

# חובותיו האתיות של עורך הדין כלפי צד לא מיוצג

מאת

**ורה שיכלמן\***

## תקציר

בשנים האחרונות ישנם אנשים רבים הבוחרים (או נאלצים) לייצג את עצמם בהליכים משפטיים. מציאות חדשה זאת, שבה לא לכל השחקנים בהליך המשפטי יש השכלה מתאימה בתחום, מובילה לדילמות אתיות רבות. מאמר זה ידון בחובות האתיות של עורך דין המתנהל מול צד שאינו מיוצג, ובצורך לקבוע כללי אתיקה ברורים בנושא זה בישראל. ראשית, המאמר טוען כי המאפיינים הייחודיים של התנהלות מול צדדים לא מיוצגים דורשים התייחסות מפורטת למצב זה בכללי האתיקה של מקצוע עריכת הדין. החובות האתיות צריכות להיבחן לאור חובות הנאמנות השונות המוטלות על עורך דין – החובות ללקוח, לבית המשפט והצדק, ולמקצוע עריכת הדין. לאחר מכן המאמר סוקר את כללי האתיקה בארצות המשפט המקובל, שבניגוד לארץ קובעים כללים ברורים המתייחסים להתנהלות מול צד לא מיוצג. המאמר גם מציג את הפסיקה המועטה של בתי המשפט הישראליים והגופים המשמעתיים של לשכת עורכי הדין בנושא זה. לבסוף, המאמר מציע לאמץ כמה כללי אתיקה בנושא זה. העקרונות המנחים לכללים המוצעים הם שעיקר החובה כלפי צד לא מיוצג צריכה להיות שלילית – בכך שעורך הדין לא יוכל להזיק לצד השני. כמו כן, יש מקום לאזן בין האינטרסים השונים על ידי עקרון המידתיות, ולדאוג לכך שעורך דין לא יוכל לעשות שימוש בלתי מידתי ובלתי הוגן ביתרון שיש לו על פני צד לא מיוצג.

---

\* חוקרת אורחת בפקולטה למשפטים של הפרייה אוניברסיטט בברלין. אני מודה ללימור זר-גוטמן, עמרי בן-צבי, רע גולן ומערכת עיוני משפט על הערות מעמיקות ומחכימות שתרמו תרומה גדולה לעיצוב הרעיונות של המאמר.

## מבוא

- א. תופעת הצדדים המייצגים את עצמם במשפט הישראלי ובעולם
  - ב. הצורך בקביעת כללי אתיקה בנוגע לצדדים בלתי מיוצגים
    1. חובות האמון של עורך הדין והאיזון ביניהן
    2. חובותיו האתיות של עורך הדין כלפי צדדים לא מיוצגים
  - ג. כללי האתיקה הרלוונטיים בארצות המשפט המקובל
  - ד. המצב המשפטי בישראל
  - ה. הצעה לקביעת כללי אתיקה לעורכי דין בישראל
- סיכום

## מבוא

בשנים האחרונות ישנה תופעה בכל רחבי מדינות המשפט המקובל, ובכלל זה בישראל, של אנשים שאינם מיוצגים על ידי עורכי דין, ומייצגים את עצמם בהליכים משפטיים שונים. כך למשל, בכחצי מהתיקים האזרחיים בישראל ישנו לפחות צד אחד המייצג את עצמו. נראה שחלק מהמייצגים את עצמם אנוסים לעשות זאת, שכן אין ביכולתם לממן עזרה משפטית.<sup>1</sup> עם זאת, כנראה ישנם גם אלה המייצגים את עצמם מתוך בחירה ומסיבות שונות (למשל תפיסה שכיום הידע נגיש מאוד, ועל כן אין צורך לקחת עזרה מקצועית).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Lynn Mather, *Changing Patterns of Legal Representation in Divorce: From Lawyers to Pro Se*, 30 J. LAW & SOC. 137 (2003); Richard Moorhead & Mark Sefton, *Litigants in Person: Unrepresented Litigants in First Instance Proceedings*, Department for Constitutional Affairs (Mar. 2005), <https://orca.cf.ac.uk/2956/1/1221.pdf> (last visited May 6, 2021); Office of the Deputy Chief Administrative Judge for Justice Initiatives, *Self-Represented Litigants in the New York City Family Court and New York City Housing Court*, SRLN (Dec. 2005), [https://www.srln.org/system/files/attachments/AJJI\\_SelfRep06.pdf](https://www.srln.org/system/files/attachments/AJJI_SelfRep06.pdf) (last visited May 6, 2021); Julie Macfarlane, *The National Self-Represented Litigants Project. Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants* (May 2013), <https://representingyourselfcanada.com/wp-content/uploads/2016/09/srlreportfinal.pdf> (last visited May 6, 2021).

<sup>2</sup> Jona Goldschmidt, *The Pro Se Litigant's Struggle for Access to Justice: Meeting the Challenge of Bench and Bar Resistance*, 40 FAM. CT. REV. 36 (2002); Paul D. Healey, *In Search of the Delicate Balance: Legal and Ethical Questions in Assisting the Pro Se*

מאמר זה הוא פועל יוצא מהשאלה שאני, כעורכת דין העוסקת בליטיגציה, כמו גם עורכי דין רבים אחרים בתחומים שונים, נתקלים בה לעיתים קרובות למדי – מהן המחויבויות האתיות שעורך דין חב בהן כאשר הוא מייצג את לקוחו מול צד שאינו מיוצג. כך למשל, כאשר עורך דין מקבל לזכותו של לקוח שלו פסק דין בהיעדר הגנה כנגד נתבע, והנתבע הלא מיוצג פונה אליו בנדרון, האם הוא צריך לספר לו על האפשרות להגיש בקשה לביטול פסק דין? מצד אחד, ייתכן שיש מקום לאפשר (או אף להטיל עליו אחריות) לעשות זאת בשל היעדר הידע המשפטי של הצד הלא מיוצג. מאידך גיסא, ניתן גם לטעון שאם עורך הדין מייצג לצד הלא מיוצג במקרה זה, הוא למעשה פוגע בחובת הנאמנות הבסיסית שלו ללקוח. עוד דוגמה שניתן לחשוב עליה היא מצב שבו עורכת דין מבקשת לחתום על הסכם פשרה עם צד שכנגד לא מיוצג, ועולה השאלה האם מוטלת עליה חובה להסביר לצד השני את היתרונות והחסרונות שבהסכם פשרה עבורו; כמו כן, עד כמה הוגן צריך להיות הסכם הפשרה, והאם מותר לנצל את חוסר הידע של הצד שכנגד כדי להביאו לחתום על הסכם פשרה שהוא במידה ניכרת "מתחת לתנאי השוק" עבורו?

כאשר מתנהלים מול צד לא מיוצג בהקשר של ליטיגציה עולות דילמות חזקות במיוחד. זאת, משום שבעצם הסיטואציה של דיון בבית משפט ישנה הנחה מובנית שיש שוני באינטרסים בין הצדדים. ייתכן שדילמות אלה הן מועטות יותר כאשר מדובר, למשל, בכתיבת חוזה שבו יש לשני הצדדים אינטרס משותף לקדם דבר מה על ידי התקשרות משפטית. כמוכן גם בתחומים משפטיים אחרים, מלבד ליטיגציה, אין דמיון מוחלט באינטרסים של הצדדים (שכן אחרת הם לא היו צריכים את עזרתו של המשפט בהסדרת היחסים ביניהם), אולם ניתן לטעון כי אין עוד תחום שבו יש התנגשות חזיתית כה גדולה בהגדרה בין הצדדים השונים כמו הליטיגציה.

על כן, תחום הייצוג העצמי זכה בעולם המשפט המקובל לתשומת לב רבה בעיקר בכל הקשור לליטיגציה בבתי המשפט.<sup>3</sup> לעומת רובן הגדול של מדינות המשפט המקובל, בישראל אין כמעט התייחסות ישירה בכללי האתיקה של לשכת עורכי הדין למחויבויות של עורך דין לצד שכנגד שאינו מיוצג. לפני שנים מספר כתבה זר-גוטמן

---

*Patron*, 90 LAW LIBR. J. 129 (1998); Julie M. Bradlow, *Procedural Due Process Rights of Pro Se Civil Litigants*, 55 UNIV. CHI. L. REV. 659 (1988); Van Wormer & Nina Ingwer, *Help at Your Fingertips: A Twenty-First Century Response to the Pro Se Phenomenon*, 60 VAND. L. REV. 983 (2007); Drew A. Swank, *In Defense of Rules and Roles: The Need to Curb Extreme Forms of Pro Se Assistance and Accommodation in Litigation*, 54 AM. UNIV. L. REV. 1537 (2005)

<sup>3</sup> ראו למשל Dame Hazel Genn, *Do-it-Yourself Law: Access to Justice and the Challenge of Self-Representation*, 32 CIV. JUST. Q. 411 (2013)

מאמר מאיר עיניים על החבות הנזיקית של עורכי דין כלפי צדדים לא מיוצגים.<sup>4</sup> לעומת מאמרה של זר-גוטמן, מאמר זה יעסוק בצד השני והמשלים של המטבע – מהן החובות האתיות שעורך דין חב לצד לא מיוצג, ובפרט נעסוק בצורך להתקין כללי אתיקה ברורים בנושא זה לעורכי דין בישראל. כמו כן, המאמר נמצא בקונטקסט רחב יותר שבו נשאלת "השאלה הגדולה" בתחום האתיקה של עורכי הדין, והיא מהן המחויבויות האתיות של עורך דין כלפי מי שאינו הלקוח שלו, ובפרט מהן המחויבויות האתיות של עורך הדין כלפי החברה ועשיית צדק במשפט. כפי שיפורט בהמשך, דיו רב נשפך על השאלה מהו האיזון הראוי בין מחויבויותיו השונות של עורך הדין, והאם הבכורה ניתנה לחובת עורך הדין ללקוחו או לחובת עורך הדין לחברה. השאלה שבה עוסק המאמר – חובת עורך דין לצד בלתי מיוצג היא למעשה מקרה פרטי של השאלה הגדולה הזו. המאמר עושה שימוש בדיונים הכלליים באתיקה של עולם המשפט, כמו גם בפסיקה הישראלית וכללי אתיקה שונים מארצות המשפט המקובל. זאת, כדי מחד גיסא להדגיש את הצורך בכללי אתיקה ייחודיים, ומאידך גיסא כדי להציע כללים רלוונטיים לסיטואציה ייחודית זו.

מאמר זה יתרכז במשפט האזרחי (להבדיל מהמשפט הפלילי), משום שבמשפט פלילי קיימת עזרה משפטית רבה הרבה יותר לנאשמים, ומכיוון שהמשפט הפלילי מציב שאלות שונות במקצת בהקשר זה. כמו כן, המאמר יתרכז דווקא בחובות האתיות בתחום הליטיגציה, משום שזהו תחום שמחד גיסא אין עליו כמעט פסיקה ומאידך גיסא תופעת הייצוג העצמי בבתי המשפט נפוצה מאוד כיום. במאמר זה אתיחס לליטיגציה במובנה הרחב יותר – משמע הידינויות בפורומים משפטיים שונים (כגון בתי משפט, בוררות וגישורים), וכן להליכים קדם-משפטיים כגון אתראה לפני הגשת תביעה.

נקודת המוצא המתודולוגית של המאמר היא ייחודית, משום שכתובת מאמר זה הגיעה מה"שטח" – מהחוויה של כותבת המאמר כעורכת דין שנתקלה פעמים מספר בשאלות אתיות הקשורות לנושא המאמר. לשאלות אלו לא מצאתי תשובה ברורה בכללים הקיימים כיום, ומכאן הצורך בכתובת המאמר. מאמר זה בא להציף את הצורך בהסדרת התנהלותם של עורכי הדין בנושא ההתנהלות מול צד לא מיוצג, וכן סיפוק עקרונות מנחים למציאת פתרון זה בהמשך על ידי לשכת עורכי הדין.

חשוב להדגיש גם כי כאשר אני מתייחסת במאמר זה לחובות אתיות, כוונתי היא לכללי אתיקה המקצועיים שנאכפים על ידי הגופים המשמעתיים של לשכת עורכי הדין. זאת, להבדיל מכללי אתיקה ככללי התנהגות ראויה שאינם אכיפים בדין המשמעתי. יש גם לציין כי קיימות שאלות נוספות בדבר חובות של שחקנים אחרים

<sup>4</sup> לימור זר-גוטמן "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין" **דין ודברים** א 153 (2004) (להלן: זר-גוטמן "ייזהר עורך הדין"); ראו גם אסף יעקב "רשלנות בין כותלי בית-המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-דין במסגרת הדיון המשפטי" **עיוני משפט** כו 5 (2002).

בעולם המשפט, ובייחוד שופטים, כלפי צדדים לא מיוצגים, אולם מפאת המקום לא יעסוק בהן מאמר זה.

כאשר עורך דין מתמודד מול צד לא מיוצג, עליו לשאול את עצמו האם נסיבות כאלה מטילות (או צריכות להטיל) מחויבויות מיוחדות על עורך הדין גם כלפי הצד הלא מיוצג, או שאולי עורך הדין צריך לנהוג כאילו הצד השני הוא צד שווה כוח, ולעשות (בגבולות המותר) את המרב כדי לקדם את האינטרסים של הלקוח שלו עצמו אשר לו הוא חב חובת אמון. הטיעון המרכזי של המאמר הוא כי לאור החולשה המובנית של צד לא מיוצג מול המערכת המשפטית, יש מקום לחייב עורכי דין בחובות אתיות מיוחדות בסיטואציה זו בשל חוסר הידע של הצד הלא מיוצג. בהמשך, המאמר גם ינסה לענות על השאלה מהן החובות האתיות שראוי כי לשכת עורכי הדין תטיל במקרה זה. כפי שיפורט בהמשך, נראה כי לאור חובותיו של עורך הדין כלפי לקוחו, אשר בראשן חובת הנאמנות, החובות שלו כלפי הצד הלא מיוצג צריכות להיות שליליות במהותן.

לאחר הקדמה זו, המאמר ממשיך באופן הבא: החלק הראשון מציג את תופעת הצדדים הבלתי מיוצגים בארץ ובעולם. החלק השני טוען כי יש צורך לקבוע כללי אתיקה בדבר התנהלות של צדדים לא מיוצגים, בין השאר משום שיש צורך באיזון עדין של שלוש חובות הנאמנות של עורך הדין (הנאמנות ללקוח, למקצוע, ולמערכת המשפט והצדק). החלק השלישי סוקר את כללי האתיקה העוסקים בהתנהלות מול צד לא מיוצג בכמה ארצות של המשפט המקובל שבהן יש התייחסות מסוימת לנושא זה בכללי האתיקה. החלק הרביעי מציג את הפסיקה המועטה של בתי המשפט בנושא התנהלות מול צדדים לא מיוצגים, וכן את פסיקת בתי הדין המשמעתיים של הלשכה. לבסוף, החלק החמישי מעלה הצעות קונקרטיות לקביעת כללים אתיים בנוגע להתנהלות מול צדדים לא מיוצגים. בפרט, אטען כי לאור הספרות והפסיקה שהובאה בפרקים הקודמים, יש לקבוע כי עיקר החובות שיחולו על עורך דין בהתנהלות מול צד לא מיוצג הן חובות שליליות – כגון אי מתן עצה משפטית לצד שכנגד, ואיסור הטעיה של בית המשפט ושל הצד שכנגד.

## א. תופעת הצדדים המייצגים את עצמם במשפט הישראלי ובעולם

ישנו שוני רב ביחסן של שיטות משפט שונות לאנשים המייצגים את עצמם. באופן מפתיע למדי, דווקא במשפט המקובל המאמץ את השיטה האדברסרית (אשר בבסיסה קיימת הנחה תאורטית כי לשני הצדדים יכולת זהה להציג את עמדתם בפני צד שלישי ניטראלי) יש היתרים רבים לייצוג עצמי. לעומת זאת, המשפט הקונטיננטלי כמעט אינו מאפשר ייצוג עצמי.<sup>5</sup> במשפט האמריקאי נפסק שהייצוג העצמי הוא זכות חוקתית,<sup>6</sup> ואילו במשפט הבריטי בית המשפט פסק כי ייצוג עצמי נחשב חלק אינטגרלי מהמסורת המשפטית הבריטית.<sup>7</sup> כידוע, שיטת המשפט הישראלית הושפעה רבות מהמשפט המקובל הבריטי, אך יחד עם זאת היא נחשבת לשיטת משפט "מעורבת" (שכן משולבים בה גם אלמנטים מהמשפט הקונטיננטלי ומהמשפט העברי).<sup>8</sup> בארץ, תקנה 170 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ח-2018, מעגנת את הזכות לייצוג עצמי בתיקים אזרחיים בזו הלשון: "כל פעולה בבית משפט הנדרשת מבעל דין או המותרת לו לפי דין, רשאי הוא לעשותה בעצמו או בידי עורך דין שמינה לכך כדין, והוא כשאינו הוראה מפורשת אחרת בכל דין". יש לציין שהוראה דומה נכללה גם בתקנה 472 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, וגם בתקנה 433 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשכ"ג-1963.

מבדיקה ראשונית של הנתונים בנוגע לבתי המשפט בישראל<sup>9</sup> עולה כי בעוד ששיעור התובעים שאינם מיוצגים בתיקים אזרחיים (שאינם מתנהלים בבית המשפט לתביעות קטנות) הוא רק 6%, הרי ששיעור הנתבעים שאינם מיוצגים עומד על כ-50%.<sup>10</sup> יש לציין כי מאגר המידע שממנו נלקחו הנתונים האלה מכיל 2,000 תיקים שנסגרו בין דצמבר 2008 לדצמבר 2011 בבתי משפט השלום והמחוזי כערכאה דיונית. טווח השנים המצומצם וגודל המדגם (2% מכלל התיקים בתקופה הרלוונטית) יכולים לתת לנו תמונה כללית של המצב בשנים אלו. אין לכותבת המאמר נתונים עדכניים יותר

<sup>5</sup> RABEEA ASSY, JUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION 24 (2015)

<sup>6</sup> Faretta v. California, 422 U.S. 806 (1975)

<sup>7</sup> ASSY, לעיל ה"ש 5, בעמ' 28.

<sup>8</sup> אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל מסורתה ותרבותה" הפרקליט (מב) 197 (1992).

<sup>9</sup> מבוסס על הנתונים של רשות המחקר של הרשות השופטת: קרן וינשל-מרגל ויפעת

טרבולוס מאגר נתוני הליכים אזרחיים (2014) <https://www.gov.il/he/Departments/publ>

7\_ications/reports/datasets

<sup>10</sup> לפער בין ייצוג תובעים ונתבעים יכולות להיות סיבות רבות, בין השאר שיעור פסקי הדין שמתקבלים ללא הגנה.

בנושא הייצוג העצמי, אולם מניסיוני האישי כעורכת דין המצב קרוב לשיקוף המציאות גם כיום.

באופן רגיל נתבע נמצא בעמדה חלשה יותר מהתובע (בין השאר משום שלא הוא זה שבוחר לפתוח את הסכסוך בבית משפט ואת תנאיו של הסכסוך), ונתבע שאינו מיוצג על ידי עורך דין נמצא בעמדה חלשה כפליים. המחוקק הישראלי לא התעלם מהסיטואציה שבה אדם אינו מסוגל לממן לעצמו ייצוג משפטי. דרך ההתמודדות המרכזית עם בעיה זו היא מתן עזרה משפטית בחינם לעומדים בקריטריונים מסוימים.<sup>11</sup> עם זאת הנתונים מדברים בעד עצמם, ונראה שבתיקים אזרחיים עדיין ישנו שיעור גבוה של נתבעים המייצגים את עצמם.

במדינות רבות בעולם המשפט המקובל, כמו בארץ, בשנים האחרונות ישנם אנשים המייצגים את עצמם (בין אם מבחירה ובין אם לא מבחירה). כך, למשל, בארה"ב ההערכה היא שב-76% מהתיקים האזרחיים יש לפחות צד אחד שמייצג את עצמו;<sup>12</sup> באנגליה ווילס כחצי מהנתבעים ייצגו את עצמם בעניינים אזרחיים,<sup>13</sup> ובאוסטרליה כ-27% מהתיקים בבתי המשפט לענייני משפחה היה לפחות צד אחד בלתי מיוצג.<sup>14</sup> עם זאת, כאמור, מערכת המשפט האדברסרית טרם התאימה עצמה לאנשים המייצגים את עצמם. ישנה כתיבה רבה על הבלבול הרב, ואף חוסר האונים, שהשופטים וסגל בתי

<sup>11</sup> חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, קובע הסדרים לגבי מצבים שבהם ישנה זכאות לקבל סיוע משפטי בחינם במימון המדינה. בנוסף, ס' 2(4) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, קובע כי לשכת הסיוע המשפטי "יתן סעד משפטי למעוטי אמצעים שאינם זכאים לכך מהמדינה לפי חוק", וראו גם כללי לשכת עורכי הדין (מתן סעד משפטי למעוטי אמצעים), התשע"ה-2014, שלפיהם לשכת עורכי הדין מפעילה את תוכנית "שכר מצווה" לסיוע משפטי בחינם (או במחיר סמלי) לאנשים שאינם יכולים לקבל סיוע משפטי במסגרת חוק הסיוע המשפטי.

<sup>12</sup> The National Center for State Courts, *The Landscape in Civil Litigation in State Courts* (2015), [https://www.ncsc.org/\\_data/assets/pdf\\_file/0020/13376/civiljusticereport-2015.pdf](https://www.ncsc.org/_data/assets/pdf_file/0020/13376/civiljusticereport-2015.pdf).

<sup>13</sup> Richard Moorhead & Mark Sefton, *Litigants in Person: Unrepresented Litigants in First Instance Proceedings*, DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS 43–44 (Mar. 2005), <https://orca.cf.ac.uk/2956/1/1221.pdf> (last visited May 6, 2021).

<sup>14</sup> JOHN FAULK, SELF-REPRESENTED LITIGANTS: TACKLING THE CHALLENGE 5 (2013), <https://www.familylawexpress.com.au/family-law-factsheets/wp-content/uploads/2013/06/SELF-REPRESENTED-LITIGANTS-CHALLENGE.pdf>.

המשפט נתקלים בהם כאשר מופיע בפניהם נתבע בלתי מיוצג.<sup>15</sup> שופטים דיווחו כי הם אינם בטוחים היכן צריך לעבור הקו בין ניטרליות שיפוטית לבין הצורך לתת לבעל הדין את יומו בבית המשפט, כך שאי-יכולתו לשכור עורך דין לא תשפיע על עשיית הצדק במקרה שלפניהם.<sup>16</sup> כמו כן, נראה שאחת התלונות של עורכי דין לגבי המציאות החדשה בבתי המשפט היא שהסטנדרטים שעורכי דין (ויחד איתם גם לקוחותיהם) נשפטים לפיהם הם הרבה יותר נוקשים מאשר אלה של הצד הלא מיוצג, דבר העלול לפגוע באינטרס של הלקוח שלהם.<sup>17</sup>

## ב. הצורך בקביעת כללי אתיקה בנוגע לצדדים בלתי מיוצגים

### 1. חובות האמון של עורך הדין והאיזון ביניהן

ניתן לטעון כי יש לעורך הדין שלוש חובות אמון עיקריות: הנאמנות ללקוח, הנאמנות למערכת המשפט והצדק (או הנאמנות לחברה), והנאמנות למקצוע ולעצמו.<sup>18</sup> חובת אמון היא למעשה "המסגרת שלתוכה יוצקים האתיקה וכללי הדין המשמעתית תוכן שמהותו חובות".<sup>19</sup> שתי החובות הראשונות עוגנו רשמית בסעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין שכותרתו היא "החובה כלפי הלקוח וכלפי בית המשפט". לפי סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט". כמו כן, החובה לשמור על נאמנות

<sup>15</sup> Beth Henschen, *Judging in a mismatch: The ethical challenges of Pro Se Litigation* 20 PUB. INTEGRITY 34, 39 (2018); Cynthia Gray, *Reaching Out or Overreaching: Judicial Ethics and Self-Represented Litigants*, 27 J. NAT'L ASS'N ADMIN. L. JUDICIARY 97, 101 (2007).

<sup>16</sup> Anna E. Carpenter, *Active Judging and Access to Justice*, 93 NOTRE DAME L. REV. 647 (2017); Edward M. Holt, *How to Treat Fools: Exploring the Duties Owed to Pro Se Litigants in Civil Cases*, 25 J. LEGAL PROF. 167, 169–170 (2001).

<sup>17</sup> Henschen, לעיל ה"ש 15, בעמ' 39.

<sup>18</sup> לימור זר גוטמן "הנאמנויות של עורך דין" **חובות אמון בדין הישראלי** 245 (רות פלאטו-שנער ויהושע [שוקי] שגב עורכים 2016) (להלן: זר גוטמן "הנאמנויות של עורך דין"). ראו גם הפניות רלוונטיות בה"ש 23.

<sup>19</sup> שם, בעמ' 247.



למקצוע עוגנה בסעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין הקובע כי "עורך דין ישמור על כבוד המקצוע של עריכת דין וימנע מכל דבר העלול לפגוע בכבוד המקצוע".

הנאמנות של עורך הדין ללקוחו היא הנאמנות האינטואיטיבית ביותר הנגזרת ממנהות תפקידו של עורך הדין, וכונתה אף על ידי בית המשפט העליון כ"נשמתו של המקצוע".<sup>20</sup> חובה זו כוללת, בין השאר, את החובה לפעול במסירות למען עניינו של לקוח.<sup>21</sup> עוד דוגמאות לחובה זו הן החובה לפעול במיומנות וזהירות למען הלקוח (משמע, הפעלת שיקול דעת זהיר) והחובה להיות מיומן ובקיא בתחום שעורך הדין מקבל בו על עצמו את הייצוג.<sup>22</sup>

הנאמנות המרכזית השנייה של עורך הדין היא נאמנותו למערכת המשפט והצדק. ההנחה מאחורי חובת נאמנות זו היא שהמשפט ממלא תפקיד חשוב בחיי החברה, ועורכי הדין הם חלק בלתי נפרד מאותה המערכת המשפטית. כך למשל, במשפט המקובל ישנה תפיסה שעורך הדין הוא מעין נושא תפקיד בבית המשפט (Officer of the Court), אף על פי שבכרוב המקרים הוא אינו עובד מדינה.<sup>23</sup> בנוסף, החברה נותנת לעורכי הדין מונופול נרחב בתחום המשפט ואוטונומיה גדולה להסדיר את ענייניהם הפנימיים של החברים ב"גילדה". על כן, בתמורה לכך יש לחברה זכות לדרוש ולצפות כי עורכי הדין ינהגו לפי קוד התנהגות מסוים הבא לקדם צדק.<sup>24</sup>

הנאמנות השלישית היא הנאמנות של עורך הדין למקצוע ולעצמו, וכוללת בין השאר את החובה לשמור על כבוד המקצוע ולנהוג בדרך ארץ כלפי החברים למקצוע.<sup>25</sup> הרעיון העומד מאחורי נאמנות זו היא כי התנהגותם המקצועית של עורכי הדין כאינדיבידואלים יכולה להשפיע על האופן שבו החברה תופסת את מקצוע עריכת הדין, ואת מקומו של מקצוע עריכת הדין בחברה.<sup>26</sup> כמו כן, ישנה גם הכרה מסוימת בכך שלעורך דין יש אינטרס לשמור על יוקרה אישית ומקצועית, ולהתפרנס ממשלח ידו.

<sup>20</sup> עמ"מ 9/55 עו"ד פלוני נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד י 1720, 1730 (1956).

<sup>21</sup> ראו למשל זר גוטמן "הנאמנויות של עורך דין", לעיל ה"ש 18, בעמ' 252.

<sup>22</sup> שם, בעמ' 252–253.

<sup>23</sup> Eugene R. Gaetke, *Lawyers as Officers of the Court*, 42 VAND. L. REV. 39 (1989);

Carrie Menkel-Meadow, *Ethics and Professionalism in Non-Adversarial Lawyering*, 27

FLA. ST. U. L. REV. 153, 153 (1999).

<sup>24</sup> זר גוטמן "הנאמנויות של עורך דין", לעיל ה"ש 18, בעמ' 247.

<sup>25</sup> שם, בעמ' 256–258.

<sup>26</sup> Mark J. Osiel, *Lawyers as Monopolists, Aristocrats and Entrepreneurs*, 103 HARV. L.

REV. 2009, 2021 (1990); Christopher J. Whelan, *Ethics Beyond the Horizon: Why*

*Regulate the Global Practice of Law*, 34 VAND. J. TRANSNAT'L. L. 931, 936–937 (2001)

סוגיית האחריות שיש לעורך הדין כלפי מי שאינו לקוחו (למשל המדינה, בית המשפט, וצדדים שלישיים כלשהם), הינה אחת משאלות היסוד בתחום האתיקה של עריכת הדין. המתח האינהרנטי הטבוע בין חובותיו השונות של עורך הדין, והאיזון ביניהן, העסיק רבות כותבים שונים בתחום האתיקה של עריכת הדין. כך, למשל, יש המצדדים בכך כי חובתו הראשית של עורך הדין היא ללקוחו ולייצוג המיטבי שלו, ואילו שאר החובות הן משניות.<sup>27</sup> לעומת זאת, יש כותבים המדגישים את הצורך באיזון מתמיד בין החובות השונות של עורכי הדין,<sup>28</sup> ואף את עליונותה של חובת עורכי הדין לחברה, לאמת ולצדק, ולבית המשפט. זאת, משום שהיעדרם של מנגנוני בקרה על עורכי הדין עלול להוביל לתוצאות בלתי צודקות בעליל.<sup>29</sup> כך, למשל, נטען שככל שהלקוח של עורך הדין הוא גוף חזק יותר, ייתכן שיהיה מקום שנטיל על עורך הדין במקביל יותר חובות למערכת המשפט והצדק.

מכיוון ששלוש חובותיו של עורך הדין אינן בלתי מוגבלות, ומתנגשות לא פעם זו עם זו, כללי האתיקה יכולים לתת הכוונה מסוימת באשר לאופן שבו מאזנים בין הדרישות השונות. המשפט הישראלי עושה שימוש בחובות האמון השונות כדי לטעת תוכן בדרישות האתיות הנוגעות להתנהלותם של עורכי הדין.<sup>30</sup> כך, למשל, חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוחו אינה מאפשר לעשות במסגרתה פעולות כגון אמירת שקר בבית המשפט לטובת הלקוח, והיא גם אינה מאפשרת לעורך דין לנהוג בזלזול

<sup>27</sup> ראו למשל Monroe H. Freedman, *Ethical Ends and Ethical Means* 41 J. OF LEGAL EDUC. 55 (1991); David Luban, *Fiduciary Legal Ethics, Zeal, and Moral Activism*, 33 GEO. J. LEGAL ETHICS 275 (2020); William H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 WIS. L. REV. 29 (1978)

<sup>28</sup> David Luban, *How Must a Lawyer Be-A Response to Woolley and Wendel*, 23 GEO. J. LEGAL ETHICS 1101 (2010); Monroe H. Freedman, *An Ethical Manifesto for Public Defenders*, 39 VAL. UNIV. L. REV. 911 (2005); Stephen L. Pepper, *Lawyers' Ethics in the Gap Between Law and Justice*, 40 S. TEX. L. REV. 181 (1999); David Luban, *The Bad Man and the Good Lawyer: A Centennial Essay on Holmes's The Path of the Law*, 72 N.Y U. L. REV. 1547 (1997)

<sup>29</sup> ראו למשל Deborah L. Rhode, *Legal Ethics in an Adversary System: The Persistent Questions*, 34 HOFSTRA L. REV. 641 (2006); Stephen L. Pepper, *Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering*, 104 YALE L. J. 1545 (1995); Deborah L. Rhode, *Ethical Perspectives on Legal Practice*, 37 STAN. L. REV. 589 (1985)

<sup>30</sup> זר גוטמן "הנאמנויות של עורך דין", לעיל ה"ש 18, בעמ' 259–265.

כלפי בית המשפט וחבריו למקצוע.<sup>31</sup> כמובן חובה זו אף אינה מאפשרת לעורך הדין להפר את החוק לטובת לקוחו. כמו כן, לא פעם נשמעת ביקורת חברתית נוקבת כלפי עורכי דין כאשר הם מייצגים גופים בעלי כוח כלכלי ופוליטי בלתי מבוקר, כגון חברות טבק ונפט.<sup>32</sup> ביקורת זו אינה אומרת בהכרח כי לקוחות בעלי כוח כלכלי ופוליטי אינם זכאים לייצוג, אלא טענתם של המבקרים מתרכזת בשימוש לרעה ובאופן בלתי פרופורציונלי בכוח הרב של הלקוחות מבלי להתחשב בחובות אמון שהם חבים לחברה להגן על אינטרסים ציבוריים מובהקים, כגון איכות סביבה ובריאות.<sup>33</sup> מנגד, עורך הדין צריך לקדם את ענייניו של הלקוח שלו במסירות, ואינו יכול לנהוג רק על פי טובת החברה כ"צד שלישי ניטרלי".

גם בית המשפט העליון בישראל לא נשאר אדיש לדיון זה. בעניין חנא,<sup>34</sup> שבו נדונה השאלה האם ומתי בית המשפט רשאי להטיל הוצאות אישיות על עורך דין, השופט חשין כותב כי עורך הדין הוא קצין בית המשפט ו"מהווה חלק בלתי נפרד ממערכת המשפט והצדק", וכי רק באיזון ראוי בין הנאמנות ללקוח ונאמנותו לבית המשפט עורך הדין ממלא נאמנה את תפקידו. עם זאת, השופט חשין מדגיש כי באיזון בין חובת עורך הדין ללקוחו לבין חובת עורך הדין לבית המשפט, חובתו לבית המשפט היא העדיפה.<sup>35</sup>

## 2. חובותיו האתיות של עורך דין כלפי צדדים לא מיוצגים

הדיון על חובותיו של עורך דין כלפי צד שאינו מיוצג הינה, אם כן, נגזרת ישירה מהדיון על האיזון בין מחויבותיו השונות של עורך הדין. כפי שניתן לראות בנקל, שלוש חובות הנאמנות של עורך הדין יוצרות קונפליקט כאשר להתנהלות הרצויה והראויה של עורך דין מול צד שאינו מיוצג, ובפרט מייצגת את הקונפליקט עתיק היומין בין ייצוג הלקוח לבין האחריות לקידום צדק כולל במשפט.<sup>36</sup> כאמור, חובת הנאמנות המזוהה ביותר עם עורכי הדין הינה חובת הנאמנות ללקוח שלו עצמו. במסגרת חובה זו ככלל, ניצול חולשות מסוימות שיש לצד השני (ובפרט חולשות משפטיות) נתפסת כדבר לגיטימי וחלק אינטגרלי מהסיבה שהלקוח שוכר עורך דין מלכתחילה. מצד שני, חובת הנאמנות של עורך הדין לחברה מציבה לחובת הנאמנות ללקוח גבולות, והיא אינה מאפשרת להשתמש בכוח המשפטי של הלקוח באופן לא פרופורציונלי (כמו בדוגמת חברות הטבק שהובאה לעיל).

<sup>31</sup> ש.ם.

<sup>32</sup> נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית" **דין ודברים** א' 201, 204 (2004).

<sup>33</sup> ש.ם.

<sup>34</sup> ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366 (2001) (להלן: עניין חנא).

<sup>35</sup> ש.ם, בפס' 19–20 לפסק הדין של השופט חשין.

<sup>36</sup> זיו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 205.

במסגרת השאלה הגדולה בדבר הצורך בקביעת כללי אתיקה להתנהלות מול צדדים לא מיוצגים יש שתי תת-שאלות. השאלה הראשונה היא מה מיוחד מהותית בסיטואציה של התנהלות מול צדדים לא מיוצגים שגורם לדילמות רבות בנוגע לאיזון של חובות האמון של עורכי הדין, ומצריך קביעת כללי התנהלות ברורים בנושא זה. השאלה השנייה היא מדוע יש להסדיר את התנהלות עורכי הדין מול צדדים מיוצגים דווקא ברמת כללי האתיקה (ולא להסתפק, למשל, בביקורת שיפוטית עקיפה דרך דיני הנזיקין). להלן אנסה לתת תשובות לשתי שאלות אלה.

הספרות מונה כמה סיבות **מהותיות** מדוע יש להתייחס בכללי האתיקה של עורכי דין לצדדים שאינם מיוצגים. ראשית, צד לא מיוצג פוגם בהנחות היסוד של השיטה האדברסרית. השיטה האדברסרית מניחה כי ישנו שוויון מהותי ופרוצדורלי בין הצדדים ("Equality of Arms"), דבר המאפשר לכל אחד מהם להציג את עמדתו בצורה הטובה ביותר בפני השופט הניטרלי.<sup>37</sup> כך למעשה נשמר האינטרס הציבורי של קיום הצדק בצורה המיטבית. לאור זאת, תפקידו המרכזי של השופט הוא במתן פסק דין. במערכת המשפט המקובל אין זה ראוי כי המערכת המשפטית עצמה תעזור לצד כלשהו להציג את עמדתו.<sup>38</sup> כמו כן, ההנחה היא שהשוויון הפרוצדורלי בין הצדדים הוא זה שיוביל גם לתוצאה היעילה ביותר במסגרת המשפט המקובל. זאת משום שלצדדים עצמם, ולא לבית המשפט, ישנם הכלים הטובים ביותר להביא ראיות ולטעון טיעונים משפטיים שישירותו את הצד שלהם.<sup>39</sup> בנוסף נטען גם שהכללים הפרוצדורליים הנוקשים של המשפט המקובל עוזרים לוודא כי כאשר שני הצדדים משחקים לפי כללי המשחק הקבועים, יש בכך כדי לחפות במידה מסוימת על העובדה שלעיתים יש חוסר שוויון מסוים בין הצדדים (למשל אם ישנו צד שיכול להרשות לעצמו לשכור עורך דין טוב יותר).<sup>40</sup> יש לציין כי יש לא מעט ביקורת על הנחת השוויון בין הצדדים, בין השאר משום שיכולת כלכלית יכולה להשפיע רבות על איכות הייצוג בבית המשפט. אך עם

Jay Sterling Silver, *Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional* <sup>37</sup>

*Right*, 1990 Wis. L. REV. 1007, 1009 (1990); Ellen E. Sward, *Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System*, 64 IND. L. J. 301, 329 (1989)

Deborah L. Rhode, *An Adversarial Exchange on Adversarial Ethics: Text, Subtext, and Context*, 41 J. LEGAL EDUC. 29, 36–37 (1991) <sup>38</sup>

Paul H. Rubin, *Why is the Common Law Efficient?* 6 J. LEGAL STUD. 51 (1977); Richard A. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 8 HOFSTRA L. REV. 487 (1980); Brianne J. Gorod, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Recorded Factfinding*, 61 DUKE L. J. 1 (2011) <sup>39</sup>

Jordi Agusti-Panareda, *Power Imbalances in Mediation: Questioning Some Common Assumptions*, 59 DISP. RES. J. 24 (2004) <sup>40</sup>

זאת, הנחת השוויון עדיין נחשבת באופן מסורתי לאחת מאבני היסוד של השיטה האדברסרית.<sup>41</sup>

לעומת זאת, כאשר ישנו צד בלתי מיוצג ישנם פערי כוח (ואף מידע) גדולים בין הצדדים, ובין היכולות שלהם להתנהל לפי כללי המשחק. נכון הדבר כי גם במקרים רגילים הנחת השוויון היא פעמים רבות פיקטיבית, משום שלעיתים קרובות יש צד אחד היכול לשכור שירותים מקצועיים טובים יותר. עם זאת, ההנחה מופרת ביתר שאת כאשר ישנו צד אחד לא מיוצג שאינו יודע כיצד להתנהל במערכת משפטית שאינה בנויה עבור צדדים שאינם מיוצגים. זאת, בין השאר, משום שמערכת המשפט הישראלית, כמו גם רובן הגדול של מערכות המשפט, אינה מותאמת לצדדים שאינם מיוצגים. דבר זה עלול להקנות יתרון בלתי הוגן לצד המיוצג, ולאפשר פגיעה של ממש בזכויותיו המשפטיות של האדם הלא מיוצג.<sup>42</sup> הדבר נכון במיוחד אם השופט נוקט את העמדה המסורתית של התערבות מינימלית במהלך הדיון ואינו עוזר לצד הלא מיוצג לקבל את יומו בבית המשפט.<sup>43</sup> עם זאת, ייתכן שלאור העובדה כי בשנים האחרונות נסוג מעט בית המשפט הישראלי מהמודל האדברסרי לעבר מודל של ניהול סכסוכים,<sup>44</sup> יש יותר מקום להתערבות שיפוטית אקטיבית לטובת צדדים שלישיים.

יש לציין כי חוסר האיזון שנוצר מאפשר לעורכי דין לנצל את עמדת הנחיתות של הצד הלא מיוצג גם כאשר מתנהל משא ומתן מחוץ לכותלי בית המשפט. הדבר גם פותח כמובן פתח לכך שעורך הדין יאיים על הצד הבלתי מיוצג באופן שישפיע עליו יותר כי הוא לא מיוצג. מעבר לכך, יש עדויות רבות לכך שאנשים לא מיוצגים נוטים להתיעץ עם עורך הדין של הצד שכנגד לגבי הזכויות המשפטיות שלהם (שכן הם הסמכות המשפטית היחידה בסביבתם המיידית), והדבר פותח פתח לניצול לרעה על ידי נתינת עצה לא טובה.<sup>45</sup> ישנה גם טענה שאם יהיו כללים ברורים על האופן שבו עורך דין צריך להתנהל, המערכת המשפטית בכללותה תפעל בעילות רבה יותר.<sup>46</sup>

Carrie Menkel-Meadow, *The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World*, 38 WM. & MARY L. REV. 5, 22–23 (1996) <sup>41</sup>

Tiffany Buxton, *Foreign Solutions to the US Pro Se Phenomenon*, 34 CASE W. RES. J. INT'L L. 103, 147 (2002) <sup>42</sup>

Russell Engler, *And Justice For All – Including the Unrepresented Poor: Revisiting the Roles of the Judges, Mediators, and Clerks*, 67 FORDHAM L. REV. 1987, 2006 (1999) <sup>43</sup>

יששכר רוזן צבי "ביזור מערכת השפיטה בישראל: התפקיד הנסתר של סדרי הדין" **משפטים** מו 717, 732–736 (2018). <sup>44</sup>

Henschen, לעיל ה"ש 15. <sup>45</sup>

Stephanie Francis Ward, *How Can You Deal with Pro se Litigants and Keep Your Cool?*, ABA JOURNAL (Feb. 4, 2013) [https://www.abajournal.com/news/article/podcast\\_monthly\\_episode\\_35](https://www.abajournal.com/news/article/podcast_monthly_episode_35) <sup>46</sup>

ברקע של הדיון עומד גם הרצון להנגיש את המערכת המשפטית לאנשים לא מיוצגים מתוך תפיסת ה"גישה לצדק" ("Access to Justice"), שעליה דובר רבות במיוחד בהקשר האמריקאי (אך גם בארצות רבות אחרות).<sup>47</sup> לפי תפיסה זו, יש להנגיש את המערכת המשפטית גם לאנשים מהשורה שאינם יכולים לממן לעצמם ייצוג משפטי. יש לציין כי רבים מהאנשים הבוחרים לייצג את עצמם מגיעים משכבות סוציאקונומיות נמוכות – ועל כן ככל הנראה פחות משכילים, ואולי אף אינם דוברים את שפת המדינה כשפת אם.<sup>48</sup> כל אלה הופכים את האנשים האלה לפגיעים עוד יותר לניצול לרעה של הצד השני.

Laura K. Abel, *A Right to Counsel in Civil Cases: Lessons From Gideon v. Wainwright*,<sup>47</sup> 15 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 527 (2005) (דן בקושי הממשי של השכבות החלשות באוכלוסיית ארה"ב לקבל את יומן בבית המשפט); James E. Cabral et al., *Using Technology to Enhance Access to Justice*, 26 HARV. J. L. & TECH. 241 (2012) (דן בשאלה כיצד השיפורים הטכנולוגיים שיפרו את הגישה לבתי המשפט); Mauro Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, 56 MOD. L. REV. 282 (1993) (דן בהליכים אלטרנטיביים של בורריות וגישורים כפתרון לבעיית הגישה לצדק); Brian Etherington, *Promises, Promises: Notes on Diversity and Access to Justice*, 26 QUEEN'S L. J. 43 (2000) (דן בכך שהליכי יישוב סכסוכים אלטרנטיביים דווקא יכולים לפגוע בגישה לצדק); Mauro Cappelletti & Bryant Garth, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Right Effective*, 27 BUFF. L. REV. 181 (1978) (דנים במושג גישה לצדק, וכיצד הוא מפורש בארצות שונות); Matthieu Chemin, *The impact of the judiciary on entrepreneurship: Evaluation of Pakistan's "Access to Justice Programme"*, 93 J. PUB. ECON. 114 (2009) (דן בשיפור הגישה לצדק בפקיסטן בעקבות רפורמות במערכת המשפט); Patricia Hughes, *Law Commissions and Access to Justice: What Justice Should We be Talking About?*, 46 OSGOOD HALL L. J. 773 (2008) (דן ברפורמות אפשריות בבתי המשפט בקנדה כדי להגדיל את הגישה לצדק); Earl Johnson, *Equal Access to Justice: Comparing Access to Justice in the United States and Other Industrial Democracies*, 24 FORDHAM INT'L L. J. S83 (2000) (משווה גישה לצדק בבתי המשפט של מדינות שונות); Marc Galanter & Jayanth K. Krishnan, *"Bread for the Poor": Access to Justice and the Rights of the Needy in India*, 55 HASTINGS L. J. 789 (2004) (דן בגישה לצדק בהודו).

Russel Engler, *Out of Sight and Out of Line: The Need for Regulation of Lawyers' Negotiations with Unrepresented Poor Persons*, 85 CAL. L. REV. 79, 79–82 (1997)<sup>48</sup>

ניתן לטעון כי יש מקום להבחנה מסוימת (גם אם תאורטית) בין אנשים המייצגים את עצמם מתוך אילוף לבין אנשים הבוחרים לייצג את עצמם. מצד אחד שני הצדדים נמצאים בעמדת נחיתות במובן זה שאין להם הידע המשפטי שיש לעורך הדין של הצד שכנגד, מאידך גיסא צד המייצג את עצמו מתוך בחירה עלול לעשות זאת כצעד אסטרטגי כדי להטיל על עורך הדין חובות גם כלפיו, ובכך אולי לזכות ביתרון כלשהו. כמו כן, אפשר לטעון כי צד הבוחר לייצג את עצמו גם לוקח במודע את הסיכונים של התנהלות לא מקצועית מול המערכת (זאת, לעומת צד שכן החליט להשקיע כסף ולשכור עורך דין). מעבר לכך, ניתן גם לטעון שבהטלת חובות כלפי צד לא מיוצג ישנו פטרנליזם מסוים כלפיו השולל ממנו את בחירתו שלו שלא להיות מיוצג. תשובה אפשרית לטענות אלה היא שקשה מאוד לדעת מתי צד בוחר לא להיות מיוצג, ולכן עדיף להטיל חובות מסוימות כלליות על עורכי הדין. כמו כן, כפי שיפורט בהמשך, לאור העובדה כי נראה שנכון להטיל על עורך הדין בהקשר זה בעיקר חובות שליליות (כגון אי הטעיה), הרי שמידת הפטרנליזם והניצול לרעה מצידו של הצד הלא מיוצג מצטמצמת מאוד.

לאור הרגישות המיוחדת של התנהלות מול צד מיוצג, עולה שאלת האיזון הנכון בין חובות הנאמנות השונות של עורך הדין. הפרקים הבאים ידונו באיזון הראוי יותר לעומק, אולם כבר כאן ניתן לומר כי ייתכן שמתוקף חובת האמון של עורך הדין לבית המשפט ולצדק יש מקום לדרוש ממנו להגביל שימוש לרעה של כוחו כנגד צד לא מיוצג כחלק מתפקידו כקצין בית משפט.<sup>49</sup> Rhode אף טוענת במאמרה כי כללי האתיקה צריכים לאסור באופן מוחלט כל ניצול לרעה של העובדה שהצד השני אינו מיוצג.<sup>50</sup> נראה כי דעתה של Rhode היא מעט מרחיקת לכת בהקשר זה, ומוחקת כמעט לחלוטין את חובת האמון בין עורך הדין ללקוחו. מכך שהחברה מאפשרת את קיומו של מקצוע עריכת הדין, נגזרת גם ההנחה כי צד זכאי ליהנות מהיתרונות שיש בכך שהוא שכר עורך דין. כמו כן, יש להכיר גם באינטרס האישי של עורך הדין להתפרנס ממקצועו ולהצליח בתפקידו. עם זאת, כמובן צריכות להיות מגבלות על שימוש לא ראוי בכוח משפטי בסיטואציה זו, והתשובה לשאלה מהן מגבלות אלה אינה פשוטה כלל וכלל.

לאופן ההתנהלות של עורך דין מול צד מיוצג יש קשר ישיר לחובת הנאמנות של עורך הדין כלפי כבוד המקצוע. באופן פשוטני ניתן לומר שהסטראוטיפ של עורך הדין בקרב הציבור הרחב אינו חיובי במיוחד, והתפיסה הרווחת ביותר היא כי עורך דין יעשה "הכול" למען לקוחותיו (או שכר הטרחה של לקוחותיו), ואף ירמוס את החלשים ממנו בדרך. מכיוון שצד שאינו מיוצג נופל בנקל להגדרה של אדם חלש בסיטואציה משפטית בגלל חוסר הידע המשפטי שלו, הרי שניצול לרעה של עמדת הנחיתות

William H. Simon, *Ethical Discretion in Lawyering*, 101 HARV. L. REV. 1083, 1091 (1988).

.Deborah L. Rhode, *Access to Justice*, 69 FORDHAM L. REV. 1785, 1816 (2001)

המשפטית עלולה להוות פגם בהתנהלות מוסרית של עורך דין, ויכולה לפגוע באופן שהחברה רואה את מקצוע עריכת הדין.<sup>51</sup>

מכיוון שהתנגשות בלתי נמנעת זאת בין החובות השונות יוצרת "שטח אפור" רחב ביותר, אין מקום להשאיר את הפרשנות בידי עורכי דין אינדיבידואלים. זאת, משום שמחד גיסא יש להם עניין אישי לפרש את האיזון כנוטה לצד של לקוחם (ולצד שלהם עצמם כבעלי מקצוע הרוצים כי לקוחות יבחרו לבוא אליהם), אולם מאידך גיסא קשה לעיתים לצפות מבעל מקצוע, כאדם, להיות אובייקטיבי לגמרי בסיטואציה זו ולנהוג באופן מאוזן ואלטרואיסטי לגמרי. על כן, יש מקום לחשיבה משותפת ונקיטת עמדה קולקטיבית וחברתית ברורה בסוגיה זו.

כפי שיפורט בהמשך, בישראל קיימת פסיקה על חובותיו של עורך דין כלפי צד לא מיוצג במסגרת עולת הרשלנות ודיני השליחות והנאמנות. עם זאת, נראה שיש חשיבות רבה גם בקביעת חובות **אתיות-משמעתיות** ברורות להתנהגותם של עורכי דין במקרים אלו. כללי אתיקה שונים מדיני הנזיקין בכמה היבטים מרכזיים – ראשית, כדי שתהיה חבות בנזיקין נדרש שייגרם נזק כלשהו, ואז דיני הנזיקין קובעים מהו הפיצוי שיינתן לניזוק לאור הנזק הנגרם. מנגד, כללי המשמעת של לשכת עורכי הדין אינם דורשים גרימת נזק, והם אינם עוסקים בכללי פיצוי לניזוקים.<sup>52</sup> לעומת דיני הנזיקין, כללי האתיקה עוסקים בחובה מסוימת של עורך דין במסגרת תפקידו ככזה, ובשים לב לכך שלטובתו של עורך דין יש פערי כוח (הנובעים מידע משפטי והיכרות עם כללי המשחק המשפטי), לעומת צדדים אחרים בסיטואציה משפטית. אולם מעבר לכך, תפקידם של כללי האתיקה המשמעתיים שונה באופן מהותי מתפקידם של דיני הנזיקין, משום שכללי המשמעת בעיקרם עוסקים בשאלה כיצד **ראוי ונכון** שעורך דין יתנהל במסגרת תפקידו, הידע המקצועי שבידו והמונופול המקצועי של עריכת הדין, ללא כל קשר לשאלה האם נגרם ממעשיו נזק כלשהו.<sup>53</sup>

הצורך לטפל בייצוג דווקא במסגרת החובות האתיות של עורכי הדין נובע גם מכך שלעורכי הדין עצמם יש באופן מסורתי אוטונומיה לעשות רגולציה פנימית של המקצוע. זאת, בין השאר מתוך הנחה שהחברה סומכת על עורכי הדין כי רגולציה

<sup>51</sup> יש לציין כי הדברים הם כמוכּן מורכבים יותר. ניתן לטעון כי יש גם חשיבות בכך שתהיה מודעות בחברה לכך כי עורך הדין ייצג נאמנה את האינטרס של לקוחו, ולא אינטרס ערטילאי כלשהו של צדק.

<sup>52</sup> Douglas R. Richmond, *Why Legal Ethics Rules are Relevant to Lawyer Liability*, 38 ST. MARY'S J. 929, 930 (2007).

<sup>53</sup> ראו פסיקה אמריקאית נרחבת בעניין זה: Griffith v. Taylor, 937 P.2d 297, 301 n.7; (Alaska 1997); Allen v. Allison, 155 S.W.3d 682, 690 (Ark. 2004); BGJ Assocs. v. Wilson, 7 Cal. Rptr. 3d 140,147 (Cal. Ct. App. 2003); Biller Assocs. v. Peterken, 849 A.2d 847, 851 (Conn. 2004).



פנימית תביא לאיזון המיטבי בין האינטרסים השונים שהמקצוע נגוע בהם. איזון זה הוא דבר שפעמים רבות מצריך התמקצעות בפרקטיקה של המקצוע, ועל כן אינו קל לביצוע.<sup>54</sup> נכון הדבר כי נטען לא פעם כי לשכות עורכי הדין בארץ ובעולם העדיפו למעשה את חובת האמון ללקוח ולמקצוע באופן משמעותי על פני חובת האמון לבית המשפט ולצדק.<sup>55</sup> עם זאת, מכיוון שכאן מדובר בסיטואציה המעלה דילמות יסודיות הקשורות בפרקטיקה של המקצוע, כמו גם תחום אפור נרחב, נראה שיש חשיבות יתרה שתהיה התייחסות לכך בכללים המשמעותיים הנקבעים על ידי הלשכה עצמה (ולא רק ברגולציה מבחון, כגון בידי בית המשפט על ידי דיני הנזיקין). כמו כן, כפי שהוזכר לעיל, בעצם מתן האוטונומיה החברה סומכת על עורכי הדין כי לא יעשו רק לביתם, אלא גם יתחשבו באינטרסים חברתיים רחבים יותר של צדק. התנהלות מול צד לא מיוצג היא דוגמה מובהקת לאינטרס חברתי רחב, ועל כן מן הראוי כי גם הכללים האתטיים יהיו ברורים במקרה זה.

### ג. כללי האתיקה הרלוונטיים בארצות המשפט המקובל

כפי שיפורט להלן, לאור הדילמות הרבות שעולות בסיטואציה של התנהלות מול צד לא מיוצג, ברובן הגדול של ארצות המשפט המקובל יש התייחסות בכללי האתיקה של עורכי הדין למצב שבו אחד הצדדים אינו מיוצג. בארץ, נכון להיום, לא קיימים כללים ברורים בנושא זה. עם זאת, מעניין גם לציין כי דווקא בכללי האתיקה של השופטים בישראל<sup>56</sup> יש הסדרה של החובה של שופט לצד שאינו מיוצג, והכרה בכך שבמקרים אלו השופט יכול לסטות מעט מתפקידו ה"פסיבי" המסורתי, וזהו הכלל בסעיף 12(ג):

(ג) בלי לגרוע מחובתו לנהוג שוויון בבעלי הדין,  
יעשה שופט כמיטבו להסביר לבעל דין שאינו מיוצג  
בידי עורך דין את מהות ההליכים ודרכי ניהולם, והכול  
על פי הניתן בנסיבות הענין ובגבולות הדין והתפקיד.

עם זאת, דווקא כאשר הדבר נוגע לעורכי דין כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין שותקים ככלל בסוגיה זו, ויש רק התייחסויות אד-הוקיות ומעט מבובלות בפסיקה בתי המשפט, ובהחלטות ועדות האתיקה ובתי הדין המשמעותיים של הלשכה.

<sup>54</sup> David B. Wilkins, *Who Should Regulate Lawyers?*, 105 HARV. L. REV. 799, 814 (1992).

<sup>55</sup> ראו למשל נטע זיו "רגולציה של עורכי דין ישראלים: מאוטונומיה מקצועית לרגולציה

רב-מוסדית" **המשפט** טו(1) 159, 166 (2010); Whelan; לעיל ה"ש 26, בעמ' 935-936.

<sup>56</sup> כללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007.

כאמור, בניגוד לישראל, בכל ארצות המשפט המקובל שבדקתי ושמפורטות להלן ישנם כללי אתיקה לעורכי דין המתייחסים למצב שבו הצד שכנגד אינו מיוצג. עם זאת, יש לציין כי כללים אלה נבדלים עד מאוד בתוכנם, בפירוט שלהם ובאיוונים שהם מוצאים בין חובות הנאמנות השונות של עורכי הדין. כך למשל, כללי האתיקה **בקנדה** (the Canadian Law Society Rule of Conduct) קובעים כי על עורך הדין להפציר בצד הלא מיוצג לדאוג לייצוג מקצועי. כמו כן, על עורך הדין לדאוג לכך שהצד שאינו מיוצג מבין כי עורך הדין אינו מגן על האינטרסים שלו.<sup>57</sup> כפי שיפורט בהמשך, הכלל האחרון התקבל גם בפסיקה הישראלית בעניין **ערד**.<sup>58</sup>

כללי האתיקה **בארה"ב** (American Bar Association Rule of Ethics) גם הם קובעים כלל דומה בעיקרו לכלל הקנדי.<sup>59</sup> לפי כלל זה, כאשר הצד שכנגד אינו מיוצג, אסור לעורך הדין ליצור מצג שלפיו הוא צד ניטרלי. כמו כן, אם עורך הדין חושד שהצד הלא מיוצג אינו מבין את תפקידו של עורך הדין (כמייצג הצד שכנגד), עורך הדין צריך לעשות מאמץ סביר כדי לתקן את ההבנה הלקויה. בנוסף, במידה שהאינטרסים של לקוחו של עורך הדין מתנגשים עם האינטרסים של הצד הלא מיוצג, אסור לעורך הדין לתת עצה משפטית לאדם שאינו מיוצג, מלבד העצה לקחת עורך דין. כמו כן, בדברי ההסבר המתלווים לכלל זה, נאמר כי הכלל מבחין בין מצבים שבהם יש שוני באינטרסים בין הצדדים לבין מצבים שבהם האינטרסים הם דומים. על כן, כאשר יש שוני מובהק באינטרסים, יש איסור מוחלט על עורך הדין לתת עצה כלשהי לצד שכנגד. עם זאת, המבחן למתן עצה משפטית אסורה הוא גמיש יותר, ולוקח בחשבון את רמת ה"תחכום" של הצד השני והניסיון שלו. כמו כן, הכלל אינו אוסר על משא ומתן לפשרה עם הצד השני, כל עוד עורך הדין מבהיר כי הוא מייצג אך ורק את האינטרסים של הלקוח שלו.

גם בארצות אחרות של המשפט המקובל יש התייחסות למצב של צד המייצג את עצמו, אם כי חלקם של הכללים מתייחס לאספקטים שונים לגמרי מאשר הכללים האמריקאים והקנדיים. **באירלנד**<sup>60</sup> יש כלל שיוצא מנקודת הנחה שונה מאיסור מתן

THE CANADIAN LAW SOCIETY, MODEL CODE OF PROFESSIONAL CONDUCT, rule 7.2-9 <sup>57</sup>  
 (2019), <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2019/11/Model-Code-October-2019.pdf>

ע"א 6645/00 **ערד נ' אבן**, פ"ד נו(5) 365 (2002) (להלן: **עניין ערד**). <sup>58</sup>

AMERICAN BAR ASSOCIATION, MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, rule 4.3 <sup>59</sup>  
 (1983), [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/rule\\_4\\_3\\_dealing\\_with\\_unrepresented\\_person/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_4_3_dealing_with_unrepresented_person/)  
 (להלן: כללי האתיקה האמריקאים).

LAW SOCIETY OF IRELAND, A GUIDE TO GOOD PROFESSIONAL CONDUCT FOR <sup>60</sup>  
 SOLICITORS, rule 6.3 (3rd ed. 2013), <https://www.lawsociety.ie/globalassets/documents/committees/conduct-guide.pdf>

העצה המשפטית שקיים בארה"ב, ונאמר רק שה-Solicitor אינו מחויב לסייע ביוזמתו לצד שני שאינו מיוצג. עם זאת, כאשר ה-Solicitor סובר כי הצד שאינו מיוצג אינו כשיר דיו כדי לייצג את עצמו, עליו להמליץ לו בכתב לקבל ייצוג משפטי.<sup>61</sup>

בנוסף, בפרשנות הרשמית לכללי האתיקה של ה-Barristers באנגליה<sup>62</sup> יש הוראה כללית שעל עורך הדין להפנות את תשומת ליבו של בית המשפט לכל הוראת חוק או החלטה שמנוגדת לאינטרסים של הלקוח שלו. הכללים מדגישים כי יש לכלל זה משנה תוקף כאשר מדובר בצד שכנגד שאינו מיוצג על ידי עורך דין.<sup>63</sup>

לפי כללי האתיקה של ה-Barristers באוסטרליה, ישנו איסור לייצג או להתנהל ישירות מול צד לא מיוצג, אלא אם הצד הלא מיוצג הסכים לכך.<sup>64</sup> בניו זילנד ישנו כלל שלפיו עורך דין צריך להתנהל מול אחרים, ובפרט מול צדדים המייצגים את עצמם, באופן מכובד.<sup>65</sup> כמו כן נאמר כי במהלך דברים רגיל על עורך הדין מוטלת החובה להפנות את תשומת ליבו של צד שכנגד לא מיוצג לזכותו לקבל ייעוץ משפטי. לבסוף, בקוד כללי ההתנהגות של לשכת עורכי הדין בהודו נאמר כי עורך הדין חייב להימנע מלהטעות צד שאינו מיוצג על ידי עורך דין.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Solicitor הוא עורך דין שבאופן מסורתי עוסק במתן שירותים משפטיים שאינם ליטיגציה. זאת, לעומת ה-Barrister שהוא עורך דין המייצג בתי משפט.

<sup>62</sup> THE BAR STANDARDS BOARD HANDBOOK rules rC3.4, gC5 (ver. 4.6, 2020), <https://www.barstandardsboard.org.uk/the-bsb-handbook.html>

<sup>63</sup> בהקשר זה מעניין לציין כי גם בכללי האתיקה של ארה"ב קיים כלל מקביל שלפיו עורך הדין צריך לגלות לבית המשפט מקור משפטי התומך באופן ממשי בטיעוני הצד השני, אם עורך הדין של הצד השני לא העלה טענה זו. עם זאת, בניגוד לאנגליה, אין התייחסות מיוחדת במקרה זה לצד בלתי מיוצג. ראה כללי האתיקה האמריקאים, לעיל ה"ש 59, בכלל 3.3.

<sup>64</sup> THE LEGAL SERVICES COUNCIL, LEGAL PROFESSION UNIFORM CONDUCT (BARRISTERS) RULES 2015, rule 53, <https://www.legislation.nsw.gov.au/regulations/2015-243.pdf>

<sup>65</sup> Lawyers and Conveyancers Act (Lawyers: Conduct and Client Care) Rules 2008, rule 12, <http://www.legislation/regulation/public/2008/02.govt.nz/14/latest/whole.html#DL.M1437806>

<sup>66</sup> INDIAN NATIONAL BAR ASSOCIATION, MEMBERS CODE OF CONDUCT, <http://www.indianbarassociation.org/membership/members-code-of-conduct> (last visited May 6, 2021)

כפי שניתן לראות, החובות שארצות המשפט המקובל מטילות הן שליליות בעיקרן, למשל איסור הטעיה של הצד שכנגד ובית המשפט, איסור ניצול יתרון בלתי הוגן שיש לצד המיוצג, ואיסור מתן של עצה משפטית. עם זאת, קיימות בשיטות משפט מסוימות גם חובות חיוביות מינימליות, כגון הפניית תשומת ליבו של הצד הלא מיוצג לאפשרויות ולצורך לקבל ייצוג מקצועי, ויודא שהצד שכנגד מבין כי עורך הדין אינו מייצג את האינטרסים שלו אלא רק את אלה של לקוחו. נראה שככלל כללים אלה מאזנים את חובתו של עורך הדין ללקוחו מול חובותיו של עורך הדין למקצוע ולחברה בכך שהחובות החיוביות כלפי הצד שכנגד הן מינימליות, ומנגד יש דגש הרבה יותר גדול על חובות שליליות.

#### ד. המצב המשפטי בישראל

כאמור לעיל, כיום אין בארץ כללי אתיקה לעורכי דין העוסקים ישירות במצב שבו ישנם צדדים לא מיוצגים. אם נבחן את כללי לשכת עורכי הדין,<sup>67</sup> נראה שיש כמה כללים שיכולים להיות רלוונטיים להתנהלות בסיטואציה זו. עם זאת, מובן שכללים אלו אינם מתמודדים בהכרח כראוי עם הדילמות המיוחדות שעולות במצב זה, ואינם נותנים קווים מנחים ברורים להתנהלות מול צדדים לא מיוצגים. בעניין זה יפים הדברים שאומר בית המשפט בעניין היינוביץ':<sup>68</sup> "עקרונית אכן קיימת חובת זהירות מסוימת מצד עורך-דין כלפי צדדים אחרים, שאינם מרשיו, אם כי זוהי חובה אשר קשה להגדירה בצורה מדויקת וגורפת". כפי שנראה בהמשך, חוסר הבהירות הרב בנושא זה עלול לגרום לבלבול רב.

ראשית, אציין כי כלל האתיקה היחיד שמתייחס ישירות לצד לא מיוצג הוא כלל 4 לכללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות בדירות), התשל"ז-1977. עם זאת, כלל זה רק מטיל חובה כללית על עורך הדין המייצג קבלן "לציין בחוזה הרכישה כי אין הוא מייצג את הרוכש באותה עסקה". עם זאת, אין כל חובה שעורך הדין יפנה את תשומת ליבו של הרוכש לסעיף זה, או אף יסביר לו בעל פה את משמעותו (או אף ייעץ לו לקחת ייעוץ משפטי עצמאי).

למרות זאת, ישנם מספר כללי אתיקה כלליים אשר יכולה להיות להם חשיבות מיוחדת בהתנהלות מול צד שאינו מיוצג. כלל יסוד באתיקה המקצועית של עורכי הדין הוא שעורך דין חב חובת נאמנות כלפי לקוחו, אולם עליו גם לעזור לבית המשפט "לעשות משפט" (סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין).<sup>69</sup> סעיף זה מצטרף לסעיף 2 לכללי האתיקה המקצועית, ולפיו עורך דין צריך לייצג את לקוחו "בנאמנות, במסירות,

<sup>67</sup> כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה).

<sup>68</sup> ע"א 2725/91 היינוביץ ואח' נ' ישיש גלעד, פ"ד מח(3) 92, 100 (1994).

<sup>69</sup> סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין).

ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט".  
סעיפים אלו משקפים כמובן את שלוש חובות האמון של עורך הדין, והצורך לאיזון מתאים.

בנוסף, סעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין מורה כי עורך הדין צריך לשמור על כבוד המקצוע, וסעיף 61(3) לחוק מורה כי עבירת משמעת היא "כל מעשה או מחדל אחר שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין". כמו כן, סעיף 14(ב) לכללי האתיקה מורה כי עורך דין לא ייצג בעלי אינטרסים נוגדים באותו עניין. סעיפים 23 ו-24 לכללי האתיקה מורים כי עורך דין ינהג בצד שכנגד בדרך ארץ, ולא ינקוט איומים. סעיפים 33 ו-34 לכללי האתיקה מורים כי על עורך הדין לשמור על כבוד הצד שכנגד, וישנו איסור על עורך דין לטעון טענה עובדתית או משפטית בידעו כי אינה נכונה.<sup>70</sup> לבסוף, סעיף 25 לכללי האתיקה אוסר על עורך דין לפנות לצד שכנגד כאשר הוא מיוצג ללא הסכמת עורך דינו. מכללים אלה ניתן ללמוד כי אומנם ישנה חשיבות רבה לחובת האמון ללקוח, אולם חובה זו אינה מוחלטת ואינה יכולה לבוא על חשבון חובות בסיסיות של עורך הדין למערכת המשפט והצדק, כגון האיסור לנקוט איומים והאיסור להטעות.

אומנם כמעט לא קיימת פסיקה משפטית קונקרטית בנושאים אלה בכל הנוגע להתנהלות מול צדדים לא מיוצגים, אולם מהסעיפים לעיל ניתן להסיק כללים שונים בנוגע להתנהלות מול צד לא מיוצג. למשל, ניתן לטעון כי עורך דין אינו יכול לתת עצה משפטית לצד שכנגד שאינו מיוצג. זאת, מכיוון שאסור לו לייצג בעלי אינטרסים נוגדים באותו עניין (אם כי מנגד ניתן גם לטעון כי האיסור אינו חל כי עורך הדין אינו מייצג את הצד הלא מיוצג). כמו כן, ניתן לטעון שבמקרים שבהם הצד שכנגד אינו מיוצג תהיה הקפדה מיוחדת על אופן התנהלותו של עורך הדין (כגון איסור לאיים), ועל כך שיש מקום להחמיר בדרישה כי עורך הדין יציג לבית המשפט תמונה עובדתית ומשפטית מדויקת יותר. עם זאת, מסעיף 25 לכללי האתיקה (האוסר מגע של עורך דין עם צד מיוצג) ניתן ללמוד כי דווקא מותר לעורך דין ליצור קשר ולבוא בדיון ודברים עם צד שאינו מיוצג (בניגוד לכללי האתיקה בחלק מארצות המשפט המקובל).

ישנה פסיקה מועטה למדי בעניין התנהלות מול צד לא מיוצג, ורובן הגדול של ההחלטות אינן מתייחסות לייצוג בבית משפט מול צד לא מיוצג (אלא רק בנושאים כגון עריכת חוזים). באופן טבעי, ההיבט המרכזי שאליו התייחסו בתי המשפט הישראליים היה ההיבט של האחריות הנזיקית של עורך דין כלפי צד שאינו מיוצג בהקשר החוזי (זאת, בשים לב לעובדה שאין איסור אתי לייצג את שני הצדדים בעסקאות מכר). כך למשל, עניין לוי<sup>71</sup> עסק בעסקת קומבינציה שבה לא הציג עורך הדין בפני הרוכשים את מצב הזכויות המורכב בקרקע. עקב כך עלתה השאלה האם

<sup>70</sup> ראו גם לימור זר-גוטמן "חובת עורך הדין לא להטעות את בית-המשפט" עיוני משפט כד 413 (2000).

<sup>71</sup> ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990) (להלן: עניין לוי).

עורך הדין חב חובת זהירות כלשהי גם כלפי הרוכשים, שלא היו לקוחותיו. בית המשפט עונה על שאלה זו באופן כללי בחיוב, באומרו כי:

”... ניתן לומר, כי כאשר עורך-דין מייצג לקוח פלוני ואילו הצד האחר לעיסקה 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, ישרו 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 ממעמד 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 בעיסקה מורכבת וסבוכה מבחינה משפטית, ובה עורך-דין מייצג צד אחד לעיסקה בעוד הצד שכנגד אינו מיוצג, יפנה עורך הדין את תשומת לבו של הצד השני באופן ברור לכך שייטיב לעשות אם יהיה גם הוא מיוצג על-ידי עורך-דין.”

מכאן ניתן לראות כי בית המשפט מכיר בכך כי לעורך דין יש חובות גם לצד לא מיוצג. בראש ובראשונה בית המשפט מכיר בכך כי יש לעורך הדין גם חובת אמון לעשיית הצדק (ולא רק כלפי לקוחו), ומכך נגזר כי הוא חב חובת זהירות מיוחדת כלפי צד לא מיוצג. כך למשל, יש לעורך הדין חובה שלילית שלא להכשיל צד לא מיוצג. כמו כן, פסק הדין מטיל חובה חיובית על עורך הדין לייעץ לצד הלא מיוצג לקחת ייצוג משפטי. ניתן לראות כי אף על פי שהפסיקה לעיל היא בדיני נזיקין, הרי שניתן למצוא בה הדים רבים לכללי האתיקה האמריקאים והקנדיים (כגון הפניית תשומת הלב לכך שכדאי לצד הלא מיוצג לקבל ייעוץ משפטי).

גם בעניין ערד<sup>72</sup> הטיל בית המשפט אחריות על עורך הדין מכוח דיני הרשלנות, ואף מכוח חוק השליחות, התשכ"ה-1965.<sup>73</sup> אומנם בית המשפט קבע כי בין מר אבן לעו"ד ערד אכן התקיימו יחסי עו"ד-לקוח, אולם השופט לוי הדגיש כי אף אם לא היו מתקיימים יחסים אלה לעורך דין יש חובות מיוחדות כלפי צדדים שאינם מיוצגים. על כן, עורך הדין צריך היה לעשות מאמץ מיוחד להביא לידיעתו של הצד הלא מיוצג את מצבן הכלכלי העגום של החברות אשר לזכותן חתם אבן על שטר משכנתה בלתי מוגבלת. הדבר נכון במיוחד לאור העובדה שאבן שם את מבטחו בידי עורך הדין וחשב שהוא מייצג גם את האינטרסים שלו.

בפסק דין נוסף בעניין עו"ד נחום<sup>74</sup> דובר על עורך דין שניסח עבור בני זוג הלוואה בשוק האפור, בתנאים בעייתיים מאוד עבורם. שופטי הרוב "פתרו" את שאלת החובה של עורך הדין כלפי נתבע שאינו מיוצג בכך שציינו כי ניתן לראות את בני הזוג כלקוחותיו של עורך הדין גם אם זו לא הייתה הכוונה המפורשת של הצדדים בזמן אמת (אם כי צוינה גם אפשרות חלופית שהתקיימו יחסים אחרים המקימים חובת אמון). עם זאת, השופטים גם דנו בשאלה מתי תקום חובה נזיקית של עורך דין כלפי מי שאינו לקוחו. בית המשפט אומר כי יש לבחון את מידת החבות ואת התגבשותה בהתאם לנסיבות הספציפיות של כל מקרה. בין השאר, ייקח בית המשפט בחשבון את הקריטריונים הבאים: ראשית, כמו בענייני לוי וערד, השופטים הדגישו את האמון הרב שרכשו בני הזוג כלפי עורך הדין ואת העובדה כי הם סמכו עליו כי הוא מגן על האינטרסים שלהם. בנוסף, בית המשפט הדגיש כי עורך הדין קיבל על עצמו כלפי שני הצדדים את הטיפול בעסקה, ואף הסביר לבני הזוג את תוכנה. בית המשפט גם שם דגש על כך שלבני הזוג לא היה כל ניסיון קודם בעסקאות מסוג זה. לבסוף, בית המשפט הדגיש כי כאשר ישנו צד לא מיוצג בעסקה ישנה חובה מיוחדת על עורך הדין לנקוט "מיומנות וזהירות רבות יותר בהצגת העניין, לבל יכשיל במודע או בהיסח דעת נמהר את הצד האחר".<sup>75</sup>

כפי שכותבת זר-גוטמן בהרחבה במאמרה,<sup>76</sup> נראה שבאופן מסורתי בתי המשפט הישראליים חוששים להטיל בפועל על עורך דין חובות נזיקיות כלפי צד לא מיוצג (ואף בעניין נחום לעיל לא הלכו שופטי הרוב בדרך זו בסופו של דבר). על כן, ישנה נטייה בפסיקה לראות את הצד הלא מיוצג כלקוח דה-פקטו של אותו עורך דין שהתירשל לכאורה. למרות מגמה כללית זאת, נראה שלאחרונה יש יותר נכונות של בתי המשפט להטיל אחריות נזיקית על עורך דין כלפי צד ג' גם שלא במסגרת יחסי עו"ד-לקוח,

<sup>72</sup> עניין ערד, לעיל ה"ש 58.

<sup>73</sup> שם, בפס' 12-13.

<sup>74</sup> ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום פ"ד נח(3) 385 (2004) (להלן: עניין נחום).

<sup>75</sup> שם, בעמ' 425-426.

<sup>76</sup> זר-גוטמן "ייזהר עורך הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 154-158.

למשל במקרים הקשורים במקרקעין.<sup>77</sup> עם זאת, נראה שבמקרים הללו הרשלנות של עורך הדין הייתה חמורה וזועקת במיוחד, וסכומי הכסף שעמדו על הפרק היו גבוהים מאוד. כך, למשל, בעניין **וגנר**<sup>78</sup> הפקיד עורך הדין שיק לא עביר בחשבון נאמנות (במקום בחשבון של לקוחותיו), ולאחר מכן משך את הכספים והעביר אותם למתחזים. במצב זה נקבע כי עורך הדין הפר את חובותיו לבנק. במקרה אחר, בעניין **הרמן**,<sup>79</sup> נמצא שעורך דין התרשל כלפי רוכשים של מקרקעין. זאת, לאור העובדה שהחתים אדם מבוגר על ייפוי כוח כללי שאפשר לבנו למכור את נכסיו (וביניהם המקרקעין נשוא פסק הדין), ללא שהסביר לאב המבוגר את מהות המסמך שעליו הוא חותם. כמו כן, עורך הדין נמנע מלהתערב בעסקאות שביצע הבן בשם אביו, "גם כאשר אלו עוררו יותר מחשש קל לחוסר תקינות".<sup>80</sup>

לאור האמור לעיל, נראה כי בבואם להטיל אחריות על עורך דין בתי המשפט בוחנים לעומק את מערכת הצדדים הספציפית בין הצדדים שאינם מיוצגים ובין עורך הדין. כמו כן, הקריטריונים המרכזיים שנלקחים בחשבון הם מידת האמון שרחשו הצדדים כלפי עורך הדין, גודל הנזק המוטל על הכף (כך למשל, אם הצד הבלתי מיוצג איבד דברים משמעותיים כגון דירה או סכום כסף נכבד תהיה יותר נכונות להטיל חובה). תילקחנה בחשבון גם מידת התחכום והידע של הצד הלא מיוצג, מורכבות העסקה ועוצמת ההתנהגות הרשלנית של עורך הדין.

ממחקר שעשיתי לגבי ההחלטות של ועדת האתיקה ובתי הדין של לשכת עורכי הדין נראה כי עדיין יש היסוס מסוים מצידם להכיר במחויבויות של עורך הדין כלפי צד לא מיוצג – אומנם מצד אחד יש אכן נטייה כללית להכיר בכך שעורך דין חב חובות כלשהן לצד לא מיוצג, ומנגד הנטייה בפועל היא לפרש את מערכת היחסים בין הצדדים ככזאת שלפיה הצד הלא מיוצג היה למעשה לקוחו של עורך הדין.<sup>81</sup> כך למשל, בעניין

<sup>77</sup> דוד זלמנוביץ' "ניהול סיכונים של עורכי דין ויועמ"ש, עליית מדרגה בתחום תביעות האחריות ודגשים לביטוח אחריות מקצועית" GLawBAL (2016) [http://www.glawbal.com/upload/RISK%202017\(1\).pdf](http://www.glawbal.com/upload/RISK%202017(1).pdf)

<sup>78</sup> ע"א 3521/11 **וגנר נ' עבדי**, פ"ד סז(1) 84 (2014).

<sup>79</sup> ע"א 2599/13 **הרמן נ' עלדור** (נבו) 3.9.2015.

<sup>80</sup> שם, בפס' 36; לפסיקה של בתי משפט שלום בנושא אחריות של עורך דין כלפי צד ג', ראו למשל ת"א (שלום ת"א) 105458-01 **סמפלסט בע"מ נ' יפה** (נבו) 28.12.2010; ת"א (שלום ת"א) 53216/03 **קוטלרסקי נ' מזרחי** (נבו) 30.8.2006; ת"א (שלום י-ם) 10850/06 **מרשיאנו נ' עזריאל** (נבו) 26.11.2008; ת"א (שלום חיפה) 24127-12-09 **שער נ' מינצברג** (נבו) 4.3.2013.

<sup>81</sup> ראו למשל בד"א 109/16 **עוידה נ' ועדת האתיקה הארצית של לשכת עורכי הדין במחוז י-ם** (נבו) 18.2.2018.



בר"א 38/96 יצא בית הדין הארצי מנקודת הנחה כי במקרה שלפניו התקיימו יחסי עו"ד-לקוח בין המתלונן לעורך הדין.<sup>82</sup> עם זאת בית הדין כותב, באמירת אגב, כי ניתן לטעון כי "כאשר מתקיים דיון, במעמד שני הצדדים, וצד אחד אינו מיוצג, כי האיסור המופיע בכלל 34 לכללים, יתפרש בצורה מרחיבה יותר".<sup>83</sup> כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין עוסק באיסור של עורך דין לטעון טענה עובדתית או משפטית ביודעו שהיא אינה נכונה; על כן, נראה שבית הדין הארצי רואה שחובותיו האתיות של עורך הדין רחבות יותר כאשר הצד השני אינו מיוצג.

לעומת זאת, כאשר קשה עד מאוד לטעון גם בדיעבד שהתקיימו יחסי עו"ד-לקוח בין הצדדים, נראה שבתי הדין למשמעת וועדות האתיקה מהססים יותר לקבוע כי התקיימה עבירה אתית. כך למשל, בהחלטה מס' 349/06 של ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין,<sup>84</sup> עורך הדין אשר נגדו הוגשה התלונה ייצג קבלן בעסקת מכר שבה נמכרה דירה למתלונן. המתלונן טען שהובטחו לו דברים בעל פה שלא הוכנסו בסופו של דבר לחוזה בכתב, ואילו עורך הדין טען כי הוא לא זוכר מה הובטח בעל פה, ושכל מקרה הוא הבהיר למתלונן שהוא רשאי להיות מיוצג על ידי עורך דין. התלונה נגנזה בעיקר משום שוועדת האתיקה סברה כי האחריות לוודא שמה שסוכם בעל פה אכן נכתב בחוזה בכתב מוטלת על הקונה עצמו (ולא על עורך הדין שמייצג את הקבלן).

בנוסף, בהחלטה מס' 48/02 של ועדת האתיקה, שהתקבלה בעקבות תלונה שהגישה מתלוננת נגד עורך דין שלטענתה עיקל, ללא התראה מראש, את חשבונה ואת קופת הגמל שלה בגין שיק שחזר לפני כ-15 שנה,<sup>85</sup> גנזה הוועדה את התלונה, ולא חסכה בביקורת על המתלוננת על כך שציפתה שעורך הדין של הזוכה ייצג גם את האינטרסים שלה ללא תשלום על שירותיו.

למרות האמור, מצאתי גם שתי דוגמאות שבהן הוכרו חובות אתיות גם כלפי צדדים שאינם מיוצגים. כך למשל, בבד"מ 47/04 הועמד עורך דין לדין על דיווח לקוי לרשויות המקרקעין, כך שרוכש הדירה (שלא היה לקוחו של עורך הדין) חויב בקנס

<sup>82</sup> בר"א (ארצי) 38/96 הועד המחוזי ירושלים של לשכת עורכי הדין נ' פלוני (נבו) 3.9.1997 (להלן: עניין בר"א 38/96).

<sup>83</sup> שם, בפס' 26.

<sup>84</sup> החלטה את 349/06 של ועדת האתיקה הארצית "חובות עורך דין של הקבלן כלפי הרוכשים" אתיקה מקצועית 26, 6 (2008) [http://www.israelbar.org.il/UploadFiles/professionaethics\\_issue\\_26.pdf](http://www.israelbar.org.il/UploadFiles/professionaethics_issue_26.pdf)

<sup>85</sup> החלטה את 48/02 של ועדת האתיקה הארצית "מה לא נכלל בחובה כלפי הצד שכנגד ומהי תלונת סרק על עו"ד" אתיקה מקצועית 6 (2003) [https://www.israelbar.org.il/inner\\_davar.asp?pgId=4826&catId=60](https://www.israelbar.org.il/inner_davar.asp?pgId=4826&catId=60)

ובמס רכישה גבוה יותר על ידי רשויות המס.<sup>86</sup> בית הדין מצא כי אף על פי שבמקרה זה לא התקיימו יחסי עו"ד-לקוח, עדיין יש מקום להרשיע את עורך הדין בהתנהגות שאינה הולמת את המקצוע, לפי סעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין. ייתכן מאוד שאחת הסיבות לכך הייתה המשמעות הכספית הגבוהה עבור הלקוח, והכרה בכך שיש לעורך דין חובת אמון גם למשפט ולצדק (ולא רק ללקוח).

כמו כן, בעניין בד"מ 139/00 נאמר באמירת אגב כי כאשר הצד השני בעסקה אינו מיוצג, על עורך הדין להפנות את תשומת ליבו של הצד הלא מיוצג לכך שמוטב לו שיהיה מיוצג על ידי עורך דין.<sup>87</sup> דבר זה משתקף גם בעניין ערד הנדון לעיל, וגם בכללי האתיקה של קנדה, ארצות הברית וניו זילנד. בנוסף, נאמר כי ייתכן שעל עורך הדין יש חובת גילוי רחבה יותר במקרה כזה. בבד"מ 82/02<sup>88</sup> דובר על עורך דין שעזר להשכיר דירה במרמה, ובית הדין קבע כי רשלנות (לרבות כלפי צד ג') יכולה להיות עבירה אתית.<sup>89</sup> עם זאת, הרשלנות מהווה עבירה אתית רק "כאשר הרשלנות הינה גסה, חמורה או חוזרת על עצמה".<sup>90</sup>

מהאמור לעיל נראה כי אין כיום הלכות ברורות, לא בבתי המשפט ולא במוסדות של לשכת עורכי הדין, מהם כללי האתיקה שעורך דין חייב בהם כלפי צד לא מיוצג. כאמור, נראה שמוסדות אלה נוטים באופן מסורתי להחיל בדיעבד יחסי עו"ד-לקוח על היחסים בין הצדדים. עם זאת, לאחרונה ישנו שינוי תפיסה בהקשר זה, במיוחד מכיוון הפסיקה של בתי המשפט. על כן, נראה שיש מקום לקבוע כללי אתיקה ברורים למקרים שבהם עורך דין עובד מול צד לא מיוצג, כך שעורכי הדין ידעו מה מותר (ובמיוחד מה אסור) להם לעשות, בסיטואציה מורכבת זו.

<sup>86</sup> בד"ם (משמעת עו"ד חיפה) 47/04 לשכת עורכי הדין מחוז חיפה נ' פלוני, פדאור אתיקה (45) 739 (2006).

<sup>87</sup> בד"ם (משמעת עו"ד ת"א) 139/00 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני, פדאור אתיקה (7) 01 (2001) (להלן: עניין בד"ם 139/00).

<sup>88</sup> בד"ם (משמעת עו"ד ת"א) 82/02 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א יפו נ' פלוני, פדאור אתיקה (11) 03 (2003).

<sup>89</sup> שם, בפס' 14.

<sup>90</sup> שם, בפס' 16.

## ה. הצעה לקביעת כללי אתיקה לעורכי דין בישראל

בפסקאות הקודמות הצבעתי על השאלות הרבות שעולות בדבר האיזון הראוי בין חובות הנאמנות השונות של עורכי דין כאשר הם מתנהלים מול צדדים לא מיוצגים, במיוחד בהקשר של לייגציה. כמו כן, הבאתי דוגמאות לכללי אתיקה בנושא זה במשפט המקובל, את הפסיקה הכללית של בתי המשפט בישראל בעניין נתבעים לא מיוצגים, וגם כמה החלטות נקודתיות של גופי לשכת עורכי הדין האמונים על האתיקה המקצועית. כפי שעולה מדברים אלו, נכון להיום ישנו תחום אתי אפור רחב ידיים בנוגע לשאלה כיצד ראוי שיתמודדו עורכי הדין בעולם שבו כללי המשחק הישנים משתנים, ואנחנו רואים אנשים רבים יותר שבוחרים או נאלצים לייצג את עצמם. דבר זה מוביל למסקנה כי אל לנו להמשיך לטמון את הראש בחול בנוגע לשאלה כבודת משקל זאת, והגיע הזמן לכת בדרכן של מדינות אחרות בעולם המשפט המקובל ולקבוע כללי אתיקה משמעותיים ברורים יותר בנושא זה. כפי שהוזכר לעיל, בשל האיזון העדין בין חובות האמון של עורך הדין, ובשל חובת האמון שחבים עורכי דין למערכת המשפט ולצדק, יש מקום כי עורכי הדין עצמם יקבעו כללים ברורים יותר להתנהלות במצבים שהמאמר עוסק בהם. כך גם עורכי דין יוכלו להישפט במוסדות הלשכה על הפרה של כללים אלו, כאשר גם היושבים בדין הם עורכי דין המעורים בעולם המעשה. בנוסף, עורכי דין יוכלו להתחמק פחות מתפקידם המסורתי כקציני בית המשפט.

על כן, בראש ובראשונה, כותבת מאמר זה מזמינה את ראשי לשכת עורכי הדין (ואף את עורכי הדין בכללותם) לחשוב לעומק על נושא זה, ולקבוע כללים ברורים להתנהלות מול צדדים לא מיוצגים. מובן כי כאשר באים לקבוע כללים בנושא ההתנהלות מול צד לא מיוצג, יש לשים לב כי על הכף עומדת אחת החובות המרכזיות של עורך הדין, והיא חובת האמון כלפי הלקוח (משמע, לפעול לטובת לקוחו), ועל כן אין להטיל על עורך הדין חובות אתיות מוגברות המטילות עליו חובה לעזור באופן אקטיבי לצד השני. כמו כן, יש להכיר בכך שלעורך דין יש אינטרס לגיטימי לפעול כך שיוכל להמשיך להתפרנס ממקצועו, לפעול למען המוניטין המקצועי שלו ולמשוך לקוחות. מנגד, כמובן עומדת חובת האמון שעורך הדין חב לחברה (ובכך לעשיית הצדק ולבית המשפט), וחובת האמון לתדמית המקצוע עיצמו. יש גם לזכור שבמצב שבו מופרים כללי המשחק הרגילים של המשפט האדברסרי יש שינוי מסוים בתפקידי השחקנים המסורתיים – עורכי הדין והשופטים.

לאור האמור, נראה כי עיקר החובה כלפי צד לא מיוצג צריכה להיות **שליילית** – בכך שעורך הדין לא יוכל להזיק לצד השני ולהטעות אותו. הרבה יותר מורכב להטיל על עורך הדין חובות עשה כלפי הצד הלא מיוצג. כמו כן, בהקבלה לנאמר במצבים של ייצוג לקוחות בעלי כוח פוליטי וכלכלי גדול במיוחד, יש מקום לאזן בין האינטרסים השונים על ידי עקרון המידתיות, ולדאוג לכך שעורך דין לא יוכל לעשות שימוש בלתי מידתי ובלתי הוגן ביתרון שיש לו על פני צד לא מיוצג.

להלן אציע כמה כללים שנראה לי שראוי שייכללו בתוך כללי האתיקה, וייתכן שיוכלו להוות נקודות התחלה בדיון על קביעתם. אלה הם הכללים:

1. עורך דין לא ייתן עצה משפטית לצד שכנגד לא מיוצג. זאת, במיוחד כאשר יש ניגוד אינטרסים ברור בין לקוחו של עורך הדין לצד הלא מיוצג.

חובת האמון של עורך הדין ללקוח שלו מחייבת אותו לפעול במסירות לקידום ענייניו של הלקוח. על כן, במיוחד במצבים שבהם קיים ניגוד אינטרסים ברור בין לקוחו של עורך הדין לבין הצד הלא מיוצג, יש מקום לאסור על עורך הדין לתת עצה משפטית לצד הלא מיוצג. זאת, משתי סיבות מרכזיות. ראשית, ישנו חשש מתמיד כי עורך הדין ייתן דווקא עצה שנוגדת את האינטרס של הצד הלא מיוצג (במסווה של עצה משפטית אובייקטיבית), וכך ינצל את חוסר הידע והתמימות של הצד הלא מיוצג. פעולה כזאת עלולה לפגוע באופן משמעותי בחובתו של עורך הדין לחברה, ואף בתדמית של מקצוע עורכי הדין בחברה. שנית, אין זה נכון להטיל על עורך הדין חובה פוזיטיבית לתת לצד הלא מיוצג עצה היכולה לפגוע באינטרס של הלקוח שלו, כך שעורך הדין למעשה יפר באופן ישיר את חובת הנאמנות כלפי הלקוח. במקרה זה נראה שחובת הנאמנות הישירה ללקוח שמסתמך על עורך הדין לקידום ענייניו גוברת על אינטרס כללי כלשהו לפעול לטובת החברה, שכן אז אנו עלולים לוותר כליל על הרעיון החברתי שעורך דין אמור לייצג רק צד אחד.

כאמור לעיל, כלל זה קיים גם בכללי האתיקה של קנדה וארה"ב. אני מציעה כי בדומה לארה"ב תהיה גם בארץ הבחנה מסוימת בין צדדים שיש ביניהם ניגוד אינטרסים מובהק לבין צדדים שאין ביניהם ניגוד כזה. כך למשל, ייתכן שבמקרה של צמד יזמים העובדים על פרויקט משותף, כאשר רק אחד מהם מיוצג, לעורך הדין תהיה אפשרות מסוימת להכווין את הצד הלא מיוצג. לעומת זאת, כאשר מדובר במצב של שני צדדים יריבים בתיק ליטיגציה, אזי יהיה איסור מוחלט על עורך הדין לתת עצה משפטית לצד הלא מיוצג, גם כאשר לכאורה הדבר משרת את טובת כל הצדדים בתיק.

עם זאת, נראה שיש מקום להבחין בין עצה משפטית של ממש בנוגע לשאלה אילו צעדים על הצד הבלתי מיוצג לנקוט, לבין מתן מידע על קיומן של אפשרויות משפטיות. כך למשל, אם עורך דין הוציא כנגד צד לא מיוצג פסק דין בהיעדר הגנה, נראה שעצם מתן מידע על כך שיש אפשרות כי הצד הלא מיוצג יגיש בקשה לביטול פסק הדין היא בעייתית הרבה פחות. עורך הדין אינו נותן לו עצה משפטית שכדאי לו להגיש בקשה לביטול פסק דין, אלא רק מפנה את תשומת ליבו לכך שיש אופציה כזאת, ומשאיר בידי הצד הלא מיוצג את ההחלטה האם נכון לעשות שימוש בכלי משפטי זה במקרה שלו. דבר זה יכול להקביל במובן מסוים לפסיקת בית המשפט בעניין המרכז למימוש זכויות

**רפואיות בע"מ**,<sup>91</sup> בנושא ייחוד המקצוע של עריכת הדין (סעיף 20 לחוק לשכת עורכי הדין). בפסק הדין נאמר כי בעוד שרק עורך דין רשאי לתת לאדם ייעוץ לגבי אפיק הפעולה הרצוי, הרי שגם מי שאינו עורך דין רשאי לספק לאדם מידע כללי על אפיקים משפטיים.<sup>92</sup>

לדעתי אין מקום לחייב עורך דין לספק לצד לא מיוצג מידע על דרכי פעולה אפשריות, מכיוון שזה יכול לפגוע באופן ממשי בחובת הנאמנות שלו ללקוח. עם זאת, כאשר יש פגיעה בשוויון הכוחות בין הצדדים יש לתת גם יותר ביטוי למקומו של עורך הדין כ"קצין בית המשפט". על כן, יש לאפשר לעורך הדין להציג לצד הלא מיוצג אפשרויות שיכולות לעזור לו, אולם עליו להדגיש כי זו אינה עצה משפטית, כי הוא אינו מייצג את הצד הלא מיוצג, וכי יכולות להיות אפשרויות רבות אחרות. יש לעודד במיוחד מתן מידע על אפשרויות משפטיות כאשר מדובר בצד מוחלש (למשל מפאת גילו, או מפאת העובדה שאינו דובר היטב עברית). במקרה כזה יהיה לצד הלא מיוצג הרבה יותר קשה להשיג את המידע בכוחות עצמו דרך האינטרנט. הדבר נכון במיוחד אם אין בנמצא מרכז סיוע משפטי כלשהו, ואם אין מדובר במידע שאדם מן השורה יכול לבררו בקלות רבה.

יש לציין כי כמובן בכך שאנחנו מאפשרים לעורך הדין לתת לצד שכנגד מידע משפטי אנו מסתכנים בכך שהוא ייתן לו רק מידע משפטי מסוים שטוב ללקוח שלו – דבר שכמובן יכול לפגוע בצד הלא מיוצג. עם זאת, לדעת כותבת המאמר נראה שהתועלת מהתרת האפשרות לתת מידע משפטי עדיין עולה על החיסרון שבכך. זאת, במיוחד אם מחייבים את עורך הדין להדגיש כי יכולות גם להיות אפשרויות משפטיות אחרות. נראה שאם לא נסמוך על עורכי הדין אפילו בנקודה זו, למעשה יהיה בכך כדי לערער על עצם יכולתו של עורך הדין להיות קצין בית המשפט ולחוב חובת אמון לחברה.

כמו כן, כפי שאפרט בסעיף הבא, יש מקום לעודד (או אף ממש לחייב) עורכי דין להפנות את תשומת ליבו של הצד הלא מיוצג כי קיימות אפשרויות של עזרה משפטית, או ייעוץ משפטי חנם, בבית המשפט עצמו. במקרים שבהם קיימת עזרה אלטרנטיבית משפטית זמינה יש להעדיף הפניה על ידי עורך הדין לאפיק זה מאשר מתן מידע על אפיקי פעולה אפשריים בעצמו. כך יהיה איזון ראוי יותר בין חובת האמון ללקוח לבין חובת האמון לעשיית הצדק.

2. עורך הדין יפנה את תשומת ליבו של צד לא מיוצג לחשיבות של קבלת עזרה משפטית. דבר זה נכון

<sup>91</sup> ע"א 4223/12 המרכז למימוש זכויות רפואיות בע"מ נ' לשכת עורכי הדין בישראל (נבו) 25.6.2014.

<sup>92</sup> שם, בפס' 59.

**במיוחד כאשר ייתכן שהצד השני זכאי לעזרה משפטית  
בחנינם מהמדינה או מלשכת עורכי הדין.**

נראה שכלל זה הוא אינטואיטיבי מאוד ומתיישב עם תפקידו של עורך הדין כקצין בית המשפט (והוא אף אומץ בארצות כגון קנדה, אירלנד וניו זילנד, ואומץ אף בפסיקה הישראלית בעניין לוי,<sup>93</sup> ובד"מ 139/00).<sup>94</sup> ככל הנראה הקבלה הרחבה של הכלל הזה נובעת מכך שמחד גיסא יש בו פגיעה מזערית בחובת האמון שחב עורך הדין ללקוח שלו עצמו, שכן הוא אך ורק מיעץ לצד השני לקחת עזרה משפטית. מאידך גיסא, יש פה כלי שיכול להשיג את עשיית הצדק באופן המיטבי.

בהקשר זה יש לציין שבשנים האחרונות קיימות יותר ויותר עמדות עזרה משפטית בבתי משפט, ואף קליניקות של עזרה משפטית בפקולטות השונות למשפטים. כמו כן, ישנם אתרי אינטרנט, כגון אתר "כל זכות",<sup>95</sup> הנותנים מידע משפטי בהיר בנוגע לזכויות שונות. יש לעודד עורכי דין להפנות אנשים שאינם מיוצגים למרכזים אלה, במיוחד אם יש בנמצא מרכז בבית המשפט שבו מתקיים הדיון, או בעיר שבה הם נמצאים. כמו כן, יש לעודד עורכי דין לספר לצדדים לא מיוצגים כי מידע רב נגיש כיום באינטרנט, ובפרט באתרים ייעודיים לכך.

יש לציין שכאשר עורך הדין פועל בדרך זו יש מימוש חשוב של חובתו של עורך הדין לעשיית הצדק (ואף למקצוע של עריכת הדין), שכן ההנחה בבסיס המשפט האדברסרי היא שהאופן הטוב ביותר לבירור האמת הוא כאשר שני הצדדים נמצאים בעמדה הטובה ביותר להציג את עמדתם לבית המשפט. דבר זה נכון במיוחד כאשר ייתכן מאוד שיש לאדם יכולת לקבל עזרה משפטית בחנינם, אולם הוא אינו מודע לה.

**3. כאשר ישנו צד לא מיוצג, ישנה חובה מוגברת על  
עורך הדין לא להטעות את בית המשפט ואת הצד  
שכנגד;**

כלל זה הוא למעשה פיתוח מסוים של כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין שאוסר על עורך הדין טענה משפטית או עובדתית שאינה נכונה. אומנם לכאורה הכלל נכון לכל סוגי המקרים, ובכלל זה גם למקרים של צדדים לא מיוצגים. עם זאת, ניתן לטעון כי במקרים של צדדים לא מיוצגים ישנה חובה מוגברת, משום שלצד הלא מיוצג לרוב אין ידע משפטי מספק כדי להבין השינה הטעיה בפעולותיו של עורך הדין. נראה שלכלל זה תהיה חשיבות מיוחדת במקרים "אפורים". פעמים רבות עורכי הדין נוהגים לעשות מניפולציות מסוימות עם הפסיקה שהם מציגים לבית המשפט, ולצטט מתוך פסקי דין רק פסקאות המשרתות את האינטרס של הלקוח שלהם. על כן, במסגרת הכלל המוצע על עורך הדין תהיה מוטלת חובה גדולה במיוחד להקפיד על הצגת התמונה המשפטית

<sup>93</sup> עניין לוי, לעיל ה"ש 71.

<sup>94</sup> עניין בד"מ 139/00, לעיל ה"ש 87.

<sup>95</sup> כל זכות (2021) <https://www.kolzchut.org.il/he>

כהווייתה ללא מניפולציות – הן ישירות לצד שכנגד והן לבית המשפט. אזכיר בהקשר זה את אמרתו של השופט חשין בעניין **חנא** שנדון לעיל,<sup>96</sup> שבה הדגיש כי מחויבותו הראשית של עורך הדין היא להיותו קצין בית המשפט. נראה כי חובה זו מתגברת בסיטואציות שבהן ישנו כבר איסור מפורש על עורך הדין לעשות דבר מה, ומלכתחילה קיימת קביעה כי הטעיית בית המשפט היא דבר אסור.

הצורך בקביעת כלל מחמיר יותר במצב שבו יש צדדים לא מיוצגים, גם כאשר במקביל קיימת דרישה כללית על עורך הדין שלא להטעות, הוכר על ידי מדינות כגון ארה"ב והודו. כלל זה אף זכה להתייחסות מפורשת בעניין **לוי**<sup>97</sup> ובעניין **בד"א**<sup>98</sup>. 38/96 במסגרת כלל זה נראה שיש העדפה מובהקת לחובת האמון של עורך הדין כלפי החברה והמקצוע, משום שקידום האינטרס של הלקוח בדרך פסולה של הטעיה אינה יכולה להיחשב כאינטרס לגיטימי שיש להגן עליו.

4. עורך הדין לא ינצל באופן בלתי מידתי חוסר ידע

משפטי של הצד השני הנובע מהיותו לא מיוצג;

ניתן לטעון כי המידתיות היא כלי לאיזון בין מחויבויותיו השונות של עורך הדין בסיטואציה מסוימת. במשפט החוקתי, מבחן המידתיות דורש כי יתקיים יחס סביר (או ראוי) בין הנזק והתועלת של פעולה.<sup>99</sup> אומנם אין אנו עוסקים במשפט חוקתי,<sup>100</sup> אולם כהשואה ממבחן זה ניתן לומר כי עורך דין צריך להשתמש בכלים המשפטיים העומדים לרשותו כדי למקסם את הרווח של הלקוח שלו (ובכך לעמוד בחובת הנאמנות של עורך הדין ללקוחו), אולם אין לו רשות לעשות זאת באופן שבו הוא מתעלם מחובת האמון שלו לעשיית הצדק.

למשל, ייתכן שהטיית האיזון בין מחויבויותיו השונות של עורך הדין תשתנה בהתאם למשתנים כגון הכוח של הלקוח שלו, הלגיטימיות החברתית בדבר ההגנה על האינטרס של הלקוח, התחכום המשפטי של הצד שכנגד ועוצמת האינטרס הציבורי שעומד על הפרק. כלל זה קיים בארה"ב, ועובר גם כחוט השני בפסיקה בארץ. עם זאת, בניגוד לשלושת הכללים הראשונים, כלל זה הוא מורכב יותר ליישום, ודורש איזון אינטרסים רחב ועדין הרבה יותר בין חובות האמון השונות של עורך הדין. זאת, משום שלא תמיד ברור היכן עובר הגבול בין הגנה לגיטימית על אינטרס של הלקוח לבין

<sup>96</sup> עניין **חנא**, לעיל ה"ש 34.

<sup>97</sup> עניין **לוי**, לעיל ה"ש 71.

<sup>98</sup> עניין **בד"א** 38/96, לעיל ה"ש 82.

<sup>99</sup> ראו למשל גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" **עיוני משפט** לא(1) 5, 8 (2008).

<sup>100</sup> ראו למשל בג"ץ 3477/95 **בן-עטיה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט(5) 1

(1996); בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807, פס'

37 (2004).

שימוש לרעה בידע משפטי ופגיעה בעקרון הצדק. הרי גם כאשר שני הצדדים מיוצגים על ידי עורך דין יכול בהחלט להיווצר מצב שבו עורך הדין של הצד שכנגד עושה טעויות אסטרטגיות או משפטיות בייצוג, ובמקרה כזה אין ציפייה גורפת כלפי עורך הדין "להתחשב" בטעויות שעשה הצד השני ולא לנצל הזדמנויות בשל כך. על כן, על פניה, לא צריכה להיות גם ציפייה במסגרת הכלל הזה לעשות הנחות לאנשים המייצגים את עצמם כאשר הם עושים טעויות שגם עורכי דין סבירים יכולים היו לעשותן.

כאן אפשר לחזור לדיון על המידתיות. המבחן שאציע לכלל זה הוא שעל עורכי דין שלא לעשות שימוש בלתי מידתי ובלתי הוגן ביתרון המשפטי שיש להם כך שתחושת הצדק הבסיסית תיפגע. נראה שבניתוח של הכלל הזה ניתן להיעזר בפסיקה הנוגעת לאחריותו הנזיקית של עורך הדין שהובאה לעיל, ובמיוחד בעניין נחום.<sup>101</sup> כך, יש למנוע מעורך הדין לעשות שימוש לרעה באמון שהצד הלא מיוצג רוכש לו, במיוחד כאשר מדובר על צד לא מיוצג שאינו "מתוחכם" וחסר ידע וניסיון מבחינה משפטית. הדבר נכון במיוחד לגבי אוכלוסיות פגיעות בהקשר הזה – למשל אנשים ללא השכלה, אנשים מבוגרים ואנשים שאינם דוברים עברית כשפת אם. לדוגמה, יהיה זה בלתי מידתי אם עורך דין יתבע עולה חדש על הפרת חוזה שהאחרון עשה בתום לב, ולגרום לו לשלם בשל כך פיצויים גבוהים משמעותית משווי ההפרה. במקרה זה עקרון המידתיות בא לידי ביטוי בכך שמצד אחד יש ללקוח של עורך הדין זכות לקבל פיצוי על ההפרה, ולעורך דין יש חובת אמון כלפי לקוחו למקסם את הפיצוי, אך מאידך גיסא חובת האמון של עורך הדין כלפי עשיית הצדק מציבה גבול לגבי שיעור הפיצוי ואוסרת עליו לנצל באופן לא מידתי חוסר ידע של צד חלש כדי להשיג יתרון בלתי הוגן עבורו לקוחו.

כמו כן, יש לשים דגש מיוחד על שימוש בלתי הוגן כאשר הרבה מאוד מוטל על הכף עבור הצד הלא מיוצג – כך למשל, יש מקום להחמיר עם מקרים שבהם מדובר ברוכשי דירות או באנשים שמשקיעים סכומי כסף גדולים המהווים כמעט את כל רכושם. במקרים כאלה נראה כי הנזק לצד הבלתי מיוצג יכול להיות גדול לאין שיעור, ועל עורך הדין לנקוט משנה זהירות לבל יטעה את הצד הלא מיוצג או ינצל את מעמדו המוחלש. יש גם לשים לב מיהו הצד שעורך הדין מייצג – האם הוא צד חזק כלכלית ומשפטית (למשל חברה גדולה), או שהוא אדם פשוט מן השורה. ככל שהצד המיוצג חזק יותר, כך תגבר חובתו של עורך הדין לנהוג בהגינות כלפי הצד הלא מיוצג.

יש גם להבדיל בין מצבים שבהם יש פיקוח כלשהו של בית המשפט על ההליכים בין הצדדים, לבין מצב שבו בית המשפט אינו מפקח על ההליכים. כך למשל, במקרים שבהם מובא הסכם הפשרה שנחתם בין הצדדים לאישורו של בית המשפט, ככל הנראה תהיינה פחות דרישות מעורך הדין להיות ניטרלי במצב זה. מעבר לכך, כאמור לעיל, נראה כי במקרה שבו אחד הצדדים אינו מיוצג, מתפקידו של השופט לבדוק את ההוגנות של ההסכם יותר לעומק, ולא לתת לו גושפנקא אוטומטית של פסק דין. לעומת

<sup>101</sup> עניין נחום, לעיל ה"ש 74.



זאת, כאשר מדובר על הסכם כלשהו בין הצדדים שאינו חשוף לבית המשפט (או לפיקוחו של צד ג' כלשהו), אזי מוטלת על עורך הדין עצמו חובת הגינות מוגברת במיוחד בתור קצין בית המשפט.

הכללים האתיים שהצעתי לעיל שמים דגש רב הרבה יותר על מה שאסור לעורך הדין לעשות מאשר על מה שעורך הדין צריך לעשות, וזאת מתוך הבנה כי מעצם תפקידו עורך הדין מייצג צד שהוא חב לו חובת אמונים. עם זאת, כדי לאפשר גישה לצדק של צדדים מוחלשים ולממש את החובות האחרות של עורך הדין, ישנן מגבלות מסוימות שצריכות לחול על עורכי דין. גישה זו עדיפה על המלאכותיות הרבה של הגישה המסורתית המנסה להתגבר על הקושי שבקביעה בדיעבד שהתקיימו יחסי עו"ד-לקוח בין הצדדים. ודאי שגישה זו גם עדיפה על אי-הוודאות הרבה שקיימת כיום בנושא זה. כאמור, קביעת כללים ברורים אף יכולה לשמש הצהרה חברתית ברורה כי עורכי הדין אינם מחויבים רק ללקוחותיהם, אלא גם לעשיית צדק כללית.

## סיכום

הסוגיות שמעלה שאלת המחויבות האתית של עורכי הדין לצד שכנגד הן מורכבות, ולעיתים רבות מוציאות את עורכי הדין, כמו גם את המערכת המשפטית כולה, ממתחם הנוחות שבו כל השחקנים יודעים את תפקידם בעולם המשפטי. סוגיית ההתנהלות מול צד לא מיוצג אף מעלה ביתר שאת את הדילמות בין חובות הנאמנות השונות של עורכי הדין, ומעלה שאלות יסוד בדבר היקף חובותיו של עורך הדין לעשיית הצדק. עם זאת, המציאות מראה כי לא ניתן להמשיך להתבצר בתפיסות הישנות נוכח היקף התופעה של אנשים הבאים בשערי המערכת המשפטית ללא עזרה של עורכי דין. לאור מציאות מורכבת זו יש מקום לעשות חשיבה מחודשת על עולם המשפט שלנו, וקביעת כללי אתיקה ברורים יותר לעורכי דין הוא אחד הדברים המרכזיים שעליהם צריך לתת את הדעת. מכיוון שלשיטת המשפט הישראלית, ולחברה הישראלית בכללותה, ישנם מאפיינים ייחודיים, לא יהיה זה חכם להעתיק כללים ממדינה אחרת ולהדביקם על כללי האתיקה הישראליים. במקום זאת, צריך שיתקיים סיעור מוחות בקרב הקהילה המשפטית בישראל שבסופו של דבר (בתקווה) יביא לכללים שנכונים לשיטת המשפט ולחברה שלנו ויאזנו בצורה האופטימלית את כל המחויבויות שיש לעורכי דין, ואף למערכת המשפט בכללותה.