

## הביקורת השיפוטית על אחריותו המקצועית של עורך דין עו"ד יצחק שפרבר

1. לעיתים תכופות מוגשות תביעות נגד עורכי דין במסגרת אחריותם המקצועית. חלק ניכר מהתביעות כנגד עורכי דין בגין רשלנות מקצועית נוגעות לטיפול בענייני נדל"ן ומיסוי. ניתן להבין זאת על רקע המורכבות והסיבוך הכרוך בעניינים אלה המחייבים מומחיות מיוחדת, הכרת דינים סבוכים השלובים זה בזה וכן מציאות המוכתבת מדינמיקות שונות המתרחשות בין צדדים לעסקה שלא תמיד ניתן לצפותה ולהיערך לה כראות.

באחרונה רבו גם תביעות שעניינן השגה על אופן ייצוג של הלקוח במסגרת הליכים משפטיים, ועל כך ברצוני להרחיב הדיבור כאן.

אציין, כי בתביעות שעניינן טיפול בענייני נדל"ן ומיסוי, מבחן התוצאה מכתוב פעמים רבות את המתווה לשאלה כיצד היה צריך עורך הדין להיערך מראש לבדיקת כל הנתונים על מנת להוציא את העסקה לפועל.

2. לא פעם נמצא עורך הדין שותף לתוצאות המושפעות מהתנהגות משתנה של הצדדים עצמם ולעיתים גם מצבים של הפרת החוזה עשויים לגרור את עורך הדין לקלחת בטענה כי לא יצר מנגנונים מתאימים למזעור הנזק ולמניעתו.

עורך הדין אכן נדרש לצפות כן ולהבטיח בניסוח החוזה את כל המנגנונים המתאימים למזעור או ביטול תוצאות ההפרה ומי שלא עושה כן עשוי להיחשב כמי שהפר את חובתו המקצועית (כך לעניין החזקת פקדון, להבטחת פרעון חובות מס וכד').

3. יש, אפוא, חשיבות רבה לצורת ניסוח החוזה, למנגנונים ולסנקציות הנקבעות בהסכם. קיימת חשיבות רבה לעבודתו של עורך הדין, הן בבדיקה מוקדמת של היתכנות העסקה (כגון בדיקת בעלות, שעבודים, עיקולים, צווי הריסה וכיוצ"ב) והן בבדיקת הכדאיות הכלכלית של העסקה (שיקולי מיסוי, היטלים וכן "גזירות" נוספות העשויות לפגום בכדאיות העסקה).

ניתן לומר כי בעסקאות מקרקעין, עורך הדין הוא "שחקן מרכזי" שלפעילותו עשויה להיות חשיבות מכרעת להצלחת העסקה או כישלונה.

הביקורת השיפוטית על מעשיו או מחדליו ניזונה מתפיסה זו והיא לא פעם אקטיבית ומקיפה ואנו עדים למקרים רבים בהם מחויבים עורכי דין בתביעות במקרים כאלה.

4. בד בבד הורחבו חובות הזהירות של עורך דין כלפי צד שלישי גם אם אינו מייצגו ולעיתים נמצא עורך הדין במצב בו עליו לכלכל את צעדיו מתוך הכרה שצד שלישי, (לרוב, צד שאינו מיוצג ע"י

עורך דין) סומך על פעילותו של עורך הדין מעצם מעמדו הציבורי, יושרו והתפקיד אותו הוא ממלא. (ראה ע"א 37/96 לוי נגד שרמן, פ"ד מד(4) 446).

חובת הזהירות כלפי צד שלישי אינה רק מטבע לשון אלא כלי בידי בימ"ש להטיל אחריות על עורך דין גם כלפי מי שאינו לקוח שלו בנסיבות המתאימות. מרחב השיקולים של בתי המשפט רחב ולאחרונה סרב ביהמ"ש העליון לאמץ בעניין זה תפיסה צרה. לעניין זה ראה עמדת המיעוט של השופט ריבלין בע"א 2625/02 עו"ד נחום סילביו נגד דורנבאום, בה גרס כי יש לצמצמה אך ורק למצגים מוטעים שיצר עורך הדין או למצב שבו נטל על עצמו אחריות במפורש, אל מול גישת הנשיא ברק והשופטת חיות, אשר סבורים כי אין לקבוע מסמרות מראש ויש להשאיר בידי ביהמ"ש שיקול דעת רחב לקבוע את הגבולות על פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

5. מאידך בעניינים הנוגעים לטיפולו של עורך דין בייצוג לקוח במסגרת הליכים משפטיים ובכל הנוגע ולאופן התדיינות בבימ"ש, התפיסה מעט שונה.

כאן שיקולי ההתערבות במיומנותו, בשיקוליו ובפעילותו שונים, ובתי משפט נוהרים לא פעם שלא להשיג אחר שיקוליו של עורך הדין. נסקור ברשימה זו את הסיבות לשוני זה, והביקורת השיפוטית מאופקת בהרבה.

6. טעם אחר להבדלי הגישה נעוץ בכך שחובת הנאמנות של עורך דין נוגעת בייצוג לקוח בביהמ"ש בראש ובראשונה לייצוג של לקוחו בלבד והשאיפה היא להביא לתוצאות משפטיות מיטיבות הנוחות ללקוחו, דבר הבא בהכרח על חשבון האינטרסים המוחשיים של הצד שכנגד.

אין להעלות על הדעת שהצד שכנגד יוכל להגיש תביעה כנגד עורך הדין של הצד שכנגד בטענה כי "הצליח יותר מידי" על חשבוננו הוא.

בצד החובה לנהוג בנאמנות ובמסירות כלפי הלקוח, קיימת חובה לעזור לבית המשפט במלאכת עשיית המשפט והדברים ידועים.

ראה סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין תשכ"א-1961: **"במילוי תפקידו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות ועוזר לבית המשפט לעשות משפט"**.

אין לעורך הדין במקרה זה חובת זהירות מובהקת כלפי צד שלישי ומעצם מילוי חובתו המשולבת לייצג את לקוחו, ולעזור לביהמ"ש במלאכת עשיית משפט, עוה"ד יוצא ידי חובתו, אם קיימת, כלפי צד שלישי, אך מובן כי בפעילות אסורה, חוטא עורך הדין לחובתו לעזור לביהמ"ש לעשות משפט, ובכך פוגע בהכרח גם בצד היריב. דבר זה עשוי להצמיח, כשלעצמו, עילת תביעה כנגד עורך הדין, אך בעצם דבקו חובתו לחובתו לעזור לבית המשפט בעשיית המשפט ומשפיעל בהגינות, יוצא עורך הדין ידי כל חובה כלפי צד שלישי.

7. נראה, כי ככלל יש לומר כי הביקורת השיפוטית על אופן ניהול ההליכים בבית משפט ע"י עורך הדין מרוסנת מאד ובתי המשפט נזהרים שלא להשיג את גבולו של עוה"ד. ביהמ"ש משתדל שלא להשיל מעליו את הגלימה, לעבור לצד האחר של המתרס ולבדוק כיצד הוא בעברו כעורך דין, היה מנהל את ההליך.

ההלכה השוררת והמוכרת באה לביטוי בע"א 735/75 **רויטמן נגד אדרת**, פ"ד (3) 75, דברי כב' השופט חיים כהן הסבור כי עורך הדין שנשכר לנהל הליכים משפטיים, נשכר על מנת להפעיל את מיטב ניסונו, שיפוטו ושיקול דעתו ומשעשה כן, יצא עוה"ד ידי חובתו החוזית והמשפטית כלפי הלקוח. ללקוח לא יכולה להיות תביעה נגדו אלא לכל היותר "טרזניה".

הלקוח אינו יכול להכתיב לעורך הדין כיצד לטפל בתביעה ועל עוה"ד להפעיל שיקול דעת עצמאי משל עצמו בטיפול המשפטי.

8. יש הסבורים כי הלכה זו הקנתה לעוה"ד "חסינות" מניהול תביעות נגדו. גישה זו אמנם סויגה ורוככה במהלך השנים, ואולם הביקורת השיפוטית על מעשיו, שיקולו ופעילותו של עוה"ד נותרה מרוסנת, ובתי המשפט שמרו על קו הגבול ונזהרו מלחצותו.

כך למשל, בתי המשפט הבדילו בין שגיאה שמקורה טכנית בעיקרו כגון רשלנות באי הגשת סיכומים, אי הזמנת עד, היעדר הופעה לדיון וכיוצ"ב, לבין פעולה הכרוכה בהפעלת שיקול דעת מקצועי גרידא, כגון החלטות טקטיות או אסטרטגיות בניהול ההתדיינות. (ראה גישת השופט דר בע"א 4507/99 **עו"ד רות פורשנר נגד חיה הדר** וכן בת"א 1588/00 (מחוזי חיפה) **שבת ברכה נגד עו"ד א' גולדבליט**).

אין קושי לחייב את עורך הדין בדין בגין נקיטה בפעולה טכנית שגויה. הקושי מתעורר לגבי ההחלטות הנובעות מהפעלת שיקול דעת, כגון השאלה האם להזמין עד או להימנע מלהעידו. האם להעלות את בעל הדין או להסתפק בטענה כי על הצד האחר מוטל הנטל וזה לא הרימו וכיוצ"ב, אילו שאלות לשאול בחקירה נגדית, במה להעמיק לחקור וממה להיזהר.

החלטות אלה הן לב ליבו של שיקול הדעת. כל עו"ד יכול להחליט אחרת וכל החלטה יכולה להיות "נכונה" או לא "נכונה" במבט לאחור כשהתוצאה כבר ידועה. לעניין זה ראה גם גישת השופטת גילאור והשופט דר בע"א 4507/99 הנ"ל. לאור האמור בכגון דא הביקורת השיפוטית מאופקת ולא בכדי, ורק במקרים קיצוניים בהן הדבר "זועק" יטה בית המשפט להתערב.

(ראה רע"א 417/05 **מרים אברהם נגד עו"ד מרצל קדם**, דברי השופט רובינשטיין):

"(2)(א) אומר מה לעיצומם של דברים. אכן, הערכת עבודתו המקצועית של בעל מקצוע וקביעת רשלנותו אינה משימה קלה; יתכן שקשה היא במיוחד כשהמדובר בעורך דין, אלא אם כן הרשלנות וחוסר המקצועיות זועקים. הלא בשאלה אם לנקוט בצעד פלוני בטיפול בתיק, כגון הגשת ראיות או בחירת עדים, תיתכן החלטה אחת ותיתכן החלטה אחרת, וטעות בשיקול דעת אינה בהכרח רשלנות".

9. המרווח ומתחם שיקול הדעת המוקנה לעו"ד בטיפול בתביעה רחב מאד וביהמ"ש מוכן לתת לעו"ד "חבל ארוך" רק במקרים קיצוניים כגון אי הבאת עדות מרכזית או ראייה "חותכת" ומכרעת עשוי ביהמ"ש להגיע לתוצאות שונות במסגרת ההליך החדש. הדבר נובע גם מן התפיסה שחזקה על הצדדים שהם עושים כל הנדרש מטעמם להוכחת העובדות המשרתות את עמדתם וכי העדים ממילא מוזהרים ונוזהרים בבימ"ש ומוחזקים כמי שעושים חובתם נאמנה, ואין להניח שניהול משפט בדרך שונה היה מביא לתוצאות שונות, אלא במקרים נדירים בהם הדבר "זועק".

10. קושי נוסף בביקורת על אופן ניהול ההליכים מצד עורך הדין כרוך בכך שעל ביהמ"ש לנסות ולהשוות בין המצב הידוע, קרי פסק הדין שניתן בעקבות ההתנהלות, לבין פסק הדין התיאורטי האחר שהיה יכול להיות "אילו".

זוהי מטבעה שאלה קשה, שכן ההשוואה המתבקשת היא בין פסק דין סופי לתוצאה היפותטית, מה גם שהנחת היסוד היא כי פסק הדין שניתן (ואותו מתבקש לתקוף בעקיפין בטענה כי הוא תוצר של ניהול משפטי קלוקל), מוחזק ככזה שניתן לאחר שהצדדים עשו כל הנדרש להביא את מיטב עדויותיהם בפני בית המשפט, ופסק הדין הוא תוצר של התיזה והסינתזה, בין אינטרסים נוגדים, וקשה להניח הנחת עבודה שגרתית שהתוצאה הייתה משתנה אילו נוהלה התביעה בדרך שונה.

11. בתביעה שכזו, נדרש התובע להוכיח את הקשר הסיבתי בין רשלנותו של עוה"ד מנהל ההליכים לבין התוצאה המשפטית שהייתה יכולה להיות שונה על פי הנטען ומדובר בנטל קשה מאד. 6-

הקושי הוא ראייתי ומהותי כאחד(לעניין זה ראה דנ"א 3691/05 יעקב חנינזון נגד עו"ד חוטר ישי וכן אמות המידה שנקבעו שם להוכחת הקשר הסיבתי בין הרשלנות לתוצאה הנטענת).

על התובע להוכיח ברשלנות מקצועית ".... כי אלמלא התרשלנות עורך הדין תוצאת פסק הדין היתה משתנה לטובתו".

ראה גם ע.א. 989/03 עו"ד חוטר ישי נגד חנינזון, פ"ד נט(4) 796 וכן דברי השופט דר בת.א. 1588/00 הנ"ל:

"ראינו שהתובע מתקשה להציב את הקוביות זו על זו כדי שניתן יהיה לטפס עליהן להגיע לפרס הנמצא על המדף המוגבה. ישנם מרכיבים רבים, שכולם מזמינים השערות, הערכות ואומדנות, ואין ראייה מוצקה, וגם לא יכולה להיות, שתוכיח מה היה קורה אילו היה התובע מוזמן על ידי הנתבע לחקירה על תצהירו.

הקושי אינו רק בשלב הזה אלא גם בהוכחת הנזק, כלומר, קשר של סיבה ומסובב בין מתן פסק הדין לבין הנזקים ומהם הנזקים".

12. הרתיעה מהתערבות בדיעבד בממצאי פסק דין שניתן לאחר הליך שיפוטי, מובנת גם מטעם נוסף והוא החשש שמא יהפוך ההליך המתנהל כנגד עורך הדין למקצה שיפורים ביחס לפסק דין חלוט דבר שיש בו משום ערעור על עקרון הסופיות, והכל על דרך של תקיפה עקיפה במסגרת התביעה נגד עורך הדין.

ניתן להבין גם את חוסר הנוחות מכך ששופט, (לעיתים באותה ערכאה דיונית) עשוי להגיע במסגרת "ההליך המשופר" לתוצאה שונה מזה שחברו הגיע אליה במסגרת ההליך הקודם על שום שהראיות המובאות בהליך החדש עשויות לשנות את הקביעות שבבסיס פסק הדין הקודם שכנגד דרך ניהולו יוצא הלקוח חוצץ והרי אין כמעט הליך שלא ניתן לנהלו אחרת.

13. בעוד שהתפיסה באשר לעוה"ד המטפל בעסקאות היא כי יש לו חלק ביצירת ובקביעת העובדות על פיהן נחרץ לשבט או לחסד גורלה של העסקה, תפקידו של עוה"ד המייצג לקוח בבית המשפט שונה. הוא אינו יוצר או קובע את העובדות, אלא מציג אותן (על הסייגים לעדותו של עורך דין ראה כלל 36 לכללי לשכת עורכי הדין (את המקצועות) התשמ"ו-1986 האוסר עליו להעיד בעניין שבו הוא מייצג אדם), וההנחה היא כי גם אם לא עשה זאת באופן המיטבי עדיין מאפשרים ניסיונו והבנתו של השופט את השלמת הדרוש על מנת לקבל תשתית עובדתית ומשפטית מתאימה ליתן החלטה נכונה, תוך שימוש בכלים משפטיים מוכרים, בזה מתבטא שורש ההבדל בגישות.

גם אילו עוה"ד לא השכיל להביא בפני ביהמ"ש את כל הדין והפסיקה הרלוונטית, ההנחה היא כי הדין הינו מן המפורסמות שאינו טעון ראייה ומן הסתם יעלה בידי ביהמ"ש ליתן פסק דין על פי הדין הנכון מכוח ידיעתו של ביהמ"ש שהוא המומחה בדין.

14. מכל הטעמים הללו צר מרחב ההתערבות של בתי המשפט בתביעות כנגד עורך דין בקשר לייצוג משפטי של לקוח בבית המשפט בהרבה יותר מאשר הביקורת על התנהלותו מחוץ לכותלי ביהמ"ש.