](#) עסקה במקרה שבו הלקוח לא רק חשף בפני המתמחה מידע על עבירה עתידית, אלא ביקש לערב אותו במעשה הפלילי עצמו – הצגת מסמך מזויף לבית המשפט והעדת עדות שקר בדבר נסיבות איתורו. קל לראות מדוע הניסיון לקשור עם עורך הדין קשר פלילי, או לערב את עורך הדין במעשה פלילי, אינו בבחינת דבר "שיש לו קשר ענייני לשירות המקצועי של עורך הדין". עורכי דין אינם אמורים לקדם עבירות פליליות של אחרים ובוודאי שאינם אמורים לבצע עבירות פליליות בעצמם. הדבר עומד בניגוד ל-*raison d'être* של פרופסיית עריכת הדין. למרבה הצער, כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין בישראל הם "רוזים" וחסרים הוראות מהותיות ועקרונות שעומדות בבסיס מקצוע עריכת הדין;⁵⁷ ואולם, אין כל ספק שעורך דין אינו אמור לקדם פעילות פלילית במסגרת תפקידו, ועקרון יסוד זה בא לידי ביטוי בכללי אתיקה מקצועית שהועלו על הכתב בשיטות משפט שונות⁵⁸ (ובאופן קונקרטי, כאחד מהחריגים לחובת החיסיון והסודיות).⁵⁹ לאמיתו של דבר, העיקרון בא לידי ביטוי גם בפסיקה הישראלית. כפי שכתב

55 שם, בעמ' 779.

56 [בש"פ 7064/08 מדינת ישראל נ' ברקו](#), פ"ד סג(2) 453, 493 (2009); עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 33, בעמ' 764-765; עניין אברגיל, לעיל ה"ש 33, פס' 17.

57 נטע זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" [משפט וממשל](#) 171, 129 (2003).

58 ראו לדוגמה, MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT r. 1.2(d) (Am. Bar Ass'N, Discussion Draft 1983), הקובע: "A lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent"

59 כפי שכותבת זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 118, אחד מהחריגים שהוכרו בכללי האתיקה המומלצים בארצות הברית לחובת החיסיון והסודיות, ושאותו ממליצה זר-גוטמן לאמץ גם בדין הישראלי, הוא החריג המתקיים בנסיבות בהן הלקוח ניצל את שירותי עורך הדין לשם פגיעה באדם אחר: "מקום שהלקוח ניצל את שירותי עורך הדין כדי לגרום נזק לאדם אחר רשאי עורך הדין לגלות את המידע הסודי כי למנוע, להחליש או לתקן את הנזק שנגרם לאותו אדם... חשיבותו החברתית של החריג רבה, שכן הוא בא למנוע מלקוחות לנצל לרעה את שירותי עורך הדין, והוא מאפשר לעורך דין שנוצל על ידי לקוחו לפעול לפי צו מצפוננו ולתקן את הנזק שגרם בתום לב כאשר שימש כלי שרת בידי הלקוח. הרציונל הוא שאם הלקוח מנצל לרעה את שירותי עורך הדין כדי לגרום נזק, אין הוא זכאי להגנת החיסיון והסודיות". חריג זה קרוי במשפט האמריקאי "The Crime-

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

הנשיא לנדוי בעניין **פלונני**: "שיחות [...] בין עורך הדין [...] ללקוחותיו, לשם ייעוץ לביצוע עבירות פליליות או לשם השתתפות בהן בצורות אחרות, אינן חסויות כלל". כמו כן, בעניין ליברמן⁶⁰ קבע בית המשפט המחוזי שהתייעצות עם עורך דין לשם הוצאתו אל הפועל של מעשה פלילי לא תחסה תחת חסיון עורך דין-לקוח, וזאת אפילו לא היה עורך הדין מודע למטרה הפלילית כלל ועיקר.⁶¹

יתרה מכך, בנסיבותיה של פרשת **אבוחצירא**, דהיינו נוכח קיומו של הליך משפטי תלוי ועומד והניסיון לערב את המתמחה בעדות שקר, אילו פעל המתמחה בהתאם לבקשת אבוחצירא, הייתה התנהגותו עומדת בניגוד מוחלט לחובתו הסטטוטורית של עורך דין "ל[עזור לבית המשפט לעשות משפט".⁶²

ואומנם, הרציונל שעומד בבסיסו של חסיון עורך דין-לקוח אינו מתקיים בנסיבות פרשת **אבוחצירא**. הזכות של הלקוח לסודיות ולחיסיון, והחובות המקבילות של עורך הדין ביחס ללקוח, מבוססות על יחסי אמון בין הלקוח לבין עורך הדין. אפשר לטעון שאף כי יחסי האמון באים לידי ביטוי בעיקר ב"הישענותו" של הלקוח על עורך הדין ועל הנאמנות שהאחרון חב לראשון, הרי שיש ביחסי אמון אלה גם משום ההדדיות (שאינה מגיעה לכדי סימטריה). במילים אחרות, גם עורך הדין זכאי ליהנות מיחסי האמון בינו לבין לקוחו. גם אם אין לעורך הדין זכות אתית לדרוש מלקוחו שיאמר לו "את האמת, את כל האמת, ורק את האמת" (וסבורני שראוי להשאיר שאלה זו ב"צריך עיון"), לכל הפחות יש לו זכות לצפות מלקוחו שלא יפעל לעירובו, ואולי אף לסיכוכו (של עורך הדין עצמו) במעשים פליליים. לאמיתו של דבר, תגובה הגיונית של מי שאחר ניסה לערבו בביצוע עבירה פלילית היא לפעול למניעת ביצועה של העבירה, לרבות על דרך של פנייה למשטרה, זאת לא רק מתוך הערך של מניעת עבריינות, אלא גם מתוך אינטרס עצמי של "התרחקות" מהפרשייה. כך, בפנותו מייד למשטרה יכול הפונה (כאן – עורך הדין) למזער את הסיכון שיקבל בעתיד זימון מפתיע להתייצב לחקירה במשטרה כעד (ואולי אף כחשוד), או ששמו ישורכב לפרשייה ובכך ייפגעו שמו הטוב והמוניטין שלו וכדומה.⁶³

משפעל הלקוח באופן שעלול לפגוע בעורך דינו (ומבחינה נורמטיבית, הפר את חובת האמון כלפי עורך דינו), אין הוא זכאי ליהנות מחובת האמון של עורך הדין כלפיו, לפחות לא במלוא עוזה. בנסיבות אלה נסוגה חובת האמון – שבאה לידי ביטוי, בין השאר, בחובת החיסיון ובחובת הסודיות – מפני החובה למנוע פשע, מפני החובה של עורך הדין

MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT r. 1.6(b)(2), 1.6(b)(3) (Am. Fraud Exception"; ראו Bar Ass'N, Discussion Draft 1983).

60 **ב"ש (מחוזי ת"א) 90130/08 ליברמן נ' מדינת ישראל**, פס' 11 לפרק "דיון" (פורסם בנבו, 27.3.2008).

61 פסיקה ברוח זו ניתנה גם בארצות הברית: U.S. v. Chen, 99 F.3d 1495 (9th Cir. 1996).

62 **ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין**; ראו עוד כלל **34(א)** לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית): "לא יעלה עורך דין, בין בעל פה ובין בכתב, טענה עובדתית או משפטית ביודעו שאינה נכונה".

63 זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית", לעיל **ה"ש 5**, בעמ' 119.

"לעזור לבית המשפט לעשות משפט", מפני הזכות של עורך הדין להגן על האינטרסים שלו או מפני שלוש אלה גם יחד.⁶⁴

טענות דומות ניתן להעלות גם ביחס לעניין **פלונית**. פרט לעובדה שגם באותו עניין (כמו בעניין **אבוזצירא**) דובר בלקוח אשר הטעה את בית המשפט (בהציגו הסכם פשרה פיקטיבי לאישור), הרי שדובר שם בלקוח אשר פגע באינטרס הכלכלי של עורכת הדין עצמה, בכך שניסה למנוע ממנה במרמה שכר טרחה שהגיע לה בגין הטיפול בעניינו. בנסיבות אלה, הלקוח הוא הגורם לפגיעה ביחסי האמון שבינו לבין עורך הדין, ואין הוא זכאי ליהנות מהחיסיון או מהסודיות, שמבוססים על אותם יחסי אמון. יתרה מכך, בנסיבות אלה, איסור על עורך הדין להעיד על שיחותיו עם לקוחו עלול לפגוע אנושות ביכולתו להציג את עמדתו בבית המשפט, בהליך נגד לקוחו, ובכך לפגוע בזכות הגישה שלו לערכאות ובזכותו להגן על אינטרסים שונים שלו – כמו הזכות לקניין, הזכות לשם טוב ועוד. ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין קבעה בעניין זה כי "כאשר הלקוח מעלה טענות בנושא שבמחלוקת בינו לבין פרקליטו, כמו למשל עניין שכר-טרחה, הרי שבעשותו כן הוא כאילו מוותר כלפי כולי עלמא על זכות החיסיון שהיתה קנויה לו עד לאותו זמן. שאם לא כן, לא יוכל עורך-דין להתגונן כראוי כנגד טענות שיש ללקוחו כלפיו, ולא יוכל להעלות את מלוא העובדות הרלוונטיות הידועות לו בעניין זה ואשר יש בהן כדי להשפיע על החלטה או הפסיקה באותה מחלוקת".⁶⁵ עמדה זו משתקפת גם

64 הסבר זה, שלפיו עומדת לעורך הדין הזכות "להתרחק" מהעבירה שלקוחו ניסה לערבו בה (לרבות על דרך של דיווח למשטרה על קיומה העתידי – או קיומה שהושלם – של העבירה), ככזו שגוברת על זכותו הלכאורית של הלקוח לחיסיון ולסודיות, אינה תלויה בפרשנות המילים "קשר ענייני לשירות המקצועי", שכלולות רק בסעיפים העוסקים בחיסיון (ס' 48 וס' 90) אך לא בכלל 19, העוסק בסודיות. אם כן, אפילו נאמר שיש במידע שמסר הלקוח לעורך הדין, בניסיונו לערבו בפשע, בבחינת "קשר ענייני לשירות המקצועי" של עורך הדין, חובת החיסיון (ולצידה חובת הסודיות) עדיין ייסוגו בפני האינטרסים הנוגדים, שפורטו לעיל.

65 "החובה לדווח על פשע עתידי", לעיל ה"ש 6. זר-גוטמן מכירה ב"גילוי הנדרש להגנת עורך הדין" כאחד מהחריגים לחיסיון ולשמירת הסודיות, ומציינת כי "המקרה המובהק של החריג, אשר בו גם החל החריג בישראל, נוגע לסכסוך שכר טרחה בין עורך הדין ללקוח". זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 111. ראו עוד "החלטת ועדת האתיקה של מחוז ת"א משנת 2005" עט **ואתיקה** 79 (2005) (להלן: החלטת ועדת האתיקה 2005), שבה דנה הוועדה במקרה שבו פלוני, לקוח לשעבר של עו"ד אלמוני, העיד במשפט פלילי שהתנהל כנגד שותפו העסקי של פלוני בענייני מס. במסגרת עדותו אמר פלוני כי חתם על תצהיר כלשהו, על פי הוראתו של עו"ד אלמוני "בלא שקרא והבין את משמעותו", טענה שיש בה לכאורה כדי לייחס לעו"ד אלמוני עבירה משמעותית על פי כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, אם לא יותר מכך. עו"ד אלמוני זומן כעד להעיד במסגרת אותו משפט פלילי של שותפו של פלוני, על מנת להעיד האם אכן הסביר לפלוני את תוכן התצהיר ויודא עימו שהבין את משמעותו. הוא ביקש את חוות דעתה של ועדת האתיקה בשאלה אם הוא ראוי להעיד תוך כדי הפרת החיסיון של לקוחו לשעבר. ועדת האתיקה ענתה שלאור העדות שנתן לקוחו לשעבר בבית המשפט, התשובה על כך היא בחיוב. עוד הוסיפה הוועדה וכתבה: "בנוסף, הובהר לפונה כי ועדת האתיקה הביעה בעבר את עמדתה בסוגייה זו כי שעה שעורך-דין מגן על עצמו מפני לקוח, הוא ראוי להעיד על דברים שנאמרו לו ע"י הלקוח".

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

ב-ABA Model Rules of Professional Conduct⁶⁶ וב-Restatement⁶⁷ האמריקאיים. גם בפסק הדין בעניין **פלונית** עצמו דן השופט בייסקי בטענת המערערת, שיש להכיר בזכותו של עורך הדין לחשוף דברים שהוחלפו בינו לבין לקוחו במסגרת תביעה שעניינה שכר הטרחה שמגיע לו מן הלקוח, כחריג לזכות הלקוח לחיסיון. לאחר סקירת המצב בשיטות משפט שונות, אשר הכירו בחריג זה, אומנם החליט השופט בייסקי שלא להכריע בסוגיה, אך ציין כי "לכאורה, אין מטרת החסינות להעניק ללקוח מגן להסתתר מאחוריו כדי לשלול בעזרתו את שכרו של עורך הדין או כדי למנוע מעורך הדין הגנה בסכסוך אחר שנפל בין השניים".⁶⁸ מאוחר יותר, בפרשת **אשד**,⁶⁹ קבע בית המשפט העליון, שבנסיבות מסוימות זכותו של עורך הדין להתגונן בהליכים משפטיים אכן גוברת על חובת הסודיות והחיסיון שלו כלפי הלקוח.

העובדה שפסק דין **פלונית** הפך להיות פסק הדין המרכזי בתחום של הלכת העבירה העתידית היא, לפחות במובן אחד, חסרת היגיון. אין סיבה לסבור – ובית המשפט לא אמר אחרת – שפסק הדין היה שונה אילו התקיימה השיחה בין עורכת הדין לבין לקוחה (לשעבר) **לאחר** ביצוע העבירה הפלילית (דהיינו, לאחר שכבר היה מגיש את ההסכם הפיקטיבי לאישור בית המשפט). הערך המוגן כאן היה הגנה על אינטרסים לגיטימיים של עורכת הדין, ולעניין זה אין נפקא מינה אם המידע התקבל בזמן שהעבירה הייתה עתידית או כבר בוצעה, ואף אם לא בוצעה כל עבירה כלל ועיקר. אכן, הן ה-ABA,⁷⁰ הן ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין הישראלית⁷¹ והן בית המשפט העליון⁷² אינם קושרים את

MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT r. 1.2(d)(5) (Am. Bar Ass'N, Discussion Draft 1983) 66
"קובע כך: "A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary... 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 proceeding concerning the lawyer's representation of the client"; בהערה לכלל 1.6 נכתב: "A lawyer entitled to a fee is permitted by paragraph (b)(5) to prove the services rendered in an action to collect it. This aspect of the rule expresses the principle that the beneficiary of a fiduciary relationship may not exploit it to the detriment of the fiduciary"

RESTATEMENT (3d) GOVERNING LAWYERS § 83: "The attorney-client privilege does not apply to a communication that is relevant and reasonably necessary for a lawyer to employ in a proceeding... (2) to defend the lawyer or the lawyer's association or agent against a charge that the lawyer, associate, or agent acted wrongfully during the course of representing the client" 67

עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 782. 68

עניין **אשד**, לעיל ה"ש 33. 69

MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT r. 1.2(d)(5), לעיל ה"ש 66. 70

החלטת ועדת האתיקה 2005, לעיל ה"ש 65. 71

עניין **אשד**, לעיל ה"ש 33. 72

חריג ה"מחלוקת עורך דין-לקוח" – אחד מהחריגים לחובת שמירת החיסיון והסודיות⁷³ – לשאלה אם התנהגות הלקוח הייתה פלילית, או לשאלה אם התנהגות זו היא עתידית או בבחינת עובדה מוגמרת.

לסיכום, בכל אחד משלושת פסקי הדין הללו היה אפשר להגיע להחלטה בדבר אי-תחולת החיסיון, וזאת מבלי לקבוע שכל מידע שהוא, העוסק בעבירה עתידית של הלקוח, אינו חוסה תחת חיסיון עורך דין-לקוח.

3. הלכת העבירה העתידית: הרחבת ההלכה (המוטעית) מתחום החיסיון לתחום הסודיות

ההבחנה בין חיסיון לסודיות היא בסיסית ומוכרת.⁷⁴ חובת הסודיות רחבה מחובת החיסיון במובן זה שהחיסיון חל רק על "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך-דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח" (סעיף 90), בעוד חובת הסודיות קובעת ש"עורך דין ישמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידו" (כלל 19). במילים אחרות, דבר שהובא לידיעת עורך הדין מידי לקוח או מידי מי מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידו,⁷⁵ ישמור בסוד גם אם אין לו קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח.⁷⁶ יש טעם רב בכך שחובת הסודיות רחבה מהחובה לשמירת החיסיון. החיסיון קובע אי-קבילות של מידע במסגרת הליכים משפטיים. כשעוסקים אנו בהליך משפטי, אל מול הערך של שמירה על תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח, עומד הערך של גילוי האמת בבית המשפט. לעומת זאת, חובת הסודיות חלה שלא במסגרת הליכים משפטיים (והסיפא לכלל 19 קובעת זאת מפורשות). בנסיבות אלה, מול הערך של הגנה על התקשורת החופשית בין עורך הדין ללקוח (ואולי גם על פרטיותו של הלקוח) עומד הערך הכללי של פומביות וחופש המידע.⁷⁷ נראה שהמחוקק הישראלי מייחס (ובצדק) משקל רב יותר

73 זר-גוטמן מכירה ב"גילוי הנדרש להגנת עורך הדין" כאחד מהחריגים יצירי הפסיקה לחיסיון ולסודיות עורך דין-לקוח: זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית", לעיל ה"ש 5, בעמ' 110–115.

74 ראו לדוגמה, יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי: אסופת מאמרים משפטיים לכבודו עם פרישתו מכס השיפוט 247, 256–257 (2008).

75 התיבה "תוך כדי מילוי תפקידו" היא משמעותית, ונובע ממנה שלא כל מידע שהגיע לעורך הדין יחסה תחת חובת שמירת הסודיות. כך, למשל, אם שמע עורך הדין את המידע במסגרת חברתית, הרי שהמידע עשוי שלא לחסות תחת כלל 19. ראו ע"א 44/61 אהרון רובינשטיין ושות' בע"מ נ' מפעלי טכסטיל נצרת בע"מ, פ"ד טו(3) 1599, 1601 (1961).

76 ראו קלינג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 406.

77 לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך דין-לקוח: הגיעה השעה להיפרד" הפרקליט מו 168 (2002) (להלן: זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין").

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

לערך של גילוי האמת בבית המשפט מאשר לערך של חופש המידע.⁷⁸ ואולם, מכאן נובע, כאמור, שמידע מסוים יכול שלא לחסות תחת [סעיף 48](#) ו**סעיף 90** (חיסיון) ועדיין לחסות תחת כלל [19](#) (סודיות).

כפי שכתבה זר גוטמן, "בישראל ההלכה הפסוקה שיצרה את החריג [בעניין עבירה עתידית של הלקוח – ל"ל] עוסקת רק בחסיון הראיות ואין כל הלכה לגבי תחולת החריג תחת חובת הסודיות".⁷⁹ חרף זאת, חוקרי אתיקה "קפצו" מההלכה בדבר היעדר חיסיון על עבירה עתידית של הלקוח למסקנה שחלה על עורך הדין חובה לדרווח על פשע עתיד של הלקוח. הם עשו זאת מבלי ש"עצרו" לבחון אם בנסיבות אלה, לצד היעדר החיסיון (כך על פי ההלכה הפסוקה) עומדת על תילה חובת שמירת הסודיות, ומה המשמעות של תחולה זו על חובת הדיווח הלכאורית לפי [סעיף 262](#).⁸⁰

בית המשפט העליון ביסס את ההלכה בדבר היעדר החיסיון על מידע הנוגע לעבירה עתידית של הלקוח על הטענה שלמידע שכזה אין "קשר ענייני" לשירות המקצועי שניתן על ידי עורכי דין, באופן כללי ועקרוני. ואולם כלל [19](#) (בשונה מ**סעיף 48** ומ**סעיף 90**) אינו מגביל כאמור את חובת הסודיות למקרים שבהם למידע יש "קשר ענייני" כזה. ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון כלל אינה נוגעת אפוא לחובת הסודיות. האם ניתן לטעון שמידע כזה אינו מידע שהובא לידיעת עורך הדין "תוך כדי מילוי תפקידו" (כלשון כלל [19](#)), באופן כללי ועקרוני? אינני רואה כל דרך לשונית לטעון זאת. כידוע, גם על פי תורת הפרשנות התכליתית, לשון החוק הינה "נקודת האחיזה הארכימדית" לכל פרשנות סבירה: "אין לך משמעות 'נכונה' של דיבור, אם אין לה עיגון לשוני ולו מינימאלי בתורת הלשון".⁸¹ אכן, מבחינה לשונית גרידא, אפשר (אך לא רצוי, כפי שאראה להלן) לטעון שלמידע על עבירה עתידית אין "קשר ענייני" ל"שירות המקצועי" שניתן על ידי עורך דין. ואולם, אין כל אפשרות לשונית לטעון שמידע כזה אינו בבחינת "דבר [ה]בא לידיעתו [של עורך הדין] בידי לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידו". אשר על כן, אי-אפשר לטעון שמידע זה אינו חוסה תחת חובת הסודיות שחב עורך דין ללקוח.⁸²

78 בית המשפט העליון אומנם פסק שערך גילוי האמת הוא ערך מרכזי בכל הליך שיפוטי (ראו, לדוגמה: [בג"ץ 7793/05 אוניברסיטת בר-אילן נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים](#), פ"ד סד (3) 1, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2011), וכי על כן "[...] הגישה כלפי החיסיון הינה חשדנית. רק במקרים מיוחדים וחריגים יוכר החיסיון" ([רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד](#), פ"ד מט(2) 516, 522 (1995)).

79 זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין", לעיל [ה"ש 77](#), בעמ' 179. כפי שנטען לעיל בה"ש 53, ייתכן שהדיון בעניינה של עורכת הדין בפרשת [פלונית](#) בהקשר של חיסיון היה שגוי, והיה צורך לערוך את הדיון בהקשר של סודיות.

80 ראו לדוגמה: קלינג, לעיל [ה"ש 5](#); בן דוד, לעיל [ה"ש 5](#); ואף זר-גוטמן עצמה, במאמר אחר "הבטחת תקשורת חופשית", לעיל [ה"ש 5](#).

81 [ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות](#), פ"ד לט(2) 70, 74 (1985).

82 בהנחה שהביקורת שהצגתי בפרק הקודם תידחה, וייקבע שההלכה בדבר היעדר חיסיון ביחס לעבירה עתידית של הלקוח עומדת, ולצד זאת תתקבל דעתי שחלה חובת שמירת סודיות ביחס למידע זה –

כך או כך, גם אם היה הדבר אפשרי מבחינה לשונית, אין זה רצוי לפרש – לא את מילות סעיפים 48 ו-90, ולא את מילות כלל 19 – באופן שיחריג את המידע על עבירה עתידית של הלקוח, באופן גורף, מתחולת סעיפים אלה. על כך להלן.

4. הביקורת על הלכת העבירה העתידית

אפתח את ביקורתי על הלכת העבירה העתידית באמצעות דיון במקרה שבו פתחתי את המאמר. כזכור, לקוחתי ביקשה לדעת במסגרת אותה פגישה אם הנישואין העתידיים שלה עם בן זוגה עשויים לסייע בהסדרת מעמדו של בן הזוג, ובאיזה אופן.⁸³ אם ניישם את הלכת העבירה העתידית על נסיבות העניין (ולאור העובדה שמרשתי דיברה למעשה על כוונתה לבצע את פשע הביגמיה), המסקנה המתבקשת היא שלשיחה שהתקיימה ביני לבין מרשתי לא היה כל קשר ענייני לשירות מקצועי של עורך דין. העובדה שהשיחה כללה התייחסות שלי ל**חוק הכניסה לישראל**, לנוהלי משרד הפנים ולפסיקה העוסקת בהיעדר הזכות של בעל מעמד בישראל להסדיר את מעמדו של בן/בת זוגו בקשר ביגמי⁸⁴ – לכל אלה לא היה כל קשר מקצועי להיוטי עורך דין ולהיותה לקוחה. זוהי תוצאה מוזרה ביותר, במיוחד לאור הפסיקה, שהכירה בכך שייעוץ משפטי נמצא בליבת העשייה של עורך הדין.⁸⁵ יתרה מכך, על פי הלכת העבירה העתידית, לא זו בלבד שהשיחה אינה חסויה, אלא שהיא אף אינה נופלת תחת חובת שמירת הסודיות, כלומר אין מדובר במידע שהובא לידיעתי בידי לקוחתי תוך כדי מילוי תפקידי (כלשון כלל 19). לדעתי, אין כל

מה תהיה המשמעות של מצב עניינים נורמטיבי זה? המשמעות תהא שכל עוד לא נקרא עורך הדין לחקירה במשטרה או למתן עדות בפני בית המשפט, אסור יהיה לו להעביר מידע ביחס לפשע הלא חמור של מרשו, ולא תחול עליו חובת דיווח בנוגע לאותו פשע. החובה למנוע פשע תחול רק ביחס לפשע חמור של הלקוח (וזאת בהתאם לאיזון שאציע להלן בין החובה האתית לחובה מהדין הפלילי, שנקבע לפי חומרת הפשע העתידי של הלקוח). לצד זאת, אם יוזמן עורך הדין לחקירה משטרתית או למסור עדות בהליך משפטי, הוא יהיה מחויב למסור את המידע בנוגע לעבירה העתידית של מרשו – תהא מידת חומרתה אשר תהא.

83 **בבג"ץ 744/97 גוזלן נ' השופט אמינוף – בית המשפט המחוזי נצרת**, פ"ד נא(1) 355 (1997), נפסק שחסיון עורך דין-לקוח לא יחול על שיחה שבה ביקש מאן דהוא לרכוש את שירותיו של עורך דין עבור אחר. עם זאת, במקרה דנן אין מדובר במי שביקשה לבדוק אם אסכים לייעץ לבן זוגה בענייניו שלו. האינטרס של הסדרת מעמדו של בן הזוג הוא גם אינטרס של הלקוחה עצמה, המעוניינת לחיות איתו בצוותא בישראל, ואכן בעתירות להסדרת מעמד של בן זוג עותרים בדרך כלל שני בני הזוג בצוותא חדא, כעניין שבשגרה. ראו עוד: **בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006): "הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים".

84 ראו לדוגמה **בבג"ץ 84/04 אבו סריחאן נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 27.12.2006).

85 ראו לדוגמה: **דנ"פ 545/16 לשכת עורכי הדין – ועדת האתיקה הארצית נ' פלוני**, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו, 11.2.2016) ("ההיוועצות [...] היא הגרעין הפנימי של השירות המקצועי"). יצוין שמדובר בייעוץ שנעשה "בדרכים חוקיות, בהגינות ובתום לב", כפי שנדרש בעניין **פלונית**, לעיל **ה"ש 50**, בעמ' 615.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

צידוק להחריג שיחות מעין אלה מהשיחות שביחס אליהן יחולו חובות החיסיון והסודיות של עורך הדין ביחס ללקוח.

הנה כמה טיעונים התומכים בחיסיון ובסודיות (לא מוחלטים) של עורך דין ביחס ללקוחו, גם במקרים שבהם ה"דברים ו[ה]מסמכים שהוחלפו בין [ה]לקוח לבין עורך הדין" (לפי סעיף 90) או ה"דברנים [ש]ה[ו]באו לידיעתו בידי [ה]לקוח או מטעמו, תוך כדי מילוי תפקידיו" (לפי כלל 19) עוסקים בעבירה עתידית של הלקוח:

ראשית, כפי שציינתי בפרק ג', יש ערך מוסרי אינטרינזי לעצם קיומם של יחסי קרבה, ולמצער יחסי אמון, בין עורך הדין לבין הלקוח, ולא ראוי לפגוע בערך זה בנקל. דיווח של עורך הדין למשטרה על אודות שיחה שקיים עם לקוחו או על אודות מידע שהגיע אליו אגב הייצוג הוא בעל פוטנציאל גבוה לפגוע ביחסי קרבה או אמון אלה. עניין זה נוסף על הערך האינסטרומנטלי שיש בהגנה על התקשורת בין עורך הדין ללקוח, למען ייצוג מיטבי של הלקוח (ואף מניעת פשעים של לקוחות, כפי שאפרט להלן).

שנית, ובנוגע לערך האינסטרומנטלי של ייצוג מיטבי, יש לזכור שלקוח אינו מקפיד תמיד להפריד בין מידע שאינו קשור לעבירה פלילית לבין מידע שיש לו קשר לעבירה פלילית (אם הלקוח מודע בכלל לחלק ה"פלילי" של המידע). כך למשל, לקוחות שאותם ייצגתי במסגרת עבודתי בקליניקה לזכויות פליטים דיברו איתי לא אחת, בערבוביה, על אפשרויות שונות להסדרת מעמדם, וביניהן הגשת בקשת מקלט (חוקי) לצד נישואין פיקטיביים עם ישראלית (לא חוקי). נוסף על כך, אגב שיחה על נושא חוקי לחלוטין (הגשת בקשת מקלט) הלקוח היה עשוי להעלות לפתע רעיון לביצוע עבירה פלילית (למשל השגת דרכון מזויף, נוכח אי-יכולתו להשיג תעודה אותנטית ממדינת אזרחותו, ונוכח סברה מוטעית שללא מסמך מזהה לא יוכל להגיש בקשת מקלט). מאחר שהרציונל העומד בבסיסם של חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות הוא הבטחת תקשורת חופשית בין הלקוח לבין עורך הדין, הרי שהפרדה בין חלקים חסויים בשיחה לבין חלקים לא-חסויים עשויה להיות לא ריאלית עבור הלקוח ולפגוע בעצם יכולתו לתקשר עם עורך דינו באופן יעיל, כך שיוכל לקבל את הייצוג המשפטי הטוב ביותר.

שלישית, הלקוח עשוי שלא להיות בטוח באשר לפליליות המעשה שהוא שוקל לבצע, או להתלבט אם לבצע את המעשה הפלילי (בידיעה מלאה שהוא פלילי) אם לאו. מדיניות ראויה תהיה כזו שתמרץ אותו להתייעץ עם עורך דינו במקרים אלה. מלומדי משפט אכן מזכירים את היכולת של עורך הדין לשכנע לקוח שלא לבצע פשע עתידי (שתלויה בחופש של הלקוח להתייעץ עימו בנוגע למעשה העתידי הפלילי), כאחד מהרציונלים העומדים בבסיסו של חסיון עורך דין-לקוח.⁸⁶ עורכי הדין, כסוכני משפט וכ"שומרי סף",⁸⁷

SUSAN P. KONIAK, ROGER C. CRAMTON, GEORGE M. COHEN & W. BRADLEY WENDEL, 86 THE LAW AND ETHICS OF LAWYERING 258 ("The modern rationale for the attorney-client privilege is that the privilege encourages open communication between clients and their lawyers, serving both the interests of clients who need effective legal representation and

האמורים להכווין את לקוחותיהם לפעול בהתאם לחוק, עשויים להיות הבלם האחרון שימנע את ביצוע המעשה הפלילי. מחקרים אמפיריים מלמדים שעורכי דין אכן מצליחים להניא לקוחות מעבריינות.⁸⁸ מדיניות של שלילת זכות החיסיון של הלקוח בנסיבות מעין אלה פוגעת בתפקיד ה"בלם" האמור. לפי טענה זו, מדיניות של הגנה רחבה על תקשורת עורך דין-לקוח, כך שתכלול גם חיסיון וסודיות של מידע הנוגע לפשעים עתידיים של הלקוח, היא אפוא בעלת ערך אינסטרומנטלי למניעת פשיעה.

לאחר שהוצאנו מתחולת החיסיון פעולות שמערבות את עורך הדין בביצוע הפשע (שידול, ביצוע בצוותא, או אפשרות השלמת הפשע – בידיעת עורך הדין או ללא ידיעתו), כפי שהצעתי לעיל, השאלה שנותרה היא, האם להחיל את החיסיון ביחס לעבירות שהלקוח יוכל לבצע גם ללא מעורבותו של עורך הדין? בנסיבות אלה, המחיר החברתי של היעדר החיסיון – הסדר נורמטיבי שעלול להוביל לאי־חשיפת המידע בפני עורך הדין ומניעת האפשרות שעורך הדין יניא את הלקוח מביצוע העבירה – עולה לדעתי על ה"רווח" של מניעת הפשע על ידי עורך הדין בחלק מהמקרים. מדובר באותם מקרים שבהם הלקוח, כנראה עקב אי־הכרת הדין, יחשוף את כוונותיו הפליליות בפני עורך הדין (יודגש כי במצב הנורמטיבי הקיים, לקוח החושף בפני עורך דינו הישראלי את כוונותיו

society's interest in having clients advised about the legality of proposed actions and effectively represented in the adversary process" (emphasis added); Fred C. Zacharias, *Privilege and Confidentiality in California*, 28 U.C. DAVIS L. REV. 367, 369–370 (1995): "Privilege and confidentiality have the same roots. Their shared goals include encouraging clients to rely upon attorneys, enhancing lawyers' ability to operate effectively in the adversarial system, fostering client dignity and autonomy, and *enabling lawyers to find out about and dissuade clients from engaging in misconduct*" (emphasis added); THE AMERICAN LAWYER'S CODE OF CONDUCT 104 (1980): "[A]s every experienced lawyer knows, a substantial part of the lawyer's time is devoted to advising clients that a particular course of conduct should not be followed on grounds of illegality or morality. Unless clients are candid with their lawyers, [that] critical function cannot be served. The client's sense of trust in the lawyer is therefore vital, and the lawyer's obligation of confidentiality is essential to establishing and maintaining that trust"

87 אביה אלף "עורך הדין – שומר סף" או "שוטר סף"? 'הכר את הלקוח' ע"פ חוק איסור הלבנת הון – רעידת אדמה ביסודות עריכת הדין? " **המשפט** כ 269 (2014).

88 Fred C. Zacharias, *Rethinking Confidentiality*, 74 IOWA. L. REV. 351, 381 (1989) (להלן: מחקר זכריאס). 77.4% מעורכי הדין שהשתתפו במחקר ציינו שחיסיון עורך דין-לקוח סייע להם, בשלב כלשהו בקריירה שלהם, להניא לקוחות מביצוע פשע. יש לציין שבארצות הברית, שלא כמו בישראל, גם מידע על עבירה עתידית מצד הלקוח נחשב מידע חסוי, ולא מוטלת על עורך הדין חובת מניעה של פשע עתידי של לקוחו (אף כי יש לו רשות למנוע את הפשע, תוך הפרת החיסיון, ביחס לפשעים חמורים במיוחד). אם כן, באופן תאורטי ייתכן שהעובדה שלקוחות אמריקאים סיפרו לעורכי דינם על כוונתם לבצע פשעים עתידיים – שאותם הצליחו עורכי הדין למנוע, כפי שעולה ממחקר זכריאס הנ"ל – נובעת מכך שהלקוחות ידעו שהמידע חוסה תחת חיסיון עורך דין-לקוח, והדבר השפיע על נכונותם לספר על כך לעורכי דינם. על מחקרים אמפיריים שבדקו את מידת היכרותם של לקוחות עם כללי החיסיון ראו להלן.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

לבצע פשע נוהג, לכאורה, באופן לא רציונלי, הנוגד את האינטרס שלו עצמו, שכן במצב זה חובתו של עורך הדין "לנקוט כל האמצעים הסבירים" למניעת הפשע, לרבות על דרך של דיווח למשטרה).

הנימוק השלישי דלעיל, ובמידה מסוימת גם הנימוק השני, מבוססים על צמד הנחות עובדתיות: האחת, שלקוחות מודעים לחסיון עורך דין לקוח, והאחרת – שהחסיון אכן משפיע על נכונותם לחלוק מידע עם עורכי דינם. למרבה הצער, המחקר האמפירי שבחן הנחות אלה דל ביותר. גם המחקרים הבודדים שנערכו בנושא בארצות הברית⁸⁹ לא כהנו באופן ספציפי את מידת הפתיחות של הלקוח בחשיפת מידע הנוגע לכוונה לבצע עבירות עתידיות בפני עורך דינו (ונוסף על כך, נמתחה עליהם ביקורת מתודולוגית).⁹⁰ עם זאת, מהמידע המועט שנאסף במחקרים אלה ניתן ללמוד שעורכי דין נוהגים לעיתים לידע את לקוחותיהם בדבר חסיון עורך דין-לקוח.⁹¹ יתרה מכך, רוב מכריע של ההדיוטות שהשתתפו במחקר – גם אלה שעורכי דינם מעולם לא מסרו להם מפורשות את דבר החסיון – היו מודעים לחיסיון (כנראה ממקורות "חיצוניים", לרבות סדרות טלוויזיה).⁹² עוד מלמדים המחקרים, לפחות ברמת ההצהרה, על קשר סיבתי בין החיסיון לבין נכונותם של לקוחות לפרוס מידע בפני עורכי דינם, דהיינו שיעור ניכר של הדיוטות שהשתתפו במחקרים ציינו שאלמלא החיסיון היו מהססים יותר לחשוף מידע בפני עורכי דינם.⁹³

89 *Functional Overlap between the Lawyer and Other Professionals: Its Implications for the Privileged Communications Doctrine*, 71 YALE L. J. 1226, 1262, 1269-1273 (1962) (להלן: מחקר ייל);

Vincent C. Alexander, *The Corporate Attorney-Client Privilege: A Study of the Participants*, 63 ST. JOHN'S L. REV. 191 (1989) (להלן: מחקר אלכסנדר); מחקר זכריאס, שם.

90 Daniel Northrop, *The Attorney-Client Privilege and Information Disclosed to an Attorney With the Intention that Attorney Draft a Document to be Released to Third Parties: Public Policy Calls for at least the Strictest Application of the Attorney-Client Privilege*, 78 FORDHAM L. REV. 1481, 1505-1506 (2009).

91 מחקר זכריאס, לעיל ה"ש 88. במחקר זכריאס שנערך עם עורכי דין, השיבו 22.6% מעורכי הדין שהם "כמעט לעולם לא" מיידעים לקוחות על אודות חסיון עורך דין-לקוח (ומכאן שיותר משלושה רבעים מהם ציינו שהם מיידעים לקוחות בדבר החיסיון ביחס למספר לא שולי של לקוחותיהם). ביחס לעורכי הדין שהשיבו שהם מיידעים את לקוחותיהם על אודות החיסיון, 42.6% השיבו שהם עושים זאת בפגישתם הראשונה עם הלקוח. במחקר זכריאס עם הדיוטות, לעומת זאת, אמרו 72.9% מהם, שקיבלו בעבר ייצוג משפטי, שעורכי דינם מעולם לא יידעו אותם על אודות החיסיון. במחקר אלכסנדר התבקשו עורכי הדין להעריך כמה פעמים, בחמש השנים האחרונות, הם העלו את נושא החיסיון בתקשורת שלהם עם לקוחות. 93% אמרו שהעלו את הנושא לפחות פעם אחת, כמחציתם – לפחות 20 פעם, וכרבע מהם – מעל 100 פעמים.

92 שם, בעמ' 383 (מבין הלקוחות שטענו שעורכי דינם מעולם לא שוחחו איתם על חסיון עורך דין-לקוח, 79.1% ידעו על החיסיון).

93 מחקר ייל, לעיל ה"ש 89. במחקר ייל השיבו 50.9% מהנשאלים שהם ייטו פחות למסור מידע מלא לעורכי דינם בהיעדר חסיון עורך דין-לקוח. נתון דומה (52.5%) עלה במחקר זכריאס (עמ' 386). במחקר אלכסנדר נשאלו בכירים בתאגידים מסחריים אם בחמש השנים שקדמו למחקר היו מקרים

לצד זאת, המחקרים מלמדים שהדיוטות רבים אינם מודעים להיקף החיסיון בין עורך דין ללקוח (כלומר סבורים בטעות שהוא צר מהיקפו האמיתי או רחב ממנו). המחקרים גם מעלים ספק באשר לשאלה אם, חרף העובדה שהדיוטות מצהירים שבזכות החיסיון יהיו פתוחים יותר עם עורכי דינם, מידת פתיחותם אומנם תצטמצם, הלכה למעשה, אם היקף החיסיון יהיה מצומצם יותר.⁹⁴

ובכן, מהמידע האמפירי המועט בארצות הברית עולה, שיש רגליים לסברה שלקוחות מודעים לנושא החיסיון בין עורך הדין לבין הלקוח, וכי הוא משפיע ככלל על נכונותם להיות פתוחים כלפי עורכי דינם.⁹⁵ החריג של "הלכת העבירה העתידית" ברור ופשוט להבנה על ידי הדיוטות, שכן הוא גורף למדי: הפסיקה הישראלית שנסקרה בפרק 1.7 לעיל קובעת בצורה מוחלטת שמידע על כוונה לעבור עבירה עתידית על ידי הלקוח אינו חסוי כלל ועיקר. האופי הכללי והפשוט לניסוח של החריג הנ"ל עשוי לתמוך בהשערה שמידת המודעות לו עשויה גם היא להיות נרחבת (נושא שמעולם לא נחקר אמפירית בישראל). יתרה מכך, מצב שבו עורכי דין מיידעים את לקוחותיהם בדבר קיומם של חסיון עורך דין-לקוח והחריגים לו הוא בוודאי מצב רצוי שיש לעודדו. הן המידע האמפירי החלקי והן הדין וההתנהלות הפרופסיונלית הרצויים מצביעים על כך שלקוחות ישראלים עשויים אפוא להיות מודעים, ורצוי שיהיו מודעים, לתחולתה של הלכת העבירה העתידית, ועובדה זו עשויה להשפיע על נכונותם לחשוף בפני עורכי דינם את כוונתם לבצע פשעים עתידיים. אם כן, נראה שלנימוקים השני והשלישי יש משקל כלשהו לפחות.

שבהם החיסיון השפיע על התקשורת שלהם עם עורכי הדין של התאגיד, ורק 21.2% השיבו "מעולם לא". יותר ממחציתם השיבו שהחיסיון השפיע על מידת פתיחותם עם עורכי דינם לפחות "לעיתים" במהלך אותן חמש שנים.

94 מחקר זכריאס, לעיל ה"ש 88, בעמ' 381: "The focus of the following discussion of the Tompkins County results therefore is not on *whether* confidentiality as a whole comports with its general underlying theory. At least arguably, it does. Rather, the focus is on *how well* confidentiality serves its justifications and whether limited exceptions would undermine the rules' effects". ואומנם, כאשר נשאלו ההדיוטות במחקר, שצינו שחיסיון ישפיע על מידת פתיחותם עם עורכי הדין, אם יסתירו מידע מעורך הדין אם עורך הדין יבטיח חיסיון למעט במקרים ספציפיים שיבהיר מראש, רק 15.1% ציינו שעדיין לא יתנו לעורכי דינם מידע בנסיבות אלה (בהשוואה ל-11.3% שאמרו שלא יהיו פתוחים לחלוטין עם עורך דינם גם במצב של חיסיון מוחלט, כפי שהוא בארצות הברית); שם, בעמ' 386.

95 מחקר אלכסנדר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 243: "[E]xpressions of concern by corporate representatives over the applicability of privilege apparently occur on a fair number of occasions in matters that are either commercially sensitive or involve adversarial circumstances. This does not, of course, prove that the attorneys' reassurances of privilege actually induced candor on the part of the corporate representatives with whom they were communicating. On the other hand, one reasonable inference is that the expressed desire for an assurance of confidentiality was a precondition to full and frank communications".

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

המחקרים שהטילו ספק בקשר הסיבתי בין מידת הפתיחות של לקוחות בפני עורכי דינם לבין החיסיון, ציינו, בין כממצאים עובדתיים ובין כהשערה, שסיבה משמעותית לא פחות לפתיחות היא עצם ההערכה שיש ללקוחות למקצוע עריכת הדין כמקצוע מהוגן, שהעוסקים בו שומרים על דיסקרטיות.⁹⁶ עם זאת, הלכת העבירה העתידית, ובעיקר דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין שנלווית לה, היא כה קיצונית במשמעותה (דיווח למשטרה) ובעלת פוטנציאל כה הרסני להפרת יחסי האמון בין עורך הדין ללקוח, עד כי קשה להניח שלקיומה אין כל השפעה על מידת הפתיחות של לקוחות בפני עורכי דינם, למרות ההכרה הכללית במהוגנות המקצוע ובדיסקרטיות של העוסקים בו.

בשולי הדברים אציין עוד שמחקר אמפירי עתידי בישראל גם יוכל לבחון אם עורכי דין ישראלים מיישמים את דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך דין, או שמא הם מתעלמים ממנה, בבחינת "תקנה שציבור עורכי הדין אינו יכול לעמוד בה". ככל שרבים מעורכי הדין מתעלמים מהדוקטרינה (וזה הייתה התרשמותי משיחות אקראיות שקיימתי עם קולגות למקצוע), יש לכך מחיר גם בהיבט של שלטון החוק, שציבור עורכי הדין אמור להיות עמוד תווך בשמירתו.

רביעית, הלכת העבירה העתידית מקשה מאוד על עורכי דין חברתיים לייצג תנועות רדיקליות, ובמיוחד להיות חלק מהן (למשל, כעורכי דין "in house" בהתנדבות). אחת הטענות הנפוצות כנגד עורכי דין היא שהם "מצננים" סדר יום רדיקלי (לדוגמה, של פעילים חברתיים).⁹⁷ תאורטיקנים ביקורתיים של המשפט גורסים שהכללים המשפטיים משקפים ומחזקים ב־זמנית את האידאולוגיה ההגמונית. חלקם סבורים ש"אי אפשר להרוס את בית האדון בכליו של האדון",⁹⁸ ועל כן פעילות נוגדת-הגמוניה תכלול בהכרח הפרת חוק. במבט לאחור, קל למתוח ביקורת על איסורים פליליים בלתי מוסריים בעליל, שהיו חלק מספר החוקים ובוטלו בינתיים, ולהצדיק (או לפחות לקבל בהבנה) הפרה של אותם חוקים. אין סיבה להניח שאיסורים שכאלה היו קיימים רק בעבר, ופעילים רדיקליים טוענים כך ממש ביחס למצב בהווה. קביעה שמידע על פשעים עתידיים אינו חוסה תחת החובה לשמירת הסודיות והחיסיון בין עורך דין ללקוח, ובוודאי הטלת חובה רחבה של

96 מחקר זכריאס, לעיל ה"ש 88, בעמ' 381: "The study suggests that many clients give information not because of confidentiality guarantees, but because they view lawyers as honorable professionals who customarily promise discretion – like doctors or accountants. If so, enabling lawyers to act like other professionals to protect 'superior [third-party] interests' might not have a significant effect on client trust".

97 אורלי ליבל "האם המשפט מסוכן? קואופטיציה משפטית ושינוי חברתי" האם המשפט חשוב? 127, 138–141 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).

98 נטע זיו "העני, העשיר והגשר, חמישה סיפורים על חסרי אמצעים והשכלה מול המערכת המשפטית" משפט נוסף: כתב עת לענייני משפט חברה 81 (2001).

יובל לבנת

מניעת פשע ביחס לעורכי דין, תקשה על עורכי דין להיות חלק מתנועות אידאולוגיות נוגדות־הגמוניה, ואולי אף את ייצוגן.

לכאורה, השאלה בדבר חובת מניעת הפשע זהה בין שעורכת הדין מועסקת/מתנדבת כעורכת דין חיצונית לארגון הרדיקלי ובין שהיא חלק ממנו. ואולם למעשה, כאשר עורכת הדין היא חלק מהארגון ומהפעילות היומיומית שלו, קשה יותר להסתיר ממנה את ה"מידע המפיל" של הפעילים הרדיקלים. הלכת העבירה העתידית ודוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין עשויות אפוא לגרום לארגונים רדיקליים להעדיף העסקה חיצונית של עורכי דין, כדי שלא "יסתובבו לפעילים בין הרגליים" ויסרסו את התוכניות הרדיקליות באמצעות דיווחים למשטרה כל אימת שיתוודעו לתכנית של הפעילים לבצע פשע עתידי.

עם זאת, עורכי דין לשינוי חברתי סבורים לא אחת שקיימת חשיבות ערכית ממשית בעצם העבודה הצמודה שלהם עם הפעילים החברתיים. אלא שתפיסות הגמוניות שונות, ובהן, כך אני טוען, גם הלכת העבירה העתידית ודוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין, עומדות בדרכם. כפי שכתבו סאראט ושיינגולד:

עורכי דין [לשינוי חברתי] בעלי עמדות רדיקליות יותר [...] מאתגרים תפיסות מקובלות של מקצועיות במאמצים להפיכת הייצוג ללא מסחרי, לפוליטיזציה של הפרקטיקה המשפטית ולהעצמת המעורבות החברתית בה [...] עורכי דין כאלה עשויים לשאוף להנחיל את הערכים החברתיים הרחבים האלה בסביבות העבודה המשפטיות. המיזם המקצועי הוא בעיניהם, במידה רבה, מיזם של התנגדות למסחור השירותים המשפטיים ושל צמצום הפער המפריד בין עורכי דין לבין לקוחות, אנשי צוות, ובראש ובראשונה ביניהם לבין הקהילות, הארגונים והאינטרסים שהם בוחרים לשרת. שאיפות אלה מתנגשות עם המבנים הקיימים של הפוליטיקה, של המקצוע ושל הקריירה המשפטית.⁹⁹

יודגש כי אינני עוסק בשאלה אם יש מקום להיות סלחני ביחס לעורכי דין המפריים בעצמם חוק (ואני מוכן להניח, לצורכי הדיון, שאין לאפשר סלחנות שכזו, נוכח השתלבותם של עורכי הדין במארג המשפטי המערכתית); השאלה שאני מבקש לדון בה היא אם פעילים רדיקליים מפרי חוק יכולים לסמוך על עורכי הדין שלהם שישמרו את תכניותיהם בסוד ולא יפעלו לבלימת פעולותיהם הרדיקליות (שעשויות לעלות לכדי פשע). דמיינו, למשל, עורך דין פעיל למען זכויות בעלי חיים, שנוכח בישיבה שבה מתכננים פעילים לפרוץ למעבדה שבה מתבצעים ניסויים בבעלי חיים ולשחרר את בעלי החיים לחופשי (פעולה העולה להוות פשע לפי [סעיף 407 לחוק העונשין](#)), או עורכת דין שחברה בתנועה

99 אוסטין סאראט וסטיבארט שיינגולד "עריכת דין לשינוי חברתי ושעתוק הסמכות המקצועית" **מעשי משפט** א 127, 131 (2008).

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

לקידום האתאיזם, שנוכחת בישיבה שבה דנות חברות הקבוצה במיצג שיקיימו במקום קדוש, העלול לעלות לכדי עבירה לפי [סעיף 2\(א\) לחוק השמירה על המקומות הקדושים](#), התשכ"ז–1967, או הפגנה בכניסה למקום הקדוש, שתהווה עבירה לפי [סעיף 2\(ב\) לחוק](#) זה. עמדה שלפיה המידע האמור אינו חוסה תחת חובת שמירת הסודיות והחיסיון, ובוודאי דרישת דיווח למשטרה (דרישה שהפרתה עלולה להוביל, בנסיבות מסוימות, גם לנקיטת צעדים משמעותיים כנגד עורך הדין או עורכת הדין), פירושה שעורכי דין לעולם לא יוכלו להיות חלק מתנועות רדיקליות, והדבר עשוי להגביר את הניכור הקיים ממילא בין תנועות אלה לבין עולם המשפט.

הפרת חוק מאפיינת לא רק תנועות רדיקליות מאורגנות, אלא גם גברים ונשים החיים בעוני,¹⁰⁰ וכן פרטים שמשתייכים לקבוצות מיעוט מדוכאות (כך למשל, גבר הומוסקסואל שלפני שנת 1988, מועד ביטולו של האיסור על "משכב שלא כדרך הטבע" לפי [סעיף 315](#) דאז [לחוק העונשין](#), ביצע עבירה מסוג פשע בכל פעם שקיים יחסי מין עם גבר אחר). דווקא לאור הביקורת (המוצדקת) על היות המשפט חלק בלתי נפרד מההגמוניה – גם כשמדובר בהגמוניה הפוגעת בפרטים שאינם "מתיישרים" לפיה – יש לתת לעורכי דין רדיקליים את הכלים לנסות ולשנות כללים הגמוניים-פוגעניים. החלת חובות לשמירת הסודיות והחיסיון, והצרת החובה למניעת פשע של הלקוח בכלל, ובאמצעות פנייה למשטרה בפרט, כך שתחול רק ביחס לעבירות חמורות במיוחד, הולמות תכלית זו.

לבסוף, השערה סבירה בעיניי היא שדווקא הלקוחות החזקים יותר (העבריינים ה"מקצועיים") הם שמודעים טוב יותר (בהשוואה ללקוחות המוחלשים, כדוגמת מבקשי המקלט שייצגתי) לפליליות של מעשיהם, ויש סיכוי גבוה יותר לכך שיהיו מודעים להלכה בדבר איתנות חיסיון בנוגע לעבירה פלילית עתידית.¹⁰¹ פירוש הדבר שדווקא הלקוחות המוחלשים יותר הם אלה ש"ישלמו את המחיר" על היעדר החיסיון. בהקשר זה יש לציין עוד שלקוחות חזקים יוכלו בדרך כלל לעבור בקלות מעורך דין אחד לאחר. יכולת זו מוגבלת יותר אצל לקוחות חלשים (בין משום שהם מקבלים ייצוג פרו בונו, מתוך מאגר מוגבל ביותר של עורכי דין וארגונים הנותנים שירות משפטי ללא תשלום, ובין משום שלא מצויים בידיהם הידע, הכלים והתושייה הנדרשים לצורך איתור עורך דין חלופי). פירוש הדבר שלקוח חזק, אפילו לא היה מודע מלכתחילה להלכת העבירה העתידית, ועורך דינו הבהיר לו שהמידע על הפשע העתידי שמסר לו אינו חסוי והוא מחויב לדווח עליו למשטרה, יוכל – ברוב המקרים – להימלט ממערכת היחסים המתוחה

100 נטע זיו וגליה פיט, "דילמות אתיות בייצוג לקוחה שפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק" [המשפט כ 195](#), 209–211 (2014).

101 תמיכה עקיפה מסוימת בהשערה זו ניתן למצוא במחקר אלכסנדר, לעיל ה"ש 89, בו נמצא שעורכי דין מסחריים סבורים שבכירים בתאגידים מסחריים יודעים על קיומו של חיסיון בשיעורים גבוהים בהרבה מדרגים נמוכים יותר (עמ' 236, טבלה מס' 1).

(ואולי העכורה) שנוצרה עקב כך בינו לבין העורך דין, באמצעות הבטחה (אמתית או שקרית) שלא יבצע את הפשע, ולאחריה החלפת עורך הדין בעורך דין אחר. ללקוח חלש אין יכולת כזו, והוא יאלץ להמשיך את מערכת היחסים, המתוחה בפוטנציה, עם עורך דינו.¹⁰²

מול הערך של תקשורת חופשית בין עורך דין ללקוח עשויים כמובן לעמוד ערכים אחרים, כגון הערך של שמירה על חייהם של צדדים שלישיים. מסיבה זו אינני מציע חיסיון מוחלט של תקשורת בין עורך דין ללקוח ביחס לעבירות עתידיות, ואני מוכן אף להכיר בחובת הדיווח של עורך הדין לרשויות בנסיבות של עבירות חמורות, וזאת בהתאם למודל המאוזן שאציע בפרק הבא. זאת ועוד, בפרק 2. הבעתי את דעתי ששיחות שבמסגרתן הלקוחות מקדמים (או מנסים לקדם) עבירות פליליות בשיתוף עם עורכי דינם, או באמצעותם (כמו גם מקרים שבהם הלקוח פועל כנגד האינטרסים של עורך הדין עצמו), הם מקרים שבהם לא יחול החיסיון. ואולם, התזה שלפיה התייעצות של לקוח ביחס לעבירה עתידית היא לעולם "מחוץ" לדיני החיסיון, שכן לעולם אין לה "קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין", ונוסף על כך היא לעולם "מחוץ" לדיני הסודיות, נראית לי, בכל הכבוד, בלתי סבירה.

ה. מהו האיזון הנכון בין השיקולים השונים שמתעוררים נוכח מידע שיש לעורך דין על פשע שלקוחו עומד לבצע?

כל עוד צידדו בתי המשפט ואנשי המחקר האקדמי בהלכת העבירה העתידית, הם לא נדרשו להציע כל דרך ליישב בין הנורמות הסותרות שהוצגו לעיל, שכן הם התכחשו כליל למתח ביניהן. מאחר שמידע על אודות עבירות עתידיות מצד הלקוח לא חסה – כך על פי ההלכה שבאתי לבקר – תחת **סעיף 90**, **סעיף 48** וכלל **19**, לא התנגשו הוראות אלה עם הוראת **סעיף 262**. אם כן, משהסברתי מדוע, לדעתי, מידע כזה חוסה תחת הסעיפים האמורים מדיני האתיקה (ומדיני הראיות), עליי להציע את הדרך הנכונה ליישב בין ההוראות הסטטוטוריות הנוגדות. כיצד ינהג עורך הדין כאשר נודע לו שלקוחו עומד לבצע פשע, והוא מתחבט בשאלה אם עליו לפעול כדי למנוע את ביצועו, ובאיזה אופן? כפי שציינתי בקצרה בפרקים הקודמים, וארחיב בפרק זה, שיקולים מוסריים, אתיים

102 אבהיר שהטענה בדבר חוסר היכולת של הלקוח החלש להימלט ממערכת היחסים העכורה היא בעלת משקל נמוך יחסית. בהמשך המאמר אינני חולק על חובתו המוסרית – ואולי אף האתית והמשפטית – של עורך הדין לנסות ולמנוע את הפשע על דרך של שכנוע הלקוח שלא לבצעו, וזאת אפילו אינו מחויב (או חל עליו איסור) למנוע את הפשע על דרך של דיווח למשטרה. גם ניסיון כזה עלול להעכיר את מערכת היחסים בין עורך הדין ללקוח, וגם במצב זה יש יתרון, לכאורה, ללקוח החזק, בעל היכולת הטובה יותר להחליף עורך דין, לעומת הלקוח החלש. עם זאת, ניתן לשער שלאיום שלפיו עורך הדין ידווח למשטרה על הפשע יש פוטנציאל גבוה יותר להעכיר את מערכת היחסים בהשוואה לניסיון של עורך הדין להניא את הלקוח מביצוע הפשע.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

ומשפטיים שונים "מושכים לכיוונים שונים". חלק מהם תומכים בחובת מניעה אקטיבית של עורך הדין (לרבות על דרך של פנייה למשטרה). שיקולים אחרים תומכים באופן התנהגות הפוך: איסור על העברת המידע, ובמיוחד לא למשטרה. נפנה אפוא למלאכת האיזונים.

אפתח את הדיון בהפניית זרקור לתפקידו הייחודי של עורך הדין ולקשר בין תפקיד זה, והנאמנויות שנובעות ממנו, לבין חובת מניעת הפשע מצד הלקוח. רלוונטיות לעניין זה חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח, חובת הנאמנות שלו לחברה (ובכלל זה לעקרון שלטון החוק וכיבוד החוק ולהגנה על צדדים שלישיים), וכן, בעקיפין, חובת הנאמנות שלו למקצוע.¹⁰³

אשר לחובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח, ואם נתקבל עמדותי שלפיה מידע ביחס לעבירה עתידית עשוי לחסות תחת החובות לשמירת הסודיות ולשמירת החיסיון, הרי שמדובר בשיקול שתומך באי-דיווח, ובעצם שולל כמעט כל פעולה למניעת הפשע מצד עורך הדין, מעבר למאמצי שכנוע של הלקוח עצמו שלא לבצע את הפשע. הדבר אינו נובע רק מהחובות הסטטוטוריות הקונקרטיות (סעיף 90 וכלל 19), אלא גם מהדיון בפרק ד' לעיל, שבו הדגשתי את יחסי האמון והקרבה בין עורך דין לבין לקוח, המצדיקים התייחסות מיוחדת אליהם, שאינה כאל שני זרים. אוסיף על כך שכל שמערכת היחסים הפרטיקולרית בין עורך דין ספציפי לבין לקוח ספציפי מתאפיינת באמון ובקרבה ייחודיים יותר – מעבר לאמון ולקרבה ה"גנריים", שנובעים מעצם מעמדו הפרופסיונלי של עורך הדין כשלוח של הלקוח וכמי שיש לו חובת נאמנות משפטית כלפיו – הרי שהשיקול כנגד חובת מניעה רחבה, ובמיוחד כנגד חובת דיווח למשטרה, גובר.

אשר לחובת הנאמנות של עורך הדין לחברה, לעומת זאת, הניתוח סבוך יותר. הדבר נובע מתפקידו המיוחד של עורך הדין, שכבר הוזכר במאמר זה, כ"סוכן" של שלטון החוק. כאמור, קביעה גורפת שחסיון עורך דין-לקוח אינו חל על מידע הנוגע לעבירות עתידיות של לקוח עלולה לפגוע באינטרס הציבורי; עורך הדין, כסוכן שלטון החוק, עשוי להיות האדם המתאים ביותר להניא את לקוחו מביצוע הפשע, וכדי שיוכל לעשות זאת, יש להבטיח את התקשורת החופשית בין הצדדים גם בנושא עבירות עתידיות. טיעון זה רלוונטי לא רק לשאלה (שנדונה בפרק הקודם) אם ראוי לקבוע שהמידע האמור יחסה מלכתחילה תחת החובה לשמירת הסודיות והחיסיון, אלא גם עת אנו דנים בשאלה באילו נסיבות על חובה זו לסגת מפני אינטרסים אחרים. במילים אחרות, הכרה בחשיבות תפקידו של עורך הדין בשכנוע לקוחו שלא לבצע עבירה תצדיק את הרחבת המצבים שבהם החובה לשמירת הסודיות והחיסיון תחול מלכתחילה, ונוסף על כך – לא תיסוג (בנקל) מפני אינטרסים אחרים.

עם זאת, חובת הנאמנות של עורך הדין לחברה, זו הנובעת מעצם מעמדו כעורך דין, פירושה חובה לשמור על הסדר החברתי-משפטי. "במסגרת חובה זו נדרשים עורכי הדין

103 על חובות הנאמנות הללו ראו זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 24.

להימנע מפעולות שאם יבוצעו לאורך זמן ובשיטתיות בידי מספר רב של אנשים, יהיה בהן כדי להחליש ואף להרוס את המסגרת החברתית-משפטית החיונית לקיומה של החברה.¹⁰⁴ מחובת הנאמנות של עורך הדין לחברה נובעת גם החובה להגן על צדדים שלישיים (במקרה דנן – קורבנות הפשע העתידי של הלקוח, אם יש כאלה), חובה שההכרה בה הולכת ומתרחבת בשנים האחרונות.¹⁰⁵

בסופו של דבר, השאלה כיצד חובת הנאמנות של עורך הדין לחברה משפיעה על היקף חובתו למנוע פשע של לקוחו (על דרך של דיווח למשטרה) הופכת להיות ספקולציה עובדתית. השאלה היא איזה כלל משפטי יסייע יותר למניעת פשיעה: זה המחיל את חובת החיסיון והסודיות על פשעים עתידיים באופן רחב, ובכך מגדיל את הסיכוי שלקוחות יספרו על כך לפרקליטיהם, והללו יצליחו להניא אותם מהדבר? או שמא זה הקובע שחובת הסודיות והחיסיון תיסוג בנסיבות של מרבית העבירות העתידיות, דבר שעשוי להביא את המשטרה למנוע את ביצוע העבירות במקרים של לקוחות שפרקליטיהם לא שכנעו אותם (ולא היו מצליחים לשכנע אותם) שלא להוציא את תכניותיהם הפליליות אל הפועל, ודיווחו עליהן למשטרה? קשה מאוד לקבל הכרעה בנושא, ונראה שבסופו של דבר השיקול של חובת הנאמנות של עורך הדין לחברה אינו מטה את הכף לכאן או לכאן.

שיקול נוסף שיש לשקול בהקשר זה הוא הדימוי הציבורי של מקצוע עריכת הדין.¹⁰⁶ הנושא עשוי להתעורר, למשל, כאשר תפורסם בפומבי העובדה שעורך דין פלוני ידע על פשעו הממשמש ובא של לקוחו, אך לא פנה לרשויות כדי לסכלו, והפשע בוצע. הדבר מתקשר גם לחובת הנאמנות של עורך הדין למקצוע, שהיא אחת מחובות הנאמנות שנהוג להזכיר לצד חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח וחובת הנאמנות שלו לחברה.¹⁰⁷ ההתלהמות הציבורית שעשויה להתעורר כנגד אותו עורך דין (בצדק או שלא בצדק) עשויה להשפיע על התדמית הציבורית (הירודה בלאו הכי) של עורכי דין,¹⁰⁸ ויש בכך כדי להצדיק הטלת חובת דיווח נרחבת על עורכי דין ביחס ללקוחותיהם.

104 שם, בעמ' 249.

105 שם; זיו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 214–221. אינני דן בשאלת האחריות הנוזיקית של עורך הדין כלפי צד ג (קורבן העבירה) בגין היעדר הניסיון להניא את לקוחו מביצוע העבירה. על האפשרות להטיל אחריות נזיקית בגין אי-מניעת פשע, בהקשרים אחרים, ראו [ע"א 6279/04 עזבון המנוח מוסא אבו צבחה נ' מדינת ישראל](#) (פורסם בנבו, 2.5.2007); גיא שני ["אחריות נזיקית בגין אי-מניעת פשע: חובתו של בעל עסק למנוע מעשה פלילי של צד שלישי"](#) מחקרי משפט כט 237 (2013).

106 לדין בנושא ראו לימור זר-גוטמן ["תדמית מקצוע עריכת הדין"](#) המשפט יב 231 (2007) (להלן: זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין").

107 זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 24, בעמ' 256–258.

108 להצגת מחקר אמריקאי על הדימוי הציבורי הירוד של עורכי דין בארצות הברית ראו: זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין", לעיל ה"ש 106, בעמ' 235–236. להסברים מוצעים לירידה בדימוי הציבורי של עורכי דין בארצות הברית (ובישראל) שם, בעמ' 235–242.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

אל השיקולים האלה, הנובעים מעצם תפקידו של עורך הדין, מצטרפים שיקולים נוספים. אחדים הינם מכוח עקרונות-על כלליים, כגון האינטרס הציבורי במניעת עבריינות כאינטרס העומד בפני עצמו, ללא קשר לחובת הנאמנות של עורך הדין לחברה. לצידם ייתכנו שיקולים פרטיקולריים יותר, שלא ניתן למנות את כולם, העשויים להטות את הכף לכאן או לכאן, אם נעדיף משטר של סטנדרטים על פני כללים¹⁰⁹ ביחס לחובתם של עורכי דין למניעת הפשע ככלל ולדיווח למשטרה בפרט. כך, לדוגמה, משפטנים שמכירים במעמד הייחודי של victimless crime (וכזה היה, לכאורה, פשע הביגמיה של לקוחתי), עשויים להזכיר עניין זה כשיקול שיוצא כנגד חובת מניעה או דיווח. כך גם בנסיבות שבהן, שלפי נוהלי הפרקליטות, קיימת הנחיה שלא להגיש כתב אישום בגין היעדר עניין לציבור וכו'. שאלה מעניינת נוספת היא אם מוטלת על עורך דין חובה לפעול למניעת פשע כשמדובר בעבירות שהרשויות מפגינות כלפיהן העלמת עין ברורה ועקבית, או במקרים (חריגים במשטרים דמוקרטיים) של עבירות שהן לכשעצמן לוקות בחוסר מוסריות בוטה (כמו, למשל, האיסור הפלילי על "יחסים שלא כדרך הטבע", שהתנוסס בחוק העונשין עד שנת 1988).

לאחר שקילת כלל השיקולים הללו, עמדתי היא שיש ליישב בין ההוראות הסטטוטוריות ובין השיקולים הסותרים באופן כזה שכלל¹¹⁰ יידרש עורך הדין למנוע את הפשע (לפחות על דרך של דיווח למשטרה) כאשר יש לו מידע על פשע חמור שלקוחו עומד לבצע. לעומת זאת, כאשר העבירה אינה מסוג "פשע חמור", לא מוטלת על עורך הדין חובה לדווח על כך למשטרה, ולאור כללי החיסיון והסודיות חל עליו, בנסיבות מסוימות, איסור לעשות כן.¹¹¹ ייתכנו, עם זאת, נסיבות שבהן תחול על עורך הדין החובה

109 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

110 השימוש במילה המסייגת "ככלל" נועדה לאפשר מקרים חריגים ביותר, שבהם אף על פי שהפשע חמור (לפי ההגדרה שאציע להלן), לא יהיה על עורך הדין לדווח עליו למשטרה. מקרים חריגים אלה יתרחשו, למשל, בנסיבות שבהן לא היה כל עניין ציבורי בהעמדת הלקוח לדין נוכח נוהלי הפרקליטות הרלוונטיים לנושא, או כאשר אין אדם קונקרטי או אינטרס ציבורי הנפגעים באופן רציני מהפשע החמור וכו'. אכן, יש בסייג זה כדי לפגוע בוודאות המשפטית, אך סבורני שהוא מתבקש מבחינת האינטרסים המהותיים המוטלים על הכף. כפי שאראה להלן, הקונסטרוקציות המשפטיות שתומכות באיזון המוצע של חובת הדיווח על "פשע חמור" של הלקוח – שימוש בחיבה "אמצעים סבירים" שבס' 262 או איזון בין חובות משפטיות נוגדות – מצביעות גם הן על איזון שאינו יכול להיות "כלל" נוקשה אלא "סטנדרט" או כלל עם חריגים.

111 בכך, אני הולך בדרכו של ד"ר קלינג, אשר סבר שזהו אכן הדין הרצוי, אף כי, בשונה ממני, לא סבר שזהו הדין המצוי בישראל. ראו: קלינג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 415; מהחלטות ועדת הרביזיה בכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, לעיל ה"ש 6, עולה שהיו מקרים שבהם לא ראתה ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין בדיווח של עורך דין על פגיעה בקטין או בחסר ישע, בעקבות מידע שהגיע אליו מלקוחו, משום הפרה אסורה של חובת החיסיון והסודיות: "ועדת האתיקה הארצית נדרשה, במספר מקרים, לחוות את דעתה בשאלה כיצד על עורך דין לנהוג במקרה בו מובא לידיעתו, על-ידי לקוחו, מידע אודות עבירות בקטינים או בחסרי ישע – בין כאלה שבוצעו על-ידי הלקוח; ובין

למניעת פשע, שלא על דרך של דיווח למשטרה, גם במקרים שאינם עולים לכדי פשע חמור צפוי. הדבר נכון בוודאי כאשר הניסיון מתמצה במאמצים מילוליים לשכנע את הלקוח שלא לבצע את הפשע (שאינן בהם כדי להפר את החובה לשמירת הסודיות והחיסיון כלל ועיקר), וייתכן שגם באמצעים אחרים (לדוגמה: יידוע צד שלישי – הקורבן או מאן דהוא אחר – באופן שיסכל את הוצאת הפשע לפועל, במקרים שבהם הדבר פוגע פחות ביחסי האמון והקרבה בין עורך הדין לבין הלקוח – בהשוואה לדיווח למשטרה – או מפר את הסודיות ביניהם באופן מוגבל יותר, וכיוצא באלה אמצעי מניעה אחרים). אין בכוונתי לפרוס רשימת כללים שיכסו את כל סוגי המקרים והנסיבות (ויש שיטענו שממילא מדובר ביומרת שווא).¹¹² אתמקד בטענה שככלל לא קיימת חובת דיווח למשטרה, למטרת מניעת פשע של לקוח, כאשר הפשע אינו עולה לכדי "פשע חמור" (כפי שאגדירו בפרק הבא).

מהי הקונסטרוקציה המשפטית שבאמצעותה יושג האיזון הראוי בין הנורמות והערכים הסותרים? שתי אפשרויות עומדות על הפרק. הראשונה הוזכרה בפתח מאמר זה, ואומצה על ידי השופטת ארבל בעניין [אבוסמור](#). לפי עמדה זו, המונח "אמצעים סבירים", המופיע בנוסח העבירה של "אי־מניעת פשע", הוא מונח "גמיש", המאפשר היעדר תחולה של חובת המניעה "במקרים בהם הקשיים ביישומה של העבירה גוברים על ההצדקות להחלתה".¹¹³ לפי עמדה פרשנית זו, הקושי ביישום העבירה עולה במקרה שזו מתנגשת בחובת הסודיות וחיסיון עורך דין-לקוח. בפרפראזה לדיון שערכה השופטת ארבל, שעה שדנה בסיטואציה ההיפותטית של יחסי הורה-ילד, יהיה זה סביר לדרוש מעורך דין למנוע פשע חמור מצד לקוחו (לרבות על דרך של דיווח למשטרה), אך לא יהיה זה סביר לדרוש ממנו למנוע פשע שאינו חמור (על דרך של דיווח למשטרה), אגב רמיסת הנורמות האתיות של סודיות וחיסיון.

כאלה שבוצעו על-ידי אחרים, אשר הלקוח עצמו מסרב לדווח עליהם, ואף מורה לעורך הדין שלא לעשות כן. ועדת האתיקה בחנה כל מקרה לגופו. עמדתה, בתמצית, הייתה כי במקרה בו אין סכנה עתידית להמשך ביצוע העבירה (קרי, לא מתקיימות הנסיבות המתוארות [בסעיף 262 לחוק העונשין](#)), לא מוטל על עורך הדין לדווח. עוד קבעה הוועדה, כי במקרה בו המידע הנמסר לעורך הדין על-ידי הלקוח הינו אודות עבירה בקטין או בחסר ישע שנעברה על-ידי אחר, על עורך הדין להבהיר ללקוח כי הלקוח חב בחובת דיווח על כך מכוח [חוק העונשין](#). אם הלקוח יסרב, במקרה מעין זה, לדווח, ועורך הדין ידווח על העבירה, ועדת האתיקה לא תראה בכך עבירה אתית". אומנם שם דובר על דיווח ביחס לעבירות שהתקיימו בעבר, אך הדברים נכונים לכאורה, על דרך קל וחומר, ביחס לעבירות עתידיות.

112 Simon, לעיל ה"ש 45, בעמ' 13: "Disciplinary rules should require sound contextual judgement. But any set of rules will leave lawyers a good deal of discretion. For lawyers who take professional responsibility seriously, ethics will never be solely a matter of rule compliance, no matter how the rules are framed. The argument here suggests ways in which lawyers should think about decisions within the range of that discretion".

113 עניין [אבוסמור](#), לעיל ה"ש 13.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

ניתן לבקר את עמדתה של השופטת ארבל בשל העובדה שאינה מעוגנת בלשון החוק. לפי טענה זו, בעוד הסבירות מתייחסת, במילות הסעיף, לאמצעי (דהיינו אופן) מניעת הפשע, השופטת ארבל אינה שואלת אם האמצעי הננקט (או שניתן לדרוש את נקיטתו) הוא סביר, אלא אם **עצם הדרישה לנקוט אמצעי כלשהו למניעת הפשע** (דהיינו עצם הדרישה למנוע את הפשע) היא, בנסיבות העניין (למשל בנסיבות של יחסי קרבה), סבירה.

אף כי הביקורת אינה מופרכת, סבורני ש"עיגון מינימלי" בלשון החוק – וזהו העיגון הנדרש לפי תורת הפרשנות התכליתית – ניתן למצוא בהוראת **סעיף 262** לצורך הפרשנות היצירתית שהציעה השופטת ארבל. בהתייחסה לדוגמה של הורה הנדרש למנוע את פשע הרכוש של בנו ב"אמצעי סביר" כותבת השופטת כי "לא קיים בסיטואציה כזו אמצעי סביר למניעת הפשע ככל האמור באותו אדם, דוגמת אביו של הזומם". מדובר בפרשנות יצירתית אך לא בלתי אפשרית, ולפיה: בנסיבות מעין אלה אין כל אמצעי סביר למניעת הפשע.¹¹⁴

לחלופין אפשר לטעון שאף כי השופטת ארבל אינה מתייחסת לכך מפורשות, הרי שה"סבירות" שהיא מכוונת אליה מתייחסת אכן לאמצעי מניעת הפשע. כך למשל, בעוד האמצעי של דיווח למשטרה לא יהיה סביר בנסיבות המתוארות בדוגמה שהציגה, הרי שהאמצעי של ניסיון להניא את הבן מביצוע העבירה, ואולי גם האמצעי של הזהרת הקורבן הפוטנציאלי (בעל הרכוש בדוגמה הנ"ל), הם אכן "אמצעים סבירים" בנסיבות העניין. בהחלט אפשר להשתמש בגמישות המונח "סבירות" לא רק כדי לברר באילו נסיבות אין זה סביר לדרוש מאדם נקיטת אמצעי מניעה כלשהו לסיכול פשע של אחר, אלא גם כדי לבחון, בנסיבות כאלה או אחרות, איזה אמצעי, מתוך מגוון האמצעים האפשריים למניעת הפשע, הוא האמצעי הסביר בנסיבות העניין, לרבות על רקע מערכת היחסים הייחודית בין הצדדים.

אפילו נאמר שאי אפשר לאמץ את הקונסטרוקציה הפרשנית של השופטת ארבל, ניתן להגיע לאותה תוצאה בדרך פרשנית אחרת. השופטת ארבל ביקשה לנקוט "פרשנות פנימית" **לסעיף 262**, דהיינו כזו שמוציאה מתחולת הסעיף עצמו את חובת מניעת הפשע שאינו חמור במצב של יחסי קרבה (לפחות כשמדובר במניעה על דרך של פנייה למשטרה), אך אפשר להגיע לתוצאה זו בדרך של "פרשנות חיצונית" **לסעיף 262**. אחד מהמקרים שבהם נדרשת משפטנית לפנות לתורת הפרשנות הוא כאשר היא נתקלת בשתי נורמות משפטיות הסותרות זו את זו לכאורה. סתירה כזו קיימת בין החובה האתית לשמור על חיסיון וסודיות (**סעיף 90** ובין כלל **19**),¹¹⁵ לבין החובה מן הדין

114 חיוק לעמדה פרשנית זו ניתן למצוא **בס' 134 לחוק השיפוט הצבאי**. עם זאת, **חוק שיפוט הצבאי** קובע **פטור מוחלט** מחובת הדיווח במקרה של יחסי קרבה משפחתיים (ואינו מגביל את הפטור רק לפשעים שאינם חמורים).

115 ניתן לטעון, שבעוד שס' **90** וס' **262** נמצאים באותה דרגה נורמטיבית (חקיקה של הכנסת), כלל **19** נמצא בדרגה נמוכה יותר בהשוואה לס' **262**, ומכאן שאם אין תחולה לחובת החיסיון – אלא רק לחובת הסודיות – במקרה של מידע על עבירה עתידית מצד לקוח, ס' **262** "יגבר" על כלל **19**. עם זאת, ניתן לדחות טענה זו בנימוק שהרציונל של כלל **19** הוא זכותו של אדם לייצוג, שמקורה **בחוק-**

הפלילי למניעת פשע (סעיף 262), באותה סיטואציה שבה "מי שידע כי פלוני זומם לעשות מעשה פשע" הוא עורך הדין, ומי שזומם לבצע את הפשע הוא לקוחו. הסתירה בין הנורמות המשפטיות הללו מחייבת פנייה לפרשנות תכליתית, שתיישב את הסתירה באופן שיאזן נכונה בין סעיפי החוק המתנגשים והערכים שעומדים בבסיסם.¹¹⁶ איזון נכון בין הנורמות המתנגשות, והערכים והרציונלים שהן מקדמות, יוביל לפרשנות שלפיה כאשר מדובר ביחסי אמון, חובת מניעת הפשע על דרך של דיווח למשטרה תחול, ככלל, רק כאשר מדובר בפשעים חמורים.

אפשר למצוא בדין הישראלי דוגמאות ל"מקבילית כוחות נורמטיבית" בין מידת הקרבה בין נמעני המשפט לבין חומרת העבירה. כך למשל, [סעיפים 3–4 לפקודת הראיות](#) קובעים ש"במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו" ו"אין הורה וילד כשרים להעיד האחד לחובת משנהו". זהו כלל אי-הקבילות במקרה של יחסי קרבה, והרציונל שלו ברור – הגנה על ערך חיי המשפחה ואי-הרצון להעמיד אדם בדילמה מוסרית שתיגרם אם תוטל עליו חובה משפטית להעיד נגד קרובו. עם זאת, [סעיף 5](#) קובע שורה של עבירות פליליות, שביחס אליהן לא יחולו כללי אי-הקבילות המנויים [בסעיפים 3–4](#) הנ"ל, וביניהן: "משפט פלילי בשל [...] חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה" (סעיף [15](#) לפקודה). במילים אחרות, המחוקק איזן בין הערך של שמירה על חיי המשפחה לבין הערך של גילוי האמת ומיצוי הדין עם עבריינים: הערך של חיי המשפחה יגבר במשפטים פליליים שבהם האישום הוא על עבירות פליליות קלות, וייסוג במשפטים פליליים שבהם האישום הוא על עבירות פליליות חמורות.

הנה דוגמה נוספת העוסקת (בין השאר) במערכת היחסים בין עורך דין ללקוח, ובכך אף מתקרבת לתחום עיסוקנו. [סעיף 9 לחוק האזנות סתר](#) קובע כי "חוק זה אינו בא להתיר האזנת סתר לשיחה שעדות עליה חסויה לפי [סעיפים 48 עד 51 לפקודת הראיות](#)". מכוח סעיף זה סירב בעבר בית המשפט העליון באופן מוחלט להתיר האזנות סתר לשיחות

יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: עניין **האגודה לזכויות האזרח בישראל**, לעיל [ה"ש 33](#); עניין **ליברמן**, לעיל [ה"ש 60](#), ס' 5 לפרק "דיון". ראו עוד: זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין", לעיל [ה"ש 77](#), בעמ' 175: "חסיון וסודיות מגינות [צ"ל מגינים] על אותו אינטרס – התקשרות חופשית ומוגנת בין הלקוח לעורך דינו, התקשרות שבלעדיה עלול השירות המשפטי להיכשל, דבר שיפגע בלקוח ועלול בטווח הארוך למנוע מהציבור לפנות ולקבל עזרה מעורכי דין"). כלומר, כלל [19](#) (כמו גם [ס' 48](#) ר' [90](#)) הם קונקרטיזציה של עקרון משפטי בדרגה נורמטיבית גבוהה יותר, של חוק יסוד.

¹¹⁶ במקרה של נורמות סותרות בעלות מעמד נורמטיבי זהה עשויה לעלות שאלה של תוקף הנורמות (או אחת מהן), ולא רק שאלה של פרשנות. ראו [ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויוזם \(1991\) בע"מ](#), פ"ד מט(2) 265, 317 (1995). עם זאת, הלכה של בית המשפט העליון היא שיש להעדיף פרשנות של חוק שתאפשר את תוקפו על פני קביעה שחוק כלשהו הוא חסר תוקף, ראו אהרון ברק [פרשנות במשפט](#) כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 155 (1992). פסיקה זו אומנם נקבעה במסגרת ביקורת חוקתית על חוקים, אך אין סיבה שלא ליישמה גם ביחס לסתירה בין שני דברים חקיקה.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

שקיימו עורכי דין עם לקוחותיהם.¹¹⁷ לאור פסיקה זו, הוסיפה הכנסת לחוק את [סעיף 9א](#) שקובע:

על אף הוראות סעיף 9, רשאי נשיא בית משפט מחוזי או סגן הנשיא [...] להתיר בצו האזנת סתר לשיחה שהעדות עליה חסויה, אם שוכנע שיש יסוד לחשד שעורך דין, רופא, פסיכולוג, עובד סוציאלי או כהן דת מעורב בעבירה ונתקיימו התנאים שבאחד מאלה:

[...]

(2) [...] כשהעבירה היא עבירת רצח, הריגה, עבירה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, או עבירה על עיסקת סמים כהגדרתה ב**פקודת הסמים המסוכנים**, והאזנת הסתר חיונית למניעתה או לחקירתה של העבירה.

עינינו הרואות: המחוקק התיר להאזין בסתר לשיחה שניהלו עורך דין ולקוח, אשר יש לה קשר לשירות המקצועי שנתן עורך הדין ללקוח (שאם לא כן, השיחה אינה חסויה כלל ועיקר לפי [סעיף 48](#)) כשמתקיימים שני מבחנים מצטברים: האחד – קיים חשד שעורך הדין (או איש הפרופסיה האחרת) "מעורב בעבירה"; והאחר – מדובר בעבירה חמורה (שהתבצעה או עומדת להתבצע).¹¹⁸

המחוקק הביע אפוא בשתי הדוגמאות הללו את דעתו שיש נסיבות שבהן קבילות הראיות תושפע מחומרת העבירות שנעברו לכאורה או עומדות להיעבר, וששהגנה על מערכת היחסים ה"ייחודית" עשויה לסגת מפני ערך גילוי האמת ומיצוי הדין עם העברייין במקרים של עבירות חמורות בלבד. אני מציע לערוך איזון דומה ביחס לכלל אי-הקבילות של מידע שהיה לעורך דין ביחס לעבירה עתידית של לקוחו (וחובתו האתית של עורך הדין לשמור את המידע בסוד). לצד זאת, אני גורס שבנסיבות אלה לא זו בלבד שחובת החיסיון או הסודיות של עורך הדין אינה חלה, אלא שקמה לו אף חובת דיווח. נקודה אחרונה זו הכרחית בעיניי נוכח הדין הקיים (דהיינו, סעיף [262](#)). ייתכן שהסדר עדיף הוא זה הקבוע בדין האמריקאי, המעניק לעורך הדין **שיקול דעת** בדבר דיווח למשטרה (בניגוד לחובה משפטית לדווח).¹¹⁹ אלא שלמצב נורמטיבי זה לא נוכל להגיע על דרך הפרשנות, אלא רק באמצעות תיקון חקיקה. במאמרי זה אינני מבקש אלא להציג את הדרך הטובה ביותר לפרש את הדין הקיים.

117 עניין פלוני, לעיל [ה"ש 49](#).

118 לכאורה, המחוקק לא היה צריך להתייחס כלל לעניין "מניעתה" של העבירה, מרשימת העבירות שצייין בס' קטן 2 הנ"ל; שהרי לאור הלכת העבירה העתידית, תקשורת בין עורך דין ללקוח ביחס לביצוע עבירה בעתיד אינה חוסה תחת החיסיון כלל ועיקר. יש בעובדה שהמחוקק כלל התייחסות למניעת עבירה כדי לחזק את העמדה המובאת במאמר זה.

119 ABA Model Rules of Professional Conduct 1.6(b)(1).

1. מהו פשע חמור?

יכולתי לסיים את מאמרי כאן ולהציע שאת ההכרעה באשר לשאלה מהו "פשע חמור" – שאותו מחויב עורך הדין למנוע, גם אם מדובר בפגיעה בחיסיון ובסודיות של עורך דין-לקוח – יערכו בתי המשפט על דרך של "חקיקה שיפוטית", שתתפתח ממקרה למקרה. ואולם, משום שאין מדובר רק בשאלה מתי מותר לעורך הדין להפר את החיסיון והסודיות, אלא מתי חייב לכאורה עורך הדין למנוע את הפשע (החמור), כעניין של נורמה פלילית (ודאת נוכח הוראת סעיף 262), נראה כי ראוי להציע הגדרה ברורה יותר ל"פשע חמור".

אם כן, כיצד נגדיר "פשע חמור"? מה יהיה קו הגבול בין ה"פשע" לבין ה"פשע החמור"? לאחר התלבטות, סבורני שקו הגבול הראוי הוא זה שנקבע בסעיף 51(א)(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], דהיינו עבירות שעונשן מעל שבע שנות מאסר. בעצם הקביעה של המחוקק שעבירות אלה תידונה (ככלל) בבית המשפט המחוזי ולא בבית משפט השלום, הביע המחוקק את עמדתו בדבר היותן חמורות יותר וראויות לתשומת לב מיוחדת.

מעבר לעובדה שיש בחוק בתי המשפט מעין "עוגן" נורמטיבי שניתן להיתלות בו כ"קו גבול" בנוגע לחומרת עבירות, סיבה נוספת לבחירה באמת מידה זו ביחס ל"חומרה" היא ההשוואה לסעיף 15(1) לפקודת הראיות, שהוזכר לעיל. סעיף זה קובע שביחס ל"חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה" לא יחול כלל אי-הקבילות המקובל בנוגע לעדות של בן משפחה. מדובר בהגדרה שלקוחה מתחום דומה – חיסיון שנועד להגן על מערכת יחסים ייחודית (יחסי קרבה משפחתיים), ושמוגבל בנסיבות של עבירות חמורות (אף כי החיסיון בפקודת הראיות מתייחס לעבירות שכבר בוצעו לכאורה, ולא למניעת עבירות עתידיות). עם זאת, קשה לטעון שהאמון והקרבה בין עורך דין לבין לקוח הם בדרגה זהה לזו של האמון והקרבה בין בני זוג, או בין הורים לילדיהם, וראויים לאותה הגנה מבחינה נורמטיבית. על כן, אם החיסיון במקרה של בני משפחה נסוג ביחס לעבירות המנויות בסעיף 15(1) לפקודה, נראה סביר לטעון שהחיסיון (וחובת הסודיות) של עורך דין ייסוג בפני מתחם רחב יותר של עבירות שלקוחו הביע כוונה לעבור (ועורך הדין יוכל להידרש להעיד עליהן, ואף יידרש לדווח עליהן למשטרה).

לכן נקטנו בהגדרה הקבועה בסעיף 15(1) לפקודה, פירוש הדבר היה הגנה יתרה על החיסיון והסודיות "על חשבון" הערך הטמון במניעת מעשי פשע והגנה על צדדים שלישיים תמי לב, כמו גם הערך של תדמית מקצוע עריכת הדין, כמפורט בפרק הקודם.¹²⁰ נראה שגם נוכח ההתבססות של דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין בדין הישראלי, מן הראוי לצעוד באופן הדרגתי ולאמץ, בשלב ראשון לפחות,

120 הדברים נכונים, מקל וחומר, ביחס לרשימת העבירות הקבועה בס' 9א(2) לחוק האוננות סתר, התשל"ט-1979 ("עבירת רצח, הריגה, עבירה שיש בה סכנה לפגיעה בביטחון המדינה, או עבירה של 'עיסקת סמים' כהגדרתה בפקודת הסמים המסוכנים"), אשר עוסק גם הוא בחריג לחיסיון שתלוי בחומרת העבירה. סבורני שרשימת הפשעים המצויה בס' 9ב(ב) הנ"ל מצומצמת מדי, בהתחשב בצורך לאזן בין השיקולים השונים, כפי שהוצגו לעיל. גם ס' 9א(2) הנ"ל עוסק בחריג לאיסור האוננות סתר, ולכן מלכתחילה מדובר ברשימה מצומצמת של עבירות, חמורות במיוחד.

על החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת

הגדרה רחבה יחסית של "פשע חמור", שתכלול לא רק עבירות ברף הגבוה ביותר של חומרה פלילית. עם השנים ייתכן שיהיה מקום לשקול הגדרה צרה יותר, כמו זו המקובלת בדיני האתיקה בארצות הברית.¹²¹

הקביעה שקו הגבול יהיה, ככלל (ובכפוף לשיקולים פרטיקולריים יותר, שצוינו בפרק הקודם), זה של שבע שנות מאסר עשוי להידמות ל"חקיקה שיפוטית", אך אין בתיוג זה דבר. המחוקק הישראלי קבע, כפי שהראיתי לעיל, נורמות סותרות שחלות ביחס לעורכי דין שגילו שלקוחותיהם עומדים לעבור עבירה. בנסיבות אלה, לא תהיה לוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין, ולבתי המשפט, ברירה אלא ליצוק תוכן קונקרטי לאיזון הראוי בין חובות סותרות אלה. מן הסתם, אותו איזון לא יימצא כתוב בנורמה חקוקה, אלא הוא פרי של שקלא וטריא נורמטיבי, כפי שהוצגו במאמר זה.

סוף דבר

הדוגמה שבה פתחתי את מאמרי היא אכן יוצאת דופן. הנסיבות שאפפו את הפשע שעמד להתרחש עוררו חמלה כלפי הפושעת העתידית יותר מאשר גינוי שלה. לעומת המקרה הטיפוסי שעבירת הביגמיה נועדה למגר – זה של גבר הנישא למספר נשים, על רקע תרבות פטריארכלית – הרי שכאן דובר באישה שסבלה בעצמה מנחת זרועה של הפטריארכיה. נוכח המרחק הפיזי בינה לבין בעלה, והפחד שלה מחידוש הקשר עימו, לא הייתה לה יכולת אמיתית להתגרש ממנו. גם בחירה בחיי זוגיות ללא נישואין (עם בן הזוג החדש) לא באמת עמדה לה, שכן שהקהילה האתנית שבקרבה היא חיה בישראל מגנה חיי זוגיות והורות ללא נישואין. ניתן להעלות ספק אם רשויות התביעה, אפילו ידעו על העבירה שביצעה, היו מגישות כנגדה כתב אישום, או שמא סוגרות את התיק בגין חוסר עניין לציבור. כך או כך, גם אילו הוגש כתב אישום, והאישה הייתה מורשעת בדין, עונש חמור ודאי לא היה מוטל עליה. ואולם, דווקא העובדה שעל פי דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין, גם במקרה חריג כזה קמה לעורך הדין חובת דיווח למשטרה, מלמדת עד כמה ההלכה בלתי סבירה, בנוסחה הנוכחי הגורף. כפי שכתב קירקגור: "לאורך זמן נמאס מהדיבורים האינסופיים על הכללי; יש יוצאים מן הכלל. אם אי-אפשר להסביר אותם, אי-אפשר להסביר גם את הכללי."¹²² ההלכה הקיימת מבוססת כזכור על קביעה גורפת, שלפיה מידע על עבירה עתידית של הלוקח לעולם אין לו "קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך דין ללקוח", ומכאן שלעולם אינו חוסה תחת חסיון

121 ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT 1.6(b)(1). הכלל קובע שחריג לחובת החיסיון והסודיות יחול בנסיבות שבהן הגילוי נדרש למניעת מוות או נזק גוף ממשי (to prevent "reasonably certain death or substantial bodily harm").

122 SØREN KIERKEGAARD, REPETITION: AN ESSAY IN EXPERIMENTAL PSYCHOLOGY (Walter Lowrie trans., 1941; 1843); מצוטט אצל: קרל שמיט **תיאולוגיה פוליטית** 35 (תרגום מגרמנית רן הכהן, 2005).

עורך דין-לקוח (ואף לא, כך "נמתחה" ההלכה השגויה, תחת חובת שמירת הסודיות). דווקא המקרה ה"קיצוני" שתיארתי מלמד עד כמה זקוקה ההלכה הקיימת לרביזיה. מעניין להיווכח שביחס לדברי חקיקה ספציפיים שביקשו להטיל על עורכי דין חובת דיווח ביחס לפשעי לקוחותיהם גילו עורכי דין, לרבות לשכת עורכי הדין, מעורבות רבה, בניסיון לבטל חובה זו או לצמצמה. כך למשל, נוכח התנגדות עזה של עורכי דין הוציאה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בהכינה את תיקון 26 [לחוק העונשין](#) (שעוסק בחובת דיווח על פגיעה בקטין או בחסר ישע) להצבעה במליאה, את עורכי דין מרשימת בעלי המקצוע שחבים בחובת דיווח כאמור.¹²³ באופן דומה, לשכת עורכי הדין הייתה מעורבת מאוד בהליכי החקיקה שנגעו לחובות דיווח (ביחס ללקוחותיהם) לפי [חוק איסור הלבנת הון](#).¹²⁴ עם זאת, דווקא ביחס לחובה הכללית וה"ותיקה" של מניעת פשע, זו שקבועה ב**סעיף 262 לחוק העונשין**, הפגינה לשכת עורכי הדין התעלמות מוחלטת; זו לא השתנתה גם לאחר אמרת האגב המעניינת, שנושאת עימה פוטנציאל של שינוי, של השופטת ארבל בעניין [אביסור](#).

הצעתי היא שבנסיבות של יחסי עורך דין-לקוח, החובה למנוע פשע (למצער על דרך של דיווח משטרה) תחול ככלל ביחס לעבירות חמורות יחסית, שהעונש בצידן עולה על שבע שנות מאסר (בניגוד להגדרה הנוכחית של "פשע", דהיינו עבירה שהעונש בצידה עולה על שלוש שנות מאסר). הצעתי זו משקפת את הערך הרב שאני מייחס ליחסי האמון בין עורך הדין ללקוח. כל הסדר שיפגע ביחסי האמון הללו עלול לפגוע באיכות הייצוג המשפטי לכלל נמעני המשפט, ובמיוחד לחלשים שבהם.

[חוק העונשין](#) כולל מאות עבירות שונות מסוג פשע. חלקן (ככלל, או בנסיבות מסוימות) אינן מרעידות את אמות הספים המוסריות במידה המצדיקה את הפגיעה ביחסי האמון בין עורך דין ללקוחו. ראוי, על כן, לסייג את דוקטרינת החובה למניעת הפשע על ידי עורך הדין, לפחות בכל הנוגע למניעה באמצעי של דיווח למשטרה, כך שתחול אך ורק ביחס לפשעים חמורים יחסית. בה בעת, ראוי תמיד לשקול, ואולי גם להותיר שיקול דעת לעורכי דין בבחינת הנושא, אם יש נסיבות חריגות שמצדיקות סטייה מאמת מידה זו, מחד גיסא, ואם יש אפשרות למנוע את הפשע באמצעים אחרים, שלא על דרך דיווח למשטרה דווקא, גם במקרים של עבירות חמורות, מאידך גיסא. אין צורך להמתין לשם כך לתיקון חקיקה. אפשר בהחלט להגיע לתוצאה זו על פי פרשנות סבירה של הדינים הקיימים. ויפה שעה אחת קודם.

123 [ס' 368 לחוק העונשין](#). על התנגדות עורכי הדין ראו: יצחק קדמן ["במותה ציוותה לילדים רבים את החיים: חובת הדיווח על עבירות בילדים: רקע, סקירה ומהות"](#) [משפחה במשפט](#) ג-ד 337, 340-341 (התשס"ט-התש"ע).

124 אלף, לעיל ה"ש 87 (למשל, בעמ' 284: "מטבע הדברים, וכפי שיתואר בהמשך, עיקר הוויכוח לגבי הטלת חובות על עורכי דין, נסב סביב החלת חובת הדיווח. עמדת לשכת עורכי הדין בנקודה זו הייתה בלתי-מתפשרת").