

"בועלם משפטី כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המשפטין של החוק והפרעדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צורכה היא להיות, שהוא יאה מייצג ע"י מי שידוע רוי התורה ומדובר לשון הסטרו. הוראות החוק בדבר מינוי סנגורים על-ידי בית-המשפט, ופעולות הלשכות לממן טעם משפטי, הרי הן רק בבחינת ראשית אתחלתא דגאולה".¹

הזכות לייצוג וסיווע משפטי בהליך אזרחי בעקבות רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן²

יורם רבין*

מבוא

כל המצוី בעולם המשפט היהודי יודע, כי בשנים האחרונות, בהתאם לרוח התקופה המנשבת, משתרעים פסקי דיןינו החשובים של בית המשפט העליון על פני עשרות רבות של עמודים. דווקא בעת זו מפתח לגלות פסק דין, אשר חשיבותו עומדת ביחס הפוך לאורכו. כזהו פסק הדין בעניין בן שושן של השופט טירקל, המשתרע על ארבעה עמודים בלבד. באופן חלוצי וראשוני מעורר פסק דין, בשל הכלול בו וכשל שאינו כלל בו, את הסוגיה החותמת החשובה של "הזכות לייצוג וסיווע משפטי" (להלן: "הזכות לייצוג") בהליך האזרחי.

לשיממה זו מספר חלקיים. בחלוקת הראשון של הרשימה יוצג פסק דין בעניין בן שושן, אשר בו דין בית המשפט העליון, לראשוונה, בזכות לייצוג בהליך אזרחי כזכות חוקתית. זכות זו הנה "זכות בלתי מנוריה" (זכות אשר אינה קבועה במפורש) בחוק-היסוד המרכז העוסק בזכויות האדם, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובקשר שלא לא נערך עד כה כל דין.

* מרצה וחבר סגל ההוראה הקבוע בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנהל. הריני מבקש להודות לעוזרת המחקר המסורתית איריס אלקוץ, תלמידית השנה הרביעית בבית הספר למשפטים של המכללה למנהל.

¹ ח' ה' כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט בו (תש"ל), 42, 49.
² רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375 (להלן: עניין בן שושן).

בחלק השני ייعرך דין קצר בקשר לזכות במשפט המשווה – המשפט האירופי והמשפט האמריקאי. נסזה לבדוק כיצד התחפה הזכות מתחזק הציג בהליך הפלילי, וכן נעמוד על העובדה המעניינת, כי פסיקה חלוצית בחוץ-לארץ בנושא זכות הייצוג בהליך אזרחי, כמו גם פסק הדין נשוא הרשימה, נגעה לתביעות בקשר דיני משפחה. שיטות המשפט שאוון נסקור היכיו בזכות לייצוג בהליך, האזרחי בזכות חוקתית על-חויקות זוatta גם ללא עיגון מפורש בטקסט החוקתי, ועל כן אין יכולות לשמש מקור הרשאה לפיתוחו של המשפט הישראלי בכיוון זה. את החלק השלישי של הרשימה נקדיש למצב בישראל. בחלק זה נסזה להציג על מספר עניינים: ראשית, נסקור את הזכות לייצוג בהליך האזרחי כפי שהיא קיימת ביום במשפט הרגילה; שנית, בעקבות פסק הדין בן שושן קיימת היום נסזה לבסס את זכות הייצוג בהליך אזרחי בזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסק הדין בן שושן עוסק לכארה בדייני משפחה, אך רק בהקשר המונח בבסיסו של פסק הדין אפשר להזכיר בזכות חוקתית לייצוג, לא רק בהקשר הצד של דיני משפחה אלא בהקשר הרחב של המשפט האזרחי; שלישיית, בהינתן זכות חוקתית לייצוג בהליך אזרחי נסזה לעמוד על היקפה וגבולותיה.

1. פרשת בן שושן – העובדות ופסק הדין

חי הניסוי של בני הזוג בן שושן עללו על שרטון, ומר בן שושן (להלן: "הבעל"), פנה אל בית משפט השלום באילת (בשבתו כבית משפט לענייני משפחה) בבקשת פירוק שיתוף בדירות המשפט. בית המשפט לענייני משפחה נעתר בבקשתו של הבעל והורה לפרק את השיתוף בדירה, ומינה את כא כוח הבעל כconomics נכסים לצורך ביצוע הפירוק. גברת בן שושן (להלן: "האישה"), ערערה על פסק הדין לפני בית המשפט המחווי בבאר-שבע, אשר מחק את ערורה. מכאן, כשהיא טעונה לעצמה, פנתה האישה אל בית המשפט העליון בבקשת להרשות לה לעורר על פסק הדין. השופט טירקל, אשר דן בבקשתו (כאייל נתנה הרשות והוגש ערעור), מצא לנכון לבטל את פסקי דין של בית המשפט המחווי ושל בית המשפט לענייני משפחה, והורה להחזיר את הדין לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שייחזור וידון בפירוק השיתוף בדירות המגורים של בעלי הדין, לאחר שהמבקשת תהיה מיזוגת על ידי עורך דין, וזאת מטעם אחד ויחיד: בהליך שקדמו לדין בבית המשפט העליון, לא הייתה האישה מיזוגת על ידי עורך דין, וזאת בגין לבעלה אשר זכה לייצוג על ידי עורכת דין שמנתה עבورو מכוח חוק הסיע המשפט, תשל"ב-1972 (להלן: "חוק הסיע המשפט"). עובדה זו פגעה באופן קשה בקשר הגנתה וביכולתה של האישה להתגונן ועל כן אומר השופט טירקל את הדברים הבאים³:

"בבית-המשפט לענייני משפחה וכן בcourt המחווי חוזה המבקשת

³ עניין בן שושן, לעיל העירה 2, בע' 377.

וביקשה לדוחות את הדיונים לצורך מינו עורך דין. בסופו של דבר, אחרי פרשנות של דוחיות שלא הועלו לא נדרשו הדיונים עוד, והבקשת נאלצת לטעון לעצמה. עוד מגלה העיון בפסק-הדין, בפרוטוקולים ובפנויות שונות של התביעה, המצויות בתיקי הערכאות הקודמות, כי לא הוכאו לפניין במהלך הדיונים כל הטענות שהיו בפי התביעה וכן טענות נוספות שעורך דין הבקיא במהלך חלוקות כגון דא היה מן הסתם מביל לטעון. יתר-על-כן, הדברים שטענה עצמה היו, כלשון בית-המשפט המחויזי, 'גיבוב של דברים מכולכלים'.

למעשה, אף כי לא באופן מפורש, מbas השופט טירקל את פסק דין על שתי קביעות: האחת, ישנן נסיבות בהן יתכן שכמה לאדם בהליך אזרחי זכות חוקתית לייצוג על חשבון המדינה:⁴

"חברי הנכבד, המשנה לשיא שי לוין, העיר בעניין זכות הייצוג לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי ישאלת שיהיה צורך לבחון אותה בעתיד, לאור הוראות חוק היסוד... אם אין זה מן הרואין, לאור הוראות חוק היסוד, לקבע את סמכותו של בית-המשפט למנגות עורך-דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החורთ".

השנייה, נסיבות המצדיקות הכרה בזכותו של בעל דין לייצוג על חשבון המדינה הנם, בנסיבות מסוימות, סכוסכים בענייני משפחה:⁵

"רואה אני חוכה לעצמי לעמוד על עניין נוסף. הליכים בענייני משפחה הם בענייני 'דיני נפשות' ממש; אם לא כפשוטו, הרי כמשמעותו... בישראל הכיר המחוקק בזכותו של נאשם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין במקרים מסוימים ובהליכים מסוימים. לדעתו יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל-דין בסכוסוך בענייני משפחה להיות מיוצג. בעקבות ההכרה באופיים המיעוד של הליכים אלה, ו עקב הצורך להעניק סיוע מיוחד למתחדינים כאלה, נקבעו בין היתר, הוראות סעיף 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, בדבר הקמת ייחודה סיוע בבית המשפט לענייני משפחה. יש לחת את הדעת על כך שקרים ובאים חיוני הסיוע המשפטי לא פחות מסויע אחר... כך או כך, בטרם יאמר המחוקק את דברו, סבורני שעל בתי-המשפט לייחס משקל רב יותר לחשיבות הייצוג על-ידי עורך-דין בהליכים בענייני משפחה, ואולי גם בהליכים אחרים, על כל המשתמע מכך לעניין הבירור לפניהם".

פסק הדין של השופט טירקל מעורר מספר סוגיות חשובות, חלקן בעלות אופי חוקתי עקרוני, כגון: האם ראוי להכיר בזכות לסייע משפטי בהליך אזרחי כזכות

⁴ שם, בע' 378.

⁵ שם, בע' 379-378.

חוקתיות? מהו הבסיס החקותי להענקת סיווע משפטית בהליך אזרחי על חשבונן המדינה ומה היקפה של הזכות?

2. הזכות ליצוג ולסיווע משפטי בהליך אזרחי – המשפט המשווה

הזכות ליצוג ולסיווע משפטי בהליך הנה גושא אשרណן כבר בעבר בשיטות משפט זרות.⁶ במשפט המשווה, בדרך כלל, התפתחה זכות הייצוג תחילה כזכות בהליך הפלילי וrok לאחר מכן כזכות בהליך האזרחי.⁷ מאפיין נוסף של ההתפתחות הנזכרת לעיל הנה העובדה המעניינת, כי גם בשיטות שונות במשפט המשווה, אשר לכואורה אין קשרוות האחת עם רעاتها, החלה ההתפתחות של הזכות ליצוג ולסיווע משפטי בהליך אזרחי מפסק דין אשר עסקו בדייני משפחה.⁸ הסקירה שלහן תתרכז בזכות ליצוג ולסיווע משפטי בהליך אזרחי זכות חוקתיות.⁹

⁶ לסקירה השוואתית מעודכנת של הסיווע המשפטי (בעיקר בחקיקה הרוגילה) בארץות: אנגליה, אוסטרליה, מלזיה, יפן, איטליה, צרפת, ברזיל, יוון, ספרד, פורטוגל, הולנד, שוודיריה וגרמניה, *Civil Justice In Crises – Comparative Perspective*: קובץ המאמרים בספר הבא: ראו את קובץ המאמרים בספרו: *Civil Procedure* (Oxford, ed. by A.A.S. Zuckerman, 1999) L.G. Trubek & J. Cooper *Education for Justice Around The World* (Aldershot, 1999)

⁷ קנדיה, כך נראה, מצויה עדין בשלב ראשון של ההתפתחות וכלן לא נקייש לה דין מוחדר. סעיף 10(b) לצריטר הקני מקנה לנאים זכות להיוועץ בעורך דין, אך לא מצוינה בו חובה למנות עורך דין לנאים שאינו מיצג או להעניק סיוע משפטי לעצור שאינו יכול לשכור שירותו של עורך דין. לדעתם של מלומדים ניתן לגוזר את זכותו של נאים לסיוע משפטי מהזכות למשפט הוגן, שבסעיף 11 לצריטר, ובמקרים מסוימים בית המשפט יהיה חייב למנות לבנאש עורך דין (ראו: 'ג' רוס "זכויות הדיניות של החשוד או הנאשם על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג [ח'שנ'ט], 155, 166). ואולם, בפועל זכות חוקתיות לחיבב את המדינה לזרואג לסייעו למוחדר אמצעים לא קבעה (ראו: א' מגן "הזכות ליצוג בפלילים" הפקליט מד [ח'שנ'ט], 243, 251). מכל מקום, בהקשר לזכות חוקתית ליצוג ולסיווע משפטי בהליך אזרחי לא נמצאה במשפט החקותי הקני, עד כה, כל התייחסות.

⁸ כהמשך ישיר לעניין בן שושן מתוכות הסקירה ההשוואתית בפסק דין אשר עסקו בדייני משפחה. מדינה נוספת, אשר קבעה את הזכות ליצוג ולסיווע משפטי בחוקתה, ואשר בה לא נעסק, היא איטליה. סעיף 24 ל'חוקמה של איטליה קובע כך:

"Article 24 [Right to be Heard in Court]

(1) All may bring a case before a court of law in order to protect their rights under civil and administrative law.

(2) Defence shall be an inviolable right at every stage and instance of legal proceedings.

(3) The poor shall be entitled, through special provisions, to proper means for action or defence before all courts.

(4) The law lays down the conditions and means for obtaining reparation for judicial errors".

S. Chiarloni "Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective" *Civil Justice In Crises – Comparative Perspective of Civil Procedure*, *supra* note 6, at p. 263

א. המשפט האירופי — זכות הגישה לערכאות, על אף כי אינה מופיעה במפורש לצדן של הזכויות והחירות המוגדרות באופן מפורש באמנה האירופית לזכויות האדם, הוכרה במשפט האירופי בפסק הדין המפורסם בעניין ¹⁰ *Golder*, בנסיבות של סעיף 6(I) לאמנה המכטיח את הזכות למשפט הוגן. בעניין ¹¹ *Airey* צעד בית הדין האירופי צעד נוסף בהרחיביו את זכות הגישה לערכאות לעבר הזכות לייצוג וסיווע משפטי. העותרת, גברת מירלנד, אישת נשואה ואם לאורבעה ילדים, הייתה מעוניינת לפניות אל בית המשפט בכך לחייב צו פירוד מבעה, לאחר שזה טירב לחותם על המסמכים הדורשים לצורך הפירוד. עקב הכנסתה הדלה, דמי אבטלה וסכום של עשרים לירות טרילינג לשבע אוthon קיבלה מבעה, וכן עקב הרוצחותה המרובות על בני משפחתה, לא יכולה הייתה העותרת לשוכר כל שירותים משפטיים ולא היה אפשרה להמשיך בהצלחה בהליך המשפטי האמור ללא עזרה וייעוץ משפטי מקצוע מטעם עורך דין. באותו העת לא הייתה באירלנד כל הסדר חוקי לסייע כלכלי לנזקקים בתביעות אזרחיות. בנסיבות אלו, פנתה העותרת בתולנה לנציגות האירופית לזכויות אדם בטענה, כי אי-יכולתה, במצבה הנוכחי, להשיג צו פירוד מבעה נגרמה עקב כך שאירלנד הפרה את זכויותיה מכוח האמנה ולרכות את זכות הגישה לערכאות מכוח סעיף 6(I) שבה. הנציגות האירופית לזכויות האדם, בקבלה את עדמת העותרת, קבעה כדלקמן¹²:

"A right of access to the courts cannot be understood as a merely general right which could be made ineffective by economic and other obstacles... the commission is of the opinion that article 6 must be understood to impose an obligation on the state to secure proper access by removing such obstacles".

בנוסף, הביעה הנציגות את דעתה, כי סיווע כלכלי איננו צריך להינתן באופן אוטומטי וכי מכל מקום הוא אינו הדרך היחידה, או בהכרח הרצiosa, לפתרון הבעיה של "חווסר גישה" אל הערכאות השיפוטיות. אשר על כן, מצביעה הנציגות על דרכי נספנות¹³:

"This finding does not amount to a requirement of free legal aid to be granted automatically in this or other civil cases... this complaint

.(Golder case *Golder v. U.K.* 15 E.C.H.R. A, 86 (1975) 10 (להלן: עניין *Golder* או *Airey*) או עניין *Airey v. Ireland* 2 E.H.R.R. 305 (1979) 11 (להלן: עניין *Airey*). על זכות הגישה לערכאות מכוח האמנה האירופית לזכויות האדם, ובמיוחד בהקשר לעניין *Airey* וראו: G. Whyte "And Justice for some" 6 *Dublin U. L. J.* (1984) 88; T.P. Thornsberry "Poverty, Litigation and Fundamental Rights — A European Perspective" 29 *Inter. Comp. L. Q.* (1980) 250; M. Cousins "Access to Courts — The European Convention on Human Rights and European Community Law" 14 *Dublin U. L. J.* (1992) 52. 12 אשר מפנה לו"ח הנציגות, שאומץ ביום 9 מרץ 1977, סעיף 77. הדוח *Golder* case, supra note 10 .80, אשר מפנה לו"ח הנציגות שם, בסעיף 13.

ՀԱԼԼ ՕՐԵ ՇԹԵՋ, ՏԽԱԼ ՕՐԵ 9(Ի) ՀԿԱԾՄ ԱՎԱԾ ԱՅԻ ՏԻՄ ԱՅՆ ՄԱԼԵԱՅԻ :
ՏԳ ՄԹԸՆԵՍ ՀՈՒՏՎ ՄԵՐԴԴ Խ ՏԳ Լ ԱՅԻ ԱՎԱԼ ՏՕՅ, ՏԳ ՄԹԸՆ ՄԵՐԱԾՄ
ՀՈՒՏՎ ՄԵՐԱԾՄ ԱՎԱԼ ՏԽԱԳԺԱՇՎ ԹՂ ԽԵԱՄ ՀԱԼԵԽԱՎ ՏԳ Լ ԱՎԱԼ ՏԻՄ Լ Ա
ՀԱ ՄԵՆ ՄԵՐԱԾՄ Լ ԱՎԱԼԵՍ ԽՀԱ Խ ՇԼ ՄԵՐԴԱ ԱՅՆՄ ԽԴԱՇ, ԱՅՆՄ ԱՎԱՆ
ՏԽԱԼ ՄԵՐԱԾՄ ԸԿԿԸ ՊԵԼԵՅ ԱՎ ԾՈԽՎ ՄԵԼԱՏԵԼԼԻ ԱՎ ԾՈԽՎ ՄԵԼԱՏԵԼ
ՄԵԼԵԽԱՎ ՀԱ ՀԵՎ ՇԼ ՄԵԼՄ ԹՂ ՕՐԵ 9(Ի) ՀԿԱԾՄ ԽՆԿԸ ԾԱԼԵԾ ԽՄԵՅ
ԱՄԱԾՄ ԸՆ ՄԵՐԴԱ ԱՅԻ ՕՐԵ ՇԹԵՋ, ԼԵՋԱԾ ՎԱՐ ԽԸՆ, ԹՂ ԽԼ ԸՐԵ
ԸՐ ԱԼԼ ԱՌԱԾ ԼԵՎԱԾ Հ, ՄԵՋԱՄ ԽԸՆ ԽԳՃԱԾՄ ԳԵԱՄ ՀԱԼԵԽԱՎ ԽԸՆ
ԸՆ ՄԵՋԱՄ :

ՀԵԼԱ ԳԵՐԱ ԽԱՅ ՃԱՎՈ ՇՋԻ ԽԱՅ ՃՈ ԱԿԻՆՎԱՋԱՎԱՄ ԹԱՎԱՐ ԾԵՎԱԿ ՄԱԼ
 4) ՄԱԳԴ ԸՆԻ ՀԱՅԱՍՏԱՆ ԵՐԱՄ ՀԵԼԱ ՃԵԼ ՄԵԼԼՈ ԳԼԱ ՀԱՅԻ ՃԵԼ ՃԵԼ
 ՄԱԲՀԴԱՄ ՄԱԼԱՄԱ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ԱԲՀԱՄ.

5) ՄԱԺԱՄ ՃԱՎԱ ՎԻՎԱՄ ՃԱՎԱ ՄԱՎԴԻ ՄԴՄԱԼԱ ՃԵԼ

6) ՄԱԺԱՄ ՃԱՎԱ ՄԱՎԱՋԱՎԱ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ

7) ՄԱԺԱՄ ՃԱՎԱ ՄԱՎԱՋԱՎԱ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ

8) ՄԱԺԱՄ ՃԱՎԱ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ ՃԵԼ

ԸՆԻ ՄԱԼԱՄԱ:

Իւս Արքուն Կալչիկ մա Արևիս Տեղում՝ և Խե Թէշիլը ՀՀ՛ կամ Տէ՛ Համա Համա Արք Եղօդ Լւր Տօղէ Ալէցէզ Տէշիկը՝ Խթ Ալէցէ Եղօդին է,

The convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective... This is particularly so of the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial".

ՀԿ ՏԱՄԱՆ ԱԿ ՏԱԼԼ ԼԴ. ԸՐՎԵՍ ԳՋԵՍ ԱՌ ՏԵՇ ԵԱ ԱՆ ԱԼՆ ԸԼԳԺԱՆ, :
— ՏԱՆԼԵԴՈՒՄ ԱՅ ՎԵՐ ԿԱՋ ԱՏԱՍ ԼԿՄԱԳ ԾԵՐ, ԵԱ ԱԿՄՈՅ
ԱԽԼԵԴՈՒՄ ԱՐԵՅ ԼԱՄԱՆ ԱՃԱՆ ՄԵՐԱՆ ՎԵՐ ՎԵՐ ԱԿՄՈՅ (ԵԱ ԱԿՄՈՅ ՄԵՐԱՆ
ՎԵՐ ԾԵՐ, ԵԱ ԱԼՆ ՄԽԼԼԵ, ԳԻՇԱՆ ԽԼՕ ԵԱ ԱԼՆ ԸԼԼՈ ԵԼ ՄԱՆ ԳՋԵՍ
ԱԽԼՈ, ՊՏԼՈՅ ՀՅ ՄՃԿԱՆ ՀՅԱՆ ԽՄ ԱԿՄՈՅ ԸԼԼԵ, ՅՈՒՆ ԱԿՄՈՅ ՄԻԿ

could be removed in several ways. It could, for example, be removed by introducing a system of legal aid dependent on a means test... the complainant could also be met by the introduction of simplified and cheaper proceedings or the appointment of an official to help in the presentation of the case to the court".

"When such assistance proves indispensable for an effective access to court either because legal representation is rendered compulsory, as is done by domestic law of certain Contracting States for various types of litigation, or by reason of the complexity of the procedure or of the case".

נקבע, כי במקרה הנדון, לא נהנתה העותרת מזכות הגישה האפקטיבית לערכאות כפי המתחייב מסעיף 6(I) לאמנה, וכי אירלנד הינה את האמנה בנקודה זו. בתגובה לפטיקתו של בית הדין בעניין *Airey* נחלצה ממשלה אירלנד לבצע מספר רפורמות בחוק, וקבעה מספרMSG 6(1) לסייע משפטי בתחום האזרחי.¹⁶ במקרה נוסף בעניין *Airey*, הדין בטיעו משפטי אזרחי, לא נדון באופן ישיר וחוזתי בכourt האזרחי מאזו אותה פרשה. עם זאת, מספר מקרים דומים המערבים תוכניות לסייע משפטי נדרשו בפני הנציגות האידופית לזכויות אדם, אשר מהווים דעתה, הנשענת על עניין *Airey*, ניתן לסכם את גישתה הכלולית¹⁷:

- (1) בתנאים מסוימים, כמו למשל אלה שהתקיימו בעניין *Airey*, ניתן לכפות על מדינה מתן סיוע משפטי לנזקקים. בנוסף, ניתן לבדוק, לצורך החלטה בתחום הסיווע, את סיכויי ההצלחה של ההליך.
- (2) עיקרונות חוזרים ונשנה בדוחות הנציגות הוא, כי מתן סיוע משפטי אינו נדרש בכל מקרה. מקום שההיליכים אינם סבוכים, אימתן סיוע כאמור לא יעלה כדי הפרת סעיף 6(I) לאמנה.
- (3) מדובר הנציגות עולה בנוסף, כי תביעות של לשון הרע אין חיבות להיכלל במסגרת תוכניות הסיוע.

ב. המשפט האמריקאי — הזכות לייצוג וכן זכות הגישה לערכאות התפתחו במשפט החוקתי האמריקאי מן המשפט הפלילי. בשנת 1963 קבע בית המשפט העליון הפדרלי, כי מכוח התקנון השלישי לחוקה, המורה כי הנאשם בהליך פלילי יהיה זכאי לسانגורו, הזכות לסניגור לנאשם חסר אמצעים, לפחות בעבירות פשוטה, הנה מוחלטת הן בבית המשפט המדינתי והן בבית המשפט הפדרלי.¹⁸ בית

¹⁶ כגון: "Scheme of Civil Legal Aid and Advice" Cousins, *supra* note 11; Whyte, *supra* note 11.

¹⁷ ראו בספרו של D.J. Harris *Law of the European Convention on Human rights* (London, 1995) אשר מפנה לפיקחה הבאה:

8158/78 *X v. U.K.* 21 D.R95(1980); 9649/82 *X v. Sweden* (1982) 5 E.H.R.R. 292; 10547/83 *X v. Sweden* (1985) 8 E.H.R.R. 268; 10871/84 *X. v. U.K.*, 10 July (1986), unreported; 9353/81 *Webb v. U.K.* (1983) 6 E.H.R.R. 120; 9444/81 *S. v. U.K.* (1983) 6 E.H.R.R. 136; 10594/83 *Munro v. U.K.* 52 DR 158 (1987) 10 E.H.R.R. 503.

יש לציין, כי בשנת 1998 בוטלה הנציגות האידופית וסמכויותיה והעבורי ישירות לבית הדין האזרחי לזכויות האדם.

¹⁸ *Argersinger v. Gideon* 372 U.S. 335 (1963). בسنة 1972 ניתן פסק הדין בעניין: *Hamlin* 407 U.S. 25 (1972). בפסק דין זה נקבע, כי הזכות לייצוג כחוק פלילי קיימת גם לגבי עבירות מסווג עונן או חטא ובכלל שהרשעה עלולה לגרום להטלת מאסר בפועל, אפילו

המשפט פסק, כי התיקון השישי לחוקה הנוגע למינוי סניגור חל גם על המדיניות השונות (ולא רק במישור הפדרלי) וזאת מכוח התקון הארכיע-עשר לחוקה המגן את הזכות להליך ראוי (Due Process). בראשית שנות השבעים ניצב בית המשפט העליון בארצות הברית, בפני השאלה, האם רצוי להרחיב את הזכויות הדינמיות של הנאשם בפליליים מן השודה הפלילי אל עבר שוד המשפט האזרחי¹⁹. והנה, גם בארצות הברית נפרצה הדרך אל המשפט האזרחי בפרשña הנוגעת לדיני משפהה. פסק הדין בעניין²⁰ *Boddie* עסק בנזק סעד, אשר נמנע מהגישת תביעת גירושין מהטעם שלא היה אפשרתו לשלם את אגרת בית המשפט במדינת קונטיקט, בסך של ששים דולר ואשר הייתה תנאי לפתחת ההליך. טענתו של העורר בבית המשפט העליון הפדרלי הייתה, כי המחותם הכספי להגשת התביעה הנה "לא חוקתי" מהטעם שהנו מביגיל את זכות הגישה לבית המשפט. בית המשפט העליון הפדרלי, מפיו של השופט Harlan קבע, כי מדינת קונטיקט התכחשה לזכות "ההליך הנאות"²¹ (Due Process) של עותר חם לב, אשר נמנע מהגישת תביעת גירושין, שכן לא יכול לעמוד בתשלום האגרה הנדרשת. נקבע, כי החוק המטיל את האגרה העולה עליה מפסק הדין ניתן לסכם :

- 1) פסיקה קודמת של בית המשפט העליון הפדרלי קבעה, כי בני האדם אשר אולצו להתרין בקשר לזכויותיהם וחובותיהם במערכות בתיהם המשפט, זכאים להזדמנות מהותית לטען טענותיהם ולהישמע.²²
- 2) העיקרון הגורס, כי לאדם עומדת הזכות להישמע מקום שאולץ להתרין בקשר לזכויותיו וחובותיו במערכות בתיהם המשפט, שכן בדרך כלל לגבי נתבעים. הטעם הוא שנחבע, בגין לתוכע, נמצא בדין כל במעמד שבה ניתן לגורר אותו או לאlez אותו להתרין בבית המשפט. ואולם בעניין *Boddie* ניתן לראות את העותר מגיש התובענה כמו "נתבע", שכן ללא הגשת תביעת הגירושין לא יכול היה העורר להתייר את קשר הנישואין.
- 3) את הסעד המבוקש על ידי העותר, שינוי של סטוס הנישואין, לא ניתן להשיג בכל דרך פרט לפנייה להליך גירושין בבית המשפט. הסעד מערב אינטנסיבי חשיבות עלינה בחברה האמריקאית אשר הוכרו בעבר בעקרונות

אם מדובר במסטר קצר. על זכות הייצוג החוקתי בהליך הפלילי בארצות הברית ראו: ק'מן "ביקורת שיפוטית ורשיון יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקאי ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט ג' (תשמ"ח) .557

¹⁹ על מכמה זו ראו: *The Right to Counsel in Civil Litigation* 66 *Colum. L. Rev.* 1322 (1966).

²⁰ *Boddie Case* *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371 (1971) (להלן: עניין *Boddie* או וכן: A.B. Lafrance "Constitutional Law Reform for the Poor: *Boddie v. Connecticut*" 21 *Duke L. Jour.* (1971) 487; P.L. Spector "The Heirs of *Boddie*: Court Access for Indigents After *Kras and Ortwein*", 8 *Harvard Civil Rights L. Rev.* (1973) 571

²¹ לעניין הגדלת המונח *לך* משפט נאות במשפט החקתי האמריקאי ראו: *Goldberg v. Kelly* .90 S.Ct. 1011, 397 U.S. 254 (1970) "Must be given a meaningful opportunity to be heard" *Boddie* case, *supra* note 20. ²²

המצדיקים הגנה חוקתית, כגון: בחירה חופשית של בן זוג, הבאת ילדים לעולם וגידולם.²³

(4) חוק יכול להיקבע כ"לא חוקתי" במקרה ספציפי בו הוא מקופה זכות מסוימת של פרט, על אף כי תקופתו הכללית של החוק יכולה להיות בלתי שנייה בחלוקת. בעניינו הSPECIFIC של העותר, דרישת האגורה, שהנה תקינה על פניה, מקופה את זכותו של העותר ל-DUE PROCESS שכן סותמת את הגולן על הזדמנותו של העותר להישמע.²⁴

(5) כל הטעמים שהובאו על ידי מדינת קונטיקט (המשיבת) להצדקת הטלת האגורה על "חסרי כל" כגון העותר (טעמים כגון: מניעת הצפת בית המשפט בתביעות פזיות או הקצת כספים למימון ההליכים), אינם עומדים כנגד זכותם של העותר ושכמותו להליך נאות — (Due Process).

لتוצאה זו הctrappolo שופטי הרובDouglas Brennan, כמו השופט Harlan, כבר כי את התוצאה יש לבסס על עקרון Due Process, ואולם השופט Douglas כבר שיש לבסס את ההחלטה דווקא על עקרון השוויון (Equal Protection) כפי שעלה מפסיק הדיין הפלילי בנושא זכות הגישה ופסק הדין שבאו בעקבותיו. בעוד דעת הרוב ניצבה דעת המיעוט היחידה של השופט Black אשר כבר, כי אין להעתיק את העקרונות אשר יושמו במשפט הפלילי אל שדה משפט אחר ושונה כמשפט האזרחי. לאחר עניין Bodie ניתן היה להבין, כי הזכות החוקתית של הגישה לערכאות הוראה מן המשפט הפלילי, אל שדה המשפט האזרחי²⁵. כך גם הבינו את פני הדברים בתם המשפט דלמטה²⁶. ואולם, כאשר הגיע הנושא בשנית אל בית המשפט העליון (ולאחר מכן גם בשלישית) צומצמה ההלכה ונותרה ההלכה מזווחת.²⁷

פסק דין מאוחר יותר הנוגע אף הוא לדיני המשפחה, ואשר בו נתקבלה פעם נוספת הטענה של זכות לסייע משפטי בהליך אזרחי הננו Little v. Streeter.²⁸ בפסקה זו נמצא עצמו העותר מעורב בחביבה אבاهות ונדרש, כדי משתחרר ומתדיין בהליך, מכוח חוק המדינה, לעבור בבדיקה אכבות ולשלם עבורה. בית המשפט העליון קבע (פה אחד), מפי חבר השופט Burger, כי החוק המחייב מחדין חסר אמצעים לשאת בעלות הבדיקה, הננו חוק המפר את הליך ה-DUE PROCESS החוקתי. פסק הדין, שניתן בהתקבש על הלכת Bodie ותווך אבחונן של הנסיבות הקודמות בהן נדחנו בנסיבות מסווג זה, קבע כדלקמן:

Ibid. at p. 376. 23

Ibid. at p. 379. 24

Meltzer v. LeCraw 402 U.S. 936 (1971). 25

G. Gunter *Constitutional Law* (12th ed., 1991) 860. 26

ראו: (1973) 409 U.S. 434, שם נדחתה בקשה לבקשתו של העותר לפטור מגורת בית משפט והוצאותה ההליך של קῆשתה וולנטיריה לסליק חובות בפסקית גל. וכן: Ortwein v. Schwab 410 U.S. 656 (1973)

היא מעוניין להגיש ערעור על החלטת בית המשפט לעערורים במדינת אורגון.

Little v. Streeter, 452 U.S. 1 (1981). 28

1) המדבר בהליך "מעין פלילי" באופיו (Quasi Criminal) על אף שהוגדר כהליך אזרחי במדינת קונטיקט שם נדונה הפרשה. לבדיקה האבاهות ישנו אופי של "ראיה מזכה" ומעורבותה של המדינה בהליך היא בולטה ומכריעה.
 2) המתגונן חסר האמצעים המתחזק גם כנגד המדינה בהליך המשפטי, והמחויב למעשה להוכיח את אי-אבהתו, הנזק מושלך זכות להישמע, אם אין אפשרותו לשאת בעליות הבדיקה, וזאת ברומה לעותר בעניין *Boddie*.
 3) לנוכח אין כל אלטרנטיבה לפורום התדיינות חלופי והאינטרס שלו, כמו גם זה של הילד נשוא סכוך האבاهות, הנזק בעל אופי חוקתי. אשר על כן נקבע, כי המדינה תישא בעליות בדיקת האבاهות.

ג. **סיכון המשפט המשווה** — מסקירת הסוגיה של הזכות החוקתית לסייע משפטי וליצוג בהליכים אזרחיים בשתי שיטות משפט ורוח ניתן לסכם כך:
 1) בפסק הדין הזרים שנסקרו הכוו בתיק המשפט בניסיבות מסוימות, בזכותו החוקתית של מתדיין חסר אמצעים לסייע משפטי וייצוג על חשבון המדינה בהליך אזרחי (להלן: "הזכות").
 2) הזכות החוקתית לייצוג וסייע משפטי לא נקבעה במפורש על ידי המחוקק, אך בתיק המשפט הסיקו את קיומה של הזכות גם ללא עיגון מפורש בטקסט החוקתי.
 3) את הזכות לייצוג ניתן לגוזר בכמה דרכיהם. בית הדין האירופי לזכויות האדם גוזר את הזכות לייצוג מזכות הגישה לערכאות. בית המשפט בארץ-ישראל גוזר את הזכות לייצוג מהזכות להליך ראוי או הזכות החוקתית לשווון שבתיקון הארבעה-עשר לחוקה.
 4) האינטרס והזכות להתקין בענייני משפה (עניני נישואין, גירושין, אבاهות וכדומה) הנם בעלי אופי חוקתי מובהק המצדיקים, בנסיבות מסוימות, מתן זכות חוקתית לסייע משפטי או זכות ייצוג לחסרי אמצעים.
 5) בתיק המשפט לא הגיעו את הזכות החוקתית לייצוג וסייע משפטי דוקא להליכים הנוגעים לענייני משפה, אך נמנעו מלקבוע גבולות מדויקים למקרים עתידיים בהן קמה לפרט זכות זו.

3. הזכות לייצוג וסייע משפטי בהליך אזרחי — המשפט הישראלי

א. **הזכות לייצוג על ידי עורך דין** — זכותו של הפרט להיות מיוצג בפני כל רשותה המדינה, הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים, קבועה בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 הקובע:
 "אדם שייפה כוחו של עורך-דין וכי להיות מיוצג על ידי בפני כל רשותה המדינה, רשותות מקומיות וגופים ואנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

כבר לפני שנים רכבות נקבע, כי זכותו של אדם לייצוג על ידי עורך דין הנה זכות יסוד אשר יש לראות בה את אחד מכלל הצריך הבלתי-²⁹. הזכות של הפרט לייצוג על ידי עורך דין הנה זכות דינונית ממקורת המהכרה, כי הייצוג למול רשויות המדינה הנה פעמים מלאכה שבוכחה אשר אין הפרט יכול לעשותה כראוי. עורך דין שהוכיחו לכך, שידוע דת ודין, ושמלאכתו בכך, מוכיח יותר להגן על האינטרסים של שלוחו מאשר הוא עצמו. לכן, ישנו הילכים משפטיים סבוכים שבהם לא יציג העולם על ידי עורך דין, לא יוכל אדם להביא את עניינו בפני הערכאות באופן הולם. עם זאת, אין מדובר בזכות מוחלטת אלא יחסית וייש שהיא נשלה מתפקידו בשל נסיבות מיוחדות או מכוח הוראת חוק. כך למשל נשלה זכותו של חבר הכנסת לייצוג על ידי עורך דין בדיוני מליאת הכנסת שנגעו להליכי הסרת החסינותו.³⁰ דוגמא נוספת הנה הוראה הקבועה בסעיף 63 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשי"ד-1984, הקובעת, כי יציג בעל דין בבית משפט לתביעות קטנות על ידי עורך דין יהיה רק ברשות בית המשפט ומטעמים מיוחדים שיירשמו.

ב. הזכות לסיווע משפטי לייצוג על חשבונה של המדינה — מהי חשיבותו של הייצוג והסיווע המשפטי בהליך האזרחי? כפי שראינו, במדינת הסעד המודרנית חדירה ההכרה, כי בזכות הייצוג לבדה אין די.³¹ החרות לשכור את שירותו של עורך דין אינה מסיימת לאדם אשר אין ידו משות לשלם את העליות הכלכליות הכבדות עבור שירותים משפטיים³²:

"בתי המשפט הוקמו אמנים על חשבון המדינה ולהלכה פתוחים הם לכל אזרח ואזרחות, אולם הגישה אליהם כרכוה בדרך כלל בהוצהא כספית. ראשית, עברו כל הליך משפטי יש לשלם מס לבית המשפט; ושנית, זהה העיקרי, יש לשלם שכ"ט לעוז"ד עברו יציגו של האזרח בבית המשפט או עברו שירותו לאזרוח מחוץ לבייהם"ש בדרך של יערן והדרך המשפטי. נשאלת אפוא השאלה מה夷ה אותו אזרח אשר אין לו האמצעים הכספיים הדרושים לכך. לגבי דידו אין כל ממשמעות מעשית ותועלתיות לעיקרין זה של שוויון, הקיים בענייני החוק, בין ובין מתנגדו החזק והעשר, אם אין מי אשר יציג או ידריך אותו בדבר זכויותיו המשפטיות, או כאשר אין בידו לשלם את מסי בתי-המשפט".

²⁹ ראו: בנ"צ 515/74 פלוני נ' מפקד המשטרה הצבאית החקורת, פ"ד כת(2) 169, 171; ע"א

44/57 בג"ץ 1843/93 פנחיי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ' ספר, פ"ד יב 739, 751, 751, 751.

³⁰ על ההתעוררות של המודעות המשפטי החברתי לביעית הגישה לערכאות של מיועדי היכולות והרפורמות שננקטו במדינות שונות לצורך הפיכתו של המשפט לנגיש, עממי, זול ופשוט, ראו: "רבחן זכות הגישה לערכאות זכותות חוקתית" (1997) 37 ואילך.

³¹ א' סלנט "העני והעשיר בענייני החוק" הפרקليיט י" (תשכ"א) 313.

לגביו סיוע משפטי במישור האזרחי אין נמצא מחקרים אמפיריים שמתן ללמידה על האפקטיביות של היצוג בהליך אזרחי וחסיבותו. מחקרים אמפיריים המוכיחים את חשיבותו של היצוג ניתן למצוא בישראל לגבי המשפט הפלילי בלבד.³³ עם זאת ברור, כי יש ממש בתחום האינטואיטיבית, שיצוג משפטי הולם וסיווע משפטי לחסרי כל הנזקי חוני גם למתרדין בהליך אזרחי.

לענין הזכות לסיוע משפטי וייצוג על חשבונה של המדינה קיימים בישראל הסדרים נפרדים לענף הפלילי ולענף האזרחי. במשורר הפלילי זכאי הפרט לייצוג על חשבונה של המדינה בהתאם לקבוע בחוק הסגורייה הציבורית, תשנ"ו-1995, אשר מכוחו הוקמה סגורייה ציבורית המוניקה שירותי ייצוג בהתאם לקריטריונים הקבועים בחוק ובתקנות.³⁴ במשורר האזרחי זכאי הפרט לסיוע משפטי מטעם המדינה מכוח חוק הסיוע המשפטי. חוק הסיוע המשפטי, שנחקק שנים רבות לאחר חקיקה מקבילה בארץות מתקדמות אחרות, כגון ארצות הברית³⁵

³³ מגן, לעיל העראה 7.

³⁴ הדיון בזכות לייצוג ולסיוע בהליך הפלילי חורג מסגרת הרשימה. על כך ראו: דוד הווודה לבייקת הסיוע המשפטי בעניינים פליליים (חשמ"ו-1985); א' הורנן סיוע משפטי בהליכים פליליים החלقا למעשה על רקע השוואתי (חשמ"ג-1983); רבין, לעיל העראה 31, בע' 116-119. יש לציין כי לאחרונה ניכרת מגמה להרחבת זכות הייצוג אך במשורר הפלילי בלבד. ראו ב' צ'יטרין "העלין הווה למשדר המשפטים לגבות חוכות להרחבת זכות הייצוג לנשאים" הארץ 21.5.2000, באוטו נשא הנושא עיראה על ידי האגודה לזכויות האזרח ובחhaltה התקומית הווה בית המשפט העליון למשרד המשפטים לבensch חוכנות להרחבת זכות הייצוג לנשאים. "הסגור הציבור הארץ", פרופ' קנתמן, דיווח לפני שינינה להם הזדמנות להציג חזושים כי נשים ובנים נשלחים מאס בפועל בלי שינינה להם לסייע, אליקים ורבישטיין, בקשה שישיע במציאות פתרון לביעה." וראו בג"ץ 3823/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל.

³⁵ שר המשפטים (טרם פורסם) החלטה מיום 8.5.2000

³⁶ ניסיונות ראשונים באזוריות הברית לפתח את בעיית הסיוע לנזקים נעשו עוד בראשית המאה, וניצנים לנויניות אלו הופיעו עד מכאה הקודמת, אך למעשה, עקרה של התפתחות הנרכות לעיל התרחשה בסוף שנות החמישים והשישים של המאה הנוכחית. בעקבות מתכונים שונים של גופים וולונטריים חוק בסוף שנת 1966 ה-1966 Economic Opportunity Act 1966 (eo), ובמסגרתו הוקם ה-Office For Economic Opportunity (להלן: "OEO"), שנטול על עצמו למכן מפעלי סוציאליים משפטיים למיניהם, ואשר מוכן מכספי הרשות עצמה. המוסדות הנזכרים לעיל היו נזקים באופן שנשלטו על ידי חבר נאמנים מרכיב מאשי ארגון המשפטנים המקומי (בדרכם כלל לשכת עורכי הדין), ייחד עם נציגי משרד ההזמנויות עם נציגות סמלית של הנזקים לסייע. הניסיון הכללי של הפעלת מוסדות הסיוע המשפטי במסגרת ה-OEO הוכח על שיתוף פעולה מוצלח עם ארגוני Bar המומי והארצי וכן עם כמי הספר למשפטים, אשר שיתפו פעולה באופן נמרץ בתחוםם בתפקידים שונים ומגוונים. על שיטת הסיוע המשפטי האמריקאי:

ראו: ש' כהן "הזכות לسعد משפטי" עיובי משפט ד (תש"ה), 146, וכן ראו:

K. Greenwalt "Legal Services For The Poor: Challenge and Opportunity for N.Y. State" 38 N.Y.S.B.J. (1966) 110; L. Waggoner, "Neighbourhood Law Offices: The New Wave in Legal Services to the Poor" 80 Harv. L. Rev. (1966-1967) 805.

בנוספ' יש לציין את פעילות החוקיקה מאמצע שנות השמונים אשר הולידה את החוק: The Equal Access to Justice Act (1985) – חוק פדרלי, אשר על פי נימן לזכות בחזור הוצאות המשפטית בהליכים מנהליים שונים המוגשים נגד המדינה (ארצות הברית).

ואנגליה³⁶, נועד להעניק "שירות משפטי", לרבות ההוצאות הכרוכות בו... למי שידו אינה משות לשאת בהן"³⁷.

ההסדר הירושאי נולד לאחר ביקורת חvipה שנטהה על מערכם השערם המשפטי המקיים על ידי המדינה ובעקבות ועדת מינה שר המשפטים (בראשו שופט בית המשפט העליון י' קיסטר), אשר בדק את האמצעים והדריכים לשיפורם של שירותם הטערי המשפטי והיקפם³⁸. בעקבות המלצת הוועדה חוק מסגרת כללית, ביותר, חוק הסיווע המשפטי, המסמיך את שר המשפטים להקים לשכונות סעד משפטי³⁹ ולקבוע בתקנות את דרך הפעלהן, את היקף והסעד המשפטי שתנתן ואת התנאים לנ廷גתו⁴⁰. מכוח סמכותו זו התקין שר המשפטים את תקנות הסיווע המשפטי, חל"ג-1973 (להלן: "תקנות הסיווע המשפטי"), הקובעות את התנאים המודיקים לקבלת הסיווע המשפטי. גם על הסדר זה נמתה ביקורת נוקבת על שאיןו קובע את הקriterיונים המדויקים בחקיקה הראשית אלא בחקיקת משנה.⁴¹

מטרתו של החוק הנה, לאפשר לאזרחים ו"עסקים זעירים" להגיש תובענות נגד הרשויות, ללא חשש מההוצאות המשפטיות הכרוכות בניהול ההליך. על כך רואו:

L.L. Hill "An Analysis and Explanation of the Equal Access to Justice Act" 19 Ariz. St. L. Jour. (1987) 229.

36 על סוגיה זו באנגליה, ארצות הברית וגרמניה רואו: H. Hirte "Access to the Courts for Indigent Persons: A Comparative Analysis of the Legal Framework in the United Kingdom, United States and Germany" 40 Inter. and Comp. L. Q. (1991) 91

37 סעיף 2 לחוק הסיווע המשפטי. על חוק זה באופן כללית רואו: ג' גינט "הצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א-1970" עיוני משפט א (תשל"א) 368.

38 ראו דברי הסביר להצעת החוק לסיוע משפטי, שפורסמו בה"ח 907, תשל"א-1970.

39 לשכונות הסיווע המשפטי באורי היו קיימות בטרם החוק לסיוע משפטי אלא שחוק זה בא לקיימן על בסיס חוקי ברורו. ראו בדברי הסביר לסעיף 1 להצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א-1970 (ה"ח 907, תשל"א 1.11.1970). בחוק הסיווע המשפטי נקבע כי בראש כל לשכת סיוע משפטי יעמוד חבר לשכת עורכי הדין.

40 סעיף 7 לחוק הסיווע המשפטי קובע כדלקמן: "שר המשפטים ממונה על ביצועו של חוק זה, והוא רשאי, באישור ועדת חוק חוקה ומשפט של הכנסת, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו, לרבות –

(1) הקמת לשכונות סיוע משפטי.

(2) העניינים שבהם ינתנו שירותים משפטיים.

(3) היקף השירותים המשפטיים לסוגיהם שיינתנו לבקשתם, והכללים למתן שירותים אלה.

(4) הנסיבות שבהן רשאי ראש הלשכה להורות שיפסק מתן שירות שהוחל בו, והנסיבות שבן חייב המქבל שירות משפטי להחזיר הוצאותה של הלשכה הוביאה על שירותים שניתנו.

(5) הסדרים למתן שירות משפטי לפי חוק זה והידיים פורכידין שאינם מעורבי לשכת סייע משפטי ולתשלוט שכר טרחה והוצאות לעורכי דין אלה.

תקנות לעניין ספקאות (1 עד 4) יתקין שר המשפטים בהחלטות עם שר האוצר, ותקנות לעניין פסקאות (3 ו/או 5) בהחיזוקות עם לשכת עורכי הדין.

41 אומר על כך כהן במאמרו, לעיל העירה, 35, בע' 166-167: "באופן מפתיע משairy החוק דר' חולק בכל הנוגע לסוג העניינים והיקף השירותים שיתן מערכם השערם המשפטי. הסמכות לקבע בעניינים אלו שמורה לשערם המשפטי. גישה זו אינה אלא השתקפותה של חփיסה הוראה במתן סיוע משפטי חסד, ולא זכות המוקבלת בחווהה מטעם מודנית הסעד לאפשר לאזרחים קרו זינוק' משפטי שהוא... אמן החוק אינו מצין במפורש שהשירות ינתן לנזקי סעד בלבד, וכי משairy את הדלת פתוחה להרחבת

עיקרו של ההסדר לקבלה הסיווע הננו כלהלן: המבקש סיווע משפטית יגיש לשכת הסיווע המשפטי בקשה בכתב⁴² לסיוע בעניינים מסוימים, אשר לנכיהם נקבע כי יינתן סיווע משפטי⁴³. השירות שיינתן בסוגרת הסיווע, הננו יערץ משפטי ועריכת מסמכים משפטיים, יציג בפני בית משפט, בת דין ולשכות הוצאה לפועל וכן תשלום ההוצאות הכרוכות בתחום השירות, שלאירוע ראש הלשכה היה הכרח להוציאן.⁴⁴

בגורל הבקשה לסיוע יכיריע ראש לשכת הסיווע המשפטי בהתאם לחוקה ודרישה ומבחןים אותו קובעת תקנות הסיווע המשפטי (תקנה 2), ובכפוף להגשת העודה מטעם לשכת הסעד של רשות מקומית, אשר תשמש ראייהلقאה, שידו של המבקש אינה משגנת לשאת בהוצאות השירות⁴⁵. ראש הלשכה ושייא לדוחות את הבקשה לשירות משפטי⁴⁶ והחלטתה זו ניתנת לעורור בפני בית המשפט המחויז (דין יחיד) שבתחום סמכותו נמצאת הלשכה.⁴⁷

עם קבלתה של הבקשה יינתן השירות על ידי עורך דין של לשכת הסיווע המשפטי (אלה הם עובדי מדינה), או על ידי עורך דין אשר אינו עובד הלשכה (עורך דין פרטי שהסכים להיכנס לרשות עורך דין גותני השירות)⁴⁸, ואשר שכרו ישולם על ידי אוצר המדינה בהתאם לתעריפים שנקבעו בתקנות הסיווע המשפטי.⁴⁹

היקף המסתיעים, אולי דומה שהמגמה היא לשמר על המצב המקורי, דהיינו להעניק את הזכות לסיוע משפטי לנוקרי סעד ובכך להמשיך להעתלים לחוטין משבכה לנבד של האוכלוסייה שהוצאות שירות משפטי אין בהישג ידה, אף שאינה נכנסת למסגרת של נוקרי סעד בהגדודם על ידי משרד הסעד. אם אמנם הזכות לסיוע משפטי היא זכורת קונסטיטוציונית השמורה לכל אזרח במדינת סעד, הרי שאין להשאיר למוחוק המשנה להחליט על היקף יישומה של זכות זו. לא זו בלבד — אלא שימושה אפליו מסגרת אין בחוק, שכן אין בו כל הנחיה שהן למוחוק המשנה (שור המשפטים) לגבי היקף ונושאי השירות שיינתן במסגרת מערך הסעד המשפטי".

42 בהתאם לתקנה 1 לתקנות הסיווע המשפטי, הבקשה תהיה ערוכה בטופס שימסר חינם בכל לשכות הסיווע המשפטי.

43 בהתאם לתקנה 5 לתקנות הסיווע המשפטי, השירות יינתן בעניינים הבאים: ענייני משפחה כמשמעותם בחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, הגנת זכויות הנוגעות למוגדים, לרבות בעלות, תביעות פינוי או סילוק די, דמי שכירות, דמי מפתח ותיקוני המושכר, למעט רישום הקניית זכות במרקעין או כל פעולה אחרת בקשר לכך; עניינים כספיים, לרבות נזקין (למעט עניינים לפי פקודת מס הכנסה, חוק מס ערך מסויף, תשל"ו-1975, חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א-1961, או חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג-1963); עניינים שבית דין לעבודה מוסמך לדין בהם (למעט עניינים פליליים); תביעות על פי תיקוק המעניק גמלאות, מענקים, שיקום, או זכויות אחרות לנכים או למשפחות נספים; תביעות בכלל עניין הנוגע לכירויות חילילים משוחררים; תביעות לפי חוק השבות, תש"י-1950, חוק האזרחות, תש"ב-1972 וחוק מרשם אוכלוסין, תשכ"ה-1965; ענייני רישי עסקים, עיסוקים או

מקרים והסדרות מכוח חיקוק.

44 תקנה 6 לתקנות הסיווע המשפטי.

45 סעיף 3 לחוק הסיווע המשפטי.

46 סעיף 4 לחוק הסיווע המשפטי.

47 סעיף 5 לחוק הסיווע המשפטי.

48 תקנה 4 לתקנות הסיווע המשפטי וראו: בג"ץ 383/81 דוד ב' מ"י, הלשכה לSTIT משפט, פ"ד ל(1).¹⁶⁷

49 תקנה 1 לתקנות הסיווע המשפטי.

הזכות לקבוע מי יהיה נתון השירות נתונה באופן בלעדי לראש לשכת הסיווע.⁵⁰ יש לצוין כי החוק אינו מסדיר ואינו פותח מתחם לפעלותם של ארגונים וולונטריים (לסיווע משפטי) מכל סוג שהוא במסגרת החוק.⁵¹

נכון לתאריך כתיבת הרשימה תקציב הסיווע המשפטי בהליך אזרחי עומד על כארבעים מיליון שקלים לשנה. הסיווע המשפטי מתפלב בכתלים וחמש אלף פניות בשנה וקצב הגידול השנתי הוא כ-20% לשנה. בחודש מרץ 2000 הגיע שד

50. גם על עיקרונות זה נמתה ביקורת על ידי מלומדים. ראו: כהן, לעיל העירה, 35, כב' 167–168: "באנגליה, כאמור, יבחר הפונה את עורך הדין מתוקן רשותם עורכידין שביקשו להציגו לפועלות המוסד. קבועה שרירותית של עורך דין לפונה הדינה, שוב, תוצאה של התפיסה הרואה במבחן סיווע משפטי חסר ולא דכוות. עורך דין, מן הראוי שיהיה – ובמיוחד בשכבות האוכלוסייה בתן מדורבר בחקר הנוחchip – לא רק הייעוץ המשפטי, אלא גם איש נאמן וידיד. את אלו לא ניתן לכפות על אדים אפילו לא בתקנות".

51. ראוי לציין, כי פרט למיסגרות החקיקתי – חוק החגיגות הצבאית, חנוך – 1995 וחוק הסיווע המשפטי, קיימים בישראל מספר גופים וולונטריים (שאים פעילים מכוח חוק זה) המעניקים סיווע משפטי של יעוץ וייצוג. חלק מהগופים מעניקים את הסיווע עצורה סוציאלית להשရים אמצעים, כגון "המרכז לסייע משפטי פליליים". גוף זה עוסק בתחום יעוץ משפטי וייצוג בכתבי המשפט לעצורים ולנאשימים מחוסרי אמצעים. הסיווע ניתן לגזוקים ליעוץ משפטי וייצוג בכתבי המשפט בעניינים פליליים. "המרכז לסייע משפטי בפליליים" הבנו גוף עצמאי, המומן על ידי קרן העובנות של מדינת ישראל באמצעים משוד המשפטים וכן על ידי תרומות מוסדרות ופרטיות אחרות. הוא ממוקם בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ומעניק את הסיווע בעזרות הולונטרית של סטודנטים מתקדמים מהפקולטה למשפטים שבאוניברסיטת תל-אביב. בנוסף זכויות האורטודוקסיה, בנוסח זכויות האורטודוקסיה קיימים גופים נוספים ונספים, כגון "האגודה לזכויות האורה" ו"המרכז לסייע משפטי בזכויות האורה" (גוש נסף הופיע בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב והמנען סיווע משפטי ללא תשלום בנושא זכויות האורה, בעזרת סטודנטים מהפקולטה למשפטים). בנוסח זכויות מיעוטים פוללים גם כמספר גופים, כגון: "אגודת הארכיפים" (סיווע משפטי לבני המיעוט הערבי) ו"עדالة" – ארגון לזכויות המיעוט הערבי. חלק מהגופים עוסקים בתחום סיווע משפטי לסוגים שונים של פונים או בניותים מסוימים שאותם באים גופים אלה לקדם. להזכיר את זכויות הנשים יש להזכיר את "שדולת הנשייה" ו"עמת" (החותנת סיווע משפטי לנשים מובקרים שונות בארץ). בנותם ניתן להזכיר את הגופים הבאים: "אכ"י" – אגדה בילאלא מזכויות הילד, "בזות" – סיווע משפטי לאנשים מוגבלים (זכות פיזית ומנטלית), "היל"ב" – התנועה למלחמה בעוני, "המקדר להגנת הפרט", "המרעצה לשולם הילד", "אדם טبع ודין" (סיווע משפטי בנושאי איכרות הסביבה) ו"המרכז לפולקלורי יהדות". כמו כן, דואיות לזכויות מיעוטים הפעילים, אשר במסגריהם יכולים לחבר הסתדרות לקבל סיווע משפטי בנושאי תעסוקה ועבדה. כל הגופים המצוינים לעיל, אשר בין השאר מייצגים את הפונים השווים בפני הערכאות (ושאר רשותות המדינה), נאלצים להעסיק עורכי דין צורך הייזוג המשפט, עובדה אשר מטענו הזכרים מסכנת ומירות את השירות אותו מעניקים גופים אלה. אילץ זה נובע מהדרישה החוקית הקבועה בחוק לשכת עורכי הדין, שפועלה של הייזוג לפני בית משפט (או כל גוף אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית) יעשה על עורך דין בלבד. עובדה זו גורמת בין השאר לכך, כי גם פעולות הסיווע הולונטריות לייזוג משפטי בפני הערכאות לטובות חסרי אמצעים, הן בגלות עלויות בלתי מוכשלות. עקב כך, פעולות הגופים הולונטריים בדרך כלל "בחירות תיקים" חמורים, או תיקים בעלי אופי ציבורי או תקשורת, והם אינם מתחייבים לקבל על עצמם את הטיפול בכל תיק ותיק על פי אמות מידה קשותות. אשר על כן, גם הגופים הולונטריים אינם נתונים מענה מספק או סופי לביעת הייזוג של חסרי אמצעים והם אינם באים במקומה של סיגוריה ציבורית או סיווע משפטי סדרי מתקבילה של המדינה.

המשפטים יוסי בילין בקשה שנדרנה בוועדת חוקה חוק ומשפט להטיל אגרות בגובה של שבעים וחמשה שקלים ומאה וחמשים שקלים (בהתאם להכנסה) על הנזקים הפונים לשירותי הסיעום המשפטי. להערכתם של נציגי משרד המשפטים והאוצר הרכינה הצפואה מגבית האגרה הנה כ חמישה מיליון ש"ח לשנה. בסופו של דבר, טוב שכך, נדחתה העצה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט. לדעת חברי הוועדה התנית הפניה לסייע משפטי באגרה תגורם לכך, כי ציבור גודל הנזק לשירותים אלה לא יפנה לקבלת סיוע אם יחויב באגרה ובכך תפגע זכותו הבסיסית לייצוג.⁵²

ג. הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי בזכות חוקתית — מנוקדת מבטו של האזרח חסר היכולת, ישנה חשיבות מרובה לשאלת הדבר הזכות לסייע משפטי סטנדרט חוקתי מינימלי העומד לאזרח מכוח עקרונות חוקתיים המונגנים בחוקת המדינה, וזאת משנה טעםם:

1) כאמור, אמות המדינה מקבלת סיוע משפטי קבועות ביום התקנות, שהותקנו על ידי שר המשפטים, הרשי, אם רצונו בכך, לשנות את התקנות ולהקשיח את אמות המדינה להענחת הסיוע.

2) קביעה של בית המשפט העליון, בנסיבות מתאימות, בדבר קיומה של זכות ייצוג חוקתית יכולה להעניק זכות רחבה יותר מהסייע המשפטי המוענק מכוח חוק הסיוע המשפטי. קרי, קיימת אפשרות לקביעת סטנדרט חוקתי מינימלי מעבר להוראות החוק החרות.

אולם, הטקסת החוקתי היהודי הרלוונטי לענייננו הנה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר איןו כולל כל הוראה מפורשת המKENה למתקין, הן בהליך פלילי.⁵³ והן בהליך אזרחי, את הזכות לייצוג או לסייע משפטי. כיצד ניתן לבסס את זכות הייצוג החוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? סוגיה זו שאל הוחכרה בענין בן שושן על ידי השופט טירקל, נשארה תלויה ועומדת בפרשא זו והיא מעוררת לדין מספר סוגיות:

א) זכות הייצוג אינה מנוייה במפורש בחוק-היסוד — כיום, לאחר שנצטברה פסיקה רבה, וספרות מחקרית בנושא חוק-היסוד החדשית, אין עוד כל חידוש בעמדה, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל זכויות אשר אין מזינו בו

52 מידע זה הגיע מאתר האינטרנט של ועדת חוקה חוק ומשפט. וראו גם: ע' פישביין "זכות בילין, הסיוע המשפטי כבר לא חיים" הארץ, 25.2.2000.

53 לגבי הזכות למניין עורך דין בהליך פלילי לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הובעו דעות שונות. פרופ' א' ברק הביע בספרו את הדעה, כי "מכבשו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך דין ואuch זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין", א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית, 432; פרופ' י' שחר סבור, כי הזכות החוקתית למניין סניגור יכולה לנבוע מהזכות החוקתית לשווין, י' שחר "סדר-דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוז-צבי עורך, תשנ"ב-תשנ"ג), 375, 399–400. וכן ראו גורום, לעיל העירה, 7, בע' 168. לדעתו של האחרון הזכות למניין סניגור אינה צריכה להשתנות ולהתוחכ卜 בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעבר לקביעת חוק הרגיל (ועה זו הובעה לאחר חיקתו של חוק הסגנוריה הציבורית). מכל מקום, סוגיות הזכות החוקתית לייצוג בהליך הפלילי חוגגת במסגרת רשותה זו.

במפורש. ואכן, בית המשפט העליון כבר פסק לא אחת, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן זכויות אשר אין מזוינות בו במפורש.⁵⁴ אשר על כן, אין בא-יאד-א-קורה המפורש של זכות הייצוג בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכדי להציג מכשול אמיתי בפני הקרה בנסיבות, כאשר ישנן הצדקות תאורתיות לעשות כן.

(ב) זכות הייצוג מטילה על המדינה הזכות "עשה" — באופן כללי מכיל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכויות ליברליות קלאסיות בעלות אופי נגטיבי. קרי, זכויות (הקרויות גם חירות) אשר כנגד עומדת הידר זכות של הזולות או של המדינה לפגוע בהן.⁵⁵ זאת, בגין זכויות פוזיטיביות-חברתיות, המכוננות גם "זכויות מדור שני", המטלות "הזכות עשה" על המדינה.⁵⁶ הזכות לייצוג וסיווע משפטים הנה זכויות חברתיות מהקטגוריה הפוזיטיבית המטילה על המדינה הזכות "עשה" (כגון: החובה למונת למתדיין חסר יכולת ערך דין על חשבון המדינה). עד היום נרתע בית המשפט העליון מללהcir בזכויות חברתיות-פוזיטיביות המטלות זכויות "עשה" על המדינה.⁵⁷ לדעתנו אין כל הצדקה לגישה זו של בית המשפט

⁵⁴ ראו: א' ברק "כבוד האדם זכויות חוקתיות" הפרקליט מא (תשנ"ג) 271. לעניין עיגונה של הזכות לשווין — בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) ; בג"ע 501 ; בג"ע 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) ; 353 ; ובג"ע 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) ; לעניין עיגונה של זכות האסיפה — בג"ע 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח (2) ; 468. יש לציין, כי לצד הגישה המרחיבה, נשמעים לאחרונה קולות הצדדים בגישה מצמצמת על פייה, החליל הרחבה תחולתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שיחול על הזכויות הבולתי מוניות בו במפורש — איננו רצוי. ראו: ה' סומר "הזכויות הבולתי מוניות — על היקפה של המהפהча החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) .²⁵⁷

⁵⁵ חריג בכך הנה הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובעת: "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו".

⁵⁶ דוגמא לזכויות חברתיות פוזיטיביות הנה: הזכות לחינוך, הזכות לביריאות, הזכות לעבודה, הזכות לשיכון וכדומה. על הזכויות החברתיות בישראל ראו: ג' מונלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות למדח החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (1999) .⁶⁵

⁵⁷ כך למשל, בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילת נ' שור החינוך והתרבות, פ"ד ג (3) , 2, 26–25, סייר בית המשפט העליון להכיר בזכות לחינוך זכויות פוזיטיביות הנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין כדי להשיב את המסקנה כי קיימת בשיטותו זכות יסוד חוקתית לחינוך. זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון. טיעונים של העותרים מחייבים איתור של מקור חוקתי, ממנה נגורות זכות היסוד החוקתית לחינוך. המסמך החוקתי היחיד אשר עשוי להיות לרלונטי לטיעון זה, הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך. האם ניתן לטיען, כי במשמעות זכותו של כל אדם לכבד, המונגנת בחוק זה, כולל גם הזכות לחינוך? טענה כזו מניחה 'מודול וחוב' בפרשנות הזכות לכבד. מודול כזה מעורר קושי ניכר... ברווח דברים אלה, הנני סבור שכן לגוף מוכחו של אדם לכבד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך" (ההדגשה שלי — י.ר.). ראו בנוסף: ברק, לעיל הערא, 53, בע' : "ספק בהחלטי אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לביריאות ולרווחה חברתיות. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לספק צרכים בסיסיים לקיום אנושי". זהותם גם דעתם של פרופ' א' רוביינשטיין וד"ר ב' מדינה, בהסתמכם על הנשיא ברק, ראו: א' רוביינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסוטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז), כרך ב) 930–931.⁹³¹

העלון, אשר עליה כבר נשמעה ביקורת נוקבת בחוגי האקדמיה.⁵⁸ בנוספ', אין דינה של זכות הייצוג כדין שאר הזכויות החברתיות. זכות הייצוג הנה תנאי למשמעותו של הטעון בפני הרשות השופטת. ללא ייצוג הולם נחטמת גישתו של האזרח לבית המשפט ונמנעת מהאזרוח היכולה להגן כראוי על זכויותיו, לרבות הזכויות החוקתיות המוכרות (הנטיביות), אשר הצדקה אינה שניה בחלוקת, כגון: הזכות לקניין, הזכות לפרטיות ושאר הזכויות המוניות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייצוג הולם בפני הערכאות אינה רק זכות חברתיות לרווחה כלכלית אלא תנאי בסיסי להגנה על כל זכויות הפרט במדינת חופש ושםירה על יכולת הגישה של האזרח לערכאות.⁵⁹

⁵⁸ כך למשל הביעה פרופ' ר' בנ-ישראל את הטענה, כי גישה זו אינה מוצדרת והיא משקפת למעשה את תפיסת העולם של השכבות המבוססת בישראל תוך ההגדרות מחייבי הציבור של השכבות החלשות, שאינן מיזוגים בצמחי הכלכלה (כגון: שופטים, חברי הכנסת מבין אלה המכנים בזעמת חוק ומשפט של הכנסת, או נציגים בכירים של עולם התקשורות). ביחס מברכת פרופ' בנ-ישראל את דרך פרשנותו של הנשיא ברק את חוק-היסוד החדש. ראו: ר' בנ-ישראל "דיני עבודה" ספר השנה של המשפט בישראל, לעיל העלה, 53, בע' 339: "מצער מאד, ואולי אף מתחמה, שהשופט ברק, שהיה אביר זכויות האדם כל אימת שמדובר בזכויות אדם בתחום האזרחי פוליטי, לא כלל במסמך תפישות-היסוד של הציבור הנאור בישראל, שעלי-פיין הוא מכוון את פרשנותו המשוגג כלפי האדם וחירותו במדינת יהודית-דמוקרטית, אף לא אחת מזכויות האדם החברתיות. אף-על-פי שטרח לפרט את זכויות האדם שאכן נכללות לדעתו במסמאות המלאה של המשפט, לא כלל במסגרת זו זכויות אדם אוניו-ירושלמיות בתחום החברתי... בקיצור, ממשנתו הכתובה של השופט ברק עליה, כי ערכיה של מדינת-ישראל, כמדינה יהודית-דמוקרטית, המשקפים ככללה את תפישות היסוד של האומה, אינם כוללים את זכויות האדם בתחום החברתיות... המסקנה המשמעותית נובעת מהתפישות החברתיות הכלכליות הגלומות בתפישות היסוד של האומה, שכן הרלוונטיות לגבי יישום חוקי היסוד בחוקי העבודה. מהיבט זה נראה, כי ערכיה של מדינת-ישראל, כמדינה יהודית וdemocratic, מעוגנים למשמעות שהיא ניאו-אוריינטלית, אנידיווידאלית, הרואה בפרט גורם עליין, שיש להעת תוקף מרבי לדרונותיו".

⁵⁹ ראו: ע"א 733/95 ארפל אלומינום בע"מ נ' קיליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 629, שם קובע השופט חzin: "ידעתי של היה, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות יסוד במובנו המקורי של המשפט זכות יסוד. שיפכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר — וכך אומר אני — כי נעל היה על זכויות יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחינני לקיום של שאר זכויות היסוד. זכות הגישה לבית-המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתיתית לקיום של הרשות השופטת ושל שלטונו החוק. וזאת נשננתה הרשות השופטת ממשי אחוותיה — הרשות המחוקקת והרשות המבצעת — שתיי אלו האחוותיות יוזמות עשוות, אם בתחום החוקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבנה וממצפה כי יבואו אליה לקבל את חותם דעתה ואת הכרעתה. וכן אמר על משה: 'יזהי ממחורת וישב משה לשופט את העם ויעמוד העם על משה מן הבוקר עד הערב' (שמות יח, יג). שניהם אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבנו ומתדיינים העומדים לפני. באין מתדיינים ישב בית-המשפט בטל חסר מעש, ובית-משפט שאינו מתקיים על שעריו כמו שהוא כמולא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט — בין במשירין בין בעיקפין — ولو באורה חלק, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין ביקורת שיפוטית יאבך שלטון החוק ותיעלמנה זכויות היסוד... בנסיבות הדרכן לבית-משפט יעלם ואינו הדין, ובאין דין ייעלם אף הדין עימו".

ג) הבסיס הראי ממנו ניתן לגוזר את זכות הייצוג החוקתית בחוק-היסוד – שאלת נוספת היא, מהו הבסיס הראי לגוזר ממנה את זכות הייצוג החוקתית בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו? בקיצור נמרץ ולא צריך להזכיר בסוגיה זו>Cette, ניתן להצביע על כמה פתרונות אפשריים:

דרך אחת היא להשיקף על זכות הייצוג (בהליך אזרחי) כפנ של זכות הגישה לערכאות, שארך לאחרונה זכתה להיכנס, מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון, לחוג הזכויות החוקתיות הכלתי מוגנות שבחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁰ זכות הגישה לערכאות, כך נטען, היא זכות מסגרת חוקתית דינית המשמשת כדי קיבול قولן כאחת באות לקודם את יכולתו המהותית של הפרט לפנות לערכאות ולמצות את יומו בבית המשפט. השאלה, מה מקורה ומה אופייה של זכות הגישה עצמה עדין לא הוכרעה, ויש בה כדי להשפיע על היקפה של הזכות לייצוג וסיווע משפטי.⁶¹

דרך שנייה היא לגוזר את זכות הייצוג באופן ישיר מזכות המסדרת לכבוד האדם. כבוד האדם דורש כי הכרעה בעניינו של בעל דין לא תינתן על סמך יכולתו הכלכלית לשכור פרקליט מiomן שיצגו. ההשפעה הנובעת מכך של בעל דין חסר אמצעים, שאינו יכול למן יציגו ובשל כך מתקשה להתוגנן או להציג את תביעתו באופן מiomן ומקצועי, פוגעת בכבورو. האפשרות שפושטי העם יורשו במקומות ששושי הארץ נחלצים מזומנים מן הדין שתדייר שינוי מעיניהם של פרנסי הציבור.⁶²

דרך שלישית היא האפשרות לגוזר את זכות הייצוג מהזכות החוקתית לשווין. שוויון מדוע? התשובה נעוצה בהשכמה, כי לא ייצוג הולם ניצב המתדיין חסר האמצעים בעמדת נתירות ביחס לצד המוציא ובכך מתערער השוויון המינימלי הנדרש בעת קיום ההליך המשפטי. רמז לנימוק זה ניתן למצוא אף בפסק הדין בעניין בן שושן, שם כאמור לא הייתה האישה מיזוגת ואילו הבעלה מיזוג על ידי עורכת דין שמנתה עבورو לפי חוק הסיווע המשפטי. אומר השופט טירקל⁶³:

”כאן חייב בית-המשפט בזיהירות כפולה ומוכפלת, בכowaו לקבוע את

60 שם, על פסק דין זה ראו: י' ובין זכות הגישה לערכאות – מזכות גילה לזכות חוקתית“ המשפט ה (תש"ס) 217. עוד על השיבותה של זכות הגישה לערכאות ראו: ש' לין “חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדר הדין האזרחיים” הפרקליט מב (תשנ"ז) 451; ש' לון תורת הפורצדורה האזרחי, מבוא ועקרונות יסוד (1999) 39: רבין, לעיל הערא 31; ד' מנשה סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקידמת כינונה של פרטקהיה חוקתית” עיוני משפט כב (תשנ"ט) 205.

61 דרך דומה היא האפשרות לגוזר את זכות הייצוג החוקתית מהזכות להליך נאות (או הליך ראי). גם הזכות להליך נאות הנה זכות מסוימת דינית ממנה לגוזר זכויות דינניות נוספת. בארכזת-הברית שימושה הזכות להליך נאות בסיס לפטיקה ענפה בנושא זכויות דיניות ואך מהותיות.

62 שחר, לעיל הערא 53, בע' 398. דברים אלו נאמרו בהקשר לדין בית-המשפט הפלילי, אולם יפים הם גם לעניינינו.

63 עניין בן שושן, לעיל הערא 2, בע' 378.

מצאיו ובבאו לשкол אולם בטרם יסיק את מסקנותיו. חובת זהירות זאת אינה יכולה להתקיים במקרה של חוסר שוויון קיצוני כזה בין המתדיינים, כאשר אחד מהם טוען לעצמו בלשון עילגום ואילו השני, בלשון פרקליטים מלומדת. הظיווי של 'שמעון בין אחיכם ושפטם צדק' (דברים א, טו) אינו יכול להתקיים במקרה כזה.⁶⁴

'יעוג וסיווע משפט' לחסר האמצעים מקדם את השוויון בהליך השיפוטי. השימוש של עקרון השוויון בניהול המשפט מחייב משנה תוקף דווקא בשיטה האדרכרטית אשר בה נושא כל צד לאחריותו המשפטית, והשופט אינו נתה לרשות אל זירת ההתגושות המשפטית, ולעשות את עבודתו הצדדים. במצב זה, היעדר הייזוג עלול לגרום לפגיעה בעקרון השוויון, אשר יעדיד את הצד הבלתי מיוזג בעמרא נחותה לעומת הצד המיוזג. חוסר שוויון כזה עלול להוביל למצב של עירות דין. אולם יייזוג על השבונה של המדינה אינו ערוכה למתצתה מוצלחת, אולים יש בו הבטחה מסוימת לניהול הולם ושוויוני של ההלך, נחלה בלתי נפרד מההלך עשיית הצד⁶⁵. עם זאת, עקרון השוויון טמון בחובבו שתי ביעות. הראשונה נוגעת לעקרון השוויון. בבית המשפט העליון עדין לא הוכרעה השalla החשובה האם עקרון השוויון הננו עיקרונו חוקתי הכלול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. סוגיה זו חורגת מסגרת הרשימה⁶⁶. השניה נוגעת לזכות הייזוג. השאלה היא, האם הזכות לייזוג על השבונה של המדינה אמורה להציג סטנדרט חוקתי של יכולת הייזוג לכל פרט ופרט או האם הזכות לייזוג צריכה להימדד ביחס ליכולת הייזוג של הצד שכנגד. ברור, כי ביסוס זכות הייזוג באמצעות עקרון השוויון מונגיש את הפן היחסני של זכות הייזוג. דרך זו דורשת למדור לא רק את יכולת הייזוג של הצד

חסר האמצעים אלא גם את יכולת הייזוג של הצד שכנגד.

ניתן לסכם ולומר, כי את הזכות לייזוג על השבונה של המדינה ניתן לגוזר הן מזכות הגישה לערכאות, הן מהזכות לכבוד והן מעקרון השוויון. כאמור, כל עוד לא תקבע הזכות לייזוג באופן מפורש בחוק-יסוד אין מניעה מלכחת באחת הדרכים אליה הצביעו לעיל אם כי פסיעה בדרך אחת אינה מוציאה מכלל אפשרות את הדרכים האחרות. כך למשל, במידה ויריצה בית המשפט להכיר בזכות הייזוג של חסר אמצעים אשר אינו יכול לשאת בעליות יייזוגו, וזאת ללא כל קשר ליכולתו של הצד שכנגד, ניתן יהיה להכיר בזכותו של הראשון לייזוג מכוח זכות

⁶⁴ ע"פ (熠) 1362/99 רפאל' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 6 לפסק הדין.

⁶⁵ על כך מאמרת החדרש של השופט ז' זמיר ומ' סוכול "השוויון בפני החוק" משפט ומשפט ה (תש"ס) 165, 211: " אכן, רצוי כי השוויון יעלתה למדרגה של זכות על-חוקית. מבחינה מהותית אין השוויון נופל בחשיבותו, לדוגמא, מזכות הקניין או מזכות יצאת הארץ, שזכו כבר למעמד כזה. עם זאת, שאלה היא, אם נכון ו ראוי לכלול את השוויון (וכן את חופש הביטוי וחירות אדם נוטפת) בגין הזכות לכבוד, כאילו היה חובתם עולם. יתרון שבסתוף של דבר לא יהיה מנוס מעכער זה, אם לא תימצא אבסניהם חוקתית אחרה לזכות השוויון. אך עדין ספק אם נכון ו ראוי לבצע את המהלך כבר בשלב התפתחות הנוכחית של המשפט החוקתי בישראל". לסקירה הפטיקה בנושא זה רואו: שם, בע' 208–213. וראו בנוסח, סומר,

לעיל העראה 54.

הגישה לערכאות, הזכות לכבוד האדם וכדומה. עם זאת, דרך זו אינה שוללת את האפשרות להכיר בזכותו של פרט לייצוג על השבונה של המזינה בשל חוסר איזון בולט באמצעות הכלכליים בין שני הצדדים למשפט. רמז לכל הדריכים הללו ניתן למצוא בפסק הדין בעניין בן שושן.

ד. היקפה של הזכות החוקתית לייצוג וסיווע משפטי – עמדנו על חשיבותה של הזכות לייצוג וסיווע משפטי במישור החקיקה הרגילה, על הצורך להכיר בזכות הייצוג כזכות במישור החוקתי, והדריכים השוננות שמהן ניתן לגוזר את הזכות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, בהינתן זכות חוקתית לייצוג ולסיווע משפטי, יש לננות ולעמוד על היקפה הרואי של הזכות. היקף התפרשותה הרואי של הזכות החוקתית לייצוג וסיווע משפטי נוגע במספר מישוריים עליהם נעמוד בעתה.

נפתח בהערה לגבי הזכות לייצוג בהליך הפלילי. מעניין לציין, כי בארץ הארץ הברית, כמו גם בישראל, הזכות לייצוג ולסיווע משפטי התפתחה בתחילת ההקשרות הפלילי. הטעם לדבר הננו ההשקפה, כי המשפט הפלילי שונה מהמשפט האזרחי בכמה היבטים: (1) המשפט הפלילי (להבדיל מהמשפט האזרחי) עוסק בدني נפשות; (2) בהליך הפלילי המדינה גוררת את האזרח לערכאות, שלא בטובתו; (3) ולבסוף, המשפט הפלילי מעמיד את המדינה הגדולה והחזקת, שלצדיה כל מגנוני אכיפת החוק, למול האורך הקטן החלש, ובכך נפגם השוויון הבסיסי בהליך המשפטי. טעמים אלו עומדים בסיסן של מספר זכויות שהוכרו לנאים, ובין השאר הזכות של הנאשם לייצוג וסיווע משפטי. אף כי בחלוקת של הטעמים יש כדי להסביר את הצורך לייצוג וסיווע משפטי, הם אינם עוד מאפיינים "יהודים" להליך הפלילי, והם מתקיים במקומות רבים גם בתחום אזרחות. ניתן להיעזר בטעמים אלו כדי לננות ולעמוד על היקפה של הזכות החוקתית לייצוג בהליך האזרחי.

ראשית, נוגעת היקפה של הזכות בניסיון לתהום את סוג העניינים במשפט האזרחי לגבייהם יהיה מוצדק להכיר בזכות חוקתית לייצוג וסיווע משפטי. בעניין בן שושן קובע כבוד השופט טירקל, כי: "הליך בענייני משפחה הם בעניין דיני נפשות, ממש; אם לא כפשוטו, הרי ממשםעו... לדעתך יש הצרקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל-דין בסכטן בענייני משפחה להיות מייצג"⁶⁶. פסק הדין בעניין בן שושן הנו פסק דין, אשר מבחןת דיני הסמכות שיק לענף דיני המשפט. עם זאת, אין המודובר בנושא שבנו לבן המשפחה, כגון אימוץ ילדים או בקשה לקבלת גט. בניסיונות העניין המודובר בבקשת לפירוק השיתוף בדירה המשותפת של בני הזוג. השופט טירקל תולה את החשיבות של ההליך בהיותו "דיני נפשות ממש". אף כי מבחינה פורמלית פירוק שיתוף בדירה הוא בבחינת "דיני ממונות" (ההשלכות הממוניות של הפירוד), אין חולק, שהשאלה הנוגעת למדורו של אדם הנה חשובה ביותר ונוגעת לכל אדם ואדם. בצד זה ישנו פתח ראשון להכרה, כי

גם המשפט האזרחי, על אף שambahינה פורמלית עוסקת בדיני ממונות, הנה פעמים, מוקודת מבטו של הפרט המתדיין בבית המשפט, בבחינת "דיני נפשות ממש". מכאן, שהסיווג המסורתי בין המשפט הפלילי לאזרחי איננו המבחן הגוכן בין "דיני נפשות" ל"דיני ממונות". כך למשל, חוב אזרחי של מיליון שקלים העמיד אדם בסכנה של פשיטה ורגל עלול להשפיע על גורלו של אותו אדם באופן קשה יותר מאשר אישום פלילי בעבירה תעכורה של נהיגה בהירה מופחת. עם זאת ברור, כי ישנו עניינים אזרחיים פחותי ערך, ולכן, הזכות החוקתית לייצוג אינה עומדת בכל הליך אזרחי (כמו שהיא איננה עומדת לפרט בכל הליך פלילי). ניתן לסכם ולומר, כי הזכות החוקתית לייצוג עומדת לפרט לא רק בהליך הפלילי ולא רק בהליך אזרחי הנוגע לדיני משפחה, אלא בכל הליך משפטי גורלי שהוא בבחינת "דיני נפשות ממש", יכול להשפיע באופן קשה על הפרט ולשנות לרעה את מערכת זכויותיו וחובותיו.

שנית, הזכות החוקתית לייצוג אינה נקבעת רק בזכות מסווגי העניינים, אלא גם בזכות מסווגי המתדיינים. לכן, המשיר השני בנוגע לסוגי המתדיינים להם תקום זכות חוקתית לייצוג על השבונה של המדינה. האם הזכות תעמוד רק לנتابע שהוא בבחינת "נגרר לערכאות" או גם לטובע היהום את הפניה לבית המשפט? כאמור, אחד הטעמים של הזכות בהליך הפלילי הנהו היהוט של הפרט בבחינת נגרר אל ההליך על ידי המדינה. טעם זה אינו נכון בהכרח בהליך האזרחי. עמד על כך בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Boddie*, אשר קבע, כי פעמים ניתן להשיקף על טובע בבחינת "נגרר אל הערכאות". כך למשל, כאשר צד מפר את התחריביותו החזיות באופן בוטה, אשר אינו מסביר לצד המקטים כל דרך לשמר על זכויותיו החזיות אלא בדרך של פניה לבית המשפט בבקשת לسان אכיפה. במצב זה אין כל הבדל אמתי בין טובע ונتابע, שכן פניה אל בית המשפט היא בדרך כלל המוצא האחרון להגנה על זכויותיו של החובע. מיהם אם כן המתדיינים (תובעים או נתבעים) שליהם תקום הזכות החוקתית לייצוג? הסוג הראשון הוא מתדיין חסר אמצעים, אשר אינו יכול לשכור שירות עורך דין או לעמוד בעלוויות ההתדיינות. ואין הדבר מעלה או מוריד אם הצד השני אף הוא חסר כל. במצב זה בהחלה יתכן כי לשוני הצדדים תהיה זכאות לקבל סיוע. הטעם לכך, כי הזכאות במרקבה זה אינה נובעת מחוק חוסר שוויון בין הצדדים אלא מכוח הפגיעה בסטנדרט המינימלי של "יכולת ההתדיינות בערכאות" של כל פרט בחברה. הסוג השני הוא מתדיין, אשר אינו בהכרח חסר כל, אך נמצא בנסיבות כלכלית בולטות כלפי הצד שכגד, ואשר בשל מרכיבותו של ההליך יתקשה לנחל את ההליך לאורך זמן ובאופן הולם ללא סיום משפטי מצד המדינה. מצב זה מתקשר לזכות לשוויון, ולמספר בעיות בהן נגענו לעיל.

שלישית, יש לקבוע את סוגי הסיווע השונים להן יהיה זכאי בעל הזכות. בקשר לכך זו אין לקבוע מסמות. אין מדובר דווקא בזכות לשירותי עורך דין. במובן הצר, אלא לסיוע משפטי במובן הרחב, כגון: "יעוץ משפטי", עירכת מסמכים

משפטיים, ייצוג בפני ערכאות שונות, תשלום ההוצאות הקשורות במתן השירות המשפטית וכדומה.

סיכום

צעד נכון וחשוב צעד בבית המשפט העליון בקביעו חובת ייצוג כאמור בעניין בן שושן. על אף שקביעה זו אינה מבוססת דינה, יש בה ממשום צעד חשוב בדרך לביסוס זכota חוקתית לייצוג מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור, סוגיות זכota הייצוג מעוררת לדין מספר שאלות חוקתיות בעלות חשיבות עליונה, עליהן יידרש בית המשפט העליון להשיב בעתיד לבוא. בנוסף, יהא על בית המשפט העליון לקבוע את היקפה של זכota הייצוג בהליך אזרחי ולהחליט באיזה מקרים נוספים קמה לפרט זכota חוקתית לייצוג על חשבון המדינה. בשאלת הנוגעת להיקפה של הזכות, להבדיל מהשאלות העקרוניות בהן נגענו "בקצה המולג", אין לקבוע מסמורות, אלא לפסוע בזירות מחושבת מקרה ל מקרה.