"בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה היא להיות, שהוא יהא מיוצג ע"י מי שיודע רזי התורה ומדבר לשון הסתר. הוראות החוק בדבר מינוי סניגורים על־ידי בית־המשפט, ופעילות הלשכות למתן סעד משפטי, הרי הן רק בבחינת ראשית אתחלתא דגאולה"[1].

# הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי בעקבות רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן[2]

יורם רבין*

## מבוא

כל המצוי בעולם המשפט הישראלי יודע, כי בשנים האחרונות, בהתאם לרוח התקופה המנשבת, משתרעים פסקי דיניו החשובים של בית המשפט העליון על פני עשרות רבות של עמודים. דווקא בעת זו מפתיע 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 הדין, בשל הכלול בו ובשל שאינו כלול בו, את הסוגיה החוקתית החשובה של "הזכות לייצוג וסיוע משפטי" (להלן: "הזכות לייצוג") בהליך האזרחי.

לרשימה זו מספר חלקים. בחלקה הראשון של הרשימה יוצג פסק הדין בעניין בן שושן, אשר בו דן בית המשפט העליון, לראשונה, בזכות לייצוג בהליך אזרחי כזכות חוקתית. זכות זו הנה "זכות בלתי מנויה" (זכות אשר איננה קבועה במפורש) בחוק־היסוד המרכזי העוסק בזכויות האדם, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובהקשר שלה לא נערך עד כה כל דיון.

* מרצה וחבר סגל ההוראה הקבוע בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. הריני מבקש להודות לעוזרת המחקר המסורה איריס אלקוצר, תלמידת השנה הרביעית בבית הספר למשפטים של המכללה למינהל.

1 ח' ה' כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו (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 ייערך דיון קצר בקשר לזכות במשפט המשווה — המשפט האירופי והמשפט האמריקאי. ננסה לבדוק כיצד התפתחה הזכות מתוך הזכות לייצוג 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 בנושא דיני משפחה. שיטות המשפט שאותן נסקור הכירו בזכות לייצוג בהליך האזרחי כזכות חוקתית על־חוקית וזאת גם ללא עיגון מפורש בטקסט החוקתי, ועל כן הן יכולות לשמש מקור השראה לפיתוחו של המשפט הישראלי בכיוון זה.

את החלק השלישי של הרשימה נקדיש למצב בישראל. בחלק זה ננסה להצביע על מספר עניינים: ראשית, נסקור את הזכות לייצוג בהליך האזרחי כפי שהיא קיימת כיום במישור החקיקה הרגילה; שנית, בעקבות פסק הדין בעניין בן שושן ננסה לבסס את זכות הייצוג בהליך אזרחי כזכות חוקתית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסק הדין בעניין בן שושן עוסק לכאורה בדיני משפחה, אך הרציונאל המונח בבסיסו של פסק הדין מאפשר להכיר בזכות חוקתית לייצוג, לא רק בהקשר הצר של דיני משפחה אלא בהקשר הרחב של המשפט האזרחי; שלישית, בהינתן זכות חוקתית לייצוג בהליך אזרחי ננסה לעמוד על היקפה וגבולותיה.

## 1. פרשת בן שושן — העובדות ופסק הדין

חיי הנישואין של בני הזוג בן שושן עלו על שרטון, ומר בן שושן (להלן: "הבעל"), פנה אל בית משפט השלום באילת (בשבתו כבית משפט לענייני משפחה) בבקשה לפירוק שיתוף בדירתם המשותפת. בית המשפט לענייני משפחה נעתר לבקשתו של הבעל והורה לפרק את השיתוף בדירה, ומינה את בא כוח הבעל ככונס נכסים לצורך ביצוע הפירוק. גברת בן שושן (להלן: "האישה"), ערערה על פסק הדין לפני בית המשפט המחוזי בבאר־שבע, אשר מחק את ערעורה. מכאן, כשהיא טוענת לעצמה, פנתה האישה אל בית המשפט העליון בבקשה להרשות לה לערער על פסק הדין. השופט טירקל, אשר דן בבקשה (כאילו ניתנה הרשות והוגש ערעור), מצא לנכון לבטל את פסקי דינם של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט לענייני משפחה, והורה להחזיר את הדיון לבית המשפט לענייני משפחה על מנת שיחזור וידון בפירוק השיתוף בדירת המגורים של בעלי הדין, לאחר שהמבקשת תהיה מיוצגת על ידי עורך דין, וזאת מטעם אחד ויחיד: בהליכים שקדמו לדיון בבית המשפט העליון, לא הייתה האישה מיוצגת על ידי עורך דין, וזאת בניגוד לבעלה אשר זכה לייצוג על ידי עורכת דין שמונתה עבורו מכוח חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב–1972 (להלן: "חוק הסיוע המשפטי"). עובדה זו פגעה באופן קשה בקו הגנתה וביכולתה של האישה להתגונן ועל כך אומר השופט טירקל את הדברים הבאים[3]:

"בבית־המשפט לענייני משפחה וכן בבית המשפט המחוזי חזרה המבקשת

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

וביקשה לדחות את הדיונים לצורך מינוי עורך דין. בסופו של דבר, אחרי פרשות של דחיות שלא הועילו לא נדחו הדיונים עוד, והמבקשת נאלצה לטעון לעצמה. עוד מגלה העיון בפסקי־הדין, בפרוטוקולים ובפניות שונות של המבקשת, המצויות בתיקי הערכאות הקודמות, כי לא הובאו לפניהן במהלך הדיונים כל הטענות שהיו בפי המבקשת וכן טענות נוספות שעורך דין הבקיא במחלוקות כגון דא היה מן הסתם משכיל לטעון. יתר־על־כן, הדברים שטענה בעצמה היו, כלשון בית־המשפט המחוזי, 'גיבוב של דברים מבולבלים'".

למעשה, אף כי לא באופן מפורש, מבסס השופט טירקל את פסק דינו על שתי קביעות: האחת, ישנן נסיבות בהן ייתכן שקמה לאדם בהליך אזרחי זכות חוקתית לייצוג על חשבון המדינה[4]:

"חברי הנכבד, המשנה לנשיא ש' לוין, העיר בעניין זכות הייצוג לאור הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי 'שאלה שיהיה צורך לבחון אותה בעתיד, לאור הוראות חוק היסוד... אם אין זה מן הראוי, לאור הוראת חוק היסוד, לקבוע את סמכותו של בית־המשפט למנות עורך־דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החרות'".

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

"רואה אני חובה לעצמי לעמוד על עניין נוסף. הליכים בענייני משפחה הם בעיני 'דיני נפשות' ממש; אם לא כפשוטו, הרי כמשמעו... בישראל הכיר המחוקק בזכותו של נאשם להיות מיוצג על־ידי עורך־דין במקרים מסוימים ובהליכים מסוימים. לדעתי יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל־דין בסכסוך בענייני משפחה להיות מיוצג. בעקבות ההכרה באופיים המיוחד של הליכים אלה, ועקב הצורך להעניק סיוע מיוחד למתדיינים כאלה, נקבעו בין היתר, הוראות סעיף 5 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995, בדבר הקמת יחידת סיוע בבית המשפט לענייני משפחה. יש לתת את הדעת על כך שמקרים רבים חיוני הסיוע המשפטי לא פחות מסיוע אחר... כך או כך, בטרם יאמר המחוקק את דברו, סבורני שעל בתי־המשפט לייחס משקל רב יותר מבעבר 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 לסיוע משפטי בהליך אזרחי כזכות

4 שם, בע' 378.
5 שם, בע' 378–379.

חוקתית? מהו הבסיס החוקתי להענקת סיוע משפטי בהליך אזרחי על חשבון המדינה ומה היקפה של הזכות?

## 2. הזכות לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי — המשפט המשווה

הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי הנה נושא אשר נדון כבר בעבר בשיטות משפט זרות[6]. במשפט המשווה, בדרך כלל, התפתחה זכות הייצוג תחילה כזכות בהליך הפלילי ורק לאחר מכן כזכות בהליך האזרחי[7]. מאפיין נוסף של ההתפתחות הנזכרת לעיל הנה העובדה המעניינת, כי גם בשיטות שונות במשפט המשווה, אשר לכאורה אינן קשורות האחת עם רעותה, החלה ההתפתחות של הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי מפסקי דין אשר עסקו בדיני משפחה[8]. הסקירה שלהלן תתרכז בזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי כזכות חוקתית[9].

6 לסקירה השוואתית מעודכנת של הסיוע המשפטי (בעיקר בחקיקה הרגילה) בארצות: אנגליה, אוסטרליה, מלזיה, יפן, אטליה, צרפת, ברזיל, יוון, ספרד, פורטוגל, הולנד, שוויצריה וגרמניה, ראו את קובץ המאמרים בספר הבא: *Civil Justice In Crises — Comparative Perspective of Civil Procedure* (Oxford, ed. by A.A.S. Zuckerman, 1999). לסקירה נוספת בנושא סיוע משפטי ברחבי העולם ראו: L.G. Trubek & J. Cooper *Education for Justice Around The World* (Aldershot, 1999).

7 קנדה, כך נראה, מצויה עדיין בשלב ראשון של התפתחות ולכן לא נקדיש לה דיון מיוחד. סעיף 10(b) לצ'רטר הקנדי מקנה לנאשם זכות להיוועץ בעורך דין, אך לא מצוינת בו חובה למנות עורך דין לנאשם שאינו מיוצג או להעניק סיוע משפטי לעצור שאינו יכול לשכור שירותיו של עורך דין. לדעתם של מלומדים ניתן לגזור את זכותו של נאשם לסיוע משפטי מהזכות למשפט הוגן, שבסעיף 11 לצ'רטר, ובמקרים מסוימים בית המשפט יהיה חייב למנות לנאשם עורך דין (ראו: ע' גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג [תשנ"ו] 155, 166). ואולם, בפועל זכות חוקתית לחייב את המדינה לדאוג לסניגור למחוסר אמצעים לא נקבעה (ראו: א' מגן "הזכות לייצוג בפלילים" הפרקליט מד [תשנ"ט] 243, 251). מכל מקום, בהקשר לזכות החוקתית לייצוג ולסיוע משפטי בהליך אזרחי לא נמצאה במשפט החוקתי הקנדי, עד כה, כל התייחסות.

8 כהמשך ישיר לעניין בן שושן מתרכזת הסקירה ההשוואתית בפסקי דין אשר עסקו בדיני משפחה.

9 מדינה נוספת, אשר קבעה את הזכות לייצוג וסיוע משפטי בחוקתה, ואשר בה לא נעסוק, היא איטליה. סעיף 24 לחוקתה 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".

על הזכות לייצוג באיטליה ראו: 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 והחירויות המוגדרות באופן מפורש באמנה האירופית לזכויות האדם, הוכרה במשפט האירופי בפסק הדין המפורסם בעניין *Golder*[10], כנגזרת של סעיף 6(I) לאמנה המבטיח את הזכות למשפט הוגן. בעניין *Airey*[11] צעד בית הדין האירופי צעד נוסף בהרחיבו את זכות הגישה לערכאות לעבר הזכות לייצוג וסיוע משפטי. העותרת, גברת Airey מאירלנד, אישה נשואה ואם לארבעה ילדים, הייתה מעוניינת לפנות אל בית המשפט בכדי לקבל צו פירוד מבעלה, לאחר שזה סירב לחתום על המסמכים הדרושים לצורך הפירוד. עקב הכנסתה הדלה, דמי אבטלה וסכום של עשרים לירות סטרלינג לשבוע אותן קיבלה מבעלה, וכן עקב הוצאותיה המרובות על בני משפחתה, לא יכולה הייתה העותרת לשכור כל שירותים משפטיים ולא היה באפשרותה להמשיך בהצלחה בהליך המשפטי האמור ללא עזרה וייעוץ משפטי מקצועי מטעם עורך דין. באותה העת לא היה באירלנד כל הסדר חוקי לסיוע כלכלי לנזקקים בתביעות אזרחיות. בנסיבות אלו, פנתה העותרת בתלונה לנציבות האירופית לזכויות אדם בטענה, כי אי־יכולתה, במצבה הנוכחי, להשיג צו פירוד מבעלה נגרמה עקב כך שאירלנד הפרה את זכויותיה מכוח האמנה ולרבות את זכות הגישה לערכאות מכוח סעיף 6(I) שבה. הנציבות האירופית לזכויות האדם, בקבלה את עמדת העותרת, קבעה כדלקמן[12]:

"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 הנציבות את דעתה, כי סיוע כלכלי איננו צריך להינתן באופן אוטומטי וכי מכל מקום הוא אינו הדרך היחידה, או בהכרח הרצויה, לפתרון הבעיה של "חוסר גישה" אל הערכאות השיפוטיות. אשר על כן, מצביעה הנציבות על דרכים נוספות[13]:

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

10 *Golder v. U.K.* 15 E.C.H.R. A, 86 (1975) (להלן: עניין *Golder* או *Golder* case).

11 *Airey v. Ireland* 2 E.H.R.R. 305 (1979) (להלן: עניין *Airey* או *Airey* case). על זכות הגישה לערכאות מכוח האמנה האירופית לזכויות האדם, ובמיוחד בהקשר לעניין *Airey* ראו: 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 Whyte, *ibid*, אשר מפנה לדו"ח הנציבות, שאומץ ביום 9 למרס 1977, סעיף 77. הדו"ח התבסס במידה רבה על *Golder* case, *supra* note 10.

13 Whyte, *ibid*, אשר מפנה לדו"ח הנציבות שם, בסעיף 80.

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 complaint 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".

ואולם, הצדדים לא הצליחו לפתור את המחלוקת בדרכי פשרה, והמקרה, הובא לדיון בפני בית הדין האירופי לזכויות אדם. בית הדין נדרש בין היתר לטענת אירלנד, שגברת Airey נהנתה מזכות הגישה לבית המשפט (בית המשפט הגבוה — High Court — באירלנד), שכן יכלה לייצג עצמה ולהופיע בפני בית המשפט ללא עזרתו של עורך דין. בתגובה לטענה זו, קבע בית הדין כדלקמן[14]:

"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 trail".

בית הדין מונה בפסק דינו מספר מרכיבים עובדתיים, אשר הובילו למסקנה כי זכות הגישה לערכאות של העותרת קופחה, על אף שלכאורה יכלה לייצג עצמה בפני הערכאות:

1) המקרה מחייב נקיטת סדרי דין סבוכים בפני בית המשפט הגבוה של אירלנד.
2) המקרה מחייב התייחסות למספר סוגיות משפטיות מהותיות סבוכות.
3) המקרה מחייב הוכחתן של עובדות שנויות במחלוקת הקשורות לניאוף והתעללות, הדורשות קריאתם של מספר עדים לדוכן וחקירתם.
4) ההליך כרוך במעורבות רגשית גבוהה מצד הצדדים לדיון וייצוג עצמי מצד גברת Airey אינו עולה בקנה אחד עם האובייקטיביות שתידרש בניהול הדיון בבית המשפט.

בית הדין ממשיך וקובע, כי הבטחת זכות אפקטיבית לגישה לערכאות אינה מחייבת בכל המקרים מתן סיוע משפטי, ופעמים ייצוג עצמי של אדם בפני הערכאות לא יעלה כדי הפרה של סעיף 6(I) לאמנה, ואולם במקרים אחרים, כאשר המדובר בהליכים סבוכים, הן בשאלת הפרוצדורה והן בשאלת המהות, לא תצא המדינה ידי חובתה אלא אם כן תנקוט מעשה אקטיבי מצדה ותדאג לזכות המשמעותית והאפקטיבית של "גישה לערכאות" על ידי מינוי עורך דין על חשבונה לטובת הנזקק, או על ידי מתן מימון כספי על חשבון קופת המדינה לצורך סיוע משפטי כאמור. סעיף 6(I) לאמנה יחייב מתן עזרה מצד המדינה[15]:

14 *Airey* case, *supra* note 11, at p. 316.
15 *Ibid*, at p. 317.

"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 הפרה את האמנה בנקודה זו. כתגובה לפסיקתו של בית הדין בעניין *Airey* נחלצה ממשלת אירלנד לבצע מספר רפורמות בחוק, וקבעה מספר מסגרות חדשות של סיוע משפטי בתחום האזרחי[16]. מקרה נוסף כעניין *Airey*, הדן בסיוע משפטי אזרחי, לא נדון באופן ישיר וחזיתי בבית הדין האירופי מאז אותה פרשה. עם זאת, מספר מקרים דומים המערבים תוכניות לסיוע משפטי נדונו בפני הנציבות האירופית לזכויות אדם, אשר מחוות דעתה, הנשענת על עניין *Airey*, ניתן לסכם את גישתה הכוללת[17]:

1) בתנאים מסוימים, כמו למשל אלה שהתקיימו בעניין *Airey*, ניתן לכפות על מדינה מתן סיוע משפטי לנזקקים. בנוסף, ניתן לבדוק, לצורך ההחלטה במתן הסיוע, את סיכויי ההצלחה של ההליך.

2) עיקרון שחזור ונשנה בדו"חות הנציבות הוא, כי מתן סיוע משפטי אינו נדרש בכל מקרה. מקום שההליכים אינם סבוכים, אי־מתן סיוע כאמור לא יעלה כדי הפרת סעיף 6(I) לאמנה.

3) מדו"חות הנציבות עולה בנוסף, כי תביעות של לשון הרע אינן חייבות 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 התיקון השישי לחוקה, המורה כי הנאשם בהליך פלילי יהיה זכאי לסניגור, הזכות לסניגור לנאשם חסר אמצעים, לפחות בעבירות פשע, הנה מוחלטת הן בבתי המשפט המדינתיים והן בבתי המשפט הפדרליים[18]. בית

16 כגון: "Scheme of Civil Legal Aid and Advice" על הרפורמות באירלנד והקמת מסגרות לסיוע משפטי ראו: Whyte, *supra* note 11; Cousins, *supra* note 11.

17 ראו בספרו של D.J. Harris *Law of the European Convention on Human rights* (London, 1995) אשר מפנה לפסיקה 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 הנציבות האירופית וסמכויותיה הועברו ישירות לבית הדין האירופי לזכויות האדם.

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

המשפט פסק, כי התיקון השישי לחוקה הנוגע למינוי סניגור חל גם על המדינות השונות (ולא רק במישור הפדרלי) וזאת מכוח התיקון הארבע־עשר לחוקה המעגן את הזכות להליך ראוי (Due Process). בראשית שנות השבעים ניצב בית המשפט העליון בארצות־הברית, בפני השאלה, האם רצוי להרחיב את הזכויות הדיוניות של הנאשם בפלילים מן השדה הפלילי אל עבר שדה המשפט האזרחי[19]. והנה, גם בארצות־הברית נפרצה הדרך אל המשפט האזרחי בפרשה הנוגעת לדיני משפחה. פסק הדין בעניין *Boddie*[20] עסק בנזקק סעד, אשר נמנע ממנו להגיש תביעת גירושין מהטעם שלא היה באפשרותו לשלם את אגרת בית המשפט במדינת קונטיקט, בסך של שישים דולר ואשר היוותה תנאי לפתיחת ההליך. טענתו של העותר בבית המשפט העליון הפדרלי הייתה, כי המחסום הכספי להגשת התביעה הנו "לא חוקתי" מהטעם שהנו מגביל 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 תם לב, אשר נמנע ממנו להגיש תביעת גירושין, שכן לא יכל לעמוד בתשלום האגרה הנדרשת. נקבע, כי החוק המטיל את האגרה הנו "לא חוקתי". את ההלכה העולה מפסק הדין ניתן לסכם כך:

1) פסיקה קודמת של בית המשפט העליון הפדרלי קבעה, כי בני האדם אשר אולצו להתדיין בקשר לזכויותיהם וחובותיהם במערכת בתי המשפט, זכאים להזדמנות מהותית לטעון טענותיהם ולהישמע[22].

2) העיקרון הגורס, כי לאדם עומדת הזכות להישמע מקום שאולץ להתדיין בקשר לזכויותיו וחובותיו במערכת בתי המשפט, נכון בדרך כלל לגבי נתבעים. הטעם הוא שנתבע, בניגוד לתובע, נמצא בדרך כלל בעמדה שבה ניתן לגרור אותו או לאלץ אותו להתדיין בבית המשפט. ואולם בעניין *Boddie* ניתן לראות את העותר מגיש התובענה כמו "נתבע", שכן ללא הגשת תביעת הגירושין לא יכול היה העותר להתיר את קשר הנישואין.

3) את הסעד המבוקש על ידי העותר, שינוי של סטטוס הנישואין, לא ניתן להשיג בכל דרך אחרת פרט לפנייה להליך גירושין בבית המשפט. הסעד מערב אינטרסים בעלי חשיבות עליונה בחברה האמריקאית אשר הוכרו בעבר כעקרונות

אם מדובר במאסר קצר. על זכות הייצוג החוקתית בהליך הפלילי בארצות־הברית ראו: ק' מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקאי ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 557.

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

20 *Boddie v. Connecticut* 401 U.S. 371 (1971) (להלן: עניין *Boddie* או *Boddie* Case) וכן ראו: 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 הגדרת המונח הליך משפטי נאות במשפט החוקתי האמריקאי ראו: *Goldberg v. Kelly* 90 S.Ct. 1011, 397 U.S. 254 (1970).

22 "Must be given a meaningful opportunity to be heard" *Boddie* case, *supra* note 20.

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 מקפח זכות מוגנת של פרט, על אף כי תקפותו הכללית של החוק יכולה להיות בלתי שנויה במחלוקת. בענייננו הספציפי של העותר, דרישת האגרה, שהנה תקינה על פניה, מקפחת את זכותו של העותר ל-*Due Process* שכן סותמת את הגולל על הזדמנותו של העותר להישמע[24].

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

לתוצאה זו הצטרפו שופטי הרוב Douglas ו-Brennan. השופט Brennan, כמו השופט Harlan, סבר כי את התוצאה יש לבסס על עקרון ה-Due Processdue, ואולם השופט Douglas סבר שיש לבסס את ההחלטה דווקא על עקרון השוויון (Equal Protection) כפי שעלה מפסקי הדין הפליליים בנושא זכות הגישה ופסקי הדין שבאו בעקבותיו. כנגד דעת הרוב ניצבה דעת המיעוט היחידה של השופט Black אשר סבר, כי אין להעתיק את העקרונות אשר יושמו במשפט הפלילי אל שדה משפט אחר ושונה כמשפט האזרחי. לאחר עניין *Boddie* ניתן היה להבין, כי הזכות החוקתית של הגישה לערכאות הורחבה מן המשפט הפלילי, אל שדה המשפט האזרחי[25]. כך גם הבינו את פני הדברים בתי המשפט דלמטה[26]. ואולם, כאשר הגיע הנושא בשנית אל בית המשפט העליון (ולאחר מכן גם בשלישית) צומצמה ההלכה ונותרה הלכה מיוחדת[27].

פסק דין מאוחר יותר הנוגע אף הוא לדיני המשפחה, ואשר בו נתקבלה פעם נוספת הטענה של זכות לסיוע משפטי בהליך אזרחי הנו *Little v. Streater*[28]. בפרשה זו מצא עצמו העותר מעורב בתביעת אבהות ונדרש, כצד משתתף ומתדיין בהליך, מכוח חוק המדינה, לעבור בדיקת אבהות ולשלם עבורה. בית המשפט העליון קבע (פה אחד), מפי כבוד השופט Burger, כי החוק המחייב מתדיין חסר אמצעים לשאת בעלות הבדיקה, הנו חוק המפר את הליך ה-Due Process החוקתי. פסק הדין, שניתן בהתבסס על הלכת *Boddie* ותוך אבחונן של ההלכות הקודמות בהן נדחו בקשות מסוג זה, קבע כדלקמן:

23 *Ibid*, at p. 376.

24 *Ibid*, at p. 379.

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

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

27 ראו: *U.S. v. Kras* 409 U.S. 434 (1973), שם נדחתה בקשתו של העותר לפטור מאגרת בית משפט והוצאות ההליך של בקשה וולונטרית לסילוק חובות בפשיטת רגל. וכן: *Ortwein v. Schwab* 410 U.S. 656 (1973), שם נדחתה בקשה לפטור מאגרת ערעור של נזקק סעד, אשר היה מעוניין להגיש ערעור על החלטת בית המשפט לערעורים במדינת אורגון.

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

1) המדובר בהליך "מעין פלילי" באופיו (Quasi Criminal) על אף שהוגדר כהליך אזרחי במדינת קונטיקט שם נדונה הפרשה. לבדיקת האבהות ישנו אופי של "ראיה מזכה" ומעורבותה של המדינה בהליך היא בולטת ומכריעה.

2) המתגונן חסר האמצעים המתמודד גם כנגד המדינה בהליך המשפטי, והמחויב למעשה להוכיח את אי־אבהותו, הנו משולל זכות להישמע, אם אין באפשרותו לשאת בעלויות הבדיקה, וזאת בדומה לעותר בעניין *Boddie*.

3) לנתבע אין כל אלטרנטיבה לפורום התדיינות חלופי והאינטרס שלו, כמו גם זה של הילד נשוא סכסוך האבהות, הנו בעל אופי חוקתי. אשר על כן נקבע, כי המדינה תישא בעלויות בדיקת האבהות.

ג. **סיכום המשפט המשווה** — מסקירת הסוגיה של הזכות החוקתית לסיוע משפטי ולייצוג בהליכים אזרחיים בשתי שיטות משפט זרות ניתן לסכם כך:

1) בפסקי הדין הזרים שנסקרו הכירו בתי המשפט בנסיבות מסוימות, בזכותו החוקתית של מתדיין חסר אמצעים לסיוע משפטי וייצוג על חשבון המדינה בהליך אזרחי (להלן: "הזכות").

2) הזכות החוקתית לייצוג וסיוע משפטי לא נקבעה במפורש על ידי המחוקק, אך בתי המשפט הסיקו את קיומה של הזכות גם ללא עיגון מפורש בטקסט החוקתי.

3) את הזכות לייצוג ניתן לגזור בכמה דרכים. בית הדין האירופי לזכויות האדם גזר את הזכות לייצוג מזכות הגישה לערכאות. בית המשפט בארצות־הברית גזר את הזכות לייצוג מהזכות להליך ראוי או הזכות החוקתית לשוויון שבתיקון הארבעה־עשר לחוקה.

4) האינטרס והזכות להתדיין בענייני משפחה (ענייני נישואין, גירושין, אבהות וכדומה) הנם בעלי אופי חוקתי מובהק המצדיקים, בנסיבות מסוימות, מתן זכות חוקתית לסיוע משפטי או זכות ייצוג לחסרי אמצעים.

5) בתי המשפט לא הגבילו את הזכות החוקתית לייצוג וסיוע משפטי דווקא להליכים הנוגעים לענייני משפחה, אך נמנעו מלקבוע גבולות מדויקים למקרים עתידיים בהן קמה לפרט זכות זו.

### 3. הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי — המשפט הישראלי

א. **הזכות לייצוג על ידי עורך דין** — זכותו של הפרט להיות מיוצג בפני כל רשויות המדינה, הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים, קבועה בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א–1961 הקובע:

> "אדם שייפה כוחו של עורך־דין זכאי להיות מיוצג על ידיו בפני כל רשויות המדינה, רשויות מקומיות וגופים ואנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין".

כבר לפני שנים רבות נקבע, כי זכותו של אדם לייצוג על ידי עורך דין הנה זכות יסוד אשר יש לראות בה את אחד מכללי הצדק הטבעי[29]. הזכות של הפרט לייצוג על ידי עורך דין הנה זכות דיונית מוכרת הנובעת מההכרה, כי הייצוג למול רשויות המדינה הנה פעמים מלאכה סבוכה אשר אין הפרט יכול לעשותה כראוי. עורך דין שהוכשר לכך, שיודע דת ודין, ושמלאכתו בכך, מוכשר יותר להגן על האינטרסים של שולחו מאשר הוא עצמו. לכן, ישנם הליכים משפטיים סבוכים שבהם ללא ייצוג הולם על ידי עורך דין, לא יוכל אדם להביא את עניינו בפני הערכאות באופן הולם.

עם זאת, אין מדובר בזכות מוחלטת אלא יחסית ויש שהיא נשללת מאדם בשל נסיבות מיוחדות או מכוח הוראת חוק. כך למשל נשללה זכותו של חבר כנסת לייצוג על ידי עורך דין בדיוני מליאת הכנסת שנגעו להליכי הסרת חסינותו[30]. דוגמא נוספת הנה ההוראה הקבועה בסעיף 63 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד–1984, הקובעת, כי ייצוג בעל דין בבית משפט לתביעות קטנות על ידי עורך דין יהיה רק ברשות בית המשפט ומטעמים מיוחדים שירשמו.

**ב. הזכות לסיוע משפטי וייצוג על חשבונה של המדינה — מהי חשיבותו של הייצוג והסיוע המשפטי בהליך האזרחי?** כפי שראינו, במדינת הסעד המודרנית חדרה ההכרה, כי בזכות הייצוג לבדה אין די[31]. החירות לשכור את שירותיו של עורך דין אינה מסייעת לאדם אשר אין ידו משגת לשלם את העלויות הכלכליות הכבדות עבור שירותים משפטיים[32]:

> "בתי המשפט הוקמו אמנם על חשבון המדינה ולהלכה פתוחים הם לכל אזרח ואזרח, אולם הגישה אליהם כרוכה בדרך כלל בהוצאה כספית. ראשית, עבור כל הליך משפטי יש לשלם מס לבית המשפט; ושנית, וזה העיקר, יש לשלם שכ"ט לעו"ד עבור ייצוגו של האזרח בבית המשפט או עבור שירותו לאזרח מחוץ לביהמ"ש בדרך של ייעוץ והדרכה משפטית. נשאלת אפוא השאלה מה יעשה אותו אזרח אשר אין לו האמצעים הכספיים הדרושים לכך. לגבי דידו אין כל משמעות מעשית ותועלתית לעיקרון זה של שוויון, הקיים בעיני החוק, בינו ובין מתנגדו החזק והעשיר, אם אין מי אשר ייצג או ידריך אותו בדבר זכויותיו המשפטיות, או כאשר אין בידו לשלם את מסי בית־המשפט".

29 ראו: בג"צ 515/74 פלוני נ' מפקד המשטרה הצבאית החוקרת, פ"ד כט(2) 169, 171; ע"א 44/57 "אגד" (א.ש.ד) בע"מ נ' ספיר, פ"ד יב 739, 751.

30 בג"צ 1843/93 פנחסי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 717 ואילך.

31 על ההתעוררות של המודעות המשפטית והחברתית לבעיית הגישה לערכאות של מיעוטי היכולת והרפורמות שננקטו במדינות שונות לצורך הפיכתו של המשפט לנגיש, עממי, זול ופשוט, ראו: י' רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (1997) 37 ואילך.

32 א' סלנט "העני והעשיר בעיני החוק" הפרקליט יז (תשכ"א) 313.

לגבי סיוע משפטי במישור האזרחי אין בנמצא מחקרים אמפיריים שמהם ניתן ללמוד על האפקטיביות של הייצוג בהליך אזרחי וחשיבותו. מחקרים אמפיריים המוכיחים את חשיבותו של הייצוג ניתן למצוא בישראל לגבי המישור הפלילי בלבד[33]. עם זאת ברור, כי יש ממש בתחושה האינטואיטיבית, שייצוג משפטי הולם וסיוע משפטי לחסרי כול הנו חיוני גם למתדיין בהליך אזרחי.

לעניין הזכות לסיוע משפטי וייצוג על חשבונה של המדינה קיימים בישראל הסדרים נפרדים לענף הפלילי ולענף האזרחי. במישור הפלילי זכאי הפרט לייצוג על חשבונה של המדינה בהתאם לקבוע בחוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו–1995, אשר מכוחו הוקמה סנגוריה ציבורית המעניקה שירותי ייצוג בהתאם לקריטריונים הקבועים בחוק ובתקנות[34]. במישור האזרחי זכאי הפרט לסיוע משפטי מטעם המדינה מכוח חוק הסיוע המשפטי. חוק הסיוע המשפטי, שנחקק שנים רבות לאחר חקיקה מקבילה בארצות מתקדמות אחרות, כגון ארצות־הברית[35]

33 מגן, לעיל הערה 7.

34 הדיון בזכות לייצוג ולסיוע בהליך הפלילי חורג ממסגרת הרשימה. על כך ראו: דו"ח הוועדה לבדיקת הסיוע המשפטי בעניינים פליליים (תשמ"ו–1985); א' הרנון סיוע משפטי בהליכים פליליים הלכה למעשה על רקע השוואתי (תשמ"ג–1983); רבין, לעיל הערה 31, בע' 116–119. יש לציין כי לאחרונה ניכרת מגמה להרחבת זכות הייצוג אך במישור הפלילי בלבד. ראו ב' צ' ציטרין "העליון הורה למשרד המשפטים לגבש תוכנית להרחבת זכות הייצוג לנאשמים" הארץ 21.5.2000, באותו נושא הוגשה עתירה על ידי האגודה לזכויות האזרח ובהחלטה תקדימית הורה בית המשפט העליון למשרד המשפטים לגבש תוכנית להרחבת זכות הייצוג לנאשמים. "הסנגור הציבורי הארצי, פרופ' קנת מן, דיווח לפני מספר חודשים כי נאשמים רבים נשפטים לעונשי מאסר בפועל בלי שניתנה להם הזדמנות להציג את טענותיהם בצורה נאותהו פרופ' מן פנה ליועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, בבקשה שיסייע במציאת פתרון לבעיה". ראו בג"צ 3823/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר המשפטים (טרם פורסם) החלטה מיום 8.5.2000.

35 ניסיונות ראשונים בארצות־הברית לפתור את בעיית הסיוע לנזקקים נעשו עוד בראשית המאה, וניצנים לניסיונות אלו הופיעו עוד במאה הקודמת, אך למעשה, עיקרה של ההתפתחות הנזכרת לעיל התרחשה בסוף שנות החמישים והשישים של המאה הנוכחית. בעקבות מאמצים שונים של גופים וולונטריים חוקק בסוף שנת 1966 ה־Economic Opportunity Act 1966, ובמסגרתו הוקם ה־Office For Economic Opportunity (להלן: "OEO"), שנטל על עצמו לממן מפעלי סיוע משפטי למיניהם, ואשר מומן מכספי הרשות עצמה. המוסדות הנזכרים לעיל היו בנויים באופן שנשלטו על ידי חבר נאמנים מורכב מאנשי ארגון המשפטנים המקומי (בדרך כלל לשכת עורכי הדין), יחד עם נציגי משרד ההזדמנויות ועם נציגות סמלית של הנזקקים לסיוע. הניסיון הכללי של הפעלת מוסדות הסיוע המשפטי במסגרת ה־OEO הוכיח על שיתוף פעולה מוצלח עם ארגוני ה־Bar המקומי והארצי וכן עם בתי הספר למשפטים, אשר שיתפו פעולה באופן נמרץ בהתנדבות בתפקידים שונים ומגוונים. על שיטת הסיוע המשפטי האמריקאי ראו: ש' כהן "הזכות לסעד משפטי" עיוני משפט ד (תשל"ה) 145, 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.
בנוסף יש לציין את פעילות החקיקה מאמצע שנות השמונים אשר הולידה את החוק: The Equal Access to Justice Act (1985) — חוק פדרלי, אשר על פיו ניתן לזכות בהחזר ההוצאות המשפטיות בהליכים מינהליים שונים המוגשים כנגד המדינה (ארצות־הברית).

ואנגליה[36], נועד להעניק "שירות משפטי, לרבות ההוצאות הכרוכות בו... למי שידו אינה משגת לשאת בהן"[37].

ההסדר הישראלי נולד לאחר ביקורת חריפה שנמתחה על מערך הסעד המשפטי המקוים על ידי המדינה ובעקבות ועדה אותה מינה שר המשפטים (בראשות שופט בית המשפט העליון י' קיסטר), אשר בדקה את האמצעים והדרכים לשיפורם של שירותי הסעד המשפטי והיקפם[38]. בעקבות המלצת הוועדה חוקק חוק מסגרת כללי ביותר, חוק הסיוע המשפטי, המסמיך את שר המשפטים להקים לשכות סעד משפטי[39] ולקבוע בתקנות את דרך הפעלתן, את היקף הסעד המשפטי שיתנו ואת התנאים לנתינתו[40]. מכוח סמכותו זו התקין שר המשפטים את תקנות הסיוע המשפטי, תשל"ג–1973 (להלן: "תקנות הסיוע המשפטי"), הקובעות את התנאים המדויקים לקבלת הסיוע המשפטי. גם על הסדר זה נמתחה ביקורת נוקבת על שאינו קובע את הקריטריונים המדויקים בחקיקה הראשית אלא בחקיקת משנה[41].

מטרתו של החוק הנה, לאפשר לאזרחים ו"עסקים זעירים" להגיש תובענות כנגד הרשויות, ללא חשש מההוצאות המשפטיות הכרוכות בניהול ההליך. על כך ראו:
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 ראו: 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 הסיוע המשפטי. על חוק זה באופן כללי ראו: ג' גינת "הצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א–1970" עיוני משפט א (תשל"א) 368.

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

39 לשכות הסיוע המשפטי בארץ היו קיימות בטרם החוק לסיוע משפטי אלא שחוק זה בא לקיימן על בסיס חוקי ברור. ראו בדברי ההסבר לסעיף 1 להצעת חוק הסעד המשפטי, תשל"א–1970 (ה"ח 907, תשל"א 1.11.1970). בחוק הסיוע המשפטי נקבע כי בראש כל לשכת סיוע משפטי יעמוד חבר לשכת עורכי הדין.

40 סעיף 7 לחוק הסיוע 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 לשכות סיוע משפטי.
(2) העניינים שבהם יינתנו שירותים משפטיים.
(3) היקף השירותים המשפטיים לסוגיהם שיינתנו למבקשים, והכללים למתן שירותים אלה.
(4) הנסיבות שבהן רשאי ראש הלשכה להורות שיופסק מתן שירות שהוחל בו, והנסיבות שבהן חייב המקבל שירות משפטי להחזיר הוצאות שהלשכה הוציאה על שירותים שניתנו.
(5) הסדרים למתן שירות משפטי לפי חוק זה בידי עורכי־דין שאינם מעובדי לשכת סיוע משפטי ולתשלום שכר טרחה והוצאות לעורכי דין אלה.
תקנות לעניין פסקאות (1) עד (4) יתקין שר המשפטים בהתייעצות עם שר הארצר, ותקנות לעניין פסקאות (3) ו־(5) בהתייעצות עם לשכת עורכי־הדין".

41 אומר על כך כהן במאמרו, לעיל הערה 35, בע' 166–167:
"באופן מפתיע משאיר החוק דף חלק בכל הנוגע לסוג העניינים והיקף השירותים שיתן מערך הסעד המשפטי. הסמכות לקבוע בעניינים אלו שמורה לשר המשפטים. גישה זו איננה אלא השתקפותה של התפיסה הרואה במתן סיוע משפטי חסד, ולא זכות המוקבלת בחובה מטעם מדינת הסעד לאפשר לאזרחיה 'קו זינוק' משפטי שווה... אמנם החוק איננו מציין במפורש שהסיוע יינתן לנזקקי סעד בלבד, ואף משאיר את הדלת פתוחה להרחבת

עיקרו של ההסדר לקבלת הסיוע הנו כדלקמן: המבקש סיוע משפטי יגיש ללשכת הסיוע המשפטי בקשה בכתב[42] לסיוע בעניינים המסוימים, אשר לגביהם נקבע כי יינתן סיוע משפטי[43]. השירות שיינתן במסגרת הסיוע, הנו יעוץ משפטי ועריכת מסמכים משפטיים, ייצוג בפני בתי משפט, בתי דין ולשכות הוצאה לפועל וכן תשלום ההוצאות הכרוכות במתן השירות, שלדעת ראש הלשכה היה הכרח להוציאן[44].

בגורל הבקשה לסיוע יכריע ראש לשכת הסיוע המשפטי בהתאם לחקירה ודרישה ומבחנים אותם קובעות תקנות הסיוע המשפטי (תקנה 2), ובכפוף להגשת תעודה מטעם לשכת הסעד של רשות מקומית, אשר תשמש ראייה לכאורה, שידו של המבקש אינה משגת לשאת בהוצאות השירות[45]. ראש הלשכה רשאי לדחות את הבקשה לשירות משפטי[46] והחלטה זו ניתנת לערעור בפני בית המשפט המחוזי (דן יחיד) שבתחום סמכותו נמצאת הלשכה[47].

עם קבלתה של הבקשה יינתן השירות על ידי עורכי דין של לשכת הסיוע המשפטי (אלה הם עובדי מדינה), או על ידי עורך דין אשר איננו עובד הלשכה (עורך דין פרטי שהסכים להיכנס לרשימת עורכי דין נותני השירות)[48], ואשר שכרו ישולם על ידי אוצר המדינה בהתאם לתעריפים שנקבעו בתקנות הסיוע המשפטי[49].

היקף המסתייעים, אולם דומה שהמגמה היא לשמור על המצב הקיים, דהיינו להעניק את הזכות לסיוע משפטי לנזקקי סעד ובכך להמשיך להתעלם לחלוטין משכבה נכבדה למדי של האוכלוסייה שהוצאות שירות משפטי אינן בהישג ידה, אף שאיננה נכנסת למסגרת של נזקקי סעד כהגדרתם על ידי משרד הסעד. אם אמנם הזכות לסיוע משפטי היא זכות קונסטיטוציונית השמורה לכל אזרח במדינת סעד, הרי שאין להשאיר למחוקק המשנה להחליט על היקף יישומה של זכות זו. לא זו בלבד — אלא שלמעשה אפילו מסגרת אין בחוק, שכן אין בו כל הנחיות שהן למחוקק המשנה (שר המשפטים) לגבי היקף ונושאי השירות שיינתן במסגרת מערך הסעד המשפטי".

42 בהתאם לתקנה 1 לתקנות הסיוע המשפטי, הבקשה תהא ערוכה בטופס שיימסר חינם בכל לשכות הסיוע המשפטי.

43 בהתאם לתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי, השירות יינתן בעניינים הבאים: ענייני משפחה כמשמעותם בחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995, הגנת זכויות הנוגעות למגורים, לרבות בעלות, תביעות פינוי או סילוק יד, דמי שכירות, דמי מפתח ותיקוני המושכר, למעט רישום הקניית זכות במקרקעין או כל פעולה אחרת בקשר לכך; עניינים כספיים, לרבות נזיקין (למעט עניינים לפי פקודת מס הכנסה, חוק מס ערך מוסף, תשל"ו–1975, חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א–1961, או חוק מס שבח מקרקעין, תשכ"ג–1963); עניינים שבית דין לעבודה מוסמך לדון בהם (למעט עניינים פליליים); תביעות על פי חיקוק המעניק גמלאות, מענקים, שיקום, או זכויות אחרות לנכים או למשפחות נספים; תביעות בכל עניין הנוגע לזכויות חיילים משוחררים; תביעות לפי חוק השבות, תש"י–1950, חוק האזרחות, תשי"ב–1972 וחוק מרשם אוכלוסין, תשכ"ה–1965; ענייני רישוי עסקים, עיסוקים או מקצועות והסדרתם מכוח חיקוק.

44 תקנה 6 לתקנות הסיוע המשפטי.

45 סעיף 3 לחוק הסיוע המשפטי.

46 סעיף 4 לחוק הסיוע המשפטי.

47 סעיף 5 לחוק הסיוע המשפטי.

48 תקנה 4 לתקנות הסיוע המשפטי וראו: בג"צ 383/81 דוד נ' מ"י, הלשכה לסיוע משפטי, פ"ד לו(1) 167.

49 תקנה 1 לתקנות הסיוע המשפטי.

הזכות לקבוע מי יהא נותן השירות נתונה באופן בלעדי לראש לשכת הסיוע[50]. יש לציין כי החוק איננו מסדיר ואיננו פותח פתח לפעילותם של ארגונים וולונטריים (לסיוע משפטי) מכל סוג שהוא במסגרת החוק[51].

נכון לתאריך כתיבת הרשימה תקציב הסיוע המשפטי בהליך אזרחי עומד על כארבעים מליון שקלים לשנה. הסיוע המשפטי מטפל בכשלושים וחמש אלף פניות בשנה וקצב הגידול השנתי הוא כ־20% לשנה. בחודש מרץ 2000 הגיש שר

50 גם על עיקרון זה נמתחה ביקורת על ידי מלומדים. ראו: כהן, לעיל הערה 35, בע׳ 167–168: ״באנגליה, כאמור, יבחר הפונה את עורך הדין מתוך רשימת עורכי־דין שביקשו להצטרף לפעולת המוסד. קביעה שרירותית של עורך דין לפונה הינה, שוב, תוצאה של התפיסה הרואה במתן סיוע משפטי חסד ולא זכות. עורך דין, מן הראוי שיהיה — ובמיוחד בשכבות אוכלוסייה כהן מדובר בהקשר הנוכחי — לא רק היועץ המשפטי, אלא גם איש נאמן וידיד. את אלו לא ניתן לכפות על אדם אפילו לא בתקנות״.

51 ראוי לציין, כי פרט למסגרות החוקיות — חוק הסנגוריה הציבורית, תשנ״ו–1995 וחוק הסיוע המשפטי, קיימים בישראל מספר גופים וולנטריים (שאינם פועלים מכוח חוק זה) המעניקים סיוע משפטי של ייעוץ וייצוג. חלק מהגופים מעניקים את הסיוע כעזרה סוציאלית לחסרי אמצעים, כגון ״המרכז לסיוע משפטי בפלילים״. גוף זה עוסק במתן ייעוץ משפטי וייצוג בבתי המשפט לעצורים ולנאשמים מחוסרי אמצעים. הסיוע ניתן לפונים הנזקקים לייעוץ משפטי וייצוג בבתי המשפט בעניינים פליליים. ״המרכז לסיוע משפטי בפלילים״ הנו גוף עצמאי, הממומן על ידי קרן העזבונות של מדינת ישראל באמצעות משרד המשפטים וכן על ידי תרומות מוסדיות ופרטיות אחרות. הוא ממוקם בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל־אביב ומעניק את הסיוע בעזרתם הוולונטרית של סטודנטים מתקדמים מהפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה. בנושא זכויות האדם והאזרח קיימים גופים נוספים, כגון ״האגודה לזכויות האזרח״ ו״המרכז לסיוע משפטי בזכויות האזרח״ (גוף נוסף הפועל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב והמעניק סיוע משפטי ללא תשלום בנושא זכויות האזרח, בעזרת סטודנטים מהפקולטה למשפטים). בנושא זכויות מיעוטים פועלים גם כן מספר גופים, כגון: ״אגודת הארבעים״ (סיוע משפטי לבני המיעוט הערבי) ו״עדאלה״ — ארגון לזכויות המיעוט הערבי. חלק מהגופים עוסקים במתן סיוע משפטי לסוגים שונים של פונים או בנושאים מסוימים שאותם באים גופים אלה לקדם. כך למשל, בהגנה על זכויות הנשים יש להזכיר את ״שדולת הנשים״ ו״נעמת״ (הנותנת סיוע משפטי לנשים במוקדים שונים בארץ). בנוסף ניתן להזכיר את הגופים הבאים: ״אב״י״ — אגודה בינלאומית לזכויות הילד, ״בזכות״ — סיוע משפטי לאנשים מוגבלים (נכות פיזית ומנטלית), ״הל״ב״ — התנועה למלחמה בעוני, ״המוקד להגנת הפרט״, ״המועצה לשלום הילד״, ״אדם טבע ודין״ (סיוע משפטי בנושאי איכות הסביבה) ו״המרכז לפלורליזם יהודי״. כמו כן, ראויות לציון מועצות הפועלים, אשר במסגרתן יכולים חברי הסתדרות לקבל סיוע משפטי בנושאי תעסוקה ועבודה. כל הגופים המצוינים לעיל, אשר בין השאר מייצגים את הפונים השונים בפני הערכאות (ושאר רשויות המדינה), נאלצים להעסיק עורכי דין לצורך הייצוג המשפטי, עובדה אשר מטבע הדברים מסבכת ומייקרת את השירות אותו מעניקים גופים אלה. אילוץ זה נובע מהדרישה החוקית הקבועה בחוק לשכת עורכי הדין, שפעולות של ייצוג לפני בתי משפט (או כל גוף אחר בעל סמכות שיפוטית או מעין שיפוטית) ייעשה על ידי עורך דין בלבד. עובדה זו גורמת בין השאר לכך, כי גם פעולות הסיוע הוולנטריות לייצוג משפטי בפני הערכאות לטובת חסרי אמצעים, הנן בעלות עלויות בלתי מבוטלות. עקב כך, פועלים הגופים הוולונטריים בדרך של ״בחירת תיקים״ חמורים, או תיקים בעלי אופי ציבורי או תקשורתי, והם אינם מתחייבים לקבל על עצמם את הטיפול בכל תיק ותיק על פי אמות מידה קשוחות. אשר על כן, גם הגופים הוולונטריים אינם נותנים מענה מספק או סופי לבעיית הייצוג של חסרי אמצעים והם אינם באים במקומה של סניגוריה ציבורית או סיוע משפטי סדיר מתקציבה של המדינה.

המשפטים יוסי ביילין בקשה שנדונה בוועדת חוקה חוק ומשפט להטיל אגרות בגובה של שבעים וחמישה שקלים ומאה וחמישים שקלים (בהתאם להכנסה) על הנזקקים הפונים לשירותי הסיוע המשפטי. להערכתם של נציגי משרד המשפטים והאוצר ההכנסה הצפויה מגביית האגרה הנה כחמישה מליון ש"ח לשנה. בסופו של דבר, וטוב שכך, נדחתה ההצעה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט. לדעת חברי הוועדה התניית הפנייה לסיוע משפטי באגרה תגרום לכך, כי ציבור גדול הנזקק לשירותים אלה לא יפנה לקבלת סיוע אם יחויב באגרה ובכך תפגע זכותו הבסיסית לייצוג[52].

**ג. הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי כזכות חוקתית** — מנקודת מבטו של האזרח חסר היכולת, ישנה חשיבות מרובה לשאלה בדבר הזכות לסיוע משפטי כסטנדרט חוקתי מינימלי העומד לאזרח מכוח עקרונות חוקתיים המעוגנים בחוקת המדינה, וזאת משני טעמים:

1) כאמור, אמות המידה לקבלת סיוע משפטי קבועות כיום בתקנות, שהותקנו על ידי שר המשפטים, הרשאי, אם רצונו בכך, לשנות את התקנות ולהקשיח את אמות המידה להענקת הסיוע.

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

אולם, הטקסט החוקתי היחידי הרלוונטי לענייננו הנו חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אינו כולל כל הוראה מפורשת המקנה למתדיין, הן בהליך פלילי[53] והן בהליך אזרחי, את הזכות לייצוג או לסיוע משפטי. כיצד ניתן לבסס את זכות הייצוג החוקתית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו? סוגיה זו שאך הוזכרה בעניין בן שושן על ידי השופט טירקל, נשארה תלויה ועומדת בפרשה זו והיא מעוררת לדיון מספר סוגיות:

**א) זכות הייצוג אינה מנוייה במפורש בחוק־היסוד** — כיום, לאחר שנצטברה פסיקה רבה, וספרות מחקרית בנושא חוקי־היסוד החדשים, אין עוד כל חידוש בעמדה, כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיל זכויות אשר אינן מצוינות בו

52 מידע זה הוצא מאתר האינטרנט של ועדת חוקה חוק ומשפט. וראו גם: ע' פישביין "בזכות ביילין, הסיוע המשפטי כבר לא חינם" הארץ, 25.2.2000.

53 לגבי הזכות למינוי עורך דין בהליך פלילי לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הובעו דעות שונות. פרופ' א' ברק הביע בספרו את הדעה, כי "מכבודו של אדם ניתן להסיק את זכותו לעורך־דין ואת זכותו למשפט הוגן ולמניעת עינוי דין", א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית), 432; פרופ' י' שחר סבור, כי הזכות החוקתית למינוי סניגור יכולה לנבוע מהזכות החוקתית לשוויון, י' שחר "סדר־דין פלילי" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רחן־צבי עורך, תשנ"ב–תשנ"ג) 375, 399–400. וכן ראו גרוס, לעיל הערה 7, בע' 168. לדעתו של האחרון הזכות למינוי סניגור אינה צריכה להשתנות ולהתרחב בעקבות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעבר לקבוע בחוק הרגיל (דעה זו הובעה לאחר חקיקתו של חוק הסנגוריה הציבורית). מכל מקום, סוגיית הזכות החוקתית לייצוג בהליך הפלילי חורגת ממסגרת רשימה זו.

במפורש. ואכן, בית המשפט העליון כבר פסק לא אחת, כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן זכויות אשר אינן מצוינות בו במפורש[54]. אשר על כן, אין באי־אזכורה המפורש של זכות הייצוג בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בכדי להציב מכשול אמיתי בפני הכרה בזכות, כאשר ישנן הצדקות תאורטיות לעשות כן.

ב) זכות הייצוג מטילה על המדינה חובות "עשה" — באופן כללי מכיל חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו זכויות ליברליות קלאסיות בעלות אופי נגטיבי. קרי, זכויות (הקרויות גם חירויות) אשר כנגדן עומדת היעדר זכות של הזולת או של המדינה לפגוע בהן[55]. זאת, בניגוד לזכויות פוזיטיביות־חברתיות, המכונות גם "זכויות מדור שני", המטילות "חובות עשה" על המדינה[56]. הזכות לייצוג וסיוע משפטי הנה זכות חברתית מהקטגוריה הפוזיטיבית המטילה על המדינה חובות "עשה" (כגון: החובה למנות למתדיין חסר יכולת עורך דין על חשבון המדינה). עד היום נרתע בית המשפט העליון מלהכיר בזכויות חברתיות־פוזיטיביות המטילות חובות "עשה" על המדינה[57]. לדעתנו אין כל הצדקה לגישה זו של בית המשפט

54 ראו: א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג) 271. לעניין עיגונה של הזכות לשוויון — בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501; בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353; ובג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; לעניין עיגונה של זכות האסיפה — בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 468. יש לציין, כי לצד הגישה המרחיבה, נשמעים לאחרונה קולות המצדדים בגישה מצמצמת על פיה, תהליך הרחבת תחולתו של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שיחול על הזכויות הבלתי מנויות בו במפורש — איננו רצוי. ראו: ה' סומר "הזכויות הבלתי מנויות — על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257.

55 חריג לכך 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 הנן: הזכות לחינוך, הזכות לבריאות, הזכות לעבודה, הזכות לשיכון וכדומה. על הזכויות החברתיות בישראל ראו: ג' מונדלק "זכויות חברתיות־כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז (1999) 65.

57 כך למשל, בבג"צ 1554/95 עמותת שוחרי גילת נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ג(3) 2, 25–26, סירב בית המשפט העליון להכיר בזכות לחינוך כזכות פוזיטיבית הנגזרת מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו: "אין כדי לחייב את המסקנה כי קיימת בשיטתנו זכות יסוד חוקתית לחינוך. זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון. טיעונם של העותרים מחייב איתור של מקור חוקתי, ממנו נגזרת זכות היסוד החוקתית לחינוך. המסמך החוקתי היחיד אשר עשוי להיות רלוונטי לטיעון זה, הוא חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך. האם ניתן לטעון, כי במסגרת זכותו של כל אדם לכבוד, המעוגנת בחוק זה, כלולה גם הזכות לחינוך? טענה כזו מניחה 'מודל רחב' בפרשנות הזכות לכבוד. מודל כזה מעורר קושי ניכר... ברוח דברים אלה, הנני סבור שאין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך" (ההדגשה שלי — י.ר.). וראו בנוסף: ברק, לעיל הערה 53, בע' 423: "ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת, ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי". וזוהי גם דעתם של פרופ' א' רובינשטיין וד"ר ב' מדינה, בהסתמכם על הנשיא ברק, ראו: א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, תשנ"ז, כרך ב) 930–931.

העליון, אשר עליה כבר נשמעה ביקורת נוקבת בחוגי האקדמיה[58]. בנוסף, אין דינה של זכות הייצוג כדין שאר הזכויות החברתיות. זכות הייצוג הנה תנאי למימוש הולם של זכות הטיעון בפני הרשות השופטת. ללא ייצוג הולם נחסמת גישתו של האזרח לבית המשפט ונמנעת מהאזרח היכולת להגן כראוי על זכויותיו, לרבות הזכויות החוקתיות המוכרות (הנגטיביות), אשר הצדקתן אינה שנויה במחלוקת, כגון: הזכות לקניין, הזכות לפרטיות ושאר הזכויות המנויות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ייצוג הולם בפני הערכאות אינה רק זכות חברתית לרווחה כלכלית אלא תנאי בסיסי להגנה על כל זכויות הפרט במדינה חופשית ולשמירה על יכולת הגישה של האזרח לערכאות[59].

58 כך למשל הביעה פרופ׳ ר׳ בן־ישראל את הטענה, כי גישה זו אינה מוצדקת והיא משקפת למעשה את תפיסת העולם של השכבות המבוססות בישראל תוך התנכרות מחלקי הציבור של השכבות החלשות, שאינם מיוצגים בצמתי ההכרעה (כגון: שופטים, חברי כנסת מבין אלה המכהנים בוועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת, או נציגים בכירים של עולם התקשורת). בייחוד מבקרת פרופ׳ בן־ישראל את דרך פרשנותו של הנשיא ברק את חוקי־היסוד החדשים. ראו: ר׳ בן־ישראל ״דיני עבודה״ ספר השנה של המשפט בישראל, לעיל הערה 53, בע׳ 339: ״מצער מאוד, ואולי אף מתמיה, שהשופט ברק, שהינו אביר זכויות האדם כל אימת שמדובר בזכויות אדם בתחום האזרחי פוליטי, לא כלל במסגרת תפישות־היסוד של הציבור הנאור בישראל, שעל־פיהן הוא מכוון את פרשנות המושג כבוד האדם וחירותו במדינה יהודית־ודמוקרטית, אף לא אחת מזכויות האדם החברתיות. אף־על־פי שטרח לפרט את זכויות האדם שאכן נכללות לדעתו במשמעות המלאה של המושג, לא כלל במסגרת זו זכויות אדם אוניווורסליות בתחום החברתי... בקיצור, ממשנתו הכתובה של השופט ברק עולה, כי ערכיה של מדינת־ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, המשקפים ככאלה את תפישות היסוד של האומה, אינם כוללים את זכויות האדם החברתיות... המסקנה המשמעותית נובעת מהתפישות החברתיות הכלכליות הגלומות בתפישות היסוד של האומה, שהן הרלוונטיות לגבי יישום חוקי היסוד בחוקי העבודה. מהיבט זה נראה, כי ערכיה של מדינת־ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, מעוגנים למעשה בגישה שהיא ניאו־ליברלית, אינדיווידואלית, הרואה בפרט גורם עליון, שיש לתת תוקף מרבי לרצונותיו״.

59 ראו: ע״א 733/95 ארפל אלומיניום בע״מ נ׳ קליל תעשיות בע״מ, פ״ד נא(3) 577, 629, שם קובע השופט חשין: ״דעתי שלי היא, כי זכות הגישה לבית־המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר — וכך אומר אני — כי נעלה היא על זכות יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד. זכות הגישה לבית־המשפט הינה צינור החיים של בית־המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה — הרשות המחוקקת והרשות המבצעת — ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם התחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: ׳ויהי ממחרת וישב משה לשפוט את העם ויעמוד העם על משה מן הבוקר עד הערב׳ (שמות יח, יג). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית־המשפט בטל וחסר מעש, ובית־משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו־לא־היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית־משפט — בין במישרין בין בעקיפין — ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה־raison d'etre של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות היסוד... בחסימת הדרך לבית־משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עימו״.

ג) הבסיס הראוי ממנו ניתן לגזור את זכות הייצוג החוקתית בחוק־היסוד — שאלה נוספת היא, מהו הבסיס הראוי לגזור ממנו את זכות הייצוג החוקתית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו? בקיצור נמרץ וללא צורך להכריע בסוגיה זו כעת, ניתן להצביע על כמה פתרונות אפשריים:

דרך אחת היא להשקיף על זכות הייצוג (בהליך אזרחי) כפן של זכות הגישה לערכאות, שאך לאחרונה זכתה להיכנס, מכוח פסיקתו של בית המשפט העליון, לחוג הזכויות החוקתיות הבלתי מנויות שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו[60]. זכות הגישה לערכאות, כך נטען, היא זכות מסגרת חוקתית דיונית המשמשת כלי קיבול לרשימה לא סגורה של זכויות דיוניות, הן במישור הפלילי והן במישור האזרחי, אשר כולן כאחת באות לקדם את יכולתו המהותית של הפרט לפנות לערכאות ולמצות את יומו בבית המשפט. השאלה, מה מקורה ומה אופייה של זכות הגישה עצמה עדיין לא הוכרעה, ויש בה כדי להשפיע על היקפה של הזכות לייצוג וסיוע משפטי[61].

דרך שניה היא לגזור את זכות הייצוג באופן ישיר מזכות המסגרת לכבוד האדם. כבוד האדם דורש כי הכרעה בעניינו של בעל דין לא תינתן על סמך יכולתו הכלכלית לשכור פרקליט מיומן שייצגו. ההשפלה הנובעת ממצבו של בעל דין חסר אמצעים, שאינו יכול לממן ייצוגו ובשל כך מתקשה להתגונן או להציג את תביעתו באופן מיומן ומקצועי, פוגעת בכבודו. האפשרות שפשוטי העם יורשעו במקום ששועי הארץ נחלצים בזכות ממונם מן הדין שתדיר שינה מעיניהם של פרנסי הציבור[62].

דרך שלישית היא האפשרות לגזור את זכות הייצוג מהזכות החוקתית לשוויון. שוויון מדוע? התשובה נעוצה בהשקפה, כי ללא ייצוג הולם ניצב המתדיין חסר האמצעים בעמדת נחיתות ביחס לצד המיוצג 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 מיוצגת ואילו הבעל היה מיוצג על ידי עורכת דין שמונתה עבורו לפי חוק הסיוע המשפטי. אומר השופט טירקל[63]:

"כאן חייב בית־המשפט בזהירות כפולה ומכופלת, בבואו לקבוע את

60 שם, על פסק דין זה ראו: י' רבין "זכות הגישה לערכאות — מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה (תש"ס) 217. עוד על חשיבותה של זכות הגישה לערכאות ראו: ש' לוין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב (תשנ"ו) 451; ש' לוין תורת הפרוצדורה האזרחית, מבוא ועקרונות יסוד (1999) 39; רבין, לעיל הערה 31; ד' מנשה "סדר דין אזרחי: מגמות מרכזיות לקראת כינונה של פרספקטיבה חוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 205.

61 דרך דומה היא האפשרות לגזור את זכות הייצוג החוקתית מהזכות להליך נאות (או הליך ראוי). גם הזכות להליך נאות הנה זכות מסגרת דיונית ממנה לגזור זכויות דיוניות נוספות. בארצות־הברית שימשה הזכות להליך נאות בסיס לפסיקה ענפה בנושא זכויות דיוניות ואף מהותיות.

62 שחר, לעיל הערה 53, בע' 398. דברים אלו נאמרו בהקשר לדיון במשפט הפלילי, אולם יפים הם גם לענייננו.

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

ממצאיו ובבואו לשקול אותם בטרם יסיק את מסקנותיו. חובת זהירות זאת אינה יכולה להתקיים במצב של חוסר שוויון קיצוני כזה בין המתדיינים, כאשר אחד מהם טוען לעצמו בלשון עילגים ואילו השני, בלשון פרקליטים מלומדת. הציווי של 'שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק' (דברים א, טו) אינו יכול להתקיים במצב כזה".

ייצוג וסיוע משפטי לחסר האמצעים מקדם את השוויון בהליך השיפוטי. חשיבותו של עקרון השוויון בניהול המשפט מקבל משנה תוקף דווקא בשיטה האדברסרית אשר בה נושא כל צד באחריות לטענותיו המשפטיות, והשופט אינו נוטה לרדת אל זירת ההתגוששות המשפטית, ולעשות את עבודת הצדדים. במצב זה, היעדר הייצוג עלול לגרום לפגיעה בעקרון השוויון, אשר יעמיד את הצד הבלתי מיוצג בעמדה נחותה לעומת הצד המיוצג. חוסר שוויון כזה עלול להוביל למצב של עיוות דין. אמנם ייצוג על חשבונה של המדינה אינו ערובה לתוצאה מוצלחת, אולם יש בו הבטחה מסוימת לניהול הולם ושוויוני של ההליך, כחלק בלתי נפרד מתהליך עשיית הצדק[64]. עם זאת, עקרון השוויון טומן בחובו שתי בעיות. הראשונה נוגעת לעקרון השוויון. בבית המשפט העליון עדיין לא הוכרעה השאלה החשובה האם עקרון השוויון הנו עיקרון חוקתי הכלול בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. סוגיה זו חורגת ממסגרת הרשימה[65]. השניה נוגעת לזכות הייצוג. השאלה היא, האם הזכות לייצוג על חשבונה של המדינה אמורה להציב סטנדרט חוקתי של יכולת ייצוג לכל פרט ופרט או האם הזכות לייצוג צריכה להימדד ביחס ליכולת הייצוג של הצד שכנגד. ברור, כי ביסוס זכות הייצוג באמצעות עקרון השוויון מדגיש את הפן היחסי של זכות הייצוג. דרך זו דורשת למדוד לא רק את יכולת הייצוג של הצד חסר האמצעים אלא גם את יכולת הייצוג של הצד שכנגד.

ניתן לסכם ולומר, כי את הזכות לייצוג על חשבונה של המדינה ניתן לגזור הן מזכות הגישה לערכאות, הן מהזכות לכבוד והן מעקרון השוויון. כאמור, כל עוד לא תקבע הזכות לייצוג באופן מפורש בחוק־יסוד אין מניעה מללכת באחת הדרכים עליה הצבענו לעיל אם כי פסיעה בדרך אחת אינה מוציאה מכלל אפשרות את הדרכים האחרות. כך למשל, במידה וירצה בית המשפט להכיר בזכות הייצוג של חסר אמצעים אשר אינו יכול לשאת בעלויות ייצוגו, וזאת ללא כל קשר ליכולתו של הצד שכנגד, ניתן יהיה להכיר בזכותו של הראשון לייצוג מכוח זכות

64 ע"פ (י־ם) 1362/99 רפאלי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 6 לפסק הדין.

65 על כך ראו מאמרם החדש של השופט י' זמיר ומ' סובול "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה (תש"ס) 165, 211: "אכן, רצוי כי השוויון יעלה למדרגה של זכות על־חוקית. מבחינה מהותית אין השוויון נופל בחשיבותו, לדוגמא, מזכות הקניין או מהזכות לצאת את הארץ, שזכו כבר למעמד כזה. עם זאת, שאלה היא, אם נכון וראוי לכלול את השוויון (וכן את חופש הביטוי וזכויות אדם נוספות) בגדר הזכות לכבוד, כאילו היתה חובקת עולם. ייתכן שבסופו של דבר לא יהיה מנוס מצעד זה, אם לא תימצא אכסניה חוקתית אחרת לזכות לשוויון. אך עדיין ספק אם נכון וראוי לבצע את המהלך כבר בשלב ההתפתחות הנוכחי של המשפט החוקתי בישראל". לסקירת הפסיקה בנושא זה ראו: שם, בע' 208–213. וראו בנוסף, סומר, לעיל הערה 54.

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

ד. **היקפה של הזכות החוקתית לייצוג וסיוע משפטי** — עמדנו על חשיבותה של הזכות לייצוג וסיוע משפטי במישור החקיקה הרגילה, על הצורך להכיר בזכות הייצוג כזכות במישור החוקתי, והדרכים השונות שמהן ניתן לגזור את הזכות מחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בנוסף, בהינתן זכות חוקתית לייצוג ולסיוע משפטי, יש לנסות ולעמוד על היקפה הראוי של הזכות. היקף התפרסותה הראוי של הזכות החוקתית לייצוג וסיוע משפטי נוגע למספר מישורים עליהם נעמוד כעת.

נפתח בהערה לגבי הזכות לייצוג בהליך הפלילי. מעניין לציין, כי בארצות־הברית, כמו גם בישראל, הזכות לייצוג ולסיוע משפטי התפתחה בתחילה בהקשר להליך הפלילי. הטעם לדבר הנו ההשקפה, כי המשפט הפלילי שונה מהמשפט האזרחי בכמה היבטים: (1) המשפט הפלילי (להבדיל מהמשפט האזרחי) עוסק בדיני נפשות; (2) בהליך הפלילי המדינה גוררת את האזרח לערכאות, שלא בטובתו; (3) ולבסוף, המשפט הפלילי מעמיד את המדינה הגדולה והחזקה, שלצידה כל מנגנוני אכיפת החוק, למול האזרח הקטן החלש, ובכך נפגם השוויון הבסיסי בהליך המשפטי. טעמים אלו עומדים בבסיסן של מספר זכויות שהוכרו לנאשם, ובין השאר הזכות של הנאשם לייצוג וסיוע משפטי. אף כי בחלקם של הטעמים יש כדי להסביר את הצורך בייצוג ובסיוע משפטי, הם אינם עוד מאפיינים ייחודיים להליך הפלילי, והם מתקיימים במקרים רבים גם בהתדיינויות אזרחיות. ניתן להיעזר בטעמים אלו כדי לנסות ולעמוד על היקפה של הזכות החוקתית לייצוג בהליך האזרחי.

ראשית, נוגעת היקפה של הזכות בניסיון לתחום את סוגי העניינים במשפט האזרחי לגביהם יהיה מוצדק להכיר בזכות חוקתית לייצוג וסיוע משפטי. בעניין בן שושן קובע כבוד השופט טירקל, כי: "הליכים בענייני משפחה הם בעיני 'דיני נפשות' ממש; אם לא כפשוטו, הרי כמשמעו... לדעתי יש הצדקה לכך שתוכר גם זכותו של בעל־דין בסכסוך בענייני משפחה להיות מיוצג"[66]. פסק הדין בעניין בן שושן הנו פסק דין, אשר מבחינת דיני הסמכות שייך לענף דיני המשפחה. עם זאת, אין המדובר בנושא שהנו בלב דיני המשפחה, כגון אימוץ ילדים או בקשה לקבלת גט. בנסיבות העניין המדובר בבקשה 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. בצעד זה ישנו פתח ראשון להכרה, כי

66 עניין בן שושן, לעיל, הערה 2.

גם המשפט האזרחי, על אף שמבחינה פורמלית עוסק בדיני ממונות, הנו פעמים, מנקודת מבטו של הפרט המתדיין בבית המשפט, בבחינת "דיני נפשות ממש". מכאן, שהסיווג המסורתי בין המשפט הפלילי לאזרחי איננו המבחין הנכון בין "דיני נפשות" ל"דיני ממונות". כך למשל, חוב אזרחי של מיליוני שקלים המעמיד אדם בסכנה של פשיטת רגל עלול להשפיע על גורלו של אותו אדם באופן קשה יותר מאשר אישום פלילי בעבירת תעבורה של נהיגה במהירות מופרזת. עם זאת ברור, כי ישנם 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", היכול להשפיע באופן קשה על הפרט ולשנות לרעה את מערכת זכויותיו וחובותיו.

שנית, הזכות החוקתית לייצוג אינה נקבעת רק ביחס לסוגי העניינים, אלא גם ביחס לסוגי המתדיינים. לכן, המישור השני נוגע לסוגי המתדיינים להם תקום זכות חוקתית לייצוג על חשבונה של המדינה. האם הזכות תעמוד רק לנתבע שהוא בבחינת "נגרר לערכאות" או גם לתובע היוזם את הפניה לבית המשפט? כאמור, אחד הטעמים של הזכות בהליך הפלילי הנה היותו של הפרט בבחינת נגרר אל ההליך על ידי המדינה. טעם זה איננו נכון בהכרח בהליך האזרחי. עמד על כך בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Boddie*, אשר קבע, כי פעמים ניתן להשקיף על תובע בבחינת "נגרר אל הערכאות". כך למשל, כאשר צד מפר את התחייבויותיו החוזיות באופן בוטה, אשר אינו משאיר לצד המקיים כל דרך לשמור על זכויותיו החוזיות אלא בדרך של פניה לבית המשפט בבקשה לסעד אכיפה. במצב זה אין כל הבדל אמיתי בין תובע ונתבע, שכן פניה אל בית המשפט היא בדרך כלל המוצא האחרון להגנה על זכויותיו של התובע. מיהם אם כן המתדיינים (תובעים או נתבעים) שלהם תקום הזכות החוקתית לייצוג? הסוג הראשון הוא מתדיין חסר אמצעים, אשר איננו יכול לשכור שירותי עורך דין או לעמוד בעלויות ההתדיינות. ואין הדבר מעלה או מוריד אם הצד השני אף הוא חסר כול. במצב זה בהחלט ייתכן כי לשני הצדדים תהיה זכאות לקבל סיוע. הטעם לכך, כי הזכאות במקרה זה איננה נובעת מתוך חוסר שוויון בין הצדדים אלא מכוח הפגיעה הקשה בסטנדרט המינימלי של "יכולת ההתדיינות בערכאות" של כל פרט בחברה. הסוג השני הוא מתדיין, אשר איננו בהכרח חסר כול, אך נמצא בנחיתות כלכלית בולטת כלפי הצד שכנגד, ואשר בשל מורכבותו של ההליך יתקשה לנהל את ההליך לאורך זמן ובאופן הולם ללא סיוע משפטי מצד המדינה. מצב זה מתקשר לזכות לשוויון, ולמספר בעיות בהן נגענו לעיל.

שלישית, יש לקבוע את סוגי הסיוע השונים להן יהיה זכאי בעל הזכות. בקשר לכך זו אין לקבוע מסמרות. אין המדובר דווקא בזכות לשירותי עורך דין במובן הצר, אלא לסיוע משפטי במובן הרחב, כגון: ייעוץ משפטי, עריכת מסמכים

משפטיים, ייצוג בפני ערכאות שונות, תשלום ההוצאות הכרוכות במתן השירות המשפטי וכדומה.

## סיכום

צעד נכון וחשוב צעד בית המשפט העליון בקובעו חובת ייצוג כאמור בעניין בן שושן. על אף שקביעה זו אינה מבוססת דייה, יש בה משום צעד חשוב בדרך לביסוס זכות חוקתית לייצוג מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאמור, סוגיית זכות הייצוג מעוררת לדיון מספר שאלות חוקתיות בעלות חשיבות עליונה, עליהן יידרש בית המשפט העליון להשיב בעתיד לבוא. בנוסף, יהא על בית המשפט העליון לקבוע את היקפה של זכות הייצוג בהליך אזרחי ולהחליט באיזה מקרים נוספים קמה לפרט זכות חוקתית לייצוג על חשבון המדינה. בשאלה הנוגעת להיקפה של הזכות, להבדיל מהשאלות העקרוניות בהן נגענו "בקצה המזלג", אין לקבוע מסמרות, אלא לפסוע בזהירות מחושבת ממקרה למקרה.