

המקצוע המשפטי – תיאוריה פרקטיקה ואתיקה
ד"ר נטע זיו

שנה"ל תשס"ט – סמסטר ב'
פתרון בחינה – מועד א'

פתרון מוצע : הפתרון המוצג לעיל הינו פתרון מוצע בלבד. תלמיד אשר לא ענה תשובה מלאה על פי הפתרון המוצע אך הציע ניתוח מעמיק, הבנה ונקודות אחרות לפתרון יכל לקבל ניקוד מלא.

שאלה מס' 1

1. א. עורך דין אינו רשאי לעשות שימוש בשירות המקצועי אותו הוא מעניק ללקוח לקידום מעשה בלתי חוקי בניגוד לדין (פלונית, פס"ד ליברמן). הוראות נציבות שב"ס הן דין בהקשר זה. השאלה המרכזית בה יש לדון היא האם העברת שאלות ללקוח מטעם עיתונאי ומסירת המידע לעיתון יכולים להיחשב "שירות מקצועי" במובן של "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר עניני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח", שהרי עורך הדין יכול לטעון שפעולתו נעשתה להגשמת רצונו ועניינו של הלקוח ליתן פומבי לדבריו, תוך מתן משקל לחופש הביטוי ולזכות הציבור לדעת, כפי שעליו לעשות לפי סע' 54 לחוק לשכת עורכי הדין. יש קשר בין סוגיות של חופש ביטוי וזכות מהותית המוכרת בשיטת המשפט שלנו לבין שאלות של אתיקה מקצועית (לובן). ניתן להיאחז בעניין זה גם בתיאוריות שנלמדו בקשר ליחס למקצוע, למשל כתיבתו של פריד, עוה"ד כחבר, שגם היא תוביל להגנה חזקה יותר על זכות הלקוח ולראיית ההתקשרות כחלק מהשירות המקצועי. מצד שני ניתן לטעון כי אין מדובר בעניין הקשור באופן ישיר לזכויות המשפטיות של האסיר-הלקוח עצמו, ועל כן אינו נהנה מהגנה חזקה של כללי האתיקה. מכאן שבפנינו שאלה פרשנית שתלויה בנייתו מהות ההגבלה המוטלת על האסיר. מצד אחד עומד האינטרס שלא לשבש חקירה ומילוי הוראות נציבות שב"ס ומצד שני, הכתבה שפורסמה עסקה בעיקר בתנאי הכליאה. כמו כן מדובר בהגבלה על חופש הביטוי של האסיר (שלא נועדה להעניש אותו אלא למנוע פגיעה בחקירה). יש לנתח את האינטרסים הפועלים ולקשר בין תכלית ההגבלה, חשיבות חופש הביטוי, זכויות אסירים וכו'.

לא מתקיימת חובה לדווח על פשע עתידי שכן אין מדובר בפשע עתידי, שכן הוראות נציבות שב"ס אינן עבירה מסוג פשע, אלא הוראה מינהלית, ולכן הפרתה היא בגדר עבירה שאינה מסוג של פשע. כמו כן ניתן להתייחס לשאלה האם זו התנהגות ראויה, שהולמת את כבוד המקצוע, האם זה משרת את התדמית שעורכי הדין מעוניינים לטפח.

אם מדובר בשירות מקצועי, החיסיון לכאורה חל (ס' 90), אם לא מדובר בשירות מקצועי הרי אין חיסיון ועל כן ניתן לגלות את הדברים. בנוסף, גם אם מדובר במצב בו חל חיסיון, מכיוון שעורך הדין נמצא בסיכון של העמדה לדין משמעתי על העברת המידע מותר לו לגלות את המידע על מנת להגן על עצמו, אולם רק במידת הנדרש כדי להגן על עצמו (עניין פלונית ואילן אשד).

2. התשובה לשאלה זו נגזרת מהמסקנה אליה הגענו בחלק א'. אם נגיע למסקנה שאין מדובר בשירות מקצועי, הדברים אינם נכללים בחיסיון (עניין פלונית). אם נגיע למסקנה כי מדובר בחלק מהשירות המקצועי – עורך הדין צריך לטעון שיש חיסיון ושאינן הוא חייב להעיד על הדברים (סע' 48 לפקודת הראיות, סע' 90 לחוק לשכת עורכי הדין). ניתן לטעון, בהקשר זה, לויתור משתמע של הלקוח על החיסיון כיוון שמדובר בכתבה שהתפרסמה.

ניתן לאזכר את פרשת דיויד וינר, אך יש לשים לב כי הנחיות היועמ"ש לממשלה בעניין חקירת עורכי דין אינן חלות כאן באופן ישיר (חקירת שב"ס) אך יש להקיש זהירות מעצם מעשה החקירה.

עולות כאן כמה שאלות משנה: מה דין ההחלטה של לשכת עורכי הדין? האם היא מחייבת את וועדת המשמעת? נדרש דיון בסוגיית הסמכות של בית המשפט להחליט בעניין זה (עניין ליברמן), ועל ההפרדה בין ההליך המשמעי בלשכה לבין ההליך בשב"ס. כידוע, לפעמים בתי המשפט לא מעוניינים לעסוק בסוגיות אלו (בעניינינו - חיסיון), ופונים ללשכה לקבל את עמדתה. יש להתייחס לסמכות המקבילה. כמו כן יש לדון בסוגיית הרמה הראייתית הנדרשת על מנת להחליט בשאלת החיסיון (עניין ליברמן). כלומר וועדת המשמעת של שב"ס צריכה לראות מה משקל הראיות שמהן עולה שעורך הדין אכן היה מעורב לכאורה בביצוע מעשה בלתי חוקי. גם כאן צריך לקחת בחשבון את איזון האינטרסים שפורט בשאלה 1א. כלומר – מהי העבירה? האם ברור שעורך הדין היה מעורב בהעברת המידע? מה חשיבות האינטרס הציבורי במיצוי הדין? איך מתיישב עניין חופש הביטוי של הלקוח? בליברמן נקבע כי צריכות להיות ראיות ברמה של "יסוד סביר לחשש שנעברה עבירה". כאן ידוע שעורך הדין היה היחיד שהלקוח פגש, אולם אין ראיות אחרות.

יש להתייחס לניתוק בין הסודיות לבין החיסיון. כלומר – העובדה שבהליך בלשכת עורכי הדין עורך הדין כבר השיב את מה שהשיב על מנת להגן על עצמו, ומהמידע שמסר עולה שהוא אכן העביר את המידע, על אף העובדה שהמידע הזה כבר התגלה בהליך אחד - אין הדבר פוטר אותנו מלדון בסוגיית החיסיון, העומדת בפני עצמה בכל הליך שבו מתעוררת הסוגיה.

שאלה מס' 2

הגישה הפונק' תטען כי הצורך לשמור על השליטה של עורכי הדין ומוסדות לשכה בהליכי המשמעת נובעת מהיכולת של הלשכה, ושל עורכי הדין, למשטר את חברי המקצוע, ושהכנסת גורם חיצוני להליכים תפחית ביכולת להבטיח את "בקרת האיכות" של הלשכה. מכיוון זה טענה הלשכה במהלך הדיונים כי וועדת המינויים צריכה לכלול רק משפטנים, שאין להרחיב את השתתפות נציגי הציבור בוועדה וכיוב'.

הסדרת מעמדם של וועדות האתיקה: בזמנו פעלו הוועדות באופן בלתי פורמאלי, הלשכה טענה כי הסדרה בלתי פורמאלית זו משקפת גישה קולגיאלית-חברית, אך בסופו של דבר הכנסת נציגי ציבור לוועדת האתיקה התקבלה על דעת הלשכה כי אותם נציגי ציבור הם משפטנים. כך גם לגבי פתיחת הדלתות – הגישה הפונק' תטען כי יש צורך לשמור על הליכים "פנימיים" כדי לאפשר בירור אמיתי של הדברים בלי שעורכי הדין יחששו להעיד אחד נגד השני, ושפתיחת ההליכים תוביל לפגיעה במעמד בתי הדין.

הגישה הביקורתית יוצאת מהנחה שההסדר הקודם נועד לשמור על כוחה של הלשכה, כוח בלתי מאוזן ובלתי מבוקר דיו. משום כך גישה זו טוען שיש להסדיר את מינוי השופטים לבתי הדין המשמעתיים בצורה שתאפשר בקרה חיצונית, שיש למנות נציגי ציבור לוועדה על מנת להגביר שקיפות ואחריות וכך גם לגבי פתיחת הליכי המשמעת, שנועדו להגביר את האחריות של הלשכה.

הניקוד בשאלה זו מתבסס בעיקר על הערכה כללית של רמת הניתוח ואופי הטיעונים.

שאלה מס' 3

א. מדובר בסוגייה של ניגוד עניינים. כלל 14 (ב) אוסר על עו"ד לייצג צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו עניין. כאן יש לבחון: 1. האם מדובר באותו עניין? – נראה שכן. 2. האם הם בעלי אינטרסים מנוגדים? כרגע – לא, אולם בהמשך עלול להתפתח בין הצדדים ניגוד אינטרסים. על עורכי דין לתת את דעתם לאפשרות של התפתחות עתידית של ניגוד עניינים בעת שהם מקבלים על עצמם את הייצוג. חל גם כלל 14(ג) לפיו אין לייצג נגד לקוח קבוע. גם אם קיים ניגוד אינטרסים עתידי, כלל 14 (ד) מאפשר ייצוג בעלי אינטרסים מנוגדים אם הם הסכימו, בכתב, לייצוג המשותף. מכאן, שעל עורך הדין לוודא שהלקוחות שניהם מסכימים לייצוג המשותף תוך מודעות לכך שבהמשך עלול להיווצר ביניהם ניגוד עניינים. ייתכן שניתן להחיל כאן גם את כלל 14(ה), ולהסכים עם אחד הלקוחות לתחום את הייצוג רק לעניין בקשת המידע בעניין גובה הערבות. אולם כאן יש לשים לב כי על פי הכלל תיחום כזה אפשרי רק אם הוא סביר בנסיבות העניין ואינו מתנגש עם חובתו של עורך הדין ללקוח אחר. על מנת לבחון אם התיחום סביר, יש לראות איזה מידע צריך עו"ד לקבל מהלקוח הראשון, כדי שיוכל באופן סביר לתחום את השירות עם הלקוח השני. אם כל מה שצריך לקבל ממנו הוא מידע כללי לביור עניין גובה הערבות, נראה שהתיחום אפשרי.

ב. יש להתייחס לשתי סוגיות: האחת – סמכות בית המשפט. כאן לא ברור כיצד ינהגו. ישנן ערכאות שמעבירות את ההחלטה ללשכה להכרעה, אולם ישנם שופטים הרואים עצמם מוסמכים להכריע בסוגיה האתית מתוקף סמכותם הטבועה, אגב הדיון בתיק העיקרי. שנית – בהנחה שבית המשפט יכריע בסוגיה, יש לבחון אם אכן מתקיימים תנאי כלל 16, ייצוג נגד לקוח בעניין בו טיפל עורך הדין למען הלקוח. כאן הדבר קשור לשאלה הראשונה – האם היתה הסמכה, האם היה תיחום, ולפי זה להכריע כי לכאורה, על פי מבחן קובלר, מדובר ב"אותו עניין". ברומה למה שנעשה על ידי בית הדין המשמעתי בבר"מ 19/98, יש לבחון מה היה היקף הגילוי במהלך הקשר שנוצר בין הצדדים, מה היה המידע שהועבר, האם יש ציפייה שייעשה שימוש במידע זה נגד הלקוח. יש לעמוד על ההבדל בין מקרה זה לבין הבר"מ, שם לא היה ייצוג של הלקוח הראשון אלא דובר ב"מבקש עצה". בעניין שלפנינו לא מדובר בלקוח חלש שאינו יכול לקבל ייצוג אחר ולכן השיקולים החלוקתיים הם שונים. יש גם לקחת בחשבון את החשש לשימוש לרעה בכלל ניגוד העניינים בדרך של "הדבקת" עורך הדין בפסלות. כמו כן יש לציין כי ככל הנראה המבחן הראייתי המופעל על ידי בית המשפט במקרים אלו הוא מעט גבוה מ"חשש לניגוד עניינים" – מבחן המופעל על ידי לשכת עורכי הדין בהליכי משמעת.

ג. כפי שבית המשפט מוסמך להחיל את כללי האתיקה לפסול ייצוג, הוא מוסמך גם לפסול מראש שאלה אם יש בה הפרה לכאורה של החיסיון. נראה כי במקרה זה, גם אם הייצוג עצמו מותר, הרי גילוי מידע שנמסר על ידי לקוח, על פניו, אינו מותר, על פי סע' 90. יכולה להתעורר כאן שאלה אם אין כאן וויתור מכללא של החיסיון,

שהרי הלקוח יזם את התביעה ולכן לכאורה חשף את עצמו לגילוי. יחד עם זאת נראה שאין מקרה זה מהווה ויתור. הלכת הויתור קיימת כאשר התביעה היא כלפי עורך הדין, ולא כלפי לקוח אחר של עורך הדין. מצד שני, אם הלקוח השני העלה מיוזמתו את עניין היציבות התזרימית לכאורה ניתן לטעון כי הוא הגדיר את זירת המחלוקת ככוללת גם את שאלת חוסנה התזרימי של החברה שלו. אולם בכל זאת נראה כי במקרה זה לא היה בהכרח ויתור על החיסיון ועורך הדין לא היה אמור לעשות שימוש במידע שניתן לו כשייצג למען הלקוח, נגד הלקוח.

שאלה מס' 4

א. יש לנתח את הסוגיה לפי הוראות כלל 11ב. לכללי האתיקה + פסק דין פיצוי נמרץ במחוזי. בעניין זה יש להתייחס לכלל 11ב. (שתוקפו אושר בבג"ץ פיצוי נמרץ), באותו חלק שדן בעורכי דין המתקשרים עם החברות (ולא המועסקים על ידן). כן יש לבחון אם החברה עומדת בתנאי הכלל (האם פועלת למטרת רווח, האם מפרסמת ברבים וכו'). חשוב לתת את הדעת להבחנה בין כלל 11ב. וסע' 20. צריך לבחון כאן אם החברה עוברת על סע' 20 לפי המבחנים של פיצוי נמרץ במחוזי (מותר לחברה לייצג בפני גופים מנהליים שאינם כלולים בסע' 20, אסור בפני וועדות מעין שיפוטיות), וכן לפרט את המצב המשפטי לגבי חיווי דעת משפטי/הכנת מסמך משפטי: מותר למלא טפסים, לבקש מידע בשם לקוח, אך לא לטעון טענות משפטיות, ולא לנסח מסמכים בהם יש טענות משפטיות). כאן עולה שאלה מה קורה אם החברה נמצאת במסגרת סע' 20 (כלומר עומדת בדרישות של פיצוי נמרץ) ובכל זאת חל כלל 11ב (כלומר מפרסמת ברבים שהיא מעניקה שירות משפטי). בעניין פיצוי נמרץ במחוזי נקבע כי אם החברה מפרסמת ברבים וכו', עורך הדין אינו רשאי להתקשר עימה גם אם אינה עוברת על סע' 20.

ב. יש לנתח לפי כללי עיסוק אחר. טיפול בלקוח כעורך דין שטיפל בו בעבר כפסיכולוג. כלל 1(א) קובע כי:

1. (א) עורך דין העוסק בעיסוק אחר בנוסף לעיסוקו כעורך דין -

(1) לא יטפל במסגרת עיסוקו האחר בעניין שהוא מטפל או טיפל בו כעורך דין, ולא יטפל כעורך - דין בעניין שהוא מטפל או טיפל בו במסגרת עיסוקו האחר;

כאן צריך לברר אם מדובר "בעניין" שעורך הדין טיפל בו כפסיכולוג. אין פסיקה בעניין אך מכיוון שמדובר ברציונל של ניגוד עניינים, יש להניח שההגדרה של "עניין" תהיה רחבה, אם כי במקרה זה סביר להניח שלא מדובר באותו עניין.

(2) לא יטפל -

(א) במסגרת עיסוקו האחר במי שהוא מטפל בו כעורך דין, אם עלולים להתקיים,

במסגרת העיסוק האחר, יחסי תלות של אותו אדם בו;

(ב) כעורך דין במי שקשור עמו במסגרת עיסוקו האחר, אם מתקיימים, במסגרת

העיסוק האחר, יחסי כפיפות לו או תלות בו של אותו אדם.

בהקשר זה צריך לברר אם עורך הדין עדיין מטפל באותו לקוח כפסיכולוג, גם אם לא מדובר באותו עניין. אם כן, סביר שיש יחסי תלות ביניהם ולכן לא יוכל לטפל כעורך דין.

מכל מקום ניתן לפנות בעניין זה לקבלת עמדה מהוועדה המיוחדת שפועלת בעניין בלשכה.