

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9596/02

- בפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור
כבוד השופטת ד' ביניש
כבוד השופט א' א' לוי
- העותרת: פיצוי נמרץ - המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים
- נגד
- המשיבים: 1. שר המשפטים
2. לשכת עורכי הדין בישראל
- עתירה למתן צו על תנאי
- בשם העותרת: עו"ד רנאטו יאראק ועו"ד דן בכיר
בשם המשיב 1: עו"ד דנה בריסקמן
בשם המשיבה 2: עו"ד אסף פוזנר, עו"ד יאיר שילה ועו"ד עודד אפק

פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') ת' אור:

1. בעתירה שלפנינו מתעוררת שאלת חוקיותו של כלל 11ב' לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) התשמ"ו-1986 (להלן: כלל 11ב' והכללים כולם: כללי לשכת עורכי הדין). כלל זה קובע כך:

"11ב'. איסור מתן שירותים משפטיים במקרים מיוחדים

(א) עורך דין לא יתן שירות משפטי ללקוח, שהפנה אליו גוף - שאינו עורך דין, שותפות של עורכי דין או חברת עורכי דין - הפועל למטרת רווח ולמטרה זו מפרסם כרבים מתן שירותים משפטיים.

(ב) עורך דין המועסק על ידי מי שאינו עורך דין, שותפות של עורכי דין או חברת עורכי דין (להלן: המעסיק) לא ייתן שירות משפטי למי שאינו מעסיקו אם המעסיק פועל למטרת רווח וגובה תמורה בעד אותו שירות משפטי.

(ג) הועד המרכזי, בהתייעצות עם ועד מחוז, רשאי להתיר, מטעמים מיוחדים שבטובת הציבור, חריגה מהוראות אלה, בתנאים ולתקופה שיקבע".

כלל 11ב' הותקן על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין (להלן: הלשכה או לשכת עורכי הדין) מכוח סמכותה להתקין כללים הנוגעים לאתיקה המקצועית של חבריה, הקבועה בסעיף 109 (4) לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין).

2. העותרת הנה חברה אשר פעילותה היא בסיוע ללקוחותיה לממש את ההטבות והזכויות הרפואיות, הביטוחיות והפיננסיות, אשר מגיעות להם על פי חוק מאחרים, לרבות מרשויות המינהל או הבריאות ולהגדיל את נגישותם של הלקוחות אל גורמים אלה. לצורך זה, מעסיקה העותרת מספר רב של בעלי מקצוע אשר הינם מומחים בתחום הרפואה, הביטוח והמיסוי. במסגרת פעילותה, מבקשת העותרת להפנות את לקוחותיה גם לשירותם של עורכי דין עימם היא קשורה, לשם מימוש זכויותיהם המשפטיות. המשיב 1 (להלן: המשיב), שר המשפטים, הנו הממונה על ביצוע חוק לשכת עורכי הדין ומי שאישר את כללי לשכת עורכי הדין, ביניהם גם כלל 11ב'. המשיבה 2 (להלן: המשיבה) הנה לשכת עורכי הדין.

בין העותרת לבין המשיבה, קיימים חילוקי דעות בשאלה האם פעילותה של העותרת סותרת את הוראות כלל 11ב' של הלשכה. חילוקי דעות אלה מתבררים בהליך נפרד ולא נדון בהם כאן. ענייננו כאן יהיה אך בחוקיותו ובחוקתיותו של כלל 11ב', אשר העותרת תוקפת אותם.

טענות הצדדים והמחלוקת

3. טענת העותרת היא, שכלל 11ב' פוגע בזכות לחופש העיסוק, הן בחופש העיסוק של עורכי הדין אשר מנועים מלתת שירות משפטי במקרים המנויים בו, והן בחופש עיסוקם של תאגידים אשר מבקשים להעסיק עורכי דין או להפנות את לקוחותיהם לעורכי דין מטעמם. עוד היא טוענת, כי הכלל פוגע בזכותו של כל אדם בישראל לבחור לו שירות משפטי באופן האמור ולקבלו. מכאן טענת העותרת, כי הכלל פוגע בזכויות יסוד והוא מנוגד לעקרונות היסוד של השיטה. הוא איננו חוקתי ואיננו סביר, והתקנתו חרגה ממסגרת ההסמכה להתקין כללי אתיקה.

לגישת העותרת, הכלל גם לא נועד לתכלית ראויה. בעוד שהוא מתיימר להגן על רמתו וטוהרו של מקצוע עריכת הדין, הוא מגן למעשה על פרנסתם של עורכי הדין הוותיקים והמבוססים, בכך שהכלל מונע מעורכי דין צעירים להשתמש בשירותי העותרת ודומותיה. עוד טוענת העותרת, כי הכלל אינו מידתי בכך שהוא נוקט בדרך של

איסור מוחלט במקום לנקוט בדרך של הגבלות שתבטחנה את קיום חובותיו המקצועיות והאתיות של עורך הדין ללקוחותיו. על כן, לגישת העותרת כלל 11ב' בטל.

טענת המשיבה, לעומת זאת, היא שגם אם יש בכלל פגיעה בזכויות יסוד, הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה. ראשית, תכליתו של כלל 11ב' הנה תכלית ראויה. הוא נועד להבטיח את חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוחותיו ואת עצמאותו ואי תלותו של עורך הדין. כלל 11ב' גם נועד למנוע עקיפה של כללי האתיקה הנוגעים, בין היתר, לייחוד המקצוע, לאיסור שותפות עם מי שאינו עורך דין, לגובה שכר הטרחה, לחובותיו השונות של עורך הדין כלפי הלקוח וכיוצא באלה כללי אתיקה. בהקשר זה מבקשת המשיבה להדגיש כי העותרת ודומותיה אינן כפופות למגבלות שמחילים כללי האתיקה על עורכי הדין. לטענת המשיבה, הכלל הנו גם מידתי. מסיבות אלה, סבורה המשיבה כי דינה של העתירה, להידחות.

עמדת המשיב היא, כי ביסוד כלל 11ב' עומדים עקרונות המעוגנים בחוק לשכת עורכי הדין וכי הכלל הנו סביר, מידתי ונטול פגם משפטי.

4. כללי לשכת עורכי הדין הותקנו על ידי המועצה הארצית של הלשכה מכוח ההסמכה להתקין כללי אתיקה, אשר קבועה בסעיף 109(4) לחוק הלשכה. ככאלה, מהווים הכללים חקיקת משנה. ככל חקיקת משנה, חוקיותה, ולעיתים חוקתיותה, מותנית לא רק בסמכות פורמלית להתקינה, אלא גם בסמכות המהותית לכך. חקיקת משנה צריכה להיות סבירה, לתכלית ראויה ופגיעתה בערכים הראויים להגנה צריכה להיות שלא מעבר למידה הדרושה (ראו גם בג"צ 4330/93 פריד גאנס נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4), 221, 229 להלן: פרשת גאנס). המחלוקת בין בעלי הדין בפנינו ממוקדת, במישור החוקתי, בשאלות הבאות: האם הוראותיו הן לתכלית ראויה והאם הוא מידתי. לדעתי, יש לענות לכל השאלות בחיוב.

להלן אפרט את נימוקי לכך, אך תחילה אעמוד על מהות האיסורים הנכללים בסעיף 11ב'.

5. שתיים הן הוראות כלל 11ב', אשר חוקתיותן הנה במחלוקת בפנינו. כלל 11ב'(א) עניינו איסור על עורך דין לתת שירות משפטי ללקוח, שהיפנה אליו גוף שאינו עורך דין או שותפות או חברת עורכי דין, אשר פועל למטרת רווח ולמטרה זו מפרסם מתן שירותים משפטיים (ההדגשה הוספה - ת"א). הוראת חלק זה של הכלל עוסקת במצבים אשר בהם הגוף החיצוני מפרסם את מתן השירותים המשפטיים על ידו במטרה

להפיק רווחים. יש להדגיש, כי על עורך הדין חלות הגבלות בדין, לבל פרסומו את עצמו ואת השירותים המשפטיים אשר הוא נותן, ועוד נתייחס לכך. פרסום על מתן שירותים משפטיים על ידי גוף חיצוני, אשר אינו מוגבל לאותן הוראות בדין, עוקף את אותן הגבלות. אמנם, עורך הדין עצמו אינו מפרסם את שירותיו המשפטיים באופן האסור עליו לפי הכללים, אך הגוף החיצוני המפנה לקוחות אל אותו עורך הדין, מפרסם למטרות רווח את דבר מתן שירותים משפטיים. יש להוסיף לכך, כי מתן שירותים משפטיים על ידי מי שאינו עורך דין, מנוגד לעקרון של ייחוד המקצוע ומנוגד לסעיפים 20 ו-96 לחוק לשכת עורכי הדין. על כן, יש בפרסומת בדבר מתן שירותים משפטיים, על ידי הגוף החיצוני בעצמו, פוטנציאל להטעייה של הלקוחות בדבר זהות נותן השירותים המשפטיים, שכן השירותים יינתנו בפועל על ידי עורכי דין.

כלל 11ב' (ב) מטיל איסור על עורך דין המועסק שלא על ידי עורך דין, שותפות או חברת עורכי דין, לתת שירות משפטי, אם המעסיק פועל למטרת רווח וגובה תמורה בעד השירות המשפטי (ההדגשה הוספה - ת"א). כלומר, עסקינן במצבים שבהם הגוף החיצוני גובה בעצמו תמורה בעד השירות המשפטי שניתן על ידי עורך הדין. יש להדגיש כבר כאן, כי גביית תשלום עבור שירות משפטי על ידי מי שאינו עורך דין, הנה פרקטיקה אסורה המנוגדת גם היא לעקרון ייחוד המקצוע. לעניין זה, אין זה משנה אם הסכום שגובה המעסיק מן הלקוח ייקרא תשלום עבור תיווך של המעסיק למתן השירות המשפטי או בכל שם אחר.

להלן נדון בשאלת חוקתיות סעיף 11ב'. השאלה הראשונה עליה יש להשיב היא, אם האמור בסעיף פוגע בזכות יסוד כלשהי.

פגיעה בזכויות יסוד

6. יש ממש בטענה, כי כלל 11ב' פוגע בזכויות יסוד. הכלל פוגע בראש ובראשונה בחופש העיסוק, שהוא מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ומעוגן כיום גם בחוק יסוד: חופש העיסוק. על חשיבותה של הזכות לחופש עיסוק ראו בבג"ץ 1030/99 ח"כ חיים אורון ואח' נ' יו"ר הכנסת (פ"ד נו(3) 640, 657-659, והאסמכתאות שם).

כדי שחופש העיסוק ייפגע, אין זה מן ההכרח שהזכות תשלל. די בכך שחקיקה תגביל ממשית את העיסוק במשלח יד, כדי שהדבר יחשב לפגיעה בחופש העיסוק במובן חוק היסוד. ברוח זו נקבע בפרשת גאננס:

"הפן השני של חופש העיסוק הוא החופש לפעול בגדריו של עיסוק, מקצוע או משלח יד ללא איסורים או הגבלות. אקט שלטוני המטיל הגבלות על דרך הגשמתו של עיסוק, מקצוע או משלח יד פוגע בהיבט זה של חופש העיסוק"

(וראו גם: בג"ץ 5936/97 לם ואח' נ' דל ואח', פ"ד נג(4) 673, 692).

אם נחזור לענייננו, כלל 11ב' פוגע בחופש העיסוק בכך שהוא מונע מעורכי הדין את האפשרות לתת שירותים משפטיים, למי שהופנו אליהם מטעמם של מעסיקים או גופים חיצוניים, אשר הם עצמם אינם רשאים לתת להם שירותים משפטיים. יש בו גם פגיעה, ולו בעקיפין, בחופש העיסוק של גופים דוגמת העותרת, בכך שנמנע ממנה להעסיק עורכי דין נוכח ההגבלה המופנית כלפי עורכי הדין אשר בכלל 11ב'.

הפגיעה בחופש העיסוק אינה הפגיעה היחידה של הכלל בזכות יסוד. כלל 11ב' פוגע גם באוטונומיה וברצונם הפרטי של הלקוחות, אשר נמנעת מהם האפשרות לפנות לעורכי דין באמצעות תיוכם של גופים חיצוניים. אוטונומיה זו מהווה גם היא עקרון יסודי בשיטתנו המשפטית, והיא מעוגנת כיום בהוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על חשיבותה של אוטונומיה בבחירת עורך הדין, עמד השופט ברק בפרשת גאנם:

"במיוחד מוגנת האוטונומיה של הרצון הפרטי כפי שהיא באה לידי ביטוי בחירותו של אדם לבחור לעצמו פרקליט אשר ייצגו בבית המשפט חירות זו למנות עורך דין לייצוג בבית משפט חשובה היא בכל שיטת משפט... חשיבות מיוחדת נודעת לה בשיטת משפט אדברסרית. הופעה ללא ייצוג עשויה ליצור חוסר איזון בין הצדדים, ופגיעה בתיפקודה של השיטה. 'במדינה המודרנית המפותחת כאשר החקיקה מתערבת בפעולותיו היומיומיות של האדם מיום לידתו ועד יום מותו, עולה חיוניותו וחשיבותו של תפקיד עריכת הדין הן לטובת האזרח והן לטובת המדינה'" (בעמודים 233-234).

נזכיר עוד את הטענה, כי הכלל פוגע גם בתועלת הציבורית שעשויה לצמוח מפעילותם של גופים חיצוניים, דוגמת העותרת, אשר מבקשים לסייע ללקוחותיהם במימוש מכלול זכויותיהם המשפטיות והאחרות, כתוצאה מהתרחשותם של אירועים שונים, כמו למשל מחלה או תאונת דרכים. גופים כאלה, עשויים להפוך את הערכאות

המשפטיות לנגישות יותר למי שזכאים לקבל סעד משפטי למימוש זכויותיהם. הוראות סעיף 11ב' פוגעות, איפוא, בזכויות יסוד. השאלה היא, אם הן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה, ובענייננו - המחלוקת הינה האם התקנתן היא לתכלית ראויה, והאם מתקיימת דרישת המידתיות.

תכלית ראויה

7. כלל 11ב', על שני סעיפיו, מופיע בפרק ה' לכללי הלשכה, אשר עוסק ביחסים שבין עורך הדין לבין הלקוח. תכליותיו של הכלל הינן מניעת עקיפתם של כללי האתיקה החלים על עורכי דין ושמירה על חובת עורכי הדין להימנע ממצב של ניגוד עניינים. התכלית הראשונה מוגשמת הן בכלל 11ב'(א) והן בכלל 11ב'(ב). התכלית השנייה מוגשמת בהוראות כלל 11 ב(ב).

התכלית הראשונה הנה הרצון להבטיח את קיום החובות המשפטיות והאתיות המוטלות על עורכי הדין ולמנוע את עקיפתן. החשש לעקיפתן של חובות אלה מתעורר כאשר הקשר של הלקוחות הוא עם מי שאינם עורכי דין, אשר האחרונים מצידם מפנים את הלקוחות אל עורכי הדין. על המפנים, אשר אינם עורכי דין, לא חלים כללי לשכת עורכי הדין, הקובעים שורה ארוכה של חובות אתיות אשר מוטלות על עורכי הדין ביחסיהם עם לקוחותיהם וביחסיהם עם עורכי הדין האחרים. בין היתר, קובעים כללים אלה את האיסור על שידול לקוחות כדי לקבל מהם עבודה, את האיסור לפעול בניגוד עניינים, את האיסור המסויג לפרסומת וכיוצא באלה איסורים. אך הוראות אלה חלות רק על מי שהוא עורך דין וחבר הלשכה, ועל כן אינן חלות על גופים חיצוניים דוגמת העותרת. בנסיבות אלה, גופים חיצוניים אלה עלולים לפעול - אם כדי לזכות בלקוחות, אם על ידי התניה עם הלקוחות תנאים שונים, ואם בכל דרך אחרת - בניגוד לאיסורים החלים על עורכי דין לפי כללי האתיקה המחייבים אותם. להם לא צפויה כל סנקציה בגין התנהגות אשר עורכי דין אסורים בה.

כלל 11ב'(א) אוסר על עורכי הדין לתת שירותים משפטיים ללקוחות שהופנו אליהם על ידי גופים, שהם עצמם אינם מוסמכים להעניק שירותים משפטיים, אשר פועלים למטרת רווח ולמטרה זו גם מפרסמים מתן שירותים משפטיים. בכך נמנעת עקיפת של כללי האתיקה הנוגעים לפרסומת (וראו: סעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין וכן כללי לשכת עורכי הדין (פרסומת) התשס"א-2001 - להלן: כללי הפרסומת). בכך נשמר גם עיקרון יחוד המקצוע (הקבוע בסעיפים 20 ו-96 לחוק לשכת עורכי הדין), האוסר על מי שאינו עורך דין להעניק שירותים משפטיים, וכן נמנע הפוטנציאל

להטעיית לקוחות בדבר כשירותם של אותם גופים להעניק שירות משפטי כאמור. אינו מתעלם מן השינויים שחלו לאחרונה בהיקף איסור הפרסומת לעורכי הדין, על פי כללי הפרסומת. אך ההיתר לפרסומת על ידי עורכי דין על פי כללי הפרסומת הנם בגדר חריגים לכלל הקבוע בסעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין שלפיו עורך הדין אינו רשאי לעשות, במישרין או בעקיפין, פרסומת לעסקו. יוצא, שגם כיום ממשיך לחול איסור הפרסומת, בגבולות הקבועים בדין, על עורכי הדין אך לא על גופים, דוגמת העותרת, אשר עליהם אינם חלים כללי הלישכה.

כלל 11ב' (ב) אוסר על עורכי הדין, המועסקים על ידי מי שאינם עורכי דין (או חברה או שותפות של עורכי דין) לתת שירות משפטי למי שאינו מעסיקם, אם המעסיק פועל למטרות רווח וגובה בעד אותו שירות משפטי תמורה כספית. בכך נמנעים מצבים שבהם תתאפשר עקיפת כללי הלשכה, על ידי הגוף המעסיק, אשר אינו כפוף לכללי לשכת עורכי הדין. בכך גם נשמר עיקרון ייחוד המקצוע, האוסר על מי שאינו עורך דין לתת שירות משפטי ולגבות תשלום בעבורו.

העותרת לא חלקה בפנינו על חוקתיותם של כללי האתיקה של הלשכה. היא תוקפת את חוקתיות כלל 11ב' בלבד. על רקע זה, התכלית שביסוד כלל 11ב' - הבטחת קיומם של כללי אתיקה אחרים - הנה תכלית ראויה, והיא מצויה במסגרת ההסמכה הקבועה בסעיף 109(4) לחוק לשכת עורכי הדין.

7. תכלית נוספת המונחת ביסוד כלל 11 (ב) הנה הרצון למנוע מעורך הדין להימצא במצב של ניגוד עניינים. האיסור לפעול בניגוד עניינים משמעו שיש להימנע מלפעול תוך ניגוד בין שני אינטרסים שונים (וראו: בג"צ 595/89 משה שמעון נ' שלום דנינו, פ"ד מד(1) 409, 413-414). במערכת היחסים שבין עורך הדין לבין הלקוח, נגזר האיסור מחובת האמון של עורך הדין כלפי לקוחו (ראו: ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תל אביב, תשס"א) 163). האיסור להימצא בניגוד עניינים, מוצא את ביטויו בכללי הלשכה, בהם מצויות הוראות מפורטות אשר אוסרות את הימצאותו של עורך הדין במצבים שונים אשר בהם עשוי להתעורר ניגוד עניינים. כך למשל, קובעים כללי הלשכה כי עורך הדין לא ייצג צדדים בעלי אינטרסים מנוגדים באותו העניין (כלל 14 לכללי הלשכה), כי עורך הדין לא יטפל נגד לקוחו בעניין שטיפל בו למען אותו הלקוח (כלל 16 לכללי הלשכה) וכי עורך הדין לא יטען טענות כנגד מסמך שערך בעצמו או אשר השתתף בעריכתו (כלל 15 לכללי הלשכה).

כלל 11ב' (ב) מגשים גם הוא את העיקרון של אי תלות עורך הדין ואת האיסור הפעול בניגוד עניינים. כזכור, הכלל קובע כי עורך הדין לא ייתן שירותים משפטיים למי שהיפנה אליו מעסיק שהוא גוף חיצוני, אשר פועל למטרת רווח וגובה תמורה עבור שירותים משפטיים. כלל זה בא להבטיח כי עורך הדין יפעל למען הלקוח באופן עצמאי בלא תלות באחרים ושלא תוך ניגוד עניינים. הכלל בא למנוע את היווצרותם של מצבים בהם יחוש עורך הדין, במקביל, חובת נאמנות הן כלפי המעסיק שהפנה אליו את הלקוח והן כלפי הלקוח עצמו. נאמנות כפולה שכזו, שהיא אינהרנטית לסיטואציה המיוחדת שבה דן סעיף 11ב' (ב), מעלה פוטנציאל לניגוד עניינים בכל אחד ואחד מהמצבים בהם מי שהפנה לעורך הדין את הלקוח, הנו מעסיק הפועל למטרת רווח. היא עשויה להוביל לכך שהחלטותיו המקצועיות של עורך הדין, אשר אמורות להיות מבוססות על טובתו של הלקוח ועל טובתו בלבד, יהיו מושפעות גם מן האינטרסים של מעסיקו. בכך, עשויים להיפגע האינטרסים של הלקוח וכן האמון העומד בבסיס מערכת היחסים שבין עורכי הדין לבין לקוחותיהם. בנוסף, היא עשויה להוביל לפגיעה באמון במקצוע עריכת הדין כולו. לסיכום נקודה זו, אני סבור כי התכלית של מניעת ניגוד עניינים, המונחת ביסוד כלל 11ב' הנה תכלית ראויה.

המסקנה היא, ששתי התכליות אשר עומדות בבסיס כלל 11ב' לכללי הלשכה הנן תכליות ראויות. עניינן הוא בשמירה על כבוד מקצוע עריכת הדין, הגנה על ציבור הלקוחות ושמירה על אינטרס הציבור ואמונו במקצוע עריכת הדין. קיומן של תכליות אלה מתחום האתיקה המקצועית של עורכי הדין, מלמדות גם כי התקנת כלל 11ב' נכללת במסגרת הסמכות הקבועה בסעיף 109(4) לחוק לשכת עורכי הדין להתקין כללי אתיקה.

מידתיות

8. עקרון המידתיות קובע, כי חקיקת המשנה, כמו כל מעשה מנהלי בכלל, צריכה לשקף יחס ראוי בין המטרה, הראויה כשלעצמה, לבין האמצעי שבו היא נוקטת לשם הגשמתה של המטרה (וראו: בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (להלן: פרשת בין עטייה), בעמודים 9-10). כך, על כללי הלשכה, גם אם נועדו לתכלית ראויה, לקיים את דרישת המידתיות, אשר מבחני המשנה שלה אלה הם: יחס של התאמה בין האמצעי לבין המטרה אותה הוא נועד להגשים, היעדר אמצעים להשגת המטרה שפגיעתם פחותה, וקיומו של יחס ראוי בין התועלת שבכלל לבין הנזק הכרוך בו (ראו האמור בפרשת גאנם וכן בפרשת בן עטייה בעמודים 13-14).

אשר למבחן המשנה הראשון, אני סבור כי קיים קשר של התאמה בין התכליות של הוראות כלל 11ב' לבין האמצעי שנבחר. הקשר הוא במובן זה שההוראות מתאימות לקידום התכליות אשר נזכרו לעיל, שאותן נועד הכלל לקדם. יש בהן הן למנוע את החשש של העמדת עורכי דין במצב של ניגוד עניינים, והן למנוע את החשש של פגיעה עקיפה בכללי אתיקה מקצועית החלים על עורכי דין, העלולה להיגרם על ידי פעילותו של המעסיק בנושאים משפטיים. אעבור לדון, אם כן, בשני מבחני המשנה האחרים לבחינת מידתיות הוראות כלל 11ב'. תחילה אתייחס לתכלית של מניעת עקיפה של כללי האתיקה.

השאלה היא, אם ניתן להגיע לתכלית זו באמצעים פוגעים פחות מאלה הנזכרים בהוראות הכלל. אשר למבחן המשנה השני, אני סבור כי את התכלית של מניעת עקיפת כללי האתיקה, ניתן היה להשיג בדרכים אחרות, אשר פגיעתן בזכויות ובערכים שהוזכרו, הנה פחותה. לכאורה, ניתן היה למנוע את עקיפת כללי האתיקה, בדרך של הטלת מגבלות על עורכי הדין בכל הנוגע לטיפול בלקוחות שהופנו אליהם מטעם של גופים חיצוניים. ניתן היה לקבוע, כי רק כל עוד עומד הגוף החיצוני בדרישות אשר מטילים כללי האתיקה על עורכי הדין ביחס לשירות המקצועי אותו מבקש עורך הדין להעניק, רשאי עורך הדין להעניק שירות כאמור ללקוחות שהפנה אליו הגוף החיצוני. לכאורה, היה בכך להבטיח את קיום כללי האתיקה. אולם אפשרות זו, וכך גם דומותיה, על אף שהיא נראית אטרקטיבית, אינה ישימה.

כפי שכבר נזכר, כללי לשכת עורכי הדין אינם חלים על גופים חיצוניים, שאינם חברי הלשכה. על כן, לא ניתן לאכוף במישרין את הציות של אותם הגופים לכללי הלשכה. שקלתי, על כן, את האפשרות של הטלת חובה על עורכי הדין, לפקח על פעילותם של הגופים החיצוניים עמם הם יהיו קשורים, וכן להטיל עליהם סנקציה בדין המשמעת, אם יוברר שגוף חיצוני עמו התקשרו אינו פועל על פי כללי הלשכה. הגעתי למסקנה, שדרך זו גם אינה מעשית והיא גם עלולה, בסופו של דבר, להיות לא מוצדקת כלפי עורכי הדין. היא אינה מעשית, כי היא תדרוש מעורכי הדין זמן ומשאבים רבים, מבלי שהדבר יבטיח שפיקוחם יהיה תמיד אפקטיבי. החשש הוא, שבמקרים רבים לא ידעו עורכי הדין על הפרתם של כללי הלשכה על ידי הגופים החיצוניים, או שלא יהיו בידיהם הכלים המספיקים להיווכח אם הגוף החיצוני עומד בכללי הלשכה או מפר אותם. אכן, יש לצפות שבמקרה של פגיעה בכללי האתיקה על ידי הגופים החיצוניים תחזור ותעלה הטענה על ידי עורכי הדין הנוגעים לעניין כי הם נקטו בכל האמצעים הסבירים האפשריים, ועל אף זאת לא הצליחו למנוע את הפגיעה האמורה. יהיו מקרים שזה יהיה המצב ונקיטת אמצעים סבירים על ידי עורכי הדין אכן לא תועיל. במקרים

כאלה, לא יהיה זה מוצדק לייחס להם עבירה משמעתית. בסופו של דבר, הגעתי למסקנה שאין פתרון ישים אשר יבטיח את השגת התכלית של מניעת עקיפה של כללי האתיקה של עורכי הדין בדרך הפוגעת פחות בעורכי הדין מזו שננקטה בכלל 11ב'.

לאור כל האמור לעיל, לא קיימת אפשרות מעשית להשגת תכליות הכלל 11ב', תוך פגיעה פחותה בזכויות החוקתיות שנזכרו.

10. בהקשר זה, אבקש להזכיר עוד שני עניינים. ראשית, יש להדגיש כי כלל 11ב' חל רק על גופים שפועלים למטרות רווח ואינו חל על מעסיקים או על גופים שעוסקים בהפניית לקוחות לעורכי דין ללא כל תמורה. שנית, כלל 11ב'(ג) לכללי לשכת עורכי הדין מסמך את הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, בהתייעצות עם הוועד המחוזי, להתיר חריגה מהוראות כללים 11ב' (א) ו-11ב' (ב), אם קיימים לכך טעמים מיוחדים שבטובת הציבור. כך, ניתן לסטות מן הכלל ולהתיר את פעולתם של גופים, דוגמת העותרת, בהתקיים נסיבות המצדיקות סטייה כאמור. אפשרות זו מחלישה את הטענה, כי האמצעי שנבחר - כלל 11ב' - הנו אמצעי שפגיעתו גדולה מן הנדרש.

11. גם מבחן המשנה השלישי - מבחן התועלת מול הנזק, מתקיים ביחס לתכלית של מניעת עקיפת כללי האתיקה. כללי האתיקה המקצועית של לשכת עורכי הדין נועדו להבטיח את האתיקה המקצועית של עורכי הדין ולהגן על ציבור הלקוחות המתקשר עימם. עקיפתם של כללי האתיקה, עשויה לגרום נזק לציבור הלקוחות, לעורכי הדין האחרים ולמקצוע עריכת הדין בכללו, כולל לשמו הטוב של המקצוע. נזק זה, הנו גדול מהנזק הכרוך בהגשמת כלל 11ב', על שני סעיפיו. על כן, יש לקבוע כי התועלת הגלומה בכלל 11ב', עולה על הנזק הגלום בו.

12. מבחני המשנה השני והשלישי לקיומה של המידתיות, מתקיימים גם ביחס להשגת התכלית השנייה - הרצון להימנע ממצב של חשש ניגוד עניינים. אמנם, האיסור על פעולתו של עורך הדין, תוך ניגוד עניינים, קבוע, במספר הוראות דין אחרות, אם כלליות ואם ספציפיות (ראו סעיף 14 לכללי הלשכה, ולעניין חובתו של עורך הדין שלא לפעול תוך ניגוד עניינים, מכוח עקרונות המשפט הכלליים, ראו: ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תל אביב, תשס"א), 164-165). לטענת העותרת, די באסורים אלה וההוספה עליהם בכלל 11ב', אינה נדרשת ואינה מידתית. אין בידי לקבל טענה זו. יש לחזור ולהדגיש כי בסיטואציה המיוחדת שבה עוסק כלל 11ב'(ב), גלומה, באופן אינהרנטי, נאמנות כפולה של עורך הדין ללקוחו מחד גיסא, ולחברה המעסיקה אותו ומפנה אליו לקוחות, מאידך גיסא. לחברה המעסיקה עשויים להיות אינטרסים שונים

מהאינטרסים של הלקוח עצמו ואף מנוגדים לו. כך למשל, עשויה החברה להעדיף את סיומם המהיר של ההתדיינויות בבית המשפט, בדרך של פשרה, אשר לא תמיד תעלה בקנה אחד עם האינטרסים של הלקוח. וגם זאת, בעוד שהאינטרס של החברה המעסיקה הנו אינטרס כלכלי טהור, במקרים שבהם מדובר במערכת יחסים רגילה בין עורך הדין לבין הלקוח מחויב עורך הדין לכללי האתיקה, ובהם שמירה על אינטרס הלקוח, אפילו אם אלה סותרים אינטרסים כלכליים שלו.

במצב דברים זה, שעניינו בנאמנות כפולה, מתקיים הפוטנציאל לניגוד עניינים, בכל אחד ואחד מהמקרים שבהם הלקוחות מופנים לעורך הדין מטעמה של חברה כאמור הפועלת למטרות רווח. מצב כזה יש למנוע. הוראה מיוחדת בדמות כלל 11'ב' היא המבטיחה זאת, ולא הוצעה לנו דרך אפקטיבית אחרת למניעת הדבר שתהיה פוגענית פחות. בנסיבות אלה עומדות הוראות סעיף 11 למבחן המידתיות גם ביחס לתכלית של מניעת חשש לניגוד עניינים.

14. לאור כל האמור, יש לדחות גם את טענות העותרת ביחס לחוקתיות כלל 11'ב' ולקבוע כי הוא עומד במבחני פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכלל זה, הוא התקבל מכוח חוק, לתכלית ראויה והוא עומד בדרישת המידתיות על שלושת מבחני המשנה שלה.

15. עד כאן דנתי בחוקתיותו של כלל 11'ב'. מכל מה שנאמר לעיל, ניתן להסיק, שגם במישור המינהלי אין פגם בהתקנתו של הכלל. כבר הראינו שהיתה סמכות להתקנתו מכוח סעיף 109(4) לחוק לשכת עורכי הדין, וכן שהכלל הוא מידתי גם במישור המינהלי. מכל מה שאמרנו לעיל, ברי שתוכנו של הכלל אינו חורג ממיתחם הסבירות.

העתירה נדחת. העותרת תישא בהוצאות כל אחד מהמשיבים בסך 20,000

ש"ח.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

שופט

השופט ד' ביניש:

מסכימה אני לפסק-דינו של המשנה-לנשיא (בדימו') השופט אור. כלל 11ב לכללי לשכת עורכי-הדין אינו עומד לעצמו, אלא משקף הוא חלק מתפיסה עקרונית רחבה, כפי שהיא מעוגנת בחוק לשכת עורכי-הדין. חוק זה נותן ביטוי חד-משמעי לעקרון של ייחוד פעולות המקצוע, והוא מעגן בחקיקה ראשית את העקרונות המשמשים בסיס לכללי האתיקה המקצועית. התאמת עקרונות אלה למציאות חברתית משתנה נעשתה אף היא במסגרת אותו חוק, אם כי במידה מסויגת. כך למשל, בא הדבר לידי ביטוי בשינוי הגישה לפרסומת (סעיף 55 לחוק), בשינוי הגישה לעיסוק של עורכי-דין בחברת עורכי-דין (סעיף 59א לחוק) וכן בתיקונים נוספים.

עיסוקה של העותרת, מעצם טיבו, טומן בחובו פוטנציאל טבוע מראש לפגיעה בתפיסה העקרונית שהחוק מייצג. החשש כי עורך-דין המועסק על-ידי חברה כדוגמת העותרת או באמצעותה, יעמיד עצמו במצב של ניגוד עניינים כלפי הלקוח, הינו חשש מובנה במתכונת הנוכחית בה העותרת אינה כפופה היא עצמה לכללי האתיקה המקצועית. בחשש טבוע זה יש כדי להצדיק את האיסור על עורכי-דין ליתן שירות משפטי ללקוחות שהפנה אליהם גוף כדוגמת העותרת.

השאלה אם הגיעה העת לשנות את הגישה ביחס לדרך בה ניתן להגן על כבוד מקצוע עריכת-הדין ועל ייחוד המקצוע, הינה שאלה נכבדה בעלת היבטים רבים. היא נוגעת לליבת התפיסה של חוק לשכת עורכי-הדין. אם וככל שיש מקום לדון בשינויה של תפיסה כאמור, יחייב הדבר קביעת הסדר חדש בחקיקה ראשית, לרבות הכפפת גופים כדוגמת העותרת לפיקוח ולכללים מתאימים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') השופט ת' אור.

ניתן היום, כ"ח בסיון תשס"ד (17.6.2004).

שופט

שופטת

המשנה לנשיא (בדימ')