

## מאמרים

### רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי

מאת  
אסף יעקב\*

#### תקציר

המאמר עוסק באחריותם המקצועית של עורכי-דין בין כותלי בית-המשפט ובוחר את המאפיינים המיוחדים של הזירה המשפטית וכיצד הם משפיעים על הסיכוי להטלת אחריות על עורך-הדין המייצג. בפסיקה הישראלית ניכרת מגמה של מיעוט תביעות ופסיקה נגד עורכי-דין בגין רשלנות בייצוג. מחבר המאמר מנסה לתת הסבר לתופעה זו וכן לבחון את הצדקותיה. הבחינה נעשית תוך השוואה לדין האנגלי, שעבר לא מכבר שינוי רדיקלי בעניין זה. החסינות שהיתה לבריסטרים באנגליה זה שנים בוטלה, וכיום ניתן להגיש נגדם תביעה בגין אחריות מקצועית. הטענה המועלית במאמר היא שהגישה המשפטית הרווחת בארץ, שלפיה עורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט אינם חסינים מבחינה פורמלית אך ממעטים לחוב באחריות מקצועית, הינה מוצדקת. עם זאת, במקרים מסוימים היה ראוי שבית-המשפט ינקוט בגישה שונה מוּו הנהוגה כיום, ייהלץ לטובת לקוח הנתון בקשיים אינהרנטיים בביסוסה של עילת-התביעה ויחייב את עורכי-הדין. המחבר מציג מקרים אחדים כאלה ומציע דרכים לשיפור מצבו של הלקוח באותם מקרים.

- א. מבוא
- ב. עילות-התביעה העיקריות בגין אחריות מקצועית
- ג. בין כותלי בית-המשפט ומחוצה לו
  1. מערך התמריצים הייחודי לזירה המשפטית
  2. קשיים בביסוסה של עילת הרשלנות
  - (א) סוגיית הקשר הסיבתי וריחוק הנזק
  - (ב) רשלנות בגרימת נזק אל מול רשלנות בהעתקתו
3. היחס "המועדף" שניתן לעורכי-דין בגין מאפייני המקצוע ואילוצי השיטה

\* מרצה, בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. תודתי נתונה לאלעד אורג, גיא זיידמן, אריאל פורת, דניאלה צרווניצר-יעקב, אלון קלמנט, יורם שחר, וכן לעוזרי המחקר סיון בר-חן, מיכל מרגלית ושר ענבר, על הערותיהם המועילות והחשובות שהעירו לי לטיוטות קודמות של מאמר זה. כמו-כן תודתי נתונה לחברי מערכת עיוני משפט חניטל בלינסון, דנה וייס ורני כהן וכן ליובל עצמון (עורך-המשנה) על עבודת עריכה מעולה.

- (א) שינוי תוצאה – הפגיעה בעיקרון של סופיות הדין  
 (ב) מנגנונים של תיקון טעויות שהינם אינהרנטיים להליך השיפוטי  
 (ג) מגבלות חיצוניות המוטלות על עורך-דין  
 (ד) חבות-בכוח של עורך-דין כלפי צד ג  
 (ה) פשרות ועסקות-טיעון כחלופה למתן פסק-דין  
 (ו) היחס "המועדף" – סיכום
- ד. שינויה של הלכת החסינות האנגלית
1. העיקרון של נהג המונית
  2. האנלוגיה לעדים
  3. דיון חוזר בהחלטות שכבר ניתנו על-ידי בית-המשפט
  4. הנאמנות הכפולה שעורך-דין מחויב בה
- ה. הערכה ביקורתית של המצב הקיים
1. חסינות פורמלית מול ריסון שיפוטי
  2. דרכים להתמודד עם הקשיים בביסוסה של עוולת הרשלנות
- (א) העילה החוזית מול העילה הנזיקית  
 (ב) הרחבתם של מבחני הקשר הסיבתי במסגרת התביעה הנזיקית
3. גבולות היחס המועדף הניתן לעורך-דין
- (א) סופיות הדין  
 (ב) מנגנונים לתיקון טעויות  
 (ג) מגבלות חיצוניות  
 (ד) פשרות
- ו. סיכום

## א. מבוא

עורכי-הדין בארץ, כבעלי-מקצוע רבים אחרים, חשופים לתביעות של אחריות מקצועית בגין מגוון רחב של מעשים או מחדלים המהווים סטייה מסטנדרט ההתנהגות של עורך-דין סביר. אכן, חדשות לבקרים אנו עדים לתביעות המוגשות בשל אחריותם המקצועית של עורכי-דין בתחומי עיסוקיהם השונים, וביניהן תביעות בשל אחריות מקצועית בעריכת עסקות במקרקעין,<sup>1</sup> בכריתה ובהכנה לקויה של

1 ראו, למשל, ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (להלן: עניין שרמן); ע"א 1227/91 יחיאל נ' כהן, פ"ד מח(3) 207; ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529; רע"א 196/88 טומשבסקי נ' אופנהיימר, פ"ד מב(4) 365; ע"א 2590/90 גיסים נ' מנחם, פ"ד מח(3) 846; ת"א (י"ם) 1066/97 פאר נ' שפירא (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(4) 593; ת"א (י"ם) 1284/96 תפארת נ' מדי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(3) 942; המ' (חי') 32821/96 לוטן נ' ירמייב (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(9) 8; ע"א (חי') 4190/96

חוזים,<sup>2</sup> בעריכה לא-קפדנית של צוואות,<sup>3</sup> במתן הוות'דעת רשלנית<sup>4</sup> ואף בתחום המיסוי בגין כישלון להביא בחשבון שיקולי מס במסגרת עסקה נתונה.<sup>5</sup> לעומת זאת, רק מיצועס התביעות המגיעות לבית-המשפט מוגשות בגין האחריות המקצועית של עורכי-דין בעת דיון בין כותליו של בית-המשפט; ונדירה עוד יותר קבלתן של תביעות אלה עליידי בית-המשפט.<sup>6</sup>

בעמודים הבאים ברצוני להתייחס למגמה זו.<sup>7</sup> תחילה אפרט מהם הכלים המשפטיים

- ברגר נ' גיגי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו (7) 167; ת"א (ת"א) 2890/87 פינטו נ' עמית (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, א 1615; ת"א (ק. גת) 1284/94 אבוטבול נ' אבולניק (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טז 117; ע"א (חי') 4149/96 קדם נ' זייבלד (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(8) 939; ת"א (י"ם) 101/95 ש"מ-טוב נ' רבינוביץ (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(6) 847; ת"א (ב"ש) 3086/98 בנק הפועלים לישראל בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(5) 815 (להלן: עניין בנק הפועלים).
- 2 ראו, למשל, ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטיל, פ"ד נא(4) 769; ע"א 2725/91 היינוביץ נ' גלעד, פ"ד מח(3) 92; ע"א 420/75 כהן נ' איזון, פ"ד ל(2) 29; ע"א 554/87 מזור נ' אריאלי, פ"ד מה(1) 370; ע"א 130/88 קרסיק נ' קופרשטיין, פ"ד מד(1) 589; ת"א (י"ם) 17985/95 כהן נ' בראון (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טו 946.
- 3 *Ross v. Caunters* [1979] 3 All E.R. 580 (Ch.); ע"א 229/85 בן-נון נ' הרצוג, פ"ד מב(1) 785.
- 4 ת"א (י"ם) 24944/96 רייזמן נ' הילקובסקי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טז 580.
- 5 ראו, למשל, ת"א (ת"א) 66789/94 מאיר נ' ויסבלט (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טז 479.
- 6 בבדיקה שערכנו באמצעות המאגרים המשפטיים הממוחשבים ("דינים ועוד", "תקדין", "פדאור") נמצא כי רק 36% מתוך התביעות שהוגשו בגין רשלנות של עורכי-דין היו תביעות בגין אחריותו המקצועית בתוך כותלי בית-המשפט. דוגמות לכך ראו ע"א 735/75 רויטמן נ' אדרת, פ"ד ל(3) 75 (להלן: עניין אדרת); ע"א 3778/94 גרפינקל נ' לין, פ"ד מט(1) 309 (להלן: עניין גרפינקל); ת"א (נצ') 360/93 חרד נ' וינברג (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(9) 982 (להלן: עניין וינברג); ת"א (חי') 665/89 בנקוביץ נ' חב' "ישקונט ספנות" בע"מ (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(4) 804 (להלן: עניין בנקוביץ); ת"א (ת"א) 57381/94 אוריאל נ' שטיינר (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יד 954 (להלן: עניין שטיינר). עם זאת יש מקום לציין כי הבדיקה שערכנו אינה עומדת באמות-המידה הדרושות למחקר סטטיסטי, והיא נועדה אך לשרטט את תמונת-המצב בקווים כלליים.
- 7 אתייחס במאמר בעיקר להיבטים המשפטיים של מגמה זו, אם כי ייתכן שניתן להסבירה גם בכלים מדיסיפלינות אחרות. כך, למשל, קיימים מחקרים סוציולוגיים שלפיהם

העומדים לרשותו של התובע את עורך-הדין בגין אחריות מקצועית, על מאפייניהם השונים. לאחר-מכן אבקש להראות כי היחס בין מספר התביעות המוגשות והמתקבלות בגין רשלנות בייצוג לבין מספר התביעות המוגשות והמתקבלות בגין אחריות מקצועית אינו מקרי, אלא נובע ממאפיינים ייחודיים להליך השיפוט, <sup>6</sup> אשר כמכלול, אינם מתקיימים בתחומים אחרים. <sup>9</sup> עוד אראה כי אף-על-פי שבארץ נדחתה ההלכה האנגלית שלפיה עומדת הסינות משפטית לעורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט, עורכי-הדין בישראל זוכים ביחס דומה לעמיתיהם הבריטיים, והסיכוי שתתקבל תביעה שהוגשה נגדם בגין אחריות מקצועית, אם רק לא ינקטו בצעדים קיצוניים, הינו קטן. בהמשך, אתייחס לפסק-דין תקדימי של בית-הלורדים באנגליה שבו שונתה הלכת החסינות שלוש שנה לאחר אימוצה. בעקבות פסק-דין זה, ההלכה גם באנגליה היא שעורכי-הדין – הן הסוליסטרים והן הבריטורים – אינם חסינים עוד מפני תביעות משפטיות. <sup>10</sup> עוד אטען בהמשך כי המצב המשפטי בארץ, ולאחר השינוי האמור אף באנגליה, הינו רצוי. הוא מקיים גמישות המקדמת, מצד אחד, את העקרונות שעמדו בבסיס החסינות בדין האנגלי, אך מאפשרת, מצד אחר, לבית-המשפט להתערב במקרים הקיצוניים. לבסוף אטען כי בחלק מן המקרים, מטריית ההגנה שבית-המשפט מספק רחבה מדי, ויש לשקול את צמצומה.

### ב. עילות-התביעה העיקריות בגין אחריות מקצועית

כאשר דנים בשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-הדין יש לזכור את ההפרדה הקלסית בין חבותו ואחריותו של עורך-הדין כלפי לקוחו לבין היקף חובותיו ואחריותו, אם בכלל, כלפי צד אחר. <sup>11</sup> הסיבה להבחנה זו ברורה. השוני במערכות היחסים גורר

היבטים אינהרנטיים לכל פרופסיונליות, דוגמת שימוש במינוחים מקצועיים, יומרה לאובייקטיביות וכדומה, מונעים את הנמצאים מחוץ למעגל הפרופסיה, ההדיוטות, מלאתגר את אלה הטוענים למומחיות. למחקר בנושא, ראו: C. Derber, W.A. Schwartz & Y. Magrass "Knowledge, Class, Status and Profession Power in the Highest Degree: Professionals and the Rise of a New Mandarin Order" 20 *Contemporary Sociology* (1991) 683.

- 8 מאפיינים אלה אינהרנטיים לשיטת המשפט המקובל, ואולי אף לשיטות אחרות.
- 9 לעניין זה חשיבות רבה, למשל, בתחום ביטוח האחריות המקצועית. כך, לדוגמה, לאור סיכויי החיוב הנמוכים יחסית, ניתן להפחית לעוסקים בליטיגציה את דמי הביטוח שהם משלישים מדי שנה בשנה לידי חברות הביטוח. ייתכן גם שיש לקבוע ביחס לליטיגטורים כללי אתיקה שונים מאשר ליתר עורכי-הדין.
- 10 לדיון מפורט בהבחנה בין סוליסטורים ובריטורים ראו להלן הערות 35-36 והטקסט הנלווה.
- 11 הצד האתר יכול להיות הצד שמנגד, בין שמדובר בעסקה ובין שמדובר בהליך משפטי, אך הוא יכול להיות גם הצד שלטובתו צריך עורך-הדין לעשות פעולה מסוימת.

מערכת חבויות שונה. אכן, גם הפרת החבות כלפי צד ג עלולה לגרור תביעות משפטיות, אך עילות-התביעה העומדות לצד ג יהיו שונות מאלה העומדות ללקוח, וגם כאשר מדובר באותה עילת-תביעה – בדרך-כלל עוולת הרשלנות – היקף החבות ישתנה.

אהת מעילות-התביעה העיקריות העומדת ללקוח נגד עורך-דין, ואולי החשובה שבהן, נסמכת על החוזה שביניהם.<sup>12</sup> החוזה מסדיר את מערכת היחסים עורך-דין-לקוח, וקובע סטנדרטים שעורך-דין צריך לעמוד בהם. באותו חוזה או הסכם עורך-הדין מתחייב להגיש ללקוח שירותי עריכת-דין בתמורה לשכר-הטרה המשולם לו. לתוך הסכם כזה ניתן לקרוא תנאי מכללא הקובע כי לעורך-הדין המקבל על עצמו את ייצוג הלקוח יש מידה מספקת של ידע, אומנות ומיומנות הנדרשים במקצוע עריכת-הדין בכלל ובתחום המסוים בפרט, וכי הוא מתחייב להפעיל כישורים אלה לטובת לקוחו.

זאת ועוד, החוזה שבין עורך-הדין ללקוח אינו חוזה רגיל. מכיוון שעורך-הדין ממלא תפקיד חברתי חשוב בייצוג לקוחותיו<sup>13</sup> ואף מהווה חלק מן המערכת המשפטית, התברה קוראת לתוך ההסכם שבינו לבין לקוחו תנאים שאינם קיימים בהכרח בחוזה אחרים, ויוצקת לתוכו חובות המגיעות לכדי חובות אמון. כך, למשל, סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961,<sup>14</sup> קובע כי "כמילוי תפקידו יפעל עורך הדין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית-המשפט לעשות משפט". בדומה לכך, כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986,<sup>15</sup> קובע כי "עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט". הפרה של חובות אלה עלולה לגרור סנקציה משמעתית במישור המקצועי, אך היא יכולה להוות גם בסיס לתביעה אזרחית בגין הפרת ההסכם שבין עורך-הדין ללקוח.<sup>16</sup>

12 דוגמה בפסיקה לכך שהתובע משתית את תביעתו, בין היתר, על תביעה חוזית ניתן למצוא בעניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 462.

13 החברה מעוניינת לעודד את הסתמכות הלקוח על עורך-דינו. בעניין זה ראו, למשל, ע"פ 4690/94 אבי יצחק נ' צמח, פ"ד (מח) 70 (שם נפסק כי עניין הציבור הוא להבטיח את רציפות הייצוג לטובת הנאשם, ולא את "נוחותו" של הסניגור). רציונל זה מוצא את ביטויו בכלל 19 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, ק"ת 1373. כלל זה קובע כי על עורך-הדין לשמור בסוד כל דבר שיובא לידיעתו על-ידי לקוח או מטעמו תוך כדי מילוי תפקידו. ביטוי קיצוני יותר לרציונל זה ניתן לאתר בתחום דיני העונשין: עצת עורך-דין יכולה לבסס בנסיבות מסוימות סייג לאחריות פלילית בגין טעות בלתי-נמנעת באורח סביר (סעיף 34(א)) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 226). לדיון בסוגיה זו ראו ע"פ (ת"א) 1132/96 חתוכה נ' מ"י (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(8) 405; ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מ"י, פ"ד נד(4) 1.

14 ס"ח 178 (להלן: חוק לשכת עורכי-הדין).

15 ק"ת 1373 (להלן: כללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית)).

16 כמובן שלא כל החבויות והתנאים המוטלים על עורך-הדין מכוח החוק והתקנות נקראים אל תוך החוזה שבינו לבין לקוחו, שכן חלקם אינו בא להגן על הלקוח. התנאים שייקראו אל תוך החוזה הם רק אלה שניתן להסיק לגביהם כי נועדו לטובת הלקוח וכי המהות רצה שיחלשו על מערכת יחסים זו.

תנאים אלה קבועים בחוק והינם קוגנטיים: לא ניתן להתנות עליהם בחוזה ההעסקה, ועל-כן הם יחייבו את עורך-הדין גם במקרים שבהם ינסה לפטור עצמו מהם באמצעות הקצאת סיכונים חוית מוקדמת.<sup>17</sup> גישתו של המחוקק היא כי ברוב המקרים, הלקוח נמצא בעמדה טובה פחות משל עורך-הדין כדי להתגונן מפני הסיכונים הכרוכים בחוזה זה, ועל-כן הוא נחלץ לעזרתו באמצעות ניסוח כללים שלא ניתן לשנותם.<sup>18</sup> תנאים אלה אינם חלים רק ברמה העקרונית אלא גם ברמה הקונקרטית. כך, לדוגמה, הכללים קובעים כי לעורך-הדין אסור לייצג לקוח במקרים שקיים בהם חשש לניגוד אינטרסים;<sup>19</sup> אסור לו להקליט את לקוחו;<sup>20</sup> הוא חייב להמציא לו פירוט בדבר מצב חשבונו לפי דרישה,<sup>21</sup> ועוד כהנה וכהנה תנאים המחזקים את מעמד הלקוח. תנאים אלה נקראים כולם אל תווה ההעסקה, ועל-כן הפרתם עלולה לעלות לכדי הפרת תחוזה ולזכות את הלקוח בסעד משפטי.

המאפיין את העילה החוזית הוא שכעניין שבשגרה, היא שמורה אך ורק ללקוחות,

- 17 ניתן לנסות לבסס זאת על-סמך הרציונל המנחה כאשר קובעים אם הוראה סטטוטורית מסוימת הינה קוגנטית: בע"א 156/82 לפק"ן ג' דור הוהב בע"מ, פ"ד (ט"ז) 85, נעשה ניסיון לגבש מבחן מסוים לגבי השאלה מתי הוראת-חוק הינה כופה ולא ניתן להתנות עליה. לדברי השופטת נתניהו, הוראת-חוק הינה קוגנטית כאשר מטרתה היא "לשמור על זכויותיהם של אלה שהחוק רואה בהם טעוני הגנה, ולא רק מפני אחרים אלא גם מפני עצמם. כרוך אז בכך לא רק אינטרס אישי של אותם אלה, אלא גם אינטרס ציבורי, שיסודו בטובת הכלל אשר אינו כפוף לרצונם שלהם, והם אינם רשאים לסכל מטרתה של אותה הוראת חוק ולהתבער ממנה" (שם, בע' 94). כמו-כן הנורמות המעוגנות בחוק ובתקנות יכולות לשמש מעין קווים מנחים לבית-המשפט כאשר הוא עוסק במלאכת פרשנות לחוזה לקוח-עורך-דין שיונח לפניו. לדיון בסוגיה זו ראו עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 478 ("והרי חזקה עלינו שיש ליתן למסמך פרשנות התואמת את החוק ומתיישבת אתו על פני פרשנות אשר בעקבותיה ייצא בעל דין מפר את הדין").
- 18 נוסף על כך ראו החלטות ועדת האתיקה של לשכת עורכי-הדין בנושאים השונים. למשל, בעט ואתיקה 14 (מרס 1991) נאמר: "החתמת לקוח על 'כתב שהרוד' הכולל סעיף הפוטר את עורך הדין מרשלנות מקצועית מהווה עבירה על כללי האתיקה ואין לעשות כן." כמו-כן, בעט ואתיקה 17 (יולי 1991) נאמר: "...אל לו, לעו"ד, להחתים לקוח על ויתור גורף של טענות ותביעות כלפי מי שמייצג אותו ואסור לעו"ד לקבל תיק תוך שהוא מציין שרק ויתור מראש על תביעות וטענות יביא להסכמת עורך הדין לקבל התיק לטיפולו. ויתור כזה יכול לגרום לרשלנות מצד עורך הדין ולהונחת הטיפול בלקוח, שכן עורך הדין מתוסן כביכול מתביעות רשלנות מקצועית. ויתור כזה נוגד את חובת עורך הדין לייצג את לקוחו בנאמנות".
- 19 עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 468; כלל 14(א) לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית).
- 20 ראו כלל 22(א) לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית).
- 21 שם, כלל 42(א)(1).

ואילו צדדים שלישיים שאינם קשורים עם עורך-הדין בקשר חווי לא יוכלו ליהנות ממנה.<sup>22</sup> אחד היתרונות המרכזיים בתביעה החוזית הוא שהאינטרסים שניתן לתבוע בגינם רחבים יותר בדרך-כלל. כך, למשל, תביעה חוזית תוגש במקרים רבים בגין פגיעה באינטרס הציפייה, בעוד שתביעה נזיקית תוגבל בדרך-כלל<sup>23</sup> לאינטרס ההסתמכות.<sup>24</sup> מעבר לעילה החוזית ולצידה, הלקוח, וכן צדדים אחרים, יכולים להגיש נגד עורך-הדין תביעות אורחיות נוספות, שהבסיס להן הוא דיני הנזיקין. העילה הראשונה שניתן לעשות בה שימוש היא הפרת חובה הקוקה. העוולה קבועה בסעיף 63 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968.<sup>25</sup> מפתיע לגלות שבת-המשפט,

22 למעט מקרים שבהם יוכל התובע להראות כי אף-על-פי שאינו קשור בחוזה, החוזה נכרת לטובתו (חוזה לטובת צד ג), ראו, למשל, עניין בנק הפועלים, לעיל הערה 1, פסקה 6 ("...יש לשים לב כי רוב המשפטים בהם הוכרה אחריות של עורכי-דין כלפי צדדים שלישיים מתייחסים למקרים הנכנסים לקטיגוריה של חוזה לטובת צד שלישי... על-פי גישה זו עורך-הדין חב חובת זהירות כלפי צד שלישי ספציפי, אשר ברור כי הוא המוטב של חוזה השירות שבין עורך הדין ללקוחו. תיאוריה זו מבוססת על ההכרה הכללית בחוזה לטובת צד שלישי, ולפיכך מצומצמת היא בתחולתה למקרים בהם יוכיח התובע כי מטרת לקוחו של עורך-הדין (המיטיב) היתה להיטיב עם התובע, וכי זו היתה המטרה העיקרית והישירה של העיסקה או השירות שניתן ע"י עורך-הדין ללקוחו). אולם השוו עם בע"א (ת"א) 4224/98 אלמור יבוא ושוק בע"מ נ' מלכית (טרם פורסם), פסקות 10-14 (להלן: עניין מלכית) שם נפסק כי חובתו הראשונית של עורך-הדין לדאוג לאינטרסים של לקוחו אף מתחזקת במקרה שקיימים בו קונפליקט או תחרות בין הלקוח לצד ג). להרחבה בנושא של אחריות עורך-הדין כלפי צד שלישי ראו א' זר אתיקה מקצועית של עורכי הדין (מהדורה 2, תוספת 6, 1999) 219-226; ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א) 459-472.

23 אולם ראו, למשל, ע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, פ"ד נא(1) 68, 84-85 (להלן: עניין זלסקי) (שם עומדים על טשטוש ההבחנה בין אמת-המידה הנזיקית לבין אמת-המידה החוזית).

24 יחד עם זאת נראה שתן הכלל שלפיו תביעה חוזית שמורה רק ללקוח והן הכלל שלפיו בתביעה נזיקית לא ניתן לתבוע פיצויי ציפייה מתגמשים על-פי הנסיבות, ובת-המשפט מאפשרים לתובע מרחב תמרון נרחב. זאת ועוד, ההבדל שבין התביעה הנזיקית לחוזית נכון ברמה התיאורטית, אולם ביטוי קטן יותר בחיי המעשה. דוגמה למקרה שעלול להיווצר בו הבדל בין העילה החוזית לנזיקית היא כאשר עורך-הדין מתחייב לפני הלקוח להשיג תוצאה מסוימת בעוד שעורך-דין סביר לא היה מצליח להשיגה. במקרה כזה לא תקום עילה מכוח דיני הנזיקין (אם כי גם כאן ניתן אולי להחיל את הדינים בדבר מצג-שוא רשלני - להבדיל מהפעילות עצמה, שלא היתה רשלנית), אלא תקום רק עילה חוזית. במילים אחרות, ניתן לומר שכברת-מחדל, החוזה שבין עורך-הדין ללקוחו יוגדר כחוזה השתדלות, ולא כחוזה תוצאה.

25 ג"ח 266 (להלן: פקודת הנזיקין).

ואף התובעים, ממעטים להשתמש בעוולה זו בתביעות בגין אחריות מקצועית.<sup>26</sup> למעשה, ברוב המקרים עוולה זו אינה מאוזכרת כלל בפסקי-הדין, ואם היא מאוזכרת, שמור לה תפקיד שולי בתחלטה, המסתמכת כמעט תמיד על הפן החווי ועל הפן הנויקי-הרשלני בלבד. כך, למשל, בעניין שרמן,<sup>27</sup> העוולה של הפרת חובה חקוקה מופיעה רק באזכור

26 הכוונה כאן היא למונח malpractice, ולא ל-negligence.

27 ראו דברי השופט ד' לויין בעניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 463. נשאלת השאלה: מדוע? האם יש דבר-מה המונע את בית-המשפט מלהשתמש בעוולה זו לעיתים תכופות יותר? סעיף 63 לפקודת הנויקין, כפי שהוא פורש בפסיקה, מונה שישה יסודות לצורך מתן פיצוי בגין עוולה זו. הסעיף דורש שיוכח קיומה של חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק; שהחיקוק נועד לטובת הנויק; שהמזיק הפר את החובה; שבקבות ההפרה נגרם לניזוק נזק; ושמדובר בנזק מהסוג שאליו התכוון החיקוק. הפסיקה העמידה יסוד נוסף, שלילי, והוא שהחיקוק לא התכוון לשלול קיומה של תרופה נויקית. איני רואה כל בעיה לגבי רוב התנאים הקבועים בסעיף. כך, מוטלות על עורך-הדין חובות מכוח חוקי לשכת עורכי-הדין וכלליה, ופעמים הוא מפר חובות אלה (למשל, הוא עשוי להפר את החובה לפעול בנאמנות לטובת הלקוח, לשמור בסודיות על ענייניו, לא לעמוד במצב של ניגוד אינטרסים וכן הלאה). ברוב המקרים גם ניתן להוכיח שהנזק נגרם כתוצאה מן ההפרה וכי מדובר בנזק מסוג הנזקים שאליהם התכוון החיקוק. הטענות היחידות שעשויות לעלות נגד השימוש בסעיף הן שתיים, ואף הן אינן חוקות במיוחד. הטענה הראשונה היא שהחובה המוטלת על עורך-הדין אינה לטובת הניזוק, לדעתי, טענה כזו לא תוכל לעמוד במבחן הפרשנות המשפטית כפי שהיא באה לידי ביטוי במקרים דומים בתחומים שונים. הפרשנות שניתנה לתנאי זה רחבה, ובתי-המשפט קבעו כי חובה עשויה להיות מוטלת לקידום אינטרסים של גורמים אחדים בו-זמנית, ועל-כן, גם אם היא מוטלת לצורך קידום האינטרסים של הציבור בכללו, היא יכולה לפעול גם במישור של קידום האינטרסים של כל אחד מן הציבור. הטיבה השנייה לאי-שימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה נוגעת בתנאי השלילי, הגורם שיש להראות שהחיקוק לא התכוון לשלול את התרופה הנויקית. בית-המשפט פירש תנאי זה באופן מצמצם. כך, למשל, בע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169, 178-179, נקבע שקיומה של סנקציה פלילית אינו שולל בהכרח סעד אזרחי, ועל אחת כמה וכמה בענייננו, כאשר הסנקציה אינה פלילית, אלא משמעית. מכאן שברוב המקרים יתמלאו יסודות סעיף 63 לפקודת הנויקין ויהיה ניתן לעשות בו שימוש. הדברים נכונים בעיקר כאשר מופרת חובה שעומדת לטובת הלקוח, אך הם עשויים להיות נכונים גם לגבי צדדים שלישיים. הן חוק לשכת עורכי-הדין והן כללי הלשכה מטילים על עורכי-הדין חובות וסטנדרטים שעליהם לעמוד בהם. במסגרת חיובים אלה ניתן למצוא חיובים שנועדו להגנת הלקוח, אך גם חיובים שנועדו להגנה, אם כי מצומצמת, ובצדק, על צד ג. כך, הכללים קובעים שעל עורך-הדין לנהוג כלפי הצד האחר בדרך-ארץ, לשמור על כבודו ואף להימנע מהעלאת טענות עובדתיות או משפטיות שאינן נכונות. לדעתי, ניתן לראות בחיובים אלה חיובים שנועדו לשמור על כללי המשחק ולהגן על משתתפיו, ובכללם גם על צדדים יריבים



תוך הפניה לפסק-דין של בית-המשפט המחוזי. יתר על-כן, גם באזכור גופו אין הכרעה בשאלה אם יש להסתמך על עוולה זו.<sup>28</sup>

העילה הנויקית העיקרית היא עוולת הרשלנות. עוולה זו משתרעת הן על מעשיו של עורך-הדין והן על דבריו. בעניין שרמן קבע השופט דב לוי, בהסתמכו על פסק-דין קודם<sup>29</sup> ועל סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנויקין, כי רשלנות מקצועית תתקיים בהינתן היסודות הבאים: (1) קיום חובה כלפי התובע להשתמש בכושר סביר; (2) הפרת חובה זו; ו-(3) נזק לתובע כתוצאה מהפרת החובה.<sup>30</sup> עוולת הרשלנות, הגם שהיא עשויה לאפשר עילת-ביעה ללקוח, כמו גם לזה שאינו לקוח, תתפרש באופן שונה ביחס לשניהם. בעוד שלגבי זה שאינו לקוח יש לחפש אחר קיומה של חובה שהופרה, לגבי הלקוח הדברים פשוטים הרבה יותר. קיומה של החובה עולה ישירות מהחוזה שבין הצדדים, כמו גם מהחוק ומכללי הלשכה בדבר התנהגות עורכי-הדין, הקובעים מערכת חיובים רחבה יותר לטובת

שאינם לקוחותיו של עורך-הדין. הפרת סעיפים אלה, במקרים המתאימים, תקנה לנפגעים סעד בגין הפרת חובה חקוקה.

28 כל שנאמר על-ידי שופט בית-המשפט המחוזי הוא שאין הוא "צריך להיכנס לשאלה המעניינת אם במידה ועורך הדין... הפר את חובותיו לפי הפרשנות שניתנה לסעיף הנ"ל [סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין - ד' ל'] הוא ביצע עוולה של היפר חובה חקוקה, שהרי סעיף 54 הנ"ל בא להגן על הלקוחות...". עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 463. בעניין זה ניתן להקשות ולשאול: מהי נפקות ההבחנה? אם קמה ללקוח עילה מכוח עוולת הרשלנות, מדוע יש צורך בעילה נוספת בגין הפרת החובה החקוקה? אכן, מבחינת המשפט הרווח, הגישה המוכתבת על-ידי ע"א 243/83 עירית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (לטו) 113, 125-126 (להלן: עניין גורדון) היא גישת ה"רשתות". על-פי גישה זו, המוצגת על-ידי הנשיא ברק, העוולות הקבועות בפקודה אינן מוקפות בהגורות של הסדרים שליליים. על-כן, היה ומעשה מסוים נתפס ברשת של עוולה מסוימת, קמה לתובע עילה מכוח אותה עוולה, ובלבד שלא הוכח הסדר שלילי ספציפי. אולם השאלה המעניינת היא: האם הכרה בעילה מכוח הפרת החובה החקוקה יכולה להוסיף על עוולת הרשלנות? תשובה חיובית אחת לשאלה זו ניתן למצוא במסגרת המישור הפרוצדורלי: לתובע יכולים לצמוח יתרונות בגין היסודות השונים של כל עוולה, ועל-כן ייתכן שיהיה לו קל יותר להוכיח הפרת חיקוק מאשר הפרת סטנדרט פרי פסיקה. תשובה נוספת לשאלה זו טמונה בתשובה לשאלה אחרת, והיא: האם ייתכנו מקרים שבהם יופר סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין, ולמרות זאת לא יוגדר מעשה ההפרה כרשלני? באותם מקרים יכולה לקום עילת-ביעה בגין הפרת חובה חקוקה, אך לא בגין עוולת הרשלנות. לדעתי, התשובה לשאלה זו חיובית. מקורו של סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין הוא בדיני הנאמנות, וייתכן כי מעשה מסוים נופל במתחם הסבירות, אך הוא מהווה הפרה של חובות אמון שמציבות סטנדרט גבוה מזה של עוולת הרשלנות. באותם מקרים יימצא התובע בעמדת-פתיחה טובה יותר אם תוקנה לו עילה בגין הפרת החובה החקוקה.

29 המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד (ח) 1317, 1329.

30 עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 462.

הלקוח בהשוואה לצד ג. עליכן, הבעיה העיקרית לגבי צד ג תהיה להגדיר את תוכנה של החובה. לאתר-מכן ניתן לגזור מהגדרה זו את התשובה לשאלה אם החובה הופרה במקרה כזה או אחר.

בעניין שרמן אימץ בית-המשפט העליון את הגישה שלפיה, לעניין סטנדרט המיומנות הנדרשת מעורך-דין ביחס ללקוחו, אין הבדל מעשי בין מערכת היחסים החונית והנזיקית. בשתיהן יחולו על עורך-הדין אותם סטנדרטים.<sup>31</sup> בית-המשפט תופס את עורך-הדין כמי שמציג לפני הלקוח מצג מכללא שלפיו הוא בעל הכישורים, הידע וההבנה המתאימים והדרושים לטיפול בבעיה שלפניו, וכי ביכולתו לנהל את התיק במידת האחריות שבה היה עורך-דין סביר נוהג בנסיבות העניין.<sup>32</sup> הפרת המצג תאפשר הגשת תביעה נזיקית. בקובעו מהו סטנדרט המיומנות והזהירות הנדרש מעורך-דין, נזקק בית-המשפט לשני מקורות עיקריים:<sup>33</sup> הדין הכללי שהתגבש בהלכה הפסוקה ביחס לאנשי-מקצוע והדין הספציפי הקובע את נורמות ההתנהגות הראויות לעורך-דין – בין שזה קבוע בחוק, בכלליה של לשכת עורכי-הדין או בתקנות. בית-המשפט נוטה לעמדה שניתן להשתמש בכללי הלשכה כבשיקול מנהה, ולעיתים אף מכריע, בקביעת רשלנותו של עורך-דין. לגישתו, בהתווייתם של כללי הלשכה, שהינם בעלי גוון עונשי-משמעתי, נוהגים זהירות רבה, ואם כבר נקבע תקן מסוים לצורך הטלת אחריות משמעטית, "כמעט ניתן לומר שקל והומר שאותו סטנדרט כשר להוות בסיס לאחריות בנוזיקין".<sup>34</sup>

עד עתה הצגנו את הסוגיה של אחריות עורך-הדין מנקודת-ראותו של התובע-בכוח (הלקוח או צד ג) ועילות-התביעה העומדות לרשותו. עתה נציע בחינת אחריות זו באמצעות הבחנה בין שני סוגים של פעילויות במסגרת מקצוע זה.

### ג. בין כותלי בית-המשפט ומחוצה לו

מדוע יש להבחין בין אחריות עורך-דין בפועלו מחוץ לבית-המשפט לבין אחריותו במסגרת הדיון המשפטי? האין לראות בכך הפליה במסגרת הפעילות במקצוע, שהרי גם עורך-דין המנסח תווה וגם זה הטוען בבית-משפט עוסקים שניהם במקצוע עריכת-דין? מקורה של ההבחנה היסטורי אומנם, אך נפקותה עודנה מעשית ותקפה אף היום. באנגליה, העוסקים במקצוע עריכת-דין מתחלקים לבריסטרים וסוליטריים. סוליטריים הם עורכי-דין המוסמכים לתת עצות משפטיות, לערוך עסקות משפטיות ולטעון ב-"magistrates county courts".<sup>35</sup> לעומת זאת, הבריסטרים טוענים בכל בתי-המשפט.<sup>36</sup>

31 שם, שם. כמו-כן ראו א' בר-שלום "לשאלת אחריותם בנוזיקין של עורכי-דין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 479, 491.

32 עניין שרמן, שם, בע' 463. כמו-כן ראו י' שנהב ור' לויטן "אחריותו המקצועית של עורך הדין, ניהול סיכונים וביטוח חבות" הפרקליט לב (תשל"ח-תשל"ט) 178, 182.

33 עניין שרמן, שם, בע' 462.

34 שם, בע' 463.

35 H.J. Abraham *The Judicial Process* (Oxford, 7th ed., 1998) 91-92

36 Abraham, *ibid.*, at pp. 92-94

ההלכה באנגליה, עד לשינויה בפסק-הדין בעניין *Simons*,<sup>37</sup> היתה שלבריסטרים עומדת חסינות (אם כי מוגבלת)<sup>38</sup> מפני תביעת רשלנות בנוזיקין. החסינות חלה הן ביחס ללקוח והן ביחס לצד שכנגד. היא נוצרה לאחר שבית-הלורדים מחק, מטעמי חסינות, תביעה נגד עורך-דין שנטען לגביו כי ייצג את לקוחו ברשלנות בתביעה פלילית.<sup>39</sup> לעומת זאת, הסוליסטרים לא היו חסינים, אלא כאשר טענו לפני ה-"magistrates county courts".<sup>40</sup> הנימוקים בעד חסינות כזו היו ועודם בעיקרם מהסוג של תקנת-הציבור. בעת הדיון המשפטי אין עורך-הדין משמש רק כשליחו של הצד שהוא מייצג, אלא מהווה חלק ממערכת המשפט, או בלשון המשפטנים: an officer of the court.<sup>41</sup> לפיכך, ועל-מנת שימלא את תפקידו נאמנה, לא יטעה את בית-המשפט בהסתרת מסמכים ובחקירות העדים

37 *Arthur J S Hall & co (a firm) v. Simons; Barratt v. Ansell; Harris v. Scholfield*

[2000] 3 All E.R. 673 (H.L.) (להלן: עניין *Simons*).

38 להרחבה בסוגיית הניצול לרעה ראו להלן הדיון בחסינות פורמלית מול ריסון שיפוטי, בפרק ה-1.

39 בעניין זה ראו: *Rondel v. Worsley* [1967] 3 All E.R. 993 (H.L.) (להלן: עניין

*Rondel*). נהוג לייחס את החסינות המודרנית, עד לביטולה לאחרונה, לפסק-דין זה.

הבריסטרים היו אומנם חסינים אף קודם-לכן בפני תביעה חוזית, שכן בניגוד

לסוליסטרים, לא היה חוזה בינם לבין לקוחותיהם, אך עניין *Hedley Byrne & Co. Ltd.*

*v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.) פתח

לפני "העולם כולו" - לקוחות ושאינם לקוחות - את הפתח להגיש נגדם תביעה

נויקית שתבסס על אמות-מידה של שכנות וציפיות, ולא על אמות-מידה חוזיות. עניין

*Rondel* סגר פתח זה וביסס את חסינות עורכי-הדין בצורתה המודרנית כאשר קבע את

חסינותם המהותית בפני הגשת תביעה נויקית שאינה מושתתת על חוזה כלשהו. חסינות

זאת אף הרחיבה הלכה למעשה את ההגנה על סוליסטרים שהיה ניתן להגיש נגדם, בטרם

התבססה ההלכה, תביעה גם במסגרת כשירותם כטוענים בבית-המשפט.

40 ההלכה הורחבה לסוליסטרים בחוק משנת 1990, ראו: Courts and Legal services act,

1990, Ch. 41, s. 62; R.F.V. Heuston & R.A. Buckley *Salmond & Heuston on the*

*Law of Torts* (London, 21st ed., 1996) 213-214.

41 להרחבה בסוגיה של חובת עורך-הדין כלפי בית-המשפט ראו ע"פ 236/88 איזמן נ' מ"י,

פ"ד מד(3) 485, 503. ("עורך הדין איננו רק דוברם של לקוחותיו; מחובתו גם לסייע

לבית המשפט במילוי תפקידו השיפוטי. בצד החבות שיש לו כלפי לקוחותיו, יש לו גם

חבות אישית - כעורך דין - כלפי עצמו וחבות כלפי בית המשפט. נכונה היא העובדה,

כי המורכבות האמורה של התפקיד מטילה על עורך הדין נטל כבד, אך אלה ממאפייניו

של המקצוע המיוחד של עריכת דין." (ההדגשה שלי - א' י.); עט ואתיקה 11 (נובמבר

1990) (דיון בסוגיית אחריותו של עורך-דין לאמיתות הטענות שהוא טוען בשם מרשיו

בבית-המשפט); עט ואתיקה 43 (1997) (דיון בסוגיית התנהגותו של עורך-דין כאשר

מטעם לקוחו מעיד עדות שאינה אמת); עט ואתיקה 40 (יוני 1996) (דיון בסוגיית

חובותיו של עורך-דין כלפי בית-המשפט, עמיתיו למקצוע ומוסדות לשכת עורכי-הדין;

זר, לעיל הערה 22, בע' 115-129; קלינג, לעיל הערה 22, בע' 347-349.

ולא יסתיר או ימנע את זימונם של עדי-מפתח, ניתנה לו חסינות. החשש התמידי מפני תביעה נזיקית מצד הלקוח, הלחץ שבו עורך-הדין עלול להיות נתון מצידו של הלקוח, וכתוצאה מכך הרצון לקדם את ענייניו ולרצות אותו, עלולים להניע את עורך-הדין לפעול ב"מסירות" גדולה מזו המותרת ומתחייבת – מסירות שתביא בסופו של דבר לירי עיוות דין וצדק ולמעילה בתפקידו הציבורי. לכך, פסק בית-המשפט באנגליה,<sup>42</sup> אין הוא יכול להסכים. לנימוקים אלה מיתוספים נימוקים אחרים, הן כאלה הנובעים מהיות עורך-הדין נציג המערכת, כגון הרצון למנוע הארכות-שוא של דיונים משפטיים אך ורק כדי לרצות את הלקוח על-חשבון הציבור והן כאלה הנובעים מתפקידו כמייצג הלקוח, למשל, הרצון לאפשר לעורך-הדין ליוזם טענות חדשניות מבלי לחשוש מפני תביעות רשלנות.<sup>43</sup> מובן שכנגד נימוקים אלה ניצב החשש הגדול שעורך-הדין ינצל את החסינות, ימעט בעבודתו, ירבה בלקוחות וישקיע זמן מועט מדי בהכנה ובניהול של כל תיק.<sup>44</sup> הדבר יהיה בסופו של דבר, כך נטען, על-חשבון הלקוח, והוא מהווה חריג לכלל שלפיו יש להעניק פיצוי על מעשה עוולתי.<sup>45</sup> לפיכך אפשר הדין האנגלי חריגים לחסינות זו במקרים הקיצוניים שבהם עשה בה עורך-הדין שימוש לרעה.<sup>46</sup>

בית-המשפט בישראל החליט, כנראה מתוך היכרות עם תנאי הארץ ויושביה, לדחות את ההלכה המעניקה לעורכי-דין חסינות במהלך הדיון המשפטי.<sup>47</sup> דומה ששלילת החסינות עולה בקנה אחד עם המגמה של צמצום החסינויות במשפט בכלל<sup>48</sup> ובדיני הנזיקין בפרט.<sup>49</sup> כעניין של מדיניות כללית, אין בית-המשפט מעוניין ב"איי" חסינות ב"אוקיינוס"

42 עניין *Rondel*, supra note 39, at p. 998.

43 *Ibid.*, at p. 999.

44 חלק מהמלומדים מטילים ספק בחשש זה. הם סוברים שלנוכח היות הפעולה מפקחת (ועל כך להלן), קיימים לצדדים תמריצים אחרים, מעבר לחשש מתביעה אזרחית (כגון התבוזות לפני בית-המשפט, דיון משמעותי בעקבות תלונת שופט או יריב וכדומה), שידרבנו את עורך-הדין לפעול על-פי סטנדרטים נאותים. לביקורת כללית על הלכת החסינות, ראו: W.V.H. Rogers Winfield & Jolowicz on Tort (London, 15th ed., 1998), 156.

45 ראו: P. Cane Tort Law and Economic Interests (Oxford, 2nd ed., 1996) 233–238. כמו-כן ראו להלן הביקורת שנמתחת על מוסד החסינות בעניין *Simons*, supra note 37.

46 ראו להלן פרק הו.

47 ראו עניין אדרת, לעיל הערה 6.

48 ראו, למשל, בתחום המשפט הבינלאומי, ע"א (ת"א) 581/91 *Her Majesty the Queen in Right of Canada* נ' שלדון ג. אדלסון (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(5) 202 (שם צומצמה הדוקטרינה של חסינות ריבון זר).

49 ראו, למשל, עניין גורדון, לעיל הערה 28, בע' 134. כמו-כן ע"א 429/82 מ"י נ' סוהן, פ"ד מב(3) 733, 736 (בפסקי-דין אלה נידון צמצום החסינות המיוחדת של המדינה). נוסף על כך ראו בר"ע (י"ם) 2315/00 מ"י נ' פרידמן (טרם פורסם) (להלן: עניין פרידמן) (שם נפסק כי אף-על-פי שהחסינות האישית הנתונה לגופים שיפוטיים בסעיף 8 לפקודת

המשפט וב"ים" הנזיקי, והוא מעדיף לשמר בידיו את האפשרות לבדוק את מעשי הצדדים המעורבים תוך הכרעה לגופו של עניין. אומנם, בדחותו את הלכת החסינות הבריטית התבסס בית-המשפט על פרשנות פורמלית,<sup>50</sup> אולם ייתכן שברקע עמד גם השיקול של שמירת פתח להתערבות במקרים הראויים.

על-אף היעדרה של חסינות פורמלית, המגמה המסתמנת היא, כאמור, מיעוט תביעות נגד עורכי-דין בכל הקשור לדיון בבית-המשפט. מספר נמוך יחסית של פסקי-דין העוסקים ברשלנות מסוג זה קיים בפסיקה הישראלית,<sup>51</sup> לעומת מספר גדול הרבה יותר של פסקי-דין שניתנו בהתייחס לרשלנות עורכי-דין מחוץ לכותלי בית-המשפט.<sup>52</sup> פסקי-הדין המצוטטים לעניין אחריותו המקצועית של עורך-דין בין כותלי בית-המשפט הם בני

הנזיקין מקרינה על היכולת לתבוע את המדינה באחריות שילוחית, אין למנוע זאת כליל, ויש לאפשר זאת במקרים המורים של רשלנות בוטה מאוד).

50 בניגוד למשפט האנגלי, דיני הנזיקין שלנו הקוקים, ואין בתי-המשפט רשאים לצמצם או להרחיב את תחולתם ככל הנראה להם בנימוק של טובת-הציבור. את זאת מסיק בית-המשפט מסעיף 8 לפקודת הנזיקין, המקנה לשופט או לבורר חסינות לגבי עוולה שנעשתה במילוי תפקידם. לדעת בית-המשפט, מדובר בהסדר שלילי. לו רצה המחוקק להעניק חסינות גם לעורך-הדין, הוא היה עושה זאת מפורשות, כפי שעשה בסעיף 513(5) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240, ומשלא עשה כן, אין עורכי-הדין חסינים. ראו עניין אדרת, לעיל הערה 6, בע' 77-78.

51 דוגמות לכך ראו לעיל טקסט להערה 6.

52 למשל, תביעות אחריות מקצועית בתחום המיסים (ראו לעיל הערה 5) והתווים (ראו לעיל הערה 2). מקרים נוספים הקשורים למערכת היחסים שבין עורכי-דין ללקוח, ואולי הם, יותר מכל, מהווים את מסת התביעות העיקרית נגד עורכי-דין, הינם מקרי רשלנות הקשורים לנכסי דלא נידי (ראו לעיל הערה 1). יש סיבות אחדות לכך שסיטואציות אלה תופסות נפח רב במסגרת פסקי-הדין בדבר רשלנותם המקצועית של עורכי-דין. ראשית, התוצאות ברוב המקרים הן בינאריות. טעות של עורך-דין עלולה להתבטא באובדן העסקה, באובדן הנכס ועוד. שנית, ברוב המקרים הטעות אינה ניתנת לתיקון, שכן בעסקה מעורבים צדדים שלישיים המונעים את תיקונה. שלישית, מכיוון שהתוצאות הן חד-משמעיות, הלקוחות מיטיבים לעמוד על זכויותיהם. שלא כבהליך השיפוטי, שבו, גם ללא רשלנות, יש תמיד צד זוכה וצד מפסיד, כאן הדברים שונים. העסקה צריכה להתנהל באופן מסוים, ומשאין היא עולה יפה, ניתן ברוב המקרים לייחס רשלנות, לפחות נחזית, לעורך-הדין. רביעית - ואולי זו הסיבה המכרעת - הכסף הרב המונח על כפות המאזניים והעובדה שבמקרים רבים מדובר בתסכנות חיים שירדו לטמיון מניעים לקוחות לתבוע בגין ההפסד העצום ולבתי-המשפט לפסוק לטובתם, מתוך הנחה שפעילותו של עורך-הדין מבוססת, והוא יוכל לשאת בנוק בקלות רבה יותר, זאת ועוד: בית-המשפט נמנע בחלק מן המקרים, ולדעתי באופן מכוון, מלסווג את הנפגע כלקוח או כצד ג. אין ספק שכלקוח, עילות-התביעה שעומדות לנפגע רבות יותר ותוקות יותר. הימנעות מסיווג כזה והשארת הנפגע על קו-התפר מאפשרות לבית-המשפט להעניק לנפגע את הסעד המבוקש במקרים רבים יותר.

עשרות ואף מאות שנים. יתר על-כן, באותם מקרים העוסקים בתביעות מסוג זה, בין בארץ ובין בחוץ-לארץ, המגמה המסתמנת היא לפסוק לטובת עורך-הדין.<sup>53</sup> מדברים אלה עולה כי ליטיגטורים חשופים פחות לסכנה של תביעות נזיקיות בגין רשלנות מקצועית בשל פעילותם בזמן ההליך המשפטי ובתחום כותלי בית-המשפט.<sup>54</sup>

השאלה המעניינת היא: מדוע? מה מייחד את הייצוג המשפטי מיתר פעולותיו של עורך-הדין וגורם לכך שיוגשו נגדו פחות תביעות, ורובן יידחו?<sup>55</sup> טענתי היא כי הטיעון בבית-המשפט ניהון בצבר מאפיינים שמעניקים לו צביון שונה משל יתר תחומי האחריות המקצועית. אומנם, חלק גדול מן המאפיינים יכול לבוא מפעם לפעם לידי ביטוי גם בתחומים אחרים של אחריות מקצועית, אולם כמכלול, אין תחום אחר המתאפיין בכל המאפיינים האלה או אף ברובם. מכלול זה הוא שמצדיק, ברוב המקרים, יחס שונה כלפי עורך-הדין.<sup>56</sup>

53 ראו, למשל, עניין אדרת, לעיל הערה 6; עניין גרפינקל, לעיל הערה 6; עניין בנקוביץ, לעיל הערה 6; עניין שטיינר, לעיל הערה 6; ת"א (ק. גת) 1047/94 יוסיפון נ' מזור (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יד 333 (להלן: עניין יוסיפון); ת"א (י"ם) 10905/96 רבני חברה לתובלה ולתעבורה בע"מ נ' אלעד (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טו 870; ע"א (ת"א) 1737/97 קקון נ' הוזה (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוץ, כוז (1) 97.

54 בעניין אדרת הגיש התובע תביעה נגד הסניגורים שייצגו אותו במשפט פלילי. טענתו היתה שהם התרשלו בייצוגו במהלך המשפט. בין היתר טען שהטענות הטרומיות של עורך-הדין לא היו מעוגנות בחוק או בהגיון, שעורך-הדין סירב לתקור עדים לפי רשימת שאלות שהכין לו, סירב לשאול שאלות שהיה מחובתו לשאול, לא הזמין עדים שהתובע ביקשו להזמין, ועוד כהנה וכהנה טענות. בית-המשפט המחוזי סילק את תביעתו על הסף. הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, ואף הוא נדחה. על-אף העובדה שביט-המשפט דוחה את דוקטרינת החסינות, ולמרות הנחתו של בית-המשפט לצורך ההליך כי טענות התובע נכונות, בית-המשפט קובע שלא היתה התרשלות. לדיון מודחב ראו להלן טקסט להערה 160. עם זאת יש כאמור פסקי-דין אחדים שבהם התקבלה טענה של רשלנות, ביניהם עניין וינברג, לעיל הערה 6; ת"א (ת"א) 59069/94 ביסון נ' אהרונסון (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יא 886 (להלן: עניין אהרונסון); ת"א (י"ם) 101/95 שם טוב נ' רבינובניץ (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוץ, כוז (6) 847; ת"א (ת"א) 46906/93 סטאר נ' שפירא, תקדין שלום, (3) 96 2595 (להלן: עניין סטאר); ות"א (עכו) 2660/92 סמעאן נ' כמאל (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יג 21 (להלן: עניין סמעאן).

55 אחד ההסברים האפשריים לפער טמון ביחס שבין כמות העסקות הנערכות מחוץ לכותלי בית-המשפט לבין מספר ההתדיינות הנערכות בין כתליו, ראו לעיל הערה 6. יחד עם זאת, לרעתי, אין בהבדל כמותי זה כדי להסביר את הפער הגדול בין מספר התביעות המוגשות בגין רשלנות עורכי-דין במסגרת ההליך השיפוטי לבין מספר התביעות המוגשות בגין פעילויותיו האחרות של עורך-הדין.

56 ניתן להצביע על מקור נוסף להבחנה הקיימת בין עורך-דין הפועל מחוץ לכותלי

## 1. מערך התמריצים הייחודי לזירה המשפטית

לזירה המשפטית עצמה יש השפעה על התנהגות הצדדים. מאמרים רבים, הן מתחום הפסיכולוגיה<sup>57</sup> והן מתחומים אחרים,<sup>58</sup> גורסים שאנשים מכוונים את התנהגותם לא רק, ואולי אף לא בעיקר, על-פי סנקציות משפטיות, עונשים וקנסות, אלא גם לנוכח "סנקציות" חברתיות.<sup>59</sup> הזירה המשפטית מוסיפה לעבודת עורך-הדין נדבך נוסף וחשוב שאינו קיים במקרים אחרים: השופט כמפקח צמוד על עבודתו.<sup>60</sup> כך, לדוגמה, כאשר

בית-המשפט לבין עורך-דין הפועל בתוכם, והוא היחס שבין פעולות "טכניות" לפעולות "מהותיות". ככלל, ניתן לומר כי פעמים רבות יותר, ההיבטים של עבודת הראשון המגיעים לבחינתו של בית-המשפט ניתנים לאפיון כטכניים, פרוצדורליים. לעומת זאת, רוב ההיבטים של עבודת עורך-הדין בתוך כותלי בית-המשפט המגיעים לבחינתו של בית-המשפט ניתנים לאפיון כמהותיים. נפקות הבחנה זו לענייננו נעוצה בהנחה כי בעוד שהיבטים פרוצדורליים ניתנים לבחינה ביתר קלות לפי אמות-המידה של סטנדרט זהירות, היבטים מהותיים קשים יותר לבדיקה וכגון איכות הטיעון, איכות החקירה הנגדית וכדומה. מדברים אלה אין להסיק חלילה כי בעבודת עורך-הדין מחוץ לבית-המשפט אין פעולות שאופיינו כמהותיות, אולם בגין אלה, כך על-פי הטענה, ממעטים לתבוע.

57 ראו, למשל, פרק 19 בספר העוסק בנושא: H.A. Michener & J.D. Delamater *Social Psychology* (Fort Worth, 3rd ed., 1994) 512.

58 C. Jolls, C.R. Sunstein & R. Thaler "A Behavioral Approach to Law and Economics" 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1471.

59 בעניין זה יש חשיבות רבה לנורמות השוררות בבית-המשפט ולשופט כמכתיב את הנורמות הללו. קיימת נטייה למלא את גורמות חברתיות גם אם אין בצידן סנקציה מיידית. נטייה זו גוברת כאשר הפרת הנורמה נעשית כפומבי תחת עינו הפקוחה של הציבור. דוגמות כאלה ניתן למצוא במקורות הבאים: C.R. Sunstein "On the Expressive Function of Law" 144 *U. Pa. L. Rev.* (1996) 2021; C.R. Sunstein "Social Norms and Social Roles" 96 *Colum. L. Rev.* (1996) 903; D.M. Kahan "Social Meaning and the Economic Analysis of Crime" 27 *J. Legal Stud.* (1998) 609; R.A. Posner "Social Norms and the Law: An Economic Approach" 87 *Am. Econ. Rev.* (1997) 365; R. Cooter "Expressive Law and Economics" 27 *J. Legal Stud.* (1998) 585, 594-595; J.J. Rachlinski "Symposium on Law, Psychology, and the Emotions: The Limits of Social Norms" 74 *Chi.-Kent. L. Rev.* (2000) 1537; E.A. Posner *Law and Social Norms* (Cambridge, 2000) 5, 34, 90-97.

60 הפיקוח הצמוד עשוי לתת את אותותיו באופן מידי, ועל-כן הוא נבדל מיתר המקרים שהפרת הנורמה אינה גוררת בהם בהכרח התייחסות כלשהי. כפי שגערת מרצה בסטודנט שלא הכין עצמו לשיעור עשויה להגיע את הסטודנט, במקרים רבים, לשפר את דרכיו אף שאין לנויפה זו משמעות ישירה לעניין הציון (שכן המבחן הסופי נבדק בעילום-שם), כך גם הערת שופט לעורך-דין על שאינו ממלא את תפקידו נאמנה.

עורך־דין כורת חוזה בשביל לקוחו, אין גוף מפקח הבודק את מעשיו באופן תדיר ואף מתערב בהם. בפעם הראשונה שתבוקר עבודתו, אם בכלל, כאשר הלקוח יגלה, בשלב מאוחר יותר (ובדרך־כלל מאוחר מדי), כי רצונו לא התמלא.<sup>61</sup> לעומת זאת, במסגרת הדיון המשפטי מוצבות לעורך־דין נקודות ביקורת רבות על־ידי בית־המשפט. השופט קורא את כתב־התביעה ואת כתב־הטענות ושומע את טיעונו של עורך־הדין כמו גם את התקירות שהוא עורך. עורך־דין אשר אינו מגיע מוכן לדיון יודע כי יתבזה בעיני השופט, וכי הלה יעיר לו על הכנתו הלקויה.<sup>62</sup> זאת ועוד, קשה להסתיר טעויות בדיון ואי־מוכנות. בניגוד, למשל, לניתוח שנערך בחדר סגור, ופרט לצוות הרפואי, אין יודע מה התרחש באמת, הדיון המשפטי מתנהל על־פי רוב בדלתיים פתוחות,<sup>63</sup> כאשר השופט (ובמידה רבה אף הציבור) משמש כמפקח; ולא סתם מפקח, אלא כזה המתמצא בתחום. הסנקציה החברתית ואולי אף המשמעית<sup>64</sup> שעורך־דין שאינו עושה את מלאכתו נאמנה צפוי לה תגיע אותו לרוב לנקוט משנה זהירות על־מנת לא להגיע למצב שבו תחרוג התנהגותו מהתנהגות של עורך־דין סביר.<sup>65</sup> עורך־דין הפועל תחת עינו הפקוחה של השופט אינו רוצה להתבזות לפניו, לא כל שכן לפני לקוחותיו, שכן הדבר עשוי לפגוע ביקורתו המקצועית, ועל־כן יעשה בכל הקשור לניהול ההליכים המשפטיים לפחות את המוער הנדרש.<sup>66</sup> זאת ועוד: לדיון הפתוח יש השפעה על המוניטין של עורך־הדין בקרב הציבור כולו. הערות רבות מדי על תפקודו הלקוי של עורך־דין יערערו את המוניטין שלו, והדבר

- 61 הצד האחר לא יפנה כמובן את תשומת־ליבו של עורך־הדין או של לקוחו כי ההווה לא נכרת באופן נאות, שכן הדבר פועל לטובתו. יתר על־כן, כאשר הצדדים מיוצגים על־ידי עורכי־דין, הכללים אף אוסרים מפורשות על פנייה ישירה של עורך־הדין האחד אל הצד שכנגד, וזו צריכה להיעשות אך ורק באמצעות עורך־דינו של הצד שכנגד. ראו כלל 25 לכללי לשכת עורכי־הדין (אתיקה מקצועית).
- 62 כמובן שגם השופט לא יוכל לעמוד על כל טעויותיו של עורך־הדין, וקיימים סוגים שונים של טעויות או של אי־הכנה שגם השופט יתקשה לגלותם. עם זאת, הסיכוי שאלה יתגלו גדול ברוב המקרים.
- 63 ראו סעיף 68 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, ס"ח 198 (להלן: חוק בתי־המשפט), הקובע את פומביות הדיון.
- 64 לשופט יש סמכות להגיש תלונה משמעית בשל מעשי/התנהגות עורך־הדין. ראו סעיף 19 לחוק בתי־המשפט.
- 65 בדומה להבחנה שבין הרתעה ספציפית להרתעה כללית. ראו: G. Calabresi *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (London, 1970) 68-134
- 66 בהתייחסויות־גומלין שבין עורך־דין ללקוחו מחוץ לכותלי בית־המשפט קל יותר לעורך־הדין "לתרץ" את אי־מוכנותו באמתלה כלשהי או בכך שהלקוח אינו מתמצא בתחום. בבית־המשפט, לעומת זאת, כאשר השופט הוא זה שמותח ביקורת, יהיה לעורך־הדין קשה הרבה יותר. על־כן, הסיכון לפגיעה במוניטין של עורך־הדין במסגרת הזירה המשפטית גדול הרבה יותר, ומכאן התמריצים הטבעיים לנקוט באמצעי זהירות ולהכין עצמו כראוי למשפט.



יפגע ישירות בהכנסותיו. גם אם בסופו של יום לא נגרם ללקוח נזק ישיר, הפגיעה בשמו הטוב של עורך-הדין שרירה וקיימת, ואת זאת ירצה למנוע.<sup>67</sup>

## 2. קשיים בביסוסה של עילת הרשלנות

### א. סוגיית הקשר הסיבתי וריחוק הנזק

הקשר בין תוצאות שליליות של הליך משפטי מבחינתו של הלקוח לבין התנהגותו של עורך-דינו אינו ברור כבתחומים אחרים וקשה יותר להוכחה. גם עורך דין מהשורה הראשונה, הפועל על-פי תקנים ראויים, עלול להפסיד בתיק "חלש". שלא כבעסקת מקרקעין, שבה, בנסיבות מסוימות, לא-ירישום של הערת-אזהרה עשויה להיות תוצאה חד-משמעית של הפסד הנכס; ושלא כבעסקת מס, שבה, כתוצאה מטעות, יחויב הלקוח במס מקום שלא היה צריך להיות מחויב בו; בדיון המשפטי אין הדברים כה חד-משמעיים. אימוץ גישתו של הצד האחד והעדפתה על זו של הצד האחר אינם נובעים בהכרח מרשלנותו של עורך-הדין, שכן מטבע הדברים, תמיד יהיה צד אחד שיוזכר במשפט וצד אחר שיפסיד בו. הבה נניח ששמעון תבע את ראובן על סכום של חצי מיליון שקלים, ותביעתו התקבלה. ראובן, שיוצג על-ידי לוי, מגיש נגדו תביעה בגין רשלנות מקצועית בייצוג. טענתו של ראובן היא שלוי לא פעל כעורך-דין סביר, ועל-כן הוא הפסיד במשפט. במקרה אחר, שבו הוגשה תביעה פלילית נגד ראובן, הוא עלול לטעון כי בעקבות רשלנותו של עורך-דינו, בכך שלא זימן עד חשוב לעדות או בכך שיעץ לו לא להסכים לעסקת-טיועון, הוא נכלא לתקופה ממושכת. במקרים כגון אלה, על-מנת שתביעתו של ראובן תצלח, עליו לא רק לשכנע את בית-המשפט שלוי נהג שלא כעורך-דין סביר, אלא גם להראות קיומו של קשר סיבתי בין מעשה הרשלנות של לוי לבין הנזק שנגרם. מעבר לכך, הוא יצטרך להראות כי הנזק אינו מרוחק מדי. כלומר, על-פי פרשנותם של בתי-המשפט, יהיה על ראובן להוכיח כי אלמלא מעשיו או מהדליו הרשלניים של עורך-דינו היתה תוצאת פסק-הדין הפוכה (קשר סיבתי עובדתי), או למצער שהיה די בהיעדר רשלנותו להביא לידי שינויה, וכי לוי היה צריך לצפות זאת (קשר סיבתי-משפטי). נוסף על כך יצטרך ראובן להראות כי הנזק לא היה מתרחש באורח טבעי, במהלכם הרגיל של הדברים, אלא נבע במישרין מעוולת לוי. הוכחת קשר סיבתי כזה, כאשר הרכיב של אי-ריחוק הנזק מצטרף אליו, מקשה עד מאוד את מלאכת התביעה.

דוגמה לסיטואציה כזו ניתן למצוא בעניין יוסיפון.<sup>68</sup> באותו מקרה היתה טענתו של התובע כי עורך-דינו התרשל בתביעה שהגיש נגד המוסד לביטוח לאומי לבית-הדין לעבודה, שמטרתה היתה הכרה בהתקף-לב שאירע לו כתאונת עבודה. טענתו של הלקוח

67 יהיה מעניין להיווכח כיצד תשפיע, אם תתקבל, הצעת-החוק בדבר הכנסת שידורי טלוויזיה לבית-המשפט. זו תגדיל את חשיפתו של עורך-הדין, ועל-כן, לדעת, תחוק עוד יותר את תמריציו לנהוג זהירות יתרה, אם כי היא עלולה ליצור תופעות-לוואי אחרות, כגון דרמטיות יתרה, נסיונות לארכת המשפט לשוא ועוד.

68 לעיל הערה 53.

היתה כי בעקבות רשלנותו של עורך־הדין, סירב בית־הדין לעבודה להכיר באירוע כבתאונת עבודה. בשל כך נגרמו לו נזקים שאותם הוא תובע מעורך־הדין. על־פי טענת התובע, רשלנותו של עורך־דינו באה לידי ביטוי בכך שלא תמך את תביעתו בבית־הדין לעבודה בחוות־דעת רפואית ואף לא חקר באופן נוקב את הצד שכנגד.<sup>69</sup> המוסד לביטוח לאומי, לעומת זאת, צירף חוות־דעת כזו, ובעקבותיה אף מונה מומחה מטעם בית־הדין שקבע כי אוטם הלב שפגע בתובע לא נגרם כתוצאה ממתח נפשי שבו היה שרוי במקום עבודתו. מכאן היתה הדרך למסקנה שאין מדובר בתאונת עבודה קצרה. בית־המשפט העדיף לא לדון במחלוקת בעניין סטנדרט התנהגותו של עורך־הדין, ובחר לדון בשאלת הקשר הסיבתי שבין התנהגות עורך־הדין, בהנחה שהתרשל, לבין הנזק שנגרם. לאחר דיון מעמיק בחוות־הדעת, ולאחר שבית־המשפט שם עצמו בנעלי בית־הדין לעבודה ובחן מחדש את השאלה שעמדה בו לדיון על־סמך ראיות ומומחים נוספים שמונו, הוא הגיע למסקנה כי אפילו התרשל עורך־הדין בטיפול המשפטי בענייניו של התובע, לא הוכח קשר סיבתי בין המחדל ו/או המעשה של עורך־הדין לבין תוצאת פסק־הדין. בשל כך נפסק כי לא התמלאו היסודות של עוולת הרשלנות וכי דין התביעה להידחות. מדוגמה זו ניתן ללמוד שהלקוח יצטרך בדרך־כלל להראות כי טיעונו של עורך־הדין, אילו גערך בסבירות, היה מביא לידי כך שהלקוח היה זוכה במשפט;<sup>70</sup> כי העונש היה קטן יותר; הפיצוי היה גדול יותר; וכדומה.<sup>71</sup> כדי להוכיח זאת, על הלקוח להתגבר על קשיים לא־מעטים.

#### (כ) רשלנות בגרימת נזק אל מול רשלנות בהעתקתו

בתביעה בגין אחריות מקצועית יש להבחין, לדעתי, בין שתי קבוצות של מקרים. קבוצה אחת היא זו שבה הרשלנות המקצועית גורמת לנזק העיקרי. כך, למשל, כאשר רופא מתרשל, נגרם לחולה נזק שהיה ניתן להימנע ממנו. כך גם כאשר גשר שתוכנן באופן לקוי קורס ומוחץ תחתיו אנשים רבים.<sup>72</sup> קבוצה אחרת של מקרים היא זו שבה הרשלנות המקצועית עצמה אינה גורמת נזק, אלא פוגעת בהקצאתו. פעמים רבות, במיוחד בתחום האזרחי, תפקידו של עורך־הדין במהלך הדיון המשפטי הוא להביא לחלוקה מחדש

69 כמו־כן יוחסה לעורך־הדין רשלנות בשל העובדה שלא הגיש בזמן הודעת ערעור לבית־הדין הארצי לעבודה.

70 או, למצער, שסיכוייו לזכייה במשפט היו גדולים יותר, ועל כך ראו להלן הדיון בהרחבת מבחני הקשר הסיבתי במסגרת התביעה הנוזיקית בפרק הנ"ב.

71 בעניין זה השוו: P.A. Lord "Comment: Loss of Chance in Legal Malpractice" 61 Wash. L. Rev. (1986) 1479. מחבר המאמר מציע להתמודד עם חלק מן הקשיים שמתעוררים באמצעות יישום הדוקטרינה של "הפחתת סיכוי".

72 המקרים של נזק גוף הם התמורים ביותר, אך ייתכנו גם מצבים שבהם המתרשל גורם לחברה נזק רכוש או נזק כלכלי. לדוגמה, כאשר גשר או בניין קורסים ואינם פוגעים באיש, או כאשר חוזה אינו מקבל תוקף מפני שאינו עונה על דרישות פרוצדורליות מטוימות. (הנזק הכלכלי נגרם כתוצאה מכך שנמנעת הגדלת התועלת החברתית שבאה לכלל ביטוי בחוזה שלא יצא לפועל.)

של הנזק. עורכי-הדין אמונים על שכנוע בית-המשפט בהשארת הנזק היכן שנפל או בהקצאתו מחדש. אם ב גרם ל-א נזק ברשלנות, סך העוגה החברתית קטן כבר בעת קרות הנזק. רשלנותו של עורך-הדין "רק" תביא לידי כך שמי שיישא בעלות הוא א, ולא ב - המזיק הרשלן. ניתן לטעון שרשלנות עורך-הדין בהקצאת הנזק, לפחות מבחינה כלכלית, אינה המורה כיצירתו של הנזק הראשוני,<sup>73</sup> ועל-כן ייתכן שבית-המשפט יתייחס אליה ביתר סלחנות.<sup>74</sup> כאשר מתלווה לכך העובדה שהנזק שנגרם במקרים אלה על-ידי עורך-הדין הוא נזק כלכלי טהור,<sup>75</sup> ובתי-המשפט, על-אף הצהרותיהם, נוטים לקמץ במתן פיצויים בגין נזקים מסוג זה,<sup>76</sup> יש בכך הסבר נוסף למיעוט ההכרעות נגד עורכי-דין בכל הנוגע לרשלנותם במהלך הדיון המשפטי, לפחות ככל שהן נוגעות בתחום האזרחי.

קיימת עם זאת קבוצת מקרים שבהם עורך-הדין הוא יוצר הנזק הראשוני במהלך המשפט. בתחום הפלילי, למשל, ייתכן שכתוצאה מרשלנותו של עורך-דין, אדם חף מפשע ייכלא לשנים רבות.<sup>77</sup> בניגוד לקבוצת המקרים הקודמת, כאן עורך-הדין הוא הגורם לנזק הראשוני, ולא רק מתרשל בהקצאתו מחדש. כתוצאה מרשלנותו נגרם לאדם סבל מיותר והוא מורחק מן החברה אף על-פי שהוא חף מפשע.<sup>78</sup> עוול דומה מתרחש כאשר אדם נכלא לשנים רבות מאלה שהיו נגזרות עליו אלמלא רשלנותו של עורך-הדין. אכן, התחום הפלילי יכול לשמש דוגמה טובה למקרים שבהם עורך-דין גורם ישירות לנזק במסגרת הדיון המשפטי, אך הוא בבחינת דוגמה בלבד. בסטייה מסטנדרט ההתנהגות הסביר, עורך-דין עלול לגרום נזק ישיר אף בתחומים אחרים.<sup>79</sup> בכל המקרים הללו יש לראות את הנזק שנגרם כתוצאה מהאחריות המקצועית ביתר חומרה, ואך פלא הוא שמספר פסקי-הדין בתחומים אלה וההכרעות נגד עורכי-הדין שואף לאפס.<sup>80</sup>

73 ניתן לערוך כאן אנלוגיה להבחנה שבין נזק פיזי לנזק כלכלי בכל הקשור למצגי-שוא. בעוד שנקבעו כללים מיוחדים לגבי מצגי-שוא הגורם נזק כלכלי, אין כללים מיוחדים לגבי מצגי-שוא הגורם נזק פיזי, וחלים דיני הרשלנות "הרגילים". להרחבה בסוגיה זו ראו ע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנקו בע"מ, פ"ד מב(1) 190.

74 נכון אומנם שטעויות מסוג זה עלולות להשפיע על המזיק העיקרי ועל הרתעתו, אך אם אין מדובר בטעויות שיטתיות, תהיה הטיה כזו זניחה.

75 גם בתביעה בגין רשלנות רפואית (וזה אך דוגמה), נזק שאינו כלכלי טהור לגבי הרופא ייחשב לכוזה לגבי עורך-הדין, שכן רשלנותו אינה קשורה לגרימת הנזק הפיזי.

76 אולם השוו אמרת השופט ברק בעניין גורדון, לעיל הערת 28, בע' 140. לעומת זאת, ראו הנימוקים ההיסטוריים והכלכליים העומדים ביסוד ההלכה שאין פיצויים בגין נזק כלכלי טהור: Rogers, *supra* note 44, at pp. 132-134.

77 אכן, על-מנת שהנאשם יקבל הגנה הולמת במקרים כגון אלה, החברה רואה לנכון למנות לו עורך-דין מטעמה.

78 זאת ועוד, נוסף לנזק שנגרם ללקוח, נגרם נזק גם לתברה עקב החזקתו בבית-הכלא, הוצאתו ממעגל העבודה וכולי.

79 לדוגמה, בהתדיינות בנושאים שונים בתחום המשפחה, התרשלנות בהשגת צו איסור יציאה מהארץ, אי קבלת צו-מניעה, צו עשה או סעד זמני אחר, וכולי.

80 לכאורה, היינו מצפים למצוא תביעות רבות של אסירים ו/או עצירים שנכלאו או

### 3. היחס "המועדף" שניתן לעורכי-דין בגין מאפייני המקצוע ואילוטי השיטה

#### (א) שינוי תוצאה - הפגיעה בעיקרון של סופיות הדיון<sup>81</sup>

הכרה בתביעת אחריות מקצועית נתפסת בעיני בית-המשפט כעלולה לפגוע בסופיות הדיון.<sup>82</sup> היא אף עלולה להביא לידי אי-אחידות בין פסיקות בית-המשפט השונות.<sup>83</sup>

הוענשו בדרך אחרת הבאים בטענות אל עורכי-דינם. אכן, במקומות אחרים בעולם אנו עדים לתביעות רבות יותר מסוג זה. ניתן להציע הסברים אחדים למיעוט התביעות. ראשית, המכשולים האובייקטיביים המקשים על אסירים להגיש תביעה משפטית, לבססה ולהפיע לבירורה. שנית, הלקוח עשוי לחשוש שתביעה מסוג זה תגרור חובה רחבה לגילוי ראיות העלולה לחשוף דברים נוספים נגדו, במיוחד אם יוסר החסיון עורך-דין - לקוח (בניגוד למקרים שמדובר בהם ברשלנות בעריכת עסקה מסוימת שרק היא הרלוונטית לעניין הגילוי). שלישית, האסיר מעוניין בעיקר בשחרורו, ופחות בקבלת פיצוי, אם כי משפטו נגד עורך-דינו עשוי ליצור הד ציבורי, במיוחד אם יזכה בו, ולהצגת העוול שנגרם לו בכלי-התקשורת. ייתכן שהדבר אף יהווה עילה למשפט חוזר. להרחבה בעניין זה ראו להלן הדיון בנושא דיון חוזר בהחלטות שכבר ניתנו על-ידי בית-המשפט בפרק 37.

על חשיבות טענה זו בדיון האנגלי ראו להלן הדיון סביב פסק-הדין התקדימי בעניין *Simons, supra note 37*, בפרק ד, וכן: *Hunter v. Chief Constable of the West* (להלן: עניין *Midlands Police* [1982] A.C. 529, [1981] 3 All E.R. 727 (H.L.)) (להלן: *Hunter*). כמו-כן ראו דברי הנשיא ברק במ"ח 7929/96 קוזלי נ' מ"י, פ"ד (ג1) 529, 559 (להלן: עניין קוזלי) בהקשר של ערך סופיות הדיון: "אין זה ערך של מה בכך. זוהי נקודת המוצא... אכן, 'מי שהיה לו יומו בבית המשפט, ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסוק. אין זה ראוי לפתוח משפטים מחדש לאחר שנסתיימו. הפסיקה צריכה להיות יציבה ופתוחה לשרת את ענייניהם של נאשמים אחרים, הממתינים לבירור משפטים... ערך זה, של סופיות הדיון, אינו שואב את כוחו רק מצורכייהן של המערכת השיפוטית ושל מערכת האכיפה הפלילית: כוחו עומד לו גם מן האינטרס החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק הדין..."

דברים אלה, הכרוכים בסופיות הדיון המשפטי, עולים גם בהקשר של פשרות ושל עסקות-טיעון. כך, תביעה נגד עורך-דין בעקבות עסקת-הטיעון פותחת למעשה פתח לדיון חדש בעניין נשוא התביעה המקורית (בטענה שעורך-הדין לא יידע את הלקוח בדבר האפשרויות העומדות לו או בדבר הסיכונים שהוא ניצב לפניהם). דיון כזה אף עלול לגרור אחריו, לפחות במישור העקרוני, בקשה למשפט חוזר בטענה שנגרם ללקוח חוסר צדק. במשפט פלילי תהא התביעה נגד עורך-הדין לפיצוי בגין עסקת-טיעון. במשפט אזרחי יתבטא הדבר בתביעת פיצויים נגד עורך-הדין (בין שזו תוגש בגין אי-קבלת מלוא הפיצוי ותסתכם בהפרש שבין הסכום שהושג בהסכם הפשרה לבין הסכום שנתבע, ובין שזו תוגש בגין אי-קבלת הסעד שגררה אחריה נזקים - דוגמת אי-קבלת צו-מניעה). תביעות אלה עשויות להניע את עורכי-הדין למעט בפשרות, העלולות להיות יקרות מבחינתם, ולנקוט בצעדים מגנתיים שאינם עולים בקנה אחד עם טובת הלקוח.

כלומר, הכרה בתביעה בשל אחריות מקצועית כרוכה בהוראה פומבית כי התוצאה שאליה הגיע בית-המשפט בדיון בתביעה העיקרית היתה מוטעית, וכי לו היה עורך-הדין פועל כשורה היתה מתקבלת תוצאה שונה. אם ניקח לדוגמה את עניין יוסיפון, שצוין לעיל, הרי שלנוכח העובדה שבית-המשפט שם עצמו במקומו של בית-הדין לעבודה, קבלת התביעה משמעותה הכרה בכך שבית-הדין לעבודה פסק בשוגג, הגם שהאשמה לא היתה בו, אלא בעורך-הדין.<sup>84</sup> כמו-כן, מאחר שאנשים נרתעים להודות בטעותיהם,<sup>85</sup> הרי שאם השופט שדן בתביעת הרשלנות הוא אותו שופט שדן בתביעה העיקרית, יהיה לו קושי להודות שרשלנותו של עורך-הדין הוליכה אותו שולל. אומנם, השיטה אצלנו הינה אדוורסרית, ועל-כן ה"אשם" בטעות אינו מוטל לפתחו של בית-המשפט, לפחות לא באופן פורמלי, שכן בית-המשפט ניזון מהמידע שהצדדים עצמם מספקים לו, ועליו הוא מבסס את החלטתו. אולם לבית-המשפט יש שיקול-דעת ויכולת לפנות אל הצדדים בשאלות ולהורות הוראות ביוזמתו הוא.<sup>86</sup> בשיטה הישראלית, שבה בית-המשפט ממלא תפקיד פעיל יותר ויותר במסגרת הדיון המשפטי,<sup>87</sup> כשלוננו של עורך-הדין נתפס, במידה מסוימת, גם כשלוננו שלו. לעומת זאת, אם השופט שדן בתיק הרשלנות אינו השופט שדן בתיק המקורי, פסיקה שתצהיר כי עורך-הדין היה רשלן תיצור למעשה שתי פסיקות שונות לגבי אותו מקרה. הדבר עלול להעיד על חוסר עקביות של המערכת ואף לחשוף את ההבחנה שבין האמת העובדתית לאמת המשפטית במלוא מערומיה. יש בכך גם כדי לסכן את אמון הציבור במערכת המשפטית וביכולתה לעשות צדק, במיוחד אם תהיה התופעה רווחת.<sup>88</sup>

84 יובהר: גם במקרה שבית-המשפט מקבל את תביעת הרשלנות נגד עורך-הדין, הוא טורח להדגיש שקבלת התביעה בתיק האחד (תביעת הרשלנות נגד עורך-הדין) אינה משנה או קובעת ממצאים ביחס לתביעה האחרת (התיק שעורך-הדין התרשל בטיפול בו). כך, למשל, בית-המשפט קובע בעניין סטאר, לעיל הערה 54, שבו התקבלה התביעה נגד עורך-הדין, כי מולאה דרישת הקשר הסיבתי כאשר "התובע הביא ראיות לכאורה שהיה בהן כדי לסייע לקבלת תביעתו המקורית. ראיות אלה מספיקות להוכחת קיומו של גזק במסגרת תביעת הרשלנות כנגד [עורך-הדין]...". יחד עם זאת, בית-המשפט מוסיף ומציין כי אין הוא קובע "ממצאים כאשר ליחסים בין התובע לבין הנתבע המקורי, או כאשר לתוצאה אליה היה ביהמ"ש מגיע בתביעה המקורית, שכן בתיק שבפניו] נשמע צד אחד בלבד - התובע". אולם בסופו של יום, התוצאה שנוצרת, או עלולה להיווצר, היא אי-אחידות בין פסקי-הדין העוסקים באותה פרשה.

85 לדיון בתחום הפסיכולוגיה בטענה זו, ראו: R.A. Baron & D. Byrne *Social Psychology* (Massachusetts, 9th ed., 2000) 59-60.

86 ראו לדוגמה תקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220 (להלן: תקנות סדר-הדין האזרחי).

87 להרחבה בנושא אקטיביזם שיפוטי ראו מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503; ש' לוי "אקטיביזם שיפוטי דיני ראיות ובדין אזרחי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 863; א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475.

88 להרחבה בעניין זה ראו להלן הדיון בהערה 124. עם זאת, גם הקצנה בעמדה שלפיה אין

זאת ועוד, בניגוד למנגנון הרגיל של תיקון טעויות, המאפשר פנייה לערכאת ערעור כדי להשיג על תוצאות פסק־הדין, תביעת הרשלנות המקצועית מוגשת לערכאה מקבילה לזו שדנה בתיק המקורי, ולעיתים אף לנמוכה ממנה. קבלת התביעה עלולה להיתפס כפגיעה (אם כי לא פורמלית) בסמכותו של השופט הראשון שדן בתיק.<sup>89</sup> לא לשוא ציין בית־המשפט בעניין אדרת:

"פסק־דין של בית־משפט (כל עוד לא בוטל מחמת שהושג במרמה או מחמת שניתן ללא סמכות) אינו מסוגל להזיק, ונזקו אינו נזק כמשמעותו בפקודת הנזיקין... ויש דברים בגו: לפסק־דין שיצא מתחת ידיהם, אחראים השופטים - ואין שום אחריות בגינם מוטלת על שכם עורך־הדין. תהא אשר תהא חוסר יעילותו של עורך־דין בטיעונו לפני בית־המשפט (ואנן סהדי לשגגות לא מעטות), אין השופט יכול להסתתר מאחורי גבו של עורך־הדין ולהעמיס עליו את האחריות על משגהו. ואפילו נסתכל בפסק־הדין מבחינת רשלנותו של עורך־הדין בלבד, הרי הוא בגדר novus actus interveniens המפסיק את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה - אלא שלענין מיוחד זה גם אפשרות הצפייה מראש, האמורה בסעיף 36, אינה מועילה, באשר פסק־הדין ותוצאותיו אינם בגדר 'נזק' כלל." (ההדגשות שלי - א' י.)<sup>90</sup>

ספק אם דברים אלה היו נאמרים גם היום. אומנם, השופט ברק (כתוארו אז) מסתייג מהם בעניין גורדון, שבו הוא קובע שקיימת אפשרות לתבוע בעוולת הרשלנות בגין השגה רשלנית של צו־מניעה, וכי במקרים כאלה, פסיקתו של בית־המשפט בתביעה המקורית אינה מנתקת את הקשר הסיבתי.<sup>91</sup> גם בעניין שרמן נקבע כי עורך־דין עלול להימצא חייב

להצהיר על רשלנותו של עורך־דין מטעמי אמון הציבור יכולה היא עצמה לפגוע בסופו של דבר באמון הציבור, במיוחד לנוכח מיעוט המשפטים החוזרים המתנהלים בארץ. לדיון נרחב בנושא, ראו ל' שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה" קריית המשפט תשס"א (מ' שאווה עורך, תשס"א, כרך א) 133.

89 השוו עניין שטיינר, לעיל הערה 6. אף שאין מניעה לכך, יהיה לשופט בערכאה הנמוכה קשה מבחינה פסיכולוגית להשיג על החלטת ערכאה גבוהה יותר.

90 ראו דברי השופט ח' כהן בעניין אדרת, לעיל הערה 6, בע' 82.

91 וכך הוא אומר: "אכן, חברי, הנשיא שמגר, היה מוכן להכיר באפשרות, כי המתדלשל בהגשת תביעה לצו מניעה יהא אחראי ברשלנות לנזק, שהוא גורם לנתבע. ואלה דברי חברי: '...כאשר מדובר בעוולת רשלנות אין לשלול את האפשרות לפנות ולתבוע על יסודה, גם אם מדובר ברשלנות של מי שביקש והשיג את צו המניעה, כאשר יש קשר סיבתי בין הרשלנות האמורה לבין מתן הצו'... משמעות דבריו של חברי היא, כי הוא היה מוכן - ולדעתי בצדק - להכיר בקיומה של חובת זהירות מושגית, המוטלת על התובע האזרחי. איני רואה כל יסוד להבחין בינו לבין התובע הפלילי לענין זה." (עניין גורדון, לעיל הערה 28, בע' 136.) וכן: "אכן, האמירה הלאסיגנית, כי פסק־דין של בית המשפט אינו מסוגל להזיק, מקובלת גם עלי. משמעותה אינה, שנוק, הנגרם מכוח פסק דין,

בעוולת הרשלנות אם בשל רשלנותו לא הופיע עד מרכזי בפרשת התביעה, ובשל כך הפסיד הלקוח במשפט, או אם יעץ עורך-הדין ללקוח לערער על פסק-דין בעוד שעורך-דין סביר היה קובע כי אין להגיש ערעור כזה בשל היעדר סיכויי הצלחה. יחד עם זאת, לדעתי, יש בדברים שאמר השופט ח' כהן בעניין אדרת כדי להעיד על מלאכת העשייה השיפוטית כפי שהיא נתפסת בעיני בית-המשפט, לפחות על-ידי חלק מן השופטים. גישה זו צובעת באור שונה במקצת את מעשיהם של עורכי-הדין במסגרת השיח המשפטי. לדעתי, אין זה מקרה שפסקי-הדין המצוטטים בעניין שרמן כתומכים בהטלת אחריות במסגרת ההליך השיפוטי הם מן המאה הקודמת בעוד שבמקרים אחרים של רשלנות מקצועית של עורכי-דין שלא במסגרת ההליך השיפוטי הפסיקה חדשה ועדכנית.

**(ב) מנגנונים של תיקון טעויות שהינם אינהרנטיים להליך השיפוטי**

כפועל יוצא מהדברים שנאמרו בעניין אדרת, חלק גדול מן הטעויות הפרוצדורליות הקשורות להליך המשפטי ניתן לתיקון.<sup>92</sup> על-כן, טעויות שהיו מניבות במקרים אחרים עילת-תביעה בעוולת הרשלנות באות על פתרון לפני חום ההליך ואינן מגבשות עילת-תביעה כלשהי.<sup>93</sup> כך, למשל, העיקרון של סופיות הדיון, למרות חשיבותו במשפט

אינו נזק כמשמעותו כפקודת הנויקין [נוסח משולב]. משמעותה היא, כי מי שמבצע פסק-דין, כל עוד לא בוטל זה למפרע, פועל מכח סמכות כדן, והוא נהנה איפוא מחסינות בפני תביעה. אך אין לאמירה זו ולא כלום עם האפשרות לתבוע בגין מעשה נזיקין שבעצם השגתו של פסק הדין... לפי שיטתנו שלנו, המכירה גם ברשלנות כעילת תביעה, אין כל מניעה, שהתנהגות רשלנית בהגשת התביעה תביא לנזק הנגרם בעקבות ביצוע פסק דין. (שם, בע' 144-145).

92 בעניין זה גם ראו תקנות סדר-הדין האזרחי המסדירות באופן פורמלי את האפשרות לתיקון פגמים. כך, לדוגמה, תקנה 69 קובעת: "אין לעורר התנגדות טכנית לכתב טענות על יסוד פגם שבצורה". בדומה לכך קובעת תקנה 449: "(א) אין שומעים בערעור טענה שקיים פגם בצורת כתב הערעור, או שלא נתמלא תנאי קודם לדיון בערעור, אלא אם כן הומצאה הודעה בכתב על כך למערער לפחות שבעה ימים לפני הדיון בערעור והמערער לא תיקן את הפגם או לא מילא אחר התנאי. (ב) הומצאה הודעה לפי תקנת משנה (א) והמערער לא תיקן את הפגם או לא מילא אחר התנאי, רשאי בית המשפט, אם ראה טעם מספיק לכך, להתיר את תיקון הפגם או מילוי התנאי לפני הדיון בערעור, ולקבוע תנאים שייראו לו צודקים בדבר תשלום הוצאות או בעניינים אחרים." כמו-כן ראו שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט במסגרת תקנות 450-451 ותקנה 528. גוסף על כך, תקנה 524 קובעת סמכות כללית ושיורית לתקן פגם בהליך. על-פי התקנה: "בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בעניינים אחרים ככל שייראה לו צודק, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדיון; והוא הדין לגבי הרשם לענין פגם או טעות בהליך שלפניו."

93 לדוגמה ראו רע"א 7151/98 כץ נ' יצחקי (טרם פורסם). אולם השוו ע"א 147/86 ל. גליקמן בע"מ נ' רבהון (טרם פורסם).

הישראלי, אינו עיקרון מוחלט. המדובר בעיקרון שהוא פרי הלכה פסוקה, ובתייהמשפט שימרו לעצמם את הכוח להגביל את תחולתו באותם מקרים שעיוות דין עלול להיגרם בהם.<sup>94</sup> הדברים אף מוסדרים לעיתים מכוח חוק.<sup>95</sup> כמו־כן, עורכי־הדין של שני הצדדים יכולים להסכים על הארכת המועד להגשת טפסים, שאלונים וכולי. הגישה היא כי בהיעדר התנגדות של הצד האחר, ינסה בית־המשפט להקל ראש בגוונים פרוצדורליים, שכן אלה עלולים לעמוד למכשלה בפני עשיית צדק.<sup>96</sup> גישה זו אף באה הלכה למעשה לידי ביטוי בקוד המקצועי של עורכי־הדין. כך, כללי לשכת עורכי־הדין (אתיקה מקצועית) מדברים בכלל 26 על הצורך ביחסים חבריים ועל האיסור למנוע הקלות מן הצד שכנגד,<sup>97</sup> ובכלל 31 על הצורך בפנייה לעורך־הדין האחר לפני פתיחה בהליך נגדו.<sup>98</sup> הכללים קובעים אומנם הדי־משמעית כי אסור שהדבר יפגע בלקוח או יגרום לו נזק, אך הם מרגישים כי לצורך מניעת הקלה מן הצד שכנגד יש להראות חשש לנזק ממשי ללקוח ופגיעה משמעותית בו.<sup>99</sup> בית־המשפט נותן אף הוא גיבוי לכללים אלה.<sup>100</sup> עורכי־הדין, היודעים שכיום הם בצד האחד של המתרס ומחר יהיו בצידו האחר, ימעטו אם־כך להתנגד לדחיות

94 עניין ולסקי, לעיל הערה 23, בע' 97.

95 ראו סעיף 31(א) לחוק בתייהמשפט.

96 תקנה 528 לתקנות סדר־הדין האזרחי.

97 ראו עט ואתיקה 2 (ספטמבר 1989), שם נאמר: "כלל 26 לכללי האתיקה... המכונה בז'ארגון המקצועי 'כלל הקוליגאליות', עוסק ביחסים בין עורך דין לחברו... במקרים בהם נוכחת הוועדה כי לא היה כל כסיס מוצדק לסירוב להיענות לבקשת הדחייה, אין היא מהססת להמליץ על העמדה לדין משמעת; עם זאת גם מזהירה הוועדה מפני המצב ההפוך, דהיינו, היענות לבקשת הדחייה גם כאשר יש בכך כדי לגרום פגיעה משמעותית בענייניו של הלקוח, כלשון כלל 26...". כמו כן ראו זר, לעיל הערה 22, בע' 163-178.

98 ראו כלל 31 לכללי לשכת עורכי־הדין (אתיקה מקצועית).

99 בעניין זה יש גיבוי מלא של ועדת האתיקה. ראו, למשל, החלטת ועדת האתיקה באשר ל"חטיפת פסקי דין", עט ואתיקה 59 (אוקטובר 2000). "כלל 26 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986, חולש על עניינינו וקובע מדרג נורמטיבי. הכלל דורש כי עורך־הדין יגלה יחס חברי כלפי חברו למקצוע ולא ימנע ממנו כל הקלה שאין בה כדי לפגוע בענייניו של לקוח. אמור מעתה, מקום שיהיה באותה הקלה כדי לפגוע בענייניו של לקוח, יגבר האינטרס של האחרון והיחס החברי - שאף עליו אמון עוה"ד - יידחק לקרן זווית. תוצאה זו, המעדיפה בבירור את אינטרס הלקוח על פני היחס החברי - מתעמעמת במידה רבה נוכח ההגדרה המצמצמת המופיעה בסיפה לכלל 26, והקובעת כי 'לעניין סעיף זה, פגיעה בענייניו של לקוח' - פגיעה משמעותית שיש בה כדי לגרום ללקוח נזק של ממש". כאותו מקרה נקבע כי עשרים עד שלושים דקות הוא פרק־הזמן המזערי שעל עורך־הדין להמתין לחברו בטרם ייחטוף פסקי־דין; עט ואתיקה 53 (מאי 1999); בג"צ 4330/93 גאנב נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד (4) 221.

100 ראו ההחלטה שחייבה עורך־דין להעביר לפרקליטות עותק שאבד לה מתיק החקירה: רע"פ 4574/99 מ"י נ' לגזיאל, פ"ד (2) 289.



ולהארכות מועד ולעוד כהנה וכהנה הטבות גם אם יש בהן משום פגיעה כלשהי בלקוחותיהם.<sup>101</sup> הסיכוי שעורך־הדין של הצד שכנגד יגיש תביעה בגין הפרה של כללי האתיקה גדול מהסיכוי שהלקוח יגיש תביעה נגד עורך־הדין, שכן עורך־הדין מודע יותר לזכויותיו ולאמצעים העומדים לרשותו. זאת ועוד, גם אם אחד הצדדים מתנגד למתן ההקלה, בית המשפט עשוי להתירה ואף לעשות כן ביוזמתו. לכן, לרשלנות שבניהול המשפט, ככל שזו קשורה לעניינים פרוצדורליים, תהיה נטייה להתמסמס. לעיתים יינתן לה ביטוי באמצעות פסיקת הוצאות לצד המפסיד בסוף המשפט, ולעיתים לא יינתן לה ביטוי כלל.<sup>102</sup>

מתי בכל זאת תבוא רשלנות עורכי־דין לידי ביטוי? כאשר הדברים יוצאים מכלל שליטתו של בית המשפט. בית המשפט אינו יכול לדון בתביעה שהתיישנה במקרים אלה הוא מוגבל מכוח החוק, והדבר אינו נתון לשיקול־דעתו. מסיבה זו התיישנות התביעה תשמש כר נרחב לתביעות בגין רשלנות.<sup>103</sup> נוסף על כך, ניתן לראות את ההתיישנות גם באופן שונה. היא יכולה להיתפס לא כחלק מן ההליך המשפטי (שלעורך־הדין יש בו "חסינות") אלא כחסם כניסה אליו. עליכן, מעשיו של עורך־הדין שלא הגיש את התביעה בעוד מועד והיא התיישנה בינתיים ייבחנו על־פי הסטנדרטים ה"רגילים" המוטלים על בעלי־מקצוע, ולא על־פי הסטנדרטים ה"מיוחדים" השמורים לדיון בין כותלי בית המשפט, שכן העניין לא נכנס עדיין להיכל הצדק. זאת ועוד, תביעות בשל רשלנות הכרוכה בהתיישנות מוגשות בדרך־כלל במקרים היותר מובהקים שאין בהם בעיה של קשר סיבתי או בעיות ראייתיות אחרות.<sup>104</sup> תוצאת ההתיישנות במקרים אלה הינה בינארית בדרך־כלל ואינה קשורה להליך המשפטי, להפעלת שיקול־דעת שיפוטי או לצד האחר לדיון. במובן זה היא דומה יותר לאי־רישום הערת־אזהרה מאשר לטיעון לפני בית המשפט. היגיון דומה עשוי לחול על פגמים פרוצדורליים אחרים,<sup>105</sup> כגון פקיעת המועד להגשת ערעור.<sup>106</sup> מועד זה נועד לשמור על מסגרת דיון הולמת ועל סופיות הדיון, אך אסור שהדבר יבוא על־חשבוננו של הלקוח במערך היחסים שבנינו לבין עורך־הדין.<sup>107</sup>

101 שם, שם.

102 אולם השוו עניין אהרונסון, לעיל הערה 54.

103 ראו, למשל, עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 463; י' שנהב ור' לזיתן "אחריותו המקצועית של עורך דין, ניהול סיכונים וביטוח חבות" הפרקליט לב (תשל"ח-תשל"ט) 177, 183.

104 בעניין זה ראו, למשל, ע"א 8001/95 קורן נ' ויסברג (טרם פורסם); כאשר התביעה שמתיישנת היא מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הנטל המוטל על התובע לצורך ביסוס הזיקה הסיבתית בין המעשה העוולתי לבין הנזק קטן יחסית, שכן ההנחה היא שבמקרים הברורים, שאין בהם מחלוקת שמדובר בתאונת דרכים, היה התובע זוכה בפיצוי, וכל שנשאר הוא לאמוד את גודל הנזק.

105 אם כי לעיתים בית המשפט צועד על־פי היגיון זה צעד אחר רחוק מדי. כך היה, למשל, בעניין אהרונסון, לעיל הערה 54, שיפורט להלן.

106 אם כי פגם זה ניתן לתיקון במקרים רבים.

107 רוב הפגמים אינם חד־משמעיים כפגם ההתיישנות. כך, גם כאשר פקע מועד הערעור,

**(ג) מגבלות חיצוניות המוטלות על עורך-דין**

פעמים רבות מוטלות על עורכי-דין מגבלות חיצוניות המקשות על בית-המשפט לבוא אליהם בטענות כגין פגמים דינאיים שנפלו במהלך המשפט ובגין ייצוג שהיה נחשב כנסיבות אחרות כבלתי-תואם את הסטנדרטים הראויים. לעיתים, השופטים עצמם "אשמים" בכך. ימי דיון רצופים וארוכים, אף שייתכן שיש להם הצדקות (כגון יעילות הדיון והרצון לסיים תיקים במהירות), מכתבים לעורכי-דין לתחזוק, ועל-כן אינם מאפשרים להם להתכונן לדיון כפי שהיו עושים לו היו המרווחים בין ימי הדיון גדולים יותר.<sup>108</sup> עורך-דין אינו אדון לזמנו, ובית-המשפט כופה עליו מגבלת זמן שבה הוא מחויב לעמוד.<sup>109</sup>

נוסף על כך, מוטלות על עורך-דין מגבלות באשר להשתחררות מייצוג. גם אם הוא סבור שאינו יכול לשרת את לקוחו באופן הולם, בית-המשפט עלול לחייבו להמשיך לייצגו.<sup>110</sup> הדברים בולטים בעיקר בתחום הפלילי. סעיפים 16 ו-17(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982,<sup>111</sup> וכן סעיף 16 לחוק הסניגוריה הציבורית,

יצטרך הלקוח להראות שהערעור היה משנה את ההחלטה הראשונית. אומנם, גם כהגשת תביעה כגין התיישנות יהיה על התובע להראות כי אלמלא ההתיישנות, היה יכול לזכות בהליך, אך בהתיישנות, שלא כבערעור, לא זכה התובע כלל ליומו בבית-המשפט. בערעור, המערער כבר הפסיד לאחר שקיבל את יומו בבית-המשפט, וכעת הוא מעוניין להשיג על ההחלטה. זאת ועוד, בהקשר הערעור מתעוררת שאלה מעניינת אחרת (שלא הגיעה עדיין, למיטב ידיעתי, לכלל דיון בבית-המשפט), והיא: האם במקרה שפסק-הדין מתהפך בערכאת הערעור ניתן להגיש תביעה על הפסד הדיון בערכאה הנמוכה, וזאת בין שמדובר בהליך אזרחי ובין, ואולי בעיקר, שמדובר בהליך פלילי? הדבר יבוא לידי ביטוי בעיקר במקרים שבהם הלקוח מתליף את עורכי-דינו בין הדיון בערכאה הראשונה לדיון בערכאת הערעור אגב טענה שהוא לא יוצג כראוי. ניתן לטעון לרשלנות במקרים שבהם ערכאת הערעור משנה את פסקתה לטובתו (שאו יטען להתרשלות עורך-הדין בבית-המשפט קמא) או במקרים שבהם היא משנה את פסק-הדין לרעתו (שאו יטען להתרשלות בבית-המשפט של ערכאת הערעור). במקרים אלה עולה השאלה: האם אפשר לראות בתוצאה השונה אינדיקציה, ברמה כזו או אחרת, לקיומה של התרשלות בעת הדיון בערכאה האחרת?

108 קיים אומנם בעניין זה יתרון למשרדים גדולים המעסיקים עורכי-דין רבים בו-זמנית, אולם גם אלה היו יכולים להכין עצמם טוב יותר לו היה בידם זמן הכנה ארוך יותר.

109 אכן, לעורך-הדין יש אפשרות להשפיע על סדר-יומו באמצעות אי-קבלת לקוחות חדשים, ניפוי לקוחות או אפילו העברת תיקים לעורכי-דין אחרים, אולם אפשרויות אלה מוגבלות, ואף אם ינקוט עורך-הדין בחלקן או בכלן, הוא עלול להיקלע ללחץ-זמן המוכתב על-ידי בית-המשפט.

110 וזאת בניגוד לקבוצה בסעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16, הקובע סייג בדבר אכיפת חוזה לעשיית עבודה אישית או שירות אישי.

111 ס"ח 43 (להלן: חוק סדר-הדין הפלילי).

תשנ"ו-1995,<sup>112</sup> קובעים כי עורך-דין המייצג במשפט פלילי אינו יכול להשתחרר מן הייצוג אלא ברשות בית-המשפט.<sup>113</sup> מכללים אלה עולה כי ייתכנו מצבים שבהם ייאלץ עורך-דין לייצג את לקוחו אף שאינו הפץ בכך, בין בגין חילוקי-דעות שהתגלעו ביניהם, בין משום שאין בידו הומן הדרוש להכנה נאותה של התיק ובין מכל סיבה אחרת. סיטואציה כזו אינה קיימת ברוב המקצועות החופשיים האחרים, והיא דורשת התייחסות מיוחדת לסטנדרטים שעורך-דין חייב לעמוד בהם.<sup>114</sup> סביר להניח שבגין נסיבות אלה יינתן לעורך-הדין מרחב תמרון רחב יותר.<sup>115</sup> זאת ועוד: כללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית) קובעים שכעניין שבשגרה, אין עורך-דין מחויב לקבל על עצמו לייצג כל אדם שפונה אליו.<sup>116</sup> אך בטרם הוקם המוסד של הסניגוריה הציבורית, ובמחוזות שבהם לא קיימת סניגוריה ציבורית גם כיום, בסמכותו של בית-המשפט למנות עורך-דין לנאשם במשפט פלילי גם בניגוד לרצונו של הנאשם ואף בניגוד לרצונו של עורך-הדין עצמו. במקרים כאלה אין לעורך-הדין יכולת לבהור, לא רק לעניין הליכי ההשתחררות מהייצוג, אלא גם לגבי עצם קבלת התפקיד.<sup>117</sup>

בית-המשפט העליון הכיר במצבים מסוג זה כמחייבים התייחסות מיוחדת, אם כי לא בהקשר של תביעת ישירה נגד עורך-הדין, אלא בהקשר של בקשה למשפט חוזר. דוגמה טובה לכך יכול לשמש עניין קוזלי,<sup>118</sup> שעסק בבקשה למשפט חוזר למורשעים בפרשת רצח הילד דני כץ ז"ל. היה זה אחד מאותם מקרים נדירים שבהם העניק בית-המשפט למבקשים את מבוקשם, והחליט על קיומו של משפט חוזר. אחת הטענות שעמדו בבסיס הבקשה היתה כי נפלו פגמים בייצוג הנאשמים בהליך המקורי. בית-המשפט קיבל טענה זו כאחד האדנים שהחלטתו נסמכת עליהם.<sup>119</sup> בעניין זה אמר הנשיא ברק את הדברים הבאים:

112 ס"ח 8.

113 אולם ראו סעיף 17(ב) לחוק סדר-הדין הפלילי, הקובע כי "הרשה בית המשפט לסניגור להפסיק לייצג את הנאשם מחמת שלא שיתף פעולה עם סניגורו, רשאי בית המשפט, על אף האמור בסעיף 15, לא למנות לנאשם סניגור אחר אם ראה שאין בכך להועיל".

114 השוו "כלל נהג המוניית" (The Cab Rank Rule) לגבי בריסטרים באנגליה, שהיה אחד הנימוקים בבסיס החסינות האנגלית. ראו עניין *Simons, supra note 37*, at pp. 687-688, וכמו-כן ראו להלן דיון בנושא בפרק ד1.

115 אם כי מנגד יכולה להישמע הטענה כי דווקא במקרים שעורך-דין ממונה בהם בעל-כורחו לייצג לקוח, החשש להתרשלות מצידו גדל, שכן אינו חדור מוטיווציה במילוי תפקידו, והתמריצים "הטבעיים" לייצוג מקצועי קטנים באופן משמעותי. לפיכך, ניתן לטעון, חשש מוגבר זה מצדיק הרתעה נויקית משמעותית יותר.

116 להבדיל מהשתחררות מן הייצוג. כלל 12 לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), הקובע כדלקמן: "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו שלא לקבל ענין לטיפולו; החליט עורך דין שלא לקבל ענין לטיפולו, יודיע על כך לפונה תוך זמן סביר."

117 ראו סעיפים 15(א)-(ו) לחוק סדר-הדין הפלילי.

118 לעיל הערה 82.

119 שם, בע' 568-569.

"מוסכם, כך נראה, על כולם, כי הייצוג בעניינם של המבקשים לא היה הולם... גם אם אניח... כי הסניגורים היו מנוסים דיים - קשה שלא להיווכח בכשלים מספר שיתכן, כי היתה להם השפעה - ולו אף השפעת-מה - על הרשעתם של המבקשים. בולטת מכל, לדעתי, עובדת אי-העדתם של המבקשים בערכאה הראשונה... כשל זה נתפס - ובצדק - על-ידי כל הערכאות שדנו בתיק זה, כ'עקב אכילס' של ההליך כולו. תמוה הדבר, תמוה מאוד, הכיצד בחרו המבקשים - או באי-כוחם - שלא להעידם, שעה שבפני בית המשפט עומדות הודאותיהם ומימצאים נוספים ושעה שאי העדתם יכולה לשמש חיווק בפני עצמו... כשלים נוספים - שאינם שנויים במחלוקת - הם היעדרו של חומר החקירה בעניין חקירת השב"כ (שלא הובא לידיעת הסניגורים); זמן הכנה קצר למשפט ואי-נוכחות הסניגורים כולם בישיבות בית המשפט." (ההדגשות שלי - א' י.)

סביר להניח שמעשים ומחדלים אלה היו נתפסים בכל מקצוע חופשי אחר כסטייה מסטנדרט הסבירות המטילה אחריות נזיקית;<sup>120</sup> אולם בהקשרם של עורכי-דין אומר הנשיא ברק כי היה נזהר מלהטיל בהם דופי, במיוחד לנוכח התנאים שבהם נאלצו לנהל את הגנת הנאשמים: הסניגורים מונו על-ידי בית-המשפט, ואחד מהם אף התנגד בבירור לקבל על עצמו את התפקיד.<sup>121</sup>

דוגמה נוספת יכול לספק מ"ח 2478/99 סביחי נ' מ"י,<sup>122</sup> שם נטען כלפי עורכי-הדין, בין היתר, כי נעדרו מישיבות וכי סיכמו את טיעוניהם בקיצור רב מדי, דבר שפגע בטיב הסיכומים. בעניין זה קבע הנשיא ברק:<sup>123</sup>

"טענותיהם הנוספות של המבקשים באשר להיעדרם של עורכי דין מדיונים ובאשר לקיצור סיכומיהם, אינן מקימות אף הן ראייה לכשל בייצוגם. מוכן אני להניח, כי לא כל עורכי-הדין נכחו בכל ישיבה. אולם טיבו של ייצוג משפטי אינו נמדד על ידי רשימת נוכחות המוצבת באולם המשפט. לא הובאו בפניי ראיות של ממש לכך שעורכי-דין נעדרו (בין כשיטה ובין בדיונים קריטיים) מדיונים שנגעו, בראש ובראשונה, למרשיהם, וכי עקב כך נמנעה האפשרות לעורר נושאים וסוגיות החיוניים להגנת המבקשים או מי מהם. בנסיבות אלו, איני מוצא מקום לחוות דעה באשר לנסיבות שבהן תצביע היעדרות עורך-דין מדיונים על ייצוג כושל. גם את הסיכומים שהוגשו אין למדוד באמת-מידה אריתמטית. בהליך מעין זה, שבו הושחתו ראיות התביעה, רובן ככולן, על הודאות שמסרו המבקשים, מועתק ממילא מרכז הכובד לשלב משפט הווא. על כן, כישלונם של המבקשים במשפט הווא הגביל ממילא את יריעת המחלוקת בהליך העיקרי... בהתחשב בכלל

120 ראו והשוו אחריות אדריכלים ומהנדסים מתוך א' זר רשלנות מקצועית של עורכי הדין, רופאים, מהנדסים וארכיטקטים (תוספת שישית, תשנ"ג) 581, שורה 3.

121 עניין קזולי, לעיל הערה 82, בע' 568-569.

122 פ"ד נד" (2) 642.

123 שפ, בע' 670.

השיקולים שנמנו לעיל, לא מצאתי לנכון לקבוע כי ייצוגם של המבקשים היה ייצוג כה כושל עד שיש בו כדי לעורר 'חשש של ממש' כי בהרשעתם נגרם להם עיוות דין".

מדברים אלו עולה כי בית המשפט, כאשר הוא בוחן את סטנדרט הזהירות המוטל על עורך-דין, מייחס משקל נכבד לתכתיבים החיצוניים הנכפים עליו, ובשל כך הוא נוטה להקל עמו ביחס לפטיקה בתחומים אחרים.<sup>124</sup> אכן, ניתן אולי לסייג דברים אלה ולומר כי נטייה זו של בית המשפט להרחיב את מרחב התמרון של עורך-הדין חלה במקרים שבהם אין התביעה מוגשת ישירות נגד עורך-הדין, אלא לשם קידום מטרה אחרת. הטענה היא שיש לבחון את מעשי עורך-הדין באופן אחד לצורך הבקשה למשפט חוזר ובאופן אחר לצורך שאלת אחריותו המקצועית כלפי הלקוח. ייתכן שמעשיו של עורך-הדין אינם עולים כדי התרשלות לצורך עריכתו של משפט חוזר, אך די בהם לזכות את לקוחו בפיצוי בתביעה אזרחית. אם זה המצב, אין לגזור משני פסקי-הדין האמורים בדבר עריכתו של משפט חוזר לעניין חבותו של עורך-הדין בהליך אזרחי.<sup>125</sup>

אולם טענה זו, על-אף היותה לגיטימית מבחינה נורמטיבית,<sup>126</sup> עלולה ליצור אי-אחידות בין הפסיקות השונות של בית המשפט ואף להפחית את האמון במערכת. בעיני הציבור, השאלה היחידה המעניינת היא אם הלקוח קיבל הגנה הולמת העומדת בסטנדרט הסבירות. מענה חיובי על שאלה זו חייב לשלול מהמיוצג כל סעד משפטי, בעוד שתשובה שלילית צריכה לזכותו בכל הסעדים. הצדק צריך לא רק להיעשות, אלא אף להיראות. למותר לציין כי הכרה בהתרשלותו של עורך-הדין אינה מקנה בהכרח, כשלעצמה, עילה

124 בעניין זה ראו גם דברי הנשיא ברק במ"ח 4512/99 אייזין נ' מ"י (טרם פורסם), פסקה 10: "...טענות המבקש לעניין זה הן כלליות וגורפות ואינן מצביעות, על פניהן, על כשל כה חמור בייצוג היוצר עיוות דין. המבקש מלין, לדוגמא, על שבא כוחו לא נפגש עמו די הצורך, גבה ממנו סכומי כסף גבוהים ולא מילא את כל הוראותיו והנחיותיו כאשר להבאת עדים ולהצגת שאלות בחקירה הנגדית. אפשר שאכן נתגלעו מחלוקות בעניינים אלה בין המבקש לבא כוחו. אולם העובדה ששיקול דעתו המקצועי של בא כוחו של המבקש לא הניח את דעתו של המבקש, שאינו משפטן, אינה מקימה מניה וביה ממצא בדבר ייצוג לקוי. זאת ועוד: אפשר שבא כוחו של המבקש יכול היה לנקוט קו הגנה שונה, להביא עדים אחרים או נוספים ולהציג לעדים שאלות שונות או נוספות. גם בכך אין משום עילה לקיומו של משפט חוזר. העובדה שאופן ניהול הגנתו של המבקש לא הביא לזיכויו אינה מקנה למבקש זכות לשוב ולנסות את מזלו, באמצעות עורך דין אחר ולנהל מחדש את המשפט. שמא הפעם ייטב גורלו."

125 טענה זו נראית בעייתית על פניה, אולם בשקילת השיקולים לעניין משפט חוזר, בית המשפט מביא בחשבון שיקולים מערכתיים הנבדלים מהצדדים עצמם, ואלה עלולים להטות את הכף. לפירוט בעניין זה ראו להלן טקסט להערות 233 ו-238.

126 שיקולים שונים של הקצאת סיכונים, החשש לתחבולות שיירקמו בין עורך-הדין ללקוח ועוד.

למשפט חוזר, אך היא יכולה להצטרף אל יתר הנסיבות המצדיקות עריכת משפט חוזר, ולדעת, ראוי שכך יהיה.<sup>127</sup>

#### (ד) חבות-בכות של עורך-דין כלפי צד ג

כפי שצינתי בתחילת המאמר, עורך-דין עלול להיתבע על-ידי לקוחו, אך גם על-ידי הצד שכנגד. ההלכה היא שגם כלפיו חב עורך-הדין, במקרים המתאימים, חובת זהירות, אם כי זו שונה במהותה ובהיקפה מהחובה כלפי הלקוח. בניגוד ללקוח, שניתן לבסס לגביו, כפי שראינו, כעיקרון, עילה נזיקית בעוולת הרשלנות, לנוכח העובדה שיש מקור חובה שניתן להסתמך עליו.<sup>128</sup> הדברים קשים הרבה יותר כאשר מדובר בחבות עורך-דין כלפי צדדים שאינם לקוחותיו. במקרים אלה יש למצוא מקור חובה שניתן להשתית עליו את האחריות. הלקוח שוכר את שירותיו של עורך-הדין, ועל-כן קל לנו לומר שכבעל-מקצוע, עורך-הדין מחויב בסטנדרטים מסוימים. לעומת זאת, אם הצד שכנגד לדיון המשפטי יטען לנזק כתוצאה ממעשיו של עורך-הדין, והמשפט יכיר בכך, ימצא עצמו עורך-הדין בדילמה קשה עד בלתי-אפשרית: למי לדאוג קודם, ללקוחו או לצד שכנגד?<sup>129</sup> על-כן, בעניין שבשגרה, ישתדל המשפט למעט בחבוינות עורך-הדין כלפי הצד שכנגד.<sup>130</sup> הטלת אחריות כזו תיעשה במקרים מוגדרים מאוד. כך, למשל, עיקר הנטל המוטל על עורך-הדין כלפי צד ג מחייב אותו לא להטעות.<sup>131</sup> הוא גם מחויב לפעול במיומנות וזהירות רבות יותר בהצגת דברים לצד האחר כאשר ידוע לו כי צד זה אינו מיוצג

127 כפי שיפורט להלן, החשש מהיעדר אחידות בין הפסיקות בהליכים השונים עמד שנים רבות בבסיס חסינותם של עורכי-הדין באנגליה. אחת ההנמקות להצדקת החסינות היתה כי הכרה בתביעת רשלנות עלולה לפתוח פתח להכרה במשפטים חוזרים בתחום הפלילי, ואם יסרב בית-המשפט לזווג משפט חוזר בסיטואציה כזו, יתערער אמון הציבור במערכת המשפט. על-כן אין להכיר בה מלכתחילה. אולם בתי-המשפט באנגליה למדו להבין כי אי-הצדק הנגרם בהענקת חסינות לעורך-הדין הוא מחיר כבד מדי לשלמו. יחד עם זאת, הנטייה שם היא עדיין, מהטעמים שיפורטו, כי יש למעט בקבלת תביעות נגד עורכי-דין לאחר שהדיון בתיק הפלילי הסתיים לרעת הנאשם.

128 אין ספק שעורך-דין יכול לצפות שפעולה לטובת לקוחו תפגע בצד שכנגד, אך איננו רוצים לחייבו בכל המקרים, שכן הדבר יחתור תחת מהות תפקידו.

129 מכאן האיסור לייצג כאשר עורך-הדין נמצא במצב של ניגוד עניינים, ואף האיסור לייצג שני צדדים. ראו בעניין זה כלל 14 לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית).

130 ראו בהקשר זה עניין מלכית, לעיל הערה 22, פסקה 10. כמו-כן ראו להלן הערה 132.

131 מצב מיוחד הוא זה שבו עורך-דין מייצג רוכש ומוכר של דירה - שני צדדים מנוגדים. בעניין זה נקבעו כללים מיוחדים ואף נפסק כי במקרה של ניגוד עניינים, אף אחד מהצדדים לא ייצג גיווק, אלא עורך-הדין. ראו בעניין זה סעיפים 2-5 לכללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות דירות), תשל"ז-1977, ק"ת 1719.

על-ידי עורך-דין, וזאת לבל יכשיל אותו במודע או בהיסח-ידעת נמהר כאשר הוא יכול להניח שהצד האחר סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו.<sup>132</sup> לעיתים, עליו גם לוודא שהצד שכנגד מבין את טיב העסקה שהוא עומד לעשות.<sup>133</sup> על-כן, צד ג, במיוחד אם מדובר בצד שכנגד, הרוצה להגיש תביעה נגד עורך-הדין, יצטרך להוכיח שעורך-הדין סטה מאחת מחובותיו המצומצמות שתוארו לעיל.

טענתי היא שככל שהדבר נוגע במסגרת הדיון המשפטי, יהיה לצד ג קשה לבסס ולהוכיח את תביעתו. סיבות אחדות לכך. ראשית, כאשר מדובר בהליך משפטי, שני

132 וכך נאמר בעניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 469-472: "חובותיו של עורך הדין אינן כלפי מרשהו בלבד. הוא חב חובות מסויימות גם כלפי יריבו וגם כלפי הציבור... כבאנגליה כן גם אצלנו, יכול שעורך דין יישא באחריות לנזקיו של מי שאינו לקוח שלו בשל נזק שהסב לו. מקורה של חבות זו הוא כפקודת הנזיקין [נוסח חדש], שכן הנזק הוא בדרך כלל פועל יוצא של עוולה שעוול עורך הדין כלפי אדם אחר. החבות בנויקין נובעת בראש ובראשונה מעוולת הרשלנות... אולם היא אינה מצטמצמת בכך; שכן, עורך הדין ככל אדם אחר, יכול שיישא באחריות כלפי פלוני בשל מעשה תרמית והטעיה... בשל נגישה... או, למשל, בשל הפרת חובה חקוקה... אפשר גם שיחוב בשל גרם הפרת חוזה על פי סעיף 62... מידתה של אותה חבות, ומתי היא מתגבשת, כבר תלויה בנסיבות העובדתיות של כל מקרה ומקרה. דומה שאין טעם ואין מקום לקבוע לענין זה כללים גוקשים... מקרים קשים יותר הם אלה אשר בהם מייצג עורך דין צד אחד לעסקה, ומבקשים להטיל עליו חבויות גם כלפי צד אחר לאותה עסקה... ניתן לומר כי כאשר עורך-דין מייצג לקוח פלוני ואילו הצד האחר לעסקה אינו מיוצג כלל, נדרשות ממנו מיומנות וזהירות רבה יותר בהצגת העניין לבל יכשיל במודע או בהיסח דעת נמהר את הצד האחר, כשהוא יכול להניח שזה סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו. יצוין, כי חובתו של עורך הדין כלפי הצד הבלתי מיוצג עומדת על רגליה היא, ואין היא נגזרת או קשורה לחובתו של הלקוח, אותו מייצג עורך הדין, כלפי הצד הבלתי מיוצג. אכן, הן עורך הדין והן לקוחו חייבים לנקוט זהירות סבירה כלפי הצד הבלתי מיוצג. אלא שתוכן הפעולות הנדרשות מהם בהקשר זה מושפע ממעמדם השונה של הלקוח ושל עורך הדין. על-כן עשוי עורך הדין לחוב בחובות של גילוי, אזהרה וחובות אחרות הנובעות ממעמדו המיוחד כעורך דין, שלקוחו אינו חב בהם. זאת ועוד, במסגרת החובות כלפי צד שלישי, אף שאינו לקוחו של עורך הדין, ניתן להכליל כלל נוסף שראוי שיחייב את ציבור עורכי הדין: כשמדובר בעסקה מורכבת וסבוכה מבחינה משפטית, ובה עורך-דין מייצג צד אחד לעסקה בעוד הצד שכנגד איננו מיוצג, יפנה עורך הדין תשומת לבו של הצד השני באופן ברור לכך שייטיב לעשות אם יהיה גם הוא מיוצג על-ידי עורך-דין. הגה כי כן, עורך-דין בשל מעמדו המיוחד חב חבות מסוימת לא רק כלפי לקוחו, אלא גם כלפי צדדים שלישיים, בגבולות מסוימים, בהתחשב בנסיבות העובדתיות של מקרה זה או אחר. החשוב הוא, שציבור עורכי הדין יהיה מודע כי חבות כזו אפשרית וגם קיימת."

133 דר, לעיל הערה 120, בע' 134.

הצדדים מיוצגים בדרך כלל על-ידי עורך-דין,<sup>134</sup> שאז חבותו של עורך-הדין כלפי הצד שכנגד מצטמצמת באופן משמעותי, שכן עורך-הדין של הצד שכנגד אמור להיות אמון על ייצוג האינטרסים שלו באופן הולם.<sup>135</sup> זאת ועוד, בין אם הצדדים מיוצגים ובין אם לאו, חזקה על השופט שיעמידם על זכויותיהם ועל הכדאיות והצורך שבייצוג המשפטי. תנאי מקדמי לעשיית צדק הוא שהצדדים יבינו את זכויותיהם. יתר על-כן, גם אם הצד השני אינו מיוצג במהלך הדיון, השופט יכול להבהיר לו, במידת הצורך, דברים שאינם מובנים, על-מנת שלא יוטעה או יולך שולל על-ידי הצד שכנגד. לפיכך, עורך-הדין של הצד המיוצג יכול לטעון, ולדעתי בצדק, כי אין זה מתפקידו לדאוג לצד שכנגד, גם אם אינו מיוצג, בתוך הוידה המשפטית, וכי יש מי שממוקם בעמדה טובה ממנו לעשות כן.

#### (ה) פשרות ועסקות-טיעון כחלופה למתן פסק-דין

נקודה נוספת הראויה להתייחסות היא סוגיית הפשרות. טענתי היא כי פשרות המושגות במסגרת ההליך המשפטי ניחנות במאפיינים מיוחדים השוללים הלכה למעשה אפשרות תביעה בגינן, פרט למקרים חריגים. ראשית, נשאלת השאלה: כיצד יכולה פשרה להביא לתביעה משפטית בשל אחריות מקצועית? הטענות במקרים אלה הן משני סוגים: האחד של עריכת הסכם פשרה במקום שלא היה נכון לעשות כן, שכן עורך-הדין התפשר על סכומים נמוכים מדי וגרם בכך נזק ללקוחו. כמה בתי-משפט בארצות-הברית קבעו כי עורכי-דין התרשלו בכך שהשיגו בהסכמי פשרה סכומים נמוכים משהיו לקוחותיהם יכולים לקבל לו היה מתקיים משפט.<sup>136</sup> הסוג האחר הוא בגין אי-כריתת הסכם פשרה במקום שהיה נכון לעשות כן.<sup>137</sup> במקרה זה, לו היה עורך-הדין מתפשר לפני ההליך המשפטי או במהלכו, היה הלקוח משיג יותר משהשיג בעקבות ניהול המשפט.

ניתן לחלק את חובותיו של עורך-דין במסגרת עריכת פשרות לשתיים: חובות פרוצדורליות וחובות מהותיות. במסגרת החובות הפרוצדורליות כלולה החובה להעביר

134 בתחום הפלילי החוק מסדיר במקרים רבים חובת מינוי. נוסף על כך, הנתבע אף יכול לפנות לסניגוריה הציבורית או לבית-המשפט, שימנה לו עורך-דין על-פי שיקול-דעתו. זאת להבדיל ממקרים אחרים, כגון עסקות במקרקעין, שבהם אין הצדדים מודעים לחשיבותו של עורך-הדין ומחליטים לעיתים לוותר עליו על-מנת לחסוך בעלויות.

135 בין שמדובר בהליך עצמו ובין בפשרה או בעסקת-טיעון המושגת אגב ההליך.

136 ראו, למשל: *Edmonson v. Fishman v. Brooks*, 487 N.E. 2d 1377 (mass. 1986); *dressman*, 469 So. 2d 571 (Ala. 1985); *Cook v. Connolly*, 366 N.W. 2d 287 (Minn. 1985); *Rodriguez v. Horton*, 622 p. 2d 261 (N.M. Ct. App. 1980).

137 סביר להניח שבית-המשפט יהיה חשדן יותר כלפי עורך-דין שדוחה הצעת פשרה כאשר הוא מקבל את משכורתו על-פי שעות, וכלפי עורך-דין שממהר לקבל הצעת פשרה כאשר השכר משולם לו באחוזים או כשהוא מועסק בתשלום קבוע. (התמריץ של עורך-הדין שמקבל שכר-טרה לפי שעות העבודה הוא לא להתפשר. התמריץ של עורך-דין קבוע או על בסיס התוצאה הוא להתפשר על-מנת לחסוך עבודה.) בעניין זה ראו להלן הערות 255-256.



כל הצעת פשרה רצינית לידיעת הלקוח. עורך-דין יכול ליוזם פשרה רק בהסכמת הלקוח, והוא רשאי להסכים לפשרה רק אם לקוחו אישר אותה.<sup>138</sup> בתינת קיומן של החובות הפרוצדורליות<sup>139</sup> תהיה פשוטה בדרך-כלל, שכן ברובן הגדול הן עוסקות בקיומם או באי-קיומם של תנאים בסיסיים. לעומתן, החובות המהותיות קשות הרבה יותר לבדיקה, מאחר שהן כרוכות בשיקולים אסטרטגיים ובמידה רבה של שיקול-דעת. כך, למשל, עורך-דין הבא להעריך את סיכויי הזכייה במשפט לשם כריתת הסכם פשרה חייב להביא בחשבון את זהותו של עורך-הדין של הצד שכנגד, את זהות השופט והעדים, להעריך כיצד יתפקדו העדים על הדוכן ועוד. בהינתן הצעת הפשרה, על עורך-דין לבחון את כל אלה ולגבש בהתאם את המלצתו ללקוח. אם אין הוא עושה כן, הוא חושף עצמו לתביעת פיצויים.<sup>140</sup>

האופן שבו מגיעים הצדדים לפשרה בישראל מרוקן כמעט תמיד מתוכן את האפשרות לתבוע את עורך-הדין בגין כריתתה. אין זה סוד שבתי-המשפט בארץ, למצער הערכאות הנמוכות, "לוחצים" על הצדדים להגיע לפשרה<sup>141</sup> ונוטים ל"אקטיביזם

138 ראו: *Thompson v. Howley* [1977] 1 N.Z.L.R 16, פסק-דין שניתן בניו-זילנד היכול לשמש דוגמה טובה לטעות פרוצדורלית שגררה חבות משפטית. באותו מקרה הוסמך עורך-דין על-ידי לקוחו לפתוח בתביעה נגד צד שלישי. אותו צד הציג לעורך-הדין הצעת פשרה. עורך-הדין העביר אומנם את הצעת הפשרה ללקוחו, אך הוא שגה במסירת פרטי הפשרה. הלקוח הסכים לפשרה, אך גילה לאחר-מכן כי הפשרה, לנוכח טעותו של עורך-הדין, טובה הרבה פחות משחשב, ועל-כן תבע את היתרה מעורך-דינו. בית-המשפט פסק כי אף-על-פי שהיתה לעורך-הדין סמכות להתפשר, סמכות זו ניתנה על-סמך הפרטים המוטעים שמסר עורך-הדין ללקוחו, ומכיוון שהפשרה הסופית לא שיקפה את רצון הלקוח, הוא זכאי לקבל מעורך-הדין את יתרת הכסף.

139 בעניין זה ראו גם החלטות ועדת האתיקה. כך, למשל, נקבע כי עורך-דין רשאי להתפשר בשם לקוחו גם מבלי לקבל את הסכמתו הספציפית לתוכן הפשרה, עט ואתיקה 5 (פברואר 1990). כמו-כן נקבע כי עורך-דין אינו רשאי להתפשר בשם לקוח שניתק עימו קשר גם אם יש בידיו ייפוי-כוח תקף, עט ואתיקה 23 (מרס 1992).

140 לעניין זה, ראו: J.K. Baker-Selesky "Negligence in Failing to Settle Lawsuits: Malpractice Actions and their Defenses" 20 *J. Legal Prof.* (1995-1996) 191.

141 ראו, למשל, ח' דויטש "כבוד הדדי בבית המשפט" הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין 14 (אייר תשנ"ח) 8. באותה כתבה תיאר עורך-הדין מקרה שאירע לו: "לא מומן הופעתי בתיק אורחי בפני שופט מחוזי נכבד וכאשר לא הסכמתי להצעת הפשרה שהציע, אמר לי בכעס בהאי לישנא: אם זה מה שאתה אומר, אין לי מה לדבר איתך!!! ונשאלת השאלה: אחרי 'הצהרה' כזאת כיצד יוכל אותו שופט לנהל משפט צודק? והיכן יחס הכבוד לעורך הדין שנעלב בפני לקוחותיו?" הדברים אף מעוגנים באופן פורמלי בהוק, ראו סעיפים 79א(א), (ב) לחוק בתי-המשפט; סעיף 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234; תקנות 140, 258כז, ו-445 לתקנות סדר-הדין האורחי.

פישוריי".<sup>142</sup> המערכת עמוסה וכורעת תחת הנטל.<sup>143</sup> תיק שנסגר בפשרה חוסך זמן רב ואף את הצורך לכתוב פסק-דין. לפיכך, השופטים מנסים להשפיע על הצדדים, לעיתים אף בצורה תוקפנית משהו,<sup>144</sup> להגיע לפשרה.<sup>145</sup> אין בנמצא כיום, למיטב ידיעתי, הנחיות שיורו לשופט כיצד לנהוג כאשר הוא מסייע לצדדים להתפשר, ואף לא כללי אתיקה או סטנדרטים ברורים באשר לאסור ולמותר בתחום פרוץ זה.<sup>146</sup> לא נותר לשופט אלא

142 ראו בעניין זה "אלרואי" הפישור השיפוטי והגישור" עלון השופטים בישראל: [URL: http://www.court.gov.il/mishpat/html/alon/index.html] (4.9.01).

143 ראו ח' פאל "מורטוריום לשופטים" הגלימה: בטאון ועד מהזו ת"א של לשכת עורכי הדין 19 (כסלו תשנ"ט) 15. שם מתייחס הכותב ללתן הכביר שהמערכת מצויה בו – לתן המניע את השופטים בכל הערכאות לקצר את הדיון, להפסיק טיעונים בעיצומם, להאריך את שעות הדיון עד כדי עייפות בלתי-נסבלת ועוד. הפתרון התלקי שהכותב מציע הוא מתן מורטוריום לשופטים מלנמק את פסקי-הדין שהם כותבים. היעדר הנמקה יקשה עוד יותר על מתיחת הביקורת על מעשי עורך-הדין ועל ההתחקות אחריהם ואחר השפעתם על פסקי-הדין הסופי.

144 קיימות שיטות רבות לדרכון הצדדים להגיע לפשרה, מהן תוקפניות פחות ומהן תוקפניות יותר. כך, שופט יכול להסב את השומת-לב הצדדים לסיכון ולהיעדר הביטחון הכרוכים בניהול המשפט; הוא גם יכול לזמן את הצדדים עצמם, עם עורכי-דינם או בלעדיהם, על-מנת לדון בפשרה ולערוך עימם ניתוח של העובדות בתיק כדי לבחון מהי פשרה ראויה; או אף להציע סכום לפשרה שנראה לו הוגן בנסיבות העניין; השופט יכול גם "לחתוך את ההפרש" שבין הצדדים בנקודה כלשהי מבלי לבדוק את משקל טענותיהם או להעיר הערות בדבר אמינות הראיות שהביא כל אחד מהם. צעדים תוקפניים יותר יכולים לבוא לידי ביטוי בסירוב לדחות את המשפט על-מנת ללחוץ על הצדדים להסכים לפשרה, או לחלופין, בקביעת תאריך יעד קרוב ובלתי-ניתן לשינוי לקיום הדיון; בנסיבות שכנוע בטענות משפטיות או עובדתיות בדבר חולשת העמדה של הצד שכנגד על-מנת לדרבנו להתפשר, בחיובו להסביר מדוע הוא מסרב להסכים לפשרה או באזהרה שאם לא יסכים לפשרה, עשוי בית-המשפט לפסוק נגדו. במקרים חריגים השופט יכול גם לאיים על הצד המסרב להתפשר בתשלום הוצאות ואף לכפות אותו להתפשר. אפילו מקום שהשופטים נמנעים בקפדנות מ"מתן פרסים" לעורכי-דין המשתפים פעולה בהתקדמות לקראת הסכם או ב"ענישתם" של המסרבים לשתף-פעולה נותרת עדיין הסכנה שעורכי-הדין יפרשו את המעורבות ככפייה סמויה או יתאימו את התנהגותם לזו שנדמה להם שהשופט דורש במקום להתאימה לצורכי לקוחותיהם. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 71-72. ככל שתגבר מידת התוקפנות שבשכנוע, כן יקשה יותר על הלקוח לטעון נגד עורך-דינו על שהסכים לפשרה.

145 יש המותחים ביקורת על גישתו זו של בית-המשפט. לדעתם, בית-המשפט, בהפעילו לחץ על הצדדים, חורג מהתפקיד הסביל השמור לו בשיטה האדוורסרית, והדבר עלול לגרום לעיוות דין. ראו מ' לשם "הרהורים עגומים על מצבו של המשפט האזרחי בישראל" עורך הדין – בטאון לשכת עורכי הדין בישראל 9 (ספטמבר 1999) 42.

146 כל שעומד לפניו הוא כלל אחד מתוך שישים כללי האתיקה השיפוטית, הקובע כי

להפעיל את שיקול-דעתו מבלי שיעמדו לרשותו הנחיות שימנעו אותו מלחזור על שגיאות שעשו אחרים לפניו.<sup>147</sup> הלקוח, שנוכח בדיון בדרך-כלל, נחשף ל"אקטיביזם פישורי" זה. פעמים רבות השופט מפנה את ההצעות בעקיפין אליו. מובן שכאשר הלקוח עצמו לא הסכים לפשרה שעליה המליץ השופט בחום, ולאחר-מכן הפסיד במשפט, יהיה לו קשה לטעון נגד עורך-דינו.<sup>148</sup> כך גם במקרה ההפוך, שבו עורך-הדין נענה להצעת הפשרה בשם לקוחו לאחר שקיבל את הסכמתו לכך. טענה מצידו של הלקוח נגד עורך-הדין – לאחר שנחשף לדברי השופט – סביר להניח שתידחה, שכן השופט עצמו רמו שכדאי לצדדים להתפשר ומה עלול להתרחש אם לא יתפשרו.<sup>149</sup> קשה לטעון נגד עורך-דין שהיענותו להצעת השופט,<sup>150</sup> המשמש מעין בורר המתחשב באינטרסים של שני הצדדים, הינה מעשה הסוטה מסטנדרט הזהירות של עורך-דין סביר.<sup>151</sup> יש להניח שעורך-דין המוסר ללקוחו את מלוא המידע על טיב הפשרה ומבקש את אישורו לקבלה<sup>152</sup> – כלומר, ממלא

"בהמליצו על פשרה לא יכפה שופט את דעתו על בעלי דין ואף לא יצור מראית פנים של כפייה. שופט יקפיד על כך שהצעתו לא תביא למקח וממכר או למשא ומתן מתמשך שאינם לכבודו של בית המשפט". כלל ד'11 לבית-המשפט העליון לכללי אתיקה שיפוטית, (תשנ"ג-1993). כמו-כן ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 69-70.

147 אלרואי, שם, שם.

148 חשוב להזכיר כי השופט עצמו חסין מפני תביעה נויקית כלשהי מצד הלקוח, כקבוע בסעיף 8 לפקודת הנויקין. אם כי ראו את שנפסק בעניין פרידמן, לעיל הערה 49.

149 בעלי-הדין או עורכי-הדין המייצגים אותם עלולים לראות בהמלצת שופט רמו באשר לתוצאה שאליה יגיע אם יכריע בתיק (הגם שאמירה זו של השופט תלויה במידת ידיעתו את עובדות המקרה. בהחלט ייתכנו מצבים שבהם השופט לוחץ לפשרה שלא היה מצדד בה אילו היו לפניו הראיות כולן, או למצער, תוכנה של הפשרה היה משתנה). אכן, שופטים רבים נוהגים לומר כי הצעותיהם אינן מהוות הבעת דעה ואף לא ישפיעו על התוצאה הסופית בתיק, אולם הן הצדדים והן עורכי-דינם אינם מקבלים דברים אלה כפשוטם, והם עלולים לקבל את הצעת השופט באופן עיוור, ללא שיקול-דעת עצמאי מלא, אך ורק משום שזו עצת השופט. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 75-76.

150 במיוחד לנוכח העובדה שדרך ניהול המשא-ומתן לקראת פשרה הינה בלתי-פורמלית ואינה נרשמת בפרוטוקול. לכן אין כל דרך מעשית לפקח על הבחירה בשיטת הפישור ועל פעילות השופט במסגרת זו, מה גם שאין השופט צריך לנמק את הצעותיו, לא לפני הצדדים ולא כלפי חוץ. שם, בע' 72.

151 מחקרים מראים שיש בקרב עורכי-דין אהדה להצעת פשרה הנראית הוגנת בעיני השופט, שכן זו מסירה מהם חלק מנטל האחריות כלפי הלקוחות, שם, בהערת-שוליים 24. כמו-כן ראו: M. Galanter "...A Settlement Judge, not a Trial Judge": Judicial Mediation in the United States" 12(1) *J. of L. & Society* (1985) 1, 5; D.H. Floyd "Can the Judge Do That? – The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement" 26 *Ariz. St. L. J.* (1994) 45

152 כפי שאף מורות לו תקנות בתי המשפט (פישור), תשנ"ג-1993, ק"ת 1042. בסעיף 5 לתוספת נאמר: "בעלי הדין מסכימים כי העובדה שהם לא הגיעו להסדר פישור או

אחר חובותיו הפרוצדורליות – יהיה כמעט תמיד "חסין" בפני תביעה משפטית בשל השגת הפשרה בין כותלי בית-המשפט.<sup>153</sup>

היגיון דומה חל על כריתתה של עסקת-טיעון במסגרת ההליך הפלילי.<sup>154</sup> כידוע, עסקת-טיעון נעשית בין התביעה לבין ההגנה באשר לגורלו של הנאשם במשפט, בין בהכרעת הדין ובין בעונש. לרוב עסקינן בעסקת-חבילה המוצעת לנאשם, שלפיה, אם יודה, תבקש התביעה עונש קל מזה שהיתה מבקשת לו היה המשפט מתנהל עד לקבלת פסק-דין וגזר-דין.<sup>155</sup> כמו בהליכי פשרה, גם כאן עורך-הדין המייצג את הלקוח חשוף לתביעת אחריות מקצועית בגין הפרת חובות פרוצדורליות ומהותיות.<sup>156</sup> אולם בניגוד להליכים האזרחיים, במסגרת המשפט הפלילי שמורה לשופט זכות וטו – הוא אינו מחויב לקבל את עסקת-הטיעון. זכות הווטו מופעלת אוימנם לרוב לצורך דחייה של עסקת-טיעון הפועלת לטובת הנאשם, אולם אין מניעה שתפעל גם במקרה ההפוך, כלומר, במקרה שבו עסקת-הטיעון פוגעת בנאשם יתר על המידה. לזכות הווטו של השופט יש משמעות רבה באשר לאחריותו של עורך-הדין הכורת את עסקת-הטיעון.<sup>157</sup> למעשה, במקרים רבים היא תבשיר את מעשיו, גם אם לא באופן פורמלי. הטיעון יהיה כדלקמן: לו היה בעסקה אי-צדק קיצוני, סביר להניח שבית-המשפט לא היה מאשר אותה, ומשאושרה, סביר להניח שהיתה בתחום הסביר. קבלה של טענת רשלנות נגד עורך-הדין במקרה כזה מלמדת

- שאינם שבעי רצון מההסדר שהגיעו אליו, לא תשמש עילת תביעה נגד המפשר, וכי בכפוף לסעיף 6 להסכם זה אין המפשר אחראי לתוצאת הפישור.<sup>153</sup>
- אגב, רבים באנגליה המתנגדים למעורבות השופט בפישור. החשש הוא שסמכותו של בית-המשפט עלולה להיפגע אם יתערב במשא-ומתן בין הצדדים או אם ייווצר בציבור רושם שהוא עושה זאת. דמותו של שופט ה-*common law* הטיפוסית היתה אדם סמכותי המרוחק ומורם מעם, שתפקידו אחד בלבד: לשמוע את טענות הצדדים ולנסח את ההחלטה השיפוטית. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 73.
- 154 אם כי לרוב, הרציונל בעסקת-טיעון פועל לטובת הלקוח. בעניין זה ראו ראיון שנערך עם עורכת-דין נורית שניט, פרקליטת מחוז מרכז, שם היא טוענת כי ריבויים של "הסדרי טיעון" נובע בין היתר מהיקפם של התיקים והעומס הקשה הרובץ על המערכת המשפטית. מראיין א' פכטר "היר שצל דופק 7000 תיקים בשנה: שיחה עם עו"ד נורית שניט פרקליטת מחוז המרכז" הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין 17 (אלול תשנ"ח) 4.
- 155 או לחלופין גזירת עונש ללא הרסעה.
- 156 אם כי, בניגוד להליכים אזרחיים, משמעותה של רשלנות עורך-הדין כאן היא שהנאשם ייכלא לזמן קצר או ארוך מזה שהיה גזור עליו. במקרים אלה אין מדובר במערכת יחסים בין מספר מצומצם של צדדים, אלא בשיקולים רחבים הרבה יותר, הנגזרים מכך שמדובר במשפט פלילי הנערך בין המדינה לבין הנאשם.
- 157 ניתן לראות באפשרות הרחייה גורם ור מתערב המנתק את הקשר הסיבתי בין רשלנות עורך-הדין בהשגת העסקה לבין התוצאה הסופית. אולם השוו עניין גורדון, לעיל הערה 28, בע' 143 – 145.

בעצם על "טעות" של השופט באישור עסקה שאינה הוגנת, ועל-כן יש להגיש שהיא תירחה.<sup>158</sup>

### (ז) היחס "המוערף" – סיכום

לבסוף, כאשר מצטרפים לכל הנימוקים האמורים הטעמים ההיסטוריים שעמדו ביסוד החסינות שבדין האנגלי,<sup>159</sup> ואשר לא נדחו אצלנו לגופם (בניגוד לחסינות עצמה), ניתן להבין מדוע יש מיעוט פסיקה בהקשר של רשלנות עורך-דין בבית-המשפט, ומדוע, באותם מקרים שבהם הוגשו תביעות לבית-המשפט, תוצאותיהן נטו באופן ברור לטובת עורכי-הדין. יתר על-כן, בפסק-הדין בעניין אדרת נטה בית-המשפט לצמצם את חובתו של עורך-הדין לכדי החובה להפעיל שיקול-דעת. משעשה זאת, ייחשבו מעשיו או מהדליו טעות שבמסגרת שיקול-הדעת שאינה גוררת עילת-תביעה בגין רשלנות. כך נאמר בפסק-הדין:<sup>160</sup>

"סיכומי של דבר: אף בהנחה שצודק המערער בהשגותיו, שהשאלות שלא נשאלו על-ידי המשיבים צריכות היו להישאל, והטענות שלא נטענו צריכות היו להיטען, והטענות שנטענו אסור היה להשמיען – אין השגות אלה וכיצא באלה מגלות עילת תביעה בשל רשלנות, והוא מפני שהחובה שהיתה מוטלת על המשיבים כלפי המערער לא היתה לשאול או שלא לשאול אותן שאלות, ולטעון או שלא לטעון אותן טענות, אלא חובתם היתה לשקול אם לשאול ומה לשאול, אם לטעון ומה לטעון; וטעות שטעו בשיקול-דעתם (אם טעו) אינה עולה כדי התרשלות."

אומנם, גישתו זו של בית-המשפט נכונה למשפט הישראלי של שנת 1976, ומתייחסת לעוולת הרשלנות, ולא לאפשרויות תביעה אחרות, דוגמת הפרה של חובות אמון. מאז חלו התפתחויות רבות במשפט בכללו ובעוולת הרשלנות בפרט. יחד עם זאת, יש בציטוט זה כדי להעיד על נטייה למעט בהתערבות במעשיו של עורך-הדין ככל שאלה נוגעים בטיעון לפני בית-המשפט, ונטייה זו נשמרת גם כיום. על-כן, גם כיום, בישראל של שנות האלפיים, עורכי-הדין זוכים – במסגרת הדיון המשפטי – ביחס דומה לזה שעמיתיהם הבריטיים זוכים בו. יחס זה אינו נגזר מהלכה גורפת המכירה ב"אי" של חסינות שליבתו הדיון המשפטי, אלא ממצויאות יומיומית שבעטייה אין מגישים תביעות בגין אחריות

158 שאלה מעניינת, אם כי מרחיקת-לכת, היא: האם הלקוח יכול להגיש תביעה נגד עורך-דין בשל העובדה שהשיג למענו, עקב שיתוף-פעולה מוצלח עם התביעה, עסקה טובה מדי – טובה עד כדי כך שנדחתה על-ידי השופט? הבה נניח לדוגמה כי העסקה היא שהנאשם יודה באשמה והתביעה תדרוש עונש קל במיוחד. הנאשם מודה, אולם לאחר הודאתו, אין השופט מקבל את העסקה וגוזר עליו עונש חמור הרבה יותר. האם ניתן במקרים כאלה לטעון נגד עורך-הדין? ומה באשר להגשת תביעה נגד התובע שהסכים לעסקה כזו?

159 ראו לעיל הדיון בטעמים ההיסטוריים שעמדו ביסוד החסינות שבדין האנגלי, בפרק ג.

160 דברי השופט חיים כהן, עניין אדרת, לעיל הערה 6, בע' 81-82.

משפטית. ובאשר לתביעות המגיעות בכל-זאת לבית-המשפט, אלה אינן מתקבלות לרוב מהסיבות שצויינו לעיל.

#### ד. שינויה של הלכת החסינות האנגלית

השיטה שבה בחר המשפט האנגלי דומה אם-כן לזו הנהוגה בישראל. בפסק-דין תקדימי של בית-הלורדים, שניתן ביולי 2000, נהפכה ההלכה האנגלית. את החסינות שנתן בית-הלורדים לעורכי-הדין בשנות השישים בעניין *Rondel*<sup>161</sup> נטל מהם בית-הלורדים בעניין *Simons*. בדעת רוב של שישה כנגד אחד נפסק שיש לבטל את חסינותם של עורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט בתחום האזרחי. בדעת רוב של ארבעה כנגד שלושה נפסק כי ביטול החסינות ישתרע גם על התחום הפלילי. דהיינו, גם באנגליה אין כיום מניעה עקרונית מהגשת תביעה של לקוח נגד עורך-דינו בגין אחריות מקצועית, אם כי עומדים לפניו עדיין חסמים רבים שיקשו עליו לזכות בתביעה כזו. בשורות הבאות אפרט את עיקרי פסק-הדין.

פסק-הדין של בית-הלורדים קיבץ שלושה ערעורים על פסיקות של בית-המשפט לערעורים. כל שלושת הערעורים עסקו בטיפול לקוי בעריכת פשרות.<sup>162</sup> הם הוגשו בגין טענת חסינות של עורכי-הדין שנגדם הוגשה התביעה. עורכי-הדין, שהיו סוליסטרים במקצועם, טענו לפני בית-המשפט של הערכאה הראשונה כי חלה עליהם חסינותו של המייצג בבית-המשפט, ועל-כן יש לדחות את התביעה על הסף. בית-המשפט של הערכאה הראשונה קיבל את טענתם, אך קביעתו התהפכה בבית-המשפט לערעורים, שקבע כי החסינות אינה משתרעת על מקרים אלה. בית-המשפט לערעורים, בהיותו כבול לתקדימי בית-הלורדים, נימק את החלטתו בכך שהמעשים המעורלים שביניהם הוגשה התביעה אינם נופלים במסגרת החסינות, אך הוא לא שלל את עצם מוסד החסינות. על קביעה זו הוגש ערעור לבית-הלורדים, שדן בקביעות הערכאה הקודמת, אך גם בטענה שלאור השתנות העיתים, יש לבטל את עצם מוסד החסינות. כאמור, בית-הלורדים קיבל טענה זו.

פסקי-הדין המובילים בדעת הרוב היו של לורד Steyn ושל לורד Hoffmann, אליהם הצטרפו לורד Browne-Wilkinson ולורד Millet. הם עסקו בשתי סוגיות עיקריות. האחת עניינה החסינות עצמה: הסוגיה המהותית של חסינות עורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט, הן בתחום האזרחי והן בתחום הפלילי. עניינה של הסוגיה האחרת היה

<sup>161</sup> *Supra* note 39.

<sup>162</sup> בראשון הוגשה תביעה על-ידי לקוח על שעורכי-דינו לא המליצו לו להתפשר במקום שהיה עליו לעשות כן, והוא נאלץ לבסוף, במסגרת הדיון המשפטי, להסכים לתנאים דומים לאחר בזבוז כסף וזמן. בשני הוגשה תביעה בשל העובדה שעורכי-הדין יעצו ללקוח להתפשר בתביעת גירושים שהגישה אשתו לקבלת חלקה בבית בתנאים שגרמו לקיפוחו. עניינה של התביעה השלישית היה בלקוחה שאף לה המליצו עורכי-דינה על עריכת פשרה לא-מוצלחת במסגרת תביעת גירושים.

כיצד ישפיע ביטול החסינות על ההלכה בעניין *Hunter*,<sup>163</sup> ומה צריך להיות היקפה של האחרונה. ההלכה בעניין *Hunter* קבעה כי לא ניתן לשנות בעקיפין תוצאה של פסק-דין פלילי על-ידי הגשת תביעה נוספת בהליך אורחי.

לורד Steyn יוצא בחוות-דעתו מתוך הנחה שעורכי-הדין הם בעלי-מקצוע ככל בעל-מקצוע אחר, ומציין כי מאז נפסק בעניין *Rondel* כי עומדת להם חסינות, קיים לחץ מתמיד לשנות את הדין ולא לנהוג בעניינם איפה ואיפה.<sup>164</sup> המשפט המקובל אינו מטיל אחריות על המשתתפים בו לגבי פעולות או החלטות שהתבררו בדיעבד כמוטעות ואשר נבעו משיקול-דעת לקוי, אלא אם היה שיקול-הדעת מוטעה באופן כה קיצוני ששום בעל-מקצוע סביר, מידע ומיומן לא היה לוקה בו. כמו-כן, המשפט המקובל מביא בחשבון את נסיבות הפעלתו של שיקול-הדעת ואת האופן שבו ההחלטה כיצד לפעול מתקבלת. אכן, בריסטר, כמו גם מנתח ובעלי-מקצוע אחרים, עלול להיקלע למצבים שבהם הוא נדרש לקבל החלטות מיידיות. היה והחלטות אלה מתבררות כמוטעות, התוצאות עלולות להיות הרוות-אסון. אולם לא המנתח ואף לא בעלי-המקצוע האחרים חסינים בפני אחריות, ובית-המשפט אינו סבור כי היעדר החסינות מונע אותם מנתינת מיטב השירות ללקוחותיהם. בדעת הרוב מביאים לורד Steyn ולורד Hoffmann נימוקים אחדים ששימשו בעבר להצדקתו של מוסד החסינות, והם דוחים אותם אחד לאחד:

#### 1. העיקרון של נהג המונית<sup>165</sup>

עיקרון זה חל על בריסטרים בלבד (ולא על סוליסטרים), ומשמעותו היא כי בדומה לנהג מונית, שאינו רשאי לבחור את נוסעיו, ומרגע שעצר, הוא מחויב לקחת אותם למחוז חפצם, כך גם בריסטרים אינם רשאים לבחור את לקוחותיהם. עיקרון זה שימש אחד הטיעונים העומדים ביסוד חסינותם של הבריסטרים, שכן בלעדיו, כך נטען, יופלו הבריסטרים לרעה, משום שהם מחויבים לייצג גם לקוחות טורדניים שכל עורך-דין סביר, בעל זכות סירוב, היה בוחר לא לייצגם. בית-המשפט דחה עיקרון זה, שכן, לדבריו, השפעתו בעולם המעשה קטנה, מה גם שהוא אינו מצדיק את עצם החסינות. עם תביעות

<sup>163</sup> *Supra* note 82.

<sup>164</sup> העיקרון הכללי במשפט המקובל הוא כי לניזוק כתוצאה מרשלנות מקצועית ניתן סעד. עמדה זו עמדה בניגוד לדעת הרוב בעניין *Saif Ali v. Sydney Smith Mitchell & Co.* [1978] 3 All E.R. 1033 (H.L.), [1980] A.C. 198, שלפיה כפי שלהליך המשפטי יש מעמד מיוחד, כך גם לבריסטרים, והאינטרס הציבורי דורש שתהא להם חסינות מסוימת גם אם הדבר עלול לבוא על-חשבון הפרט בכמה מקרים נדירים. לורד Steyn מצטט בהסכמה מדבריו של לורד Diplock באותו פסק-דין. לגישתו, העובדה שהבריסטר נדרש להפעיל במהלך עבודתו שיקול-דעת רגיש לגבי נושאים שחברים שונים בקהיליית עורכי-הדין היו מביעים לגביהם דעות שונות אינה יכולה לשמש צידוק למתן חסינות מוחלטת ואין זה משנה באיזה תחום מקצועי עסקינן.

<sup>165</sup> עניין *Simons*, *supra* note 37, at pp. 680, 697.

קנטרניות מצידם של הלקוחות יש להתמודד לגופן, והסיכוי להגשתן מפעם לפעם אינו יכול לעמוד לרועץ לאלה שרשלנותם המקצועית של עורכי־דין גרמה להם נזק כספי נכבד. זה מחיר כבד מדי לפתרון בעיה שאינה קיימת כמעט.

## 2. האנלוגיה לעדים<sup>166</sup>

אנלוגיה זו מנסה להיבנות מהחסינות הקיימת לעדים במשפט, ולשאוב ממנה הלכה דומה לעניין עורכי־דין. הטענה היא שכפי שעד באנגליה חסין לחלוטין מפני תביעה אזרחית באשר לכל דבר שהוא אומר בעת הדיון המשפטי,<sup>167</sup> כך גם עורכי־דין. טענה זו נדחתה על־ידי דעת הרוב. לדעתם, האנלוגיה אינה מתאימה, שכן הרציונל של מתן חסינות לעדים שונה לגמרי מן ההנמקות שעומדות בבסיס חסינותם של עורכי־דין. בבסיס מתן חסינות לעדים עומדים שיקולי מדיניות כבדי־משקל שעניינם חופש הביטוי בבית־המשפט וחשיפת האמת. הציבור רוצה לתמרץ עדים להביע את דעתם בחופשיות, ללא יראה מפני תביעה משפטית שתוגש בשל דבריהם, וזאת על־מנת שהאמת תצא לאור.<sup>168</sup> בשיקולים אלה אין כדי להצדיק מתן חסינות לעורכי־דין. הטענה שלפיה ניתנה החסינות לעדים כדי למנוע מתח ולחץ מן המשתתפים בשיח המשפטי, ובכללם עורכי־הדין, הינה שטחית ואינה מספיקה, ועל־כן האנלוגיה בין עדים לבין עורכי־דין אינה במקומה.

## 3. דיון חוזר בהחלטות שכבר ניתנו על־ידי בית־המשפט<sup>169</sup>

הסכנה שמפניה חששה מערכת המשפט באנגליה, והמטרידה כאמור אף את מערכת המשפט הישראלית, היא כי המפסידים בתביעה העיקרית יגישו תביעה נגד עורך־הדין, וכך יפתחו את הדיון מחדש.<sup>170</sup> חשש זה קיים גם בתחום האזרחי, אך הוא גדול יותר בתחום הפלילי.<sup>171</sup> הטענה היא כי מורשעים בהליך פלילי שזכו במשפט הוגן ונכשלו

<sup>166</sup> *Ibid.*, at pp. 680, 697–699

<sup>167</sup> ועל־כן לא ניתן להגיש תביעה נגדו בגין הוצאת דיבה, בגין אמירת דבר שקר במכוון, ואף לא בגין קשירת קשר לומר דבר שקר.

<sup>168</sup> השוו בישראל לעניין הגנה מפני הוצאת לשון־הרע בבית־המשפט, סעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה–1965, ס"ח 240.

<sup>169</sup> עניין *Simons, supra note 37*, at pp. 680–681, 699–701.

<sup>170</sup> להרחבה בנושא טופיות הדיון במערכת המשפט הישראלית ראו לעיל פרק 3א.

<sup>171</sup> לביקורת על גישה זו כמצדיקה חסינות, ראו: *Rogers, supra note 44*, at p. 156. שם נאמרו הדברים הבאים: "The second principal... is... the difficulty or undesirability of retrying, in the action against the advocate, the issue which arose in the original litigation out of which the action arose. But if this reason were a valid one it would lead to a blanket immunity in all cases arising out of



בערעור ינסו מפעם לפעם (אם לא יהיו מנועים מעשות זאת מכוח חוק או פסיקה) לקעקע את התחלטה הפלילית באמצעות הגשת תביעה אורחית נגד עורך-הדין על שהתיר על בייצוגם בהליך הפלילי.<sup>172</sup> הטיעון שרווח בפסיקה היה שכדי למנוע תופעה זו, העלולה לגרום פסיקות סותרות באותו עניין, יש להעניק לעורכי-הדין חסינות. שיקולי מדיניות ציבורית דורשים שמורשע הרוצח לשנות את התלטה שניתנה נגדו יעשה זאת באופן ישיר,<sup>173</sup> ולא בעקיפין, באמצעות הגשת תביעה נגד עורך-דינו.<sup>174</sup> הדבר בעייתי במיוחד בתחום הפלילי, שכן אז יעמדו בעיני שתי התלטות סותרות, והאדם החבוש בבית-האסורים ואף הציבור עלולים לתפוס את המערכת כבלתי-אמינה וכמעוותת את עקרונות הצדק, אולם הוא נכון במידה מסוימת גם בתחום האזרחי.<sup>175</sup> במשפט האנגלי הוסדרה מדיניות זו של תביעה אורחית המאוחרת לתביעה פלילית רק בעניין *Hunter*.<sup>176</sup>

previous litigation and that is not the law... There is, for example, no doubt that a solicitor is liable in negligence for letting a limitation period expire and the plaintiff's damages in such a case will be assessed by reference to the chance that the claim would have succeeded. The same approach has been taken to an action based on negligence which led to a criminal conviction"

172 באנגליה ניתן לתבוע רק את עורך-הדין המייצג, שכן ההלכה היא שהתובע אינו חב חובת זהירות כלפי הגנב, ראו לעניין זה: *Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1995] Q.B. 335, [1995] 1 All E.R. 833 (C.A.)

173 באנגליה קיים מנגנון נוסף שבית-המשפט מצביע אף עליו, והוא במקרה שפקעה או מוצתה זכות הערעור. עניין *Simons*, *supra* note 37, at p. 681, line 9.

174 הגשת תביעה כזו עלולה להיחשב ניצול לרעה של הליכי משפט. הקביעה שמדובר בניצול לרעה של הליכים המצדיקה את דחיית התביעה יכולה להתבסס על כך שהתביעה שהוגשה היא תביעת-סרק, אולם לדעת חלק מן השופטים, ההלכה בעניין *Hunter* אף מאפשרת דחייה של תביעה בהליך אורחי המבקש לפתות בעקיפין הליך פלילי, לא רק, ואף לא בעיקר, במקרים שאין התובע יכול להוכיח בהם את תביעתו או שמדובר בתביעת-סרק. לדעתם, ייתכן שעל-פי ההלכה בעניין *Hunter* ניתן לדחות על הסף תביעה נגד עורך-דין גם כאשר סיכויי של הלקוח להוכיח אותה טובים (דהיינו, שאין מדובר בתביעת-סרק) בגין העובדה שקבלת תביעה כזו תוריד את קרנן של טחנות-הצדק בעיני הציבור.

175 קושי נוסף נובע מכך שבתביעה נגד עורך-דין אין משתפים את הצד האחר להליך המקורי, בין שזו המדינה (בהליך פלילי) ובין שזה הצד שכנגד (בהליך אורחי).

176 עניין *Hunter*, *supra* note 82. פרשה זו עסקה בשישה אנשים שהורשעו בפלילים על-סמך הודאתם בעקבות הפיצוץ בברמינגהם (1974) שחוללה המתרת האירית. הנאשמים טענו במהלך המשפט כי החוקרים היכו אותם, וכי ההודאות המרשיעות נסחטו מהם באמצעים שאינם כשרים. בית-המשפט ערך משפטי-זוטא (*voir dire*), והתליט כי התביעה הוכיחה מעל לכל ספק סביר שהנאשמים לא הוכו. בסופו של דבר הם הורשעו וחויבו בדין. הם הגישו בקשה לקבלת רשות ערעור (אם כי לא מהטעם שהודאתם הוצאה

בעניין *Simons* לא קיבל בית-הלורדים טיעון זה כהנמקה לחסינות עורכי-הדין. אומנם, לגישתו, כעניין של מדיניות ציבורית, ההלכה בעניין *Hunter* צריכה להישמר ולהיאכף,<sup>177</sup> אך בעניין זה לא נקבעו כללים נוקשים שיש ליישםם ללא שיקול-דעת כלשהו בכל המקרים הנופלים במסגרתה. מתן חסינות לעורכי-דין יוצר הסמים קטיגוריים שאינם מוצדקים, בעוד שניתן לטפל בבעיית התקיפה העקיפה בדרכים אחרות, ללא הטלת נטל כבד מדי על המיוצג.<sup>178</sup> אין זה נכון ואף לא צודק להשתמש בטיעון של מניעת דיון

מהם שלא כדיון, אך זו נדחתה. מאוחר יותר, בהיותם בכלא, הם הגישו תביעה בעוולת תקיפה נגד השוטרים שכלפיהם טענו במשפט העיקרי כי היכו אותם לשם אילוצם למסור הודאה. בית-הלורדים החליט בפסק-הדין שנתן באותה פרשה שיש כאן ניסיון לטעון מחדש אותן טענות שהועלו בהליך הפלילי, וכי יש בכך משום ניצול הליכים לדעה.

177 בית-הלורדים גרס כי בעניינים אלה ניתן להצביע על שני סוגים של שיקולים: אלה הקשורים לצדדים לדיון ואלה הקשורים לאינטרסים של החברה והמדינה. השיקול הקשור לצדדים, הבא לידי ביטוי בדלת-אמותיה של דוקטרינת מעשה-בית-דין ודוקטרינות דומות של השתקים למיניהם, הוא כי אדם לא יוטרו פעמיים בשל אותה סיבה. לעומת זאת, גם למדינה יש אינטרס שתביעות לא יועלו לדיון פעמים מספר, שכן יש בכך בזבוז משאבים חברתיים. אינטרס זה מצדיק הרחבה של דוקטרינות אלה גם כאשר אין מדובר באותם צדדים בדיוק. עניין *Simons, supra* note 37, at p. 701.

178 אומנם, מכוחו של עניין *Hunter* רכש בית-המשפט את הסמכות לדחות תביעה בין צדדים שאינם זהים בשל ניצול לרעה של הליך משפטי, אולם עליו להשתמש בסמכות זו רק כאשר יש בכך כדי לקדם את שיקולי המדיניות הציבורית שעמדו בבסיס ההלכה. אכן, כעניין שבשגרה, פתיחה בהליך אזרחי על-מנת לעקוף את ההרשעה הפלילית תהווה חזקה לכאורה (*prima facie*) לניצול לרעה של הליכים, וככזו היא תימחק על הסף. בהקשר זה, תביעה נגד עורך-דין אינה שונה מכל תביעה אחרת. מתן תוקף לפסקי-דין סותרים צפוי להביא לידי ירידת קרנן של טחנות-הצדק. הדרך הנכונה להשיג על תוצאות פסקי-הדין הפלילי היא לערער, יחד עם זאת, אם המורשע מצליח באופן כלשהו ומטעמים כלשהם להתגבר על החסמים הפרוצדורליים שהציבה ההלכה בעניין *Hunter*, לא תחסם תביעת רשלנות נגד בריסטר מטעמים של טובת הציבור. (אולם גם במקרה כזה ייתכן שתביעה נזיקית אזרחית בגין רשלנות תידחה בשל היותה "unsustainable under the new flexible Civil Procedure rules, 1998: CPR 3.4(2)(a) and 24.2." *Hunter, supra* note 82, at p. 681). בית-המשפט מחיל עקרונית גישה זו גם על התחום האזרחי, אם כי הוא סבור שבתחום המשפט הפרטי ובהליכים אזרחיים, להבריל מהמשפט הפלילי, עניין *Hunter* אינו צריך לחול כעניין שבשגרה. הסיבה לכך היא שבניגוד לתביעה המוגשת נגד עורך-דין בשל רשלנות במשפט פלילי, שיש לה השלכות ציבוריות וקבלתה עלולה להביא לידי אובדן אמון הציבור במערכת המשפטית, לתביעת רשלנות המוגשת בעקבות הליך אזרחי יש בדרך-כלל השפעה רק על הצדדים המעורבים. לציבור הרחב אין זה משנה אם בית-המשפט יגיע למסקנה שאלמלא רשלנותו של עורך-הדין היה הצד המפסיד זוכה. אולם גם לכך יש חריגים. אלה ייווצרו במקרים שבהם תשפיע

עקיף חוזר כהצדקה למתן חסינות לעורכי-דין בשל מעשים רשלניים שעשו במהלך הייצוג בבית-המשפט. יש בכך טיפול בבעיה אמיתית, אם כי בדרך הלא-נכונה.<sup>179</sup> בהקשר של שאלת החסינות והתקיפה העקיפה עלתה לדיון גם סוגיית הקושי הראייתי.<sup>180</sup> עלי-פי טענה זו, קשה מאוד לדעת מה היה קורה בהליכים מוקדמים יותר לו היו מתנהלים באופן שונה. בחינתו של בית-המשפט הינה השערתי בהגדרה, ולפיכך יש למהוק את התביעה המאוחרת על הסף. בית-הלורדים דחה טענה זו בהבהירו שקשיים ראייתיים אינם יכולים לשמש נימוק לחסינות. הגטל להוכיח את רשלנותו של הבריסטר מוטל על התובע, וייתכן שהוא לא יעמוד בו ויפסיד במשפט. אולם אין בנטל זה כדי למנוע מתובעים שבידיהם ראיות שרשלנותו של עורך-דינם גרמה להם נזק זכייה בתביעתם. בית-הלורדים דחה גם את הטענה שיש צורך בחסינות מפני שלא ניתן לדעת באופן ודאי כיצד היה השופט מחליט אילו היה הדיון שלפניו מתנהל בצורה שונה (היו מועלות לפניו טענות שונות; עדים שונים/אחרים/נוספים היו נקראים לדוכן העדים ואף נחקרים בצורה אחרת). לגישתו, ניתן להניח שהשופט היה מתנהג בצורה רציונלית, ואם לא, היה פסק-הדין נהפך בערכאת הערעור.

#### 4. הנאמנות הכפולה שעורך-דין מחויב בה<sup>181</sup>

השיקול שבית-הלורדים רואה כחשוב מבין כל השיקולים המצדיקים חסינות של עורך-דין במהלך הדיון המשפטי הינו חובתו של הפרקליט כלפי בית-המשפט. תפקדו של עורך-דין אינו מתמצה בייצוגו של הלקוח; הוא נתפס גם כנציג המערכת המשפטית. שיקול זה מורכב משני שיקולי-משנה. האחד הוא שבית-המשפט גיוון מפיו של עורך-

הפסיקה המאוחרת גם על צדדים שלישיים, שאו יהיה על בית-המשפט לשקול את הפעלתו של הלכת *Hunte*. הדוגמה המובאת בפסק-הדין היא של תביעת רשלנות מקצועית המוגשת אגב התרשלות עורך-דין במשפט של הוצאת לשון-הרע. נניח ששמעון נתבע בגין הוצאת לשון-הרע על ראובן, והפסיד. בכך, למעשה, טוהר שמו של ראובן. אולם משמעות קבלתה של תביעת הרשלנות היא שאילו לא היה עורך-הדין מתרשל, היה שמעון זוכה במשפט. יש לכך השפעה ישירה על שמו הטוב של ראובן. שמו הטוב של אדם אינו רק עניין שבינו לבין הצד שכנגד. מחד גיסא, לא יהיה הוגן לפסוק בעניין מבלי שהוא יהיה צד לו, ומאידך גיסא, לא יהיה הוגן לבקשו לטהר את שמו פעם נוספת. על-כן, במקרים כגון אלה ייתכן שהגשתה של תביעת רשלנות תיחשב לניצול לרעה של הליכי משפט. *Ibid*, at pp. 702–704.

179 החשש מפני פסקי-דין סותרים של בית-המשפט קיים גם במקרים אחרים, ושם השכילו להתמודד עמו בצורה שונה, בין בדרך של מעשה-בית-דין והשתקים ובין באמצעות שימוש בסמכות הטבועה שנקבעה בעניין *Hunter*.

180 עניין *Simons, supra note 37*, at p. 699. כמו-כן, להרחבה בסוגיית הקשר הסיבתי וריחוק הנזק במשפט הישראלי ראו הדיון לעיל בפרק 2א.

181 *Ibid*, at pp. 681–684, 693–694.

הדין, ואסור שהפרקליט יטעה אותו או יבזבז את זמנו. המערכת המשפטית מעוניינת להניא את עורך-הדין מלבזבזו זמן לריק בטיעוני-סרק, מלהציג לפני בית-המשפט חצאי-אמיתות, מלהסתיר הלכות שנהפכו וכדומה. בעניינים אלה אף אסור לעורך-הדין להישמע להוראות הלקוח, המעוניין תכופות להציג את הדברים בצורה מעוותת או לבזבז את זמנו של בית-המשפט בנסיונות עקרים לדלות מידע שאינו קיים. בשנת 1967, כאשר הוענקה לעורכי-דין החסינות בעניין *Rondel*, סברו הלורדים השופטים כי ללא מתן חסינות, יכרסם החשש מפני תביעת רשלנות בנאמנותו ובחובותיו של עורך-הדין כלפי בית-המשפט, הוא יעדיף לרצות את הלקוח לנוכח סכנת התביעה הנשקפת לו ממנו, והאיוון העדין שמערכת המשפט מושתתת עליו יתערער. הלקוח עלול לא להסכים למעשיו של עורך-דינו, להתנגד להם ולהביע הסתייגויות ומורת-רוח חריפה, וצידוד באפשרות של תביעה נזיקית נגד עורך-הדין עלול להטות את הכף באופן שרק עמדתו שלו תובא בחשבון בשיקוליו של פרקליטו. אולם בית-הלורדים קבע בעניין *Simons* כי בעולם של שנות ה-2000 יש טעמים טובים להטיל ספק בהנחה זו,<sup>182</sup> כפי שיפורט להלן.

באשר לשיקול הראשון, שעניינו נאמנות עורך-הדין לבית-המשפט והסתמכותו של בית-המשפט עליו לצורך עשיית צדק,<sup>183</sup> בית-הלורדים מציב את השאלה הבאה: האם תהיה להסרת החסינות השפעה שלילית משמעותית על מערכת יחסים עדינה זו? הוא מנסה לענות על שאלה זו בבחינת התמריצים שיש לעורכי-הדין הליטיגטורים בעד ונגד מילוי חובותיהם כלפי בית-המשפט.<sup>184</sup> בית-הלורדים אינו מתעלם מהלחצים שעוללים

182 בפסק-דינו אין בית-הלורדים משיג על ההלכה בעניין *Rondel*, שהיתה יפה בשעתה, אלא אומר שמאז השתנה העולם: "The world has changed since 1967. The practice of law has become more commercialised; barristers may now advertise. They may now enter into contracts for legal services with their professional clients. They are now obliged to carry insurance. On the other hand, today we live in a consumerist society in which people have a much greater awareness of their rights. If they have suffered a wrong as a result of the provision of negligent professional services, they expect to have the right to claim redress. It tends to erode confidence in the legal system if advocates, alone among professional men, are immune from liability for negligence. It is also noteworthy that there is no obligation on the barrister (or for that matter the solicitor advocate) to inform a client at the inception of the relationship that he is not liable in negligence, and in practice the client is never so informed. Given that the resort to litigation is often one of the most important decisions in the life of the client, it has to be said that this is not a satisfactory position." *Simons, ibid*, at pp. 683–684.

183 לשיקול זה מצרף בית-הלורדים שיקול נוסף, והוא הסתמכותם של עורכי-הדין זה על זה.

184 התמריצים התומכים בהמשך קיום החובות כלפי בית-המשפט, על-אף הסרת החסינות, הינם העובדה שעורכי-הדין הינם ישרים ומצפוניים, ואין הם זקוקים לתמריצים גוספים על-מנת למלא מלאכתם נאמנה. זאת ועוד, יוקרתו המקצועית של עורך-הדין בעיני

להיות מופעלים על עורך-הדין, אך הוא מציין כי האיום בתביעת רשלנות נזיקית אינו עומד בראש סולם הלחצים, כי אם בתחתיתו. מילוי חובתו של עורך-הדין כלפי בית-המשפט אינה יכולה להיחשב מעשה רשלני, וקשה לשער כי תובע כלשהו יעלה טענות מסוג זה על-מנת לבסס עילת-תביעה בנוזיקין. עריכת המאזן הכולל מביאה את בית-הלורדים למסקנה שאין בגימוקי הנגד כדי להצדיק את המשך מתן החסינות. בית-הלורדים דוחה גם את הטענה שלא ניתן לערוך מאזן עלות-תועלת המבוסס על שיקולים רציונליים, וכי עצם האפשרות של תביעה נזיקית תיצור עריכת-דין מגנתית. הוא מבסס את דבריו על נתונים אמפיריים. בשנות התשעים נעשה שינוי חקיקתי שחשף את עורכי-הדין הבריטרים לתשלום הוצאות מיותרות על-ידי לקוחותיהם כתוצאה מהתנהגות שאינה ראויה (או רשלנית) מצידו של עורך-הדין.<sup>185</sup> משמעות השינוי היתה כי עורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט נחשפו לסיכון הכרוך בהוצאה כספית, אם כי מוגבלת, מכיסם הם. אילו היתה הטענה בדבר יצירת עריכת-דין מגנתית נכונה, היינו מצפים שבגין שינוי זה יחול שינוי בהתנהגותם של עורכי-הדין ואולם בית-הלורדים קובע כי לאחר שחלפו עשר שנים בקירוב למן השינוי, איש אינו טוען כי שונתה פרקטיקת הטיעון בבית-המשפט ונעשתה מגנתית יותר. בית-הלורדים סבור שגם ביטול החסינות בפני תביעת הלקוח לא ייצור שינוי כזה.<sup>186</sup>

חבריו, בעיני השופטים ואף בעיני הציבור מהווה נכס מבחינתו. הדיונים פתוחים לציבור, כך שכשלים מצידו של עורך-הדין יעברו רק לעיתים נדירות מבלי שיבחינו בהם. לכן, החשש לשמו הטוב יניע אותו לקיים את חובותיו בקפדנות. זאת ועוד, ברקע הדברים עומדים הליכים משמעותיים שניתן להפעילם נגד עורכי-דין סדרתו. (בית-הלורדים מציין כי בשנת 1967, כאשר נפסקה הלכת החסינות, לא היו הכללים המשמעותיים מפורטים וברורים דיים, אך לא זה המצב כיום. הקונקרטיזציה של הכללים מאפשרת לעשות בהם שימוש יעיל, ועל-כן חוקה עליהם שירתיעו את עורך-הדין מלסטות מדרך-הישר.) הסיבות שעלולות לגרום פגיעה באיזון העדין הקיים כיום הינן שעורך-הדין לא ירצה לדחות את בקשות לקוחותיו פעמים רבות מדי, על-מנת שאלה לא יסרבו לפרוע את שכר-טרחתו או יתמהמהו במכוון בעניין זה. יתר על-כן, לקוח שלא התרצה, קטנים הסיכויים שייטה לשכור פעם נוספת את שירותיו של אותו עורך-דין.

<sup>185</sup> עניין *Simons, supra note 37, at p. 694, line 22*.

<sup>186</sup> לשם הוכחת דבריו, בית-הלורדים אף בוחן משפט משווה. בעוד שבניו-זילנד ובאוסטרליה הדין החל על עורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט דומה לדין האנגלי שנגזר מן ההלכה בעניין *Rondel*, בקונטיננט אין חסינות דומה, ולמרות זאת לא נתקלו שם בבעיות שבשל החשש מפניהן נמנעו עד כה מביטול הלכת החסינות באנגליה. אולם בית-הלורדים מודע לכך שבבתי-המשפט של הקונטיננט לעורכי-הדין יש תפקיד פחות מכריע, לנוכח מעורבותו הגדולה יותר של השופט היושב בדין, ועל-כן הוא מפנה גם למשפט הקנדי. המשפט הקנדי ינק רבות מהמשפט האנגלו-אמריקאי, וכשיטת משפט, הוא דומה לו הרבה יותר מאשר שיטות המשפט הקונטיננטליות. למרות זאת, אין בקנדה חסינות זה יותר ממאה שנים, ונראה שוו לא חסרה להם על-מנת לעודד את עורכי-הדין למלא את חובתם כלפי בית-המשפט.

השיקול האחר עניינו הקושי הכרוך בעבודתו של עורך־הדין. נאמנותו החצויה של עורך־הדין מסבכת את מלאכת הליטיגציה, וקל מאוד לעשות מה שנראה בדיעבד כטעות שבשיקול־דעת. לפיכך לא יהיה זה הוגן לחשוף את עורכי־הדין העושים את מלאכתם נאמנה למטח של תביעות קנטרניות מצד לקוחות מרוגזים שהפסידו במשפט. בית־הלורדים סבור כי לטיעון זה אין מעמד עצמאי. קיימים מקצועות רבים הכרוכים בשיקול־דעת רגיש, וליטיגציה אינה המקצוע היחיד המערב נאמנות כפולה. על־כן אין לייחד אותה מיתר המקצועות שאין ניתנת חסינות לעוסקים בהם.<sup>187</sup> לדעת בית־הלורדים, החסינות ניתנה לעורכי־דין לא על־מנת למנוע תביעות צודקות ומבוססות, אלא בשל החשש מפני תביעות טורדניות. אולם כדי להצדיק סוג כזה של הגנה מוחלטת יש להראות שיקולים חזקים ומשכנעים של מדיניות ציבורית התומכים בה. בנימוק שבעל המקצוע עושה כמיטב יכולתו אין כדי לפטור אותו כליל מתביעות נזיקין, ואפילו יהיו רבות מהן קנטרניות.<sup>188</sup> הדרך לתקוף תביעות מסוג זה היא באמצעות התמודדות ישירה עמן. מערכת המשפט משפרת עצמה בעקביות בעניין זה, והרפורמות שנעשו באנגליה במסגרת הדיונית מקילות על בתי־המשפט לדחות תביעות כאלה לגופן.<sup>189</sup>

בסכמו את הדיון הענייני ובקובעו כי בסמכותו לבטל את מוסד החסינות, בית־הלורדים מציין שהסרת החסינות אינה מהווה פריצת סכר, שכן נטל ביסוסה של התביעה מוטל עדיין על התובע בכל דיון משפטי. במקרים שבהם יטען התובע לרשלנות עורך־דינו במהלך הדיון, יביא בית־המשפט בחשבון את העובדה שבדומה למפקד בקרב, הנאלץ פעמים רבות לפעול במהירות, תחת לחץ וערפל קרב, תוך התעלמות מהנעשה במחנה היריב, גם עורך־הדין אינו יכול להימנע מטעויות, ובהינתן מעשיו בדיעבד עלולה תכופות להעמיד בסימן־שאלה את חוכמתו. הטיעון לפני בית־המשפט הוא יותר אומנות מאשר מדע, והוא אינו פועל על־פי נוסחה. על־כן, על־מנת להוכיח שעורך־דין התרשל, יצטרך התובע להראות לא טעות סתם בשיקול־דעת, כי אם טעות שעולה כדי רשלנות ממשית. מכל מקום, העובדה שהתובע ייאלץ להראות כי רמה גבוהה יותר של ניהול המשפט על־ידי עורך־דינו היתה מסתכמת בתוצאה טובה יותר לטובתו תהיה לו משוכה

187 רופאים, למשל, נמצאים פעמים רבות בסיטואציות של נאמנות כפולה ביחסים שבין חולה אחד לחולים אחרים או לבני משפחתו של החולה, ואיש לא העלה על דעתו אפשרות להעניק להם חסינות מפני תביעה משפטית נזיקית בגין רשלנות מקצועית, ראו: Rogers, *supra* note 44.

188 בכך נדהתה למעשה דעת המיעוט, למשל של השופט Hutton, שלפיה הנאמנות הכפולה שעורך־דין שרוי בה שונה מזו הקיימת בתחומים אחרים, שכן: "...those discharging important public duties in the administration of justice should be protected from harassment by disgruntled persons who have been tried before a criminal court." Simons, *supra* note 37, at p. 732.

189 זאת ועוד, על־מנת להגיש תביעה יש צורך במקורות מימון. הרפורמה באנגליה גרמה גם לכך שלתביעות אלה לא ימצאו בנקל מקורות מימון ציבוריים.

גבוהה שלא בנקל יצליח לעבור אותה.<sup>190</sup> זאת ועוד, השופט Steyn מציין מפורשות כי האמון הציבורי במערכת המשפט אינו מתחזק על-ידי מתן חסינות לעורכי-דין. והוא מוסיף:<sup>191</sup>

"...it must be borne in mind that one of the functions of tort law is to set external standards of behaviour for the benefit of the public. And it would be right to say that while standards at the Bar are generally high, in some respects there is room for improvement. An exposure of isolated acts of incompetence at the Bar will strengthen rather than weaken the legal system."

### ה. הערכה ביקורתית של המצב הקיים

האם המציאות המשפטית בארץ, שלפיה, במהלך הדיון המשפטי, זוכים עורכי-דין למעין חסינות דה-פקטו, אם כי לא דה-יורה, הינה ראויה? או שמא עדיף משטר משפטי שבו ניתנת לעורכי-דין, במהלך הדיונים המשפטיים, חסינות פורמלית, או משטר שבו אין חסינות כלל ועיקר? טענתי בעניין זה היא כי המצב המשפטי הנוכחי רצוי, ויש, באופן כללי, לשמרו. המצב הקיים מותיר בידי בית-המשפט גמישות המקדמת, מצד אחד, את העקרונות שעמדו בבסיסה של הלכת החסינות שרווחה בדין האנגלי, אך מאפשרת לו, מצד אחר, להתערב במקרים הקיצוניים. יחד עם זאת, יש עדיין מקום לכיוונים עדינים. גם במסגרת הזירה המשפטית, יש פעמים שעל בית-המשפט לנקוט בהם מדיניות מחמירה יותר עם עורכי-דין. פעמים, אין די בתמריצים הקיימים, ועל הלקוח, באמצעות בית-המשפט, להעמיד עורך-הדין שסרת במקומו. היעדר חסינות פורמלית מאפשר התערבות משפטית, אך אין בו כדי להנחות את בית-המשפט באילו מקרים להתערב ואיזה סעד להעניק. דעתי היא שמדיניות כללית של אי-התערבות מצד בית-המשפט הינה מדיניות נכונה, אך אל לו לחשוש מלהתערב במקרים הראויים לכך. במקרים אלה אל לו לשופט להעמיד לנגד עיניו מכשלות פרוצדורליות, שכן עליהן, כפי שאראה להלן, ניתן להתגבר באמצעות כלים שפותחו בפסיקה הישראלית, גם אם לא בהכרח בתחום רשלנותם של עורכי-דין.

#### 1. חסינות פורמלית מול ריסון שיפוטי

ציינתי כי חובה על עורך-דין לפעול במיומנות במסגרת הדיון המשפטי, אם כי זו אינה מבטיחה בהכרח הצלחה במשפט או שביעות-רצון של הלקוח. ציינתי גם שלא כל טעות של

190 בית-הלורדים מצטט מדברי Lord Bingham of Cornhill בעניין *Ridehalgh v.* שם הם *Horsefield* [1994] Ch. 205, 236, [1994] 3 All E.R. 848, 865 (C.A.)  
 191 עניין *Simons, supra note 37, at p. 683*.  
 נאמרים בהקשר של ה-*wasted costs order*, אך הוא מחיל אותם גם של עניין הרשלנות.

עורך-דין מהווה מעשה של רשלנות המצדיק פיצוי, וזו תיבדק לאור הפרקטיקה הרווחת. אם עורך-הדין פעל ביושר, בחריצות ובשקיפה, כאשר בראש מעייניו עמדו האינטרס של הלקוח מצד אחד, וחובתו כלפי בית-המשפט, מצד אחר,<sup>192</sup> הוא לא ייחשב בהכרח רשלן גם אם טעה במעשיו.<sup>193</sup> מכיוון שהמציאות הישראלית מעניקה לעורך-הדין מעין חסינות דה-פקטו במסגרת הריון המשפטי, הפעילות של עריכת-דין זוכה ברוב היתרונות שהיו קיימים באנגליה ערב הפיכתה של הלכת החסינות, ללא חלק מהחטרונות שהיו טמונים בה. החשש הגדול כשיטה המעניקה חסינות הוא מפני ניצולה לרעה. גם במשפט המקובל, בטרם נהפכה הלכת החסינות, השכילו בתי-המשפט להתמודד עם סיטואציות של ניסיון לנצל את המערכת לרעה. הם עשו זאת בדרכים שונות, למשל על-ידי הוצאת פעילויות מסוימות מתחומי החסינות בטענה שמדובר במעשה או במחדל שאינם קשורים קשר הדוק דיו להליך המשפטי (כפי שאכן פסק בית-המשפט לערעורים בעניין *Simons*),<sup>194</sup> ועל-ידי יצירת חריגים אחרים, כגון כאשר עורך-דין פועל מחוץ לגדר תפקידו כמייצג הלקוח.<sup>195</sup> המגמה היתה לפרש בצמצום, עד כמה שניתן, את ההלכה בעניין *Rondel*, ולאפשר לבית-המשפט שיקול-דעת להחליט לגופו של עניין.<sup>196</sup> אולם משמעות החסינות היתה שקיימת ליבה שאינה מאפשרת התערבות שיפוטית. במסגרת ליבה זו לא היתה לבית-המשפט אפשרות של ממש להשפיע.

כאשר נקבעה הלכת החסינות באנגליה, החשש היה כי עצם האפשרות של התערבות משפטית תיצור תופעות-לוואי שבעקבותיהן ייצאו הן מערכת המשפט והן הלקוחות נפסדים. אולם נראה שרוב החששות שעמדו בבסיסה של הענקת החסינות התבררו. את אשר הבין בית-המשפט העליון עוד באמצע שנות השבעים בעניין אדרת השכיל בית-

192 בעניין זה ראו הדברים הבאים מפי הלורד Steyn: "There is no reason to fear a flood of negligence suits against barristers. The mere doing of his duty to the court by the advocate to the detriment of his client could never be called negligent. Indeed if the advocate's conduct was bona fide dictated by his perception of his duty to the court there would be no possibility of the court holding him to be negligent. Moreover, when such claims are made courts will take into account the difficult decisions faced daily by barristers working in demanding situations to tight timetables." *Ibid*, at p. 683

193 ראו: J. Charlesworth & R.A. Percy *On Negligence* (London, 9th ed. by R.A. Percy and C.T. Walton, 1997) 567-568; דברי השופט Lawton ב-*Cook v. S.* [1966] 1 W.L.R. 635, 641; ע"א 5/63 זילברמן נ' תורי, פ"ד יז(2) 1305, 1308; עניין אדרת, לעיל הערה 6, בע' 80.

194 ראו, למשל: *Supra* note 161; והשוו: 4 [1997] Q.B. 686, *Kelley v. Corston*; 9 All E.R. 466 (C.A.); *Biggar v. McLeod* [1978] 2 N.Z.L.R. 9.

195 ראו: 2 Q.B. 665 [1988] *Al-Kandari v. J.R. Brown & Co.*

196 ראו: R.A. Buckley *The Modern Law of Negligence* (London, 3rd ed., 1999) 107-108.



הלורדים להבין רק שלושים שנה לאחר פסיקתו התקדימית. ניתן לראות בהתפתחות באנגליה ניסיון אמפירי לשנות את השיטה, שתוצאותיו העידו כי נכשל. גם באנגליה הבינו שהצורך במתן מרחב תמרון לעורך-דין אינו מצדיק כיום מתן חסינות גורפת. ניתן להתמודד עם הטיעונים שהועלו להצדקתו של מוסד החסינות גם בצורה נקודתית. כך, למשל, החשש מפני חיובו של עורך-דין בהוצאות אישיות או מפני הגשת תלונה נגדו על-ידי בית-המשפט יניע אותו לא יבטל את זמנו של בית-המשפט לריק.<sup>197</sup> בדומה לכך, על הלקוח התובע לעבור כברת-דרך ארוכה על-מנת להוכיח שעורך-דינו חרג מתחום שיקול-הדעת הרחב השמור לו. עלינו לזכור כי משמעותה של החסינות היא שגם במקרים שהלקוח צורך בהם מבחינה עקרונית ומעשית כאחת, אין הוא יכול לממש את תביעתו בשל היעדרה של חובת הזהירות המושגית. שלילת זכות זו רק בשל החשש מתופעות-לוואי כלשהן הינה בעייתית. היא מאפשרת ניצול לרעה על-ידי עורכי-דין. כפי שציין בית-הלורדים, לעורכי-דין יש תמריצים רבים לפעול כשורה,<sup>198</sup> אך רובם מתקיימים ללא קשר לחסינות, ועל-כן יוסיפו להיות קיימים גם בלעדיה. גם לאחר ביטול החסינות הפורמלית יידע עורך-הדין כי ברוב המקרים הוא "חסיין" מפני תביעה משפטית בגין הדיון המשפטי, ועל-כן לא יהיה עליו לעמוד בפני החשש הכבד כי בשל כל תיק שיפסיד תוגש נגדו תביעה נזיקית, ואם תוגש, תתקבל.

הפיכתה של הלכת החסינות באנגליה על פיה רק מחזקת את הדברים האמורים במאמר זה לגבי השיטה הישראלית. גם במקום הולדתה של החסינות הגיע בית-הלורדים למסקנה שאין לה עוד מקום. בית-הלורדים מצביע באותו פסק-דין על הקושי הכרוך בתביעת עורך-דין לדין, ומרמז שתביעות נגד עורך-דין, לנוכח הקשיים הטמונים בהוכחתן, לא יוגשו למכביר. זאת ועוד, מדברי בית-הלורדים עולה באופן שאינו משתמע לשתני פנים כי רוב התביעות, אם יוגשו, יידחו על הסף; ואם לא יידחו על הסף, הסיכוי שיתקבלו, לנוכח הנטל שמוטל על התובע והנוק שעלול להיגרם למערכת המשפטית, הינו קטן. רק במיעוט המקרים, שבהם יצליח התובע לעבור את כל המשוכות שתוארו לעיל, הוא יזכה בסעד. ניתן לומר שבית-הלורדים באנגליה חווה בעצם את המצב המשפטי דה-פקטו הקיים בישראל זה זמן רב.

197 ראו דיון בעניין זה בע"א 4845/95 ניר נ' מ"י, פ"ד מט(2) 639 (להלן: עניין ניר).  
 198 בעניין זה חשוב להזכיר גם את המנגנון של ביטוח הרשלנות המקצועי (הלקוח יוכל לתבוע את חברת הביטוח מכוח סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 94). אם ישקף הביטוח את הסיכונים השונים באופן הולם, ישלם עורך-דין המרבה להתרשל פרמיה גבוהה הרבה יותר. הוא לא יוכל לגלגל פרמיה זו, לפחות לא במלואה, על הלקוח, שכן מדובר בשוק תחרותי. לפיכך, תשלום הפרמיה יניע אותו לתקן את דרכיו ולנהוג בזהירות גדולה יותר, ואם אינו מסוגל לכך, לעבור לתחום מקצועי פחות תובעני.

## 2. דרכים להתמודד עם הקשיים בביסוסה של עוולת הרשלנות

אולם למרות הנאמר לעיל, אל לבתי המשפט בארץ לנוח על זרי הדפנה. גם בשיטה המשפטית בישראל מתבקשים שינויים אחדים. אחת הבעיות המרכזיות שהלקוח גיבש לפניהן לשם הוכחת תביעתו היא סוגיית הקשר הסיבתי וריחוק הנזק. בעיה זו ראוי שתבוא על פתרונה. מיעוט התביעות ומיעוט קבלתן בעטיה אינו מוצדק. הלקוח נמצא בעמדת נחיתות מובנית ביחס לעורך הדין, אם יידע עורך הדין כי לא יהיה בתשלום פיצויים גם אם ינהג בחוסר סבירות קיצוני, שכן יקשה מאוד על הלקוח להוכיח את תביעתו, הוא עלול לנהוג באיזוהירות. אחד התמריצים החשובים בתחום האחריות המקצועית הוא הסיכון של חיוב בנזק.<sup>199</sup> בהקשר לכך ובמערכת המשפט בימינו,<sup>200</sup> יש חשיבות לעילת התביעה, דהיינו, לשאלה אם מדובר בעילת תביעה חוזית, בעילה נזיקית או בשתייהן ולסעד המתבקש בגין כל אחת מהן.

### (א) העילה החוזית מול העילה הנזיקית

לצורך הוכחת העילה החוזית אין התובע חייב להוכיח קשר סיבתי כלשהו, שכן הוא יכול לבחור בביטול החוזה ובסעד של השבה לאחר ביטול. כפי שציינתי בתחילת המאמר, עורך הדין מתחייב במסגרת החוזה להעניק ללקוח שירות מסוים, ובתמורה הוא מקבל ממנו תשלום כספי. מצטרפים אל החוזה, מעבר לתנאים המוסכמים, התנאים המוכתבים מכוח חוקי הלשכה וחוקים נוספים החלים על מערכת היחסים זו.<sup>201</sup> היה ועורך הדין אינו מקיים את החוזה, עומדת ללקוח פעמים רבות זכות הביטול, ועל כן אינו חייב בתשלום, ואם כבר שילם, זכותו לתבוע את כספו בחזרה. תביעה להחזר הכספים ששולמו לעורך הדין, ואולי אף להחזר ההוצאות ששילם הלקוח לבית המשפט, ככל שאלה תלויים בהתנהגות בלתי סבירה של עורך הדין, אינה קשורה לתוצאת המשפט. בין שזכה התובע במשפט ובין שלא זכה בו – ולעניין זה אין זה משנה אם היה זוכה בו אלמלא התרשלנות של עורך הדין – הוא זכאי להחזר שכר הטרחה, או לפחות להחזר חלקי, על שלא קיבל את השירות המגיע לו. זאת ועוד, בניגוד לדיני הנזיקין, דיני החוזים מקילים עם התובע הרבה יותר בכל הקשור ל"נזק כלכלי", במיוחד כאשר זה בא לידי ביטוי בחוזה, בין באופן מפורש ובין במשתמע. כעניין שבשגרה, העובדה שלא נגרם נזק פיזי כלשהו לא תובא בחשבון במסגרת השאלה החוזית אם יש להעניק פיצוי ומה יהיה גובהו. ביטול החוזה אף אינו מעלה את הקושי הכרוך בפסיקות מנוגדות של בית המשפט, שכן בית המשפט אינו בוחן את השאלה מה היה קורה אילו ניתן השירות הראוי. העילה החוזית, כמו גם הזכות להשבה, עומדת על רגליה היא. העובדה שלא נעשה בה שימוש באנגליה (מפני שבין

199 ביטוח האחריות המקצועית מוריד אומנם את רמת ההרתעה, אך זו נשמרת בכל זאת על ידי הגדלת הפרמיות בעקבות רשלנות מקצועית קודמת.

200 וזאת על אף הצהרות נוגדות בעניין זה שלפיהן קיים טשטוש בהבחנה בין אמת המידה הנזיקית לאמת המידה החוזית. ראו עניין זלסקי, לעיל הערה 23.

201 למשל, חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, ס"ח 128.

הבריטרים לבין אלה שאותם ייצגו לא התקיימה מערכת יחסים חוזית)<sup>202</sup> אינה צריכה להיות לרועץ לבתי-המשפט בישראל בבואם ליישם צילה זו.

דוגמה טובה לפסיקה כזו, המבחינה בין הפן החוזי לבזיקי, היא עניין סמאן.<sup>203</sup> באותו מקרה פנה התובע לנתבע על-מנת שיגיש למענו עתירה לבג"צ בגין הפסד במכרו. טענתו היתה, בין היתר, שעורך-דינו התרשל במלאכתו והעתיק את העתירה מעורך-דין אחר שייצג מפסיד אחר במכרו. בית-המשפט הגיע למסקנה שהעתירה אכן הועתקה בשינויים קלים וחסרי משמעות. השאלה העיקרית היתה: האם בהעתקת העתירה יש משום רשלנות והפרה של הסכם הייצוג מצד הנתבע. בית-המשפט השיב על שאלה זו בחיוב. בעניין הפרת ההסכם הוא אומר כי עורך-הדין המקבל שכר מלקוח בעד הכנת עתירה נוטל על עצמו, מכללא, את המחויבות ללמוד את החומר, לנפות את התבן מן הבר ולנסות להכין עתירה שיהיו בה החומר והטיעונים הרלוונטיים. פשיטא איפוא שהעתקה מכנית של העתירה, במקום שקילת החומר ועיבודו כך שייצג את עמדת התובע, אינה מקיימת את ההתחייבות: לא זה מה שנטל על עצמו הנתבע ולא בעבור זה שילם לו התובע. בית-המשפט אף מגיע למסקנה שהופרה חובת הוהירות. הוא מבסס את מסקנתו על כך שטענות התובע, שהתבססו על אי-עמידתם של המתמודדים האחרים בתנאים הבסיסיים של המכרו, לא באו לידי ביטוי בעתירה אף-על-פי שאלה הן הטענות הראשונות שמתבקש להעלותן. כמו-כן סבר בית-המשפט שאין מדובר בטעות שבשיקול-דעת שאינה עולה כדי רשלנות, שכן לא הופעל שיקול-דעת כלל. יתר על-כן, בית-המשפט סבר כי עורך-הדין הערים על הלקוח בהתיימרו לספק לו את שביקש, בעוד שלמעשה לא עשה דבר.<sup>204</sup> מכאן שעורך-הדין הפר את חובתו לפעול במיומנות, במסירות ובנאמנות לטובת התובע. בדברים אלה יש משום הפרת ההסכם בין עורך-הדין ללקוח, ועל-כן הלקוח זכאי לקבל בחזרה את שכר-הטרחה ששילם לעורך-הדין. יחד עם זאת, בית-המשפט גורס כי התובע לא הצליח

202 ראו: Rogers, *supra* note 44, at p. 154. דברים אלה אינם נכונים לגבי סוליסטרים, שאותם היה ניתן לתבוע מאז ומתמיד גם בעילה חוזית.

203 לעיל הערה 54.

204 נקודה בעייתית בפסק-הדין היא עניין הגדרת הנזק לצורך עוולת הרשלנות. כאמור, בית-המשפט חייב את עורך-הדין לא רק בגין הפרת ההסכם, אלא גם בגין עוולת הרשלנות. הוא הגדיר את שכר-הטרחה ששולם כנזק, שכן אף שהנתבע "עשה משהו", הוא לא עשה את שגשכר לעשות. בית-המשפט אומר כי "התובע לא הזמין מהנתבע העתקת עתירה שערך עו"ד אחר, אלא לימוד החומר, בדיקתו בשיקול רעת והפעלת ניתוח הגיוני ומשפטי, הכל על מנת להוציא מוצר, שהוא לפחות כמיטב יכולתו המקצועית של הנתבע. ע"י העתקת מסמך שהכין עו"ד אחר, שהלקים ממנו אינם מתאימים לעניינו של התובע, וחלקים חשובים מטענות התובע חסרים בו לא נתן הנתבע לתובע תמורה עבור כספו". עניין סמאן, שם, בפסקה 16(א) לפסק-דינו של השופט שאנן. ההגדרה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדברי בית-המשפט, מתאימה יותר להחור התמורה החוזית ופחות להגדרת נזק על-פי פקודת הגזיקין, אם כי היא נכנסת, לפחות מבחינה מילולית, לגדר ההגדרה של נזק ממון.

להוכיח שהוא היה זוכה במכרז אילו נטענו הטענות הראויות, ועל-כן התובע אינו זכאי לפיצויים המבוססים על זכייתו האפשרית במכרז או להתורר ההוצאות שהוציא בגין עתירתו. עם זאת זכה התובע בפיצוי של 5,000 ש"ח בגין עוגמת-נפש.<sup>205</sup> לעומת זאת, יישום בעייתי יותר ניתן למצוא בעניין אהרונסון.<sup>206</sup> באותו מקרה נידונה שאלת רשלנותו של עורך-דין בכך שלא התייצב לדיון בבקשת רשות להתגונן, וכשלונו לאחר-מכן לטפל בתיקון הפגם שבאי-ההופעה, בקובעו לדיון שני תיקים בו-זמנית (להלן: המשפט הראשון). בשל כך הגישו נגדו לקוחותיו תביעה בעילה חוזית וגניקית (להלן: המשפט השני). במסגרת התביעה במשפט השני ביקשו התובעים, בין היתר, את מלוא הסכום שנאלצו לשלם בגין פסק-הדין במשפט הראשון (שבו היו נתבעים), וזאת בשל העובדה שלא ניתנה להם רשות להתגונן בתביעת הצד שכנגד, שתבע אותם בסדר-דין מקוצר. על-פי העובדות, כפי שהוצגו על-ידי בית-המשפט במשפט השני, לא היתה מחלוקת שעורך-הדין התרשל במשפט הראשון ופעל שלא כפי שהיה עורך-דין סביר פועל. אולם במשפט השני טען עורך-הדין כי התובעים לא הוכיחו קשר סיבתי בין התרשלותו במשפט הראשון לבין הנזק שהתבטא בתשלום שנפסק לחובתם כנתבעים באותו מקרה. בית-המשפט שלל טענה זו של עורך-הדין, בציינו כי השאלה מה היה קורה אילו ניתנה לנתבעים רשות להתגונן במשפט הראשון ואילו היה המשפט הוה מתברר לגופו הינה תיאורטית לחלוטין. במשפט הראשון נשללה מן הנתבעים מלכתחילה ההזדמנות לערור טענות כלשהן לפני בית-המשפט, ובקשתם נדחתה בשל אי-התייצבות לדיון. אין מדובר

205 והשוו עניין סטאר, לעיל הערה 54. עניין סטאר החל את דרכו בבית-המשפט לתביעות קטנות. התובע הגיש תביעה בגין הפרת חוזה שכירות לשימוש בקרקע חקלאית בשל אי-תשלום, בעוד הצד שכנגד טען שדובר במשא-ומתן שלא הגיע לכלל חוזה מוגמר. בית-המשפט לתביעות קטנות העביר את הדיון לבית-משפט השלום. באותו שלב נכנס לתמונה עורך-הדין שהוא הנתבע בתיק נשוא הדיון. ניתנה לעורך-הדין אפשרות לתקן את כתב-התביעה, והוא אכן הכניס בו שינויים, אולם לא שינה את עילת-התביעה ואף לא הוסיף עילות-תביעה חלופיות. התובע הפסיד במשפט, ולנוכח הפסדו הוגשה התביעה נגד עורך-הדין. הטענה שעמדה בבסיס התביעה היתה שעורך-הדין התרשל בכך שלא תיקן את עילת-התביעה המקורית, או בכך שלא הוסיף לחלופין עילת-תביעה נוספת בדבר שימוש ללא רשות בקרקע. בית-המשפט קיבל כאמור את טענת התובע, ואמר: "משהועברה התביעה לבית משפט השלום והנתבע קיבל על עצמו את הטיפול בתיק ואף ניתנה לו האפשרות ע"י ביהמ"ש לתקן את כתב התביעה כרצונו היה עליו להכליל את העילה החלופית של שימוש ללא רשות עליה יוכל להסתמך במידה וייקבע ע"י ביהמ"ש כי המו"מ בין הצדדים לא הבשיל לכלל חוזה, ומשלא עשה כן הרי שלא נהג במידת המיומנות הנדרשת מעורך דין". אולם בקביעה זו אין די, שכן על בית-המשפט להראות שאכן קיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק. לעניין קשר זה אומר בית-המשפט: "התובע הביא ראיות לכאורה שהיה בהן כדי לסייע לקבלת תביעתו המקורית. ראיות אלה מספיקות להוכחת קיומו של נזק במסגרת תביעת הרשלנות כנגד הנתבע..."

206 לעיל הערה 54.

במצב שבו התבררו כמה מטענותיהם של הנתבעים ואילו אחרות לא התבררו מחמת מחדל זה או אחר של באיכותם, שאז היה מקום להעריך הערכות כיצד היה בית-המשפט מתרשם מאותו חלק של הטענות שהושמעו. במקרה זה, כך לדעת בית-המשפט במשפט השני, לא נשמעה שום טענה, ולמעשה לא ניתן לנתבעים במשפט הראשון להיכנס כלל לשערי בית-המשפט. לגישתו, בחינה של מה היה קורה אילו התבררה בקשת הרשות להתגונן במשפט הראשון ואילו נשמע המשפט לגופו אינה רלוונטית. הנוק נגרם בעצם מתן פסק-הדין נגד הנתבעים. זאת ועוד, בית-המשפט הגיע למסקנה כי הרשות להתגונן היתה ניתנת לתובעים כמעט בוודאות, וכי הטענה שהיו מפסידים במשפט הראשון גם אילו ניתנה להם האפשרות להתגונן הינה טענת הגנה במשפט השני, וככזו, הנטל להוכיחה רובץ על הנתבע, דהיינו, על עורך-הדין.

ניתוח מדויק יותר היה מדגים את הבעייתיות שבתביעת עורך-הדין לדין בעוולה נזיקית.<sup>207</sup> תביעה זו בעייתית שכן בניגוד לפסיקת בית-המשפט שתוארה לעיל, רכיב הקשר הסיבתי בדיני נזיקין מהווה חלק מפרשת התביעה, וככזה, הנטל להוכיחו רובץ על התובעים. הם צריכים להראות כי דווקא הנתבע הוא זה שגרם לנזק ברשלנותו. לא הצליחו התובעים להוכיח קשר סיבתי, דינה של התביעה להידחות.<sup>208</sup> כפי שהראיתי לעיל, היצמדות להלכות המסורתיות של הקשר הסיבתי מציבה לפני התובע מכשלה גבוהה, שכן בתביעתו את עורך-הדין, למשל בגין עוולת הרשלנות,<sup>209</sup> עליו להראות שלו היה עורך-הדין פועל כפרקליט סביר, היתה תוצאת פסק-הדין משתנה, ואולי נהפכת. תביעה זו הינה בעייתית גם בתחום החזוי, בעוד שסביר להניח שעורך-הדין נוטל על עצמו מחויבות חזוית לפעול בשקידה וברמת מיומנות סבירה, קשה לטעון ברצינות כי הציפייה הסבירה של הלקוח בחווה ההעסקה של עורך-הדין היא זכייה במשפט.<sup>210</sup> גם אם ימלא עורך-הדין אחר הוראות החוזה ככתבן וכלשונו, הוא עלול להפסיד במשפט, והלקוח לא יראה בכך הפרת חוזה.

עם זאת ניתן לטעון כי החוזה מגבש אצל הלקוח אינטרס לסיכויי זכייה במשפט.<sup>211</sup> כך,

207 אולם בעייתיות דומה מתעוררת גם במסגרת העילה החזוית, כאשר התובע מבקש לא רק החזר תשלומים ששולמו לעורך-הדין, אלא גם פיצויים בגין ההפסד במשפט, ועל כך להלן.

208 בעניין רשלנות של עורכי-דין ראו, לדוגמה, עניין יוסיפון, לעיל הערה 53, שם נדחתה התביעה בשל כשלונן של התובע להוכיח קשר סיבתי. כמו-כן ראו ת"א (י"ם) 10905/96 רבני חברה לתובלה ולתעבורה בע"מ נ' אלעד (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טו 870.

209 הדבר נכון גם לגבי עוולות אחרות, כגון הפרת חובה חקיקה, ועוד. במקרה של הפרת חובה חקיקה, השאלה שתישאל היא מה היה קורה אלמלא הופר החוק.

210 סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 160, הקובע את הזכות לפיצויים שלפיה "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנוק שנגרם לו עקב הפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של הפרה".

211 ראו א' פורת "פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי" עיוני משפט כג (תש"ס) 605.

לדוגמה, במשפט אזרחי: אם ימלא עורך־הדין את תפקידו נאמנה, יהיה הסיכוי שהלקוח־התובע יזכה בפיצוי גבוה יחסית, שכן, כאשר סיכויי ההצלחה נמוכים, ימליץ עורך־דין סביר ללקוחו לא לתבוע.<sup>212</sup> עיקרון זה פועל גם ביחס ללקוח־נתבע, אם כי באופן פחות נחרץ. לנתבע השוכר את שירותיו של עורך־דין אין זכות־יתר "לא להשתתף במשחק", ועל־כן ציפיה סבירה מצידו תהא שעורך־הדין יקטין את סיכויי ההפסד במשפט או את גובה הסכום שיהא עליו לשלם, הכל על־פי נסיבות המקרה. הדברים נכונים גם לתחומים אחרים, בשינויים המחוייבים. כך, עורך־דין שגשכר לייצג אדם בתחום הפלילי מצופה לעשות את מירב מאמציו לזכות את הנאשם או להקל את עונשו. גם כאן, ציפיתו הסבירה של הלקוח היא להקטנת הסיכוי לצאת חייב בדין או להקלת העונש, והכל לפי הנסיבות. פעולה שאינה סבירה מצידו של עורך־הדין תפגע באינטרס זה. הצגתה של מערכת היחסים החוזית באופן האמור מביאה לידי עשיית צדק בין התובע, שלא יוצג כאות, לבין עורך־דינו הנתבע. מצד אחד, משמעותה של הפרת החוזה אינה בהכרח הפסד במשפט, וגם אם הפסיד הלקוח, לא ברור כי דווקא הפרת החוזה על־ידי עורך־הדין היא זו שגרמה להפסד. מן הצד האחר, כדי להמריץ את עורך־הדין לפעול בזהירות, אסור להקשות על הלקוח, במקרים הראויים לתביעה, יתר על המידה. שיטה של הכל או לא־כלום עלולה להביא לידי כך שהלקוח יישאר ללא פיצוי כלשהו, או ליתר דיוק, ללא פיצוי שיביא לידי ביטוי את הפסדו במשפט.<sup>213</sup> תוצאה כזו אינה צודקת. תשלום פיצויים בגין הציפיה הסבירה להפחתת הסיכון נותן ביטוי לאינטרסים של שני הצדדים, תוך התחשבות בנתונים השונים של כל מקרה ומקרה.<sup>214</sup>

### (ב) הרחבתם של מבחני הקשר הסיבתי במסגרת התביעה הנוזיקית

שיקולים דומים פועלים גם במסגרת התביעה הנוזיקית, אולם דומה שהבעיה כאן קשה יותר. על־פי המבחנים המסורתיים של הקשר הסיבתי, הנטל להראות שתוצאת פסק־הדין היתה שונה אלמלא רשלנותו של עורך־הדין רובץ על התובע.<sup>215</sup> גם על־פי מבחנים

212 כמובן שאם ביקש הלקוח להגיש תביעה גם במקרה שסיכויי הוכייה בו נמוכים, לא ייחשב עורך־הדין לרשלן, ובלבד שסיפק ללקוחו את המידע הדרוש.

213 הלקוח יוכל תמיד לקבל החזר בגין תשלומים ששילם לעורך־דין, שלא עשה את מלאכתו כראוי על־פי החוזה, זאת מתוך הנחה שמדובר בהפרה יסודית של החוזה ומכוח הסעדים השמורים לו כתוצאה מביטול החוזה.

214 סיכויי של עורך־דין לזכות או להקל בעונשו של רוצח כאשר יש עשרה עדים למעשה הרצח קטנים הרבה יותר מאלה של עורך־דין המייצג רוצח ורק ראייה נסיבתית קלושה מעידה על מעשיו.

215 ראו דבריו של השופט שלמה לויין בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312, 314 (להלן: עניין פאתח), שם הוא מצטט בעניין זה את עקרונות המשפט המקובל: "אין חולקים על כך, שעל מנת להוכיח את תביעתו שומה היה על המשיב להראות, שקיים קשר סיבתי בין התרשלותה של המערערת לבין הנזק שנגרם לו; לפיכך

מקילים יותר, כגון מבחן הדיות, על התובע להראות כי היה די ברשלנותו של עורך-הדין להביא לידי תוצאה המזיקה. היצמדות למבחנים אלה תטיל על התובע נטל כבד שהוא לא יוכל לעמוד בו במקרים רבים מהסיבות שצויינו במאמר זה. נטל כזה עושה לדעתי עול עם התובע. נשאלת השאלה: מהן החלופות העומדות לפני המערכת המשפטית כדי להביא לידי איזון בין הצדדים.

גישה חדשה ומעניינת אימץ בית-המשפט העליון של מדינת אהיו בארצות-הברית.<sup>216</sup> באותו מקרה נקבע שאין להחליף את שאלת הקשר הסיבתי במתכונתו המסורתית ב"כלל-אצבע", שלפיו, על-מנת שיצליח התובע בתביעת רשלנות ויזכה בפיצוי, עליו להוכיח נזק, וזה יבוא לידי ביטוי רק במקרים שבהם יוכיח שאילולא הרשלנות, היה זוכה במשפט. "כלל-אצבע" כזה יעשה אי-צדק עם התובע, שכן הוא יוכל לזכות בפיצוי רק כאשר יהיה ברור לכל שתביעתו המקורית היתה מתקבלת. בכל מקרה אחר הוא לא יהיה זכאי לפיצוי על-אף רשלנותו של עורך-הדין, חמורה ככל שתהיה. לגישת בית-המשפט, יש לבחון את שאלת הסיביות והנזק בקפידה וללא קיצורי-דרך. כך, לדוגמה, ייתכן שבנסיבות המקרה היה ניתן להגיע לפשרה עם הצד שכנגד במהלך המשפט, ורשלנות עורך-הדין סיכלה פשרה כזו. הפשרה שלא הושגה תוכל להיתפס כנזק שנגרם ללקוח. זאת ועוד, ייתכן שרשלנותו של עורך-הדין התבטאה בכך שלא השיג את המסמכים או המידע הרלוונטיים בעת המשפט המקורי, וכעת, עם חלוף הזמן, קיים קושי להשיגם – האם הלקוח הוא זה שצריך להיפגע מכך? בית-המשפט מודע לעובדה שגם על-פי דרישת הקשר הסיבתי המסורתי, גורלה של תביעת הרשלנות כרוך בגורל התביעה המקורית, כך שעל התובע להביא ראיות בדבר אותה תביעה, אך בין זה לבין "כלל-אצבע" – שלפיו, אם לא יוכיח התובע כי היה זוכה בתביעה העיקרית הוא לא יקבל פיצוי גם בתביעת הרשלנות – הדרך ארוכה. גישתו של בית-המשפט בפסק-דין זה אומצה על-ידי בית-המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השישי,<sup>217</sup> שאף הרחיב את הכלל בהתייחס לרשלנות שבהגשת ערעור.

לא רק זאת, אף זאת: טענתי היא שניתן להשתמש בדוקטרינות נזיקיות אחדות שכבר נעשה בהן שימוש במסגרת תביעות בגין אחריות מקצועית של רופאים, וליישמן לגבי אחריותם המקצועית של עורכי-דין, בשינויים המחויבים. ניתן, למשל, לעשות שימוש בדוקטרינה של אובדן סיכויי החלמה, כשהמקבילה לה בתחום המשפטי היא אובדן סיכויי הצלחה בדיון המשפטי. יישום דוקטרינה זאת נעשה, למשל, בעניין פאתח<sup>218</sup> בהקשר של

לו הוכח שגם אלמלא ההתרשלות היה נגרם למשיב אותו הנזק, היה דין התביעה להידחות.

216 ראו: *Vahila v. Hall* 674 N.E. 2d 1164 (1997).

217 ראו: *Cincinnati Insurance Company v. Fritz Byers* 151 F 3d 574 (1998).

218 לעיל הערה 215. באותו מקרה הוגשה התביעה הנזיקית בשל נזק שנגרם לעצב בפנים. לטענת התובע, הנזק הסופי נגרם בגין רשלנות באי-גילוי מוקדם של נזק שנגרם לעצב בניתוח קודם (שהוא עצמו לא נעשה ברשלנות) ואי-עריכת ניתוח שני בעוד מועד לשם איחוי העצב. הערעור לעליון נסב על סוגיית הקשר הסיבתי. השופט ש' לויין קבע

רשלנות רפואית. <sup>219</sup> השופט שלמה לוין, שעמו הסכימו השופט (כתוארו אז) ברק והשופט גולדברג, מקבל את ההשקפה שלפיה אובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב רשלנות יכול להיחשב הוא עצמו נזק ברי-פיצוי.<sup>220</sup>

בית-המשפט מדגיש כי בהכרה בסיכון כבנוק ברי-ביעה אין משום זניחתם של דיני הראיות, שכן יש לקבוע את מידת הסיכון לפי מבחן עודף ההסתברויות, או לפי אומדן, כשהדבר רצוי או ניתן, שאז אין מתעוררת כלל השאלה אם מאן-דהוא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו אם לאו. שתי נקודות נוספות שבית-המשפט מדגיש והראויות לציון לאור ההקשר שבו עסקינן הינן אלה: ראשית, ניתן להיעזר בנתונים סטטיסטיים בדבר גודל הנזק שנגרם כתוצאה מן הרשלנות, אולם אלה לא ישמשו תחליף לדיני הראיות, אלא מוריי-דרך וראיות לכאורה. בהינתן ראיות ונתונים ספציפיים על עובדות המקרה, תינתן להם עדיפות חדי-משמעות על הנתונים הסטטיסטיים. שנית, אין לבלבל בין המקרה נשוא פסקי-הדין לבין מקרה אחר שהנזק נגרם בו כתוצאה משתי סיבות שהנתבע אחראי רק לאחת מהן, ואין לקבוע איוז מידת נזק גרמה כל אחת מהן, בנסיבות פסקי-הדין "אין

בחוות-דעתו כי הוסכם על דעת כולם שהתרשלות הגורם המטפל הקטינה במידה כלשהי את סיכויי ההחלמה. דהיינו, אלמלא התרשלותו של הגורם המטפל היה מצבו של המשיב עשוי להיות טוב יותר, אך יחד עם זאת, לא הוכח בוודאות כי אלמלא התרשלותו לא היה הנזק נגרם כלל. השאלה שנשאלה היתה איזה ביטוי עובדתי ומשפטי יש להעניק לממצאים אלה.

219 פסקי-הדין בעניין פאתח אינו היחיד העוסק בהטלת אחריות בגין הפחתת סיכויים. פסקי-דין מאוחרים יותר הלכו בעקבותיו, ובחלקם היו אף שופטים שהיו מוכנים להרחיק לכת וליישם את הדוקטרינה לא רק לצורך הערכת הנזק, אלא גם לשם ביסוסו של הקשר הסיבתי עצמו. בעניין זה ראו ע"א 4384/90 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 191; ע"א 2939/92 קופת חולים ההסתדרות הכללית נ' רחמן, פ"ד מט(2) 369; ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, 718-719; ע"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (להלן: עניין כהן); ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים 'כרמל' חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין דעקה); ע"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38. לביקורת כללית על אבחנות הפסיקה ולניתוח מעמיק של סוגיית הטלת אחריות בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי ראו פורת, לעיל הערה 211.

220 לדעת השופט ש' לוין, במקרים כגון אלה אין מדובר בתהליך של קביעת עובדות במונח המקובל, שמגמתו לקבוע מה אירע או לא אירע בפועל, אלא בתהליך של אומדן לגבי "מה היה קורה אילו", שאחד ממרכיביו הוא גם תחזית לאחור, "ואם בתחזית עסקינן - מה לי תחזית לעתיד, מה לי תחזית לעבר?" עניין פאתח, לעיל הערה 215, בע' 319. דברים אלה נאמרו בתשובה לטענת הגורם המטפל שלפיה דובר באותו מקרה "בקביעת ממצא עובדתי לגבי העבר, שלעניינו הלכה פסוקה היא, שעל התובע להוכיח את גירסתו במידת שכנוע העולה על 50%... להבדיל מטענה, המתייחסת לסיכוי התרחשותו של מאורע בעתיד, שלעניינה מותר לתת ביטוי גם לסיכוי הנופל מ-50%". שם, בע' 315.



המדובר בהתחרות בין שתי סיבות שגרמו לנזק אלא ב'עימות', בין גורם הנזק לבין מצבו הנחזה של הגפגע אלמלא התאונה.<sup>221</sup> בשולי הדברים בית-המשפט מעיר כי בשיטה משפטית הפועלת, במקרה של נזק חלקי, על-פי עיקרון סיבתי של "הכל או לא כלום", אין מנוס לעיתים מפיתוח כלים מתחום דיני הראיות המרכיבים את העיקרון על-ידי העברת נטל ההוכחה, במקרים מסוימים, אל הנתבע, כדי למנוע תוצאות בלתי-צודקות. לעומת זאת, בגישה כגישתנו, המוכנה לראות את הפסד הסיכון כמושא אינדיווידואלי של נזק, הצורך באימוץ כללים ראייתיים מהסוג האמור מצטמצם.

יישומו של פסק-דין זה בתחום רשלנותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי הינו חד וחלק. בדומה למצבו של החולה המגיע לטיפול רפואי שיכול להיות קל אך גם קריטי, קיימת גם כאן ה"גדוניה" שעמה הלקוח מגיע אל הדיון בבית-המשפט. יש הבאים עם "גדוניה" גדולה יותר, ועל-כן סיבויי הצלחתם גדולים, ויש המגיעים עם "גדוניה" קטנה יותר, ועל-כן סיבויי הצלחתם קלושים, אם בכלל. רשלנותו של עורך-דין משפיעה על סיבויים אלה. לפיכך, לשם הוכחת קשר סיבתי אין צורך להוכיח שהכרעת הדין היתה משתנה (בין במובן של הפסד מול זכייה ובין במובן של שינוי העונש), אלא די להראות כי הסיבויים לזכייה או לקבלת עונש קל יותר קטנו בעקבות ההתרשלות. הוכחה שהתרשלותו של עורך-הדין גרמה באופן כלשהו להשתנות הסיבויים יהיה די בה לזכות את התובע בפיצוי. במקרה של הפסד בתביעה אזרחית יחושב הפיצוי, ברוב המקרים, כמכפלה של הקטנת הסיבוי בפיצוי המבוקש (תוחלת ההפסד/הרווח). במשפט פלילי יצטרך בית-המשפט לשקוד על פיתוחו של מנגנון שייתן ביטוי לנזק שנגרם בעקבות הקטנת הסיבויים לזיכוי או סיבויים לקיצור העונש.<sup>222</sup>

גם בתחום רשלנותם של עורכי-דין אין לראות בדברים אלה ויתור על העמידה בדיני הראיות ועל דרישת הקשר הסיבתי עצמו. בית-המשפט בארץ, כמו באנגליה,<sup>223</sup> מוכן לקבל את הדוקטרינה של הערכת הסיבויים/הסיכונים (הגברת הסיכון, הקטנת הסיבוי) כמבחן להערכת הנזק, אולם מבחן זה לא קנה לו עדיין שביטה בתחום ביסוס האחריות עצמה.<sup>224</sup> אימוץ הדוקטרינה האמורה במתכונתה הקיימת יחייב את התובע להראות,

221 עניין פאתה, שם, בע' 320.

222 לפיתוח הנושא של הנזק הראייתי, כמו גם להרחבתה של גישת הפסיקה ולביקורת עליה, ראו: A. Porat & A. Stein *Tort Liability Under Uncertainty – Evidential Deficiency and the Law of Torts* (Oxford University Press, 2001). דיון והרחבה בנושאים אלה חורגים מהיקפו של מאמר זה.

223 ראו: Rogers, *supra* note 44, at pp. 203–207.

224 ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בעניין דעקה, לעיל הערה 219, בע' 603–606. לגישה נוגדת וחדשנית ראו עמדתה של שטרסברג-כהן בעניין כהן, לעיל הערה 219, בע' 697–701, ובעניין דעקה, לעיל הערה 219, בע' 603–604, שם היא אומרת את הדברים הבאים: "אף שמבחן הערכת הסיבויים משמש בהוכחת הנזק, הוא לא קנה שביטה בתחום הוכחת האחריות. הטעם המרכזי לכך נעוץ – ככל הנראה – בתפיסה לפיה הוכחת הקשר הסיבתי כיסוד מיסודות האחריות, על-פי מאזן עודף ההסתברות, כרוכה ברעיון האשם, והסתפקות

בהסתברות של יותר מ-50%, כי התרשלותו של עורך-הדין גרמה לו נזק. באשר לשאלה מהו הנזק שנגרם, כאן ייעזר בית-המשפט בדוקטרינה של הערכת הסיכויים/הסיכונים. דרישות אלה מטילות אומנם על הלקוח נטל כבד, אך הוא קל לאין שיעור מהוכחה היפותטית, כמעט בלתי-אפשרית, בהסתברות של יותר מ-50%, כי לולא התרשלותו של עורך-הדין היתה תוצאת פסק-הדין משתנה. זאת ועוד, על-פי עניין פאתה, התובע יוכל לעשות שימוש גם בנתונים סטטיסטיים, ובהיעדר ראיות ספציפיות, יתחשב בהם בית-המשפט כבמורי-דרך.<sup>225</sup>

בית-המשפט בעניין פאתה מפנה, בין היתר, לדוגמות מהמשפט האנגלי שדנו בהן ברשלנות עורכי-דין ונקבע בהן כי שיעור הפיצוי של הלקוח יהיה כגובהו של שיעור ההפסד של סיכויי הזכייה במשפט. אחד מפסקי-הדין שבית-המשפט מפנה אליהם הוא פסק-הדין בעניין *Kitchen v. Royal Air Force Association*.<sup>226</sup> באותו מקרה הוגשה נגד עורכי-דין תביעה בגין התרשלות שנבעה מהתיישנות של תביעה שלא הוגשה במועדה. טענת ההגנה היתה שאם לא תוכל התובעת להראות שהיתה זוכה בתביעה שלא הוגשה, יהיה הנזק שנגרם לה נומינלי בלבד. בהתייחס לטענות ההגנה הסביר לורד Evershed כי בסיטואציות מסוג זה ייתכנו אפשרויות אחדות:<sup>227</sup> מצד אחד, ייתכנו מצבים שבהם ברור כי אלמלא התרשלותו של עורך-הדין, היתה התובעת זוכה בתביעה המקורית. מצד אחר, ייתכנו מצבים שברור בהם לכולם שגם אלמלא התרשלותו של עורך-הדין היתה התביעה העיקרית נכשלת. בשני המצבים הללו אין לבית-המשפט כל קושי לפסוק, שכן התוצאה מתבקשת מאליה. אולם ברוב המקרים, וכיניהם במקרה נשוא הדיון, לא ניתן להכריע באופן חד-משמעי אם היתה התובעת זוכה או מפסידה בתביעתה.<sup>228</sup>

בהוכחה הפחותה מעודף הסתברות, פותחת פתח להטלת אחריות מקום בו לא נתגבש אשם... נראה לי, כי גישה הדורשת מן התובע - בכל מקרה - הוכחה לפי מבחן ההסתברות, אינה מגלה גמישות מספקת ואינה עונה על הבעיות כמצבים המצדיקים גמישות כזו. קשיי הוכחה העומדים בעוכריו של התובע שיצר מצב בו עוסקים אנו בהיפותוזות לגבי תגובתו האפשרית של החולה, מצדיקים אימוץ כללים המונעים הכשלת תביעה שיש בה ממש, רק מחמת הפעלת מבחן עודף ההסתברות. "אכן, דברים אלה נאמרו באשר לרשלנות רפואית, אך ניתן ליישם אף בתחום רשלנותם של עורכי-דין במסגרת ההליך המשפטי.

225 אני מודע לכך שהנוהג של איסוף נתונים סטטיסטיים ושימוש בהם לצורכי משפט מפותח פחות בתחום המשפט מאשר בתחומי הרפואה. אולם גם בתחום המשפט, בדומה לרשלנות מקצועית בתחום הרפואה, הכרה בדוקטרינות נזיקיות דומות לאלה שהוזכרו לעיל תביא בסופו של יום לאיסוף נתונים סטטיסטיים ולהגברת השימוש בהם.

226 [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.).

227 *Ibid*, at p. 250.

228 על כך אומר לורד Evershed: "In my judgment, assuming that the plaintiff has established negligence, what the court has to do in such a case as the present is to determine what the plaintiff has lost by that negligence. The question is: Has

בעניין זה מסביר לורד Parker:<sup>229</sup>

"The matter [the cause of the action] remains a mystery, and, were it necessary for this court to decide whether the plaintiff would have succeeded, I, for my part, would have found great difficulty in coming to that conclusion; but, as I understand it, that is not our task. *If the plaintiff can satisfy the court that she would have had some prospect of success, then it would be for the court to evaluate those prospects, taking into consideration the difficulties that remained to be surmounted.* In other words, unless the court is satisfied that her claim was bound to fail, something more than nominal damages fall to be awarded."

(ההדגשה שלי - א' י')

הלכה זו, אף שניתנה על-ידי בית-המשפט לערעורים בשנת 1958, צוטטה לאחר-מכן, בהסכמה, פעמים רבות הן באנגליה<sup>230</sup> והן מחוצה לה, במדינות כאוסטרליה,<sup>231</sup> ניו-זילנד<sup>232</sup> ואחרות.

מדברים אלה עולה כי אל לו לבית-המשפט לחשוש מליישם את הדוקטרינה של הפחתת הסיכויים גם בתחום רשלנותם של עורכי-דין בבית-המשפט, וכי הדבר יניב לצדדים תוצאה צודקת יותר. הדבר נעשה כבר במקומות שונים בעולם והוא אינו בבחינת חידוש מרחיק-לכת. זאת ועוד, במקרים המתאימים בית-המשפט יכול לעשות שימוש, לצורך חיובו של עורך-הדין, במנגנון של העברת נטל הראייה<sup>233</sup> או

the plaintiff lost some right of value, same chose in action of reality and substance? *In such a case it may be that its value is not easy to determine, but it is the duty of the Court to determine that value as best it can.*" *Ibid*, at p. 251

(ההדגשה שלי - א' י')

*Ibid*, at p. 252 229

ראו: Charles v. Hugh James Jones & Jenkins (a firm) [2000] 1 All E.R. 289, 230  
[2000] 1 W.L.R. 1278; Davies v. Taylor [1974] A.C. 207, [1972] 3 All E.R.  
836; Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons (a firm) [1995] 4 All E.R.  
907, [1995] 1 WLR 1602

ראו: Giuca v. Coadys (a firm) [2000] VSC 230 231

ראו: Bearman v. Dunn [1974] 2 N.Z.L.R. 405; Gartside v. Sheffield, Young, & 232  
Ellis [1983] N.Z.L.R. 37

ראו סעיף 41 לפקודת הנוזיקין. כמו-כן ראו א' פורת "דיני נוזיקין: עוולת הרשלנות" ספר 233  
השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 373. נטייה של בית-  
המשפט לנקוט בדרך זו ניתן למצוא בעניין קוזלי, לעיל הערה 82, בע' 564. באותו עניין  
הנשיא ברק אומר את הדברים הבאים: "אכן, קשה לכחד כי במצבים רבים קיומו של  
פגם דיוגי המור מקים חזקה להשפעה על תוצאת ההליך. זאת ועוד: תוצאת ההליך אינה

בדוקטרינה של גרימת נזק ראייתי ברשלנות, אשר בשל קוצר היריעה, לא זה המקום לפרטם.<sup>234</sup>

### 3. גבולות היחס המועדף הניתן לעורך־דין

היכן יסתיים היחס המועדף שניתן לעורך־דין ויתחיל התחום שבו תקנה פעולתו ללקוח זכות לפיצוי? שאלה זו קשה, ודיון מעמיק בה חורג ממסגרתו של מאמר זה, היא גם תלויה זמן, שיטת משפט ותרבות. כדי להשיב עליה, יש לאזן בין אינטרסים נוגדים במערכת משפטית נתונה, תוך שימת דגש במניעת ניצולה לרעה. כך, למשל, בשיטה האנגלית, שבה עורכי־הדין המתדיינים מחויבים לקבל כל לקוח שהוא, ללא יכולת סירוב,<sup>235</sup> היינו מצפים שהשיטה המשפטית תפגין יתר סלחנות באשר לטעויות שנבעו כתוצאה מסכסוכים עם הלקוח מאשר בשיטת המשפט הישראלית.<sup>236</sup> ניתן אף לצפות כי מידת הסלחנות תהיה גדולה יותר במקרים שבהם המערכת נוטה להסתמך יותר על עורך־הדין כעל officer of the court מאשר במקרים שיש לו תפקיד מצומצם יותר במלאכת עשיית הצדק. זאת ועוד, קיומה של לשכת עורכי־דין שהחברות בה חובה והמכפיפה את חבריה למנגנונים משמעתיים מהווה אף הוא גורם מרתיע ומרסן היכול להפחית את הצורך של בית־המשפט להתערב במעשיו של עורך־הדין. בתהימת הגבול על בית־המשפט לתת את דעתו על מספר רב של שיקולים ואינטרסים מתנגשים. חלקם מאפיין את שיטת המשפט בכללותה, אך חלקם רלוונטי רק לתחומים מסוימים. על שיקולים אחדים עמדתי במהלך המאמר, ועל קווים מנחים נוספים אעמוד להלן.

#### (א) סופיות הדיון

השיקול של סופיות הדיון מחייב את בית־המשפט להבחין, בין היתר, בין מקרה שבו הרשלנות המיוחסת לעורך־הדין נעשתה במסגרתו של הליך פלילי או בעל מאפיינים פליליים לבין מקרה שבו נעשתה במסגרת הליך אזרחי. כמו־כן יש לבחון אם הנזק שנגרם

הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עימה גם הכרעה באשר לדרך הראויה לניהול ההליך ולשמירה על זכויותיהם של המתדיינים בפניו של בית המשפט. דברים אלה נאמרו אומנם בהקשר של בקשה לעריכת משפט חוזר, אך ניתן להסיק מהם על האופן שבו תתפרש אחריותו של עורך־דין באשר לגרימת פגם מסוג זה.

234 בעניין זה ראו א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191; וכן ע"א 248/86 עיזבון לילי חננשווילי נ' "רוחם" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 529.

235 ראו לעיל דיון בעקרון נהג המונתי, בפרק ד.1.

236 אם כי גם בארץ ניתן לטעון כי היעדר סלחנות מצד בית־המשפט בסכסוכים יהווה תמריץ שלילי לעורכי־הדין לייצג לקוחות בתיקים בעייתיים. זאת ועוד, טיבו של הלקוח מתברר לעיתים רק בשלב מאוחר יותר, שאז עורך־הדין עלול להיקלע לבעיה, שכן הוא נדרש לקבל את אישורו של בית־המשפט כדי להשתחרר מן התיק.

כתוצאה מרשלנותו של עורך-הדין הינו כלכלי או אחר. כל אחד מן המקרים - האזרחי והפלילי - ואפילו בתחומם-הם, ראוי לאיזון שונה על-פי הנזק המעורב בו ועל-סמך האינטרסים המתנגשים בו. כך, למשל, לדעת הרוב בעניין *Simons*, העיקרון של הקטנת אמון הציבור במערכת המשפט בעקבות הכרה ברשלנות של עורך-דין ממלא בהליכים אזרחיים, בדרך-כלל, תפקיד משני, שכן הפסיקה מערבת מספר קטן של משתתפים ואינה משפיעה על הציבור כולו כבמשפט הפלילי. ניתן לצפות ששיקול זה יוביל להרחבתו של מעגל החבות של עורך-הדין, דהיינו, לצמצום היחס המועדף שהוא זוכה בו. לעומת זאת, יש שיגרסו כי העובדה שמדובר כאן בגרימת נזק כלכלי טהור, וכן העובדה שבמקרים רבים מדובר בהעתקת הנזק, ולא בגרימתו הראשונית, מנביעות מסקנה שונה.<sup>237</sup> ומה באשר להליך הפלילי? לא רבים יחלקו על כך שרשלנות מקצועית של עורך-דין בהליך פלילי שאדם נכלא בעטייה חמורה הרבה יותר מזו המביאה על אדם הפסד כלכלי. למרות זאת, בתי-המשפט נרתעים מלהתערב במקרים שבהם הלקוח טוען לרשלנות עורך-דינו בתחום המשפט הפלילי. כפי שראינו בעניין *Simons*, חששו של בית-המשפט הוא שפתיחת פתח לטענות מסוג זה תביא לידי הצפת בתי-המשפט בתביעות, עד כדי שיתוק המערכת בגין כפל דיונים. זאת ועוד, תוצאות סותרות עלולות לערער את אמון הציבור במערכת הפלילית, דבר שיפגע באושיות השיטה המשפטית. כיצד ייתכן שהמערכת המשפטית מדברת בלשון אחת כאשר היא שולחת אדם לכלא ובלשון אחרת כאשר היא קובעת שעורך-דינו התרשל בהגנתו עליו? הרי פירוש הדבר שהלקוח לא זכה במשפט צדק. היוכלו שתי הפסיקות לדור בכפיפה אחת? או האם יש בכך כדי להביא לידי ביטולו של ההליך הפלילי, או למצער לפתיחת ההליכים מחדש? טיעונים אלה היוו בסיס לחסינות עורכי-הדין באנגליה במשך שלושים שנה ויותר, ואף נשקלו בכובד-ראש כאשר חסינות זו בוטלה. אומנם, בית-המשפט מצהיר מדי פעם כי אין הוא נרתע מחששות אלה, שכן הם אינם מתממשים במציאות, אך דומה שברקע מנקר חשש זה ללא הרף.<sup>238</sup>

237 מנגד ניתן לטעון כי עורך-הדין מונע מהניזוק את מימוש זכותו לפיצוי בגין הנזק הראשוני שנגרם לו. טיעון זה שם דגש בנפגע ובזכויותיו, ולא בתועלת הכללית, אשר מאחר שמדובר בהעתקת הנזק, ולא בגרימתו, אינה כה מושפעת מרשלנות עורך-הדין. זאת ועוד, מערכת המשפט הישראלית, בניגוד למשפט האנגלו-אמריקאי המסורתי, נוטה לרוב להכיר בנזק כלכלי טהור כנזק בריפיצוי, וזאת כאשר הוא מוגדר ונובע במישורין ממעשי המעוול.

238 ראו, למשל, דברי השופט בייסקי בע"פ 747/86 אייזמן נ' מ"י, פ"ד מב(3) 447, 462 (להלן: עניין אייזמן). הדברים נכונים לענייננו הגם שנאמרו בהקשר של בקשה למשפט חוזר. וכך נאמר בפסקה 2 לפסק-דינו: "וכעת צא וראה את שמבקש מאתנו עורך הדין...: כי לאחר שהגנתו המתוכננת והמחושבת היטב של שולחו, המבוססת על שתירת הנאשם, לא צלחה - וההרשעה בוססה על ראיות אחרות, להן היתה הסניגוריה מודעת לכתחילה והיו לה הזדמנויות לרוב לקרמן ולבררן - כי נפתח כעת את ההליך מחדש ותינתן הזדמנות לקו הגנה חדש. סדרי הדין הם מסגרת, אשר בדרך כלל יש להקפיד עליה, כשלבית המשפט שיקול דעת לסטות ממנה לפעמים, כאשר הצדק דורש זאת למניעת

חשש נוסף הוא מפני קנוניות שיירקמו בין הלקוח לעורך־דינו במטרה להונות את המערכת.<sup>239</sup>

חששות אלה כבדים אומנם, אולם אין בהם, לדעתי, כדי לעמוד למכשלה בפני לקוח שנגרם לו אי־צדק בשל הגנה לא־נאותה. אמון הציבור במערכת נובע בעיקר מהידיעה שלכל נאשם ניתנת הזדמנות הוגנת לטהר את עצמו מרוב פלילי כלשהו שדבק בו. במקרים שהענישה הצפויה בהם כבדה, המערכת מספקת הגנה חיונה אין כסף על־מנת שהנאשם יזכה במשפט הוגן. פעמים רבות אנו עדים לאמרות מן הסוג "עדיף שכמה אשמים ייצאו לחופשי מאשר חף מפשע אחד ייכלא על לא עוול בכפו". לקוח התובע את עורך־דינו בטענה שלא זכה בהגנה נאותה חייב לדעת כי בית־המשפט יבחן את טענותיו לגופן, כבכל מקרה אחר של רשלנות מקצועית, ואם ימצא שעורך־הדין התרשל, הוא יפסוק ללקוח פיצוי. שלילתו של הסעד האזרחי הינה בעייתית, שכן היא עלולה לגרום אי־צדק כפול: לא די שהנתבע לא זכה בייצוג הולם במסגרת המשפט הפלילי, גם תביעתו האזרחית נדחית רק בשל החשש שזו תשמש לו מנוף לפתיחתו של ההליך הפלילי מחדש. נראה לי כי לא החשש מהצפת בית־המשפט בתביעות, לא החשש מקנוניה ואף לא החשש מפני אובדן אמון הציבור במערכת צריכים לעמוד ללקוח למכשול בפני קבלת סעד.

אפשר להתמודד מול הצפת בית־המשפט בתביעות באמצעות פסיקת הוצאות משפט. במקרים שמוגשת בהם תביעה קנטרנית, יש לבית־המשפט סמכות לפסוק הוצאות נגד מגיש התביעה, ובמקרים המתאימים אף נגד עורך־דינו.<sup>240</sup> ניתן לוקוף את ההוצאות לזכותו של עורך־הדין הנתבע שהוטרד לשוא,<sup>241</sup> אך גם לזכות המדינה. מול החשש מקנוניה עומדים כללי לשכת עורכי־הדין ואף המשפט הפלילי. הסיכון לרקיחת תחבולות בין עורך־הדין ללקוחו קיים בכל משפט פלילי, ואין ערב לכך שתחבולה לא תירקם במסגרת תביעת האחריות המקצועית.<sup>242</sup> יחד עם זאת נראה שהמוניטין של עורך־הדין והידיעה שהוא עלול לאבד את רשיונו – ואף גרוע מכך, להיכלא – דיים להרתיע את רוב עורכי־הדין מהשתתפות בקנוניות כגון אלה. זאת ועוד, הזכייה בהליך האזרחי אינה

עיוות דין. אך לא קשה הוא לשער מה האנדרלמוסיה שתשתרר, כאשר אי־הצלחת קו הגנה אחד תביא בעקבותיה פתיחתו של המשפט מחדש.

239 כך, למשל, הלקוח עלול לסכס עם עורך־הדין כי אם יפסיד בתיק הוא יגיש נגדו תביעה בגין אחריות מקצועית. זו תוגש בשל העובדה שלא זכה בהגנה נאותה. עורך־הדין לא יגן על עצמו בהידוף־נפש (שכן ממילא לא יגבה ממנו הלקוח את הפיצוי, או לחלופין ישולם הפיצוי על־ידי חברת הביטוח ועורך־הדין יקבל מהלקוח פיצוי בגין הגדלת הפרמיה) ויפסיד במשפט. הלקוח ישתמש בזכייה זו על־מנת ליצור חד תקשורתי לטענתו שלא זכה במשפט צדק וכי יש לאפשר לו משפט חוזר.

240 השוו עניין ניר, לעיל הערה 197.

241 זאת ועוד, עורך־דין בישראל יכול לבחור את לקוחותיו ולסרב להגן על הבעייתיים שביניהם ואם אינו עושה כן, נראה שקיבל תגמול ראוי בגין ההגנה.

242 אל לנו לשכוח כי במקרה כגון זה עורך־הדין שם את גורלו בידי לקוחו, שיוכל לעשות בכך שימוש נגדו.

יכולה כשלעצמה לשמש ראיה במשפט פלילי.<sup>243</sup> כל שניתן לעשות בה הוא שימוש עקיף לצורך יצירת הד תקשורתי שישפיע על מערכת המשפט, או שימוש במסגרתו של סעיף 31(א)(2)/(4) לחוק בתי-המשפט, המקנה לנשיא בית-המשפט העליון או לממונה על-ידיו סמכות לבחון אם היה בהתשלולות כדי לשנות את תוצאת המשפט או אם נגרם לנאשם עיוות דין.

נוסף על כך, מערכת הצדק הינו מקצועית, ולפיכך חוקה עליה שתבחן את העובדות לגופן ולא תחשוש, במקרים המתאימים, לבקר את עצמה. ההד התקשורתי אכן עלול ליצור אי-נחת זמנית בציבור – כיצד זה אדם שנכלא לאחר שנמצא אשם במשפט פלילי זוכה במשפט אזורחי? – אולם כל הנוקים האמורים קטנים, לדעתי, לאין שיעור מהנוק שייגרם כתוצאה מאי-הכרה בתביעות נגד עורכי-דין. הדבר עלול להביא לידי כך שמערכת המשפט תיתפס כמנסה להגן על עצמה באמצעים שאינם כשרים, תוך התחמקות מעשיית צדק.<sup>244</sup> אין לקבל מלכתחילה את הטענה שהנאשם כבר קיבל את יומו בבית-המשפט, שכן ההגנה שקיבל אותו אדם היתה לקויה. טענתי בעניין זה היא אם-כן כי מטריית ההגנה שניתנת לעורך-הדין במשפט הפלילי אינה צריכה להיות רחבה מזו הניתנת לו במשפט האזורחי, ואולי, לנוכח הנוק הרב שעלול להיגרם ללקוח, עליה להיות צרה ממנה.

#### (ב) מנגנונים לתיקון טעויות

שאלה נוספת מתעוררת באשר לתיקון פגמים פרוצדורליים שנפלו בעקבות התנהגות עורך-הדין. האם ראוי להחמיר עם עורך-הדין, במובן זה שלא תינתן לו אפשרות לתקן את טעותו, כך שהלקוח שהוא מייצג יפסיד במשפט והוא יישא באחריות כלפיו? יש הצדקות אחדות לגישה כזו. עורך-הדין מבוסס באחריות מקצועית, ואם יידע שהוא עלול לחבו באחריות בגין פגם פרוצדורלי, יש להניח שיקפיד הרבה יותר על הכללים וכך יימנעו רבות מהטעויות. (יודגש, בגין טעויות שאינן רשלניות לא תוקנה ללקוח עילת-תביעה,

243 בעניין זה ראו, למשל, דברי הנשיא ברק במ"ח 1592/99 ניקולא נ' מ"י (טרם פורסם), פסקה 11: "...אין די בעצם הטענה כי ייצוגו של המבקש [משפט חוזר] יכול והיה טוב יותר... בכדי לבסס עילה לקיומו של משפט חוזר." ראו גם עניין אייזמן, לעיל הערה 238, בע' 456-457.

244 בעניין זה יפים דברי הנשיא ברק במ"ח 6148/95 עזריה נ' מ"י, פ"ד נא(2) 334, 362: "המבקש טען בפניי, בין השאר, כי 'בנסיבות שנוצרו נתפס הויכוי על ידי המערכת כאירוע שיפגע בתדמיתה'. אין לך דבר רחוק מכך. החלטתי לדחות את הבקשה לא באה בשל הרצון להגן על בתי-המשפט, ולמנוע הודאה בטעות. כוחם של בתי-המשפט אינו בהסתרת האמת אלא בחשיפתה. אמון הציבור בבתי-המשפט יבוא אם הם יודו בטעותם ולא יחפו עליה. אך אמון הציבור בבתי-המשפט ייפגע אם בתי המשפט יודו בטעות שלא נעשתה, ויפתחו משפטים שנסתיימו אך בשל לחץ הציבור. אילו שוכנעתי כי יש מקום למשפט חוזר, הייתי מורה על כך ללא היסוס. מששוכנעתי כי אין מקום למשפט חוזר, הנני דוחה הבקשה ללא היסוס."

וממילא לא יינתן לו פיצוי). גישה זו תיתכן בהחלט כעניין של מדיניות, אך קיימות בה כמה בעיות. ראשית, היא מעבירה את מרכז הכובד של ההליך המשפטי מהצדדים עצמם לעורכי-דינם. אל לנו לשכוח כי המערכת המשפטית אמורה לעשות צדק עם הצדדים. תמרון עורכי-הדין הינו רק חלק ממנגנון עשיית הצדק, ובמסגרת הדיון המשפטי – זה כל תפקידם. על-פי התפיסה המקובלת, הכללים הפרוצדורליים נועדו בעיקרון לשרת את היעילות הדיונית מבלי לפגוע במשפט המהותי.<sup>245</sup> על-כן, ככל שמדובר בכללים

245 ליישום אופייני של גישה זו ראו, למשל, ע"א 189/66 ששון נ' קדמה בע"מ, פ"ד כ(3) 477, 479-480, שם נאמרו הדברים הבאים: "הפרוצדורה אינה מיטת סדום שבה מקצצים את רגליו או מתיווים את ראשו של בעל-דין כדי להכניסו לתוכה כנכה או כבד-מינו. הפרוצדורה היא מסגרת רחבה וגמישה למדי המכוונת לתת לבעל דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את ענינו בצורה נלאה ושלמה. היא חייבת להישאר כך גם כאשר קורית תקלה או כשבעל-דין עושה שגיאה במהלך המשפט הניתנת לתיקון בלי לגרום עוול לבעל-הדין האחר, ועל בית-המשפט להרשות תיקון כזה בנדיבות וברחבות. ב'עוול' מתכוון אני לעוול מהותי וממשי הפוגע בזכות מטריאלית או מקפח לגוף הענין, ולא רק לאי-נוחות נוהלית. אי-נוחות מסוג זה ניתנת בדרך כלל לתיקון בצורה נאותה בלי לקפח את ענינו של אף אחד מבעלי-הדין. כבר אמרנו הרבה פעמים שכמעט ואין לך דבר שבסדר דין שאינו ניתן לתיקון על-ידי האמצעי של פסיקת הוצאות. זו הדרך המתאימה שעל בית-המשפט לנקוט בה ובלבד, כאמור, שלא יהא בכך משום עשיית עוול לצד השני, כי אין מתקנים עוול בעוול. אילו כך נהגו בתי-המשפט באופן שיטתי היו פוסקות התנגדויות הסרק הבלתי-מוצדקות מצד עורכי-הדין בענייני נוהל, שמטרתן לנצל עד הסוף כל שגיאה או צעד מוטעה של הצד השני, אף כי לא היה בהם כדי לפגוע באופן ממשי במתנגד או להצר את צעדיו בהצגת ענינו הוא במשפט. מסתבר, כי הסירוב במקרה דנן להרשות הבאת העדות הנוספת נבע מטעמי יעילות. איש לא יחלוק על הצורך ב'יעול' העבודה בבתי-המשפט. בדרך כלל, יש לשבח את הרצון לנהל משפט בכל המהירות האפשרית וביעילות רבה ככל האפשר. אבל דחף היעילות אינו צריך ליהפך לבהילות. לעולם אין לשכות שסדר הדין אינו אלא אמצעי להשגת המטרה הנעלה של עשיית משפט צדק ואין להפוך את האמצעי למטרה בפני עצמה. אין להעלות את האסקופה לדרגת מטרה. העיניים צריכות להישאר נשואות תמיד אל המטרה היחידה של כל משפט, והיא – עשיית משפט צדק בין הצדדים על יסוד בירור הוגן והולם של גוף הענינים האמיתיים השנויים במחלוקת ביניהם." כמ-וכן ראו בר"ע 1156/99 (י"ם) רפאל נ' אמיר (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(4) 724, שם נאמרו הדברים הבאים: "...היעילות אינה חוות הכל. אכן במקרה שבו ניתנת הזדמנות לצד לתקן משגה דיוני או גורמים עוול למתדיין שכנגד שזכאי לדרוש הימנעות מסחבת. גם בסדרי הדין ובאופן ניהול המשפט קיימים אינסרסים נוגדים של הפרטים המתדיינים, של הציבור בכללותו ושל מערכת המשפט. מחז יש להשתדל למנוע קיפוח זכות מהותית של צד בשל פגם בסדרי הדין אך גם אין להתיר את הרסן ולאפשר לבעל דין לנהוג בתקנות הדיון כבאוות נפשו. סדרי הדיון הם אמצעי להגיע למטרה צודקת חשיפת האמת ואין הם מטרה בפני עצמה. על כן, לא פעם ידחו כללי הפרוצדורה מפני



פרוצדורליים, אין הלקוח צריך לצאת נפסד ממעשי עורך-הדין כל עוד הם ניתנים לתיקון.<sup>246</sup> נוסף על כך, הטלת אחריות בשיעור גובהה של התביעה מגדילה את תוחלת הסיכון שעורך-הדין נחשף לה ועלולה ליצור תוצא (אפקט) של הרתעת-ייתר. עלות זו תגולגל בחלקה הגדול על הלקוח, והיא עלולה לגרום עלייה במחירי השירותים הניתנים על-ידי עורכי-דין. אומנם, בניגוד לתחומים אחרים, עורכי-דין יכולים להפלות בין הלקוחות השונים ולווסת את מידת החשיפה לסיכון, וזאת על-פי גובה התביעה המוגשת (המשקף את תוחלת הסיכון לעורך-הדין), אך כחברה, אין אנו מעוניינים בהשקעת-ייתר של משאבים כאשר הנזק שנוצר "אינו אמיתי", אלא נובע מכלל משפטי הקובע, למשל, לחיזומים קשיח שלא ניתן לסטות ממנו. התועלת שתצמח, בדרך-כלל, למערכת המשפטית מהאפשרות לתקן את הפגם הינה גדולה, שכן היא תמנע השקעת משאבים מוגזמת ex ante. זאת ועוד, ניתן להשית את העלויות שייגרמו כתוצאה מהתיקון – בין לחברה ובין לצד שכנגד – על עורך-הדין באופן ישיר (אם הן נובעות מרשלנותו), או על הלקוח.<sup>247</sup> במקרים שבהם אין הפגם נובע מרשלנות כלשהי, ייספגו העלויות על-ידי המערכת.

אכן, הצד האחר לדיון יכול לטעון כי בעצם תיקון הפגם נפגע אינטרס מוקנה שלו, שכן לולא האפשרות לתיקון, היה זוכה במשפט (לדוגמה, פסק-דין שניתן בהיעדר כתב-הגנה), או למצער, היו סיכויי לזכות משתפרים. אולם פגיעה באינטרס כזה מניחה כבר קיומו של כלל נתון בדבר הטיפול בפגם. השאלה שהמחוקק ואף בתי-המשפט צריכים להציב לעצמם הינה אם ראוי להעניק לצד שכנגד אינטרס מוקנה כזה. לדעתי, התשובה לשאלה זו תיענה ברוב המקרים בשלילה. אמון הציבור במערכת נובע מכך שהיא עושה צדק, תוך דיון מהותי בזכויות הצדדים, וכעניין שבשגרה אינה מאפשרת זכייה בגין כשלים טכניים כלשהם (technicalities). הדבר נכון במיוחד בתחום המשפט הפלילי, שבו עסקינן בדיני נפשות ושבו המדינה היא זו שעומדת מצירו האחר של המתרס. עם זאת ייתכן בהחלט שבמקרים מסוימים יהיה האינטרס החברתי בקיומו של כלל קשיח<sup>248</sup> גדול מהחסרונות הטמונים בו. או אז יש צורך להקפיד על קיומו הקפדני של הכלל. כתוצאה מכך יפסיד הלקוח במשפט, אך בה בעת תוענק לו עילת-תביעה נגד עורך-הדין שכשל. עילה כזו תגרום לכך שהלקוח לא יצא נפסד, ועורך-הדין הוא שיישא בנטל הסופי של רשלנותו.

שיקולים של השגת צדק... על בית המשפט לעשות איזון ראוי בין האינטרסים של הצדדים לבין האינטרסים של הציבור והמערכת המשפטית. מחד התרת הרצועה תביא לסחבת ולעינוי דין לציבור בכללו ומאידך שמירה קפדנית על כללי הדיון תגרום לא פעם לאי צדק..."

246 ובלבד שהאשמה אינה בלקוח. בעניין זה ראו, למשל, ע"א 430/74 בסמך נ' גזית תכנון שירותי אדריכלים והנדסה בע"מ, פ"ד כט(1) 228, 231-232.

247 ראו עניין ניר, לעיל הערה 197.

248 הכלל של התיישנות מהווה אולי דוגמה טובה לכך.

## (ג) מגבלות חיצוניות

ראינו כי עורך-הדין אינו אדון לעצמו בעת הדיון המשפטי, וכי סדר-יומו והופעותיו מוכתבים במידה רבה על-ידי בית-המשפט. כך גם במקרים שאינו יכול להשתחרר מתיק אלא באישור בית-המשפט.<sup>249</sup> גורמים אלה משפיעים על האופן שבו הוא מתפקד במהלך הדיון. גטייתו של בית-המשפט הינה כיום להקל בדינו של עורך-הדין ולהביא בחשבון את הגורמים שפורטו לעיל כאשר נבחנת שאלת ההתרחשות. האם מדיניות זו מוצדקת? מהו קו-הגבול? עד כמה ראוי להקל או להחמיר עם עורך-הדין ולהתעלם מנתונים אלה כאשר נגרם נזק ללקוח בניהול המשפט? שאלות אלה הינן תלויות-נסיבות ואין להן פתרון אחד ויחיד. מצד אחד ברור כי בידי עורך-הדין שליטה במספר הלקוחות שהוא מטפל בהם, וכך, בעקיפין, בעומס העבודה שהוא נתון בו. טיפול בלקוחות רבים מדי, הבא על-חשבון טיב הטיפול בלקוחות, הינו מתכון ברוק לאחריות נזיקית.<sup>250</sup> לעומת זאת, אי-התחשבות במגבלות חיצוניות עלולה לפגוע בלקוחות-בכוח. כך, עורכי-דין עלולים לדחות לקוחות שנראים בעייתיים בעיניהם רק מחשש שאם ייצגו אותם, יחשפו עצמם לתביעה נזיקית. לבית-המשפט יש לעיתים חלק באשם, שכן קביעת לוח-זמנים עמוס מדי משמש קרקע פורייה לטעויות ולהכנה בלתי-מדוקדקת של התיק.<sup>251</sup> לכאורה, שני הצדדים נמצאים בעמדה זהה, שכן קיצור הזמנים נכפה על שניהם, ועל-כן סביר שיפגינו רמת הכנה דומה למשפט, וכך תצומצם חשיפתם לסיכון בתביעה נזיקית מצד הלקוחות,<sup>252</sup> אולם בכך אין די, שכן טעות של כל אחד מהם עלולה לחשוף אותו לסיכון בתביעה ללא קשר לרמה שהפגין הצד שכנגד. זאת ועוד, יחסי הכוחות שבין הצדדים אינם שקולים בהכרח. (דוגמה לכך היא מקרה שבו צד אחד שכר את שירותיו של משרד גדול שעורכי-דין רבים עובדים בו על התיק, ואילו הצד האחר מיוצג על-ידי עורך-דין בודד.) יש לזכור כי החינתה של עוולת הרשלנות נעשית לאורו של האדם הסביר בנסיבות המקרה. כמוכן שניהול ברוימני של תיקים רבים על-ידי משרד קטן עלול לחשוף אותו לתביעה, אך אל לו לבית-המשפט לקבוע את אמת-המידה של הסבירות על-פי המשרד הגדול בלבד. אל לו גם להתעלם מכשלים שנגרמים בניהול התיק כתוצאה מחילוקי-דעות בין עורך-הדין והלקוח בעקבות אי-הסכמת בית-המשפט לשחרר את עורך-הדין מטיפול בתיק. לכשלים שנובעים

249 כאמור, המצב בארץ אינו חמור כבאנגליה, שם אין לעורך-הדין שיקול-דעת כלל אם לקבל את התיק.

250 בעניין זה ראו, למשל, המלצות ועדת האתיקה באשר לקביעת ישיבות מקבילות בכמה תיקים בבית-המשפט: "הועדה מביאה לתשומת לב ציבור עוה"ד כי אין זה ראוי לקבוע לעצמם ישיבות מקבילות בתיקים שונים בבתי משפט שונים בעת ובעונה אחת, שהרי התוצאה הבלתי נמנעת ממצב דברים זה הינה חוסר האפשרות של עוה"ד להתייצב בעת ובעונה אחת בבתי המשפט השונים. הועדה מנחה וממליצה לחברינו לקבוע מועד ישיבות בבתי המשפט בפרקי זמן שונים המאפשרים התייצבות עורכי הדין במועד בכל הישיבות שנקבעו לכך." עט ואתיקה 53 (מאי 1999).

251 הדברים פועלים באופן דומה גם לגבי אי-מתן אישור מטעם בית-המשפט לשחרור מתיק.

252 למשל, בכל הקשור להכנת העדים לחקירה ולחקירה נגדית.

מאילוצים חיצוניים כגון אלה יש להתייחס בסלחנות, תוך בחינת ההתרשלות לאורם ובהינתן הנסיבות של כל מקרה ומקרה.

(ד) פשרות

סוגיית סיומו של הסכסוך המשפטי בפשרה או בעסקת-טיעון מעוררת אף היא שאלה דומה: מהו גבול הלגיטימיות של הפשרה אשר מעבר לו ייחשב עורך-הדין המסכים לה לרשלן, כי לא שקד באופן סביר על האינטרסים של לקוחותיו. במילים אחרות, עד כמה סיום הסכסוך בפשרה, מבחינה פרקטית, יעשה את עורך-הדין חסין בפני תביעה משפטית. דעתי היא שמטריית ההגנה שניתנת לעורכי-הדין בגין פשרות רחבה מדי. הדבר נובע פעמים רבות מזהות אינטרסים של בית-המשפט ושל עורך-הדין אך לא בהכרח של הלקוח או של צדדים שלישיים בעלי עניין לגיטימי.<sup>253</sup> לשופטים יש תמריץ חזק לסיים את התיק בפשרה, כי היא "חוסכת" את הצורך בכתיבתו של פסק-דין ומסיימת את הסכסוך המשפטי בחיסכון משמעותי בזמן התדיינות.<sup>254</sup> בכך היא מאפשרת לשופט להקצות את הזמן שנתרם לתיקים אחרים שבהם הסיכוי לפשרה קטן יותר. שיקולים דומים שוקל גם עורך-הדין. קיימת ספרות רבה שלפיה תמריצי עורך-דין להתפשר בסכסוך משפטי מושפעים מאוד מהאופן שבו נגבה שכר-הטרה בגין עבודתו.<sup>255</sup> פירוט מסקנותיהם של מאמרים אלה

253 וראו הדברים הבאים: "הרעה שהשופטים באמת מגינים על הצדדים המגיעים לפשרה היא, במידה רבה, מיתוס. מעטים מאד המקרים שבהם נכנס השופט לנככי העניין, בודק באופן יסודי את העובדות ואת המצב המשפטי, ומטיל 'וטו' על הסדר, שלדעתו אינו מביא בחשבון די הצורך את זכויותיו של אחד הצדדים. בדרך כלל, השופט שמת על שהצדדים הגיעו להסכם, עד כי גם אם אין הוא משמש 'חותמת גומי' באופן מלא, הרי בודאי אין הוא משמש גורם מאון ובלום, עד כדי כך שנגיע למסקנה שפיקוחו הוא הכרחי." אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 79.

254 וראו קטע מדבריו של שופט המובאים במאמרו של אלרואי, שם, בע' 81-82: "כאשר אני יושב על כס המשפט אני מצוי תחת לחץ זמן ניכר להמשיך ולנוע קדימה מבעד לערימת התיקים שבלוח העמוס. אני מגיב על לחץ זה בכך שאני הופך לאגרסיבי אינטלקטואלית וכופה על הפרקליט להגיע במהירות לעיצומם של דברים ולהציג בייעילות את נושאי המפתח. אינני רגיש במיוחד לשינויים אמוציונליים דקים ואיני מגלה סבלנות כלפי הסברים ארוכים ומייגעים. מתחילתו של כל דיון אני משתמש בשכלי כדי לשלוט בסדר היום ובקצב הדיונים, להתמקד בנושאי המרכזיים וללחוץ לשם קבלת תשובות על השאלות החשובות." הדברים מובאים בתרגום מתוך: W.D. Brazil "Hosting Settlement Conferences: Effectiveness in the Judicial Rolc" 3 *Ohio State J. on Dispute Resolution* (1987) 1, 4-5

255 ראו בהקשר זה: W. Emons "Expertise, Contingent Fees, and Insufficient Attorney Effort" 20 *Int. Rev. of L. and Economics* (2000) 21; L.B. Hay "Contingent Fees and Agency Costs" 25 *J. Legal Stud.* (1996) 503-533; P.G. Miller "Some Agency Problems in Settlement" 16 *J. Legal Stud.* (1987) 189; T. Thomason

בהרחבה חורג מגדר הדיון במאמר זה,<sup>256</sup> אולם "השורה התחתונה" היא כי במקרים ששכרו של עורך-הדין משולם לו באחוזים מהזכייה בתיק או בסכום המסוכם מראש, תמריציו להתפשר רבים,<sup>257</sup> בעוד שכאשר שכרו משולם לו לפי שעות עבודה, תמריציו להתפשר מעטים, ואולי אפילו מעטים מדי.<sup>258</sup> לעומתם, האינטרסים של הלקוח מחייבים פעמים רבות להמשיך בניהול התיק, למשל כאשר סיכוייו לזכות בפסק-דין לטובתו רבים יחסית גם אם הם כרוכים בניהולו של משפט ארוך.<sup>259</sup> השאלה המתבקשת והדורשת פתרון היא כיצד לאזן בין תמריצים נוגדים אלה.

הקושי העיקרי של בית-המשפט כיום, גם אם ברצונו לפסוק לחובת עורך-הדין, הוא היעדר כלים לבחינת השיקולים המהותיים בהסכמה לפשרה, שהרי, לפחות באופן פורמלי, הלקוח הסכים לה. על בית-המשפט לשקוד על פיתוח כלים כאלה, ואולם מלאכה זו אינה פשוטה. כך, בדומה לנעשה בתחום המשפט המנהלי, ניתן לחלק את ההליך של כריתת הפשרה לרצף של פעולות שכל אחת מהן תוכל להיבחן באופן ספציפי.<sup>260</sup> שיטה זו

"Are Attorneys Paid What They're Worth? Contingent Fees and the Settlement Process" 20 *J. Legal Stud.* (1991) 187

256 המאמרים דנים רבות בבעיית הנציג ובפערי המידע הקיימים בין הלקוח לעורך-דינו. שם. חלקם אף מציעים דרכים יצירתיות ומעניינות להתמודד עם בעיות אלה.

257 בהקשר זה ראו מנגנון התשלומים על-פי כללי לשכת עורכי-הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים), תשל"ז-1977, ק"ת 1358. על-פי סעיף 2, השכר המרבי שעורך-דין רשאי לגבות בגין תביעה שהוגשה לבית-המשפט הוא 13% מהסכום שנפסק. על-פי סעיף 3, הסכום המרבי שעורך-הדין רשאי לקבל במקרה שהדיון הסתיים בפשרה הינו 11% בלבד.

258 האינטואיציה שעומדת בבסיסם של מאמרים אלה פשוטה: תשלום לפי שעות ידרבן את עורך-הדין "למשוך זמן", בעוד שבתשלום באחוזים עדיף לו לסגור התיק במהירות ולטפל בתיקים נוספים.

259 התמריצים לניהול המשפט חזקים מדי לעיתים, שכן ניהול הדיון מחזין עלויות על המערכת המשפטית (החברה). דברים אלו נכונים במיוחד כאשר שכרו של עורך-הדין נקבע באחוזים מסכום הזכייה, כך שמבחינת הלקוח, אין כמעט עלויות בהמשך ניהול המשפט.

260 כך, למשל, ניתן לנסות לחלק את הבחינה השיפוטית של הפשרה באופן אנלוגי לשלבי הבחינה השיפוטית של החלטות מנהליות: השלב הראשון בבחינה המנהלית בודק אם הפעולה נעשתה מכוח הסמכה בחוק. ניתן לתרגם זאת בהקשר של יחסי לקוח-עורך-דין לשאלה הטכנית: האם הלקוח ייפה את כוהו של עורך-הדין? השלב השני בתן אם הסמכות המנהלית הופעלה בדרך ראויה מבחינה פרוצדורלית ואיסוף נתונים, חובת היוועצות, חובת הנמקה, פרסום... באנלוגיה לכך, במסגרת הבחינה הפרוצדורלית של הפשרה נבחן אם עורך-הדין מסר ללקוח מידע מלא לגבי טיב הפשרה, וכן אם ביקש את אישורו לקבלה. השלב האחרון בבחינה בודק את ההחלטה מבחינה מהותית. משמע, יש לבחון אם הפשרה עומדת במבחן הסבירות והמידתיות.

מאפשרת להתגבר על הבעיה הקיימת בבחינת התוצאה הסופית בלבד לשם הערכה אם היא חורגת ממתחם הסבירות. ייתכנו כמה שלבים הכרחיים, כגון שלב של איסוף המידע לקראת הפשרה, בניית מערך של השיקולים הרלוונטיים, המשקל שניתן לכל שיקול, ניהול המשא-ומתן, השוואת הסיכויים והסיכונים בהמשך ניהולו של התיק,<sup>261</sup> קבלת הסכמה מודעת מהלקוח, ההחלטה, וכן הלאה.<sup>262</sup> כאשר הוא בוחן פעולות אלה, בית-המשפט יכול לבחון גם את האופן שבו עורך-הדין מתומרך, דהיינו, את השיטה שבה הוא נוהג לגבות את שכר-טרוחתו.<sup>263</sup> בדומה לכך, בית-המשפט צריך לתת את דעתו על השאלה: האם העובדה שבמקרים דומים – בין שמדובר בפסקי-דין ובין בפשרות – השיגו עורכי-דין תוצאה טובה יותר מבחינתו של הלקוח<sup>264</sup> מעידה שעורך-הדין פעל בחוסר סבירות? בבחינה זו אל לבית-המשפט להיחפו, שכן הדברים אינם פשוטים כלל. ראשית, קיים מתחם סבירות לגיטימי הנובע מדינמיקה שונה המתפתחת בכל דיון משפטי. זו כרוכה, בין היתר, בשופט המכהן ובדעותיו, באופן ניהולו של המשפט על-ידי עורכי-הדין – הן של הצד התובע והן של הצד הנתבע, במספר העדים, ב"איכותם" ועוד. מתחם סבירות זה מכיל מספר רב של הסדרים אפשריים, גם אם הם שונים (ואולי באופן משמעותי) זה מזה. שנית, לכל לקוח יש מידה שונה של שנאת סיכון. חברה התובעת אדם פרטי תעדיף פעמים רבות למצות עמו את זכויותיה המשפטיות, שכן מבחינתה, הסכום העומד על הפרק הינו שולי לעומת ההיבטים העקרוניים בתיק; אך משמעות הסכום לגבי פרט התובע במקרה דומה הינה רבה, והפסד בתיק ישפיע במידה ניכרת על המשך חייו. דברים אלה נכונים גם, ואולי אף ביתר שאת, לגבי הנתבע. כך, לדוגמה, כאשר אדם פרטי שאינו מבוטח נתבע בתביעה גזיקת על סכום של מיליון דולר, נטייתו הבסיסית להתפשר תהיה גדולה הרבה יותר מאשר נטייתה במקרה דומה של חברה גדולה שהינה אדישה לסיכון, הפועלת על-סמך שיקולי תוחלת רווח/הפסד בלבד. שלישית, לצדדים שונים יש אינטרסים שונים בניהול תיק, כאלה החורגים מהדיון במקרה הפרטי, ואשר הם רוצים לקדם. לאינטרסים אלה יש השפעה רבה על יחסו של צד לפשרה, והם יכולים

261 בהקשר זה ראו: *Ziegelheim v. Apollo*, 128 N.J. 250, 607 A.2d 1298, 1304 (1992) שם נאמרו הדברים הבאים: "We insist that the lawyers of our state advise clients with respect to settlement with the same skill, knowledge, and diligence with which they pursue all other legal tasks. Attorneys are supposed to know the likelihood of success for the types of cases they handle and they are supposed to know the range of possible awards in those cases... After all, the negotiation of settlements is one of the most basic and most frequently undertaken tasks that lawyers perform".

262 השוו בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 49.

263 לא לשוא הופחתו בכללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה בטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לנגפעי תאונות דרכים), תשל"ז-1977, ק"ת 1358, התשלומים לעורך-הדין בגין תיק שנסגר בפשרה.

264 יודגש, תוצאה טובה יותר אינה בהכרח סכום פיצוי גבוה יותר, ויש להסתכל על פסק-הדין כמכלול.

להשפיע באופן משמעותי על ההסדר הסופי. כך, למשל, כאשר עורך-דין מייצג חברה ביטוח, וזו שוקלת אפשרות של פשרה, סביר להניח שהיא תביא בחשבון את העובדה שמתן פסק-דין נגדה עלול ליצור תקדים, ועל-כן תהיה מוכנה לשלם כסף רב יותר בהליך שייסגר בפשרה גם אם סיכוייה להפסיד בתיק קטנים יחסית. תוחלת הנזק הכרוכה ביצירת תקדים שלילי מבחינתה וחשיפתה לפיצויים בעקבותיו תשפיעה על הדרך שבה תנהל את המשפט.

כאשר בית-משפט דן בתביעה של לקוח נגד עורך-דינו, עליו לתת את דעתו על כל אלה ואף על שיקולים נוספים, שלא נמנו לעיל. לכך מיתוסף הקושי שעוולת הרשלנות נבחנת באופן אובייקטיבי, בעוד השיקולים לגבי פשרה הם סובייקטיביים. מכיוון שהמקרים הבעייתיים הם אלה שבהם הסכים הלקוח לפשרה ורק לאחר-מכן הגיש את התביעה, יש לבהון את הרקע לאותה הסכמה.<sup>265</sup> ייתכן שהשיקולים להסכמת הלקוח אינם תואמים את שיקולי האדם הסביר. שנאת-סיכון ייחודית לאדם מסוים המניעה אותו להתפשר אינה מאפיינת בהכרח את האדם הסביר, אך על בית-המשפט לתת לה ביטוי כאשר הוא בוחר את מעשי עורך-הדין באספקלריה של הסכמת הלקוח. התעלמות ממגה עלולה להביא את בית-המשפט לכלל מסקנה מוטעית כי עורך-הדין התרשל, בעוד שכל חטאו התבטא בהיותו קשוב לצורכי הלקוח האינדיווידואלי. על-כן, כאשר יגבש בית-המשפט אמות-מידה לבהינת מעשהו של עורך-דין, עליו להביא בחשבון פסק-דין או פשרות בעניינים דומים, אך רק כאינדיקציה להתנהגות סבירה. נוסף על כך, עליו לתת את דעתו על גורמים סובייקטיביים הנובעים מרצון הלקוח. לעומת זאת, כאשר הפשרה לוקה בחוסר סבירות שאינו ניתן להסבר בשיקולים מיוחדים של הלקוח,<sup>266</sup> על בית-המשפט לחייב את עורך-הדין באחריות בגין רשלנות בכריתתה גם אם הלקוח הסכים לה.<sup>267</sup> להסכמתו של הלקוח יכולה להיות משמעות לעניין הגנת האשם התורם.<sup>268</sup>

265 בעיה דומה מתעוררת בהקשר של הסכמה מדעת בתחום הרפואה, אולם בעוד שכאן מדובר בנזק ממוני, שם נפגעים אינטרסים בסיסיים יותר, וביניהם שלמות הגוף.

266 בהקשר זה קיימת חשיבות גדולה לשאלה על מי מוטל נטל הראייה. לגישתי, מדיניות ראויה היא שכאשר הלקוח מוכיח שהפשרה חרגה ממתחם הסבירות, יעבור הנטל אל עורך-הדין להראות כי למרות זאת לא התרשל. עורך-הדין יוכל לעמוד בנטל זה, למשל, באמצעות תיעוד מתאים שבעזרתו יוכל להוכיח כי הסביר ללקוח את משמעות בהירתו, אך הלה התעקש לדבוק בה.

267 זה הדין אף בארצות-הברית, פרט למדינה אחת - פנסילוניה - שקבעה, באמצעות פסיקה תקדימית של בית-המשפט העליון של המדינה, כי לא ניתן להגיש תביעה נגד עורך-דין בגין הסכם פשרה שהלקוח הסכים לה. בית-המשפט נימק את פסיקתו בכך שעל-פי התחוויה, מתן זכות כזו יניב תביעות רבות ובלתי-יצודקות נגד עורכי-דין. תחילה יתפשרו לקוחותיהם, ולאחר-מכן יגישו נגדם תביעה. הדבר אף יכביד את העומס הרב על המערכת השיפוטית, הן על השופטים והן על עורכי-הדין. ראו בעניין זה: L.A. Epstein "Post-Settlement Malpractice: Undoing The Done Deal" 46 *Cath. U.*

*Muhammad v. Strassburger* 587 A.2d 1346 (1991); וכן: *L. Rev.* (1997) 453

268 לעניין אשם תורם של לקוח ראו י' בן דוד הפרקליט והלקוח (תש"ס) 295.

על-מנת שבית-המשפט יוכל לבקר באופן אמיתי את הליכי הפשרה, עליו למלא תפקיד פחות פעיל בהליכים הכרוכים בכריתתה.<sup>269</sup> אכן, על-פי סעיף 79א(א) לחוק בתי-המשפט, בית-המשפט הן בעניין אורחי רשאי, בהסכמת בעלי-הדין, לפסוק בעניין שלפניו בדרך של פשרה. כמו-כן, סעיף-קטן (ב) קובע שאין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית-המשפט לתת תוקף של פסק-דין להסדר פשרה שערכו הצדדים ביניהם או אף להציע הסדר כזה. אולם סעיף זה מדבר על הצעה לצדדים, ולא על הפעלת לחץ מצד בית-המשפט. עמדה סבילה בהליכים לכריתת פשרה תאפשר למערכת, ביתר קלות, למתוח ביקורת עניינית על תוכן הפשרה, כמו גם על ההליכים שהביאו אליה, מבלי שעורכי-הדין יוכלו להתכסות באצטלא של הכשר שיפוטי, שלא לומר לחץ שיפוטי, למעשה.<sup>270</sup>

באופן דומה, הקלת עומס הדיונים והימנעות מקביעת ימי דיון עוקבים לתקופת זמן ארוכה תרפה אף היא חלק מהלחץ המוטל על כתפי עורך-הדין ותפחית את הסיכון של התפשרות רשלנית.<sup>271</sup> נוסף על כך, יש לשקוד על המשך הפיתוח של מנגנוני הפישור, הגישור והבוררות,<sup>272</sup> שינצלו, מצד אחד, את היתרונות-בכוח הטמונים בהליכים אלה לשביעות-רצון הצדדים,<sup>273</sup> ויקנו, מצד אחר, כלים מהותיים לבחינת פעולתם של עורכי-הדין, הן מן הבחינה הפורמלית והן מן הבחינה המהותית. זאת ועוד, בית-המשפט צריך לבחון את הסכמי הפשרה בקפידה יתרה כאשר אינטרסים של צדדים שלישיים, שאינם נוכחים בדיון, מעורבים בהליכי הפשרה. כך, למשל, כאשר עורך-דין מתפשר במסגרת של תובענה ייצוגית, ועל בית-המשפט מוטלת למעשה החובה לבחון את הפשרה ולהכשירה.<sup>274</sup>

269 אחת ההצעות המועלות כדי להתגבר על הסיכונים שבמעורבותו של השופט היושב בדיון בדיוני פשרה היא לקבוע באופן החלטי כי שופט שידון בתיק לא ייטול חלק במשא-ומתן לקראת פשרה. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 78.

270 "אין אנו מעוניינים בכך שהשופטים יכפו על הצדדים הסדרי פשרה, אשר הצדדים אינם שלמים עימם, אך ורק משום שהשופט סבור שעליו 'לספק את סחורת הפשרה' בעיקר אם הלחץ יגרום לו להפעיל את כוחו בדרך בלתי רצויה." שם, בע' 83.

271 בעניין זה ראו הדברים הבאים: "Altering trial calendaring or slowing the 'fast tracking' of cases may decrease stress and malpractice by giving attorneys more time to be prepared, and not forcing them toward quick and negligent settlements." דברים אלה מובאים ב: M.R. Ramos "Legal Malpractice: The Profession's Dirty Secret" 47 Vand. L. Rev. (1994) 1657, 1732.

272 בעניין זה ראו סעיפים 79(ב) ו-79(ג) לחוק בתי-המשפט והתקנות מכוח סעיף 79(ד). גם בהפניה למנגנונים אלה חשוב לא ללחוץ על הצדדים, שכן הסעיפים דנים במקרים שבעלי-הדין הסכימו לכך.

273 ראו ג' אסולין "ניצחון זה לא הכל - לשכת עורכי הדין חייבת לעודד את חבריה, גם אלה העובדים בפרקליטות, לסיים מחלוקות בפשרה, כדי שגהפוך לחברה טובה יותר" הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין 24 (סבת תש"ס) 17.

274 דוגמות לכך ראו, למשל, בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, ס"ח 248, הקובע בסעיף 33ד: "תובע לא יסתלק מתובענה ייצוגית, ולא יעשה הסדר או פשרה עם נתבע, אלא

כך גם כאשר עסקינן בעסקת-טיעון פלילית שצריכה לקבל את הכשרו של בית-המשפט.<sup>275</sup> במקרים אלה ייתכנו בהחלט מצבים שבהם יפעל עורך-הדין באופן שאינו סביר הגם שהסכם הפשרה היה לטובת החתומים עליו, בעוד ההסכם פועל לרעת צדדים שאינם מיוצגים במשפט.

## ו. סיכום

הצבעתי על המגמה של מיעוט פסיקות נגד עורכי-דין בתחום האחריות המקצועית ככל שהיא קשורה לדיון המשפטי. הראיתי כי ניתן להסביר תופעה זו בדרכים אחדות, שניתן לחלקן לשלוש קטיגוריות עיקריות. הראשונה עניינה התמריצים המיוחדים העומדים לעורך-הדין במסגרת הדיון המשפטי, המדרבנים אותו לנהוג בזהירות-יתר; השנייה עניינה הקשיים העומדים לפני הלקוח בנסותו להוכיח את תביעתו; השלישית עניינה היחס ה"מועדף" שניתן לעורכי-דין על-ידי בית-המשפט בגין מאפייני המקצוע. תופעה זו של מיעוט פסיקות רצויה ברוב המקרים. היא משקפת מאפיינים קיימים בתחום הדיון המשפטי ואשר אינם קיימים, כמכלול, בתחומים אחרים. אולם למרות מיעוט הפסיקה, יש חשיבות רבה לעובדה שעורכי-דין חסינים כמעט "דה-פקטו", ואין מוענקת להם חסינות "דה-יורה". על בית-המשפט לשמור לעצמו פתח להתערבות דיונית גם בתחום מקצועי זה, על-מנת לא ליצור אי מלאכותי של חסינות. גם באנגליה – מולדת חסינותם של עורכי-הדין – חזר בו בית-הלורדים מתפיסתו הפורמלית של מוסד החסינות, ופתח פתח להגשת תביעה נגד עורכי-דין במקרים מתאימים.

במקרים מסוימים, החסינות "דה-פקטו" שניתנת לעורכי-דין רחבה מדי, ויש לשקול את צמצומה. דברים אלה נכונים במיוחד במקרים שבהם החסינות נובעת מקשיים ראייתיים, שהלקוח המיוצג אינו יכול להתמודד עמם, או במשפט פלילי, כאשר היא נובעת מהחשש, המוצדק לעיתים, כי הכרה בתביעה תשמש מגוף לקיומו של משפט חוזר. הדרך להתמודד עם הקשיים הראייתיים היא באמצעות שימוש בעילות-תביעה שונות ובדוקטרינות נזיקיות קיימות שכבר אומצו בתחומים אחרים של אחריות מקצועית. הדרך

באישור בית המשפט"; בסעיף 116 חוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258; בסעיף 46(ד) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128; בסעיף 54(ד) לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234; בסעיף 11(ו) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, ס"ח 230; בסעיף 13 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184; סעיף 202 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189, הקובע: "תובע לא יסתלק מתביעה נגורת, ולא יעשה הסדר או פשרה עם נתבע, אלא באישור בית המשפט; בבקשה לאישור יפורשו כל פרטי ההסדר או הפשרה לרבות כל תמורה המוצעת לתובע."

275 בעניין זה חידש המחוקק ואפשר אף לקורבן להשמיע את דברו. ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ס"ח 183.



להתמודד עם החשש ממשפט חוזר היא במסגרת הכללים הקבועים בחוק ופרשנותם על-ידי נשיא בית-המשפט העליון או מי מטעמו. על-פי אלה, גם אם התרשל עורך-דין, לא קיימת בהכרח עילה למשפט חוזר, ואין זה צודק שרק בשל החשש מפני עריכתו ייפגעו נאשמים שלא יוצגו כראוי פעמיים.

---