

## 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 להסתל 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 דריקלי בעניין זה. ההסיבות שהיתה לבריטנים 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 חסונים מבחינה פורמלית אך ממעטים לחוב באחריות מקצועית, הינה מוצדקת. עם זאת, במקרים מסוימים היה ראוי שבית-המשפט ינקוט בגישה שונה מזו הנהוגה כיום, ייחלץ לסובת לקוח הנתון בקשיים אינהרנטיים בביסוסה של עילת-התביעה ויהייב את עורכי-הדין, המהבר מציג מקרים אחדים כאלה וטוען 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 התמיצים הייחודי לזירה המשפטית
  2. קשיים בביסוסה של עילת הרשלנות
  - (א) סוגיית הקשר הסיבתי וריחוק הנזק
  - (ב) רשלנות בגרימת נזק אל מול רשלנות בהעזקתו
  3. היחס "המועדף" שניתן לעורכי-דין בגין מאפייני המקצוע ואילוצי השיטה

\* סרצה, בית-הספר רדיונר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. תודתי נתונה לאלעד אורג, גיא זיידמן, אריאל פורת, דניאלה צרוניצר-יעקב, אלון קלמנט, יורם שחר, וכן לעוזרי המחקר סיון ברית, מיכל מרגלית ושר ענבר, על הערותיהם המועילות וההשגות שהעירו לי לסיסות קורמות של מאמר זה. כמויכן תודתי נתונה לחברי מערכת עיוני משפט הניטל בלינסון, דנה וייס ודגי 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 השיפוט  
 (ג) מגבלות הייצוגיות 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 התסינות האנגלית
1. העיקרון של נהג המונות
  2. האנלוגיה לעדים
  3. דיון חוזר בהחלטות שכבר ניתנו עלידי 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 עולת 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 הייצוגיות  
 (ד) פשרות
- ו. סיכום

#### א. מבוא

עורכי-הדין בארץ, כבעלי-מקצוע רבים אחרים, השופים לתביעות של אחריות מקצועית בגין מגוון רחב של מעשים או מחדלים המהווים מסייה מססנדרט ההתנהגות של עורך-דין סביר. אכן, הדשות לבקרים אנו עדים לתביעות המוגשות בשל אהריותם 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' שרמץ, פ"ד מד(4) 446 (להלן: ענין שרמץ); ע"א 1227/91 יחיאל נ' כהן, פ"ד מח(3) 1207; ע"א 751/89 מוכהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 529; רע"א 196/88 טומשבסקי נ' אופנהיימר, פ"ד מב(4) 1345; ע"א 2590/90 ניסים נ' מנחם, פ"ד מח(3) 846; ת"א (י"ס) 1066/97 סאר נ' שפירא (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(4) 593; ת"א (י"ס) 1284/96 תפארת נ' מדי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(3) 942; המ' (ח"י) 32821/96 לוטן נ' ירמייב (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(9); ע"א (חי) 4190/96

חווים,<sup>2</sup> בעדיכּה לא־קפדנית של צוואות,<sup>3</sup> במחן הוות־דעת רשלנית<sup>4</sup> ואף בתחום המיכּוּי בגין כישלון להביא בחשבון שיקולי מס במסגרת עסקה נתונה,<sup>5</sup> לעומת זאת, רק מיעוט התביעות המגיעות לבית־המשפט מוגשות בגין האחריות המקצועית של עורכי־דין בעת דיון בין כותליו של בית־המשפט; ונדוידה עוד יותר קבלתן של תביעות אלה על־ידי בית־המשפט.<sup>6</sup>

בעמודים הבאים ברצוני להתייחס למגמה זו,<sup>7</sup> תחילה אפרט טוּחם הכלים המשפטיים

ברגר נ' גיגי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, כו (7) 167; ת"א (ת"א) 2890/87 פינטו נ' עמית (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, א 1615; ת"א וק. גת) 1284/94 אביטבול נ' אבולניק (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, סז 117; ע"א (חי') 4149/96 קדם נ' זייבלר (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, כו(ג) 939; ת"א (י"ם) 101/95 שמיטוב נ' רבינרביץ (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, כו(ג) 847; ת"א (בי"ש) 3086/98 בנק הפועלים לישראל בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, לב(ג) 815 (להלן: עניין בנק הפועלים).

2 ראו, למשל, ע"א 4612/95 מתתיהו נ' שטייל, פ"ד בא(4) 769; ע"א 2725/91 היינבוין נ' גלעד, פ"ד מה(3) 92; ע"א 420/75 כהן נ' אייזק, פ"ד לב(2) 29; ע"א 554/87 מזור נ' אריאלי, פ"ד מה(1) 170; ע"א 130/88 קרטיק 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, כו 946.

3 *Ross v. Counters* [1979] 3 All E.R. 580 (Ch.); ע"א 229/85 כ"ר נ' הרצוג, פ"ד מב(1) 785.

4 ת"א (י"ם) 24944/96 רייזמן נ' חילקובסקי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, סז 580.

5 ראו, למשל, ת"א (ת"א) 66789/94 מאיר נ' ויסבלט (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, סז 479.

6 בבדיקה שערכנו באמצעות המאגרים המשפטיים הממוחשבים (ידינים 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 735/74 רייטמן נ' אדרת, פ"ד לב(3) 75 (להלן: עניין אדרת); ע"א 3778/94 גרפינקל נ' לין, פ"ד מס(1) 309 (להלן: עניין גרפינקל); ת"א (נצ') 360/93 חרר נ' וינברג (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, כו(ג) 982 (להלן: עניין וינברג); ת"א (חי') 665/89 בנקובין נ' חב' "שקונט סגנות" בע"מ (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מהז'י, כו(ג) 804 (להלן: עניין בנקובין); ת"א (ת"א) 57381/94 אוריאלי 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 מדיסציפלינות 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>8</sup>, אשר כמכלול, אינם מתקיימים בתחומים אחרים.<sup>9</sup> עוד אראה כי אף-על-פי שבארץ נדחתה ההלכה האנגלית שלפיה צומדת חסינות 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 לפסקי-דין תקדימי של בית-הלורדים באנגליה שבו שונתה הלכת החסינות שלוש שנה לאחר אימוצה, בעקבות פסקי-דין זה, ההלכה גם באנגליה היא שעורכי-הדין – הן הסוליסטורים והן הבריסטורים – 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. עילווה-התביעה העיקריות בגין אחריות מקצועית

כאשר דנים בשאלת אחריותם המקצועית של עורכי-הדין יש לזכור את ההפרדה הקלאסית 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 גורד

היבטים אינהרנטיים לכל פרופסיונליות, דוגמת שימוש במינוחים מקצועיים, יומרה לאובייקטיביות וכדומה, מונעים את הנמצאים מחוץ למעגל הפרופסיה, התדיוטות, 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 השיבוט רבה, למשל, כתחום ביטוח האחריות המקצועית, כך, לרוגמה, לאור סיכויי החיוב הנטוים יחסית, ניתן להפחית לעוסקים בליטיגציה את דמי הביטוח שהם משלישים מדי שנה בשנה לידי חברות הביטוח. ייתכן גם שיש לקבוע ביחס לליטיגנטורים כללי אתיקה שונים מאשר ליתר עורכי-הדין.  
10 לדיון מפורט בהבחנה בין סוליסטורים ובריסטורים ראו להלן הערות 35-36 והקסט הנלווה.  
11 הצד האחר יכול להיות הצד שמגנד, בין שמדובר בעסקה ובין שמדובר בהליך משפטי, אך הוא יכול להיות גם הצד שלטובתו צריך עורך-הדין לעשות פעולה מסוימת.

מערכת הבויות שונה, אכן, גם הפרת החבות כלפי צד ג עלולה לגרור תביעות משפטיות, אך עילות-התביעה העומדות לצד ג יהיו שונות סאלה העומדות ללקוח, וגם כאשר מדובר באותה עילת-תביעה - בדרך-כלל עולות הרשלנות - היקף החבות ישתנה. אהת מעילות-התביעה העיקריות העומדות 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 מזה או הסכם עורך-הדין מתחייב להגיש ללקוח שירותי עריכת-דין בתמורה לשכר-המטרה 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, החברה קוראת לתוך ההסכם שבינו לבין לקוחו תנאים שאינם קיימים בהכרח בהווים אחרים, ויוצקת לתוכו חובות המגיעות לכדי חובות אמון. כך, למשל, סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961,<sup>14</sup> קובע כי "במילוי תפקידו יפעל עורך הדין לטובת שולחיו 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, בסטירות, ללא טורא, תוך שמירה על הגיונות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט". הפרה של חובות אלה עלולה לגרור סנקציה טשמעית במישור המקצועי, אך היא יכולה להוות גם בסיס לתביעה אזרחית בגין הפרת ההסכם שבין עורך-הדין ללקוח.<sup>16</sup>

12 רוגמה 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 מהנ"ס 70 (שם נפסק כי עניין הציבור הוא להבטיח את רציפות הייצוג לטובת הנאשם, ולא את "נוהותו" 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 לאהריות פלילית בגין טעות בלתי-נמנעת כאורה סביר (סעיף 134(א)) לחוק העונשין, תשל"ו-1977, ס"ח 1226. לדיון בסוגיה זו ראו ע"פ (ת"א) 1132/96 חתוכה נ' מ"י (לא פורסם), דינים וע"ד (32), הלכות 10/01, דינים מהווי, כו"ס 405 (8) ע"פ 1182/99 הרויביץ נ' מ"י, פ"ד גד(4) ג.

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

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

16 כמוכן שלא כל החבויות והתנאים המוטלים על עורך-הדין מכוה חוק 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 נוצרו לטובת הלקוח וכי המתקן רצה שיחלשו על מערכת יחסים זו.

תנאים אלה קבועים בחוק והינם קוגנטיים: לא ניתן להתנות עליהם בחוזה ההעסקה, ועליכן הם יחייבו את עורך הדין גם במקרים שבהם יגסה לפסור עצמו מהם באמצעות הקצאת סיכונים חווית 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, ועליכן הוא בחליץ 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 כוונה ותנאים המחזקים את מעמד הלקוח. תנאים אלה נקראים כולם אל מות ההעסקה, ועליכן הפרתם עלולה לעלות לכדי הפרת החוזה ולזכות את הלקוח בסעד משפטי.

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

- 17 ניתן לנסות לכסס זאת עליסוך הרציונל המנהה כאשר קובעים אם הוראה סכסוכית מסיימת הינה קוגנטית: בע"א 156/82 לפקדן ב' רוד הוהב בע"מ, פ"ד (לטונ) 86, נעשה ניסיון לגבש מבחן מטרים לגבי השאלה מתי הוראת חוק הינה כופה ולא ניתן להתנות עליה. לדברי השיפוט נתניהו, הוראת חוק הינה קוגנטית כאשר מטרתה היא "לשטור על זכויותיהם של אלה שהחוק ריאה בהם טעוני הגנה, ולא רק מפני אחרים אלא גם מפני עצמם. כרוך או בכך לא רק אינטרס אישי של אותם אלה, אלא גם אינטרס ציבורי, שישודו בטובת הכלל אשר אינו כפוף לרצונם שלהם, והם אינם רשאים לסכל מטרתה של אותה הוראה חוק ולהתנער ממנה" (שם, בע' 494. כמרוכך הנורמות המצוגנות בחוק ובתקנות יכולות לשמש מעין קווים מנחים לבית המשפט כאשר הוא עוסק במלאכת פרשנות לחוזה לקוח-עורך הדין שיונה לפניו. לדיון בסוגיה זו ראו עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 478 ("ותרי חוקה עלינו שיש ליתן למסמך פרשנות התואמת את החוק ומתיישבת אתו על פני פרשנות אשר בעקבותיה ייצא בעל דין מפר את הדין").
- 18 ביסוף על כך ראו החלטית ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין בנושאים השונים. למשל, בעט ואתיקה 14 (מרס 1991) נאמר: "החתמת לקוח על כתב שהרודי הכולל סעיף הפיטר את עורך הדין מרשלנות מקצועית מהיזה עבירה על כללי האתיקה ואין לעשות כן". כמרוכך, בעט ואתיקה 17 (יולי 1991) נאמר: "...אל לו, לעויד, להתחייב לקוח על ויתור גורף של טענות ותביעות כלפי מי שמייצג אותו ואסור לעויד לקבל תיק חוף שהוא מציין שרק ויתור מראש על תביעות יטענות יביא להסכמת עורך הדין לקבל התיק לטיפול. ויתור כזה יכול לגרום לרשלנות מצד עורך הדין ולהונחת הטיפול בלקוח, שכן עורך הדין מהוסך כביכול מתביעות רשלנות מקצועית. ויתור כזה נוגד את חובת עורך הדין לייצג את לקוחו כנאמנות".
- 19 עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 468 כלל 14(א) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).
- 20 ראי כלל 22(א) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).
- 21 שם, כלל 42(א1).

ואילו צדדים שלישיים שאינם קשורים עם עורך-הדין בקשר חרוז 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 הציבורי, 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 בוטפות, שהבסיס להן הוא דיני הנזיקין. העילה הראשונה שניתן לעשות בה שימוש היא הפרת הובה 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 (נ"י...יש לשים לב כי רוב המשפטים בהם הוכרה אחריות של עורכי-דין כלפי צדדים שלישיים סתייגו 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. תיאורית זו מבוססת על ההכרה הכללית בחוזה לטובת צד שלישי, ולפיכך מצומצמת היא בתחולתה למקרים בהם יזכה החובע כי מטרת לקוחו של עורך-הדין (המיטיב) היתה להיטיב עם התובע, וכי זו היתה המטרה העיקרית והישירה של העסקה או השירות שניתן ע"י עורך-הדין ללקוחו". אילם השו 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 דאו א' זר אתיקה מקצועית של עורכי הדין (מהדורה 2, תוספת 6, 1999) 219-226; נ' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א) 459-472.

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

24 יחד עם זאת נראה שחן הכלל שלפיו תביעה חוזית שמורה רק ללקוח והן הכלל שלפיו בתביעה נזיקית לא ניתן לתבוע פיצויי ציפיה מתגמשים על-פי הנסיבות, ובת-המשפט באפשרים לתובע מרחב תמרון נרחב. זאת ועוד, ההבדל שבין תביעת הנזיקית לחוזית נכון ברמה התיאורטית, אילם ביטוי קטן יותר בחיי המעשה. רוגמה 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 כדבר מצג-שוא רשלני - להבדיל מהפעילות עצמה, שלא היתה רשלנית), אלא תקום רק עילה חוזית. במילים אחרות, ניתן לומר שכבירת-סחול, החוזה שבין עורך-הדין ללקוח יוגדר כמוה השתדלות, ולא כחוזה תוצאה.

25 ג"ת 266 (להלן: פקידת הנזיקין).

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

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

27 ראו דברי השופט די' לזין בעניין שרמן, לעיל הערה 1. בע' 463. נשאלת השאלה: מדוע? האם יש דברמה המונע את בית-המשפט מלהשתמש בעוולה זו לעיתים תכופות יותר? סעיף 63 לפקודת הנויקון, כפי שהוא פורש בפסיקה, מונה שישה יסודות לצורך מתן פיצוי בגין עוולה זו. הסעיף דורש שיוכה קיומה של חובה המוטלת על הנויק מבוח היקוק: שההיקוק נועד לטובת הנויק; שהנויק הפר את החובה; שבעקבות ההפרה נגרם לניזוק נזק; ושצדובר בנזק מהסוג שאליו התכוון ההיקוק. הפסיקה העמידה יסוד נוסף, שלילי, והוא שההיקוק לא התכוון לשלול קיומה של תרופה נויקית. אינו רואה כל בעיה לגבי רוב הנאים הקבועים בסעיף. כך, מוטלות על עורך-הדין חובות מבוח חוקי לשכת עורכי-הדין וכלליה, ופעמים הוא ספר חובות אלה נלמשל, הוא עשוי להפר את החובה לפעיל בנאמנות לטובת הלקוח, לשמור בסידיות על ענייניו, לא לעמיד במצב של ניגוד אינטרסים וכן הלאה. ברוב המקרים גם ניתן להוכיח שהנזק נגרם כתוצאה מן ההפרה וכי מדובר בנזק מסוג הנזקים שאליהם התכוון ההיקוק. השענות היחידות שעשויות לעלות נגד השימוש בסעיף הן שתיים, ואף הן אינן חוקות במיוחד. הטענה הראשונה היא שהחובה המוטלת על עורך-הדין אינה לטובת הנויק. 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 אחרים בויזמנית, ועל-כן, גם אם היא מוטלת לצורך קידום האינטרסים של הציבור בכללו, היא יכולה לפעול גם במישור של קידום האינטרסים של כל אחר מן הציבור. הסיבה השנייה לאי-שימוש בעוולה של הפרת חובה תקוקה נוגעת בתנאי השלילי. הגורם שיש להראות שההיקוק לא התכוון לשלול את התרופה הנויקית. בית-המשפט פירש תנאי זה באופן מצמצם. כך, למשל, בע"א 246/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד (תנ"ס) 169, 178-179, נקבע שקיומה של סנקציה פלילית אינו שולל בהכרח סעד אזרחי. יעל אמת כמה יכמה בעניינו, כאחד הסנקציה אינה פלילית, אלא משמעית. מכאן שבייב 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 נשילים על עורכי-הדין חובות יסטנדרטים שעליהם לעמיד בהם. במסגרת חובים אלה ניתן לשצוא חובים שנועדו להגנת הלקוח, אך גם חובים שנועדו להגנה, אם כי מצומצמת, ובצדק, על צד ג. כך, הכללים קובעים שעל עורך-הדין לנהוג כלפי הצד האחר בדרך-ארוך, לשמור על כבודו ואף להימנע מהעלאת טענות עובדתיות או משפטיות שאינן נכונות. לדעתי, ניתן לראות בחובים אלה חובים שנועדו לשמור על כללי המשחק ולהגן על משתתפיו, ובכללם גם על צדדים יריבים



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 בהיגותן היסודות הבאים: (1) קיום חובה כלפי התובע להשתמש בכומר סביר; (2) הפרת חובה זו; ו-(3) גזק לתובע כתוצאה מהפרת החובה.<sup>30</sup> עוולת הרשלנות, הגם שהיא עשויה לאפשר עילת-תביעה ללקוח, כמו גם לזה שאינו לקוח, תתפרש באופן שונה ביחס לשניהם. בעוד שלגבי זה שאינו לקוח יש לחפש אתר קיומה של חובה שהופרה, לגבי הלקוח הדברים פשוטים הרבה יותר. קיומה של החובה עולה ישירות מהחוזה שבין הצדדים, כמו גם מהחוק ומכללי הלשכה ברבר התנהגות עורכי-הדין, הקובעים מערכת היובים רחבה יותר לטובת

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

28 כל שנאמר עליידי שופט בית-המשפט המחוזי הוא שאין הוא "צריך להיכנס לשאלה המעניינת אם במידה ועורך הדין... הפר את תובותיו לפי הפרשנות שניתנה לסעיף הניל [סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין - ד' ל"ז] הוא ביצע עוולה של היפר חובה הקוקה, שהרי סעיף 54 הניל בא להגן על הלקוחות...". עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 463. בעניין זה ניתן להקשות ולשאול: מהי נפקות ההכחנה? אם קמה ללקוח עילה מכוח עוולת הרשלנות, מדוע יש צורך בעילה נוספת בגין הפרת החובה ההקוקה? אכן, מבחינת המשפט הרווח, הגישה המוכתבת עליידי ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (ל"ו) 113, 125-126 (להלן: עניין גורדון) היא גישה "ירדשתות". עליידי גישה זו, המוצגת עליידי הנשיא ברק, העולות הקבועות במקורה אינן מוקפות בהגורות של הסדרים שליליים. עליידי, היה ומעשה מסוים נתפס כרשת של עוולה מסוימת, קמה לתובע עילה מכוח אותה עוולה, ובלבד שלא הוכח הסדר שלילי ספציפי. אולם השאלה המעניינת היא: האם הכרת בעילה מכוח הפרת החובה ההקוקה יכולה להיסיף על עוולת הרשלנות? תשובה חיובית אחת לשאלה זו ניתן למצוא במסגרת המישור הפרוצדורלי: לתובע יכולים לצמוח יתרונות בגין היסודות השונים של כל עוולה, יעליידי ייתכן שיהיה לו קל יותר להוכיח הפרת חוקק מאשר הפרת כטנדרט ברי 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-תביעה בגין הפרת חובה הקוקה, אך לא בגין עוולת הרשלנות. לדעת, 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 כטנדרט גבוה מזה של עוולת הרשלנות. באותם מקרים ייצא התובע בעדת-פתיחה טובה יותר אם תוקנה לי עילה בגין הפרת החובה ההקוקה.

29 ה"פ 106/84 רינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להסקת מים בע"מ, פ"ד (ל"ג) 1317, 1329.

30 עניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 462.

הלקוח בהשוואה לצד ג. על-כן, הבעיה העיקרית לגבי צד ג. תהיה להגדיר את תוכנה של החובה. לאחר-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 החוזית והנוזיקית. 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 והתבונה המתאימים והדרושים לטיפול בבעיה שלפניו, וכי ביכולתו לנהל את התיק במידת האחריות שבה תהא עורך-דין סביר נוהג בנסיבות העניין.<sup>32</sup> הפרת המצג תאפשר הגשת תביעה נזיקית. בקובעו מהו סטנדרט המיומנות והזהירות הנדרש מעורך-דין, נוקץ 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 כבסיס למה, ולעיתים אף מכריע, בקביעת רשלנותו של עורך-דין. לגישתו, בהתווייתם של כללי הלשכה, שהינם בעלי גוון עונשי-משמעתי, נוהגים זהירות ואם כבר נקבע תקן מסוים לצורך המלת אחריות משמעתי, "כמעט ניתן לוותר שקל וחומר שאותו סטנדרט כשר להיות בסיס לאחריות בנוזיקין".<sup>34</sup>

עד עתה הצגנו את הסוגיה של אחריות עורך-הדין מנקודת-ראותו של התובע-בבוח (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 הטגסה תוזה וגם זה הטוען בבית-המשפט עוסקים שניהם במקצוע עריכת-דין? מקורה של ההבחנה היסטורי אומנם, אך נפקותה עודנה מעשית ותקפה אף היום. באנגליה, העוסקים במקצוע עריכת-דין מתחלקים לבריטריס וסוליסטריס. סוליסטריס הם עורכי-דין המוסמכים לתת עצות משפטיות, לערוך עסקות משפטיות ולטעון ב"magistrates county courts".<sup>35</sup> לעומת זאת, הבריטריס טוענים בכל בתי-המשפט.<sup>36</sup>

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

32 עניין שרמן, שם, בע' 463. כמו-כן ראו י' שנהב וד' לריתן "אחריותו המקצועית של עורך-הדין, ביחול סיכונים וביטוח הבוח" 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 בפסקי הדין בעניין *Simons*,<sup>37</sup> היתה שלבריטנים צומרת חסינות (אם כי מוגבלת)<sup>38</sup> מפני תביעת רשלנות בנוזקין, החסינות חלה הן ביחס ללקוח והן ביחס לצד שכנגד. היא נוצרה לאחר שבית הלורדים נחק, מטעמי חסינות, תביעה נגד עורך דין שנטען לגביו כי ייצג את לקוחו ברשלנות בתביעה פלילית.<sup>39</sup> לעומת זאת, הסוליסטרים לא היו חסונים, 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 שהיא מייצג, אלא מהווה חלק ממערכת המשפט, או בלשון המשפטנים: an officer of the court.<sup>41</sup> לפיכך, ועל ימנת שימלא את תפקידו נאמנה, לא יטעה את בית המשפט בהסתרת סמכים ובתקירות העדים

37 *Arthur J S Hall & co (a firm) v. Simons; Barratt v. Ansell; Harris v. Scholfield* 3 All E.R. 673 (H.L.) [2000] 3 All E.R. 673 (H.L.) (להלן: עניין *Simons*).

38 להרחבה בסוגיית הניציל לרעה ראו להלן הדיון בחסינות פורמלית מול ריסון שיפוט, בפרק זה.

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, לפסקי דין זה. הבריטנים היו אומנם חסונים אף קודם לכן בפני תביעה היוזמת, שכן בניגוד לסוליסטרים, לא היה חובה כינם לבין לקוחותיהם, אך עניין *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 463, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.) פתח לפני "העולם כולו" - לקוחות וסאיגם לקוחות - את הפתח להגיש בגדם תביעה נזיקית שתתבסס על אמות-מידה של שכנות וציפיות, ולא על אמות-מידה חוזיות. עניין *Rondel* סגור פתח זה וביטל את חסינות עורכי הדין בצורתה המודרנית כאשר קבע את חסינותם המוחלטת בפני הגשת תביעה נזיקית שאינה מושתתת על חוות כלשהן. חסינות זאת אף הרחיבה הלכה למעשה את ההגנה על סוליסטרים שהיה ניתן להגיש נגדם, בסדר התבססה ההלכה, תביעה גם במסגרת כשירותם כסויענים בבית המשפט.

40 ההלכה הורחבה לסוליסטרים בהיק 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 תובת 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 לביה המשפט במילוי תפקידי השיפוט. בעד החבות שיש לו כלפי לקוחותיו, יש לו גם חבות אישית - בעורך דין - כלפי עצמו וחבות כלפי בית המשפט. נכונה היא העובדה, כי המירכבות האמורה של התפקיד מטילה על עורך הדין בכל בחד, אך אלה שמאפיינו של המקצוע המיוחד של עריכת דין." (ההדגשה שלי - א"י.א. עט ואתיקה 11 (נובמבר 1990) (דיון בסוגיית אחריותו של עורך הדין לאמיתות הסיוענים שהוא מוען בשם מרשו בבית המשפט); עט ואתיקה 43 (1997) (דיון בסוגיית התנהגותו של עורך הדין כאשר מטעם לקוחו מעיד עדות שאינה אמית); עט ואתיקה 40 (יוני 1996) (דיון בסוגיית חובותיו של עורך הדין כלפי בית המשפט, ענייתו למקצוע וטוטרות לשכת עורכי הדין; דר, לציל הערה 22, בע' 115-129; קלינג, לעיל הערה 22, בע' 347-349).

ולא יסתיר אי ימנע את זימונם של עדיימפתח, ניתנה לו חסינות. החשש התמידי מפני תביעה נזיקת 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 המתרת ומתהייבת – מסירות שתביא בסופו של דבר לירי עיוות דין וצרק ולמעילה בתפקידו הציבורי. לכן, 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-ישוא של דיונים משפטיים אך ורק כדי לרצות את הלקוח על-השבח 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 בטען, על-השבח הלקוח, והוא מהווה תריג 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 התלוי, 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> וכדיני הנזיקין בפרט.<sup>49</sup> כעניין של מדיניות כללית, אין בית-המשפט מעוניין ב"איי" חסינות ב"אוקיינוס"

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

43 *Ibid.*, at p. 999.

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

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

46 ראו להלן פרק זה.

47 ראו עניין אררת, 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. אדלטון (לא פורסם), דינים ועור (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו"ג 2002 ושם צומצמה הדוקטרינה של חסינות ריבון זר.

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

המשפט ובי"ם הנויקי, והוא מעדיף לשטר בידיו את האפשרות לכרוך את מעשי הצדדים המעורבים תוך הכרעה לגופי של עניין. אומנם, בדהותו 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, מיצוט תביעות נגד עורכי-דין בכל הקשור לדין בבית המשפט. מספר במוך 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-דין המצוטטים לעניין אחריותו המקצועית של עורך-דין בין כותלי בית המשפט הם בני

הנויקין מקרינה על היכולת לתבוע את המדינה באחריות שילוחית, אין לטנוע זאת כליל, ויש לאפשר זאת במקרים הנורים של רשלנות בוסה סאוד.

50 בניגוד למשפט האנגלי, דיני הנויקין שלנו חקוקים, ואין בתי המשפט רשאים לצמצם או להרחיב את תחולתם ככל הנראה להם בנימוק של טובת-הציבור. את זאת מטיק בית המשפט מסעיף 8 לפקודת הנויקין, המקנה לשופט או לבורר חסינות לגבי עולה שנעשתה בניילוי תפקידם. לדעת בית המשפט, מדובר בהסדר שלילי, לו רצה המחוקק להעניק חסינות גם לעורך-הדין, הוא היה עושה זאת מפורשות, כפי שעשה בסעיף 13(5) לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ס"ח 240, ומשלא עשה כן, אין עורכי-הדין חסינים. ראו עניין אדרת, לעיל הערה 6, בצ" 77-78.

51 רוגמות לכך ראו לעיל סקסט להערה 6.

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

עשרות ואף מאות שנים. יתר עליכן, כאותם מקרים העוסקים בתביעות מסוג זה, בין בארץ ובין בחוץ-לארץ, המגמה המסתמנת היא לפסוק לטובת עורך-הדין.<sup>53</sup> מדברים אלה עולה כי ליסיגטורים חשובים 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 פהות תביעות, ורובן יידהו?<sup>55</sup> טענתי היא כי הטיעון בבית-המשפט נרחב 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 תמום אחר המתאפיין בכל המאפיינים האלה או אף ברובם. מכלול זה הוא שמצדיק, ברוב המקרים, יחס שונה כלפי עורך-הדין.<sup>56</sup>

53 ראי, למשל, עניין אדרת, לעיל הערה 16; עניין גרפינקל, לעיל הערה 16; עניין בנקובין, לעיל הערה 6; עניין שטיינר, לעיל הערה 16; ת"א (ק. גח) 1047/94 יוסיפון נ' מזור ולא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יד 333 (להלן: עניין יוסיפון); ת"א (י"ם) 10903/96 רבני חברה לתובלה ולהצבורה בע"מ נ' אלעד (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טו 870; ע"א (ת"א) 1737/97 קקון נ' חוזה (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחז"ל, כו(1) 97.

54 בעניין אדרת הגיש התובע תביעה בגד הסניטורים שייצגו אותו כמשפט פלילי. טענתו היתה שהם התרשלו בייצוגו במהלך המשפט. בין היתר טען שהטענות הטרומיות של עורך-הדין לא היו מעוגנות בחוק או בהליגיון, שעורך-הדין סירב להקור עדים לפי רשימת שאלות שהבין לו, סירב לשאול שאלות שהיה מהובטו לשאול, לא הזמין עדים שהתובע ביקשו להזמין, ועוד כהנה וכהנה טענות. בית-המשפט המהווי טילק את תביעתו על הסף. הוגש ערעור לבית-המשפט העליון, ואף הוא נדחה. על-אף העובדה שבית-המשפט דחה את דוקטרינת החסינות, ולמרות הנתתו של בית-המשפט לצורך ההליך כי טענות התובע נמוגות, בית-המשפט קיבע שלא היתה החרשלות. לדיון מורחב ראו להלן טקסט להערה 160. עם זאת יש כאמור פסקי-דין אחרים שבהם התקבלה טענה של רשלנות, ביניהם עניין ינברג, לעיל הערה 6; ת"א (ת"א) 59069/94 ביסון נ' אהרונוסון (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יא 886 (להלן: עניין אהרונוסון); ת"א (י"ם) 101/95 שם טוב נ' רבינובניץ (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחז"ל, כו(1) 847; ת"א (ת"א) 46906/93 סטאר נ' שטורא, תקדין שלום, 30(96) 2595 (להלן: עניין סטאר); ות"א (עכו) 2660/92 סמנאן נ' כמאל (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, יג 21 (להלן: עניין סמנאן).

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 שתחום 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 "סנקציות" לפעולות "סהותיות". ככלל, ניתן לומר כי פעמים רבות יותר, ההיבטים של עבודת הראשון המגיעים לבהיגו של בית-המשפט ניתנים לאפיון בטכניים, פרוצדורליים. לעומת זאת, רוב ההיבטים של עבודת עורך-הדין בתוך כותלי בית-המשפט המגיעים לבהיגו של בית-המשפט ניתנים לאפיון כמחתיים. נפקות הבחנה זו לענייננו נעוצה בהנחה כי בעוד שהיבטים פרוצדורליים ניתנים לבחינה כיתר קלות לפי אמות-המידה של סטנדרט והירות, היבטים מהותיים קשים יותר לבדיקה (כגון איכות השיעור, איכות החקירה הנגדית וכדומה), מדברים אלה אין להסיק חלילה כי בעבודת עורך-הדין מחוץ לבית-המשפט אין פעולות שאופיינו כמחותרות, 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 השיבות רבה לגורמות השוורות גבית-המשפט ולשופט כמכותיב את הגורמות הללו. קיימת נטייה למלא את גורמות חברתיות גם אם אין בגיין סנקציה מיידית, נטייה זו גוברת כאשר הפרת הנורמה נעשית בפומבי 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 איתותיו באופן מידי, ועל-כן הוא נבדל מיתר המקרים שהפרת הנורמה אינה גוררת בהם בהכרח התייחסות כלשהי. כפי שגערט מרצה בסטודנט שלא הכין עצמו לשיעור עשוי להניע את הסטודנט, במקרים רבים, לשפר את דרכיו אף שאין לנויפה זו משמעות ישירה לעניין הציין (שכן המבחן הסופי נבדק בעילום-שם), כך גם השרת 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 רצינו לא התמלא.<sup>61</sup> לעומת זאת, במסגרת הדיון המשפטי מוצבות לעורך־דין נקודות ביקורת רבות עליידי בית־המשפט. השופט קורא את כתבי־הביעה ואת כתבי־הטענות ושומע את טיעוניו של עורך־הדין כמו גם את ההקירות שהוא עורך. עורך־דין אשר אינו מגיע מוכן לדיון יודע כי יתכזה בעיני השופט, וכי הלה יעיר לו על הכנתו הלקויה.<sup>62</sup> זאת ועוד, קשה להסתיר טעויות בדיון ואי־מוכנות. בניגוד, למשל, לגיתות שנערך בתדר סגור, ופרט לצוות הרפואי, אין יודע מה התרחש באמת, הדיון המשפטי מתנהל עליפי רוב בדלתיים פתוחות,<sup>63</sup> כאשר השופט (ובמידה רבה אף הציבור) משמש כמפקח; ולא סתם כמפקח, אלא כזה המתמצא בתחום. הסנקציה החברתית ואולי אף המשמעית<sup>64</sup> שעורך־דין שאינו עושה את מלאכתו נאמנה צפוי לה תניע 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 ביוקרתו המקצועית, ועליכן יעשה בכל הקשור לניהול ההליכים המשפטיים לפחות את המוצר 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 החוזה לא נכרת באופן נאות, שכן הדבר פועל לסובתו. יתר על־כן, כאשר הצדדים מיוצגים עליידי עורכי־דין, הכללים אף אופרים מפגישות על פנייה ישירה של עורך־הדין האחד אל הצד שכנגד, וזו צריכה להיפשות אף ורק באמצעות עורך־דינו של הצד שכנגד. ראו כלל 25 לכללי לשכת עורכי־הדין (אתיקה מקצועית).
- 62 כמובן שגם השיפוט 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־נומלין שבין עורך־דין ללקוחו מהוץ לכותלי בית־המשפט קל יותר לעורך־הדין "להרץ" את אי־מוכנותו באמתלה כלשהי או בכך שהלקוח אינו מתמצא בתחום. בבית־המשפט, לעומת זאת, כאשר השופט היא זה שמתח ביקורת, יהיה לעורך־הדין קשה הרבה יותר. עליכן, הסיכון לפגיעה במוניטין של עורך־הדין במסגרת הזירה המשפטית גדול הרבה יותר, וכאן התמריצים הטבעיים לנקוט באמצעי זהירות ולהכין עצמו כראוי למשפט.



יפגע ישירות בהכנסותיו. גם אם נסופו של יום לא נגרם ללקוח גזק ישיר, המגיעה בשמו הטוב של עורך־הדין שרירה וקיימת, זאת ואת ירצה למנוע.<sup>67</sup>

## 2. קשיים בביסוסה של עילת הרשלנות

### א. סוגיית הקשר הסיבתי ודיוק הנזק

הקשר בין תוצאות שליליות של הליך משפטי מבחינתו של הלקוח לבין התנהגותו של עורך־דינו אינו ברור כבתחומים אחרים וקשה יותר להוכיחה. גם עורך־דין מהשורה הראשונה, הפועל על־פי תקנים ראויים, עלול להפסיד בתיק "חלש". שלא כבעסקת סקר־קצין, שבה, בנסיבות מסוימות, לא־ירישהו של הערת־אזהרה עשויה להיות תוצאה חדי־משמעות של הפסד הנכס; ושלא כבעסקת מס, שבה, כתוצאה מטעות, יחויב הלקוח במס מקום שלא היה צריך להיות מחויב בו; בדיון המשפטי אין הדברים כה חדי־משמעותיים. איטון גישתו של הצד האחד והערפתה על זו של הצד האחר אינם גובעים בהכרח מרשלנותו של עורך־הדין, שכן מטבע הדברים, תמיד יהיה צד אחר שיזכה 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־סיעון, הוא נכלא לתקופה ממושכת. במקרים כגון אלה, על־מנת שתביעתו של ראובן תצליח, 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 מחליו 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 באירח סבעי, במהלכם הרגיל של הדברים, אלא נבע במישרין מעוולת לוי. הוכחת קשר סיבתי כזה, כאשר הרכיב של אי־דיוק הנזק מצטרף אליו, מקשה עד מאוד אה מלאכת התביעה.

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

<sup>67</sup> יהיה מעניין להיווכח כיצד תשפיע, אם התקבל, הצעת־החוק כדבר הכנסת שירותי טלוויזיה לבית־המשפט. זו תנדיל את השימתו של עורך־הדין, ועל־כן, לדעתי, תחוק עוד יותר את תמיצו לנהוג זהירות יתרה, אם כי היא עלולה ליצור תופעות־לוואי אחרות, כגון דרמטיות יתרה, נסיונות לארכת המשפט לשוא ועוד.

<sup>68</sup> לעיל הצ"ה 53.

היתה כי בעקבות רשלנותו של עורך־הדין, סירב בית־הדין לעבודה להכיר באירוע ככתאונת עבודה, בשל כך נגרמו לו נזקים שאותם הוא הובע מעורך־הדין. עליפי טענת התובע, רשלנותו של עורך־דינו באה לידי ביטוי בכך שלא תמך את תביעתו כבית־הדין לעבודה בחוות־דעת רפואית ואף לא הקר באופן נוקב את הצד שכנגד.<sup>69</sup> המוסד לביטוח לאומי, לעומת זאת, צירף הוות־דעת כזו, ובעקבותיה אף מונה מוכחה מטעם בית־הדין שקבע כי אוטם הלב שפגע בתובע לא נגרם כתוצאה ממהתה 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 שהתירשל, לבין הנזק שנגרם. לאחר דיון מעמיק בחוות־הדעת, ולאחר שבית־המשפט שם עצמו בנעלי בית־הדין לעבודה ובין מחדש את השאלה שעמדה בו לדיון עליסמך ראיות ומומחים נוספים שמונו, הוא הגיע למסקנה כי אפילו התירשל 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 עולת הרשלנות וכי דין התביעה להידחות. מדוגמה זו ניתן ללמוד שהלקוח יצטרך בדרך־כלל להראות כי שיעונו של עורך־הדין, אילו נערך בסבירות, היה מביא לידי כך שהלקוח היה זוכה במשפט;<sup>70</sup> כי העונש היה קטן יותר; הציצוי היה גדול יותר; וכדומה.<sup>71</sup> כדי להוכיח זאת, על הלקוח להתגבר על קשיים לא־מעטים.

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

בתביעה בגין אהריות 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 להולה 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, כמוזהר בתמום האורחי, תפקידו של עורך־הדין במהלך הדיון המשפטי היא להביא לחלוקה מחדש

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

70 א, למצער, שסיכוייו לזכייה במשפט היו גדולים יותר, ועל כך ראו להלן הדיון בהרחבת מבחני הקשר הסיבתי במסגרת התביעה הנוזקית בפרק ה(ג).

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

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

של הנזק. עורכי-הדין אמונים על שכנוע בית-המשפט בהשאת הנזק היכן שנפל או בהקצאתו מחדש. אם כן גרם ל"א נזק ברשלנות, סך העוגת החברתית קטן כבר בעת קרות הנזק. רשלנותו של עורך-הדין "רק" תביא לידי כך שמי שיישא בעלות הוא א, ולא ב - המזיק הרשלין. ניתן לטעון שרשלנות עורך-הדין בהקצאת הנזק, לפחות מבחינה כלכלית, אינה המורה כיצירתו של הנזק הראשוני,<sup>73</sup> ועליכן 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 הדין 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> עיול דומת מתרחש כאשר אדם נכלא לשנים רבות סאלה שהיו נזרות עליו אלמלא רשלנותו של עורך-הדין, אכן, התחום הפלילי יכול לשמש דוגמה טובה למקרים שבהם עורך-דין גורם ישירות לנזק במסגרת הדין המשפטי, אך הוא בבהינת 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 למצניי-שוא. כעור שנקבעו כללים מיוחדים לגבי מצניי-שוא הגורם נזק כלכלי, אין כללים מיוחדים לגבי מצניי-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 הרתעונו, אך אם אין מדובר בטעויות שיטתיות, תהיה הטיה כזו זניחה.

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

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

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

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

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

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

### 3. היחס "המועדף" שניתן לעורכי־דין בגין מאפייני המקצוע ואילווצי השיטה

(א) שינוי תוצאה – הפגיעה בעיקרון של סופיות הדין<sup>81</sup>

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

הועשו בדרך אחרת הבאים בטענות אל עורכי־דינם, אכן, במקומות אחרים בעולם אנו עדים לתביעות הנות יותר מסוג זה. ניתן להציע הסברים אחרים למיעוט התביעות, ראשית, המכשולים האובייקטיביים המקשים על אסירים להגיש תביעה משפטית, לבסס ולתפיע לברורה. שנית, הלכיה עשוי לחשוש שתביעה מסוג זה תגרור חיבה רחבה לגילוי ראיות העלולה להשוף דברים נוספים נגדו, במיוחד אם יוסר החסיון עורך־דין – לקוח (בניגוד לבקרים שמדובר בהם ברשלנות בעריכת עסקה מסיימת שרק היא הרלוונטית לעניין הגילוי). שלישית, האסיר מעוניין בעיקר בשחרורו, ופחות בקבלת פיצוי, אם כי משפטו נגד עורך־דינו עשוי ליצור הר ציבורי, במיוחד אם יוכה בו, ולהצגת העוול שנגרם לו בכלי־התקשורת. ייתכן שהדבר אף יהווה עילה למשפט חוזר. להרחבה בעניין זה ראו להלן הדין בנושא דיון חוזר בהחלטות שכבר ניתנו על־ידי בית־המשפט בפרק ד.<sup>81</sup>

על חשיבות טענה זו בדין האנגלי ראו להלן הדין סביב פסק־הדין התקדימי בעניין *Hunter v. Chief Constable of the West*, [1982] A.C. 529, [1981] 3 All E.R. 727 (H.L.) (להלן: עניין *Hunter*). כמו־כן ראו דברי הנשיא ברק במ"ח 7929/96 קדולי נ' מ"י, פ"ד נגו(1) 529, 559 (להלן: עניין קדולי) בהקשר של ערך סופיות הדין: "אין זה ערך של טה בכך, וזהו נקודת המוצא... אכן, 'מי שהיה לו יומו בבית המשפט, ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסיקה, אין זה ראוי לפתוח משפטים מחדש לאחר שנסתמרו. הפסיקה צריכה להיות יציבה ופתורה לשרת את ענייניהם של נאשמים אחרים, הממתנים לבירור משפטי...". ערך זה, של סופיות הדין, אינו שואב את כוחו רק מצורכייה של המערכת השיפוטית ושל מערכת האכיפה הפלילית: כוחו עומד לו גם מן האינטרס החיובי וההתעתי שביסוד פסק הדין...".<sup>82</sup>

דברים אלה, הכרוכים בסופיות הדין המשפטי, עולים גם בהקשר של פשרות ושל עסקות־טיעון. כך, תביעה נגד עורך־דין בעקבות עסקת־הטיעון פותחת למעשה פתח לדין חדש בעניין בשוא התביעה המקורית (במענה שעורך־הדין לא יידע את הלקוח בדבר האפשרויות העומדות לו או בדבר הסיכונים שהוא ניצב לפניו). 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 כתביעת פיצויים נגד עורך־הדין ובין שני תוגש בגין אי קבלת מלוא הפיצוי ותסתכם בהפרש שבין הסכים שהושג בהסכם הפשרה לבין הסכום שנתבע, ובין שני תוגש בטן אי־קבלת הסדר שגררה אחריה בוקים – דוגמת אי־קבלת צי־אניעה. תביעות אלה עשויות להגיע את עורכי־הדין לבעם בפשרות, העלולות להיות קרות מבהינתם, ולגרום בצעדים מוגזמים שאינם עולים בקנה אחד עם סובת הלקוח.<sup>83</sup>

כלומר, הכרה בתביעה בשל אחריות מקצועית מריבה בהודאה פומבית כי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בריון בתביעה העיקרית היתה מוטעית, וכי לו היה עורך הדין פועל כשורה היתה מתקבלת תוצאה שונה. אם ניקה לדוגמה את עניין יוסיפון, שציון לעיל, הרי שלנוכח העיכוב 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 גרתעים להודות בטעויותיהם,<sup>85</sup> הרי שאם השופט שדן בתביעת הרשלנות הוא איתו שופט שדן בתביעה העיקרית, יהיה לו קושי להודות שרשלנותו של עורך הדין הוליכה אותו שולל. אוסנם, השיטה אצלנו הינה אדוורסרית, ועל-כן ה"אָשָׁם" בטעות אינו מוטל לפתחו של בית המשפט, לפחות לא באופן פורמלי. שכן בית המשפט ביוון 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 הדין המשפטי,<sup>87</sup> כשלנו של עורך הדין נתפס, במידה מסוימת, גם ככשלונו 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 בהם 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 מילאה הרישת הקשר הסיבתי באשר "התובע הביא ראיות לכאורה שהיה בתן כדי לסייע לקבלת תביעתו המקורית. ראיות אלה מספיקות להוכיח קיומו של נזק במסגרת תביעת הרשלנות כנגד [עורך הדין]...". יחד עם זאת, בית המשפט מוסיף ומציין כי אין הוא קובע "ממצאים באשר ליחסים בין התובע לבין התובע המקורי, או באשר לתוצאה אליה היה ביהמ"ש מגיע בתביעה המקורית, שכן בתיק שבפניו] נשמע צד אחד בלבד - התובע". אולם בסופו של יום, התיצה שנוצרת, או עלולה לחיוצור, 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 "יירות הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503; ש' לוי "אקטיביזם שיפוטי בדיני 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 להרחבת בעניין זה ראו להלן הדין בהערה 124. עם זאת, גם הקצנה בעמדה שלפיה אין

ואת 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־דינו של בית־משפט (כל עוד לא בוטל סהמת שהושג במרמה או נחמת שניתן ללא סמכות) אינו מסוגל להויק, ונוקו אינו נזק כמשמעותו בפקודת הנויקין... ויש דברים בגו: לפסק־דין שיצא מתחת ידיהם, אחראים השופטים - ואין שום אחריות בגינם מוטלת על שכם עורך־הדין. תהא אשר תהא תוסד יעילותו של עורך־דין בטיעונו לפני בית־המשפט וואנן סהדי לשגגות לא מעטות, אין השופט יכול להסתגר מאחורי גבו של עורך־הדין ולהצמיט עליו את האחריות על משגגו. ואפילו נסתכל בפסק־הדין מבהינת 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 בטקרים כאלה, פסיקתו של בית־המשפט בתביעה המקורית אינה מנתקת את הקשר הסיבתי.<sup>91</sup> גם בעניין שרמן נקבע כי עורך־דין עלול להימצא תיב

להצהיר על רשלנותו של עורך־דין מטעמי אמן הציבור יכולה היא עצמה לפגוע בסופו של דבר באמון הציבור, במיוחד לנוכח מיעוט המשפטים החוזרים המתנהלים בארץ. לדיון נרחב בנישא, ראו לי שלף "על סופיות תדיון: על עשיית צדק במשפט פלילי: היהודים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי והגינה" קריית המשפט תשס"א (מ' שאווה עורך, תשס"א, כרך א) 133.

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

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

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

בעולת 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**

כמועל 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 בעולת הרשלנות באות על פתרון לפני חום ההליך ואינן מגבשות עילת-תביעה כלשהי.<sup>93</sup> כך, למשל, העיקרון של סופיות הדין, למרות חשיבותו במשפט

אינו נזק כמשמעותו במקורת הנדיקין (ניסח משולב). משמעותה היא, כי מי שמבצע פסק-דין, כל עוד לא בוטל זה למפרע, פועל מכת סמכות בדין, והוא נהגה איפוא מחסינות בפני תביעה. אך אין לאמירה זו ולא כלום עם האפשרות לתבוע בגין מעשה נדיקין 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 סבנית לכתב סענות 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 הוטצאה הודעה בכתב על כך למערער לפחות שבעה ימים לפני הדיון בערעור והמערער לא תיקן את הפגם או לא מילא את התנאי. (ב) הוטצאה הודעה לפי תקנת משנה (א) והמערער לא תיקן את הפגם או לא מילא את התנאי, רשאי בית המשפט, אם ראה טעם מספיק לכך, להתיר את תיקון הפגם או מילוי התנאי לפני הדיון בערעור, ולקבוע תנאים שיידאו לו צודקים בדבר תשלום הוצאות או בעניינים אחרים." כמו-כן ראו שיקולי-הרעת הנתן לבית-המשפט במסגרת תקנות 450-451 ותקנה 524. נוסף על כך, תקנה 524 קובעת סמכות כללית ושיורית לתקן פגם בהליך. עליפי התקנה: "בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, וליתן הוראות בדבר הוצאות או בעניינים אחרים ככל שייראה לו צורך, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה תן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין; ותוא הדין לגבי הרשם לענין פגם או טעות בהליך שלפניו."

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

הישראלי, אינו עיקרון מהחלט. המדובר בעיקרון שהוא פרי הלכה פסוקה, ובתי-המשפט שיטרו לעצמם את הכוח להגביל את תחולתו באותם מקרים שעיוות דין עלול להיגרם בהם.<sup>94</sup> הדברים אף מוסדרים לעיתים מכות 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 בקור 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 חריג-משמעות כי אסור שהדבר יפגע בלקוח או יגרום לו נזק, אך הם מרגישים כי לצורך סניעת 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 שבים הם בצד האחד של המתרס ומחזי ימיו בצידו האחר, ימנעו אם-כן להתנגד לדהיות

94 עניין זלסקי, לעיל הערה 23, בע' 97.

95 ראו סעיף 31 (א) לחוק בתי-המשפט.

96 תקנה 528 לתקנות סדרי-הדין האזרחי.

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

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

99 בעניין זה יש גיבוי סלא 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, חילש על ענייניו יקובע מדרג נורמטיבי. הכלל דורש כי עורך-הדין יגלה יחס חברי כלפי חברו למקצוע ולא יפגע ממנו כל הקלה שאין בה כדי לפגוע בעניינו של לקוח. אמור מעתה, מקום שיהיה באותה הקלה כדי לפגוע בעניינו של לקוח, יגבר האינטרס של האחרין והיחס החברי - שאף עליו אמון עוה"ד - יידחק לקרן זווית. תוצאה זו, המעדיפה בבירור את אינטרס הלקוח על פני היחס החברי - מתעממת במידה רבה נוכח ההנחה המצמצמת המופיעה כסיפה לכלל 26, והקובעת כי 'עניין סעיף זה, פגיעה בעניינו של לקוח' - פגיעה משמעותית שיש בה כדי לגרום ללקוח נזק של ממש". כאותו מקרה נקבע כי עשרים עד שלושים דקות הוא פרק-זמן המוערי שעל עורך-הדין להמתין לחברו בסרם "יחכוף" פסקי-דין; עט ואתיקה 53 (מאי 1999); בג"צ 4330/93 גאנב ב' לשכת עורכי הדין, פ"ד (4) 221.

100 ראו ההחלטה שתייבה עורך-דין להעביר לפרקליטית עותק שאבד לה מתיק החקירה; רע"פ 4474/99 מ"י נ' לגואל, פ"ד (2) 280.



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 אחר הצדדים מתנגד למתן ההקלה, בית־המשפט עשוי להתייר ואף לעשות כן ביוזמתו. לכן, לרשלנות שבניהול המשפט, ככל שזו קשורה לעניינים פרוצדורליים, תהיה נטייה להתמסמט, 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 לירי ביטוי? כאשר הדברים יוצאים מכלל שליטתו של בית־המשפט, בית־המשפט אינו יכול לדון בתביעה שהתיישנה. במקרים אלה הוא מוגבל מכות החוק, והדבר אינו נתון לשיקול־דעתו. מסיבה זו התיישנות התביעה תשמש כר נרחב לתביעות בגין רשלנות.<sup>103</sup> בוסף על כך, ניתן לראות את ההתיישנות גם באופן שונה. היא יכולה להיתפס לא כחלק מן התליך המשפטי (שלעורך־הדין יש בו "הסינות") 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 אמרות.<sup>104</sup> תוצאת התיישנות 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 לטיועון 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־תשבונו של הלקוח במערך היחסים שבינו לבין עורך־הדין.<sup>107</sup>

101 שם, שם.

102 אולם השוו עניין אהרונסון, לעיל הערה 54.

103 ראו, למשל, עניין שרמן, לעיל הערה נ, בע' 1463 י' שנהב ור' לוימן "אחריותו המקצועית של עורך דין, ביהול סיכונים (ביטוח חבות) הפרקליט לב (תשל"ח-תשל"ט) 163, 177.

104 בעניין זה ראו, למשל, ע"א 8001/95 קורן כ' ריסברג (כרם פורסס); כאשר התביעה שתיישנה היא מכוח חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, הנטל המוטל על התובע לצורך ביסוס הזיקה הסיבתית בין המעשה העוולתי לבין הנזק קטן יחסית, שכן התגנה היא שבמקרים הברורים, שאין בהם מחלוקת שמדובר בתאונת דרכים, מיה התובע וזכה בפצוי, וכל שנשאר הוא לאמוד את גודל הנזק.

105 אם כי לעיתים בית־המשפט צוער על־פי היגיון זה צעד אחד 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 חרימשמיעים כפגם התיישנות. כך, גם כאשר פקע מועד הערעור,

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

פעמים רבות מוטלות על עורכי־דין מגבלות חיצוניות הסקשות על בית־המשפט לבוא אליהם בטענות בנין פגמים דיוניים שנמלו במהלך המשפט ובגין ייצוג שהיה נתשב בנסיבות אחרות כבלתי־תואם את הסטנדרטים הראויים. לעיתים, השופטים עצמם "אשמים" בכך, ימי דיון רצופים וארוכים, אף שיתכן שיש להם הצדקות (כגון יעילות הדיון והרצון לסיים תיקים במהירות), מכתבים לעורכי־דין לחץ־זמן, ועליכן 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 להשתתרות 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) לתוק סדר הדיון הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982,<sup>111</sup> וכן סעיף 16 לתוק הסניגוריה הציבורית,

יצרך הלקוח להראות שהערעור היה משנה את ההחלטה הראשונית. אומנם, גם כהגשת הביעה בנין התיישנות יהיה על התובע להראות כי אלמלא ההתיישנות, היה יכול לזכות במליך, 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 הניעה עדיין, למיטב ידיעתי, לכלל דיון בבית־המשפט), והיא: האם במקרה שפסק־הדין מתפרק בערכאת הערעור ניתן להגיש תביעה על הפסד הדיון בערכאה הנמוכה, והאם בין שמדובר במליך ארזי ובין, ואולי בעיקר, שמדובר במליך פלילי? הדבר יבוא לידי ביטוי בעיקר במקרים שבהם הלקיח מחליף את עורכי־דינו בין הדיון בערכאה הראשונה לדיון בערכאת הערעור. אגב טענה שהוא לא יוצג כראוי. ניתן לסען לרשלנות במקרים שבהם ערכאת הערעור משנה את פסיקתה לטובתו ושאו יסען להתרשלות עורך־הדין בבית־המשפט קמא) או במקרים שבהם היא משנה את פסקי־הדין לדעתו (שאו יסען 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 להבין עצמם טוב יותר לו היה בידם זמן הכנה ארוך יותר.

109 אכן, לעורך־הדין יש אפשרות להשפיע על סדרי־יומו באמצעות אי־קבלת לקיחת 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 וואת בניגוד לקבוע בסעיף 23(2) לתוק ההודים (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: תוק 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 יאלץ עורך-דין לייצג את לקוחו אף שאינו הפך בכך, בין בגין הילוקי-דעות שהתגלעו ביניהם, בין משום שאין בידו הזמן 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 מהויב לקבל על עצמו לייצג כל אדם שפונה אליו.<sup>116</sup> אך בטרם הוקם המוסד של הסניגוריה הציבורית, ובמתוות שבהם לא קיימת סניגוריה ציבורית גם כיום, בסמכותו של בית-המשפט למנות עורך-דין לכאשם במשפט פלילי גם בניגוד לרצונו של הנאשם ואף בניגוד לרצונו של עורך-הדין עצמו. במקרים כאלה אין לעורך-הדין יכולת לבחור, לא רק לעניין הליכי ההשתחררות מהייצוג, אלא גם לגבי עצם קבלת התפקיד.<sup>117</sup>

בית-המשפט העליון הכיר במצבים מסוג זה כמתייבים התייחסות מיוחדת, אם כי לא בהקשר של תביעת ישירה נגד עורך-הדין, אלא בהקשר של בקשה למשפט חוזר. דוגמה טובה לכך יכול לשמש עניין קרולי,<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 הייתה כי נפלול פגמים בייצוג הנאשמים בהליך המקורי. בית-המשפט קיבל טענה זו כאחד הארגונים שהחלטתו נסמכת עליהם.<sup>119</sup> בעניין זה אמר הנשיא בריק את הדברים הבאים:

112 ס"ח 8.

113 אולם ראו סעיף 7(ג) לחוק סדר-הדין הפלילי, הקובע כי "הרשה בית המשפט לסניגור להפסיק לייצג את הנאשם מהמת שלא שיחף פעולה עם סניגורו, רשאי בית המשפט, על אף האסור בסעיף 15, לא למנות לנאשם סניגור אחר אם ראה שאין בכך להועיל".

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

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

116 להבדיל מהשתחררות מן הייצוג, כלל 12 לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), הקובע בדלקטון: "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו שלא לקבל ענין לטיפולו: התליט 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-ימה - על הרשעתם של המבקשים. בולטת מכל, לרעתי, עובדת אי-העדתם של המבקשים בערכאה הראשונה... כשל זה נתפס - ובצדק - על-ידי כל הערכאות שדנו בתיק זה, כיעקב אכילסי של תהליך כולו. תמוה הדבר, תמוה מאוד, הכיזד בחרו המבקשים - או באי-כוחם - שלא להעידם, שעה שבפני בית המשפט עומדות הודאותיהם ומימצאים נוספים ושעה שאי העדתם יכולה לשמש היוזק בפני עצמו... כשלים נוספים - שאינם שנויים במחלוקת - הם היעדרו של חומר החקירה בעניין חקירת השב"כ (שלא הובא ליריעת הסניגורים); זמן הכנה קצר למשפט ואי-נוכחות הסניגורים כולם בישיבות בית המשפט." (ההדגשות שלי - א' י.)

סביר להניח שמעשים ומתדללים אלה היו נתפסים בכל מקצוע חופשי אחר כסטייה מסטנדרט הסבירות המטילה אחריות נזיקתית;<sup>120</sup> אולם בהקשרם של עורכי-דין אומר הנשיא ברק כי היה נהוג 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 2476/99 סביחי נ' מ"י,<sup>122</sup> שם נטען כלפי עורכי-הדין, בין היתר, כי געדרו מישיבות וכי סיכמי 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 נקיפות אף תן ראייה לכשל בייצוגם. מוכן אני להניח, כי לא כל עורכי-הדין גבחו בכל ישיבה. אולם סיבו של ייצוג משפטי אינו נמדד על ידי רשימת נוכחות המוצבת באולם המשפט. לא הובאו בפניי ראיות של ממש לכך שעורכי-דין געדרו (בין כשיטה ובין בדיונים קריטיים) מדיונים שנענו, בראש ובראשונה, למרשיהם, וכי עקב כך נמנעה האפשרות לעורר נושאים וטענות 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 הווסא. על כן, כישלונם של המבקשים במשפט הווסא הגביל ממילא את יריעת המחלוקת בהליך העיקרי... בהתחשב בכלל

120 ראו והשוו אחריות ארדיכלים ומהנדסים מתוך א' זה דשלנות מקצועיות של עורכי הדין.

דופאים, מהנדסים וארכיטקטים (תוספת שישי, תשנ"ג), 581, שורת 3.

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

122 פ"ד נד"ב (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 לערור 'חשש של ממש' כי בהרשעתם נגרם להם עיוות דין.<sup>124</sup>

מדברים אלו עולה כי בית המשפט, כאשר הוא בוחן את סטנדרט הזהירות המוסל על עורך־דין, מייחס משקל גבוה לתכתיבים החיצוניים הנכפים עליו, ובשל כך הוא נוטה להקל עמו ביחס לפסיקה בתחומים אחרים.<sup>125</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 אתריותו 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 דבר עריכתו של משפט חוזר לענין הבותו של עורך־הדין בהליך אזרחי.<sup>126</sup>

אולם טענה זו, על־אף היותה לגיטימית מבחינה נורמטיבית,<sup>127</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 אייזן נ' מיי (טרם פורסם), פסקה 10: "...טענות המבקש לעניין זה הן כלליות וגורפות ואינן מצביעות, על פניהן, על כשל כה המור בייצוג היוצר עיוות דין. המבקש מלין, לדוגמא, על שבא כוחו לא נפגש עמו די הצורך, גבה ממני סכומי כסף גבוהים ולא מילא את כל הוראותיו והנחיותיו כאשר להבאת עדים ולהצגת שאלות בחקירה הנגדית, אפשר שאכן נחלעו מהלוקוח 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 תביא לזיכוי אינה מקנה למבקש זכות לשוב ולנסות את מזלו, באמצעות עורך דין אחר ולנהל מהדש את המשפט. שמה הפעם ייטב גורלו."

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

126 שיקולים שונים של הקצאת סיכונים, החשש לתתבולות שיירקמו בין עורך־הדין ללקוח וע"ד.

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

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

כפי שציינתי בתחילת המאמר, עורך-דין עלול להיתבע עליידי לקוחו, אך גם עליידי הצד שכנגד. החלכה היא שגם כלפיו חב עורך-הדין, במקרים המתאימים, חובת הידנות. אם כי זו שונת במהותה ובהיקפה מהחובה כלפי הלקוח. בניגוד ללקוח, שניתן לבסס לגביו, כפי שראינו, בעיקרון, עילה נזיקית בעוולת הרשלנות, לנוכח העובדה שיש מקור חובה שניתן להסתמך עליו.<sup>128</sup> הדברים קשים הרבה יותר כאשר מדובר בתביעת עורך-דין כלפי צדדים שאינם לקוחותיו. במקרים אלה יש למצוא מקור חובה שניתן להשתית עליו את האחריות. הלקוח שוכר את שירותיו של עורך-הדין, ועליכן קל לנו לומר שכבעל-מקצוע, עורך-הדין מחויב בסטנדרטים מסוימים. לעומת זאת, אם הצד שכנגד לדין המשפטי יסען לנזק בתוצאה ממעשיו של עורך-הדין, והמשפט יכיר בכך, ימצא עצמו עורך-הדין ברילמה קשה עד בלתי-אפשרית: לנזי לדאוג קודם, ללקוחו או לצד שכנגד?<sup>129</sup> עליכן, כעניין שבשגרה, ישתדל המשפט למעט בחברות 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 במימננות ובהידנות 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 ההגמוקות להצדקת החסינות היתה כי הכרה בתביעת רשלנות עלולה לפתוח פתח להכרת במשפטים הזורים בתחום הפלילי, ואם יסרב בית-המשפט לזיום משפט חוזר בסיטואציה כזו, יתערער אמון הציבור במערכת המשפט. עליכן אין להכיר בה מלכתחילה. אולם בתי-המשפט באנגליה למרו 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 למעס בקבלת תביעות נגד עורכי-דין לאהר שהדין כתיק הפלילי הכתיים לרעת הנאשם.

128 אין ספק שעורך-דין יכול לצפות שפעילה 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 מלכות, לעיל הערה 22, פסקה 10. כסודכן 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 ניזוק, 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 לכל יכשיל אותו במודע או בהיסחידעת גמור כאשר הוא יכול להנחת שהצד האחר סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו.<sup>132</sup> לעיתים, עליו גם לזרז שהצד שכנגד מבין את סיב העסקה שהוא עומד לעשות.<sup>133</sup> על-כך, צד ג, במיוחד אם מדובר בצד שכנגד, הרוצה להגיש תביעה נגד עורך-הדין, יצטרך להוכיח שעורך-הדין סטה מאהת מחובותיו המצומצמות שתוארו לעיל.

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

132 וכך נאמר בעניין שרמן, לעיל הערה 1, בע' 469-472: "החובותיו של עורך הדין אינן כלפי מרשנו בלבד, הוא חב חובות מסוימות גם כלפי יריבו וגם כלפי הציבור..." כבאנגליה כן גם אצלנו, יכול שעורך דין יישא באחריות לנזקיו של מי שאינו לקוח שלו בשל גזק שהסב לו. מקורה של חבות זו הוא בפקודת הנויקין [נוסה חדש]. שכן הנזק הוא בדרך כלל פועל יוצא של עוולה שעוול עורך הדין כלפי אדם אחר. התבות בנויקין נובעת כראש ובראשונה מעוילת הרשלנות... אולם היא אינה מצטמצמת בכך; שכן, עורך הדין ככל אדם אחר, יכול שיישא באחריות כלפי פליגי בשל מעשה תימית והטעיה... בשל גנישה... או, למשל, בשל הפרת חיבה 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 גורפים... מקרים קשים יותר הם אלה אשר בהם מייצג עורך דין צד אחר לעסקה, ומבקשים להטיל עליו תביעות גם כלפי צד אחר לאותה עסקה... ניתן לומר כי כאשר עורך-דין מייצג לקוח פלוני ואילו הצד האחר לעסקה אינו מיוצג כלל, גדרשות ממנו מיומנות וזהירות רבה יותר בהצגת העניין לכל יכשיל במודע אי בהיסח דעת גמור את הצד האחר, כשהוא יכול להנחת שזה סומך על אמינותו, יושרו ומיומנותו. יציין, כי חובותו של עורך הדין כלפי הצד הבלתי מיוצג עומדת על רגליה היא, ואין היא נגזרת או קשורה לחיבתו 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 לתוב בחובות של גילוי, אזהרה וחובות אחרות הנובעות ממעמד המיוחד כעורך דין, שלקוחו אינו חב בהם. זאת ועוד, במסגרת החובות כלפי צד שלישי, אף שאינו לקוחו של עורך הדין, ניתן להכליל כלל נוכח שראוי שיחייב את ציבור עורכי הדין; כשסדובר בעיסקה 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. הנה 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. ההשגה הוא, שציבור עורכי הדין יהיה מודע כי חבות כזו אפשרית וגם קיימת."

133 זר, 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 מקרבי 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 הידרה המשפטית, וכי יש מי שממוקם בעמדה טובה ממנו לעשות כן.

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

בקודה נוספת הראויה להתייחסות היא סוגיית הפשרות. טענתי היא כי פשרות המושגות במסגרת ההליך המשפטי נידונות במאפיינים טיחודיים 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 מהחוי לקוחותיהם יכולים לקבל לו היה מתקיים משפט.<sup>136</sup> הסוג האחר הוא בגין אי-כריחת 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 גיהול 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 חיבת מינוי. נוסף על כך, הנתבע אף יכול לפנות לסניגוריה הציבורית או לבית-המשפט, שימנע לו עורך-דין על-פי שיקול-דעתו. זאת להבדיל ממקרים אחרים, כגון עסקות במקרקעין, שבהם אין הצדדים מודעים לחשיבותו של עורך-הדין 'מהלישים לעיתים לוותר עליו על-מנת לחסוך בעלויות.

135 בין שמדובר בהליך עצמו ובין בפשרה או בעסקת-טיעון המישיגת אגב ההליך.  
136 ראי, 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 השדן יותר כלפי עורך-דין שדוחה הצעת פשרה כאשר הוא מקבל את משכורתו על-פי שעות, וכלפי עורך-דין שמהמר 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 התייצאה הוא להתפשר על-מנת לחסוך עבודה.) בעניין זה ראו להלן השרות 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> בחינת 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 לתעריך את סיכויי הוכייה במשפט לשם כריתת הסכם פשרה חייב להביא בחשבון את זהותו של עורך־הדין של הצד שכנגד, את זהות השופט והעדים, לתעריך כיצד יתפקדו העדים על הוכן ועוד, בהינתן הצעת הפשרה, על עורך־דין לבהון 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> וגוסיים ל־אקסיביזם

138 ראו: *Thompson v. Howley* [1977] 1 N.Z.L.R 16, פסק־דין שניתן בניו־זילנד היכול לשמש דוגמה טובה לשעות פרוצדורלית שגורה הנות משפטיות. באותו מקרה הוסמך עורך־דין על־ידי לקוחו לפתוח בתביעה נגד צד שלישי. אותו צד הציג לעורך־הדין הצעת פשרה. עורך־הדין תעביר אומנם את הצעת הפשרה ללקוחו, אך הוא שגה במסירת פרטי הפשרה. הלקוח הסכים לפשרה, אך גילה לאחרי־מכן כי הפשרה, לנוכח טענתו של עורך־הדין, טובה הרבה פחות משהשב, על־כן תבע את הותרה מעורך־דינו. בית־המשפט פסק כי אף־על־פי שהיתה לעורך־הדין סמכות להתפשר, סמכות זו ניתנה על־סמך הפרטים המוצגים שטרם עורך־הדין ללקוחו, ומכיוון שהפשרה הופיעה לא שיקפה את רצון הלקוח, היא 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 6 (פברואר 1990). כטויכן נקבע כי עורך־דין אינו רשאי להתפשר בשם לקוח שניתק עימו קשר גם אם יש בידוי 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' רוטש "כבוד הדדי בבית המשפט" הגלימה: בטאון ועד מחוז ח"א של לשכת עורכי הדין 14 (אייר תשנ"ח) 8. באותה כתבה תיאר עורך־הדין מקרה שאירע לו: "לא זימן הופעתו כתיק אזרחי בפני שופט מחוזי נכבד וכאשר לא הסכמתי להצעת הפשרה שהגיע, אמר לי בכעס בהאי לישנא: אם זה מה שאתה אומר, אין לי מה להבר איתך!!! וגשאלת 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) להוק בתי־המשפט; סעיף 4(ג) להוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234; תקנות 140, 140כז, ו'445 לתקנות סדר־הדין האזרחי.

פיטוריו"<sup>142</sup>. המערכת עמוסה וכורעת תחת הנטל.<sup>143</sup> תיק שנסגר בפשרה היסך 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 במצא כיום, למיטב ידיעתי, הנהיות שיורו לשופט כיצד לנהוג כאשר הוא מסייע לצדדים להתפשר, ואף לא כללי אתיקה או סטנדרטים ברורים באשר לאסור ולצוטר בתתום ברוץ זה.<sup>146</sup> לא נותר לשופט אלא

142 דאו בעניין זה י' אלרואי "הפיטור השיפוטי והגישור" עלון השופטים בישראל: URL: <http://www.court.gov.il/mishpat/html/alon/index.html>: (4.9.01)

143 דאו ח' פאל "מורטוריום לשופטים הגלימה: בטאון ועד מהוו ח"א של לשכת עורכי הדין 19 וכסלו תשנ"ט) 13. שם מתייחס הכותב ללחץ הכביר שהמערכת מצויה בו - לחץ המניע את השופטים בכל הערכאות לקצר את הדיון, להפסיק טיעונים בעיצומם, להאריך את שעות הדיון עד כדי ציפוף בלתי-נסבלת ועוד. הפתיח החלקי שהכותב מציע הוא מתן מורטוריום לשופטים מלגמק את בסקי-הדין שהם בותבים. היעדר הנמקה יקשה עוד יותר על מתיית הביקורת על מעשי עורך-הדין ועל ההתחקות אהריהם ואחר השפעתם על פסקי-הדין הכופי.

144 קיימות שיטות רבות לדרבון הצדדים להגיע לפשרה, מהן תוקפניות פחות ומהן תוקפניות יותר. כך, שופט יכול להסב את תשית-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 שגראה לו היגן בנטיבות העניין: השופט יכול גם "לחתוך את ההמרה" שבין הצדדים בנקודה כלשהי מבלי לברוק 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: בנוסיונות שכנוע בטענות משפטיות או עובדתיות בדבר חילשת 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 גזרו, 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 יתאזמו את התנהגותם לזו שנדמה להם שהשופט דורש במקום להתאימה לצרכי לקוחותיהם. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 71-72. ככל שהגבר מידת התוקפנות שבשכנוע, כן יקשה יותר על הלקוח לטעון נגד עורך-דינו על שהסכים לפשרה.

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

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

להפעיל את שיקול-דעתו מבלי שיעמדו לרשותו הנחיות שימנעו אותו מלתזור על שגיאות שעשו אחרים לפניו.<sup>147</sup> הלקוה, שנוכח בדיון בדרך-כלל, בחשף ל"אקטיביזם פישורי" זה. פעמים רבות השופט מפנה את ההצעות בעקיפין אליו, מובן שכאשר הלקוה 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 הלקוה נגד עורך-הדין – לאחר שנחשף לדברי השופט – סביר להניח שתידחה, שכן השופט עצמו רמז 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 הסוטה 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 11 לבית-המשפט העליון לכללי אתיקה שיבוטית, (תשנ"ג-1993). כמדין ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 69-70.

147 אלרואי, שם, שם.

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

149 בעלי-הדין או עורכי-הדין המייצגים אותם עלולים לדאוג בהמלצת שופט רמז באשר לתוצאה שאליה יגיע אם יכריע בתיק (הגם שאמירה זו של השופט תלויה במידת יריעתו את עובדות המקרה. בההלטה 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 מהיות הבעת דעה ואף לא ישפיעו על התיצאה 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 ירק משום שזו עצת השופט. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 75-76.

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

151 מתקדים מראים שיש בקרב עורכי-דין אהדה להצעת פשרה הנראית הוגנת בעיני השופט, שכן זו מסירה מהם חלק מנטל האחריות כלפי הלקוחות, שם, בהערתי-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 לחוספת נאמרו: "בעלי הדין מסכימים כי העובדה שהם לא הגיעו להסדר פישור או

אחד הובותיו הפרוצדורליות – יהיה כנועם תמיד "חסין" בפני תביעה משפטית בשל השגת הפשרה בין כותלי בית המשפט.<sup>155</sup>

היגיון דומה הל על כריתתה של עסקת-טיעון במסגרת ההליך הפלילי.<sup>154</sup> כידוע, עסקת-טיעון נעשית בין התביעה לבין ההגנה כאשר 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 האחרים, במסגרת המשפט הפלילי שמורה לשופט זכות וכו – הוא אינו מחויב לקבל את עסקת-הטיעון, זכות הוטו מופעלת איננה 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 הוטו של השופט יש משמעות רבה כאשר לאחירותו של עורך-הדין הכורת את עסקת-הטיעון.<sup>157</sup> למעשה, במקרים רבים היא תכשיר את מעשיו, גם אם לא באופן פורמלי. הטיעון יהיה כדלקמן: לו היה בעטקה אירצוק 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 שבני רצון מההסדר שהגיעו אליו, לא תשמש עילת תביעה נגד המפשר, וכי ככפוף לסעיף 6 להסכם זה אין המפשר אחראי לתוצאת הפישור.<sup>153</sup>

153 אכן, רבים באנגליה המתנגדים למעורבות השופט בפישור. החשש הוא שסמכותו של בית-המשפט עלולה להיפגע אם יתערב במשאומתן בין הצדדים או אם ייווצר כצינור רושם שהוא עושה זאת. דמותו של שופט ה"common law" המיפוסית היתה אדם סמכותי המרוחק ומורם מעם, שהפקידו אחד בלבד: לשמוע את טענות הצדדים ולנסח את המחלטה השיפוטית. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 73.

154 אם כי לרוב, הריצובל 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 יהיה שעל דופק 7000 תיקים בשנה: שיחה עם עו"ד נורית שניט פרקליטת מחוז המרכז הגלימה: בטאון ועד מחוז היא של לשכת עורכי הדין 17 (אלול תשנ"ח) 4.

155 או לתלופין גזירת עונש ללא הרשעה.

156 אם כי, בניגוד להליכים אחרים, משטעותה של רשלנות עורך-הדין כאן היא שהנאשם ייכלא לזמן קצר או ארוך מזה שהיה נגזר 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 הרחיקה גורם וד מתערב המנתק את הקשר הסיבתי בין רשלנות עורך-הדין בהשגת העסקה לבין התוצאה הכופית. אולם השור עניין גורדון, לעיל הערה 28, בע' 143-145.

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

**(ו) 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, בפסקי-הדין בעניין אדרת נצה בית-המשפט לצמצם את חובתו של עורך-הדין לכדי תחובה להפעיל שיקול-ידעת. משעשה זאת, ייתשבו מעשיו או מהדליו טעות שבמסגרת שיקול-הדעת שאינה גוררת עילת-תביעה בגין רשלנות. כך נאמר בפסק-הדין:<sup>160</sup>

"סיכומי של דברי אף בהנחה שצורך המערער בהשגותיו, שהשאלות שלא נשאלו עליידי המשיבים צריכות היו להישאל, והטענות שלא נטענו צריכות היו להיטען, והטענות שנטענו אסור היה להשמיען – אין השגות אלה וכיוצא באלה מזלות עילת תביעה בשל רשלנות, והוא מפני שהחובה שהייתה 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 כרי התרשלות."

אומנם, נישנו זו של בית-המשפט נכונה למשפט הישראלי של שנת 1976, ומתייחסת לעולת הרשלנות, ולא לאפשרויות תביעה אחרות, דוגמת הפרה של חובות אמן. מאז הלך התפתחות רבות במשפט בכללו ובעולת הרשלנות בפרט. יתר עם זאת, יש בציטוט זה כרי להעיד על נטייה למעט בהתערבות במעשיו של עורך-הדין בכל 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 ממצואות יומיומיות 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 מזו – טובה עד כדי כך שנהיגה עליידי 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 הנגיעות בכל-זאת לבית-המשפט, אלה אינן מתקבלות לרוב מהסיבות שצויינו לעיל.

#### ד. שינויה של הלכת החסינות האנגלית

השיטה שבה בחר המשפט האנגלי דומה אספן לזו הנהוגה בישראל. בפסקי-דין תקדימי של בית-הלורדים, שניתן ביולי 2000, גהפכה 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 עומרים לפניו עדיין חסמים רבים שיקשו עליו לזכות בתביעה כזו. בשורות הבאות אפרט את עיקרי פסקי-הדין.

פסקי-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 סוליסטורים במקצועם, טענו לפני בית-המשפט של הערכאה הראשונה כי חלה עליהם חסינותו של המייצג בבית-המשפט, ועליכן יש לדרות 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 שבגינם 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 Millett. 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 חסוגיה האחרת היא

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

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

כיצד ישיע 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 עלידי הגשת תביעה נוספת בהליך אחר.

לורד Steyn יוצא בתווך-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 השתתפים בו לגבי פעילות או החלטות שהתבררו בריעבד כמוטעות ואשר נבעו משיקול-דעת לקוי, אלא אם היה שיקול-הדעת מוטעה באופן כה קיצוני שזוהם בעל-מקצוע סביר, מיוזע ומיוסן לא היה לוקה בו. כמו-כן, המשפט המקובל מביא בחשבון את נסיבות הפעלתו של שיקול-הדעת ואת האופן שבו התחלטה 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 חרות-אסון. אולם לא המנתה ואף לא בעלי-המקצוע האחרים חסינים בפני אחריות, ובית-המשפט אינו סבור כי היעדר החסינות מונע אותם מנתינת מיסב השירות ללקוחותיהם. בדעת הרוב מביאים לורד Steyn ולורד Hoffmann נימוקים אלהים 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 סוליסיטורים), ומשמעותו היא כי בדומה לנהג מוניתי, שאינו ראוי לבחור את נוסעיו, ומרגע שעצר, הוא מחויב לקחת אותם למחוז חפצם, כך גם בריסטרים אינם רשאים לבחור את לקוחותיהם. עיקרון זה שימש אחד הסיוענים העומדים ביסוד החסינותם 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 דוחה עיקרון זה, שכן, לדבריו, השפעתו בעולם המעשה קטנה, מה גם שהיא 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 לרעה הרוב בעניין *Saif Ali v. Sydney Smith Mitchell & Co.* (H.L.) 1033 [1978] 3 All E.R. 198, [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 תהום 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 לרועין 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 שבמי שעד באנגליה הסיז לחלוטין מפני תביעה אזרחית באשר לכל דבר שהוא אומר בעת הדיון המשפטי,<sup>167</sup> כך גם עורך־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 הופש הביטוי בבית־המשפט והשיפת האמת. הציבור רוצה לתמוך עדים להביע את דעתם בתופשות, 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 המסתתפים 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> השש זה קיים גם בתחום האזרחי, אך הוא גדול יותר בתחום הפלילי.<sup>171</sup> הטענה היא כי מורשעים בהליך פלילי שזכו במשפט היגן ובכשלו

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

<sup>167</sup> ועל־כן לא ניתן להגיש תביעה נגדו בגין הוצאת ריבה, בגין אמירת דבר שקר בממוקן, 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 סופיות 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 מכות חוק או פסיקה) לקעקע את ההחלטה הפלילית באמצעות הגשת תביעה אזרחית נגד עורך-הדין על שהתרחש בייצוגם בהליך הפלילי.<sup>172</sup> הטיעון שרווה בפסיקה היה שכדי למנוע תופעה זו, העלולה לגרום פסיקות סותרות באותו עניין, יש להעניק לעורכי-הדין חסינות. שיקולי מדיניות ציבורית דורשים שמורשע הרוצה לשנות את החלטה שניתנה נגדו יעשה זאת באופן ישיר,<sup>173</sup> ולא בעקיפין, באמצעות הגשת תביעה נגד עורך-דינו.<sup>174</sup> הדבר בעייתי במיוחד בתהום הפלילי, שכן או יעמדו בעינין שתי החלטות סותרות, והארם 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 אזרחית המאזרחת 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 כאנגליה ניתן לתבוע רק את עי"ך-הדין המייצג, שכן ההלכה היא שהתובע אינו חב חובת זהירות כלפי התבוע, 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 כאנגליה קיים מנגנון נוסף שבית-המשפט מצביע אף עליו, והוא במקרה שפקעה או סוצתה זכות הערעור. עניין *Simons*, *supra* note 37, at p. 681, line 9.

174 הגשת תביעה כזו עלולה להיחשב גיצול לרעה של הליכי משפט. הקביעה שמדובר בגיצול 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 טאפשרת דחייה של תביעה בהליך אזרחי המבקש לפתוח בעקיפין הליך פלילי, לא רק, ואף לא בעיקר, במקרים שאין התובע יכול להוכיח בהם את תביעתו או שמדובר בתביעת-סרק. לרעתם, ייתכן שעל-פי ההלכה בעניין *Hunter* ניתן לדחות על הסף תביעה נגד עי"ך-דין גם כאשר סיכויי של חלוקת להוכיח אותה טובים (דהיינו, שאין מדובר בתביעת-סרק) בנין העיברה שקבלת תביעה כזו תוריד את קרנן של סחנות-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 אזרחי).

176 עניין *Hunter*, *supra* note 82. פרשה זו עסקה בשישה אנשים שהורשעו בפלילים על-סמך הודאתם בעקבות הפיצוץ בברטינגהם (1974) שהוללה המתתרת האירית. הנאשמים טענו במהלך המשפט כי החוקרים היכו אתם, וכי ההודאות המרשיעות נסחטו מהם באמצעים שאינם כשרים. בית-המשפט ערך משפטי-זוטא (*voir dire*), והתליש כי התביעה הוכיחה שעל לכל ספק סביד שהנאשמים לא הוכו. בסיפו של דבר הם הורשעו וחויבו בדיון. 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 הנפלים במסגרתה. מתן חסינות לעורכי-דין יוצר חסמים קטיגוריים שאינם מוצדקים, בעוד שניתן לטפל בבעיית התקיפה העקיפה בדרכים אחרות, ללא המלת נצל כבוד מדי על המיוצג.<sup>178</sup> אין זה נכון ואף לא צודק להשתמש בטיעון של מניעת דיון

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

177 בית-הלורדים גרס כי בעניינים אלה ניתן להצביע על שני סיגים של שיקולים: אלה הקשורים לצדדים לדיון ואלה הקשורים לאינטרסים של החברה והמדינה. השיקול הקשור לצדדים, הבא לידי ביטוי בדלת-אמותיה של רוקמדינת מעשה-בית-דין ודוקטרינות דומות של השתקים למיניהם, הוא כי אדם לא יוטרד פעמיים בשל אותה סיבה. לעומת זאת, גם למדינה יש אינטרס שתביעות לא יועלו לדיון פעמים מספר, שכן יש בכך נובו משאבים הברתיים. 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 ארחי על-מנת לעקף את המרשעה הפלילית תהווה חוקה לכאורה (*prima facie*) לניצול לרעה של הליכים, וככזו היא תימחק על הסף. בהקשר זה, תביעה נגד עורך-דין אינה שונה מכל תביעה אחרת. ניתן 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 המרשע מצליח באופן כלשהו ומטעמים כלשהם להתגבר על החסמים הפרוצדורליים שהציבה ההלכה בעניין *Hunter*, לא תחסם תביעת רשלנות נגד מדיסטר טטעמים של טובת הציבור. (אולם גם במקרה כזה ייתכן שתביעה נוקיית אורחית בגין רשלנות תידחה בשל היותה "unsustainable under the new flexible Civil Procedure rules, 1998: CPR 3.4(2)(h) and 24.2." *Hunter*, *supra* note 82, at p. 681. בית-המשפט טחיל עקרינית גישה זו גם על התחום האזרחי, אם כי הוא סבור שבתחום המשפט הפרטי ובהליכים אזרחיים, להבדיל 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

עקף הודו כהצדקה למתן חסינות לעורכי־דין בשל מעשים רשלניים שעשו במהלך הייצוג בבית־המשפט. יש בכך טיפול בבעיה אמילית, אם כי בדרך הלא־נכונה.<sup>179</sup> בהקשר של שאלת החסינות והתקיפה העקיפה עלתה לדיון גם סוגיית הקושי הראייתי.<sup>180</sup> על־פי טענת זו, קשה מאוד לדעת מה היה קורה בהליכים מוקדמים יותר לו היו מתנהלים באופן שונה. בחינתו של בית־המשפט הינה השערות בהגדרה, ולפיכך יש למחוק את התביעה המאוחרת על הכף, בית־הלורדים דחה טענה זו בהבהירו שקשיים ראייתיים אינם יכולים לשמש נימוק לחסינות. הגטל להוכיח את רשלנותו של הכריסטר מוטל על התובע, וייתכן שהוא לא יעמוד בו ויפסיד במשפט. אולם אין בגטל זה כדי למנוע מתובעים שבדיהם ראיות שרשלנותו של עורך־דינם גרמה להם נזק זכיה 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 והיו מיעלות לפניו טענות שונות; עדים שונים/אחרים/נוספים היו נקראים לדוכן העדים ואף בחקרים 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. תפקודו של עורך־דין אינו מתמצה בייצוגו של הלקוח; הוא נתפס גם כנציג המערכת המשפטית. שיקול זה מורכב משני שיקולי־משנה. האחד הוא שבית־המשפט ניוון מפיו של עורך־

הפסיקה המאוחרת גם על צדדים שלישיים, שאו יהיה על בית־המשפט לשקול את הפעלתו של הלכת *Hunt*. הדוגמה המובאת בפסק־הדין היא של תביעת רשלנות מקצועית המוגשת אגב תורשלות עורך־דין במשפט של הוצאת לשון־הרע. נגיש ששבעון נתבע בגין הוצאת לשון־הרע על ראובן, והפסיד. בכך, למעשה, סוהר שמו של ראובן. אולם משמעות קבלתה של תביעת הרשלנות היא שאילי לא היה עורך־הדין מתדשל, היה שמעין זוכה במשפט. יש לכך השפעה ישירה על שמו הטוב של ראובן. שמו הטוב של אדם אינו רק עניין שבינו לבין הצד שכנגד. מתר גיסא, לא יהיה חוגן לפסוק בעניין מבלי שהוא יהיה צד לו. ומאידך גיסא, לא יהיה חוגן 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 ההשש מפני פסק־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 הסבועה שנקבעה בעניין *Hunter*.

180 עניין *Simons, supra note 37*, at p. 699. כמו־כן, להרחבה בסוגיית הקשר הסיבתי וריחוק הנזק במשפט הישראלי ראו הדיון לציל בפרק גא.

181 *Ibid*, at pp. 681–684, 692–694.

הרין, ואסור שהפרקליט יטעה אותו או יבזבז את זמנו. המערכת המשפטית מעוניינת להניא את עורך-הדין מלבזבז זמן לריק בטיעוני-סרק, מלהציג לפני בית-המשפט חצאי-אמיתות, מלהסתיר הלכות שנהפכו וכדומה. בעניינים אלה אף אסור לעורך-הדין להישמע להוראות הלקיח, הסעונין תכופות להציג את הדברים בצורה מעוותת או לבזבז את זמנו של בית-המשפט בנכונות עקרים לדלות מידע שאינו קיים. בשנת 1967, כאשר הועקה לעורכי-דין החסינות בעניין *Roudel*, סברו הלורדים השופטים כי ללא מתן החסינות, יכרסם החשש מפני תביעת רשלנות בנאמנותו ובהוכחותיו של עורך-הדין כלפי בית-המשפט, הוא יעדיף לרצות את הלקוח לנוכח סכנת התביעה הנשקפת לו מפני והאיוון העדין שמערכת המשפט מושתתת עליו יתערער. הלקוח עלול לא להסכים למעשיו של עורך-דינו, להתנגד להם ולהביע הסתייגויות ומורת-רוח חריפה, וצידו באפשרות של תביעה בזיקת 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 היחסים 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 שעלולים

182 בפסק-דינו אין בית-הלורדים השיגו על ההלכה בעניין *Roudel*, שהייתה יפה בשעתה, אלא אומר ש"מאז השתנה הצולם: 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. התמריצים התוספים בהמשך קיום התוכנית כלפי בית-המשפט, על-אף הסרת החסינות, הינם העובדה שעורכי-הדין הינם ישרים ומצפוניים, ואין הם זקוקים לתמריצים נוספים על-ימנת למלא מלאכתם באמנה. זאת ועוד, יזקרתו המקצועית של עורך-הדין בעיני

להיות מופעלים על עורך-הדין, אך הוא מציין כי האיום בתביעת רשלנות בזיקת 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 בנוזקין. עריכת המאון הכולל מביאה את בית-הלורדים למסקנה שאין בגימיקי הנגר כדי להצדיק את המשך מתן החסינות.

בית-הלורדים דוחה גם את הטענה שלא ניתן לערוך מאון עלות-תועלת המבוסס על שיקולים רציונליים, וכי עצם האפשרות של תביעה בזיקת תיצור עריכת-דין מגגנתית. הוא מבסס את דבריו על נתונים אמפיריים. בשנות התשעים נעשה שינוי חקיקתי שהשפך את עורכי-הדין הבריסטרים 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, מביסס הם. אילו היתה הטענה בדבר יצירת עריכת-דין מגגנתית 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 שוגגת פרקטיקת הטוען בבית-המשפט ונעשתה מגגנתית יותר. בית-הלורדים סבור שגם ביטול החסינות בפני תביעת הלקוח לא ייצור שינוי כזה.<sup>186</sup>

כבריו, 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 חיובותיו בקפדנות. זאת ועוד, ברקע הדברים עומדים הליכים משמעותיים שניתן להפעילם נגד עורכי-הדין שסרחו. (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 שירתו את עורך-הדין מלסטות מדרך-הישר.) הסיבות שעלולות לגרום פגיעה באיוון הערין חקיים כיום הינן שעורך-הדין לא ירצה לזהות את בקשות לקוחותיו פעמים רבות מדי, על-מנת שאלה לא יסרבו לפרוע את שכר-סרתו או יתמהמהו במכוון בעניין זה. יתר על-כן, לקוח שלא התרצה, קסנים הסיכויים שייטה לשכור פעם נוספת את שירותיו של אותו עורך-דין.

185 עניין *Simons, supra note 37, at p. 694, line 22*.

186 לשם הוכחת דבריו, בית-הלורדים אף בוהן משפט משווה. בעוד שבניו-זילנד ובאוסטרליה הדין התל על עורכי-הדין הטוענים בבית-המשפט דומה לדין האנגלי שנגזר מן ההלכת בעניין *Rondei*, בקונסיגנט אין הסיגות 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 הקונסיגנט 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, ובשיטת משפט, הוא דומה לו יותר מאשר שיטות המשפט הקונסיגנטליות. למרות זאת, אין בקנדה חסינות זה יותר ממאה שנים, ונראה שזו לא חסרה להם על-מנת לעודד את עורכי-הדין למלא את חובתם כלפי בית-המשפט.

השיקול האחר ענינו הקושי הכרוך בעבודתו של עורך־הדין, נאמנותו החצויה של עורך־הדין מסבכת את מלאכת הליטיגציה, וקל מאוד לעשות מה שגראה בדיעבד כטעות שבשיקול־ידעת. לפיכך לא יהיה זה הוגן לחשוף את עורכי־הדין העושים את מלאכתם נאמנה למטח של תביעות קנסרניות מצד לקוחות מרוגזים שהפסידו במשפט. בית־הלורדים סבור כי לטעון זה אין מעמד עצמאי. קיימים מקצועות רבים הכרוכים בשיקול־ידעת רגיש, וליטיגציה אינה המקצוע היחיד המערב נאמנות כפולה. עליכן אין לייחר 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 לפסוד אותו כליל מתביעות נזיקין, ואפילו יהיו רבות מהן קנסרניות.<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 מציינ 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 כחשבון את העובדה שבדומה למפקד בקרב, הנאלץ פעמים רבות לפעול במהירות, תחת לחץ וערפל קרב, תוך התעלמות מהנעשה במתנה הריב, גם עורך־הדין אינו יכול להיבנע טעויות, ובהינתן מעשיו בדיעבד עלולה תכופות להעמיד בסימן־שאלה את חוכמתו. הטיעון לפני בית־המשפט הוא יותר אובננות מאשר מדע, והוא אינו פועל על־פי ניסחה. על־כן, על־מנת להוכיח שעורך־דין התרשל, יצטרך התובע להראות לא טעות סתם בשיקול־ידעת, כי אם טעות שעולה כדי רשלנות ממשית. מכל מקום, העובדה שהתובע יאלץ 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 לתילים אחרים או לבני משפחתו של החולה, ואיש לא העלה על דעתו אפשרות להעניק להם חסינות מפני תביעה משפטית נזיקית בגין רשלנית מקצועית, 187: 44 *supra*, Rogers.

188 ככך נדחתה 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 נרמה גם לכך שלתביעות אלה לא יימצאו בנקל מקורות מימון ציבוריים.

נכונה שלא בנקל יצליח לעבור אותה.<sup>190</sup> זאת ועוד, השיפס Steyn מציינ מפורשות כי האמון הציבורי במערכת המשפט אינו מתחזק עליידי מתן הסינות לעורכי־דין, והוא מכיף:<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 עריך 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 הורח 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 צורך־הדין שסרת במקומו. היעדר חסינות פורמלית מאפשר התערבות משפטית, אך אין בו כדי להנחות את בית־המשפט באילו מקרים להתערב ואיזה סעד להעניק. רעתי 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.

### ז. חסינות פורמלית מול ריסון שיפוטי

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

עורך-דין מהווה מעשה של רשלנות המצדיק פיצוי, וזו תיבדק לאור הפרקטיקה הרווחת, אם עורך-דין פעל ביושר, כחריצות ובשקיפה, כאשר בראש מעיניו 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-דין מעין חסינות דה-פקטו במסגרת הדיון המשפטי, הפעילות של פריכת-דין זוכה ברוב היתרונות שהיא קיימת באנגליה ערב הפיכתה של הלכת החסינות, ללא חלק מהחסרונות שהיו טמונים בה. החשש הגדול בשיטה המעניקה חסינות הוא מפני ניצולה לרעה, גם במשפט המקובל, בטרם נהפכה הלכת החסינות. השכילי בתי המשפט להתמודד עם סיטואציות של ניסיון לנצל את המערכת לרעה, הם עשו זאת בדרכים שונות, למשל על-ידי היצאת 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 מתוך 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 יוצאו הן מערכת המשפט והן הלקוחות נפסדים, אולם נראה שרוב החששות שעמדו בבסיסה של הענקת החסינות התבדו, 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: I. Charlesworth & R.A. Percy *On Negligence* (London, 9th ed. by R.A. Percy and C.T. Walton, 1997) 567-568; *Cook v. S.* כ"ד Lawton השופט; [1966] 1 W.L.R. 635, 641; ע"א 5/63 זילברמן נ' חורי, פ"ד יונ' 1305, 1308; עניין אדרת, לעיל הערה 6, בע' 80.

194 ראי, לנישלו: *Sapra* note 161; ההווה: 4 [1997] Q.B. 686, [1998] *Kelley v. Conston*. 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: 107-108 R.A. Buckley *The Modern Law of Negligence* (London, 3rd ed., 1999).



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 הסינות 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 יגיע 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-הרצת הרחב השמור לו. עלינו לזכור כי משמעותה של החסינות היא שגם במקרים שהלקוח צורך בהם מבהיגה 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, ועליכן יוסיפו להיות קיימים גם בלעריה. גם לאחר ביטול החסינות הפורמלית יידע עורך-הדין כי ברוב הסקרים הוא "חסיין" מפני תביעה משפטית בגין הדיון המשפטי, ועליכן לא יהיה עליו לעמוד בפני החשש הכבד כי בשל כל תיק שיפסיד תיגש נגדו תביעה נויקית, ואם תוגש, תתקבל.

הפיכתה של הלכת החסינות באנגליה על פיה רק מחוקת את הרברים 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, ומרמו שתביעות נגד עורך-דין, לנוכח הקשיים הממוגים בהוכחתן, לא יוגשו למכבד. זאת ועוד, מדברי בית-הלורדים עולה באופן שאינו משחמע לשתן 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 הסקרים, שבהם יצליח התובע לעבור את כל המשוכות שתוארו לעיל, הוא יוכה בסעו. 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 כי נ"י, פ"ד מסוג 2) 639 (להלן: עניין ניר).  
 198 בעניין זה חשוב להזכיר גם את המנגנון של ביטוח הרשלנות המקצועי (הלקוח יכול לתבוע את חברת הביטוח מכוח סעיף 68 לחוק חוזה הביטוח, תשס"א-1981, ט"ח 194. אם ישקף הביטוח את הסיכונים השונים באופן הולם, ישלם עורך-דין המרכה להתרשל פרטיה גבוהה הרבה יותר. הוא לא יוכל לגלגל פרטיה זו, לפחות לא במלואה, על הלקוח, שכן מדובר בשוק תחרותי. לפיכך, תשלום הפרטיה יגיע אותו לתקן את דרכיו ולנהוג בחירות 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 גיזב לפניו לשם הוכחת תביעתו היא סוגיית הקשר הסיבתי וריתוק 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 יהיב בתשלום פיצויים גם אם ינהג בחוסר סבירות קיצוני, שכן יקשה מאוד על הלקוח להוכיח את תביעתו, הוא עלול לנהוג באי-זהירות. אחד התמריצים החשובים בתחום האחריות המקצועית הוא הסיכון של חיוב בנזק.<sup>199</sup> בתקשר לכך ובמערכת המשפט בימינו,<sup>200</sup> יש חשיבות לעילת התביעה, והייגו, לשאלה אם מדובר בעילת תביעה חוזית, בעילה נזיקית או בשתייהן ולסעד המתבקש כגין 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, נועבר לתנאים המוסכמים, התנאים המוכתבים מכה הוקי הלשכה וחוקים נוספים החלים על מערכת יחסים 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 התוצאות 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 – ולענין זה אין זה משנה אם היה זוכה בו אלמלא התרשלותו של עורך הדין – הוא זכאי להחזר שכר הטרחה, או לפחות להחזר חלקי, על שלא קיבל את השירות המגיע לו. זאת ועוד, בניגוד לריגוי 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 טובא בחשבון במסגרת השאלה החוזית אם יש להעניק פיצוי ומה יהיה גובהו. ביכול החוזה אף איגו מעלה את הקושי הכרוך בפסיקות מנוגדות של בית המשפט, שכן בית המשפט אינו בוחן את השאלה מה היה קורה אילו ניהן 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 בכליזאת על ידי הגדלת הפרמיות בעקבות רשלנות מקצועית קידמת.

200 זאת על-אף הצהרות נוגדות כעניין זה שלפיהן קיים טשטוש בהבחנה בין אסתימדיה הנזיקית לאמתי-המידה החוזית. ראו עניין הלסקי, לעיל הערה 23.

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

הבריטורים לבין אלה שאותם ייצגו לא התקיימה מערכת יחסים חוזית<sup>202</sup> אינה צריכה להיות לדוען לבתי המשפט בישראל בבואם ליישם עילה זו.

דוגמה טובה לפסיקה כזו, המבחינה בין הפן החודי לגויקי, היא עניין סמעאן.<sup>203</sup> באותו מקרה פנה התובע לנתבע על-מנת שיגיש למענו עתירה לבג"צ בגין הפסד במכרה. טענתו היתה, בין היתר, שעורך-דינו התרשל במלאכתו והעתיק את העתירה מעורך-דין אחר שייצג מפסיד אחר במכרה. 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 הבנת עתירה נוטל על עצמו, מכללא, את המתיבות ללמוד את החומר, לנפות את התכן מן הבר ולנסות להכין עתירה שהיו בה החומר והטיעונים הרלוונטיים. פשיטא איפוא שהעתקה מכנית של העתירה, במקום שקילת החומר ועיבודו כך שיציג את עמדת התובע, אינה מקיימת את ההתחייבות: לא זה שה שנטל על עצמו הנתבע ולא בעבור זה שילם לו התובע. בית המשפט אף מגיע למסקנה שהפרה חובת הזהירות. הוא מבסס את מסקנתו על כך שטענות התובע, שהתבססו על אי-עמידתם של המתמודדים האחרים בתנאים הבסיסיים של המכרה, 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 בחורה 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 סוליסטורים, שאותם היה ניתן לתבוע מאז ומתמיד גם בעילה חוזית.

203 לעיל הערה 54.

204 נקודה בעייתית בפסק-הדין היא עניין הגדרת הנזק לצורך עולת הרשלנות. כאמור, בית המשפט חייב את עורך-הדין לא רק בנין הפרת ההסכם, אלא גם בגין עולת הרשלנות. הוא הגדיר את שכר-הטרחה ששולם כנזק, שכן אף שהנתבע "עשה משהו", הוא לא עשה את שבשכר לעשות. בית המשפט אומר כי "התובע לא הוסיף מהנתבע העתקת עתירה ששרך עויד אחר, אלא לימוד החומר, בדיקתו בשיקול דעת והפעלת ניתוח הגיוני ומשפטי, הכל על מנת להוציא מוצר, שהוא לפחות כמיסב יכולתו המקצועית של הנתבע. ע"י העתקת מסמך שהבין עויד אחר, שהלקים ממנו אינם מתאימים לעניינו של התובע, וחלקים חשובים מטענות התובע חסרים בו לא נתן הנתבע לתובע המורה עבור כספו". עניין סמעאן, שם, בפסקה 16 (א) לפסק-דינו של השופט שאנק. ההגדרה, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדברי בית המשפט, מתאימה יותר להגדרת התמורה הוציאת נפחות להגדרת נזק על-פי פקודת הנויקין, אם כי היא נכנסת, לפחות מבחינה מילולית, לגדר ההגדרה של נזק ממון.

להוכיח שהיא זוכה במכרז אילו נטענו הסענות הראויות, ועל-כן התובע אינו זכאי לפיצויים הטבוססים על זכיותי האפשרית במכרז או לתחור ההוצאות שהוציא בגין עתירתו. עם זאת זכה התובע בפיצוי של 5,000 ש"ח בגין עיגמת נפש.<sup>205</sup>

לעומת זאת, יישום בעייתי יותר ניתן לטעוא בעניין אהרונסון.<sup>206</sup> באותו סקרה נדונה שאלת רשלנותו של עורך-דין בכך שלא התייצב לדיון בבקשת רשות להתגונן, וכשלונו לאחר-מכן לספל בתיקון הפגם שבאיי-ההופעה, בקובעו לדיון שני תיקים בוזמנית (להלן: המשפט הראשון). בשל כך הגישו נגדו לקוחותיו תביעה בעילה מוזית 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 מהלוקת 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 בהשלום 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 הזה מתברר לגופו הינה תיאורית לחלוטין. במשפט הראשון נשללה טן הנתבעים מלכתחילה התודמנות לעורר 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 לחביעות קטנות. התובע הגיש תביעה בגין הפרת הוזה שכירות לשיעיש בקרקע חקלאית בשל אי-תשלום, בעוד הצד שכנגד טען שדובר במשא-ומתן שלא הגיע לכלל חוזה מוגמר. בית-המשפט לתביעות קטנות העביר את הדין לבית-משפט השלום. באותו שלב נכנס לתמונה עורך-הדין שהיא 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, ולגובה 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 כאטור את טענת התובע, ואמר: "השהועברה התביעה לבית משפט השלום והנתבע קיבל על עצמו את המיפול בתיק ואף ניתנה לו האפשרות ע"י ביהמ"ש לתקן את כתב התביעה כרצונו היה עליו להכליל את העילה החלופית של שימוש ללא רשות עלית וכל להסתמך במידה וייקבע ע"י ביהמ"ש כי המו"מ בין הצדדים לא הבטיל לכלל הוזה. 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 התרשלות לנזק. לעניין קשר זה אומר בית-המשפט: "התובע הביא ראיות לכאורה שהיה בהן כדי לסייע לקבלת תביעתו המקורית. ראיות אלה מטפיקות להוכחת קיומו של נזק במסגרת תביעת הרשלנות כנגד הנתבע..."

206 לעיל הערה 54.

במצב שבו התבררו כמה מטענותיהם של הנתבעים ואילו אחרות לא התבררו מתמת 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. הנזק נגרם בעצם מתן פסק-הדין נגד הנתבעים. זאת ועוד, בית-המשפט הגיע למסקנה כי הרשות להתגונן היתה ניתנת לנתבעים כמעט בוודאות, וכי הטענה שהיו ספסידים במשפט הראשון גם אילו ניתנה להם האפשרות להתגונן הינה טענת הגנה במשפט השני, וכזו, הנטל להוכיח רובין על הנתבע, דהיינו, על עורך-הדין.

ניתוח מדויק יותר היה מדגיש 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, וככות, הנטל להוכיחו רובין על התובעים. הם צריכים להראות כי דיוקא 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 סציבה לפני התובע מבשלה 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 המזוי. בעוד שסביר להניח שעורך-הדין נוטל על עצמו מחויבות חוזית לפעול בשקידה וברמת מיומנות סבירה, קשה לטעון ברצינות כי הציפייה הסבירה של הלקוח בחוזה 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 בסגרת העילה החוזית, כאשר התובע מבקש לא רק הנזק תשלומים ששולמו לעורך-הדין, אלא גם פיצויים בניגוד ההפסד במשפט, ועל כך להלן.

208 בעניין רשלנות של עורכי-דין ראו, לדוגמה, עניין יוסיפון, לעיל הערה 53, שם נדחתה התביעה בשל כשלוננו של התובע להוכיח קשר סיבתי. כמובן ראו ת"א (י"ט) 10905/96 רבני חברה לחובלה ולתעבורה בע"מ נ' אלעד (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טו 670.

209 דובר נכון גם לגבי עוולות אחרות, כגון הפרת חובה הקוקה, ועוד. במקרה של הפרת חיבה הקוקה, 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 הנזק שנגרם לו עקב הפרת חוזהו או שהמפר ראה אותו או שהיה עליו לדאוגו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של הפרה".

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

לדוגמה, במשפט אורחזי: אם ימלא עורך-הדין את תפקידו נאמנה, יהיה הסיכוי שהלקוח-התובע יזכה בפיצוי גבוה יהסית, שכן, כאשר סיכויי ההצלחה גמוכים, ימליך עורך-הדין סביר ללקוחו לא לתבוע.<sup>212</sup> עיקרון זה פועל גם ביהס ללקוח-נתבע, אם כי באופן פחות נחרץ. לנתבע השוכר את שירותיו של עורך-דין אין זכות-יתר "לא להשתתף במשחק", ועל-כן ציפייה 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, כשינויים המחויבים. כך, עורך-דין שנשכר לייצג אדם בתחום הפלילי מצופה לעשות את מירב מאמציו לזכות את הנאשם או להקל את עונשו. גם כאן, ציפייתו הסבירה של הלקוח היא להקטנת הסיכוי לצאת תייב בדין או להקלת העונש, והכל לפי הנסיבות. פעולה שאינה סבירה מצידו של עורך-הדין תפגע באינטרס זה. הצנתה של מערכת היחסים התורת באופן האמור מביאה לידי עשיית צדק בין התובע, שלא יוצג כיאות, לבין עורך-דינו הנתבע. מצד אחר, 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 להמדיץ 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 הציפייה הסבירה להפחתת הסיכון נותן ביטוי לאינטרסים של שני הצדדים, תוך התחשבות בנתונים השונים של כל מקרה ומקרה.<sup>214</sup>

### (ב) הרחבתם של מכתני הקשר הסיבתי במסגרת התביעה הנויקית

שיקלים דומים פועלים גם במסגרת התביעה הנויקית, אולם דומה שהבעיה כאן קשה יותר. על-פי המבנה 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 מכתנים

212 כמובן שאם ביקש הלקוח להגיש תביעה גם במקרה שסיכויי הזכייה בו גמוכים, לא ייתשב עורך-הדין לרשלן, ובלבד שסיפק ללקוחו את המידע הדרוש.

213 הלקוח יוכל תמיד לקבל תזר בגין תשלומים ששילם לעורך-דין, שלא עשה את מלאכתו כראוי על-פי החוזה, זאת מתוך הגנה שמדובר בהפרה יסודית של החוזה ומכוח הסעיפים השמורים לו כתוצאה מביטול החוזה.

214 סיכוייו של עורך-דין לזכות או להקל בעונשו של ריצח כאשר יש עשרה עדים למעשה הרצה קטנים הרבה יותר מאלה של עורך-דין המייצג רוצח ודק ראייה נסיבתית קלושה מעידה על מעשיו.

215 ראו דבריו של השופט שלמה לוין בע"א 231/84 קופת חולים של ההסתדרות נ" סאתה, פ"ד מב(3) 312, 314 (להלן: עניין סאהת), 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 המערצרת לבין תזק שנגרם לו; לפיכך

מקילים יותר, כגון מבחן הדיוט, על התובע להראות כי היה די ברשלנותו של עורך-הדין להביא לידי תוצאה המיוקת. היצמדות למבחנים אלה תסיל על התובע נטל כבד שהוא לא יוכל לעמוד בו במקרים רבים מהסיבות שצוינו במאמר זה. נטל כזה עישה 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, עלימנת שיצליח התובע כתביעת 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, המורה ככל שתהיה. לגישת בית-המשפט, יש לבהן את שאלת הסיבות 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 להתפס כגזק 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-יפי 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 נויקיות אהדות שכבר נעשה בהן שימוש במסגרת תביעות כגין אחריות מקצועית של רופאים, וליישמן לגבי אחריותם המקצועית של עורכי-דין, בשינויים המחוייבים. ניתן, למשל, לעשות שימוש בדוקטרינה של אובדן סיכויי התלמה, כשהמקבילה לה בתחום המשפטי היא אובדן סיכויי הצלחה בדיון המשפטי. יישום דוקטרינה זאת נעשה, למשל, בעניין פאתה<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 הנוקית בשל נזק שנגרם לעצב בפנים. לסענת התובע, הנזק הסופי נגרם בגין רשלנות באי-גילוי מוקדם של נזק שנגרם לעצב בנייתוח קודם (שהוא עצמו לא נעשה ברשלנות) ואי-עריכת ניתוח שני בעוד מועד לשם איחוי העצב. הערעור לעליון נסב על סוגיית הקשר הסיבתי. השופט שי לויין קבע

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

בית-המשפט מדגיש כי בהכרה בסיכון כבדוק ברי-ביעה אין משום זניחתם של דיני הראיות, שכן יש לקבוע את מידת הסיכון לפי מבחן עורך ההסתברויות, או לפי אומדן, כשהדבר רצוי או ניתן, שאז אין סתעוררת כלל השאלה אם מאן-דהוא עמד בטל ההוכחה הנוטל עליו אם לאו. שתי נקודות נוספות שבית-המשפט מדגיש והראיות 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 מוסיף דרך הראיות לכאורה. בהינתן ראיות ונתונים ספציפיים על עובדות המקרה, הניתן להם עדיפות הדיממשעית על הנתונים הסטטיסטיים. שנית, אין לבלבל בין המקרה בשוא פסקי-הדין לבין מקרה אחר שהנזק נגרם בו כתוצאה משתי סיבות שהנתבע אחראי רק לאחת מהן, ואין לקבוע איזו מידת נזק נרמה כל אחת מהן. בנסיבות פסקי-הדין "אין

בתוודעו כי הוסכם על דעת כולם שהתרשלות הגורם המטפל הקסינה במידה כלשהי את סיכויי ההלטה. 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 הייתה איזה ביסוי 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, ובהלקם 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 צ"א 4384/90 דאתורי נ' בית החולים לניאדר, פ"ד נא(2) 171, 191; צ"א 2939/92 קופת הוליים ההסתדרות הכללית נ' רתמן, פ"ד נס(2) 369; צ"א 1892/95 אבו סערה נ' משטרת ישראל, פ"ד נא(2) 704, 718-719; צ"א 6643/95 כהן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נג(2) 680 (להלן: עניין כהן); צ"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים 'כרמל' חיפה, פ"ד נג(4) 526 (להלן: עניין דעקה); צ"א 2509/98 גיל נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית, פ"ד נד(2) 38. לביקורת כללית על אבחנות הפסיקה ולגיחות מעטיק של סוגיית הטלת אחריות בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי ראו פורת, לעיל הערה 211.

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



המדובר בהחזרות בין שתי סיבות שגרמו לנזק אלא ב'עימות', בין גורם הנזק לבין מצבו הנחוח של הנפגע אלמלא התאונה.<sup>221</sup> בשולי הדברים בית המשפט מעיר כי בשיטה משפטית הפועלת, במקרה של נזק חלקי, עליי עיקרון סיבתי של "הכל או לא כלום", אין מנוס לעיתים מפיתוח כלים מתחום דיני הראיות המרכיבים את העיקרון עליי 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 הדין זה בתחום רשלנותם המקצועית של עורכי דין במסגרת הדיון המשפטי והנו חד וחלק. בדומה למצבו של החולה המגיע לטיפול רפואי שיכול להיות קל אך גם קריסי, קיימת גם כאן ה"נדונייה" שעמה הלקוח מגיע אל הדיון בבית המשפט. יש הבאים עם "נדונייה" גדולה יותר, ועליכן סיכויי הצלחתם גדולים, ויש המגיעים עם "נדונייה" קטנה יותר, ועליכן סיכויי הצלחתם קלושים, אם בכלל. רשלנותו של עורך דין משפיעה על סיכויים 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 הסיכויים לזכייה או לקבלת עונש קל יותר קטנו בעקבות ההתרשלות. הוכחה שהתרשלותו של עורך הדין גרמה באופן כלשהו להשתנות הסיכויים יהיה די בה לזכות את התובע בפיצוי. במקרה של הפסד בתביעה אזרחית יחושב הפיצוי, ברוב המקרים, כמכפלה של הקטנת הסיכוי בפיצוי המבוקש (תוחלת ההפסד/הרווח). במשפט פלילי יצטרך בית המשפט לשקוד על פיתוחו של מנגנון שייתן ביטוי לנזק שנגרם בעקבות הקטנת הסיכויים לזיכוי או סיכויים 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 הסיכויים/הסיכונים והגברת הסיכון, הקטנת הסיכוי כמבחן להערכת הנזק, אולם מבחן זה לא קנה לו עדיין שבייתה בתחום ביסוס האחריות עצמה.<sup>224</sup> אימוץ הדוקטרינה האמורה במתכונתה הקיימת יתייב את התובע להראות,

221 עניין פאחה, שם, בע' 320.

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

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

224 ראו רכרי השופטת שטרסברג-כהן בעניין רעקה, לעיל הערה 219, בע' 603–606. לגישה נוגדת ותורשנית ראו עמדתה של שטרסברג-כהן בעניין כהן, לעיל הערה 219, בע' 697–701, ובעניין רעקה, לעיל הערה 219, בע' 603–604, שם היא אומרת את הדברים הבאים: "אף שמבחן הערכת הסיכויים משמש בהוכחת הנזק, הוא לא קנה שבייתה בתחום הוכחת האחריות. הטעם המרכזי לכך נעוץ – ככל הנראה – בתפיסה לפיה הוכחת הקשר הסיבתי ביסוד מיסודות האחריות, עליי מאזן עידף 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 אומגם על הלקוח נטל כבד, אך הוא קל לאין שיעור מהזכותה היפותטית, כמעט בלתי-אפשרית, בהסתברות של יותר מ-50%, כי לולא התרשלותו של עורך-הדין היתה תוצאת בסקיהדין משתנה. זאת ועוד, על-פי עניין פאתה, התובע יוכל לעשות שימוש גם בנתונים סטטיסטיים, ובהיעדר ראיות ספציפיות, יתחשב בהם בית-המשפט כבמורידרך.<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 התפסד של סיכויי הזכייה במשפט. אחד מפסקי-הדין שבית-המשפט מפנה אליהם הוא פסקי-הדין בעניין *Kitchen v. Royal Air Force Association*.<sup>226</sup> באותו מקרה תוגשה 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 נזמינלי 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, וביניהם במקרה נשוא הדיון, לא ניתן להכריע באופן חד-משמעי אם היתה התובעת זוכה או מפסידה בתביעתה.<sup>228</sup>

בהוכחה הפורמה טעיף הסתברות, פותחת פתח להטלת אחריות טקום כי לא נתגבש אשם... נראה לי, כי גישה הדורשת מן התובע - בכל מקרה - היכחה לפי מבחן ההסתברות, אינה מגלה גמישות מספקת ואינה עונה על הבעייתיות במצבים המצדיקים גמישות כזו. קשיי הוכחה העומדים בעוכריו של התובע שיער מצב בו עוסקים אנו בחיפוחות לגבי תגובתו האפשרית של החולה, מצדיקים אימוץ כללים המונעים הכשלת תביעה שיש בה ממש, רק מחמת הפעלת מבחן עורך-ההסתברות. אכן, דברים אלה נאמרו באשר לרשלנות רפואית, אך ניתן ליישםם אף בתחום רשלנותם של עורכי-דין במסגרת ההליך המשפטי.

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

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

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 לאחרי-מכן, בהסכמה, פעמים רבות הן באנגליה<sup>230</sup> והן מחוצה לה, במדינות כאוסטרליה,<sup>231</sup> ג'וי-וילנד<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 הרבר ניב לצדדים תוצאה צודקת יותר. הרבר נעשה כבר במקומות שונים בעולם והוא אינו בבחינת חידוש מרהיב-לכת. זאת ועוד, במקרים המתאימים בית-המשפט יכול לעשות שימוש, לצורך היובו 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

230 ראו: *Charles v. Hugh James Jones & Jenkins (a firm)* [2000] 1 All E.R. 289, [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

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

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

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

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

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

חיכן יסתיים היחס המועדף שניתן לעורך־דין ויחמיל 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 יתרון טלזנות 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, ואת ועוד, קיומה של לשכת עורכי־דין שהחברות בה חובה והמכפיפה את חבריה למנגנונים משמעתיים מהוות אף הוא גורם מרתיע ומרסן היכול להפחית את הצורך של בית־המשפט להתערב במעשיו של עורך־הדין. בתחומת הגבול על בית־המשפט לתת את דעתו על מכפר רב של שיקולים ואינטרסים מתנגשים. חלקם מאפיין את שיטת המשפט בכללותה, אך חלקם רלוונטי רק לתחומים מסוימים. על שיקולים אחדים עמדתי במהלך הנאמי, ועל קווים מנחים נוספים אעמוד להלן.

#### (א) סופיות הדין

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. כמייכן יש לבחון אם הנזק שנגרם

הכרעה משפטית התלויה בחלל האוויר. יש עיטה 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.

<sup>234</sup> בעניין זה ראו א' פורת וא' שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקת לאימוצה ויישומה במצבים סיפוסיים של אי־ראות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191; וכן ע"א 248/86 עיזבח לילי הננשווילי נ' "רותם" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 629.

<sup>235</sup> ראו לעיל דיון בעקרון נהג המוגנית, בפרק ד1.

<sup>236</sup> אם כי גם כארץ ניתן לטעון כי היעדר סלחנות מצד בית־המשפט ככסוכים יהווה תמריץ שלילי לעורכי־הדין לייצג לקוחות בתיקים בעייתיים. זאת ועוד, סיכוו של הלקוח מתברר לעיתים רק בשלב מאוחר יותר, שאז עורך־הדין עלול להיקלע לבעיה, שכן הוא נדרש לקבל את אישורו של בית־המשפט כדי להשתמר מן התיק.

כתוצאה מרשלנותו של עורך-הדין הינו כלכלי או אחר. כל אחד מן המקרים – האזרחי והפלילי – ואפילו בתחומם-הם, ראוי לאיוון שונה על-פי הנזק המעורב בו ועל-סמך האינטרסים המתנגשים בו. כך, למשל, לדעת הרוב בעניין *Simons*, העיקרון של הקטנת אמוץ 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 התביית של עורך-הדין, דהיינו, לצמצום היחס המועדף שהוא זוכה בו. לעונת זאת, יש שייגרסו כי העובדה שמדובר כאן בגרימת נזק כלכלי טהור, וכן העובדה שבמקרים רבים מדובר בהעתקת הנזק, ולא בגרימתו הראשונית, טוביעות מסקנה שונה.<sup>237</sup>

ומה באשר להליך הפלילי? לא רבים יחלקו על כך שרשלנות מקצועית של עורך-דין בהליך פלילי שאדם נכלא בעטית המורה הרבה יותר מזו המביאה על אדם הפסד כלכלי. למרות זאת, בתי-המשפט נרתעים מלהתערב במקרים שבהם הלקות טוען לרשלנות עורך-דינו בתחום המשפט הפלילי, כפי שראינו בעניין *Simons*, חששו של בית-המשפט הוא שפתיחת פתח לסענות מסוג זה תביא לידי הצפת בתי-המשפט בתביעות, עד כדי שיתוק המערכת בגין כפל דיונים. זאת ועוד, תוצאות סותרות עלולות לערער את אמוץ הציבור במערכת הפלילית, דבר שיפגע באושר השטחה המשפטית. כיצד ייתכן שהמערכת המשפטית נדברת בלשון אחת כאשר היא שולחת אדם לכלא ובלשון אחרת כאשר היא קובעת שעורך-דינו התרשל בהגנתו עליו? הרי פירוש הדבר שהלקות לא זכה במשפט צדק. היוכלו שתי הפסיקות לדור בכפיפה אחת? או האם יש בכך כדי להביא לידי ביטול של ההליך הפלילי, או למצער לפתיחת ההליכים מחדש טיעונים אלה היוו בסיס לחסינות עורכי-הדין באנגליה במשך שלושים שנה ויותר, ואף נשקלו בכבוד-ראש כאשר חטינות זו בוטלה. אומנם, בית-המשפט מצהיר נדי פעם כי אין הוא נרתע מהשטות 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 מהגויז את מימוש זכותו לפיצוי בגין הנזק הראשוני שנגרם לו. טיעון זה שם דגש בנפגע ובזכויותיו, ולא בתוצלת הכללית, אשר מאה 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 בדי-פציו, וזאת כאשר הוא מוגדר ונובע במישור ממעשי המעול.

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

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

חששות אלה כבריים 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 עלי-מנת שהנאשם יוכה במשפט הוגן. פעמים רבות אנו עדים לאמרות מן הסוג "עדיף שכמה אשמים ייצאו לחופשי מאשר זך משפט אחד ייכלא על לא עוול בכפוי". 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 היגה בעייתית, שכן היא עלולה לגרום אי-צדק כפול: לא די שהנתבע לא זכה בייצוג חולם במסגרת המשפט הפלילי, גם תביעתו האזרחית נדחתה 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 ההשש 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 לזקוף את ההוצאות לזכותו של עורך-הדין הנתבע שהוטרה 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 ללקוח 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 בקניניות כזו אלה. זאת ועוד, הוכייה בהליך האזרחי אינה

עיוות דין. אך לא קשה הוא לשער מה האנדר-למוטיה שתשתרד, כאשר איזה-חלחלת קו הגנה אחד תביא בעקבותיה פתיחתו של המשפט מחדש.<sup>239</sup>

239 כך, למשל, הלקוח עלול לסבם עם עורך-הדין כי אם יפסיד בתיק הוא יגיש נגדו תביעה בגין אחריות מקצועית. זו הוגש בשל העוברה שלא זכה בהגנה נאותה. עורך-הדין לא יגן על עצמו בחירוף-נפש ושכן ממילא לא יגבה ממנו הלקוח את הפיצוי, אי לחלופין ישולם הפיצוי עליידי חברת הביטוח ועורך-הדין יקבל מהלקוח פיצוי בגין הגדלת הפרמיה ויפסיד במשפט. הלקוח ישתמש בזכייה זו על-מנת ליצור חד תקשורת לטענתו שלא זכה במשפט צדק וכי יש לאפשר לו משפט חוזר.

240 השו עניין ניר, לעיל הערה 197.

241 זאת ועוד, עורך-דין בישראל יכול לבהור 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 גודלו 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 הר תקשורת שיספיע 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 בהתרחשות כדי לשנות את תוצאת המשפט או אם נגרם לנאשם עיוות דין.

נוסף על כך, מערכת הצדק הינו מקצועית, ולפיכך חוקת עליה שתבחן את העוכרות 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 אורח? – אולם כל הנזקים האמורים קטנים, לדעת, לאין שיעור מתנזק שייגרם כתוצאה מאי־הכרה בתביעות נגד עורכי־דין, הדבר עלול להביא לידי כך שמערכת המשפט תיפסס כמנסה להגן על עצמה באמצעים שאינם כשרים, תוך התחמקות מעשיית צדק.<sup>244</sup> אין לקבל מלכתחילה את הטענה שתנאשם כבר קיבל את יומו בבית־המשפט, שכן ההגנה שקיבל אותו אדם היתה לקויה. טענתי בעניין זה היא אס־כן כי מטריית ההגנה שניתנת לעורך־הדין במשפט הפלילי אינה צריכה להיות רחבה מזו הניתנת לו במשפט האזרחי, ואולי, לנוכח הנזק הרב שעלול להיגרם ללקוח, עליה להיות צרה ממנה.

### (ב) מנגנונים לתיקון טעויות

שאלה נוספת מתעוררת באשר לתיקון פגמים פרוצדורליים שנפלו בעקבית 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 אחרות לגישה כזו. עורך־הדין מבוטח באחריות מקצועית, ואם יידע שהוא עלול לחוב באחריות בגין פגם פרוצדורלי, יש להביא 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 (סרם פורססו), פסקה 11: "...אין די בעצם הטענה כי ייצוגי 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 6148/96 עזריה נ' מ"י, פ"ד נא(2) 334, 362: "המבקש טען בפניי, בין השאר, כי 'בנסיבות שנוצרו נתפס הויכוח על ידי המערכת באירוע שיפגע בתדמיתו'. אין לך דבר רחוק מכך. החלטתי לדהות את הבקשה לא באה בשל הרצון להגן על בתי־המשפט, ולמנוע הודאה בטעות. כוחם של בתי־המשפט אינו בהסתרת האמת אלא בהשיפתה. 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 בההלטה 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 אסורה לעשות צדק עם הצדדים. תמרוץ 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' קרמה בע"מ, פ"ד (כז) 477, 479-480, שם נאמרו הדברים הבאים: "הפרוצדורה אינה מיכת סדום שבה מקצצים את רגליו או מתיזים את ראשו של בעל-דין כדי להכניסו לתוכה בכוח או כבר-מינין. הפרוצדורה היא מסגרת רחבה ונגישה למדי המכוונת לתת לבעל דין את מלוא האפשרות להציג ולפתח את ענינו בצורה מלאה ושלמה. היא הייבט להישאר כך גם כאשר קורית תקלה או כשבעל-דין עושה שגיאה במהלך המשפט הניתנת לתיקון בלי לגרום עוול לבעל-הדין האחר, ועל בתי-המשפט להרשות תיקון כזה בנדיבות וברחבות. ביעולי מתכוון אני לעול מהותי וממשי הפוגע בזכות מטריאלית או מקפת לגוף הענין, ולא רק לאי-נוחות נוהלית. אי-נוחות מסייגת הניתנת 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 בתי-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 צער 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 בבע משעמי יעילות. איש לא יחלוק על הצורך ביעול העבודה בבתי-המשפט. בדרך כלל, יש לשבח את הרצון לנהל משפט בכל המהירות האפשרית וביעילות רבה ככל האפשר. אבל רחף היעילות אינו צריך ליהפך לבהילות. לעולם אין לשכוח שסדר הדין אינו אלא אמצעי להשגת המטרה הנעלה של עשיית משפט צדק ואין להפוך את האמצעי למטרה בפני עצמה. אין להעלות את האסקיפה 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." כמו-כן ראו בר"ע 1156/99 ייים) רפאל נ' אמיר (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, לב(4) 724, שם נאמרו הדברים הבאים: "...היעילות אינה הזות הכל, אכן במקרה שבו ניתנת הורצנות לצד לתקן משנה דיוני או גורמים עול למתדיין שכנגד שוכאי לדרוש הימנעות מסחבת. גם בסדרי הדין ובאופן ניהול המשפט קיימים אינטרסים נוגדים של הפרטים המתדיינים, של הציבור בכללותו ושל מערכת המשפט. מוזד יש להשתדל למנוע קיפוח זכות מהותית של צד כשל פגם בסדרי הדין אך גם אין להתיר את הרסן ולאפשר לבעל דין לנהוג בתקנות הדיון כבאות נפשו. סדרי הדין 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 נפטר ממצעי 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-יתר. עלות זו תגולגל בחלקה הגדול על הלקוח, והיא עלולה לגרור עלייה במחירי השירותים הניתנים על-ידי עורכי-דין. אוטנם, 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-יתר של משאבים כאשר הנוק שנוצר "אינו אמיתי", אלא נובע מכלל משפטי הקובע, למשל, לוחיזמנים 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 לדין יכול לטעון כי בעצם תיקון הפגם נפגע אינטרס מוקנה שלו, שכן לולא האפשרות לתיקון, היה זוכה כמשפט ולדוגמה, פסקי-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 היות מהותי בזכויות הצדדים, ובעניין שבשגרה אינה מאפשרת זכויה בגין כשלים טכניים כלשהם (technicalities). הדבר נכון במיוחד בתחום המשפט הפלילי, שבו עסקינן בדיני נפשות ושבו המדינה היא זו שעומדת מצידו 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 תוענף לו עילת-תביעה נגד עורך-הדין שכשל. עילה כזו תגרום לכך שהלקוח לא יצא נפטר, 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 הדין תגרום לא פעם לאי צדק..."

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

247 ראו עניין ביר, לעיל הערה 197.

248 הכלל של התיישנות מהווה אולי דוגמת טובה לכך.

## ג) מגבלות היצוגיות

ראינו כי עורך־הדין אינו אדון לעצמו בעת הדיון המשפטי, וכי סדר־יומו והופעותיו מוכתבים במידה רבה עליידי 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, ושייתו של בית־המשפט הינה כיום להקל בדיניו של עורך־הדין ולהביא בחשבון את הגורמים שפורטו לעיל כאשר נבחנת שאלת ההתרשלות. האם מדיניות זו מוצדקת? מהו קו־הגבול? ע"י כמה ראוי להקל או להחמיר עם עורך־הדין ולהתעלם מנתונים אלה כאשר נגרם גזק ללקוח בניהול המשפט? שאלות אלה היכן תלויות־גסיבות ואין להן פתרון אחד ויחיד. מצד אחד ברור כי בידי עורך־הדין שליטה בטכפר הלקוחות שהוא מטפל בהם, וכך, בעקיפין, בעומס העבודה שהוא נתון בו. סיפול בלקוחות רבים מדי, הבא על־חשבון טיב הטיפול בלקוחות, הינו מתכון ברוק לאחריות נויקית.<sup>250</sup> לעומת זאת, אי־התחשבות במגבלות היצוגיות עלולה לפגוע בלקיחות־בכות. כך, עורכי־דין עלולים לדחות לקוחות שנראים בעייתיים בעיניהם רק מהשש שאם ייצגו אותם, יהשפו עצמם לתביעה נויקית. לבית־המשפט יש לעיתים חלק באשם, שכן קביעת לוח־זמנים עמוס מדי משמש קרקע פורויה לטעויות ולהכנה בלתי־מדוקדקת של התיק.<sup>251</sup> לכאורה, שני הצדדים גמצאים בעמדה זוה, שכן קיצור הזמנים נכפה על שניהם, ועל־כן סביר שיפגינו רמת הכנה דומה למשפט, וכך תצומצם השיפתם לסיכון בתביעה נויקית מצד הלקוחות,<sup>252</sup> אולם בכך אין די, שכן טעות של כל אחד מהם עלולה להשוף 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 עליידי עורך־דין בודד.) יש לזכור כי בחינתה של עוולת הרשלנות נעשית לאורו של האדם הסביר בנסיבות המקרה. כמובן שניהול בוז־מני של תיקים רבים עליידי משרד קטן עלול להשוף אותו לתביעה, אך אל לו לבית־המשפט לקבוע את אמת־המידה של הסבירות על־פי הנשרד 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 חסר כבאנגליה, שם אין לעורך־הדין סיקילידעת כלל אם לקבל את התיק.

250 בעניין זה ראו, למשל, המלצות יערת האתיקה באשר לקביעת ישיבות מקבילות בכמה תיקים בבית־המשפט: "הועדה מביאה להשומת לב ציבור עיהיד כי אין זה ראוי לקביע לעצמם ישיבות מקבילות בתיקים שונים בבתי משפט שונים בעת ובעונה אחת, שהרי התוצאה הכלתי נמנעת ממצב דברים זה הינה חיסר האפשרות של עוהיד להתייצב בעת ובעונה אחת בבתי המשפט השונים. הועדה מנתה וממליצה להגבירו לקבוע מועד ישיבות בבתי המשפט בפרקי זמן שונים המאפשרים התייצבות עורכי דיין במועד בכל הישיבות שבקבעו לכך." עט ואתיקה 33 (מאי 1999).

251 הרברים פועלים באופן דומה גם לגבי אי־מתן אישור מכעם בית־המשפט לשחרור מתיק.  
252 למשל, בכל הקשור להכנת העדים להקירה ולהקירה נגדית.

מאילו ציפים חיצוניים כגון אלה יש להתייחס בכלהנות, תוך בחינת ההתרשלות לאורם ובהינתן הנסיבות של כל מקרה ומקרה.

**(ד) פשרות**

סוגיית סיומו של הסכסוך המשפטי בפשרה או בעסקת-סיועון מעוררת אף היא שאלה דומה: מהו גבול הלגיטימיות של הפשרה אשר מעבר לו ייחשב עורך-הדין המסכים לה לרשלן, כי לא שקר באופן סביר על האינטרסים של לקוחותיו. במילים אחרות, עד כמה סיום הסכסוך בפשרה, מבהינה 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 תלוקה או של צדדים שלישיים בעלי עניין לגיטימי.<sup>253</sup> לשופטים יש תמדין 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 שנותר 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-הטרחתו בגין עבודתו,<sup>255</sup> פירוט מסקנותיהם של מאמרים אלה

253 וראו הדברים הבאים: "הדעה שהשופטים באמת מגינים על הצדדים המגיעים לפשרה היא, במידה רבה, מיתוס. מעטים מאד המקרים שבהם נכנס השופט לנכסי העניין, בודק באופן יסודי את העובדות ואת המצב המשפטי, ומטיל 'וסי' 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 ויולס, עד כדי כך שנגיע למסקנה שפיקוחו הוא הכרחי, אלריא, לעיל הערה 142, בע' 79.

254 וראו קטע מדבריו של שופט המובאים בנאמרו של אלרואי, שם, בע' 81-82: "כאשר אני יושב על כס המשפט אני מצוי תחת להן זמן ניכר להמשיך ולנוע קדימה מנעד לערימת התיקים שבלוח העמוס. אני מגיב על לחץ זה בכך שאני הופך לאגרסיבי אינטלקטואלית ובופה על הפרקליט להגיע במהירות לעיצומם של דברים ולהציג ביצילות את גושאי המפתח. אינני רגיש במיוחד לשינויים אמנציפולטיים רקים ואיני מגלה סבלנות כלפי הסברים ארוכים ומייגעים. מתחילתו של כל דין אני משתמש בשכלי כדי לשלוט בכדר 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 Role" 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 חודג מגדר הדיון במאמר זה,<sup>256</sup> אולם "השורה התחתונה" היא כי במקרים ששכרו של עורך-הדין משולם לו באחוזים מהזכייה בתיק או כסכום הסכים מראש, תמריצו להתפשר רבים,<sup>257</sup> בעוד שכאשר שכרו משולם לו לפי שעות עבודה, תמריצו להתפשר מעטים, ואולי אפילו מעטים מדי.<sup>258</sup> לעומתם, האינטרסים של הלקוח טחייבים פעמים רבות להמשיך בניהול התיק, למשל כאשר סיכוייו לזכייה בפסק-דין לטובתו רבים יחסית גם אם הם כרוכים בניהולו של משפט ארוך.<sup>259</sup> השאלה המתבקשת והדורשת פתרון היא כיצד לאון 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 החליף 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 רנים רבות בבעיית הנציג ובפערי המידע הקיימים בין הלקוח לעורך-הדין, 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), חש"ל"ז-1977, ק"ת 1358. על-פי סעיף 2, השכר המרבי שעורך-דין רשאי לגבות בגין תביעה שהוגשה לבית-המשפט היא 13% מהסכום שנפסק, על-פי סעיף 3, הסכום המרבי שעורך-הדין רשאי לקבל במקרה שהדיון הסתיים בפשרה הינו 11% בלבד.

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

259 התמריצים לניהול המשפט חוקים מדי לעיתים, שכן ניהול הדיון מהצין עלויות על המערכת המשפטית (החברות). 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 המעולה נעשתה מכוח הסמכה בחוק, ניתן לפרגם זאת בהקשר של יחסי לקוח-עורך-דין לשאלה הטכנית: האם הלקוח ייפה את כוהו של עורך-הדין? השלב השני בחן אם הסמכות המנהלית הופעלה בדרך ראויה מבחינה פרוצדורלית (איסוף נתונים, חיבת היוועצות, חובת הנמקה, פירוט...), באנלוגית לכך, במסגרת הבחינה הפרוצדורלית של הפשרה נבחן אם עורך-הדין מסר ללקוח מידע מלא לגבי סיב הפשרה, וכן אם ביקש את אישורו לקבלה. השלב האחרון בבחינה בודק את ההחלטה מבחינה מהותית. משמע, יש לבחון אם הפשרה עומדת במבחן המבדידת המידתיות.

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 מסך של השיקולים הרלוונטיים, המשקל שניתן לכל שיקול, ניהול המשאומתן, 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 מתמרץ, דהיינו, את השיטה שבה הוא נוהג לגבות את שכר-טרחתו.<sup>263</sup> בדומה לכך, בית-המשפט צריך לתת את דעתו על השאלה: האם העובדה שבמקרים רומים - 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 להיחפז, 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 הזיכויים 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 גזיקית על סכום של מיליון דולר, נטייתו הבסיסית להתפשר תהיה גדולה הרבה יותר מאשר נטייתו 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

<sup>261</sup> בקשר 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"

<sup>262</sup> השוו בני"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו(3) 29, 49.

<sup>263</sup> לא לשוא הופחתו בכללי לשכת עורכי הדין (תעריף מקסימלי לשכר טרחה כטיפול בתביעות לפי חוק פיצויים לגפנעי תאונות דרכים), תשל"ו-1977, ק"ת 1358, התשלמים לעורך הדין בגין תיק שננטר בפשרה.

<sup>264</sup> 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 חברת 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 הנוק הכרוכה ביצירת תקדים שלילי מבחינתה וחשיפתה לפיצויים בעקבותיו תשפיע 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 שעולת הרשלנות נבחנת באופן אובייקטיבי, בעוד השיקולים לגבי פשרה הם סובייקטיביים. מכיוון שהמקרים הבעייתיים הם אלה שבהם הסכים הלקוח לפשרה ורק לאחר־כך הגיש את התביעה, יש לבהון את הרקע לאיתה הסכמה.<sup>266</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 בוחן את מעשי עורך־הדין באספקלריה של הסכמת הלקוח. התצלמות ממנה עלולה להביא את בית־המשפט לכלל נסקנה מוטעית כי עורך־הדין התרשל, בעוד שכל חטאו התבטא בהיותו קשוב לצורכי הלקוח האינדיווידואלי. על־כן, כאשר יגבש בית־ המשפט אמות־מידה לבחינת 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 האדם התורם.<sup>268</sup>

266 בעיה דומה מתעוררת בהקשר של הסכמת מדעת בתחום הרפואה, אולם בעוד שבאן מנובר בנזק ממזני, שם נפגעים אינסטרסטים בסיסים יותר, וביניהם שלמות הגוף.

266 בהקשר זה קיימת חשיבות גדולה לשאלה על מי מיטל נטל הראיה, לגישתי, מריניות ראיה 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 שבעודתו יוכל להוכיח כי הסביר ללקוח את משמעות בחירתו, אך הלה התעקש לדבוק בה.

267 זה הדין אף באיצות־הבריה, פרט למרינה 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 התחזית, מתן זכות כזו יניב תביעות רבות ובלתי־צודקת נגד עורכי־דין. תחילה יתפרשו לקוחותיהם, ולאחר־כך יגישו נגדם תביעה. הרבר אף יכביד את העומס הרובץ 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. L. Rev.* (1997) 453; וכן: *Muhammad v. Strassburger* 587 A.2d 1346 (1991).

268 לעניין אשם תרים של לקוח יאו' בן דוד הפרקליט והלקוח (תש"ס) 295.

על-מנת שבית המשפט יוכל לבקר באופן אמיתי את הליכי הפשרה, עליו למלא תפקיד פחות פעיל כהליכים הברוכים בכריתתה.<sup>269</sup> אכן, עליפי סעיף 9א(א) לחוק בתי המשפט, בית המשפט הדן בעניין אורחי רשאי, בהסכמת בעלי-הדין, לפסוק בעניין שלפניו בדרך של פשרה. כמו-כן, סעיף-יקטן (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 מרבר על הצעה לצדדים, ולא על הפעלת לחץ מצד בית המשפט. עמדה סבילה בהליכים לכריתת פשרה תאפשר למערכת, ביתר קלות, למתוח בקורת עניינית על תוכן הפשרה, כמו גם על ההליכים שהביאו אליה, מבלי שעורכי-הדין יוכלו להתכסות באצטלה של הכשר שיפוטי, שלא לומר לחץ שיפוטי, למעשיהם.<sup>270</sup>

באופן דומה, הקלת עומס הדיונים והימנעות מקביעת ימי דיון צוקבים לתקופת זמן ארוכה תרפה אף היא חלק מהלחץ המוטל על כתפי עורכי-הדין ותפחית את הסיכון של התפשרות רשלנית.<sup>271</sup> גוסף על כך, יש לשקוד על המשך הפיתוח של מנגנוני הפישור, תגישור 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 הכבמי הפשרה בקפידה יתרה כאשר אינטרסים של צדדים שלישיים, שאינם נוכחים בדיון, מעורבים בהליכי הפשרה. כך, למשל, כאשר עורך-דין מתפשר במסגרת של חובענה 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 בדין בדיוני פשרה היא לקבוע באופן החלטי כי שיפוט שידון בחיך לא ייטול חלק במשא-ומתן לקראת פשרה. ראו אלרואי, לעיל הערה 142, בע' 78.

270 יאין אנו מעוניינים בכך שהשופטים יכפו על הצדדים הסדרי פשרה, אשר הצדדים אינם שלמים עימם, אך ורק משום שהשופט סבור שעליו 'לטסק את סחירת 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 settlements' of cases may decrease stress and malpractice by giving attorneys more time to be prepared, and not forcing them toward quick and negligent M.R. Ramos "Legal Malpractice: The Profession's Dirty Secret" 47 Vand. L. Rev. (1994) 1657, 1732.

272 בעניין זה ראו סעיפים 9(ב) ו-9(ג) לחוק בתי המשפט והתקנות מכיה סעיף 9(ג). גם בהפניה למנגנונים אלה חשוב לא ללחוץ על הצדדים, שכן הפעיפים 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 מחליקות בפשרה, כדי שנתפוך לחברה כונה יותר" הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין 24 (טבת תש"ס) 17.

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

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

### 1. סיכום

הצבעתי על המגמה של מיצוט פסיקות נגד עורכי-דין בתחום האחריות המקצועית ככל שהיא קשורה לדיון המשפטי, הראיתי כי ניתן להסביר תופעה זו בדרכים אחרות, שניתן לחלקן לשלוש קטגוריות עיקריות. הראשונה עניינה התמריצים המיוחדים העומדים לעורך-הדין במסגרת הדיון המשפטי, המדרכנים אותו לנהוג בוהירות-יתר; השנייה עניינה הקשיים העומדים לפני תלקות בנסתו להוכיח את תביעתו; השלישית עניינה היחס ה"מועדף" שניתן לעורכי-דין על-ידי בית-המשפט בגין מאפייני המקצוע.

תופעה זו של מיצוט פסיקות רצויה ברוב המקרים, היא משקפת מאפיינים הקיימים בתחום הדיון המשפטי ואשר אינם קיימים, כמכלול, בתחומים אחרים. אולם למרות מיצוט הפסיקה, יש חשיבות רבה לעובדה שעורכי-דין חסינים כמעט "דהיפקטו", ואין מוענקת להם חסינות "דת-יורה". על בית-המשפט לשמור לעצמו פתח להתערבות דיונית גם בתחום מקצועי זה, על-ימנת 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 "דהיפקטו" שניתנת לעורכי-דין רחבה מדי, ויש לשקול את צמצומה. דברים אלה נכונים במיוחד במקרים שבהם החסינות נובעת מקשיים ראייתיים, שהלקות המיוצג אינו יכול להתמודד עמם, או במשפט פלילי, כאשר היא נובעת מהחשש, המוצדק לעיתים, כי הכרה בתביעה תשמש מנוף לקיומו של משפט חוזר. הדרך להתמודד עם הקשיים הראייתיים היא באמצעות שימוש בעילות-תביעה שונות ובלוקטרינות נויקיות קיימות שכבר אומצו בתחומים אחרים של אחריות מקצועית. הדרך

באישור בית המשפט; בסעיף 116 חוק הבנקאית (שירות ללקוח), תשמ"א-1981, ס"ח 258; בסעיף 146(ד) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128; בסעיף 54(ד) לחוק ניירות-ערך, תשכ"ח-1968, ס"ח 234; בסעיף 111(ג) לחוק שכר שווה לעובדת ולעובד, תשנ"ו-1996, ס"ח 230; בסעיף 13 לחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אורחיות), תשנ"ב-1992, ס"ח 184; סעיף 202 לחוק החברות, תשנ"ט-1999, ס"ח 189. הקובע: יתובע לא יסתלק מתביעת גבורת, ולא יעשה הסדר או פשרה עם נתבע, אלא באישור בית המשפט; בבקשה לאישור ייזדעקו כל פרטי ההסדר או הפשרה לרבות כל זמורה המוצעת לתובע.

275 בעניין זה הירש מהווקף ואפשר אף לקורבן להשמיע את דברו, ראו היק זכויות נפגעי עבודה, תשמ"א-2001, ס"ח 183.



להתמודד עם ההשש ממשפט חוזר היא במסגרת הכללים הקבועים בחוק ופרשנותם עליידי  
בשיא בית המשפט העליון או מי מטעמו. על-פי אלה, גם אם התישל עורך-דין, לא קיימת  
בהכרח עילה למשפט חוזר, ואין זה צורך שרק בשל החשש מפני צריכתו ייפגעו נאשמים  
שלא יוצגו כראוי פעמיים.

---