

## דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

### נטע זיו וגליה פיט\*

עורכי דין המייצגים אנשים החיים במצבי עוני עשויים להיתקל בדילמות אתיות שונות. בחלק מן המקרים עשויות הדילמות לנבוע ישירות מן הבעיות המשפטיות הייחודיות למצבי עוני. אולם במקרים אחרים, כגון מקרים של הפרת הדין על ידי הלקוח, הדילמות האתיות אינן ייחודיות דווקא למצבי עוני. במאמר זה נטען כי אף שהדילמות האתיות המתעוררות כשהלקוח מפר את הדין אינן שונות כשלעצמן בייצוג לקוחות עניים, בכל זאת יש מקום שעורכי דין ישקלו, במסגרת השיקולים האתיים, גם את הנסיבות הספציפיות הכרוכות במצב העוני שהביאוהו לידי כך.

הפרת הדין על ידי הלקוח עשויה להתעורר בהקשרים שונים. במאמר זה נתרכז במצבים שבהם הייעוץ או הייצוג המשפטי ניתן בהקשר של עברה המבוצעת בהווה, או צפויה להתבצע בעתיד או שמדובר בעברה נמשכת. ננתח את המצבים על רקע הכללים המוכרים בדבר סודיות וחסיון: כלל 19 לכללי האתיקה מחייב את עורך הדין "לשמור בסוד" כל דבר המגיע לידיעתו תוך כדי מילוי תפקידו; ס' 48 לפקודת הראיות מעניק לו חיסיון (כלומר פטור מהחובה להציג כראיה) על דברים ומסמכים שהוחלפו בינו לבין הלקוח שיש להם "קשר ענייני לשירות המקצועי"; וחוק לשכת עורכי הדין מטיל חובה לטעון לחיסיון בנסיבות המתאימות. מכיוון שכללי האתיקה בישראל "רוזים" ואינם כוללים הנחיות מפורטות כיצד על עורכי דין לפעול במצבים כגון אלה, הטיעון שלנו במאמר נעזר בכללי המודל של לשכת עורכי הדין האמריקנית (American Bar Foundation, Model Rules of Professional Conduct).

הניתוח במאמר נעשה על רקע מקרה מבחן היפותטי של לקוחה הפועלת להקים עסק זעיר לצורכי פרנסה. הלקוחה מעמידה בפני עורכת הדין המטפלת בעניינה דילמות אתיות שונות, למשל כאשר היא נמנעת מלדווח על הכנסות או למשל כאשר היא פועלת ללא רישיון עסק כדין. במצב זה על עורכת הדין לבחון את גבולות חובת הנאמנות ללקוחה, להפעיל שיקול דעת ולאזן בין אינטרסים נוגדים וחובות נאמנות סותרות, ולעצב עמדה אתית בהתאם להקשר הייצוג ולנסיבותיו.

\* פרופ' נטע זיו היא מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב והייתה מנהלת התכניות לחינוך משפטי קליני בפקולטה. מלמדת אתיקה ואחריות מקצועית של עורכי דין וכן קורסים בתחום זכויות חברתיות ובתחום משפט ועוני. גליה פיט היא עורכת דין חברתית, בעשור האחרון ניהלה את הקליניקה לזימות עסקית וצדק כלכלי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. כיום מנהלת את המכון למשפט ופילנתרופיה בפקולטה.

כל זאת, כאשר לתהליך מתוסף רכיב נוסף, המביא בחשבון את נסיבות חייה של לקוחה ענייה, לרבות הניסיון להבין את המניע והמקורות להפרת הדין מנקודת מבטם של אנשים החיים בעוני וכן את מאפייני ההתנהלות של אנשים החיים בעוני במסגרת הכלכלה הבלתי-פורמלית.

א. מבוא. ב. גדרי חובת עורכי הדין לפעול בגבולות החוק; 1. העברה בוצעה בעבר והסתיימה; 2. עברה עתידית או נמשכת. ג. עוני והפרת חוק בתחומי רווחה. ד. עוני וכלכלה בלתי-רשמית. ה. ייעוץ ללקוחות עניים על רקע חשש להפרת חוק. סיכום.

## א. מבוא

סיוע משפטי לאנשים החיים בעוני מזמן, לעתים, דילמות אתיות המחייבות בירור שיווד לשורשי האחריות המקצועית של עורכי דין. הדבר אינו נובע רק מכך שללקוחות עניים יש בעיות משפטיות ייחודיות. לפעמים הדבר כך: למשל כשעוסקים בתחום משפט המיוחד רק לאנשים החיים בעוני – הבטחת הכנסה או דיור ציבורי – עשויות להתעורר שאלות אתיות המייחדות תחומי דין אלו.<sup>1</sup> אך בדרך כלל ייצוג אנשים בעוני מעלה דילמות שעשויות להתהוות בחיים המקצועיים של כל עורך דין המייצג לקוחות בעניינים שוטפים. אחד המצבים המחדד את מהות האחריות המקצועית של עורכי דין הוא כאשר הם חושדים, או אף יודעים, שלקוחם מפר את החוק. בנסיבות אלו מתעוררות שאלות מורכבות בדבר אופן הייצוג שיש להעניק ללקוח, ואלהן נתייחס בחלקו הראשון של המאמר. בהמשך נתמקד בדילמות מסוג זה כאשר הלקוח הוא אדם החי בעוני, ונבחן אם יש במצב זה כדי להשפיע על השיקולים האתיים הכרוכים בייצוג.

התמקדות בהיבטים הפרופסיונליים של ייצוג אנשים בעוני מוצדקת מכמה סיבות:<sup>2</sup> ראשית, מכיוון שלעתים קרובות השלכות הייצוג יהיו הרות גורל וישפיעו על עניינים קיומיים ממש; שנית, סירוב לייצג לקוח עני משמעותו עלולה להיות הותרתו ללא ייצוג כלל; שלישית, ונגזר מאלו – היותו של הלקוח אדם עני מחייבת באופן תדיר יותר התמודדות עם הערכים העומדים בבסיס הדין המהותי בעניין שבו ניתן השירות המשפטי, ועם אלו המצויים בבסיס כללי האתיקה של עורכי דין, ובכלל זה חובות הנאמנות המורכבות החלות עליהם.<sup>3</sup>

1 Neta Ziv, *Lawyers Talking Rights and Clients Breaking Rules: Between Legal Positivism and Distributive Justice in Israeli Poverty Lawyering*, 10 CLINICAL L.REV. 209 (2004).  
 2 במאמר זה נעשה שימוש בכמה מונחים חלופיים: אנשים החיים בעוני, מוחלשות כלכלית או אנשים מעוטי יכולת. כל המונחים האלו מקובלים בספרות על משפט ועוני, ומשקפים את הרעיון שלפיו הלקוח הוא אדם, ומצבו הוא חיים בעוני או מוחלשות כלכלית.  
 3 לדיון כללי על עריכת דין ועוני ראו למשל נטע זיו "משפט ועוני – מה על סדר היום? הצעה לאג'נדה משפטית לעוסקים בייצוג אוכלוסיות החיות בעוני" עלי משפט ד 17 (2005); נטע זיו "אי ציות, התנגדות וייצוג אנשים החיים בעוני – המקרה של פלישות לדיור ציבורי" דין ודברים א 115 (2004); יובל אלבשן פרקליטי העשוקים (2013); לוסי וייט "הכפפה, כישורי הישרדות רטוריים ונעלי יום ראשון: הערות על השימוע בעניינה של גב' ג" מעשי משפט ב 120 (2009);

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

נבחן סוגיות אלו כאשר ייצוג מוענק ללקוחות העושים שימוש בכלים יזמיים עסקיים כאמצעי להתמודדות עם החיים במוחלשות כלכלית או בעוני. לקוחות אלו נזקקים לעזרה משפטית (מתן מידע, ייעוץ, ייצוג) בפתירתו של עסק קטן או זעיר, בהקמת "עסק חברתי", ביצירת שותפות עסקית, בהתארגנות קהילתית ליזמה עסקית משותפת וכדומה. עריכת דין שבלבה סיוע ליזמות עסקית ופיתוח כלכלי (transactional lawyering) הפכה זה מכבר לאסטרטגיה מקובלת בעבודתם של עורכי דין ציבוריים-חברתיים בעולם, וכך גם בישראל. במסגרת זו מתעוררות דילמות שונות הקשורות לייעילות היזמות העסקית כאמצעי להעצמה ולשינוי חברתי, למתח בין ייצוג פרט ובין ייצוג קבוצה, וליכולת לעשות שימוש במנגנוני שוק לקידום זכויות. כמו כן מתעוררות שאלות חדשות מתחומי הדין המהותי.<sup>4</sup>

ברשימה זו נתמקד במצבים שבהם הלקוחות מעוטי יכולת כלכלית ומצויים ב"תפר" בין פעילות בגבולות החוק לבין כזו שיש בה הפרת חוק המתרחשת במהלך פעילות יזמית כלכלית שהם נוקטים ובה הפרת החוק שנבחן קשורה לענייניהם העסקיים; כך, למשל, נבחן את התמודדותם של עורכי דין עם לקוחות המקיימים פעילות עסקית בכלכלה הבלתי-רשמית, קרי ללא דיווח כלל לרשויות המס ולביטוח הלאומי. הלקוחות בוחרים לקיים פעילות עסקית בלתי-מרווחת כדי למנוע פגיעה בגמלת השלמת הכנסה המהווה עבורם בסיס קיומי. דיווח על הכנסה ורווח מן הפעילות העסקית יגרור קיטון בקצבה, אך הלקוחות אינם מוכנים ליטול סיכון כזה כל עוד הפעילות העסקית איננה יציבה ואיננה מספקת הכנסה צפויה קבועה. במצבים אלה צריכים עורכי הדין המייצעים ללקוחותיהם לבחון אילו פעולות יוכלו לבצע עבורם ומאילו פעולות ומאילו עצות עליהם להימנע מכוח הכללים האתיים. בדומה לכך, נתייחס גם להפרת חוק הנובעת מקיום הפעילות העסקית ללא היתר או רישיון עסק כדון. במקרים לא מעטים אנשים החיים בעוני המבקשים להתמודד עם המצוקה הכלכלית באמצעות יזמות עסקית זעירה מפעילים עסקים ביתיים; הפרקטיקה המוכרת לנו היא שבפועל הסדרי הדין אינם מאפשרים קבלת רישוי לעסק שכזה. לעתים הפעילות העסקית מתקיימת בנסיבות העלולות לסכן (ברמה כזו או אחרת) את צרכני העסק מבחינה בטיחותית ותברואתית. במצבים אלה מתעוררת דילמה אתית לעורכי הדין המתבקשים לסייע ללקוחותיהם אלה בעריכת הסכמים לפיתוח העסק, במשא ומתן בהשגת מימון לעסק, בייעוץ בנושא אחריות נזיקית ובענייני קניין רוחני, וכן בעבודה בשיתוף פעולה עם יועצים עסקיים המעניקים סיוע מקצועי ללקוחות אלו.<sup>5</sup>

Michelle S. Jacobs, *Legal Professionalism: Do Ethical Rules Require Zealous Representation of Poor People?* 8 ST. THOMAS L. REV. 97 (1995–1996).

4 להתפתחות פרקטיקה זו בישראל ראו מיכל אהרוני וגליה פיט "ממאבקי זכויות להעצמה כלכלית – סיוע משפטי לפיתוח קהילתי-כלכלי כתפיסה חדשה של עריכת דין חברתית" משפט, חברה ותרבות: העצמה במשפט 547 (משפט, חברה ותרבות, גיא מונדלק עורך, 2008). על היבטים משפטיים של הקמת עסקים חברתיים ראו גליה פיט "עסקים חברתיים בארגונים חברתיים בישראל: סוגיות בהתאגדות ובמיסוי" מעשי משפט ד 185 (2011).

5 לא נעסוק במצבים שבהם הפרת החוק איננה קשורה לפעילות העסקית (למשל חשש לאלימות כלפי קטינים, שימוש בסמים מסוכנים ועוד), כיוון שמצבים אלו מעוררים שאלות אחרות, שעשויות להיות קשורות למצבי עוני.

הדוגמה המפורטת המובאת בהמשך מאמר זה ואשר תשמש אותנו לניתוח תחולתם של כללי האתיקה וההתנהגות המקצועית הנדרשת לאורם, היא התרחשות היפותטית המבוססת על הצטברות מקרים שטופלו במסגרת הקליניקה ליזמות עסקית וצדק כלכלי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. דילמות מסוג זה, שחזרו על עצמן שנה אחר שנה, העסיקו את הצוות ואת הסטודנטים באופן נמשך. חשוב להדגיש כי ברמת הפשטה גבוהה יותר, הסוגיות האתיות והדילמות המוצגות להלן אינן מיוחדות לעריכת דין בתחום היזמות, או לעריכת דין בתחום העוני. גבולות חובת הנאמנות ללקוח במקרים של ספק הפרת חוק מצויה בליבת עבודתם של עורכי דין בתחומי משפט רבים, ובכלל זה המשפט האזרחי, הפלילי והמסחרי-תאגידי. עורכי דין נדרשים להפעיל שיקול דעת ולאזן בין אינטרסים נוגדים וחובות נאמנות סותרות, ולעצב עמדה אתית בהתאם להקשר הייצוג ולנסיבותיו. אולם, כפי שיודגם בהמשך, כאשר הלקוחות הם אנשים החיים בעוני, מתווסף לכל אלו רכיב נוסף, המביא בחשבון נסיבות חיים אלו. עוד נציין כי התמודדות עם סוגיות אתיות מסוג זה בקליניקה משפטית שהיא מסגרת לימודית סטודנטיאלי, מורכבת עוד יותר. לצד הצורך לנווט את דרכנו בשאלות אתיות-מקצועיות, מצוי כל העת גם הממד הפדגוגי שהוא מרכזי במסגרת קליניקה משפטית. תלמידי הקליניקה נתקלים בדילמות המקצועיות כחלק מתהליך לימודי המשפט, כשבפניהם לקוחות אמיתיים שהם צריכים לשרת, ובידיהם כלים ראשוניים בלבד לפלס את דרכם בינות שאלות של חוק, מוסר ואחריות מקצועית.<sup>6</sup> סוגיות הקשורות להוראה בקליניקה של יזמות עסקית מעלה שאלות נוספות, שלא יידונו כאן.<sup>7</sup>

על מנת לבחון כיצד מן הראוי להתמודד עם סוגיות אלו נמפה בחלק ב' את הכללים החלים על עורכי דין ולקוחות המפרים חוק, ונתעכב על המצבים שבהם עורכי דין מתבקשים ליעץ ללקוחות בנסיבות שבהן קיים חשש להפרת חוק. בחלק ג' נסקור את הספרות הסוציולוגית-משפטית שעניינה עוני והפרת חוק בהקשרים אזרחיים-עסקיים, ונבחן את זיקתה לכלכלה הלא-רשמית. בחלק ד' נחבר בין ההיבטים האתיים שנסקרו בחלק ב' לבין שיקולים המבוססים על ספרות זו, וננסה להתוות קווים מנחים לעורכי דין בעניין האופן שבו ניתן לשמור על כללי האתיקה, ובד בבד להכיר בנסיבות המיוחדות המאפיינות את הממשק של עוני והפרת חוק (בדרך כלל בהקשר של פעילות עסקית). נסכם במחשבות על מסגרת עיונית רחבה שיכולה לסייע בהתוויית קווים מנחים למצבים מסוג זה.

## ב. גודרי חובת עורכי הדין לפעול בגבולות החוק

עורכי דין מצויים כל העת ב"צומת נאמנויות" שבו הם נדרשים ליישב בין מחויבויות לגורמים שונים, שלא פעם סותרות זו את זו. נאמנות ללקוח, למערכת הצדק (ובכלל זה לבית המשפט),

6 על הזיקה בין הוראה קלינית להוראת אתיקה ראו למשל James E. Moliterno, *On the Future of Integration between Skills and Ethics Teaching: Clinical Legal Education in the Year 2010*, 46 J. LEGAL EDUC. 67 (1996).

7 Susan R. Jones, *Small Business and Community Economic Development: Transactional Lawyering for Economic Justice*, 4 CLIN. L. REV. 195 (1997).

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

לצד שכנגד, לציבור בלתי-מסוים, לחברים למקצוע ולפרופסיה בכללותה, וכמובן לערכיהם האישיים של עורכי הדין – מעמידה אותם לא פעם בדילמות שלא קל ליישבן. אחד מהעקרונות המקלים על פעולה זו, ואשר מאזן בין חובת הנאמנות ללקוח לבין החובה כלפי מערכת הצדק קובע כי הנאמנות ללקוח אינה כוללת בחובה פעולה שיש בה הפרת דין. לכאורה, הדברים ברורים, שהרי עורכי דין נתפסים כסוכני משפט וכחלק ממערכת הצדק, ואף מוגדרים כ"קציני בית משפט". אסור להם אפוא להעניק שירות משפטי ללקוחות המבקשים את סיועם כשהדבר כרוך בהפרת חוק, וחובת הנאמנות ללקוח מסתיימת במקום שבו מתחילה הפרת החוק.<sup>8</sup> את החובה לייצג את הלקוחות "בגבולות החוק" ניתן לגזור מתוך הדין התקף בישראל, אף שהדברים אינם מצוינים באופן מפורש בכללי האתיקה. כפי שמציינת זר-גוטמן, לעורך דין אסור לייצג ללקוחות להפר את החוק, וכן אסור לו עצמו להפר את החוק, הגם שזה לטובת הלקוחות או אף לפי בקשת הלקוחות.<sup>9</sup> הדברים עולים באופן עקבי מעמדת מערך הדין המשמעתי של הלשכה.<sup>10</sup>

הנחיה ברוח זו מופיעה מפורשות בכללים המומלצים שהתקינה לשכת עורכי הדין בארצות-הברית, המדריכים עורכי דין לאזן בין האינטרסים הלגיטימיים של הלקוחות לבין אינטרסים של גורמים אחרים, והכול בגבולות החוק (within the bounds of law).<sup>11</sup> אחד מהמצבים שבהם עורכי דין עלולים להיקלע למתח בין חובת הנאמנות ללקוח לבין ההגבלות על הפרת דין הוא כאשר הם מתבקשים לייצג ללקוחות (הדגש הוא על פעולת הייעוץ, להבדיל מייצוג בפני ערכאה משפטית).

מכיוון שכללי האתיקה בישראל "רזים" ואינם כוללים הנחיות מפורטות כיצד על עורכי דין לפעול, ניעזר בכללי המודל של לשכת עורכי הדין האמריקנית (American Bar Foundation.)

8 המאמר אינו עוסק במצבים שבהם הלקוח מבקש מעורך הדין להפר בעצמו את החוק על מנת לקדם את עניינו, למשל להבריח נשק לכלא, להונות אדם אחר, להסתיר רכוש גנוב, וכדומה. מקרים מסוג זה אינם מעוררים כמובן כל דילמה אתית, והאיסור המוטל על עורך הדין לעשותם מובן מאליו.

9 לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמון במשפט הישראלי (רות פלאטו-שנער ויהושע שגב עורכים, צפוי להתפרסם ב-2015).

10 "גבולות ייעוץ ללקוח בעניין חלוקת רכוש בגירושין" אתיקה מקצועית 15, 7 (2005); "גבולות חובת הנאמנות ללקוח: שימוש במידע שהושג בעברה לטובת הלקוח" אתיקה מקצועית 35, 4 (2010).

11 Model Rules of Professional Conduct: Preamble & Scope, sec. 9: "In the nature of law practice, however, conflicting responsibilities are encountered. Virtually all difficult ethical problems arise from conflict between a lawyer's responsibilities to clients, to the legal system and to the lawyer's own interest in remaining an ethical person while earning a satisfactory living [...] Such issues must be resolved through the exercise of sensitive professional and moral judgment guided by the basic principles underlying the Rules. These principles include the lawyer's obligation zealously to protect and pursue a client's legitimate interests, within the bounds of the law, while maintaining a professional, courteous and civil attitude toward all persons involved in the legal system", available at [http://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_preamble\\_scope.html](http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_preamble_scope.html)

Model Rules of Professional Conduct, להלן: MRPC). אף שלכללים אין תוקף מחייב, הם מהווים מודל רב-עצמה עבור המדינות בארצות-הברית, שהן בעלות הסמכות לחוקק את הדין המחייב את עורכי הדין.<sup>12</sup> כללי ה-MRPC כוללים הוראה מפורשת לעניין הייעוץ ללקוח, כחלק מההנחיות העוסקות בהיקף הייצוג של הלקוח (scope of representation). כך קובע כלל 1.2(d):

“A lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent, but a lawyer may discuss the legal consequences of any proposed course of conduct with a client and may counsel or assist a client to make a good faith effort to determine the validity, scope, meaning or application of the law”.

בהקשר זה יש להבחין בין שתי קטגוריית של מצבים: הראשונה – כאשר הלקוח כבר ביצע מעשה בלתי-חוקי, והדבר נודע לאחר מעשה לעורך הדין; והשנייה – כאשר הייעוץ או הייצוג המשפטי ניתן בהקשר של עברה המבוצעת בהווה, צפויה להתבצע בעתיד או שמדובר בעברה נמשכת. רשימה זו תרכזו בעיקר בקטגוריה זו. הניתוח ייעשה על רקע הכללים המוכרים בדבר סודיות וחסיון. כלל 19 לכללי האתיקה מחייב את עורך הדין “לשמור בסוד” כל דבר המגיע לידיעתו תוך כדי מילוי תפקידו, ס’ 48 לפקודת הראיות מעניק לו חיסיון (כלומר פטור מהחובה להציג כראייה) על דברים ומסמכים שהוחלפו בינו לבין הלקוח שיש להם “קשר ענייני לשירות המקצועי”, וחוק לשכת עורכי הדין מטיל חובה לטעון לחיסיון בנסיבות המתאימות.<sup>13</sup> נבחן את המקרים השונים:

#### 1. העברה בוצעה בעבר והסתיימה

בקטגוריה זו ניתן לזהות כמה מצבי משנה:

א. הלקוח מבקש ייצוג בהליך משפטי הנוגע לעברה שעבר (או נחשד או מואשם בביצועה), לאחר שזו הסתיימה. אלו המצבים הסנגוריאליים הקלאסיים שבהם לעורך הדין אין קושי מבחינה אתית להעניק ייצוג אף אם יש ראיות מוצקות לכך שלקוחו היה מעורב בהפרת חוק (אף שיכול להיות לו קושי אישי או מקצועי בעצם קבלת הייצוג של הלקוח).<sup>14</sup> הזכות לייצוג, שהיא זכות יסוד, מתירה לעורך הדין לתת שירות משפטי למי שעבר עברה, והוא אינו

12 שם, במבוא לכללים נאמר “The ABA Model Rules of Professional Conduct were adopted by the ABA House of Delegates in 1983. They serve as models for the ethics rules of most states”.

13 ס’ 19 לכללי לשכת עורכי הדין, התשמ”ו–1986; ס’ 48 לפקודת הראיות, התשל”א–1971; ס’ 90 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ”א–1961.

14 חיה שחר “בחירה טובה” בלקוח רע – על אחריותו המקצועית של עורך הדין לייצג לקוחות לא פופולאריים” ספר דיורד וינר 167 (דרור ארד-אילון, יורם רבין וגיב ואקי עורכים, 2009).

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

מוחזק כמי שמסייע בכך לקידום אינטרס ציבורי לא ראוי. ההפך הוא הנכון – יש הרואים במתן ייצוג משפטי לאדם המואשם בעברה את פסגת האתיקה המקצועית של עורכי דין.<sup>15</sup>

ב. הלקוח ביצע עברה שרכיביה, כהגדרתם בחוק, הושלמו; אולם תוצאותיה או השלכותיה עדיין יכולות להימשך, ואלו עלולות לגרום לפגיעה בזולת. קורה שעורך הדין לומד על ההשלכות האפשריות מביצוע העברה ממקור אחר שאינו הלקוח, ויש שהוא נחשף אליהן מפיו. במצב דברים זה מתעורר מתח בין חובת הנאמנות, ולעתים אף חובת הסודיות (אם למד על כך מפי לקוח), לבין האינטרס הציבורי של מניעת פגיעה בצד שלישי או בציבור. כללי האתיקה בישראל אינם ברורים באשר לדרך שבה על עורך דין לנהוג במצב זה, שכן לכאורה בנסיבות אלו אין חריג לחובת הסודיות, לא בהיתר לגילוי ולא כל שכן חובת גילוי.<sup>16</sup>

ועדת האתיקה הפועלת במסגרת חוק לשכת עורכי הדין קבעה כי בהתקיים נסיבות ס' 262 לחוק העונשין (עבירת אי מניעת פשע), הסודיות (וכן החיסיון) נסוגים מפני האינטרס של מניעת מעשה עברייני מסוג של פשע.<sup>17</sup> משכך, ניתן להניח בהשאלה כי יתירו לעורך דין להפר את חובת הנאמנות ואף הסודיות אם יהא בכך כדי למנוע מימוש תוצאת עברה שכזו.

עם זאת יש לזכור כי תחולת ס' 262 מותנית בהתקיימות כמה גורמים. ראשית, היא מוגבלת למניעת פשעים – עברות חמורות שהעונש עליהן הוא למעלה משלוש שנות מאסר. רוב העברות העולות בהקשר של רשימה זו להלן (הפרת הוראות חוק הבטחת הכנסה, עברות על חוק רישוי עסקים) הן עברות קלות יותר. שנית, נדרש שעורך הדין "ידע" שפלוני (לקוחו או אחר) "זומם" לבצע פשע. סוגיית הידיעה כאן היא מכרעת. על פי הדעה הרווחת, ובעקבות עניין הר-שפי<sup>18</sup>, נראה שלצורך עברת אי-מניעת פשע אין תחולה לס' 20(ג)(1) לחוק העונשין, ומשכך לא די בעצימת עיניים, אלא יש צורך בידיעה ממשית.<sup>19</sup> שלישית, החוק אינו מחייב

- 15 יואב ספיר "הזכות לייצוג הולם וטענת "כשל בייצוג" הסניגור 95, 19 (2005).
- 16 לימור זר-גוטמן "הבטחת תקשורת חופשית בין עורך הדין ללקוח באמצעות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות האתית – קריאה לרפורמה" ספר דיויד וינר 79 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). לחריגים לחובת הסודיות ראו לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות וחסיון עורך דין לקוח" אתיקה מקצועית 14 (2005); לימור זר-גוטמן "הצידוקים לחובת הסודיות וחסיון עורך דין לקוח" אתיקה מקצועית 15 (2005); לימור זר-גוטמן "התנאים להתקיימות חסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות" אתיקה מקצועית 16 (2005); לימור זר-גוטמן "החריגים לחסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות, חלק ראשון" אתיקה מקצועית 17 (2006); לימור זר-גוטמן "החריגים לחסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות, חלק שני" אתיקה מקצועית 18 (2006); לימור זר-גוטמן "החריגים לחסיון עורך דין-לקוח וחובת הסודיות, חלק שלישי" אתיקה מקצועית 19 (2006); לימור זר-גוטמן "חסיון עורך דין-לקוח למול חקירת המשטרה" אתיקה מקצועית 20 (2006); לימור זר-גוטמן "דבר העורכת – חסיון עורך דין-לקוח כאשר המסמכים נתפסים אצל הלקוח" אתיקה מקצועית 22 (2007).
- 17 "החובה לרווח על פשע עתידי – גוברת על חובת החיסיון המקצועי" עט ואתיקה 5 (1990).
- 18 ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001).
- 19 ראו בעניין זה הדין אצל מרים גור אריה "חובה פלילית למנוע פשע – אימתי מוצדקת" מחקרי משפט יז 355, 393–398 (2002).

בהכרח גילוי או דיווח, אלא נקיטת אמצעים סבירים למניעת התרחשות העברה, ואלו עשויים לכלול גם פעולות אחרות.<sup>20</sup>

מכל מקום, הטלת חובה על עורכי דין מכוח ס' 262 היא קשה, ודורשת דיון מיוחד, שטרם נעשה בישראל. היחס בין חובת מניעת פשע (בייחוד באמצעות דיווח) לדיני החיסיון דורש ליבון החורג מרשימה זו. כפי שמסבירה גור אריה, במדינות שונות אומצו הסדרים המשקפים את מערכת הערכים והאינטרסים של אותה חברה. בנוסף, יש להבחין בין הטלת חובה שהפרתה מובילה להטלת אחריות פלילית לבין הטלת חובת זהירות בנזיקין; בין הטלת חובה מראש ובין מתן פטור בדיעבד, ועוד.<sup>21</sup> מכאן שהעמדה הכללית של לשכת עורכי הדין, שלפיה ס' 262 הוא "חריג" לדיני החיסיון והסודיות, היא כה עמומה, שספק אם ניתן להיעזר בה כמתווה לגיבוש מדיניות ראויה או להבין את המצב המשפטי הקיים.

באשר לתחום האתיקה המקצועית, בארצות־הברית נדונה לעומק הסוגיה של חריגים לחובת הסודיות בגין הפרת חוק, ובסופו של דבר אומץ הסדר הקובע כמה חריגים שבהם מותר לעורך דין לגלות סוד מקצועי, אולם אין מטילים עליו חובה לעשות כן בשום מקרה. כללי המודל (MRPC) תוקנו בשנת 2006 על מנת להבהיר את היקף שיקול הדעת של עורכי דין במצבים מסוג זה. כלל 1.6 מתיר לעורך דין (אף שכאמור אינו מחייבו) לגלות מידע החוסה תחת הסודיות כאשר הוא מאמין באופן סביר שיהא בגילוי כדי למנוע פגיעה גופנית חמורה באדם או למנוע את מותו, וכן כאשר הוא סבור שהגילוי חיוני כדי למנוע, להקטין או לתקן נזק חמור העלול להיגרם לזולת (בין על ידי הלקוח עצמו או בדרך אחרת), ואשר מקורו בעברה שביצע הלקוח, ואשר בשלה העניק לו עורך הדין שירותים מקצועיים.<sup>22</sup> נראה אפוא כי לפי כללי ה-MRPC חובת הסודיות והנאמנות נסוגות בפני ההגנה על הציבור כאשר עלולה להתרחש פגיעה גופנית חמורה בזולת או מוות, כמו גם פגיעה קשה ברכושו. ביתר המקרים, כאשר אין מדובר בפגיעה מסוג זה, אין עורך הדין רשאי להפר את חובת הסודיות המוטלת עליו כלפי הלקוח, וזו גוברת על האינטרס של מניעת ביצוע עברות.

20 שם, בעמ' 392–393. נציין כי לגבי לקוחות עניים שאין ביכולתם לבחור עורכי דין ייתכן מצב שסירוב לתת את השירות המשפטי הוא כשלעצמו יוביל למניעת ביצוע עברה.

21 שם.

22 "Rule 1.6 Confidentiality of Information (a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by paragraph (b). (b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary: (1) to prevent reasonably certain death or substantial bodily harm; (2) to prevent the client from committing a crime or fraud that is reasonably certain to result in substantial injury to the financial interests or property of another and in furtherance of which the client has used or is using the lawyer's services; (3) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another that is reasonably certain to result or has resulted from the client's commission of a crime or fraud in furtherance of which the client has used the lawyer's services."



דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

ג. מצב שלישי מתעורר כאשר הסתיימו הן העברה והן תוצאותיה או השלכותיה, ובמועד מאוחר יותר נודע לעורך הדין שהלקוח השתמש בשירותיו לשם ביצוע עברה. בעת מתן השירות הוא לא ידע על כוונתו זו (שאם לא כן אסור היה לו לשתף פעולה), אולם לאחר מכן הסתבר לו כי המידע שהעביר ללקוח שימש אותו לביצוע מעשה פלילי. למשל, לקוח מספר לעורך דין כי הסכם שהוא הכין עבורו לבקשתו נגוע באי-חוקיות, מדובר בהסכם שקרי שאינו מייצג את המצב לאשורו.

במצב שלישי זה עשויות להתעורר כמה שאלות. האם על עורך הדין מוטלת חובה לדווח על המעשה או לנקוט פעולה אחרת? האם מותר לו לגלות מיזמתו את השימוש העברייני שנעשה בשירותיו? ואם כן, באילו נסיבות? האם מותר לעורך דין לגלות את המידע אם הוא נשאל על כך במסגרת חקירה או גביית עדות (כלומר מצב של חיסיון, בשונה מסודיות)? יובהר כי אין מדובר בנסיבות שבהן חל ס' 262, אלא שיש זיקה אחרת בין השירות שנתן עורך הדין לבין אי-החוקיות.

בישראל התפתחה התשובה לשאלות אלה במסגרת פסיקת בתי המשפט, בהיעדר כלל משמעותי ברור המנחה את עורך הדין כיצד לפעול. נקודת המוצא בעניין זה הוא פסק דין פלוני, שבו קבע בית המשפט העליון כי עורכת דין שגילתה לאחר מעשה ששירותיה המקצועיים ניתנו בהקשר של ביצוע עברה, רשאית לגלות את המידע במסגרת תביעת שכר טרחה המגיע לה, לטענתה, עבור השירות שהעניקה ללקוח.<sup>23</sup>

אף שפסק הדין עסק בנסיבות שבהן לעורך דין אינטרס כספי בגילוי (גביית שכר טרחה), הדברים שנאמרו שם היו כלליים והתקבעו כקווים מנחים בסוגיה זו. כך ציין השופט בייסקי: "שירות מקצועי של עורך-דין יכול שיתייחס לעבירות פליליות, אך זאת, כאשר העבירה כבר בוצעה, והעברייני מבקש מעורך הדין שירות מקצועי בקשר לכך, כגון ייצוג בהליכים פליליים שננקטו נגדו. אך מקום שהעברייני מוסר לעורך-דין על כוונתו לבצע עבירה בעתיד, והוא אף נוהג כך, כי אז אין הלקוח מעוניין בכל שירות מקצועי מעורך הדין, ואין זה מסוג הדברים שיש להם קשר לשירות מקצועי שניתן על-ידי עורך-דין". וכן: "הניתן לגרוס, כי דברים הנאמרים על-ידי לקוח בקשר להגשת הסכם בדוי ולא נכון לאישורו של בית המשפט, תוך מטרה להונות את שלטונות המס, יש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח? הרי זה תרתי דסתרי. 'שירות מקצועי' של עורך-דין ללקוח הוא ההפך מזה, והוא נועד להגיש ללקוח מיטב הייעוץ, הניסוח, הביצוע וכיוצא באלה בדרכים חוקיות, במקצועיות, בהגינות ובתום-לב. ואם נוכח עורך הדין, כי הלקוח ביוזמתו עשוי או עלול לסטות מקו זה, חובתו היא להתריע על כך ולמנוע זאת ממנו".<sup>24</sup> אף שדברי בית המשפט נאמרו בהקשר של עברה שהסתיימה, מדובר בהלכה כללית שתחולתה רחבה, והיא חלה גם על מצב של עברה עתידית או נמשכת.

23 על"ע 17/86 פלוני נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(4) 770, 779-782 (1987). בעניין זה מדובר על עורכת דין שערכה הסכם מכר כדין, ולאחר מכן נעשה שימוש בהסכם על ידי הלקוח בסיוע עורך דין אחר לערוך הסכם מכר שלא משקף את התמורה האמתית של העסקה.

24 שם, בעמ' 778-779.

בתי המשפט חזרו על הלכה זו והדגישו שתחולת החיסיון או הסודיות אינה תלויה במודעותו של עורך הדין לשימוש שנעשה בשירותיו לצורך ביצוע מעשה פלילי. כך למשל בעניין ליברמן נאמר: "יתכנו בהחלט מצבים, בהם מתייעץ לקוח המתכנן עבירה עם פרקליט, מבלי שהלה יהיה מודע לכך, שמטרת הייעוץ ומטרת מסמכים המופקדים בידו אגב כך, היא פלילית. אם אכן קיימת תשתית ראייתית המצביעה על כך שההתייעצות נועדה לקדם פעילות עבריינית של הלקוח, הרי שגם אם עורך הדין לא היה מודע לכך, לא יחול החיסיון על מסמכים שכאלה".<sup>25</sup> הלכה זו חלה, כך נראה, גם לגבי גילוי בנסיבות של חיסיון (עניין ליברמן) וגם בנסיבות שבהן חלה חובת הסודיות (עניין פלונית).<sup>26</sup> היא מתירה אפוא גילוי מידע, אך אין בה אמירה לגבי חובה לעשות כן. נראה כי באשר לחובת גילוי, המסגרת המשפטית בישראל נותרה ס' 262 לחוק העונשין הקובע את הפרמטרים לפעולה לצורך מניעת פשע, ובכלל זה גילוי ההחלטה בעניין פלונית, שזכתה לכינוי "הלכת העברה העתידית" היא רחבה ביותר, ולכאורה נדמית פשוטה. שהרי אין להעלות על הדעת שעורך דין ייתן יד להפרת חוק, בין בידועין ובין בתום לב, בין שידע עליה בעת מתן השירות ובין שנודע לו עליה בדיעבד. אולם במבט שני נראה כי לא תמיד יהיה ברור מתי ניתן ליישם את ההלכה. טלו למשל מקרה שבו לקוח מתייעץ עם עורך דין לגבי מצב משפטי מסוים. עורך הדין חוקר את הסוגיה, יורד לשורש העניין, מברר עם לקוחו פרטים חסרים במידע שהעביר לו וחוזר אליו עם חוות דעת ועמדה משפטית. בתשובתו הוא מציין באוזניו כי פעולה במסלול א' היא חוקית, ואילו פעולה במסלול ב' אינה חוקית. הלקוח מודה לעורך הדין, משלם לו את שכר טרחתו והולך לדרכו. בדיעבד מגלה עורך הדין כי הלקוח פעל במסלול ב'. האם בנסיבות אלו חלה הלכת העברה העתידית? האם ניתן לומר שעורך הדין יכול לגלות את תוכן הדברים שהוחלפו בינו לבין לקוחו? האם עורך הדין נהג כשורה כאשר לא בריר עם לקוחו באיזו דרך הוא מתכוון לפעול בעקבות עצתו? אנו סבורות כי לא למצב דברים זה התכוון בית המשפט כשקבע את אי-תחולת הסודיות והחיסיון, כאמור, בדיעבד באמצעות הלכת העברה העתידית. הלכת פלונית נועדה למנוע מצב שבו עורך דין יהיה מעורב, בין בדיעתו ובין שלא בדיעתו, בקידום מעשה פלילי כשהייעוץ המשפטי שהוא נותן מהווה אמצעי מהותי ומשמעותי בעיצוב מעשה העברה ובתכנונה. ככל שהזיקה בין הייעוץ המשפטי לבין פעולות הלקוח הדוקה יותר, כך ניתן לראות בעורך הדין כמי ש"מעורב" בביצוע העברה ולקבוע (כאמור, בדיעבד) את אי-תחולת החיסיון או הסודיות. אך ככל שעורך הדין מרוחק מהמעשה הפלילי והקשר בין הייעוץ שנתן לפעולות הלקוח רופף ועקיף יותר, נראה שהלכת העברה העתידית לא צריכה לחול.

כפי שיובהר להלן, עמדתנו זו בדבר ריחוק או קרבה בין השירות המשפטי לבין האי-חוקיות נכונה לא רק למצב שבו העברה הסתיימה והבירור נעשה לצורך בחינת תחולת החיסיון או הסודיות. היא משליכה על מצב דברים במהלך מתן ייעוץ או שירות משפטי ב"זמן אמת", ויש להחליט בדבר ההתנהגות האתית הראויה. לכך נפנה כעת.

25 ראו למשל ע"ש 90130/08 (מחוזית"א) ליברמן נ' מדינת ישראל, פס' 11 להחלטת השופט ברוך (פורסם בנבו 27.3.2008).

26 על ההבחנה בין סודיות לחיסיון ראו לימור זר-גוטמן "חובת הסודיות של עורך הדין וחיסיון עורך דין לקוח: הגיעה השעה להיפרד" הפרקליט מו 169 (2002).

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

## 2. עברה עתידית או נמשכת

הנחת המוצא שלנו ברורה: יש לשאוף לכך שהלקוח יפעל במסגרת החוק. לכן, תפקידו של עורך הדין להציג בפני הלקוח את המצב המשפטי לאשורו, את דרישות הדין, את המותר והאסור. כמו כן תפקידו לייצג ללקוח בדבר הדרך להגיע ממצב של אי-חוקיות למצב של חוקיות, אם נוכח לדעת כי הלקוח פועל באי-חוקיות.

זה המקום לחזור ולעייין בכלל (d) 1.2 לכללי ה-MRPC. הכלל אוסר על עורך דין לייצג ללקוח או לסייע לו כשעורך הדין יודע שמדובר במעשה אסור או שיש בו תרמית. איסור זה אינו מונע ממנו, עם זאת, לשוחח עם הלקוח על ההשלכות המשפטיות של פעולתו או לדון עמו בכנות בדבר המצב המשפטי התקף בנסיבותיו. לגבי המצב הנפשי, הכלל מניח ידיעה של עורך הדין לגבי אי-החוקיות הכרוכה בפעולה הצפויה של הלקוח, ומנחה אותו שלא לקחת בה חלק. מן הראוי להבהיר את משמעות המונח "ידיעה" בהקשר של דיני האתיקה מקצועית של עורכי דין. הקוד האתי של עורכי דין מטיל עליהם חובות שונות המותנות בידיעה. כך, למשל, כלל 34 לכללי האתיקה בישראל אוסר על עורך דין להעלות טענה עובדתית או משפטית "ביודעו שאינה נכונה".<sup>27</sup> מהי "ידיעה" בהקשר זה? הכיוון המסתמן בפסיקת בתי הדין המשמעתיים הוא להשוות את דרישות המצב הנפשי בדין המשמעתי לזה הקיים בדין הפלילי, ובכלל זה לפרש את המונח "ידיעה" ככולל בחובו "עצימת עיניים", כלומר קיומו של חשד והימנעות מלברר את החשד.<sup>28</sup>

נושא עצימת העיניים הוא מורכב עבור עורכי דין בשל המתח בין הצורך לקבל את מרב המידע מהלקוח על מנת להעניק את הייצוג הטוב ביותר – מצד אחד, לעומת החובות המוגברות המוטלות עליהם להתרחק ממצב של אי-חוקיות (במהלך ייצוג או ייצוג משפטי) כאשר הם יודעים על אותה אי-חוקיות – מן הצד האחר.

על קושי זה עמד בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין בעניין בר-שלום, שאף שעסק בנסיבות שונות וחמורות בהרבה מהנדון ברשימה זו, יכול לשפוך אור על סוגית עצימת העיניים ועל רמת החשד ומשקל הראיות הנדרשים על מנת לקבוע כי התקיימו נסיבות של עצימת עיניים.<sup>29</sup> בעניין זה הואשמו שני עורכי דין בהתנהגות שאינה הולמת את מקצוע עריכת הדין בכך שהעבירו "מעטפות כסף שמנות בין עבריינים" מבלי שהתחקו באופן פעיל על מהותה של ההעברה. כדיעבד הסתבר כי דובר בתשלום עבור ביצוע רצח של השופט עדי אזור ז"ל. בית הדין המשמעתי האזורי הרשיע את עורכי הדין בהתנהגות שאינה הולמת את מקצוע עריכת הדין, בקבעו שהיה עליהם "לחקור ולברר מה הם מתבקשים להעביר ולמי", וכן נאמר כי "ישנם

27 ס' 34 לכללי לשכת עורכי הדין.

28 ראו בעניין זה לימור זר-גוטמן "חובת עורך הדין לא להטעות את בית המשפט" עיוני משפט כד 413, 425 (2000); על"ע 757/94 קרמזין נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א-יפו, 1 (פורסם בנבו, 20.12.1994); בד"מ 26/10 ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין במחוז תל אביב והמרכז נ' בר שלום, 17 (פורסם בפדאור אתיקה, 1.7.2014). (להלן: עניין בר שלום); בד"א 71/14, 72/14, 84/14 ועדת האתיקה המחוזית של לשכת עורכי הדין נ' בר שלום (לא פורסם, 24.12.14). (להלן: עניין בר שלום בארצי).

29 ראו עניין בר שלום; עניין בר שלום בארצי.

“ישנם מקרים בהם דווקא עורך הדין חובתו לשאול שאלות, לברר, להימנע מלנהוג כבת יענה”.<sup>30</sup> בית הדין המשמעתי הארצי הפך את ההחלטה וזיכה את עורכי הדין מעבירת המשמעת. עמדת המותב בבית הדין המשמעתי הארצי היתה כי לא די בכך שהיתה העברה של מעטפות כסף באמצעות עורכי דין על מנת להוות התנהגות שאינה הולמת את המקצוע, וכי על הקבילה היה להציג ראיות נוספות על מנת להוכיח התקיימו של חשד, ממנו התעלם עורך הדין. לדברי חברת בית הדין אורלי גיא, הטלת נטל על עורכי דין “לחקור ולשאול מדוע התשלום מבוצע כך ולא אחרת, לבחון את כל החלופות האפשריות אך שמדובר בקולגות – יהא בכך נטל והרתעת יתר, אשר יפגעו בסופו של דבר בציבור הנזקק לייצוג משפטי”.<sup>31</sup>

נראה אם כן כי ההלכה בדבר רמת הראיה הנדרשת על מנת להוכיח עצימת עיניים מצד עורכי דין בנסיבות האמורות לעורר חשד, טרם הובררה סופית, והיא מצויה בתהליך של גיבוש. עם זאת יש לזכור, כי בעניין בר-שלום דובר במצב שבו עורכי הדין התבקשו בעצמם לבצע מעשה עליו נטען כי הוא לא ראוי (בלדרות בין עבריינים), בנסיבות שעל פניהם עשויות לעורר חשד (מעטפות כסף עלומות העוברות מיד ליד), ושלא כחלק מהשירות המשפטי המובהק שהם מעניקים ללקוחותיהם. ואכן, השאלה עד כמה דרכם של עורכי דין לקבל שכר טרחה בדרך שאיננה “מקובלת” (לא במשרד, בידי צד שלישי, במזומן, באמצעות שליח המביא כסף מהכלא), עמדה בלב המחלוקת בין הערכאות.<sup>32</sup>

עם זאת, במקרה שבו עורך הדין אינו מעורב ישירות בביצוע המעשה הבלתי-ראוי או הבלתי-חוקי, וכאשר הדילמה של “עד כמה לברר” מתעוררת במהלך מתן שירות משפטי של ממש – שאני. ואכן, כפי שיובהר בהמשך רשימה זו, אנו סבורות שמידת הזיקה בין אי-החוקיות לבין מתן השירות המשפטי ומידת המעורבות של עורך הדין בפעולה שיש בה אי-חוקיות היא שיקול מרכזי בדילמה זו.

לאור האמור, לצורך הדיון בהמשך הרשימה נאמץ את העמדה שלפיה חשד של ממש לביצוע מעשה בלתי-חוקי מצד הלקוח עשוי להיות שקול לידיעה, ועל בסיס זה ננתח את מצב הדברים. עדיין נותר להכריע בכל מצב מהי רמת החשד הנדרשת כדי לראות בכך עצימת עיניים, וכן מה ההשלכות של ידיעה בהתחשב בנסיבות. קושי של ממש עלול להתעורר כאשר עורך הדין החושד במצב דברים שהוא בלתי-חוקי, מנסה בתום לב לברר את אמיתות החשד ושואל את הלקוח מפורשות אם בדעתו להפר את החוק, אולם הלקוח ממשיך לשקר או להתחמק מאמירה ברורה. עד כמה צריך עורך הדין להמשיך במאמציו ולהתעמת עם הלקוח? אף שהתשובה לשאלה זו תלויה בנסיבות כל מקרה ומקרה, אנו סבורות כי אין להטיל על עורך הדין נטל כה כבד ולקבוע כי עליו להימנע מלתת את השירות כאשר מבחינתו פעל על מנת

30 עניין בר שלום, לעיל ה"ש 28, פס' 4 להחלטת אב בית הדין, עורך הדין רוני גולן; שם, בעמ' 15, דבריו של חבר בית הדין, עורך הדין בעז ברזילי.

31 עניין בר שלום בארצי, לעיל ה"ש 28, פס' 29 לפסק דינה של חברת בית הדין, עורכת הדין אורלי גיא.

32 עניין בר שלום, לעיל ה"ש 28, בעמ' 15 לפסק דינו של חבר בית הדין, עורך הדין בעז ברזילי; עניין בר שלום בארצי, לעיל ה"ש 28, פס' 25 לפסק דינה של חברת בית הדין, עורכת הדין אורלי גיא.

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

“לברר” את מצב הדברים. אם בכל זאת עורך הדין בטוח כי הלקוח משקר, שמור בידיו שיקול הדעת שיוכל להפעיל (על פי אינדיקטורים שונים שבהם נדון בהמשך המאמר), שלא להמשיך בייצוג או במתן השירות.

זאת ועוד, ידיעת עורך הדין בדבר פעולה בלתי-חוקית של הלקוח יכולה להתהוות בשלבים שונים של הייעוץ, וברמת ודאות משתנה. ההערה הנלווית לכלל 1.2(d) מאירה כמה מצבים אפשריים, ולאור הרלוונטיות שלה לנושא נביא את הדברים במלואם, ונדגיש את הנקודות המרכזיות לדין:

#### Criminal, Fraudulent and Prohibited Transactions

[9] Paragraph (d) prohibits a lawyer from knowingly counseling or assisting a client to commit a crime or fraud. This prohibition, however, does not preclude the lawyer from giving an honest opinion about the actual consequences that appear likely to result from a client's conduct. *Nor does the fact that a client uses advice in a course of action that is criminal or fraudulent of itself make a lawyer a party to the course of action. There is a critical distinction between presenting an analysis of legal aspects of questionable conduct and recommending the means by which a crime or fraud might be committed with impunity.*

[10] When the client's course of action has already begun and is continuing, the lawyer's responsibility is especially delicate. The lawyer is required to avoid assisting the client, *for example, by drafting or delivering documents that the lawyer knows are fraudulent or by suggesting how the wrongdoing might be concealed.* A lawyer may not continue assisting a client in conduct that the lawyer originally supposed was legally proper but then discovers is criminal or fraudulent. The lawyer must, therefore, withdraw from the representation of the client in the matter [...]. In some cases, withdrawal alone might be insufficient. It may be necessary for the lawyer to give notice of the fact of withdrawal and to disaffirm any opinion, document, affirmation or the like.

[12] Paragraph (d) applies whether or not the defrauded party is a party to the transaction. Hence, a lawyer must not participate in a transaction to effectuate criminal or fraudulent avoidance of tax liability [...]. *The last clause of paragraph (d) recognizes that determining the validity or interpretation of a statute or regulation may require a course of action involving disobedience of the statute or regulation or of the interpretation placed upon it by governmental authorities.*

[13] If a lawyer comes to know or reasonably should know that a client expects assistance not permitted by the Rules of Professional Conduct or other law or if the lawyer intends to act contrary to the client's instructions, the lawyer must consult with the client regarding the limitations on the lawyer's conduct.

ההערה מדריכה את עורך הדין להבחין בין מצבים ולשקול פרמטרים משתנים: בקשה למעורבות ישירה בביצוע מעשה בלתי-חוקי; מתן מידע "ניטרלי" אך שאפשר לעשות בו שימוש לביצוע מעשה בלתי-חוקי; גילוי בדיעבד שנעשה שימוש במידע לביצוע מעשה בלתי-חוקי בעוד הייצוג בעניין נמשך; הערכת מצב באשר לחוקיות פעולה מסוימת, ועוד. ההערה אף מנחה את עורך הדין כיצד לפעול בחלק מהמצבים המתוארים (שאינן בהם כמובן כדי למצות את כל האפשרויות), והוא יכול לסרב לבצע פעולה מסוימת, ליידע את הלקוח על חוסר נכונותו לבצעה, להבהיר את המצב המשפטי ואת ההשלכות של אי-ציות, למשוך ידו מההתקשרות ולהתפטר מייצוג, וכיוצא באלה.

על בסיס פרמטרים אלו נמפה כמה מצבים שאליהם יכול עורך דין להיקלע, ונסתמך על מקרים שהתעוררו בעבודת הקליניקה. רוב האפשרויות להלן כלולות בקטגוריה השנייה, המניחה שהמעשה הכרוך באי-חוקיות מתקיים בהווה, עשוי להתקיים בעתיד או שעורך הדין מתבקש לפעול בדרך שתאפשר את התמשכותו; אך קורה גם שמתעורר מצב הנכלל בקטגוריה הראשונה, קרי, המעשה הבלתי-חוקי קרה בעבר, ואין לו השלכות עתידיות. להלן כמה מצבים אפשריים:

- א. הייעוץ או הסיוע המשפטי של עורך הדין מתבקש לצורך ביצוע מעשה בלתי-חוקי בעתיד.
- ב. עורך הדין נתן חוות דעת לגבי חוקיות מעשה הלקוח (שכרוכה בו אי-חוקיות), אך הוא עצמו לא לקח בו חלק.
- ג. עורך הדין חושד בדרגה גבוהה של חשד (או יודע) שהייעוץ או המידע שנתן ישמש את הלקוח לביצוע מעשה בלתי-חוקי.
- ד. עורך הדין מתבקש לתת ייעוץ, מידע או סיוע בסוגיה משפטית שאינה לכשעצמה בלתי-חוקית, אולם היא קשורה להפרת חוק, נגזרת הימנו או נובעת ממנו, אף שמדובר בעניין שהייעוץ לגביו יכול לעמוד בפני עצמו, במנותק מהפעולה הבלתי-חוקית.
- ה. עורך הדין סבר שהמידע שנתן ללקוח ישמש אותו לביצוע פעולה חוקית, אך בדיעבד נודע לו כי בפועל הלקוח עשה בו שימוש לביצוע פעולה בלתי-חוקית, שהיא נמשכת.
- ו. עורך הדין גילה, בדיעבד, כי פעולה משפטית שהוא סייע בביצועה, שימשה, או ממשיכה לשמש, לביצוע מעשה בלתי-חוקי.
- ז. עורך הדין סבור כי המצב המשפטי אינו ברור, וקיימות פרשנויות שונות באשר לחוקיות מעשה הלקוח. עמדת הרשות הרלוונטית היא שמדובר בפעולה בלתי-חוקית, אולם זו טרם הועמדה למבחן שיפוטי.

כאמור לעיל, אפשרויות אלו מתעוררות בפרקטיקה של כל עורך דין. כך למשל עורך דין המייצג בדיני משפחה עשוי למצוא עצמו במצב שבו ייעוץ שנתן ללקוח משמש אותו להסתרת רכוש משותף בניגוד לדין, או שהוא חושד שחברה שהתבקש לרשום עשויה לפעול בניגוד

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

לדיני המס. עם זאת, אנו מבקשות למקד את הדיון והתשובות לייצוג במסגרת עבודתה של קליניקה המעניקה עזרה משפטית לאוכלוסיות מעוטות יכולת כלכלית. בחלק מהסיטואציות קיים מרחב של שיקול דעת לגבי העמדה האתית הראויה. משכך, נשאלת השאלה אם יכולה עמדה זו להיות מושפעת מנסיבות הייצוג, קרי: ההקשר החברתי-כלכלי שבו הוא נעשה, מהיות הלקוח אדם עני, ומתחום הייצוג המהותי. מכיוון שרשימה זו מתמקדת ביחסי עורך דין-לקוח כשהלקוח הוא אדם מעוט אמצעים כלכליים, נפנה עתה לבחון את הספרות המתחקה על הממשק בין עוני, אי-חוקיות, רווחה ו"כלכלה לא רשמית". לאחר מכן נשוב לבדוק כיצד יכולה ספרות זו להשליך על הכרעות מקצועיות אתיות.

### ג. עוני והפרת חוק בתחומי רווחה

מחקר מתחום מדעי החברה (ומדעי ההתנהגות) על הפרת חוק מתחום ה"רווחה" או הפרת חוק "כלכלית" על ידי אנשים החיים בעוני מביט על תופעה זו מכמה כיוונים. אחד מהם הוא הניסיון להבין את מניעיו ומקורות אי-הציות מנקודת מבטם של אנשים בחיים בעוני. סאראט (Sarat) בחן את "חוקי החוק" בחיי היומיום של אנשים עניים. המשפט נחוה כמשטר של כללים המופעלים על ידי גורמים רשמיים, אשר שולטים בבחירות ובהחלטות שלהם באופן שוטף בתחומי החיים הבסיסיים ביותר, ובעניינים האישיים ביותר.<sup>33</sup> כללי המשפט הם כמו "רשת של קורים" הנטויות סביבם ומחייבת אותם לנקוט אמצעים "טקטיים" – כגון הימנעות והתחמקות מדיווחים – כדי להתמודד עם מצוקתם, ואף לשמור על כבודם. בהמשך לגישה זו תיעד גיליום (Gilliom) את חוויותיהן של נשים חד-הוריות הנתונות למעקב הדוק ולבילוש מצד המדינה בהיבטים רבים של חייהן, מעקב הנעשה מכוח חוקי רווחה המזכים אותן בגמלת קיום. הוא מביא מפיהן את ההצדקות להתחמקות ממנגנוני הבקרה והמעקב הללו. אחד מממצאיו המרכזיים הוא שנשים רבות נמנעות מלדווח על מצבן, ומתחמקות מלתת מידע כנדרש בחוק, כשהן חשות ששיטות המעקב ותוצאותיו ימנעו מהן להיות אימהות טובות בכך שישללו מהן את גמלת הקיום.<sup>34</sup> ההימנעות מדיווח נתפסת בדרך כלל כהפרה של הוראות החוק המחייבות דיווח ועשויה להתפרש כעברה על דיני הרווחה. אולם מצדן של הנשים הפועלות כך קיימת הצדקה להסתרת מידע מן הרשויות. כך עולה גם ממחקרה של רגב-מסלם (Regev-Messalem) שהתחקתה אחר ההצדקות המושמעות על ידי נשים המתקיימות מגמלת הבטחת הכנסה בישראל, ואשר מודות שהן "מרמות" את המוסד לביטוח לאומי בצורות שונות (אי-דיווח על קיומו של בן זוג, אי-דיווח על הכנסה, על מעבר דירה, וכיוצא באלה). לדידן, ההצדקה לכך מצויה בשבירת ההסכם הבלתי-כתוב בין לבין המדינה בדבר אימהותן ואזרחותן. הן ביצעו את חלקן במעשה האזרחי באמצעות הבאת ילדים (למדינה, לחברה, לעצמן), אולם המדינה מצדה הפרה את הבטחתה לערוב לכך שלהן ולילדיהן

Austin Sarat, *The Law is All Over: Power, Resistance and the Legal Consciousness of the Welfare Poor*, 2 YALE J.L. & HUMAN. 343 (1990)

John Gilliom, *Overseers of the Poor: Surveillance, Resistance and the Limits of Privacy* 34 (2001).

יהיו אמצעי קיום בכבוד.<sup>35</sup> הבעייתיות הכרוכה בהפרת החוק נחלשת אפוא, בתחושתן, לאור הצדקות אישיות אלו. קרומר-נבו אף היא מביאה בקול ראשון את סיפורי החיים של נשים שנולדו לתוך עוני, ומתעכבת על המנגנונים שלהן להישרדות, הכוללים לעתים פעולות שלא במסגרת החוק.<sup>36</sup> נשים חד-הוריות אלו, טוענת קרומר-נבו, נתונות לביקורת תמידית על החלטותיהן: מדוע אינן עובדות? למה נישאו בגיל כה צעיר? למה ילדו יותר מדי ילדים? מדוע לא עזבו בעל מכה?<sup>37</sup>

מחקרים מתחום המשפט ומדעי החברה המשיגו את פרקטיקות הפרת החוק של אנשים החיים בעוני במונחים פוליטיים, ולא ניתחו אותם רק מנקודת מבט משפטית או פסיכולוגית. כל הכותבים לעיל מעניקים משמעות של "התנגדות" (resistance) לפעולת אי-הציות של נחקריהם, בין שזו נעשתה במודע ובין שלא. בכך הם משתלבים בספרות נרחבת העוסקת ב"מיקרו פרקטיקות של התנגדות" של קבוצות חלשות ואוכלוסיות מיעוט. לפי גישה זו, המבוססת במידה רבה על כתביו של סקוט (Scott), עלינו לבחון אקטים של שינוי חברתי לא רק דרך פעילות קולקטיבית גלויה (הפגנות המונים, פניות לבתי משפט ולמחוקק לשינוי נורמות, מחאות שטח), אלא גם במעשים יחידניים של אנשים מעוטי אמצעים ונעדרי כוח פוליטי, המסרבים לציית למשטר החוקי המעצב את חייהם, ולכלליו הפוגעים בכבודם וביכולת הקיום שלהם.<sup>38</sup> הסתכלות זו אינה מוציאה כמובן מתוך ארגז הכלים את הפעילות המאורגנת והגלויה בתחום העוני והרווחה, כגון תקיפה ישירה של נורמה משפטית בבתי משפט או פעולות לשינוי הדין, ואלו אכן מתקיימות לצד הפעילות היחידנית.<sup>39</sup> אך הספרות בתחום מדגישה את הקושי של אוכלוסיות מעוטות יכולת לעשות שימוש בכלים מסוג זה, שלעתים נמשכים שנים ואינם נגישים לכול, ולצדה מתארת מצבים של פעולה יחידנית.

גישות ההתנגדות רואות אפוא באי-הציות אמצעי מרכזי של אנשים עניים לבטא מחאה, לקרוא תיגר על הלגיטימיות של המערכת שהדירה אותם מתוכה ושלא נתנה מקום לחוויות חייהם. ההתנגדות מכוונת כלפי שיטה שאינה משקפת את צורכיהם ואת מצוקתם, אלא נתפרה לטובת אינטרסים של אחרים, בעלי יכולת כלכלית. על פי תפיסה זו, את המחאה הם מבטאים

Shiri Regev-Messalem, *Welfare Freud, Citizenship, and Resistance: Israel Woman's Attitudes Towards Workfare Ideology* (Sep. 2001) (dissertation for the degree of doctor of the science of law, Stanford University) 35

מיכל קרומר-נבו נשים בעוני: סיפורי חיים – מגדר, כאב, התנגדות (2006). שם. 36 37

ראו בעניין זה: Michael McCann & Tracey March, *Law and Everyday Forms of Resistance: A Socio-Political Assessment*, 15 SLPS 207 (1996); JAMES C. SCOTT, WEAPONS OF THE WEAK: EVERYDAY FORMS OF PEASANT RESISTANCE (1985); Robert Shanafelt, *Body of Power, Spirit of Resistance: the Culture and History of a South African People*, 15 J.AFR.STUD. 219 (1986); זיו "אי-ציות, התנגדות וייצוג אנשים החיים בעוני", לעיל ה"ש 3; קלריס חרבון "השתכנות מתקנת – סיפורן של נשים המתקנות עוול היסטורי" עיונים במשפט, מגדר ומיניזם 413 (דפנה ברק-ארז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

דנה פריבך-חפץ ונטע זיו "מאבק משפטי-חברתי-תרבותי להכרה בחובות ובזכויות טיפוליות: המקרה של בג"ץ 1433/03 בחטין נ' שר האוצר" עבודה, חברה ומשפט יג 267 (2012). 39



דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

באי-ציות – בדרך כלל סמוי – שיש בו פעולה כפולה: גם דרך להישרדות וגם דרך למימוש אזרחות פעילה.

קיימת ספרות נרחבת על הקשר בין "משפט הרווחה" של נתמכי גמלאות לבין המשפט הפלילי. מחקרים אלו הם תיאוריים ונורמטיביים כאחד, ומצביעים על זיקות מורכבות בין דיני רווחה לדין הפלילי. דרך אחת לחבר בין התחומים היא באמצעות אימוץ פרקטיקות אכיפה מהתחום הפלילי לתוך תחום הרווחה – למשל הענקת סמכויות חיפוש, מעקב ותפיסה לגורמי רווחה על מנת לאכוף תנאי זכאות לתמיכה. זאת ועוד, בשיח הציבורי הרווח בולטת גישה, סמויה יותר או פחות, המניחה פלילות לטנטית בקרב הנתמכים. אלו מוצגים לעתים קרובות כמי שאימצו אורח חיים לא-ערכי, לעתים פלילי, ומתויגים ככשל חברתי – חיים על חשבון האזרח הטוב שומר החוק. בדרך זו "מקורב" עולם הערכים החברתי של דיני הרווחה לעבר המשפט הפלילי. דורון מציין כי הרטוריקה הנישאת נגד מי שעושה שימוש לרעה במערכת הרווחה הופכת לעתים קרובות "למעין מתקפה כנגד כלל המוטבים. הרטוריקה המאפיינת דיונים אלה נוטה להאשים ללא הבחנה את כל מקבלי הגמלאות, או את רובם, במעורבות בפעולה שתכליתה להונות את המערכת [...] הציר האידיאולוגי של רטוריקה זו הוא להחדיר לתודעת המערכת הפוליטית והציבור הרחב את האמונה שהשימוש לרעה ומעשי ההונאה הם חלק מהותי ממערכת הרווחה והביטחון הסוציאלי".<sup>40</sup> דורון מדגיש שהיקף התרמיות וההונאה בקרב נתמכי רווחה בישראל אינה שונה ככל הנראה מזו הקיימת בעולם, והוא מוערך בכ-4%–5%. זהו שיעור נמוך מהיקף העלמת המס הבלתי-חוקית, המוערך בכ-15%–20%. למרות זאת, הדיון הציבורי כלפי מעלימי מס אינו טעון ושלילי כפי שקיים כלפי נתמכי רווחה, והם אינם מוקעים בציבור כעבריינים הפוגעים בחברה. אימוץ שיח כזה מייצר דה-לגיטימציה הן של מערך הרווחה והן של נתמכיו.<sup>41</sup>

יש שמשפט הרווחה מפליל באופן ישיר את מי שאינו מציית לכלליו. כך – אי-דיווח או דיווח שקרי לגבי תנאי זכאות עלולים להוביל לא רק לשלילת התמיכה, אלא גם לנקיטת הליכים פליליים. במדינות שונות בעולם, ישראל בכלל זה, נדונו בשנים האחרונות הצעות להחמיר את האמצעים והסנקציות נגד מי שנתפסו בתרמית כלפי מערכת הרווחה. אלו כוללים הטלת קנסות, העמדה לדין וכן סנקציות מנהליות שאין בהן ערובה על שמירת הליך הוגן.<sup>42</sup>

## ד. עוני וכלכלה בלתי-רשמית

הממשק בין עוני לבין הדין הפלילי מתקיים גם, לעתים, מעצם הפעולות שנוקטים אנשים המתמודדים עם עוני על מנת להיחלץ ממנו ולזכות בפרנסה הוגנת. כזהו מצבם של אנשים

40 אברהם דורון "שימוש לרעה והונאה במערכת הביטוח הלאומי" בטחון סוציאלי 84, 57, 61 (2010).

41 שם, בעמ' 72–74; Dorothy E. Chun & Shelley A.M. Gavigan, *Welfare Law, Welfare Fraus*, 13 SOCIAL LEGAL STUDIES 219 and the Moral Regulation of the 'Never Deserving' Poor, (2004).

42 דורון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 64–66; Kaaryn Gustafson, *The Criminalization of Poverty*, 99 J.CRIM.L. & CRIMINOLOGY 643 (2009).

(בעיקר נשים) המתקיימים מגמלת הבטחת הכנסה או השלמת הכנסה ולצדה מקיימים פעילות עסקית זעירה. למעשה הגמלה המשתלמת חודש בחודשו היא בסיס ההכנסה הקבוע, כמשענת העיקרית – גם אם צרה – ואילו ההכנסה מן הפעילות העסקית מהווה עבור אותן נשים "השלמת הכנסה". ההכנסה הקבועה מן הקצבה לעומת ההכנסה המשתנה מן העסק מהווה הצדקה ממשית עבור אותן נשים, החיות בנסיבות אלה, לקיים את הפעילות העסקית במסגרת הכלכלה הבלתי-רשמית, כלומר לא לדווח עליה כלל לרשויות המס ולרשויות הביטוח הלאומי. זאת, כדי להימנע ממצב שבו סכום הקצבה קטן ביחס לגובה ההכנסה או הרווח מן הפעילות העסקית.<sup>43</sup>

זהו מצב שונה במעט מפעולות להעלמת הכנסות ולהתחמקות ממס (כגון הוצאת קבלה או חשבונית על חלק מסכום העסקה בלבד) הננקטות לעתים על ידי בעלי עסקים רשומים כדין. אי-דיווח על הכנסה מפעילות עסקית מהווה עברה שדינה קנס בהתאם לחוק הבטחת הכנסה, והיא מהווה גם עברה לפי פקודת מס הכנסה.<sup>44</sup> אולם צורכי הקיום של אנשים החיים בעוני – שהכנסתם מקורה כמעט באופן בלעדי בגמלת הבטחת הכנסה ולצדה הכנסות זעירות מפעילות עסקית, והחשש מלהיוותר ללא הכנסה מספקת לצרכים בסיסיים – "חזקים" מן הדין אשר אינו מרתיע בהכרח מלנקוט בדרך זו. המעבר לכלכלה הרשמית, קרי פתיחת תיקי מס ודיווח על הכנסות לרשות המיסים ולרשויות לביטוח לאומי עשויה להתרחש לאחר שבעלת העסק פיתחה ביטחון בעסק וזוכה לראות יציבות מסוימת בהכנסות ממנו. זהו תהליך הדרגתי ונבנה: ככל שגדל קהל הלקוחות וככל שגדל נפח הפעילות העסקית, מתגבר החשש מצד אחד מפני החשיפה והסיכון שבניהול העסק באופן לא פורמלי (אפילו חשש מפני הלשנה מצד לקוחות או מתחרים) ומנגד גדלה ההבנה כי לרישום העסק והנפקת קבלות בגין הכנסותיו עשויה להיות השפעה חיובית על צמיחתו.

להבדיל מהמדיניות המקובלת בישראל, במדינות אירופה קיימות תכניות "מרווחה לפרנסה" אשר מעניקות תקופת חסד לאנשים המבקשים להיחלץ מעוני באמצעות פיתוח מקורות הכנסה עצמאיים (עסקים זעירים) מבלי להקטין את סכום הגמלה למשך תקופה מוגדרת.<sup>45</sup> חלק מהתכניות אף מאפשרות להוון את סכום הגמלה לצורך הענקת מימון לפיתוח העסק.<sup>46</sup> בישראל, כאמור, תקופת מעבר שכזו איננה מוכרת בדין או בנוהל.

43 על הכלכלה הלא-רשמית בהקשר של תשלומי רווחה ראו למשל COLLIN C. WILLIAMS & JAN WINDEBANK, *INFORMAL EMPLOYMENT IN THE ADVANCED ECONOMIES: IMPLICATIONS FOR WORK AND WELFARE* (1998).

44 ס' 20 ב לחוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980; ס' 215א(א) לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש), התשכ"א-1961.

45 ראו למשל תכנית באירלנד: [http://www.welfare.ie/en/Pages/Ireland Back to Work Enterprise-Allowance-Self-Employed.aspx](http://www.welfare.ie/en/Pages/Ireland%20Back%20to%20Work-Enterprise-Allowance-Self-Employed.aspx); וכאן Ireland Back to Work Enterprise Allowance (BTWEA) scheme (2009) בגרמניה: German Self-Employment Programmes for the Unemployed Contribution to the European Employment Observatory, Discussion Paper by Kurt Vogler-Ludwig (2005) [http://www.economix.org/European\\_EmploymentObservatorySpringReview2005.pdf](http://www.economix.org/European_EmploymentObservatorySpringReview2005.pdf).

46 ראו למשל ניתוח תוצאות תכנית בסלובניה: MIROLJUB IGNJATOVIĆ, *SELF-EMPLOYMENT IN EUROPE*, EUROPEAN EMPLOYMENT OBSERVATORY REVIEW (Sep. 2010), available at <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6137&langId=en>.

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

התמודדות נוספת עם הוראות הדין מצפה לבעלות העסקים הזעירים בכל הקשור לרישוי עסקים. חוק רישוי עסקים והתקנות והצווים שהותקנו על פיו מתירים לעסוק בתחומים מסוימים המפורטים שם בהתאם לרישיון בלבד.<sup>47</sup> רישיון העסק יונפק בדרך כלל על ידי הרשות המקומית בהתאם לבקשת בעלת העסק לאחר שזו הוכיחה כי עמדה בכל דרישות התברואה והבטיחות השונות. תהליך הוצאת הרישיון הוא מסורבל, כרוך בשלבים רבים ולעתים גם בהוצאות גדולות עבור ייעוץ בתחומי מומחיות שונים (הנדסה, תברואה, כיבוי אש וכדומה), תשלום בגין התאמות ואגרות וכיוצא באלה. מדובר בהתמודדות מול רשויות ציבוריות שכלפיהן אוכלוסיות מוחלשות מגלות חשדנות וחוסר אמון.

בדרך כלל, אין בידי בעלות העסקים הזעירים החיות ממילא בעוני אמצעים מתאימים להסדיר רישיון עסק כדין. יתרה מכך, לעתים קרובות הפעילות העסקית מתרחשת בבית המגורים של בעלת העסק ובחלק גדול מן המקרים הללו לא ניתן כלל להוציא רישיון לעסק המתנהל בבית, בפרט בנוגע לעסקים בתחום המזון או הקוסמטיקה, שתנאי התברואה הנדרשים בהם אינם מתקיימים בדרך כלל בבתי מגורים. בעלות העסקים מוצאות עצמן אפוא בין הפטיש לסדן בעניין זה – ללא העסק, תחסר להן הפרנסה שמאפשרת להן לשרוד, אך את העסק לא ניתן לקיים ברישיון כדין. בדומה לתכניות "מרווחה לפרנסה", גם בהקשר זה מקובלים בעולם פתרונות המכירים בערכם הגדול של עסקים ביתיים (cottage industries) לשוק, לחברה ולקהילה המקומית, ורישויים של אלה מוסדר בתנאים המתאימים לעסק ביתי מצד אחד ומתוך הגנה על אינטרס הציבור (בהקשרים של תברואה, איכות הסביבה, בטיחות ועוד) מן הצד האחר.<sup>48</sup>

איזו השלכה יש לכל אלו על עורכת דין המייצגת לקוחה הפועלת בכלכלה הלא-רשמית? בניגוד לגישה הפורמליסטית הרואה כל הפרת חוק, באשר היא, אירוע בעל משמעות והשלכה זהה, הממשק בין עולם הרווחה והכלכלה הלא רשמית לבין עוני מזמן בחינה קונטקסטואלית וביקורתית של הימצאות במצב של אי-חוקיות, ובעקבות זאת גם בשאלות של אתיקה בייצוג. אף כי מבחינת "החוק היבש" ייתכן שהלקוחה אינה פועלת כדין, מתעוררות שאלות יסוד בדבר התאמתו של הדין התקף לנסיבות חייה, ותגובתה לכך. הספרות הלבר משפטית שתוארה לעיל מכירה בפער זה, ולעתים נותנת לו הסברים, ואף הצדקות. יש שהסברים אלו הם תרבותיים ותודעתיים (ניכור וחוסר אמון כלפי מוסדות החוק והמדינה), יש שהם נטועים בצורכי קיום והישרדות. פערים אלו מוסברים גם, על פי גישות ביקורתיות, בהיותם של העניים קבוצה חלשה מבחינה פוליטית, שאינה מצליחה לפעול להתאמת הדין לנסיבות חייה. זאת, בשונה מקבוצות בעלות כוח שלהן קשרים עם גופי שלטון, ואשר יכולות להשפיע על עיצוב הדין כך שיפעל לטובתן (למשל באמצעות הגדרת פעולות פיננסיות מסוימות כתכנון מס לגיטימי או בשינוי הדין באופן שייטיב עמן).<sup>49</sup>

47 ס' 1, 8, 14 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968.

48 החוק בקליפורניה שנכנס לתוקף בשנת 2013: § 2013, California Homemade Food Act I AB-1616, 456 (2012); California Food safety Act AB-1616 (2011-2012); California Food safety Act AB-1616 (2012-2013).

49 לגישה זו ראו באופן כללי: JEFFREY REIMAN & PAUL LEIGHTON, THE RICH GET RICHER AND THE POOR GET PRISON: IDEOLOGY, CLASS, AND CRIMINAL JUSTICE (9th ed. 2011).

שאלה היא אם הבחינה הקונטקסטואלית של נסיבות חיי לקוחה החיה בעוני והפועלת להגדלת הכנסתה תוך התעלמות או סטייה מן החוק היבש, עשויה להשפיע על האתיקה שבייצוג בנסיבות אלה, ואם כן – באיזו מידה. מאפיין בולט אחד בהקשר זה הוא מבחן חומרת הפגיעה באינטרס הציבורי. כזכור, אנו עוסקים במצבים שבהם הפגיעה הנובעת מהפרת החוק היא "כלכלית". בדרך כלל, זוהי הפרת חוק שאינה כרוכה באלימות או פגיעה ישירה באדם אחר. יתרה מכך, אומדן היקף הפגיעה הכלכלית הכוללת הנגרמת מפעילויות כאלו נמוכה עשרות מונים מהפגיעה באינטרס הציבורי הנגרמת מהעלמות מס ותכנוני מס אגרסיביים, ולו בשל היקף המחזוריים הכספיים הנמוכים שבהם מדובר, בוודאי כשמדובר באדם יחיד החי בעוני. לדוגמה, הוצאות המוסד לביטוח לאומי על הבטחת הכנסה ב-2013 עמדו על 2.7 מיליארד ₪. בהנחה המקובלת כי כ-4%–5% מהתקבולים הם תוצאה של מרמה, מדובר בסכום של כ-12 מיליון עד 13 מיליון וחצי ₪ לשנה. על פי נתוני המוסד לביטוח לאומי, ב-2013 היו 111,000 מקבלי הבטחת הכנסה, ומכאן שהכנסה ממוצעת של מקבלת גמלת הבטחת הכנסה למשך שנה עמדה על כ-24,000 ₪ (או 2,000 ₪ לחודש). הערך הנמוך יחסית של הסכומים שבהם מדובר, מנקודת המבט של עורך הדין המייצג את הלקוח היחיד, מהווה מן הסתם שיקול בהערכת חומרת המעשה, ונגזרת מכך העמדה האתית בשלבים השונים של הייצוג. משקולות אחרים עשויים להיות לייצוג בנסיבות של עברות כלכליות שיש בצדן סיכון לפגיעה ישירה באדם אחר, כמו במקרים של התעלמות מהסדרים הנוגעים לרישוי עסקים. נדון בהבחנה זו בנייתוח הדברים בהמשך.

לעת עתה ראוי להדגיש כי לצד המבחן של חומרת הפגיעה באינטרס הציבורי ניתן להצביע על מאפיינים נוספים המייחדים את הדיון בהקשר של הפרת חוק "כלכלית" ועוני, ואשר עשויים להיות בעלי משקל בעת שבאים לבחון את האתיקה שבייצוג בנסיבות אלה:

- א. הקשר קיומי. לפעמים (אם כי לא תמיד) הפרת חוק נעשית בהקשר של חשש מאיבוד אמצעי קיום בסיסיים. אוכלוסיות נתמכות חיות במצב תמידי של חוסר בטחון כלכלי. כך למשל אובדן הגמלה – שהיא נמוכה ממילא – ולו לזמן קצר, עלול להיות הרה גורל מבחינת יכולתן לקיים את עצמן, וכן את בני המשפחה.
- ב. היעדר אמון במערכות הרווחה המדינתיות. קיים בספרות תיעוד נרחב על נתק בין אנשים החיים בעוני לבין המנגנונים המדינתיים הקובעים את גורלם. נתק זה מוליד תחושה של ניכור כלפי הרשויות והיעדר לגיטימציה שלהן, מצב המקל על ההחלטה שלא לציית לחוק בעניינים הקשורים להכנסה ולתמיכה.
- ג. מחקרים נוספים רואים באי-הציות מעין אקט של "מרי אזרחי אינדיווידואלי", שנובע הן מהצורך להבטיח צרכים קיומיים והן מתחושת חוסר אונים כללית. באופן ספציפי מוטל ספק כבד לגבי יכולתם של עניים להשפיע על מערכות החוק החולשות על חייהם ועל האפשרות האפקטיבית להשמיע את קולם.
- ד. התיוג השלילי והסטראוטיפים בדבר התנהגותם האנטי-חברתית של נתמכים מושלכים על אוכלוסייה זו. היא נאלצת להצדיק באופן נמשך את הישענותה על מנגנוני תמיכה מדינתיים. מצב תודעתי זה משפיע אף הוא על הנכונות להפר את החוק באותם תחומים שבהם קיימת עמדה ציבורית שלילית שכזו.

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

בהקשר של רשימה זו יש לבחון עד כמה רלוונטיות כל התובנות הללו לעמדתם הנורמטיבית של עורכי הדין כלפי לקוחותיהם. האם יש בהן כדי לסייע בהתוויית אופן הייצוג המשפטי הנתון בידיהם, בכל הקשור למתח בין קידום ענייניו של הלקוח והיותו של עורך הדין "קצין מערכת הצדק"? לכך נפנה עתה.

## ה. ייעוץ ללקוחות עניים על רקע חשש להפרת חוק

נשוב אפוא לבחון את הדילמות המתעוררות במהלך ייעוץ משפטי לצורך יזמות עסקית זעירה, הכרוכה בדרך כזו או אחרת בהפרת חוק. מדובר בפעולות כגון אי-דיווח על הכנסה חייבת בדיווח, ניהול עסק ללא רישיון או היתר נדרש, ניהול עסק בזהות שאינה אמיתית וכדומה. הדעה הרווחת בדיון על נורמות אתיות בייצוג סוברת, שלא צריכה להיות משמעות לזהות הלקוח, לנסיבות חייו ולרקע לאי-הציות, במהלך ההתקשרות ומתן השירות המשפטי ללקוח. הפרת חוק היא הפרת חוק, והשלכתה על התנהלות עורך הדין במהלך ייצוג משפטי אחת היא. לפי גישה זו, כל דיון המתחקה אחר היחס המורכב בין אנשים החיים בעוני לבין אי-ציות לחוק צריך להישאר מחוץ לדיון האתי-נורמטיבי, והוא אינו יכול להיות נתון לשיקול דעת עורך הדין הבודד.

לפי גישה זו, חקר הממשק בין אי-חוקיות לעוני יכול להיעשות מכיוון סוציולוגי (זיהוי הפרקטיקות של אי-ציות, מתן הסבר לסיבות לכך ובחינת משטר ההצדקות של האדם מפר החוק), מכיוון פונקציונלי (מה יכול להפחית או להגדיל אי-ציות), מכיוון היסטורי (שורשי האי-ציות) וכדומה. אולם אין הוא יכול להשליך על הדיספוזיציה האתית של עורך הדין המייצג. לפי תפיסה זו, לא צריכה להיות משמעות להקשר החברתי, הכלכלי או הפוליטי של נסיבות הפרת החוק מצד הלקוח, ככל שמדובר בכירור העמדה האתית הראויה להינקט על ידי עורך הדין.

עם זאת, זו אינה הגישה היחידה לאתיקה מקצועית, ויש הטוענים שהבעייתיות בה נעוצה בהיותה פורמליסטית מדי. ברור שבמקרים רבים פורמליזם חייב להנחות עורכי דין בעבודתם המקצועית, והייצוג הנכון הוא דבקות בגישה הנשענת על לשון החוק, ולא על "רוחו" או על "תכליתו".<sup>50</sup> אולם השאלה היא אם ישנם מצבים שבהם מן הראוי שעורכי דין ייקחו בחשבון,

50 ההגות בתחום זה היא נרחבת ביותר, והמחלוקת בין הגישה ה"הקשרית" לבין הגישה ה"פורמליסטית" מתעוררת בתחומי משפט שונים וחוצה צורות שונות של שירות משפטי – לא רק בתחום העוני המצוי בלב רשימה זו, אלא גם בעניין מיסים, דיני ניירות ערך ותאגידים, המשפט הפלילי ועוד. אחד המייצגים המובהקים של הגישה הפורמליסטית הוא Stephen Gillers, המצוטט כלהלן: "The job of a lawyer is to figure out how to accomplish the client's objectives within the law and if that can be done only through a technicality, that is not the lawyer's fault"; ראו William H. Simon, *After Confidentiality: Rethinking the Professional*, 75 *FORDHAM L. REV.* 1453 (2006). ההוגה המוביל שמחזיק בדעה ההפוכה הוא Simon. *Responsibilities of the Business Lawyer*, 75 *FORDHAM L. REV.* 1453 (2006).

במקרים המתאימים, גם שיקולים שעניינם "הקשרי", קרי: נסיבות הייצוג, זהות הלקוח, מטרת הדין וכדומה.

למעשה, הגישה הפורמליסטית הנוקשה איננה מופעלת בעצמה שכזו בהקשרים רבים אחרים של אכיפת הדין הפלילי. כך למשל במסגרת שיקול דעת רשויות תביעה לגבי העמדה לדין, ניתן לקחת בחשבון את הנסיבות האישיות של העברייין, את היקף התופעה החברתית של העבריינות בתחום, שיקולי הרתעה כלליים וכן אישיים, חומרת המעשה וכיוצא באלה. מי שגנב לחם למחיתו, מי שגנב רכב לבילוי סוף שבוע ומי שגנב ממעביד אמנם עוברים אותה עברה – גנבה – אולם מדיניות ההעמדה לדין לגביהם עשויה להיות שונה.<sup>51</sup> בדומה, שיקולי ענישה יכולים להתחשב במצב אישי, ברקע תרבותי, וכן במדיניות הרתעה ואכיפה כללית, כמו גם שיקולי עיכוב הליכים.<sup>52</sup>

גם בתחום האתיקה המקצועית לעורך הדין יש שיקול דעת רחב בשלב ההחלטה אם לקבל על עצמו את הייצוג ולהיכנס למערכת יחסי עורך דין-לקוח. בשלב זה, מותר לעורך דין לקבל על עצמו או לסרב לקבל על עצמו ייצוג, כמעט מכל סיבה – מותר לו לשקול את עמדתו האישית לגבי מהות המעשה שבגיננו נדרש הייצוג, את זהות הלקוח, וכן את ההקשר שבו מתבקש הייצוג. כלל 12 לכללי האתיקה מעניק אוטונומיה לעורך הדין בשלב זה, בקבעו: "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל עניין לטיפולו".<sup>53</sup> אוטונומיה זו פועלת לשני הכוונים – הן במקום שבו עורך דין מסרב לקבל לייצוג לקוח בגלל נסיבות אישיות, והן במצב ההפוך – כשעורך הדין מעוניין לקחת על עצמו ייצוג של לקוח בגלל נסיבות אישיות והקשר כלשהו, למשל היותו של הלקוח אדם עני (או עשיר). בשני המצבים הללו אין מפקקים בזכותו לעשות כן.<sup>54</sup>

51 מבחינה רשמית, הסמכות שלא להעמיד לדין כלולה בשיקול הדעת של גורמי האכיפה לקבוע שאין עניין לציבור בהעמדה לדין. סוגיית שיקול הדעת של רשויות התביעה נדונה בהרחבה בספרות, ואין זה המקום להעמיק בה. ראו למשל משה בייסקי, רות גביוון, מרדכי קרמניצר, דניאל פרידמן "רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג 15 (1995); דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983); דליה אבן להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477 (1994); עיגון בדין המהותי לאפשרות שלא להעמיד לדין בעניינים הנחשבים "זוטי דברים" מצויה בחוק העונשין כסייג לאחריות פלילית, בס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שקובע כך: "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

52 באופן כללי ראו דב לוין "גוזרים את הדין" המשפט א 185 (1993) המונה הן סיבות מערכתיות והן נסיבות אישיות המעצבות את תהליך גזירת הדין והענישה.

53 ס' 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986.

54 בספרות נמצא דיונים על נסיבות שבהן מן הראוי לחרוג מההכרה באוטונומיה של עורכי דין, ולבקר אותם על קבלת ייצוג בנסיבות מסוימות. ראו למשל David B. Wilkins, *Race, Ethics, and the First Amendment: Should a Black Lawyer Represent the Ku Klux Klan*, 63 GEO. WASH. L. REV. 1030 (1994-1995), שטוען כי עורך דין שחור לא ראוי שייצג את ארגון ה- KKK גם בתביעות על הפרות הזכות לפרטיות, או הבוחנת את הזכות לסרב לייצג בנסיבות מסוימות; ראו למשל: Teresa Stanton Collett, *The Common Good and the Duty to Represent: Must the Last Lawyer in Town Take Any Case?*, 40 S. TEX. L. REV. 137 (1999).

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

יתרה מכך, דווקא בשלב זה של הפעולה המשפטית ניתן לדרוש מעורך הדין לתת דין וחשבון על בחירתו זו ולבקש ממנו הסבר מדוע בחר לייצג או לא לייצג לקוח זה או אחר. זהו מצב שבו עצם ההתקשרות עם לקוח נתונה לשיקול דעתו הכמעט מוחלט של עורך הדין; רק במקרים נדירים יהא שיקול הדעת כפוף לרגולציה או לחיוב באשר ליצירת יחסי עורך דין – לקוח (למשל במינוי על ידי בית משפט). משכך, האוטונומיה הנתונה בבחירת הלקוח שטר בצדה – היכולת לדרוש "דין וחשבון" (מוסרי, ציבורי) על החלטה פרטית שמשמעותה הקצאת משאב חיוני – שירות משפטי – שהוא טובין בעל ממדים ציבוריים.<sup>55</sup>

עם זאת, הדעה המקובלת היא שמעת שנוצרו ונרקמו יחסי עורך דין – לקוח, שיקול הדעת של עורך הדין לגבי אופן מימוש הייצוג ודרך פעולתו במהלך הייצוג מצטמצם באופן ניכר.<sup>56</sup> כמעט אין מקום לשיקולים הכוללים את הרקע למעשה שבו מתבקש הייצוג, או נסיבותיו, ועיקר הדיון בהקשר זה נסב על חלוקת האחריות והסמכות בין הלקוח לעורך הדין, לקבל החלטות על אופן הייצוג, כאשר מתגלעים ביניהם חילוקי דעות. אמת – "צומת הנאמנויות", שעליו דובר לעיל, חל על עורך הדין בשלב זה; אך השאלה היא כאמור, כיצד עליו לבצע את אותו איזון בין אינטרסים ונאמנויות נוגדים, ואיזה מקום יש לשיקולי הקשר העוני שתוארו לעיל בביצוע אותו איזון.

בחלק זה להלן נבקר את הגישה שתוארה לעיל. הנחתנו משתלבת עם ההוגים הסוברים כי בהיותם חלק ממערכת הצדק לעורכי דין מותר, ולעתים הם אף חייבים, להביא בין שיקוליהם נסיבות לבר משפטיות כאשר קיים מרחב שיקול דעת כיצד לפעול. נטען אפוא כי בנסיבות של ייצוג לקוחות החיים בעוני, מן הראוי שעורך דין ישקול, בין היתר, את ההקשר שבו מתעורר חשש להפרת חוק של אנשים החיים בעוני, בנסיבות הנדונות כאן. זאת, על בסיס ידע חוץ משפטי המלמד על הממשק המורכב בין עוני לבין הפרת חוק.

על מנת לבחון את מרחב שיקול הדעת האתי העומד בפני עורכי דין המייצגים ללקוח בנסיבות שבהן קיים חשד שהוא מפר את החוק בתחום שבו מתבקשת העזרה המשפטית, ננתח מקרה מבחן. המקרה יציף מצבים דומים לאלו שצוינו בחלק ב של רשימה זו, ונסיייע בו להתוות אבני דרך ולנווט בין כמה מצבים: כאשר נמצאת מניעה מלתת סיוע בשל אי-החוקיות; כאשר אין מניעה לעשות כן; ומצבים שבהם יש שיקול דעת לגבי דרך הפעולה הראויה. במסגרת זו נדגים ארבעה שלבי ייעוץ בהתאם להתפתחות הפעילות העסקית, ובניית האמון בעסק כמקור הכנסה יציב למשפחה.

בבסיס המקרה מצויה לקוחה שפונה לעורכת הדין; אותה פונה מקבלת גמלת קיום (הבטחת הכנסה) במשך שנים ארוכות. בעקבות תהליך נמשך של בניית יכולות, פיתוח מקצועי וליווי רגשי, שבו גם עורכת הדין נטלה חלק, היא פועלת לצאת ממצב של תלות בקצבאות ולהתפרנס באופן עצמאי, ומבקשת לקיים פעילות עסקית זעירה בתחום המזון, בשלב ראשון מהבית.

55 ראו דיון ב: Monroe H. Freedman and Abbe Smith, *Misunderstanding Lawyers' Ethics*, 108 MICH. L. REV. 925 (2010); ראו גם שחר, לעיל ה"ש 14.

56 לעורך הדין שמורה כמובן האפשרות להפסיק את הייצוג, בתנאים הקבועים בכללי האתיקה ובחוק, אך אנו עוסקים כאמור בהפעלת שיקול דעת על אופן ביצוע הייצוג. ראו לעניין זה ס' 13 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית).

הפעילות העסקית כוללת הספקת דברי מאפה וכריכונים שהיא מכינה בביתה, לעסקים קטנים באזור מגוריה; בכל יום יוצאת הפונה עם מאפים וכריכונים טריים ועוברת בין בתי העסק ומציעה אותם למכירה.

## שלב א'

בשלב התחלתי הלקוחה איננה רושמת את הפעילות העסקית כנדרש על פי דין (רשויות המס, ביטוח לאומי), כלומר הפעילות מתקיימת בכלכלה הבלתי-רשמית. הלקוחה חוששת שמרגע שתפתח עסק ותדווח על הכנסות ממנו, היא עלולה לאבד את גמלת הקיום, אף שצפוי שהעסק יהיה שברירי ולא רווחי בתחילת דרכו. הדין התקף בתחום אינו מבחין בין עסק בתחילת דרכו לבין עסק מבוסס ויציב, וחששה הוא שגמלתה תקוזזו כנגד רווחים זעירים מהעסק, ומשכך עלולה הגמלה לקטון במידה ניכרת או אף להישלל כליל. עורכת הדין המסייעת ללקוחה יודעת שחששה מוצדק, וסוברת שהמצב המשפטי ראוי לתיקון. הדין התקף אינו מעודד הקמת עסקים זעירים של נתמכות גמלה, ולדעתה יש מקום לקבוע "תקופת חסד" למקבלות הבטחת הכנסה שבמהלכה לא תקוזז הגמלה כנגד רווחים מן העסק. למרות זאת, הניסיונות של ארגונים חברתיים להביא לתיקון החוק לא צלחו, והמצב המשפטי נותר בעינו.

עורכת הדין מסבירה ללקוחה את הוראות הדין, את המשמעות של כל פעולה שתנקוט, לרבות ההשלכות האפשריות של אי-דיווח על הקמת העסק ועל ההכנסות ממנו. היא מוסיפה ומבהירה כיצד מחושבת הגמלה במקרים שבהם לזכאית לגמלה יש גם הכנסה מפעילות עסקית ומבהירה את האופן שבו הגמלה תקטן, על פני זמן ובהתאם לרווחי העסק עד השלב שבו תאבד הזכאות ביחס לרווחי העסק. זאת ועוד, היא גם מסבירה כי ניהול עסק בתחום המזון מהבית אינו עונה בדרך כלל על דרישות משרד הבריאות לצורך הנפקת רישיון עסק כדין, ומבהירה ללקוחה כי ככל הנראה לא תוכל להוציא רישיון עסק כדין. הרציונל להסדר זה הוא החשש מפני הפגיעה בבריאות הציבור מעסק בלתי-מפוקח. לכן עורכת הדין מדגישה עניין זה לפני הלקוחה ודנה עמה בדבר תנאי התברואה והבטיחות שבהם היא פועלת, והדרכים שבהן היא תוכל להבטיח פעילות עסקית מוקפדת מבחינה תברואתית.

פעולות אלו משקפות תפיסת תפקיד של עורכת הדין כמי שמעניקה ללקוחתה את כל המידע המשפטי הרלוונטי על מנת שתוכל לפעול כרצונה, ובכלל זה את "גבולות החוק". כמו כן ההסבר כולל מידע על האופן שבו ניתן להגן גם על אינטרסים נוספים – שלא בהכרח חופפים לאינטרסים המידיים של הלקוחה – הצורך לפעול בדרך שאינה מסכנת את בריאות הציבור. כפי שמצוין בהסבר לכלל 1.2(d) לכללי ה-MRPC, עורך דין רשאי לתת חוות דעת כנה בדבר התוצאות המשפטיות של פעולת הלקוח, ופעולה זו בלבד לא תיחשב כסיוע ללקוח בכיצוע דבר עברה (ס"ק 9 לדברי ההסבר).

הלקוחה מקשיבה לדבריה של עורכת הדין, ושואלת כמה שאלות הבהרה. היא מודה לה על המידע ומסבירה שכחלק מהתפתחות העסק היא מספקת על בסיס שבועי קבוע, מאפים למשרדי עורכי דין הנמצאים סמוך לבית מגוריה, והיא זקוקה למסמך התקשרות מולם. משכך, היא מבקשת מעורכת הדין לנסח חוזה התקשרות מול לקוחותיה וכן מבקשת הפניה ליעוץ עסקי לשם הכנת תכנית לקבלת מימון בעתיד הקרוב לצורך הרחבת העסק.



## דין

במצב דברים זה הלקוחה בחרה לפעול בדרך שיש בה הפרת חוק ומבקשת מעורכת הדין להכין עבורה מסמך התקשרות עם לקוחותיה שלה. בנסיבות אלו עולות כמה שאלות. ראשית מן הראוי לשקול אם הפעלתו של עסק ביתי לא רשום וללא רישוי על ידי הלקוחה מחייבת את עורכת הדין לעשות דבר מה. נזכיר שעל פי הנחיות ה-MRPC, עצם העובדה שלקוח עשה שימוש במידע שקיבל מעורך דין לביצוע פעולה בלתי-חוקית אינו הופך את עורך הדין לשותף או לצד באי-החוקיות (Nor does the fact that a client uses advice in a course of action that is criminal or fraudulent of itself make a lawyer a party to the course of action). בנסיבות אלו מדובר במצב דומה לזה שמצוי בו כל עורך דין היודע שלקוחו מבצע עברה. כפי שהובהר בחלק ב, במצב דברים זה המידע שקיבלה עורכת הדין מהלקוחה חוסה בגדר חובת הסודיות, ובהיעדר חריג לחובה זו, או דין מיוחד המחייב גילוי או דיווח, עליה לכבד את הסודיות. ודאי שלא מתקיימות כאן הוראות ס' 262 לחוק העונשין (אי מניעת פשע) המחייבות כל אדם, עורך דין בכלל זה, לפעול לסיכול מעשה פשע. אי-דיווח על הכנסה או רישום כוזב של העסק אינם בבחינת פשע.<sup>57</sup> כך גם בעניין ניהול עסק ללא רישון.<sup>58</sup> לגבי ניהול עסק ללא רישון עסק – הניתוח מורכב יותר. ראשית, אפשר להניח כי גם ללא מעורבותה של עורכת הדין תפעיל הלקוחה את העסק כמות שהוא, ומשכך, מעורבותה – המציעה הסבר לרציונל לשמירה על בטיחות ותנאי תברואה נאותים – יכולה לחזק את האינטרסים העומדים בבסיס דרישות הרישוי (וכמובן להגן על הלקוחה מפני תביעות בגין נזק שייגרם ללקוחותיה). בנוסף, כמוסבר לעיל, על פי המצב החוקי התקף, לא ניתן לקבל רישון עסק לפעילות עסקית בתחום המזון הנעשית מהבית (בניגוד למקומות אחרים בעולם, שם על מנת לעודד יזמות עסקית זעירה, אומצו הסדרים ייחודיים לפעילות עסקית ביתית). משמעות הדבר היא כי לא ניתן, על פי הדין בישראל, לנהל ברישון עסק בתחום המזון בבית, כפי שהלקוחה מפעילה.

מהן ההשלכות האתיות של מצב משפטי זה? אנו סבורות כי במצב דברים זה מוטלת על עורכת הדין חובה להבהיר ללקוחה את המצב המשפטי התקף, ובכלל זה את חובתה כלפי הציבור (ולקוחותיה בכלל זה) ולנקוט אמצעים למנוע פגיעה בו. באשר לעצם ניהול העסק ללא רישון או אי-תשלום מסים כנדרש, אנו סבורות כי ניתן להיעזר בהנחיה הקיימת לגבי כלל 1.2(d), הנוגעת לאפשרות של "אי-ציות" והשלכותיה על עורכת הדין. ס' 9 להנחיות מנחה את עורך הדין להימנע מלקחת חלק בפעולה שעלולה לקדם הימנעות מתשלום מס וכדומה, כלומר פעולה שיש בה פגיעה בכללים המחייבים את מי שמנהל פעילות עסקית. ההנחיה ממשיכה ומבהירה כי הסבר באשר לתוקפו ופרשנותו של דין עלול להוביל לאי-ציות מטעם הלקוח (may require a course of action involving disobedience of).

57 ס' 215א(א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש], התשכ"א-1961. הסעיף קובע כי מדובר בעברה מסוג "עוון" שהעונש בצדה הוא עד שלוש שנות מאסר.

58 ראו ס' 14 לחוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968. לפיו עונשים על עיסוק ללא רישון, היתר זמני או היתר מזוורו ואי-קיום תקנות ותנאים.

*(the statute or regulation)*, והדבר אינו עומד בסתירה לאיסור לקיחת חלק בפעולה הלא-חוקית. במילים אחרות, ההנחיות מכירות במצב שבו אף שעורכת הדין הבהירה את המצב המשפטי, הלקוחה עלולה לבחור בפעולה המנוגדת לדין, וניתן לקבל מצב זה כתקין מבחינה אתית. לגבי אי-תשלום מס על העסק, ניתן לומר כי מעת שהובהרה ללקוחה משמעות המצב המשפטי, אין להטיל על עורכת הדין אחריות מוגברת לגבי החלטת הלקוחה בנושא זה, כל עוד לא ניתן סיוע פעיל (על פי ההנחיות האיסור חל במקרים של סיוע שיש בו לגרום להעלמת מס – *to effectuate criminal avoidance of tax liability*). ואכן, ספק אם על עורכת הדין להיות מוטרדת מעצם העובדה שלקוחה שהיא מסייעת לה אינה משלמת מס.

באשר לרישיון עסק, ייתכן שהשיקול שונה במעט. נושא הרישיון סמוך וקשור יותר להקמת העסק מאשר לתשלום המס, ורישיון ניתן לעצם הפעלת העסק. מכאן שיש להקפיד יותר על מתן מידע והבהרת המצב המשפטי באשר לסוגיית רישיון העסק.<sup>59</sup> זאת ועוד, לרישיון עסק יש רציונל נוסף (פרט להסדרה כללית של פעילות עסקית): הגנה על הציבור. נראה שיש להביא גם אינטרס זה בחשבון. ככל שהחשש לפגיעה בציבור חמור יותר (למשל הלקוחה אינה שומרת את מצרכי המזון באופן ראוי מבחינה תברואתית), כך גוברת החובה על עורכת הדין לוודא שהלקוחה מבינה ומפנימה את החובות החלות עליה. ייתכן שבהקשרים שבהם החשש לפגיעה בציבור הוא קרוב, חמור וממשי יהיה על עורכת הדין לייעץ לה שלא לקיים את הפעילות העסקית במתכונת המתוכננת, ולהימנע מלסייע לה בהקשרים התומכים בפיתוח הפעילות. חובה זו נובעת מאחריות עורכת הדין כלפי הציבור, ועליה לנקוט פעולות שימזערו את החשש מפגיעה שכזו. עם זאת, כאמור, בהיעדר חשש ממשי לפגיעה בציבור, המידע המצוי בידי עורכת הדין כפוף לחובת הסודיות.

מה בדבר סיוע ללקוחה בניסוח הסכם מול לקוחותיה? בהנחיות ה-MRPC נקבע שעל עורך דין להימנע מסיוע ללקוח בפעולה בלתי-חוקית, למשל, באמצעות ניסוח מסמכים שעורך הדין יודע שהם שקריים (by The lawyer is required to avoid assisting the client, for example, by drafting or delivering documents that the lawyer knows are fraudulent). האם, בנסיבות עניינה של הלקוחה, מסמך ההתקשרות מול הלקוחות הוא מסמך שקרי, שעל עורכת הדין להימנע מלתת לו יד?

מצד אחד ניתן לטעון, שאי-החוקיות של ההסכם אינה גלויה לכאורה, והוא נחזה להיות הסכם לגיטימי בין ספקית (הלקוחה) לבין לקוחותיה: ההסכם משקף את ההתקשרות בפועל בין הצדדים, ותוכנו לגיטימי. מצד אחר ההסכם מהווה חלק יסודי ובלתי-נפרד מפעילות העסק, שהוקם תוך הפרת חוק. בעקיפין, יש בו כדי לקדם את המיזם הנגוע באי-חוקיות.

אנו סבורות שלא ניתן להגדיר את ההסכם כשקרי, ובכל זאת עמדתנו היא שבנסיבות המתוארות הנאמנות ללקוח אינה כוללת בחובה את החובה לסייע לה בהכנת ההסכם. זאת, מכיוון שממד אי-החוקיות בפעילות המקצועית של עורכת הדין אינו שולי: המסמך קרוב לליבת הפעילות העסקית הנגועה באי-חוקיות מכיוון שההסכם הוא הבסיס להפעלת העסק

59 על עורכת הדין לבחון באופן יזום, בשיתוף עם הלקוחה, אם קיימת חובה לקיים את העסק ברישיון וכן לבחון את האפשרות החוקית להשגתו.

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

הביתי בהיעדר רישיון ובסיס ליצירת ההכנסות שאינן מדווחות כדין. בנוסף, מידת המעורבות של עורכת הדין בהכנתו היא גבוהה. בנסיבות אלו אנו סבורות כי החובה שלא להיות מעורבת בפעילות העסקית הנגועה באי-חוקיות גוברת על חובת הנאמנות ללקוחה, והתוצאה צריכה להיות הימנעות מניסוח הסכם ללקוחה. היותה של הלקוחה אישה בעונו אינו יכול לשנות את העמדה האתית הזו. לעומת זאת, ייתכן שבנסיבות אחרות, למשל במצב שבו הלקוחה תביא לעיונה של עורכת הדין הסכם מוכן שהוכן על ידי לקוחותיה, העמדה האתית תהיה שונה, בשל מידת מעורבות נמוכה יותר של עורכת הדין בהכנת המסמך המשפטי והבניית העסקה, ורצונה מנגד, לסייע ללקוחה לפתח פעילות יזמית שדרכה תוכל לקיים את עצמה בכבוד.

כזכור, הלקוחה אף מבקשת מעורבת הדין שתפנה אותה ליועצת עסקית מומלצת על מנת לבנות תכנית עסקית ראשונית. הייעוץ עשוי לכלול גם הכנת מסמכי התקשרות שונים (הצעת מחיר, טופס הזמנה וכדומה), היכולים לשרתה מול לקוחותיה וספקיה. היועצת העסקית אינה כפופה למערכת כללים אתיים בדומה לזו שחלה על עורכי דין. מכאן שלשאלת אי-החוקיות משמעות מקצועית אחרת משל עורכת הדין, ושיקוליה שונים משיקולי עורכת הדין. האם תוכל עורכת הדין להתעלם מאי-החוקיות ולהעביר את הטיפול כמות שהוא ליועצת העסקית?

ננסה לבחון את הסוגיה על בסיס הרציונלים שהותוו בחלק ב: חובת הנאמנות ללקוח אינה כוללת סיוע בקידום מעשה לא-חוקי, מכיוון שבבסיס העיסוק במשפט עומדת גם הנאמנות למערכת הצדק. במצב המתואר לעיל קיימים כמה שיקולים. מחד ניתן לומר כי לא מן הראוי לעקוף את האיסורים הקבועים בדין על עורכי דין באמצעות העברת הטיפול לגורם שאינו כפוף לכללי אתיקה. הייעוץ העסקי שזור בייעוץ המשפטי, וההבחנה בין התחומים במידה מסוימת מלאכותית. לא ראוי אפוא שפעולות שעורכת הדין אינה יכולה לבצע ישירות בעצמה היא תעשה (לפחות באופן חלקי) באמצעות העברת העניין לגורם מקצועי אחר. מנגד, ניתן לטעון, דווקא משום ש"חלוקת העבודה" בין ייעוץ עסקי לייעוץ משפטי אינה נוקשה (למשל הכנת טופס הצעת מחיר במקום הסכם התקשרות), וקיימת בין התחומים חפיפה חלקית, הרי שככל שישנם גורמים מקצועיים המעדיפים את אינטרס הלקוח על פני החובה כלפי מערכת הצדק, אין זה מתפקידם של עורכי דין למשטר מערכות יחסים אלו. ירצה המחוקק או הרגולטור לקבוע כללי אתיקה ליועצות עסקיות – יעשה כן; אך כל עוד אלו לא נקבעו – אין להטיל על עורכי דין את התפקיד למנוע הפרות חוק בדרך של מתן ייעוץ עסקי. אם כן, גם במקרה זה נתון שיקול דעת לעורכת הדין כיצד לאזן בין נאמנויות סותרות: את חובתה כלפי הלקוחה, ובכלל זה את ההקשר החברתי-כלכלי שבו היא פועלת – מחד גיסא; וחובתה שלא לתמוך בהפרת הדין – מאידך גיסא.

אנו סבורות כי בנסיבות אלו יש לשקלל שני אינטרסים אלו ולנסות לגשר ביניהם. לכאורה, ובכפוף לדיני הסודיות, ניתן ליידע את היועצת העסקית בדבר אי-החוקיות הכרוכה בפעולת הלקוחה בהימנעות מרישום העסק ברשויות המס ודיווח על הכנסותיה ממנו.<sup>60</sup> יש חשיבות לכך שכל מי שפועלת מול הלקוחה תסביר לה את ההשלכות האפשריות של פעולה באי-

60 בנסיבות המתוארות, יש לקבל את הסכמת הלקוחה, מפורשות או מכללא מעצם ההתייעצות המשותפת עם היועצת העסקית, להעברת המידע.

חוקיות, ואת הסיכון הכרוך בכך. פרט לכך נראה לנו כי מן הראוי ללבן עם אשת המקצוע את המשמעות של מתן ייעוץ עסקי לעסק המתנהל בכלכלה הלא־רשמית, תוך הצבת הפעילות הזו בהקשרה החברתי, כמוסבר לעיל. לאחר מכן ניתן להותיר את ההחלטה על אופן ההתקשרות בידיה של היועצת העסקית.

## שלב ב'

בשלב הבא ובחלוף זמן מה פונה הלקוחה אל עורכת הדין בשנית. לדבריה, המכירות התרחבו מעט, ולקוחותיה במשרד עורכי הדין מבקשים לקבל קבלות מסודרות על הספקת דברי המאפה. היא עדיין חוששת מרישום העסק על שמה ופגיעה בגמלה. משכך, החלטתה היא לרשום את העסק על שם בתה הבגירה, שאיננה מקבלת גמלה, אך אינה עובדת כעת במקום אחר. היא תמשיך לנהל את העסק, תפעיל אותו, ותקבל את ההכנסות, אולם אלו לא יירשמו על שמה, לפחות בשלב זה. בתה הבגירה הסכימה לבצע את רישום העסק והכנסותיו על שמה (כולל תשלום המיסים הנדרשים), ולעתים תסייע גם בהתנהלות של העסק עד אשר יעמוד על רגליו. עורכת הדין מסבירה ללקוחה כי פעולתה זו עשויה להתפרש כמעשה בלתי־חוקי, וכי היא מסתכנת בהעמדה לדין, וכן בסיבוכה של הבת הבגירה. כמו כן מסבירה לה עורכת הדין את מדיניות האכיפה בתחום, וסיכויי מיצוי הדין עמה, שאינם גבוהים בשל מיעוט משאבי אכיפה. הלקוחה מקשיבה ומשיבה לעורכת הדין שהיא מבינה, אך מבחינתה הדבר החשוב ביותר הוא להצליח ולהתקדם, החוק מעולם לא עמד לצדה ממילא, ואין לה אלא לסמוך על עצמה. היא שבה ומבקשת מעורכת הדין לנסח עבורה הסכם המסדיר את ההתקשרות בינה ובין הבת הבגירה ושואלת גם על השלכות של האפשרות שהעסק ינוהל באופן ממשי על ידי הבת ויהא רשום על שמה, והיא (הלקוחה) תועסק בו, ללא רישומה כעובדת כדין.

## דין

בחינת העקרונות בבסיס חובת הנאמנות, תוביל אותנו למסקנה כי אין להיענות לבקשת הלקוחה לנסח הסכם בינה לבין בתה, ולא ניתן לסייע לה בהתקשרות שכזו. ככל שקיימת הבנה לנסיבות חייה ומצבה של הלקוחה, לגורמי הרקע שבגינם היא מעדיפה לפעול בניגוד לחוק, להצדקות הפנימיות שלה, ואף לאפשרות של חוסר הצדק הקיים, בהסדר המשפטי התקף – אין בכל אלו לגבור על המחויבות של עורכת הדין שלא לתת יד באופן ישיר להפרת הדין. הכנת הסכם בין הלקוחה לבין בתה הבגירה היא פעולה שיש בה סיוע ישיר וקרוב לקידום פעולה בלתי־חוקית, ומדובר בהסכם למראית עין הנגוע באי־חוקיות, היורדת לשורשו, ולא ניתן להפריד היבט זה מהייעוץ המשפטי המקצועי.

באשר לחלופה של העסקת הלקוחה בעסק הרשום על שם בתה ומנוהל על ידה, חובתה של עורכת הדין היא להבהיר לה את המשמעות החוקית של רישום העסק על שם הבת ושל העסקתה בו מבלי לדווח על האם כעובדת כדין. מצד אחד, במצב זה העסק אכן רשום על שם מי שמנהלת אותו, רישום שאינו למראית עין; מצד אחר, קיימת הפרת חוק אחרת הכרוכה בהעסקת עובד שאינו רשום כדין ושאינו משלמים בגינו תשלומי חובה. למרות זאת, מצב זה אינו מצריך את עורכת הדין להיות מעורבת באופן פעיל בהכנת הסכם בלתי־חוקי, והיא יכולה

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

לסייע בתהליך רישום העסק על שם הבת. עם זאת, אנו סבורות כי עורכת הדין לא תוכל לסייע בהתקשרות בין האם לבין הבת (ובכלל זה בעניין העסקתה) וכן בכל עניין אחר הכרוך בהעסקה זו אל מול גורמים חיצוניים.

האם בנסיבות אלו קמה לעורכת הדין חובת נאמנות כלפי הבת הבגירה? נקודת המוצא בעניין זה היא שהבת איננה כשלעצמה לקוחה של עורכת הדין. עם זאת, היא צד ג' מעורב, קשורה בקשר הדוק עם הלקוחה ויש להניח, בנסיבות העניין, שהיא איננה "מתוחכמת" ואיננה זוכה ליעוץ משפטי עצמאי. כזכור, בנסיבות שונות קבעו בתי המשפט שלעורכי דין יש חובה כלפי צד שכנגד, בייחוד כאשר זה אינו מתוחכם ואינו מיוצג.<sup>61</sup> הבת אמנם איננה צד שכנגד "רגיל", שכן היא פועלת על מנת לסייע לאמה; מצד אחר היא נחשפת לסיכון בגלל ייצוג שעורכת הדין מעניקה לאם הלקוחה. במצב זה אנו סבורות שעל עורכת הדין לפעול באופן המביא בחשבון את הסיכונים שהבת נוטלת ולהבהיר אותם ללקוחה. כמו כן מן הראוי לבקש מהלקוחה לאפשר להיפגש עם הבת ולשוחח עמה על ההשלכות של פעולתה על מנת שתהיה מודעת להן.

#### שלב ג'

לאחר תקופה שבה העסק עדיין רשום על שם הבת הבגירה, הוא מתבסס ומתייצב יחסית. הלקוחה פונה שוב לעורכת הדין בבקשה לסייע לה בהמשך פיתוח העסק בכמה אפיקים: א. הלקוחה מבקשת מעורכת הדין לעיין בהסכם לשכירת נכס שאליו היא מעוניינת להעביר את הפעילות העסקית, שתמשיך בשלב זה להתנהל על שם הבת, ולתת לה חוות דעת משפטית אם ההסכם הוגן.

ב. הלקוחה פונה אל "קרן הלוואות לעסקים זעירים", ומבקשת הלוואה בסך 10,000 ₪ לצורך רכישת ציוד מטבח עבור הנכס שתשכור. הקרן מוכנה להעניק ללקוחה הלוואה, על שמה, לאחר שעיינה בתכנית העסקית, והלקוחה מבקשת מעורכת הדין לסייע לה במשא ומתן מול הקרן להארכת תקופת החזר על ההלוואה.

ג. הלקוחה עיצבה לוגו שבו היא משתמשת כדי לבדל את הפעילות העסקית שלה מן המתחרות, והיא מעוניינת לברר כיצד תוכל להגן עליו כ"סימן מסחר" מוכר בדין, ולבנות באמצעותו מוניטין מוכר ומבקשת את עצתה של עורכת הדין גם בעניין זה.

#### דיון

א. הלקוחה מעוניינת לשכור שטח שבו תקיים את הפעילות העסקית, שתתנהל עדיין על שם בתה. היא קיבלה לידיה טיוטת הסכם שכירות מהמשכיר, והיא מבקשת מעורכת הדין לעיין בו, ולחוות את דעתה לגבי תנאיו. ההסכם אמור להיחתם על ידי הלקוחה ועל ידי בעל הנכס ובו תיאור הפעילות שתיעשה בו – ייצור מזון למכירה, למשלוח ולאירועים. לכאורה מתעוררים

61 ראו בעניין זה לימור זר-גוטמן "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין" דין ודברים א 153 (2004); ראו תגובה למאמר זה אצל נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית" דין ודברים א 201 (2005).

כאן שיקולים דומים לאלו שנדונו בהקשר של ההסכם עם הלקוחות ואשר מעלים שאלות לגבי היקף חובת הנאמנות ללקוחה. מדובר בחוזה שכירות למטרת פעילות של עסק המצוי באי-חוקיות המתבטאת הפעם ברישומו על שם אדם שאינו בעליו האמתי. מנגד, הסכם השכירות מתאר נאמנה את ייעוד המושכר, כמו גם את הצדדים המתקשרים בהסכם, ואף שהנכס נשוא ההסכם מהווה פלטפורמה לפעילות העסקית, הוא עצמו נחזה להיות לגיטימי. בנוסף, עורכת הדין עצמה אינה נדרשת להכין בעצמה את ההסכם, אלא שהוא נמסר ללקוחה על ידי המשכיר, ועורכת הדין מתבקשת לחוות עליו דעה. האם נסיבות אלו מטות את הכף לטובת קבלת בקשת הלקוחה?

אנו סבורות כי במצב זה השיקולים יתמכו במתן השירות המשפטי המבוקש. סיוע ללקוחה אמנם "מקל" את ניהול העסק במצב של אי-חוקיות, אולם מדובר באמידת ה"סמיכות" (proximity) בין אי-החוקיות לבין השירות המשפטי. בנסיבות המתוארות קיים מרווח בין שני אלו, ונוצר ריחוק מסוים: ההסכם נוסח על ידי אחר ולא על ידי עורכת הדין, והוא אינו מצוי בזיקה חזקה לפעילות הליבה של העסק. על אלו יכולה להתווסף המטרה לסייע ללקוחה להיחלץ ממצב של תלות לעבר יזמות ועצמאות. נראה שהיא מתקדמת לקראת מצב זה, ועורכת הדין עשויה לסבור כי לצורך מטרה זו נדרשת ללקוחה תקופת חסד, שאותה החוק אינו מעניק. אי-החוקיות, כמוסבר לעיל, עשויה להיות קשורה גם לחולשתה הפוליטית של הקבוצה שאליה משתייכת הלקוחה. אלו שיקולים שניתן לשקול, ולשקלל. ייתכן שהיעדרו של אחד מהם (למשל ההסכם אמור להיחתם על ידי הבת, בנסיבות שבהן העסק רשום על שמה למראית עין, ולא על ידי הלקוחה), היה מוביל את עורכת הדין למסקנה שאינה מוכנה אפילו לחוות דעה על ההסכם, מכיוון שאז אי-החוקיות גלויה לכאורה, בהיותו מתאר שלא באופן אמתי את הצדדים המתקשרים בהסכם השכירות.

ב. הלקוחה פונה אל "קרן הלוואות לעסקים זעירים" בבקשה לקבל הלוואה בסך 10,000 ₪ לרכישת הציוד הנדרש להרחבת הפעילות העסקית שלה – תנור אפייה תעשייתית. היא מבקשת מעורכת הדין לסייע לה במשא ומתן מול הקרן להארכת תקופת ההחזר על הלוואה. מדובר בקרן פילנתרופית המסייעת לאנשים החיים בעוני להקים עסקים זעירים, והמכירה את הבעיות במעבר מגמלה ליזמות, את הקשיים העומדים בפני נשים המבקשות לפתוח עסק, ובכלל זה את החשש מפני איבוד הגמלה. על רקע זה הקרן מוכנה להעניק ללקוחה הלוואה, על שמה, ומבלי להתעניין בשאלת רישום העסק, לאחר שעיינה בתכנית העסקית, והסתכנה בכך שהרחבת העסק לא תצליח. עורכת הדין עשויה להעריך, לאור ניסיונה בתחום, כי הקרן מודעת לכך שחלק מהעסקים במצבה של הלקוחה פועלים במסגרת הכלכלה הבלתי-רשמית, וכאמור נציגיה לא העלו את הנושא מטעמים. עם זאת, אין בכך כדי לנטרל את אי-החוקיות שעדיין שריר וקיים, וייצוג הלקוחה במשא ומתן לקבלת הלוואה יהא בו כדי לקדם את העסק במתכונתו. כיצד מן הראוי לנהוג? אף במקרה זה עלינו לשקול פרמטרים של סמיכות-ריחוק של העזרה המשפטית מאי-החוקיות, וכן את הציפיות של הצד שכנגד. ביחסים מול הקרן, נראה שייצוג הלקוחה מעורר בעייתיות בדרגה נמוכה לאור אופייה של הקרן, הסבירות שהיא מודעת לאפשרות של אי-החוקיות ונכונותה לתת את הלוואה חרף זאת. נותרת הדילמה בדבר מתן ייצוג (כלומר מעורבות מקצועית אקטיבית) במשא ומתן המקדם את הפעילות העסקית. עמדתנו היא כי נכונות לייצג בנסיבות אלו היא סבירה. עסקת האשראי נעשית בין צדדים המכירים את האילוצים והחששות של אנשים החיים בעוני בהקשר של יזמות עסקית. מתוך מטרה לאפשר

דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

מעבר מגמלה ליזמות, הקרן מעודדת אותם לפעול כדין, ומעניקה להם לשם כך "גשר" (בצורה של אשראי נוח) על מנת לצלוח את המעבר. עסקת האשראי מצויה בריחוק מסוים מאי-החוקיות (הבאה לידי ביטוי בעבודת הלקוחה ללא דיווח כדין), היא מהווה "מעטפת" לפעילות העסקית הלגיטימית כשלעצמה, ונועדה להוות "התנעת מימון" לפעילות העסקית שהיא כאמור חוקית; היא חד-פעמית, ונעשית בתקווה שהיזמות תעבור לפסים חוקיים בהמשך.

ג. במהלך הזמן שחלף מראשית פעילותה העסקית עיצבה הלקוחה לוגו למוצריה, והיא מעוניינת לברר אם מדובר ב"סימן מסחר" מוכר בדין, ומבקשת להתייעץ בעניין עם עורכת הדין. בנקודה זו מתעוררים שיקולים דומים לאלו שצוינו קודם לגבי מתן תמיכה משפטית נקודתית בפעילות הנעשית במעטפת הנגועה באי-חוקיות. גם בעניין זה נראה שההחלטה תיגזר במידה רבה משיקולי סמיכות-ריחוק, ומהיות העזרה המבוקשת מסוג של ייעוץ ומכך שאין בה מעורבות פעילה ועמוקה בהבניית הזכות (כמו למשל הכוונה לגבי הלוגו, הכנת הסכם בדבר הזכויות שבו או רישום סימן המסחר בפני הרשם). משכך, אנו סבורות כי במצב זה הענקת הייעוץ היא סבירה. נדגיש כי ייתכן שבנסיבות מעט שונות, למשל בקשה להכין מסמכים לצורך רישום סימן המסחר אצל הרשם, סביר שההחלטה הייתה שונה, ומן הראוי היה להפנות את הלקוחה לגורם אחר, שהיה יכול לטפל בעניין במנותק מאי-החוקיות.

שלב ד'

כעבור זמן נוסף חוזרת הלקוחה אל עורכת הדין ומספרת שהעסק ממשיך להצליח. חששה מניהול העסק על שמה פחת, ולאחר ששקלה את הדברים היא מעוניינת לעבור ממצב של תלות בגמלות, ולבסס את מלוא פרנסתה על ההכנסות מן העסק. היא מבקשת מעורכת הדין סיוע ברישומו כדין בפני רשויות המס. עם זאת, היא מעוניינת לעשות כן מבלי לחשוף שמדובר בעסק ותיק, ושהיו לה כבר הכנסות ממנו בעבר, כאשר לא נוהל על שמה. כמו כן, לצורך הוצאת רישיון עסק הלקוחה צריכה להצהיר כי העסק מעולם לא נוהל על שם אדם אחר, והיא מבקשת מעורכת הדין לאשר את התצהיר.

דיון

ובכן – המצב השתפר! תקוותך שהלקוחה תעבור מהכלכלה הבלתי-רשמית לכלכלה הרשמית התגשמה. בשלב זה ניתן לסייע ללקוחה ברישום העסק, ואין מניעה מלעשות כן אף שהיא אינה מגלה, מיזמתה, את דבר קיומו של העסק הקודם, שהתנהל על שם בתה. עם זאת, ובדומה לדוגמה בסעיף הבא, אם עורכת הדין מתבקשת לסייע ללקוחה בהכנת מסמך או במילוי טופס או במתן הצהרה המתייחסת לפעילות הקודמת, לא ניתן לתת יד להסתרת מידע, או לקחת חלק במתן מידע שקרי. יש לשקול דרכי פעולה שיסייעו ללקוחה להעביר את העסק ממתכונת לא-רשמית למתכונת רשמית.

לצורך הוצאת רישיון לעסק הלקוחה נדרשת להצהיר כי העסק מעולם לא נוהל על שם אדם אחר, והיא מבקשת מעורכת הדין לאשר את התצהיר. מובן שלא ניתן לאשר תצהיר אשר ידוע לך שאיננו נכון. יש לשוחח עם הלקוחה על הדרכים להתמודד עם המצב שנוצר, לברר עם הרשויות אפשרות של "הלבנת" העסק (למשל תשלום כופר או קנס) וכיוצא באלה.

## סיכום

מה ניתן ללמוד מניתוח שורת המצבים לעיל? נראה שאין עמדה אתית ראויה יחידה שניתן לנקוט כשלקוחה פועלת במסגרת הכלכלה הלא-רשמית, ומבקשת סיוע של עורך דין בצמתים שונים של הפעילות העסקית. כפי שצוין בתחילה, מטרתנו כעורכי דין תמיד צריכה להיות לנסות לגרום ללקוחות לפעול במסגרת החוק, ולתמוך בכל מהלך המקדם אותם לקראת מימושה של מטרה זו. ישנם מצבים שבהם עורכי דין לא יוכלו בשום אופן לתת יד לפעולה בניגוד לדין (כגון במצב שבו נדרש ניסוח הסכם למראית עין) וישנם מצבים שבהם הדילמה האתית אינה קשה (כמו למשל כשמתבקש רישום העסק כדין בשלב מאוחר). מכאן שיש מצבים שבהם עורך דין יכול – ולטעמנו אף מן הראוי – שישקלל כמה משתנים על מנת להחליט מהי העמדה האתית הראויה. משתנים אלו כוללים:

1. האינטרס המוגן – חומרת העברה ומשכה. מידת החומרה המצויה בבסיס המעשה הבלתי-חוקי – קרי, הערך המוגן בדין – גם היא מהווה שיקול שיש להתחשב בו בעת עיצוב העמדה האתית. לא דומה פגיעת גוף לפגיעה ברכוש, לא דומה מעשה קל ערך למעשה כבד משקל. כבר ראינו ששיקולים מסוג זה נלקחים בחשבון במסגרת מדיניות אכיפת החוק, ואין מן הנמנע שיהיו חלק משיקוליו של עורך הדין. כמו כן יש לשקול אם מדובר במעשה חד-פעמי או נמשך.

2. טיבו והיקפו של הנזק הנגרם מאי-החוקיות ובכלל זה חשש לפגיעה בצד שלישי. כמוסבר, בתי המשפט קבעו שבנסיבות מסוימות עורך דין חייב חובות אמון כלפי צדדים שלישיים העלולים להיפגע מהשירות המשפטי שהוא מעניק ללקוח. במקרים כאלו אי-נקיטת אמצעים להגן על צד ג' עלולה לעלות כדי אחריות נזיקית. על מנת שחבות כזו תקום, יש להביא בחשבון כמה גורמים, במסגרת היחסים בין עורך הדין לצד ג', וכן את מידת מעורבותו בפעילות המשפטית שגרמה נזק לזולת. שיקולים אלו כוללים את אופי הפגיעה בצד ג' וחומרתה (פגיעה בגוף, פגיעה ברכוש, פגיעה חמורה), את מידת יכולתו של צד ג' להגן על עצמו (האם מדובר בלקוח מנוסה ומתוחכם, האם הוא מיוצג), את מידת האמון, בפועל, שרחש צד ג' לעורך הדין שהיה מעורב בפעילות המשפטית, עד כמה היה מודע לקיומה של אי-החוקיות, עד כמה עורך הדין לקח על עצמו לטפל גם בענייני צד ג', וכיוצא באלה.<sup>62</sup> ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם עורך הדין יצטרך להביא בחשבון גם את החשש לפגיעה בציבור בלתי-מסוים. כך למשל אם לקוחה מנהלת פעוטון בתנאים בלתי-ראויים, שיש בהם כדי להוות סכנה לילדים המצויים בו, עורך הדין אינו יכול להתעלם מן החובה כלפי הילדים, וזו צריכה להילקח בחשבון במהלך שיקוליו עד כמה עליו להיות מעורב בתמיכה ביזמת הלקוחה.

3. סמיכות-ריחוק הפעולה המשפטית הנדרשת מאי-החוקיות. אם פעולתו המשפטית של עורך הדין כרוכה באופן הדוק באי-חוקיות, עליו להימנע ממתן הסיוע. כך במקרים שבהם הפעולה המשפטית מייצרת למעשה את הבסיס לפעולה הנגועה באי-חוקיות, כגון ניסוח הסכם המייצר עסקה שהכנסותיה אינן מדווחות. אולם, אם הפעולה המשפטית קשורה לפעולה עסקית

62 ראו למשל ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (2004).



דילמות אתיות בייצוג לקוחה הפועלת (בשלב זה) מחוץ לגבולות החוק

שהיא עצמה רחוקה יותר מאי-החוקיות, צריך עורך הדין לשקול בחיוב את מתן הסיוע. כך, יש לשקול בחיוב ייעוץ בכל הקשור להסכם שכירות לבית העסק כאשר זה עצמו אינו מייצר אי-חוקיות, אף שחלק מפעולות העסק נגועות באי-חוקיות.

4. אופי הסיוע המבוקש (ייצוג פעיל/ייעוץ/הכנת מסמך). לדידנו יש מקום לתת משקל שונה למידת המעורבות של עורך הדין בפעולה המתבקשת (להבדיל מריחוק הפעולה עצמה מאי-החוקיות). כאשר עורך הדין רוקם את העסקה ומבנה את תנאיה, וככל שפעולתו מניעה את העסקה, כך יש ליתן משקל גדול יותר למידת הנגיעה באי-חוקיות ולהימנע מלעשות כן במקרים אלה. עם זאת, כאשר מעורבותו של עורך הדין היא עקיפה, ותרומתו למימוש העסקה היא פסיבית יותר, אנו סבורות כי כללי האתיקה יתירו חיווי דעה גם במקרים שבהם הפעולה עצמה נגועה באי-חוקיות. בנוסף, ניתן להביא בחשבון את הימשכות הסיוע. אנו סבורות כי סיוע נמשך בעייתי יותר מסיוע נקודתי קצר טווח.

5. תרומת הסיוע להעברת הלקוחה מהכלכלה הלא-רשמית לכלכלה רשמית. מניסיוננו, מעורבות עורכי דין בייעוץ ללקוחותיהם הפועלים בכלכלה הבלתי-רשמית, תורמת בטווח הארוך לבניית ביטחונם של הלקוחות בהצלחת בעסק. עורכי הדין מתווכים, על פני זמן, את דבר ההסדרים המשפטיים אשר חלים בנסיבות השונות ומסבירים את הרציונל שלהם, גם כשאלו כלל אינם מתאימים לנסיבות חייהם של הלקוחות. ליווי באופן כזה מגשר על הפער בין הדין לבין התמיכה שלה נזקקים הלקוחות כדי להתמודד עם מצוקה כלכלית ועוני. ליווי כזה בונה לעתים את התהליך שבסופו הלקוחות יבחרו בעצמם לעבור לפעול בכלכלה הרשמית מתוך נכונות להתמודד עם תנאי הדין שמקשים עליה. כך, אם בתחילת הדרך פועלים הלקוחות ללא דיווח לרשויות המס, אזי הליווי המשפטי התומך, המסביר את החשיבות והיתרונות שבפעילות בכלכלה הרשמית, לצד התייצבות ההכנסות מן העסק יעודדו את הלקוחות לנקוט פעולה זו של רישום ודיווח. עצם העובדה שהליווי המשפטי היה חווייה חיובית עבור הלקוחות, יאפשר להם לבנות אמון באפשרות להיתמך בייצוג משפטי גם בעתיד, במידת הצורך. אם כן, הליווי המשפטי לאורך הדרך מאפשר לעבור ממצב של פעולה בניגוד לחוק למצב של פעולה בהלימה עם הדין.

6. ההקשר החברתי שבו ניתן הסיוע המשפטי. אלמנט אחרון זה – ההקשר החברתי שבו נעשית הפרת הדין – היווה את נקודת המוצא של הניתוח שעשינו ברשימה זו, והוא "צובע" במידה רבה את עמדתנו. נקדיש לו אפוא עוד כמה מילות סיכום.

בספרו THE PRACTICE OF JUSTICE תוהה Simon מדוע בכל תחומי המשפט אנו מקבלים כמובנת מאליה את ההנחה שהמשפט אינו מנותק מההקשר החברתי, הפוליטי והכלכלי שבו הוא מתעצב ובמסגרתו הוא נאכף, בעוד שאיננו מוכנים לעשות כן בתחום האתיקה המקצועית של עורכי דין. שם, משום מה, נותרנו עם גישה פורמליסטית, שאינה מותירה מקום לשיקול דעת רחב, המביא בחשבון את הנסיבות החיצוניות למשפט במסגרת יישומו. לדבריו:<sup>63</sup>

"The revolt against formalism in legal thought has carried the day in nearly every legal field other than that of lawyering itself. Nearly everywhere else

modern jurisprudence teaches that the hallmark of legal judgment is complexity: its commitment to vindicating general principles while taking account of factual particularity. In this view, legal judgment is characteristically contextual. Alone, the modern jurisprudence of professional responsibility presupposes or prescribes categorical judgment. There is no justification for this difference”.

Simon ממשיך ומדריך עורכי דין להפעיל שיקול דעת אתי – כשהם מיישמים את “משפט עורכי הדין”, בדומה לאופן שבו מפורש כל דין: בהתאם למטרתו ותכליתו, תוך הבאה בחשבון של הערך המוגן על ידיו, בהתחשב במסגרת הדיונית שבה הוא מיושם (התדיינות, משא ומתן, ייעוץ), תוך בחינת יכולתם של צדדים שלישיים להגן על עצמם מפני תוצאות הייצוג, תוך בחינת הגמישות הפרשנית האפשרית של הדין (היכולת להמשיג את הסוגיה בצורה רחבה או צורה, תוך העדפת תוכן החוק על פני צורתו), ועוד. בכך הוא מצפה שעורכי דין “יקדמו צדק”. מכוח תפיסה זו יש מקום, לשיטתנו, להביא בחשבון גם את השיקולים שסקרנו ברשימה זו, הנוגעים לממשק של לקוחות עניים עם הכלכלה הבלתי-רשמית. לצד מגבלות ברורות המוטלות על עורכי דין שלא לסייע באופן ישיר ואקטיבי בהפרת חוק, אנו סבורות כי כשמדובר בלקוחות עניים המצויים בכלכלה הבלתי-רשמית, וכאשר קיים מרחב לשיקול דעת, יש מקום להתחשב גם בידע אשר נצבר במחקר החוק-משפטי, ואשר מאיר את הנסיבות שבעטיין אנשים בעוני מוצאים את עצמם, לעתים, במצב של הפרת חוק. כפי שהודגם לעיל, נסיבות אלו ישתקללו כחלק מהפרמטרים שיש להביאם בחשבון בהחלטה על עמדה מקצועית ואתית, והן עשויות לסייע לעורכי דין להגיע להחלטה בדבר העמדה הראויה. אנו סבורות כי בדרך זו יוכלו עורכי דין לשלב בין מחויבותם ללקוח לבין האינטרס הציבורי של הענקת סיוע משפטי טוב ללקוחות עניים, וכל זאת תוך כדי קידום צדק במשפט.