

התמודדות עם דילמות אתיות תוך הפעלת שקול הדעת

ד"ר לימור זר-גוטמן*

א. חשיבות שיקול הדעת בעבודת עורך הדין

שיקול הדעת שמפעיל עורך הדין הוא החלק החשוב בעבודתו. בתי המשפט הכירו בכך בהעניקם חסינות רחבה לעורכי דין בכל הנוגע להפעלתו כך שעורך הדין חסין מפני תביעות ברשלנות בגין החלטות שקיבל תוך הפעלת שיקול דעתו המקצועי.¹ החסינות שנפרשה משקפת את הגישה לפיה חייבים לשמור על עצמאות שיקול הדעת של עורך הדין כדי לאפשר לו להמשיך ולהפעיל, ללא מורא הדין והלקוח, את שיקול דעתו המורכב והעצמאי. לקוחות הפונים לעורך הדין מעוניינים לא רק בידע המשפטי המיוחד שלו אלא, בעיקר, בשיקול דעתו – כיצד הוא רואה ומנתח את המצב, כיצד, לפי מיטב הבנתו, יש ליישם ולפעול במסגרת החוק.

לא שונה מכך היא האתיקה המקצועית ואולי אף עולה בעניין זה על תחומים אחרים שכן טיבעה הוא שבסוגיות ובסיטואציות רבות לא קיימות תשובות מוחלטות אותן ניתן לגזור מכללים חקוקים ברורים. התמודדות עם דילמות אתיות מחייבת את עורך הדין ליישם עקרונות אבסטרקטיים על נסיבות כל מקרה ומקרה וזאת תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי מורכב ויצירתי. ניתן להגדיר שיקול דעת זה כהפעלת נורמות מופשטות למדי על קשת רחבה של נסיבות המאפיינות כל מקרה ומקרה. הדוגמא הבולטת שכולנו מכירים להפעלה שיטתית של שיקול דעת כזה היא יישומה של עוולת הרשלנות במקרים של אחריות מקצועית של עורכי דין. חובת הזהירות המוטלת על עורך הדין היא נורמה מופשטת הכוללת בתוכה שורה של נורמות התנהגות כלליות מוסכמות, שלא הועלו על הכתב ובודאי שאינן חקוקות. נורמות כלליות אלו מיושמות על-ידי עורכי הדין ממקרה למקרה כדבר שבשגרה תוך הפעלת אותו שיקול דעת עצמאי ומורכב.

מנגד, קיימים כללים קטגוריים המשאירים מקום מועט לשיקול דעת עצמאי, כללים המכונים "black letter law". בישראל, מרביתם של כללי הדין המשמעותי המחייבים את עורכי הדין הם

קטגוריים. אך אלו הם כללים חסרים באשר נושאים מרכזיים לא נדונים כלל ונושאים אחרים נדונים, אך בצורה חסרה. לדעתי, מגבלתם העיקרית של כללי האתיקה של ציבור עורכי הדין בישראל היא בכך שאינם מכסים באופן מלא וברור את מכלול הדילמות האתיות שבהם נתקל עורך דין.

ב. מקומם של מושגי השסתום בדין המשמעתי של עורכי הדין

דווקא הכללים המעטים (יחסית) שהם "מושגי שסתום" תופסים חלק מרכזי בדין המשמעתי של עורכי הדין. מבדיקה אמפירית שערכתי עלה כי מרבית ההרשעות המשמעטיות מבוססות על סעיפים אלו תוך זניחה של ההוראות הקטגוריות. כתוצאה מכך, הפיתוח של הדין המשמעתי בישראל מתבצע דרך מושגי השסתום. באמצעות כללים אלו נוצק תוכן חדש ומתפתח בכללי ההתנהגות המחייבים את עורכי הדין.

"מושג שסתום" מכונה בדין המשמעתי גם כ"עבירת סל". עבירות הסל הנפוצות ביותר בדין המשמעתי הן שתיים. הראשונה, פגיעה בכבוד המקצוע לפי סעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: "החוק"), וזאת כאשר מדובר בהתנהגות במסגרת העבודה כעורך דין. השנייה, התנהגות שאינה הולמת עורך דין, לפי סעיף 61(3) לחוק וזאת כאשר מדובר על התנהגות מחוץ למסגרת העבודה, בחייו הפרטיים של עורך הדין או בעיסוק אחר שלו.

מושגי שסתום/עבירת סל מתאפיינים בכך שלשונם עצמה אינה קובעת תוכן חד משמעי, כך שהתוכן נקבע על פי שיקול דעת הפרשן, הניזון מעקרונות היסוד של השיטה, מתפיסות המשפט המקובלות ומהאיזון הראוי בין אינטרסים, ערכים ועקרונות שונים. הנורמות האבסטרקטיות הקבועות במושגי השסתום מקבלות קונקרטיזציה ממקרה למקרה ובכך מתגברות על הקושי לקבוע מראש נורמות ספציפיות קשיחות. בכל תחומי המשפט, כאשר האובייקט של ההסדר החקיקתי הוא גמיש ומחייב התאמה לצרכי הזמן והמקום, אין מנוס משימוש במושגי שסתום.ⁱⁱ

בדין המשמעתי של עורכי הדין השימוש בעבירות הסל הוא כה נפוץ עד שאפילו במקרים בהם כבר קיימת הוראה קטגורית התואמת את המקרה, יעדיפו בתי הדין המשמעתיים להפעיל שיקול דעת יצירתי ולהשתית את הרשעתם על עבירה שהיא "מושג שסתום". כד, לדוגמא,

הפסיקה הדנה במקרים שבהם הטעה עורך הדין את בית המשפט כמעט ואינה מתבססת על כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, המהווה הוראה קטגורית האוסרת על הטעייה של בית המשפט, אלא על שני כללים שהם מושגי שסתום: הראשון, החובה לעזור לבית המשפט לפי סעיף 54 לחוקⁱⁱⁱ והשני, האיסור על התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע הקבועה כעבירת משמעת בסעיף 61(3) לחוק.^{iv} אישום אשר מתבסס על ההוראה הקטגורית בכלל 34 עושה זאת במשולב עם שתי הוראות השסתום האלו.^v

שני סעיפי השסתום הללו – החובה לעזור לבית המשפט והחובה להתנהג בצורה ההולמת את כבוד המקצוע – מבטאים נורמה אבסטרקטית שלתוכה יוצקים הפסיקה וועדות האתיקה תוכן קונקרטי בצורה של נורמות מוסכמות שאינן חקוקות. החובה לעזור לבית המשפט כוללת בתוכה שורה של נורמות שנקבעו בפסיקה ובכללן - האיסור על העלאת טענות שאינן להן שחר;^{vi} החובה לאפשר לתביעה לצלם את העתק תיק חומר החקירה שנמצא בידי הסגור לאחר שזה אבד לה;^{vii} חובת עורכי הדין להפגין יחס הולם והתבטאות נאותה כלפי בית המשפט^{viii} והחובה להתייצב לשימוע גזר הדין של הלקוח.^{ix} ואילו תחת כנפי החובה להתנהג באופן ההולם את כבוד המקצוע נכללת שורה של נורמות קונקרטיות בכללן: האיסור על מתן שיקים ללא כיסוי, שימוש בשפה ובסגנון הולמים, כיבוד חיוב כספי על-פי פסק דין ואיסור רשלנות מקצועית.^x

ג. השימוש במושגי שסתום – מחייב הפעלת שיקול דעת

הדין המשמעתי של עורכי דין בישראל מבוסס על הפעלת שיקול דעת,^{xi} דבר הנובע מהשימוש הרב במושגי השסתום. כך שמבחינה זו, עורכי הדין המתמודדים, מעשה של יום ביומו, עם דילמות אתיות שונות, חייבים להפעיל שיקול דעת. בדילמות אתיות רבות נדרש עורך הדין ליישם עקרונות כלליים ומופשטים כמו - חובת הנאמנות ללקוח, החובה כלפי בית המשפט, הזכות לייצוג הולם בפילי ועוד, לפי נסיבות המקרה וזאת תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי מורכב ויצירתי. התמודדות עם דילמות אתיות מחייבת את עורך הדין ליישם עקרונות אבסטרקטיים על נסיבות כל מקרה ומקרה וזאת תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי מורכב ויצירתי. בדיוק בנקודה זו כושלים עורכי הדין, כשהם נצמדים בצורה דווקנית להוראת החוק ולא מפעילים את שיקול דעתם.

ד. דרך ההתמודדות - פיתוח תובנה אתית

החסר העצום בכללים והצורך להפעיל שיקול דעת יכולים לבוא על פתרונו רק אם ישתמשו עורכי הדין בתובנה אתית. תובנה אתית מורכבת משני נדבכים, הבאים זה על גבי זה ולא ניתן להסתפק בנדבך אחד בלבד. הנדבך הראשון הוא רגישות לבעיות אתיות, היכולת לזהות בעיה שכזו עוד לפני שהיא מתעוררת, או מיד לאחר מכן. פעמים רבות הבעיה נעוצה בחוסר המודעות לקיומן של בעיות אתיות. עורך דין צריך לדעת "לחוש" שעומדת להיווצר או שכבר נוצרה בעיה שכזו. בהעדר מודעות לקיומה של בעיה אתית, רחוקה מאד הדרך להתמודד עמה. כך, לדוגמא, במקרה של ייצוג נאשמים במשותף, עורך הדין צריך להכיר מראש את צבר הבעיות האתיות הטמונות בייצוג המשותף ולערוך, בכל פעם שמתבקש ייצוג כזה, בדיקה מעמיקה כדי להחליט אם במקרה שלפניו קיים ניגוד אינטרסים בין הנאשמים, ניגוד שיביא אותו לוותר על הייצוג המשותף.

הנדבך השני בפיתוח תובנה אתית הוא מתן כלים להתמודד עם הדילמות האתיות. מתן כלים אין פירושו מתן תשובות מוחלטות, כי התחום אינו בנוי בעיקרו על תשובות מוחלטות. מתן כלים פירושו פיתוח ושכלול היכולת להתמודד עם דילמות אתיות על-ידי שימוש בכלים שקיימים בתחום האתיקה. אין בידי להציע רשימה ממצה של הכלים להם זקוק עורך הדין כדי שיוכל להתמודד עם דילמות אתיות, אך אוכל להצביע על מספר כלים חשובים הנכללים במסגרת הנדבך השני.

בראש ובראשונה, רצון כן ואמיתי להתמודד עם הבעיה ולא לטאטא אותה מתחת לשטיח. פעמים רבות, כמו במקרה של ייצוג נאשמים במשותף, האינטרס הכלכלי של עורך הדין עלול להביא אותו להתעלמות מקיומן של הבעיות ובלבד שלא יפסיד שכר טרחה. פעמים אחרות, ההתעלמות נובעת מתפיסה לפיה על עורך הדין לשרת את רצון הלקוח בכל מחיר, כך שאם נאשם מסכים לייצוג משותף, הגם שזה פוגע בעליל באינטרסים שלו, על עורך הדין לפעול לפי רצון הלקוח.

כלי נוסף חשוב מאד בהתמודדות של כל עורך דין עם בעיות אתיות הוא **שמירה יחסים כנים עם הלקוח**. מערכת היחסים בין עורך דין ללקוחו צריכה להיות מבוססת על אמון וכבוד הדדי היכולים להיווצר רק תחת גילוי. גילוי מצד הלקוח באשר לעובדות הנכונות וגילוי מצד עורך הדין באשר למחויבויותיו המלאות, אשר חלקן ייתכן ויעמדו בסתירה לרצון הלקוח. היקפה של חובת

הגילוי אינו קבוע. בדומה לחובת הזהירות בנוזיקין, הוא משתנה בהתאם לנסיבות ובהתאם למידת "הנזק" העלול להיגרם אם לא יתקיים גילוי.

תובנה אתית מחייבת את עורך הדין להשקיע רצון ומחשבה כדי להתמודד עם דילמה אתית. מנגד, אי הפעלתה של התובנה האתית עלולה לסבך את עורך הדין בהפרת משמעת שתוביל להגשת תלונה שיכולה להוביל להעמדה לדין ומעל לכול - לפגיעה במוניטין של אותו עורך דין. כך שאם שוקלים את שתי האלטרנטיבות עדיפה, בעיניי, התובנה האתית.

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

ⁱ ע"א 735/75 רויטמן נ' אדרת, פ"ד ל (3) 75, 81-80

ⁱⁱ אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך שני, פרשנות החקיקה, עמ' 136-137 (נבו, 1993).

ⁱⁱⁱ ראו למשל בד"מ (ת"א) 84/84 הועד המחוזי נ' פלוני, עורך דין, פד"מ ה 179; בד"א 5/76 פלוני נ' הועד המחוזי, פד"מ א 256, 269; בשי"פ 196/97 מרטינו נ' מ"י, פ"ד נ (5) 591 (אמרת אגב היות והדין לא עסק בהתנהגות עורך הדין).

^{iv} ראו למשל בד"א 10/76 פלוני נ' הועד המחוזי, פד"מ א 229; בד"א 22/83 פלונית נ' הועד המחוזי, פד"מ ד 98; בד"מ (ת"א) 75/73 הועד המחוזי נ' פלוני, פד"מ א 130.

^v ראו למשל עלי"ע 2156/93 פלוני, עורך דין נ' הועד המחוזי, פ"ד מח(2) 177; עלי"ע 5/87 שמואל, עורך דין נ' ועד מחוז דרום, פ"ד מא(4) 516.

^{vi} ע"א 745/81 טפמן נ' אליהו, פ"ד לט (1) 729, 734; עלי"ע 4/82 פלוני, עורך דין נ' הועד המחוזי, פ"ד לז(1) 71, 74 (מפסק הדין עולה כי דחיות סרק של הדיון, אף שהן לטובת הלכות, הן בגדר הפרת חובת עורך הדין כלפי בית המשפט).

^{vii} רע"פ 4574/99 מ"י נ' לגזיאל, פ"ד נד(2) 289.

^{viii} עלי"ע 4/82 פלוני, עורך דין נ' הועד המחוזי, פ"ד לז(1) 71; עלי"ע 4045/98 ניר, עו"ד נ' הועד המחוזי, (פורסם במאגרים האלקטרוניים).

^{ix} עלי"ע 9473/01 עו"ד טאקו נ' הועד המחוזי (פורסם במאגרים האלקטרוניים).

^x ראו, אברהם זר, אתיקה מקצועית של עורכי דין (1999) 209, 239-245.

^{xi} מאפיין זה קיים גם בדין המשמעתי של הסוליסט'ס באנגליה ובדיוק מאותה סיבה – שימוש רחב במושגי שסתום.

ראו, Richard O'Dair, "Recent Developments in the Teaching of Legal Ethics – A UK Perspective" in

Ethical Challenges to Legal Education & Conduct (Kim Economides, ed.) (1998) 151, 161-163