

# הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין בעקבות בד"מ (ת"א) 58/00 ועד מחוז תל-אביב נ' עו"ד פלוני<sup>1</sup>

אסף ניב\*

א. מבוא – הצגת הבעיה

1. "סעיפי סל" או "עברות מסגרת" בדין המשמעתי של עורכי הדין הדין המשמעתי של עורכי הדין בישראל מוסדר בשני דברי חקיקה עיקריים: חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961<sup>2</sup> וכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986<sup>3</sup>, שהותקנו על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, מכוח סעיף 109 לחוק הלשכה, ואושרו על ידי שר המשפטים<sup>4</sup>. נוסף לאלה, קיימת שורה של כללי אתיקה העוסקים בנושאים ספציפיים, ואשר הותקנו אף הם על ידי המועצה הארצית של הלשכה<sup>5</sup>. סעיף 61 לחוק הלשכה מגדיר מהן עברות משמעת של עורכי דין, וזה נוסחו:

"61. אלה עבירות משמעת:

- (1) הפרת הוראה מהוראות סעיפים 53 עד 60 או של דין אחר המטיל חיוב או איסור על עורך דין בקשר למקצועו;
- (2) הפרת כללי האתיקה המקצועית שנקבעו לפי סעיף 109;
- (3) כל מעשה או מחדל שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין".

עברות המשמעת של עורכי הדין נחלקות, מבחינת מהותן, לשתי קבוצות עיקריות: עברות שהן הפרה של איסור סטטוטורי מפורש, שנקבע בחוק או בתקנה, ועברות שהן הפרה של סעיף 61(3) לחוק הלשכה, המאגד בתוכו הגדרה אמורפית של "כל מעשה או מחדל", שאינו הולם את המקצוע. סעיף זה ידוע כ"סעיף סל", או כ"עברת

\* עורך דין, סגן יו"ר ועד מחוז ירושלים של לשכת עורכי הדין וחבר ועדת האתיקה, מחוז ירושלים. תודה לעורך דין יריב לוין ולד"ר חיים זנברג על הערותיהם המועילות.

- 1 בד"מ (ת"א) 58/00 ועד מחוז תל-אביב נ' עו"ד פלוני (להלן: פרשת פלוני); לדין בפסק הדין ראו "הקלטת עורך-דין – תחום החבות: הכרעת דין" עט ואתיקה 60 (תשס"א) 5.
- 2 חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: "חוק הלשכה").
- 3 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986 (להלן: "כללי האתיקה").
- 4 ראו כג"צ 4330/93 גאנב נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 227.
- 5 למשל: כללי לשכת עורכי הדין (ייצוג בעסקאות בדירות), תשל"ז-1977; כללי לשכת עורכי הדין (מדי משפט), תשנ"א-1991; כללי לשכת עורכי הדין (חברי גופים נבחרים או ממונים), תשכ"ט-1969.

מסגרת", אשר לתוכה יוצקים בתי הדין המשמעתיים את התוכן הממשי, באמצעות הגדרת התנהגויות שונות ומגוונות כ"מעשים או מחדלים שאינם הולמים את המקצוע"<sup>6</sup>. הוראת סעיף 53 לחוק הלשכה – חרף היותה מוגדרת כ"איסור מפורש", דומה אף היא במהותה להוראת סעיף 61(3) לחוק, באשר היא קובעת את הכלל הבא:

"53. עורך-דין ישמור על כבוד המקצוע של עריכת דין ויימנע מכל דבר העלול לפגוע בכבוד המקצוע".

2. הפעלת "סעיפי הסל" בדין המשמעתי של עורכי הדין כפי שנראה להלן, מחילה הפסיקה את "סעיפי הסל" על מגוון רחב של מקרים, שבהם נתפסים מעשיהם של עורכי דין כ"בלתי הולמים", גם אם לא נאסרו במסגרת של כללי משמעת ספציפיים. שיטה זו של יציקת תוכן לכלל הרחב היא שיטה מקובלת ונעשה בה שימוש לעתים תכופות במסגרות שונות של שיפוט משמעתי<sup>7</sup>. במקביל, נמצא כי בתי הדין עושים גם את ההפך, ומרשיעים נאשמים בעברות לפי "סעיפי סל", גם במקום שבו קיימות עברות ספציפיות המתייחסות לאותם מעשים ממש. הטענה אותה נוסה להציג במאמר זה הנה, כי במקום שבו קבעה המועצה הארצית של הלשכה באישור שר המשפטים, עברת משמעת ספציפית, המכוונת כלפי התנהגות מסוימת, כוונתה הייתה להוציא את אותה התנהגות מכלל ההתנהגויות אשר בגינן ניתן להרשיע ב"עברות הסל" לפי סעיף 61(3) או לפי סעיף 53 לחוק הלשכה. שימוש ב"סעיפי הסל" על מנת להרשיע עורך דין בגין התנהגות שנאסרה בכלל ספציפי מאיין, לדעתנו, את הכללים הספציפיים אשר נקבעו על ידי המחוקק, והופך אותם, הלכה למעשה, לאות מתה, שהרי ממילא תמיד ניתן יהיה להרשיע עורך דין בעברת משמעת, בגין אותה התנהגות ממש, בין שנמצא כי יסודותיה של עברה ספציפית כזו או אחרת מתקיימים, ובין שנמצא שהם אינם מתקיימים. שיטה פרשנית זו נוגדת, לטעמנו, את עקרון החוקיות ולא ניתן ליישמה.

לאחרונה, נתן בית הדין המשמעתי של מחוז תל-אביב פסק דין אשר מעורר סוגיה זו במלוא עצמתה. בתיק בר"מ (ת"א) 58/00 ועד מחוז תל אביב נ' עו"ד פלוני<sup>8</sup>, החליט בית הדין המשמעתי לזכות את עו"ד פלוני מאישום בעברה ספציפית, לפי הוראת כלל 22 לכללי האתיקה, ואולם חרף זיכוי זה, החליט בית הדין להרשיע את

6 ראו על"ע 15/88 עו"ד פלוני נ' פרקליט המדינה, פ"ד מג(1) 584, 588 (להלן: על"ע 15/88) וכן על"ע 7/73 עו"ד פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, תל-אביב-יפו, פ"ד כח(1) 679, 682 (להלן: על"ע 7/73).

7 ראו למשל בג"צ 7074/93 סויסא נ' הי"מ, פ"ד מח(2) 749, 779 (להלן: עניין סויסא), בו נדון בהרחבה בהמשך מאמר זה.

8 פרשת פלוני, לעיל הערה 1.

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית בדין המשמעותי של עורכי הדין

הנאשם, בשל אותו מעשה ממש, בעברה של "מעשה או מחדל שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין", לפי סעיף 61(3) לחוק הלשכה. לדעתנו, מתבססת פסיקה זו על פרשנות שגויה של היחס בין עברות ספיציפיות לבין "עברות סל" בדין המשמעותי, והשלכותיה עשויות להיות מרחיקות לכת. להלן נפרט את עמדתנו.

## ב. פרשת פלוני

### 1. הבעיה שהתעוררה בפרשת פלוני

עו"ד פלוני עבד כשכיר אצל עו"ד פלמוני, משך תקופה קצרה בת שלושה חודשים בלבד. יחסיהם של עורכי הדין לא עלו יפה, ונתגלעו ביניהם מחלוקות בנוגע לניכוי מס הבריאות ממשכורתו של עו"ד פלוני. עורכי הדין נחלקו ביניהם בשאלה אם על פי ההסכם ביניהם, יש לנכות את המס משכר ה"נטו" או משכר ה"ברוטו" של עו"ד פלוני.<sup>9</sup>

עו"ד פלוני הגיש נגד מעבידו תביעה בבית הדין לעבודה. לצורך ההליכים בבית הדין, הקליט עו"ד פלוני שיחה אשר נערכה בינו ובין המעביד, בלא ידיעתו של האחרון. תמליל ההקלטה הוגש על ידי עו"ד פלוני כראיה בבית הדין לעבודה. המעביד הגיש נגד עו"ד פלוני תלונה לוועד מחוז תל-אביב. ועד מחוז תל-אביב החליט להגיש נגד עו"ד פלוני קובלנה משמעותית, במספר אישומים: עברה על כלל 22(א) לכללי האתיקה (הקלטת עורך דין עמית בלא ידיעתו); עברה על כלל 22(ג) לכללי האתיקה (שימוש בהקלטה אסורה של עורך דין עמית); עברה על סעיף 53 לחוק הלשכה (שמירה על כבוד המקצוע); עברה על סעיף 61(1) לחוק הלשכה (הפרת הוראות בדבר איסורים המוטלים על עורכי דין בקשר עם מקצועם) ועברה על סעיף 61(3) לחוק הלשכה (מעשה או מחדל שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין).

### 2. פסיקת בית הדין בפרשת פלוני

עיקר פסק הדין מוקדש לשאלת תחולתו של איסור ההקלטה המעוגן בכלל 22 לכללי האתיקה, על סכסוך שנתגלע בין עורכי הדין שלא במסגרת יחסיהם כעמיתים למקצוע, כי אם כעובד ומעביד.

9 הסוגיה של סכסוכי עבודה בין עורכי דין, בכשירותם כעובד ומעביד, היא סוגיה חדשה, אשר טרם התמודדו עמה במוסדותיה המוסמכים של הלשכה. סוגיה זו מקבלת משנה תוקף היום, לנוכח הגידול הרב במספר עורכי הדין בישראל בכלל, ובמספר עורכי הדין המועסקים כשכירים, בפרט. לשכת עורכי הדין מפעילה, ליד הוועד המרכזי, ועדה לענייני שכירים אשר כותב מאמר זה חבר בה. תפקיד הוועדה בין היתר, לטפל בתלונותיהם של עורכי דין שכירים כנגד מעבידיהם. עד היום, מאז תחילת עבודתה בחודש אוקטובר 1999, טיפלה הוועדה בכלמעלה ממאה פניות, אם כי עדיין אין בידי הלשכה תיעוד סטטיסטי רשמי ומלא של נתונים אלה.

להלן לשון סעיפי הכלל הרלוונטיים לענייננו:

”22. (א) לא יקליט עורך דין שיחה עם לקוחו או עם עורך דין אחר, אלא בידעתם.

(ב) ...

(ג) לא יעשה עורך דין שימוש בהקלטה שנעשתה תוך הפרת סעיף זה.”

בית הדין זיכה את הנאשם מן האישום בסעיף זה, וקבע כי פרשנותו של כלל 22 חייבת להיות תכליתית ומהותית, ולא דווקנית ומרחיבה, המחילה אותו על כל קשת המצבים שבהם מתפקד עורך דין, בין שבחייו המקצועיים ובין שבנסיבות אחרות<sup>10</sup>. בית הדין סומך את פרשנותו זו על הרציונל העומד בבסיסו של כלל 22, אשר נועד להגן על האינטרס של הלקוח ולאפשר לו התייעצות חופשית עם עורך דינו, בלא חשש שמא הדברים יתגלו, או יוקלטו, בשיחה שיקיים עורך הדין עם עורך דין המייצג את הצד שכנגד. מכאן מסיק בית הדין, כי כוונת המחוקק הייתה שלא להחיל את כלל 22 על מצבים של סכסוך בין עורך דין שכיר לעורך דין מעביד, שכן פרשנות שכזו תוביל, לדעת בית הדין, להפליה של עורך הדין השכיר ביחס לכל עובד אחר במשרד, שאינו עורך דין<sup>11</sup>. כמו כן דחה בית הדין את טענתו החלופית של בא כוח הקובל, שלפיה יש לראות בשיחה שהוקלטה משא ומתן בין הצדדים, אשר ייצגו איש את עצמו בהליכים בבית הדין לעבודה. בית הדין המשמעת קובע, כי השיחה קוימה בין הצדדים בכשירותם כעובד ומעביד, ואין לה כל קשר לכשירותם המקצועית כעורכי דין, ועל כן אין להחיל על הקלטתה את כלל 22<sup>12</sup>.

3. הרשעת עו"ד פלוני בעברות לפי סעיפים 53 ו-61(3) לחוק הלשכה  
אולם בכך לא סיים בית הדין את מלאכתו. בית הדין דן באשמתו של עו"ד פלוני גם בעברות לפי סעיפים 53, 61(1) ו-61(3) לחוק הלשכה.  
בית הדין קובע, בהסתמכו על הלכות קיימות<sup>13</sup>, כי הסעיפים האמורים יוצרים “עברות מסגרת”, בדומה לעולות הרשלנות בנוזיקין, אשר התפקיד ליצוק בהן תוכן ממשי מסור לידיהם של בתי הדין המשמעתיים, בית המשפט ומוסדות הלשכה. בית הדין מסביר, כי המחוקק נקט בסעיף 61(3) לחוק הלשכה לשון רחבה וכללית, אולם האיטורים המשתמעים ממנו הם בעלי תוכן וצורה, בדמותן של ההלכות העקרוניות שנקבעו בבתי הדין המשמעתיים וכבית המשפט העליון, אשר קובעות נורמות בדבר התנהגות ראויה של עורכי הדין.

10 פרשת פלוני, לעיל הערה 1, בע' 7.

11 שם.

12 שם.

13 שם, בע' 8 וכן השוו לא' זר אחיקה מקצועית של עורכי דין (מהדורה שישיה, תשמ"ט) 187.

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין

מן הכלל אל הפרט, מחיל בית הדין את פרשנותו זו ל"סעיפי המסגרת" גם על מקרהו של עו"ד פלוני וקובע, כי חרף זיכורו מן העברה לפי כלל 22 לכללי האתיקה, נהג עו"ד פלוני ב"התנהגות חריגה ולא מרוסנת בקהילת עורכי הדין, שיש בה כדי לשבש את מרקם היחסים שבין עורכי הדין, ומכאן שהיא פוגעת בשם הטוב של מקצוע עריכת הדין ואיננה הולמת אותו"<sup>14</sup>. בית הדין למד על "התנהגותו החריגה" של הנאשם מן העובדות המרכזיות הבאות<sup>15</sup>: המחלוקת בין הצדדים נסבה על סכום כספי נמוך, בסך של 600 ש"ח בלבד, אשר לא הצדיקה נקיטת אמצעי "דרסטי" של הקלטת עורך דין עמית; עו"ד פלוני הודה שפעל מתוך רצון "ללמד את מעבידו לקח"; ההקלטה תוכננה על ידי עו"ד פלוני מראש ותוך שהוא מנסה להוביל את המעביד להודות בגרסתו. על סמך עובדות אלה, קובע בית הדין, כי עו"ד פלוני אכן עבר עברות לפי סעיפים 53, 61(1) ו-61(3) לחוק הלשכה, וכי יש להרשיעו בהן. לכאורה, פעל בית הדין בפרשת פלוני על פי המתווה שנקבע בחוק ובפסיקה. משקבע בית הדין, כי כלל 22 אינו חל על המקרה שבפניו, ועל כן לא ניתן להרשיע את עו"ד פלוני על פיו, פנה בית הדין לדון בהרשעה על פי "סעיף הסל" (כלשון בית הדין עצמו)<sup>16</sup>.

בית הדין דחה את טיעונו של עו"ד פלוני, שלפיו אין זה ראוי לייחס לנאשם מספר עברות חופפות בגין פרשה עובדתית אחת. בדחותו טיעון זה על הסף, קבע בית הדין כדלקמן:

"אין זה נכון שאין ניתן לייחס מספר עבירות בשל פרשה אחת. פרשה עובדתית אחת בהחלט עשויה ליפול לגדרן של מספר עבירות, ואין כל פסול באישום בכמה עבירות אשר נכנסות לגדרה של אותה מסכת עובדתית. שנית, אין מדובר כאן בעבירות 'חופפות'. המדובר כאן הוא בעבירה ספיציפית ועבירות מסגרת. מעשה או מחדל אשר אינו נופל לגדר העבירה הספיציפית עשוי בהחלט ליפול לגדרה של עבירת המסגרת"<sup>17</sup> (ההדגשה שלי – א.ג.).

בית הדין אף מביא תימוכין לעמדתו זו, מפסיקת בית המשפט העליון בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון<sup>18</sup>, שם נקבע כי ניתן לתבוע בעוולת הרשלנות בנוזיקין, בהיותה "עוולת מסגרת", גם בגין מעשים או מחדלים אשר עשויים להיכנס לגדרה של עוולת ספיציפית אחרת.

14 ראו פרשת פלוני, לעיל הערה 1, בע' 8.

15 ש.ב.

16 ש.ב.

17 ש.ב.

18 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (להלן: פרשת גורדון).

אנו סבורים, בכל הכבוד הראוי, כי כאן נתפס בית הדין הנכבד לכלל טעות, הן בהיקש שהוא עושה מדיני הנוזיקין ומפסק הדין בפרשת גורדון והן ביישומה של הלכה זו למקרהו של עו"ד פלוני, לצורך הרשעתו בעברה לפי סעיפים 53 ו-61(3) לחוק הלשכה. בפרשת גורדון פסק, כאמור, בית המשפט העליון כי ניתן לחייב מזיק בעוולת הרשלנות, גם אם מעשיו עשויים ליפול בגדרה של "עוולה פרטיקולרית" אחרת, אשר חסרים מספר יסודות להתקיימותה<sup>19</sup>. גישה זו מתיישבת היטב עם תכליתם של דיני הנוזיקין ככלל, לחייב את המזיק בפיצויו של הניזוק, באופן שישיב את מצבו של האחרון לקדמותו<sup>20</sup>. על כן, מעניק בית המשפט לניזוק (ובפרשת גורדון, ניזוק שנפגע על ידי רשות ציבורית) את מלוא הכלים לתבוע את נזקו, בין שבאמצעות עשיית שימוש ב"עוולות פרטיקולריות" ובין שבאמצעות "עוולת מסגרת" כעוולת הרשלנות<sup>21</sup>. המצב שונה, לדעתנו, כאשר מדובר בדין המשמעתי. הדין המשמעתי הוא דין מעין-פלילי, ועל כן יש ליישם לגביו נורמות וכללי פרשנות היאים לחיקוקים הקובעים עברות<sup>22</sup>. אימוץ כללי פרשנות אלה מחייב נקיטת זהירות יתר, במיוחד כאשר מדובר בהרשעות ב"סעיפי סל".

### ג. היחס בין "העברות הספציפיות" לבין "עברות המסגרת" בדין המשמעתי: מדוע לדעתנו טעה בית הדין בפרשנותו

1. הקושי הכרוך בהפעלתם של "סעיפי סל" בדין המשמעתי ובדין העונשי יישומם של "סעיפי סל" הקובעים עברות, בין שבדין המשמעתי ובין שבדין הפלילי, מעורר קשיים רבים, הואיל והוא מסמך, למעשה, את גורמי השיפוט להגדיר התנהגויות מסוימות כעברות לאחר ביצוען, ומבלי שנקבעה מראש נורמה האוסרת אותן, בכחינת "עונשין גם אם אין מזהירין"<sup>23</sup>.

19 שם, בע' 123.  
20 ראו למשל ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 267.

21 ראו פרשת גורדון, לעיל הערה 18, בע' 122-123, 125.

22 ראו ע' אור "רשלנות מקצועית של עורך דין" הפרקליט מה (תשמ"א) 279 וכן על"ע 15/88, לעיל הערה 6, בע' 588. יש לציין, כי בעל"ע 15/88 הנ"ל דחה בית המשפט העליון את הטענה הגורפת, שלפיה יש לפרש את סעיף 61(3) לחוק הלשכה בצמצום, אך ורק בשל היותו סעיף מעין-פלילי. ואולם, בשונה מן המקרה שלפנינו, שם דובר בהתנהגות ספציפית אשר לא נמצאה לה נורמה מגבילה בכללי האתיקה הסטטוטוריים, ועל כן "יצר" בית הדין המשמעתי איסור חדש, תוך שימוש בסעיף 61(3) האמור. טענתנו, כמוכחה במאמר זה, היא כי השימוש הרחב בסעיף 61(3) ייתכן רק במצבים שבהם אין איסורים מפורשים בחוק או בכללים, ואולם אין להשתמש בו כדי להרחיב איסורים קיימים, כפי שעשה, לדעתנו, בית הדין המשמעתי המחודד בפרשת פלוני שבה עוסק מאמר זה.

23 קושי זה קיים בדין העונשי בכלל, ואליו נתייחס בהמשך מאמר זה. ראו ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' הי"מ, פ"ד ת 785, 790-791 (להלן: עניין אש"ד). עוד יש להזכיר, בהקשר זה,

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין

1.1. יציקת תוכן ל"עברות המסגרת" בדין המשמעתי  
במשך השנים, נזקקו בתי הדין המשמעתיים של הלשכה, פעמים רבות, ל"סעיפי הסל", דוגמת סעיפים 361(3) ו-53 לחוק הלשכה, כאשר ביקשו להרשיע עורכי דין בעברות משמעת, בגין התנהגויות אשר לא הוגדרו בסעיפי חוק או בכללים מפורשים. בעשותם כן, יצקו בתי הדין לתוך סעיפים אלה תוכן רב. כך למשל נפסק, כי שימוש במילים גסות ומעליבות, הגשת תביעה בהיעדר עילה כאמצעי להפעלת לחץ, השמעת טיעונים פוגעים נגד צד בבית המשפט ועוד – כל אלה הם בבחינת מעשים אשר אינם הולמים את מקצוע עריכת הדין<sup>24</sup>.

המכנה המשותף למקרים רבים שבהם מורשעים עורכי דין בעברה לפי סעיף 53 ובעיקר לפי סעיף 361(3) לחוק הלשכה הוא שלא נמצאת הוראת איסור ספציפית, אשר חלה במדויק על התנהגותו של עורך דין, אותה רואה בית הדין כפסולה. בית המשפט העליון התייחס לנושא בפסיקתו בפרשת פלוני נ' פרקליט המדינה, שם נכתבו מפי השופט מצא הדברים הבאים:

"אכן, להבדיל מן הסעיפים 61(1) ו-62(1) לחוק, המגדירים כעבירות משמעת הפרות של חיובים ואיסורים ברורים ומוגדרים, המוטלים על עורכי-הדין – אם על פי הוראות הסעיפים 53 עד 60 לחוק, אם על-פי כל דין מפורש אחר ואם על פי כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, שהותקנו מכח סעיף 109(4) לחוק – מהווה סעיף 361(3) מסגרת נורמטיביות כללית וגורפת, המיועדת ללכוד ברשתה כל מעשה או מחדל, אשר אף שאין בו משום הפרת חיוב או איסור, מכלל החיובים והאיסורים המפורשים שנקבעו, יש בו משום סטייה מנורמת ההתנהגות המקובלת המצופה מעורכי-דין"<sup>25</sup> (ההדגשה שלי – א.נ.).

בית הדין המשמעתי הארצי של הלשכה התייחס אף הוא, עוד לפני כעשרים וחמש שנה, לסוגיית "סעיף הסל" בפסיקתו בכד"א 34/75 עו"ד פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, שם נכתבו, מפי אב בית הדין הדברים הבאים:

"נראה לי, כי שומה עלי להרחיב קמעא את היריעה לגבי מהות הסעיף 61(3) האמור, שרבים וכן שלמים טועים בגישתם לו. סעיף זה לא בא לפרש את שאר סעיפי החוק, התקנות והכללים שבקשר לאתיקה

את סעיף 1 של חוק העונשין, תשל"ז-1977, הקובע כי "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". לטענתנו, עיקרון זה, אותו יש להחיל גם על הדין המשמעתי, מחייב צמצום של השימוש ב"סעיפי סל".

24 פירוט מקיף של פסיקת בתי הדין המשמעתיים בסוגיית ההתנהגות הבלתי-הולמת ניתן למצוא אצל זר, לעיל הערה 13, בע' 190-208.

25 על"ע 15/88, לעיל הערה 6, בע' 584, 588.

המקצועיות של עוה"ד ודפוסי התנהגותם, אלא הוא בא להוסיף עליהם. האיסורים וההגבלות שנקבעו בחוק ובכללים הנ"ל אינם סוף פסוק, ואין להחיל עליהם את המדה "מכלל לאו אתה שומע הן" כי הסעיף הנ"ל הוא רובד מיוחד בנדון ובתוספת לנ"ל... עולה, איפוא, מהאמור, כי בסעיף 61 (3) לחוק הנ"ל נמצאה לבתי הדין המשמעתיים בקעה רחבה להתגדר בה, ואלה הוסמכו והורשו לקבוע ולהחליט כי מעשה או מחדל מסויימים מהווים עבירה אף אם לא בא זכרם במערכת החוקים, התקנות והכללים הנ"ל<sup>26</sup> (ההדגשה שלי – א.ג.).

דעתו של אב בית הדין באותה פרשה הייתה מקובלת גם על יתר חברי המותב, אשר מפייהם נשמעו הדברים הבאים:

"כשלעצמי, הייתי מעדיף ששאלה זו של מתן הלוואה על ידי עו"ד ללקוח של עו"ד אחר תמצא את ביטויה בכלל ספציפי של לשכת עורכי הדין, ולא באמצעות פרשנות לסעיף 61 (3) לחוק"<sup>27</sup>.

"כאשר נאשם אדם בקבלת ריבית קצוצה – ויהא הוא אפילו עורך-דין – הרי שיהא זה סביר מצידו להניח, כי עצם מתן הלוואה אינו עבירה, נגדה הוא חייב להתגונן. ובכל אופן, כל עוד עבירה שכזאת איננה מוגדרת במפורש בכללי האתיקה, זכאי הוא להניח כי האישום איננו כמתן הלוואה ללקוחו של עורך-דין אחר, כי אם כלקיחת הריבית הקצוצה"<sup>28</sup>.

1.2. דוגמאות ל"עברות מסגרת" בדין העונשי קושי בהפעלתם של "סעיפי סל" קיים גם בדין העונשי. הסוגיה הובאה אל שולחנו של בית המשפט העליון, עוד בשנות החמישים, בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה ג' הי"מ<sup>29</sup>, שם נדונה העברה של "גרימת תקלה ציבורית" – היום סעיף 198 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ואז סעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936. בפסק הדין שניתן, הורשע המערער בעברה של עשיית מעשה העלול לגרום להיזק ציבורי, וזאת בשל השבתת תנועת האוטובוסים הבינעירונית בישראל, "ללא הצדקה", במשך כחמש שעות. כבר אז, הסתייגו השופטים מלשון הסעיף. השופט חשין, למשל, אמר שם<sup>30</sup> את הדברים הבאים:

- 26 כד"א 34/75 עו"ד פלוני ג' הורעד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו, פדי"מ א 172, 178 (להלן: כד"א 34/75).
- 27 שם, בע' 176, דברי חברי" פריבס.
- 28 שם, בע' 177, דברי חברי" ג' עמיר.
- 29 עניין אש"ד, לעיל הערה 23.
- 30 שם, בע' 790-791.

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית ברין המשמעת של עורכי הדין

"עם קריאת סעיף 105, מזדקרת מיד לעינינו תכונתו היסודית – תכונה שאינה מצויה בשאר סעיפי העבירה בחוק הפלילי – היינו: סעיף זה דן בעבירה בלתי מוגדרת ובלתי תחומה. דומה הדבר כאילו הופקד בית-המשפט על ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה עם מעשים מסויימים מהווים – או אינם מהווים – עבירה בתחומי הבלתי מוגבלים של הסעיף. לשון אחר: הרשות השופטת – בניגוד לרשות המחוקקת – הוסמכה להגדיר כעבירות – ולהרשיע בהן בני אדם – מעשים אשר המחוקק גופו לא ראה לנכון להגדירם כעבירות ולא זוהיר עליהם מראש. נמצא, לכאורה, בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה – כך אפשר לטעון ולקבל – עשוי לקרע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולתו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"<sup>31</sup>.

בית המשפט העליון התייחס לקושי זה גם בבג"צ 2534/97 ח"כ יחב נ' פרקליטת המדינה<sup>32</sup>, בדונו ביסודות העברה של "הפרת אמונים" לפי סעיף 284 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. השופט גולדברג חיווה שם את דעתו בנוגע לקושי להרשיע בעברה זו, כדלקמן:

"תיק חקירה בעבירה של הפרת אמונים מורכב, דרך-כלל (ולו בחלקו), מראיות נסיבתיות. קיים קושי מעשי לגלות עבירות אלה, ובורדאי שקיים קושי להוכיחן בראיות ישירות. קושי זה נובע מכך שלאינטרס המשותף של כל המעורבים בעבירה להסוות את המעשה הפלילי מצטרפת העובדה שהקורבן בעבירה זו הוא הציבור בכללותו ולא פרט מסויים. לכך מצטרפת העובדה כי העבירה של הפרת אמונים היא עבירת מסגרת, אשר יסודותיה העובדתיים אינם מוגדרים דיים. כתוצאה מכך מהווה האשמה המוסרית אחד המנגנונים לוויסות היקף התפרסותה של העבירה"<sup>33</sup> (ההדגשה שלי – א.ג.).

31 בסופו של דבר היסס בית המשפט מלכות את המערער, חרף הדברים האמורים, וזאת מן הטעם ששינוי החוק מסור בידי המחוקק ולא בידי בית המשפט. ספק אם גישה כזו הייתה מתקבלת גם כימינו אנו.

32 פסק הדין כפרשת מינוי עורך הדין בר-און ליועץ המשפטי לממשלה, בג"צ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1.

33 שם, בע' 17.

2. "קונקרטיזציה" של "עברות המסגרת" בדין המשמעתי – עמדת בית המשפט העליון בפרשת סויסא נ' הי"מ (פרשת טובות ההנאה למפכ"ל רפי פלד) לאחרונה, התמודד בית המשפט העליון בהרחבה עם הקושי שבהפעלת "סעיפי המסגרת" בדין המשמעתי בפסק דין מקיף, אשר מתייחס למרחב התמרון של הרשות השופטת בהפעלת "סעיפי סל" אלה. בפרשת סויסא נ' הי"מ, התייחס בית המשפט לשאלת פרשנותם של "סעיפי סל" בדין המשמעתי החל על שוטרים, ונפסק שם, מפי המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק כך:

"אמת הדבר, הנורמה בדבר 'התנהגות שאינה הולמת' היא 'מושג רחב ביותר, ומטבעו שהוא עשוי להשתרע על שטח כמעט בלתי מוגבל' (עמ"מ 1/55 פלוני נ' יור' ו-חברי המועצה המשפטית [29] בעמ' 1811-1812 מפי מ"מ הנשיא, השופט חשין). עם זאת, המושג 'התנהגות שאינה הולמת' אינו מושג חסר תוכן. הוא מפנה אל הערכים, העקרונות והאינטרסים המעצבים את השירות הציבורי מעת לעת, ואת יחסו לפרט הבא עמו במגע"<sup>34</sup>.

עוד קובע בית המשפט העליון, באותה פרשה כהאי לישנא:

"שעה שהשופט נותן מובן קונקרטי להכללות הנורמטיביות – כגון אלה הטמונות בדיבור 'התנהגות שאינה הולמת' או 'התנהגות... שיש בה כדי לפגוע בתדמית...' – על השופט להיות רגיש שלא לחצות את הגבול, ושלא להטיל על עובדי ציבור תמימים אות קין של מפרי דין. בעיית הגבולות מעוררת בעיה של חוסר ודאות. האיטורים העמומים מונעים קביעה ברורה בין האיסור הפלילי לבין האיסור המשמעתי. קיים תחום רחב למדיי שבו שרוי ערפל... בדומה, קיימת עמימות בגבול שבין האיסור המשמעתי לבין ההתנהגות הלא-אסתטית, שאין בה משום איסור משמעתי"<sup>35</sup>.

בית המשפט העליון ער, אמנם, לקשיים אשר מעורר יישומן של "עברות המסגרת", קשיים הגלומים בעיקר בעמימותן ובעובדה כי תוכנן הקונקרטי איננו ידוע מראש, כי אם נקבע לאחר מעשה. עם זאת, אין בכך, לדעת בית המשפט העליון, כדי לגרוע כמלוא הנימה מסמכותה של הרשות השופטת ליצוק תוכן לתוך האיטורים העמומים, וליצור קונקרטיזציה שלהם, בנסיבותיהם השונות של המקרים המובאים לשיפוט. יתר על כן, בית המשפט העליון סבור, כי אין ביציקת התוכן הקונקרטי לסעיף המסגרת משום יצירתה של נורמה רטרואקטיבית, שהרי הנורמה קיימת, ויציקת התוכן לגדרה

34 עניין סויסא, לעיל הערה 7, בע' 780.

35 שם, בע' 783.

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין

אינה אלא מעשה לגיטימי של פרשנות<sup>36</sup>. המקור, לדעת בית המשפט, להשלמת תוכן הספיציפי של "עברות המסגרת", הוא תפיסות יסוד ערכיות, אשר מבטאות, לדעת בית המשפט, מהי התנהגות "הולמת" או "בלתי הולמת" בעיניו של "הציבור הנאור בישראל"<sup>37</sup>.

3. קונקרטיזציה של סעיף 61(3) לחוק הלשכה לצד העמדה לדין בגין עברות ספיציפיות

גישתו של בית המשפט העליון יושמה, ומיושמת הלכה למעשה, על ידי בתי הדין המשמעתיים, אשר עושים שימוש נרחב בסעיף 61(3) לחוק. עיון בפסקי דין משמעתיים שניתנו במהלך העשור האחרון מגלה, כי במקרים רבים מועמדים עורכי דין לדין משמעתי, הן בגין עברה ספיציפית, לפי החוק או לפי כללי האתיקה, והן בגין "עברת סל". ברוב המקרים, אף מורשעים עורכי הדין, בכפיפה אחת, בעברות משני הסוגים. במסגרת עיונו בפסקי הדין המשמעתיים מן העשור האחרון, אספנו מספר דוגמאות מייצגות לשימוש אשר עושים בתי הדין בסעיף 61(3) לחוק הלשכה<sup>38</sup>. כפי שניתן לראות מן הדוגמאות, מרבים בתי הדין לעשות שימוש ב"סעיף הסל", גם במקרים שבהם קיימת עברה ספיציפית המתייחסת להתנהגות או למעשים שבגינם הועמד עורך הדין לדין משמעתי. בדיקתנו העלתה, כי כאשר מדובר בהרשעה ב"עברת הסל" לפי סעיף 61(3) לחוק הלשכה, נוטים בתי הדין להוסיף את ההרשעה בסעיף זה, כדבר שבשגרה, כמעט אוטומטי, בכל מקום שבו מורשע עורך דין בעברות משמעת ספיציפיות<sup>39</sup>. אנו סבורים, כי גישה זו אינה נכונה. לדעתנו, תחולתו של "סעיף הסל" נדחית, בכל מקום שבו מצא המחוקק לנכון לקבוע כי התנהגות מסוימת מהווה עברה ספיציפית.

4. מהותו של סעיף 61(1) לחוק הלשכה: האומנם הסדר שלילי?

המחוקק בחר, אפוא, לאמץ במקביל שני הסדרים: על פי ההסדר האחד, המעוגן בסעיף 61(2) לחוק הלשכה, הגדרתן של עבירות משמעת, ככל שאלה לא נקבעו במפורש בחוק, נתונה בידי של מתקין הכללים (המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין ושר המשפטים). על פי ההסדר האחר, המעוגן בסעיף 61(3) לחוק הלשכה, נתונה בידי בתי הדין המשמעתיים הסמכות ליצוק תוכן ממשי להגדרת העברה של "כל

36 שם, בע' 780.

37 שם, בע' 781.

38 הדוגמאות מפורשות בטבלה המצורפת כנספח בסוף מאמר זה.

39 מגמה שונה ניכרה בפסקי דין שניתנו על ידי בתי הדין המשמעתיים בשנות השבעים ואף לפני כן. ראו דוגמה בולטת בבר"א 34/75, לעיל הערה 26, שבו דנו בהרחבה בטקסט המתייחס להערה 27 ואילך.

מעשה או מחזל אחר, שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין, ובכך לקבוע, למעשה, שורה חדשה של עברות אשר לא נכתבו עלי ספר.

על פי הטענה אותה אנו מנסים לבסס במאמרנו זה, יש לקבוע כי סמכותם של בתי הדין המשמעתיים, כפי שהיא נובעת מסעיף 61(3) לחוק הלשכה, מוגבלת אך ורק למקרים בהם לא הוגדרו בחקיקה עברות ספציפיות. במילים אחרות, אנו סוברים כי המחוקק הקיף את העברות שהוגדרו בחוק הלשכה ובכללי האתיקה בטבעת של "הסדר שלילי". הסדר שלילי זה מונע הרשעה של עורך דין בעברת משמעת לפי סעיף 61(3) לחוק, בגין מעשים אשר הוגדרו במפורש כעברות.

אנו סבורים, כי אימוץ גישה זו משקף מדיניות שיפוטית ראויה, אשר תמנע מצב בו נערך "מקצה שיפורים" באמצעות שימוש מופרז בסעיף 61(3) לחוק בכל מקום שבו לא ניתן לבסס הרשעה על פי העברה הספציפית שהוגדרה בכללים.

#### 4.1. האומנם הסדר שלילי?

עיון בסעיף 61 לחוק הלשכה מגלה כי אין בו התייחסות מפורשת למצב שבו מבקשים להרשיע עורך דין בעברה של התנהגות בלתי הולמת, בגין מעשים שהוגדרו כעברות ספציפיות בכללי האתיקה. יחד עם זאת, ערים אנו לכך שלא בכל מקרה ניתן ללמוד משתיקת המחוקק על קיומו של "הסדר שלילי". לעתים, מלמדת השתיקה על חסר הטעון השלמה<sup>40</sup>.

ראוי, לעניין זה, לצטט דברים שכתב השופט ברק (כתוארו אז) בפסק הדין בעל"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב יפו<sup>41</sup>:

"שתיקת החוק בסוגיה משפטית אינה מצביעה בהכרח על 'הסדר שלילי'. שתיקת החוק מדברת בכמה לשונות. לעיתים השתיקה מהווה חסר (לאקונה); לעיתים השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש. לעתים השתיקה מהווה 'הסדר שלילי'. דבר זה יקרה מקום שתכלית החקיקה הינה לשלול הסדר משפטי מסוים. 'הסדר שלילי' קיים, אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא 'שתיקה מדעת' (השופט זוסמן בע"א 108/59 פריצקר ואח' נ' 'ניב' בע"מ בפידוק, בעמ' 1549). שתיקה היא 'מדעת' מקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר השלילי"<sup>42</sup>.

40 א' ברק פרשנות כמשפט (תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית) 465.

41 על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד הציבורי של לשכת עורכי הדין תל-אביב יפו, פ"ד מז(3) 397, 404.

42 ראו גם רע"א 5768/94 א.ש.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 454-455 (להלן: עניין א.ש.ר.).

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין

#### 4.2. תכלית החקיקה

מהי, אפוא, תכלית החקיקה בענייננו והאם היא מחייבת קיומו של אותו "הסדר שלילי" העוטף את העברות שנקבעו בחוק ובכללי האתיקה?

#### 4.3. סעיף 61(3) לחוק הלשכה

ניסוחו של סעיף 61(3) לחוק הלשכה הוא אכן ניסוח גורף, ואולם יש לשים לב לסייג אחד חשוב, אותו טרח המחוקק והכניס ללשון סעיף זה. כאמור, מגדיר הסעיף כעברת משמעת "כל מעשה או מחדל אחר שאינם הולמים את מקצוע עריכת הדין" (ההדגשה שלי – א.ג.). לעניין פרשנותו של סעיף זה, כותב ד"ר ג. קלינג בספרו:

"סעיף 61(3) מהווה מסגרת נורמטיבית כללית וגורפת, המיועדת ללכוד ברשתה כל מעשה או מחדל, אשר אף אם אין בהם משום הפרת חובה או איסור מכלל החובות והאיסורים המפורשים שנקבעו, יש בהם משום סטייה מנורמת ההתנהגות המקובלת המצופה מעורכי-דין"<sup>43</sup>.

בדבריו אלה מפנה ד"ר קלינג לדברים שנאמרו מפי כב' השופט מצא בפרשת פלוני נ' פרקליט המדינה כדלקמן:

"לייחודה של עבירת המשמעת, עליה מורה סעיף 61(3) לחוק, התייחס בית-משפט זה, אם כי בהקשר ענייני שונה, גם בעל"ע 19/86. בהסתמכו על על"ע 7/73 הנ"ל קבע חברי הנכבד, השופט חלימה, בעמ' 328, כי דפוסי ההתנהגות, הנקבעים מדי פעם על-ידי בתי הדין המשמעתיים של לשכת עורכי הדין, ראויים שישמשו רובד אחד מבין כלל הרבדים שבבסיסו של סעיף 61 לחוק"<sup>44</sup> (ההדגשה שלי – א.ג.).

אכן, תכליתו של סעיף 61(3) לחוק היא למלא חסר, במקום שבו אין הגדרה של מעשה או של מחדל המהווים עברת משמעת. במקרה כזה, ניתנת הסמכות לבתי הדין המשמעתיים לקבוע כי התנהגות מסוימת נופלת לגדר ההגדרה של "התנהגות בלתי הולמת", אף אם אין היא נופלת בדלת האמות של עברה ספציפית שנקבעה בחוק או בכללים<sup>45</sup>.

43 ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א) 489.

44 על"ע 15/88, לעיל הערה 6, בע' 587. ראו ציטוט נוסף לעיל בסמוך להערה 25.

45 ראו קלינג, לעיל הערה 43, בע' 489.

בית המשפט העליון נתן דעתו, לא אחת, לאופן שבו יוצקים בתי הדין המשמעתיים תוכן קונקרטי למסגרתה העמומה של "עברת הסל" לפי סעיף 61(3) לחוק הלשכה. כך למשל, כתב השופט אשר בשעתו את הדברים הבאים:

"אין זה מתפקידם של בתי-דין משמעתיים, ואין להטיל עליהם את התפקיד של יצירת כללי עבודה חדשים עקב פירוש מושגים כלליים... הערותיי הנ"ל מכוונות לשיטה אשר לפיה מוטרים את פיתוחם של כללי עבודה (התנהגות) מקצועית לבתי-דין משמעתיים, עם האפשרות הכרוכה בשיטה זו של גרימת עוול לעורך-דין אשר לא היה ער לרווחות החדשות המנשבות בלשכה"<sup>46</sup>.

בפסק דין מאוחר יותר, כתב השופט שמגר (כתוארו אז) את הדברים הבאים:

"חששו של בית-הדין הארצי מפני התגבשות נורמות, תוך כדי הליכים משפטיים, אשר בהן יש כאילו כדי להגדיר התנהגות פלונית לראשונה כפסולה, מבלי שהגדרה ברורה של העניין היתה קיימת בעת המעשה, הוא חשש מובן; אולם דא עקא, חשש זה היה מתלווה לעולם לכל עבירה אשר הגדרתה בנויה מיסודות כוללניים ומופשטים של ההתנהגות הפסולה ואשר בה מושאר תרגומה של ההגדרה הערטילאית לנסיבות קונקרטיות לשיקול דעתה של הערכאה השיפוטית הדנה בענין"<sup>47</sup>.

חרף השוני בעמדותיהם של שני השופטים, ניכרת בדבריהם הנחת מוצא אחת משותפת, לפיה "עברת הסל" לפי סעיף 61(3) לחוק הלשכה באה בנוסף לעברות הספציפיות המוגדרות בחוק ובכללים ולא במקום עברות אלה. משמעות הדבר היא, כי סעיף 61(3) לחוק הלשכה נותן בידי בתי הדין המשמעתיים כלי לאסור התנהגות פלונית, הגם שאין היא מוגדרת במפורש כעברת משמעת. כך דאג המחוקק להפקיד בידיהן של ערכאות השיפוט המשמעתי את השמירה על טוהר המקצוע, במקום שבו

46 על"ע 7/73, לעיל הערה 6, בע' 684-685.

47 על"ע 16/79 הורעד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בתל-אביב-יפו נ' עו"ד פלוני, פ"ד לד(3) 651, 660. ביקורת נוקבת על סמכותם של בתי הדין המשמעתיים נשמעה מפיו של השופט י" כהן (כתוארו אז) שם, בע' 686, שם נכתבו מפיו הדברים הבאים: "מן הראוי שחובות אתיקה מקצועית שקיומן אינו ברור וגלוי לכל עורך-דין נכון ייקבעו בכללי אתיקה, כדי שאנשי מקצוע יידעו ויזהרו מראש על היקף החובות שלהם כלפי הלקוחות, וכדי שיקויים גם במישור זה הכלל שאין עונשין אלא אם כן מזהירין. הטלת חובת בדיקה, בדרך של פסיקה בדין משמעתי היא בעיני פסולה וחושש אני שאם יאושר פסק-הדין של בית-הדין הארצי יופתעו הרבה עורכי-דין ישרים ומסורים ללקוחותיהם, כשיוודע להם שהם עברו על סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין" (ההדגשה שלי – א.נ.).

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין

המחוקק עצמו לא דאג לעשות כן על ידי קביעתם של נורמות ואיסורים מפורשים בחקיקה.<sup>48</sup>

#### 4.4. הסדר שלילי

אנו טוענים, אפוא, כי המחוקק ביקש, באמצעות סעיף 61(3) לחוק הלשכה, למנוע מצב של ריק משפטי, וליתן בידי ערכאות השיפוט את הכלים למלא את החסר במקום שבו המחוקק לא עשה כן. ואולם אנו סבורים, כי בנקודה זו, מכלל הן יש לשמוע גם את הלאו, דהיינו: באותה נשימה ביקש המחוקק למנוע שימוש ב"עברת הסל", במקום שבו כבר קיים הסדר חקיקתי ספיציפי. לעניין מהותו של ההסדר השלילי, כתב השופט חשין לאחרונה:

"קביעת גבולותיה של מעטפת ההסדר השלילי... לרבות ההכרעה בשאלה אם יש, מעיקרו של דין, מעטפת הסדר שלילי למערכת פלונית – תיגזר מתוך בחינת הוראותיה של אותה מערכת פלונית לגופה. ההסדר השלילי אינו אלא צדו השני של ההסדר (הפוזיטיבי) של המערכת, כמנגנט זה שצדו האחד צד חיובי הוא (צד ה"פלוס"), וצדו השני צד שלילי הוא (צד ה"מינוס"). אלא שהתשובה לעצם קיומה ולגבולותיה של אותה מעטפת הסדר שלילי, לא תימצא לנו בפרטי ההסדרים אלא ב"נשמתה" של המערכת, ברוח הנושבת בה, במדיניות שכוננה אותה, בפשרת-האינטרסים שמצאה ביטויה בהסדרים הפוזיטיביים"<sup>49</sup>.

אנו טוענים, כי "נשמתה" של הוראת סעיף 61(3) לחוק הלשכה אינה להטיל על עורכי הדין מגבלות מחמירות יותר מאלה שכבר נקבעו על ידי המחוקק בכללים ספיציפיים, כי אם להשלים את החסר במקום שבו לא קבע המחוקק כללים אלה. לשיטתנו, פרשנות אחרת, תהפוך את אותם הכללים שנקבעו בחקיקה לאות מתה, שהרי תמיד ניתן יהיה "להתגבר" עליהם, תוך עשיית שימוש מופרז בסמכות שניתנה לבתי הדין ליצוק תוכן להגדרת העברה שבסעיף 61(3) לחוק הלשכה. יפים לענין זה דברים בפסק דין משמעתי נוסף, אשר ניתן במהלך שנות השבעים<sup>50</sup>:

"לא נוכל לאמץ לעצמנו את נימוקיו של אב בית הדין הקמא, כפי שצוטטו לעיל, היינו כי נחוץ קריטריון אובייקטיבי שלפיו אפשר יהיה למצוא את התחום בין המותר והאסור בין התנהגות ההולמת את המקצוע ובין לאו... לו היינו מאמצים לעצמנו נימוקים אלה היינו

48 ראו לעניין זה גם קלינג, לעיל הערה 43, בע' 493.

49 עניין א.ש.ר., לעיל הערה 42.

50 בד"א 15/70 הועד המחוזי תל-אביב נ' עו"ד פלוני, פד"מ א (1975) 16, 23.

חייבים להגיע למסקנה כי לסעיף 61(3) מהחוק אין כל משמעות ותכלית... מעשים ומחדלים כאלה יכולים להיות שונים ומשונים ורבים מאין ספור שעל בתי הדין המשמעתיים ברונם בכל מקרה ומקרה יהיה להחליט לגופם של הדברים אם אכן יש בהם ובנסיבות כפי שברצונו משום מעשים או מחדלים שאינם הולמים את מקצוע עריכת הדין ושכמרוצת הזמן ניתן יהיה על פיהם גם לגבש כללים קבועים ולהכלילם כחלק מהכללים בכללי לשכת עוה"ד (אתיקה מקצועית) המותקנים על פי סעיף 109 לחוק<sup>51</sup>.

גישה זו נראית לנו נכונה, ולאורה יש לדעתנו ליישם את הקונקרטיזציה של "סעיף הסל". בית הדין הארצי הגדיר, כבר למעלה מעשרים שנה, את מטרתו של "סעיף הסל" לשמש מכשיר ליצירתם של כללי אתיקה חדשים, אשר בסופו של דבר ימצאו את עיגונם בסעיפים מפורשים.

באחד מפסקי הדין המשמעתיים אף מצאנו התייחסות לשימוש "האוטומטי" שנעשה בסעיף 61(3) לחוק הלשכה, והדברים שנאמרו יפים להבהרת טענתנו:

"משמצאנו כי המשיב עבר על סעיף 54 לחוק לשכת עורכי-הדין, ממילא עבר גם על סעיף 61(2) (ולא סעיף 61(3)), כפי שנכתב בטעות בכתב הקובלנה"<sup>52</sup> (ההדגשה שלי – א.נ.).

4. מן הכלל אל הפרט – יישום הכללים במקרה עו"ד פלוני כאמור, הועמד עו"ד פלוני לדין על עברה לפי כלל 22 לכללי האתיקה ועל עברות לפי סעיפים 53, 61(1) ו-61(3) לחוק הלשכה. עו"ד פלוני זוכה מכל אשמה לפי כלל 22, אך הורשע ביתר העברות. אנו טוענים כי כאן טעה בית הדין, כאשר עשה שימוש ב"סעיף הסל" על מנת להרשיע את עו"ד פלוני בגין התנהגות אחת בלבד, הקלטת עמיתו בלא ידיעתו, זאת בשעה שבגין אותה התנהגות ממש, זוכה עו"ד פלוני מן האשמה בעברה הספציפית לפי כלל 22 לכללי האתיקה. בית הדין שדן בעניינו של פלוני מצא, ובצדק, כי יסודותיה של העברה הספציפית לפי כלל 22 לכללי האתיקה לא נתקיימו, והואיל וכוונת המחוקק הייתה להחילה אך ורק ביחסים המקצועיים שבין עורכי דין. ואולם, מאחר שדעתו של בית הדין לא הייתה נוחה ממעשהו של עו"ד פלוני, החליט להרשיעו ב"סעיף סל". בעשותו כן, ערך בית הדין מעין "מקצה

51 ר' גם על"ע 17/79 הורעד המחוזי של לשכת עורכי-הדין ת"א-יפו נ' עו"ד פלוני, פ"ד לד(3) 661-660 (להלן: על"א 17/79).

52 בד"א 35/88 ועד מחוז ירושלים של לשכת עורכי-הדין נ' עו"ד פלוני, פד"מ ז(2) (תש"ן) 82, 86.

הפעלת "סעיפי סל" במקום שבו קיימת עברה ספיציפית בדין המשמעתי של עורכי הדין

שיפורים" והגדיר מחדש את העברה לפי כלל 22 לכללי האתיקה. אם ננסה לדמיין את ה"תיקון" שיצר בית הדין, נוכל לקבל נוסח דומה לנוסח הבא:

"הקליט עורך דין שיחה עם עורך דין אחר, שלא בידיעתו, וזאת לצורך עשיית שימוש בהקלטה כראיה בסכסוך אזרחי ששווי מ-600 ש"ח ומטה – יראו את עורך הדין, בכל מקרה ובכל נסיבה, כמי שעבר עברה לפי סעיפים 53 ו-61(3) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961".

בית הדין המשמעתי הארצי כבר קבע כי תכליתו של סעיף 61(3) היא להוסיף איסורים חדשים, ולא לפרש איסורים, במקום שאלה כבר קיימים<sup>53</sup>. לטעמנו, עושה בית הדין בפרשת עו"ד פלוני בדיוק את ההפך, ומרחיב את סמכותו שלו, יתר על המידה. העברה שבה הרשיע בית הדין הנכבד את עו"ד פלוני אינה נסמכת על יסודות עובדתיים חדשים או נוספים, מעבר לאלה אשר נטענו על ידי הקובל בנוגע לעברה לפי כלל 22 לכללי האתיקה. ההתנהגות היא אותה התנהגות, המעשה הוא אותו מעשה וגם היסוד הנפשי הוא אותו יסוד נפשי. בית הדין קובע, עם זאת, את שווי הסכסוך כמרכיב חדש, אשר לא בא זכרו בגדרו של כלל 22, וזאת לצורך הרחבת תחולתו של הכלל גם למקרים שלהם הוא לא נועד מלכתחילה. במאמר מוסגר נציין, כי גם המרכיב החדש אותו מוסיף בית הדין הוא בלתי סביר. מדוע דווקא סכום של שש מאות שקלים? מדוע לא אלף שקלים? האם באמת ניתן להגדיר "התנהגות בלתי הולמת" של עורך דין על פי שווי הסכסוך?

באחד מפסקי הדין, כתב הנשיא שמגר:

"לא נתחוויר לנו מהו הדין בו הוטלה חובה [על עורך הדין הנאשם] כאמור שם, וממילא גם לא ניתן יהיה על כן ליישם את האמור בכלל 9 [לכללי האתיקה] לנסיבותיו של המקרה שלפנינו. לאור האמור לעיל גם מובן מדוע לא ציינה הקובלנה סעיף מפורש של כללי לשכת עורכי הדין, אלא נשענה על הוראותיה הכלליות של סעיף 61(3) הבא להוסיף על כללי האתיקה המפורשים שנקבעו על פי סעיף 109 לחוק. על בית-הדין המשמעתי היה איפוא לבחון אם קיימת נורמה כללית כלשהי המחייבת עורך-דין להציג עצמו על-פי מקצועו בנסיבות כגון אלה שתוארו לעיל, ואם מחדל בתחום זה עולה כדי התנהגות בלתי הולמת"<sup>54</sup>.

53 בר"א 34/75, לעיל הערה 26.

54 על"ע 17/79, לעיל הערה 51, בע' 661-662. בפרשה זו הורשע הנאשם בעברה לפי סעיף 61(3) לחוק הלשכה בכך שלא הציג עצמו כעורך דין כאשר טיפל בעניין שיש לו השלכה ישירה להליך משפטי צפוי.

אכן, פרשנותו הנכונה של סעיף 61(3) לחוק הלשכה היא, כי סעיף זה משמש כמקור משלים במקרים שבהם אין הגדרה מפורשת של עברת משמעת, המתייחסת למעשיו או למחדלו של עו"ד פלוני ולא כסעיף מרחיב המאפשר לבתי הדין לערוך "מקצי שיפורים" במקרים שבהם לא מתקיימים יסודותיה של עברה ספציפית, או במקרים שבהם מורשע עו"ד פלוני בעברה כזו, אך משום מה מחליטים "להחמיר עמו" על ידי הרשעתו גם ב"סעיף הסל".

ייתכן כי יש דופי בהתנהגותו של עו"ד פלוני בפרשת פלוני<sup>55</sup>, ואולם בית הדין הכריע, מפורשות, כי התנהגות זו אינה נכנסת לגדר העברה הספציפית שהותקנה לטיפול במעשה מסוג זה. על כן, להערכתנו, לא היה בית הדין מוסמך להרחיב את תחולתו של אותו כלל, באמצעות שימוש ב"סעיף הסל", אשר אינו יכול לתול על התנהגותו של עו"ד פלוני במקרה זה.

נספח – דוגמאות מהעשור האחרון להעמדת עורכי דין לדין משמעתי בעברות לפי "סעיף הסל" ובעברות ספציפיות

פסק הדין	ההתנהגות בגינה הועמד הנאשם לדין משמעתי	"סעיף הסל" בו הורשע הנאשם	סעיף ספציפי בו הורשע הנאשם כגין אותו מעשה (או סדרת מעשים)
בד"מ (ת"א) 102/87 הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בת"א נ' עו"ד פלוני, פדי"מ ז(1) 10	הגשת הסכם פשרה שנערך ישירות בין הצדדים לאישור בית משפט, מבלי להעבירו קודם לכן לעיון בא כוח הצד שכנגד.	סעיף 61(3) לחוק	כלל 37 לכללי האתיקה משנת תשכ"ו* (יחס חברי לחבר למקצוע).
בד"א 64/86 עו"ד פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בת"א-יפו, פדי"מ ז(1) 15	התנהגות חסרת נימוס וכבוד בבית הדין הרבני, סירוב לחבוש כיפה בעת הופעה בבית הדין, וכחנות אידיאולוגית והתרסה בבית הדין.	סעיף 61(3) לחוק וסעיף 53 לחוק	כלל 2 לכללי האתיקה (כבוד בית משפט וייצוג לקוח בנאמנות ובמסירות) וסעיף 54 לחוק (עורך דין יעזור לבית המשפט לעשות משפט).
בד"א 19/88 עו"ד פלוני נ' לשכת עורכי הדין, פדי"מ ז(1) 32	פנייה לשופט בדברים מחוץ לאולם בית המשפט בעניין תיק המתנהל אצלו, דיבור בלשון גסה.	סעיף 61(3) לחוק	
בד"א 39/87 פרידמן נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין ת"א-יפו, פדי"מ ז(1) 46	העלמת מידע מרכזי קרקעות בשומרון והצגת מצגי שוא, חתימה על חוזים בשם גוף פיקטיבי, חתימה על חוזים שאין אפשרות חוקית לקיימם.	סעיף 61(3) לחוק	סעיף 53 לחוק (שמירה על כבוד המקצוע).

\* כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשכ"ו-1966.

	סעיף 61(3) לחוק	העלבת חבר למצווע.	על"ע 9/89 עו"ד פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בבאר שבע, פ"ד מד(1) 705
סעיף 55 לחוק וכללים 15 ו-16 לכללי האתיקה משנת תשכ"ו* (איסור פרסומת) – עורכת הדין זוכתה בבית המשפט העליון מן ההאשמות נגדה.	סעיף 53 לחוק	פרסומת אסורה – מתן ריאיון עיתונאי שהוא בבחינת פרסומת.	בד"מ (ת"א) 112/87 הועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין בת"א-יפו נ' עו"ד פלוני, פדי"מ ז(2) 74
כלל 2 לכללי האתיקה (חובת הנאמנות והמסירות של עורך הדין כלפי לקוחו).	סעיף 61(3) לחוק	חוסר ידע משפטי, טיפול בעניין שעורך הדין אינו בקי בו, תוך הסבת נזק ללקוח.	על"ע 2/87 סלומון נ' לשכת עורכי הדין בת"א, פד"מ ז(2) 112
כלל 2 לכללי האתיקה (חובת הנאמנות והמסירות של עורך הדין כלפי לקוחו).	סעיף 61(3) לחוק	מחדל בהשבה לפניות הלשכה, סירוב לטפל במימוש פסק דין עבור הלקוח.	בד"מ (ת"א) 230/82 ועד מחוזי של לשכת עוה"ד בת"א-יפו נ' עו"ד פלוני, פדי"מ ז(3) 119
כלל 4 לכללי האתיקה (ייחוד משרדו של עורך הדין לעבודתו המשפטית בלבד).	סעיף 61(3) לחוק	הפעלת משרד עורך דין במשרד תיווך דירות.	בד"א (ת"א) 55/88 הועד המחוזי של לשכת עוה"ד מחוז ירושלים נ' עו"ד פלוני, פדי"מ ז(3) 138
	סעיף 61(3) לחוק	אי-מתן תשובה לפניות הלשכה במסגרת הליך משמעותי.	בד"א 17/90 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' עו"ד פלוני, פדי"מ ז(4) 231

<p>כלל 24 לכללי האתיקה (איסור איומים על הצד שכנגד) וסעיף 53 לחוק.</p>	<p>סעיף 61(3) לחוק</p>	<p>איום בפנייה למשטרה במסגרת מכתב התראה.</p>	<p>בד"מ (ת"א) 138/92 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' עו"ד פלוני, פדי"מ (תשנ"ד) (1) 56</p>
<p>כלל 24 לכללי האתיקה (איסור איומים על הצד שכנגד) וסעיף 53 לחוק.</p>	<p>סעיף 61(3) לחוק</p>	<p>איום בפנייה למשטרה במסגרת מכתב התראה.</p>	<p>בד"מ (ת"א) 128/91 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' עו"ד פלונית, פדי"מ (תשנ"ד) (3) 128</p>
<p>כלל 26 לכללי האתיקה משנת תשכ"ו* (איסור על ניגוד עניינים) וסעיף 53 לחוק.</p>	<p>סעיף 61(3) לחוק</p>	<p>ניגוד אינטרסים בייצוג צדדים.</p>	<p>בד"א 11/91 עו"ד פלוני נ' לשכת עורכי הדין בישראל – ועד מחוז תל-אביב-יפו, פדי"מ (תשנ"ה) (1) 24</p>