

ניגוד עניינים ואתיקה של עורכי דין: היבטים מוסדיים

נטע זיו

1. מבוא

אחד העקרונות המרכזיים באתוס המקצועי של עורכי הדין הוא הנאמנות ללקוח. הפרדיגמה הדומיננטית מדמיינת ציר שעובר בין עורך הדין לבין לקוח יחיד, שכלפיו חב עורך הדין נאמנות מרבית ואת ענייניו עליו לשים בראש סדר עדיפויותיו. למרות קיומם של חריגים לחובת הנאמנות (למשל החובה המקבילה של עורכי הדין לעזור לבית המשפט 'לעשות משפט' או החובה למנוע ביצוע עתידי של מעשה פשע), ועל אף הקושי להגדיר לעתים את זהותו של ה'לקוח' (למשל בעריכת דין חברתית-ציבורית או בייצוג תאגידים), פרדיגמה זו היא יסוד מוסד בעבודתם של עורכי דין.

אחת הנגזרות הישירות מחובת הנאמנות ללקוח היא האיסור המוטל על עורכי דין להיות במצב של ניגוד עניינים. הנחת יסוד היא שנאמנות ללקוח מחייבת נטרול נאמנויות לאחר, בין שאותו אחר הוא עורך הדין עצמו, לקוח אחר או כל אדם שכלפיו יש חובת נאמנות סותרת. קיומה של חובת נאמנות או מחויבות נוגדת כלפי מי שאיננו הלקוח נתפסת כפגיעה ביכולתו של עורך הדין למלא את תפקידו הראשוני והמרכזי כראוי. וכך מסביר זאת השופט ד"ר גבריאל קלינג:

יסוד מוסד הוא כי עו"ד ימנע להקלע למצב שבו יעמוד בפני ניגוד עניינים. אמנם עורכי דין אמונים על טיעון שיתמוך בענייניו של

* אני מבקשת להודות מקרב לב לד"ר לימור זר-גוטמן על ההשקעה והתרומה הגדולה למאמר זה ועל שהאירה לפניי כמה נקודות חשובות שבלעדיהן המאמר לא היה נכתב כפי שנכתב. אני מבקשת להודות אף לקרן הלפרין על עבודתה המסורה על המאמר ולד"ר דורון נבות על ההערות המועילות לטייטה הראשונה.

הלקוח, גם אם טיעון זה סותר קו שאותו אימץ עו"ד בעניין אחר. לכאורה יכול היה עוה"ד להעלות טיעון היפה לכל אחד מבעלי הדין. אולם אין עוה"ד יכול לפצל את אישיותו ולטעון באותו ענין לשני בעלי הדין. לא יעלה על הדעת לצפות כי עו"ד שבידו מידע שהגיע מלקוח פלוני ימחק את העניין מזיכרונו בבואו לטפל באותו עניין עבור צד אחר. טעם נוסף לאיסור בעניין ניגוד ענינים, חשוב לא פחות מקודמיו, גם לו היה עורך הדין עושה מוחו מחיצות מחיצות לעניין המידע שהוא מקבל מכל לקוח, וגם לו התעלה והעלה טיעונו של כל אחד מהצדדים במיטב היכולת והכשרון עדיין היו הלקוחות או אחד מהם משתאים ולא מאמינים לחזונו של אדם, הגם שהוא עורך דין הטוען בה בעת כי חפץ מסוים הוא גם שחור וגם לבן. הלקוחות עלולים לאבד אימונם באותו עורך דין ואף בכל עורכי הדין [...].¹

ואכן, אף שהאיסור על הימצאות בניגוד עניינים הוא אחד מיסודות יחסי עורך דין-לקוח, והוא נתפס כמובן מאליו, מן הראוי להתעכב קמעה על משמעות ההנחות העומדות ביסודו, מכיוון שהן משקפות פרובלמטיזציה וסתירה פנימית אינהרנטית לרעיון הייצוג של לקוח בידי עורך דין. כידוע, יסוד מוסד אחר בעבודת עורכי דין הוא דווקא היכולת ליצור הפרדה בין פעולה מצדם שנעשית בזמן ייצוג לקוח לבין עמדה אחרת שבה הם מחזיקים (בין שזו עמדה אישית שלהם או עמדה בשם לקוח אחר). הפרדה זו מכונה לעתים 'עקרון הניטרליות'. עקרון הניטרליות מניח נתק בין הממד האישי לבין הממד המקצועי של עורך הדין כמובן זה שאין זיהוי של עורך הדין עם העניין שהוא מייצג. במילים אחרות, בפעלו בשם לקוחו אין עורך הדין מוחזק כמי שפועל על פי מערכת הערכים, האינטרסים וכללי ההתנהגות האישיים שלו, אלא של לקוחו. הוא אינו נתפס כאחראי לתוצאות הייצוג, וגם בכך החברה מכירה בהפרדה בין הממד האישי לבין

1 גבריאל קלינג 'ניגודי ענינים' הפרקליט, גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 75 (1987). על היבטים השוואתיים של ניגוד עניינים לעורכי דין ראו, GEOFFREY C. HAZZARD, JR. & ANGELO DONDI, LEGAL ETHICS: A COMPARATIVE STUDY 179-186 (Stanford: Stanford University Press, 2004)

הממד המקצועי של פעולתו.² הכרה זו – על אף היותה בעייתית ולעתים קשה להצדקה³ – נחשבת הכרחית בגלל האינטרס הציבורי החזק להבטיח לכל אדם ייצוג משפטי, אינטרס שהיה נפגע אילולא הבטיחה החברה לעורכי הדין מעין 'בטוחה' חברתית-מקצועית נגד הטלת אחריות אישית לתוצאות הייצוג.

אולם ברור שנתק זה אינו בלתי מוגבל, ויש המעלים ספק אם הוא אפשרי בכלל או, לחלופין, ראוי.⁴ ישנה מודעות לכך שהפרדה זו היא במידה רבה מלאכותית: בחלקה היא פיקציה שנועדה לאפשר לעורכי דין לייצג לקוחות בלי שיווהו עם (be identified with) עניינו של הלקוח המיוצג. אחרי הכול עורכי דין הם בני אדם ולא מכונות, וכפי שמתאר זאת בציוריות השופט ד"ר קלינג, עורך הדין אינו יכול 'לפצל אישיותו' או 'לעשות מוחו מחיצות מחיצות'.⁵ אני סבורה כי סוגיית ההפרדה בין עמדתו/זהותו של עורך הדין בזמן ייצוג לקוח לבין מחויבויות אחרות שלו (לעצמו, לאחר) היא הציר המרכזי שסביבו מתעצבת ומתגבשת האידאולוגיה המקצועית, כלשונם של רוברט נלסון ודייוויד טרבק (Nelson and Trubek), של הפרופסיה המשפטית.⁶ זהו הציר שסביבו מגדירה הפרופסיה את האופן שבו יש ליישב בין מחויבויותיה המרובות (ולעתים סותרות), שאיפותיה והמגבלות וההדלמות של עורכי דין – ושם אפשר לאתר את ה־ *praxis* הפרופסיונלי המשלב בין תאוריות לפרקטיקות קונקרטיות של החברים והחברות בפרופסיה.

ההכרה בכך שעורכי דין מוגבלים ביכולתם להפריד בין האישי למקצועי מתבטאת אף בכללים האתיים החלים עליהם. חשיבותה המרכזית של חובת הנאמנות ללקוח מובילה לכך שכללי האתיקה מתירים, וכפי שאדגים בהמשך,

- 2 לעניין עקרון היעדר האחריות ראו למשל: William H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 Wis. L. Rev. 29 (1978)
- 3 ראו בעניין זה נטע זיו 'אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג: מאחריות מוסרית לאחריות משפטית' דין ודברים א 201, 203 (2004) (להלן: זיו, 'אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג').
- 4 לביקורת זו ראו למשל Richard Wasserstrom, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, 5 HUMAN RIGHTS 1 (1975); David Luban, *The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper*, 1986 AM. B. FOUND. RES. J. 637 (1986)
- 5 גבריאל קלינג **אתיקה בעריכת דין** 163 (תל אביב: לשכת עורכי הדין, 2001).
- 6 להגדרה של פרופסיונליות ראו Robert L. Nelson & David M. Trubek, *New Problems and New Paradigms in Studies of the Legal Profession*, in *LAWYERS' IDEALS, LAWYERS' PRACTICES: TRANSFORMATIONS IN THE AMERICAN LEGAL PROFESSION* 1, 5 (Robert L. Nelson et al. eds., Ithaca: Cornell University Press, 1992)

לעתים אף מחייבים, עורכי דין להימנע מייצוג כאשר ישנה מניעה משמעותית לפעול בנאמנות למען לקוחם. מניעה זו יכולה לנבוע ממקורות אחדים: חובת נאמנות נוגדת לאדם אחר; ומצבים שבהם לעורך הדין אינטרס אישי שלו – כספי, ערכי, רגשי – העלול למנוע ממנו לפעול בדרך המגשימה באופן מיטבי את ענייניו של לקוחו. כללי האתיקה של עורכי דין רואים בכל אחד ממקורות אלו סוג של 'ניגוד עניינים': מחויבות כלפי אדם אחר דינה כדין ניכור עז כלפי הלקוח או עניין כספי העומד בניגוד לזה של הלקוח.

כך למשל, ההוראה בכלל 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, מרשה לעורך דין לא לקבל על עצמו ייצוג לפי שיקול דעתו המוחלט, וכן מאפשרת לו בתנאים מסוימים להפסיק את הטיפול בשל חילוקי דעות בינו לבין לקוחו על אופן הטיפול (כלל 13). כלל 14(א) לכללי האתיקה מורה לעורך הדין להימנע מלייצג לקוח 'אם קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפיו בשל עניין אישי שלו'. הוראות אלו מכירות בעצמאותו של עורך הדין ובמגבלות ההבניה של זהות האינטרסים בינו לבין לקוחו, העומדת בבסיס עקרון הניטרליות והיעדר האחריות. ברור שלא כל מצב של היעדר זהות בין ענייניו של עורך הדין לזה של הלקוח יגיע לכדי ניגוד עניינים, והכללים בעניין זה נועדו לקבוע נורמות התנהגות כאשר היעדר הזהות הגיע לדרגה שבה אותה הפרדה כבר אינה אפשרית.

העיסוק בניגוד העניינים של עורכי דין יורד אפוא לשורשו של תפקידם המקצועי ולמהותו. לא מפתיע, אם כן, שלסוגיה זו השלכה ברמות משפטיות רבות, והיא מופיעה בכל מיני צורות בהסדרה המשפטית הנלווית לעבודתם המקצועית של עורכי דין.

במאמר זה אתמקד בנושא ניגוד העניינים של עורכי הדין ככל שזה נוגע לנאמנויות סותרות בין שני לקוחות (או בין לקוח לבין אדם אחר שכלפיו נוצרה חובת נאמנות מתוקף תפקידו של עורך הדין).⁷ נקודת המבט שלי תופנה להסדרה

7 על אף סמיכות העניינים אבקש להבחין בין ניגוד העניינים הנובע מענייניו האישי של עורך הדין לבין ניגוד עניינים שמקורו בחובת אמון (או נאמנות) שיש לו כלפי אחר (בדרך כלל לקוח). כאשר נוצר ניגוד עניינים בין ענייניו האישי של עורך הדין לבין לקוחו (נושא שבו לא אעסוק בהרחבה במאמר זה), יש בכך גם היבט כללי שאינו ייחודי לעורכי דין וגם היבט המייחד עורכי דין ככאלו. ההיבט שאינו ייחודי לעורכי דין משותף למצבים רבים אחרים שבהם קיימת חובת אמון כלפי אדם אחר או כלפי ציבור מסוים או בלתי מסוים, ואילו האינטרס

המשפטית של מגוון מצבים שבהם התעורר ניגוד העניינים, והנורמות המשפטיות שנקבעו בהם מבחינת סטנדרט ההתנהגות הנדרש מעורכת הדין ומבחינת התוצאה של קיום ניגוד עניינים. אדון בארבעה מצבים משפטיים שבהם מתעוררת הסוגיה:

- א. ניגוד עניינים כעברת משמעת שבגינה עלול עורך הדין לעמוד לדין משמעתי.
- ב. מניעת ייצוג משפטי בהליך עתידי או תלוי ועומד מחמת היותו של עורך הדין במצב של ניגוד עניינים.
- ג. אחריות אזרחית של עורך דין כלפי מי שנפגע מכך שעורך הדין היה במצב של ניגוד עניינים בעת שייצג אותו או בעת שהיה עליו להגן על האינטרס שלו.
- ד. ביטול הליך משפטי בשל פגם בייצוג שנבע מכך שעורך הדין היה במצב של ניגוד עניינים.

הניתוח במאמר מתייחס אפוא להליכים משמעתיים, להליכים אזרחיים ולהליכים פליליים. היחס בין שלושת המצבים המשפטיים הללו איננו אחיד במובן זה שאותה מערכת עובדתית עשויה להוליד מסקנות משפטיות שונות. אף הזיקות בין הממד האזרחי-פלילי-משמעתי אינן אחידות. ככלל, ייתכנו מצבים שבהם הטלת אחריות פלילית תוביל ישירות להטלת אחריות משמעטית בגין אותו מעשה, למשל במקרים שעליהם חל סעיף 75 לחוק לשכת עורכי הדין בדבר עברה שיש עמה קלון.⁸ במקרים אחרים אותה מערכת עובדתית תוביל למסקנות משפטיות מסוג אחד בהליך אזרחי ולאחרות בהליך המשמעתי. כך התנהגות שבעקבותיה תוטל על עורך דין אחריות נזיקית כלפי לקוחו (למשל רשלנות מקצועית) לא בהכרח תוביל להטלת אחריות משמעטית על עורך הדין על הפרת חובת הנאמנות ללקוח, מכוח סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין או כלל 2 לכללי האתיקה.⁹ במקרים אחרים קיומו

האישי של מי שחב את האמון מנוגד לכך. בכך לא שונים עורכי הדין מכל מי שממלא תפקיד ציבורי או מקצועי המוליד חובת אמון כלפי אחר.

8 סעיף 75 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, קובע כך: 'עורך-דין שהורשע בבית משפט או בבית דין צבאי בפסק סופי בשל עברה פלילית, רשאי בית דין משמעתי מחוזי, על פי בקשת קובל, להטיל עליו אחד העונשים האמורים בסעיף 68, אם מצא שבנסיבות הענין היה בעברה משום קלון'.

9 קלינג, אתיקה בעריכת דין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 444. על היחס שבין רשלנות מקצועית לעברת משמעט ראו למשל בר"מ (משמעת עו"ד ת"א) 140/00 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב נ' פלוני (פורסם בנבו) (להלן: בר"מ 140/00).

של כלל משמעותי הוא משום אינדיקטור אחד המובא בחשבון בד בבד עם שיקולים אחרים לצורך הכרעה בשאלה אם מן הראוי להטיל אחריות אזרחית על עורך הדין, אולם אין השלכה אוטומטית מדין לדין. חוסר העקביות הנ"ל, המוצא את ביטויו גם בסוגיית ניגוד העניינים, מבטא ולו ביטוי חלקי את הטיעון במאמר. אפשר להסבירו במונחים פוזיטיביסטיים המדגישים את הדוקטרינות המשפטיות השונות של ההליך המשמעותי-אזרחי-פלילי, התכלית השונה של כל הליך והאינטרסים הציבוריים השונים העומדים בבסיס כל אחד מהם. אולם אני סבורה כי גם שיקולים חיצוניים, כגון אלו שעליהם אצביע בהמשך, יכולים להסביר את חוסר האחידות במשמעות המשפטית שלהם.

בכל אחד מהמצבים שייבחנו, הסטנדרט המשפטי להסקת מסקנה משפטית מקיומו של ניגוד העניינים הוא שונה: רמת הוודאות הנדרשת, הדרישה לקיומו של נזק, ודאות התקיימות הנזק ומהותו אינם זהים. אבקש לעמוד על הסברים אפשריים לכך אגב איתור שיקולים מהותיים ומוסדיים העומדים בבסיס הדוקטרינות המשפטיות. בתמצית, טענתי היא כי בין בתי המשפט לבין לשכת עורכי הדין מתקיים מתח מתמיד על הבכורה בעיצוב הנורמות המשפטיות החלות על עורכי דין, והם פועלים לשם השגת בכורה זו תוך כדי התחשבות באילוצים אחרים המאפיינים את ההליך שבו מדובר.

ללשכה יש עניין להבנות את דימויה של הפרופסיה כמי שממלאה תפקיד ציבורי נעלה: שמירה על נאמנות ללקוח והגנה על עניינו. מטרה זו מושגת בין היתר באמצעות קביעת רף משמעותי גבוה בתחום ניגוד עניינים (המשקף את ערך חובת הנאמנות ונגזר ממנו) ובהבעת התנגדות להענקת סמכות לבית המשפט לעצב נורמות בתחום זה בהליכים למניעת ייצוג מחמת ניגוד עניינים. מן העבר האחר, בתי המשפט מובילים את עיצוב הנורמות ההתנהגות של עורכי דין במהלך פיתוח המשפט האזרחי, ובייחוד באמצעות עולות הרשלנות, המהווה מסגרת נוחה במיוחד לפיתוח חובות אלה. לעומת זאת בהליכים פליליים שבהם מועלית טענת כשל בייצוג מחמת ניגוד עניינים, עלולה קבלת הטענה להחליש את מעמדו של השופט כגורם המכריע בקביעת תוצאות ההליך המשפטי (בשל הסתת מרכז הכובד אל תפקוד עורך הדין), ומשכך ממעיטים בתי המשפט לקבל טענה זו ומחמירים בסטנדרט של ניגוד העניינים בהתאם.

2. ניגוד עניינים כעברת משמעת

האיסור בדבר ניגוד עניינים זוכה לפירוט רב יחסית בכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, ואף החלטות מוסדות הלשכה (ועדות האתיקה ובתי הדין המשמעתיים) בענייניו מגוונות ומרובות.

הכללים: על הסוגיה חולש כלל 14 לכללי האתיקה המסדיר את המצבים הבאים: ייצוג הנעשה כאשר לעורך הדין עניין אישי נוגד לזה של המיוצג (כלל 14(א)), ייצוג בריבזמן של צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין (כלל 14(ב)) וייצוג נגד לקוח קבוע (כלל 14(ג)). הוראה זו עוסקת אפוא בייצוג שנעשה בריבזמן ובד בבד עם ייצוג נוגד. כלל 14(ד) מכיר בכך שישנה אפשרות להתנות על חלק מהמצבים הנ"ל (ייצוג שני צדדים באותו עניין וייצוג נגד לקוח קבוע), כאשר מדובר ב'עריכת הסכם' וכן 'על טיפול בעניין שהצדדים הסכימו, בכתב, כי ייעשה בידי אותו עורך דין'. נראה שהתניה זו כפופה, עם זאת, להוראה הכללית בכלל 14(א) האוסרת על ייצוג בכל מצב שבו עורך הדין לא יוכל למלא את חובותיו המקצועיות כלפי לקוחו.

נהוג אף להתייחס אל כלל 16 במסגרת הדיון על ניגוד עניינים. כלל 16 עוסק בייצוג הנעשה נגד לקוח בעניין או בקשר לעניין שבו טיפל עורך הדין למען אותו לקוח, וכן אוסר עליו לטפל נגד לקוח בעניין ש'אליו יש זיקה של ממש למידע' שקיבל עורך הדין מן הלקוח בעבר. כלל 16 יכול לחול כאשר הלקוח הראשון כבר אינו לקוחו של עורך הדין, והייצוג של לקוח חדש יוביל את עורך הדין לפגוע בחובת הנאמנות כלפיו. כמו כן חל הכלל על מצבים שבהם עדיין שוררים יחסי עורך דין-לקוח בין השניים, אולם טיפול בלקוח מאוחר יהיה משום טיפול 'נגד' אותו לקוח קודם.

כלל 15 האוסר על עורך דין לטעון 'נגד כשרות' מסמך או עסקה שהוא השתתף בעריכתם או בטיפול בהם, אף הוא קשור לעניין. להוראה זו יכולים להיות כמה רציונלים. ראשית, ההנחה היא שעורך דין שעורך הסכם בשם לקוח אחד לא יוכל, מן הסתם, לטעון בשם לקוח אחר באופן נמרץ ומשכנע שהמסמך או העסקה אינם כשרים, מאחר שיש בכך להטיל דופי בעצמו ובעבודתו. שנית, ומן העבר האחר, יש חשש כי ייעשה שימוש במידע שנתן הלקוח המיוצג הראשון בזמן הטיעון כנגד המסמך או העסקה. ולבסוף, יש כאן חשש ממראית עין לא מחמיאה: הכיצד יכול

עורך דין לטעון נגד פעולה שבה הוא היה מעורב מבחינה מקצועית? פעולה שכזו מעמידה את עורכי הדין בעין רעה מבחינת דימויים וישרתם.

כלל 17 אוסר על עורך דין לייצג אדם בעניין שבו שימש בורר, ונדמה שאין צורך להכביר מילים בהגיונה של הוראה זו.

פרט לכללים אלו ישנן הוראות מיוחדות המגבילות עורכי דין בייצוג חברות ציבוריות שבהן עורך הדין משמש דירקטור;¹⁰ האוסרות על ייצוג רוכש דירה בד בבד עם ייצוג הקבלן המוכר;¹¹ ולאחרונה תוקנו ההוראות המסדירות עיסוק נוסף של עורכי דין, ואף הן מבוססות על הרצון למנוע ניגוד עניינים בין פעולה כעורך דין לבין פעולה במסגרת העיסוק האחר.¹²

מוסדות הלשכה: ככלל, מוסדות לשכת עורכי הדין העניקו פרשנות מרחיבה לאיסור המשמעותי בדבר ניגוד עניינים. בדומה לכלל החל על נושאי תפקיד ציבורי, האיסור הוגדר כחל על עצם ההימצאות במצב של ניגוד עניינים ולא על החלטות שהתקבלו כאשר עורך הדין היה בניגוד עניינים, או על פגיעה שנגרמה למאן שהוא מייצוג שכזה. בתי הדין המשמעותיים נסמכו בהקשר זה על מאמרו המכונן של השופט ברק 'ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד', והם נוהגים לצטט את האמור בו בנוגע לאופיו של האיסור החל על עורכי דין: גם לגבי עורכי דין, קבעו, 'הכלל האוסר ניגוד עניינים, משמעו איסור על אדם להימצא במצב כזה. האיסור אינו רק על שיקול הדעת בביצוע הפעולה או התפקיד. האיסור הוא על המצאות במצב שבו עלול להיות ניגוד עניינים'.¹³

דוגמה יפה ליישום הכלל בדבר ניגוד עניינים נמצאת בהחלטת בית הדין המשמעותי בעניינו של עורך דין שייצג לקוחות כנגד חברת ביטוח שלה נתן

10 כללי לשכת עורכי הדין (דירקטורים בחברה ציבורית), התשמ"ט-1988.

11 כללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעיסקאות בדירות), התשל"ז-1977.

12 כללי לשכת עורכי הדין (עיסוק אחר), התשס"ג-2003.

13 אהרן ברק 'ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד' משפטים י' 11, 12 (1980). צוטט למשל בבר"מ (משמעת עו"ד ת"א) 69/97 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב נ' פלונית (פורסם בנבו) (להלן: בדר"מ 69/97); בדר"א (משמעת עו"ד ארצי) 9/91 לשכת עורכי הדין בישראל – ועד מחוז תל-אביב-יפו נ' פלוני, פדי"מ נה 29, 33 (1994) (להלן: בדר"א 9/91). באופן כללי ראו אילן בומבך 'ניגוד העניינים כעברה אתית' עט ואתיקה 62, 1 (יולי 2001). כמו כן ראו לעניין זה בדר"מ (משמעת עו"ד י"ם) 6/77 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים נ' פלוני, פדי"מ א 321 (1978).

שירותים קבועים, אם כי בתיק נפרד. בית הדין אשר ראה במצב שכזה ניגוד עניינים טרח והסביר את עמדתו בדבר היכולת לתת שירות משפטי טוב ללקוח: 'לכאורה, הדבר נראה בלתי אפשרי, בלתי אמין וגם בלתי אנושי, במובן זה שאדם, בשר ודם, אינו יכול להגיע לרמת הפרדה וניתוק כזו בעת ובעונה אחת, שהרי אין מדובר כאן בפעולה מכאנית או טכנית, שאין כל משמעות ו/או השלכה על טיבה ואחת היא עבור מי היא נעשית'.¹⁴ בית הדין לא בדק אם נזק ללקוח מהייצוג והרשיע את עורך הדין בשל כך שהעניק ייצוג בהיותו בניגוד עניינים.¹⁵

פרשנות רחבה נעשתה גם כשדובר בהפעלת כלל 16(א)(2) האוסר על שימוש במידע כנגד לקוח. בית הדין הרשיע עורך דין בהפרת כלל זה בכך שייצג לקוח חדש נגד לקוח לשעבר בעניין קרוב לזה שייצג את הלקוח הקודם. ההרשעה, לטעמו של בית הדין, באה בעקבות כך שלא מן הנמנע היה לסבור כי במסגרת טיפולו בתיק החדש יהיה על הנאשם להשתמש במידע אודות המתלונן אשר הגיע לידי הנאשם במסגרת ייצוגו את המתלונן, בשל העובדה כי המדובר בתיק נגד המתלונן.¹⁶ בשני המקרים החיל בית הדין 'מבחן אובייקטיבי': לא היה צורך להצביע על מידע ספציפי שנעשה בו שימוש, אלא היה די בכך 'שלא מן הנמנע' שייעשה שימוש במידע שכזה.

הרחבה נוספת של תחולת הכלל נעשתה בפרשנות למונח 'אותו עניין'. בתי המשפט (שדנו בערעורים על בתי הדין המשמעתיים של הלשכה), בתי הדין המשמעתיים וועדות האתיקה קבעו בעקביות כי אי-אפשר לחמוק מהאיסור על פעולה בניגוד עניינים באמצעות הבחנות מלאכותיות בהגדרת 'העניין' המטופל במצב של ניגוד אינטרסים.¹⁷ בעניין קובלר נקבע כי האיסור בדבר ייצוג בניגוד עניינים באותו עניין 'חל על אותם נושאים, שבדרך הטבע ועל פי מידת ההיגיון

14 בד"א 9/91, לעיל ה"ש 13, בעמ' 32.

15 שאלת חשיבות הנזק שנגרם ללקוח בהליך המשמעתי שנויה במחלוקת. הדעה הרווחת היא שנוק אינו תנאי להתקיימות הפרת חובתו הבסיסית של עורך הדין לפעול בנאמנות ובמסירות עבור לקוחו. עם זאת, יש הבוחנים את הנזק כחלק מבחינת חומרת המעשה, העשויה להשליך על ההכרעה אם הופרה חובה זו. ראו למשל בד"מ 140/00, לעיל ה"ש 9.

16 בד"מ (משמעת עו"ד ת"א) 39/00 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו נ' פלוני (פורסם בנבו).

17 פסק הדין המרכזי בעניין זה הוא על"ע 6/88 קובלר נ' הועד המחוזי תל אביב, פ"ד מה(4) 329 (1991) (להלן: עניין קובלר).

קשורים באותו עניין, אפילו אם אינם מהווים חלק ממנו.¹⁸ האיסור הוחל – במגבלות מסוימות – גם כלפי מי שלא השתכללו בינו לבין עורך הדין יחסי עורך דין-לקוח בהגדרתם המלאה, אלא רק יחסי אמון מתוקף הקשר המקצועי,¹⁹ אף כי בית הדין היה מודע להשלכות החלוקתיות שיש לקביעה זו על יכולתם של לקוחות מסוימים למצוא לעצמם ייצוג משפטי ראוי במקרה שהכלל יורחב יתר על המידה.²⁰

ייצוג משותף של שני לקוחות מעלה שאלות לא פשוטות של ניגוד עניינים. במקרים רבים, בזמן הייצוג מתגלעת מחלוקת בין שני לקוחות שלא הייתה קיימת בראשיתו. במצבים אלו עורך הדין נקלע למצב של ניגוד עניינים שלא היה קיים בתחילת הייצוג.²¹ בתי הדין התייחסו במקרים אחדים למצב זה והבהירו כי על עורכי הדין להקפיד ולתת את הדעת על האפשרות של השתנות הנסיבות, ואם מתעורר מצב של ניגוד עניינים בין שני לקוחות – עליהם להימנע מייצוג, אלא אם כן ביכולתם למלא את חובותיהם במלואן כלפי שני הלקוחות.²² חשוב להדגיש כי הרחבת האיסור מטעם לשכת עורכי הדין נעשית לא רק בהליכים משמעותיים (המבררים את הסוגיה בדיעבד), אלא גם במצבים של 'חוות דעת מוקדמת' (preruling), במקרים שבהם עורכי דין פונים אל ועדות האתיקה של הלשכה כדי לברר כיצד עליהם לפעול במצבים שאליהם נקלעו. אפשר לטעון כי

18 בד"מ (משמעת עו"ד חי') 53/01 לשכת עורכי הדין מחוז חיפה והצפון נ' עו"ד ג' (פורסם בנבו); וכן בד"מ (משמעת עו"ד י"ם) 3/78 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים נ' פלוני, פד"מ ב' 93 (1979); בד"מ 69/97, לעיל ה"ש 13.

19 בד"מ 53/01, לעיל ה"ש 18: 'לקוח' – ייחשב גם מי שהקשר שלו עם עורך הדין רופף ואף אם לא שילם שכ"ט, שם פס' 10 להחלטה.

20 בד"מ (משמעת עו"ד ת"א) 18/98 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני (פורסם בנבו) (להלן: בד"מ 18/98); וכן זיו, 'אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג', לעיל ה"ש 3.

21 על הבעייתיות בייצוג נאשמים במשותף ראו לימור זר-גוטמן 'ייצוג משותף של נאשמים על ידי עורך דין אחד' הסניגור 40, 3 (יולי 2000); לימור זר-גוטמן 'השפעת זכויות הנאשם על חובותיו האתיות של הסניגור הפלילי' מחקרי משפט כ(1) 45, 62-70 (2003).

22 ראו בעניין זה בד"מ (משמעת עו"ד דרום) 10/00 לשכת עורכי הדין מחוז הדרום נ' פלוני (פורסם בנבו), שם נאמר על ידי בית הדין: 'עורך דין המקבל עליו ייצוג של בני זוג, וכפי שאמרת לעיל, הייצוג הוא לכל אחד מהם בנפרד, חייב חובת נאמנות ומסירות לכל אחד מהם בנפרד [...] במקום שקיים חשש או ספק כל שהוא בדבר האפשרות לניגוד עניינים אין עורך הדין יכול ורשאי להתעלם מן האינטרסים של כל אחד מבני הזוג אותם הוא מייצג ולפעול על פי הוראותיו של האחד, שמא הוא פוגע באינטרסים של בן הזוג השני (או השותף)'.²³

בחינת הליכים מסוג זה משקפים טוב יותר את סוג הבעיות היום-יומיות שעורכי דין מתמודדים אתן, מכיוון שהם נסמכים על פניות של עורכי הדין עצמם ולא על תלונות חיצוניות על התנהגות שנטען עליה, לכאורה, שיש בה פגם משמעותי. בחינת החלטות ועדות האתיקה מחמש השנים האחרונות (שפורסמו) מעלה שגם בשלב של קבלת חוות דעת מראש, עמדת ועדות האתיקה של הלשכה היא עקבית, ונטייתה היא להרחיב את קשת המצבים שבהם נאסר על עורכי דין לקבל על עצמם ייצוג או להמשיך בו מחמת חשש לניגוד עניינים. הוועדות מקפידות מאוד על מניעת ניגוד עניינים כאשר עורך דין עובר ממשרד למשרד ומתעורר מצב של ייצוג נגד לקוח ממשרד קודם;²³ הן נוטות לא לאשר ייצוג כאשר מתעורר חשש כלשהו ולו בלתי מוגדר לפגיעה בלקוח לשעבר;²⁴ מקפידות לא להתיר ייצוג משותף של שני לקוחות, אלא אם כן ניתנה לכך הסכמה מפורשת ואין חשש לפגיעה בעניינם של שני הלקוחות;²⁵ אינן מאשרות ייצוג כאשר יש לעורך הדין מחויבות ולו רחוקה או חלקית לאדם אחר;²⁶ ומפרשות באופן מצמצם את החריג לכלל המאשר ייצוג צדדים מנוגדים באותו עניין.²⁷

23 ראו בהקשר זה החלטות ועדת האתיקה: החלטה 44222 'המגבלות החלות על עורך דין עצמאי לייצג לקוח של המשרד בו עבד בעבר כשכיר' עט ואתיקה 83, 3 (מאי 2006); החלטה 37918 'מגבלת ייצוג החלה על עורך דין' עט ואתיקה 75, 4 (מרס 2004); החלטה 28787 'המותר לעורך דין לייצג לקוחה חרף היותו מתמחה במשרד שייצג אותה לקוחה בעבר?' עט ואתיקה 61, 2 (אפריל 2001).

24 ראו בהקשר זה החלטות ועדת האתיקה: החלטה 37918 'מגבלת ייצוג החלה על עורך דין' עט ואתיקה 75, 4 (מרס 2004); החלטה את 116/03 'ניגוד עניינים: אישור הסכם ממון כנוטריון וייצוג אחר הצדדים בעניין ההסכם' אתיקה מקצועית 16, 7 (דצמבר 2005); החלטה את 11/04 'ניגוד עניינים: לקוח לשעבר' אתיקה מקצועית 10, 6 (ספטמבר 2004); החלטה את 44/05 'ניגוד עניינים: ייצוג נגד לקוח לשעבר' אתיקה מקצועית 15, 4 (נובמבר 2005); החלטה 30377 'המותר לעורך דין לייצג בת זוג של מנוח (שהיה לקוחו) כנגד עזבונו?' עט ואתיקה 67, 2 (יוני 2002).

25 החלטה את 66/05 'ניגוד עניינים: ייצוג לקוחות במשותף' אתיקה מקצועית 16, 7 (דצמבר 2005); החלטה 28750 'עורך דין וסוגיית ניגוד עניינים' עט ואתיקה 61, 2 (אפריל 2001).

26 החלטה את 139/04 'ניגוד עניינים: ייצוג בעל קרקע נגד קבלן' אתיקה מקצועית 9, 6 (מאי 2004); החלטה את 114/03 'ניגוד עניינים: ייצוג במקביל בשני עניינים' אתיקה מקצועית 12, 4 (ינואר 2005); החלטה את 100/01 'עורך הדין המשמש כבורר ייצג בעבר את אחד הצדדים לבוררות באותו עניין' אתיקה מקצועית 4, 4 (נובמבר 2002); 'האם יכול עורך דין של קבלן לייצג את הקבלן בהליכים כנגד רוכשי דירות?' אתיקה מקצועית 1, 1 (ספטמבר 2001).

27 החלטה 44294 'ייצוג לקוח נגד גרושתו והיכולת לייצג את השניים בהגנה משותפת נגד תביעת צד ג', עט ואתיקה 83, 2 (מאי 2006) (איסור על עורך דין לייצג בעניין נפרד בני זוג

לסיכום, אנו רואים שהמגמה הברורה הן מצד ועדות האתיקה והן מצד בתי הדין המשמעתיים של לשכת עורכי הדין היא להרחיב את תחולת המגבלות הנובעות מניגוד העניינים על עורכי דין. במצבים גבוליים, עמומים או כאלו שאינם מוסדרים ישירות על ידי הכללים נוטים מוסדות הלשכה למנוע מעורכי דין ייצוג, מחשש של היווצרות ניגוד עניינים (או להטיל בדיעבד אחריות משמעית). כיצד אפשר להסביר גישה זו? לשם כך יש לתת את הדעת על ההיבטים המוסדיים שבתוכם מתעצבות ההלכות הללו. לשכת עורכי הדין רואה את עצמה כגוף המרכזי המייצג, המעצב והשומר על האתוס הפרופסיונלי. היא מגדירה כאחד מתפקידיה החשובים את ההגנה על מעמדם החברתי-ציבורי של עורכי דין ויצירת דימוי פומבי לפרופסיה כמי שמונחית על ידי מערכת עקרונות וכללים שיש להם ערך חברתי. כללי האתיקה המקצועית והליכי המשמעת משמשים כלי ליצירת הדימוי החיובי הזה, שלפיו עורכי דין הם קבוצה ייחודית שהאתוס המקצועי שלה מושתת על מחויבות לערכים גבוהים כמו יחסי אמון ונאמנות, ולאוו דווקא דאגה לאינטרס העצמי של עורכי הדין. האיסור בדבר הימצאות בניגוד עניינים, הנגזר מעיקרון היסוד של נאמנות ללקוח היחיד, מאפשר לעצב ולחזק את הדימוי המקצועי בכיוון זה. חובת הנאמנות ללקוח היא ערך מרכזי שהלשכה מדגישה במסגרת כללי ההתנהגות המוחלים על עורכי דין. אפשר אף לומר כי הוא ערך מכונן בזהות המקצועית של עורכי דין. חובת הנאמנות ללקוח מוצגת כאינטרס ציבורי-חברתי נעלה, והוא אשר מעניק לעורכי דין את מעמדם כמי שממלאים תפקיד ציבורי ולא רק כמי ששומרים על עניינם הם.²⁸ מכאן שחיזוק הדימוי של עורכי דין כמי ששומרים על חובת הנאמנות ללקוח אף במחיר של ויתור על

כאשר הוא מייצג אחד נגד השני בעניין אחר); החלטה את 197/04 'ניגוד עניינים: ייצוג משותף של חשוד/נאשם בסחר בנשים וקורבן הסחר' אתיקה מקצועית 18, 5 (אפריל 2006) (איסור על ייצוג סוחר וקורבן סחר); החלטה את 241/04 'ניגוד עניינים: ייצוג צדדים מנוגדים שלא באותו עניין' אתיקה מקצועית 15, 4 (נובמבר 2005) (איסור על ייצוג נגד עמותת שחברים בה חלק מקבוצת תושבים המיוצגים על ידי עורך הדין בעניין אחר); החלטה 28850 'מהו הדין כשלקוח פונה למשרד עורכי דין ומבקש כי ייצגו בכית משפט, כשבעבר כיהן אחד משותפי המשרד כתובע משטרתי בכית המשפט לתעבורה כנגד הלקוח?' עט ואתיקה 61, 2 (אפריל 2001) (עו"ד מנוע מלייצג לקוח ששותפו ייצג נגד הלקוח כשעבד במשרד קודם).

28 ראו בעניין זה Neta Ziv, *Combining Professionalism, Nation Building and Public Service: The Professional Project of the Israeli Bar 1928-2002*, 71(4) *FORDHAM L. Service* (2003) REV. 1621 (להלן: *Ziv, Combining Professionalism*).

לקוחות נוספים חשוב ללשכה. הידוק הכללים בדבר ניגוד עניינים משרת אפוא מטרה זו.

ההליך האתי-משמעותי בתחום ניגוד העניינים – להבדיל מהליכים משפטיים אחרים שאליהם אתייחס בהמשך – מתאים למטרה זו מכיוון שאפשר באמצעותו לעצב את הדימוי הרצוי המדובר ללא הטלת נטלים כבדים על אדם או גוף אחר, כלומר – כמעט ללא החצנות שליליות. הן בהליך המקדמי של 'חוות דעת מוקדמת' והן בהליך המשמעותי אין ניזוק ספציפי אשר יכול להיפרע מהפרת הכלל, מכיוון שהליכים אלו אינם עוסקים ואינם מתעניינים בנזק שנגרם ללקוח.²⁹ לא פעם חזרו בתי הדין על העיקרון שלפיו מטרת ההליך האתי-משמעותי היא 'פנימית': עיצוב הנורמות הפרופסיונליות ולא פיצוי או תיקון נפגע ספציפי.³⁰ שנית, להכרעה האתית-משמעותית אין השלכה או השפעה על הליכים משפטיים אחרים: מדובר במערכת סגורה ועצמאית, והחלטות שיינתנו בה, כפי שהוסבר לעיל, הן משום המלצה או הנחיה בלבד למערכות האחרות. גם מסיבה זו יכולים מוסדות הלשכה להיות משוחררים מאילוצים ומשיקולים מוסדיים חיצוניים ולעצב את הנורמות להתנהגות עורכי הדין ללא חשש שבכך יטילו נטל ישיר על מערך מוסדי אחר. שלישית, לא ברור כלל עד כמה מתקיימת זיקה בין הנורמות המעוצבות על ידי הלשכה לבין פרקטיקות מעשיות ומצויות בחיי המעשה של עורכי הדין. מספר ההליכים המגיעים לבתי הדין וכן מספר הבקשות לוועדות האתיקה אינו רב, ובוודאי שאין בהם כדי לשקף את היקפם הרב של המצבים שבהם עורכי דין – בפועל – נקלעים למצב של 'חשש לניגוד עניינים', כפי שזה מוגדר ומפורש על ידי הלשכה, ופועלים בו למרות קיומו. הסטנדרט הגבוה של האיסור מקשה על עורכי הדין לשמור עליו ולהתנהל על פיו כעניין שבשגרה; במילים אחרות, ככל שהסטנדרט גבוה יותר, כך יקשה לאכפו בפועל. הוא מתקיים

29 לבית הדין המשמעותי יש סמכות לפצות מתלונן ניזוק, ס' 69 לחוק לשכת עורכי הדין. אולם בהליכים שעניינם ניגוד עניינים לא מצאתי מקרה שבו עשה בית הדין שימוש בסמכות זו.

30 ראו למשל בד"מ 140/00, לעיל ה"ש 9: [...] מטרתם של דיני האתיקה אינה פיצוי המתלונן, אלא התוויה של סטנדרטים ראויים להתנהגות במסגרת המקצוע. שאלת קיומו או אי-קיומו של נזק, לצורך מטרה זו, אינה רלבנטית; וכן בד"א (משמעת עו"ד ארצי) 22/95 פלוני נ' לשכת עורכי הדין בישראל – ועד מחוז ת"א-יפו, פד"ם נו 94, 97 (1996); בד"מ (משמעת עו"ד ת"א) 42/00 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו נ' פלוני (פורסם בנבו); בד"מ (משמעת עו"ד ת"א) 147/00 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו נ' פלוני, (פורסם בנבו).

אפוא ברמה הרטורית והתאורטית, אך בלי שמנגנוני האכיפה של מוסדות הלשכה יוכלו להבטיח ביעילות את יישומו. בדרך זו מצליחה הלשכה, מצד אחד, להעמיד רף גבוה להתנהגות רצויה שמעצבת את דימוי הפרופסיה, ומצד שני, אין היא אוכפת אותו ברמה ה'מאיימת' באופן ממשי על עבודתם השוטפת של עורכי הדין.

3. מניעה/הפסקה של ייצוג מחמת ניגוד עניינים

זירה נוספת שבה עשויות לבוא לידי ביטוי הנורמות בדבר ניגוד עניינים היא הליכים משפטיים (עתידיים או קיימים) שבהם מבקש צד מבית המשפט למנוע את ייצוגו של הצד האחר על ידי עורך דין כלשהו מהטעם שהייצוג יהא כרוך בניגוד עניינים הפוגע במבקש. ייצוג כזה רוב המקרים המתעוררים בהקשר זה נוגעים לייצוג בהליך אזרחי ולא פלילי, והטענה היא שהנפגע הוא לקוח שכלפיו היו קודם לכן יחסי אמון או שבידי עורך הדין מידע שהתקבל במסגרת מערכת יחסים בינו לבין עורך הדין. בחלק זה אתייחס למצבים שבהם בקשת הפסילה נעשית ביזמת אחד הצדדים ולא בשל התערבות בית המשפט.³¹

בהקשר זה מעניין לעמוד על ההבדל הרב בין הפרקטיקה בישראל ובארצות הברית. בארצות הברית התרכזה בעשורים האחרונים רוב ההתדיינות המשפטית בנושא ניגוד עניינים של עורכי דין בהליך מסוג זה. בתי משפט התבקשו למנוע מעורך דין להתחיל לייצג או להמשיך לייצג לקוח כלשהו מהטעם שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים עם לקוח לשעבר או אדם שהיו לו עמו יחסי אמון בעבר.³²

31 שאלת מעורבות בית המשפט מתעוררת בעיקר במסגרת ההליך הפלילי, במרבית המקרים במצב של ייצוג נאשמים במשותף (אולם לא רק). ראו למשל *Mountjoy v. Warden, New Hampshire State Prison*, 245 F.3d 31 (1st Cir. 2001), שם ייצג עורך דין נאשם, ובמהלך הדיון החל לייצג גם את עד התביעה הראשי בעניין שאינו קשור למשפט הפלילי. מכיוון שזכויות נאשמים בהליך הפלילי הן מהותיות, מתחדדת שאלת תפקידו של בית המשפט בהקפדה על שמירתן באופן יום. הצעתה של לימור זר-גוטמן בעניין זה היא לקבוע חוקה נגד ייצוג משותף שעליה יהיה אפשר להתגבר רק בתנאי ששני הלקוחות הסכימו במודע לייצוג המשותף ושכית המשפט אף הוא נתן לכך אישור. זר-גוטמן, 'ייצוג משותף של נאשמים על ידי עורך דין אחד', לעיל ה"ש 21.

32 ראו למשל: SUSAN R. MARTYN & LAWRENCE J. FOX, TRAVERSING THE ETHICAL MINEFIELD: PROBLEMS, LAW AND PROFESSIONAL RESPONSIBILITY 262, 263 (New York: Aspen

אף שמדובר בהליכים אזרחיים (להבדיל ממשמעתיים) נוטים בתי המשפט לפנות אל הכללים האתיים-משמעתיים החלים על עורכי דין כדי להגדיר את מהות ההתנהגות האסורה, ואלו מובאים בחשבון ככללים מנחים בזמן ההכרעה אם ניגוד עניינים אכן מתקיים. הליך פסילה (disqualification) שכזה כרוך בבירור עובדתי מדוקדק בדבר מהות הקשר בין עורך הדין לבין הלקוח הטוען לניגוד עניינים (כאמור, בדרך כלל לקוח לשעבר), שקילת מאזן נוחות העלול לנבוע מהפסקת הייצוג (אם מדובר בהליך של צו למניעה של ייצוג עתידי), או חשש לפגיעה ביעילות והוגנות ההליך (אם מדובר בפסילה תוך כדי התנהלות הליך משפטי).³³ בשל החשש משימוש לרעה בהליך הפסילה, והמחיר המוסדי העלול לנבוע מקבלה קלה מדי של בקשות מסוג זה, פיתחו בתי המשפט ברוב מדינות ארצות הברית כללים קפדניים המקשים על קבלת הסעד במקרים שבהם לא ברור שנגרם נזק של ממש לנפגע, כשהבקשה נראית קנטרנית לכאורה או שאפשר לתקן את הפגיעה בסעד של פיצוי כספי. עם זאת מדובר כאמור בהליך מקובל ומצוי המופעל במסגרת סמכותו הטבועה של בית המשפט לנקוט הליכים לניהול הוגן של ההליך שלפניו, סמכות שאין עליה עוררין עוד.

(MARTYN & FOX, TRAVERSING THE ETHICAL MINEFIELD (להלן: Publishers, 2004): 'In the half past century, however, courts have examined most conflicts of interest in the context of motions to disqualify lawyers [...] litigation over the past 50 years has left no doubt that courts can, and should, disqualify lawyers when their conduct threatens the fairness of a judicial proceeding' 'אולם במחצית המאה האחרונה בחנו בתי המשפט את רוב ניגודי העניינים בנוגע לבקשות לפסילת עורכי דין [...] ההתדיינות בחמישים השנים האחרונות הבהירה מעל לכל ספק שבתי המשפט יכולים וצריכים לפסול עורכי דין כשהתנהלותם מסכנת את ההגנות של הליך שיפוטי'; התרגומים מאנגלית במאמר זה הם של ורדה אזולאי; וכן, CHARLES W. WOLFRAM, MODERN LEGAL ETHICS 328-337 (St. Paul, MN: West Pub. Co., 1986)

33 שם, בעמ' 332-333. מעניין לציין שבארצות הברית הגיבו בתי המשפט במחוזות השונים בקביעת סטנדרטים נוקשים-גמישים בהתאם לתחושה של חשש לשימוש לרעה בהליך. כך למשל בתי המשפט הפדרליים ב-2nd Circuit קבעו סטנדרט נוקשה (ניגוד עניינים 'כתים ההליך המשפטי' או שיש בו שימוש של מידע חסוי) בעוד שבתי המשפט ב-5th circuit מגלים גמישות רבה יותר בפסילה מטעם זה. ראו שם, בעמ' 333. ראו MARTYN & FOX, TRAVERSING THE ETHICAL MINEFIELD, לעיל ה"ש 32, בעמ' 26; *Maritrans GP Inc. v. Pepper, Hamilton & Scheetz*, 602 A. 2d, 1277 (Pa. 1992)

שימוש בהליך צו המניעה מקובל גם באנגליה. עם זאת בתי המשפט מעגנים את ההליך בחובת הסודיות של עורך הדין כלפי לקוחו ובחשש מפני שימוש במידע שהתקבל מלקוח נגדו ולרעתו. אף שהמצב מוגדר כמצב של ניגוד עניינים, בפועל בודקים בתי המשפט אם יש חשש להפרת סודיות.³⁴ בעניין *Bolkiah v. KPMG*, למשל, ציין בית הלורדים כי כאשר עורך הדין נמצא בניגוד עניינים בין לקוח בהווה לבין לקוח קודם, ללקוח הקודם זכות להיות מוגן – בין היתר באמצעות פסילת ייצוג לקוח אחר – אם הוא יכול להוכיח כי בידי עורך הדין יש מידע שהתקבל במסגרת חובת הסודיות, ומידע זה עשוי לשמש את הלקוח השני ולפגוע בלקוח הראשון. בהתאם לכך, צו למניעת ייצוג ינתן רק כאשר יש חשש של גילוי מידע מסוג זה.³⁵ ההלכה באנגליה מקפידה מאוד בעניין זה ומטילה נטל גבוה ביותר על עורך הדין לעמוד במבחן מחמיר כדי שיוכל לייצג לקוח מאוחר שיש ניגוד עניינים בינו לבין לקוח קודם: על עורך הדין מוטל הנטל להראות כי אין כל סיכוי שמידע יגיע לשימוש הלקוח החדש. בהיעדר עמידה בנטל שכזה, סעד של צו

34 ברור שסוגיית ניגוד העניינים וחובת הסודיות קשורות זו לזו, ושתיהן נובעות מחובת הנאמנות הכללית. באנגליה לא הייתה קיימת עד לאחרונה הסדרה ממצה של נושא ניגוד העניינים, וזו נקבעה בשנת 2006. ראו בעניין זה *The Guide to the Professional Conduct of Solicitors* (8th edition, 1999, ניתן לצפייה ב- www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/ guideonline.law (האתר אוחדר לאחרונה בינואר 2001). לא תמיד יש חפיפה מלאה בין שני המצבים. אפשר להעלות על הדעת מצב שבו יש חשש לניגוד עניינים בלי שהדבר כרוך בהכרח בגילוי מידע שקיבל עורך דין מלקוחו. מנגד, אפשר להעלות על הדעת מצבים שבהם נעשה גילוי של מידע לא דווקא במצב של ניגוד עניינים בין לקוח קודם ולקוח עכשווי. אף כי שתי הסוגיות קשורות, המבחנים והסטנדרטים המשפטיים בכל אחד מהם יכולים להיות אפוא שונים.

35 *Bolkiah v. KPMG*, [1999] 2 A.C. 222 (H.L. 1998) (appeal taken from Eng.) שם נאמר: 'Particular care is needed if the solicitor agrees to act for a new client who has, or who may have, an interest which is in conflict with that of the former client. In that situation the former client is entitled to the protection of the court if he can show that his solicitor was in receipt of confidential information which is relevant to a matter for which the solicitor is acting, against the former client's interest, for a new client' [זהירות מיוחדת דרושה כשעורך דין מסכים לייצג לקוח חדש שיש לו, או עשוי להיות לו, אינטרס שמתנגש עם אינטרס של לקוח קודם. במצב כזה הלקוח הקודם רשאי ליהנות מהגנת בית המשפט אם הוא יכול להוכיח שעורך הדין התוודע למידע חסוי שהוא רלוונטי לנושא שבשמו פועל עורך הדין, בניגוד לאינטרס של הלקוח הקודם שלו, בשמו של הלקוח החדש].

מניעה האוסר על עורך הדין לייצג את הלקוח המאוחר הוא משום תרופה ראשונה במעלה, והיא ראויה כדי לשמור על עניינו של הלקוח הראשון. השימוש בהליך הפסילה בישראל איננו ממוסד ואף אינו בולט. ככל שעלה בידי לברר, נראה שמספר ההליכים שננקטו על ידי עורכי דין לפסילת ייצוג מטעם זה אינם רבים, וכי לא נעשה שימוש תדיר בפרוצדורה זו. עם זאת מכמה מקורות ישירים ועקיפים אפשר ללמוד על שימוש כלשהו בטענת הפסילה בהליך האזרחי. בעניין תחנת דלק נועה קיבל השופט מוחמד מסארווה את טענת המבקשת שעורך הדין של המשיבה מנוע מלייצג אותה מכיוון שהייצוג כרוך בהפרת כלל 15 לכללי האתיקה, שלפיו עורך דין שהיה מעורב בעריכת הסכם אינו יכול לטעון נגד כשרותו של ההסכם.³⁶ השופט לא דן בשאלת סמכותו להורות בדרך זו, אלא הסתפק בבחינת העובדות הרלוונטיות, ולאחר שהשתכנע כי עלולה להיות במקרה זה הפרה של הכלל, אסר על עורך הדין להמשיך בייצוג.³⁷ בהחלטה קצרה ביטל בית המשפט המחוזי החלטה זו בהתבססו על היעדר הסמכות של בית המשפט לתת הוראה מסוג זה. מתברר שלערעור בשלב זה הצטרפה לשכת עורכי הדין, שטענה נגד קיומה של סמכות התערבות מצד בית המשפט האזרחי: 'לשכת עורכי הדין הביעה את עמדתה, לפיה אין זה מוצדק שהערכאה הדיונית תתערב בשאלת הייצוג, נוכח האפשרות להפנות את העניין ללשכת עורכי הדין, לטפל בשאלה האתית, בקשר לייצוג זה. במצב דברים זה החלטתי לקבל את הערעור, ולבטל החלטת הערכאה הראשונה, תוך שמירת זכותם של הנוגעים בדבר לפנות ללשכת עורכי הדין, בהליך משמעותי מתאים'.³⁸

- 36 כלל 15 לכללי האתיקה קובע: 'עורך דין שערך מסמך או השתתף בעריכתו או שטיפל בעיסקה או שהשתתף בטיפול בה, לא יטען לאחר מכן נגד כשרות המסמך או העיסקה, ולא ייצג אדם שעניינו מחייב, באופן סביר, טענה כאמור'. אף כי אין מדובר באחד מכללי ניגוד העניינים הישירים, הרציונל של כלל זה דומה. עריכת עסקה או הסכם כרוכים לעתים קרובות בקבלת מידע על האינטרסים של הצדדים ומצבם, ולא ראוי לאפשר לעורך דין שקיבל מידע כזה 'להפוך עורר' ולטעון כנגד המסמך שהשתתף בהכנתו. גם מראית פני הדברים עלולה להיפגם מהתנהגות כאמור. משום כך אני סבורה כי מדובר בעיקרו של דבר במקרייה דומה.
- 37 בש"א (שלוש חד') 2048/05 תחנת דלק נועה כביש באר שבע אילת בע"מ נ' חברת עבד אל פתאח אלערו בע"מ (פורסם בנבו).
- 38 בר"ע (מחוזי חי') 1005/05 חברת עבד אל פתאח אלערו בע"מ נ' תחנת דלק נועה כביש באר שבע אילת בע"מ (פורסם בנבו).

מדובר בהחלטה תמוהה. כאמור, בשורה של פסקי דין נעשתה הבחנה ברורה בין הליכים משמעתיים להליכים אזרחיים. נקבע כי מטרותיהם שונות, אין ביניהם חפיפה, וכי הם יכולים להתקיים זה בצד זה, לאור התכלית והמסגרת המוסדית הנפרדת של כל הליך. ללא דיון מעמיק (לא בשאלת הסמכות ולא בסוגיה לגופה) דחה השופט ברלינר את האפשרות לעשות שימוש בהליך הפסילה כאמצעי לאכוף את האיסור בדבר ניגוד עניינים.

בעניין *Navigation Maritime Bulgare נ' ברזלן בע"מ ואח'* ביקשו המשיבות (ברזלן בע"מ ואח') לפסול את משרד עורכי הדין שייצג את המבקשת (*Navigation Maritime Bulgare*) בטענה שבעבר משרד זה ייצג אותן בעניין הנוגע לחברת הספנות הנ"ל, וכי הוא מבקש לעשות שימוש במידע שקיבל בזמן הייצוג. בית המשפט נכנס לגופם של דברים וברר מה הייתה מהות מערכת היחסים בעבר בין משרד עורכי הדין לבין הלקוח הטוען לפסלות (והגיע למסקנה שלא היו בין הצדדים יחסי עורך דין-לקוח) וכן בדק אם במסגרת יחסים אלו סביר להניח כי עבר מידע שכיום עושים בו שימוש לרעת ברזלן בע"מ (והגיע למסקנה שלא כך הדבר). כמו כן העיר בית המשפט כי על טענה מסוג זה, אם מועלית, להיטען בשלב ראשון ובתחילת ההליך ולא לאחר שעבר זמן רב לאחר תחילת הייצוג (במקרה המדובר חלפו שנים אחדות), ובית המשפט ראה בשיהוי עילה מספקת לדחיית הבקשה. לעניין הסמכות העיר בית המשפט בהערת אגב כי טענה מסוג זה מן ראוי שתתברר על ידי לשכת עורכי הדין ולא על ידי בית המשפט.³⁹

בעניין *לב יסמין* עלה נושא הייצוג הנוגד בזמן דיון, וגם במקרה זה הסכימו הצדדים לפנות ללשכת עורכי הדין כדי לקבל חוות דעת מוועדת האתיקה בנוגע להמשך הייצוג. הלשכה קבעה שבנסיבות העניין המשך הייצוג אינו ראוי בשל חובה נוגדת של עורך הדין כלפי לקוח לשעבר, ובהמלצת בית המשפט הסכימו הצדדים לקבל על עצמם את הכרעת הלשכה. בית המשפט ציין כי 'פה נהגו באי כוח הצדדים שהסכימו לקבל עליהם את החלטת לשכת עורכי הדין'.⁴⁰

על השימוש האקראי בהליכי פסילה אזרחיים אפשר ללמוד בעקיפין גם מהחלטות אחדות של בתי הדין המשמעתיים. בבר"מ 69/97 הועמדה לדין משמעתית

39 ת"א (שלום חי') 15845/02 *Navigation Maritime Bulgare נ' ברזלן בע"מ ואח'* (פורסם בנבו).

40 ע"א (מחוזי ת"א) 3018/02 *לב יסמין בע"מ נ' אפשטיין איילת* (פורסם בנבו).

עורכת דין על הפרת כלל 16. עורכת הדין ייצגה במועד כלשהו מוסד רפואי שבו הועסק רופא בכיר, והיו לה קשרי עבודה שוטפים ומעמיקים עם הרופא. שנים אחדות לאחר מכן היא ייצגה את המוסד בהליך פיטוריו של אותו עובד, וזה פנה אל בית המשפט המחוזי וביקש למנוע ממנה את האפשרות לייצג את בית החולים מהטעם של ניגוד עניינים ואיסור ייצוג נגד לקוח לשעבר. בית המשפט קיבל את הבקשה והורה על הפסקת הייצוג.⁴¹ בדומה, בכר"מ 18/98 הועמד לדין משמעותי עורך דין אשר נתן ייעוץ ראשוני בהתנדבות לפונה ולאחר מכן ייצג (בתשלום) בהליך משפטי את לקוחו כנגד הפונה, באותו עניין שבו התקיימה ההתייעצות.⁴² במסגרת הדין בהליך המשמעותי התברר כי המתלונן העלה לפני בית המשפט האזרחי את הטענה שעורך הדין מנוע מלייצג את לקוחו (מהטעם של איסור על ייצוג נגד לקוח לשעבר) ובקשה זו נדחתה לגופו של עניין.⁴³

אנו רואים אפוא כי טענה בדבר הפסקת ייצוג אכן נטענת, לעתים, לפני ערכאות משפטיות אזרחיות, אולם אין עקביות או כללים ברורים בדרך הטיפול בה. כפי שעולה מעניין תחנת דלק נועה ומעניין ברזולן בע"מ, שאלת סמכות בית המשפט להורות על פסלות ייצוג טרם התבררה עד תומה, לא הוסדר מעמדה של לשכת עורכי הדין לעומת ההליך האזרחי וטרם התגבשו בפסיקה קריטריונים שעל פיהם יש לנהוג בבקשות מסוג זה. יש להניח כי בפועל בקשות פסילה אכן נטענות על ידי מי מן הצדדים, מקצתן מתקבלות ומקצתן נדחות, אולם קשה לאתר מגמה עקבית בפסיקה: לא ברור אם על הטוען לפסילה להוכיח שנגרם לו נזק (כפי

41 בד"מ 69/97, לעיל ה"ש 13. וכך ציין השופט ד' חשין: 'לאחר שבאתי, כאמור למסקנה, הלכאורית, כי ייצוגם של המרכז הרפואי והמנכ"ל על ידי המשיבה הינו – לפחות בחלקו – "בקשר לעניין" שטיפלה בו בעבר למען המבקש [...] ולאחר שגם באתי למסקנה, הלכאורית, כי טיעונה של המשיבה בסיכומיה בפני בית הדין האזורי לעבודה מצביע על כך שהיא עלולה להיקלע למצב של ניגוד אינטרסים, יש לדעתי מקום לקבוע, כי המבקש הוכיח, לכאורה, כי הוא זכאי לסעד של צו המניעה הזמני המבוקש על ידו' (מצוטט בכר"מ 69/97 הנ"ל, פס' 30 להחלטה). מעניין שכאן לא דובר על החלטה שניתנה על ידי בית הדין לעבודה שדן בהליך, אלא בהליך נפרד שנפתח בבית המשפט המחוזי בעניין הפסקת הייצוג.

42 בד"מ 18/98, לעיל ה"ש 20. ראו בעניין זה נטע זיו 'כללי ניגוד העניינים של עורכי דין ונגישות למשפט': "עורך הדין האחרון בעיר" – לי או לך? הערת פסיקה בעקבות פסק דינו של בית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין – בד"מ 18/98 'המשפט 18, 64 (2004).

43 בד"מ 18/98, לעיל ה"ש 20 וזו לשון ההחלטה: 'לא שמעתי כי בתיק זה נתן הנאשם [כך] ייעוץ משפטי וייצג את הנתבע. לכן אני דוחה את הבקשה לפסול את הנאשם מייצוג התובעים בתיק זה'.

שנדרש בחלק ממדינות ארצות הברית), או שדי בקיומו של חשש שעורך הדין יפר חובה כלפיו. אין כללים שמגדירים עד כמה הסוגיה קשורה להפרת חובת הסודיות (כפי שנדרש באנגליה), על מי מוטל הנטל להוכיח פגיעה, ומה הסטנדרט המשפטי הנדרש כדי לזכות בצו פסילה: האם על עורך הדין להוכיח כי אין כל חשש שיהיה שימוש במידע של לקוחו לשעבר (כפי שנפסק באנגליה), או שעל הטוען לפסילה להוכיח את הנזק שייגרם לו. נראה אפוא שהליך הפסילה אינו משמש ערוץ מרכזי שדרכו מתבררת שאלת אחריות עורכי הדין להימנע ממצב של ניגוד עניינים.

אני סבורה שאת מיעוטם היחסי של ההליכים לפסילת ייצוג אפשר להסביר, ולו חלקית, בהקשר לסוגיה הכללית של זהות המוסד החברתי-משפטי המסדיר את התנהלותם של עורכי הדין. השאלה 'מי יפקח על עורכי הדין?' (בלשונו של Wilkins: Who should regulate lawyers?),⁴⁴ היא שאלת מפתח בניתוח מוסדי של מעמד הפרופסיה המשפטית בחברה כלשהי. כפי שמדגים זלצברגר, משך עשורים נהנתה לשכת עורכי הדין מבלעדיות כמעט מוחלטת על הסדרת הפרופסיה המשפטית, והיא פעלה אגב גיבוי ובהרמוניה מלאה עם בתי המשפט. בתי המשפט כמעט לא התערבו בהחלטותיה והותירו בידי הלשכה מידה גבוהה של עצמאות לקבוע את נורמות ההתנהגות של עורכי הדין לגופן ואת אכיפתן.⁴⁵ מצב זה החל להשתנות רק בעשור האחרון, שבמהלכו ניכרת גישה ביקורתית יותר של בתי המשפט כלפי הלשכה ונכונות, ולו חלקית, להגדיר עצמאית נורמות התנהגות של עורכי דין לעתים אף באופן שונה מזה של הלשכה.⁴⁶

המסורת שלפיה הלשכה היא הגוף המרכזי הפועל בשדה האתיקה המקצועית והמפעיל סמכויות אופרטיביות ישירות כלפי עורכי דין היא חזקה. מצב שבו בית המשפט מורה ישירות לעורך דין להימנע מייצוג או לחדול מייצוג הוא חריג, מבחינת הסעד המתבקש ומכיוון שבמצב זה בית המשפט מעצב באופן ישיר וראשוני נורמה אתית-משמעתית, בהבדל מהחלטתו של בית המשפט בהליך

44 David B. Wilkins, *Who Should Regulate Lawyers?*, 105 HARV. L. REV. 799 (1992) 45
 45 עלי זלצברגר 'קשר המשפטים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה'
 משפטים לב(1) 43 (2001).

46 שם, בעמ' 91. וכן ראו בעניין זה Ziv, *Combining Professionalism*, לעיל ה"ש 28. כמו כן, הן בארצות הברית הן באנגליה המסורת היא שכללי האתיקה המקצועית הם באחריות בית המשפט (בעבר, זקן השופטים). המצב המשפטי בישראל בעניין זה השתנה לחלוטין לאחר קבלת חוק לשכת עורכי הדין, שהעניק כאמור סמכויות רחבות ללשכה.

של ערעור על בתי הדין המשמעתיים של הלשכה (במסגרת הליך על"ע), או במסגרת תביעת פיצויים, מצב שיידון להלן. עורכי דין, ככל הנראה, אינם מודעים לפוטנציאל הטמון בהליך הפסילה ואינם רואים את בית המשפט האזרחי ככתובת ראשונה להכרעה בנושאים הכרוכים במערכת היחסים בינם לבין לקוחותיהם. ההיבט המוסדי של הסוגיה התבלט במיוחד בעניין תחנת הדלק נועה, שם בחרה הלשכה להתייבב בסכסוך האזרחי ולטעון לחוסר סמכות של בית המשפט לקבל החלטת פסילה ולבלעדיות שלה על קביעת הנורמה האתית-משמעית. אפשר להניח כי גם לשיקולי יעילות יש משקל כאן: לא עניין של מה בכך הוא ליצור את המסגרת הדיונית והנורמטיבית אשר מחד גיסא, תאפשר קבלת טענות פסילה במקרים מתאימים, ומאידך גיסא, תמנע שימוש לרעה בהליך מסוג זה. הרושם המתקבל מהמקרים שבהם בתי המשפט הביעו דעתם בעניין הוא שגם הם ממשיגים את הסוגיה כשייכת לתחום האתיקה המקצועית ולא דווקא כעניין של הליך הוגן במשפט, ומשכך רואים בלשכה כתובת טבעית וראויה להכרעה בה.

לסיכום פרק זה: נראה שבישראל טרם התבסס הליך הפסילה כאפיק משפטי מרכזי להתמודדות עם ניגוד עניינים של עורכי דין. מצב זה משקף את יחסי הגומלין הלא יציבים בין לשכת עורכי הדין לבין בתי המשפט בקביעתן ובאכיפתן של נורמות פרופסיונליות אתיות.

4. תביעת פיצויים של נפגע מהפרת החובה שלא להימצא

בניגוד עניינים

בשנים האחרונות נדרשו בתי המשפט האזרחיים להכריע בתביעות פיצויים שהוגשו כנגד עורכי דין לא רק מצד לקוחותיהם, אלא גם מצד מי שלא היו (או שלא היה ברור אם היו) לקוחותיהם, וטענו שנפגעו מייצוג בלתי ראוי של עורכי הדין.⁴⁷ במקרים אלו התעוררה שאלת היקף חובתו של עורך הדין לדאוג לענייניו של צד שלישי שאינו בהכרח לקוחו, ועד כמה עליו לשמור על האינטרסים שלו

47 ראו באופן כללי לימור זר-גוטמן 'ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג' דין ודברים א 153 (2004); זיו, 'אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג', לעיל ה"ש 3.

גם בנסיבות שבהן הדבר עלול לעמוד במתח עם חובותיו כלפי הלקוח. להבדיל מתביעות אזרחיות שעניינן רשלנות מקצועית של עורך דין כלפי לקוח, שבהן השאלה המשפטית נוגעת למערכת היחסים בין עורך הדין לבין לקוחו,⁴⁸ באחריות כלפי צד שלישי נוצרת מסגרת משולשת: עורך הדין, הלקוח והצד השלישי הנפגע, שהוא בדרך כלל 'הצד שכנגד'.⁴⁹ משכך, העמדת שאלת האחריות של עורך הדין כלפי הצד הנפגע – כשהוא הצד שכנגד – מעוררת בעיה ישירה של ניגוד עניינים.⁵⁰

כבר ראינו בחלקים הקודמים של המאמר כי ההוראות המשמעותיות קובעות שלעורך דין אסור להימצא במצב של ניגוד עניינים מלכתחילה, וכי אם הוא נמצא במצב זה ייתכן שאף ישנה עילה לבקש כי יימנע מהייצוג או יחדל ממנו. אולם מה הדין כאשר עורך הדין לא מילא חובה זו, העמיד עצמו במצב של ניגוד עניינים כלפי שניים וגרם בכך נזק? האם וכיצד משליך הדבר על חובתו כלפי הנפגע, והאם עליו לפצותו על נזקיו? בתי המשפט נדרשו לשאלות אלו, וניכר שבשנים האחרונות משמש האפיק האזרחי נתיב חשוב להתמודדות עם ניגוד עניינים של עורכי דין.

בחלק ממקרים אלו עסקו השופטים בשאלה אם אותו צד ג נפגע נמצא במעמד של 'לקוח', וחלק ניכר מפסק הדין הוקדש לבחינת שאלה זו. כפי שכבר ציינת

48 לשאלת רשלנות עורך דין ראו למשל אסף יעקב 'רשלנות בין כתלי בית המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי דין במסגרת הדיון המשפטי' עיוני משפט כו(1) 5 (2002) (להלן: יעקב, 'רשלנות בין כתלי בית המשפט').

49 יכול להתעורר גם מצב שבו אין ספק בקיומם של יחסי עורך דין-לקוח, ותביעת הרשלנות המקצועית נטענת על בסיס מחויבות שהייתה, כביכול, לעורך הדין לאחר. חלק זה מתייחס גם למצבים אלו אולם הוא מתמקד בתביעות של צד שלישי שמעמדו כלקוח לא ברור.

50 חשוב להבחין בין טענה זו לבין טענה כללית של רשלנות מקצועית הנובעת מייצוג כושל שאינו קשור להיותו של עורך הדין בניגוד עניינים. לעתים גם דן בית המשפט בתביעת רשלנות מקצועית ואינו מבסס אותה על עילת ניגוד עניינים על אף שזו ככל הנראה הייתה ברקע הדברים. ראו למשל ע"א 554/87 מזור נ' עו"ד אריאלי, פ"ד מה(1) 370 (1990). במקרה זה ייצג עורך הדין את רוכש הדירה ואת הקבלן, לסירוגין, ולא פעל באופן סביר לשמור על האינטרסים של רוכש הדירה, ומשכך חויב לפצותו. חיובו נעשה על בסיס בחינת אופן פועלו ורמת השירות הנמוכה והבלתי מספקת שנתן ללקוח כאשר ניסח עבורו את הסכם הרכישה. בשולי הדברים העיר בית המשפט כי עורך הדין היה יכול לחסוך לעצמו 'אי נעימות' אם היה שם לב למצב ניגוד העניינים שבו היה שרוי וציין כי 'חבל שהמשיב לא נתן דעתו לנורמה זו בשעתו' שם, בעמ' 376-377.

במקום אחר, בירור השאלה המשפטית הזאת נועד, ככל הנראה, לעגן את קיומה של חובת נאמנות כלפי אותו צד נפגע. שכן, אם מדובר ביחסים שהשתכללו לכדי יחסי עורך דין-לקוח, אין מחלוקת שישנה חובת נאמנות, אף אם היא סותרת חובת נאמנות ללקוח אחר.⁵¹ עם זאת, משהורחבה ההלכה המכירה בחובות עורך דין כלפי צד ג גם אם אינו לקוחו, הפכה שאלת הגדרת היחסים למכרעת פחות.⁵² בין שנגדיר את הצד שכנגד כלקוח ובין שהוא צד שלישי שחבים כלפיו חובת זהירות, מתעוררת שאלת חבותו האזרחית של עורך דין שהפר אותה.

ככמה וכמה החלטות קבעו בתי המשפט כי קיומו של ניגוד עניינים בין לקוח לצד ג או בין שני לקוחות אינו פוטר את עורך הדין מאחריותו; להפך, הימצאות בניגוד עניינים יכולה להוליד אחריות בנזיקין כלפי הנפגע.⁵³ בעניין לוי נ' שרמן התלבטו השופטים עד כמה אפשר להטיל על עורך דין שייצג קבלן אחריות לנזקים של רוכש דירה שנגרמו בשל מצבו העסקי הכושל של הקבלן, מצב שעורך הדין ידע עליו, אולם לא גילה אותו לרוכש ואף לא נקט אמצעי זהירות להעמיד את הרוכש על הצורך להגן על עצמו בזמן העסקה.⁵⁴ מכיוון שהרוכש לא היה מיוצג, התעוררה שאלת אחריות עורך הדין על פי דיני הנזיקין (עוולת הרשלנות) לנזקיו של הרוכש.⁵⁵ אף על פי שבסופו של דבר פטר בית המשפט את עורך הדין מאחריותו, הוא חזר על ההלכה בעניין זה (שצוטטה אגב מתוך פסק דין של בית דין משמעתי):

51 ראו זיו, 'אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג', לעיל ה"ש 3, בעמ' 209.
 52 הרחבת ההלכה נעשתה בהדרגה. בתחילה היא צוינה אגב אורחא, למשל, בע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769 (1997); ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529 (1992); ע"א 1170/91 בכור נ' יחיאל, פ"ד מח(3) 207 (1994); ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365, 381 (2002) (להלן: עניין ערד נ' אבן); ע"א 2625/02 ערד נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385, 400-401, 412-409 (2004) (להלן: עניין נחום נ' דורנבאום).

53 מעניין לציין כי עד היום נבחנה האחריות של עורך הדין בעיקר דרך עוולת הרשלנות, והדין התמקד בשאלה אם קיימת חובת זהירות במצב שנוצר, אם הייתה התרשלנות ואם נגרם נזק בר פיצוי.
 54 ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990) (להלן: עניין לוי נ' שרמן).
 55 יש לציין שחלק ניכר מפסק הדין הוקדש לשאלה אם הרוכש היה 'לקוח' של עורך הדין או שמא לא השתכללו היחסים ביניהם לכלל יחסי עורך דין-לקוח. במקרה זה בית המשפט פטר את עורך הדין מאחריות כלפי הרוכש מכיוון שהגיע למסקנה שלא היה לקוח של עורך הדין, ולא הכיר בחבות כלפי צד ג שאינו לקוח, בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי בעניין.

החובה המוטלת על עורך הדין לפי החוק לפעול לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, מטילה על עורך הדין מעמסה קשה למדי שעה שהוא מתיימר לשרת שני לקוחות בעלי אינטרסים מנוגדים. אבל אין בהסכמתו לשרתם בעת ובעונה אחת כדי לפטור אותו מחובה אלמנטארית זו, ועליו לשאת בתוצאות המשמעותיות והאזרחיות הנובעות מהפרת החובה כלפי אחד מהם.⁵⁶

המעבר מן הדין המשמעותי (האוסר ישירות על הימצאות בניגוד עניינים) לעולות הרשלנות נעשה דרך חובת הסודיות והיקף הגילוי הנדרש מעורך דין. חובת נאמנות ללקוח מחייבת שמירה בסוד של ענייניו ואי-גילויים לאחר. לעומת זאת כאשר ישנה חובת זהירות כלפי מאן דהוא, היא עשויה לכלול גם גילוי מידע שיש בו כדי להגן על ענייניו; כך יצר בית המשפט האזרחי זיקה בין שתי הסוגיות.

בדרך זו הלך בית המשפט גם בעניין ערד נ' אבן. במקרה זה חויב עורך דין שייצג לקוח עסקי לפצות את הצד שכנגד שעמו נערכה העסקה (ואשר לא היה מיוצג) על נזקיו, ונקבע כי עורך הדין הפר את חובת הנאמנות כלפיו. גם במקרה זה נוצר החיבור בין חובת הנאמנות האתית לבין עולות הרשלנות הנזיקית באמצעות הקביעה שאי-גילוי מידע שמקורו בלקוח (למשל סיכונים הכרוכים בעסקה, מצבו הרעוע של לקוחו, הצורך בשכירת עורך דין נוסף) עלול להיחשב כהתרשלות כלפי צד ג, שכלפיו הגדיר בית המשפט חובת זהירות.⁵⁷ קיומה של חובת נאמנות נוגדת ללקוח לא מנע את עצם הטלת האחריות על עורך הדין כלפי צד שלישי, אם כי זו הובאה בחשבון בניתוח רכיב ההתרשלות בהתנהגותו של עורך הדין. במילים אחרות, בשלב שבו הגדיר בית המשפט את הפעולות שעל עורך הדין היה לנקוט לצורך מילוי חובת הזהירות כלפי צד ג (ומשלא עשה כך התרשל), הובאה בחשבון חובת הנאמנות שלו ללקוח, וממהותה של חובה זו גזר בית המשפט את היקף החובה כלפי הצד השלישי. אף על פי שבית המשפט לא התווה במדויק כיצד היה על עורך הדין לפעול, הוא קבע כי לכל הפחות היה עליו להבהיר לצד שכנגד שהוא אינו מייצגו וכי כדאי לו לקחת לו עורך דין מטעמו.

56 עניין לוי נ' שרמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 468.

57 עניין ערד נ' אבן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 381.

כך גם בעניין נחום נ' דורנבאום קבעו שופטי הרוב (הנשיא א' ברק והשופטת א' חיות, כנגד דעתו החולקת של השופט א' ריבלין) שעל עורך הדין מוטלת אחריות לפצות את הצד שכנגד (שאף הוא לא היה מיוצג) על נזקיו בגין עסקת הלוואה שנכרכה במשכון בית המגורים שלו. החלטתם התבססה על הקביעה שהייתה חובת זהירות כלפי אותו נפגע (בין שהיה לקוח ובין שלא היה לקוח, בין מכוח דיני החוזים ובין מכוח דיני הנזיקין), וכי זו הופרה.⁵⁸ גם במקרה זה חובת הנאמנות האתית-משמעתית שבבסיס האיסור על ניגוד עניינים 'תורגמה' לעוולת הרשלנות הנזיקית באמצעות הגדרת חובת זהירות כלפי אותו צד ג ובחינת מעשיו של עורך הדין במסגרת דרישת ההתרשלות. האפשרות שלפיה מילוי חובת זהירות כלפי הנפגע תפגע בלקוח הראשון – קרי: הימצאות במצב של ניגוד עניינים – לא היה בה כדי למנוע את עצם הטלת האחריות על עורך הדין, אולם זו הובאה בחשבון בעיצוב ההתנהגות הנדרשת לצורך יציאת ידי חובה זו. נקבע כי על עורך הדין היה לנקוט צעדים כדי להגן על צד ג מפני ההשלכות הקשות של הפעולה המשפטית שאליה נכנס ושבה היה מעורב עורך הדין. צעדים אלו היו, למשל: עריכת מבנה עסקה אחר אשר יגן על זכויות הצד שכנגד באופן טוב יותר, מתן ייעוץ לצד ג שלא יבצע תשלום כלשהו ללא קבלת ערובות ראויות, גילוי ומתן הסבר נאות לצד ג על הסיכונים שאליהם הוא מכניס עצמו בחתמו על עסקה שכזאת. אנו רואים, אם כן, שבאמצעות הגדרת רכיבי חובת הזהירות וההתרשלות ביקש בית המשפט ליצוק תוכן לחובת הנאמנות הכפולה שבה נמצא עורך הדין אגב הצבעה על דרכים שבהן אפשר לאזן בין האינטרסים המנוגדים של שני הצדדים, איזון שלא נעשה על ידי עורך הדין.⁵⁹

במקרים אלו, כאמור, האחריות המשפטית הוטלה על עורך הדין במסגרת עוולת הרשלנות, ואילו האיסור המשמעתי על הימצאות במצב של ניגוד עניינים לא היה משום עילה ישירה בבחינת אחריותו. הכלל האתי פעל כמעין 'כלל-על' שהשליך על ניתוח התנהגות עורך הדין.

58 עניין נחום נ' דורנבאום, לעיל ה"ש 52. השופט ברק ציין כך: 'עורך הדין נדרש לפעול בנאמנות ובהירות גם כשהוא פועל בעבור שני הצדדים לעסקה, אשר במקרים רבים מחזיקים באינטרסים מנוגדים. כך, למשל, נפסק כי גם כאשר עורך דין מייצג את שני הצדדים לחוזה, עליו להכין חוזה אשר יבטיח את זכויותיהם של לקוחותיו על הצד המועיל ביותר'. פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק.

59 ראו בעניין זה שם, פס' 17-21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

אציין שישנה אפשרות משפטית ליצור חיבור ישיר בין האיסור המשמעותי- אתי בדבר ניגוד עניינים לבין האחריות האזרחית של עורך הדין באחד מהאופנים הבאים: א. בחינת האחריות האזרחית מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). על פי גישה זו, כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין הם ה'חיקוק' הנדרש על פי הוראות הפקודה, והפגיעה בצד ג היא הנזק שהחיקוק נועד למנוע.⁶⁰ למיטב ידיעתי, עוולה זו טרם נבחנה לעומק בפסיקה בהקשר זה ולא נעשה בה שימוש ביצירת חיבור בין הכלל המשמעותי לבין ההליך האזרחי.⁶¹ ב. קישור נוסף בין כללי המשמעת לבין ההליך האזרחי אפשר לעשות בזמן הגדרת מהות היחסים בין עורך הדין לבין צד ג. אפשר לטעון שישנה חזקה שלפיה עורך דין אינו פועל בניגוד לכללי האתיקה החלים עליו, ומכאן להסיק כי לא העמיד עצמו – בפועל – בניגוד עניינים בין שני לקוחות (או בין לקוח וצד ג).⁶² בדרך זו נעשית ההתייחסות לכללי המשמעת כאל נורמות 'חיות' ולא אבסטרקטיות, הצמודות לעורך הדין מבחינה נורמטיבית ואינן פועלות במנותק מההליך המשפטי האזרחי שבו הוא מעורב. עם זאת בתי המשפט אינם נוהגים לפעול בדרך זו, ובדרך כלל מפרידים בין הרמה המשמעתית לזו האזרחית, במובן זה שהאחריות האזרחית נפרדת מההליך המשמעותי ואינה תלויה בו.

לסיכום חלק זה: אנו רואים כי הולכת ומתפתחת נטייה להטיל על עורכי דין אחריות לפצות את הצד הנפגע מהפרת חובת הנאמנות-זהירות של עורך דין כלפיו, בין היתר, כאשר זה האחרון היה במצב של ניגוד עניינים. במקרים אלו חובת הנאמנות מתורגמת לרכיביה של עוולת הרשלנות: חובת הזהירות והתרשלות.

60 זו לשון סעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]: '(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו. (ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני'.

61 על האפשרות לעשות שימוש בעוולת הפרת חובה חקוקה כתביעות רשלנות מקצועית ראו יעקב, 'רשלנות בין כתלי בית המשפט', לעיל ה"ש 48, בעמ' 11-12.

62 השופט ד' לוי הלך בדרך זו בעניין לוי נ' שרמן, בקבעו כי בשל חזקה זו הוא מסיק כי לא נוצרו בין הצדדים יחסי עורך דין-לקוח. ראו עניין לוי נ' שרמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 475-476.

חשוב לציין, עם זאת, כי עד כה המצבים שבהם יושמה הלכה זו לא כללו ייצוג בין כותלי בית המשפט, אלא בעסקאות ובמהלכים משפטיים שהתרחשו מחוץ לזירת ההתדיינות המשפטית. אני סבורה כי יש לכך כמה סיבות. בייצוג הנעשה מחוץ לכותלי בית המשפט הממד האדוורסרי מרוחק יחסית, כך שמלכתחילה יש סיכוי רב יותר לייצוג משותף של שני צדדים על ידי עורך דין אחד. ייצוג משותף בעסקה אף אינו אסור על פי כלל 14(ד) לכללי האתיקה, אם נעשה בהסכמת הצדדים. לעומת זאת, כפי שמציין אסף יעקב (העוסק בתביעות בגין רשלנות מקצועית באופן כללי ולא דווקא במצבים של ניגוד עניינים), הטלת אחריות נזיקית על עורכי דין בגין ייצוג רשלני במהלך התדיינות היא נדירה. לפני הניזוק עומדים חסמים משפטיים-פנימיים וכן חסמים לבר-משפטיים המקשים על חיובו של עורך הדין באחריות לנזק של לקוחותיו, ובעייתיות זו ישנה גם במצבים שבהם עוסק מאמר זה.⁶³

פרט לייצוג בזמן התדיינות משפטית, הטלת אחריות אזרחית על עורכי דין לנזק שגרמו לנפגע בשל היותם במצב של ניגוד עניינים היא דרך נוחה, יחסית, לבתי המשפט להגדיר נורמות התנהגות פרופסיונליות רצויות מבחינתם. גם בהקשר זה אפשר להביט על המהלך כעל דרך עקיפה שבה בתי המשפט האזרחיים מפתחים כללי התנהגות לעורכי דין ומעצבים אותם, כחלק מהמגמה הכללית להטיל אחריות על בעלי מקצוע כלפי מקבלי השירות בתחומים שבהם אין די בהפעלת כללי המשמעת, או שלידם לשכת עורכי הדין אינה מאזנת באופן ראוי בין הערכים המתחרים. כאמור, הליך משמעותי אינו עוסק בפיצוי הנפגע, אין בו דרישה להוכחת נזק, והוא בשליטתה הבלעדית של לשכת עורכי הדין.

הפרדה בין ההליך האזרחי לבין ההליך המשמעותי מאפשרת יזמה מצד בתי המשפט להסדיר את התנהגות עורכי הדין באופן שאינו מתנגש ישירות עם פעולת הלשכה. לכאורה, בתי המשפט האזרחיים עוסקים במטריה משפטית נפרדת, מנותקת מהדין המשמעותי, ושאינה מתחרה בו. בעוד הלשכה עשויה להורות על הפסקת ייצוג במצב של ניגוד עניינים, כמו זה שעלה בפסקי הדין שתוארו לעיל, או להטיל אחריות משמעתית על עורך הדין, התביעה הנזיקית (או החוזית) עשויה להסתיים בפיצוי כספי על נזקיו של צד ג. תביעה כזו בוחנת את התנהגות עורך הדין בדיעבד: אין בהליך מסוג זה כל הפרעה למהלכם השוטף של הליכי הייצוג

63 יעקב, 'רשלנות בין כותלי בית המשפט', לעיל ה"ש 48, בעמ' 41-45.

כפי שיש בהפסקת ייצוג או בפנייה לוועדת האתיקה לחוות דעת מוקדמת) כיוון שהתביעה מתבררת זמן רב לאחר שההליך העיקרי הסתיים. קל יותר להטיל על עורך הדין אחריות כשכל העובדות כבר התבררו, הנזק התגבש והוא ידוע. בנסיבות אלו נוח לעצב את היקף אחריותו של עורך הדין (גם) כמונע הנזק היעיל ביותר. אפשר להוסיף לכך את השיקול החלוקתי: רוב עורכי הדין מבוטחים בביטוח אחריות מקצועית, מציאות שאף היא משפיעה, מן הסתם, על ההיבטים החלוקתיים של הטלת האחריות. כיוון שמדובר בייצוג שנעשה מחוץ לכותלי בית המשפט, לא מתעוררות השאלות הקשות של היחס בין אחריות עורך הדין לבין אחריות בית המשפט לתוצאה המזיקה, קושי בהוכחת קשר סיבתי וסופיות הדיון.⁶⁴

אפשר אפוא לסכם פרק זה בקביעה שכלל שמדובר בהליך מחוץ לכותלי בית המשפט, הטלת אחריות אזרחית על עורכי דין לפצות נפגעי ייצוג על נזקים שגרמו להם בהיותם בפועל במצב של ניגוד עניינים נעשית בדרך משפטית מקובלת, שבמסגרתה מורחבת האחריות גם כלפי לקוחות וגם כלפי צדדים שלישיים.

5. ביטול הליך משפטי בשל 'כשל בייצוג' שנבע מניגוד עניינים

המצב הרביעי שבו בא לידי ביטוי האיסור בדבר ניגוד עניינים של עורכי דין הוא במסגרת בקשה לביטול החלטה שיפוטית. במקרים מסוג זה בקשת הביטול מושתתת על הרעיון שניגוד העניינים שבו היה שרוי עורך הדין בזמן הייצוג הוביל ל'כשל בייצוג' הלקוח; כשל זה עולה כדי פגיעה חמורה בזכויות הלקוח (נאשם או מתדיין אחר), והוא פגם כה יסודי בהליך השיפוטי עד שהוא מצדיק ביטול ההחלטה שהתקבלה בו.

טענת כשל בייצוג מבוססת על ההכרה בזכות לייצוג ראוי על ידי עורך דין בזכות יסוד. בארצות הברית הזכות לייצוג (בהליך פלילי) מעוגנת בתיקון השישי לחוקה, והפגיעה בה עלולה להיחשב פגיעה בזכות חוקתית.⁶⁵ פגיעה בזכות

64 שם, בעמ' 21-29.

65 התיקון השישי לחוקה מבטיח שורה של זכויות בהליך הפלילי: U.S. Const. amend. VI: 'In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been

החוקתית לייצוג בהליך פלילי עשויה אפוא לשמש בסיס נורמטיבי לביטול הכרעה שיפוטית בטיעון של כשל בייצוג (או ייצוג בלתי ראוי: ineffective assistance of counsel), ותנאי לקבלת הטענה הוא הוכחה שעורך הדין פעל באופן שבו עורך דין סביר לא היה פועל, וכי בשל כך נגרם לנאשם עיוות דין.⁶⁶ הפגם בהתנהגות עורך הדין יכול לנבוע מכמה מקורות. ראשית יש מצבים שבהם עורך הדין פעל באופן בלתי ראוי מבחינת הקומפוטנטיות המקצועית. במצבים אחרים נטען כי בזמן הייצוג הפר עורך הדין אחד מכללי האתיקה המקצועית, ככל שאלו מעגנים את חובת הנאמנות שלו ללקוח. כך למשל, כאשר עורך הדין הפר את חובת הסודיות של לקוחו, או כשנמצא בניגוד עניינים קשה בעת ייצוג הלקוח, מתורגמת הפרת חובת הנאמנות לפגיעה בזכות דיונית יסודית של הלקוח לייצוג הולם, העשויה להגיע לכדי כשל בייצוג.⁶⁷ כדי שניגוד עניינים יעלה כדי כשל בייצוג, על הטוען לו להראות כי עורך הדין אכן היה שרוי בניגוד עניינים בפועל (ולא די בחשש להימצאות בניגוד עניינים), וכי ניגוד זה השפיע על יכולתו ועל תפקודו במהלך הייצוג.⁶⁸

committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense' להישפט במשפט פומבי מזורז על ידי חבר מושבעים נטול פניות של המדינה והמחוז שבו בוצע הפשע, סמכות המוגדרת מראש בחוק, ולקבל מידע על טיב האישום נגדו והסיבה לאישום; להתעמת עם העדים המעידים נגדו; להשתמש בהליך המחייב הופעתם של עדים שיעידו לטובתו, ולזכות בהגנה משפטית'.]

66 פסק הדין המרכזי בסוגיה זו הוא *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

67 ראו בעניין זה *McClure v. Thompson*, 323 F.3d 1233, 1240 (9th Cir.) 2003; וכן ראו נטע זיו 'חובת הסודיות המקצועית של הסנגור וקריאת המצפון האישי: המקרה של McClure v. Thompson' הסניגור 95 (יוני 2006).

68 *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. 335, 350 (1980). זו ההלכה הרווחת אם כי לא בכל המקרים הייתה דרישה מפורשת להוכחת עיוות הדין, ובתי המשפט הסתפקו לצורך ביטול הרשעה בכך שהוכח את קיומו של ניגוד עניינים בפועל ראו *Wood v. Georgia*, 450 U.S. 261 (1981). לביקורת על העמדה שיש להוכיח קיומו של עיוות דין ראו *Criminal Law: Conflicts of Interest - First Circuit Rules That a Defendant Whose Lawyer Had a Conflict That the Judge Should Have Known About Must Show Adverse Effect to Receive a New Trial*, 115 HARV. L. REV. 938 (2002).

גם בישראל מוכרת הזכות לייצוג כזכות יסוד.⁶⁹ זכות זו נגזרת מהזכות להליך הוגן (בהקשר הפלילי) והזכות לנגישות לערכאות (בהליך האזרחי). לפיכך פגיעה חמורה בזכות לייצוג תוביל לעתים לביטול החלטה שיפוטית מהטעם של כשל בייצוג.

בהקשר הפלילי: במקרים מעטים נעתר בית המשפט העליון לבקשה לעריכת משפט חוזר אגב השתתת החלטתו, בין היתר, על טענה של ייצוג בלתי ראוי, מהטעם של כשירות לקויה (להבדיל מהימצאות בניגוד עניינים). בעניין כוזלי ציין הנשיא ברק: 'מוסכם, כך נראה, על כולם, כי הייצוג בעניינם של המבקשים לא היה הולם [...] גם אם אניח [...] כי הסנגורים היו מנוסים דיים – קשה שלא להיווכח בכשלים מספר שיתכן כי הייתה להם השפעה – ולו אף השפעת מה – על הרשעתם של המבקשים'.⁷⁰ במקרה אחר קיבל בית המשפט בקשה למשפט חוזר בטענה שעורך דינו של הנאשם ייצג אותו באופן כה בלתי ראוי ובחר בקו הגנה כה בלתי סביר, שאפשר לראות בכך כשל בייצוג המצדיק עריכת משפט חוזר.⁷¹ עם זאת טענת הייצוג הכושל כשלעצמה אינה קלה להוכחה, ואיננה משום ארן איתן לביסוס בקשה למשפט חוזר. ההלכה בעניין זה קובעת כי גם אם בית המשפט ישתכנע שעורך הדין התרשל בייצוג מבחינת הדין המהותי החל עליו, הדבר לא בהכרח יוביל לקבלת טענת כשל בייצוג המצדיקה ביטול הכרעה שיפוטית. כדי שכך יקרה יש להראות נוסף על כך 'חשש של ממש' שנגרם לנאשם עיוות דין בשל התנהגות עורך הדין.⁷²

בהקשר האזרחי – מעמדה של הזכות לייצוג התחזק לאחר קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהחלטות אחדות הכיר בה בית המשפט העליון כזכות יסוד, הן כזכות העומדת בפני עצמה והן כזכות מאפשרת (enabling right), שהיא משום תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות.⁷³ עשויים להיות מקרים שבהם פגיעה בזכות לייצוג תספק עילה עצמאית לביטול החלטה שיפוטית. כך למשל נקבע בעניין **בן שושן נ' בן שושן** שהיעדר ייצוג של אחד הצדדים די בו כדי להוביל לפגם

69 יורם רבין 'הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי' המשפט 1 225 (2001).

70 מ"ח 7929/96 כוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 568-569 (1999).

71 מ"ח 10392/02 עמיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 297 (2003).

72 ראו למשל מ"ח 2478/99 סביחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 642, 670 (2000).

73 רע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

בהליך המצדיק – כעילה יחידה – ביטול החלטת הערכאה דלמטה, אף ללא בחינה מדוקדקת אם למתדיין נגרם בפועל עיוות דין.⁷⁴ עם זאת בהקשר הפלילי ולא כל שכן באזרחי מדובר במקרים ספורים שבהם טענת כשל בייצוג התקבלה, וככל הנראה אין הם מייצגים את הגישה הכללית של בתי המשפט בסוגיה זו. גישה אחרת – שאינה אוהדת את הטענה – באה לידי ביטוי בעניין יושבייב, שם נאמר על ידי השופט מצא:

בשנים האחרונות משתרשת תופעה מתרחבת והולכת שפרקליטי נאשמים הטוענים בערר, או בערעור, אינם מהססים להטיל דופי בשיקול דעתם המקצועי של פרקליטים שטענו לאותם נאשמים לפני הערכאה הראשונה. הטענה בדבר 'כשל בייצוג', שבעבר הלא רחוק נחשבה לטענה נדירה ויוצאת דופן, הפכה לטענה שגורה ושכיחה, שכרוב המקרים אין בה יותר מאשר ניסיון לחפות על היעדר נימוקים ראויים לשמם לתקיפת ההחלטה השיפוטית העומדת לביקורת.⁷⁵

ואכן, בתי המשפט אינם אוהדים את הטענה, והם מביטים בדרך כלל כחשדנות במי שמבקש לבסס עליה את טענותיו המשפטיות. כאמור, בדרך כלל המבחן הנדרש לקבלת טענת כשל בייצוג הוא מחמיר. על הטוען להראות ייצוג בלתי ראוי, וכי נגרם לו בשל כך עיוות דין: עליו להצביע על קשר סיבתי עובדתי בין התנהלותו הפסולה של עורך הדין לבין תוצאת הייצוג, דהיינו ש'אלמלא מהלך מוטעה, שנקט עורך-הדין שייצג אותו במשפטו, אפשר שבית-המשפט היה מגיע לתוצאה שונה'.⁷⁶ מגמה מחמירה זו מצאה את ביטויה גם בהקשר של טענת כשל בייצוג מחמת ניגוד עניינים. בעניין בשיר דובר בעורך דין שייצג במשותף כמה נאשמות במעשה רצח.⁷⁷ הנאשמות כולן היו אחיות ממשפחה בדואית שהואשמו במעשה רצח מזעזע

74 רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375 (1997). עם זאת חשוב להדגיש כי בעניין זה דובר בתחום דיני המשפחה וכי התביעה נגעה לדירת המגורים המשותפת של בני הזוג.

75 בש"פ 3031/04 יושבייב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו). ראו לעניין זה גם דרור ארד-איליון 'טענת כשל בייצוג' אתיקה מקצועית 16, 1 (דצמבר 2005).

76 בע"פ 1057/96 אמסלו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 160, 165-166 (1998).

77 עניין בשיר, להלן ה"ש 78. זר-גוטמן, 'ייצוג משותף של נאשמים על ידי עורך דין אחד', לעיל ה"ש 21, מצביעה בפירוט על הבעיות העלולות להיווצר מייצוג נאשמים במשותף ואף מציעה כיוונים להסדר אלטרנטיבי.

של בני משפחה אחרים שאותו ביצעו לכאורה יחדיו בהוראת אב המשפחה. בערעור על הרשעתה של אחת האחיות, גב' פטמה בשיר, היא טענה טענת כשל בייצוג בהתבסס על הייצוג המשותף עם הנאשמות האחרות בפרשה. לדבריה, עורך דינה במשפט לא היה יכול לייצגה באופן המיטבי בשל חובת נאמנות שהייתה לו כלפי הנאשמות האחרות שכלפיהן חב חובת נאמנות גם כן.⁷⁸ השופט קדמי דחה את הטענה וקבע כי כדי שיהיה אפשר לבסס טענת כשל בייצוג מחמת ניגוד עניינים של עורך הדין, יש למלא אחר כמה תנאים. ראשית, יש להראות כי אכן התקיים בפועל ניגוד עניינים בין הלקוחות. שנית, יש להראות כי אותו ניגוד עניינים 'תרם בפועל לפגיעה עניינית בזכות לייצוג הולם ולתוצאה שאליה הגיע בית המשפט'.⁷⁹ כמו כן, הבחין בית המשפט בין טענת כשל בייצוג הנובעת מייצוג רשלני או כושל (שאינן בה בכדי להצדיק ביטול ההרשעה) לבין מצב של ניגוד עניינים, כנטען.

השופט קבע כי לצורך קבלת טענת כשל בייצוג יש להצביע באופן ברור על האופן שבו ניגוד העניינים שבו היה שרוי עורך הדין הוביל בפועל לפגם ממשי בניהול ההליך המשפטי ולפגיעה בזכויות הנאשם; לדוגמה: אי-העלאת טענה בשם הלקוח, חקירה לא ממצה של עד, וכמובן – אי-הכוונת האחריות כלפי נאשם אחר, במטרה להעלות ספק בדבר אחריות הלקוח. החלת הדרישות הללו במקרה בשיר מלמדת עוד כי רמת ההוכחה הנדרשת היא גבוהה ביותר, אם לא בלתי אפשרית. אף על פי שעורך דינה של בשיר בערעור פירט כמה וכמה פגמים שלדעתו נפלו בזמן הייצוג, ובכללם היעדר חקירה ראשית ראויה של הלקוחה, היעדר חקירה נגדית של הנאשמות האחרות מחשש שיפלילו עצמן, אי-הצגת מעמדה החלש והנחות של הלקוחה בחברה שבה היא חיה (כדי להעביר את כובד האשמה על הנאשמות האחרות) ואימוץ קו הגנה שמקטין את אחריות הנאשמות האחרות על חשבון פטמה בשיר – לא היה די בכל אלו לשכנע את בית המשפט שנגרם במקרה זה עיוות דין בשל ניגוד העניינים שבו נמצא עורך הדין. בית המשפט ציין כי גם אם מדובר בהתנהגות בלתי ראויה של עורך הדין, הרי לכל היותר ענייננו בייצוג כושל מסוג של רשלנות או חוסר קומפטינטיות, ולא מהטעם של ניגוד עניינים, שלדירו לא הוכח.

לאחרונה ניתנה החלטה שייתכן שיש בה מגמה שונה מעט מהגישה שהובעה בעניין בשיר. מדובר בעניין דענא, שבו התקבלה טענת כשל בייצוג בערעור פלילי

78 ע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 456 (1997).
79 שם (ההרגשה שלי).

בבית המשפט העליון מחמת ניגוד עניינים שבו היה הסנגור, וההרשעה בוטלה.⁸⁰ דובר בערעורם של שני אחים שהועמדו לדין בגין רצח בן דודם ויוצגו בבית המשפט המחוזי בידי אותו סנגור. במסגרת הסדר טיעון תוקן כתב האישום באופן שהמערער 1 הודה והורשע בעברת רצח, ואחיו – המערער 2 – הודה והורשע בעברת סיוע לרצח (הסדר טיעון מותנה זה בהודאתו של זה). הסדר הטיעון לא כלל הסכמה עונשית, והמערער 1 נידון למאסר עולם, ואילו מערער 2 נידון ל-14 שנות מאסר. המערער 1 ערער על הכרעת הדין, ומערער 2 על גזר דינו. בערעורו ביקש המערער מס' 1 לחזור בו מהודאתו וטען כי הודה מתוך לחץ נפשי פנימי והיצוני עקב הבררה שהציג לפניו סנגורו, שלפיה אם יודה הוא בעברת הרצח, יסייע בכך לאחיו, וזה יורשע בעקבות כך רק בסיוע לרצח. מכאן שהייצוג המשותף והלחץ שבו היה נתון מצד עורך הדין להודות כדי להקל בדינו של אחיו הוא כשל שמקורו בייצוג המשותף ובניגוד העניינים שנבע ממנו.⁸¹ המדינה טענה שלא נפל כל פגם בהסדר הטיעון, שמערער 1 היה מודע היטב למשמעות הודאתו ולתוצאותיה, ושאיך בדיונים שלאחר מכן לא עלתה כל טענה בדבר לחצים שהופעלו לשם השגת ההודאה. בית המשפט העליון קיבל את טענתו של המערער 1, התיר לו לחזור בו מהודאתו והורה על ביטול הרשעתו. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שנוצר ניגוד עניינים בייצוג שני האחים בידי אותו סנגור, ושהכשל בייצוגו של המערער 1 הוא תולדה ישירה של אותו ניגוד אינטרסים. מעניין להביא מדבריו של השופט ד' חשין בעניין זה:

סביר להניח כי בנסיבות אחרות, בהן היה כל אחד מהם מיוצג בפני עצמו, הסדרי הטיעון לא היו מותנים זה בזה. יש להניח עוד, כי סנגורו של אמג'ד – אילו יוצג על ידי סנגור נפרד – לא היה

80 ע"פ 635/05 דענא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו).

81 בערעורם, תחילה היו שני האחים מיוצגים ייצוג משותף בידי אותם באי כוח, ואולם לאור אופי הטענה הורה בית המשפט העליון כי ימונה למערער 2 סנגור נוסף מטעם הסנגוריה הציבורית. סנגוריו של מערער 1 הגישו לבית המשפט העליון את התייחסותו של הסנגור הקודם, שמסר כי נגד המערער ואחיו הצטבר חומר ראיות מכביד ביותר, ואילו היה התיק מנוהל, היו שניהם מורשעים בעברת רצח. כמו כן, הוסיף הסנגור הקודם שהמשא ומתן עם המאשימה נוהל בדיעת המערער ואחיו ובהסכמתם, כאשר המערער היה מודע לעברה המיוחסת לו ולעונש הצפוי לו. הסנגור הקודם אישר כי אכן היה המערער נתון לשכנועים שהופעלו עליו הן מצד הסנגור והן מצד אחיו.

משכנעו להודות בביצוע העברה כדי לסייע בכך לאחיו, אלא היה טוען טענות הרלוונטיות להגנתו ולהכרעת הדין בעניינו. האמור לעיל דוחק למסקנה, כי כפל הייצוג של שני האחים בידי אותו סנגור יצר, בנסבות העניין שלפנינו, מציאות משפטית בלתי ראויה, שיש בה ניגוד עניינים מובנה המועד לכשל בייצוג.⁸²

מכאן שבית המשפט הניח כי אילולא ניגוד העניינים, התוצאה הייתה שונה – אולם הוא לא דרש מהמעוררים להצביע על האפשרות הממשית להתרחשות זאת. במקרה זה קבע בית המשפט העליון שהייצוג המשותף יש בו 'ניגוד עניינים מובנה המועד לכשל בייצוג',⁸³ והסיק שתוצאת המשפט הייתה שונה אילולא כשל זה. ייתכן שאפשר לראות בהחלטה זו ריכוך כלשהו של המבחן הנוקשה שנקבע בעניין בשיר והגמשה בו. עם זאת יש לזכור כי דובר כאן במקרה מיוחד של הסדר טיעון מותנה. בית המשפט עצמו לא היה מעורב בקביעת הרשעה, שעליה הייתה הסכמה בין עורך הדין לבין הפרקליטות. מכאן – וכפי שיוסבר להלן – מקרה זה מעורר קושי קטן יותר מהסוג של 'איום' על הלגיטימציה של ההליך השיפוטי לעומת מקרה של הרשעה בעקבות הליך התדיינות מלא.

ככלל, אפשר אפוא לומר כי בהקשר של ביטול הרשעה מחמת ניגוד עניינים הדרישות לקבלת הטענה הן קפדניות בהרבה מהמבחנים המשפטיים החלים על הליך משמעתי – שם, כזכור, כל שנדרש להוכיח הוא קיום חשש לניגוד עניינים – הן חמורות אף מהדרישות בהליך האזרחי בתביעת רשלנות נזיקית מחוץ לכותלי בית המשפט, שבו יש להוכיח כי עורך הדין היה יכול לנקוט פעולות משפטיות שונות מאלו שנקט, שהיה בהן כדי להגן טוב יותר על עניינו וזכויותיו של הלקוח. ככל שאפשר ללמוד מתוך ההחלטות הספורות בעניין בקשות פסילה, באותם מקרים שבהם נדונו והוכרעו בקשות אלו, רמת ההוכחה לאפשרות הפגיעה לא הייתה כה גבוהה. לסיכום חלק זה, נראה שהסטנדרט שבית המשפט אימץ בעניין ביטול הכרעה שיפוטית מהטעם של כשל בייצוג מסוג של ניגוד עניינים הוא גבוה ביותר, וחוץ מעניין דענא לעיל הוא כמעט סותם לגמרי את הגולל על מסלול דיוני זה.

82 ע"פ 635/05 דענא נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק הדין של השופט חשין (פורסם בנבו).
83 שם (ההרגשה שלי).

6. דיון וסיכום

כיצד אפשר להסביר את המבחנים המשפטיים השונים בכל אחד מן ההליכים הנוגעים לניגוד עניינים של עורכי דין? מצב של חוסר אחידות שכזה אינו זר למשפט. המשפט יכול להכיל ולהתמודד עם משמעויות שונות למונחים זהים בהקשרים שונים, עם הבחנות בין 'אמת משפטית' ל'אמת עובדתית', ועם מצבים עובדתיים זהים שיש להם משמעויות ומסקנות משפטיות שונות, בהתאם למהות ההליך, הקשרו ותכליתו. באשר לניגוד עניינים של עורכי דין, אני מבקשת להצביע על שני סוגים של שיקולים המשפיעים השפעה חזקה, לדעתי, על עיצוב מבחנים משפטיים אלו. שיקולים אלו הם חיצוניים למשפט. בהתמקדותי בהם אין כדי לומר שאיני רואה חשיבות בהסברים פנים-משפטיים, שאף להם השלכה על הדרך שבה המשפט התפתח בסוגיה זו.

בדברי על שיקולים משפטיים פנימיים כוונתי להסברים שמקבלים את האופן שבו השופטים מנמקים את החלטותיהם; הם נשענים על עקרונות חשיבה משפטית-דוקטרינרית (הכוללת גם מונחים כגון תכלית החוק וההליך המשפטי, האינטרסים הציבוריים והחברתיים שיש לאזן במעשה השפיטה) ומשתמשים במושגים משפטיים כדי להסביר ולהצדיק את השאלה המשפטית עצמה, אך לא מעבר לכך. שיקולים חיצוניים מתרכזים בקשר שבין הכרעות והתפתחויות משפטיות לבין גורמים חיצוניים למשפט שיכולים להיות חברתיים, מוסדיים, כלכליים, פוליטיים ואחרים.⁸⁴ כאמור, ההתמקדות בשיקולים החיצוניים אין משמעה שאיני מכירה בחשיבות השיקולים הפנימיים – ההפך הוא הנכון. הקורפוס המשפטי מונע ללא ספק ובמידה רבה מתוך היגיון דיסציפלינרי פנימי, שהתגבש לכדי כללים ועקרונות המזינים את התנהלותו ופיתוחו. בסוגיית ניגוד עניינים של עורכי דין, עקרונות כגון חובת הנאמנות ללקוח, שמירה על אינטרסים של צד שלישי בלתי מיוצג, עצמאות עורך הדין, הגנה על זכויות נאשם בפלילים – כולם משפיעים על עיצוב ההלכות המשפטיות. אולם בצדן פועלים גורמים חיצוניים רבי עצמה שמשפיעים על עיצוב המשפט בתחום זה. בחלק מגורמים אלו יכולה המערכת המשפטית אף

84 על ההבחנה בין צורת חשיבה חיצונית לבין ניתוח משפטי פנימי ראו, למשל, עילי אהרנסון 'שפיטה כפולמוס' משפט וממשל ט(2) 497, 502-508 (2006).

להודות, בדרך כלל בחצי פה (למשל שיקולי יעילות וסופיות הדיון); בחלק מהם לא תכיר לעולם (למשל שמירה על מעמדו ויוקרתו של מוסד משפטי זה או אחר). השיקולים המשפיעים על עיצוב הנורמות בנושא ניגוד עניינים נובעים משני מקורות. האחד – אותו חוסר יציבות אינהרנטי, קבוע ונמשך בין לשכת עורכי הדין לבין בתי המשפט, שבבסיסו שאיפה לבכורה בהסדרת הפרופסיה המשפטית. השיקול השני משקף מתח הטבוע בשיטה המשפטית האדוורסרית: מצד אחד יש הכרה בכך שתוצאת התדיינות משפטית תלויה במידה מכרעת בדרך התנהלות עורך הדין ובטיב הייצוג שהוא נותן ללקוחו; מצד שני ישנו הצורך לשמר את אמון הציבור במערכת הצדק ובשופטיה כמבטיחים הליך הוגן וצודק בזכות השופטים ולאן דווקא בזכות פרקליט זה או אחר. כלומר, ככל שמתחזקת הזיקה בין טיב התנהלות עורך הדין לבין פגם בהכרעה השיפוטית מתבלטת חולשתו של ההליך השיפוטי, ובעקפיין אף חולשתם של השופטים כגורמים האחראים לפסקי הדין היוצאים תחת ידיהם.⁸⁵ אני טוענת כי שני שיקולים אלו משפיעים על אימוץ הסטנדרטים המשפטיים המובחנים לניגוד עניינים בכל אחד מהמצבים שתוארו לעיל.

בהליך המשמעותי וכן בהליך פסילת עורך הדין השיקול הראשון נמצא על פני השטח ממש. לשכת עורכי הדין, באמצעות מנגנוניה הפנימיים – בית הדין המשמעותי וועדת האתיקה – מבקשת להיות כתובת ראשונה ומועדפת ליצירת 'משפט מקובל של אתיקה מקצועית'. כפי שהוסבר לעיל, בתחום ניגוד העניינים מבקשת הלשכה להיות הגוף המגדיר והמעצב את הדימוי המקצועי של עורכי דין כמי שנאמנים ללקוחותיהם, נאמנות שנחשבת בעלת ערך גבוה וראשוני. האיסור להימצא בניגוד עניינים נובע מרעיון יסודי זה, ובאמצעותו מבקשת הלשכה למצב את הפרופסיה כמוסד משפטי וחברתי חשוב. פסקי הדין המשמעותיים ובמיוחד הליכי חוות הדעת המוקדמת (המאפשרים לעורכי דין לפנות לגוף הממוסד ולקבל תשובה לקושיות המתעוררות בחיי היום־יום) מחזקים אפוא את מעמדה

85 להרחבה בנקודה זו, יעקב, 'רשלנות בין כתלי בית המשפט', לעיל ה"ש 48, בעמ' 64–67. לדבריו: 'תוצאות סותרות עלולות לערער את אמון הציבור במערכת הפלילית, דבר שיפגע באושיות השיטה המשפטית. כיצד יתכן שהמערכת המשפטית מדברת בלשון אחת כאשר היא שולחת אדם לכלא ובלשון אחרת כאשר היא קובעת שעורך דינו התרשל בהגנתו עלי?' שם, בעמ' 65.

של הלשכה כגוף המקצועי המוסמך לקבוע את הדין בנושא. במלאה תפקיד זה, ללשכה אין קושי לקבוע רף התנהגות מחמיר, כיוון שהמחירים המוסדיים הכרוכים בכך נמוכים. הליך חוות הדעת המוקדמת נעשה על פי רוב בעקבות פניות יזומות של עורכי דין (אם כי הוא אפשרי גם בעקבות פנייה של לקוח), המבקשים לקבל הנחיות מהלשכה ומצפים להחלטה על הדרך שבה עליהם לנהוג. הליכי המשמעת, המתנהלים בדיעבד, לא מתעניינים בפיצוי נפגע קונקרטי, ואין בהם צורך להתמודד עם סוגיות סבוכות של קשר סיבתי וריחוק נזק. מדובר אפוא בטריטוריה השמורה למוסדות הלשכה, שבה ההתערבות החיצונית מצומצמת.

לעומתה, הליכי הפסילה – הצופים פני עתיד ואשר נועדו (ברומה לחוות הדעת המוקדמת) ליתן לעורכי דין הוראות התנהגות קונקרטיות, מתחרים עם סמכויות הלשכה. אל מול 'הסמכות הטבועה' של בתי המשפט להורות בכל מיני עניינים במסגרת ההליכים המתנהלים לפניהם, מבקשת הלשכה לנכס לעצמה את הסמכות הבלעדית לצקת תוכן לתחום ניגוד העניינים של עורכי דין. משכך, אנו עדים להתנגדותה של לשכת עורכי הדין למגמה המסתמנת בבתי המשפט להכריע, מפעם לפעם בנושא, כשזה מתעורר לפניו. כפי שציינתי לעיל, בתי המשפט עצמם טרם הכריעו מי הכתובת הראויה להנחות עורכי דין כיצד לפעול במסגרת הליך בקשת הפסילה.

הטלת אחריות נזיקית על עורכי דין לפיצוי על נזק שנגרם בשל הימצאותם בניגוד עניינים, לעומת זאת, היא הליך שדרכו יכול בית המשפט לעצב נורמות התנהגות פרופסיונליות באופן עצמאי כמעט. ואכן, באמצעות הליכים אזרחיים פיתחו בתי המשפט הלכות חדשניות בנוגע לחובות הזהירות של עורכי דין שהיו בניגוד עניינים, תוך כדי כך שהם מאזנים בין חובותיהם ללקוחות וחובותיהם כלפי צדדים שלישיים. הניתוק הדוקטרינרי בין ההליך המשמעתי להליך האזרחי סייע לביסוסו של מסלול זה, שהתנהל ללא חשש היתקלות עם לשכת עורכי הדין. עוד ראינו שהיה לבית המשפט נוח במיוחד לעצב נורמות פרופסיונליות חדשות כשהאירוע שהוליד את המחלוקת התרחש מחוץ למסגרת ההתדיינות המשפטית. בנסיבות אלו קביעת אחריותו הנזיקית של עורך הדין שייצג שני צדדים בעסקה או במשא ומתן כשהיה במצב של בניגוד עניינים לא היה בה כדי לערער את אמון הציבור בבית המשפט, שכן מעשה הייצוג התרחש מחוץ לזירה שבה יש לשופט סמכות ואחריות.

במצב של כשל בייצוג, לעומת זאת, הנסיבות השונות הולידו הלכה משפטית שונה. טענת כשל בייצוג מחדרת את חולשותיו של ההליך האדוורסרי ואת הדיסוננס בין האתוס של עשיית צדק שיפוטית בלתי תלויה לבין מציאות שבה יש זיקה חזקה בין איכות הייצוג המשפטי לבין מימוש הזכות למשפט הוגן (משום כך קל יותר לקבל את הטענה במקרה של כשל בייצוג לעומת הליך אדוורסרי מלא). ברור שגם לשיקולי יעילות וסופיות הדיון יש משקל רב במצב זה. הצבת סף נמוך לקבלת טענת כשל בייצוג עלולה לפרוץ את הגבולות החינויים לצורך ניהול מערכת שיפוטית יציבה, הזקוקה לכללים ברורים בדבר סיום דיונים וקבלת הכרעה סופית. כאשר נוספת לשיקולים מערכתיים אלו האמביוולנטיות הטבעה בקבלת טענה של כשל בייצוג, נקל להבין את הסיבות לקביעת תנאים כה מחמירים לקבלתה.

הביטויים המוסדיים למיניהם, שדרכם נדרשת מערכת המשפט להתמודד עם ניגוד עניינים של עורכי דין – הליכי המשמעת, הליכי הפסילה, האחריות האזרחית וטענת הכשל בייצוג – מלמדים על מרכזיותו של הנושא בעולמם של עורכי דין, וכנגזר מכך גם במשפט עצמו. עורכי דין הם סוכנים חשובים בעיצוב המשפט, והסוגיות הפרופסיונליות המעסיקות אותם משתקפות במשפט ואף תורמות להתפתחותו. ניגוד העניינים של עורכי דין, עם זאת, מעבר להיותו נושא מרכזי בעיצוב קוד ההתנהגות של עורכי דין, יכול ללמדנו על הזיקה בין שיקולים משפטיים פנימיים, היבטיים מוסדיים והתפתחות דוקטרינה משפטית. מצד אחד, הכללים בדבר ניגוד עניינים נגזרים מהציר המרכזי שעליו בנוי האתוס המקצועי של עורכי דין – חובת הנאמנות ללקוח; בו בזמן יש בהם כדי להצביע על הפרובלמטיזציה העמוקה שבהפרדה בין הממד האישי לממד המקצועי בעבודתם של עורכי הדין, הפרדה שגם היא מאשיות המקצוע. מגוון הצורות שבהן מופיעה סוגיית ניגוד העניינים של עורכי דין והפתרונות המשפטיים המובחנים שהתגבשו בנוגע לכל אחת מהן היא דרך אחת שבה המשפט מנסה ליישב מתחים אלו, אגב שילוב היגיון פנים-משפטי ושיקולים חיצוניים-מוסדיים הפועלים בו בעת גיבושו של המשפט.