

# **”תביעה זו מוטב היה לה שלא תוגש משתוגש”**

**על תופעת ההתדיינות הלא יעילה  
ותפקידו של עורך הדין**

עבודה סמינריונית במסגרת הקורס ”תרופות בדיני חוזים ונזיקין”

שם המרצה: פרופסור אריאל פורת

מגישה: ברקת קנפו

ת.ז.: .

## תוכן עניינים

	מבוא
5-4	
30-6	<b>פרק I : "תביעה זו מוטב היה לה שלא תוגש משתוגש" – על תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה</b>
8-6	1. הניתוח הכלכלי של המשפט
12-8	2. התדיינות יעילה, מהי?
18-12	3. תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה
12	3.1 כללי
17-12	3.2 ארצות הברית – בין תיאוריה למחקרים אמפיריים
18-17	3.3 ישראל
28-18	4. הסיבות לתופעה
30-28	5. השלכות התופעה
28	5.1 עלויות לצד התובע
29-28	5.2 עלויות לצד הנתבע
30-29	5.3 עלויות חברתיות והפגיעה במערכת המשפט
41-30	<b>פרק II המודל המוצע : הטלת אחריות על עורך הדין בגין התדיינות שאינה יעילה</b>
32-30	1. הקדמה
34-32	2. קווי מתאר כלליים למודל המוצע
38-35	3. החובה ליידע את הלקוח ולהזהירו
41-39	4. הפרת החובה
41	5. תרופות
63-42	<b>פרק III השתלבות המודל המוצע בשיטות משפט אדברסריות</b>
42	1. הקדמה
51-42	2. עורך הדין – בית משפט: שאלת פסיקת ההוצאות האישיות
45-42	2.1 כללי – חיוב עורך דין בהוצאות אישיות במשפט הישראלי
50-45	2.2 מיפוי הפסיקה הישראלית – באילו מקרים ישא עורך הדין בהוצאות אישיות?
45	2.2.1 בית המשפט ממעט לחייב עורכי דין בהוצאות אישיות
46-45	2.2.2 פסיקת הוצאות אישיות בסכומים נמוכים -
48-46	2.2.3 אופי המקרים בהם יחייב בית המשפט את עורך הדין בהוצאות אישיות
49-48	2.2.4 גישה סלחנית מצד בית המשפט
49	2.2.5 ריבוי ערעורים של עורכי דין על חיובם בהוצאות אישיות
50	2.2.6 הערות סיום

63-51	3. עורך דין – לקוח: מחקר השוואתי
54-51	3.1 מסלולי תביעה ישראלים אזרחיים
52-51	3.1.1 המסלול החוזי
53-52	3.1.2 המסלול הנזיקי
54-53	3.1.3 המסלול האתי
63-54	3.2 מבט עולמי – אימוץ המודל?

**פרק IV התמודדות עם ביקורות על המודל**

65-64	1. החשש מריבוי תביעות
66-65	2. השפעה על פעילות: הורדת רמת פעילות/מניעות/עריכת דין מגנתית
67-66	3. זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית

68 סיום וכיווני מחקר עתידיים

## מבוא

ב-8 באוגוסט 2008 התנוססה מעל דפי מדור העסקים של הניו יורק טיימס כותרת ספק חדשותית, ספק משפטית וספק כלכלית: *'The Cost of not Settling a Lawsuit'*.<sup>1</sup> בפתח קרא הכתב לכל קורבנות תאונות הדרכים, נפגעי הרשלנות הרפואית וצדדים לחוזה שהופר באשר הם, לרשום לעצמם תזכורת – "עשו עסקה, תתפשרו. אל תנהלו התדיינות ארוכה, יקרה ובלתי יעילה בבית המשפט". מסקנה זו, נטען בכתבה, נובעת מנתוני מחקר אמפירי, חסר תקדים בהיקפו, העתיד להתפרסם בהרחבה בכתב עת משפטי.

ייתכן כי אין זו הפעם הראשונה שבה מחקר אמפירי משפטי, זוכה לתהודה תקשורתית ציבורית שכזאת. ואולם, עצם העיסוק הנרחב יחסית, במסגרת שאינה אקדמית ו/או מקצועית, בשאלת עלויותיהן של התדיינות שאינן יעילות, עשוי ללמד על מרכזיות הסוגיה. מליוני בני אדם מתחבטים מדי יום ביומו מסביב לעולם בשאלה "להתדיין או לא להתדיין?". ההכרעה בה מלווה בשקילת שיקולים משפטיים, כלכליים ואף חברתיים. למתן תשובה שגויה נודעות השפעות קולוסליות על הצדדים לסכסוך, בית המשפט והחברה בכללותה.

עבודה זו תבקש להתחקות אחר תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה ולתהות אודות התפקיד שממלא בה עורך הדין: האם הוא תורם להיווצרותה? פועל למניעתה? או אדיש לקיומה? ניסיון ליצור תמריץ עבור עורכי דין לסכל את קיומה של התדיינות בלתי יעילה, ולהימנע בעצמם מלגרום לה, הוביל להתוויתו של מודל תיאורטי חדש. לפי המודל המוצע, תתאפשר הטלתה של אחריות מקצועית על עורך הדין, במקרים מסוימים, בגין עצם הגשת תביעה "שמוטב היה לה שלא תוגש משתוגש".

### במסגרת הפרק ה-I תידון בהרחבה תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה:

תחילה, יורכבו משקפי הניתוח הכלכלי של המשפט ותוצג סקירה כללית של תיאוריות כלכליות של המשפט. לאחר מכן, אפנה לבחון את הגדרתה של התדיינות יעילה וכיצד תתקבל החלטה רציונלית האם להתדיין או ליישב את הסכסוך בפשרה. מכלל הן אבקש ללמוד על הלאו: באילו מקרים, אפוא, תתקיים התדיינות שאינה יעילה? בהקשר זה, אנסה להתחקות אחר קיום התופעה בישראל ובארצות הברית. בעוד בזירה הישראלית קיומה של התופעה מוצדק "בתחושות בטן" שיפוטיות בלבד, נערכו בארצות הברית בשנים האחרונות סדרה של מחקרים אמפיריים, האומדים את שכיחותה הגבוהה של התופעה ועלויותיה העצומות. נוכח ממצאיהם הדרמטיים של המחקרים האמריקניים, אתהה מהן הסיבות המובילות ליצירת תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה ולהיקפה הרחב? בחינת השיח האקדמי תאתר שלושה סוגים שונים של סיבות אפשריות: היעדר מידע, אשם של עורך הדין וקיומם של תמריצים נוספים להתדיין, החורגים ממטרות של השאת רווח כלכלי במובן הצר. קבוצת הסיבות האחרונה תוביל לאזכורן של כמה מהביקורות המרכזיות על הניתוח הכלכלי של המשפט. לסיום, אתאר בקווים כלליים את השלכותיה הפוטנציאליות של תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה על התובע, הנתבע, החברה ומערכת המשפט.

### בפרק ה-II יוצג המודל התיאורטי המוצע:

הנחתו היסודית של המודל היא כי הגם שזכות ההכרעה הסופית מסורה ללקוח בלבד, בחירתו במסלול ההתדיינות אינה מהווה אך פרי מחשבתו העצמאית. הוא נועץ בעורך דינו ומצפה שחוות דעתו המקצועית של זה תשפר את הליך קבלת ההחלטה האם להתדיין או להתפשר. עם זאת, בשל קיומן של בעיות נציג ומגבלות מקצועיות נוספות שתפורטנה, לא תמיד תוביל חוות הדעת המקצועית לקבלת ההחלטה

<sup>1</sup> [http://www.decisionset.com/files/17652\\_elink-1.pdf](http://www.decisionset.com/files/17652_elink-1.pdf)

האופטימלית עבור הלקוח. המודל מציע הטלתן של שתי חובות על עורך הדין בעת חיווי דעה ובמהלך ייצוג לקוחו: חובת יידוע וחובת אזהרה. במסגרת חובת היידוע יהא עורך הדין חייב לפרוש בפני לקוחו את מכלול מסלולי התביעה והפשרה העומדים בפניו ועלויותיהם. מקום שבו מעריך עורך הדין כי לתביעה סיכויי הצלחה נמוכים, יהא עליו להזהיר את לקוחו מפני ניהול ההתדיינות ולהציע ללקוחו דרכים אלטרנטיביות ליישוב התביעה. הדרישה להזהיר אומנם מטילה חובה אקטיבית יותר על עוה"ד, אך אינה מצפה ממנו לעשות את מרב המאמצים כדי לשכנע את לקוחו. המילה האחרונה נותרת של הלקוח. המודל מציע להחיל את דוקטרינת ההסכמה מדעת, שעד עתה יוחדה ליחסי רופא-חולה, גם על מערכת היחסים שבין עורך דין ללקוחו. במקרים שבהם לא קיבל הלקוח מידע מלא בענייניו (בדבר סיכויי תביעתו, עלויותיה וחלופותיה), בשל פעולה רשלנית ו/או זדונית של עורך הדין, והדבר הוביל לקבלת החלטה לא יעילה להתדיין - יחוב עוה"ד בשורה של חבויות: אחריות מקצועית כלפי לקוחו, תשלום הוצאות לבית המשפט ובמקרים חריגים גם בפיצויים של צדדים שלישיים, שנפגעו בצורה קיצונית מפעולותיו הרשלניות/זדוניות. המודל מספק מספר הגנות לעו"ד ומדגים את תחולתו על שלושה מקרי מבחן.

### הפרק ה-III עוסק באפשרות קליטת המודל בשיטת המשפט האדברסרית:

הדיון במסגרת פרק זה פוצל לשניים: אפשרות הטלתן של הוצאות על עורך הדין מצד בית המשפט ואפשרות תביעת הלקוח את עורך דינו.

סקירת 318 פסקי דין, העוסקים בשאלת הטלת הוצאות משפט על עורכי דין בערכאות השיפוטיות השונות, איתרה מספר מגמות: ראשית, בית המשפט הישראלי ממעט לחייב עורכי דין בהוצאות אישיות. שנית, גם מקום שבו נפסקות הוצאות אישיות, הסכומים נוטים להיות נמוכים ולא לשקף את המחיר האמיתי של התנהגות עורך הדין. שלישית, קיימת נטיה של בית המשפט הישראלי לגלות נכונות לפסיקת הוצאות אישיות במקרים שבהם לא התייצב עו"ד לדיון בלא לקבל רשות ו/או התנהג בצורה בלתי הולמת כלפי בית המשפט ופקידיו. רביעית, הסתמנה גישה סלחנית של בית המשפט כלפי עורך הדין: הן בנטייתו אפרורית שלא לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות והן בנכונותו הגוברת לבטל את החיוב, מקום שזה ניתן, בדיעבד. וחמישית, אותרה מגמה של ריבוי ערעורים מצד עורכי הדין על חיובם בהוצאות אישיות.

בחינת אפשרות אימוץ המודל, בכל הנוגע למערכת היחסים שבין עורך הדין ללקוחו, כללה חקיקה, פסיקה וכתובה אקדמית בישראל, ארצות הברית ובאנגליה. בקליפת אגוז, ניתן לומר כי בעוד שהנכונות התיאורטית להכיר בקיומן של החובות ובהחלתן של המודל קיימת בשלוש המדינות, נכונות בתי המשפט להטיל חבות בפועל, מקום שהללו הופרו, אינה חד משמעית: בארצות הברית קיימות פסיקות סותרות בנושא, בישראל מעולם לא הוטלה חבות מהסוג המוצע במודל ואילו באנגליה מסתמנת התמודדות ייחודית בדמות רפורמה חקיקתית, אך בכל הנוגע לפסיקה, נראה כי הנכונות אינה מתורגמת ליצירת תקדימים משפטיים.

הפרק ה-IV של העבודה יוקדש להתמודדות עם כמה מהביקורות המרכזיות, העשויות להיות מושמעות כנגד המודל המוצע.

# “תביעה זו מוטב היה לה שלא תוגש משתוגש”

## פרק I :

### תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה

#### 1. הניתוח הכלכלי של המשפט

“Like the rabbit in Australia, the economic analysis of law found a vacant nich in the intellectual ecology, and filled it rapidly” (R.D. Cooter & D.L. Rubinfeld, 1989)<sup>2</sup>

שני עשורים חלפו מאז תיארו כך Cooter & Rubinfeld את ניצני הניתוח הכלכלי של המשפט, אי שם בשנות ה-60 של המאה ה-20.<sup>3</sup> ואכן, אותה “נישה” לא רק שהתאכלסה במהירות<sup>4</sup> בספרות אקדמית עשירה ובתיאוריות כלכליות-משפטיות מגוונות, אלא אף החלה מבססת עצמה כזרם דומיננטי, חשוב ומרכזי בניתוח המשפטי המודרני.<sup>5</sup>

הניתוח הכלכלי של המשפט חולש על מנעד רחב של שדות משפטיים<sup>6</sup>: המשפט המקובל<sup>7</sup> (חוזים, נזיקין, קניין ופיצויים); הסדרים סטטוטוריים (תקנות רגולטוריות בתחום איכות הסביבה וקניין רוחני); התיאוריה והפרקטיקה של הענישה; כללי פרוצדורה אזרחיים, פליליים ואדמיניסטרטיביים; תיאוריות של חקיקה והתקנת תקנות; שאלות מתחום אכיפת החוק ואדמיניסטרטיביה שיפוטית; וכן, סוגיות בתחומי המשפט החוקתי, דיני המשפחה, תורת המשפט והמשפט הצבאי.<sup>8</sup> יתרה מכך, בחינת הסכסוך המשפטי מבעד למשקפיים כלכליים התפרשה הרחק מעבר לגבולות עובדות המקרה הקונקרטי, המובא

<sup>2</sup> R.D. Cooter & D.L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution* 27 J. Econ. Lit. 1067, 1068 (1989);

<sup>3</sup> Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 23 (7<sup>th</sup> ed, 2007): “The new law and economics began with Guido Calabresi’s first article on torts and Ronald Coase’s article on social cost”. Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale L.J. 499 (1961); Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. Law & Econ. 1 (1960). טוען Steven Shavell לניתוח הרבה יותר לניתוח Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 4 (Cambridge, 2004) Bentham: ב-1789 ו-Becarria הכלכלי של המשפט (1767-1776).

<sup>4</sup> Posner, *supra* note 2, xxii: “Even in the central areas of economic analysis of law-such as economic analysis of property rights, contracts, torts, antitrust law, and corporate and tax law-the march of research has been so rapid”; and also see footnote 4: “The number of changes (especially additions) in this seventh edition attests to the growth in the scholarly literature in just the last four years”.

<sup>5</sup> Anthony T. Kronman, *Remark on the Second Driker Forum for Excellence in the Law* 42 Wayne L. Rev. 115, 160 (1995): “... (the law and economics movement is) an enormous enlivening force in American legal thought... (and it) continues and remains the single most influential jurisprudential school in this country”; Jon Hanson & David Yosifon, *The Situation: An Introduction to the Situational Character, Critical Realism, Power Economics, and Deep Capture*, 152 U. Pa. L. Rev. 129, 142 (2003): “There is no dispute that law and economics has long been, and continues to be, the dominant theoretical paradigm for understanding and assesing law and policy”.

<sup>6</sup> Posner, *Economic Analysis of Law*, 25: “The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society. Statutory or constitutional as distinct from common law fields are less likely to promote efficiency, yet even they... are permeated by economic concerns and illuminated by economic analysis is also helpful in explaining such institutional features of the legal system as the role of precedent and the allocation of law enforcement responsibilities between private persons and public agencies”.

<sup>7</sup> William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 302 (1987): “The structure of the common law .. is economic in character”.

<sup>8</sup> Posner, *supra* note 2.

לדיון בפני בית המשפט:<sup>9</sup> החל מהשאלה מה הוביל לנזק והאם ניתן היה למונעו באמצעים שונים (הורדת רמת פעילות, הימנעות מפעילות, שינוי אופי הפעילות המזיקה וכיו"ב),<sup>10</sup> דרך שקילת שיקולי מדיניות, החותרים להפנמת הנזקים תחת החצנתם<sup>11</sup> וכלה בניסיון לכוון להתנהגויות יעילות מנקודת מבט חברתית באמצעות יצירת הרתעה<sup>12</sup> ומתן תמריצים.<sup>13</sup>

חרף קיומן של אסכולות כלכליות וביהביוריסטיות-כלכליות<sup>14</sup> למכביר בזירה האקדמית, העוסקות באופן אינטנסיבי בפיתוח תזות תיאורטיות בדבר תחומי ההשקה שבין משפט לכלכלה, נראה כי ניתן לזקק (הגם כי במאמר כללי למדי) שני פנים למבט הכלכלי על המשפט:<sup>15</sup>

ראשון הוא *הפן הדסקריפטיבי*,<sup>16</sup> במסגרתו תישאלנה שאלות הנוגעות להשלכותיהם האפשריות של כללים משפטיים. כך, למשל, תיבחן השפעת משטר האחריות הנוהג בתחום תאונות הדרכים על מספר תאונות הדרכים, הפיצויים הניתנים לקורבנות התאונות ועלויות ההתדיינות בתיקים מסוג זה. לדעת Shavell, בבסיס הניתוח הדסקריפטיבי מונחת ההנחה, לפיה התנהגות הצדדים לסכסוך רציונלית וחותרת למקסום תועלתם האישית ככל שניתן. משכך, נודעת חשיבות רבה לכלל המשפטי, האמור לגלם את רצונות הפרטים, ידיעותיהם, יכולותיהם וכן את שקלולם של גורמים סביבתיים, העשויים להשפיע אף הם על התנהגות הפרטים בחברה.<sup>17</sup>

*הפן הנורמטיבי* מבקש להתחקות אחר הכללים המשפטיים הרצויים מבחינה חברתית. בהקשר זה, תישאלנה שאלות מתחום שיקולי המדיניות ואופן הקצאת המשאבים החברתיים. כלל משפטי אחד ייחשב כעדיף על פני כלל משפטי שני, אם הראשון מסב רמה גבוהה יותר של רווחה חברתית.<sup>18</sup>

---

<sup>9</sup>Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 4 (Cambridge, 2004): 'What distinguishes economic analysis of law from other analysis of law?.. What does seem to mark economic analysis are three characteristics. First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical tests of theory, whereas other approaches usually do neither. Second, in describing behavior, economic analysis gives much greater weight than other approaches to the view that actors are rational, acting with a view toward the possible consequences of their choices. And third, in normative evaluation, economic analysis makes explicit the measure of social welfare considered, whereas other approaches often leave the criterion of the social good unclear or substantially implicit.'

<sup>10</sup> G. Calabresi, *The Costs of Accidents*, 24-33 (1970)

<sup>11</sup> R.A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Leg. Stud. 29, 29-34 (1972)

Calabresi, *ibid*, 68 <sup>12</sup>

G. P. Fletcher, *Fairness and Utility in Tort Theory*, 85 Harv. L. Rev. 537, 537-543<sup>13</sup>

Russel B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 UCLA L. Rev. 1051, 1055 (2000): 'Law and economics is, at root, a behavioral theory, and therein lies its true power'.

Korobkin & Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 1054: 'The seminal insight that economics provides to the analysis of law is that people respond to incentives- a generalized statement of price theory. From this insight, two important corollaries follow. First, the law can serve as a powerful tool to encourage socially desirable conduct and discourage undesirable conduct. In the hands of skillful policymakers, the law has efficiency consequences as well as distributive consequences. Intentionally or unintentionally, legal rules can encourage or discourage the production of social resources and the efficient allocation of those resources. Although efficiency need not be the sole or primary goal of legal policy, economic analysis of law teaches that policymakers ignore the efficiency implications of their actions at society's peril. Legal rights that are unobjectionable in the abstract are not free but rather must be measured their opportunity costs'; Posner, *Economic Analysis of Law*, 24-26 של המשפט: הכלכלי של הניתוח הכלכלי של המשפט.

Shavell, *ibid*, 1 <sup>16</sup>

Shavell, *ibid*, 2<sup>17</sup>

Shavell, *ibid*, 2-4 <sup>18</sup>

Cooter & Rubinfeld פיתחו מודל בן ארבעה שלבים, המבקש לתאר את הכרונולוגיה של סכסוך משפטי טיפוסי:<sup>19</sup> בשלב הראשון, ישנו אירוע יסודי ('an underlying event'), פגיעה ראשונית דוגמת תאונה או פשע, שבו אדם אחד (המזיק) לכאורה פגע באדם אחר (הניזוק/הקורבן). המתברים מציינים כי שכיחות התרחשותו של הנזק מושפעת מההחלטות החברתיות והאישיות, שהתקבלו ביחס לפעילויות ולאמצעי מניעה שנקטו. בשלב זה, נודעת חשיבות לאיזון בין עלות הנזק לעלות מניעתו לשם השגת יעילות כלכלית. בעולם של מידע מושלם ואם הצדדים מסוגלים להתמקח זה עם זה בעלויות עסקה אפסיות, השוק ישיג את האיזון המבוקש, יהא המשטר המשפטי החל אשר יהא (The Coase Theorem)<sup>20</sup>. עם זאת, במקרים רבים לא ניתן להתמקח והעלויות החברתיות של הנזק מוחצנות.<sup>21</sup> בשלב השני, הצד שניזוק לכאורה שוקל האם פגיעתו מקימה עילה משפטית אם לאו והאם לנסח תביעה משפטית. אדם רציונלי יגיע לכדי החלטה בכגון דא באמצעות איזון בין העלויות המיידיות (לשכור עו"ד, להגיש תביעה, לשלם אגרות בימ"ש וכו') לבין הרווחים העתידיים שהוא עשוי להפיק מהגעה להסכם פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט או מניצחון במשפט. השלב השלישי מתרחש לאחר שנוסחה התביעה המשפטית, אך לפני המשפט. במסגרת שלב זה, הצדדים משיבים לכתבי טענות, משתתפים בשימועים קדם משפטיים עם השופט, עורכים גילוי מסמכים וקובעים את תאריכי המשפט. מגמת בית המשפט, לדעת המחברים, היא לעודד את המתדיינים ליישב את הסכסוך ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט. היתרון הגלום בהגעה להסכם פשרה, במקום הליכה למשפט וניהול דיון אדברסרי, נעוץ לטענת המחברים בחיסכון היחסי בעלויות ההתדיינות, בעצמאות ובוודאות הכרוכות מניה וביה בבחירה במסלול ההסכמי. כאשר המשא ומתן נכשל אנו מגיעים לשלב הרביעי והאחרון במודל שמתווים המחברים: ההליכה למשפט. להכרעה השיפוטית ישנם שני תוצרים מובחנים: פתרון סכסוכים ויצירת חוקים. מנקודת מבט פרטית, משפטים הם שיטה לפתרון סכסוכים בין תובעים ונתבעים רציונלים ואינטרסנטיים. ואולם, מנקודת מבט חברתית, משפטים הם מכניזם לבחירה קולקטיבית ביצירת חוקים ופרשנותם, שנועדו לשלוט בחברה.<sup>22</sup>

עבודה זו תתמקד בכשל שחל בשלבים השני והשלישי המתוארים לעיל: תחילת הליקוי נעוצה בהליך קבלת ההחלטה להניע את גלגלי ההליך המשפטי, על אף קיומם של רציונלים של יעילות כלכלית, התומכים באי הגשתה של התביעה המשפטית הספציפית. הליקוי ממשיך בבחירה בבית המשפט כמקום הראוי, הנכון והיעיל להכריע בסכסוך וסופו עשוי להימצא לעתים בדחיית הצעת פשרה ובבחירה העיקשת במסלול ההתדיינות, חרף עלויות ההתדיינות הגבוהות מחד גיסא וסיכויי התביעה הנמוכים מאידך גיסא.

## 2. התדיינות יעילה, מהי?

שינועו של הליך משפטי כרוך בהוצאות כבדות<sup>23</sup> עבור הצדדים המתדיינים (תובע ונתבע)<sup>24</sup>: תשלום שכר טרחה לעורך הדין, מילוי טפסים, בזבוז זמן ושעות עבודה, עלויות זימון עדים מומחים, אגרות בימ"ש,

Cooter & Rubinfeld, *ibid*, 1069-1071<sup>19</sup>

<sup>20</sup> בהנחה שעלויות העסקה עומדות על אפס, הצדדים יגיעו בכוחות עצמם להסדר היעיל ביותר מבחינה כלכלית, בלא קשר

להקצאת הזכויות הראשונית מכוח החוק (דהיינו: בלי קשר למי קיבל את הזכות לראשונה) – ראה Coase, *supra*

Cooter & Rubinfeld, *ibid*, 1069<sup>21</sup>

Cooter & Rubinfeld, *ibid*, 1070<sup>22</sup>

<sup>23</sup> David M. Trubek & Austin Sarat, *The Costs of Ordinary Litigation*, 31 UCLA L. Rev. 72, 75 (1983): 'It is widely believed that the costs of litigation are rising and that these costs are an important public problem'; Jennifer f. Reinganum & Louis L. Wilde, *Settlement, Litigation, and the allocation of litigation costs*, 17 Rand Journal of Economics 557, 558 (1986): 'Using the court to resolve the dispute is costly to both the defendant and the plaintiff (in terms of time, legal fees, etc.) and may be subject to error'; Russel Korobkin & Chris Guthrie,



הוצאות נסיעה ועוד.<sup>25</sup> יש אף המונים עם עלויות ההתדיינות גם עלויות נפשיות, הנובעות מההשתתפות הטראומטית, במקרים רבים, בהליך המשפטי (בין כנתבעים ובין כתובעים).<sup>26</sup> אומדן עלויות ההתדיינות הולך ותופח נוכח מציאות של התמשכות דיונים, שכיחות גבוהה של עיכובים והסבירות שהצד המפסיד יגיש ערעור על פסק הדין שניתן לרעתו.<sup>27</sup>

לצד העלויות הישירות לצדדים המתדיינים ניתן אף להזכיר את העלויות החברתיות, הכרוכות בקיומו של משפט. עם עלויות אלה נמנית הפגיעה בצדדים שלישיים, המבקשים להתדיין בבית המשפט אך סובלים משיהויים ומדחיות בשל העומס המוטל על המערכת המשפטית.<sup>28</sup> כמו כן, לא ניתן להתעלם מהעלויות האדמיניסטרטיביות,<sup>29</sup> הנובעות מהצורך בתפעול מערכת מקצועית ומנהלתית, שיוצאות מכיסו של משלם המסים.<sup>30</sup>

לפי הניתוח הכלכלי של המשפט - בהנחת קיומם של צדדים רציונליים<sup>31</sup> לסכסוך, **החותרים להשאת רווחיהם ומתייחסים לתביעה כאל עניין כלכלי בלבד**,<sup>32</sup> ובהיעדר קיומן של מוטיבציות חיצוניות<sup>33</sup> - תתקבל ההחלטה האם לנהל התדיינות או לבחור במסלולים חלופיים ליישוב המחלוקת באופן הבא:

---

*Psychology, Economics and Settlement: A New Look at the Role of the Lawyer*, 76 Texas L. Rev. 77 (1997): 'Given the high cost of litigation, it is not surprising that most law suits settle out of court prior to adjudication';

<sup>24</sup> Shavell, *ibid*, 389-390: 'Bringing a suit involves costs; the plaintiff will expend time and energy and possibly incur a bill for legal services and filing fees'.

<sup>25</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 77 at footnote 1: 'Financial costs include both out of pocket expenses- legal fees and expert witness fees, among other costs- and the monetary value of the time clients spend on cases.. Generally speaking, the further a case progresses through the system, the higher the costs incurred- increased legal fees (at least if attorneys charge on an hourly basis), trail fees (including expert witness fees, stenographic costs, and travel expenses), and client time away from work'.

<sup>26</sup> Marc Galanter, *The Day After the Litigation Explosion*, 46 MD. L. Rev. 3, 9 (1986): 'For plaintiffs and defendants alike, litigation proves a miserable, disruptive, painful experience. Few litigants have a good time or bask in the esteem of their fellows- indeed, they may be stigmatized. Even those who prevail may find the process very costly'; DH Naftulin, *The Psychological Effects of Litigation on the Industrially Injured Patient: A research Plea*, 39(4) IMS Ind. Med. Surg. 26 (1970)

<sup>27</sup> Randall L. Kiser, Martin A. Asher and Blakeley B. McShane, *Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations*, 5 Journal of Empirical Legal Studies 551, 552 (2008)

<sup>28</sup> Robert W. Kastenmeier & Michael J. Remington, *Court Reform and Access to Justice: A legislation Perspective*, 16 HARV. J. ON LEGIS. 301, 303 (1979): 'The sad fact today is that the twin demons of cost and delay are asphyxiating our courts, both state and federal. This has pernicious effects on the quality of justice rendered by the courts'; David Luban, *Settlement and the Erosion of the Public Realm*, 83 Geo. L. J. 2619, 2621 (1995): 'This is conventional wisdom. Lawsuits are expensive, terrifying, frustrating, infuriating, humiliating, time-consuming, perhaps all-consuming'.

<sup>29</sup> Shavell, *ibid*, 411: 'the parties involved in litigation do not bear the salaries of judges and of ancillary personal, the value of jurors' time, the implicit rent on court buildings, and the like; the parties thus save less by settling than society does. For this reason, they may proceed to trail more often than would be socially desirable'.

<sup>30</sup> Trubek & Sarat, *ibid*, 90-91, ) לכך יש המוסיפים גם את העלות לעורך הדין עצמו, בתלות באופן חישוב שכר הטרחה שלו (104-106). אם, למשל, עסקינן בעורך דין בעל שכר גלובלי או ששכרו מותנה תוצאה (ולא מחושב על פי שעות עבודה), אזי הלה עשוי במצבים מסוימים למצוא עצמו בהפסד. עם זאת, ההנחה היא שעורך הדין, כשחקן חוזר וכשוקל הטוב, בעל המומחיות המקצועית, ידע כיצד לכלכל את צעדיו כהלכה.

<sup>31</sup> להסבר אודות השלבים לקבלת החלטות רציונליות ראה: Scot Plous, *The Psychology of Judgment and Decision*; Making 81-82 (1993); Korobkin & Guthrie, *ibid*, : להבחנה בין רציונליות סובייקטיבית לרציונליות אובייקטיבית ראה:

133

<sup>32</sup> Steven Shavell, *Suit and Settlement Vs. Trail: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for thr Allocation of Legal Costs*, NBER working paper No. 662, 3 (1981)

<sup>33</sup> Randall L. Kiser, Martin A. Asher and Blakeley B. McShane, *Let's Not Make a Deal: An Empirical Study of Decision Making in Unsuccessful Settlement Negotiations*, 5 Journal of Empirical Legal Studies 551, 552 (2008)

כשלב ראשוני, חייב התובע תחילה להחליט האם הוא מעוניין לנקוט בפעולה משפטית, שתוצאתה הסופית תהא פשרה או התדיינות בבית המשפט. ההנחה היא כי ההחלטה לנסח טענה משפטית כרוכה בעלות אפסית (להבדיל מניהול המשפט עצמו)<sup>34</sup> ותרחש, לפי המודל הכלכלי, אם ורק אם התובע נכון לגשת למשפט.<sup>35</sup> השאלה האם התובע נכון לגשת למשפט תסתמך על הערכת התובע *ex ante* את סיכויי תביעתו, בתלות במכפלת הסבירות לזכייה בתביעה בגובה הצפוי של הסעד (בהנחה שהאחריות תוטל על התובע). מסכום זה יש להפחית את הוצאות ההתדיינות המשוערות של התובע (אם עסקינן במשטר שבו התובע נושא בעלויות התדיינותו, גם אם זכה במשפט) ויש להוסיף לו את עלות המשא ומתן לפשרה שנמנע (הגם שעלותו נחשבת לאפסית ביחס לעלויות ההתדיינות).<sup>36</sup>

עבור התובע, התוצאה הצפויה בהליך השיפוטי היא מכפלת הסבירות לזכייה בתביעה בגובה פסק הדין שיינתן (כפי שהללו מוערכים על ידי התובע), לאחר שהוחסרו ממנה עלויות המשא ומתן לפשרה והוספה לה העלות המשוערת של ההתדיינות (העשויה לכלול גם את עלות ההתדיינות של התובע, בתלות במשטר חלוקת ההוצאות המשפטיות הרלוונטי).<sup>37</sup>

**פשרה** תושג מקום שבו קיים סכום של כסף, המוסכם על ידי התובע והנתבע כעדיף על פני הליכה למשפט.<sup>38</sup> יוצא, אפוא, כי ההגעה לכדי פשרה תלויה בהערכות הסובייקטיביות של התובע והנתבע *ex ante* את תוצאות המשפט הצפויות מחד גיסא למול הצעת הפשרה מאידך גיסא.<sup>39</sup> ככל שגדל הפער בין הערך הסובייקטיבי החיובי הצפוי לתובע מההתדיינות לבין הערך השלילי הצפוי של ההתדיינות, מנקודת מבטו של התובע, כן גדל הסיכוי שתושג פשרה. זאת, כיוון שטווח ההצעות האפשריות לפשרה, שתשתלם לשני הצדדים גם יחד, גדל. ככל שפער זה קטן, ניטה יותר להניח כי ככל הנראה לא יגיעו הצדדים לכדי פשרה.<sup>40</sup> לדעת Priest & Klein, הבחירה במסלול ההתדיינות על פני מסלול הפשרה תתרחש אך ורק במקום שבו אחד הצדדים או שניהם מעריכים יתר על המידה את התביעה וסיכויי הזכייה בה.<sup>41</sup> לדעת Shavell, ההחלטה האם ליישב את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט עשויה להיות מושפעת, בין היתר, גם ממשטר ההוצאות המשפטיות,<sup>42</sup> החל על ההתדיינות הנתונה, מהציפיות השונות של הצדדים ביחס לתוצאות המשפט<sup>43</sup> וכן מקיומה של תועלת הדדית שלא להתחיל או שלא להמשיך בהתדיינות.<sup>44</sup>

היכולת לחזות את התנהגות הצדדים ואת האופן שבו יקבלו החלטות ויבצעו בחירות שונות, מושפעת ממגוון רחב של גורמים משתנים. כך, למשל, עשויה התחזית להשתנות מהקצה אל הקצה אם הצדדים **שונאי סיכון**,<sup>45</sup> **אוהבי סיכון** או **אדישים לסיכון**.<sup>46</sup> עבור צדדים אדישים לסיכון, הערכת התוצאה הבלתי

<sup>34</sup> ראה עמוד 9

לסתירה של הנחה זו ראה Shavell, *ibid*, 419-423<sup>35</sup>

<sup>36</sup> Shavell, *Suit and Settlement Vs. Trial*, 3-6

<sup>37</sup> ידידה צ' שטרן, יישוב סכסוכים שעניינם דיני חברות: הבחירה בין התדיינות לפשרה, **עיוני משפט** יז, 323 (1993)

Shavell, *ibid*, 401<sup>38</sup>

Roger Fisher & William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (1991)<sup>39</sup>

Shavell, *ibid*, 404<sup>40</sup>

George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. Legal Stud. 1, 4, 12-17<sup>41</sup> (1984)

Shavell, *ibid*, 406<sup>42</sup>

Shavell, *ibid*, 404-405<sup>43</sup>

Shavell, *ibid*, 403-404<sup>44</sup>

Shavell, *ibid*, 258-259<sup>45</sup>

<sup>46</sup> הכוונה ב"אדישים לסיכון" היא ל-`risk neutral`: ראה גם לעניין זה Shavell, *ibid*, 178, 502

וודאית תיעשה באמצעות חישוב הסבירות להתרחשותן של תוצאות משפט אפשריות (expected value). תובע אדיש לסיכון יהא אדיש גם לשאלה האם יעדיף לקבל 1,000 ₪ במזומן או שיבכר לגשת למשפט שבו יש לו סיכוי של 10% לזכות בסכום של 10,000 ₪. מנגד, עבור שונאי הסיכון אי הוודאות כשלעצמה אינה מצב רצוי. תובע שונא סיכון ישקלל למערך שיקוליו לא רק את ה- expected value כי אם גם את הרצון שלו להימנע מאי הוודאות. משכך, יעדיף שונא סיכון לקבל 1,000 ₪ במזומן מליטול את הסיכון הכרוך בהליכה למשפט, שבו סיכוי לזכות בסכום של 10,000 ₪ עומדים על 10%. אוהבי סיכון, מהעבר השני, יקבלו החלטה הפוכה ויעדיפו להמר ולגשת למשפט, בשל הסיכוי לזכות ב-10,000 ₪.

מחקרים אמפיריים רבים בארה"ב מעידים על כך כי הפשרה מהווה כיום הדרך המקובלת ליישוב סכסוכים אזרחיים.<sup>47</sup> ההערכות המדויקות בדבר אחוזי הפשרה מחוץ לכותלי בית המשפט, משתנות בהתאם לענפי המשפט הרלוונטיים, הערכאות השיפוטיות השונות<sup>48</sup> וכן בהתאם למתודולוגית המחקר. כך, למשל, מעריכים Korobkin & Guthrie, כי בין 90%-ל-95% מכלל התביעות האזרחיות מיושבות בטרם מתן פסק דין בעניין.<sup>49</sup> ממצאיה של Ross מצביעים על כך כי פחות מ-1% מכלל התביעות בגין תאונות דרכים הובילו לניהול התדיינות.<sup>50</sup> Danzon & Lillard מדווחים כי למעלה מ-90% מכלל התביעות בגין רשלנות רפואית כלל לא הגיעו לפתחו של בית המשפט.<sup>51</sup> אליבא דשטרן, העדפת הפשרה על פני ניהול התדיינות בבית המשפט קיימת בענפי משפט רבים בישראל ובפרט בסכסוכים הנוגעים בדיני חברות.<sup>52</sup>

בטרם אפנה לדיון בתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, נחוצה הבהרתן של שתי נקודות חשובות:

**ראשית**, ההנחה היסודית היא שניהול התדיינות בבית המשפט אינו המסלול היחיד ליישוב סכסוך אזרחי. כך, גם אם הנתבע מאמין בלב שלם כי הצדק עומד לצדו ושמרב הסיכויים שאכן יזכה במשפט (ואולי אף בהוצאותיו, בתלות במשטר ההוצאות המשפטיות הנוהג<sup>53</sup>), עדיין יתכן שיהא לו משתלם יותר להתפשר. זאת, אם סכום הפשרה יהא נמוך יותר מהסכום שאותו בכל מקרה יוציא הנתבע על ניהול המשפט (הוצאות ההתגוננות) ויחסוך עבורו את שעות העבודה, האנרגיה והזמן, שהיו מושקעים בהתדיינות. במסגרת תת הפרק, העוסק בסיבות לתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, אדון בקבוצות מקרים, שבהן התעקשו הפרטים בכל זאת ליזום הליך משפטי ולדבוק בו עד לסופו. גם במקרים אלה ההנחה הבסיסית היא שהייתה למתדיינים בחירה בין חלופות שונות והם בחרו בניהול ההתדיינות בין כותלי בית המשפט.

**שנית**, חרף יתרונותיה היחסיים, גם פשרה עשויה להיות מסלול בלתי יעיל במקרים מסוימים.<sup>54</sup> לפיכך, יש לבחון בעניינים ביקורתיות כל מקרה לגופו ולשקול הצעת פשרה קונקרטית למול ניהול התדיינות ספציפית. עם זאת, ראוי לציין כי קיים קושי למדוד באופן אובייקטיבי את התועלת הכלכלית הצומחת

George Lowenstein, *Self Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining*, 22 J. Legal Stud. 135, 135<sup>47</sup> (1993); Marc Galanter & Mia Cahill, 'Most Cases Settle': *Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, 46

Stanford L. Rev 1339 (1994)

Shavell, *ibid*, 410<sup>48</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 77<sup>49</sup>

H. Laurence Ross, *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustments* 179 (2d ed. 1980)<sup>50</sup>

Patricia Munch Danzon & Lee A. Lillard, *Settlement Out of Court: The Disposition of Medical Malpractice*<sup>51</sup>

*Claims*, 12 J. Legal Stud. 345, 365 (1983)

שטרן, שם<sup>52</sup>

Shavell, *Suit and Settlement Vs. Trail*,<sup>53</sup>

Galanter & Cahill, *supra*<sup>54</sup>

מההחלטה להתפשר, מקום שבו זו כבר התקבלה, שכן לא ניתן להשוות את תנאי הפשרה לתוצאות האמיתיות של המשפט (שלא התרחש).<sup>55</sup>

עבודה זו תתמקד במקרים שבהם פשרה דווקא הייתה יכולה להיות המסלול היעיל, אך אחד הצדדים (או שניהם) בחר לקיים התדיינות בין כותלי בית המשפט עד למתן פסק דין בעניינו.

### 3. תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה

#### 3.1 כללי

חרף אחוזי הפשרה הגבוהים, עדיין מתנסים בתי המשפט בעולם (ובית המשפט הישראלי בפרט<sup>56</sup>) בעומס תיקים ובריבוי התדיינותות.<sup>57</sup> נשאלת השאלה, בכמה מן המקרים עסקינן בהתדיינות יעילות ומתי נובע ריבוי הדיונים מקיומן של התדיינותות שאינן יעילות? להגדרה מהי התדיינות בלתי יעילה נודעות נפקויות חשובות הן לעניין עצם קיום התופעה והן לשם הערכת ממדיה ועלויותיה. כך, למשל, יכולה התדיינות להיות יעילה מבחינה חברתית אך לא יעילה מבחינת פרטית ולהפך.<sup>58</sup> במסגרת תת פרק זה אסקור את תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, כפי שהיא עולה ממודלים תיאורטיים וממחקרים אמפיריים שנערכו בארצות הברית. אומנם, מחקר דומה טרם נערך בישראל, ואולם סקירה מדגמית של הפסיקה הישראלית מלמדת כי קיומן של התדיינותות בלתי יעילות (תהא הגדרתן אשר תהא) אינו מוטל בספק, הגם שממדי התופעה המדויקים נותרים, לפי שעה, לא ידועים.

#### 3.2 ארצות הברית – בין תיאוריה למחקרים אמפיריים

בשנת 1984 הציגו *Priest & Klein*<sup>59</sup> מודל תיאורטי, המבקש לדמות את הליך ההתדיינות ולהבהיר את מערכת היחסים שבין קבוצת סכסוכים שיושבו בפשרה לקבוצת סכסוכים שהוכרעו בבית המשפט. לפי מודל זה, הגורם המכריע לבחירה בין פשרה לניהול התדיינות היה **כלכלי גרידא** וכלל את הפרמטרים הבאים: **העלויות הצפויות** של הצדדים במקרה של התוצאה הרצויה או שאינה רצויה, **האינפורמציה** בה אוחזים הצדדים בדבר הסבירות שיזכו במשפט וכן העלויות **הישירות** של ההתדיינות ושל הפשרה. ההנחה החשובה ביותר של המודל, הטעימו *Priest & Klein*, היא שהיכולת להעריך בצורה רציונלית מה תהא ההחלטה הצפויה, אינה תלויה בצורה בה יתנהל הדיון- בין אם בפני מותב שיפוטי ובין אם בפני חבר מושבעים. לטענתם, המודל המוצע על ידם מוכיח שבחירת הסכסוכים שיוכרעו בדרך של התדיינות (בניגוד לפשרה) אינה אקראית, אך גם אינה מהווה דוגמא מייצגת לכל הסכסוכים באשר הם. טענה זו מנומקת על ידם בכך כי אם הבחירה ליישב סכסוכים מסוימים דרך התדיינות בפני בית המשפט, הייתה אקראית, אזי היה שיעור הניצחונות של התובעים משתנה בהתאם למשטר המשפטי החל (פרו תובעים או פרו נתבעים). למעשה, גורסים *Priest & Klein*, לכלל המשפטי החל על המקרה הנתון, נודעת השפעה חלקית בלבד על מידת ההצלחה של התובעים והנתבעים בהתדיינות.

Kiser, Asher & McShane, *ibid*, 552 footnote 3<sup>55</sup>

<sup>56</sup> לדיון בהשלכות התופעה ראה עמודים 28-30 בעבודה

<sup>57</sup> להבחנה בין האופנים שבהם משטרי אחריות שונים (רשלנות, אחריות קפידה וגוי) מעודדים או מרתיעים מפני ריבוי

התדיינותות ראה גם Shavell, *ibid*, 394

<sup>58</sup> Shavell, *ibid*, 411

<sup>59</sup> Priest & Klein, *supra*

המודל של *Priest & Klein*, מבקש להמחיש כי מקום שבו ההפסדים או הרווחים מההתדיינות מוערכים במידה שווה על ידי הצדדים, ההחלטות האינדיבידואליות של הצדדים, המבקשות למקסם את רווחיהם, תיצורנה הטיה חזקה לעבר שיעור הצלחות של 50% עבור התובעים במשפט או קבלת ערעורים ב-50% מהמקרים.<sup>60</sup> זאת, בלא כל קשר לכלל המשפטי הסובסטנטיבי החל על עובדות המקרה הנתון. לפיכך, מסיקים *Priest & Klein*, התובעים "ינצחו" ב-50% (בקירוב) מהמקרים, בין אם המשטר המשפטי יהא מסוג רשלנות ובין אם מסוג אחריות קפידה, בין אם השופטים או חבר המושבעים יגלו עוינות או סימפטיות. אומנם, במאמרם מתייחסים המחברים גם למצבים כלכליים המובילים לשיעור הצלחת תביעה החורג מתחזית המודל (שאינו 50%).<sup>61</sup> ואולם, טענתם העיקרית היא כי ב"מקרים סגורים", כאשר התובעים והנתבעים מומחים במידה שווה בחיזוי תוצאות ההליך השיפוטי, יזכו התובעים בכ-50% מכלל המקרים שלא המשיכו לפשרה ויושבו בבית המשפט. טעויות בחיזוי תוצאות במשפט הן תרחיש אפשרי, לדעת *Priest & Klein*, אך הערכתם היא כי הללו מתחלקות בסופו של דבר בין התובעים לנתבעים (טעויות התובעים מתקזזות עם טעויות הנתבעים).<sup>62</sup>

בבסיס המודל של *Priest & Klein* ניצבות מספר הנחות: ראשית, עלויות ההתדיינות גבוהות יחסית בהשוואה לעלויות הפשרה. שנית, ניתן לחזות ברמת צפיות גבוהה כיצד יוחלו כללים משפטיים על מקרה נתון. יתרה מכך, הן התובעים והן הנתבעים יכולים לחזות את תוצאות המשפט במידה שווה. שלישית, מציינים *Priest & Klein*, גם חלוקת הסיכונים בין התובע לנתבע סימטרית וההפסדים והרווחים מניהול ההתדיינות שווים לשני הצדדים.<sup>63</sup> על שתי הנחות היסוד האחרונות נמתחה ביקורת חריפה בשנים האחרונות. מחקרים אמפיריים ומאמרים משדות אקדמיים שונים ניסו לערער על אמיתות המודל, המפורט לעיל, ויכולתו לשקף נאמנה את מציאות ההתדיינות והפשרות בעולם המשפט. בפסקאות הבאות אבקש למנות כמה מהמחקרים האמפיריים המרכזיים שנערכו בשנים האחרונות. ממצאיו של האחרון שבהם פורסמו בספטמבר 2008.<sup>64</sup>

בשנים 1991 ו-1996 פורסמו בארצות הברית שלושה מחקרים אמפיריים<sup>65</sup>, שחלקו מסקנה משותפת: המודל הכלכלי הקונבנציונלי, בדבר בחירה רציונלית של הפרטים, המובילה לתוצאות אופטימליות מבחינה כלכלית – הוא אינו מדויק במקרה הטוב ובלתי ישים ומטעה במקרה הפחות טוב.

במחקר שערכו *Gross & Syveurd*,<sup>66</sup> נבחנו 529 תיקים לדוגמא שנדונו בבתי משפט אמריקניים בתקופה שבין יוני 1985 ליוני 1986. ממצאי המחקר איתרו דפוס שיטתי, המאפשר לחזות סיכויי הצלחה הן של ההתדיינות בבית המשפט והן של המשא ומתן להסכם פשרה מחוץ לכתליו. קביעתם של *Gross &*

<sup>60</sup> ההסברים הכלכליים והנתונים האמפיריים, המופיעים במסגרת מאמרם של *Priest & Klein* ומבארים מדוע שיעור ההצלחות עומד על 50%, אינם יכולים להיות נדונים בהרחבה במסגרת עבודה זו. לנימוקים מורחבים ראה: *Priest & Klein, ibid*, 6-30

<sup>61</sup> *Priest & Klein, ibid*, 4-5

<sup>62</sup> George L. Priest, *Reexamining the Selection Hypothesis*, 14 J. of Legal Studies 215 (1985); Kiser, Asher & McShane, *ibid*, 554

<sup>63</sup> *Priest & Klein, ibid*, 5, 12, 14, 19, 20, 24

<sup>64</sup> תיאור המחקרים במסגרת פרק זה מתבסס גם על ניתוחם של המלומדים *Kiser, Asher & McShane, supra*  
<sup>65</sup> Samuel Gross & Kent Syveurd, *Getting to No: A study of settlement Negotiation and the Selection of Cases for Trial*, 90 Michigan L. Rev. 319 (1991); Samuel Gross & Kent Syveurd, *Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement*, 44 U.C.L.A. L. Rev. 51 (1996); Jeffery Rachlinski, *Gain, Losses and the Psychology of litigation* 70 S. Cal. L. Rev. 113 (1996)

<sup>66</sup> *Gross & Syveurd (1991), supra*

*Syveurd* הייתה כי סיכויי ההתדיינות/פשרה מושפעים מגורמים יחסיים ותלוי הקשר (דוגמת: ביטוח, מוניטין, הוצאות משפט, משאביהם של המתדיינים, עלויות אדמיניסטרטיביות וכיו"ב). במחקר זה, התייחסו המחקרים בעוקצנות למודל ה-50/50 של Priest & Klein וטענו כי הוא זר למציאות ההתדיינות, שבוי בדימוי ה"שוק התחרותי" וחוטא לשיקוף התנהגותם האמיתית של הצדדים ועורכי דינם.<sup>67</sup> התובעים והנתבעים אינם זהים בהתנהגותם ובאופן שבו הם בוחנים את השאלה האם להתדיין אם לאו, הם טענו, אלא ניכר כי מידת שנאת הסיכון שונה בין התובעים כקבוצה לנתבעים כקבוצה. כך, **התובעים נטו לרוב לגלות שנאת סיכון יותר מאשר הנתבעים** וייחסו ערכים נפרדים לכל תוצאה אפשרית. סיסטמטיות ה-50% שעליה הצביעו Priest & Klein, אפוא, לא אותרה.<sup>68</sup>

במחקרם הנוסף (1996), ביקשו Gross & Syveurd לאתגר בשנית את המודל התיאורטי של Priest & Klein ובחנו 359 תיקי בית משפט בין השנים 1990-1991.<sup>69</sup> ממצאי מחקר אמפירי זה התנגשו חזיתית עם המודל התיאורטי: במקום חלוקה שווה בין הצדדים במידת הטעויות, טענו Gross & Syveurd, הסתמנה מגמה שאינה סימטרית בעליל – **התובעים, כקבוצה, צפויים לבצע יותר טעויות מהנתבעים, כקבוצה. ב"טעות" התכוונו המחקרים לדחיית הצעת פשרה, שהתבררה כזהה בטיבה לתוצאה הסופית של ההתדיינות המשפטית או אף עדיפה על פניה.** מגמה זו עלתה במסגרת המחקר הראשון לעיל, בו מצאו המחקרים כי ב-61% מכלל מקרי המבחן היו התובעים "מפסידים מובהקים", ואוששה במחקר השני (65% מקרי טעות של התובעים). קבוצת הנתבעים, מנגד, שמרה בשני המחקרים על אחוזי "טעות" נמוכים יחסית (25% במחקר הראשון ו-26% במחקר השני).

ממצאיהם של Gross & Syveurd לא נותרו בבדידות מזהרת: כבר באותה השנה, בה פורסם מחקרם השני, נמצאו תימוכין אמפיריים נוספים למסקנותיהם. במחקר שערך Rachlinski, נבדקו 656 תיקים שנדונו בבית המשפט. ב-56.1% מהמקרים טעו התובעים בהחלטתם לנהל התדיינות ודחו הצעת פשרה יעילה יותר (גבוהה יותר מהסכום שפסק בית המשפט או זהה לו, אך חוסכת את הזמן והמשאבים שכולו במהלך ההתדיינות). גם במחקר זה התמידו הנתבעים בשמירה על אחוזי "טעות" נמוכים יחסית (23% בלבד). עם זאת, חידושו של Rachlinski הוא בבחינת עלויות הטעות ובאי ההסתפקות בהערכת שיעוריהן בלבד. מנתוני המחקר עולה כי **הגם ששיעור הטעויות של התובעים היה גבוה יותר משמעותית משיעור הטעויות בקרב הנתבעים, הייתה העלות הממוצעת של טעויות התובעים נמוכה יותר באופן דרמטי ממוצע ההוצאות של הנתבעים בשל טעויותיהם** (\$27,687 מול \$354,900). החלטות סאב-אופטימליות אלה של המתדיינים, קבע Rachlinski, אינן מתיישבות עם תיאוריות הניתוח הכלכלי של המשפט בדבר התנהגות רציונלית של הפרטים וחיתרתם להשאת רווחיהם. נראה כי העדפות הסיכון של המתדיינים הושפעו באופן עקבי מאלמנטים **ביהיוריסטיים**, העריך Rachlinski, ותלויות באפיון ההחלטה כ"רווח" או "הפסד" על ידי הצדדים לסכסוך. מסקנותיו של Rachlinski הן כי **קבוצת התובעים נוטה להיות שונאת סיכון, בעוד קבוצת הנתבעים מאופיינת באהבת סיכון.** זאת, למרות שהתובעים, כקבוצה,

<sup>67</sup> Gross & Syveurd (1991), *supra*, 319, 330, 379

<sup>68</sup> Gross & Syverud (1991), *supra*, 319, 381, 385

<sup>69</sup> המדובר היה בתיקים נוספים על 529 התיקים שנבחנו במסגרת המחקר הראשון משנת 1991.

מרוויחים יותר מהנתבעים, כקבוצה וחרף העובדה כי קבוצת הנתבעים משלמת מחיר כבד על הבחירה במסלול ההתדיינות.<sup>70</sup>

עדכון וחידוש של שלושת המחקרים המתוארים לעיל מופיע במחקרם, חסר התקדים בהיקפו, של *Kiser, Asher & McShane*. במסגרת מחקר זה נותחו 2,054 תיקים,<sup>71</sup> שבהם התובעים והנתבעים בתביעה אזרחית ניהלו משא ומתן לפשרה, אך אחד הצדדים החליט לדחות את הצעת הצד שכנגד ולהמשיך למשפט או להליכי בוררות. השאלה שביקש המחקר לבחון הייתה האם טעו הצדדים בהחלטתם לדחות את אלטרנטיבת הפשרה ולנהל התדיינות משפטית? מקום שבו הצעת הפשרה הייתה זהה לפסק הדין הסופי, שניתן על ידי בית המשפט, או אף גבוהה ממנו – הנחת המחרים הייתה כי בוצעה **טעות** (The 'Oops' Phenomenon).<sup>72</sup> טעות זו עשויה להיות מיוחסת לעורך הדין, אך יש ונבעה מהתקשותו של הלקוח להניע את גלגלי ההליך המשפטי, חרף אזהרות עורך דינו.<sup>73</sup> אומנם, מציינים *Kiser, Asher & McShane*, הצדדים עשויים לחתור להשגת תוצאות שאינן בהכרח אופטימליות מבחינה כלכלית. ואולם, הם טוענים, מנתוני מחקרם האמפירי של *Gross & Syveurd* עולה כי במרבית המקרים, המגיעים לבית המשפט, המוטיבציה של המתדיינים היא כלכלית.<sup>74</sup>

ממצאיהם של *Kiser, Asher & McShane* עוסקים הן בשכיחות הטעויות, להגדרתם, שנעשו בידי עורכי הדין ולקוחותיהם והן באומדן עליוותיהן לתובעים ולנתבעים. השוואה בין הצעות הפשרה של הצדדים לבין פסק הדין שניתן בסיום המשפט, חשפה לטענת המחרים **שכיחות גבוהה של החלטות שגויות הן בקרב התובעים והן בקרב הנתבעים**. ניתוח "היסטוריי" של פסקי דין שניתנו בין השנים 1964-2004 גילה, לדברי *Kiser, Asher & McShane*, כי במהלך 40 השנים הללו<sup>75</sup> חלה עליה (הגם שאינה רציפה לחלוטין) **בשכיחותן של טעויות בקרב תובעים ונתבעים גם יחד ובעלויותיהן (בערכים נומינליים) באופן דרמטי**.<sup>76</sup> מספר מקרי ה"אין טעות", מנגד, ירד בהתאמה בחלוף השנים.<sup>77</sup>

הטעויות, כפי שהללו והוגדרו במסגרת המחקר, היו **שכיחות יותר אצל קבוצת התובעים מאשר אצל קבוצת הנתבעים (61.2% ו-24.3% בהתאמה)**, אך עלותה של ההחלטה השגויה הייתה גבוהה יותר באופן

<sup>70</sup> Rechliniski, *ibid*, 114, 118-119, 120, 142

<sup>71</sup> תיקים אלה נדונו במסגרת בית המשפט האזרחי של קליפורניה בתקופה בת 38 חודשים: מנובמבר 2002 ועד לדצמבר 2005. המחרים מציינים כי כ-20% מכלל הליטיגטורים של קליפורניה ייצגו את הצדדים במסגרת תיקים אלה. *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 552, 556-560

<sup>72</sup> *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 563

<sup>73</sup> הלקוח הוא המחליט הסופי. מחויבותו של עורך הדין כלפי לקוחו היא להציג בפניו את הצעת הפשרה שקיבל ולציית להחלטת לקוחו, תהא אשר תהא. *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 553. וראה לעניין זה גם את: American Bar Association: Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.2

<sup>74</sup> *Gross & Syveurd (1996), ibid*, 57. המחרים ראינו 753 עורכי דין במאגר הנתונים שלהם ודיווחו כי "רק 3 עורכי דין הזכירו את התשוקה לזיכוי כהסבר למה המקרה הגיע לבית המשפט" וכי "מניע לא כלכלי" היה מאוד נדיר.

<sup>75</sup> ראוי לציין כי מדובר בניתוח של פסקי דין לאורך 40 שנה, אך בהפסקות בנות 5 שנים - *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 568

<sup>76</sup> קפיצה נחשונה של עלותה הממוצעת של טעות עבור התובעים ובעיקר עבור הנתבעים: **תובעים** – מעלות ממוצעת של \$12,000 לטעויות בשנת 1964 עד לעלות ממוצעת של \$408,000 בשנת 2004. **נתבעים** – מעלות ממוצעת של \$59,000 בשנת 1964 ל-\$6,491,000 בשנת 2004 (!). קפיצה דומה חלה גם בעלות הצפויה של הטעות: **תובעים** – מ-\$6,000 ב-1964 ל-\$268,000 ב-2004. **נתבעים** – מ-\$11,000 בשנת 1964 ל-\$1,313,000 (!) בשנת 2004. להרחבה ראה *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 569

<sup>77</sup> **תובעים**: עליה בשכיחות מקרי הטעות מ-53.8% טעויות בשנת 1964 ל-65.7% טעויות בשנת 2004; **נתבעים**: עליה דרמטית פחות מ-19% טעויות ב-1964 ל-20.2% טעויות ב-2004; **מקרי "אין טעות"**: ירידה תלולה מ-27.2% מקרי "לא טעות" ב-1964 ל-14% בלבד בשנת 2004. להרחבה ראה *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 569

משמעויות עבור הנתבעים כקבוצה מאשר התובעים כקבוצה (1,140,000 \$ ו-43,100\$ בהתאמה).<sup>78</sup> הסבר אפשרי לתוצאה זו, לדעת *Kiser, Asher & McShane*, הוא כי התובעים מאופיינים בשנאת סיכון ואילו הנתבעים נוטים יותר לגלות אהבת סיכון.<sup>79</sup> מגמה זו ונימוק אפשרי זה עולים בקנה אחד עם ממצאיהם של *Gross & Syveurd* ושל *Rachlinski* לעיל.<sup>80</sup>

בניסיונם לשרטט את הפרמטרים המשפיעים על שכיחות הטעויות, מצאו *Kiser, Asher & McShane* כי נודעה השפעה משמעותית לתנאים שבהם פעלו ה"שחקנים" (דוגמת סוג המקרים, הפורום שבו הובררו הטענות וסוגי הנזקים לכאורה) והשפעה פחותה יותר ל"שחקנים" המשתנים (סוגי התובעים, הנתבעים ועורכי הדין).<sup>81</sup> מעניינת במיוחד היא בדיקתם של *Kiser, Asher & McShane* איזה תפקיד מילאו עורכי הדין, שייצגו את הצדדים, בשכיחותן הגבוהה של הטעויות. המחקרים ביקשו לבחון האם ניתן לייחס את תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה לנטיותיהם של עורכי הדין ליטול סיכונים ו/או לאנטי של עורכי הדין, כקבוצה, כלפי מוסד הפרשה, כחלופה אפשרית למסלול ההתדיינות בבית המשפט. לצורך זה, הושו תוצאות המחקר לשיעורי הטעויות במקרים שבהם יוצגו הצדדים על ידי עורכי דין, שקיבלו הכשרה מקצועית של מגשרים ואף הועסקו כמגשרים בבית המשפט המקומי.

להנחתם של *Kiser, Asher & McShane*, קבוצת עורכי הדין-המגשרים אמורה, לכאורה, להיות מוכשרת במיוחד בהערכתם של מקרים ובפתרון סכסוכים. משכך, ציפיתם הייתה לשיעור נמוך יותר של טעויות במקרים שבהם יוצגו הצדדים על ידי עורכי דין- מגשרים.<sup>82</sup> ואולם, תוצאות ההשוואה אינן חד משמעיות: כך, מצד אחד, חלה ירידה קלה בשיעור הטעויות של התובע, מקום שבו היה מיוצג על ידי עורך דין-מגשר, בהשוואה לשיעור הטעויות שלו במחקר הכללי (48.5% ו-52.6% בהתאמה). אך, מצד שני, במקום שבו יוצג הנתבע על ידי עורך דין מגשר, חלה דווקא עליה בשיעור טעויותיו של התובע, בהשוואה לשכיחות טעויותיו במחקר הכללי (56% ו-52.6% בהתאמה). תופעה דומה חלה גם אצל הנתבע (ירידה קלה בשיעור הטעויות, כשהוא מיוצג על ידי עורך-דין מגשר ועליה בשיעור הטעויות כשהצד שכנגד מיוצג על ידי עורך-דין מגשר). גם בחינת מקרי ה"אין טעות" לא הניבה ממצאים נחרצים: שיעורם עלה מקום שבו יוצג הנתבע על ידי עורך דין-מגשר, אך ירד כשיוצג הנתבע על ידי עורך דין-מגשר.<sup>83</sup>

*Kiser, Asher & McShane*, בדומה לקודמיהם, נמנעים מלבחון את העלויות החברתיות הכלליות של תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה ומתמקדים אך בצדדים לסכסוך: תובע מול נתבע. כפי שיפורט במסגרת תת הפרק העוסק בהשלכות התופעה, מלווה ההתדיינות הבלתי יעילה בבזבוז משאבים חברתיים מוגבלים, זמן שיפוטי יקר והוצאות אדמיניסטרטיביות כבדות. משכך, נראה כי נחוץ המשך מחקר אמפירי, המבקש לאמוד גם את העלויות החברתיות הכרוכות מניה וביה בתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה.

<sup>78</sup> *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 566

<sup>79</sup> *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 567

<sup>80</sup> *Gross & Syverud (1991), supra*, 381; *Rachlinski (1996), supra*, 159

<sup>81</sup> במסגרת בחינת סוגי התובעים והנתבעים, בדקו המחקרים האם עסקינן בתאגידים, בפרטים או שאולי באגודות שאינן למטרות רווח. בחינת עורכי הדין כללה את הפרמטרים הבאים: מגדר, גודל הפירמה בה הוא מועסק, דירוג בית הספר למשפטים בו למד וניסיון במקצוע.

<sup>82</sup> בבסיס הנחה זו עמדה ההכרה בתפקיד הדומיננטי שממלא עורך הדין בהליך קבלת ההחלטות של לקוחו, הגם שהמילה

האחרונה בנושא שמורה ללקוח לבדו. לעניין זה ראה גם: *Rachlinski (1996), ibid*, 171-172

<sup>83</sup> *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 586-589



דוגמא מעניינת לניסיון חקיקתי לצמצם את העלויות הכבדות, לצדדים ולחברה, בשל תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, מופיעה בקליפורניה<sup>84</sup>: המדובר במכניזם סטטוטורי פרוצדוראלי, המאפשר הטלת הוצאות משפט על צד המתנגד לפשרה סבירה במצבים מסוימים, ובכך מעודד את יישוב הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט.<sup>85</sup> לפי Section 998, יכול כל צד להגיש הצעת פשרה בכתב ('offer 998') לצד שכנגד בעוד המשפט תלוי ועומד, אך עד ל-10 ימים בטרם החל המשפט. צד, שאינו מקבל את הצעת הפשרה של הצד שכנגד ומשיג תוצאה גרועה יותר במשפט, עשוי לחוב בגין הוצאות המשפט של הצד שכנגד, בעלויות עדים מומחים ובמקרים שבהם מעורבים פגיעה אישית, באינטרסים שנפגעו החל מיום מתן ההצעה.

ממחקרם של *Kiser, Asher & McShane* עולה כי כשכל התנאים שווים, מוביל המכניזם החקיקתי המתואר לעיל בקליפורניה להפחתת שכיחותן של טעויות בהחלטה האם להתדיין או להתפשר. יתרה מכך, הטלת הוצאות המשפט של הצד, שהציע את הפשרה הסבירה, על הצד שסרב לה, מביאה להפחתה דרמטית של עלויות הטעות לצד המציע (שלרוב, נושא במחיר כבד במיוחד). עם זאת, מציינים המחקרים, תופעה מרתקת היא כי בהימצא Section 998, מספר המקרים שבהם אין טעות דווקא יורד. הסיבה לכך נעוצה, לדעתם, בעובדה כי הפחתת מקרי הטעות אין פירושה מניעת יצירתן של טעויות מסוג חדש (דוגמת: הסכמה אחד הצדדים לפשרה שאינה מיטבית מחשש שמא אם תוצאות המשפט תהיינה לרעתו, יהא עליו לשאת בהוצאות המשפט של הצד שכנגד). לטענת *Kiser, Asher & McShane*, בניגוד לכוונת המחוקק, הוביל המכניזם החקיקתי האמור דווקא להגברת התנהגות נוטלת סיכונים של הצדדים. כך, תחת לעודד פשרה וודאות, עורר המכניזם את יצר ההימורים של הצדדים והוליך להתנהגות שאינה סבירה. למעשה, מציינים המחקרים, ממצאי המחקר מקשרים בין קבלת המכניזם לעליה בשיעור הכללי של הטעויות.<sup>86</sup>

### 3.3 ישראל

הזירה המשפטית-אמפירית בישראל אינה נהנית מהעושר המחקרי, המאפיין את המחקר האמפירי-משפטי האמריקני. בעוד בארצות הברית נערכים כבשגרה מחקרים אמפיריים במגוון רב של תחומים ובהיקף מדגמי נרחב, נראה כי המחקר האמפירי-משפטי בישראל מדשדש הרחק מאחור. למעשה, מעלה המחקר הנוכחי, לא נמצא בישראל ולו מחקר אמפירי אחד, המבקש לבחון את שכיחות ועלויות ההתדיינות הבלתי יעילות, תהא הגדרתן אשר תהא. עם זאת, עיון מדגמי בפסיקות הערכאות השונות של בתי המשפט הישראליים מלמד כי תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה חיה ונושמת (ויש שיאמרו אף בועטת<sup>87</sup>), הגם שממדיה נותרים, לפי שעה, עלומים.

הערכת היקפה של תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה כרוכה בהגדרתה של התדיינות שאינה יעילה. לכך, עשויות להינתן מספר רב של הגדרות ופרשנויות, המושתתות בחלקן על בסיס רעיוני משותף, אך לעתים אף עשויות לסתור זו את זו. במסגרת פרק II, המציג את המודל המוצע, אתאר סוגי מקרים, בהם התנהלה להערכתי התדיינות שאינה יעילה.

<sup>84</sup> California Code of Civil Procedure Section 998

<sup>85</sup> Taing v. Johnson Scaffolding Co. Cal. App. 4<sup>th</sup> 579, 583 (1992)

<sup>86</sup> *Kiser, Asher & McShane, ibid*, 572-576; וראה גם *Rachlinski, ibid*, 161 – שם עוסק המחקר במשטר הוצאות, לפיו המפסיד במשפט נושא בהוצאות הצד שכנגד, ומחווה דעתו כי משטר זה דווקא מוליך להפחתת הסיכוי לפשרה והופך את ההתדיינות עצמה בבית המשפט לבעלת ערך.

<sup>87</sup> תמ"ש 046960/06 מ.ח. נ' ב.ח. (לא פורסם, 2007)

לצורך פרק זה, די שאניח כי מקום שבו הביע בית המשפט את דעתו, **במפורש** או **במשתמע**, שהבאתו של הסכסוך האזרחי בפניו הייתה מיותרת, חזקה שהתנהלה התדיינות שאינה יעילה. דוגמאות לכך קיימות למכביר: כך, למשל, עשוי בית המשפט לציין בלא היסוס, בצורה בוטה פחות או יותר, כי **מוטב היה לתביעה שלא תוגש משתוגש**.<sup>88</sup> לאמירה מפורשת זו עשויות להתלוות גם מספר מילות תוכחה כלפי הצדדים<sup>89</sup> המופיעים בפניו ולעתים אף יופנו דברי **נזיפה לעורך הדין** של אחד הצדדים.<sup>90</sup> במקרים מסוימים, תוטלנה **הוצאות משפט** על אחד הצדדים בגין שימוש לרעה בהליכי משפט ובזבוז זמן שיפוטי יקר ומוגבל.<sup>91</sup> במקרים נדירים במיוחד תוטלנה ההוצאות על עורך הדין עצמו, שהגיש את התביעה בשם לקוחו.<sup>92</sup> לעתים, ניתן להתחקות אחר מורת רוחו של השופט מעצם הגשת התביעה, מהרטוריקה שבה הוא עושה שימוש ומהנמקתו את פסיקת ההוצאות בסיום ההליך. כמו כן, יש והדברים נאמרים בעל פה ומופיעים בפרוטוקול המשפט, אך אינם כלולים בפסק הדין הסופי.

לעניין זה יפים דבריו של השופט אריאל בן ארי (אטינגר):<sup>93</sup>

"תופעה זו של הצפת בית המשפט בבקשות שעניינן זוטות, בקשות שמטרתן אחת היא – ניגוח הצד שכנגד, היא רעה חולה, והיא מתפשטת כגיידול ממאיר בגוף המערכת המשפטית. במימדיה הנוכחיים היא גוזלת ומשחיתה את זמנו השיפוטי של ביהמ"ש, היא טורדת את הצד שכנגד ומאלצת אותו להוציא הוצאות כספיות מיותרות, היא משחיתה את סכיניהם של הצדדים זו בירך חברתה, ומחריפה ומחדדת את המחלוקות שלא לצורך. וכתוצאה מכך – ביהמ"ש מוצא עצמו עסוק שלא לצורך, בעניינים שראוי היה שלא יובאו בפניו כלל, ואינו יכול להתפנות לעשות את מלאכתו העיקרית. מדובר בתופעה המתפשטת פּיָבְלִית, ויש לעקרה משורש."

[ההדגשות במקור – ב.ק.]

#### 4. הסיבות לתופעה

היה זה השופט Learned Hand שטען כי: "I must say that as litigant I should dread a lawsuit beyond almost anything short of sickness and death".<sup>94</sup> מלאכה קלה,<sup>95</sup> כל שכן כשעסקינן בתביעה שסיכוייה נמוכים וההוצאות בה רבות לכל הצדדים הנוגעים

<sup>88</sup> "התביעה שלפנינו ראוי היה שלא תוגש מלכתחילה... יש בהתנהגות כזו שימוש לרעה בהליכי משפט... מלבד העובדה שיש בכך הטרדה מיותרת של הנתבע – ועל זו לבוא לידי ביטוי בפסיקת ההוצאות – זה אף בזבוז מיותר של זמנו של בית המשפט"; א 6257/98 **ביטון נ' סולטן** (לא פורסם, 2002); תא 53255/03 **סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ נ' מוטו מדיה בע"מ ואחרים** (לא פורסם, 2005): "כבר בפתח הדברים אומר כי טוב היה לבקשה זו שלא תוגש משתוגש".

<sup>89</sup> "הגשת התובעה הנוכחית גובלת עם שימוש לרעה בהליכי בית המשפט, כדי לגרום לסיכול מימוש פסק הדין שניתן לטובת המשיב לפי השטרות, או לפחות לדחיית מימושו למשך זמן ארוך"; ע"א 202/70 **אליהו נ' יחזקאלי** (לא פורסם)

<sup>90</sup> "מוטב היה לה לבקשה זו שלא תוגש משתוגש, ובמיוחד שהבקשה והתשובה נוסחו ע"י משפטן"; בשא 3703/02 **אביב נ' שטיינר** (לא פורסם, 2003)

<sup>91</sup> "העתירה במקרה שלפנינו הייתה משוללת כל יסוד מלכתחילה. המחשבה שבגז, המופקד על עשיית צדק, ייתן גושפנקא למצב, בו אדם שסרח בעבירות חמורות יוכל להוסיף ולהחזיק ברישיון הוראת נהיגה ולו גם מטעמים פורמאליים, הינה מחשבת שווא. במקרה כגון דא, לא יובן כיצד בית המשפט ישרים עם ניצול זכות הפנייה אליו בעתירה טורדנית מעין זו בלי שדחייתה תהא מלווה בפסיקת הוצאות משמעותיות"; בגצ 207/84 **דותן נ' שר התחבורה** (1984)

<sup>92</sup> "הבקשה, ראוי היה לה שלא תוגש, משתוגש. אך לאחר שכבר הוגשה, היא נדחית באופן מוחלט ומלא. עו"ד בראל אישית (ולא לקוחו) ישלם לאוצר המדינה בגין בקשה זו הוצאות משפט בסך כולל של 10,000 ₪"; בשא 4279/05 **דיסקין ציסין נ' עזבון המנוח** (2006)

<sup>93</sup> לעיל הערה 87, פסקה 7 לפסק הדין

<sup>94</sup> Judge Learned Hand, *The Deficiencies of Trails to Reach the Heart of the Matter*, in 3 Lectures no Legal Topics, Association of the Bar of the City of New York 89, 105 (1926) Fred R. Shapiro, *The Oxford Dictionary of American Legal Quotations* 304 (1993)

<sup>95</sup> David Luban, *The Lost Lawyer: Failed Ideals of the Legal Profession*, 105 Ethics 947-949 (1995) David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 Geo. L. J. 2619, 2621 (1995)

בדבר.<sup>96</sup> ואולם, קיומם של דיונים רבים בבתי משפט בישראל ובעולם כולו מעיד על כך כי חרף האמור לעיל, האדם הרציונלי אינו נרתע מללכת במסלול ההתדיינות ושם מבטחו בבית המשפט.<sup>97</sup>

הבחירה לנהל משפט, תחת בחירתן של חלופות אפשריות אחרות, מעוררת שתי שאלות נפרדות:

1. מדוע ככלל ישנה בחירה בהתדיינות ולא בפשרה במסגרת הליכים אזרחיים? שאלה זו מהווה מעין

הד לאמירה האקסיומטית השגורה, לפיה "A bad settlement is almost always better than a good trail".<sup>98</sup> צדדים שונאי סיכון<sup>99</sup> עשויים להעדיף פשרה ודאית על פני התדיינות ארוכה, יקרה וחסרת ודאות.<sup>100</sup> לכאורה, ניתן לטעון שאמירה זו שומטת את ההצדקות לקיומה של מערכת בתי המשפט וניהולם של דיונים אזרחיים בשיטה האדברסרית.<sup>101</sup> ואולם, ניתן להשיב לשאלה זו בכך שלא תמיד ניתן להגיע לכדי הסכם פשרה וההתדיינות מהווה מוצא אחרון חשוב. יתרה מכך, גם ההגעה לכדי פשרה כרוכה בהוצאות ובמקרים מסוימים, כשדיוני הפשרה מגיעים למבוי סתום, המשך דיוני הפשרה עשוי לעלות על ההוצאות הכרוכות בהבאת התיק בפני בית המשפט ומסירתו להכרעת השופט. כמו כן, לעתים לוקים הצדדים באופטימיות יתר<sup>102</sup>, הגורמת להם להאמין כי יוכלו להשיג יותר באמצעות פסק דין של בית המשפט מאשר המוצע להם במסגרת הסכם הפשרה. לדעת שטרן,<sup>103</sup> כאשר ההערכות הסובייקטיביות של הצדדים לגבי הערך הצפוי להם בהתדיינות יוצרות מצב הפוך, שבו הערך החיובי הצפוי של ההתדיינות מתובע גדול מהערך השלילי הצפוי לנתבע, לא ניתן להניח שהצדדים יגיעו לפשרה כלשהי. שאלת הליגיטימיות של הליך ההתדיינות והבחירה בו על פני הליכים אחרים (דוגמת: גישור, בוררות, הסכם חיצוני של הצדדים וכו') היא שאלה רחבה ומעניינת, אך לא בה מתמקדת עבודתי.

2. השאלה המצומצמת יותר, הנובעת בחלקה גם מהשאלה הראשונה לעיל, היא: מהן הסיבות לתופעת ההתדיינות שאינה יעילה? שאלה זו יוצאת מנקודת ההנחה שהתדיינות משפטית יכולה להיחשב לדרך היעילה ביותר מנקודת מבטם של הפרטים ואף מנקודת מבט חברתית. ואולם, במקרים מסוימים היא אינה הדרך היעילה. משכך, יש לבחון מהם הגורמים לתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה (במובחן מהגורמים לתופעת ההתדיינות ככלל).

ניתן לשרטט בכלליות שלושה סוגים של סיבות לתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה:

עם הסוג הראשון של הסיבות נמנים מקרים שבהם **היעדר מידע מלא** גרם לחישוב שגוי של התועלת הצפויה מההליך מול העלות הכרוכה בהפעלתו.

<sup>96</sup> תביעות מסוג זה מתוארות במסגרת הפרק העוסק בתופעת ההתדיינות שאינה יעילה

<sup>97</sup> אומנם נתונים הפשרה גבוהים, אך ידי בית המשפט עדיין עמוסות בעבודה - ראה לעניין זה עמוד 29 בעבודה

<sup>98</sup> ידידיה צ' שטרן, יישוב סכסוכים שעניינם דיני חברות: הבחירה בין התדיינות לפשרה, **עיוני משפט** יז 323 (1993)

<sup>99</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 95; R. Korobkin, *Policymaking and the offer/asking Price Gap: Toward a Theory of Efficient Entitlement Allocation*, 46 Stan. L. Rev. 663, 667-669 (1994)

<sup>100</sup> M. A. Eisenberg, *The Limits of Congition and the Limits of Contract*, 47 Stan. L. Rev. 211, 213 (1995)

<sup>101</sup> שטרן, **שם**: "לפיכך, ככלל, עדיפה הפשרה על ההתדיינות כדרך לפתרון סכסוכים, באשר היא מאפשרת לצדדים לעצב את תוצאות הסכסוך ביניהם תוך התחשבות בניואנסים העובדתיים המיוחדים לסכסוך הנדון. ההתדיינות ... מאלצת את הצדדים לסכסוך להסתפק בחליפת הסדרים סטנדרטית, שתופר המחוקק בשביל הצרכן החוק הממוצע, ואילו הפשרה מספקת לבעלי הדין חליפה מיוחדת, הנתפרת על פי בקשתם הספציפית ולפי מידותיהם המיוחדות". Shavell, *ibid*, 415 אף מכנה זאת כפרדוקס: "an important justification for society's having established the legal apparatus for the holding of trails is, paradoxically, not actually to have trails occur. Rather, it is to provide victims with the threat necessary to induce settlement".

<sup>102</sup> שטרן, **שם**

<sup>103</sup> שטרן, **שם**

כך, למשל, ייתכן שנפלה טעות בהליך קבלת ההחלטה לנהל הליך שיפוטי בשל אי הערכה נכונה של עלויות ההתדיינות היקרות מול עלויות המשא ומתן לפשרה. בדומה, יש והתובע העריך ביתר את הסבירות שבית המשפט יכריע בשאלת האחריות לטובתו ו/או הניח שפסק הדין שיינתן לטובתו יקנה לו סכום כספי גבוה מזה שניתן בפועל. אפשרות אחרת היא שהתובע שכח להחסיר ממכפלת הסבירות שבית המשפט יכריע בשאלת האחריות לטובתו בגובה פסק הדין הצפוי (כפי שהתובע מעריך את שאלת האחריות ושאלת גובה פסק הדין) את הוצאות ההתדיינות, בהן הוא עשוי לשאת ו/או שכח להוסיף את עלות המשא ומתן לפשרה (שנמנע בשל הבחירה במסלול ההתדיינות).<sup>104</sup> ראוי לציין כי גם הנתבע עשוי לשגות בשיקוליו ולהציע הצעות פשרה נמוכות, מהלך שיוביל את התובע להגיש את תביעתו לבית המשפט (גם אם התובע שיקלל כהלכה את השיקולים השונים האם להגיש תביעה או לקבל את הצעת הפשרה המוצעת).

עם הסוג השני של הגורמים ניתן למנות מקרים שבהם האשם בחישוב השגוי, שהוביל לקבלת ההחלטה המוטעית לנהל התדיינות שיפוטית, מוטל על עורך הדין.<sup>105</sup> נקודת ההנחה, העומדת בבסיס קבוצת הגורמים, שתפורט להלן, היא כי לעורך הדין ישנה השפעה פוטנציאלית על הליך קבלת ההחלטות של לקוחו, בין אם ישמש כמחנך (הזהרת הלקוח בדבר ההליכים הפסיכולוגיים העלולים להשפיע על התנהגותו, מבלי לאכוף את הדעות של עורך הדין בנושא ומבלי לנקוט עמדה בשאלה מה על הלקוח לעשות או להימנע מלעשות)<sup>106</sup> ו/או ימלא תפקיד של יועץ.<sup>107</sup>

לפי קו טיעון אחד, ניתן לומר שהאוריינטציה המקצועית של עורכי הדין לקונפליקטים והצבה דיכוטומית של שני הצדדים זה מול זה,<sup>108</sup> תחת ניסיון לפשר ולהציב את הצדדים מאותו העבר של המתרס, מסמאת את עיני עורכי הדין מלראות אפשרויות לשיתוף פעולה, שיסב תועלת ללקוחותיהם.<sup>109</sup> במילים אחרות: עורכי הדין, מונחים כבר מימיהם בבית הספר למשפטים, לחשיבה החותרת לניהול דיון אדברסרי, לשימוש בטרמינולוגיה של מנצח ומנוצח, להתעלמות מקיומן של חלופות אחרות ולהימנעות משקלולן של רגשות לקבלת ההחלטות ה"לוגית" וה"רציונלית".<sup>110</sup> יוצא, אפוא, שהליך ההכשרה המקצועית והאופן שבו מעוצב אופי מקצוע עריכת הדין גורמים לעורכי הדין להעדיף אוטומטית את ההתדיינות בבית המשפט, גם אם זו אינה המסלול הטוב והיעיל ביותר עבור לקוחותיהם.

אפיק טיעון אחר יעריך כי הסיבה לחיווי הדעה השגוי ללקוח, להניע את גלגלי ההליך המשפטי, נעוצה באי הבנת החולשות האינהרנטיות של תיקי הלקוחות.<sup>111</sup> אי הבנה זו עשויה לנבוע מרשלנות עורך הדין בבחינת המצב המשפטי העדכני, מהתרשלותו בבדיקת סיפורי לקוחותיו ובחקירות העדים והראיות וכיו"ב. כך, למשל, אם עורך הדין אינו טורח לבחון פסיקה וחקיקה עדכנית וגורס בטעות כי על המקרה המובא בפניו חלה הלכה, שהתהפכה לאחר מכן. עורך דין זה עשוי לעודד את לקוחו להגיש תביעה לבית המשפט, מתוך המחשבה המוטעית שההלכה עומדת לצדו. ואולם, לו היה מודע עורך הדין להלכה החדשה, ייתכן

<sup>104</sup> חישובים אלה מבוססים על החישובים המוצעים במסגרת המאמר של שטרן, שם

Bundy, *ibid*, 11<sup>105</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 115<sup>106</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 114<sup>107</sup>

<sup>108</sup> : עורכי הדין כבעלי אופי תחרותי מטבעם – Warren E. Burger, *Isn't There a Better Way?* 68 A.B.A. J. 274, 275

(1982); Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of* Problem Solving 31 UCLA Rev. 754, 777-778, 782, 791-794

Bundy, *ibid*, 12; <sup>109</sup>

M. Nelkin, *Negotiation and Psychoanalysis: If I'd wanted to learn about feelings, I Wouldn't have gone to* <sup>110</sup>

Law School, 46 J. of Leg. Edu 420, 420-421 (1996)

Bundy, *ibid*, 12; D. Marie Provine, *Settlement Strategies for Federal District Judges* 17 (1986)<sup>111</sup>

שהיה מייעץ ללקוחו ליישב את הסכסוך מחוץ לכותלי בית המשפט. אומנם, ייתכן גם המצב שבו עורך הדין היה טוען, בכל מקרה, שיש לערער על ההלכה החדשה ולהשיב את ההלכה הישנה על כנה. אך, גם במקרה זה, כפי שאטען בהמשך, לא יידע הוא את לקוחו בדבר המצב המשפטי במלואו ולא הסביר את הקשיים הכרוכים בהיפוך הלכה (קל וחומר הלכה שכבר נדחתה על ידי הערכאה העליונה) ומידת הסיכון שהלקוח נוטל בבחירתו במסלול ההתדיינות. דוגמא נוספת לסוג מקרים זה היא מצב שבו עורך הדין אינו ממלא תפקידו כהלכה ואינו מאתר היבטים בעייתיים בגרסאות לקוחותיו, העלולים להשפיע דרמטית על תוצאת המשפט. רשלנות זו עשויה להתגלות בשלבים מאוחרים יותר של ההליך הדיוני ולהוות כשלעצמה עילה לרשלנות מקצועית בניהול משפט.<sup>112</sup> עם זאת, אותו מעשה ההתרשלות גם הוביל לעצם הגשתה של התביעה ולניהולה של התדיינות שאינה יעילה.

יש המייחסים לעורכי דין **מניעים זדוניים**,<sup>113</sup> המוליכים אותם לייעץ במכוון ללקוח להגיש תביעה משפטית ולנהל התדיינות ארוכה ויקרה בבית המשפט, הגם שקיימות חלופות אחרות זולות ויעילות יותר. עם סוג מקרים זה נמנים מצבים שבהם עורך הדין ייעץ ללקוחו עצה גרועה או אף סיכל משא ומתן לפשרה, כדי שיוכל **לעבות את שכר הטרחה** שלו. מקרים אלה שכיחים יותר כששכר הטרחה של עורך הדין מחושב על בסיס שעות עבודה<sup>114</sup> ופחות שכיחים כששכר הטרחה נקבע אפרורית על בסיס גלובאלי. מטבע הדברים, עורך הדין יטה שלא להוביל לניהול דיון משפטי עקר, מקום שבו שכר הטרחה שלו מותנה בתוצאת המשפט.<sup>115</sup> סוג אחר של מקרים, המוזכר בספרות האקדמית, מתרחש מקום שבו **יש לעורך הדין אג'נדה אידיאולוגית אישית והוא בוחר להעדיפה על פני האינטרסים של לקוחותיו**. במקרים אלה, ישפיע עורך הדין על לקוחו לבחור במסלול ההתדיינות ולהמשיך ולדבוק בו לכל אורך הדרך, גם אם הדבר אינו משרת את אינטרס הלקוח.<sup>116</sup>

בעיה זו, של היעדר חפיפה בין האינטרסים של עורך הדין לאינטרסים של לקוחו זכתה לכינוי *principal-agent problem*<sup>117</sup> בספרות האקדמית. מהכתיבה האקדמית בנושא עולה כי חרף המחויבות המקצועית של עורכי הדין לשקול אך ורק את האינטרסים של לקוחותיהם, עת הם באים להמליץ על קיומה של התדיינות, ההנחה היא כי עורכי הדין לא תמיד יצייתו לאידיאל זה. יתרה מכך, לעתים קרובות עורכי הדין יתורו אחר רווח אישי מקום שבו האינטרסים האישיים שלהם מצויים בחיכוך עם האינטרסים של לקוחותיהם.<sup>118</sup> עם זאת, ניתן לטעון כי מקרים מהסוג האחרון אינם כה נפוצים, כפי שניתן היה לחשוב, שכן עורך הדין ירצה לשמור על מוניטין מקצועיים ולמשוך לקוחות עתידיים.<sup>119</sup> עורך דין, בעל רזומה מפואר של כישלונות בבתי המשפט, יתקשה מאוד למצוא עבודה כעבור זמן קצר. משכך, נראה כי בכל מקרה שכזה ישקול עורך הדין מצד אחד את התמריצים הכספיים המידיים הנובעים מהבחירה בהתדיינות, ומצד שני את הנזק שיגרם לשמו המקצועי כתוצאה מהפסד במשפט.<sup>120</sup>

Bundy, *ibid*; Korobkin & Guthrie, *ibid*, 122-123, and Footnotes 145-147<sup>112</sup>

G. P. Miller, *Some agency Problems in Settlement*, 16 J. Legal Stud. 189, 202-203, 210 (1987) <sup>113</sup>

; Korobkin & Guthrie, *ibid*, 123 <sup>114</sup>

R. W. Painter, *Litigating on Contingency: A Monopoly of Champions or Market for Champerty?*, 71 Chi- <sup>115</sup>

Kent L. Rev. 625, 627-628, 672 (1995)

Bundy, *ibid* <sup>116</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 122 footnote 143<sup>117</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*<sup>118</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, footnote 153 <sup>119</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 123<sup>120</sup>

גם בהינתן מידע מלא לצדדים המתדיינים וגם אם עורך הדין מילא נאמנה את תפקידו וייעץ ללקוחותיו שלא לבחור במסלול ההתדיינות בבית המשפט, במקרים שבהם סיכויי תביעתם נמוכים, עדיין ייתכנו מצבים, שבהם יבחר הלקוח להניע בכל זאת את גלגלי ההליך השיפוטי. סיטואציות שכאלה תתרחשנה מקום שבו באה התביעה המשפטית להשיג מטרות שאינן אך השאת רווח לצדדים במובן הצר. עם סוג שלישי זה של גורמים לתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה נמנים **תמריצים נוספים, העשויים לעודד את הבחירה במסלול ההתדיינות, גם אם ניתוח "רציונלי" של עלויות הפשרה מול עלויות ההתדיינות יטה לטובת האופציה הראשונה.**<sup>121</sup>

כך, למשל, הצדדים עשויים לבחור להתדיין לא רק כדי להשיג כסף, אלא כדי **לבטא את רגשותיהם.**<sup>122</sup> במקרים מסוג זה, הצדדים מעמיסים על הסכסוך מטען רגשי, הנובע ממערכות יחסים אינטימיות ביניהם (בעבר או בהווה) או מערך סנטימנטלי גבוה שהם מייחסים לנשוא הסכסוך. בסיטואציות שכאלה, יכולת הצדדים לחשב חישובים חשבוניים קרים ולאזן בין עלויות שונות, עשויה להשתבש באופן משמעותי.<sup>123</sup> Korobkin & Guthrie מחזקים הערכה זו באומרם כי תיתכנה סיטואציות, בהן החברה תעשה שימוש במערכת המשפט כדי לספק צרכים פסיכולוגיים ורצונות אמוציונליים.<sup>124</sup> לדעת שטרן, ניתן לצפות שהדינמיקה המובילה לפשרה עקב ניתוח רציונלי של המציאות תתממש במקרים רבים יותר בסכסוכים שעניינם דיני חברות, מאשר בתביעות שעניינן מעמד אישי וירושה, נזקי גוף או דיני שותפויות.<sup>125</sup>

לעתים, הבחירה במסלול ההתדיינות עשויה לנבוע מהחשיבות הסובייקטיבית הגדולה, שמיחס אחד הצדדים לזיכוי הפומבי, אותו הוא מקווה להשיג בסוף ההליך.<sup>126</sup> כך, למשל, עשוי להעדיף רופא, שהוגשה נגדה תביעה בגין רשלנות מקצועית, לנהל הליך בבית המשפט להוכחת חפותו, גם אם סיכוייו לזכות נמוכים. הסיבה לכך עשויה להיות כי הוא מעוניין בשמירה על המוניטין המקצועיים שלו ושמו הטוב בעיני הציבור. משכך, חרף הסבירות הנמוכה לניצחון במשפט, הרופא מעניק משקל כה גבוה לחשיבות הניצחון בעיניו, עד כי מכפלת הסבירות בתוצאה הרצויה מוליכה אותו לבחור בהליך ההתדיינות. ניהול משא ומתן להסכם פשרה כמוהו כהודאה באשמה, לדידו, והוא מעדיף את הסיכוי הקלוש לזיכוי על פניו, גם אם משמעות הדבר תהא שיש ויאלץ לשאת בתשלום פיצויים כבדים יותר לניזוק ומעשיו יוקעו בפסק דין פומבי.

סיבה נוספת לבחירה בבית המשפט כמקום הראוי להכריע בסכסוך נתון, עשויה לנבוע מכוחו של בית המשפט לעצב את פני השיח הציבורי והמשפטי ולכוון את התנהגויות הפרטים בחברה. ההנחה המגולמת בתפישה זו היא כי עצם העובדה שבית המשפט עוסק בסוגיה מסוימת משגרת מסר בדבר חשיבותה. לפיכך,

---

<sup>121</sup> בהקשר זה מעניין לציין כי Gross & Syverud (1996) מעלים ממצאים מפתיעים, לפיהם רק 3 מתוך 753 עורכי דין שרואיינו במסגרת המחקר האמפירי, הזכירו את התשוקה לזיכוי כסיבה להגעת המקרה בפני בית המשפט וכי מניע לא כלכלי להגשת תביעה לביהמ"ש היה מאוד נדיר – Gross & Syverud, *ibid*, 57.

<sup>122</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 80.

<sup>123</sup> שטרן, שם

<sup>124</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 140: "The tort of libel, for example, provides a means of protecting one's reputation through the invocation of the legal system. But it is less clear that an automobile accident victim properly employs the legal system when he rejects a settlement offer that is generous in light of the uncertainties of case because he prefers risk to absorbing a 'loss' from a self selected reference point".

<sup>125</sup> שטרן, שם: "הפרקטיקה מלמדת, כי מתדיינים רבים נוקטים בגישה של "ייקוב הדין את ההר", או של "גם לי גם לך לא יהיה", מבלי לרדת לעומק ההשלכות הכלכליות של התעקשותם. ... המציאות שבה מתפקדת החברה הינה בדרך כלל אנונימית יותר, הקשרים שבין הצדדים נושאים אופי ארעי וענייני, נטול אמוציות, והאינטרסים שסביבם נארגים קורי הסכסוך הם בדרך כלל בעלי גוון כלכלי מובהק יותר."

<sup>126</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 79, footnote 10.

ייתכן שהצד התובע יהיה מעוניין להגיש תביעה ולהמשיך בהתדיינות המשפטית (גם אם תוצע לו הצעת פשרה אטרקטיבית) משום שניהול התיק בבית המשפט מעורר את השיח הציבורי בנושא. אומנם, ייתכן כי סיכויי התביעה הספציפית נמוכים וכי התובע יהא חשוף להוצאות כספיות כבדות. ואולם, **התביעה משרתת מטרות חיצוניות, היא משמשת כסינגל ומאותתת על כיוון מחשבתי משמעותי עבור התובע.** הגשת התביעה, אפוא, נובעת גם ממחשבה על הדורות הבאים, שיחלו להניע הליכים חברתיים ומשפטיים שונים ואולי אף יובילו ליצירתו של תקדים.<sup>127</sup>

מרכזיות בית המשפט בעין הציבור אינה מתמצה אך בהיותו פוסק בסוגיות חשובות, כי אם קשורה ישירות בתפישת החברה אותו כ"היכל הצדק".<sup>128</sup> משכך, לא נדירים הם המקרים שבהם אוסר אחד הצדדים מלחמה על הצד השני ומחליט "להוציא את הצדק לאור", גם אם סיכויי הצלחת תביעתו נמוכים ו/או ניהול ההתדיינות יסב לו יותר הפסדים מאשר תועלת במובן הכספי.<sup>129</sup> Lampert & Sanders טוענים כי בתביעות בגין אפליה יטו התובעים להמשיך בהתדיינות "למען הצדק", אף אם הדבר עומד בסתירה לרציונלים של חתירה לרווחה כלכלית.

ניתן לחשוב גם על **שימוש בתביעה משפטית כקלף מיקוח** במסגרת משא ומתן אסטרטגי לפשרה. במקרים אלה, הגשת התביעה מהווה חלק ממלחמת התשה של שני הצדדים זה את זה, משדרת כי התובע **רציני** בכוונותיו וכי ייתכן שמצויה בידו **אינפורמציה** חשובה, שאינה ידועה לצד השני, בדבר סיכוייו לזכות במשפט.<sup>130</sup> הגשת תביעה מסוג זה עשויה אף לשמש כחלק מטקטיקת **משיכת זמן**. תביעה זו זכתה לכינוי 'Negative value suit' בכתיבה האקדמית.<sup>131</sup> ואולם, במרבית המקרים מסוג זה לא תימשך ההתדיינות עד למתן פסק דין על ידי בית המשפט, אלא הסכסוך ייושב בפשרה - בנקודה שבה המשך ההתדיינות יהיה לא יעיל עבור התובע והנתבע.<sup>132</sup>

סיבות נוספות לתופעת ההתדיינות, המוזכרות בכתיבה האקדמית ועשויות להיות רלוונטיות גם לקיומה של התדיינות בלתי יעילה, הן **אופטימיות יתר**<sup>133</sup> (של הלוקח ו/או של עורך הדין), רצון התובע להשמיע את

<sup>127</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 79, footnote 11

<sup>128</sup> באנגליה, למשל, מכונה אולם בית המשפט כ"Hall of Justice" וסמלה האוניברסאלי של מערכת בית המשפט הוא אלת הצדק, המחזיקה בידה את מאזני הצדק כשעיניה מכוסות. עדות לתפישת בית המשפט כהיכל הצדק ניתן לראות אף בפסיקות בית המשפט הישראלי, על ערכאותיו השונות: ע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוגי פד"י מט"ו (2) 578, 583 (21/6/95): "שתוקית וללא זכות למזונות נכנסה להיכל הצדק, ושתוקית וללא זכות למזונות תצא מהם"; תא (ראשל"צ) 4708/05 פבלוב נ' ארנוביץ (לא פורסם, 17/12/06): "דומני כי סירוב לתיקון המבוקש, יעמוד בניגוד להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן סירוב כזה עלול לנעול את שערי היכל הצדק בפני המבקש-התובע, ולמנוע ממנו לנסות ולהוכיח את טענותיו, ובית המשפט לא יתן ידו לכך, אף אם מדובר בתובע רשלי"; ע"א 4407/06 בנק הפועלים בע"מ נ' זכריה פסקה 23 (טרם פורסם, 17/9/08): "הרציונאל העומד בבסיס חריג זה הוא למנוע סיטואציה בה ייצא חוטא נשכר, כאשר הבנק, שפעל במצב שתום ליבו אינו שנוי במחלוקת, ייצא כשידיו על ראשו, ואילו השותפים למעשה המרמה - המוכר והקונה - ייצאו מהיכל הצדק שכיסייהם מלאים בפירות המרמה כאשר המוכר ממשיך להתגורר בדירה כשזו נקיה ממשכנתא קודמת שסולקה באמצעות ההלוואה שהעניק הבנק"; תפ (עכו) **מדינת ישראל נ' עבדאלסלים** 1195/05 פסקה 19 (לא פורסם, 5/12/07): "המקצוע של עריכת דין הינו מקצוע המבוסס בראש ובראשונה על יושרה, הגינות ואמון. לא יעלה על הדעת שבמדינה מתוקנת יבחר אדם, שנכשל במבחני לשכת עורכי הדין, לעשות דין לעצמו ולהתחזות כעורך דין במרמה, תוך הצגת תעודה מזויפת בהיכל הצדק, בביהמ"ש"; תא (מסעדה) 000122/98 **חמודי נ' הפניקס - חבדה לביטוח בע"מ** פסקה 11 (לא פורסם, 22/3/00): "הנתבעת שקלה בעניין, ותוך סיכון מסוים, גמרה אומר, כי היא תמלא, אשר החסיר התובע. היא הרהיבה עוז וקראה לשכיב לעמוד על דוכן העדים בהיכל הצדק, ולמסור אשר באמתחתו."

<sup>129</sup> Richard Lampert & Joseph Sanders, *An Invitation to Law and Social Science* 175 (1986)

<sup>130</sup> Shavell, *ibid*, 409 - הצדדים יכולים ללמוד את האינפורמציה העומדת לצד היריב באמצעות האופן שבו הוא מנהל את המו"מ לפשרה - אם מישוהו תובע, הוא מעיד שיש לו קיים והוא מאמין בו ואז כדאי אולי להתפשר, אולי יש לו אינפורמציה שאינה ידועה לנו.... שבל מפרט את סוג האינפורמציה שיכול להיות שהצד השני מחזיק וחשובה לצדדים

<sup>131</sup> Shavell, *ibid*, 419-423

<sup>132</sup> Shavell, *ibid*,

<sup>133</sup> Oren Bar-Gill, *The Success and Survival of Cautious Optimism- Legal Rules and Endogenous Perception in Pre-Trial Settlement Negotiations*, (2003)

קולו בבית המשפט, להשיג את יומו בבית המשפט ולספר את הצד שלו בסיפור.<sup>134</sup> כמו כן, יש הטוענים כי השימוש בזכות הגישה לערכאות מקנה לתובע תחושה שהוא מממש את זכויותיו האזרחיות<sup>135</sup> ובכך משתתף באחד מההליכים המרכזיים והחשובים בחברה, בה הוא חי. לדעת Korobkin & Guthrie,<sup>136</sup> ההחלטה האם להתפשר או להתדיין עשויה להיות מושפעת מהקונטקסט של הבחירה (בין פשרה להתדיינות),<sup>137</sup> מהמסגרת שבה הבחירה מוצגת,<sup>138</sup> מזהות האדם שמתאר את הבחירה,<sup>139</sup> מהשאלה האם המתדיין ניצב בעבר בפני בחירות דומות,<sup>140</sup> מתפישותיו האישיות של המתדיין בדבר ההוגנות של עמדתו,<sup>141</sup> ממנהגים, מתפישות בדבר קונספציות של צדק<sup>142</sup> וכן ממשנתנים רבים ומגוונים נוספים.<sup>143</sup>

נשאלת השאלה, האם שורשיהן של הסיבות המנויות לעיל נעוצים בתפישה מוטעית של השיח המשפטי ובהבנה שגויה של תפקיד בית המשפט?

לכאורה, קיומה של התדיינות בלתי יעילה מצביע על כשל ברציונליות הצדדים, האמורים לחתור להשאת רווחיהם לפי הניתוח הכלכלי של המשפט. ואולם, נוכח ממצאיהם של מחקרים אמפיריים<sup>144</sup>, המצביעים על כך כי לעתים קרובות התנהגות המתדיינים ואופן קבלת ההחלטות שלהם סותרים את הנחות היסוד של הפרדיגמות הכלכליות, נראה שהתשובה אינה כה פשוטה.

מחד גיסא, ניתן לטעון שהניתוח הכלכלי של המשפט אינו מתעלם מקיומם של שיקולים אמוציונליים, המשפיעים על הצדדים לסכסוך בעת קבלת ההחלטה האם לגשת לבית המשפט אם לאו. לפי קו טיעון זה, יש לשקלל את העלויות הפסיכולוגיות, החברתיות והאמוציונליות של הצדדים למערך השיקולים הכולל,

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, 80-81, and Footnote 12-14<sup>134</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, 80-81<sup>135</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, 80-81<sup>136</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, footnote 15<sup>137</sup>

R. Korobkin & C. Guthrie, *Opening Offers and Out of Court Settlement: A Little Moderation May Not Go to*<sup>138</sup>

*Long Way*, 10 OHIO St. J. on Disp. Resol. 1, 11-21 (1994)

Lee Ross & Constance Stillinger, *Barriers to Conflict Resolution*, 7 Negotiation J. 389, 400 (1991)<sup>139</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, footnote 18<sup>140</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, footnote 19<sup>141</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid.*, footnote 20<sup>142</sup>

Korobkin & Guthrie, – ביניהם ניתן למנות תובנות פסיכולוגיות באשר לאופן שבו הדיוטות מעריכים ושוקלים אופציות – *ibid.*, 95<sup>143</sup>

144 Jeffery J. Rachlinski, *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*, 70 S. Cal. L. Rev. 113 (1996): זה טוען רכלינסקי כי הוא אינו מערער על ההנחה הבסיסית, לפיה המתדיינים מנסים להשיג את התוצאה הטובה ביותר האפשרית, אלא מציב סימני שאלה ביחס ליכולתם של המתדיינים לזהות מהן האופציות העדיפות העומדות לרשותם כאשר סיכון ואי וודאות מעורבים בקבלת ההחלטה. לדבריו, קיימת כמות נכבדת של מחקרים קוגניטיביים-ביהיוריטיים-פסיכולוגיים, המצביעים על כך שהמבנה של בחירות רבות גורם לאנשים לבצע החלטות סאב אופטימליות מנקודת המבט של המודל הרציונלי. המחקר של רכלינסקי מציע כסיבה את הטיעון לפיו החלטות סאב-אופטימליות לעתים קרובות תתקבלנה כתוצאה ממגבלות אנושיות של הכושר לקבל החלטות יותר מאשר כתוצאה מהעדר מאמץ או מוטיבציה. הפרטים בחברה, אפוא, נופלים קורבן למעין אשליות אופטימיות, אך בכך אין הכוונה שבני אנוש אינם מסוגלים לקבל החלטות ראויים. רכלינסקי מציע את תיאורית ההחלטה ההתנהגותית ('behavioral decision theory'), ככזאת המסבירה, בין היתר, מדוע במקרים של התדיינות אנשים מועדים לטעויות. לטיעון זה מצטרפים גם Korobkin & Ulen, *ibid.*, 1055: 'But now that the movement has reached intellectual maturity, the rationality assumption severely limits its continued scholarly development. There is simply too much credible experimental evidence that individuals frequently act in ways that are incompatible with the assumptions of rational choice theory'; Kiser, Asher & McShane, *ibid.*, 554: 'the conventional economics model of rational choice leading to optimal economic outcomes is inapplicable, misleading or inaccurate'; Samuel Gross & Kent Syverud, *Getting to No: A Study of Cases for Trial*, 90 Michigan L. Rev. 319, 330, 379 (1991)



המבקש לחזות את התנהגותם של צדדים רציונליים, החותרים להשאת רווחיהם.<sup>145</sup> הגדרת ה"רווח", אפוא, כוללת גם עלויות שאינן כלכליות-כספיות גרידא, דוגמת העלויות הנפשיות והחברתיות הכרוכות אינהרנטית בהליך קבלת ההחלטות.

כך, למשל, טוען Shavell<sup>146</sup> כי כדי להשיב לשאלה מתי יחליטו הצדדים ללכת למשפט ומתי יעדיפו להתפשר ובאלו תנאים, יש להבחין בין שני סוגי תביעות: מהעבר האחד ניצבות תביעות, שבהן המוטיבציה המניעה את התובע היא מוטיבציה כלכלית לפיצוי כספי טהור. מהעבר השני מתאר Shavell תביעות שהתובעים בהן מחפשים סעד שאינו כספי טהור (nonmonetary judgments). Shavell מונה כדוגמאות לתביעות מהסוג השני תביעות למשמורת ילדים, צווי מניעה, בעלות על עסק משפחתי וערעורים על רישום פטנטים. בעוד שבתביעות מהסוג הראשון, התובע והנתבע יטו לעבר הסכם הפשרה כדי לחסוך את עלויות ההתדיינות אם יסכימו על הסבירות שהתובע יצליח במשפט,<sup>147</sup> אין זה המצב באשר לתביעות מהסוג השני. בתביעות לסעד שאינו כלכלי טהור עשויים הצדדים לייחס ערך סובייקטיבי כה גבוה למושא התביעה, עד כי גם אם סבירות הזכייה במשפט תהא נמוכה במיוחד עדיין תהא לצדדים מוטיבציה לפנות למסלול ההתדיינות. Shavell מציין כי לעתים, עשוי הפסד בתביעה לסעד לא כלכלי טהור להסב דווקא רווח כלכלי<sup>148</sup>, אך נוכח הערך הסובייקטיבי הגבוה במיוחד שמייחס התובע לסעד המבוקש, הופך ההפסד בתביעה קשה וצורב במיוחד. Shavell מוסיף ויוצר חלוקה פנימית בין תביעות שהסעד המבוקש בהן ניתן לחלוקה לבין תביעות שהסעד המבוקש בהן אינו ניתן לחלוקה,<sup>149</sup> ומעריך כי שכיחות הסכמי הפשרה תהא גבוהה יותר בתביעות מהסוג הראשון.<sup>150</sup>

מאידך גיסא, ניתן לתהות האומנם משרטט הניתוח הכלכלי של המשפט תמונת מצב עדכנית באשר להתנהגות צדדים לסכסוך, או שמא הנחות היסוד שלו בדבר רציונליות הצדדים וחיתרתם להשאת רווחים ומקסום תועלתם זקוקות לבחינה מחדש?

חרף מרכזיותו של זרם הניתוח הכלכלי של המשפט<sup>151</sup>, לא ניתן להתעלם מקיומה של כתיבה אקדמית **ביקורתית** אודותיו. אחת מהביקורות הבסיסיות על הגישה הכלכלית, קוראת תגר על תיאורית הבחירה הרציונלית<sup>152</sup> בגרסאותיה השונות. לפי קו ביקורת זה, תיאורית היעילות הצפויה, הצרה יותר, או תיאורית הבחירה הרציונלית אינן יכולות להוות בסיס מספק לייסוד מדיניות משפטית,<sup>153</sup> משום שהן נעדרות כל ערך צפייטי, המאפשר לחזות את התנהגותם של פרטים בחברה. יתרה מכך, ממשיך הטיעון, הן בלתי סבירות כתיאוריות בעלות תחולה כללית משתי סיבות: ראשית, אנשים אינם מוגבלים לפעולות במתחם הרציונליות בלבד. כדי לחסוך זמן, להימנע מסיבוכים ובאופן כללי כדי להתמודד עם טרדות היומיום, הפרטים בחברה לעתים יאמצו החלטות אסטרטגיות או יעשו שימוש בהאוריסטיקה, שיובילו אותם

Steven Shavell, Suit Versus Settlement- When Parties Seek Nonmonetary Judgment, NBER Working Paper 145 34012 (1992)

Shavell, Suit Versus Settlement (1992), *ibid*<sup>146</sup>

Shavell, *ibid*<sup>147</sup>

148 - Shavell, *ibid*, 23. למשל במקרה של הפסד משמורת ילדים, ישנו דווקא רווח כלכלי. תחושת ההפסד הצורבת והקשה במיוחד נובעת מהערך הסובייקטיבי הגבוה שמייחס ההורה למשמורת על ילדו.

Shavell, *ibid*, 3<sup>149</sup>

Shavell, *ibid*, 4<sup>150</sup>

151 ראה הדיון בתחילת פרק I, אודות הניתוח הכלכלי של המשפט

152 Korobkin & Ulen, *ibid*, 1055

153 Korobkin & Ulen, *ibid*, 1143

לקבלת החלטות שאינן ממקסמות את תועלתם. שנית, ההעדפות של בני האדם עשויות להיות מושפעות בהתאם להקשרים שונים. הפרטים בחברה אינם חיים בואקום, החלטותיהם אינן מתקבלות אך ורק באמצעות השוואה בין התוצאות האפשרויות של כל החלטה. הסיטואציות המשתנות וההקשרים הרבגוניים, שבהם פועלים מקבלי החלטות, הופכים לחלק בלתי נפרד מהליך קבלת ההחלטה.

לדעת Korobkin & Ulen, גם הגרסאות ה"רחבות" יותר של תיאורית הבחירה הרציונלית (דוגמת: תיאורית "האינטרס העצמי" ותיאורית "מקסום העושר"), שאימצו את תיאורית התועלת הצפויה כבסיסן אך הוסיפו לה תחזיות בדבר המטרות וההעדפות הסובסטנטיביות של השחקנים, אינן משכילות לרפא את תחלואי גרסאותיה ה"צרות" של תיאורית הבחירה הרציונלית. למעשה, טוענים Korobkin & Ulen, הן יוצרות בעיה חדשה:<sup>154</sup> כך, למשל, הם מציינים, תיאורית "האינטרס העצמי" חוזה שאנשים ינהגו באנוכיות למול לחץ חברתי, יפלו אחרים מקום שבו להתנהגות שכזאת אין עלויות וימנעו מלתרום לאספקת הטובין הציבוריים. תחזיות שכאלה, גורסים Korobkin & Ulen, למזלה של האנושות, הן שקריות: אומנם, בני האדם אינם אלטרואיסטים כל העת, ואולם בכל הנוגע לגיבושם של שיקולי מדיניות משפטיים, לא ניתן לקבוע כי האנוכיות מדריכה את צעדיהם בכל שעל ושעל. Korobkin & Ulen מדגישים כי בהצביעם על הליקויים, לגישתם, של התפישה הכלכלית, אין הם טוענים כי בני האדם אינם רציונליים. להשקפתם, בחינת מרבית החריגות מדפוס ההתנהגות הצפויה לפי תיאורית הבחירה הרציונלית, מעלה כי הסטיות היו מובנות ואף רציונליות במובן הגלובלי (להבדיל מהמובן הלוקלי). Korobkin & Ulen קוראים לריוזיה של תיאורית הבחירה הרציונלית, אך אינם מבקשים לערער על עצם הלגיטימיות ו/או הדומיננטיות שלה בזירות האקדמיה והפרקטיקה של השיח המשפטי. לשיטתם, עדיין לא בשלה העת לפתח פרדיגמה חדשה, שתחליף את תיאורית הבחירה הרציונלית.<sup>155</sup>

עם חצי הביקורת הנוספים, שהופנו לעבר הניתוח הכלכלי של המשפט, נמנה הטיעון, לפיו הגישה הכלכלית מהווה עבודת אלילים מודרנית, המקדשת את אל המתמטיקה ומעלה לו לקורבן ערכים חברתיים אנושיים וניסיון חיים.<sup>156</sup> המשמיעים ביקורת זו גורסים כי הניתוח הכלכלי של המשפט מציב במרכז את הכלכלה, במקום להתמקד במשפט.<sup>157</sup> כתוצאה מכך, הופך המשפט, על הרציונלים הכרוכים בו, לחלק שולי מהתיאוריה הכלכלית.<sup>158</sup>

ביקורות אחרות, המצחצחות חרבות עם הניתוח הכלכלי של המשפט, תוקפות את הבסיס הנורמטיבי של הגישה הכלכלית בטענה כי מערכת משפטית, המשקפת ואוכפת נורמות חברתיות פונדמנטליות, אינה יכולה לאמצו.<sup>159</sup> טיעון ביקורתי אחר גורס כי הגישה הכלכלית מתעלמת מה"צדק"<sup>160</sup> וכי היא אינה אובייקטיבית כי אם מוטה פוליטית ומבטאת תפישות שמרניות.<sup>161</sup>

<sup>154</sup>Korobkin & Ulen, *ibid*, 1143-1144

<sup>155</sup>Korobkin & Ulen, *ibid*, 1059 footnote 24

<sup>156</sup>Korobkin & Ulen, *ibid*, footnote 3-4

<sup>157</sup>Korobkin & Ulen, *ibid*, 1054

<sup>158</sup>Korobkin & Ulen, *ibid*, 1054 and footnote 2

<sup>159</sup>Posner, *Economic Analysis of Law*, 26

<sup>160</sup>Posner, *Economic Analysis of Law*, 27

<sup>161</sup>Posner, *Economic Analysis of Law*, 26

ביקורת חריפה במיוחד על הניתוח הכלכלי מותח Weinrib: <sup>162</sup> לטענתו, הניתוח הכלכלי של המשפט שוגה בכך שהוא נוהג בפרטים כמונעים על ידי תמריצים נפרדים זה מזה. במקום לקשר בין התובע לנתבע במערכת יורידית מאוחדת, מסיק הניתוח הכלכלי את דבר קיומם כתוצאה משילוב התמריצים, בעלי התחולה העצמאית הן על התובע והן על הנתבע. <sup>163</sup> לשיטתו של Weinrib, הגישה הכלכלית פועלת במנותק מהדוקטרינות, הקונספטים והמוסדות, המאפיינים ומעצבים את המשפט הפרטי. בעוד הכלכלנים מריעים בתשואות לתוצאות כלל משפטי, העולות בקנה אחד עם יעילות, הוא קובל, מסגרת העבודה שלהם אינה מכבדת את המאפיינים הייחודיים של המשפט, גם לא כשזה עומד בתנאיהם שלהם. דוגמא לכך נמצאת בבחינת הסיבתיות (קשר סיבתי): לתפישת Weinrib, השאלה שצריכה להישאל אינה האם הנתבע גרם לתובע את נזקו, אלא למי מהם היה זול יותר למנוע את התאונה? <sup>164</sup> משכך, המסקנה המתבקשת לדעת Weinrib, היא שהניתוח הכלכלי של המשפט מתעלם מהמובחנות של המשפט הפרטי כמצב של סדר משפטי. במקום להדגיש את המשפט הפרטי ולהבדיל אותו מתחומי משפט אחרים, הניתוח הכלכלי ממוג את טבעם הפרטי של דיני הנזיקין במשפט ציבורי של רגולציה כלכלית. <sup>165</sup> בכך, טוען Weinrib, חוטא הניתוח הכלכלי של המשפט למורכבות הקשרים במשפט הפרטי וכושל, ככל גישה אינסטרומנטלית, בשיקוף האופי המאוחד והמובחן של המשפט הפרטי. <sup>166</sup>

אין בכוונתי למצות את כל הביקורות המושמעות כנגד הניתוח הכלכלי של המשפט. מטרתי הייתה אך לפרוש כמה מהביקורות המרכזיות על הגישה הכלכלית, בניסיון להסביר את קיומה של תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, כפי שהוגדרה במסגרת עבודה זו. <sup>167</sup> הביקורות המנויות לעיל עשויות לחתור תחת קיומה של תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה או לכל הפחות לערער על האופן בו היא מוגדרת. כך, למשל, תוכל להיטען הטענה, לפיה לא די בשיקולי היעילות בלבד החשובי לקביעה האם עסקינן בהתדיינות שאינה יעילה אם לאו. תביעות החורגות מהגדרת ההתדיינות היעילה המנויה לעיל, ימשיך טיעון זה, אינן בהכרח לא יעילות. מקום שבו אחד הצדדים מחליט לצעוד במסלול ההתדיינות, מבלי להסתייע בקיצור הדרך בדמות משא ומתן להסכם פשרה, יש לבחון את מכלול השיקולים שהדריכו אותו בבחירה זו. קבלת טיעון זה תוביל להערכה מצומצמת יותר של היקף תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה מצד אחד, ותהווה הסבר אפשרי להיקפה הנרחב של התופעה מנקודת מבט כלכלית מהצד האחר.

## 5. השלכות תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה

תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה עשויה להסב נזקים כבדים, ישירים ועקיפים, לחוג רחב של ניזוקים. אבחן את השלכות התופעה ועלויותיה עבור שלוש קבוצות עיקריות:

### • עלויות לצד התובע

<sup>162</sup> Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995)

Weinrib, *ibid*, 47<sup>163</sup>

Weinrib, *ibid*, 48<sup>164</sup>

Weinrib, *ibid*, 48: 'Instead of illuminating private law, economic analysis breaks apart its relationships, effaces its characteristic features, and submerges its private nature. Despite the claim that 'the structure of the common law ... is economic in character', structure is precisely what economic analysis ignores. The economic analysts are not so much concerned with understanding private law as with assessing the degree to which its rules coincide with what efficiency demands. Far from being the focus of their attention, private law is merely the foreign language into which economic discourse has somehow translated'.

<sup>166</sup> לדיון בהבחנה בין הגישות האינסטרומנטליות לגישות הא-אינסטרומנטליות ראה Weinrib, *ibid*, 48-50

<sup>167</sup> ראה לעניין זה תת הפרק הדין בהגדרת התדיינות בלתי יעילה

- עלויות לצד הנתבע
- עלויות חברתיות והפגיעה במערכת המשפט

### 5.1 עלויות לצד התובע

בחירת התובע במסלול ההתדיינות, מגלמת בתוכה את דחייתה של הצעת הפשרה. משכך, בניהול התדיינות שאינה יעילה **הפסיד התובע את סכום הפשרה** שהוצע לו על ידי הצד השני בטרם או במהלך המשפט.

יתרה מכך, פסק הדין עשוי אף לעמוד לרעת התובע ולחסום בפניו אפשרויות עתידיות ורווחיות (מנקודת מבט) ליישוב הסכסוך. כך, למשל, מרגע שדחה בית המשפט את טענות התובע, לכאורה אין עוד כל סיבה לנתבע להיענות לדרישות התובע. במקרים מסוימים יהווה פסק הדין גושפנקא לצדקת הנתבע ובסיס לשלילת הלגיטימציה של טענות התובע. כמו כן, ניתן להניח שלניסיונות ההתשה ההדדיים בבית המשפט נלווה מטען רגשי, העלול לפגום דרמטית במרקם היחסים העדין שבין הצדדים ולסכל את המשך קיום הקשרים ביניהם.

**ניהול ההתדיינות בבית המשפט** אף הוא כרוך בעלויות נכבדות<sup>168</sup>: תשלום שכר טרחה לעורך הדין, תשלום אגרות, הוצאות נסיעה, שעות עבודה, זמן, אנרגיה וכו'. פירושו של הפסד במשפט עבור התובע הוא כי ניהול התדיינות ארוכה, יקרה ומיותרת. ראוי לציין כי בשיטות משפט מסוימות, יהא על התובע, שהפסיד במשפט, לשאת גם בתשלום הוצאות לצד שכנגד.

### 5.2 עלויות לצד הנתבע

גם הנתבע כילה את זמנו ואת ממונו בהתדיינות הבלתי יעילה. ייתכן שלהתגוננות מפני התביעה נלוו אף עלויות נפשיות.<sup>169</sup> לדעת Galanter, בהליכה למשפט כרוכה חשיפה להסדרים שלא עוצבו על ידי הצדדים, ומשכך עשויים הללו להיות פחות הולמים את צרכיהם (כפי שהם תופשים אותם). הסדרים שכאלה, קובע Galanter, נוטים שלא להשביע את רצון הצדדים, בעוד שפשרה, לטענתו, הייתה משכילה למצוא את שביל הזהב בין המתדיינים.<sup>170</sup> במרבית המקרים, הנתבע נגרר על כורחו לבית המשפט ונחשף לסיכון זה, מבלי שבחר בו. גם אם בסופו של ההליך יחליט בית המשפט לפסוק לטובתו הוצאות, הרי שהללו לעולם לא תכסנה את העלויות הממשיות של ההשתתפות בהתדיינות הבלתי יעילה.<sup>171</sup>

יתרה מכך, ניתן לטעון, בעצם ההתדיינות עשויה להיות כרוכה פגיעה במוניטין ובשם הטוב, שלא ניתן לפצות בגינה. זאת, גם אם בית המשפט יפסוק לטובת הנתבע. העובדה שהתנהל נגד הנתבע משפט, עשויה להכתימו בעין הציבור, בלא קשר לתוצאת המשפט. הטיעון האחרון עשוי להיחשב לבעל משקל נמוך יחסית, ואולם הוא ממחיש היטב כמה רחבה עלולה להיות התפרשותן של עלויות ההתדיינות הבלתי יעילה.

### 5.3 עלויות חברתיות והפגיעה במערכת המשפט

<sup>168</sup> הערה 167 לעיל

<sup>169</sup> Galanter, The Day After, 9

<sup>170</sup> Galanter, Most Cases settle, 1350-1351

<sup>171</sup> לעניין זה מעניינים ממצאי המחקר האמפירי שערכו Kiser, Asher & McShane – דיון נרחב בממצאים אלה מופיע במסגרת תת הפרק העוסק בתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה

ניהולה של התדיינות שאינה יעילה בא על חשבונם גם של **צדדים שלישיים**, שעניינם יכול היה להישמע במועד מוקדם יותר.<sup>172</sup> יתרה מכך, זלזול בזמנו של בית המשפט כרוך גם **בנזבו כספי ציבור**, בשל הוספת הנטל המינהלי על מזכירות בית המשפט וכילוי זמנו המוגבל של השופט היושב בדן.<sup>173</sup>

**הזמן השיפוטי** נחשב למשאבה היקר ביותר של **מערכת המשפט**.<sup>174</sup> ניצולו, במציאות של משאבים מוגבלים, עשוי להיחשב אף כלא מוסרי.<sup>175</sup> בית המשפט אמור לחתור לניצול מיטבי של הזמן השיפוטי, כדי לשרת את טובת כלל החברה ולא רק את טובתם הקונקרטיים של הצדדים העומדים לפניו בדיון ספציפי.<sup>176</sup> מחויבות חברתית זו של בית המשפט קשה ליישום שבעתיים, נוכח העומס הרב שבו מתנסה מערכת המשפט הישראלית. במחקר השוואתי, שנערך ב-17 מדינות קטפה ישראל את המקום השני בדירוג העומס השיפוטי. המחקר הגדיר "עומס" כיחס שבין מספר התיקים בבתי המשפט בשנת 2004 למספר השופטים, ששימשו באותם בתי המשפט בשנה זו. רמת הפעילות המשפטית של ישראל (היחס בין מספר התיקים לגודל האוכלוסיה) נחשבה לגבוהה ביותר, בעוד שמבחינה השוואתית היה שיעור ההקצאה התקציבית לבתי המשפט נמוך יחסית (מקום תשיעי בהקצאה לבתי המשפט לנפש ומקום עשירי בהקצאה לתיק), וכך גם באשר לשאלת היחס שבין מספר התושבים למספר השופטים (מקום שישי).<sup>177</sup> המערכת המשפטית מצויה תחת עומס כה אדיר, עד כי הוצע בכתיבה האקדמית ליתן מורטוריום לשופטים מלנמק את פסקי הדין שכתבו.<sup>178</sup>

לדעת Morgan, קיים אינטרס ציבורי בכך שהצדק ייראה וייעשה במהירות ובעלות המעשית הנמוכה ביותר האפשרית. ניהול דיונים ארוכים ולא יעילים, סחבת, התדיינות קטנונית על זוטות – כל אלה ועוד, עלולים לפגוע במראית פני הצדק ולפגום מהותית באמון הציבור במערכת המשפט. משכך, מסיק Morgan, תפקידם של עורכי הדין, כקבוצה, הוא לשקף בהתדיינותם לא רק את האינטרסים האינדיבידואליים של לקוחותיהם, כי אם את האינטרס הציבורי שהצדק לא רק ייעשה אלא גם ייראה.<sup>179</sup>

---

<sup>172</sup> עפ (ת"א) 70016/05 **רדיסלב נ' פרקליטות מחוז ת"א - פילי**, פסקה 11 לפסק הדין (לא פורסם, 2005)

<sup>173</sup> רע"א 8327/05 **צדיק נ' פנימי** (לא פורסם, 2005) - להלן **עניין צדיק**; בשיטת משפט המערבת גם מושבעים, נודעות לתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה עלויות כבדות גם עבורם. לעניין זה ראה גם Korobkin & Guthrie, *ibid*, 139-140

<sup>174</sup> יעקב, **שם**, 38

<sup>175</sup> Posner, *supra*, 27

<sup>176</sup> ע"א 653/80 **יצירות ברנע בע"מ ואח' נ' דנית חברה לפיתוח בע"מ**, פ"ד לז(1) 802, 804; רע"א 5281/06 **צ'מפיון מוטורס (ישראל) בע"מ נ' שירלי עוז** (לא פורסם, 2006)

<sup>177</sup> רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות, העומס על מערכת המשפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות דו"ח מסכם, המרכז לניהול ומדיניות ציבורית (מאי 2007)

<sup>178</sup> ח' פאל, מורטוריום לשופטים, **הגלימה: בטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין** 19 (1999) 15

<sup>179</sup> Thomas D. Morgan, *The Evolving concept of Professional Responsibility*, 90 Harv. L. Rev. 702, 705

## פרק II

### המודל המוצע:

### הטלת אחריות על עורך הדין בגין התדיינות שאינה יעילה

#### 1. הקדמה

לכאורה, נתונה ההכרעה הסופית בשאלה האם ליישב את הסכסוך האזרחי בבית המשפט או לבחור במסלולים חלופיים מחוץ לכתליו, בידי התובע בלבד.<sup>180</sup> לפי הנחה זו, אפוא, קיומה של התדיינות בלתי יעילה נובע מכשל באופן קבלת ההחלטות של התובע ואין לו להלין אלא על עצמו. ואולם, במרבית המקרים הבחירה במסלול ההתדיינות או בניהול משא ומתן להסכם פשרה, אינה מהווה אך פרי מחשבה עצמאית של התובע. כך, למשל, בחלקם הארי של המקרים יפנה התובע לקבלת חיווי דעה משפטית מעורך דין בטרם יגיש את התביעה.<sup>181</sup> עורך הדין נתפש בעיני הציבור כבעל מומחיות מקצועית וכנהנה מיכולת אנליטית, המאפשרת לו להעריך בצורה מדויקת יותר מלקוחותיו את סיכויי התביעה, הסעדים העשויים להינתן במסגרתה וכן את העלויות הכרוכות בבחירה במסלולי תביעה שונים.<sup>182</sup> משכך, ציפייתו של הלקוח היא כי ההיועצות בעורך הדין אמורה לשפר לאין ערוך את הליך קבלת ההחלטה האם להתדיין או להתפשר, גם אם אינה מבטיחה שהתוצאה הסופית שתתקבל תהא בהכרח היעילה ביותר עבור הלקוח. ככלות הכול, ההליכה למשפט כרוכה מניה וביה באי וודאות והערכותיו של עורך הדין אינן בגדר חזיית העתיד במדויק.

במאמרו, משרטט Bundy את הפרובלמטיות האינהרנטיות הגלומה במערכת היחסים בין עורך הדין ללקוחותיו. לתפישתו, טעויות בהחלטה האם להתפשר או להתדיין, שמקורן בחיווי דעה שגוי מצד עורך הדין, המייצג את אחד הצדדים, אינן מחזה נדיר. Bundy מסביר תופעה זו בשני סוגי בעיות מרכזיים:<sup>183</sup> בעיות נציג ('Agency Problems')<sup>184</sup> ובעיות הקשורות למגבלות הפרופסיונליות של מקצוע עריכת הדין.<sup>185</sup>

**בעיות נציג** נעורות, לשיטת Bundy, מקום שבו האינטרסים של עורך הדין אינם חופפים את האינטרסים של הלקוח. מצב זה עשוי להיווצר בשל מגוון רחב של סיבות: מחויבות כלפי לקוחות אחרים, רצון למצוא חן בעיני לקוחות עתידיים, דאגה לשימור המוניטין בעיני הקהילה המשפטית, העסקית ו/או הציבור בכללותו, תחושת שליחות והזדהות עם המטרה למענה נלחם הלקוח (ולהפך), רצון בעיבו שכר הטרחה וכיו"ב. נוכח המומחיות המקצועית שבה ניחנים עורכי הדין כקבוצה, גורס Bundy, יהא ללקוח קשה מאוד אם בכלל לאתר חוסר נאמנות מצד עורך דינו. הסבירות לאיתור הבעיה וליכולת אפקטיבית לפתור אותה, הולכת ופוחתת ככל שעסקינן בלקוח הדיוט, שהתביעה מהווה עבורו "חוויה של פעם בחיים".<sup>186</sup> יתרה מכך, גם אם התובע הוא שחקן חוזר ויצליח להבחין בחוסר לויאליות מצד עורך דינו, גם אז פירוש הדבר הוצאות נוספות מבחינתו (שכירת עורך דין חדש, הבאתו בסוד העניינים בתוך פרק זמן קצר, פגיעה

<sup>180</sup> Model Rules of Professional Conduct Rule 1.2 (a) (1995); Model Code of Professional EC 7-7, 7-8 (1980);

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 113

Bundy, *ibid*, 19 <sup>181</sup>

Bundy, *supra*; Korobkin & Guthrie, *ibid*, 87; Alexis De Tocqueville, Democracy in America (J.P. Mayer ed., Anchor Books 1969) (1835); Gerald L. Wilson & Harry H. Harkins, R., Pre-Trial Handbook for Duke Students, *quoted in* Richard W. Moll, The Lure of the Law 27 (1990)

<sup>183</sup> לעניין זה ראה עמודים 20-22 בעבודה

Bundy, *ibid*, 19-21 <sup>184</sup>

Bundy, *ibid*, 21-22 <sup>185</sup>

Lestor J. Mazor, *Power and Responsibility in the Attorney-Client Relation*, 20 Stan. L. Rev. 1120, 1121 <sup>186</sup> (1968); Bundy, *ibid*, 20, 25

אפשרית בהליכים תלויים ועומדים, ניהול הליכים מול עורך הדין ה"לא נאמן", חשש מחשיפת פרטים (חשויים וגוי). אומנם, המקצוענות של עורך הדין אמורה לכפר על חוסר האיזון האינהרנטי שבין הידע והכוח שלו למול זה הלקוח.<sup>187</sup> ואולם, בפועל, מעיר בצער Bundy, אי נאמנות של עורך הדין כלפי לקוחו היא תופעה שכיחה.<sup>188</sup>

Bundy ממשיך וטוען כי גם אם עורך הדין יהא כשיר ונאמן לאינטרסים של לקוחו, אין משמעות הדבר שתתקבל לבטח החלטה נכונה בדבר המסלול היעיל ליישוב הסכסוך. זאת, בשל קיומן של בעיות מהסוג השני, הנוגעות למגבלות הפרופסיה המקצועית. כך, נעורה השאלה איזה חלק מותר וראוי לעורך הדין למלא בהליך קבלת ההחלטות של לקוחו?<sup>189</sup> האם עליו לנקוט עמדה אקטיבית בשאלה האם להתדיין אם לאו, או שמא הוא כבול כל העת לרצונות לקוחו והחלטותיו? התשובה לשאלה זו הולכת ומסתבכת ככל שמעורבים במסגרת הליך קבלת ההחלטה שיקולים, המצויים מחוץ לתחומי הידע המקצועי של עורך הדין. שיקולים אלה עשויים להיות שיקולים מוסריים, כלכליים, פוליטיים, מקצועיים ואף חברתיים.

בהנחת קיומה של תופעת התדיינות בלתי יעילה, הנובעת מחיווי דעה שגוי (רשלני או זדוני) של עורך הדין, שאלה מעניינת היא האם האופן שבו מחושב שכר הטרחה של עורך הדין משפיע על בחירת מסלולי התביעה (באופן מודע או שאינו מודע)? להערכת Helland & Klick, התשובה לכך חיובית.<sup>190</sup> למסקנה זו הגיעו הכותבים לאחר שבחנו את נתוני הפשרות, שהושגו בתביעות ייצוגיות במערכת בתי המשפט הפדרליים בארה"ב. מהממצאים עולה כי בתיקים שבהם שכר טרחת עורך הדין חושב על ידי בית המשפט, באמצעות הכפלת שעות העבודה המדווחות בשכר הממוצע לשעת עבודה בשוק המקומי (The Lodestar Method), שיעור הפשרות בשלבים המוקדמים של ההתדיינות היה נמוך ועלה ככל שהתקדם המשפט. מנגד, בתיקים שבהם שכר הטרחה של עורך הדין נקבע אפריורית כאחוז מסוים מתוצאת המשפט הסופית או מהסכם הפשרה שייחתם, הסתמנה מגמה הפוכה: הפשרות נטו להתרחש בשלבים המוקדמים יותר של ההליך וככל שהתקדם המשפט, כך פחתה הסבירות להגעה לכדי פשרה.<sup>191</sup>

אחוזי הפשרה הגבוהים בארצות הברית ובישראל מתיישבים היטב עם תיאוריות כלכליות של המשפט. עם זאת, טוענים Korobkin & Guthrie, הם אינם עולים בקנה אחד עם מחקרים אמפיריים ביהביריסטיים עדכניים, המצביעים על חריגת דפוסי ההתנהגות של הפרטים מהנחות היסוד של המודלים הכלכליים. Korobkin & Guthrie מציעים כהסבר אפשרי לכך את נוכחותם של עורכי הדין בהליכים השונים (בין אם בהתדיינות בבית משפט ובין אם בניהול משא ומתן להסכם פשרה מחוץ לכותלי בית המשפט). לשיטתם, עורכי הדין, כקבוצה, צריכים לקדם פשרה תחת ניהולה של התדיינות משפטית.<sup>192</sup> בהיעדרם של מחקרים

CF. Shapero v. Kentucky Bar Ass'n, 486 U.S. 466, 488-490<sup>187</sup>  
Bundy, *ibid*, 20<sup>188</sup>

<sup>189</sup> דיון בנושא זה מופיע הן במסגרת העיסוק במודל בפרק II והן במסגרת יישומו האפשרי במשפט האדברסרי בפרק III  
Eric Helland & Jonathan Klick, *The Impact of Attorney Compensation on the Timing of Settlements*, 1<sup>st</sup> Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper (2006)<sup>190</sup>

<sup>191</sup> ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם המודל שהציע Spier: Kathryn E. Spier, *The Dynamics of Pretrial Negotiation*, Rev. of Economic Studies 59, 93-108 (1992); האמור לעיל נאמר אף ביתר חדות וחרिפות ע"י Miller: "purely rational and self-interested attorney would never settle an hourly fee case in which he or she is working for profit" - לטענה לפיה אין ממצאים אמפיריים חד משמעיים בשאלת השפעת אופן חישוב שכר טרחת עורך דין על הפיתוי להגיש תביעה, להמשיך בהתדיינות או להתפשר מחוץ לכותלי בית המשפט ראה גם Bundy, *ibid*, 20; Herbert M. Kritzer, *The Impact of Fee Arrangement on Lawyer Effort*, 19 Law & Soc'y Rev. 251 (1985); Korobkin & Guthrie, *ibid*, 122-124  
Korobkin & Guthrie, *ibid*, 81<sup>192</sup>

אמפיריים בנושא, לא נוכל לקבוע מסמרות בשאלה האם עורכי הדין כקבוצה מקדמים פשרה או שמא דווקא מקדמים התדיינות בבית המשפט. המודל המוצע להלן יבקש להתמקד בסיטואציות מהסוג האחרון. נוכח הקושי הרב הכרוך באומדן שיעור המקרים, שבהם התרחשה התדיינות בלתי יעילה בשל עורך הדין של אחד הצדדים (לרוב התובע), ואי הימצאותם של נתונים אמפיריים בדוקים בכגון דא (בישראל ובארצות המשפט המקובל) – יותר המודל המוצע, לפי שעה, תיאורטי.

בטרם אשרטט קווי מתאר ראשוניים למודל, נחוצה הבהרה מקדמית חשובה: המודל המובא להלן אינו מתיימר לרפא את כל תחלואי תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה באשר הם ואף אינו יכול להדוף את מכלול הגורמים המובילים להיווצרות התופעה. תחולתו של המודל מצומצמת למדי: עסקינן בקבוצת מקרים מובחנת, שבה בשל רשלנות או זדון של עורך הדין, התנהלה התדיינות בלתי יעילה. הנחת היסוד של המודל היא כי אם היה הלקוח מקבל מידע מלא בעניינינו (בדבר סיכויי התביעה, עלויותיה וחלופותיה), ההתדיינות כלל לא הייתה מתנהלת או לכל הפחות לא הייתה נמשכת עד למתן פסק הדין. המידע האמור נמנע מהלקוח על ידי עורך דינו (במכוון או כתוצאה מרשלנות) ומשכך התנהלה התדיינות בלתי יעילה, הכרוכה בעלויות כבדות ללקוח, לצד שכנגד, לצדדים שלישיים ולחברה בכללותה. במסגרת פרק זה אבקש לפרוש את כללי המודל, סייגיו ואופני תחולתו. בפרקים הבאים תתוארנה הצדקות אפשריות להחלת המודל במקרים מסוימים וכן יעשה ניסיון להתמודד עם ביקורות מהותיות אפשריות על תכני המודל, תחולתו והרציונלים העומדים בבסיסו.

## 2. קווי מתאר כלליים למודל המוצע

ניתן לחשוב על לפחות שלושה מקרים טיפוסיים, שבהם מתנהלת התדיינות בלתי יעילה, כתוצאה מחוות דעת מקצועית שגויה של עורך הדין:

### דוגמא 1: התביעה נדחית

א' הוא לקוחו של עורך דין ב' ומבקש לתבוע את ג'. עורך דין ב' אינו מיידע את א' לקוחו בדבר סיכויי תביעתו הנמוכים ומייעץ לו לנהל התדיינות בבית המשפט. אי היידוע עשוי להיות מכוון (כתוצאה מרצון לעיבוי שכר הטרחה או בשל סיבות אידיאולוגיות ואחרות, כמתואר לעיל<sup>193</sup>) או לנבוע מרשלנות של עורך דין ב'. א' מסתמך על עורך דין ב', הנתפס בעיניו כאוטוריטה בעלת מומחיות מקצועית בשאלה האם להתדיין או לא להתדיין, ומחליט להגיש תביעה נגד ג'. בסופו של הליך התדיינות ארוך, יקר ומתיש – תביעתו של א' נדחית ונפסקות ל-ג' הוצאות משפט (שאינן מכסות את העלות האמיתית של ניהול ההליך).

**דוגמא 2: התביעה מתקבלת, אך הוצאות ההתדיינות גבוהות מהסכום שנפסק ע"י ביהמ"ש או זהות לו**  
אותו א', מיודענו, פונה לעורך דינו ב' ומבקש שהלה יעריך את סיכויי תביעתו נגד ג'. עורך דין ב' מעריך את סיכויי התביעה כמכפלת ההסתברות שהתביעה תתקבל בגובה פסק הדין הצפוי במקרה זה. עורך דין ב' אינו מפחית מהסכום את הוצאות ההתדיינות הכבדות הצפויות ואולי אף אינו מוסיף את עלויות ניהול המו"מ לפשרה (שנמנע). כתוצאה מהערכתו של עורך דין ב', מחליט א' להגיש תביעה נגד ב' ואף זוכה בה בסופו של הליך. עם זאת, בדיעבד, נראה היה שמוטב היה לא' שלא להגיש את התביעה: הוצאות ההתדיינות עולות על הסעד הסופי שנפסק על ידי בית המשפט או



שוות לו (ואז נוהל לשווא הליך ממושך, שגזל את משאבי הזמן והאנרגיה של הצדדים ואת המשאבים המוגבלים של מערכת המשפט העמוסה).

עם סוג המקרים המשתייכים לדוגמא 2 ניתן למנות מקרים שבהם אופן ניהול המשפט של עורך הדין ב' גרם להוצאות גבוהות, שנגסו משמעותית בסכום הזכייה הסופי. כך, למשל, אם עורך דין ב' משך במכוון את ההליכים, גרם לדחיות ועיכובים ופגע בהתנהלות היעילה של המשפט.

אפשרות נוספת היא שעורך הדין ב' לא העריך נכונה את עלויות ההתדיינות, הגם שביקש להתחשב בהן. במקרה זה, יידע עורך דין ב' את א' לקוחו בדבר קיומן של הוצאות התדיינות, שאין להתעלם מהן, אך שגה באומדן שיעורן. טעות זו בהערכת עלויות ההתדיינות מנעה מ-א' את האפשרות לשקול כראוי את האופציות העומדות בפניו והובילה להחלטה לנהל התדיינות בלתי יעילה. מקרה זה שונה מהמקרה המתואר לעיל, שבו עורך דין ב' כלל לא הזהיר את א' לקוחו מפני הוצאות ההתדיינות הצפויות, אך הוא מוליך לתוצאה זהה – ניהול התדיינות בלתי יעילה.

### **דוגמא 3: חיווי דעה שגוי המוליך לדחיית הצעת פשרה יעילה**

א' פונה לעורך דין ב' בבקשה שהלה ייצגו במסגרת ההליכים ליישוב הסכסוך עם ג'. בטרם החל המשפט או במהלכו, מציע ג' הצעת פשרה ל-א'. א', בעצה אחת עם עורך דינו ב', מחליט לדחות את הצעת הפשרה וליישב את הסכסוך בבית המשפט. בסופו של הליך מסתבר כי הצעת הפשרה הייתה גבוהה מהסכום שפסק בית המשפט או זהה לו.

הבחירה במסלול ההתדיינות, אפוא, הייתה לא יעילה. קבלת הצעה הפשרה הייתה המסלול היעיל ליישב את הסכסוך לכל הנוגעים בדבר: לא' התובע (שהפסיד את הצעת הפשרה וניהל לחינם התדיינות יקרה וממושכת), לג' הנתבע (שנאלץ לכלות את משאביו המוגבלים בניהול התדיינות, גם אם הסכום הסופי שפסק בית המשפט נמוך מהצעת הפשרה שהציג), לבית המשפט (שבזבו זמן שיפוטי יקר והוצאות אדמיניסטרטיביות במציאות של עומס תיקים ומשאבים אנושיים, מנהלתיים וכלכליים מוגבלים), לצדדים שלישיים (שדיון בעניינם התעכב בשל קיום ההליך הלא יעיל) ולחברה כולה. דוגמא 3 נבדלת מדוגמאות 1 ו-2 בכך שהיא עשויה להתרחש בין אם התביעה נדחתה ובין אם התקבלה. כך, ייתכן שא' הפסיד הן את הצעת הפשרה והן במשפט עצמו. מהעבר השני, ייתכן שא' זכה בפסק דין לטובתו, אך הסכום הסופי היה נמוך מזה שהוצע במסגרת הצעת הפשרה או זהה לו.

המודל שיוצע להלן יבקש להתמודד עם שלושת סוגי המקרים המתוארים לעיל, בכפוף לסייגים מסוימים שיפורטו בהמשך. המשותף לכל שלוש הדוגמאות הוא שעורך הדין לא יידע את לקוחו בדבר העלויות האמיתיות של ההתדיינות וכתוצאה מכך התנהלה התדיינות שאינה יעילה. זאת, בין אם התביעה התקבלה (דוגמאות 2 ו-3) או נדחתה (דוגמאות 1 ו-3) על ידי בית המשפט. הנחת היסוד היא שבאי היידוע או במסירת המידע שאינו מדויק נמנעה מהלקוח היכולת לקבל החלטה רציונלית, ליתן משקל הולם לכל אחת מהחלופות העומדות בפניו ולחתור להשאת רווחיו ומקסום תועלתו.

ניתן לשרטט את המודל המוצע בקווים כלליים כדלקמן:

**א. חובת יידוע:** עורך הדין יהא חייב לפרוש בפני לקוחו את מכלול מסלולי התביעה והפשרה העומדים בפניו ועלויותיהם.

ב. **החובה להזהיר:** מקום שבו מעריך עורך הדין כי לתביעה סיכויי זכייה נמוכים, יהא עליו להזהיר את לקוחו מפני ניהול התדיינות בבית המשפט ולהציע ללקוח דרכים אלטרנטיביות ליישוב הסכסוך מושא התביעה.

ג. **הזהיר עורך הדין את לקוחו והלה התעקש להגיש את התביעה או להמשיך בה חרף סיכוייה הנמוכים ואזהרות עורך דינו – לא תישמע כל טענה מצד הלקוח כנגד עורך הדין לעניין ניהול ההתדיינות הבלתי יעילה ועצם הבחירה במסלול ההתדיינות.**

ד. **הפרת החובה ליידע ו/או להזהיר** תגרור אחריה הטלת חבות אישית של עורך הדין בגין עצם הגשת התביעה במקרים הבאים:

- **רשלנות** – אם הכשל בהזהרת הלקוח או בפרישת המצב המשפטי העדכני החל על מקרהו, נבע מרשלנות מקצועית של עורך הדין, ייחשב עורך הדין כמי שהפר את חובת היידוע ו/או החובה להזהיר את לקוחו.
- **זדון** – מקום שבו נבע אי היידוע ו/או אי ההזהרה מקידומם של אינטרסים אישיים של עורך הדין, על חשבון האינטרסים של לקוחו, ייחשב עורך הדין כמי שהפר את חובתו המקצועית. בהקשר זה, ראוי לציין כי פעולה מכוונת עשויה להיחשב גם כרשלנית.

ה. **הגנות:**

- עורך הדין לא יישא בחבות האישית בגין עצם הגשת התביעה מקום שבו **פעל לקוחו בזדון** ומסר לו במכוון מידע מוטעה, שהיה בו כדי להשפיע על אופן הערכת סיכויי התביעה.
- די בכך שעורך הדין **שקל דעתו כמיטב יכולתו וידיעתו** כדי לפטור אותו מחבות בגין הערכה שגויה של סיכויי התדיינות בין כותלי בית המשפט.

ו. **הפרת החיסינון** לשם הוכחת טענות הצדדים (ובעיקר טענות עורך הדין) תהא **מוגבלת**

ז. **תרופות:**

- **אי גביית שכר טרחה מהלקוח** וכן אפשרות תשלום **פיצויים** נוספים בגין נזקים שנגרמו לתובע/לקוח כתוצאה מניהול ההתדיינות הבלתי יעילה.
- תשלום **פיצויים עונשיים** לבית המשפט.
- במקרים **חריגים**, תיבחן האפשרות לתשלום **פיצויים לצד הנתבע** בגין הוצאותיו על ההתדיינות הבלתי יעילה.

### 3. החובה ליידע את הלקוח ולהזהירו

**חובת עורך הדין ליידע** את לקוחו בדבר מכלול מסלולי התביעה העומדים בפניו והעלויות הכרוכות בהם, זכתה לעיגון בשורה ארוכה של פסקי דין בארץ ובעולם וכן לטיפול נרחב בספרות האקדמית המשפטית.<sup>194</sup> משמעות חובה זו היא כי עורך הדין מחויב לפרוש בפני לקוחו תמונת מצב עדכנית ומלאה של הוראות החוק והפסיקה הרלוונטיות לעניינו,<sup>195</sup> להעריך את סיכויי התביעה ועלויותיה ולהציג חלופות אפשריות להליך הדיוני. חובת היידוע נגזרת ממחויבותו של עורך הדין ליתן ללקוח את כל הכלים הדרושים לזה,

<sup>194</sup> ראה לעניין זה את פרק III בעבודה

<sup>195</sup> ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446, 463-464 (1990) – להלן 'עניין לוי נ' שרמן'

לצורך קבלת החלטה רציונלית האם להתדיין או שאולי לבחור במסלולים אחרים ליישוב הסכסוך, מחוץ לאולמות בית המשפט. רק מסירת מידע מושלם, בשפה ברורה ונקיה מטרמינולוגיה מקצועית סבוכה – תאפשר ללקוח להבין את מצב הדברים לאשורו ולקבל החלטה מושכלת. עורך הדין אינו יכול לבחון את ההתדיינות בבית המשפט כמסלול האפשרי היחיד לצורך יישובו של הסכסוך, אלא עליו לפקוח את עיניו לקיומן של חלופות אחרות, העשויות לשרת את טובת לקוחו.

**חובתו של עורך הדין להזהיר את לקוחו מפני הגשת תביעה שסיכוייה נמוכים** הינה חובה אקטיבית יותר, הדורשת מעורך הדין לפסוע צעד נוסף קדימה לעבר לקוחו: במסגרת חובה זו עורך הדין נדרש לא רק לשרטט בפני לקוחו את המציאות המשפטית, להעלות טיעונים לכאן ולכאן ולהותיר את ההכרעה והליך קבלת החלטה בידי הלקוח לבדו, כי אם לחוות את דעתו שלו (המתבססת על השיקולים שמנה). על עורך הדין, אפוא, חלה החובה *להתריע* בפני לקוחו על סיכוייה הנמוכים של תביעתו (ולא רק לצייןם), על העלויות העשויות להיות כרוכות בניהול ההתדיינות שאינה יעילה וכן למנות בפניו את הסיכונים הכרוכים בויתור על מסלול הפשרה. במסגרת חובה זו נדרש עורך הדין אף להציע ללקוחו מסלולים חלופיים ליישוב תביעתו, העשויים לשרת, להערכתו, את אינטרס הלקוח בצורה טובה ויעילה יותר. נוכח מומחיותו המקצועית של עורך הדין והאופן שבו הוא נתפש בעיני לקוחו ובעיני הציבור,<sup>196</sup> להבעת עמדתו החד משמעית עשויה להיות השפעה רבה<sup>197</sup> על ההחלטה הסופית, המסורה בידי לקוחו.

החובה להזהיר את הלקוח **נובעת** מחובת הגילוי והיידוע של עורך הדין ושתי החובות **משלימות** זו את זו. **הרציונל** העומד מאחורי שתי החובות הוא כפול: ראשית, הנחת היסוד היא כי עורך הדין, כפועל יוצא מהכשרתו המשפטית, ניסונו המקצועי והיותו במובנים מסוימים "זר" להליך, הוא הדמות הנכונה והראויה ליעץ ללקוח האם להתדיין או להתפשר.<sup>198</sup> שנית, הליך רציונלי ומושכל של קבלת החלטות אינו יכול להתרחש בהיעדר אינפורמציה מלאה בדבר החלופות הקיימות ומשמעויות הבחירה בכל אחת מהן. הלקוח, שהוא במרבית המקרים הדיוט, אינו יכול להחליט בין מסלולי התביעה השונים מבלי לקבל את כל המידע הרלוונטי, הדרוש לו לקבלת החלטה זו. בהקשר זה, ראוי להדגיש כי **עורך הדין אינו מחליף את שיקול דעתו של הלקוח בשיקול דעתו המקצועי. כל שנדרש הוא שהלקוח יקבל החלטה רציונלית (לדידו) ושאם יחליט, לאחר שבחן את הנושא, לקבל את הצעתו של עורך דינו – תהא הסכמתו להצעה הסכמה מדעת ומיודעת.**

קולמוסים רבים נשתברו ודיות אינספור נשפכו בספרות האקדמית על תיאור דמותו של עורך הדין, כפי שהיא נתפשת בעיני החברה וציבור לקוחותיו. בין הכתרים שנקשרו לראשו בכתיבה ובפסיקה ניתן למנות את התכונות הבאות: עורך הדין נהנה ממומחיות מקצועית ומניסיון, המקנים לו את היכולת לחזות במידת קירוב גבוהה את תוצאות המשפט<sup>199</sup>; כישוריו האנליטיים<sup>200</sup> מחד גיסא והסבירות הנמוכה יחסית שיהא

<sup>196</sup> Alexis De Tocqueville, Democracy In America (J.P. Mayer ed. , Anchor Books 1969) (1835): `Men who have made a special study of the laws.. have derived therefrom habits of order, something of a taste for formalities, and an instinctive love for regular concatenation of ideas..`

<sup>197</sup> ראה הערה 47 לעיל

<sup>198</sup> מנגד, לטענה לפיה בניסיון בקבלת החלטות לא סגי – הניסיון כשלעצמו אינו מקנה בהכרח מיומנויות וכישורי קבלת החלטות, ראה: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. Bus. : S251, S 274-275 (1986) : "הטענה לפיה ניסיון בקבלת החלטות בלא פידבק מתאים משול ללמידה לא אפקטיבית."

<sup>199</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 86

<sup>200</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 87

מושפע מטיעונים אמוציונליים ומאפקטים פסיכולוגיים<sup>201</sup> (הנוטים להשפיע על שיקול הדעת של לקוחותיו ולעוותו) מאידך גיסא, הופכים את עורך הדין ליועץ האופטימלי להליך קבלת ההחלטה בדבר מסלולי התביעה הרצויים; עורך הדין נתפש כאוטוריטה, שאליה נושאים לקוחותיו והציבור כולו עיניים מעריצות<sup>202</sup>; וכהנה וכהנה סגולות נוספות, המצדיקות התחשבות בשיקול דעתו של עורך הדין, בטרם קבלת ההחלטה להתדיין או לא להתדיין.

ואולם, גם בהנחת היותו של עורך הדין הדמות הנכונה ליעץ בהליך קבלת ההחלטה, שאלה נפרדת היא מהי מידת התערבותו הרצויה בהליך? כפי שיפורט בהמשך, התשובה לשאלה זו שנויה במחלוקת בספרות האקדמית<sup>203</sup> והולכת ומסתבכת ככל שגדל הפער בין האופן שבו תופש עורך הדין את הסכסוך לבין האופן שבו נתפש הסכסוך בעיני הלקוח.<sup>204</sup> חשוב להדגיש כי המודל המוצע אינו מבקש מעורך הדין להחליט עבור ובמקום לקוחו. אומנם, הלקוח עשוי להיות מושפע מאוד מדברי עורך דינו ולייחס לאזהרותיו משקל רב. ואולם, **ההכרעה הסופית מצויה בידי הלקוח ובידיו בלבד**. במסגרת המודל המתואר לעיל, **עורך הדין נדרש להזהיר את לקוחו, אך לא לעשות את מירב המאמצים כדי לשכנעו**. הלקוח, גם אם אינו שחקן חוזר ואינו בעל השכלה משפטית, יהא זה שישקול את האם לקבל את עצת עורך דינו אם לאו. ההנחה המגולמת בדרישה מעורך הדין להזהיר (ובכך, במקרים מסוימים, לפעול אף כנגד האינטרס האישי שלו בקיומה של התדיינות), אך לא להפעיל לחץ על לקוחו לקבל את עצתו, היא כי הלקוח הוא האדם היחיד המסוגל והראוי לקבל החלטה בעניינו.

קבלת ההחלטה הרציונלית האם לנהל התדיינות או לבחור במסלולים אחרים ליישוב הסכסוך, יכולה להיעשות על ידי הלקוח אם ורק אם פרש בפניו עורך דינו תמונת מצב עדכנית ומלאה, בדבר סיכויי תביעתו וחלופותיה השונות. בהקשר זה, שואב המודל השראה **מדוקטרינת ההסכמה מדעת** לקבלת טיפול רפואי.<sup>205</sup> לפי דוקטרינה זו, שעוגנה בחוק זכויות החולה תשנ"ו-1996, הסכמת חולה לטיפול רפואי בגופו תיחשב ל"הסכמה מדעת", מקום שבו קיבל הלה מידע הולם על מצבו, מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, הסיכונים והסיכויים הטמונים בטיפול וקיומן של חלופות טיפוליות סבירות לטיפול המוצע.<sup>206</sup> חובת הרופא לספק לחולה את כל המידע המצוי בידו, בדבר הטיפול המוצע ותוצאותיו האופציונליות, נובעת הן מחובת הזהירות שחבים הוא ובית החולים לחולה, הן מהאוטונומיה של הרצון הפרטי של האדם והן מכבוד האדם של המטופל.<sup>207</sup> גדרה המינימליסטית<sup>208</sup> של החובה הוא כי על הרופא יהא לספק למטופלו את המידע הסביר, הדרוש למטופל לשם גיבוש החלטה אישית מושכלת בשאלה אם לבחור במסלול הרפואי המסוים המוצע, תוך נטילת הסיכונים הכרוכים בכך, אם לאו.<sup>209</sup> **המודל מציע להחיל את דוקטרינת ההסכמה מדעת, שעד עתה יוחדה ליחסי רופא-חולה, גם על מערכת היחסים שבין עורך דין ללקוחו**. בשני

<sup>201</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 135; Gerald L. Wilson & Harry H. Harkins, Jr., Pre-Law Handbook for Duke Students, *quoted in* Richard W. Moll, The Lure Of The Law 27 (1990): 'Lawyers tend to see themselves as technicians more than anything else.. The uninitiated may be distressed to find that the personal side of a case, the emotions involved, may be of little concern to the attorney.'

<sup>202</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 117

<sup>203</sup> ראה לעניין זה הדיון במסגרת פרק III בעבודה

<sup>204</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 122 ק

<sup>205</sup> להרחבה נוספת על האמור לעיל אודות הדוקטרינה ולהצעות שיפור ראה גם ע' שפירא "'הסכמה מדעת' לטיפול רפואי – הדין המצוי והרצוי" **עיני משפט** יד (תשמ"ט) 225.

<sup>206</sup> פס"ד דעקה נ' ביי"ח כרמל עמוד 548

<sup>207</sup> רע"א 1412/94 **הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד ואח'**, עמוד 525

<sup>208</sup> ואתורי, עמוד 182

<sup>209</sup> *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors* [1985] 1 All E.R. 643, 655 (H.L.) – **משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142, 171**; <sup>209</sup>

המקרים עסקיין בבעלי מקצוע ובלקוחות המסתמכים על מוצא פיהם. עורכי דין ורופאים נהנים מהשכלה מקצועית ומהכשרה מעשית, היוצרת פערי מידע בינם לבין הפרטים להם הם מעניקים טיפול מקצועי. שני המקצועות כרוכים במחויבויות אתיות ומעורבים בהם בני אדם, המצויים בסיטואציות בעלות משמעות אימננטית עבורם. לטעות במתן חיווי הדעת המקצועי, בין אם המשפטי ובין אם הרפואי, אפוא, עשויות להיות השלכות חמורות ואף פרמננטיות.<sup>210</sup>

ההימנעות מהגדרה כמותית של "סיכויי תביעה נמוכים" אינה מקרית. משפט אינו מתמטיקה<sup>211</sup> ולא ניתן לחשב סיכויי תביעה מדויקים באמצעות טכניקות הסתברותיות. משכך, כל קביעת רף באחוזים עשויה להיות בלתי אפשרית לישום. שהרי, כיצד יוכל עורך דין לדעת האם סיכויי התביעה של לקוחו עומדים על 49% או אולי 51% או אפילו 30%? יתרה מכך, קביעת רף שכזה, שממנו ומטה תוטל חובה על עורך הדין להזהיר תהא שרירותית בסופו של דבר, בעוד ההחלטה על מיקום הרף טומנת בחובה שיקולים חברתיים רחבים בדבר מהות התיקים, שאנו מעוניינים כחברה שיגיעו לבית המשפט. סימון תביעות כבעלות סיכויי זכייה נמוכים, ולפיכך ראוי שתתבררנה מחוץ לכותלי בית המשפט, עלול לשדר מסר בעייתי: האומנם בית המשפט הוא מקום לבירור תיקים מוחלטים בלבד, ויש לסגור את שערו בפני אותם מקרים גבוליים, שאינם ראויים להטריח את שופטיו ולכלות את זמנו היקר? ומי שם את עורך הדין לקבוע למה תיחשב תביעה בעלת סיכויי תביעה נמוכים, שאינה ראויה לנגוס במשאבים השיפוטיים המוגבלים מעיקרם? ניתן לטעון שעשויים להיות מקרים שבהם נרצה מבחינה חברתית בהגשתן של תביעות, חרף סיכוייהן הנמוכים. זאת, בשל המשמעות של פסיקה בעניינן וחשיבות הנושאים שהן מעלות לדיון משפטי וציבורי. ניתובן למסלול הפשרה עשוי להסתיר מעין הציבור ולגרור להחמצת הזדמנות נדירה לעסוק בסוגיות חשובות מבחינה חברתית. לפיכך, תוגדר "תביעה בעלת סיכויים נמוכים" כתביעה שעורך הדין מעריך, בהסתמך על החקיקה והפסיקה הרלוונטיות, שלקוחו צפוי להוציא במהלכה יותר מאשר ירוויח בסיומה. הרווח הסופי יחושב במונחי של הלכות ולא לתפישתו של עורך הדין. בהמשך לשלוש הדוגמאות שהופיעו במסגרת סעיף (2) לפרק זה, אזי עורך הדין יהא חייב להתריע (ולא רק לציין) בפני לקוחו על עלויות ההתדיינות, סיכוייה הנמוכים (יחסית לחלופות אחרות) וקיומם של מסלולים אלטרנטיביים ליישוב הסכסוך, במקרים הבאים:

- (1) קיים סיכוי נמוך מאוד שהתובע יזכה בתביעתו – במקרה זה עסקיין בתביעות בעלות סיכויים קלושים. גם אם הסכום הנתבע במסגרתן גבוה במיוחד, הרי שנוכח הסבירות הנמוכה לזכייה במשפט והוצאות ההתדיינות הגבוהות מהעבר השני, מוטב שלא להגיש את התביעה.
- (2) גם אם התובע יזכה בתביעתו, צפויות עלויות ההתדיינות לעלות על הסכום שייפסק לו בסוף ההליך על ידי בית המשפט – במקרים מסוג זה עסקיין בתביעות, שהסכום הנתבע במסגרתן נמוך יחסית או שניהול ההתדיינות בהן צפוי להתארך ולעלות כסף רב (למשל: שכירת מומחים, המצאת מסמכים, עריכת בדיקות יקרות וכיו"ב).
- (3) הוצעה הצעת פשרה, שעורך הדין מעריך שתהא טובה יותר עבור לקוחו מהפסיקה הצפויה של בית המשפט, או שווה בטיבה לסעד שיינתן בסוף ההליך

<sup>210</sup> Arthur J.S. Hall & Co. (a firm) v Simons [1999] 3 W.L.R. 873 : כפי שאין חסינות על רופאים לא צריכה להיות חסינות לעורכי דין; יעקב, שם, 50, הערות שוליים 187-188 וגם עמוד 61: "בדומה למצבו של החולה המגיע לטיפול רפואי שיכול להיות קל אך גם קריטי, קיימת גם כאן ה"נדונה" שעמה הלקוח מגיע אל הדיון בבית המשפט. יש הבאים עם "נדונה" גדולה יותר, ועל כן סיכויי הצלחתם גדולים ויש המגיעים עם "נדונה" קטנה יותר, ועל כן סיכויי הצלחתם קלושים, אם בכלל. רשלנותו של עורך דין משפיעה על סיכויים אלה". וראה גם ה"ש 225 שם: "אולם גם בתחום המשפט, בדומה לרשלנות מקצועית בתחום הרפואה, הכרה בדוקטרינות נזיקיות דומות לאלה שהוזכרו לעיל תביא בסופו של יום לאיסוף נתונים סטטיסטיים ולהגברת השימוש בהם"

<sup>211</sup> יעקב, שם, עמוד 50: "הטיעון לפני בית המשפט הוא יותר אומנות מאשר מדע, והוא אינו פועל על פי נוסחה"

בטרם אפנה לדיון במקרים שבהם תופר החובה הכפולה ליידע ולהזהיר, ראוי להדגיש ולהבהיר כי המודל עוסק בהתדיינות ובמסלולי פשרה חלופיים במסגרת הליכים אזרחיים בלבד. אין עסקינן בהליכים פליליים או בהתדיינות הנוגעות לסכסוכים משפחתיים ומצויות בסמכות בית המשפט לענייני משפחה.<sup>212</sup> אומנם, שאלות מהסוג שפורט לעיל עשויות להתעורר גם בהליכים כגון דא. כך, למשל, עשויה להתעורר במסגרת ייצוג נאשם בהליך פלילי שאלה דומה: האם ייעץ הסנגור לנאשם לחתום על עסקת טיעון או שמא להמשיך את ההתדיינות בבית המשפט? מקום שבו ויתר הנאשם על עסקת טיעון, בהסתמכו על עצת עורך דינו, ובסופו של הליך נגזר עליו עונש חמור יותר מזה שהוצע לו במסגרת הטיעון, ניתן לתהות האם יחוב עורך הדין בגין חיווי דעה זה? ומה באשר למקרה שבו הסכים הנאשם לעסקת טיעון בשל חיווי דעה רשלני או אולי זדוני של עורך דינו, וכעת טוען הנאשם שלו היה ממשיך בהליך היה מצבו טוב יותר? שאלות מסוג זה עשויות לעלות גם במסגרת יישוב סכסוכים משפחתיים. כך, לדוגמא, במקרה שבו עורך הדין של אחד הצדדים מייצע לו לפנות לערכאה משפטית דיונית ולסרב לכל הצעת פישור או גישור, המוצעת לו. בסופו של הליך ממושך וכאוב, מסתבר כי בית המשפט פסק הסדר הזהה לזה שהוצע לאותו הצד או אף גרוע ממנו (להשקפתו של אותו הצד). ואולם, נראה כי הסיטואציות המנויות להלן נבדלות מהליכים אזרחיים אדברסריים "קונבנציונליים": הכרעה בשאלות שהן מעלות כרוכה בשקילת שיקולי מדיניות ייחודיים ונפרדים ואינה מאפשרת "עירוב תחומים". כוונן המודל, כך שיתאים עצמו לנסיבות ולרציונלים הרלוונטיים בשדות הפלילי והמשפחתי, מצריך פיתוח דיון עצמאי, שאין זו המסגרת המתאימה למצותו.<sup>213</sup>

#### 4. הפרת החובה

אם הזהיר עורך הדין את לקוחו מפני ניהולה של התדיינות בלתי יעילה והאחרון התעקש להגישה או להמשיך בה חרף סיכוייה הנמוכים והאזהרות – לא תישמע כל טענה מצד הלקוח כנגד עורך הדין לעניין ניהול ההתדיינות הבלתי יעילה ועצם הבחירה במסלול ההתדיינות.

על מנת להגן על עצמו מפני תביעה עתידית יחתים עורך הדין את לקוחו, על מסמך המאשר כי בפני הלקוח הוצגו מכלול המסלולים האפשריים ליישוב הסכסוך (בין כותלי בית המשפט ומחוץ לו) וכן נמסרה לו הערכת העלויות וההשלכות, הנלוות לבחירה בכל מסלול. על הלקוח, אפוא, לאשר כי עורך דינו מילא כלפיו את חובת היידוע. בנוסף, במקרים שבהם הבחירה במסלול ההתדיינות עומדת בניגוד לתחזיותיו של עורך הדין, יחתום הלקוח על מסמך המאשר כי עורך דינו הזהירו מפני העלויות הגבוהות ו/או סיכויי התביעה הנמוכים וכי הבחירה הסופית בהליכה להתדיינות או המשכה הייתה פרי החלטה עצמאית של

<sup>212</sup> חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995; ס"ח 2192

<sup>213</sup> להבחנה בין נפקות רשלנות מקצועית בייצוג לקוח בתביעה אזרחית לבין רשלנות בייצוג נאשם בתביעה פלילית (ובעיקר השוואה בין פשרה לעסקת טיעון) ראה יעקב, שם, 21, 23-25, 40, 65-66. בהקשר מעניינת מאוד הערת השוליים 80 במאמרו של יעקב. אביאה כלשונה במלואה: "לכאורה, היינו מצפי למצוא תביעות רבות של אסירים ו/או עצירים שנכלאו או הוענשו בדרך אחרת, הבאים בטענות אל עורכי דינם. אכן, במקומות אחרים בעולם אנו עדים לתביעות רבות יותר מסוג זה. ניתן להציע הסברים אחדים למיעוט התביעות. ראשית, המכשולים האובייקטיביים המקשים על אסירים להגיש תביעה משפטית, לבססה ולהופיע לבירורה. שנית, הלקוח עשוי לחשוש שתביעה מסוג זה תגרור חובה רחבה לגילוי ראיות העלולה לחשוף דברים נוספים נגדו, במיוחד אם יוסר החסיון עורך דין-לקוח (בניגוד למקרים שמדובר בהם ברשלנות בעריכת עסקה מסוימת, שרק היא הרלוונטית לעניין הגילוי). שלישית, האסיר מעוניין בעיקר בשחרורו, ופחות בקבלת פיצוי, אם כי משפטו נגד עורך דינו עשוי ליצור הד ציבורי, במיוחד אם יזכה בו, ולהצגת העוול שנגרם לו בכלי התקשורת. ייתכן שהדבר אף יהווה עילה למשפט חוזר"; לתפישה, לפיה, תחום דיני המשפחה ובפרט סכסוכים המערבים בתוכם הורים וילדים, מצריכים אופן התבוננות שונה ונסיגה משיח דיכוטומי של מנצח ומנוצח בהליך האדברסרי ראה גם דפנה הקר, הורות במשפט - מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראיה בגירושים (הוצאת הקיבוץ המאוחד סדרת מגדרים, 2008); אילת בלכר-פריגת, "על זכויות גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז, תשס"ד (2004) 539

**הלקוח, לאחר ששקל בדבר. די בחתימה מודעת של הלקוח כדי לפטור את עורך הדין מנשיאה באחריות מקצועית לניהולה של התדיינות בלתי יעילה.**

אפשרות קיומה של התדיינות "בלתי יעילה", לתפישת עורך הדין, מקום שבו החליט הלקוח שהוא מעוניין, מנימוקיו, לנהלה – מלמדת על כוחותיו המוגבלים של המודל במניעת התופעה. ואולם, דרישה מעורך הדין לדחוק בלקוחו לקבל הצעת פשרה, לעשות שימוש בטקטיקות איום והפחדה על מנת שהלה לא יגיש תביעה או לעשות ככל שביכולתו כדי לשכנע נמרצות את לקוחו לקבל את עצתו, הן דרישות החותרות תחת רעיון האוטונומיה של הפרט. ללקוח נתונה המילה האחרונה בשאלה האם להתדיין אם לאו. לעתים קרובות, ייתכן שיעריך את סיכויי תביעתו, באופן שאינו חופף את הערכות עורך דינו המלומד והמנוסה.<sup>214</sup> פעמים אחרות יושפע ממוטיבציות חיצוניות שאינן כלכליות.<sup>215</sup> אך, זכותו הבסיסית היא להיות, ולו חלקית, הסופר של חייו.<sup>216</sup> משכך, ההמלצה היא שעורך הדין ישוחח עם לקוחו בטרם ההחלטה על מסלול התביעה וינסה להבין מה מנסה לקוחו להשיג, לאן הוא חותר, איזו תוצאה תיחשב לרצויה בעיניו ועם איזו תוצאה הוא אינו מעוניין כלל להתמודד. רק באופן זה, בהתחקות אחר המניעים המפעילים את לקוחו ומתן העדפותיו (שונא סיכון, אוהב סיכון או אדיש לסיכון), יוכל עורך הדין להעריך נכונה איזו פעולה תשרת בצורה המיטבית את האינטרסים האישיים של הלקוח.

אי יידוע ו/או אי אזהרה, במצבים שתוארו במסגרת תת הפרק הקודם, מהווים הפרת חובה וגוררים לאחריהם הטלת חבות אישית על עורך הדין בגין ניהול התדיינות שאינה יעילה. עם זאת, הטלת החבות תתבצע אך ורק אם התקיים לפחות אחד מהתנאים הבאים:

1. אי היידוע ו/או אי האזהרה נבעו מרשלנות מקצועית של עורך הדין
2. אי היידוע ו/או אי האזהרה היו פעולה מכוונת של עורך הדין, שחתר לקיומה של התדיינות שאינה יעילה בשל קיומם של אינטרסים שאינם נמנים עם האינטרסים של לקוחו

כאן המקום להעיר כי גם פעולה מכוונת עשויה להיכלל בגדר עוולת הרשלנות. טיעון זה התקבל בפסיקה<sup>217</sup> ובאקדמיה<sup>218</sup> ואף אומץ בנוסחו הנוכחי (שטרם התקבל) של תזכיר חוק דיני ממונות, על שתי חלופותיו.<sup>219</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 122<sup>214</sup>

<sup>215</sup> ראה לעניין זה הדין בסיבות לתופעה במסגרת הפרק ה-I-

<sup>216</sup> J. Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 369: "The autonomous person is a (part) author of his own life"

<sup>217</sup> ע"א 71/85 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' בוחבוט פ"ד מא(4) 327; ע"א 732/80 ארנס נ' בית אל- זכרון יעקב, פ"ד לח(2) 645, 655; ע"א (ת"א) 508/59 תיק נ' מוניץ, פ"מ כה 89; אך ראה גם ת"א (ת"א) 1690/81 המגדר נ' מ"י, פ"מ א(א) 177

<sup>218</sup> ש' גינוסר "מטרד ליריב – נגישה קנטור וטרדנות בהליכי משפט" משפטים ב (תש"ל) 221, 235-237; א' רובינשטיין, פ' פרידמן "אחריות עובדי ציבור בנוזיקין" הפרקליט כא (תשכ"ה) 61, 66-67, 74-75; נ' כהן "נוזקי שביתה, הרשלנות הזדונית, הנוזק הכלכלי", עיוני משפט יד(1) (התשמ"ט); א' ברק, מבחר כתבים (תש"ס) 1083; ד' ברק-ארוז עוולות חוקתיות (תשנ"ב) 201; M.A. Milner, *Negligence in Modern Law* (London, 1967) 174; H.L.H. Hart "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility" *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. By A.L. Guest, 1969) 29, 30, 38. התנגדותו החריפה של פרופסור גד טדסקי ל"הכללת הרשע ברשען": ג' טדסקי "נוזקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הזדונית" הפרקליט כג (תשכ"ז) 170, 180-182.

<sup>219</sup> סעיף 387 לתזכיר חוק דיני ממונות:

(א) רשלנות היא התרשלנות הגורמת נזק לאדם, שכלפיו בנסיבות העניין חובה שלא להתרשל.  
(ב) (חלופה א'): התרשלנות היא מעשה, לרבות מעשה שנעשה במתכוון, שאדם סביר לא היה עושה בנסיבות העניין.  
(חלופה ב'): התרשלנות היא התנהגות, לרבות התנהגות מכוונת, שאדם סביר לא היה מתנהג בנסיבות העניין, בשל הסיכונים הצפויים ממנה; סבירותה של התנהגות כאמור תיבחן, בין היתר, בשים לב לעלות הכרוכה במניעה או בהקטנה של הסיכונים האמורים באמצעות התנהגות חלופית ולערך החברתי של התנהגות אלה.

עורך הדין יוכל להתגונן בפני טענות להפרת חובות היידוע והאזהרה במקרים הבאים :

- א. אם לקוחו של עורך הדין מסר לו מידע שגוי במכוון, שהיה בו כדי להשפיע על אופן הערכת סיכויי תביעתו, לא יישא עורך הדין בחבות אישית בגין ניהול ההתדיינות הבלתי יעילה. במקרה סבוך מעט יותר, שבו הלקוח אומנם הטעה את עורך דינו, אך מדובר היה באינפורמציה קלה וזולה לביורר, שעורך דין סביר היה דואג לבדקה – יהא על בית המשפט לבחון כיצד הרשלנות התורמת לכאורה של עורך הדין מתקזזת מההטעה של הלקוח, והאם קיימים שיקולי מדיניות התומכים בהטלת אחריות, מלאה או חלקית, על עורך הדין או בשלילתה.
- ב. הדרישה מעורך הדין אינה לקרוא את מחשבותיהם הכמוסות של לקוחותיו ולחזות בוודאות את סיכויי תביעתם. הדרישה היא שלא להטעות הטעה רשלנית או זדונית את הלקוחות, כך שהללו יקבלו את התנאים המתאימים הדרושים להם, לצורך קבלת החלטה מושכלת ורציונלית. עורכי הדין אינם נדרשים לציית לאמות מידה וסטנדרטים משל היו מלאכי שרת. התביעה היא של הלקוח וההכרעה הסופית בבחירת המסלול ליישוב הסכסוך מסורה לו ולו בלבד. משכך, לא יחוב עורך דין בגין העובדה שתחזיותיו בדבר תוצאת המשפט התבדו. אכן "לא כל כישלון של עורך הדין ייתפס כהפרת חובה. החובה אינה שלא לטעות בשיקול דעתו, אלא לשקול דעתו כמיטב יכולתו וידיעתו".<sup>220</sup> הערכות עורכי הדין אינן מתיימרות להיות מדעיות ומדויקות. כל עוד הערכתו של עורך הדין מצויה במתחם הסבירות, אין זה משנה אם עורך דין אחר העריך את סיכויי התביעה באופן שאינו זהה להערכתו של עורך הדין הראשון. תמונת המצב עשויה להשתנות אם עורך הדין נטל על עצמו התחייבויות נוספות בפני לקוחו, דוגמת התחייבות לתוצאה (להבדיל מהתחייבות למאמץ/השתדלות).<sup>221</sup>

## 5. תרופות

ניהולה של התדיינות בלתי יעילה עשוי להיתפש באופנים שונים: אפשרות אחת היא כי ניתן לראות בחיווי הדעת הרשלני ו/או הזדוני של עורך הדין כגורם לאובדן הסיכוי לפשרה (להבדיל מאובדן הסיכוי לניצחון במשפט). אפשרות אחרת רואה בו כהפרת חוזה בין עורך הדין ללקוחו, במסגרתו התחייב עורך הדין לפעול במיומנות מקצועית במסגרת מילוי תפקידו. מסלול נוסף הוא המסלול הרשלני, המבוסס על הקביעה, לפיה עורך הדין לא נהג כעורך דין סביר בנסיבות המקרה וכתוצאה מכך ניזוק לקוחו. במקרים מסוימים ייתכן שאף מדובר בעבירה אתית של עורך הדין, העשויה להיות מלווה בסנקציה משמעתיית מצד לשכת עורכי הדין.

לכאורה, פעולתו של עורך הדין פוגעת באינטרסים של לקוחו. נשאלת השאלה, באילו תרופות יזכה הלקוח ? המודל מציע שלוש תשובות אפשריות לכך :

---

(ג) החובה שלא להתרשל כאמור בס"ק (א) מוטלת על אדם כלפי כל מי שאדם סביר צריך היה לצפות מראש שהוא עלול להיפגע עקב ההתרשלות, ובלבד שהטלת האחריות על אותו אדם, בנסיבות העניין, היא צודקת, הוגנת וסבירה, בשים לב לטיב יחסי הצדדים ולאינטרס הציבורי שבהטלת אחריות.

<sup>220</sup> עניין לוי נ' שרמן, שם, 465; וראה גם -

Hodges v. Carter, 239 N.C. 517, 80 S.E.2d 144, 45 A.L.R.2d 1: "An attorney who acts in good faith and in an honest belief that his advice and acts are well founded and in the best interest of his client is not answerable for a mere error of judgment or for a mistake in a point of law which has not been settled by the court of last resort in his State and on which reasonable doubt may be entertained by well-informed lawyers"

<sup>221</sup> גבריאל קלינג אתיקה בעריכת דין 445 (2001); א' זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים (תש"ף), 103-105 – מבחין בין חיובי השתדלות לחיובי תוצאה; דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ג' (1992) פסקאות 27.4-27.7



1. במסגרת מערכת היחסים שבין עורך הדין ללקוח: עורך הדין **לא יגבה שכר טרחה** מלקוחו לעניין ניהול ההתדיינות הבלתי יעילה. במקרים מסוימים, תיבחן אפשרות לתשלום **פיצויים** נוספים ללקוח בגין נזקים שנגרמו לו כתוצאה מניהול ההתדיינות הבלתי יעילה.
2. במסגרת מערכת היחסים שבין עורך הדין לבית המשפט: עורך הדין ישלם **פיצויים עונשיים** לבית המשפט בגין בזבוז זמנו השיפוטי היקר וכלוי משאבים אדמיניסטרטיביים ואחרים מוגבלים.
3. במסגרת מערכת היחסים שבין עורך הדין לצדדים שלישיים: במקרים **חריגים**, תיבחן האפשרות שעורך הדין ישלם **פיצויים לצד הנתבע** בגין הוצאותיו של האחרון על ההתדיינות הבלתי יעילה. בחינת כל מקרה תיעשה לאור נסיבותיו המיוחדות והקונקרטיות. הסיבה בשלה לא תקום זכאות אוטומטית של צדדים שלישיים לתרופה נעוצה בחשש מפני ריבוי תביעות וביצירת הרתעת יתר. חבות כה גדולה של עורך הדין עשויה להרתיעו מלעסוק במקצוע או לנהל את פעולותיו המקצועיות בצורה הססנית ומגננתית, ובכך להזיק ללקוחותיו. תוצאה זו אינה רצויה מנקודת מבט חברתית. לפיכך, יש לבחון בכל מקרה האם קיימים שיקולי מדיניות, המצדיקים הטלתה של חבות זו של עורך הדין גם כלפי צדדים שלישיים? יש לעשות שימוש בסעד זה במשורה ובזהירות מרבית.

המודל מבקש להתמקד בתפקידו של עורך הדין בתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, הגם שיייתכן שתעלינה שאלות נוספות בדבר חבות גורמים אחרים בגין התופעה. כך, למשל, ניתן אולי לחשוב על תפקידו החברתי של בית המשפט במניעת התדיינות שאינן יעילות ומכאן עשויה אף לקום חובת השופט להתריע מיוזמתו בפני הלקוח על קיומה של התדיינות שאינה יעילה, מקום שבו הוא רואה שהיא מתנהלת בפניו. עם זאת, אפשרות זו עשויה להיות קלושה וסבוכה במיוחד בשל קיומה של חסינות של השופט מפני תביעה נזיקית. התשובה לשאלה זו, אפוא, מצריכה עריכת מחקר נפרד ולא תידון במסגרת עבודה זו.

### פרק III

## השתלבות המודל המוצע בשיטות משפט אדברסריות

### 1. הקדמה

הדיון בפרק זה פוצל לשני חלקים:

- יכולת בית המשפט לפסוק הוצאות כנגד עורך דין בגין ניהול התדיינות בלתי יעילה – במסגרת תת פרק זה, נבחנה סמכותו של בית המשפט הישראלי לפסוק הוצאות אישיות נגד עורך דין בגין פעולותיו המקצועיות בפניו. הניתוח כלל גם את ממצאיו של מחקר, שנערך על ידי, וכלל **318 פסקי דין ישראליים**, העוסקים בשאלת חיוב עורך דין בהוצאות אישיות.
- יכולת הלקוח לתבוע את עורך דינו בגין ניהול התדיינות בלתי יעילה – במסגרת תת פרק זה, נערך מחקר **השוואתי** הכולל מיפוי של המצב הפסיקטי, החקיקתי והאקדמי **בישראל, באנגליה ובארצות הברית** ביחס לגבולות האחריות המקצועית של עורך דין.

### 2. עורך דין – בית משפט: שאלת פסיקת ההוצאות האישיות

#### 2.1 כללי – חיוב עורך דין בהוצאות אישיות במשפט הישראלי

*”במקום לשוב, כמוצא שלל רב, על מתנת החינם שניתנה לו כאמור ולהשליך יהבו על ראיותיו בבית משפט השלום, בחר עורך דינו של התובע בדרך שהוליכה את שולחו עד לבית משפט זה. טענותיו הנמרצות לפנינו, שלא עליו אלא על הנתבע חובת ההוכחה, מעוררות רושם כאילו החזרת התיק לבית משפט השלום, על מנת שהוא ולא הנתבע יוכל להביא ראיותיו, אינה עשויה להועיל לו אם מפני שאין הצדק אתו, ואם מפני שאין בידו ראיות לתוכחת צדקתו: שאם לא תאמר כן – על כרחך אתה אומר שזמנו של בית משפט זה (שלא לדבר על כספם של בעלי הדין) מתבזבז לריק.*

*אין זו הפעם הראשונה שאני תמה על להיטותו של עורך דין להביא דינו של שולחו עד לפני בית משפט זה, גם אם יש בכך משום סיכון של ממש לאבדן אותו הסעד שכבר זכה לו בבית משפט קמא, במקום להביא את משפט שולחו לידי גמר מהיר ויעיל. בעיני עורך הדין שקול, כפי הנראה, תענוג ההתדיינות בבית המשפט העליון, כנגד עניין שולחו במניעת בזבזם של זמן וכסף. אין לי אלא לחזור ולהביע את צערי על אשר עוד לא ניתנה סמכות בידי בית המשפט לחייב את עורך הדין אישית בהוצאות שגרם גם לשולחו וגם לצד שכנגד בהליכים שמלכתחילה לא היה בהם משום סיכוי או תועלת, אלא אך משום סיכון ונזק.”*

[ההדגשות שלי – ב.ק.]

222

במילים אלה הביע השופט חיים כהן את שאט נפשו של בית המשפט מתופעת ההתדיינות הבלתי יעילה וחלקו של עורך הדין בה, מחד גיסא, ואת אוזלת ידו של בית המשפט במניעתה, מאידך גיסא. לכאורה, מצהיר השופט כהן בבירור כי לבית המשפט לא ניתנה סמכות לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות בגין עצם הגשת התביעה, מקום שלא היה ראוי ו/או יעיל לעשות כן. ואולם, בכמעט יובל השנים שחלפו מאז ניתן פסק הדין חלו רפורמות מהותיות בפסיקה הישראלית ותמונת המצב המשפטית השתנתה דרמטית. נשאלת השאלה, האומנם ידחה גם כעת המשפט הישראלי בשתי ידיו את אפשרות הטלתן של הוצאות אישיות על עורך הדין בגין ניהול התדיינות שאינה יעילה, או שמא תתאפשר הגשת תביעה כגון דא נגד עורך

<sup>222</sup> ע"א 642/61 טפר נ' מרלה פ"ד טז 1000, 1007-1008 (1962)

הדין? התשובה לשאלה זו מורכבת ומצריכה ניתוח מעמיק של מכלול פסקי הדין הישראליים, בהם נדונה שאלת הטלת הוצאות אישיות על עורך דין.

סקירת מכלול פסקי הדין מקום המדינה,<sup>223</sup> שניתנו בהקשר זה, מעלה כי כיום מסורה **סמכות טבועה** בידי בית המשפט לחייב עורך דין בתשלום הוצאות אישיות.<sup>224</sup> סמכות זו אומנם לא נקבעה במפורש בחוק החרות, אך היא מהווה חלק מהכוחות הנתונים לבית המשפט לצורך מילוי תפקידו.<sup>225</sup> סמכות בית המשפט נובעת מהצורך הטבוע בו "להניע באורח תקין ויעיל את גלגלי השפיטה ולפעול בדרך ראויה ונכונה בנסיבותיו של כל עניין ועניין".<sup>226</sup> להטלת ההוצאות האישיות מיוחסת חשיבות רבה, נוכח כוחה ההרתעתי ויכולתה להשליט מרות ומשמעת על הנוטלים חלק בהליך ההתדיינות.<sup>227</sup> ואולם, השימוש בסמכות יעשה במשורה: רק בנסיבות חריגות וקיצוניות במיוחד, יושת על עורך הדין חיוב אישי בהוצאות.<sup>228</sup>

ניסיון לשרטט הנחיות עזר ראשוניות להגדרתן של אותן נסיבות יוצאות דופן, בגינן תוטל חבות אישית על עורך הדין, נעשה על ידי השופט מצא<sup>229</sup>: ראשית, קבע מצא, על המעשה (או מחדל) של עורך הדין, או מי מטעמו, להיות זדוני או רשלני באופן חמור וכן כזה שנועד לגרום או גרם בפועל להכשלת ההליך השיפוטי או שהסב נזק מהותי וממשי לעבודת בית המשפט. שנית, פוסק השופט מצא כי ככלל, ייטה בית המשפט להימנע מחיוב עורך הדין בהוצאות על מעשיו ומחדליו במסגרת ניהול ההליך. אומנם, מצא מסייג כי ייתכנו חריגים נדירים, שבהם יפסוק בית המשפט שעל עורך הדין לשאת בהוצאות אישיות. עם זאת, הוא מדגיש, פסיקת ההוצאות האישיות אינה אקט עונשי. לפיכך, גם אם עורך הדין טען טענות שאינן מבוססות, האריך יתר על המידה בחקירת העדים, סירב לציית להנחיות בית המשפט לעניין מהלך החקירה או הטיעון, הציג את הטיעונים בצורה ממושכת ומייגעת, המכבידה על עבודת בית המשפט, וכיו"ב – אין לשית עליו חיוב אישי. שלישית, קורא מצא לבית המשפט לבחון האם קיימים אמצעים חלופיים הולמים, העשויים להגן על עבודת בית המשפט ושאינם כרוכים בגנאי הנלווה להטלת הוצאות אישיות. דהיינו: נדרש אמצעי מידתי, אשר פגיעתו חמורה פחות מחיוב עורך הדין בהוצאות אישיות.<sup>230</sup> אליבא דמצא יש לבחון את נסיבות העניין ולהתחשב במהות ההתנהגות הפוגעת. *הש' חשין* מונה בפסק דין אחר מספר דוגמאות לנסיבות, המצדיקות הטלת הוצאות על עורך הדין ולא על לקוחו<sup>231</sup>: כך, למשל, מקום שבו נגרמו הוצאות יתרות גם

<sup>223</sup> כפי שהללו מופיעים במאגרים המשפטיים הממוחשבים: Nevo, Takdinet, Dinim, Padaor, etc`

<sup>224</sup> י' זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שביעית, 1995), 539-538

<sup>225</sup> ע"א 4846, 4845/95 ניר נ' **מדינת ישראל** פ"ד מט(2) 639, 646-645 (להלן 'עניין ניר'); י' זוסמן, **שם**, 538

<sup>226</sup> ע"א 6185/00 עי"ד חנא נ' **מדינת ישראל** פ"ד נו(1) 378, 366 (להלן 'עניין חנא')

<sup>227</sup> עניין חנא, **שם**, 380: "שידעו עורכי דין פורצי גדר מה ראוי כי יעשו או לא יעשו, וימנעו עצמם מעשות מעשים אשר לא ייעשו ומחדלו מחדלים אשר לא ייחדלו"; המ' 183/52 **שצ'יפק נ' מועצת עיריית ת"א-יפו**, פ"ד ז 603, 605-606; המ' 373/60 **טרכטנווט נ' הוניגמן** פ"ד יד 1973, 1974; ע"א 415/70 **אליהו נ' נציגות הבית המשותף הידוע כבית המעלות** פ"ד כה(2) 139, 140; ע"א 357/64 **רקביץ נ' פקיד השומה**, גוש דן, פ"ד יח(4) 729, 741-742 (להלן 'עניין רקביץ'): "בנוסף למגמה הקומפנסטורית הזאת, עומדת מאחורי השימוש באותה סמכות, גם זו שהטעימה השופט לנדוי בפסק דינו (בפרשת שצ'יפק לעיל- ב.ק.), היא המגמה המשמעתית"; לגישה לפיה מטרת פסיקת ההוצאות האישיות על עורך הדין אינה נובעת ממניעים משמעתיים כי אם מרצון לשיפוי בעלי דין על הוצאותיהם בשל מעשיו/מחדליו הרשלניים של עורך הדין – ראה גם עניין רקביץ, **שם**, 738 (פסק דינו של השופט חיים כהן): "... כאן אין בית המשפט מחווה דעה אם עורך הדין ראוי לעונש אם לאו, או אם הוא ראוי לכהן כעורך דין אם לאו; אלא מכוח שיקול הדעת המסור בידו לעניין ההוצאות, קובע הוא שההוצאות – כולן או מקצתן – נגרמו על ידי עורך הדין שלא באשמת בעל הדין שולחו, ושלא לטובתו, והצדק מחייב שלא בעל הדין יצטרך לשאת בהן, אלא עורך הדין שבמעשהו או במחדלו גרמן"

<sup>228</sup> עניין חנא, **שם**, 379: "סמכות זו אסור הוא בית משפט להפעילה דרך שגרה. כל אימת שאומר הוא לשקול בדעתו להטיל הוצאות על עורך דין אישית, יזכור בית המשפט כי המדובר הוא בצעד חריף וקיצוני, וכי רק בנסיבות מיוחדות ראוי לעשות בו שימוש. ובלשונו של השופט יצחק קיסר בע"א 557/69 **נופמן נ' 'תלה מודל' שותפות רשומה**, פ"ד כד(1) 14, 15: 'פסיקת הוצאות נגד עורך דין, באופן אישי, הוא דבר נדיר ויש צורך בטעם מיוחד לכך'..."

<sup>229</sup> עניין ניר, **שם**, 647

<sup>230</sup> ע"א (י-ם) 9579/06 **רמי קוק נ' הנהלת בתי המשפט** (לא פורסם, 2007) – להלן 'עניין קוק'

<sup>231</sup> עניין חנא, **שם**, 380

לבית המשפט וגם לצד שכנגד בשל מעשה בלתי ראוי שעשה עורך הדין<sup>232</sup> או במקרים שבהם מכשיל עורך הדין את פעילותו התקינה והראויה של בית המשפט.

בטרם יחייב בית המשפט את עורך הדין בהוצאות אישיות, קנויה הזכות לעורך הדין, שאינו צד להליך, להשמיע טענותיו.<sup>233</sup> יתרה מכך, מציין השופט חשין, על בית המשפט מוטלת החובה לפנות ביוזמתו לעורך הדין ולהציע לו כי יסביר את פשר הפגם שנפל בהתנהגותו. חובה זו תחול גם אם בית המשפט משוכנע כי עורך הדין נהג שלא כהלכה וכי אין באמתחתו נימוק ראוי למעשיו. כפי שנתן אלוהים הזדמנות לאדם הראשון להסביר מדוע אכל, חרף האיסור, מפרי עץ הדעת, הגם שידע מה עשה אדם, כך גם חובתו של בית המשפט.<sup>234</sup>

השימוש המדוד בחיוב עורך דין בהוצאות אישיות נובע ממספר טעמים,<sup>235</sup> הנוגעים למהות ההליך השיפוטי ותפקידו של עורך הדין בו. עם נימוקים אלה נמנה הטיעון, לפיו שורשי סמכותו של בית המשפט לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות אינם נעוצים בחוק חרות, אלא עסקינן בסמכות טבועה. טיעון זה ימשיך ויאמר כי ראוי ששימוש בסמכות הטבועה ייעשה אך ורק במקרים שבהם נעור צורך חיוני בהטלת החבות ולשם מטרה הכרחית, שבית המשפט אינו יכולה להשיגה במסגרת השימוש בסמכותו ה"רגילה".<sup>236</sup> כמו כן, עשוי לעלות הטיעון לפיו עורך הדין אינו צד להליך, אלא פועל בשמו של לקוחו. משכך, אין הוא יכול לצפות שיוטלו עליו חיובים אישיים ואף לא להתגונן מפני הטלת חבות זו. "כל מענייניו של הפרקליט הטוען נתונים להגנת מרשהו – או להתקפה בשם מרשהו – וממילא נותר אגפו האישי חשוף ובאין הגנה".<sup>237</sup> יתרה מכך, הטלת אחריות אישית על עורך הדין אינה מהווה אך סטייה מהכלל המקובל, לפיו בעל הדין הוא הנושא בהוצאות המשפט. לחיוב עורך הדין בהוצאות אישיות נלווה מעין אות קלון וגינוי מצד בית המשפט.<sup>238</sup> סנקציה מעין משמעתית זו מוטלת בהליך מקוצר ובכך היא חורגת מהתפישה המקובלת, לפיה אין מטילים על אדם סנקציה פלילית או משמעתית אלא לאחר קיומם של הליכים מלאים בעניינו.<sup>239</sup>

היה ובית המשפט פסק כי יש לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות, יוכל עורך הדין לערער בזכות על חיובו.<sup>240</sup> אומנם, הנחת היסוד היא כי זכות הערעור מסורה לבעל דין שנפגע מהחלטה בעניינו ו/או למי שהוקנתה לו זכות שכזאת במפורש,<sup>241</sup> ואולם המשפט מכיר בקיומו של "הליך נספח",<sup>242</sup> העשוי לאפשר במקרים מסוימים<sup>243</sup> יכולת השגה הן של בעל הדין המקורי והן של בעל הדין ה"זר" להליך.

<sup>232</sup> עניין רקביץ, שם, 739; ע"א 2664/90 פרלוב נ' נסימי, פ"ד מח(1) 787, 799

<sup>233</sup> עניין רקביץ, שם, 739: "אין בין לאדם שלא בפניו; ומעקרונות הצדק הטבעי הוא שלפני שיחוייב עורך דין, תינתן לו הזדמנות להשמיע טענותיו, ואף להביא ראיותיו, כדי להניח דעתו של בית המשפט שלא התרשל ולא התנהג שלא כהלכה, או שעשה מה שעשה על פי הוראותיו המפורשות של בעל דין שולחו"

<sup>234</sup> עניין חנא, שם, 375-376

<sup>235</sup> עניין קוק, שם

<sup>236</sup> עניין ניר, שם, 646; טיעון דומה עלה בהקשר אחר (סמכות טבועה של בית המשפט להאריך מועד למילוי חיוב) בע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי פ"ד מו(3) 284, 279

<sup>237</sup> עניין חנא, שם, 374: "עורך הדין אינו צד להליך. לא חובותיו וזכויותיו הן השנויות במחלוקת ונצרכות להכרעה שיפוטית. עורך הדין פועל בשמו של מרשהו, ובמהלך הדברים הרגיל אף אין הוא מעלה בדעתו כי לעת ההתדיינות יוטלו עליו אישיות חיובים כלשהם. ... אין הוא מעלה בדעתו להתגונן אישית, אין הוא עורך טענות להגנת עצמו, ואין הוא מקבץ הסברים וראיות לקדם פני רעה הנשקפת לו אישית."

<sup>238</sup> עניין חנא, שם, 383; עניין פרלוב, שם: "בהטלת הוצאות אישיות על עורך הדין יש משום הבעת גינוי מצד בית המשפט כלפי עורך הדין. אולם, הגינוי במהותו נוגע לדרך ניהול הדיון על ידי עורך הדין ולאופן ייצוג מרשהו במשפט, ולא להתנהגות בלתי נאותה מחוץ לכותלי בית המשפט, שאין לה דבר עם ההליך עצמו."

<sup>239</sup> עניין חנא, שם, 380

<sup>240</sup> ע"א 2240/90 עטר נ' מלצר, פ"ד מז(4) 46

<sup>241</sup> בש"פ 658/88 חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670

## 2.2 מיפוי הפסיקה הישראלית – באילו מקרים ישא עורך הדין בהוצאות אישיות?

סקירת פסקי הדין, העוסקים בשאלת הטלת הוצאות משפט על עורכי דין בערכאות השיפוטיות השונות, מאתרת מספר מגמות וממצאים :

### 2.2.1 בית המשפט ממעט לחייב עורכי דין בהוצאות אישיות

הערכה זו עולה ממספר פסקי הדין, הקטן יחסית, שבהם מחליט בית המשפט להשית הוצאות אישיות על עורך הדין. בהקשר זה, ראוי לציין כי הן מספר התיקים שבהם נדונה שאלת ההוצאות האישיות מצומצם והן מספר המקרים שבהם, לאחר הגשת ערעורים, נפסק שיש לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות, קטן. כפי שאציין בהמשך, עורכי הדין נוטים לערער (ערעור בזכות) על חיובם בהוצאות אישיות ובית המשפט שלערער נוטה לנהוג בהם בסלחנות. שאלה מעניינת היא האם ניתן לייחס את מיעוט המקרים להתנהגותם האתנית, המקצועית והחפה מכל רבב של עורכי הדין הישראלים או שמא מאמץ בית המשפט בדוקנות את ההלכה, לפיה תוטלנה הוצאות אישיות על עורך הדין רק במקרים נדירים וחריגים במיוחד.

### 2.2.2 פסיקת הוצאות אישיות בסכומים נמוכים

גם במקרים, המעטים יחסית, שבהם החליט בית המשפט בכל זאת לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות, נוטים הסכומים להיות נמוכים ולא לשקף את המחיר האמיתי של התנהגות עורך הדין. כך, למשל, יטה בית המשפט לפסוק הוצאות אישיות בסך אלפים בודדים של שקלים<sup>244</sup> במקרה של אי הופעת עורך הדין לדיון שנקבע, הגם שהעלויות האמיתיות עשויות להאמיר לסכומים גבוהים בהרבה. הזמן השיפוטי הוא משאבה היקר ביותר של מערכת המשפט העמוסה לעיפה.<sup>245</sup> ביטול המועד שנקבע לדיון ודחייתו למועד אחר, בגין אי התייצבות עורך הדין, אינו מסתכם אך בבזבוז זמנו השיפוטי של בית המשפט,<sup>246</sup> כי אם גם מוסיף נטל מנהלי על מזכירות בית המשפט.<sup>247</sup> יתרה מכך, התמשכות ההליך באה על חשבונם של תיקים

<sup>242</sup> בשא 2369/06 כהן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 3 (לא פורסם, 2006): "... המשפט מכיר מצבים בהם לצד ההליך העיקרי בין בעלי דין מתנהל "הליך נספח" שיכול ויהיה בין בעלי הדין לבין עצמם או בין בעל דין וצד "זר" להליך... הליך נספח מעין זה יכול להצמיח חבויות וזכויות משל עצמו ולאפשר במקרים מסוימים גם יכולת השגה על ההחלטות שנתקבלו במסגרתו, אם לבעל הדין המקורי ואם לבעל הדין ה"זר". ברוח זו הוכרו למשל זכויותיהם של עורך דין לערער בזכות על חיובו בהוצאות אישיות... וזכותו של עורך דין ממונה לערער על שיעור שכר הטרחה שנפסק לו..."; להרחבה בנושא ראה גם ש' לוי, הפרוצדורה האזרחית מבוא לעקרונות יסוד 58-60 (1999); א' גורן, סוגיות בסדר דין אזרחי 582 (2005).

<sup>243</sup> השווה לבג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה, פ"ד נב(3) 721.

<sup>244</sup> כך, למשל, הטילה השופטת זיסקינד (בימ"ש שלום ירושלים) הוצאות אישיות בסך 1,500 ₪ לקופת המדינה על עו"ד מיכל סיני (ה"פ 610/06) בגין אי התייצבות לדיון, אך גם סכום זה בסופו של דבר בוטל בע"א 9579/06 סיני נ' הנהלת בית המשפט (לא פורסם, 2007), לא לפני שבית המשפט הבהיר את חשיבות ההגעה לדיונים שנקבעו: "בעל דין איננו יכול להכתיב לבית המשפט את מועד הדיון, או לכפות עליו את דחייתו בדרך של אי התייצבות לדיון (ראה והשווה: ע"פ 1731/92 בן ראובן וינר נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 265). הדברים יפים מכוח קל וחומר ביחס לעורך דינו של בעל הדין, עליו חלות חובות עצמאיות כלפי בית המשפט"; גם בימ"ש המחוזי בנצרת ידע להביע את דאגתו מ"סחף של עורכי דין" שאינם מתייצבים לדיונים, אך ביטל הוצאות אישיות בסך 5,000 ₪ בגין אי התייצבות לדיון של עורך הדין. השופט האשם חיטיב ציין כי דעתו "אינה נוחה", אך בשל קיומו של אישור מחלה והסכמת המשיבה לכך, הוא נכון לבטל את ההוצאות האישיות שנפסקו "לפני משורת הדין" – בש (נצ') 3289/07 סלאם נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2007); וראה גם ברע (י-ם) 3181/07 יעקב נ' מזרחי (לא פורסם, 2007) – במקרה זה הוגש מסמך רלוונטי ביותר, הנוגע ללב לבו של הסכסוך, רק ביום הדיון. כתוצאה מכך, נדחה הדיון ע"י ביהמ"ש, כדי לאפשר לצדדים האחרים להתייחס לאותו המסמך ובזבוז זמנם של בית המשפט והצדדים. בית המשפט חייב את המבקש ו/או בא כוחו בהוצאות בסך 10,000 ₪. יש לשים לב כי במקרה זה עורך הדין אינו הנושא היחיד בהוצאות; והשווה לע"א 5075/02 ברדוגו נ' מדינת ישראל פ"ד נח (2) 860 (2004), שם נפסק כי הסנגור יחוב בהוצאות אישיות בסך 45,000 ₪ לאוצר המדינה. ואולם, יש לשים לב כי עו"ד ברדוגו לא הופיע לפני דיונים וכי יש וביהמ"ש הושפע מאוד מהתנהגותו ביום הדיון שבו נפסקו הוצאות. יחסו המזלזל והמעליב של עורך הדין התלווה לצורך בהפסקת הדיונים ודחיית מועד חקירת העדים (דבר שגרם הן לאיבוד זמן דיונים והן להוצאות מיותרות לעדים, לנאשם, לבא כוח התביעה ולבית המשפט); בבש (נצ') 3404/02 אבו ריא נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 2003) חויב עורך דין שלא הופיע לדיון, אך שלח עו"ד מחליף במקומו, בהוצאות אישיות בסך 7,500 ₪.

<sup>245</sup> עפ (ת"א) 70016/05 רדיסלב נ' פרקליטות מחוז ת"א-פלילי פסקה 11 (לא פורסם, 2005).

<sup>246</sup> "שאוּלִי לֹא יִמְצָאוּ בְעֵלֵי דִין אַחֲרֵים הַמוֹכְנִים לְמַלְא אֶת "הַחֲלָלִי" שִׁוְצֵר בִּיטוּל הַמוֹעֲדִים שֶׁנִּקְבְּעוּ .. הַקוֹשֵׁי הָעִיקָרִי הוּא בְּמִצִּיאת מוֹעֲדִים מוֹתָאִימִים" – ע"א (ב"ש) 1192/08 משה נ' אלבז פסקה 4 (לא פורסם, 2007) [ההדגשות במקור- ב.ק.].

<sup>247</sup> עניין צדיק, לעיל הערה 178.

רבים אחרים, הממתינים לתורם.<sup>248</sup> יוצא, אפוא, כי גם אם נראה בהטלת הוצאות אישיות אקט פיצויי גרידא (להבדיל מעונשי ו/או הרתעתלי), במרבית המקרים לא יינתן פיצוי המתיימר להשיב את המצב לקדמותו או להעריך נכונה את עלויות הפעולה הרשלנית/ המזיקה.

### 2.2.3 אופי המקרים בהם יחייב בית המשפט את עורך הדין בהוצאות אישיות

בחינת המקרים שבהם בסופו של דבר הוטלה חבות אישית על עורך הדין, מעלה כי בית המשפט נוטה להיות מושפע ממקרים שבהם לא התייצב עורך הדין לדיון שנקבע מבלי לבקש את רשות בית המשפט ומהתנהגות בלתי הולמת של עורך הדין כלפי בית המשפט ופקידיו. חשוב להדגיש כי גם במקרים אלה נדרש שחומרת המקרה תהא רבה<sup>249</sup> וגם אז מסתמנת מגמת אי אחידות בפסיקות בית המשפט.<sup>250</sup> הארכות דיונים, טעינת טענות קטנוניות, ניסיונות להשגת דחיות – כל אלה אינם גורמים לבית המשפט לשלוף את נשק ההוצאות האישיות, אלא לכל היותר להתרות בעורכי הדין בעל פה.<sup>251</sup> מהעבר השני, מקום שבו מתרשם בית המשפט כי ניהול ההליך משרת את האינטרסים של עורך הדין ולא את האינטרסים של לקוחו, יטה בית המשפט לחייב את עורך הדין, ולא את לקוחו, בהוצאות אישיות.<sup>252</sup>

בהקשר זה, אציין כי בפסיקה הישראלית לא הופיע ולו פסק דין אחד שבו פסק בית המשפט הוצאות אישיות לעורך הדין בגין עצם הגשת התביעה. כאמור,<sup>253</sup> מציע המודל כי לא רק הלקוח יוכל לתבוע את עורך דינו (ובמקרים מסוימים אף הצד הנתבע), אלא גם בית המשפט מיוזמתו יוכל להטיל הוצאות אישיות על עורך הדין בגין עצם הגשת תביעה, שהובילה להתדיינות בלתי יעילה (ובהתקיים הסייגים המפורטים במודל: רשלנות או זדון מצד עורך הדין, היעדר יידוע הלקוח במסלולי תביעה חלופיים ובעלויות ההתדיינות הצפויות וכו'). טענתי היא כי בית המשפט הישראלי צריך להכליל גם את המקרים המתוארים במודל בגדר המקרים, בגינם תוטלנה הוצאות אישיות על עורך הדין. בית המשפט נהנה ממומחיות מקצועית ומידע משפטי, המאפשרים לו לאתר ביתר קלות מהלקוח (חסר ההשכלה המשפטית

<sup>248</sup> ע"א 653/80 יצירת ברנע בע"מ ואח' נ' דנית חברה לפיתוח בע"מ פ"ד לו(1) 802, 804; רע"א 5281/06 צ'מפיון מוטורס (ישראל) בע"מ נ' עוז (לא פורסם, 2006).

<sup>249</sup> ראה עניין ברדוגו, שם; בבש (נצרת) 001825/00 פלדמן נ' מדינת ישראל טען עורך הדין פלדמן כי אין לחייבו בהוצאות אישיות מקום שבו נבעה התנהגותו משגה בתום לב. מדבריו של פלדמן עולה כי הוא סבור שיש לחייב עורך דין בהוצאות אישיות רק מקום שבו התנהגותו נבעה מזדון או מרשלנות חמורה.

<sup>250</sup> ראה עמודים 48-49 כולל הערות השוליים

<sup>251</sup> תפ (י-ם) 2077/06 מדינת ישראל נ' אריש (לא פורסם, 2008): "הגם שמבחינה עקרונית אכן היה מקום לחיוב הנאשמים (או מי מהם) בהוצאות בגין אופן ניהול המשפט, משאלו פחתו במידה ניכרת עם התקדמות ההליכים ומשהטלת הוצאות היוצא מן הכלל על פי הפסיקה, אין להיעתר לבקשת המאשימה בעניין זה"; וראה גם בג"ץ 4182/98 גוטונוני נ' שר הפנים (לא פורסם, 1998): "שקלנו הטלת הוצאות אישיות על עורך הדין... אך לבסוף החלטנו שלא לנקוט בצעד בלתי שגרתי זה מתוך תקווה שהלקח נלמד"; מאלף לעניין זה הוא פסק דינו של הש' שלי טימן בתפ (ת"א) 40320/01 פרקליטות מחוז ת"א-פלילי נ' חדאד (לא פורסם, 2002). בפסק דין זה אומר הש' שלי טימן כי הוא לא מצא היכן נאמר שעל הטענות להיות בעלות אופי מופרך וטורדני כדי שנאשם יחויב בהוצאות. הש' טימן מתאר בסרקוזם את דרך ההגנה המתישה, חסרת הפרופורציה והלא חיונית של הסנגור, אך מטעים כי למרות הכול היחיד שנושא בהוצאות הוא הנאשם ולא הסנגור. גם "נאום" תשובה של הסנגור שיש בו צעד אחד קדימה ושלושה לאחור, גם חוסר הפרופורציונליות של אופי ותכלית החקירות וכן אורך הסיכומים – אינם משכנעים אותו שיש להטיל הוצאות אישיות על הסנגור ש"היה עדין ומנומס, לאורך כל הדיון, והתרשמתי שהוא עושה באמונה שלמה ועד לגבול יכולתו את המוטל עליו להגנת מרשו".

<sup>252</sup> ראה לעניין זה בש"א 4279/05 ציסין נ' עזבון המנוח אלכסנדר רחלין ז"ל (לא פורסם, 2006). כך, בפסקה 2 לפסק דינו של השופט דרורי: "הבאתי את צורת הצגת הבקשה, כדי שיהיה ברור שבקשת תיקון הפרוטוקול מתייחסת לדבריו של עו"ד בראל ולא לדברי לקוחו. אליבא דאמת, כעולה מן הבקשה (שאינה נתמכת בתצהיר כפי שהדגישה עו"ד מוריה צ'רקה, סגן בכיר לפרקליט מחוז ירושלים, בתגובתה מיום 5.1.06), מהותה ומטרתה של הבקשה היא לכלול בפרוטוקול טענות של עו"ד רוברט בראל, ביחס להכנת תצהיר, לגירסתו. מהות הבקשה אין בה כדי לעלות או להוריד לעניין המחלוקת בין בעלי הדין בתיק העיקרי; אם תענה הבקשה, כי אז ישפיע הדבר, לכל היותר, רק על עו"ד בראל, אך לא על לקוחו (הנתבע בתיק העיקרי)". והשווה לפסק דין נוסף של השופט דרורי ובו נקט בעמדה אחרת מספר חודשים לאחר מתן פסק הדין בעניין ציסין – בש"א 2764/06 בר"ע 1081/05 פלונית נ' אלמוני (לא פורסם, 2006). בפסק דין זה ביקשה עו"ד רייכמן להשמיט את שמה של עורכת דין אחרת מהפרוטוקול ולהציגה כעורכת הדין היחידה המייצגת את הלקוחה בתיק. בפסקה 12 לפסק דינו מציין השופט דרורי: "בטוחני כי יימצאו שופטים לא מעטים אשר במקרה זה יטילו על המבקשת, עו"ד רייכמן, הוצאות לטובת אוצר המדינה בגין הגשת בקשה חסרת בסיס כזו. ברם, אינני נוהג כך, שכן מקובלים עלי דברי חז"ל, לפיהם 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה', ומאחר ובמקרה זה לא היתה אזהרה, אין מקום, לשיטתי, להטיל הוצאות על המבקשת".

<sup>253</sup> ראה עמוד 41 (תת הפרק 'תרופות')

במרבית המקרים) את קיומה של התדיינות בלתי יעילה. יתרה מכך, הפוזיציה בה מצוי השופט באולם הדיונים, עשויה לאפשר לו בזמן אמת להתריע בפני הצדדים על קיומה של התדיינות בלתי יעילה ועל קיומם של מסלולים חלופיים ליישוב הסכסוך. יוצא, אפוא, כי השופט יוכל להביא לחיסכון משמעותי בעלויותיה הכבדות של תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה. הוא לא יאלץ להמתין עד לסיום ההליך ולבחון בדיעבד האם כולו משאביהם של הצדדים ושל בית המשפט לריק, אלא יוכל להציע לצדדים להתפשר ויידע אותם בדבר מצבם כבר במהלך ההתדיינות הבלתי יעילה. לכך יש להוסיף את הראיה הרחבה של בית המשפט, החורגת מגבולות המקרה הקונקרטי המובא בפניו לעבר שקילת שיקולי מדיניות חברתיים ומשפטיים וכן איזון הסכסוך הספציפי עם אינטרסים קיבוציים של כלל המתדיינים והחברה כולה.<sup>254</sup> התבוננות חברתית רחבה זו, הבוחנת גם את היער ולא רק את העצים, הופכת לטעמי גם את בית המשפט לדמות מפתח במאבק כנגד תופעת ההתדיינות היעילה.

במאמרו, טוען אסף יעקב כי בתי המשפט בישראל עשויים לקיים את החובה לקדם פשרות ולייעל את הדיון עבור כל הצדדים הנוגעים בדבר בצורה כה **קיצונית**, עד כדי כך שהם **מרוקנים מתוכן** את האפשרות לתבוע את עורך הדין בגין עצם כריתת הפשרה.<sup>255</sup> לדבריו, בשל העומס הרב המוטל על מערכת המשפט, נוקטים השופטים ב"אקטיביזם פישורי" ו"לוחצים" על הצדדים להגיע לכדי פשרה.<sup>256</sup> אליבא דיעקב ניסיון זה להשפיע על הצדדים עשוי להיעשות אף באופן **תוקפני** למדי, דוגמת סירוב לדחות את המשפט כדי לדרבן את הצדדים להסכים לפשרה או לחילופין קביעת תאריך יעד קרוב ובלתי ניתן לשינוי לקיום הדיון. יתרה מכך, מצייין יעקב, בית המשפט עשוי לחייב צד למשפט להסביר מדוע הוא מסרב להסכים לפשרה ואף להזהיר אותו שאם לא יסכים לפשרה, עשוי בית המשפט לפסוק נגדו. **במקרים חריגים במיוחד השופט יכול גם לאיים על הצד המסרב להתפשר בתשלום הוצאות ואף לכפות אותו להתפשר.**<sup>257</sup> יעקב מצביע על היעדר קיומן של הנחיות ברורות וסדורות, המורות לשופט כיצד לנהוג כאשר זה מנסה לסייע לצדדים להתפשר. לתפישתו, מדובר בתחום "פרוץ", שבו בולטים בהיעדרם גם כללי אתיקה או סטנדרטים מוסכמים.<sup>258</sup> השלכה מדאיגה נוספת, העשויה לנבוע, לטענת יעקב, מהאקטיביזם הפישורי השיפוטי, היא הפרשנות שעשויים עורכי הדין ליתן למעורבות השיפוטית החותרת לפשרה. כך, הוא מצייין, גם אם נמנעים השופטים בקפדנות מ"מתן פרסים" לעורכי דין המשתפים פעולה בהתקדמות לקראת הסכם או מ"ענישתם" של המסרבים לשתף פעולה, עדיין נותרת הסכנה שמא יפרשו עורכי הדין את המעורבות ככפייה סמויה או יבקשו להתאים את התנהגותם לזו הרצויה מבחינת השופט, לתפישתם, תחת להתאימה לאינטרסים של לקוחותיהם. על סכנה דומה מתריע גם לשם: לשיטתו, בית משפט הדוחק במתדיינים

<sup>254</sup> עניין צדיק, לעיל הערה 178

<sup>255</sup> אסף יעקב, רשלנות בין כותלי בית המשפט: לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי דין במסגרת הדיון המשפטי, **עיוני משפט** כו(1) 5 (2002), 37 וכן את הערת השוליים 141 למאמרו, בה הוא טוען כי הדברים אף מעוגנים באופן פורמלי בחוק ומפנה לסעיפים 79א(א), (ב) לחוק בתי המשפט; סעיף 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ס"ח 234; תקנות 140, 258 כז ו-445 לתקנות סדר הדין האזרחי; ראה גם ח' דויטש, כבוד הדדי בית המשפט, **הגלימה: ביטאון ועד מחוז ת"א של לשכת עורכי הדין** 14 (תשנ"ח) 8

<sup>256</sup> יעקב, **שם**, 38-40

<sup>257</sup> לשיטות נוספות לדרבון הצדדים להגיע לפשרה ראה יעקב, **שם**, הערת שוליים 144.

<sup>258</sup> יעקב, **שם**, 38: בהערת שוליים מס' 148 מצייין יעקב כי רק כלל אחד מבין 60 כללי האתיקה השיפוטית, עשוי להיות לעזר השופט: כלל 11 לבית המשפט העליון לכללי אתיקה שיפוטית (תשנ"ג-1993): "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". לכך, מצייין יעקב, ניתן להוסיף גם את חסינות השופט מפני תביעה נזיקית מצד הלקוח, כדי להבין את הבעייתיות הכרוכה באכיפת החובה עליו.

שלפניו להתפשר, סוטה מהפונקציה הסבילה המסורה לו במסגרת השיטה האדברסרית. לכך, עשויות להיות השלכות עגומות, לדעת לשם, ובהן הסכנה לעיוות דין.<sup>259</sup>

#### 2.2.4 גישה סלחנית מצד בית המשפט

גישתו הסלחנית של בית המשפט כלפי עורך הדין מוצאת ביטוייה הן בנטייתו האפריורית שלא לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות<sup>260</sup> והן בנכונותו הגוברת לבטל את החיוב,<sup>261</sup> מקום שזה ניתן, בדיעבד במסגרת הליך הערעור שבזכותו. בפסקי דין רבים, מציין בית המשפט במפורש כי הגם שנסיונות המקרה מורות על כך כי ראוי היה שתוטלנה הוצאות אישיות על עורך הדין, בשל מכלול שלם של נימוקים, הוא נמנע מלעשות כן בסופו של הליך.<sup>262</sup> במקרים אלה הוא נוטה להסתפק בתוכחות בעל פה,<sup>263</sup> שתופענה במסגרת הפרוטוקול של בית המשפט, ובאזהרות (לעתים חוזרות ונשנות) של עורך הדין בפני לקוחו.<sup>264</sup>

גישה "סלחנית" זו של בית המשפט מתיישבת עם טיעונו של יעקב, לפיהם נהנה עורך הדין מיחס "מועדף" בגין מאפייני המקצוע ואילושי השיטה. אליבא דיעקב, חששו של בית המשפט הוא כי הכרה בתביעת אחריות מקצועית עלולה לפגוע בסופיות הדין ואף להוביל לידי אי אחידות בפסיקותיו.<sup>265</sup> יתרה מכך,

<sup>259</sup> מ' לשם, הרהורים עגומים על מצבו של המשפט האזרחי בישראל, עורך הדין – ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל 9 (1999) 42

<sup>260</sup> תפ (ת"א) 40320/01 פרקליטות מחוז ת"א-פליילי נ' חדאד (לא פורסם, 2002): "ודאי שלא היה עולה על דעתי לחייב את הסניגוריה הציבורית בתשלום הוצאות! אין לכך בסיס (חוקי או מוסרי) ואין רמז כזה בהכרעת הדין"; וראה גם עניין חנא, שם; עניין ניר, שם. והשווה לפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול 1-13-002793529-1 גרייף נ' גרייף (2005): "באשר להוצאות. הודענו לעו"ד פנדריק בדיון, כי המערער העיקרי בערעור זה הינו הוא עצמו, ומן הראוי היה שיצוין שמו לא רק כמייצג אלא גם כמערער. לאור זאת, ראוי היה שנעשה צו הוצאות לטובת המדינה נגד עו"ד פנדריק באופן אישי, גם כדי להביע את שאט נפשנו מהתבטאויותיו הפרועות והמשתלחות נגד הרב אטלס, ובהתאם לנאמר בסימן ב' בשו"ע חושן משפט (וראו: ע"א 6185/00 הני"ל). הנו נמנעים מכך, עקב השאלה התקדימית שדונה, ובהתחשב בציפיותינו שיינקטו נגד עו"ד פנדריק, הליך פליילי ע"י היועץ המשפטי לממשלה עקב הוצאת לשון הרע נגד דין בישראל, והליך משמעותי ע"י לשכת עורכי הדין בגין התנהגות שאינה הולמת עורך-דין. פסק הדין יועבר גם ליועץ המשפטי לממשלה וכן לוועד המרכזי ולוועד מחוז חיפה של לשכת עורכי הדין."

<sup>261</sup> כך למשל ארע בע"א (חי) 1542/05 פפו נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם, 2006): במקרה זה, פסק בימ"ש קמא הוצאות אישיות לעורך הדין בסך 3,000 ₪ כולל מע"מ. העילה הייתה הטענה מכוונת של פרקליט, המועל בתפקידו כקצין בית המשפט. ואולם, בימ"ש של ערעור מחליט לקבל את הערעור ולבטל את החיוב, בציינו כי למרות שעורך הדין היה מיטיב לעשות אם היה מצרף לטיעונו גם את ההחלטות המאוחרות, ספק רב אם יש להטיל עליו הוצאות אישיות, שכן חיוב בהוצאות אישיות הוא צעד חריג, חמור וצריך להתקבל בלא לבטים; וראה גם ברע (ת"א) 1813/04 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' שולדמן (לא פורסם, 2004): שופטת בית משפט קמא ביטאה במילים חריפות במיוחד את סלידתה מהתנהגותו של עורך הדין וחייבה אותו בהוצאות אישיות בסך 3,000 ₪ ("הנני מתקשה לדמיין מעשה שיש בו כדי לשים החלטת בית משפט לפלסטר, יותר מן המעשה שנעשה ע"י ב"כ הנתבעת, בצרפו את החלטת בית המשפט למכתבו למומחה"). עם זאת, בית המשפט שלערעור קובע כי הואיל ולא ניתנה לעורך הדין זכות טיעון ומשום שב"כ המשיב הסכים לביטול ההוצאות, יש לקבל את הערעור ולבטל את החיוב בהוצאות אישיות.

<sup>262</sup> רע"א 589/88 שר נ' קובה פ"ד מב(4) 395 (1989): במקרה דנן, מציין בית המשפט כי ייתכן שהיה מקום לחייב את הפרקליט של המבקש בהוצאות עקב העלאת הטענה, שבהיעדר ייפוי כוח מטעמו (אם כי עורך הדין הופיע לדיון והתחייב להמציא ייפוי כוח מטעמו) יש לראות את החלטתה כאילו ניתנה על פי צד אחד. השי' לוי מציין כי השאלה לא התעוררה בערכאה הראשונה ולכן אין הוא רואה לנכון לבקש עליה את תשובת המשיבים. השי' לוי מוסיף כי ייתכן שהמבקש יוכל לתבוע מפרקליטו שיפוי על ההוצאות שנפסקו נגדו (הגם שביהמ"ש נמנע מהטלת הוצאות לטובת אוצר המדינה כדי לא להכביד על המערער), אך הוא נמנע מלפסוק הוצאות אישיות מיוזמתו; מידה דומה של סלחנות מגלה ביהמ"ש ב-תפ (י-ם) 2077/06 מדינת ישראל נ' אריש (לא פורסם, 2008): "הגם שמבחינה עקרונית אכן היה מקום לחיוב הנאשמים (או מי מהם) בהוצאות בגין אופן ניהול המשפט, משאלו פחתו במידה ניכרת עם התקדמות ההליכים ומשהטלת הוצאות הינה היוצא מן הכלל על פי הפסיקה, אין להיעתר לבקשת המאשימה בעניין זה"; פשר (ת"א) 1561/02 לוי רמות, עבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ נ' עמותת ז.פ. (לא פורסם, 2003)- בפס"ד זה מציין ביהמ"ש כי אומנם חלק מפעולות עורך הדין היו "תמוהות" והוא אינו פוסל אפשרות קיומה של תביעה אזרחית /או תלונה ללשכת עורכי הדין נגד עורך הדין, אך לאור הפגיעה הצפויה לעורך הדין בשל ניהולו של הליך מקוצר לשאלת הטלות ההוצאות האישיות, נמנע בית המשפט מלחייבו בהוצאות אישיות; וראה גם עניין גטועוני, שם.

<sup>263</sup> פח (י-ם) 856/05 מדינת ישראל נ' גבאי (לא פורסם, 2006): הגם שביהמ"ש מפרט אודות התנהגותם ה"בלתי הולמת, בלתי מכוונת ובלתי ראויה" של עורכי הדין (צעקו צעקות רמות ולא אפשרו להמשיך בדיון, הצהירו כי החליטו על דעת עצמם ומבלי ששחררו מייצוג הנאשמים ע"י ביהמ"ש להפסיק ולצלם את חומר הראיות וכו') וקובע שהללו זנחו את חובתם כעורכי דין לעזור לביהמ"ש לעשות משפט – הוא מסתפק באזהרה בלבד: "בית המשפט מוסיף ומדגיש כי אם התנהגות זו תחזור על עצמה, לא יהסס לפנות ללשכת עורכי הדין, להטיל הוצאות אישיות על עורכי הדין ולנהוג בכל דרך שתראה לו הולמת".

<sup>264</sup> עניין חנא, שם; וראה גם תא (חי) 1081/95 ליביה נ' המועצה הדתית כרמיאל (לא פורסם, 2000)

<sup>265</sup> יעקב, שם, 24-27



מציין יעקב, בעידן הנוכחי של אקטיביזם שיפוטי בישראל,<sup>266</sup> נתפש כישלון של עורך הדין גם ככישלון השיטה ובמידה מסוימת ככישלון של בית המשפט. זאת, הגם שבשיטה אדוורסרית ה"אשם" בטעות אינו רובץ, ולו פורמאלית, לפתחו של בית המשפט.<sup>267</sup> מצב לא רצוי זה עשוי אף לסכן את אמון הציבור במערכת המשפט. יעקב מוסיף ומציין כי יש ורתיעה פסיכולוגית אינסטינקטיבית<sup>268</sup> מהודאה בטעות, עשויה להשפיע על שיקול הדעת של השופט, בפרט מקום שבו השופט הדין בתביעת הרשלנות או אותו השופט שדין בתיק העיקרי.<sup>269</sup> חשש זה אינו פס מן העולם גם מקום שבו תביעת הרשלנות המקצועית מוגשת לערכאה מקבילה לערכאה שדנה בתיק המקורי, או אף נמוכה ממנה.<sup>270</sup>

## 2.2.5 ריבוי ערעורים של עורכי דין על חיובם בהוצאות אישיות

בחינת מכלול פסקי הדין, שבהם נדונה שאלת חיובו של עורך דין בהוצאות אישיות, מעלה כי חלק נכבד מפסקי הדין הם ערעורים בזכות של עורכי הדין. ברובם המכריע של הערעורים נוגע הערעור לעצם הטלת החיוב האישי ובמקרים בודדים עוסק הערעור בגובה ההוצאות האישיות שנפסקו.<sup>271</sup>

נוכח נטיית בית המשפט לפסוק הוצאות אישיות בסכומים נמוכים והאיתנות הפיננסית היחסית של עורך הדין הממוצע, נראה כי המניע להגשת הערעורים אינו כלכלי. עורכי הדין חרדים לשמם הטוב, למוניטין שלהם ולאופן שבו הם נתפשים בעיני הציבור, בית המשפט והקהילה המשפטית.<sup>272</sup> לחיוב בהוצאות אישיות נודעת השלכה ארוכת טווח: עורך דין המחויב בהוצאות אישיות אינו סופג רק נזק כלכלי ישיר ופעוט ערך יחסית (בן אלפי שקלים בודדים), אלא עשוי אף לסבול מהפסדים ממוניים עקיפים כבדים (בדמות עזיבת לקוחות ותיקים, אי משיכת לקוחות חדשים והחשיפה לאפשרויות של תביעות אזרחיות ותלונות לועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין מצד לקוחותיו ומצד צדדים שלישיים). למעט מערער "סדרתי" אחד, שהרבה להפעיל את ערכאות הערעור של מערכת המשפט לאורך השנים,<sup>273</sup> נראה כי גם לא תאוות הערעור היא המנחה את עורכי הדין, בבואם לערער בזכות על חיובם בהוצאות אישיות. כמו כן, נכונותו הגוברת של בית המשפט לקבל חלק מכריע מהערעורים ולבטל את החיוב בהוצאות אישיות, עשויה אולי להעיד על קיומן של עילות ערעור מוצדקות, שעורכי הדין כקבוצה אמורים לגלותן על נקלה.

## 2.2.6 הערות סיום

הממצאים המופיעים במסגרת תת פרק זה, מבוססים על מחקר שנערך על ידי וכלל 318 פסקי דין ישראלים<sup>274</sup>, בהם עסק בית המשפט, בערכאותיו השונות, בשאלה האם לחייב בהוצאות אישיות את עורך הדין של אחד מהצדדים המתדיינים בפניו. חשוב לציין כי הגם שהמודל המוצע על ידי אמור לחול על ייצוג צדדים להליכים אזרחיים גרידא ולא על ייצוג משפטי בהליכים פליליים, המחקר המתואר לעיל לא ערך

<sup>266</sup> לעיסוק נרחב בשאלת האקטיביזם השיפוטי בשיטת המשפט הישראלית ותחולתו ראה א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (1993) 475.

<sup>267</sup> יעקב, שם, 25 – מציין כי בית המשפט לכאורה ניזון מהמידע שהצדדים עצמם מספקים לו, ועליו הוא מבסס את החלטתו. ואולם, באותה הנשימה מוסיף יעקב כי לבית המשפט נתון שיקול דעת ומסורה לו היכולת לשאול את הצדדים שאלות מיוזמתו ולהורות להם כיצד לנהוג. דוגמא לכך היא תקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220.

<sup>268</sup> R.A. Baron & D. Byrne, Social Psychology (9<sup>th</sup> ed., 2000) 59-60.

<sup>269</sup> יעקב, שם, 25.

<sup>270</sup> יעקב, שם, 26.

<sup>271</sup> עניין ברדוגו, שם.

<sup>272</sup> עניין חנא, שם, 382; עניין פרלוב, שם, 799.

<sup>273</sup> ע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל פ"ד מט(2) 639 (1995); ע"א (ב"ש) 36/92 ניר נ' מדינת ישראל, תשנ"ד (1) 313; עלע 4743/02 ניר נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב-יפו (לא פורסם, 2005).

<sup>274</sup> כפי שהללו מופיעים במאגרים המשפטיים הממוחשבים.

הבחנה זו. משכך, המגמות והממצאים המפורטים במסגרת תת פרק זה נוגעים הן להוצאות אישיות שנפסקו נגד עורכי דין בהליכים אזרחיים והן לעניין הוצאות אישיות שנפסקו כנגד סנגורים פליליים. בחינת ההבדלים בין נכונות בית המשפט להטיל הוצאות משפט על עורך דין, המייצג לקוחו בהליך אזרחי, לבין סנגור פלילי, המגן על נאשם, והתחקות אחר הרציונלים והנפקויות של הבדלים אלה – עשויה להיות מרתקת, אך מחייבת עריכת מחקר נפרד, שלא יפורט במסגרת עבודה זו.

תימוכין לממצאים, לפיהם ניכרת בפסיקת בית המשפט מגמה של **צמצום** המקרים בהם תוטלנה הוצאות אישיות על עורך דין וכן **צמצום** החבות כשלעצמה, מקום שבו זו כבר חלה, ניתן למצוא במאמרו של יעקב. טיעונו המרכזי של יעקב במאמרו הוא כי רק מיעוט מהתביעות, המגיעות לבית המשפט, מוגש בגין אחריותו המקצועית של עורך דין בעת דיון בין כתליו של בית המשפט<sup>275</sup> וכי בית המשפט יטה רק לעתים נדירות לקבל תביעות מסוג זה. יעקב גורס כי הגם שבארץ נדחה באופן פורמאלי משטר משפטי המעניק חסינות דה יורה לעורכי הדין, הרי שבמציאות המשפטית הנוכחית בישראל, זוכים עורכי הדין במהלך הדיון המשפטי למעין **חסינות דה פקטו**.<sup>276</sup> לתפישתו של יעקב, המצב המשפטי הנוכחי (מדיניות של אי התערבות) באופן כללי הוא גם המצב הרצוי וככזה יש לשמרו: מחד גיסא, הוא מותיר בידי בית המשפט גמישות, המקדמת עקרונות חשובים עבור בית המשפט ומאידך גיסא, אותה הגמישות מאפשרת לו להתערב במקרים קיצוניים המצריכים את התערבותו. עם זאת, מדגיש יעקב, עדיין נחוצים "כיוונים עדיניים": כך, למשל, ייתכנו מקרים שבהם ראוי שבית המשפט ינקוט במדיניות מחמירה יותר כלפי עורכי דין שסרחו. מצבים מסוג זה מתרחשים מקום שבו לא די בהשפעת התמריצים הקיימים והתכתיבים החיצוניים על פעולות עורך הדין.

עד עתה עסקנו במערכת היחסים שבין בית המשפט לעורך הדין וביכולתו של בית המשפט לחייב את עורך הדין בהוצאות אישיות, הן כלפי הצד שכנגד והן לאוצר המדינה. בפרק הבא ייבחן יישום המודל בזירה העולמית, כפי שהוא נוגע למערכת היחסים שבין הלקוח לעורך דינו.

### 3. עורך דין – לקוח: מחקר השוואתי

#### 3.1 מסלולי תביעה ישראלים אזרחיים

הפסיקה הישראלית משרטטת שלושה מסלולי תביעה מרכזיים כנגד עורך דין בגין אחריותו המקצועית:

- א. המסלול החוזי
- ב. המסלול הנזיקי
- ג. המסלול האתי

<sup>275</sup> יעקב מעריך בהערת שוליים 6 למאמרו כי רק 36% מכלל התביעות שהוגשו בגין רשלנות של עורכי דין היו תביעות בגין אחריותו המקצועית בתוך כותלי בית המשפט. בדיקתו זו של יעקב נכונה לשנת 2002 ומבוססת על המאגרים המשפטיים הממוחשבים "דינים ועוד", "תקדין" ו"פדאור".

<sup>276</sup> יעקב, שם, 51.

הבסיס העיקרי לחבותו של עורך דין כלפי לקוחו היא במרבית המקרים תולדה של הפרת חוזה.<sup>277</sup>

בין עורך הדין לבין הלקוח קיים הסכם, לפיו מתחייב עורך הדין להגיש ללקוח שירותים של עריכת דין בתמורה לשכר טרחה. הסכם זה עתים יועלה על הכתב, אולם עתים ימצא ביטוי אך בדברים שבעל פה או בהתנהגות גרידא.<sup>278</sup> הבנה והתנאה מכללא בכל הסכם בין עורך דין לבין לקוחו הן, כי לעורך הדין, המקבל על עצמו את ייצוג הלקוח, יש מידה נדרשת של ידע, מאומנות ומיומנות הנדרשים במקצוע עריכת הדין וכי עורך הדין מתחייב להפעיל כישורים אלה לטובת עניינו של לקוחו.<sup>279</sup>

הגם שלכאורה אמור חוק חוזה קבלנות, תשל"ד – 1974 לחול על החוזה שבין הלקוח לעורך דינו, לא ניתן לראות בחוזה האמור חוזה "רגיל".<sup>280</sup> החברה יוצקת לתוכו תנאים מכללא וחובות אמון, בשונה מהמצב בכריתת חוזים אחרים.<sup>281</sup> כך, למשל, עשויים סעיפים משמעותיים-אתיים, דוגמת סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961<sup>282</sup> וכלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו – 1986<sup>283</sup>, להוביל להטלתה של סנקציה משמעות במישור המקצועי לצד בסיס לתביעה אזרחית בגין הפרת ההסכם שבין עורך הדין ללקוח.<sup>284</sup> חשוב להדגיש כי התנאים הקבועים בחוק הם קוגנטיים וכי לא תתאפשר הקצאת סיכונים חוזית מוקדמת בשל רצון המחוקק לגונן על הלקוח, המצוי לתפישתו בעמדה טובה פחות מזו של עורך דינו.<sup>285</sup>

הכתיבה האקדמית והפסיקה מקפידות לערוך הבחנה בין חיוב להשתדלות לחיוב לעצם מתן השירות. ברגיל, עורך הדין אינו מתחייב לתוצאת המשפט, כי אם לשימוש במיומנות ראויה. שונה המצב מקום בו נטל על עצמו עורך הדין חיובים מיוחדים והתחייב בפני לקוחו לתוצאה מסוימת. במקרה זה, אי השגת התוצאה המובטחת היא שקול להפרת החוזה שבין עורך הדין ללקוחו.<sup>286</sup>

<sup>277</sup> יהודה שנהב ורחל לויטן "אחריותו המקצועית של עורך דין ניהול סיכונים וביטוח החבות" הפרקליט לב 177 (1978); עניין לוי נ' שרמן, 446, 462.

<sup>278</sup> סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת"; אהרון ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 41 (2001): "בכל המצבים הללו – כתב, על-פה, התנהגות אחרת – נוצר "טקסט" חוזי המשמש אובייקט לפרשנות חוזים"; ע"א 4956/90 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35, 40: "נקודת המוצא בבחינת שאלה זו מצויה בהוראת סעיף 23 לחוק החוזים. הוראה זו משקפת את עקרון 'חופש הצורה'... אשר לפיו חוזה יכול שיעשה בכל צורה שהיא, אלא אם צורה מסוימת היא תנאי לתוקפו, על-פי חוק או על-פי הסכם בין הצדדים... ייתכן שיווצר חוזה... על-ידי התנהגות הצדדים" (הנשיא שמגר); דני"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 603: "כל שהצדדים יכולים להסכים עליו במפורש, הם יכולים להסכים עליו במשתמע. אין דרישה כי ההסכם יהא בכתב או בצורה אחרת. כל שנדרש הוא הסכמה בין הצדדים... בכל הסכם יש משום שינוי במערך הנורמטיבי שבין הצדדים, ובהיעדר הוראה מפורשת הדורשת צורה מיוחדת, די בהסכמה שבין הצדדים כדי להשיג שינוי נורמטיבי זה" (השופט ברק). וראה גם: Corbin, Contracts 2 (Vol. 3, 1960): "Interpretation is the process whereby one person gives a meaning to the symbols of expression used by another person. The symbols that are most commonly in use are words, singly or in groups, oral or written; but acts and forbearances are also symbols of expression requiring interpretation"

<sup>279</sup> קלינג שם, 445

<sup>280</sup> יעקב, שם, 9

<sup>281</sup> ע"פ 4690/94 יצחק נ' צמח פ"ד מח(5) 70; ע"פ (ת"א) 1132/96 חתוכה נ' מדינת ישראל (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים מחוזי, כו(8) 405; ע"פ 1182/99 הורוביץ נ' מדינת ישראל פ"ד נד(4) 1

<sup>282</sup> ס"ח 178

<sup>283</sup> ק"ת 1373

<sup>284</sup> יעקב, שם; קלינג, שם, 446

<sup>285</sup> וראה לעניין זה גם את ע"א 156/82 לפקין נ' דור הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85; יעקב, שם, 10

<sup>286</sup> לעיל הערה 221

ראוי לציין כי העילה החוזית שמורה אך ורק ללקוחות, ולא תוכל לעמוד לרשותם של צדדים שלישיים, שלא כרתו חוזה עם עורך הדין.<sup>287</sup> העילה הנוזיקית, מנגד, תאפשר לצדדים שלישיים לתבוע את עורך הדין.<sup>288</sup> למעשה, נקבע בפסיקה הישראלית,<sup>289</sup> לא קיים כל הבדל בין יחסים חוזיים לנוזיקיים מבחינת סטנדרט ההתנהגות הנדרש. יתרה מכך, תאורטית, יכולות העילה החוזית והעילה הנוזיקית לדור בכפיפה אחת. עם זאת, במרבית התביעות מנווט הדיון דווקא לתחומה של עולת הרשלנות הנוזיקית.<sup>290</sup>

### 3.1.2 המסלול הנוזיקי

המסלול הנוזיקי כולל בתוכו מספר עילות תביעה שהמרכזיות שבהן הן הפרת חובה חקוקה<sup>291</sup> ורשלנות מקצועית. עולת הרשלנות המקצועית<sup>292</sup> מתפרשת על פני מעשים או מחדלים של עורך הדין המפרים את חובת הזהירות שחב עורך הדין כלפי לקוחו.<sup>293</sup>

לדעת יעקב, רק מיעוט מכלל התביעות המגיעות לבית המשפט מוגשות בגין האחריות המקצועית של עורכי דין בעת דיון בין כתליו של בית המשפט. למעשה, הוא מדגיש, נדירה עוד יותר קבלתן של תביעות מסוג זה על ידי בית המשפט.<sup>294</sup> מהעבר השני, מציין יעקב, חשופים עורכי הדין בארץ, בדומה לבעלי מקצוע אחרים, לתביעות של אחריות מקצועית בגין מגוון רחב של מעשים או מחדלים המהווים סטייה מסטנדרט ההתנהגות הנדרש מעורך דין סביר באותן הנסיבות.<sup>295</sup>

במסגרת עולת הרשלנות נדרש בעל המקצוע, בעת העיסוק במשלח ידו<sup>296</sup>, לסטנדרט אחריות גבוה יותר משל האדם הסביר והנבון. כך, היות שנורמת ההתנהגות הראויה נבחנת בהתאם למועד האירוע<sup>297</sup>, יידרש מבעל מקצוע להקפיד ולהתעדכן<sup>298</sup> בחידושים ובהתפתחויות שחלו בתחומו מאז קיבל את הכשרתו הראשונית.<sup>299</sup> מרגע שנטל על עצמו את המחויבות לעסוק באותו משלח יד, עליו לשמור על רמת מיומנות ומומחיות של בעל אותו משלח יד סביר. היעדר ניסיון או מומחיות בתחום מסוים, לרוב, לא יהווה הגנה.<sup>300</sup>

<sup>287</sup> קלינג, שם, 459-472; יעקב, שם, 11

<sup>288</sup> הפסיקה הרחיבה את היקף חובת הזהירות הנוזיקית של בעלי המקצוע מחוץ לחוג הלקוחות הישיר אל עבר צדדים שלישיים, שבעל מקצוע חייב היה לצפות כי הללו עלולים להינזק על ידי מעשיו או מחדליו- לעניין זה השווה: אחריות רואה חשבון כלפי משקיעים ראה: ת"א (ת"א) 2189/85 אילין נ' רוטנברג, דינים מחוזי כו(5) 551; ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י, פ"ד נ(2) 446-445, מצוטט ב-רע"א 8332/96 שמש נ' רייכרט, דינים עליון נט 946. חובת זהירות של בנק כלפי קונה, כאשר הבנק ביצע עסקה עבור המוכר, לקוחו, ברשלנות, ראה: ע"א 168/86 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' לה כוזיאר בע"מ, פ"ד מב(3) 77; לדיון נוסף ומורחב במערכת יחסי בנק-לקוח ויחסי בנק עם מי שאינו לקוח ראה להרחבה אודות חובת הזהירות של קבלן רשון כלפי צד שלישי שאינו קונה הדירה ממנו (דהיינו: לא קיימים יחסים חוזיים בין הצדדים) ראה ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב פ"ד כא(1) 310.

<sup>289</sup> עניין לוי נ' שרמן, שם, 462; א' בר שלום, "לשאלת אחריותם בנוזיקין של עורכי דין", הפרקליט כא (תשכ"ה) 479, 491

<sup>290</sup> קלינג, שם, 447

<sup>291</sup> ס' 63 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח – 1968 נ"ח 266 (להלן 'פקודת הנוזיקין'); לדעת יעקב (שם, 12) ממעטים להשתמש בעולה זו במסגרת תביעות בגין אחריות מקצועית; וראה גם קלינג, שם, 455; עניין לוי נ' שרמן, שם, 463

<sup>292</sup> סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנוזיקין

<sup>293</sup> עניין לוי נ' שרמן, שם, 462

<sup>294</sup> יעקב, שם, 7; וראה לעניין זה גם ע"א 735/75 רויטמן נ' אדרת פ"ד ל(3) 75

<sup>295</sup> יעקב, שם, 6-7; וראה גם: ע"א 751/89 מוספור נ' שוחט פ"ד מו(4) 529; ע"א 4612/95 מתיתיהו נ' שטיל פ"ד נא(4) 769; ע"א 420/75 כהן נ' אייזן פ"ד ל(2) 29; ת"א (י-ם) 24944/96 רייזמן נ' חילקובסקי (לא פורסם), דינים ועוד (32), הלכות 10/01, דינים שלום, טז 580

<sup>296</sup> "הרופא חייב לטפל בחולים כפי שרופא סביר מטפל בהם. כשהרופא נוהג במכוניתו, עליו לנהוג בה כפי שנהג סביר נוהג ולא כפי שרופא נוהג"; הרמן, שם, 74.

<sup>297</sup> שי דגן, סוגיות בדיני נוזיקין, 2002, עמוד 341

<sup>298</sup> ע"א 3264/96 קופת חולים כללית נ' פלד, פ"ד נב(4) 849, 858 ו-873.

<sup>299</sup> Dugdale & Stanton, Professional Negligence (London, 1998), p. 307

<sup>300</sup> Dugdale & Stanton, *supra*, p. 310; ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב פ"ד כא(1) 310; ע"א 86/76 עמידר נ' אהרון, פ"ד לב(2) 337.

כללי האתיקה מבקשים לפתור את דיס ההרמוניה האינהרנטית שבין שלושת מישורי האחריות הצולבים של עורך הדין כלפי עצמו, כלפי לקוחו וכלפי בית המשפט. הדרישה מעורך הדין במסגרת הכללים היא לחובת נאמנות כלפי בית המשפט וכלפי הלקוח. לדעת זר גוטמן, הקונפליקט האמור מובנה במקצוע כפועל יוצא מהיעדרה של היררכיה בין החובות: נדרש איזון מתמיד ביניהן והתוצאה היא מתח שאינו חדל.<sup>301</sup>

עורך הדין נהנה מתיאורים הרואיים על סף הרומנטיים במסגרת כללי האתיקה והכתיבה האקדמית האתית בנושא: הוא אינו "אקדח להשכיר"<sup>302</sup> של לקוחו או "בדחן חצר", החייב לספק, על אתר, תשובה משפטית לכל עניין ולמצוא מפלט לכל מעשה פסול ומגונה.<sup>303</sup> היפוכו של דבר: עורך הדין פועל מתוך תחושת שליחות וייחוד, הוא נדרש לאמות מידה התנהגותיות מחמירות ונהנה מעמדת אמון מיוחדת מצד בית המשפט.<sup>304</sup>

לעניין זה יפים תיאוריו הציוריים של השופט (כתוארו דאז) חשין:<sup>305</sup>

*"עורך דין אינו אך טכנאי משפט, אדם שמילא את כרסו חוכמה ודעת ויודע הוא להשיב לעניין על שאלות חוק ומשפט שהוא נשאל. מקצוע עריכת-דין טובל כל-כולו בערכים: בנאמנות, בהגינות, בהוגנות, ביושר, באמירת אמת, בנימוס, בכבוד לזולת... רק אם מתקיימים הם בעורך-דין פלוני ניתן לומר עליו כי עשוי הוא ליתן למרשו ייצוג הולם"*

עורך הדין נושא בארסנל שלם של חובות כלפי בית המשפט: כך, למשל, נאסר עליו להטעות את בית המשפט והוא נדרש להימנע מהעלאת טענה חסרת כל שחר. דחיות סרק של הדיון, גם אם הן לטובת הלקוח, מהוות הפרה של חובת עורך הדין כלפי בית המשפט.<sup>306</sup> הפרת כללי האתיקה מאפשרת את העמדתו של עורך הדין לדין משמעותי, במסגרתו הוא עשוי להיות צפוי לסנקציות מגוונות: החל מאזהרה, נזיפה ו/או קנס, דרך השעיה לתקופה קצובה ועד להוצאה מלשכת עורכי הדין (שמשמעותה שלילת הרשיון בפועל).<sup>307</sup>

### 3.2 מבט עולמי – אימוץ המודל?

כפועל יוצא ממהות ההליך האדברסרי, לפחות אחד מהצדדים למשפט יצא בלתי מרוצה בסיומו.<sup>308</sup> במקרים שבהם אי שביעות הרצון של אחד הצדדים נובעת מנשיאה בהוצאות התדיינות כבדות, עולה השאלה האם ניהולה של ההתדיינות הבלתי יעילה, לתפישתו של הלקוח, ניתן היה למניעה על ידי עורך

<sup>301</sup> לימור זר-גוטמן, חובת עורך-הדין לא להטעות את בית-המשפט, *עיוני משפט* כד(2) 413, 414 (2000)

<sup>302</sup> זר גוטמן, *שם*, 413

<sup>303</sup> מאיר שמגר, על האתיקה של המשפטן, *עיוני משפט* י"א 171, 177 (תשמ"ו)

<sup>304</sup> שמגר, *שם*, 172, 179

<sup>305</sup> בג"צ 4495/99 *הסניגוריה הציבורית המחוזית נ' ועדת הערר*, פ"ד נג(5) 625, 631-632

<sup>306</sup> ע"א 745/81 *טפמן נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ*, פ"ד לט (1) 729, 734; עח"ע 4/82 *פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו*, פ"ד לו (1) 70, 74

<sup>307</sup> סי' 68 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א – 1961 ס"ח 2020

<sup>308</sup> J.K. Baker-Selesky, 'Negligence in Failing to Settle Lawsuits Malpractice Actions and their Defenses', 20 J. Legal Prof. 191, 198 (1995-1996)

דינו? משאלה זו מתפצלות תהיות רבות נוספות, דוגמת: האם הסתמך אותו צד על עצה רשלנית או זדונית של עורך דינו? האומנם קיבל הלקוח את כל המידע הדרוש לו כדי לקבל החלטה רציונלית ומושכלת בדבר המסלול ליישוב הסכסוך? עד להיכן משתרעת חובת עורך הדין לייצע את לקוחו והאין גם עודף מידע עשוי לעמוד ללקוח לרועץ? איזה תפקיד נדרש עורך הדין למלא במסגרת חיווי דעה מקצועית ומתי התערבותו בהליך קבלת ההחלטות תיחשב לפולשנית מדי? מהעבר השני, באילו מצבים ניתן יהיה לחייב את עורך הדין להביע דעה חד משמעית ולהזהיר את לקוחו מפני בחירה במסלול תביעה מסוים? וכהנה וכהנה סוגיות פרובלמטיות וקונטרוברסליות.

השאלה האם תאמצנה הפסיקה והכתיבה האקדמית המשפטית את המודל המוצע, אינה זוכה למענה חד משמעי. כפי שיפורט להלן, בתי המשפט בישראל, אנגליה וארצות הברית אומנם אינם שוללים את אפשרות הטלתה של חובה על עורך דין לייצע ולהזהיר את לקוחו מפני תביעות שסיכוייהן נמוכים. עם זאת, מעטים הם פסקי דין שבהם הטיל בית המשפט חבות על עורך הדין בגין הפרתה של חובה זו. בקרב הספרות האקדמית המשפטית ניתן למצוא נכונות גדולה יותר לקליטת המודל המוצע, ואולם גם בשדה זה עשויות להישמע התנגדויות לתחולת המודל במקרים מסוימים ובכלל. בהקשר זה, ראוייה אנגליה לאזכור מיוחד בשל הרפורמות החקיקתיות שהנהיגה, העשויות להוביל לחיוב עורכי דין בהוצאות מיותרות מקום שבו נהגו באופן שאינו ראוי ו/או ברשלנות. עם זאת, יש לשים לב כי ההסדר הפרוצדוראלי האנגלי אינו מחייב את עורכי הדין לשאת במלוא הנזק שגרמה התנהגותם הרשלנית וכי תביעות של לקוחות כנגד עורכי דינם בגין התדיינות בלתי יעילה נדחו (הגם שלגופן) על ידי בית הלורדים האנגלי.

הבחירה בין מסלול הפשרה למסלול ההתדיינות עשויה לעורר שתי סיטואציות בעייתיות:

בסוג הראשון של המקרים ייכרת **הסכם פשרה במקום שלא היה יעיל/ראוי לכרותו**. כך, למשל, ייתכן שעורך הדין ייעץ ללקוחו להתפשר על סכום נמוך, בשל רשלנות או מתוך רצון להסוות את רשלנותו והלקוח נאלץ לקבל על עצמו הסכם שאינו משרת את האינטרסים שלו בצורה מיטבית, הגם שיכול היה להשיג הסכם טוב יותר. במקרה אחר, יש ועורך הדין דווקא דחק בלקוחו להציע הצעת פשרה גבוהה מדי משכדאי היה. מקרה אפשרי נוסף הוא שהלקוח הסתמך על עצת עורך דינו, חתם על הסכם פשרה ובמסגרתו ויתר על כל עילות התביעה שהיו לו כנגד הצד השני להסכם. **עצתו הרשלנית ו/או הזדונית של עורך דינו, אפוא, גרמה לו לאובדן הסיכויים לנצח במשפט** (שכן הוא מנוע מלהפעיל כעת את גלגלי ההליך המשפטי ומהעבר השני, תוצאת המשפט אינה וודאית במאת האחוזים).

בסוג השני של המקרים ייעץ עורך הדין ללקוחו לדחות הצעות פשרה ולבחור במסלול ההתדיינות, שהתגלה כבלתי יעיל. במקרה זה, כאמור, **לא נכרת הסכם פשרה על אף שהיה יעיל/ראוי לכרות אותו**. במקרה שכזה, היה הלקוח מפיק תועלת רבה יותר מהגעה לפשרה לפני ניהול הליך משפטי יקר וממושך, או אפילו במהלכו, מאשר מניהול ההתדיינות בפני בית המשפט. **עצתו הרשלנית ו/או הזדונית של עורך הדין, אפוא, גרמה ללקוחו לאבד את הצעת הפשרה** (במקרים שבהם הוצעה הצעה ממשית עם סכום נקוב) **או לאבד את הסיכוי להגיע לכדי הסכם פשרה**, האמור להיות יעיל יותר מבחינת הלקוח מאשר ניהול ההתדיינות, במקרים שבהם הצעת הפשרה הייתה ספקולטיבית (האפשרות לניהול מו"מ לפשרה הייתה קיימת, אך לא נוצלה בשל עצת עורך הדין).

שני סוגי המקרים, המתוארים לעיל, זוכים לטיפול חלקי בפסיקה ולעיסוק מועט יחסית בספרות האקדמית המשפטית. עם זאת, נראה כי הסוג השני של המקרים, בו גם מתמקדת עבודה זו, סובל במיוחד מהיעדר כתיבה וממחסור במחקרים אמפיריים. כך, למשל, חיפוש אחר מחקרים אמפיריים בישראל או

באנגליה, המתחקים אחר נתוני התדיינויות שאינן יעילות (תהא הגדרתן אשר תהא) ועלויותיהן, לא הניב כל תוצאות. ארצות הברית היוותה דוגמא יוצאת דופן, ואולם יש לשים לב כי מספר המחקרים מועט יחסית וכי הם אינם מתיימרים להציג תמונת מצב שלמה.<sup>309</sup>

חרף מיעוט החומרים היחסי, נראה כי בשני העשורים האחרונים החל אט אט לפנות הזרקור גם לעבר מקרי המבחן המתוארים. במאמרה, מצינת Baker-Selesky כי בשנים האחרונות מסתמנת נכונות גדולה יותר של בתי המשפט בארה"ב לבחון החלטות וחוות דעת של עורכי דין, המבוססות על שיקול דעתם הסובייקטיבי.<sup>310</sup> כפועל יוצא, טוענת Baker-Selesky, ניכרת עליה בעיסוק הפסיקתי בפשרות: בין אם עסקינן במקרים מהסוג הראשון<sup>311</sup> ובין אם עסקינן במקרים מהסוג השני.<sup>312</sup> כך, למשל, פסק בית המשפט לערעורים של מישגן כי עורך דין יוכל לחוב בגין אילוץ לקוחו להתפשר בעבור פחות ממה שהלקוח האמין ששווה להתפשר עבורו.<sup>313</sup> בבתי משפט רבים בארה"ב, ההלכה היא כי מקום שבו נכפה הלקוח להסכם פשרה בלתי מספק מבחינתו, יוחזק עורך הדין אחראי וזאת אם הצליח הלקוח להוכיח קיומו של קשר סיבתי בין רשלנות עורך דינו לנזקים שנגרמו לו.<sup>314</sup> בקליפורניה נפסק כי על עורך הדין, בנסיבות המקרה הנתון, חלה החובה להשפיע על לקוחו ולהביא את המקרה לכדי פשרה, מקום שבו עורכי דין במצב דומה היו קובעים שפשרה היא הדרך הסבירה ביותר ליישב את הסכסוך.<sup>315</sup> מהעבר השני, קבע בית המשפט של וויסקונסין כי אין לחייב עורך דין, מקום שבו לא הצליח הלה ליישב את הסכסוך בפשרה בשלב מוקדם יותר ועבור סכום כסף גבוה יותר, בפיצוי לקוחו. במקרה זה, הושמעה הטענה, לפיה בשל עיכוב של עורך הדין, הפסיד לקוחו פשרה טובה יותר מבחינתו. הנמקתו של בית המשפט במקרה זה התבססה על שיקולי מדיניות חברתיים: בית המשפט הביע את חששו כי חיוב עורך הדין עלול לפתוח את הדלת לקטגוריות רשלנות רחבות בצורה לא פרופורציונלית, הנשענות בעיקרן על ראיות מופשטות בעלות טבע היפותטי.<sup>316</sup>

Baker-Selesky גורסת כי חרף היעדר אחידות בהלכות הערכאות השיפוטיות השונות בארצות הברית, ככל שהללו נוגעות לשאלת אחריותם המקצועית של עורכי הדין, נראה שאין עוררין כי פשרה היא התוצאה המועדפת על בתי המשפט ואף השכיחה ביותר.<sup>317</sup> אומנם, אין כל חובה פורמאלית של עורכי הדין ליישב סכסוכים בדרך של פשרה, ואולם, טוענת Baker-Selesky, נוטים בתי המשפט להחיל הן על עורכי הדין והן על לקוחותיהם חובות מסוג זה, מקום שמסתמנת הטיה חזקה לכיוון של פשרה, כמסלול המיטבי לפתרון הסכסוך.<sup>318</sup> הגדרת החובה עשויה להשתנות מסיטואציה לסיטואציה וממדינה למדינה בארה"ב, אך להערכת Baker-Selesky שואבות הערכאות השיפוטיות השונות את השראתן מ- The Model Code of

<sup>309</sup> ראה עמודים 17-12: הדיון במודלים התיאורטיים והמחקרים האמפיריים בארצות הברית  
<sup>310</sup> Baker-Selesky, *ibid*, 191; Stricklan v. Koella, 546 S.W. 2d 810 (Tenn. Ct. App. 1976)  
<sup>311</sup> תביעות של לקוחות, המאמינים שהתפשרו בעבור חופן עדשים (הסכם פשרה לא טוב מספיק): Fishman v. Brooks, 487 N.E. 2d 1377 (Mass. 1986); Edmonson v. 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)  
<sup>312</sup> תביעות של לקוחות, הטוענים כי היו צריכים להתפשר בטרם ההליך השיפוטי: Smiley v. Manchester Ins. & Indem. Co., 375 N.E. 2d 118 (Ill. 1978); Bohna v. Hughes, Thorsness, Gantz, Powell & Brundin, 828 P. 2d 745 (Alaska 1992)  
<sup>313</sup> Huntington v. Fishman, 441 S.E. 2d 444; Lowman v. Karp, 476 N.W. 2d 428 (Mich. Ct. App. 1991) וראה גם: (Ga. Ct. App. 1994); Swain v. Leahy, 433 S.E. 2d 460 (N.C. Ct. App. 1993)  
<sup>314</sup> Baker-Selesky, *ibid*, 196; Hartford Accident & Indem. Co. v. Foster, 528 So. 2d 255 (Miss. 1988)  
<sup>315</sup> Lysick v. Walcom, 65 Cal. Rptr. 406 (1968)  
<sup>316</sup> Schlomer by Bye v. Perina, 473 N. W. 2d 6, 10 (Wis. Ct. App. 1991)  
<sup>317</sup> Baker-Selesky, *ibid*, 192; E.g., Estate of Swanson, 429 N.E. 2d 892 (Ill. App. Ct. 1981); Ham v. Marshall, 196 N.E.2d 377, 379 (Ill. App. Ct. 1964): "Settlements are favored by the courts as a means of discouraging needless litigation"; Varwig v. Leider, 217 Cal. Rptr. 208, 210 (1985)  
<sup>318</sup> Mutuelles Unies v. Kroll & Linstorm, 957 F. 2d 707, 711 (9<sup>th</sup> Cir. 1992); Lysick v. Walcom, *supra*

Professional Responsibility ו- The Model Rules of Professional Conduct.<sup>319</sup> הגדרת אחריות המקצועית של עורך דין, אפוא, זוכה לפיתוחים פסיקטיים, בהתבסס על מודלים מסורתיים של רשלנות.<sup>320</sup> לתפישתה של Baker-Selesky חובותיו של עורך הדין בהליך פשרה ניתנות לחלוקה לשתי קבוצות: **חובות פרוצדוראליות וחובות סובסטנטיביות**. עם החובות הפרוצדוראליות נמנים צעדים מובנים ומוגדרים מראש, באשר לאופן שבו יתקשר עורך הדין עם לקוחו. כישלון במילוי החובות הפרוצדוראליות ייחשב בעיניי בתי המשפט האמריקניים לרשלני. מנגד, איתור הפרת החובות המהותיות של עורך הדין בהליך הפשרה – היא פעולה קשה בהרבה. החובות הסובסטנטיביות כוללות סדרה של החלטות, אנליזות ופירושים, שעורך הדין מבצע על בסיס יומיומי, לשם מתן הערכה וייעוץ ללקוחו בדבר הצעת הפשרה.<sup>321</sup>

כאמור, המודל המוצע במסגרת עבודה זו קורא להטלת שתי חובות על עורך הדין: החובה ל**יידע** את הלקוח בדבר קיומם של מסלולי תביעה חלופיים (שאינם בהכרח כרוכים בהתדיינות בפני בית משפט) ועלויותיהם והחובה ל**הזהיר** את הלקוח מפני הגשת תביעה שסיכוייה נמוכים.

**חובת היידוע** זכתה לעיגונים פסיקטיים,<sup>322</sup> חקיקתיים<sup>323</sup> ואקדמיים<sup>324</sup> למכביר בשיטות משפט אדוורסריות, הגם שמלבושיה לעתים נטו להשתנות. כך, למשל, עלתה השאלה מה היקף תחולתה של חובת היידוע – האומנם על עורך הדין לידע את לקוחו בדבר כל פרט ועניין, קטן ככל שיהא? או שמא עודף מידע אינו משרת את אינטרס הלקוח וטובתו?<sup>325</sup> מנגד, הטלת **החובה להזהיר** לא תמיד תזכה לתמיכה מקיר לקיר. כך, *מחד גיסא*, היו שטענו כי יידוע הלקוח (ההדיוט במרבית המקרים), באשר לזכויותיו ולאסטרטגיות הנהוגות בהליכים השונים, לא יוכל להיות שלם בלא הסבר המשמעויות וההשלכות של האינפורמציה, אותה מוסר עורך הדין ללקוחו. עורך הדין אינו אך ספק מידע, המשיך קו טיעון זה, אלא ייחודו במסירת האינפורמציה בהקשר המתאים, תוך הערכת משקלה וחשיבותה במסגרת הליך קבלת ההחלטות של הלקוח.<sup>326</sup> יתרה מכך, נפסק בקליפורניה, *ניו ג'רסי*, פנסילבניה וקולורדו, חובתו של עורך הדין כלפי לקוחו כוללת את החובה ליעץ ללקוח בדבר סבירות הצלחת התביעה המשפטית למול טיבה של הצעת פשרה שניתנה לו.<sup>327</sup> *מאידך גיסא*, קיימות אסכולות משפטיות וחברתיות שונות, המקדשות את האוטונומיה של הפרט וטוענות כי התערבות עורך הדין בהחלטות לקוחו מהווה פגיעה קשה באוטונומיה של האחרון. אסכולות אלה נבדלות זו מזו בגישתן היכן יש למקם את עורך הדין על הציר שבין תפקיד טכני-פרוצדוראלי גרידא, לתפקיד אקטיבי יותר ועד להבעת עמדה פטרנליסטית, המפקיעה את זכות

Baker-Selesky, *ibid*, 193 and footnotes 14-15 <sup>319</sup>

Baker-Selesky, *ibid*, 194 <sup>320</sup>

Baker-Selesky, *ibid*, 196-197 <sup>321</sup>

Ramp v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 269 So. 2d 239 (La. 1972); Bloyed v. Gen. Motors Corp., 881 S.W. <sup>322</sup>

2d 422 (Tex. Ct. App. 1994); State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Hollis, 554 So. 2d 387, 391 (Ala. 1989); Shearer v. Reed, 428 A.2d 635, 638 (Pa. Super. Ct. 1981); Musselman v. Willoughby Corp., 337 S.E.2d 724 (Va. 1985);

Builders Square, Inc. v. Saraco, 868 F. Supp. 748, 749; Sttafford v. Garrett, 613 P. 2d 99 (Or. 1980)

Model Rules of Professional Conduct Rule 1.4 cmt. (1994) <sup>323</sup>

Baker-Selesky, *ibid*, 195, 201-203; Robert F. Cochran, Jr., *Client control of Representation*, 47 Wash. & Lee <sup>324</sup>

L. Rev. 819, 853-861 (1990)

Baker-Selesky, *ibid*, 202; Rizzo v. Haines, 555 A. 2d 58 (Pa. 1989); Builders Square Inc. v. Saraco, 868 F. <sup>325</sup>

Supp. 748, 749;

Baker-Selesky, *ibid*, 202 <sup>326</sup>

Garris v. Severson, Merson, Berke & Melchoir, 252 Cal. Rptr. 204; Scognamillo v. Olsen, 795 P. 2d 1357 <sup>327</sup>

(Colo. Ct. App. 1990); Ziegelheim v. Apollo 607 A.2d 1298 (N.J. 1992); Collas v. Garnick, 624 A.2d 117 (Pa. Super. Ct. 1992)



ההחלטה מרשות הלקוח ומעבירה אותה לידי עורך דינו. כך, למשל, טוענים Binder & Price כי יש להציב את הלקוח במרכז<sup>328</sup> וכי תפקידו של עורך הדין מסתכם בייעוץ אובייקטיבי, מבלי לחוות את דעתו האישית.<sup>329</sup> לשיטתם, הליך הייעוץ הוא הליך שבו מזהים פתרונות פוטנציאליים ונשקלות השלכותיהם החיוביות והשליליות, במטרה להחליט איזו חלופה היא הראויה ביותר.<sup>330</sup> על עורך הדין, בבואו ליתן ייעוץ ללקוחו, להבהיר כי אינו בעמדה המאפשרת לו לדעת מהי מערכת הערכים של הלקוח וכי רק הלקוח יכול לקבל החלטה זו בכוחות עצמו.<sup>331</sup> הרציונל העומד בבסיס ההיפותזה של Binder & Price הוא כי עורך הדין אינו יכול להבין כהלכה מה המוטיבציות המניעות את לקוחו ומהו סולם הערכים האינדיבידואלי הסובייקטיבי, לפיו נמדדות פעולות הלקוח. משכך, מתן עצה ללקוח, הגם אם עורך הדין נשאל לעמדתו במפורש, עשוי להשפיע על הליך קבלת ההחלטות האוטונומי של הלקוח ולהוביל לקבלתה של החלטה שאינה קונסיסטנטית עם ערכי הלקוח הספציפי.<sup>332</sup> מודלים אתיים אחרים<sup>333</sup> מבקשים לבחון את מערכת היחסים שבין עורך הדין ללקוחו: כך, למשל, מציע Luban **פטרנליזם של "אינטרסים על פני רצונות"**.<sup>334</sup> לתפישתו, עורך דין אינו יכול להתערב בהליך קבלת ההחלטות האוטונומי של לקוחו כאשר האופן שבו מבקש הלקוח לקדם את האינטרסים שלו עולה בקנה אחד עם ערכיו האינדיבידואליים של הלקוח. עם זאת, טוען Luban, מקום שבו אין חפיפה בין הפעולה המבוקשת על ידי הלקוח לערכיו של הלקוח עצמו (להבדיל מערכיו של עורך דינו), חייב עורך הדין להתערב.<sup>335</sup> מודל אתי אחר מתאר את מערכת היחסים שבין עורך הדין ללקוחו כ"**חברות מוגבלת**". לפי מודל זה, אין אדם שהוא אוטונומי לגמרי ולכן מתן עצה עשוי יותר להועיל מאשר להזיק לשירות ערכיו של הלקוח.<sup>336</sup> Kronman לוקח את אנלוגיית החבר צעד אחד נוסף קדימה ומתאר את עורך הדין האידיאלי כאדם מלומד וחכם, שאת עצתו יש לנצור בשל מגוון סגולותיו הייחודיות: תכונותיו וניסיונו של עורך הדין, אפוא, מכשירים את עורך הדין לעזור לאחרים להבין טוב יותר את הערכים והאידיאלים שלהם עצמם.<sup>337</sup>

Korobkin & Guthrie גורסים כי קיימת **מחויבות אתית** של עורך דין כלפי לקוחו לפעולה **מניעתית**, מקום שבו יודע עורך הדין כי לקוחו רוצה לבחור בפעולה, שהתועלת הצפויה ממנה נמוכה מאשר התועלת הצפויה מפעולה חלופית. במילים אחרות: עורך דין, שלקוחו הביע רצונו ללכת לבית המשפט ולזנוח את מסלול הפשרה או חלופות אחרות לניהול התדיינות, הסבור כי סיכויי התביעה נמוכים ושמוטב היה לו היה בוחר לקוחו במסלול היעיל יותר מבחינתו של הלקוח – חייב למנוע את ההתדיינות הבלתי יעילה (מבחינת לקוחו). עם זאת, מציינים Korobkin & Guthrie, כאשר הלקוח מבטא שאיפות להתדיין, הממקסמות את

David A. Binder & Susan C. Price, *Legal Interviewing and Counseling: A Client-Centered Approach* (1977) <sup>328</sup>  
<sup>329</sup> לטענה זו הושמעו התנגדויות חריפות מצד Gordon. לתפישתו, אין זה אפשרי עבור עורך הדין להציג אופציות בצורה ניטרלית לחלוטין. האופן שבו מציג עורך הדין את החלופות ללקוחו לעולם יושפע מהאופן שבו עורך הדין רואה אותן ואף תמיד ישפיע על האופן שבו יעריך אותן לקוחו. עורכי דין הטוענים טענה זו, אפוא, משטים אך בעצמם: Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B.U. L. Rev. 1, 30 (1988)  
<sup>330</sup> Binder & Price, *ibid*, 135  
<sup>331</sup> Binder & Price, *ibid*, 187  
<sup>332</sup> Korobkin & Guthrie, *ibid*, 85-88, 125-127  
<sup>333</sup> למודלים אתיים נוספים על אלה המפורטים כאן ראה גם Korobkin & Guthrie, *ibid*, 128-129  
<sup>334</sup> 'Interests Over Wants' - David Luban, *Paternalism and the Legal Profession*, 1981 WIS. L. Rev. 454, 491  
<sup>335</sup> Luban, *ibid*, 474  
<sup>336</sup> Charles Fried, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 Yale L.J. 1060, 1065-1067, 1088 (1976); Thomas D. Morgan, *Thinking About Lawyers as Counselors*, 42 Fla. L. Rev. 439, 447, 455-459 (1990)  
<sup>337</sup> Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer* 14-17 (1993)

תועלתו הצפויה, אסור לעורך הדין לבצע כל מהלך העלול לסכל את ההתדיינות.<sup>338</sup> במאמרם, מציעים המחברים את "גישת הטעות הקוגניטיבית", הדורשת מעורך הדין להעריך האם ההבדלים שבין האנליזות שלו ושל לקוחו בדבר האופציות שיש לבחור, נובעים מטעות קוגניטיבית של הלקוח או שמדובר אך בהבדלים בתפישות הסובייקטיביות של מהי תועלת. במקרה הראשון מחויב עורך הדין לנסות ולשנות את דעת לקוחו. ואולם, במקרה השני, טוענים Korobkin & Guthrie, התערבות עורך הדין עלולה לפגוע בהשגתה של יעילות פרטו. הנחת היסוד של המחברים היא כי לעורך הדין נודעת השפעה רבה על לקוחותיו וכי הוא, בניגוד ללקוחו, אינו חשוף לאפקטים פסיכולוגיים, העלולים לעוות את שיקול דעתו הרציונלי והאובייקטיבי.<sup>339</sup> עם זאת, המחברים מודים כי הגם שקיימות הצדקות תיאורטיות להטלת החובה להזהיר ואף לשכנע (דרישה גבוהה יותר מעורך הדין מאשר זו המוצגת במודל המוצע) את הלקוח, יישום החובה עלול להיתקל בקשיים לא מעטים בשדה הקרבות של הפרקטיקה.<sup>340</sup>

לדעת Bundy, המבחן האמיתי צריך להיות כפול: ראשית, האם הצד לסכסוך (דהיינו: הלקוח) יודע בצורה מספקת בדבר האופציות הניצבות בפניו? ושנית, האם הלקוח מסוגל להגיע לכדי החלטה רצונית, המשרתת את העדפותיו והערכותיו? Bundy מציין כי כאשר החלטת הלקוח אינה רציונלית מבחינה פרגמטית, עשויות להיות הצדקות להתערבות עורך הדין לשם תיקון העיוות, חרף הפטרנליזם שבפעולה זו. לתפישתו, בשל החיסיון שבין עורך הדין ללקוחו, יהא לבית המשפט, כ"זר" להליך קבלת ההחלטה האם להתדיין או לא להתדיין, קשה מאוד עד בלתי אפשרי לקבוע האומנם הייתה ההחלטה לא רציונלית ביסודה ויש להטיל את האשם על כתפי עורך הדין. יתרה מכך, הגדרתה של "פשרה רציונלית" נוטה להיות עמומה ואמורפית ולעתים, טוען Bundy, דווקא הפשרה ה"רציונלית" עשויה להימצא בדיסהרמוניה עם האינטרס הציבורי ולהיחשב כבלתי סבירה. Bundy מסכם באומרו כי תפקידו של עורך הדין בייעוץ ללקוחו אינו ברור ושנוי במחלוקת.<sup>341</sup>

בנקודה זו, ראוי לערוך הבחנה חשובה בין הנכונות התיאורטית להכיר בקיומה של חובה מצד עורך הדין ליידע ולהזהיר, לבין נכונות בית המשפט להטיל חבות בפועל מקום שבו הופרו חובות אלה. כך, למשל, מתארת Baker-Selesky, כיצד פיתחו בתי המשפט בארצות הברית הגנות פסיקטיות, המונעות בפועל הטלתה של חבות בגין אחריות מקצועית מהסוגים המתוארים לעיל על עורכי הדין.<sup>342</sup> לדבריה, בנוסף להגנות הנזיקיות הכלליות הקיימות (דוגמת רשלנות תורמת), פיתחו בתי המשפט הגנות חסינות מוגבלות, במקרים שבהם נשמעו טענות לרשלנות מקצועית בשל כישלון לכאורה של עורך הדין להוביל לפשרה. עם הגנות פסיקטיות אלה נמנית גם אחת מההגנות המוצעות במסגרת המודל: חסינות מנשיאה בחבות תינתן לעורך דין מקום שבו מעשיו או מחדליו נבעו מטעות בשיקול דעתו, ובלבד שהפעלת שיקול הדעת המקצועי נעשתה מתוך רצון כן להגן על הלקוח.<sup>343</sup> חסינות זו, מסבירה Baker-Selesky, מבוססת על ההנחה, לפיה גם עורך הדין המנוסה והמיומן ביותר עלול לטעות ולהיכשל במבחן המציאות. ההחלטות האם להתפשר

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 130 <sup>338</sup>

Korobkin & Guthrie, *ibid*, 135 <sup>339</sup>

Korobkin & Guthrie. *Ibid*, 131 <sup>340</sup>

Bundy, *ibid*, 23 <sup>341</sup>

Baker-Selesky, *ibid*, 206-207 <sup>342</sup>

Woodruff v. Tomlin, 616 F. 2d 924 (6th Cir. 1980); Wagenmann v. Adams, 829 F. 2d 196 (1st Cir. 1987); <sup>343</sup> Kirsch v. Duryea, 578 P.2d 935 (Cal. 1978); Smith v. Lewis, 530 P. 2d 598 (Cal. 1975); Cook v. Connolly, 366 N. W. 2d 287 (Minn. 1985); Glenna v. Sullivan 245 N.W. 2d 869 (Minn. 1976); Laymon v. Keckley, 696 F. Supp. 299 (W.D. Mich. 1988); McCafferty v. Musat, 817 P. 2d 1039 (Colo. Ct. App. 1990); Togstad v. Vesely, Otto, Miller & Keefe 291 N.W. 2d 686 (Minn. 1980)

אם לאו הן החלטות אסטרטגיות, העלולות להתקבל בלחץ זמנים ובהיעדר מידע מלא, בין אם בטרם ההתדיינות ובין אם במהלכה. משכך, מתן המלצה ללקוח, שבסופו של הליך תתברר ככזאת שאינה היעילה ביותר, היא סיטואציה אפשרית ואף בלתי נמנעת לדעת בתי המשפט.<sup>344</sup> "סלחנות" שיפוטית זו תגדל מקום שבו עסקינן בפשרה ספקולטיבית, שאובדנה היפותטי בלבד או בהתדיינות (שנמנעה) שלא הייתה נערכת בהכרח גם אלמלא חוות דעתו המקצועית של עורך הדין.<sup>345</sup> ואולם, מסייגת Baker-Selesky, במקרים שבהם יתרשם בית המשפט שהטעות בשיקול הדעת נבעה מרשלנות של עורך הדין, לא יהסס הוא להטיל אחריות על עורך הדין. בתביעות מהסוג ההפוך, שבהן נבחר מסלול הפשרה ונכרת הסכם פשרה לא יעיל/סביר, מציינת Baker-Selesky כי בתי המשפט דרשו הוכחת קיומה של הונאה מצד עורך הדין. דרישה זו, במובנים רבים, היא טוענת, שומטת את הבסיס מתחת למרבית התביעות מסוג זה ומטילה נטלי ראייה כבדים יתר על המידה על הלקוח.<sup>346</sup> עמדות אלה של בתי המשפט נובעות, לדעת Baker-Selesky, משיקולי מדיניות חברתיים דוגמת החשש מעריכת דין מגננתית, מהצפת בית המשפט בתביעות רשלנות מקצועית, ממיעוט פשרות וכיו"ב.

תמונת המצב שמשרטטת Baker-Selesky באשר לפסיקה בבתי המשפט השונים בארצות הברית, אפוא, מורכבת: מצד אחד, היא טוענת כי בחינת התיקים, המובאים בפני בתי המשפט האמריקניים, מעלה שבת המשפט והציבור הלקוחות **מצפים** מעורכי הדין למלא **תפקיד פעיל** בהליך קבלת ההחלטות האם להתפשר אם לאו, על אף שהמילה האחרונה בנושא שמורה ללקוח בלבד. מצד שני, היא מפרטת כיצד הערכאות השיפוטיות השונות מפתחות **הגנות פסיקתיות**, המקנות **חסינות בפועל** לעורכי הדין במגוון רחב של מקרים. עם זאת, באותה נשימה, Baker-Selesky מציינת כי העמדות והפסיקות המתוארות על ידה (ופורטו לעיל) אינן מהוות בהכרח מדגם מייצג. זאת, בשל קיומו של **חוסר בהירות** בשאלה באילו מקרים יטילו בתי המשפט האמריקניים חבות על עורכי הדין בגין טעויות בשיפוט ושיקול דעתם המקצועי. אומנם, ניתן לייחס את **היעדר האחידות בפסיקות** לשוני בין הסיטואציות הקונקרטיות וכן להבדלים הקיימים בין המדינות וההלכות הנהוגות בהן. ואולם, נראה כי עמימות זו, ביחס למצב המשפטי הנהוג בארצות הברית, עשויה לנבוע מהיעדרם של **כללי התנהגות וסטנדרטים סבירים ספציפיים, המבארים כיצד על עורכי הדין לנהוג במקרים שבהם מעורבת פשרה** (ממשית, פוטנציאלית או ספקולטיבית).<sup>347</sup> Baker-Selesky קוראת לייסודם וניסוחם של כללים כגון דא ומשוכנעת שלכך תיוודע השפעה גדולה, הן על השירות המקצועי הניתן ע"י עורך הדין ללקוח והן על מספרן של תביעות עתידיות בגין רשלנות מקצועית.

קריאה דומה משמיע *יעקב* בישראל: לשיטתו, בית המשפט יוכל לבקר באופן אמיתי את הליכי הפשרה (לעניין כריתתה או ההימנעות מכריתתה) רק מקום שבו ימלא תפקיד סביל יותר בהליכים הכרוכים בה. הימנעות מהפעלת לחץ מצד בית המשפט על הצדדים ופרקליטיהם, טוען *יעקב*, תאפשר למערכת למתוח ביתר קלות ביקורת עניינית על תוכן הפשרה, ובכלל זה גם על ההליכים שהובילו לכריתתה. לעורכי הדין במקרה זה, הוא ממשיך, לא תוכל לעמוד הטענה, לפיה היו נתונים ללחץ שיפוטי, שנתן גושפנקא למעשיהם. לפיכך, קורא *יעקב* להמשך פיתוחם של מנגנוני הפישור, הגישור והבוררות. הללו, הוא גורס, ישכילו לנצל מחד גיסא את היתרונות בכוח הטמונים בהליכים כגון דא לשביעות רצון הצדדים, ומאידך גיסא, יקנו כלים מהותיים לבחינה אמיתית ומעמיקה של פעולות עורכי הדין. חשוב להדגיש כי אומנם

<sup>344</sup> Baker-Selesky, *ibid*, 207, 209

<sup>345</sup> Campbell v. Magana, 8 Cal. Rptr. 32 (1960); Merzlak v. Purcell, 830 P. 2d 1278 (Mont. 1992)

Jenkins v. St. Paul Fire & Marine Ins., Co., 422 So. 2d 1109 (La. 1982)

<sup>346</sup> Muhammad v. Strassburger, 587 A.2d 1346, 1349 (Pa. 1991)

<sup>347</sup> Baker-Selesky, *ibid*, 201, 209

מאמרו של יעקב עוסק בעיקר במקרים של פשרות רשלניות ולא במצבים ההפוכים, שבהם התמקדה עבודה זו. עם זאת, הוא מציע פרמטרים שונים, העשויים לסייע בבחינתן גם של התדיינות בלתי יעילות, שמנעו הגעה לפשרות יעילות. עם פרמטרים אלה נמנה אופן חישוב שכר הטרחה, מידת שנאת הסיכון של הלקוח, קיומה של הסכמה מודעת מצד הלקוח ובחינה האם פעולות עורך הדין נופלות ל"מתחם סבירות לגיטימי הנובע מדינמיקה שונה המתפתחת בכל דיון משפטי". יעקב מדגיש כי "תוצאה טובה יותר" אינה בהכרח סכום פיצוי גבוה יותר מהבחינה האובייקטיבית וכי יש לבחון את פסק הדין כמכלול ובהתאם לתפישתו הסובייקטיבית של הלקוח.<sup>348</sup>

תמונת המצב המשפטי בישראל ובאנגליה שונה מעט מרעותה האמריקנית, ששורטטה על ידי Baker-Selesky, הגם שניתן להתחקות אחר מספר קווי דמיון: כך, אומנם גם בישראל ובאנגליה קיימת נכונות אקדמית ופסיקתית<sup>349</sup> לקיומה של החובה ליידע את הלקוח ולהזהירו, ואולם בפועל מעטים הם פסקי הדין הישראליים העוסקים בסוגיות אלה. מעטים עוד יותר הם המקרים בהם הטיל בית המשפט הישראלי חבות על עורך הדין בגין עצם הגשת תביעה מקום שבו יעיל/ראוי היה שלא להגיש. מנגד, הרפורמה החקיקתית הפרוצדוראלית וכן היפוך הלכת החסינות, מציבים את אנגליה בחזית ההתמודדות עם תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה וחלקו של עורך הדין בה. לפי שעה, ניתן לומר כי היא נותרת בודדה במערכה.<sup>350</sup>

**בישראל**, למשל, לא נמצא ולו פסק דין אחד לרפואה שבו הטיל בית המשפט חבות על עורך דין, בגין ניהול התדיינות שאינה יעילה בבית המשפט, במסגרת תביעת רשלנות מקצועית מצד לקוחו. כמו כן, לא נמצא אף פסק דין אחד שבו בית המשפט, מיוזמתו, פסק הוצאות אישיות לעורך הדין בשל אי בחירה במסלול הפשרה או בשל ניהול התדיינות שאינה יעילה. למעשה, כפי שהראיתי במסגרת הפרק הקודם, ניכרת נטייה מובהקת של בית המשפט לעשות שימוש במשורה בנשק ההוצאות האישיות. גם במקרה דניאל נ' ציסין<sup>351</sup> לא נפסקו הוצאות אישיות לעורך הדין בשל ניהול התדיינות בלתי יעילה. בפסק דינו, התייחס השופט דרורי לכך שההליך הנלווה (בקשה לשינוי פרוטוקול) היה מיותר ובו עורך הדין למעשה ייצג את עצמו ולא את לקוחו, אך לא מתח ביקורת על עצם ניהול ההליך העיקרי.<sup>352</sup>

<sup>348</sup> יעקב, שם, 73-75.

<sup>349</sup> Arthur J.S. Hall & Co. (a firm) v Simons [1999] 3 W.L.R. 873 (להלן 'עניין Simons'); Harbin [1896] 351Ch 1; v. Masterman [1999] 3 W.L.R. 873 (ת"א) 31186/00 **כאלי נ' פודים** פ"מ תשס"ג(3) 596, 602: "מן ההיבט הראשון, חובת עורך הדין כבעל מקצוע, לרמת ידע מסוימת בכל הנוגע לידיעת החוק. עליו לעמוד בלוח זמנים תוך המגבלות שנקבעו בחוק, לפעול בהתאם לסדרי הדין ולנהל את הדיונים כראוי. כך, יחויב עורך הדין ברשלנות אם לא העיד עד מרכזי שעשוי היה לשנות את תוצאת המשפט לטובת לקוחותיו, או שבאופן לא סביר ייעץ ללקוחו להגיש ערעור כאשר כל עורך דין סביר אחר היה קובע כי אין סיכוי להצלחה בכך. עורך הדין מחויב להודיע ללקוחו בכל שלב של ההליך המשפטי את מצב הדברים לאשורו, בכל הנוגע להוראות החוק ולפסיקה החלות על מקרהו. עם זאת, לא כל כשלון של עורך דין ייתפס כהפרת חובות אלה. עורך הדין עשוי לטעות בשיקול הדעת, ואין בטעות כזו כדי לחייבו ברשלנות. עוד חשוב לציין בהיבט זה, כי חובת הזהירות והמיומנות לפיהן עורך הדין חייב לפעול, אינן אלא חובות כדי שיקול דעת לעניין הרלוונטי, קרי: עורך דין יכול שיטעה בשיקול דעתו, אך החובה המוטלת היא לשיקול דעתו כמיטב יכולתו וידיעתו, והכול מתוך הידע והנתונים המשפטיים ומתוך שימוש סביר בזכויות דיוניות" [ההדגשות שלי- ב.ק.]; **עניין שרמן**, שם, 463-465; ע"א 479/65 **וידר נ' הרנוי**, פ"ד כ(1) 468, 471; ע"א 5/63 **זילברמן נ' חורי**, פ"ד יז 1305, 1308; ע"א 279 (תש"ס-תשס"א) 279.

<sup>350</sup> קביעה זו מתייחסת השוואתית לישראל ולארצות הברית, ואולם בעניין **Simons** בוחן בית הלורדים את עמדתו של המשפט המשווה לעניין הטלת חסינות על עורכי דין הטוענים בפני בית המשפט ומציין כי בניו זילנד ובאוסטרליה הדין החל דומה להלכת Rondel ואילו בקונטיננט לא חלה חסינות דומה. בית הלורדים מציין כי במשפט הקנדי לא קיימת חסינות מזה למעלה ממאה שנים. ייתכן שניתן לייחס זאת להבדלי השיטה האינוקוויטורית למול השיטה האדוורסרית ולתפקידים שממלאים השופט ועורך הדין בהתדיינות.

<sup>351</sup> עניין **ציסין**, שם.

<sup>352</sup> ראה גם עמודים 45-47 בעבודה

ב**תא (חד')** 5179/01<sup>353</sup> טענה הנתבעת כי אם עורך דינה היה מייצגה ייצוג סביר, היה הוא כולל תכנית הבראה כתובה וערוכה (כנהוג לטענתה), הכוללת פירוט של מצב החבות, הביטחונות והאסטרטגיה בה מתכוון עורך הדין לשקם את החברה. הנתבעת טענה כי בשל התרשלותו של עורך דינה, נדחו הצעותיו באסיפת הנושים והיא לא הצליחה להשיג הסדר נושים. לגישתה של הנתבעת, למרות הפוטנציאל "הרב" הגלום בהסדר נושים "לכל הנוגעים בדבר", כשל עורך הדין בהשגתו של הסדר זה. משכך, היא נאלצה לנהל התדיינות יקרה בבית המשפט. במילים אחרות, טענתה של הנתבעת היא כי **עורך דינה כשל בייצוג המשפטי וכי כתוצאה מכך נמנע ממנה הסדר יעיל והיא נאלצה להתדיין בבית המשפט (התדיינות שאינה יעילה לתפישתה)**. בית המשפט דחה את טענותיה אלה וקבע כי התובעת לא הצליחה להוכיח שייצוג סביר אכן יכול לתכנן הבראה, כנטען על ידה. כמו כן, התרשם בית המשפט כי מצבה של החברה היה בכי רע ושעורך הדין הוכיח בראיות שניסה להגיע להסדר עם הנושים. הנתבעת, אפוא, לא הצליחה להרים את נטל ההוכחה הנדרש ולהביא ראיות המעידות על התרשלותו לכאורה של עורך דינה.<sup>354</sup> אומנם בית המשפט, כאמור, בחר לדחות את הטענה להתרשלות בעצם אי ההגעה להסדר וסרב לראות בניהול ההתדיינות בבית המשפט משום נזק. ואולם, דחיית הטענה נבעה מכשל בהוכחה. הטענה לא נדחתה לגופה ובית המשפט לא דחה את האפשרות התיאורטית של הטלת אחריות במקרים מסוג זה (כישלון עורך דין להביא לפשרה), מקום שבו ניתן יהיה להוכיח קיומו של קשר סיבתי ברמת ההוכחה הנדרשת. מעניין לציין כי גם במקרה **ההפוך** (התרשלות עורך דין המובילה להסכם פשרה בלתי יעיל) בחר בית המשפט **לדחות** את התביעה בשל אי הוכחתו של קשר סיבתי בין הסכם הפשרה לנזק.<sup>355</sup>

היפוכה של הלכת החסינות **האנגלית**<sup>356</sup>, בפסק דין תקדימי<sup>357</sup> של בית הלורדים בשנת 2000, הרחיב את מטרת המקרים בהם יוכל לקוח לתבוע את עורך דינו בגין אחריות מקצועית (הגם כי בכפוף לסייגים מסוימים). ואולם, עובדות המקרה הן המעניינות במיוחד, בהקשר לענייננו: בפסק דין *Simons* נדונו שלושה ערעורים שהגישו לקוחות כנגד עורכי הדין המייצגים אותם, בטענה לרשלנות בטיפול בפשרה. בשלושת המקרים היו הלקוחות לא מרוצים מתוצאות ההתדיינות ובעיקר מתנאי הפשרה. הערעור הראשון נגע לסכסוך של קבלן בניין עם בעלים של בניין, בו ביצע עבודות בנייה מכוח חוזה בין השניים. הקבלן פנה לפירמת עורכי דין לצורך קבלת יעוץ משפטי, והללו ייצגו את ענייניו בפני בית המשפט. במסגרת הדיון

<sup>353</sup> תא (חד') 5179/01 ע"ד עזרה נ' ליטוין (לא פורסם, 4/12/05) (להן 'עניין ליטוין')

<sup>354</sup> עניין **ליטוין**, שם, 10: "לאור כל האמור לעיל, אינני רואה לקבל את טענת הנתבעת כי התובע התרשל בהשגת הסדר נושים. אין די בטענה כללית כי ניתן היה להבריא את החברות או להשיג הסדר נושים, ואין די באמרה כללית כי הניהול של אסיפת הנושים לא היה מוצלח. חזקה על הנתבעת כי לו יכלה להביא ראיות על התרשלותו של התובע בענין זה היתה מביאה ראיות אלה, והעדרן נוקף לחובתה. הנתבעת לא הוכיחה כי התובע התרשל, וממילא אינני רואה לבדוק את שאלת הנזק"

<sup>355</sup> תא (נצ') 870/85 **ברכה נ' חטיב** פ"מ תשמ"ט (3) 380, 385-387 (1985): "על עורך הדין להיות ער לכך שסומכים עליו, וליעץ ללקוח בדבר הצורך בבדיקות רפואיות כשאלה נדרשות. כאן המקום להזכיר, שלא אחת קיים מצד אחד חשש לקיום נכות כלשהי עקב הפגיעה בתאונה, ומאידך גיסא, קיים ספק של ממש בדבר קיומה של נכות כזו. יתכנו מקרים שעדיף לתובע, שלא יוברר לבטח שאין לו כל נכות, שאז במו"מ לפשרה עשוי הוא לזכות בסכום, שלו העדר הנכות היה ודאי - לא היה זוכה בו. יתכנו גם מקרים שעצם הכדאיות בהוצאה הדרושה על בדיקה רפואית מוטל בספק. הזכרתי זאת על מנת להדגיש, שלא בכל מקרה בו לא תתקיים בדיקה רפואית, בהתקיים אינדיקציה כלשהי על הצורך בה, יחשב עורך הדין, שלא עמד על קיומה, לרשלן. יתכנו מקרים, מבלי שאכנס לפרטיהם - בהם על-פי שקול דעת ראוי, ניתן לוותר על בדיקה. ואולם במקרים כאלה, מן הראוי הוא, שעורך הדין יסביר ללקוח את הסיכונים וההוצאות שבבדיקה רפואית, לעומת הסיכויים שבה, על מנת שהלקוח יחליט כפי שיחליט, תוך ידיעת כל העובדות הצריכות לעניין. אם יסכים לקוח להסדר פשרה אף ללא בדיקה רפואית, מן הראוי, שיהיה זה תוך ידיעה מלאה של העובדות החשובות לעניין מצדו של הלקוח, ולאחר הסבר מצד עורך דינו של מערכת הסיקולים החשובים לצורך החלטה כזו של הלקוח. ... העיקר בעיני הוא, שהתובעת לא הוכיחה, שעקב הסכם הפשרה בתביעתה בסכום עליו הוסכם נגרם לה נזק. בחינת השאלה - אם נגרם נזק כזה אם לאו, צריכה להיעשות, בהנחה שהעובדות כפי שהובררו כעבור זמן, ולא היו ידועות בעת הסכם הפשרה בשל התרשלות הנתבע, היו לנגד עיני הצדדים בעת הסכם הפשרה. אם יוברר שגם לאור עובדות אלה, היה הסכם הפשרה סביר - אין לומר שעקב התרשלות הנתבע נגרם לתובעת נזק כלשהו. מאידך גיסא, יש לבחון את התנהגות הנתבע גם לאור עובדות, שהיו לנגד עיניו, ועליהן יכול היה לכאורה, לסמוך."

<sup>356</sup> נהוג לייחס את חסינות הבריסטרים להלכת *Rondel*, בה הורחבה חסינותם המהותית של בריסטרים וסוליסטרים הטוענים בפני בית המשפט מפני תביעות נזיקיות שאינן מושתתות על חוזה (קודם לכן, היו הבריסטרים חסינים אך בפני תביעה חוזית - *Rondel v. Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.)) ; Worsley [1967] 3 All E.R. 993 (H.L.)

<sup>357</sup> עניין *Simons*, שם.

המשפטי, ולאחר שכילה את זמנו, ממונו וכוחותיו הנפשיים, נאלץ הקבלן להסכים לתנאים הדומים להצעת הפשרה שקיבל עוד בטרם החלה ההתדיינות המשפטית בעניינו. הקבלן תבע את עורכי דינו בטענה שהללו לא המליצו לו להתפשר, מקום שהיה עליו לעשות כן. כתוצאה מהתרשלותם, טען הקבלן, ניהל הוא התדיינות בלתי יעילה, שהסבה לו הפסדים. שני הערעורים הנוספים נגעו למקרה ההפוך: עריכת הסכם פשרה בלתי יעיל בשל עצתם של עורכי הדין. אומנם, בית המשפט החליט בסופו של דבר **לדחות** את הערעורים. ואולם, עצם הדיון בנושא הוא החשוב לענייננו ועשוי לאותת על מגמה חדשה בפסיקה האנגלית. גם בחינת הנמקותיהם של הלורדים היושבים לדין מלמדת כי רוחות חדשות מתחילות לנשוב באנגליה וכי שיקולי מדיניות, המוזכרים במסגרת פסק הדין, עשויים להוות בסיס לתביעות עתידיות בסוג מקרים זה. ואולם, נראה כי מלחמת החורמה האמיתית בהתדיינות הבלתי יעילה ובתפקיד שממלא עורך הדין בה, מגיעה מהכיוון **החקיקתי**: שינוי חקיקתי, שנכנס לתוקפו ב-1 באפריל 2000, מבקש למנוע כניסתן של תביעות בעלות סיכויי הצלחה נמוכים לבית הלורדים. הוא עושה כן באמצעות העברת הסיכון והנשיאה בהוצאות לכתפי עורך הדין. כתוצאה מכך, עורך הדין יצטרך להעריך את סיכויי המקרה המובא בפניו, ואם הללו יהיו גבוהים (60%-80%) יוכל הוא להניח שתוצאת המשפט תעלה על הוצאותיו. מנגד, אם תחזיתו מצביעה על סיכויי תביעה הנמוכים מ-50%, יהא לו תמריץ לסרב לייצג את התובע בבית המשפט. כעורך דין, מצופה ממנו לדעת לזהות טענה טורדנית וחסרת שחר ולסייע לבית המשפט, לו הוא חב חובת נאמנות, במניעת הגעתה לאולמות הדיונים וכילוי משאבים מוגבלים של זמן שיפוטי יקר.<sup>358</sup> יתרה מכך, רפורמה חקיקתית שנערכה בכללי הפרוצדורה האזרחיים בתחילת שנות התשעים,<sup>359</sup> חשפה את עורכי הדין האנגליים, בריסטרים וסוליסטרים כאחד, לאחריות בגין ניהול התדיינות רשלנית. אומנם, אחריות זו מוגבלת להוצאות מיותרות בלבד ואינה מתפרשת על פני הפסדים אחרים שרשלנות עורכי הדין עלולה לגרום ללקוחותיהם ולצדדים אחרים.<sup>360</sup> עם זאת, לדעת לורד Hoffmann, עלויות אלה אינן בטלות

<sup>358</sup>Simons, *ibid*, p. 694: "The second important change has been made by the **Access to Justice Act 1999**, which came into force on 1 April 2000. Civil legal aid has been abolished and replaced by legal services funded by the Legal Services Commission as part of the Community Legal Service. The Act altogether excludes legal help in relation to "allegations of negligently caused injury, death or damage to property..." see paragraph 1(a) of Schedule 2. Although an action for damages for loss caused by negligent advocacy or related services may not strictly fall within these categories, it is clear that it will not be easy to obtain legal representation for such actions. The Lord Chancellor has approved a Funding Code prepared by the Commission under section 8 of the Act which indicates that they would not come very high on the Community Legal Service's scale of priorities. Paragraph 5.7.1 of the code provides that if "the nature of the case is suitable for a [conditional fee agreement], and the client is likely to be able to avail himself or herself of a [conditional fee agreement], full representation will be refused." Actions for damages for the negligent conduct of litigation would seem, by analogy with paragraph 1(a) of Schedule 2, to be suitable for conditional fee agreements. Furthermore, under paragraph 5.7.3, full representation in a claim for damages will be refused unless certain cost benefit criteria are satisfied. For example, if the chances of success are good (60% - 80%), **the likely damages must exceed the likely costs by a ratio of 2:1. If the prospects are less than 50%, representation will be refused. It will therefore be much more difficult than it has been in the past to obtain legal help for negligence actions which have little prospect of success.** The public funding of cases like *Rondel v. Worsley* [1969] 1 A.C. 191, the very paradigm of a hopeless claim by a disgruntled criminal defendant, is unlikely to be repeated. The alternative will be a conditional fee agreement, which would require satisfying another lawyer that the claim had sufficient prospects to make it worth his while to take it on at his own risk as to costs. Once again, **as a lawyer, he will be able to recognise a vexatious claim when he sees one.**" [ההדגשות שלי- ב.ק.]

לניתוח כלכלי של הרפורמה והשלכותיה על [Neil Rickman, Paul Fenn and Alastair Gray, *The Reform of Legal Aid in England and Wales*, 20 Fis. Stu. 261 (1999)]

Courts and The Magistrates' Courts (Costs Against Legal Representatives in Civil Proceedings) Rules 1991; <sup>359</sup> Legal Services Act 1990 (c. 41, SIF 37), s. 111

<sup>360</sup> וראה לעניין זה גם את פסק הדין של שופט בית המשפט האנגלי לערעורים, סימון בראון, בו נפסקו הוצאות מיותרות לפירמה של סוליסטורים, שהנחו עו"ד להגיש בקשה חסרת סיכוי לערעור:

*Fletamentos Maritimos S.A. v. Effjohn International BV* (unreported) 10 December 1997-"Nothing in this judgment should, or I believe will, deflect legal representatives, on instructions, from vigorously pursuing and arguing the most difficult cases. An argument, however unpromising, is perfectly properly advanced (not least

בשישים במציאות הליטיגטורית המודרנית. יתרה מכך, הוא מוסיף, סביר יותר שהאפשרות כי ניהול התדיינות רשלני יוביל לפסיקת הוצאות מיותרות לחובת עורך הדין הרשלין, במהלך ההליך המקוצר הראשוני ובטרם שמע השופט את המקרה, תחלוף בראשו של עורך הדין מאשר האפשרות שמא רשלנותו המקצועית עשויה לרדוף אותו בעתיד בדמות תביעה בגין אחריות מקצועית. יוצא, אפוא, כי לפסיקת ההוצאות המיותרות עשויות להיות משמעויות הרתעתיות וביכולתה לקדם את היעילות. מהעבר השני, פוסל לורד Hoffmann את האפשרות כי פסיקת הוצאות מיותרות עלולה לגרום לעריכת דין מגננתית.<sup>361</sup>

---

on an application for leave to appeal) provided only and always that it is respectable and is **not being pursued for reasons other than a genuine belief in the possibility of its success. If our order today were to discourage some of the more absurd arguments with which this court is sometimes plagued, I for one**  
[ההדגשות שלי- ב.ק.] **would not be regretful."**

<sup>361</sup> יעקב, שם, 49

## פרק IV

### התמודדות עם ביקורות על המודל

המודל המוצע עשוי לספוג חיצי ביקורת רבים מכיוונים שונים. בפרק זה אמנה כמה מהביקורות המרכזיות, העשויות להיות מושמעות כנגד המודל ואנסה להתמודד עמן.

#### 1. החשש מריבוי תביעות

אחת מהביקורות המרכזיות, העשויות להיטען כנגד המודל המוצע, היא שהוא עשוי לעודד ציבור רחב של תובעים לתבוע את עורך הדין ולפתוח במלחמת תביעות הדדיות, שרק תוסיף לעומס תחתיו כורעת מערכת בתי המשפט. לפי קו טיעון זה, הרחבת האחריות המקצועית של עורך הדין עשויה לגרור אחריה "מבול של תביעות" מצד לקוחותיו ומצד של צדדים שלישיים (שיטענו לקיומן של סיטואציות חריגות, המצדיקות לפי המודל את הרחבת מעגל האחריות המקצועית של עורך הדין והכללתם בו). תביעות אלה תימשכנה זמן רב ועלויות להוביל להגשת תביעות שכנגד וערעורים על החלטות בית המשפט. כמו כן, גם חיוב בית המשפט את עורך הדין בהוצאות ניתן לערער על ידי עורך הדין (כפי שנטען בעבודה זו, מסתמנת מגמה של ריבוי ערעורים שבזכות על חיוב בהוצאות אישיות של עורכי דין). יוצא, אפוא, תמשיך הביקורת, שהמודל "בא לברך, אך נמצא מקלל": במקום להוביל לחיסכון בזמן שיפוטי יקר ובעלויות לצדדים, סופו שיהפוך את בית המשפט לזירת קרבות ויסב הוצאות כבדות לכל הצדדים הנוגעים בדבר.

תגובה אפשרית לטיעון זה היא כי קיימים "בלמים" אינהרנטיים, בסוג הסיטואציות בהן דן המודל, המונעים את ריבוי התביעות. כך, למשל, עשוי קיומם של קשיי הוכחה כי הופרה החובה ליידע ו/או החובה להזהיר וכי הפרת החובה הובילה לניהול התדיינות בלתי יעילה (קשר סיבתי), למנוע את הגשתן של תביעות נגד עורך הדין. קשיי הוכחה אלה עשויים לנבוע מהיעדר אינפורמציה מספקת ומחוסר מודעות של הלקוחות לכך שהתקיימה התדיינות בלתי יעילה וכי האשם נעוץ בעורך הדין. יתרה מכך, גם אם יודע ללקוחות הדבר (למשל: איש מקצוע גילה את אוזנם או שהשופט בהתדיינות המקורית מתח ביקורת על עצם הגשת התביעה ואי ההליכה לפשרה), לא בטוח שהללו ידעו שהתנהגותו של עורך הדין הצמיחה להם עילת תביעה, וגם אם ידעו, ייתכן שלא ירצו להסתכן בשנית בדיון בבית המשפט, לאחר האכזבה שכבר נחלו בו (עשויים לפתח שנאת סיכון כתוצאה מחווית ההתדיינות הבלתי יעילה הטראומטית).

לצד קשיי ההוכחה קיימים אינטרסים נוספים של הניזוק שלא לתבוע את עורך דינו. עם אינטרסים אלה נמנה אינטרס הניזוק שלא להצהיר שתביעתו משוללת יסוד מחשש לחשיפתו לתביעות ולחייבים אחרים. למעשה, מאפשר המודל ללקוח לתבוע את עורך דינו בגין הגשת תביעה שמוטב היה לה שלא תוגש. במילים אחרות, הלקוח כמו מודה שלא הייתה לו עילת תביעה בהתדיינות המקורית ובשל עצתו המוטעית של עורך הדין הוא ניהל התדיינות שאינה יעילה. הודאה זו עשויה להציב אותו בעמדה בעייתית בפני הנתבע המקורי ו/או גופים אחרים, עמם הוא עשוי לנהל משא ומתן ליישוב הסכסוך וגרורותיו.

אינטרס אחר של הניזוק שלא לתבוע את עורך דינו יהיה רצונו שלא לוותר על חיסיון עו"ד-לקוח. אומנם, המודל מציע שהסרת החסינות תהא מוגבלת ככל האפשר. עם זאת, החלטת עורך הדין להתדיין או שלא להתדיין והערכתו את סיכויי התביעה נוגעת לליבת הייעוץ המשפטי. שהרי, כיצד יוכל עורך הדין להעריך את סיכויי התביעה אם לא ישאל את לקוחו לפרטי המקרה מושא הסכסוך. הלקוח, הסבור שחיסיון עורך דין-לקוח חל על דבריו, עלול למסור אינפורמציה שלא יהיה מעוניין שתיחשף ברבים.



בהקשר זה, ראוי לציין כי **עורך הדין יוכל בקלות רבה יחסית לחסום את תביעת לקוחו**. כך יהיה מקום שבו יחתים את הלקוח על מסמך המאשר כי מילא את חובותיו לידע ולהזהיר ואילו הלקוח בחר במסלול ההתדיינות. כאמור, לפי המודל, **די בחתימה מודעת של הלקוח כדי לשלול חבות**.

## 2. השפעה על פעילות: הורדת רמת פעילות/ מניעות / עריכת דין מגננתית

הטלתה של אחריות מקצועית על עורך הדין, מקום שזה לא הזהיר את לקוחו מפני סיכויי הנמוכים של תביעתו, עלולה להוביל **להרתעת יתר**. כך, עשויים עורכי דין להעריך את התועלת הצפויה להם מהעיסוק במקצוע (שכר טרחה, יוקרה, אהבת הליטיגציה וגו') בחסר, בעוד שהערך האמיתי שלה עבור עורך הדין ועבור החברה גבוה יותר. עורך דין סביר יבקש להשוות בין התועלת הצפויה לו מהמשך ייצוג לקוחות למכפלת ההסתברות שתגוש נגדו תביעה בגין אחריות מקצועית בעלויות העשויות להיות מושתות עליו אם ייקבע שנהג כרשן או שפעל בזדון. במצב זה, עשוי עורך הדין להחליט על **הורדת רמת הפעילות** שלו (הפחתת מספר הלקוחות, סינון תיקים מסוימים שאחרת היה בוחר לקחת על עצמו וכיו"ב) או אף על **מניעות (הימנעות מהמשך עיסוק במקצוע והסבת קריירה)**. יתרה מכך, הרחבתם של גבולות האחריות המקצועית עלולה להביא לכך שעורכי דין פוטנציאליים (נניח תלמידי תיכון מצטיינים, בעלי כישורים מתאימים למקצוע) **יזירו את רגליהם מהפקולטאות למשפטים**. התוצאה תהא שתחום המשפטים לא ימשוך אליו אוכלוסייה איכותית דיה וידשדש בבנינויות. מהעבר השני, אנשים שיכולים היו להיות מתאימים לעיסוק במקצוע, ינותבו בליט ברירה לתחומים שאולי פחות יהלמו את כישוריהם.

השלכה אפשרית אחרת להרתעת היתר היא קיומה של **עריכת דין מגננתית**:<sup>362</sup> עורך הדין יחשוב על האינטרס שלו שלא להיתבע בגין אחריות מקצועית בטרם יחשוב על האינטרס של הלקוח לזכות במשפט. משכך, ייתכן שהוא יימנע מנקיטה בטקטיקות משפטיות שאינן בטוחות או אף יימנע מטיפול בתיקים שאינם בעלי סיכויי הצלחה גבוהים במיוחד. עורך דין שכזה, עשוי למצוא עצמו מזהיר כל לקוח מפני הגשת תביעה ומחתים אותו על מסמך המאשר שקיים את חובתו כלפיו. לכך עלולות להיות השלכות חמורות: כך, למשל, ייתכן שדווקא "הימור" במשפט היה יכול להיות צעד אסטרטגי מבריק, גם אם מסוכן, שהיה מוביל לזכייה בתיק. תוצאה בעייתית אחרת היא שעניינם של תובעים עם סיכויי הצלחה נמוכים לעולם לא יצליח לזכות לדיון משפטי הולם, שכן עורכי הדין יעדיפו שלא לטפל בתיקים שכאלה. כפי שהוסבר במסגרת העבודה, לעתים עשויות להיות ללקוח מוטיבציות שאינן כלכליות גרידא בהליכה למשפט וייתכן שבמקרים מסוימים אף החברה בכללותה תהא שותפה למוטיבציות אלה. אי נטילת הסיכון הכרוך בהליכה למשפט, שלו סיכויי הצלחה נמוכים, עשויה לפגוע משמעותית ביכולת לאתגר הלכות קיימות, שיש וכדאי לרענן אותן ולפתחן בהתאם לחילופי העתים. במילים אחרות, **ישנו אינטרס חברתי במתן כר פורה לעורך הדין ליזום טענות חדשניות, מבלי שיחשוש שמא ייתבע בגין רשלנות מקצועית**.<sup>363</sup>

טיעונים אלה, נכבדים ככל שיהיו, נחלשים משמעותית בהינתן קיומו של **מנגנון ביטוח אחריות מקצועית**, בו מחויבים כיום כל עורכי הדין בישראל, אחרת תוגבל חברותם בלשכה.<sup>364</sup> אומנם, פוליסת הביטוח אמורה לשקף את הסיכונים באופן הולם, כך שנוכח סיכונים גבוהים לתביעה בגין אחריות מקצועית,

<sup>362</sup> הרמן, שם, 6-7

<sup>363</sup> Rondel, *ibid*, 999

<sup>364</sup> ב-28/10/2008 קיבל הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין פה אחד את ההחלטה כי תוטל חובת ביטוח אחריות מקצועית על כל עורך דין. עורך דין שלא ימלא אחר דרישה זו ולא ידווח עד ל-31/12 מדי שנה מאיזו חברת ביטוח רכש את הפוליסה שלו, תוגבל חברותו בלשכה. לטענת הוועד המרכזי ביטוח האחריות המקצועית משרת הן את הלקוח (על מנת שזה לא יתייצב בפני עורך דין חסר פירעון) והן את ציבור עורכי הדין (העלולים למצוא עצמם באחד מן הימים נדרשים לשלם פיצויים בסכומים אסטרונומיים). ראשי הוועד מציינים כי חובת ביטוח אחריות מקצועית היא כיום דרישה מקובלת ברוב מדינות העולם.

עלולים עורכי הדין להידרש לתשלום פרמיה גבוהה במיוחד, שתהפוך עבורם את העיסוק במקצוע ללא משתלם כלכלית. עם זאת, טענתי היא כי **תחולת המודל מצומצמת** למקרים מובהקים של רשלנות ו/או זדון, וכי עורך הדין יכול באמצעים זולים ופשוטים למנוע את התרחיש כלל – די בכך שיחתים את לקוחו ויסביר לו את כל העלויות הכרוכות במסלולים השונים. עורך הדין במסגרת המודל המוצע אינו נדרש להיות מלאך שרת או בעל יכולת ראיית הנסתר. כל שהוא נדרש הוא לשקול בדעתו. אין הוא יכול, גם לו רצה בכך, להעריך בצורה מדויקת מה תהיינה תוצאותיו של משפט.

לגישתי, ההרתעה המוצגת במודל הינה הרתעה ראויה, המוטלת באופן התורם להקטנת סך הנזקים והוצאות מניעתם.<sup>365</sup> היא מתיישבת היטב עם היותו של עורך הדין **השוקל הטוב ומונע הנזק הזול** עת לקוחו מתייעץ עמו. יתרה מכך, קיימים בנמצא גם **שיקולי צדק**, המצדיקים את הטלת החבות על עורך הדין בנסיבות הנקובות במודל: מקום שבו היה עורך הדין רשן או פעל בזדון, יטענו **שיקולי הצדק המעניש**, ראוי שייענש באופן העומד ביחס ישר לחומרת התנהגותו. **שיקולי הצדק המתקן**, מנגד, יתמקדו בניזוק וכיצד יושב הוא למצבו עובר הפגיעה.<sup>366</sup>

### 3. זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית

זכות הגישה לערכאות שיפוטיות היא זכות יסוד חשובה, הנהנית ממעמד חוקתי.<sup>367</sup> היא מהווה אי נעילת הדלת בפני מי שסבור כי הוא זכאי לסעד משפטי. המודל המוצע, עשויה להיטען הטענה, פוגע חזיתית בזכות הגישה לערכאות, שכן הוא עלול להוביל לכך שעורכי דין יבחרו תמיד להמליץ ללקוחותיהם על פשרה, כחלק מתופעת עריכת הדין המגננתית המתוארת בסעיף הקודם, ועניינם של בעלי דין שסיכויי תביעתם נמוכים – עלול שלא להגיע כלל לבית המשפט. יתרה מכך, התביעה נגד עורך הדין היא בגין התדיינות, הגם שאינה יעילה. האם ניתן לתבוע על עצם מיצויה של זכות אזרחית חשובה, בעלת היקף נרחב? האפשרות כשלעצמה עלולה לשדר מסר בעייתי לפיו זכות הגישה לערכאות למעשה מרוקנת מתוכנה.

תגובתי לטיעון זה מתפצלת לשני נימוקים: ראשית, אטען, זכות הגישה לערכאות כלל אינה נפגעת. המודל עוסק בחובה להזהיר וליידע את הלקוח, על מנת שזה יוכל לקבל החלטה רציונלית ומודעת. הבחירה במסלול ההתדיינות נותנת לעולם בידי הלקוח ואין עורך דינו מונע ממנו מלגשת לערכאה שיפוטית זו או אחרת. אומנם, לעורך הדין נודעת השפעה רבה על אופן קבלת ההחלטות של לקוחו, המסתמך עליו. עם זאת, ההנחה היא שהלקוח לא יבטל את שיקול דעתו מפני שיקול הדעת של עורך דינו. לחילופין, גם אם קיימת פגיעה כלשהי בזכות הגישה לערכאות, אטען, הרי שהיא כה מזערית ובשולי הזכות עד כי בית המשפט כלל לא יידרש אליה.<sup>368</sup> ובכל מקרה, מידת ההגנה על הזכות אינה עולה בהכרח כדי מלוא היקפה. זכות הגישה לערכאות ניתנת לפגיעה ובלבד שהפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.<sup>369</sup> לתפישתי, כפי

<sup>365</sup> אריאל פורת, פיצוי בגין יצירת סיכון ופגיעה בסיכוי, **עיוני משפט** כג(3) 605, 607 (2000)

<sup>366</sup> וראה גם: אריאל פורת, שיקולי צדק ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים של ישראל, **עיוני משפט** כב(תש"ס) 647; א' פורת, אחריות קיבוצית בדיני נזיקין, **משפטים** כג (תשנ"ד) 311, 330-333, 344-347

<sup>367</sup> ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל-משרד הבינוי והשיכון, פס" 16 לפסק דינו של הש' גרוניס, (2007); "גישה ראויה ומלאה אל המערכת השיפוטית, כדי לאפשר [לאזרח] לממש מכלול זכויותיו בכל תחום ותחום – ללא יוצא מן הכלל" - שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית, מבוא ועקרונות יסוד 23 (1999); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 590-591, 628-630 (1997); רע"א 7608/99 לוקי ביצוע פרויקטים בע"מ נ' מצפה כנרת 1995 בע"מ, פ"ד נו(5) 156, 163 (2002); יורם רבין, **זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית**, 145-147 (1998); יום רבין, זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית, **המשפט** ה 217-233 (תשס"א)

<sup>368</sup> בגצ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 22 (2008); בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת פ"ד נ(3) 57, 69-70

<sup>369</sup> בגצ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 2008)

שמגוון רחב של פרוצדורות פוגע במובנים מסוימים בזכות הגישה לערכאות (דוגמת גביית אגרות), כך גם יש לייסד מכניזם, שיחתור ככל האפשר לצמצום היקף ההתדיינות הבלתי יעילה.

ביקורות נוספות, העשויות להיות מופנות כנגד המודל המוצע, הן כי עורך הדין הופך בכך למעשה למבטח של לקוחו<sup>370</sup> וכי הדרישה להזהיר מהווה התערבות יתרה באוטונומיה של הלקוח.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> Baker-Selesky, *ibid*, 209

<sup>371</sup> ראה הדין המורחב בעמ' 57 בעמדות הגישות השונות לעניין האוטונומיה של הפרט ומידת התערבותו הרצויה של עורך דינו

## סיום וכיווני מחקר עתידיים

"אם אדם יוצא לדרך וודאיות באמתחתו – סופו שיגיע אל קיצה ובידו ספקות. אך, אם יסתפק בספקות תחילה – עשוי הוא למצוא ודאות" [Francis Bacon, The Proficiency and Advancement of Learning 1605]

הגם שיצאתי עם ספקות רבים כצידה לדרך, אני מסיימת אותה עם סימני שאלה רבים לא פחות. אומנם, נוכח המחקרים האמפיריים העדכניים בארצות הברית, נמוג חלק מהערפל הסמיך האופף את תופעת ההתדיינות שאינה יעילה. ואולם, היעדרם של מחקרים אמפיריים דומים בישראל, מקשה על הערכת ממדי התופעה ובעיקר על ההתחקות אחר הגורמים לה.

נשאלת השאלה, האומנם ישראל בעלת מאפיינים ייחודיים, המשפיעים על תופעת ההתדיינות הבלתי יעילה, מגמותיה, היקפה ומרכיביה? והאם מאפיינים אלה ייחודיים גם בתוך השיטה האדברסרית ומשכך אין להקיש מהנעשה במדינות אחרות על הנעשה בישראל? נקודה נוספת למחשבה היא האם שכחות התופעה ועלויותיה משתנות בשיטה האינקוויזטורית, ואם כן – מה הסיבה לכך?

נחוצה, אפוא, עריכתו של מחקר אמפירי בישראל, שיבקש לאמוד את היקף התופעה ועלויותיה ולבחון איזה תפקיד, אם בכלל, ממלאים עורכי הדין בהתדיינות הבלתי יעילה. בנוסף, כיוון מעניין אפשרי אחר להמשך המחקר הוא בחינת תפקידו של השופט בהתדיינות שאינה יעילה והסדרתם של כללים פרוצדוראליים ואתיים מוגדרים ואמות מידה מנחות להתמודדות עם התופעה. היעדר אחידות בפסיקה לשאלת הטלת האחריות המקצועית על עורכי דין בגין עצם הגשת תביעה מקום שראוי היה שלא להגישה, עשוי ליצור מצב בעייתי במיוחד.

בשנת 2008 יצא לדרך פרויקט "פישור-גישור" מטעם הנהלת בתי המשפט, במסגרתו יחויבו בעלי הדין להתייצב לשיבת מידע, היכרות ותיאום (מהו"ת) עם מגשר. מטרת הפגישה היא לבחון את מידת התאמתו של הליך הגישור, כאמצעי ליישוב הסכסוך, לנסיבות המקרה הקונקרטיות. חובת ההתייצבות אף משדרת סיגנלים חשובים לחברה, לפיהם קיימים מסלולים מקבילים לדיון השיפוטי, המבוססים על הקשבה לזולת ומציאת פתרון הנוח לכל הצדדים הנוגעים בדבר. יתרה מכך, נוכח החשש מקריסת המערכת תחת העומס הרב המוטל על כתפיה, חשוב לאותת למתדיינים הפוטנציאליים כי לא בכל מקרה כדאי/יעיל/ראוי שבת המשפט יהיה המקום בו יתברר הסכסוך. יהיה מרתק לבחון בשנים הבאות כיצד יתקבל הפרויקט הניסיוני בקרב המתדיינים והאם הוא יוליך לצמצום מקרי ההתדיינות הבלתי יעילה בישראל.