קשר המשפטנים הישראלי:
על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה

מאת

עלי זלצברגר*

המאמר נכתב על רקע ההתקפות התדיפות שהוטחו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון – ובמיוחד בנשיאו, השופט אהרן ברק – על ידי יושב־ראש הקודם של לשכת עורכי־הדין. אחד הטיעונים המובאים במאמר הוא שהתקפות אלה לא נעשו על רקע אישי בלבד, אלא גם על רקע השינוי שחל ביחסו של בית המשפט העליון אל הלשכה ואל חבריה.

חלקו הראשון של המאמר מתאר את הסמכויות הדיחבות ואת האוטונומיה שהעניק ללשכה חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א–1961. כוחות אלה ביצדו את מעמדה המונופוליסטי של הלשכה במידה שאין דומה לה בעולם. מידע השוואתי – מאנגליה, מבלגיה, מהולנד, מאיטליה ומארצות־הברית – יעיד, כי מידה כזו של אוטונומיה והיקף כזה של סמכויות לא הוענקו למקצועות אחרים בישראל ואף לא לפרופסיה המשפטית בארצות אחרות בעולם. המאמר יציג את היחס המועדף שקיבלו הלשכה וחבריה מבית המשפט העליון בגלל מעמדה המיוחס של הלשכה – וכן את השינויים שחלו ביחס זה ב־15 השנים האחרונות. בין השאר יעותק במאמר ההליכים המשמעתיים שעורכת לשכת עורכי־הדין לחבריה ופיקוחו של בית המשפט העליון על הליכים אלה; גישתם של הלשכה ושל בית המשפט העליון לזכות לייצוג; וגישתו של בית המשפט לאיסור על פרסומת עצמית של עורכי־דין.

א. מבוא. ב. ההסדרה המוסדית של מקצוע עריכת הדין בישראל. 1. סקירה היסטורית; 2. מהות ההסדר בתוק לשכת עורכי הדין; 3. השוואת ההסדרה המוסדית של עריכת הדין להסדרה המוסדית של מקצועות אחרים בישראל; 4. השוואת ההסדרה המוסדית של עריכת הדין בישראל להסדרה המוסדית של עריכת דין במדינות אחרות; 5. סיכום ביניים; 6. הסדרת מקצוע עריכת הדין בישראל בפרספקטיבות תיאורטיות אפשריות; **ג. היבטים של מעמד הלשכה בפסיקה.** 1. גישת בית המשפט למעמדה של לשכת עורכי הדין ולהליכי המשמעת בה – רטוריקה ופרקטיקה; 2. גישת בית המשפט העליון לייחוד הייצוג ולזכות להיות מיוצג; 3. גישתו של בית המשפט העליון לכללי האתיקה (או

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודות שלוחות לעוזרים במחקר נעמי הרדי ואיתן ניר. הערות מועילות על גרסה קודמת של מאמר זה קיבלתי ממשתתפי הסדנה ב'קריאת מאמרים משפטיים' בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב, וכן מד"ר לימור זר־גוטמן. תודות גם לחברי מערכת משפטים על הערותיהם מאירות העיניים.

nevo.co.il

הגילוה) המשפטית – איטור פרסום עצמי ועיסוקים אסורים; ד. שינוי חזית ביחסו של בית המשפט העליון ללשכת עורכי הדין. 1. השופט ברק מגן על עורך דין חטר ישי כנגד לשכת עורכי הדין; 2. פרסום שמו של נאשם בדין משמעתי – בית המשפט העליון מול לשכת עורכי הדין; 3. בית המשפט העליון מגביד את אינטנסיביות הביקורת על לשכת עורכי הדין; ה. סיכום.

חוק לשכת עורכי הדין, לכשיתקבל, יש בו משום מתן אמון רב בציבור עורכי הדין, על ידי הסרתם כגוף אוטונומי לשם הסדר ענייניהם המקצועיים והחברתיים.

ח"כ זרח ורהפטיג, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט[1]

People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some conversation to raise prices... But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do to facilitate such assemblies; much less to render thecen messary.

Adam Smith[2]

א. מבוא

מאמרים אקדמיים נכתבים – שלא כמו מאמרים עיתונאיים – לא רק עבור קהל הקוראים העכשווי אלא גם עבור קהל קוראים עתידי. מרתק לדמיין כיצד בעוד עשר או עשרים שנה יקראו סטודנטים מאמר שנכתב היום, ומה בדיוק יקראו בתוכו. אך מאמרים אקדמים נכתבים גם על רקע וכתגובה לארועים אקטואליים. לעתים מדובר באירוע שמזין את תוכנו של המאמר באופן בו זה פורץ את גבולות האירוע והופך למסר עצמאי בעל אורך חיים ממושך בהרבה מזיכרון האירוע. לעתים מדובר באירוע ייחודי במידה כזו שהמאמר תפור במדוקדק על מידותיו, וכשחולף האירוע מהתודעה הציבורית נשכח גם המאמר. עבור הקוראים העתידיים אציין מיד, כי הרעיון לכתיבת מאמר זה נולד על רקע סדרת התקפות ישירות, בוטות ואישיות של יושב־הראש היוצא של לשכת עורכי הדין, דרור חטר ישי, כנגד בית המשפט העליון ונשיאו, השופט אהרון ברק. התקפות אלה לא נתקלו

1 דברים אלו נאמרו במסגרת הצגת חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א–1961, לקריאה שנייה בכנסת ב־6 ביוני 1961, ד"כ 31 (תשכ"א) 1926.

2 Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* 127-128.

בגינוי מצד רוב קהילית עורכי הדין בישראל.[3] אני תקוה כי אירועים אלו יישמעו זרים ומוזרים עבור אותם קוראים עתידיים, ועם זאת, תובנות המאמר ותרומתו ליידע בנושא ההסדרה המוסדית של מקצוע עריכת הדין בישראל יישארו רלבנטיים וחשובים.

הטיעון המרכזי במאמר זה הוא כי התקפותיו של ראש לשכת עורכי הדין, עו"ד חטר ישי, וכמוהן שתיקתם הנלווית והממושכת של רוב חברי הלשכה, אינן נובעות רק מביקורת ענייינית על נושאים שונים הקשורים לתפקוד מערכת בתי המשפט, והן גם לא רק תוצאה של פסיכולוגיה אנושית אינדיבידואלית של יושב־הראש המסוים של לשכת עורכי הדין, אלא שיש להן גם הסברים מערכתיים, הנוגעים במעמדה הממסדי של לשכת עורכי הדין בישראל, בהתייחסות המסורתית של בית המשפט העליון ללשכה ובניצני שינויים בהתייחסות זו. ביתר פירוט אטען בגוף המאמר, כי ההסדרה המוסדית של מקצוע עריכת הדין בארץ היא חסרת תקדים מבחינת האוטונומיה המונופוליסטית של לשכת עורכי הדין – הן בהשוואה למקצועות דומים אחרים בארץ והן בהשוואה למקצועות עריכת הדין בארצות אחרות (פרק ב). בהמשך אנסה להראות, כי את ההסדרה הסטטוטורית הזו פירשו בתי המשפט, ובראשם בית המשפט העליון, באופן המיטיב עם הלשכה ועם עורכי הדין, במידה הניתנת כמעט לתיאור כ"קשר של משפטנים" בישראל (פרק ג), וכי שינוי במגמה זו מצד בית המשפט העליון החל רק לפני שנים ספורות (פרק ד). שינוי החזית מצדו של בית המשפט העליון יכול להוות הסבר מוסדי־מערכתי לקרע שבין הלשכה לבין מערכת השפיטה, קרע שביטוייו החריפים כוללים את מתקפות ראש הלשכה על נשיא בית המשפט העליון. לסיום, אנסה לבחון את הממצאים במאמר בפרספקטיבות תיאורטיות כלליות יותר (פרק ה).

ב. ההסדרה המוסדית של מקצוע עריכת הדין בישראל

1. סקירה היסטורית

ההסדרה המוסדית של מקצוע עריכת הדין בישראל מעוגנת בחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961 (להלן: "החוק"), שנכנס לתוקף בחודש מרץ 1962. עד 1962 פעלו

3 התקפות החלו בעודש נובמבר 1996 בראיון שפורסם עם חטר ישי בעיתון יתד נאמן (26 בנובמבר 1996). לסקירה של מתקפות חטר ישי, התייחסות מוסדות לשכת עורכי הדין למתקפות אלו ועל הקשר ביניהם לבין מתקפות מכיוונם של חוגים דתיים על בית המשפט ונשיאו, ראו אולין גורדון, "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאינגר", תכלת 3 (תשנ"ח) 44. למרות שמתקפותיו של חטר ישי לא גונו על ידי רוב עורכי הדין, בבחירות לראשות הלשכה בקיץ שנת 1999 לא צלחה דרכו של חטר ישי להיבחר לקדנציה שלישית, ותחתיו נבחר מי ששימש כאופוזיציונר המרכזי שלו בועד המרכזי של הלשכה – עורך הדין שלמה כהן. שלמה כהן עצמו היה אחד מהמעטים שביקרו את חטר ישי בגין התבטאויותיו כלפי בית המשפט העליון ונשיאו. באיחור רב, אם כן, ולאחר ביקורות נוקבות על חטר ישי מצד אנשי ציבור, פוליטיקאים ואנשי אקדמיה, ניתן ביטוי מסוים לאי הנחת מדבריו של חוטר ישי גם על ידי קהילית עורכי הדין.

nevo.co.il

בארץ שתי מסגרות ארגוניות נפרדות של עורכי דין: המועצה המשפטית, שהייתה גוף סטטוטורי, והסתדרות עורכי הדין (היהודיים), שהיתה גוף וולונטרי. ראוי לציין, שהתקנת כללי האתיקה המקצועית של עורכי הדין לא ניתנה בידיו של אחד משני גופים אלו (למעט הוראות אתיות ספורות שפורטו בחוק עצמו), אלא בידיו של זקן השופטים – עד לקום המדינה, ועם קום המדינה הועברה סמכות זו לידיו של שר המשפטים. מקורו של ההסדר בדבר סמכות התקנת כללי האתיקה המקצועית נעוץ בתפיסה האנגלו־אמריקנית, המקובלת עד היום בארצות רבות של המשפט המקובל. על פי תפיסה זו, כללי האתיקה מהווים דרישת סף לבדיקת הזכאות להופיע בבתי המשפט, ולכן סמכות התקנתם צריכה להימצא בידי ראש המערכת השיפוטית. על פי ההסדר המנדטורי, גם אכיפת הכללים והשיפוט המשמעתי היו באחריות זקן השופטים.[4]

הסתדרות עורכי הדין (היהודיים) נוסדה בשנת 1928. קדמו לה אגודות מקומיות של עורכי דין, הראשונה שבהן קמה בתל אביב בשנת 1922. באותה תקופה היו בארץ 39 עורכי דין יהודים, 43 עורכי דין ערבים ועורך דין אנגלי אחד.[5] הרכבה וסמכויותיה של המועצה המשפטית עוגנו בפקודת עורכי הדין, 1922, שהוחלפה בשנת 1938 בפקודת עורכי הדין החדשה ובפקודת המועצה המשפטית, 1938. המועצה המשפטית מנתה שישה חברים שמונו על ידי שר המשפטים (עד 1938 – על ידי זקן השופטים, ולאחר 1938 ועד קום המדינה – על ידי הנציב העליון), ארבעה מתוכם עורכי דין, ובראשה עמד היועץ המשפטי לממשלה. המועצה עסקה בעיקר בהסדרת תנאי הרישיון לעיסוק בעריכת דין.[6] לאחר קום המדינה השתרש הנוהג כי שליש מחברי המועצה המשפטית ממונים בעקבות המלצת הסתדרות עורכי הדין, אך לא תמיד קיבל שר המשפטים המלצות אלה ובכך עורר עליו לא אחת תרעומת מצד הפרופסיה.[7]

כוונות לעגן את התאגדות עורכי הדין באורח סטטוטורי היו כבר עם קום המדינה. הלחצים לכך גברו בסוף שנות ה־50', כאשר יותר ויותר עורכי דין צעירים סירבו להצטרף להסתדרות עורכי הדין ולשלם את דמי החבר הגבוהים שדרשה. ערב חקיקת חוק לשכת עורכי הדין, כרבע מעורכי הדין במדינה לא היו חברים בהסתדרות עורכי הדין.[8]

בחוק שהתקבל בשנת 1961 אוחדו שני הגופים – המועצה המשפטית והסתדרות עורכי

4 ראו סעיף 16 לפקודת עורכי הדין, 1922, הא"י כרך ב (ע) 3 (א) 4, וסעיף 29 לפקודת עורכי הדין, 1938, ע"ד תוס' 1 (ע) 75 (א) 91.

5 למקידה היסטורית ראו גבריאל שטרסמן, **עושי הגלימה – תולדות עריכת הדין בארץ ישראל** 161 (1984).

6 בפקודה המקורית (1922) ניתנה סמכות לריכוז עורכי דין לזקן השופטים, כשהמועצה הייתה רק גוף מייעץ בידו. כך על פי סעיפים 4 ו־6 לפקודת עורכי הדין משנת 1922.

7 ראו שטרסמן, העדה 5 לעיל, בעמ' 186.

8 שם, בעמ' 266. נתון זה יכול בהחלט להשתלב בתוה הכללית של המאמר, על פיה חוק לשכת עורכי הדין הוא בעיקרו חוק שנועד להגן ולחזק את גילדת עורכי הדין.

nevo.co.il

הדין. בסעיף 1 לחוק נקבע, כי "מוקמת בזה לשכת עורכי דין שתאגד את עורכי הדין בישראל ותשקוד על רמתו וטהרו של מקצוע עריכת הדין".[9] ללשכת עורכי הדין ניתנה גם הסמכות להתקין כללי אתיקה מקצועית. באופן זה אוחדו פונקציות שעד לחקיקת החוק בוצעו למעשה על ידי שלוש רשויות שונות (מביניהן החזיק האיגוד המקצועי של עורכי הדין בסמכויות הפורמליות המצומצמות ביותר), ונמסרו לרשות אחת – לשכת עורכי הדין.

2. מהות ההסדר בחוק לשכת עורכי הדין

החוק, כאמור, הקים את לשכת עורכי הדין, שהיא גוף מונופוליסטי ואוטונומי, הנעדר כמעט לחלוטין פיקוח ציבורי או חיצוני אחר.[10] השילוב בין האוטונומיה של הלשכה למונופול הרחב שלה יצר כוח שוק חסר תקדים, כפי שיוסבר להלן.

(א) מונופול

המונופול של לשכת עורכי הדין מתבטא בשילוב שבין ייחוד מתן שירותיים משפטיים לעורכי דין לבין ייחוד הלשכה כמי שמאגדת את עורכי הדין הרשאים לפעול בישראל.

(1) **ייחוד מתן שירותים משפטיים:** סעיף 20 לחוק קובע רשימה של פעולות שלא ייעשו, דרך עיסוק, או בתמורה אף שלא כדרך עיסוק, על ידי מי שאינם עורכי דין. נוסף על ייצוג בבתי משפט, בבתי דין, בפני בוררים ובפני גופים בעלי סמכות שיפוטית או מעין־שיפוטית, מדובר גם בייצוג אנשים בפני סמכויות שלטוניות שונות כמו לשכת רישום מקרקעין, רשמים שונים ופקידי מס,[11] בעריכת מסמכים בעלי אופי משפטי,

9 בהצעת החוק שהוגשה ב־1959 על ידי הממשלה (ה"ח תשי"ט 370) כללה הסיפא של סעיף 1 (לאחר "תשקוד על קידומו וטהרו של מקצוע עריכת הדין") גם את המטרה הבאה – "תפעל לקידום המשפט בדרך כלל". השמטת מטרה זו מהנוסח הסופי של החוק אף היא מאפיינת את הטיעון המרכזי של מאמר זה. ההיסטוריה של לשכת עורכי הדין בישראל אינה מלמדת על קידום המשפט בישראל אלא בעיקר על קידום רווחתם של עורכי הדין. השמטת מטרה זו מהחוק מקבלת, על כן, משמעות סמלית מיוחדת.

10 יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, חבר הכנסת זרח ורהפטיג, בעת הצגת החוק לקריאה שנייה, היה מודע היטב לתקדים שבהסדרת מקצוע עריכת הדין, באומרו: "אולם זו הפעם הראשונה מוגש לכנסת... לאישור סופי, חוק מקיף, הבא לא רק להסדיר בעיותיו וארגונו של מקצוע חפשי מהחשובים ביותר במדינה, אלא גם להעניק לארגון זה של אנשי מקצוע זה במידה רחבה מאד סמכות פנימית־אוטונומית להסדר עניני המקצוע ויחסי חברי הארגון". ד"כ 31 (תשכ"א) 1926. בריכוז במסגרת הקריאה הראשונה לא חסרו חברי כנסת שהתריעו על הפקות סמכויות נרחבות מדי בידי הלשכה, ועל הסכנה של ניצול לרעה של סמכויות אלה. ראו למשל את דבריהם של חברי הכנסת אליהו מרידור, גדעון בן ישראל, זרח ורהפטיג ומשה בנימין ניסים בד"כ 28 (תש"ך) 154, 157, 158, 288 בהתאמה. למרות זאת התקבל החוק במופו של דבר פה אחד.

11 רשימת הגופים שבהם הייצוג יוחד לעורכי דין הורחבה מאד בין שלב הצעת החוק הממשלתית

nevo.co.il

בייצוג במשא ומתן לקראת עריכת מסמך משפטי ובייעוץ וחיווי דעה משפטית.[12] ייחוד מתן השירותים המשפטיים מגובה בסנקציות עונשיות.[13]

(2) ייחוד הלשכה: רשאים לעבוד כעורכי דין, בעלי בלעדיות, כאמור, במתן שירותים משפטיים בישראל, רק תושבי ישראל שמלאו להם 23 שנים, הכשירים להיות עורכי דין,[14] עם קבלתם כחברים בלשכת עורכי הדין בישראל.[15] להוראה זו קיימים שני חריגים מצומצמים, המתירים ייצוג על ידי עורך דין זר.[16]

נדמה, כי בלהיטות של יצירת מונופול לשכת עורכי הדין, דחק המחוקק לקרן זווית את הזכות להיות מיוצג. זכות זו נחשבת כאחת מזכויות האדם הבסיסיות, שכן היא

לשלב הקריאה השניה והשלישית, כנראה בעקבות לחץ של עורכי הדין. התייחסות לכך ניתן למצוא בדברי הסבר של חבר הכנסת זרח ורהפטיג לפני הקריאה השניה. שם, בעמ' 1927.

12 חריגים לייחוד מתן השירותים והמשפטים מנויים בסעיף 21 לחוק; ביניהם: רואה חשבון או יועץ מס הרשאים לייצג נישום בפני שלטונות המס, הזכות שרשאי לייצג את בנו העומד לדין ע"פ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א–1971, ארגון צרכנים שרשאי לייצג בהליך על פי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א–1981, או בהליכים בבית המשפט להגבלים עסקיים לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988, סוכן פטנטים המוסמך לייצג בהליכי רישום פטנט, וכן ייצוג ארגוני עובדים או מעבידים על פי חוק בית הדין לעבודה, ייצוג בפני בתי דין דתיים (למשל, בפני בתי דין רבניים יכול להופיע טוען רבני שאינו עורך דין, בעל רישיון משר הדתות) ובפני בתי דין צבאיים (שם גם חייל שאינו עורך דין יכול לשמש סניגור), וכן סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו – המוסמכים על פי חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 לאשר ייצוג על ידי מתמחים ואנשים אחרים (למשל, עיתונאים).

13 מי שמבצע פעולה מאלו שיוחדו לעורכי דין ואינו עורך דין יכול להיות מואשם בפלילים ודינו קנס (סעיף 96 לחוק); מי שמתחזה לעורך דין דינו עד שנת מאסר (סעיף 97 לחוק), ומי שנותן שירות שיוחד לעורך דין – בית משפט לא יזדקק לתביעתו לקבלת שכר (סעיף 98 לחוק).

14 תנאי הכשירות מנויים בסעיף 24 לחוק.

15 ראו סעיף 42 לחוק.

16 המקרה הראשון הוא ייצוג לפני בורר, כאשר הצד המיוצג הוא תושב חוץ או תאגיד הרשום בחו"ל באותה מדינה של עורך הדין הזר על פי סעיף 21(8) לחוק. המקרה השני הוא ייצוגו של אדם שאינו אזרח ישראל, הנאשם בעבירה שעונשה מיתה לפי חוק למניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם, תש"י–1950 או לפי חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תש"י–1950, או שמתנהלת נגדו חקירה בשל עבירה שכזו, ושר המשפטים נתן אישור, לאחר היוועצות עם המועצה הארצית של הלשכה, לייצוגו על ידי עורך דין זר על פי סעיף 23 לחוק. עד 1967 נוסח הסעיף היה רחב יותר – הוא כלל ייצוג אדם זר בכל עבירה שדינה מיתה, אך בית המשפט העליון פירש בצמצום רב את הסעיף וקבע שגם בעבירות אלו יאושר ייצוג על ידי עורך דין זר רק בנסיבות חריגות. ראו בג"צ 344/65 חג'אזי נ' שר המשפטים, פ"ד יט(4) 203 (להלן: "בג"צ חיג'אזי הראשון"); בג"צ 30/66 חג'אזי נ' שר המשפטים, פ"ד כ(1) 427 (להלן: "בג"צ חיג'אזי השני"). בעקבות פרשנות מצמצמת זו, שמשמעותה הגנה על הפרוספקט המשפטית הישראלית מפני תחרות מבחוץ, צמצם גם המחוקק את הזכות לייצוג על ידי עורך דין זר. בעידן הגלובליזציה מגבלה זו מקבלת משנה חשיבות וניתן לראות בה מכשול רציני להשתלבות ישראלית בכלכלה העולמית.

מאפשרת לכל אדם לממש את שאר זכויותיו כדין או למנוע פגיעה בהן.[17] במדינות רבות, על כן, הזכות להיות מיוצג הינה זכות חוקתית.[18] בישראל זכות זו מעוגנת בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, במסגרת הפרק על "תחום המקצוע וייחודו" וכחלק מהסדר ייחוד המקצוע. הסעיף עוסק בייצוג על ידי עורך דין (ולא בזכות להיות מיוצג באופן כללי). סיפת הסעיף גם מסייגת אותו: "אין בהוראה זו... כדי לפגוע בחיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות, גוף או איש כאמור". סייג זה פורש על ידי בית המשפט העליון באופן שאינו מכיר במרכזיותה ובחשיבותה של הזכות להיות מיוצג, כך שאפילו שתיקת המחוקק יכולה להיחשב כסייג לזכות להיות מיוצג.[19] אין ספק שההתייחסות המינימלסטית של בית המשפט לזכות להיות מיוצג הושפעה מעיגון הזכות במסגרת הסדר ייחוד המקצוע.

(ב) אוטונומיה

האוטונומיה של לשכת עורכי הדין מתבטאת בשילוב שבין המגוון הרחב של הסמכויות המסורות ללשכה כגוף המאגד את עורכי הדין לבין הרכב מוסדותיה, הנעדר כמעט לחלוטין פיקוח ציבורי־חיצוני:

(1) המונופול בסמכויות הלשכה: שני התחומים המרכזיים במסגרת המונופול האוטונומי של הלשכה הם הסמכויות הרחבות באשר למפתן הכניסה והיציאה מהלשכה, והסמכויות להתקין כללי אתיקה מקצועית ולאכפם. כך, במסגרת התחום הראשון,

17 להרחבה בעניין הזכות להיות מיוצג ראו פרק ג.2 למאמר.

18 למשל, הסיפא של התיקון השישי לחוקת ארצות הברית קובע כי כל מי שנפתח נגדו הליך פלילי זכאי ל־"assistance of counsel for his defense". זאת, נוסף על קביעת הרישא של התיקון השישי כי כל אדם זכאי בתביעה פלילית למשפט פומבי ומהיר, על ידי חבר מושבעים חסר פניות. בפסק הדין *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) הרחיב בית המשפט העליון האמריקני את הזכות החוקתית להיות מיוצג גם למשפטים פליליים בבתי המשפט המדינתיים (נוסף על בתי המשפט הפדרליים), וקבע כי אי עמידה בזכות זו פוסלת את ההליך. בית המשפט העליון האמריקני אף הרחיק לכת בפסק הדין *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966), בו נקבע כי אדם שנעצר ונשאל אם ביצע עבירה מסוימת, והודה ובעקבות כך הורשע, הרשעתו בטלה מכיוון שלא הועמד לו עורך דין שעה שנשאל את השאלות הראשונות על ידי המשטרה, ואין זה משנה שכלל לא ביקש ייצוג. המשטרה הייתה חייבת ליידע אותו בדבר זכותו להיעזר בעורך דין. מדינות נוספות המעגנות את הזכות להיות מיוצג בחוקה הן דרום אפריקה, הונג קונג, שוויץ.

19 ראו בג"צ 515/74 **פלוני ג' מפקד משטרה צבאית חוקרת**, פ"ד כט(2) 169 וד"נ 13/75 **מפקד משטרה צבאית חוקרת נ' פלוני**, פ"ד ל(3) 617 (להלן: "ד"נ מצ"ח"). למעשה ניתן היה לתת פירוש שונה לחלוטין לסיפא הזו, כמדוברת את הזכות להיות מיוצג גם לייצוג שלא על ידי עורך דין (על פי פרשנות זו, הסייג בסיפא של הסעיף מתייחס לא ל"ייצוג" אלא ל"ייצוג על ידי עורך דין"). פרשנות זו מתיישבת טוב יותר עם מיקומו של הסעיף בפרק על תחום המקצוע וייחודו, אך, כאמור, בית המשפט העליון בחר בפרשנות המצמצמת את הזכות להיות מיוצג, צמצום שיכול להיעשות בכל חיקוק (דהיינו: גם בחקיקת משנה) על פי לשון הסייג שבסעיף עצמו, ואפילו באמצעות הסדר שלילי, על פי ההלכה שקבע בית המשפט ברוב דעות בעניין מצ"ח הנ"ל.

nevo.co.il

מוסמכת הלשכה בהסמכה כללית להתקין כללים (חקיקת משנה) בכל עניין הנוגע לארגון הלשכה ופעולותיה,[20] לקבוע פרסים שונים בנוגע להתמחות – כגון תנאים לרישום מתמחים,[21] מי מוסמך לאמן ומספר המתמחים לכל מאמן,[22] ואת סדרי בחינות ההסמכה.[23] הלשכה רשאית גם לסרב לרשום מתמחים או לקבל לשורותיה חברים.[24] בעניינים אחרים, המוסדרים בחוק עצמו, היה ללשכה קול אינסטרומנטלי ביצירת ההסדר או שינויו. דוגמא בולטת לכך היא ההכרה במכללות חוץ־אקדמיות למשפטים.[25] באופן כללי, הרושם המתקבל מהפרקים העוסקים בנושאים אלו בחוק לשכת עורכי הדין (פרקים 4 ו־5) הוא שההסדרים בחוק פתוחים לשינויים וליצירתיות רבה של מחוקק המשנה – היא המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, ושל מי שמופקד על ביצוע הוראות החוק – שהם יתר

20 ראו סעיף 109 לחוק. הכללים חייבים באישור שר המשפטים, אך בפועל אישור זה הינו בדרך כלל פורמלי בלבד.

21 ראו סעיף 26א לחוק, המקנה למועצה הארצית של הלשכה, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, סמכות לקבוע כללים לרישום מתמחה אף במועד מוקדם או מאוחר מהמועד שקבוע בסעיף 26 לחוק.

22 ראו סעיפים 29(א)(4), 30 ו־32 לחוק.

23 ראו סעיף 39 לחוק. מכוח סמכות זו נוספה הבחינה בכתב שאינה מעוגנת בחוק. ניסיון לעתור נגד חוקיותה של בחינה זו נכשל. ראו בג"צ 2832/96 **בואי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(2) 582.

24 ראו סעיפים 27 ו־44 לחוק. הקריטריונים לסירוב לרשום מתמחה מוגדרים בחוק בעמימות – "אם נתגלו עובדות שלאורן סבורה הלשכה כי המועמד אינו ראוי לשמש עורך דין" (סעיף 27 לחוק), וכך גם הקריטריונים לסירוב לשתן חברות לאחר ההתמחות והבחינות – "אם נתגלו עובדות אחרות... והלשכה סבורה שלאור עובדות אלה אין המועמד ראוי לשמש עורך דין" (סעיף 44(2) לחוק). על ההחלטות אלו יש אפשרות לערער לבית המשפט העליון (סעיפים 28 ו־45 לחוק).

25 ראו סעיפים 25א–25ה, שהוספו לחוק הלשכה בשנת 1991 בעקבות לחץ של הלשכה, לאחר שניסיונות השכנוע שלה את הפקולטות למשפטים להגדיל את מספר הסטודנטים המתקבלים ללימודים לא צלח. ראו **דו"ח ראש הלשכה לסיכום הקדנציה 1991–1995** (בהוצאת ראש הלשכה) הכולל קטעים מפרוטוקולים של ישיבות המועצה הארצית והוועד המרכזי, המתייחסים גם להחלטות שקדמו לקדנציה זו. שאלה מעניינת היא מדוע ביקשה הלשכה להגדיל את מספר המועמדים להצטרף לשורותיה. הסבר אפשרי אחד הוא כי רבים מבניהם ומבנותיהם של בכירי הלשכה לא התקבלו ללימודים באחת מהפקולטות בארץ ונאלצו ללמוד בחו"ל. הרחבת מספר המוסדות בארץ מאפשרת לבנים ולבנות אלו ללמוד בישראל. הסבר אחר הוא כי הגידול בהיצע עורכי הדין הצעירים מאפשר לעורכי הדין הוותיקים יותר, אלו שקולם אינסטרומנטלי במוסדות הלשכה, להעסיק כוח אדם זול יותר במשרדיהם. הכוונה גם למתמחים וגם לעורכי דין שכירים. רמת המשכורות של עורכי דין צעירים הזלכת ויורדת באופן ניכר בשנים האחרונות, עם הצפת שוק עורכי הדין בבוגרי המכללות, והדבר יכול לתמוך בהסבר זה. בתזכיר הצעת חוק לשכת עורכי הדין (תיקונים שונים), התשנ"ט–1999 שפורסם זה לא מכבר על ידי משרד המשפטים, מוצע בסעיף 7 לבטל, פרוספקטיבית, את האפשרות להכיר במכללות חוץ־אקדמיות חדשות למשפטים. נראה, כי תנאי השוק עשו את שלהם, ועקב הירידה התלולה בביקוש ללימודי משפטים מבקשת הלשכה כיום למנוע פריצה נוספת של הסכרים.

nevo.co.il

מוסדות הלשכה. כתוצאה מפעילותו של לובי חזק בכנסת, הקנו ההסדרים הללו ללשכה סמכויות רחבות, ואלה אף התרחבו עם השנים באמצעות תיקונים שונים לחוק.

התחום המרכזי השני שבו נהנית הלשכה מסמכויות נרחבות הוא התקנת כללי אתיקה מקצועית ואכיפתם. אמנם חלק מכללי האתיקה מפורטים בחוק עצמו (בסעיפים 53–61 שנחקקו על ידי הכנסת, וגם בהם, כאמור, ניכרים אותות הגילדה); אבל עיקר הוראות האתיקה מצוי בכללים שהותקנו על ידי המועצה הארצית של הלשכה, באישור פורמלי של שר המשפטים.[26] נוסף על כך, גם הכללים הקבועים בחוק וגם אלו הקבועים בתקנות מנוסחים באופן רחב ועמום, המשאיר לרשויות האוכפות והשופטות שיקול דעת רחב מאוד ביציקת תוכן מהותי. כך, למשל, קובע סעיף 53 לחוק, כי "עורך דין ישמור על כבוד המקצוע", וסעיף 61(3) קובע שכל מעשה שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין מהווה עבירת משמעת. האכיפה נמסרה ללשכה, ובתי הדין המשמעתיים, ששופטים את המועמדים לדין, מאוישים אף הם אך ורק בחברי הלשכה.[27] בהמשך נסקור את התוכן שיצקו לכללים אלו הלשכה ובתי הדין המשמעתיים.

(2) האוטונומיה המוסדית: ללשכה הרכב מוסדי סטטוטורי ובו, בדומה למבנה המדינה, שלוש רשויות. מבחינה פרסונלית רשויות אלו מאוישות כולן על טהרת עורכי הדין. המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, שהיא הגוף המחוקק של הלשכה – כוללת 42 חברים. 25 מהם נבחרים בבחירות כלליות, שוות, יחסיות, ישירות וארציות, מדי ארבע שנים; 12 מהם הם נציגי ארבעת המחוזות; כמו כן חברים במועצה ראש הלשכה וקודמו, וכן מנהל משרד המשפטים, פרקליט המדינה והפצ"ר;[28] שלושת החברים האחרונים, על אף השתייכותם לפרופסיה המשפטית, יכולים להיחשב כנציגי הציבור הבלעדיים במוסדות הלשכה. מענין לציין כי לפני 1995 הייתה למועצה קצת פחות אוטונומיה, מכיוון ששר המשפטים רשאי היה למנות שישה חברים (שכללו בדרך כלל את בעלי התפקידים הממשלתיים בלשכה): כיום הוא רשאי למנות שלושה בלבד.[29]

26 הסמכות להתקנת כללים אלו שואבת מסעיף 109(4) לחוק, ובאופן יותר ספציפי – מסעיף 61(12) לחוק, הקובע כי "הפרת כללי האתיקה המקצועית שנקבעו לפי סעיף 109" הינה עבירת משמעת. הכללים שבתוקף כיום הותקנו בשנת 1986 (כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986), כאשר לפניהם היו בתוקף כללים שהותקנו בשנת 1963.

27 ראו סעיפים 14–18 לחוק. יצוין כי קיים עדיין בזכות בבית הדין המשמעתי הארצי לבית המשפט העליון, אך באופן מסורתי סירב האחרון לבקר את פרשנות כללי האתיקה או את התוכן שיצקו בתי הדין המשמעתיים לכללים אלו. ראו, למשל, בג"צ 248/81 וולים נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לז(3) 533; ואת בניגוד למדיניות הכללית של בית המשפט העליון, על פיה הוא הסמכות הפרשנית העליונה של כל נורמה במערכת המשפט.

28 ראו סעיף 9 לחוק.

29 סעיף 9 תוקן בחוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 24), התשנ"ה–1995, ס"ח 189. ראוי לציין, כי בהצעת החוק המקורית משנת 1959 (ה"ח 395, ע' 370) הוצע מבנה מועצה ארצית פחות אוטונומי, מכיוון שמספר חברי המועצה הממונים על ידי שר המשפטים לא היה מוגבל. כנראה בלחץ עורכי

nevo.co.il

הסמכויות החשובות של המועצה הן: התקנת כללים (הן כללי אתיקה והן בעניינים אחרים), אישור תקציב, בחירת חברי הוועד המרכזי, בחירת חברי בית הדין המשמעתי הארצי, ואולי הסמכות החשובה ביותר מבחינת הציבור הרחב – בחירת שני חברים לוועדה למינוי שופטים.[30]

ראש הרשות המבצעת של הלשכה הוא ראש הלשכה, שנבחר בבחירות ישירות – המתקיימות עם הבחירות למועצה – שבהן עליו לזכות ב־40% מהקולות.[31] המועצה הארצית רשאית, ברוב של שני שלישים מחבריה, להעביר את ראש הלשכה מכהונתו, ומשמעותה של החלטה זו היא גם פיזור המועצה.[32] ראש הלשכה עומד גם בראש הוועד המרכזי הוא קבינט הלשכה, המונה חוץ ממנו 14 חברים הנבחרים על ידי המועצה הארצית, כך שנכללים בו לפחות ארבעה נציגים מהמחוזות. הוועד הוא המוסד המבצע של הלשכה ובידו הסמכויות השיוריות.[33] הוא מתכנס אחת לשבוע־שבועיים ופועל גם במסגרת ועדות כגון אתיקה, התמחות, קליטת עלייה, חקיקה, כספים, הוצאה לאור ושכר טרחה.

ללשכה יש רשויות מקומיות בדמות הוועדים המחוזיים, הפועלים בתחום השיפוט של בתי המשפט המחוזיים בתל־אביב, בירושלים, בחיפה ובבאר־שבע. חבריהם נבחרים בבחירות של חברי המחוז, וראש הוועד המחוזי נבחר בבחירות ישירות. הוועדים נהנים מאוטונומיה רבה.[34]

הרשות השופטת של הלשכה מורכבת משתי ערכאות שיפוטיות – בית הדין המשמעתי הארצי ובתי הדין המשמעתיים המחוזיים, ולעורכי הדין קיימת פריבילגיה מופלגת של זכות ערעור כפולה.[35] משמעותה היא הזכות לערער על הכרעות בית הדין המשמעתי הארצי לבית המשפט העליון, ללא צורך בבקשת רשות ערעור, המקובלת בדרך כלל לגבי ערעור שני במערכת הכללית של בתי המשפט.[36]

הדין, ובאופן מודע, הוגבל מספר הנציגים הממונים לששה בהצעה שהובאה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט. ראו לעניין זה את דבריו של יושב ראש הועדה, בד"כ 31 (תשכ"א) 1927.

30 ראו סעיפים 14, 95 ו־109 לחוק, וכן סעיף 4 לחוק יסוד: השפיטה.

31 ראו סעיף 8 לחוק. הבחירות הישירות לראשות הלשכה הן בעקבות תיקון לחוק משנת 1967 (חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 5), תשכ"ח–1967, ס"ח 12). לפני התיקון נבחר ראש הלשכה על ידי המועצה הארצית.

32 ראו סעיפים 8א, 38 לחוק, כפי שתוקנו בתיקון מס' 24 לחוק בשנת 1995.

33 ראו סעיף 11 לחוק. מבנה הרכב הוועד והנציגות המחוזיות בו הוא פרי שינוי החוק בשנת 1995.

34 ראו סעיפים 12 ו־13 לחוק. הוועדים המחוזיים פועלים בתחומי השיפוט של בתי המשפט המחוזיים. מעניין לציין שהמחוז השיפוטי היחידי שאינו מוסכם כמחוז עצמאי של לשכת עורכי הדין הוא מחוז נצרת.

35 ראו סעיפים 70 ו־71 לחוק.

36 הגרסה המקורית של החוק נתנה פריבילגיה נוספת לעורכי הדין: זכות הערעור לבית המשפט העליון הייתה נתונה רק לנאשם ולא לקובל. בשנת 1967 (ס"ח תשכ"ח 12) אוזנה זכות ערעור זאת במתן זכות ערעור גם בבקרה של זיכוי.

nevo.co.il

בכל אחד ממחוזות הלשכה פועל בית דין משמעתי מחוזי. חבריו נבחרים על ידי חברי הלשכה בכל מחוז לתקופה של עד שתי קדנציות בנות ארבע שנים כל אחת. יש מאות דיינים מחוזיים: בראש כל בית דין מחוזי מכהן יושב־ראש, ולו ארבעה סגנים הנבחרים על ידי כלל הדיינים ומהווים את הנשיאות, זו קובעת את ההרכבים: בתי הדין המחוזיים יושבים בהרכבים של שלושה דיינים.[37]

מעל בית הדין המחוזי פועל בית הדין המשמעתי הארצי. חבריו נבחרים על ידי המועצה הארצית לתקופה של עד שתי קדנציות בנות ארבע שנים. בפועל ישנם כ־80 חברים בבית הדין. גם בית הדין הארצי דן בהרכב של שלושה, הנקבע על ידי נשיאות בית הדין. מערכת התביעה בבתי הדין מנוהלת אף היא על ידי חברי הלשכה, באמצעות ועדות האתיקה במחוזות השונים.[38]

התוצאה מהסדרים מוסדיים אלה היא שעורכי הדין, שהם בעלי מונופול רחב על השירותים המשפטיים, גם מנהלים את ענייניהם באופן אוטונומי לחלוטין. נוסף על המונופול שיש להם על הכניסה והיציאה מהפרופסיה, הם קובעים לעצמם את כללי האתיקה שלהם, מחליטים על אופן אכיפתם ועל פרשנותם. למותר לציין, כי לכללי אתיקה אלה יש השפעות משמעותיות על זכויות כלליות במשפט ועל תפקוד המערכת המשפטית והשיפוטית.[39] בהמשך נראה כי השסתומים הבודדים של פיקוח חיצוני – בדמות היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה ובית המשפט העליון – מיעטו לנצל את סמכות ההתערבות שלהם, והעדיפו להשאיר את ההכרעות לחברי הלשכה, מה שמכונה בלע"ז: deference.[40]

3. השוואת ההסדרה המוסדית של עריכת הדין להסדרה המוסדית של מקצועות אחרים בישראל

למונופול האוטונומי של לשכת עורכי הדין אין מקבילה בארץ.[41] בהסדרה המוסדית של ראיית החשבון, למשל – מקצוע הנחשב קרוב לעריכת דין – קיימת הפרדה בין לשכת רואי החשבון, שהיא גוף וולנטרי, לבין מועצת רואי החשבון, שהיא גוף סטטוטורי

37 ראו סעיפים 15–18 לחוק.

38 עם אפשרות להתערבותו של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, המוסמכים בחוק – נוסף על הוועד המחוזי והוועד הארצי – לפתוח בהליכים משמעתיים נגד עורכי דין.

39 לדוגמא: התסדר בנוגע לצומת חובותיו של עורך הדין – חובותיו ללקוח מול חובותיו לבית המשפט (מידת מחויבותו לומר אמת בבית המשפט, מידת מחויבותו למסור מידע בבית המשפט, אף אם זה לא נתבקש במפורש וכיוצא באלו) – יש בו כדי להשפיע על זכויותיו המהותיות של הלקוח, כגון זכות השתיקה. ההגדרה הנורמטיבית של התנהגות שאינה הולמת עורך דין – ובעיקר כאשר מדובר על התנהגותו בבית המשפט – אף בה יש כדי להשפיע על זכויותיו של הלקוח.

40 ראו פרק ג למאמר.

41 מעמד ייחודי זה ללשכת עורכי הדין ניתן במודע. ראו את דבריו של יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעת הציגו את החוק, העדות 1 ו־10 לעיל.

nevo.co.il

המוסדר בחוק רואי חשבון, תשט"ו–1955. מועצת רואי החשבון כוללת שישה רואי חשבון הממונים על ידי שר המשפטים, לאחר התייעצות עם הלשכה, וכן את רשם החברות, רשם האגודות השיתופיות, המפקח על הבנקים, ראש רשות ניירות הערך, נציג שר האוצר, איש אקדמיה ועורך דין. כל אלה אינם שבויים של הפרופסיה. המועצה מוסמכת לתת רישיונות לראיית חשבון ולשפוט בדין משמעתי בגין התנהגות בלתי הולמת את רואי החשבון.[42] כללי האתיקה של רואי החשבון מותקנים על ידי שר המשפטים, לאחר התייעצות עם המועצה ועם הלשכה ובאישור ועדת החוקה של הכנסת.[43] הסדרת מקצוע ראיית החשבון דומה להסדרה הישנה של מקצוע עריכת הדין, כפי שהתקיימה עד 1962. הסדרים דומים, הבנויים על עיקרון של מועצה סטטוטורית ובה מיעוט חברים מהארגון המקצועי של הפרופסיה קיימים גם במקצועות הפסיכולוגיה,[44] ההנדסה והאדריכלות.[45]

מקצוע הרפואה מוזכר בדרך כלל בנשימה אחת עם מקצוע עריכת הדין, מבחינת היוקרה שלו, מאפייני הפרופסיונליות, מורכבות העבודה המקצועית והעניינים האישיים החשובים שבהם הוא עוסק, מחויבות הפרופסיה לחברה ולאיכות החיים הקהילתית, ואופי הדילמות האתיות שבהן נתקלים חבריו. ההסדרה המוסדית של מקצוע הרפואה בארץ היא קוטבית להסדרת מקצוע עריכת הדין. קיימת הסתדרות רפואית, שהיא וולנטרית וחסרת סמכויות סטטוטוריות למעט כמה חובות התייעצות של שר הבריאות ומנהל משרדו, המפורטות בפקודת הרופאים (נוסח חדש) תשל"ו–1976.[46] הסמכויות החשובות – מתן

42 ראו סעיף 12 לחוק רואי חשבון, תשט"ו–1955. עדיין על החלטות המועצה נתן בפני בית המשפט העליון.

43 ראו סעיף 11 לחוק רואי החשבון, תשט"ו–1955. מועצת רואי החשבון מפרסמת כללי אתיקה מומלצים, הנעדרים תוקף מחייב, בצורה דומה במקצת לכללי האתיקה המפורסמים על ידי ה־Bar האמריקני. במקרה האמריקני, ההפרדה בין הגוף הוולונטרי שמפרסם כללים לדוגמא לגופים הסטטוטוריים, המחליטים איזה כללים לאמץ, מתמרצת את הפרופסיה ואת הגופים הסטטוטוריים להעלות את איכות כללי האתיקה ואת נטרצות טיפולם בשאלות אתיות אמיתיות (ולא רק באתיקתה או בשמירה על המעמד של הגילדה). גם אם שר המשפטים בפועל מאשר את הכללים לדוגמא או הכללים שמוצעים לו, והפונקציה שלו כמתקין הכללים דומה בסופו של דבר לפונקציה שלו כמאשר כללים (במקרה של עורכי הדין), התוצאה במקרה של רואי החשבון שונה מאישור כללי האתיקה המקצועית של עורכי הדין המתרחב על פי חוק. חובת ההתייעצות עם לשכת רואי החשבון, המייצגת אינטרסים רחבים מאלו של רואי החשבון, מביאה לוויכוחים בין הלשכה למועצה, והניגוד לתפקיד יותר אינסטרומנטלי של השר, ולהתחשבות בשיקולים רחבים יותר מהשיקולים הצרים של הפרופסיה.

44 ראו סעיף 47 לחוק הפסיכולוגים, תשל"ז–1977.

45 ראו סעיף 3 לחוק המהנדסים והאדריכלים, תשי"ח–1958. השוו להסדרים של אותן פרופסיות בבלגיה, אם כי שם לרופאים ולאדריכלים יש אוטונומיה מונופוליסטית, שבתחומים מסוימים היא אף נוחבת יותר מזו של עורכי הדין. לפירוט ראו Roger Van den Bergh & Michael Faure, "Self Regulation of the Professions in Belgium," 11 *Int'l Rev. L. & Econ.* 165 (1991).

46 חובות התייעצות קיימות באשר לקביעת בחינות הדיון ובחינות מתמחים על פי סעיפים 4 ו־217ב

nevo.co.il

רישיון לעסוק במקצוע, שיפוט משמעתי ויציקת תוכן לכללי האתיקה – מסורות כמעט באופן בלעדי לשר הבריאות ולמנהל משרדו,[47] עם אפשרות ערעור לבית המשפט העליון בענייני משמעת או לבית המשפט המחוזי בנוגע לאי מתן רישיון או לביטולו. נמצא, שלפרופסיה הרפואית אין כמעט כל אוטונומיה בהסדרת ענייניה.[48]

בין אם נסתכל על מבנה הפרופסיות בישראל דרך מידת העצמאות הקיימת לארגונים המקצועיים של חבריהן, בין אם נסתכל עליהן דרך משקפי הרישוי או שערי הכניסה לשורותיהן, ובין אם נסתכל עליהן באספקלריה של כללי האתיקה, הדין המשמעתי והאפשרות להרחקת חברים[49] – אין בארץ פרופסיה מקצועית בעלת אוטונומיה וסמכויות נרחבות כמו הפרופסיה המשפטית.

ההסדר הייחודי של עורכי הדין נובע, כך נטען, מהחשיבות המיוחדת שמייחסים המחוקק והציבור למקצוע, לדרך תפקודם של עורכי דין ולמעמדם.[50] ביתר פירוט נטען, כי מכיוון שרוב השופטים באים משורות עורכי הדין, וכדי שיהיה מעמד מכובד לשופטים ולמערכת המשפט, הכרחי שמעמד זה יהיה מנת חלקה של כל קהיליית עורכי הדין. בהמשך לכך, המעמד המכובד מחייב אוטונומיה ייחודית. זאת ועוד: נטען כי תפקוד

לחוק; קביעת דרגות מומחה – על פי סעיף 17 לחוק, והליכים נוספים בדרך לקבלת רישיון עיסוק ברפואה.

47 בעבירות אתיקה או רשלנות שאינה עולה כדי גרימת מוות רשאי הרופא הנילון להתגונן בפני ועדה, שחבריה הם מנהל המשרד ואנשים אחרים שמינה השר, וכן נציג היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 44). עבירות רשלנות שגרמו מוות נדונות בפני ועדה בת שלושה חברים, אחד מהם רופא שממנה מנהל משרד הבריאות מתוך רשימה שמגישה לו ההסתדרות הרפואית (סעיף 44א). הרכב בתי הדין המשמעתיים שונה, על כן, באופן משמעותי ביותר מהרכב בתי הדין המשמעתיים של לשכת עורכי הדין.

48 הסדרים דומים קיימים לגבי רופאי שיניים על פי פקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט–1979, ולגבי רופאים וטרינרים על פי חוק הרופאים הווטרינרים, התשנ"א–1991.

49 למרות ששירות המדינה אינו פרופסיה בדומה למקצועות שנסקרו כאן, יש מקום להשוואת ההליך המשמעתי של עובדי המדינה לזה של עורכי הדין. בבתי הדין המשמעתיים של שירות המדינה יושבים במותב שלושה חברים: אחד מהם משפטן הכשיר לשמש שופט שלום, על פי רשימה שערך שר המשפטים; השני נבחר מתוך רשימה שערך נציב שירות המדינה; והשלישי – מתוך רשימה שערך וארגון המייצג את המספר הגדול ביותר של עובדי המדינה. ראו חוק שירות המדינה (משמעת), תשכ"ג–1963, סעיפים 3–6.

50 ראו, למשל, את דבריו של יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, זרח ורהפטיג, בהציגו את החוק לפני הקריאה השנייה בכנסת, ד"כ 31 (תשכ"א) 1926–1927. נשיא בית המשפט העליון לשעבר, מאיר שמגר, כתב בהקשר זה כי: "מחובתו של מקצוע עריכת הדין לסייע בהחדרתה ובהפצתה ברבים של הבנת החוק ושל עקרונות משפטיים. מעבר לכל הייתי מצפה שנהגם ואורחותיהם של עורכי הדין (בניהול מוסדותיהם הסטטוטוריים) יהיו מופת לכיבוד התחייבויות ולכללי התנהגות המקדמים את האמון והדדי; בכך יתרמו לציבור הרחב לא רק על ידי הידע המקצועי המיוחד שרכשו, אלא גם על ידי העברתן אל כלל האזרחים, של נורמות השאובות מהאתיקה, הזיבות להיות נכסי צאן ברזל של מקצוע המשפטנים". ראו בג"צ 107/75 **סיעת נאמני המקצוע נ' ועדת הבחירות**, פ"ד כט(2) 713, 717.

המערכת המשפטית תלוי בעורכי הדין שמביאים את הראיות לבתי המשפט ומשמיעים את הטיעונים, ובשיטת משפט אדברסרית בתי המשפט מקבלים חלק גדול מדברי עורכי הדין ללא בדיקה. תפקוד מערכת המשפט, ממשיך קו טיעון זה, תלוי באיכות וברמה המוסרית של עורכי הדין. זו תהיה גבוהה יותר אם יינתן לארגון המקצועי שלהם מונופול אוטונומי.[51]

אם סיבות אלו היו מוצדקות, היינו מצפים למצוא את ייחודיות המונופול האוטונומי של הסדרת הפרופסיה המשפטית גם במדינות אחרות, ובפרט בארצות המשפט המקובל, שבהן הקשר בין הפרופסיה למקצוע השפיטה הדוק כמו בארץ (שופטים באים לרוב מקרב עורכי הדין), והשיטה האדברסרית מייעדת לעורכי הדין, בין השאר, תפקיד של officer of the court. תת הפרק הבא יראה שלא זה המצב, ושההסדר הישראלי הוא חסר תקדים בהשוואה להסדרת הפרופסיה המשפטית בארצות אחרות.

4. השוואת ההסדרה המוסדית של עריכת הדין בישראל להסדרה המוסדית של עריכת הדין במדינות אחרות

ההסדר הישראלי הוא, כאמור, כמעט חסר תקדים גם בפרספקטיבה השוואתית, הן באשר להיקף המונופול של המקצוע והן באשר לאוטונומיה של ארגונו – וביתר שאת, באשר לשילוב ביניהם. להלן כמה נתונים על ההסדרים המקבילים בארצות אחרות.

(א) אנגליה

המונופול של עורכי הדין מצומצם יותר מאשר בארץ בגלל החלוקה המסורתית של המקצוע לשניים – solicitors (המבצעים את כל העבודה המשפטית למעט הופעה וטיעון בבתי משפט), ו־barristers (שתפקידם הייחד הוא לטעון בבית המשפט). שני תתי־המקצוע מוסדרים מוסדית באופן נפרד ושונה. לאחרונה נערכה רפורמה שהרחיבה את תחומי הפעילות של ה־solicitors ויצרה יותר סמכויות מקבילות – דהיינו: פעולות שהן ה־solicitors והן ה־barristers מוסמכים לבצען (בעיקר אמור הדבר בהופעה בפני ערכאות נמוכות). מצב זה מגביר, בנוסף להסדרה המוסדית הנפרדת, את התחרות בין שני תתי המקצועות ומקטין את המונופול שלהם.

ה־barristers חייבים להשתייך לאחד מארבעה inns of court, שלכל אחד מהם מערכת מסורות וכללים משלו. לכן ניתן לומר, כי גם במסגרת תת־מקצוע זה יש מידה מסוימת של תחרות בין מסגרות ארגוניות שונות.[52]

ה־solicitors מאוגדים ב־Law Society, שהחברות בה – בניגוד למצב בארץ – היא

51 טיעונים של השופט קלינג במסגרת הדצאות בקודסי את־יקה מקצועית.

52 עם זאת, בשנת 1966 הוקם סנאט המ־צג את כל ארבעת ה־Inns of Court, ומשנת 1987 החלטותיו של סנאט זה הן מחייבות.

על בסיס וולונטרי (בשנת 1974 בוטלה הוראה משנת 1957, שקבעה כי החברות ב־Law Society היא תנאי לעיסוק במקצוע).[53] גם אלמנט זה מחליש את הכוח המונופוליסטי של הארגון הפרופסיונלי ובעקיפין גם את האוטונומיה שלו. אף שה־Law Society מחויבת בשמירה של רשימת עורכי הדין, ההחלטה מי ייכלל ברשימה מסורה ל־Master of the Rolls (השופט שעומד בראש בית המשפט לערעורים – Court of Appeal, בית המשפט העליון באנגליה והשני בהיררכיית בתי המשפט בבריטניה). בידיו גם נתונה הסמכות לאשר את כללי ההתנהגות של עורכי הדין שמתקינה ה־Law Society. מעורבותו של ה־Master of the Rolls בניהול ענייני הארגון המקצועי מחלישה באופן משמעותי את האוטונומיה שלו, מה גם שבהיותו שופט בערכאה גבוהה הוא בא דווקא משורות ה־barristers ולא משורות ה־solicitors.

בדומה, יש לשופטי ה־High Court of Justice תפקיד מרכזי בעיצוב כללי האתיקה של ה־barristers, במסגרת המטורת שעל פיה נקבעים כללי האתיקה כדי להציב דרישות סף למתן הזכות להישמע בבית המשפט.[54] ב־1990 הקימה ממשלת בריטניה גוף נוסף – שמרבית חבריו אינם עורכי דין – שתפקידו לפקח חיצונית על הסטנדרטים של החינוך המשפטי, על ההכשרה המקצועית ועל התנהגותם של ספקי השירותים המשפטיים;[55] כן כולל פיקוח זה מעורבות בהליך התקנת כללי האתיקה. גם בהליך המשמעתי עצמו משתתפים עורכי דין, פונקציונרים מהפרופסיה, לצד נציגי ציבור שונים.[56]

אשר להיקף המונופול המקצועי, ייחוד המקצוע באנגליה חל, כמו אצלנו, על ייצוג בבתי משפט ועל הכנת מסמכים משפטיים מסוימים, אך בניגוד למצב בארץ הוא אינו כולל ייעוץ משפטי.[57] כמו כן, בסוף שנות ה־80 איבדו עורכי הדין באנגליה גם את המונופול שהיה להם על עריכת עסקאות במקרקעין. הפרלמנט, למרות התנגדות נמרצת של ה־Law Society, חוקק חוק שהסדיר מתן רשיונות לייצוג בעסקאות מסוג זה לא רק

53 למעשה, כבר בשנת 1964 קם ארגון מתחרה – British Legal Association – ששם לו למטרה לייצג את האינטרסים של עורכי דין צעירים ומהפרובינציה. ראו A. Ogus, "Regulation of the Legal Profession in England and Wales," in *Regulation of Professions – A Law and Economics Approach to the Regulation of Attorneys and Physicians in the US, Belgium, The Netherlands, Germany and the UK* 307 (Michael Faure, Jórg Finsinger, Jacques Siegers & Roger Van den Bergh eds., 1993) (hereinafter: *Regulation of Professions*).

54 שם, בעמ' 308.

55 The Lord Chancellor's Advisory Committee on Legal Education שהוקמה על ידי ה־Courts and Legal Services Act 1990, s. 20(1).

56 ראו Ogus, הערה 53 לעיל, בעמ' 314.

57 ראו סקירתם של Edwin Godfrey & Anne Damerell, "England and Wales," in *Law Without Frontiers: A Comparative Survey of the Rules of Professional Ethics Applicable to Cross-Border Practice of Law* 51, 53-54 (Edwin Godfrey ed., 1995) (hereinafter: *Law Without Frontiers*).

nevo.co.il

לעורכי דין.[58] מהלך חקיקתי נוסף, שהחל בשנת 1990, מכוון לצמצם עוד יותר את היקף המונופול על השירותים המשפטיים שיש לעורכי הדין באנגליה.[59]

הבדל בולט נוסף הקשור לייחוד הייצוג נוגע לזכות הפעולה של עורכי דין זרים. כפי שראינו, פעילותם של עורכי דין זרים בארץ אסורה כמעט לחלוטין, והחריגים המעטים שקיימים בחוק פורשו בצמצום רב על ידי בתי המשפט.[60] באנגליה, מכיוון שייחוד המקצוע לא כולל ייעוץ משפטי, עורך דין זר יכול לפתוח משרד ולתת ייעוץ משפטי. עורך דין כזה מנוע מלפעול במסגרת הפעולות שיוחדו למקצוע, אלא אם יוכשר כ־solicitor, אך הכשרה כזו אפשרית גם למי שאינו תושב אנגליה (לעומת זאת, בישראל פתוח המקצוע רק לתושביה).[61] נוסף על כך, עורכי דין שהם אזרחים באחת ממדינות האיחוד האירופי, רשאים – בהתאם לדירקטיבות של האיחוד האירופי – לייצג ולהופיע בבתי המשפט באנגליה, אף אם לא הוכשרו כ־solicitor, בתנאי שהם פועלים בשיתוף פעולה עם עורך דין אנגלי המוסמך להופיע בפני אותו בית משפט.[62]

בעקבות חוק השירותים המשפטיים החדש משנת 1990 שינו גם ה־Law Society וגם ה־Bar האנגליים את הכללים העוסקים בהגבלות על עורכי דין. כך, למשל, בוטל האיסור המוחלט על פרסומת ופרסום,[63] והוקלו הכללים הקובעים את צורות ההתאגדות המותרות של עורכי הדין,[64] לסיכום: בהשוואה להסדרת מקצוע עריכת הדין בארץ, האלמנטים המונופוליסטיים מצומצמים יותר באנגליה, וכך גם האוטונומיה של הארגונים המקצועיים ומוסדותיהם.[65]

58 בעקבות החוק חלה ירידה דרמטית בשכר הטרחה עבור עסקאות אלה. ראו Ogus, הערה 53 לעיל, בעמ' 322. בין 35 ל־60 אחוז מהכנסות עורכי הדין (האחוז הנמוך יותר עבור שותפויות גדולות והאחוז הגבוה עבור עורכי דין ללא שותפים) לפני השינוי היו מעסקאות אלו, כך שהחלט לא מדובר בחקיקה בעניין שולי מבחינת עורכי הדין.

59 שם, בעמ' 310.

60 מדובר בעיקר על החריג שבסעיף 23 לחוק. ראו הטקסט שליד הערות 15–17 לעיל.

61 ראו סעיף 42 לחוק.

62 Godfrey & Damerell, הערה 57 לעיל, בעמ' 68–70.

63 לדיון על משמעות איסור פרסומת במסגרת הכללית של הפרופסיה הפועלת לטובת חבריה ראו פרק ג.3 למאמר.

64 Ogus, הערה 53 לעיל, בעמ' 311–313.

65 חלק גדול מהרפורמות באנגליה היו תוצאה מתקופת כהונתו של Lord Mackay כ־Lord Chancellor (שר המשפטים). Mackay, שמונה בשנת 1988, היה משפטן סקוטי שמידת "נאמנותו" לעורכי הדין באנגליה הייתה קטנה מזו של קודמיו. החקיקה של 1990 – שנחשבה לשינוי רדיקלי ביותר, המכוון לעודד תחרות ולהקטין את כוחם של ארגונים פרופסיונלים להגן על פרנסתם – הייתה בסופו של דבר קצונית פחות מהצעת החוק של השר. ראו שם, בעמ' 329.

(ב) בלגיה

בדומה לאנגליה ובניגוד לארץ, ההסדרים בבלגיה מאופיינים בריבוי מסגרות המחליש את המונופול של הפרופסיה.[66] ההשתייכות המוסדית של עורכי הדין בבלגיה היא על בסיס לשכות מקומיות ולא לשכה ארצית, וההחלטה על קבלת רישיון מותנית בקבלה לאחת מהלשכות הללו. זאת, נוסף על התנאים הקבועים בחוק לקבלת רישיון, ביניהם חובת טיפול פרו־בונו (בהתנדבות) בהיקף שעות נרחב ובהגשת דוחות על תיקים אלו.[67] בצד עורכי הדין קיימת פרופסיה נפרדת של נוטריונים, המאורגנים בנפרד. היקף השירותים שעליהם הם מופקדים רחב למדי, והוא כולל העברות בעלות, צוואות, אישור חתימות ועוד. ייעוץ משפטי בחברות הוא מקצוע נפרד נוסף, המאוגד ומאורגן בנפרד. ריבוי המסגרות הנ"ל (איגוד־פרופסיונליות ואינטרה־פרופסיונליות) מעודד תחרות ומהווה גורם אנטי־מונופוליסטי בכל הנוגע לאספקת שירותים משפטיים.

בעבר התנגדו לשכות עורכי הדין בבלגיה באופן נמרץ לפרסומת עצמית של עורכי דין, אך בשנים האחרונות מותנו כללים אלו באופן ניכר.[68] לעומת זאת, הכללים המגבילים תחרות בנושא שכר הטרחה עודם נוקשים.[69]

אשר להיקף המונופול המקצועי, ייחוד מקצוע עריכת הדין קיים רק בנוגע לייצוג בבתי המשפט (וגם לכך יש חריגים).[70] כל עוד עורך דין זר אינו פותח משרד בבלגיה הוא רשאי לתת ייעוץ משפטי, אך אסור לו להשתמש בתואר avocate. לעורך דין ממדינה החברה באיחוד האירופי מותר גם להופיע בבתי המשפט המקומיים, בתנאי שהוא מלווה בעורך דין בלגי ושהוצג בפני ראש הלשכה ונשיא בית המשפט. במקרה כזה כפוף עורך הדין הזר לכללי האתיקה המקומיים.[71] המסקנה היא, אם כן, שגם בבלגיה קיימים

66 ראו סקירתו של Roel Nieudorp. "Belgium," in *Law Without Frontiers*, הערה 57 לעיל, בעמ' 28. וכן Van den Bergh & Faure, הערה 45 לעיל.

67 קבלת רשיון לעסוק בעריכת דין מותנית גם באזרחות בלגית או באזרחות של אחת ממדינות האיחוד האירופי, תואר במשפטים, שבועה, תקופת התמחות של בין שלוש לחמש שנים ולימודים בקודם של הלשכה, בחינות, וכאמור – קבלה לאחת מהתאגדויות עורכי דין. אין הליך שיעור על סירוב לקבל חבר ללשכה. ראו Michael G. Faure, "Regulation of Attorneys in Belgium," in *Regulation of Professions*, הערה 53 לעיל, בעמ' 89.

68 שם, בעמ' 96.

69 ראו Van den Bergh & Faure, הערה 45 לעיל, בעמ' 168–170.

70 Godfrey & Damerell, הערה 57 לעיל, בעמ' 30; Van den Bergh & Faure, הערה 45 לעיל, בעמ' 167. עורכי הדין ביקשו להרחיב את המונופול שלהם כך שיכלול גם ייעוץ משפטי, והצעה ברוח זו הונחה על שולחן הפרלמנט בשנת 1974, אך היא נדחתה. ראו Faure, הערה 67 לעיל, בעמ' 94.

71 Godfrey & Damerell, הערה 57 לעיל, בעמ' 37–41.

nevo.co.il

פחות אלמנטים מונופוליסטיים ופחות אלמנטים אוטונומיים בהסדרת המקצוע מאשר בישראל.[72]

(ג) הולנד[73]

המבנה הסטטוטורי של לשכת עורכי בהולנד דומה לזה שבישראל – כלומר: לשכה מרכזית אחת, הכוללת רשות מחוקקת, רשות מבצעת ומחוזות גאוגרפיים.[74] עם זאת ללשכה ההולנדית פחות אוטונומיה מאשר ללשכה הישראלית. כך, למשל, בבתי הדין המשמעתיים מכהנים בצד עורכי דין שנבחרו על ידי מוסדות הלשכה גם שופטים ממערכת בתי המשפט, הממונים על ידי שר המשפטים. דיני האתיקה שמתקינה הלשכה אינם מחייבים את בתי הדין המשמעתיים, ועובדה זו יוצרת תמריץ ללשכה להתחשב באינטרסים חברתיים נרחבים יותר במסגרת כללי האתיקה.[75] באופן זה שונו בשנים האחרונות הכללים האוסרים פרסום ופרסומת עצמית, וכיום – למעט כמה מגבלות – הם מותרים (כולל ציון תעריפים ותחומי מומחיות). אחד הפרקים המרכזיים בקוד האתי עוסק בשכר טרחה. השכר מוכתב בדקדקנות ומחושב על פי שעות העבודה, מידת מומחיותו של עורך הדין ופרמטרים נוספים, יש איסור על גביית שכר טרחה כאחוז מהתביעה.[76]

לא רק האוטונומיה של עורכי הדין אלא גם המונופול שלהם מצומצם יותר מאשר בישראל. הוא מוגבל לייצוג בבתי המשפט (וגם במסגרת זו יש הבחנה בין שני תתי־מקצועות – advocaten ו־procureurs, ובצד עורכי הדין קיימות פרופסיות אחרות העוסקות בייעוץ משפטי ובשירותים משפטיים אחרים.[77] כמו במדינות אחרות של האיחוד האירופי, עריכת דין (כולל ייצוג בבתי משפט) אינה מוגבלת לחברי הלשכה ההולנדית, והיא פתוחה – בתנאים מסוימים – לכלל עורכי הדין של ארצות האיחוד. במחקר השוואתי שכלל את ארצות־הברית, בלגיה, גרמניה, אנגליה והולנד נמצא כי

72 לפרופסיה הרפואית בבלגיה יש אוטונומיה ומונופולין נרחבים יותר מאלו של עורכי הדין. ראו Van den Bergh & Faure, הערה 45 לעיל, בעמ' 168.

73 הסקירה מתבססת על Kees Hellingman, "An Economic Analysis of the Regulation of Lawyers in the Netherlands," in *Regulation of Professions*, הערה 53 לעיל, בעמ' 147.

74 הלשכה הינה גוף סטטוטורי שחוקם לפי הוראות החוקה הדנית בגופים ציבוריים לארגון פרופסיות ועסקים. ראו שם, בעמ' 150.

75 שם, בעמ' 152, 164. המחבר עשה גם בדיקה סטטיסטית של נושאי סתבי האישום ותוצאותיהם, ומסקנותיו הן שהעילה המסורתית לפתיחת הליכים כנגד עורכי דין הינה אינטרס הציבור ולא אינטרס סקטוריאלי. שם, בעמ' 172. מסקנה זו מתיישבת עם מתכונת איוש בתי הדין המשמעתיים.

76 לפירוט ראו שם, בעמ' 167–169. למרות התערוך האחיד, הכנסות עורכי הדין שונות משמעותית זו מזו ונעות בין פחות משכר מינימום להכנסת עתק. שם, בעמ' 183.

77 שם, בעמ' 153.

מידת המעורבות המרכזית בשוק השירותים המשפטיים בהולנד היא הנמוכה ביותר מבין ארצות אלה, וכי שוק זה יעיל יותר ממקביליו בארצות האחרות.[78]

(ד) איטליה

בדומה לאנגליה, מונופול עורכי הדין באיטליה חלש מעצם חלוקתה של הפרופסיה לשני מקצועות – procuratori, העוסקים בייעוץ משפטי, ו־avvocati, המופקדים על הופעה בבתי המשפט – וכתוצאה מהאוטונומיה היחסית ממנה נהנים הארגונים המקומיים של המקצועות הללו.[79] הסדרה זו, בחקיקה משנת 1933, קובעת שכדי לפעול כ־procuratori צריך להיות אזרח איטלקי בעל עבר נקי והתנהגות מכובדת, לסיים בהצלחה תואר במשפטים, להתמחות במשך שנתיים לפחות ולעבור בחינה ממשלתית בעל פה ובכתב. כדי לעבוד כ־avvocati צריך ניסיון של שש שנות עבודה כ־procuratori, או ניסיון של שנתיים ועמידה בבחינות נוספות. כדי להופיע בבתי המשפט העליונים דרוש ניסיון של שמונה שנים כ־avvocati וחברות ב־albo, הוא הגוף המאגד את עורכי הדין הבכירים במדינה. נוטריונות היא מקצוע נפרד.

אשר להיקף המונופול המקצועי, קיימות אמנם הוראות בדבר ייחוד המקצוע, אך בעקבות חקיקה משנת 1982 רשאים עורכי דין מארצות האיחוד האירופי לפעול באיטליה, על בסיס זמני, תחת הכותרת של תוארם המקורי, בכפיפות לכללי האתיקה הנהוגים באיטליה ולאחר רישום במחוז הרלבנטי. זרים לא יכולים לפתוח משרד עורכי דין ואסור להם לפעול באיטליה על בסיס מתמשך,[80] אך מותרות שותפויות בינלאומיות, כמו גם שותפויות בין־תחומיות.

(ה) ארצות־הברית

נתון הפתיחה בארצות־הברית עדיף על המצב בישראל הן מבחינת המונופוליזם מול תחרות חופשית, והן מבחינת מידת האוטונומיה של הפרופסיה: ההסדרים האמריקניים הם מדינתיים, ובכל מדינה קיימת מתכונת אחרת באשר למבנה המקצוע והסדרתו בחקיקה.[81] הארגון הלאומי של עורכי הדין – American Bar Association (ABA) – הוא ארגון שהחברות בו וולונטרית. הוא מפרסם כללי אתיקה לדוגמא,[82] אך הפרסום הוא

78 Jórg Finsinger, "Attorneys: Summary of the Cross National Comparison," in *Regulation of Professions*, העוזה 53 לעיל, בעמ' 359.

79 ראו סקירתו של Majda Barazzuttu, "Italy," in *Law Without Frontiers*, העוזה 57 לעיל, בעמ' 94.

80 שם, בעמ' 101–102.

81 ראו סקירתו של Thomas B. Morris, "The United States of America," in *Law Without Frontiers*, העוזה 57 לעיל, בעמ' 152.

82 כבר בשנת 1908 פרסמו ה־Cannons of Professional Ethics. בשנת 1969 הוחלפו הקנונים

בגדר הצעה למדינות והן רשאיות לאמצו במלואו או בחלקו. נכון להיום, ה־Model Rules of Professional Conduct, שפורסם בשנת 1983, אומץ (במלואו או בשינויים קלים) בכשני־שלישים מהמדינות. האצלת ההסדרה המוסדית של עריכת הדין למדינות הביאה להחלשה משמעותית של כל ההיבטים המונופוליסטיים של ארגוני עורכי הדין, ולתחרות בריאה ביניהם לבין ההסדרים הממסדיים השונים. קיימות גם התאגדויות פדרליות אלטרנטיביות ל־ABA: בחלק מהמדינות התברות בלשכת עורכי הדין המקומית היא תנאי לעיסוק בפרקטיקה, מה שמכונה integrated bar; במדינות אחרות החברות בלשכת עורכי הדין היא וולונטרית. בשני המקרים אין ללשכות עורכי הדין אוטונומיה מוחלטת להסדרת תנאי הרישיון ולהתקנת כללי האתיקה. בהסדרה זו מעורבים גם המחוקק ובית המשפט העליון של המדינה.

אשר להיקף המונופול המקצועי, ברוב המדינות קיימות הוראות בנוגע לייחוד המקצוע,[83] והפרקטיקה המשפטית אפשרית רק לאחר עמידה בבחינות הלשכה וקבלת תואר במשפטים ממוסד אקדמי אמריקני. יש מדינות שמאפשרות גם לבעלי תואר ממדינות אחרות להיבחן בבחינות הלשכה, וחלק גדול מהמדינות מעניקות לעורכי דין ממדינות אחרות בתוך ארצות־הברית אישור לעבוד גם ללא מבחן, על בסיס ניסיון. במדינת ניו־יורק קיים הסדר דומה אפילו לעורכי דין זרים מארצות ה־Common Law. על אף ייחוד הייצוג, חלק גדול מהמדינות מתירות לעורכי דין ממדינות אחרות – או אפילו לעורכי דין מארצות אחרות – להופיע בבית משפט באופן חד־פעמי (לעתים בלווי עורך דין מקומי). בניו־יורק, עורך דין זר אף רשאי לפתוח משרד לייעוץ משפטי, בתנאי שהייעוץ מוגבל לדיני מדינת מוצאו. ברוב המדינות מותרות שותפויות בינלאומיות, ואילו שותפויות עם דיסציפלינות אחרות – אסורות.[84]

5. סיכום ביניים

ניתן לסכם את התובנה הראשונה של מאמר זה בכך שההסדרה המקצועית של עריכת הדין בישראל היא חסרת תקדים מבחינת מידת האוטונומיה של לשכת עורכי הדין ומבחינת היקף המונופול שיש לה על השירותים המשפטיים בארץ, הן בהשוואה לפרופסיות אחרות בישראל והן בהשוואה למקצוע עריכת הדין בארצות אחרות.[85] מעבר

ב־Model Code of Professional Responsibility, ואלו הוחלפו בשנת 1983 בכללים הטכניים – ה־Model Rules of Professional Conduct.

83 Morris, העוה 81 לעיל, בעמ' 155.

84 ה־District of Columbia הוא יוצא חופן בנוגע לשותפויות בין־תחומיות. שם, בעמ' 164.

85 לנתונים השוואתיים על היקף המונופול של הפרופסיה המשפטית בארצות נוספות ראו Richard L. Abel, "Comparative Sociology of Legal Professions," 105, 108-110 in 3 *Lawyers in Society* (Richard L. Abel & Philip S. C. Lewis eds., 1989) (hereinafter: *Lawyers in Society*).

nevo.co.il

לרטוריקה שמנסה לתרץ מעמד ייחודי זה,[86] ומעבר להיסטוריה של הפרופסיה כפי שהתפתחה בתקופת המנדט בהשראה אנגלית,[87] ניתן לייחס את המעמד הסטטוטורי חסר־התקדים של הפרופסיה המשפטית בישראל לכמה גורמים. ראשית, עורכי הדין נהנים מלובי חזק בכנסת, שבין השאר נובע מכך שרבים מחברי הכנסת הם בעצמם עורכי דין.[88] מצב זה אמנם אינו ייחודי למדינת ישראל,[89] אך כזכור, ערב חקיקת חוק הלשכה כרבע מעורכי הדין לא השתייכו להסתדרות עורכי הדין, והנהגת הפרופסיה חשה צורך דחוף לשנות את המצב ולהביא לכך שעורכי הדין יהיו חייבים להיות חברי הלשכה. הייתה זו סיבה טובה ודחופה דיה כדי לשנע את הלובי הטבעי הזה, אולי בצורה נמרצת יותר מאשר בארצות אחרות. את הפירות הכלכליים מחקיקת החוק יש לנתח בשילוב עם פירות סוציו־תרבותיים: החוק תורם לכבודם של המקצוע ושל העוסקים בו, ומקנה להם תחושת אליטה. האוטונומיה להתקנת כללי האתיקה במקרה זה היא חלק מהבנייה של סטטוס חברתי גבוה, והכללים יכולים להוות אחד מכלי השמירה של אותו סטטוס.[90]

שנית, התקופה שבה נחקק חוק לשכת עורכי הדין היתה תקופה עם אתוס של בניית מוסדות המדינה. מהרטוריקה של הדיונים בכנסת עולה,[91] כי הקמת לשכת עורכי הדין נתפסה כחלק מפרויקט זה, וכריאקציה להסדרים המנדטוריים שהיו בתוקף עד אז. התעסקותו הפרטנית של החוק במוסדות הלשכה, ברשויותיה השונות, בהליכי הבחירות בה וכיוצא באלה ניתנת לפירוש על רקע זה של "הנאה" וסיפוק מהעיסוק בבנייתם של מוסדות חדשים, עצמאיים ומעין־ממלכתיים.

חשוב לציין, שחוק לשכת עורכי הדין נחקק על אף שברקע כבר נמתחה ביקורת חריפה על עורכי הדין בישראל, על הרמה האתית שלהם ועל הניסיונות לחזק את הגילדה. ביקורת זו הוטחה עוד בשנות ה־50', בין השאר על ידי שרי המשפטים פנחס

86 ראו הטקסט לד העדות 51–52 לעיל.

87 לפירוט נוסף ראו פרק ה.

88 בכנסת הרביעית, שבה נחקק חוק לשכת עורכי הדין, יותר מרבע מחברי הכנסת היו בעלי השכלה משפטית (כ־20 חברי כנסת בעלי תואר מוסמך במשפטים, וכ־20 עבדו בפועל כעורכי דין. מספרים אלו תופפים חלקית). בכנסת הנוכחית (ה־15), קצת יותר מ־20 אחוז מחברי הכנסת הם בעלי השכלה משפטית (הנתונים נלקחו מאתר האינטרנט של הכנסת).

89 באנגליה, למשל, כ־20 אחוז מחברי הפרלמנט הם בעלי השכלה משפטית. ראו Ogus, העדה 53 לעיל, בעמ' 328. על הסטטיסטיקות בארצות אחרות ראו Abel, העדה 85 לעיל, בעמ' 105. לסקירות ספורות על דרגת הייצוג של הפרופסיה המשפטית בפרלמנטים שונים ותמודות בה ראו גם Philip S. C. Lewis, "Comparison and Change in the Study of legal Professions," in *Lawyers in Society*, העדה 85 לעיל, בעמ' 27–79, בעיקר בעמ' 37–40.

90 לפירוט נוסף ראו פרק ה להלן.

91 ראה למשל, דבריו של חבר הכנסת זרח ורהפטיג: "אולם זו הפעם הראשונה מוגש לכנסת לאישור... סופי, חוק מקיף, הבא לא רק להסדיר בעיותיו וארגונו של מקצוע חפשי מהחשובים ביותר שבמדינה, אלא גם להעניק לארגון של אנשי מקצוע זה במידה רחבה מאד סמכות פנימית־אוטונומית לתסדר עניני המקצוע ויחסי חברי הארגון", בד"כ 31 (תשכ"א) 1926.

רוזן ודב יוסף על חלקם הזעום של עורכי הדין בפרויקט החקיקה החדשה לאחר קום המדינה, ועל ידי היועץ המשפטי לממשלה חיים כהן על רמת הדיון והפוליטיזציה של מוסדות הלשכה.[92] ביקורת נוקבת אף יותר ליוותה את שלבי החקיקה, עת יצא למשל השופט חיים כהן נגד הרמה האתית של עורכי הדין;[93] אפילו חלק מחברי הכנסת שהתבטאו בקשר לחוק הזהירו מפני "יצירת קורפורציות או סינדיקאטים של מקצועות... זה פוגע בעקרון של חופש ההתאגדות",[94] "חיקוי הגילדות של ימי הביניים"[95] ו"ריח של צאריזם".[96] למרות דברים אלו ולמרות הודאתו של ד"ר רוטנשטרייך – מי שעתיד היה להיות יושב הראש הראשון של הלשכה – כי "יש תופעות שאני רואה אותן בעצב, בתחום ההגינות, בתחום הציבורי, בדימוי. לא כל עורכי הדין מילאו את הציפיות שתלינו בהם, אך אלה פני החברה",[97] אושר חוק לשכת עורכי הדין ללא כל התנגדויות.[98]

92 ראו שמרסמן, הערה 5 לעיל, בעמ' 180.

93 שם, בעמ' 194.

94 דברים של חבר הכנסת אליהו מרידור בדיון על הקריאה הראשונה לחוק, ד"כ 28 (תש"ך) עמ' 154.

95 כך מפי חבר הכנסת גדעון בן־ישראל, שם, בעמ' 157.

96 מפי חבר הכנסת זרח ורהפטיג, שם בעמ' 158–159.

97 בתגובה לאותרתו של פנחס רוזן, שלפיה "יבוא יום ואתה תצטער שהקמת את הגולם הזה". שם, בעמ' 267.

98 בתגובה להרצאה שנשאתי בכנס באוניברסיטת חיפה על "אתיקה, אסתטיקה ומשפט" בחודש מרץ 1999, המבוססת על מאמר זה, פרסם יושב ראש ועדת האתיקה של הלשכה, עו"ד ד"ר מתי עצמון את הדשימה "האם לשכת עורכי הדין היא 'גילדה'", הלשכה – ביטאון לשכת עורכי הדין, תועד המחוזי, ירושלים 48 (תשנ"ט) 14. בין השאר נכתב שם: "בהמשך, השבתי כי מי שטוען כי לשכת עורכי הדין היא 'גילדה' ותומך יתדות טענותיו על סעיפי החוק והכללים העוסקים באתיקה, כנראה שאינו מבין את מהות הוראות התוק, בנושא אתיקה, המפורטים בחוק ובכללים. 'גילדה' היא התאגדות של מחזרים או בעלי מלאכה להסדרת ענייניהם המקצועיים. הם משלמים מס חבר ובעיקר הם חואגים ושומרים האחד על רעהו. המייחד את הגילדה הוא שאין על חברה פיקוח, זולת הפיקוח שלהם עצמם והם קובעים לעצמם את הסיקים והכללים. מאידך גיסא, חוק לשכת עורכי הדין נתקבל על ידי הגוף המחוקק של מדינת ישראל. הוא נתקבל כמו כל חוק אחר ולכן גם מחייב ככל חוק אחר. לא חברי הלשכה קבעו לעצמם את הסעיפים המחייבים בנושא אתיקה, אלא המחוקק". שם, בעמ' 14. הגדרתו של ד"ר עצמון את המושג "גילדה" קולעת למה שתיארתי בפרק זה כמאפיין את לשכת עורכי הדין בישראל – גוף שבעיקר שומר על האינטרסים של חבריו ושאין עליו כמעט פיקוח חיצוני. אכן הסדר הלשכה מצוי בחקיקה, אך זו הייתה ביוזמת הפרופסיה הזועבה בעזרת נציגיה בכנסת. יתר על כן: החוק מספק סמכות נורמטיבי איתן יותר למעמד הגילדה, ובו בזמן מאציל למוסדותיה סמכויות נרחבות של רגולציה ואכיפה. בפרקים הבאים אנסה להראות כי פעילות הלשכה, הן במסגרת התקנות שהתקינה והן במסגרות אחרות, אכן מכוונת ובראש ובראשונה לטובת האינטרסים של חבריה, וכי גם מסגרות הפיקוח החיצוני המועט שקבע החוק לא הופעלו כדי למנוע פעילות זו.

nevo.co.il

6. הסדרת מקצוע עריכת הדין בישראל בפרספקטיבות תאורטיות אפשריות

את לידתו של מקצוע עריכת הדין ניתן ליחס לאורטורים של רומא. בפעם הראשונה ניתן שם לפרטים לטעון בבתי משפט בשמם של אחרים, אלא שהאורטורים התמחו בדטוריקה ולאו דווקא במשפט.[99] רק לקראת תום ימי האימפריה הרומית החלו עורכי הדין להתמחות במשפט, וכך גם קמו בתי הספר הראשונים למשפטים. במקביל גם החלו עורכי הדין לגבות תשלום עבור שירותיהם, אך הדרך משם ועד להפיכת עריכת הדין לפרופסיה בסוף המאה השמונה־עשרה הייתה עדיין ארוכה.[100]

מה מאפיין "פרופסיה" ובמה היא שונה ממכירת שירותים מקצועיים? הגדרתו הניטרלית מבחינה נורמטיבית של הרולד וילנסקי משנות ה־60' מצביעה על כמה שלבים של משלח יד, שבסופם הוא הופך לפרופסיה:[101] הפיכתו של העיסוק למקצוע במשרה מלאה, הקמת בתי ספר להוראתו והשתלבותם בהשכלה האוניברסיטאית, ייסודם של ארגונים מקצועיים מקומיים ובעקבותיהם ארגון מקצועי ארצי, חקיקה של המדינה העוסקת ברישוי המקצוע, ובסוף – אימוצם של קודי אתיקה פורמליים. הגדרה אחרת של "פרופסיה", מפי רושימר, מדגישה את תאוריית החוזה: החברה מבטיחה לבעלי המקצוע עצמאות, אוטונומיה מפיקוח של מי שאינו נמנה על הפרופסיה ומניעת תחרות, כמו גם מעמד כלכלי וחברתי – בתמורה לבקרה עצמית אינדיבידואלית וקולקטיבית, המיועדות להגנת האינטרסים של הלקוחות והציבור בכללותו.[102]

בשנות ה־70' הציעה מגלי לרסון הגדרה ביקורתית יותר.[103] על פיה, פרופסיונליות היא תהליך המבקש להפוך מידע וכישרון לתמורה כלכלית וחברתית על ידי שליטה מונופוליסטית בשוק ושמירתו במצב תמידי של מחסור. שליטה כזו קשורה לחתירה קולקטיבית של קבוצת המומחים למעמד חברתי מיוחד בתהליך של מוביליות כלפי מעלה. במסגרת רחבה יותר של מבני מעמדות, על פי לרסון:

> [T]he model of professional passes from a predominatly economic function – organizing the linkage between education and the

99 ראו Lawrence Friedman, *Law and Society: An Introduction* 21 (1977).

100 על ההיסטוריה של צמיחת הפרופסיה המשפטית ראו Richard D. Schwartz & James C. Miller, "Legal Evolution and Social Complexity," 70 *Am. J. Soc.* 159 (1964). המחברים טוענים שהפרופסיה המשפטית התפתחה לאחר שהתפתחה המשטרה המודרנית ומנגנונים לפישור ולפתרון סכסוכים.

101 ראו Harold L. Wilensky, "The Professionalization of Everyone?," 70 *Am. J. Soc.* 137 (1964).

102 ראו Dietrich Rueschemeyer, *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and the United States* 13 (1973).

103 Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (1977).

> marketplace – to a predominantly ideological one – justifying inequality of status and closure of access in the occupational order.[104]

לרסון מתארת את תהליך יצירת הפרופסיה ככולל: סטנדרטיזציה של השירות, פורמליזציה של תנאי הכניסה למקצוע, שכנוע הציבור בנחיצות מונופול של הפרופסיה על העיסוק, והגנה של המדינה על השוק הפרופסיונלי מפני כניסה של חסרי הכשר פורמלי לעסוק במקצוע ומפני בעלי ע'סוק מתחרים.[105]

ההיסטוריה המודרנית של הפרופסיה המשפטית מתאפיינת, על כן, על ידי שני מודלים פרופסיונליים המוחזקים במקביל על ידי חוקרי הפרופסיה: המודל המסורתי יותר, האלטרואיסטי, והמודל החדש יותר, של אינטרס עצמי.[106] האחרון הוא גם המודל הדומיננטי במסגרת הניתוחים של הגישה הכלכלית למשפט. על פי גישה זו, שוק השירותים המשפטיים סובל משני כשלי שוק וכן מבעיית שליחות המצדיקים התערבות מרכזית.[107]

1. **בעיות מידע ואי סימטריה במידע:** הלקוחות לא יכולים לדעת מה איכות השירות שניתן להם, ובניגוד לשירותים אחרים מצב זה מתקיים לא רק מראש אלא גם בדיעבד. הפסד במשפט אינו אינדיקציה לאיכות שירות ירודה (בניגוד לשירותים אחרים, שאיכותם ניתנת לשיפוט לפחות לאחר אספקתו של השירות על פי התוצאה).
2. **החצנות:** איכות השירותים המשפטיים משפיעה על צדדים שלישיים (למשל, המוסבים בצוואות) וכן על איכות המשפט (שירות משפטי גרוע יביא לתקדימים לא מוצלחים או לכאלו שלא נוגעים בסוגיות המרכזיות, וכך איכותו של המשפט כמערך נורמות תהיה ירודה יותר).

הפתרונות האפשריים לכשלי השוק הללו ולבעיית השליחות הם פיקוח על הכניסה למקצוע. פיקוח כזה אפשרי באמצעות תעודה – שמהווה אינדיקטור של איכות, אך אינה מחויבת קטגורית כדי לעסוק במקצוע, או רישיון – אינדיקטור מחייב של איכות, שלא

104 שם, בעמ' 18.

105 לסקירה קצרה של תיאוריות נוספות על פרופסיות ראו Roger Cotterrell, *The Sociology of Law – An Introduction* 182-184 (2nd ed., 1992).

106 ראו Phil Fennell, "Solicitors, Their Markets and Their 'Ignorant Public': The Crises of the Professional Ideal," in *Essays in Law and Society* 9 (Zenon Bakowski & Geoff Mungham eds., 1980). כשהלורד Mackay, שר המשפטים (Lord Chancellor) בממשלת השמרנים האחרונה בבריטניה הביא לקבינט בשנת 1989 הצעת רפורמה במבנה הפרופסיות המשפטיות, שתאפשר לסוליסיטורים גישה יותר נרחבת לבתי המשפט, הוא הזהיר את הקבינט כי תהיה להצעה התנגדות עזה מצד השופטים והברריסטרים וכי "There are few pressure groups as redoutable as the British Medical Association; but even they were easy meat compared with the lawyers". מצוטט בספרו של שר האוצר באותה ממשלה Lawson, *The View from No. 11* 619 (1992).

107 ראו Ogus, הערה 53 לעיל, בעמ' 317.

ניתן לעסוק במקצוע בלעדיו. לתעודה יש היגיון כלכלי, לרישיון יש היגיון רק על בסיס פטרנליזם או הגנה על צדדים שלישיים. לדעת אנטוני אוגוס, להצדקות אלה אין משקל בעל משמעות, ולכן לדרישת רישיון גורפת אין הצדקות על בסיס אינטרס ציבורי. ההסבר לקיומה, על כן, נעוץ רק בפעילות – rent seeking של הפרופסיה, דהיינו: בתוצר של לחץ של קבוצת אינטרסים הגורפת לכיסה רווחים כלכליים על חשבון הציבור בכללותו ופוגעת בסך הרווחה החברתית.[108]

במובנים מסוימים, הפרופסיה המשפטית בארץ דילגה על השלבים השונים המוצעים על ידי התאורטיקנים באשר להיווצרות פרופסיות. בארצות הברית, למשל, רק בשנת 1878 נוסדה לשכת עורכי הדין,[109] ורק ברבע הראשון של המאה ה־20 הפך סיום שלוש שנות אוניברסיטה לנורמה של העוסקים בעריכת דין. בשנת 1950 רוב עורכי הדין עדיין היו כאלה שלא סיימו קולג'.[110] אולי על רקע זה גם יש להסביר את העובדה שבית המשפט העליון האמריקני הקדים בכשני עשורים את בית המשפט העליון שלנו בהחלטות נגד הגילדה. נוסף על ההחלטה בעניין *Bates* משנת 1977, הקובעת כי איסור פרסום על ידי עורכי דין הוא בלתי חוקתי ויש לבטלו,[111] יש לציין את החלטת בית המשפט העליון משנת 1975, שביטלה את תעריף המינימום של הלשכה.[112]

ברוב המדינות מערבבת הסדרת המקצוע בין שתי שיטות ההתגברות על כשלי שוק – רישיון, שאינו מוצדק על פי הניתוח הכלכלי (למשל, דרישת רישיון כדי להופיע בבית משפט), ותעודה, המוצדקת על פי הניתוח הכלכלי (למשל, למתן עצות משפטיות). אצלנו היקף דרישות הרישיון הוא רחב יותר, והוא כולל גם מתן עצות משפטיות.[113] לפעילות ה־rent seeking של הפרופסיה אצלנו הייתה כנראה הצלחה גדולה יותר מבמקומות אחרים בעולם.

לזכות לשכת עורכי הדין בישראל ניתן לומר כי לא רק שהמודל האלטרואיסטי אינו מאפיין אותה, אלא שגם כמעט אין ניסיון להציג את הלשכה במסגרתו...[114] אכן, כמעט

108 שם, בעמ' 319.

109 ראו Abel, העדה 85 לעיל, בעמ' 130. ה־Law Society באנגליה נוסדה בשנת 1826.

110 Steven Vago, *Law and Society* 327 (5th ed., 1997).

111 *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

112 *Godfarb v. Virginia State Bar*, 420 U.S. 921 (1975).

113 ראו הטקסט ליד הערות 11–14.

114 אפילו במאמר התגובה שלו לט'עוני, העדה 98 לעיל, לא טעלה ד"ר עצמון ט'עון מסוג זה. מיכאל קרן דווח על מקרה אחד שבו, לטענתו, יצאו המשפטנים נגד הממסד בשם המצפון והחברה האזרחית – התנגדותם לחוק האוסר מפגשים עם אנשי אש"ף ותמיכתם הפעילה בסרבני הציות לחוק זה. אלא, שבאידוע הזה הבחנות המרכזיים שטענו ופעלו נגד החוק (למעט עורכי הדין פלדמן וכרוני) היו אנשי האקדמיה המשפטית, שאינם קשורים ללשכת עורכי הדין ולפוליטיקה שלה. קולה הממסדי של הלשכה, כמו גם קולם של רוב עורכי הדין, לא נשמע גם במקרה זה. ראו Michael Keren, "Legal Professionals and Civil Disobedience: an Israeli Case Study," 6 *Int'l J. Legal Profession* 91 (1999).

כל המסעות הציבוריים העיקריים שבהם עסקה לשכת עורכי הדין הישראלית בהיסטוריה הקצרה שלה יכולים להתאפיין בהגנה על האינטרסים הצרים של חבריה, פעמים רבות על חשבון האינטרסים של הציבור הרחב.[115] על רקע מסעות אלה בולטת במיוחד שתיקתה של הלשכה בעניינים ציבוריים הקשורים בהגנת שלטון החוק ובשמירה על זכויות האדם.[116]

115 בהקשר זה ראוי לציין כי שני המסעות הציבוריים המרכזיים שעדכה לשכת עורכי הדין הישראלית בעשורים האחרונים היו כנגד הרפורמה באזרחות לנפגעי תאונות דרכים בשנות ה־70' (שהביאה לתקיקתו של חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים תשל"ה–1975) וניסיון לשינויים נוספים בה בתחילת שנות ה־90', וכנגד הכנגדיה הציבורית כיום (זו הוקמה מכוח חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו–1995). ההצעה המקורית לרפורמה בנושא אחריות לנפגעי תאונות דרכים כללה המלצה להעברת נושא קביעת שיעור הפיצוי מבתי המשפט למוסד לביטוח הלאומי, בדומה למנגנון המטפל בפיצוי במקרים של תאונות עבודה. משמעות הצעה זו הייתה חיסכון ניכר בעלויות מנהליות, אך בד בבד פגיעה משמעותית בהכנסות עורכי הדין מהענף. מסע אגרסיבי שערכה הלשכה, בין השאר מעל דפי העיתונות, נשא פירות, והרפורמה במלואה לא התקבלה – הפסכות הושארה בבתי המשפט. בשנת 1990 הוקמה ועדה בראשות השופט ברנזון להערכה מחודשת של הסדר, וזו שוב המליצה על הוצאת הנושא מבתי המשפט. גם המלצה זו סוכלה בעקבות מסע ממוקד של הלשכה. ראו בהקשר זה יוסי אפק, "חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה–1975 – לאן?", **דין ודברים – ביטאון לשכת עורכי הדין בחיפה והצפון** 2 (תש"ן) 11; גלעד שר ויראון פסטינגר, "החוק בטל, לדיעתך", **עתך הדין – נשאון עורכי הדין בישראל** 1 (תשנ"ו) 28. לאחרונה כיוונה הלשכה את חציה כנגד הסנגוריה הציבורית (התנגדות משעם הלשכה לרעיון הקמתו של גוף כזה הובעה עוד במסגרת ועדת בכור שעסקה בעניין), ולא קשה לנחש את הסיבות לכך. טובת הציבור לא עמדה לנגד עיני הלשכה במסעות אלו. גם את עמדת הלשכה כנגד הצעת חוק נפגעי הטרור (המונע מהם את האפשרות לתבוע בנזיקין את רשויות המדינה ועובדיה) לא ניתן לתסביר אלא על רקע האינטרסים הכלכליים הצרים של חברי הלשכה, הנפגעים מהצעת חוק זה (לשתי הדוגמאות האחרונות הסבו את תשומת לבי משתתפי הסמינריון "דיון במאמרים על המשפט" בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב, אפריל 1999). ראו גם את עמדתה השלילית של הלשכה בנושא ביטול מאסר חייבים, כפי שמנתח אותה רון חריס במאמרו "נפילתו ועליתו של מאסר החייבים", **עיוני משפט** כ 439, ובעיקר בעמ' 480, 506 (תשנ"ו). בעת כתיבת מאמר זה ממקדת הלשכה את מרצה במאבק ברפורמה המוצעת בבתי המשפט, שעיקרה העברת רוב סמכויות בית המשפט המחוזי ביושבו כערכאה ראשונה לבית משפט שלום והפיכת בית המשפט העליון לערכאת ערעור כרשות בלבד.

116 ראו, למשל, דיונו של מיכאל קרן בתפקיד שמילאו המשפטנים בפרשת קו 300: Michael Keren, "Law, Security and Politics: An Israeli Case Study," 21 *Int'l J. Soc. L.* 105 (1993). על פי תיאור של קרן, ההיסטוריה של אי־פוליטיות הפרופסיה המשפטית (למעט עניינים הקשורים באינטרסים עצמיים) הולכת אחורה לתקופת המנדט. כך, כשהטנקים של הומל עשו דרכם לעבר פלסטינה, התקיימה הוועידה העשירית של עורכי הדין, שבה דנו בשקידה בעניני הפרופסיה בלבד. שם, בעמ' 113.

nevo.co.il

ג. היבטים של מעמד הלשכה בפסיקה

התובנה השנייה של המאמר אינה מתייחסת להסדר הסטטוטורי של הפרופסיה המשפטית אלא לאופן שבו התייחס בית המשפט העליון להסדר זה, לפחות עד אמצע שנות ה־80'. באמצעות הדוגמאות הבאות אבקש לטעון שבית המשפט העליון, כמו גם פרקליטות המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, לא רק שלא ניסו לפרש בצמצום את המונופול האוטונומי של הלשכה אלא אף חיזקו אותו. הביטויים המרכזיים לכך הם מיעוט ההתערבות של בית המשפט בענייני הלשכה והענקת יחס מועדף לעורכי הדין כשעניינים אינדיבידואליים שלהם באו לפניו – יחס מועדף בהשוואה לסטנדרטים שהפעיל בית המשפט בהתייחסו לאדם מן היישוב. אנסה להראות, כי פעמים רבות הרטוריקה הביקורתית של מקצת מהשופטים לא באה לידי ביטוי בהכרעותיהם. הדוגמאות הבאות מהוות ציוני דרך בפסיקת בית המשפט העליון בנושאים הקשורים למקצוע ולארגון המוסדי של עורכי הדין בישראל.

1. גישת בית המשפט למעמדה של לשכת עורכי הדין ולהליכי המשמעת בה – רטוריקה ופרקטיקה

חוק לשכת עורכי הדין ערך רפורמה רדיקלית בהליך המשמעתי של עורכי הדין. בהליך זה – כפי שהותווה בהוראות החוק עצמן – מוענק לעורכי הדין מעמד מועדף חסר תקדים. לדעתי, מעמד זה חזק אף יותר בכמה הכרעות של בית המשפט העליון.

(א) הוראות החוק

חוק הלשכה קובע כי בהליכים משמעתיים אין למתלונן (לקוח המלין על עורך דינו או מתלוננים אחרים) מעמד פורמלי: הוא רשאי להעביר את תלונתו לאחד מארבעה קובלים – הוועד הארצי של הלשכה, הוועד המחוזי, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה – ורק אלה יכולים לפתוח בהליך משמעתי.[117] על פי הכללים שהתקינה המועצה הארצית של הלשכה מכוח החוק, על הקובל להעביר את התלונה לעורך הדין הנילון ולחכות

117 סעיף 63 לחוק. בהליכים משמעתיים של פרופסיות אחרות, כל מי שנפגע על ידי בעל המקצוע רשאי להגיש קובלנה נגדו (נוסף על סמכות מקבילה הנתונה לגורמים מקצועיים), הנדונה על ידי הסמכות השופטת. כזה, למשל, הדין בנוגע לרופאים (סעיף 46 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ו–1976, הקובע: "ראה השר [הוא הסמכות השופטת], על יסוד קובלנה של המנהל או של אדם שנפגע, כי רופא..."); לרופאי שיניים (סעיף 56 לפקודת רופאי השיניים [נוסח חדש], תשל"ט–1979), לרופאים וטרינרים (סעיף 19 לחוק הרופאים הווטרינרים התשנ"א–1991) ולרואי חשבון (סעיף 12 לחוק רואי חשבון, תשט"ו–1955).

nevo.co.il

לתגובתו, עוד לפני ההחלטה אם להגיש קובלנה.[118] בהוראה זו יש, למעשה, מתן זכות שימוע אוטומטית לכל עורך דין שהליכים משמעתיים נשקלים לגביו. כידוע, זכות כזו אינה מנת חלקם של כלל האזרחים.[119] החלטה בדבר הגשת קובלנה צריכה להתקבל תוך 90 יום מתשובת העורך דין הנילון. החלטה שלא להגיש קובלנה מחייבת הודעה מנומקת ליועץ המשפטי לממשלה ולמתלונן רק אם ביקש זאת במפורש.[120]

הדיון בבית הדין המשמעתי מתנהל בדלתיים סגורות, גם זאת על פי הוראה הקבועה בכללים ולא בחוק; המתלונן רשאי להיות נוכח בדיון אלא אם בית הדין קבע אחרת.[121] הטעם לדלתיים הסגורות, כך טוענים עורכי הדין, הוא שלא יהיה חשש להעמיד עורכי דין לדין משמעתי. שפטו בעצמכם אם הנמקה זו משכנעת: לטעמי, יש ספק בחוקיות הוראה זו בדבר אי פומביות הדיון.[122] הדיון נערך בפני מותב של שלושה עורכי דין חברי הלשכה,[123] ואין עליהם חובה לפרסם את פסק הדין. בית הדין מוסמך להחליט לא רק אם לפרסם את פסק הדין אלא גם אם לפרסמו תוך הסתרת שמו של עורך הדין הנילון – למעט כאשר מוטל עליו עונש של השעיה או הרחקה, שאז מחויב בית הדין להורות על פרסום פסק הדין בציון שם הנאשם. למעשה, פרסום פסק הדין מצוין בחוק במסגרת

118 ראו כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים) תשכ"ב–1962. תשובת עורך הדין הנילון צריכה להינתן תוך 14 יום.

119 לא בהליכים פליליים וגם לא במגוון גדול של הליכים משמעתיים.

120 ראו כללים 4–4ב לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב–1962. לא ברור מדוע לא זכאי המתלונן באופן אוטומטי להודעה על אי פתיחת הליך משמעתי, מה גם שלא חלה לגביו חזקת ידיעת כללי סדרי הדין (הקבועים בחקיקת משנה פנימית של הלשכה) ועל כן אינו יכול לדעת כי עליו לבקש הודעה כזו באופן פעיל.

121 הוראה בדבר דלתיים סגורות נקבעה בכלל 73 לכללים, שם. בגרסה המקורית משנת 1962 נקבע שטוכחות אנשים אחרים בדיון אפשרית אם בית הדין אישר זאת על פי בקשת הנאשם, אם ראה נימוק לכך. צמצום הזריג לעכחות על פי בקשת הנאשם משמעה היה כי למתלונן כמעט תמיד לא הייתה אפשרות להיות נוכח בהליכים. רק בשנת 1983 תוקנו הכללים (ראו כללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים) (תיקון), התשמ"ג–1983, ק"ת 1769), כך שמגיש התלונה הורשה להיות נוכח בדיון, אלא אם החליט בית הדין המשמעתי שלא להרשות לו להיות נוכח.

122 מעניין לציין כי הוראה זו, שנקבעה, כאמור, בכללים ולא בחוק, לא הותקפה ישירות כסוראה בלתי חוקית ועל כן לא נפסלה בבג"ץ. בהערת אגב של השופט אור בבג"צ 6005/93 **עליאש נ' השופט שמואל צור**, פ"ד מט(1) 159, שדן בפרקטיקה של אי־פרסום שם הנאשם בעד־עורים של דין משמעתי הנדונים בבית המשפט העליון, נרמז כי תקיות הכלל בדבר הדלתיים הסגורות אינה מובנת מאליה (שם, בעמ' 169).

123 במספר לא מבוטל של ארצות הוסכו בשנים האחרונות נציגי ציבור למותב השופט עורכי דין. כך בארצות־הברית, באוסטרליה ובאנגליה. ראו Abel, הערה 85 לעיל, בעמ' 134. גם בארץ נמסר לאחרונה כי משרד המשפטים שוקל תיקון לחוק לשכת עורכי הדין ברוח זו. ראו צבי זרחיה, "משרד המשפטים שוקל לאפשר השתתפות נציג ציבור בדיונים משמעתיים בלשכת עורכי הדין", **הארץ** 20.2.2001, בעמ' ג2.

nevo.co.il

הסעיף המפרט את הסנקציות שמוסמך בית הדין להטיל, כאילו אי־הפרסום הוא הנורמה ועיקרון פומביות הדיון אינו קיים.[124]

על פסק הדין של בית הדין המשמעתי המחוזי רשאים לערער הנאשם, הקובל, וגם היועץ המשפטי לממשלה והוועד המרכזי (גם אם לא היו הקובלים המקוריים), וכאמור גם על פסק דין של בית הדין המשמעתי הארצי יש לאותם גופים זכות ערעור. זהו אחד המקרים הבודדים שבהם מוקנית זכות ערעור כפולה, וגם אותה ניתן לראות כפריבילגיה מיוחדת לעורכי דין.[125] הדיון בבית המשפט העליון הוא בדלתיים פתוחות, אך עד לא מזמן גם בבית המשפט העליון הייתה פרקטיקה (שאף עוגנה בנוהלי העבודה הפנימיים של בית המשפט) על פיה בית המשפט לא יתיר לפרסם את שם הנאשם כעניין שבשגרה. בעיקבות עתירה בעניין זה משנת 1993 קבע בית המשפט העליון כי פרקטיקה זו מתבצעת ללא סמכות חוקית, וכי בהיעדר הוראה בחוק חובה על בית המשפט לפרסם את שמות הצדדים.[126] נדון בפסק דין זה בהמשך, במסגרת שינוי מגמות הפסיקה בענייניהם של עורכי הדין. בכל מקרה, העולה מההסדר הסטטוטורי הוא כי לעורכי דין מעמד פריבילגי חסר תקדים בהליכים משפטיים כנגדם.

(ב) גישת בית המשפט העליון להליך המשמעתי – סיבוב ראשון

ההסדר החדש הנוגע לדין המשמעתי של עורכי דין, שנקבע בחוק לשכת עורכי הדין משנת 1961, הובא לדיון בפני בית המשפט העליון כבר ב־1964. בבג"צ **גרינבלט נ' לשכת עורכי הדין והיועץ המשפטי לממשלה** נדונה עתירה שהגיש לקוח על כך שלמרות שהתלונן כנגד עורך דינו בפני הלשכה והיועץ המשפטי לממשלה, אלו לא פתחו בהליכים משמעתיים כנגד עורך הדין.[127] ביתר פירוט: מר גרינבלט ביקש להתלונן על עורך דינו ושלח מכתב על כך לשר המשפטים. השר הפנה את המכתב ללשכת עורכי הדין (היה זה זמן קצר יחסית לאחר חקיקת החוק). לאחר התמהמהות רבה שלח הוועד המחוזי – שעל פי החוק הוא אחד הקובלים – הודעה למתלונן, כי הוקם מותב שיפוט משמעתי לשפוט את עורך הדין הנילון. לאחר כחצי שנה שינה הוועד את דעתו והחליט

124 ראו סעיף 69 לחוק.

125 בחוק המקורי הייתה הפריבילגיה של עורכי הדין מוגבלת יותר, שכן זכות הערעור מבית הדין הארצי לבית המשפט העליון הייתה מוקנית רק לנילון ולא לקובל. בתיקון לסעיף 71 משנת 1968 הושווה מעמד הקובל למעמדו של עורך הדין הנילון. זכות הערעור הכפולה קיימת, כך נטען, כדי שבית המשפט העליון יפקח על הדין המשמעתי ויאגד לאחידות הלכות גם במסגרת הדין המשמעתי של עורכי הדין – שכן בית הדין הארצי יושב בהרכבים רבים מאוד – וגם ביחס לדין משמעתי של פרופסיות אחרות. סיבות אלו לא נראות לי מצדיקות את זכות הערעור הכפולה. לצורך פיקוח חיצוני היה ניתן לשלב נציגי ציבור, או אף שופטים מקצועיים, במסגרת בתי הדין של הלשכה, בדומה למשל לבתי הדין המשמעתיים של עובדי המדינה. לצורך אחידות הלכות די היה בערעור ברשות לבית המשפט העליון.

126 בג"צ **עליאש**, הערה 122 לעיל. ראו המשך דיון בפסק הדין ליד הערה 178 להלן.

127 בג"צ 89/64 **גרינבלט נ' לשכת עורכי הדין בישראל**, פ"ד יח(3) 402.

שלא להגיש קובלנה. לאחר שנודע למתלונן על סגירת התיק הוא פנה ליועץ המשפטי לממשלה, וזה ענה לו כי משהחליט הוועד המחוזי לגנוז את התלונה אין מקום להתערבותו של היועץ המשפטי. על כן פנה המתלונן לבג"ץ.

בית המשפט העליון דחה את העתירה אך מתח ביקורת חריפה על הלשכה ועל היועץ המשפטי לממשלה. בין השאר נקבע בפסק הדין כי דחיית בקשתו של המתלונן על ידי היועץ המשפטי לא הייתה מוצדקת, מכיוון שלכל אחד מהקובלים צריך להיות שיקול דעת עצמאי ובלתי תלוי בקובלים האחרים. היועץ המשפטי אינו משמש ערכאת ערעור על החלטות הוועד המחוזי, ולכן היה עליו לשקול את התלונה לגופה ובאופן בלתי תלוי בבדיקתה על ידי הוועד המחוזי. על כן, דחיית בקשתו של המתלונן בנימוק כי אין מקום להתערב בשיקול דעתו של הוועד המחוזי מוטעית. למרות קביעה זו נדחתה, כאמור, העתירה.

המעניין בפסק הדין הוא הפער העצום בין הרטוריקה של בית המשפט והניתוח המשפטי שבפסק הדין לבין הכרעתו. הנשיא אולסן ציין בפסק הדין כי לשכת עורכי הדין היא ארגון ציבורי שהמדינה העניקה לו אוטונומיה רחבה ביותר, שלא על בסיס וולונטרי. הענקת כוח כזה, שיש בו משום הפליה לטובה בהשוואה לארגונים של מקצועות אחרים, מחייבת שלא לאכזב את הציבור. הדרך הרשלנית שבה טיפלו בתלונת העותר, המגלה זלזול בתלונת האזרח, אינה מתישבת עם ציפיית הציבור: "אופן הטיפול בתלונת העותר על ידי לשכת עורכי־הדין לא זו בלבד שמצער הינהו, אלא שהוא מעורר דאגה בנוגע לסיכויי לשכת עורכי־הדין לרכוש מעמד כיאות למקצוע בעיני הציבור".[128] למרות הצגת דברים זו והביקורת הקשה, ולמרות הטעות המשפטית שעמדה ביסוד החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה, החליט בג"ץ שלא להתערב בהחלטות הלשכה והיועץ המשפטי לממשלה, בהעדיפו את אינטרס ההסתמכות של עורך הדין שכבר הודיעו לו על גניזת התלונה על פני האינטרסים של המתלונן. באותה שנה ממש ניתן פסק דין אחר, שבו נדחתה עתירתו של אדם שתחילה הוחלט לא להגיש נגדו כתב אישום (פלילי) ואחר כך הוחלט לשנות את ההחלטה ולהעמידו לדין. באותו מקרה קבע בג"ץ, כי אינטרס ההסתמכות של הנאשם הוא חלש יחסית ונסוג מפני העניין הציבורי להעמידו לדין.[129] לדעתי, ההשוואה בין שני פסקי הדין שניתנו באותה שנה מביאה לידי ביטוי את מעמדה המונופוליסטי והגילדאי של הלשכה ואת ניצולו לרעה. במקום לראות בכך סיבה להתערבות מוגברת של בג"ץ, המצב הפוך ובעוד שהכרעה במשפט הפלילי נופלת לרעת הנאשם, במקרה של הליכי המשמעת של עורך דין ההחלטה היא לטובת עורך הדין הנילון. למעשה, אם נראה במקרה הפלילי כתקדים, הרי שמכוח קל וחומר היה מקום ליישמו בהליכים משמעתיים, ואם נראה בבג"ץ גרינבלט כתקדים הרי שמכוח קל וחומר היה להכרעה הפוכה בעניינו של הנאשם הפלילי.

128 שם, בעמ' 410.

129 ראו בג"צ 57/64 כהן נ' שר המשפטים, פ"ד יח(2) 396. תקדים זה היה צריך להתקבל בבחינת קל וחומר בנוגע להליכים משמעתיים.

nevo.co.il

(ג) גישת בית המשפט העליון להליך המשמעתי – סיבוב שני

אם ניתן ללמד סנגוריה על בית המשפט העליון בפרשת גרינבלט בנימוק שפסק הדין ניתן תקופה קצרה לאחר חקיקת חוק לשכת עורכי הדין, כשפרשנותו של החוק עדיין לא הייתה נהירה ומושרשת, הרי שלא ניתן לומר דברים דומים על פסק הדין בענינו של וולים משנת 1981.[130] מר וולים התלונן לפני הוועד המחוזי על עורך דין שעשה עמו עסקה למכירת מניות. וולים טען שעורך הדין שהציג את עצמו כמייצג לקוח ייצג למעשה את עצמו, ובכך התנהג באופן שאינו הולם עורך דין וגם עבר על האיסור המוטל על עורכי דין לעסוק במסחר.[131] הוועד המחוזי סירב להגיש קובלנה, ומכאן הפנייה לבג"ץ.

כמו בפסק הדין בענייננו של **גרינבלט**, גם כאן מתח בג"ץ – מפי ממלא מקום הנשיא השופט שמגר – ביקורת חריפה על לשכת עורכי הדין, אך הכריע לטובתה. השופט שמגר קבע כי המחוקק העניק ללשכה –

> עצמאות כמעט מוחלטת בכל הנוגע להליכים המשמעתיים: הדין המשמעתי מתקיים לפני בתי הדין המשמעתיים של הלשכה, אשר בהם מכהנים רק חברי לשכה; זכות הערעור לבית המשפט העליון על פסק דינו של בית הדין הארצי מסורה אך ורק בידי הנאשם או הקובל. היינו, אין לענין זה מעמד למי שהתלונן נגד עורך הדין.[132]

בעקבות פסק הדין בעניין גרינבלט קבע השופט שמגר כי יש לראות בהסדר –

> לא רק הענקת כח, אלא במקביל, גם משום הטלת אחריות, שהרי עולה מכך החובה להגן על הציבור בכלל ועל הלקוחות של עורכי הדין בפרט... ולשקוד על רמתו של המקצוע מבחינה מוסרית וציבורית. משמע, הענקת שיקול הדעת בכל הנוגע להפעלתם של בתי בדין המשמעתיים לא באה רק כדי להגן על עצמאותם המקצועית של חברי הלשכה בכל היבטיה, אלא נועדה להפקיד את הלשכה על הגנת ענינו של הציבור, הניזקק לשירותם של חברי הלשכה.[133]

לאחר כל הדברים הללו מצפים אנו כי בית המשפט אכן יממש את הביקורת השיפוטית על הלשכה, אך מזומנת לנו הפתעה בצורת שתי קביעות הסותמות את הגולל על העתירה. בראשונה קבע השופט שמגר כי המבחן להתערב בשיקולי הוועד אם להגיש קובלנה אם לאו זהים למבחן ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה האם להעמיד

130 בג"צ 248/81 **וולים נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין**, פ"ד לו(3) 533.

131 האיסור לעסוק במסחר, אלא במידה שהדבר הותר בכללים, קבוע בסעיף 60 לחוק. לא הותקנו כללים המתירים עיסוקים במסחר ולכן האיסור הוא קטגורי. התנהגות שאינה הולמת עורך דין היא עבירה משמעתית מכוח סעיף 61(3) לחוק.

132 ראו בג"צ וולים, העדה 130 לעיל, בעמ' 539.

133 שם, בעמ' 540.

nevo.co.il

לדין פלילי. בתקופה שבה ניתן פסק הדין, סטנדרט ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה היה שונה מהסטנדרט של התערבות בג"ץ בהחלטות מנהליות אחרות, ורק שיקולים פסולים ובלתי חוקיים, חוסר תום לב, מניעים זרים או חוסר סבירות קיצוני היורד לשורשו של עניין הצדיקו התערבות שכזו. השופט שמגר סיכם זאת במלים הבאות:

> לא די בכך שהלשכה השתמשה בשיקול דעתה באופן הנראה לבית המשפט כמוטעה, כדי להצדיק התערבותו של בית משפט זה, כל עוד אין בכך כדי להצביע על מידת הפסול וסוג הפגם עליהם דובר לעיל.[134]

קביעה זו נראית בעיני בעייתית. סף ההתערבות הגבוה יותר בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה נבע מהתפיסה של היועץ המשפטי כנאמן הציבור, שמבנה תפקידו ומידת עצמאותו מרשויות המדינה האחרות מאפשרים לו לשקול העמדה לדין באובייקטיביות וללא שיקולים זרים. בהתחשב בתיאור המפורט שתיאר השופט שמגר את לשכת עורכי הדין ואת מנגנון הדין המשמעתי בה, ודאי שלא ניתן להניח את אותן הנחות לגבי הוועד המחוזי ושיקול דעתו בפתיחת הליכים משמעתיים. נהפוך הוא: היעדר כל פיקוח חיצוני במסגרת הליכי המשמעת של הלשכה, והעובדה שההחלטה לגבי פתיחת הליכים מתקבלת על ידי קולגות של הנילון, יוצרים חזקה הפוכה המחייבת מסקנה הפוכה לגבי סף התערבות בג"ץ. ניתן אפילו לטעון שסף זה צריך להיות נמוך יותר מסף ההתערבות בהחלטת מנהליות רגילות. מדוע, אם כך, קבע בית המשפט כי מבחני ההתערבות בהחלטות הוועד המחוזי יהיו זהים למבחני ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה?

הקביעה השנייה של בג"ץ נוגעת למהות התלונה – לשאלה אם ניתן לראות את עורך הדין הנילון כמי שהפר את האיסור לעסוק במסחר. החלטת הלשכה שלא להעמיד לדין משמעתי נבעה, בין השאר, מפרשנותה את האיסור לעסוק במסחר כאיסור שאינו כולל מכירה וקנייה של מניות בעלות בעסק כל עוד הדבר אינו כרוך בעיסוק בפועל בעסקי מסחר. בית המשפט העליון קבע כי פירוש הלשכה לסעיף בחוק האוסר מסחר – סעיף 60(2) – אינו נראה לו וכי הוא ראוי לעיון מחודש –

> כי מקרה זה ממחיש ומדגים את הסיכונים, הנובעים מן ההיתר הרחב, אותו ראתה הלשכה להעניק לפעילותם של עורכי הדין. אין צורך לומר, כי יש הבדל בין רכישת מניות של תאגיד בבורסה או בבנק לבין רכישתן של מניות כדי להפוך על ידי כך לבעלים של חלק מעסק עובד ופעיל...[135]

134 שם, בעמ' 541.
135 שם, בעמ' 543.

nevo.co.il

עם זאת קבע השופט שמגר:

> לא יהיה זה סביר אם ניישם פרשנות אחרת כלשהי לצורך דין משמעתי באופן רטרואקטיבי, כדי להחילה על התנהגות מלפני עשר שנים.[136]

גם כאן לא ברור מה מותר עורכי הדין משאר בני אדם. בכל ההכרעות המשפטיות, כולל הכרעות במשפטים פליליים בגין עבירות חמורות, בית המשפט העליון הוא בעל הסמכות לפרש באופן אולטימטיבי את החוק, ופרשנותו תמיד מוחלת באופן רטרואקטיבי. אם בית המשפט העליון מחליט לקבל את ערעורה של המדינה ומרשיע חבורת בחורים בעבירת אונס על בסיס פרשנות חדשה של הגדרת עבירת האונס,[137] לא ברור מדוע אין הוא מוכן לעשות כן באשר לעבירה המשמעתית של עיסוק אסור.[138]

הרושם המצטבר מקביעות בית המשפט העליון בפרשת וולס הוא של טיפול מועדף בעורכי הדין ובמוסדות המשמעתיים של הלשכה בהשוואה לסטנדרטים המופעלים על כלל האוכלוסיה, ופער עצום בין הרטוריקה הביקורתית על הלשכה לבין ההלכות הפורמליות שנקבעות בפסק הדין והתוצאות של ההכרעה בפועל. בכך דומה פסק דין וולס לפסק הדין בעניין **גרינבלט**, למרות פער הדורות. הבדל אחד בין שתי הפרשות הוא שבפרשה האחרונה מצא בית המשפט העליון לנכון גם לחייב את העותר בהוצאות המשיב...

2. גישת בית המשפט העליון לייחוד הייצוג ולזכות להיות מיוצג

נושא הזכות להיות מיוצג הוא נושא נכבד, המחייב מאמר נפרד; כאן נדון רק בשולי־שוליו, מתוך הסתכלות על מעמדה של לשכת עורכי הדין בישראל.

(א) על ההסדר הסטטוטורי של הזכות להיות מיוצג

הזכות להיות מיוצג נחשבת לזכות אדם בסיסית, שכן היא מאפשרת לכל אדם לממש את שאר זכויותיו כדין או למנוע פגיעה בהן – בין אם מדובר במצב שבו נפתח נגדו הליך

136 שם.

137 ראו, כדוגמא מעניינת, את פסק הדין של בית המשפט העליון, שוב מפי הנשיא שמגר, בענין האונס בטומרת – ע"פ 5612/92 **מדינת ישראל נ' בארי**, פ"ד מח(1) 302. בפסק דין זה, למרות רטוריקה שיפוטית אמביוולנטית, שונתה הגדרת עבירת האונס והופעלה באופן רטרואקטיבי על הנאשמים.

138 בהקשר זה ראויים לציטוט דברי השופט שמגר עצמו בבג"צ 306/81 **פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת**, פ"ד לה(4) 118, 141:

> כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעיתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חדות כרוכה תדירות – ולהלכה למעשה – בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו, אולם הסמכות הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה,

ובין אם מדובר במצב שבו הוא מבקש לפתוח הליך. על כן, במספר לא מבוטל של מדינות מעמדה של זכות זו הוא חוקתי.[139] בארץ, עד לחקיקת חוק לשכת עורכי הדין, לא הייתה אף הוראה כללית בנוגע לזכות להיות מיוצג.[140] זכות זו עוגנה בסעיף 22 לחוק, אולם לא באופן גורף: הסעיף עצמו דן רק בייצוג על ידי עורך דין, ותחולתו מסויגת.[141] מיקומו של הסעיף במסגרת הפרק בחוק העוסק בייחוד הייצוג השפיע על פרשנותו המצמצמת.[142] את הפרק הזה – "תחום המקצוע וייחודו" – פותח סעיף 20, המעניק לעורכי דין מונופולין בשורה רחבה למדי של עיסוקים מקצועיים,[143] וחריגים לייחוד המקצוע מפורטים בסעיף 21. סעיף 23, הסעיף האחרון בפרק, קובע את המקרים החריגים שבהם רשאי שר המשפטים לאשר ייצוג על ידי עורך דין זר. הסעיף שדן בזכות להיות מיוצג עטוף, על כן, באלמנטים המונופוליסטיים המובהקים ביותר בחוק לשכת עורכי הדין. רוח מונופוליסטית זו חלחלה גם להתייחסות הבודדת של בית המשפט העליון לסעיף 23 לחוק בפרשת חיג'אזי משנת 1965,[144] כפי שיפורט להלן.

ההסדר בחוק לשכת עורכי הדין, כאמור, מגביל מתן שירותים משפטיים – החל בייצוג בבתי משפט ובפני רשויות שונות של המדינה, דרך עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי וייצוג במשא ומתן משפטי, וכלה בחיווי דעת משפטי – לעורכי דין ישראלים חברי לשכת עורכי הדין בישראל. אחד החריגים הבודדים לייחוד הייצוג הוא כאשר אדם שאינו אזרח ישראלי מועמד לדין בישראל בעבירה שדינה מוות. עד 1967 מדובר היה בכל עבירה שדינה מוות, אך בתיקון לחוק משנת 1967 (שנעשה בעקבות פרשת חיג'אזי) צומצם החריג רק לעבירות לפי חוק למניעתו ועניינו של הפשע השמדת עם ולפי החוק לעשיית

היא בידי בית המשפט, ולגבי הסוגיות המובאת לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה.

139 על הזכות להיות מיוצג בתוקה האמריקנית ופרשנותה על ידי בית המשפט העליון ראו הערה 18 לעיל. על אפשרות גזירתה של זכות כזו מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו שלמה לוין, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מב 451, 458 (תשנ"ו). כן ראו את פסק דינו של השופט טירקל בע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375, המאמץ את עמדתו של שלמה לוין.

140 יצוין, כי בצד הזכות להיות מיוצג קיימת חובת ייצוג (המגבילה, למעשה, את הזכות שלא להיות מיוצג) לנאשם בעבירה שעונשה יותר מעשר שנות מאסר וכן לנאשמים מיוחדים נוספים. חובה זו מעוגנת בסעיף 15 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982 (ולפניו בחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה–1965), והיא אף הורחבה בתוק הנגזרה הציבורית, התשנ"ו–1995.

141 הסיפא של הסעיף קובעת כי אין בו כדי לפגוע בזיקוק (על פי חוק הפרשנות "חיקוק" משמעו חוק או תקנה) המסדיר את הייצוג בפני רשות או גוף כאמור. סייג זה פורש על ידי בית המשפט העליון כך שכל חיקוק – ואפילו שתיקת המחוקק – יכול להתפרש כשולל את הזכות להיות מיוצג. ראו ד"נ מצ"ח, הערה 19 לעיל והנאמר בהערה 19. בפועל קיימים חיקוקים רבים המגבילים את הזכות להיות מיוצג ואת הזכות הנגזרת ממנה – להיפגש עם עורך דין.

142 ראו שם.

143 ראו הטקסט ליד הערות 11–14.

144 בג"צ חיג'אזי הראשון ובג"צ חיג'אזי השני, הערה 16 לעיל.

nevo.co.il

דין בנאצים ובעוזריהם.[145] אולם גם בהתמלא התנאים לחריג האמור עדיין לא קמה זכות ייצוג אוטומטית על ידי עורך דין זר. שר המשפטים מוסמך לאשר ייצוג חריג כזה בנסיבות מיוחדות, ולאחר התייעצות עם המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין. בהמשך להשוואה בין הסדרת המקצוע המשפטי בארץ להסדרתו בארצות אחרות, ראוי לציין שגם מבחינה זו – של ייצוג בארץ על ידי עורכי דין זרים – ההסדר הישראלי הוא קיצוני במדיניותו הפרוטקטיבית על הלשכה ועל חבריה.[146]

(ב) התייחסות בית המשפט העליון לזכות להיות מיוצג

המקרה היחיד שבו הגיע סעיף 23 לחוק לשכת עורכי הדין להתדיינות משפטית היה מקרהו של תושב ממלכת ירדן, מחמוד חיג'אזי, שהסתנן לישראל והואשם בעבירות לפי תקנות ההגנה לשעת חירום שדינן מיתה. חיג'אזי ביקש למנות לו עורך דין זר, אך שר המשפטים סירב לבקשה ומינה לו עורך דין ישראלי. בית הדין הצבאי הרשיע את חיג'אזי וגזר עליו מיתה, אולם בית הדין הצבאי לערעורים ביטל את ההרשעה בשל קיפוח זכותו של הנאשם להיות מיוצג על ידי עורך דין לפי בחירתו. בית הדין קבע שאין לשר שיקול דעת שלא לאשר ייצוג על ידי סנגור זר, וששיקול דעתו נוגע רק לזהות הסנגור המבוקש.

התיק הוחזר לדיון בפני הרכב חדש בבית הדין הצבאי, וחיג'אזי ביקש את אישור השר לייצוגו על ידי עורך דין אלג'יראי מפורסם – ז'ק ורז'ס. נימוקו היה שעורך דין ישראלי לא יוכל לייצגו נאמנה מבלי להיחשב כבוגד במצפונו ובארצו. לשכת עורכי הדין המליצה לשר לסרב לבקשה, השר אכן דחה אותה, ומכאן העתירה לבג"ץ.

שלושת השופטים יצאו מתוך נקודת מוצא כי אין ספק שעורך דין ישראלי מסוגל לייצג באופן נאמן את העותר. השופט (כתוארו אז) זוסמן, בעמדת מיעוט, דחה את הפרשנות שהעניק לסעיף 23 בית הדין הצבאי לערעורים. לדעתו יש לשר שיקול דעת הכולל את השאלה אם בכלל לאשר ייצוג חוץ, ושיקול דעת זה תלוי בעובדות חיצוניות בקנה מידה אובייקטיבי המלמד כי הנאשם לא יכול להיות מיוצג על ידי עורך דין ישראלי. לדעת השופט זוסמן, העובדות שהעותר אינו ישראלי ושהוא נאשם בעבירה שעונשה מיתה אינן עובדות אובייקטיביות שדי בהן כדי לחייב את קבלת הבקשה, ועורך דין לא צריך להיות מסוגל להזדהות עם לקוחו כדי שיוכל לייצגו. השופט זוסמן הציע, אם כן, לדחות את העתירה:

> לא הייתי מסווג 'זכות' כזו [לבחור את עורך הדין שייצג אותך], התלויה באישורו של שר המשפטים, הרמאי לתיתו רק בנסיבות מיוחדות –

145 חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 5) תשכ"ח–1967, ס"ח 12.

146 כזכור, כחלק מעקרונות האיחוד האירופי רשאים עורכי דין ממדינות האיחוד – בהתמלא תנאים מסוימים – לעבוד בארצות אחרות. כך הדבר גם לגבי עורכי דין במדינות שונות באוסטרליה, הרשאים לעבוד במדינות אחרות. לפירוט ראו פרק ב.4 למאמר.

> ואין צריך לומר – רשאי גם לסרבו, בין הזכויות המוקנות של הנאשם.[147]

השופט ויתקון החליט על קבלת העתירה והחזרת העניין לשיקול דעת מחודש של שר המשפטים, אך אף הוא דחה את פרשנות בית הדין הצבאי, וקבע שיש צורך להצביע על נסיבות מיוחדות לאישור ייצוג זר. על פי השופט ויתקון, המבחן הנכון למינוי עורך דין זר אינו המבחן האובייקטיבי אלא המבחן הסובייקטיבי:

> השאלה איננה, אם עורך דין ישראלי מסוגל להגן על הנאשם, אלא האם הנאשם מוכן להאמין שעורך דין ישראלי ילמד עליו אותה סנגוריה שהוא מצפה לה מעורך דין זר, ואם הוא מוכן לרכוש לו אותה מידה של אמון.[148]

ויתקון מגיע למבחן זה מתוך עמדה של הבעת אמון מלא בעורכי הדין הישראלים וביכולתם לייצג נאשמים זרים כחיג'אזי. הוא "מצטרף להבעת האמון שהיועץ המשפטי הביע לעורכי הדין בישראל", וקובע כי "בצדק הדגיש היועץ המשפטי לממשלה שעורך דין ישראלי מסוגל להגן בנאמנות על כל נאשם, יהא אשר יהא, ותהא עבירתו אשר תהיה".[149] רק מנקודת מוצא זו הוא מגיע למסקנה שהמבחן האובייקטיבי יגיע לקבוצה ריקה של אישורי עורכי דין זרים. השופט ויתקון רמז למה שלמעשה קרה אחר כך עם החוק – שמבחן אובייקטיבי יכול להצדיק אולי רק הגנה על נאשמים בפשעי מלחמה נאציים. הערכות דומות ביחס לעורכי הדין בארץ הביעו גם שאר השופטים.

בהצטרפו להחלטתו של ויתקון צידד השופט ברנזון – אף שדחה את פרשנות בית הדין הצבאי כי קיימת לנאשם זר זכות מוקנית לעורך דין זר – דווקא במבחן האובייקטיבי למינוי שכזה, שאחרת, לדעתו, לא הייתה כל משמעות למונח "נסיבות מיוחדות" המופיע בסעיף. השופט ברנזון קבע כי ייתכנו נסיבות אובייקטיביות, כמו מצב שבו

147 בג"צ חיג'אזי הראשון, העה 16 לעיל, בעמ' 208. באופן דומה למדי הכריע השופט זוסמן כאשר התעוררה בפניו שאלת היחס בין סעיף 20 לחק לבין תקנה 472 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (באותה עת היה מדובר בתקנה 433 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג–1963). התקנה קובעת כי במשפט אזרחי יכול בעל דין לבצע פעולות באמצעות עורך דין גם בלי טכחותו. **בבר"ע 206/75 נרסון נ' משה"ב חברה לשמן בנין ופתח בע"מ**, פ"ד ל(1) 269, **התעוררה השאלה** האם אדם יכול לבחור לו מייצג שאינו עורך דין שיופיע בשמו, ללא תמודה ובאופן חד־פעמי. לכאורה, לפי סעיף 20 התשובה היא חיובית; אך תקנה 472 דנה בייצוג עצמי או על ידי עורך דין בלבד. לנוכח שהסעיף אמור לגבור על התקנה, בפסק הדין קבע השופט זוסמן אחרת. נקבע, כי מבחינת סעיף 20 לא מדבר במפורש על זכות (או הוראה מפורשת של היתר), הוא נשוג מפני התקנה. סעיף 20 ישים לכן, לפעולות אחרות שיוחדו לעורכי דין. בין השיטין יש כאן התייחסות מאד מינימליסטית לזכות להיות מיוצג, מהבט של זהות המייצג, שכן תקנה 472 היא מגבלה נוספת על הזכות להיות מיוצג. משמעות החלטתו של השופט זוסמן היא כרטום בזכות להיות מיוצג על חשבון ביצור המונופול של לשכת עורכי הדין על הייצוג, אף מעבר לקבוע בחוק הלשכה.

148 בג"צ חיג'אזי הראשון, העה 16 לעיל, בעמ' 212.

149 שם, בעמ' 211, 213.

nevo.co.il

> נאשם כזה בוחר לו עורך דין ישראלי. אחרי שזה החל לטפל בענינו נפרדות דרכיהם בקביעת קו הגנה ולאו דוקא מטעמים משפטיים אלא מטעמים של הבדלי השקפות ורגשות. יתכן שאז יהיה מקום לאשר עורך דין מחוץ־לארץ.[150]

השופט ברנזון הכריע לקבל את העתירה בגלל המצג שנוצר לאחר הכרעת בית הדין הצבאי, וכן בגלל סיבות טכניות באשר להמלצת מועצת לשכת עורכי הדין, שלשונה לא הייתה על שולחן השר כשנתן את החלטתו.

ההחלטה הוחזרה, כאמור, לשר, אך זה עמד על שלו, והנאשם, לאחר סירובו הנוסף של השר למינוי עורך דין זר, עתר שוב לבג"ץ. אותו הרכב, בהחלטה קצרה ולקונית, "התקפל" ואישר את החלטת השר. השופט ויתקון נשאר בעמדתו, אך בגלגול זה היא הפכה לדעת מיעוט. השופט ברנזון ציין שהחלטת השר לא מקובלת עליו: "יש להצטער שהשר לא ראה לנהוג כך, אבל ההחלטה היא שלו ואין אנו יכולים להחליט במקומו".[151]

לדעתי, הפרשה מלמדת על כך שגם לשכת עורכי הדין, גם שר המשפטים וגם שופטי בית המשפט העליון התייחסו פחות לזכותו של אדם לבחור לו את סנגורו או לזכות להיות מיוצג, הכוללת את בחירת המייצג, ויותר לזכותם של עורכי הדין הישראלים שלא תיגזל פרנסתם על ידי עורכי דין זרים, ובעיקר ליוקרתם של עורכי הדין הישראלים והפרופסיה המשפטית בכלל. האופן שבו הוצג סעיף 23 לחוק על ידי השופטים אינו ברוח הזכות להיות מיוצג, אלא כמגן על זכותם של עורכי דין שלא לייצג מטעמים מצפוניים. כלל 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986 אכן קובע כי עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל עניין לטיפולו; בית המשפט נטה לפרש את סעיף 23 לחוק הלשכה כמפלט, שקיים כדי לא להפוך את הזכות להיות מיוצג לחובת ייצוג המוטלת על עורך הדין. האופציה של ייצוג על ידי עורך דין זר הוצגה כפתרון למצב שבו אין עורך דין ישראלי המוכן ליטול על עצמו את הייצוג. גם שר המשפטים וגם השופטים נכנעו למעשה לעמדה המונופוליסטית של הלשכה, מבלי להתחשב כלל באינטרס של לקוחות המערכת המשפטית להיות מיוצגים על פי בחירתם.[152]

3. גישתו של בית המשפט העליון לכללי האתיקה (או הגילדה) המשפטית – איסור פרסום עצמי ועיסוקים אסורים

כפי שפורט בפרק הקודם, חוק לשכת עורכי הדין האציל למועצה הארצית של לשכת עורכי הדין את הסמכות להתקין כללי אתיקה מקצועית, למעט כמה הוראות אתיקה שפורטו בחוק עצמו. בהתחשב במסגרת הנורמטיבית הכללית שתוארה בפרק הראשון,

150 שם, בעמ' 215.

151 בג"צ חיג'אזי השני, הערה 16 לעיל, בעמ' 429.

152 ראו גם את ההחלטה בפרשת נרסון, הערה 147 לעיל.

nevo.co.il

אין זה מפתיע אפוא שכללי האתיקה של הלשכה אינם משקפים טיפול בבעיות האתיות המהותיות של המקצוע במידה שבה הם משקפים כללי אתיקה והגנה על הגילדה.[153] חלק מהכללים אף נועד להגן על החברים המוכרים והוותיקים בלשכה מפני תחרות מבפנים. שתי דוגמאות מובהקות למטרה האחרונה הם קביעת עיסוקים האסורים על עורכי דין ואיסור הפרסומת והפרסום העצמי.

(א) עיסוקים אסורים על עורכי דין

סעיף 60 לחוק הלשכה קובע כי לעורך דין אסור לעסוק בראיית חשבון ובעסקי מסחר אלא אם הדבר הותר בכללים – אולם אין כללים כאלו; הסעיף גם מאציל למועצה הארצית של הלשכה את הסמכות לקבוע עיסוקים אסורים נוספים אם הם אינם הולמים את מקצוע עריכת הדין. מכוח הסמכה זו אסרה הלשכה על עיסוק בתיווך,[154] בשמאות מקרקעין, בשמאות רכב ובעבודה כחוקר פרטי.[155] האיסור לעסוק בעיסוקים נוספים נועד כנראה להגן על חברי הלשכה, ובעיקר על הבכירים שביניהם, מפני עורכי דין מבריקים המסוגלים להציע ללקוחותיהם מגוון שירותים נוספים והתמחויות מיוחדות בתפר שבין מקצועות שונים. מבחינה כלכלית היה ראוי לעודד התמחויות כאלה, שיש בהן כדי להפחית את עלויות הטיפול עבור הלקוחות ולקדם יעילות. כללי הלשכה מדכאים תחרות כזו, ומונעים מחברים בלשכה להתבלט מעל חבריהם.

הכללים האוסרים על עיסוק בתיווך, בשמאות מקרקעין ורכב ובחקירות הותקנו בשנת 1987. באותה שנה הועמדו הכללים למבחן בית המשפט העליון על ידי עורך דין מרגליות, שעבד גם כשמאי מקרקעין. מרגליות עתר לבג"ץ נגד הכללים ותחולתם הרטרואקטיבית (בכללים ניתנה ארכה של שנתיים למי שכבר עוסקים באחד העיסוקים

153 על מידת החשיבות שמייחסת הלשכה לתחומים שונים המוסדרים בכללי האתיקה ניתן ללמוד מסדר הפרקים בכללים אלו. לאחד הפרשנות והוראות היסוד בא הפרק המטפל ב"מעמד עורך הדין", אחריו פרק הדן ב"פרסום ופרסומת", ורק לאחר מכן טיפול בנושא "עורך דין והלקוח", "חובת הסודיות", "עורך דין והצד שכנגד" ו"עורך דין וחברו למקצוע". הפרק הלפני־אחרון דן ב"עורך דין ובית המשפט" – הפרק שאמור לבטא את חובותיו של עורך הדין לחברה ואת צומת החובות הבעייתי שבו מצוי עורך הדין. המעיין בכללי האתיקה לדוגמא של לשכת עורכי הדין האמריקנית ומשווה אותם לכללי האתיקה שחתקינה לשכת עורכי הדין בישראל יגלה את ההיקף, המידה ועומק הטיפול בבעיות האתיות המהותיות שם לעומת הסעיפים הבודדים העוסקים בכך בכללים הישראליים. עם זאת, ראוי לציין כי לשכת עורכי הדין בישראל הקדימה כמה ארצות בעצם התקנתו של קוד אתי. כך, למשל, בקנדה התקנו כללי אתיקה רק בשנת 1974, ההבדיסטרים באנגליה התקינו כללי אתיקה כתובים רק בשנת 1980. ראו Abel, הערה 85 לעיל, בעמ' 133.

154 ראו כללי לשכת עורכי־הדין (איסור עיסוק בתיווך), תשל"א–1971.

155 שלושת העיסוקים האחרונים נאסרו בכללי לשכת עורכי־הדין (עיסוקים שאינם הולמים את מקצוע עריכת הדין), התשמ"ז–1987.

nevo.co.il

האסורים במקביל לעבודתם כעורכי דין), וטען כי הם פוגעים בחופש העיסוק, שבו אין לפגוע אלא בהוראות חוק ברור ומפורש. עוד טען מרגליות לאפליה ולחוסר סבירות.[156]

בפסק דין קצר מפי השופט בך, ובהסכמת השופטים ברק ונתניהו, דחה בג"ץ את העתירה. למעשה, בית המשפט כמעט התעלם מהטענה העיקרית שנגעה לחופש העיסוק: התייחסותו נגעה למשמעות הביטוי "עיסוק שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין" ולשאלה האם היא זהה למשמעות הביטוי "התנהגות שאינה הולמת את מקצוע עריכת הדין" בסעיף 61 לחוק הלשכה, הדן בדין המשמעתי. השופט בך קבע כי את הביטוי "אינו הולם" יש לפרש בהקשר הנדון באופן שונה מאשר בסעיף 61, כמכוון למקצועות שהעיסוק בהם לא יכול לדור בכפיפה אחת עם העיסוק במקצוע עריכת דין. עוד קבע השופט בך כי אין הוא מוצא לנכון להתערב בשיקולי מועצת הלשכה שקבעה איסורים אלו, משום שהם ענייניים ואינם לוקים בחוסר־סבירות קיצוני.

לגופו של עניין קבע בית המשפט כי שמאי מקרקעין מופיעים תדיר בבתי משפט כעדים. עורך דין, חרף מהיותו מייצג לקוח, הוא גם officer of the court, וככזה לעתים הוא מוסר לבית משפט מידע מידיעתו האישית, שאותו מקבל בית משפט ללא היסוס ובדיקה נוספת. אם יאפשרו לעורך דין להיות שמאי מקרקעין ולהופיע כעד ייווצר עירוב תחומים: בית המשפט יצטרך להתייחס אליו כעד ולשקול את מהימנותו, ובכך ייפגע הצורך במתן אמון עיוור בעורך הדין.[157]

עם כל הכבוד, הנמקת בית המשפט נראית תמוהה. בכל כך הרבה מקרים אנו טוענים בזכות השיטה שלנו, המפקידה את השיפוט בידי שופטים מקצועיים, שניתן לסמוך עליהם שיוכלו להפריד בין דבר אחד למשנהו – מדוע לא לסמוך עליהם בהפרדה בין עורך דין כמייצג לבין עורך דין כעד מומחה, כל עוד עורך הדין אינו עוסק בשני העיסוקים במסגרת אותו תיק? ואם מדובר באותו תיק – מדוע לא לאסור על עורך דין פרקטיקות נוספות (למשל, רפואה)?[158] גם אם מקבלים את הנמקת בית המשפט, ניתן היה לצפות כי על פי עיקרון המידתיות (שפותח עוד לפני היוריספרודנציה של חוקי היסוד החדשים) יהיה האיסור לעסוק בשמאות תקף רק לעורכי דין ו/או שמאים המופיעים בבתי המשפט בפועל, שהרי לא כל עורכי הדין ולא כל השמאים עושים כן. המעניין הוא, שהרטוריקה בפסק הדין היא בגדר שיח של "כבוד" ולא בגדר בדיקה עניינית של חופש העיסוק, המגבלות הסבירות עליו והאינטרסים של ציבור הלקוחות. בית המשפט נקט מדיניות של deference או האצלה ללשכה, ולא היה מוכן לבצע ביקורת שיפוטית אמיתית.

156 ראו בג"צ 338/87 **מרגליות נ' שר המשפטים**, פ"ד מב(1) 112.

157 שם, בעמ' 117.

158 למעשה, מבחינת הדין האתי המהותי – ניגוד אינטרסים ושמירת טוהר תפקיד הייצוג בבית המשפט – קיים כלל מספק בסוגיה זו: כלל 11א לכללי לשכת עורכי־הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986, הקובע כי "עורך דין העוסק בעיסוק אחר שאינו אסור עליו, בנוסף לעיסוקו כעורך דין, לא יטפל כעורך דין בענין שבו טיפל במסגרת עיסוקו האחר ולא ייצג לקוח שבעניינו טיפל במסגרת עיסוקו האחר...".

nevo.co.il

(ב) איסור פרסום ופרסומת

סעיף 55 לחוק הלשכה אוסר על עורך דין לפרסם את עצמו, אלא בהתאם לכללים שתתקין המועצה הארצית. בכללים תקבענה צורות פרסום מותרות, ובלבד שלא יהא בפרסום כדי להטעות את הציבור או לפגוע בו, או משום פגיעה בכבוד המקצוע.[159] כללים כאלו טרם נקבעו נכון לשעת כתיבת הדברים, ולפיכך דומה שאיסור הפרסומת בעינו עומד. איסור הפרסומת מגן בעיקר על עורכי הדין החזקים והמבוססים מפני תחרות של עורכי דין צעירים. בעוד שעבור עורכי הדין הוותיקים והמוכרים פרסומת אינה הכרחית, עבור עורכי דין מתחילים ואנונימיים זוהי אחת הדרכים האפקטיביות לחדור לשוק.[160] לא ייפלא, אפוא, שחלק מאוד משמעותי מכללי האתיקה שהיו בתוקף עד 1986 – כללים 7–21 – עסקו בנושא זה תחת הכותרת "אמצעים פסולים להשגת עבודה". היו ביניהם, למשל, הוראות האוסרות על עורך דין להודיע על פתיחת משרדו או על סניף חדש של משרדו אלא לחבריו למקצוע, הוראות הקובעות מה מותר לכתוב בשלט מחוץ למשרד, מהן הפעולות שיש בהן פרסומת לכאורה, ביניהן חתימה בתואר "עורך דין" על מכתב לעיתון, השתתפות בתוכניות רדיו וטלוויזיה, מתן ראיונות לכלי התקשורת ועוד ועוד.

בכללים החדשים – כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986, צומצם הפרק העוסק ב"פרסום ופרסומת" לארבעה כללים (6–8) ועבר ליברליזציה. בין השאר, הוסרו ההוראות הקובעות חזקת פרסום של פעולות שונות.[161] שינוי הכללים התרחש בד בבד עם שינוי הרוח הנושבת מבית המשפט העליון בנוגע למגבלות הפרסום של עורכי דין.[162] לשינוי זה אתייחס בהמשך, במסגרת הכוללת של שינוי החזית של בית

159 בהתאם לתיקון לסעיף 55 בחוק הסדרת פרסומת של בעלי מקצוע (תיקוני חקיקה), התש"ס–2000, ס"ח 182.

160 במחקר שלו על הפרופסיה המשפטית בארצות הברית ציין אורבך:

> Prohibition on advertising rewards the lawyer whose law firm partners and social contacts made advertising unnecessary at the same time that it attributed inferior character and unethical behavior to attorneys who could not afford to sit passively in their offices awaiting clients.
>
> Jerold S. Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and Social change in Modern America* 43 (1976).

161 בהתחשב בעובדה כי לא השתנה הסעיף הבסיסי בחוק (סעיף 55), לא ברור האם ביטול הכללים הקובעים מהי פרסומת לכאורה משנה את ההסדר המהותי, או שרק מדובר בהעברת נטל הראיה מעורך הדין הנילון לקובל.

162 ליברליזציה נוספת בנושא הייתה בצורת ההוראה בכלל 7(ב) החדש, המאפשר את פרסום הפרטים המנויים בסעיף במדריכים מקצועיים ובספרי "מי ומי", ובליברליזציה נוספת בתיקון משנת 1998, המתיר לעורך דין גם לפרסם במדריכים מקצועיים מסווגים עד ארבעה תחומים שבהם הוא מתמחה מתוך רשימת תחומים שהוספה לכללים. שינוי דומה התרחש בגרמניה עשור קודם לכן.

nevo.co.il

המשפט. עד שינוי זה, בעקבות בתי הדין המשמעתיים של הלשכה, אכף בית המשפט העליון, בעיקבות בתי הדין המשמעתיים של הלשכה, בדווקנות רבה את כללי איסור הפרסום.

דוגמא מייצגת לגישת בית המשפט העליון בנושא ניתן למצוא בעניינו של עורך דין בן־מנשה, שיצא למאבק לשינוי דיני האישות במדינה ולמען הנהגת נישואין אזרחיים, שבעצמו נהג גם לערכם. על עורך הדין פורסמה כתבה בעיתון ידיעות אחרונות, ואליה התלווה ראיון שאותו ביקש בן־מנשה לפרסם כדי לתקן מספר טעויות שנפלו, לדעתו, בטיוטת הכתבה. הוא הועמד לדין משמעתי של הלשכה כמי שהפר את האיסור על פרסום עצמי. בית המשפט העליון, מפי השופט (כתוארו אז) לנדוי, אישר את הרשעת בית הדין המשמעתי.[163]

השופט לנדוי קבע כי אין זה משנה שמטרת הכתבה לא הייתה פרסומת עצמית אלא חלק מהמאבק הציבורי למען נישואין אזרחיים, משום שדי בכך שהפרסומת הייתה מטרה משנית או נלווית. כמו כן אין זה משנה שבן־מנשה לא התכוון לעשות פרסומת עצמית: לצורך הרשעה די בהלך רוח של אי־אכפתיות. השופט לנדוי, שדחה את הגישה האמריקנית החדשה באותה תקופה בנושא ("לא כל מה שנאמר על ידי בית משפט או סופר אמריקאי הוא בבחינת 'אורים ותומים' עבורינו, כי לגו דינים וגם השקפות משלנו"[164]), הוסיף מיוזמתו על קביעות בתי הדין המשמעתיים, ופסק כי היה ניתן להרשיע את בן־מנשה גם על פי כלל 2(15) – התחרות בלתי הוגנת – שלדבריו לא דורש יסוד נפשי סובייקטיבי.[165]

בית המשפט העליון דחה את הרוחות החדשות המנשבות מארצות־הברית בנושא מבלי לפשפש באופן רציני בהתאמתו של איסור הפרסום והפירסומת על עורכי דין, שמקורו בתפיסה האנגלית של הפרופסיה המשפטית, שאינה בהכרח מתאימה לתנאי הארץ ותושביה.[166] גם בנושא זה ניתן לומר שבית המשפט קיבל באופן מסורתי את עמדות

ראו סקירתו של Carsten Eggers, "Germany," in *Law Without Frontiers*, הערה 57 לעיל, בעמ' 81, וכן Harald Herrmann, "Regulation of Attorneys in Germany: Legal Framework and Actual Tendencies of Deregulation," in *Regulation of Professions*, הערה 53 לעיל, בעמ' 225. גם השינוי בגרמניה בא בעקבות פסיקתו של בית המשפט החוקתי, שבה נקבע כי אופיו של המקצוע כחלק ממערכת המשפט אינו מאפשר פרסומת אגרסיבית, אך מאפשר פרסומת אינפורמטיבית. BVerfGE 76, 171; 76, 196. ראו Herrmann, לעיל, בעמ' 235–242.

163 ע"ע 4/75 **פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב**, פ"ד ל(2) 197.

164 שם, בעמ' 206.

165 שם, בעמ' 204.

166 יצוין כי באנגליה, בעת שניתן פסק הדין, כבר היה נושא איסור פרסום ופרסומת על ידי עורך דין נושא לחקירות של הרשות להגבלים עסקיים. דוח ראשון של הרשות, שקבע כי איסור פרסום הוא מדיניות מונופוליסטית, פורסם כבר בשנת 1970. ראו Phil Fennell, "Solicitors, Their Markets and Their 'Ignorant Public': The Crises of the Professional Ideal," in *Essays in Law and Society* 17 (Zenon Bakowski & Geoff Mungham eds., 1980).

הלשכה בנושא, מבלי לבחון את הרציונל לאיסור ומבלי לשקול את טובתו של הציבור הכללי, את עקרונות חופש הביטוי ואת זכות הציבור לדעת. לדעתי, גם כאן היה בית המשפט שבוי בידי אינטרסים של בכירי הלשכה, שמטרת הצמדותם לאיסור הפרסום והפרסומת לא הייתה מטעמי טוהר המקצוע אלא מטעמים פרקטיים של מניעת תחרות.

זוהי נקודה טובה למעבר לפרק הבא, הדן בשינוי בגישת בית המשפט העליון: הבשורה על שינוי זה ניתנה בדיוק בנושא זה של פרסום עצמי.

ד. שינוי חזית ביחסו של בית המשפט העליון ללשכת עורכי הדין

אחד הטיעונים המרכזיים של מאמר זה הוא, כזכור, כי את מתקפותיו של יו"ר לשכת עורכי הדין על בית המשפט העליון ועל נשיאו ניתן להבין על רקע ממסדי־מערכתי. לפני כחמש־עשרה שנה שינה בית המשפט העליון את עמדתו הכמעט־אוטומטית לצד הלשכה וחבריה והחל להעלות את סף הביקורת עליהם. בעקבות שינוי זה יצאה הלשכה, באמצעות העומד בראשה, נגד בית המשפט העליון ונשיאו. אחד המקרים החלוציים שבישרו את העידן החדש היה, באופן סימבולי ואירוני, ערעור שהגיש על החלטת בית הדין המשמעתי הארצי של הלשכה לא אחר מאשר עורך הדין מן השורה (אז) דרור חטר ישי. מי שהחליט לקבל את ערעורו היה לא אחר מאשר השופט (כתוארו אז) אהרון ברק.[167]

1. השופט ברק מגן על עורך דין חטר ישי כנגד לשכת עורכי הדין

ערעורו של חטר ישי היה בגין הרשעתו בעבירה משמעתית של פרסום עצמי. חטר ישי התראיין בטלוויזיה כעורך הדין של עובדי אל על, שפעלו נגד פירוק החברה. בית המשפט העליון לא קיבל את הפרשנות הדווקנית המסורתית לסעיף 55 לחוק הלשכה. השופט ברק, בניגוד להלכות הקודמות של בית המשפט העליון בנושא, קבע כי תכלית

167 על"ע 13/86 חטר ישי נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א–יפו, פ"ד מא(4) 838. פסק הדין בעניינו של חטר ישי, שנכתב על ידי אהרון ברק, אינו רק בגדר סימבוליקה אירונית (שכן כיום מייצגות שתי הדמויות האלו את שני קצוות הקדע בין בית המשפט העליון ללשכת עורכי הדין). טכחותו של אהרון ברק השפעתו הגדלה על בית המשפט העליון יכולות גם להסביר את שינוי החזית ביחסו של בית המשפט העליון ללשכה. בניגוד לשופטי בית המשפט העליון שהיו שותפים להחלטות המטיבות עם הלשכה, שבאו מקרב עורכי הדין, ברק הגיע לבית המשפט העליון מהאקדמיה (דרך משרד היועץ המשפטי לממשלה, שאף היא מרוחקת מהפרופסיה). ניתן לטעון כי הרקע השונה הזה אפשר לו להתייחס לעורכי הדין וללשכה באופן ביקורתי יותר ולפתוח בכך את שאר שופטי בית המשפט. לפסק דין מאוחר יותר התואם את הגישה הישנה של בית המשפט ראה למשל, דבריו של השופט בך בבג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 561.

nevo.co.il

החקיקה בנוגע לאיסור פרסומת עצמית היא "איזון ראוי בין כבוד מקצוע עריכת הדין ושמירה על רמתו הראויה לבין האינטרס של חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת".[168] במסגרת איזון זה, קבע השופט ברק, אין לראות הופעה של עורך דין בכלי התקשורת – על פי בקשתם, בעניין בעל חשיבות ציבורית, על מנת לתת הסבר ענייני בבעיה משפטית – כעשיית פרסומת עצמית.

השופט ברק צעד בפסק דין זה צעד אחד קדימה, אבל צעד קטן. הרטוריקה הגילדאית שאפיינה את פסקי הדין הישנים של בית המשפט העליון, שכלל לא היו מוכנים לשקול ערכים אחרים מול כבוד המקצוע, נעלמה; אבל ההלכה שנפסקה בפסק הדין בסופו של דבר הייתה מאוד צרה. היא התייחסה לראיון מקצועי בכלי תקשורת, על פי בקשת המדיה ובעניין בעל חשיבות ציבורית. המקבילה האמריקנית משנת 1977 – *Bates v. State Bar of Arizona* – הרחיקה לכת הרבה יותר. שם קבע בית המשפט העליון האמריקני כי אפילו איסור על פרסומת ישירה אינו חוקתי, מכיוון שהוא נוגד את התיקון הראשון לחוקה המגן גם על commercial speech. הנתבעים, שזוכו על ידי בית המשפט העליון, פרסמו מודעה ובה פורטו תחומי ההתמחות של המשרד בצירוף מחירון. בפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקני נאמר, בין השאר, בדעת הרוב, שהאמונה כי מקצוע עריכת דין ניצב מעל למסחר היא אנכרוניסטית, וכי פרסום מחירים על ידי עורכי דין לא יפגע במקצועיות שלהם. כמו כן נקבע, שאין למנוע מהצרכנים מידע רלבנטי לצורך קבלת החלטות מושכלת, וכי פרסום הוא תנאי הכרחי לפעילות תקינה של השוק חופשי, שבסופו של דבר מועיל ל־administration of justice.[169]

כאמור, הלכת חטר ישי, שניתנה כעשר שנים לאחר פסק הדין, מצומצמת ממנו בהרבה.[170] למעשה, כיום – יותר מעשור שנים לאחר מתן פסק הדין בעניין חטר ישי, יותר מ־20 שנה לאחר פסק הדין האמריקני *Bates*, לאחר המהפכה התקשורתית בישראל, הגידול העצום בערוצי השידור, באפשרויות התקשורת ובהעברת מידע באינטרנט – הלכת חטר ישי כבר נראית אנכרוניסטית. עורכי דין רבים מאיישים את ה"פריים טיים" של תוכניות האירוח, מייעצים בסדרות טלוויזיה ואפילו מריצים תוכניות משלהם, שלא לדבר על שימוש הולך וגובר בפרסום ובפרסומת עצמית של עורכי דין באינטרנט. אכן, ההתפתחויות בשטח עושות את שלהן, וכיום שונה סעיף 55[171] לתוק הלשכה כך שמותרת אף פרסומת ישירה שאינה פוגעת בכבוד המקצוע או עשויה להטעות את הציבור או

168 פרשת חטר ישי, הערה 167 לעיל, בעמ' 840.

169 *Bates*, הערה 111 לעיל.

170 המקבילה האמריקנית לעניין הופעה בכלי התקשורת מעוגנת, למעשה, בכלל 3.6 ל־Model Rules of Professional Conduct, המתיר לעורך דין להופיע בכלי התקשורת בעניין הקשור לייצוג.

171 ראו הערה 159 לעיל.

nevo.co.il

לפגוע בו, כפי שייקבע בכללים. כאמור כללים טרם נקבעו כך שהפרסומת עדיין אסורה.[172]

ברוח זו ניתן לקרוא פסק דין נוסף, חדש יותר, של בית המשפט העליון בנושא הפרסום והפרסומת העצמית בו קיבל בית המשפט עתירה של עורך דין שביקש לציין בניר המכתבים שלו כי הוא גם רואה חשבון, למרות האיסור לעסוק בראיית חשבון במקביל לעיסוק בעריכת דין, ולמרות סעיף 57 לחוק הלשכה הקובע כי "עורך דין ישתמש לציון מקצועו רק בתואר 'עורך דין'... ובתואר זה בלבד. אין בהוראה זו כדי למנוע את השימוש בתואר אקדמי או בתואר שדין אחר מסדיר את השימוש בו". בית המשפט קבע כי יש לראות בתואר "רואה חשבון" תואר שדין אחר מסדיר את השימוש בו, ועל כן מותר לעורך דין לציינו.[173]

בכל מקרה, בעת שניתן, היווה פסק הדין בעניין חטר ישי שינוי חזית משמעותי, הן בהקשר לסוגיות המהותיות שבהן עסק והן ברמת הביקורת של בית המשפט העליון כלפי לשכת עורכי הדין. לדעתי, פסק הדין מציין את תחילת התרחקותו של בית המשפט מהגנה על המונופול והאוטונומיה של הלשכה.[174]

גם בעניינים אחרים הסתמן שינוי מגמה מצד בית המשפט העליון, בין השאר ביחסו לעיסוקים אסורים. כזכור דחה בית המשפט העליון בשנת 1987 את עתירתו של עורך דין מרגליות בעניין זה. בשנת 1997 הגיש עורך דין פרמינגר לבג"ץ עתירה נוספת בעניין האיסור לעסוק בשמאות.[175] עמדת משרד המשפטים הייתה כי אמנם ראוי לשנות את המצב המשפטי הקיים, אך על פי הדין הפוזיטיבי הקיים לא ניתן לומר שהכללים בטלים בהתחשב בסעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק הקובע כי הוראות שנחקקו לפני כניסתו לתוקף יעמדו בתוקפן עד לשנת 2002. השופטים (זמיר, דורנר וביניש) הביעו במהלך הדיון אי שביעות רצון מהמצב הקיים, ולבסוף (בחודש יוני 1999) משך העותר את העתירה תמורת התחייבות הלשכה לאפשר לו לעסוק בשני העיסוקים במקביל כל

172 יוער, כי חוק הסדרת פרסומת של בעלי מקצוע (תיקוני חקיקה), התש"ס–2000 מתייחס גם לפרופסיות אחרות, כמו רופאים, פסיכולוגים ועוד.

173 בג"צ 4000/93 קנבל נ' לשכת עורכי הדין בישראל (לא פורסם). יצוין, כי למרות ההסדרה קיבל הנשיא ברק את האינטרס של "שמירה על כבוד המקצוע" כאינטרס לגיטימי של הלשכה, העומד מול הזכות לפרסום עצמי. הפסיקה האמריקנית החתה את הלגיטימיות של אינטרס זה באותה סוגיה.

174 קשה לקבוע את תאריך מתן פסק הדין כתאריך שממנו הייתה גישת בית המשפט שונה לחלוטין, שהרי אחריו עוד ניתן פסק דין מרגליות, הערה 156 לעיל. בבית המשפט העליון קיימים גם קולות מגוונים, שאינם שולים כדי מקהלה מתוזמרת אחת. ועדיין, לדעתי, יש בפסק הדין סימן של שינוי מגמה, שהלכה והתחזקה בשנים האחרונות.

175 ראו בג"צ 6657/97 פרמינגר נ' לשכת עורכי הדין בישראל (לא פורסם, פסק הדין ניתן ביום 14.6.1999).

nevo.co.il

עוד יימנע מניגוד אינטרסים, עד לתיקון סעיף 60 לחוק או עד להודעה אחרת מבעוד מועד של הלשכה, שתימסר גם לבית המשפט.[176]

2. פרסום שמו של נאשם בדין משמעתי – בית המשפט העליון מול לשכת עורכי הדין

ציון דרך נוסף בשינוי המגמה בבית המשפט העליון קשור לפרקטיקה שנהגה עד לפני שנים ספורות בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורי משמעת של עורכי דין, ולפיה נהג בית המשפט שלא לפרסם את שם הנאשם. פרקטיקה זו נגזרה מהפרקטיקה המקבילה בבתי הדין המשמעתיים: שם, על פי כללים שנקבעו על ידי המועצה הארצית של הלשכה, הדיון המשמעתי מתנהל בדלתיים סגורות,[177] ופרסום שם הנאשם מנוי כאחד מהסמכויות העונשיות המסורות בידי בית הדין.[178] למרות שהדיון בערעור בפני בית המשפט העליון נערך בדלתיים פתוחות, נהגה שם, כאמור, פרקטיקה שלא לפרסם את שם עורך הדין הנאשם, והדבר אף עוגן בנוהלי העבודה של בית המשפט העליון.[179]

פרקטיקה זו הועמדה למבחן בג"ץ,[180] ולמרות הגנתה של פרקליטות המדינה – שהייתה אחת המשיבות בתיק – על מצב דברים זה, פסק בית המשפט העליון שאין לו סמכות שלא לפרסם את שמו של הנאשם ושהנוהל שהוא פועל לפיו אינו חוקי. השופט גולדברג קבע כי פומביות הדיון היא יסוד מוסד במשטר דמוקרטי, וכי בהעדר הסמכה מפורשת, פומביות הדיון כוללת את פרסום שמות המתדיינים. הפרשנות שנהגה בבית המשפט העליון עד עתה לא התיישבה עם הכלל שכולם שווים בפני החוק, והביאה להפלייתם לטובה בבית המשפט העליון של עורכי דין לעומת מתדיינים אחרים. השופט גולדברג הוסיף כי "דמו של עורך דין אינו סמוק יותר מזה של מערערים או משיבים

176 להסכמה זו, שלה היה שותף גם משרד המשפטים, ניתן תוקף של פסק דין (14.6.1999). בתזכיר חוק לשכת עורכי הדין (תיקונים שונים), התשנ"ט–1999 אין עדיין הצעה לביטול האיסור על עיסוקים אסורים, אך בסעיף 10 מוצע לבטל את האיסור לעסוק בעיסוקים אסורים לגבי עורך דין שאינו פעיל כעורך דין והגביל חברותו בלשכה. כיום מונחת על שולחן הכנסת הצעת חוק לשכת עורכי דין (תיקון – סייג לאיסור עיסוק נוסף), התש"ס–2000.

177 ראו כלל 73 לכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב–1962; ראו ביתר פירוט בהערות 121–122 לעיל והטקסט שלידן.

178 למעט מקרים שבהם הוטל על הנאשם עונש השעיה או הוצאה מהלשכה, שאז מחייב סעיף 69 לחוק הלשכה פרסום בציון שם הנאשם (ראו לעיל, הטקסט שליד הערה 124).

179 נוהל 30.200 מיום 1.3.1983, שקבע בסעיף 1 כי "בית המשפט העליון אינו מפרסם את שמו של עורך דין שהוא מערער או משיב בערעור לפי חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א–1961 שמובא בפני בית המשפט העליון". בסעיף 4 לאותו נוהל נקבע כי הסיבה לאי הפרסום היא שפרסום שם הנאשם הוא הליך עונשי על פי חוק לשכת עורכי הדין.

180 בג"צ עליאש, הערה 126 לעיל.

nevo.co.il

אחרים בערעורים פליליים, שאף הם עלולים להפגע מכך ששמותיהם מופיעים בפסקי דין שמתפרסמים".[181]

השופט אור, שהצטרף להחלטה, המליץ ללשכה גם לשנות דרכיה בנוגע לאי־פרסום פסקי הדין של בתי הדין למשמעת, כולל שמות עורכי הדין והנאשמים. אי פרסום השם נוגד את עיקרון פומביות הדיון והשוויון בפני החוק. השופט אור ציין, כי ההנחה של בתי הדין המשמעתיים שפרסום השם אסור על פי דין אינה נכונה.[182] השופטים גולדברג ואור הדגישו כי חוקיות הכלל בדבר דיון בדלתיים סגורות בהליכי המשמעת לא עומדת לדיון בפני בית המשפט, וכי החלטתם ניתנת בהנחה שכלל זה תקף.[183] בדבריהם אלו יש יותר מרמז עבה כי שאלת חוקיותו של הכלל הקובע דיון בדלתיים סגורות בבתי הדין המשמעתיים מוטלת בספק רב, שכן כלל זה נקבע בחקיקת משנה ולא בחקיקה ראשית.[184]

בשנת 1999 הגישה הסנגוריה הציבורית עתירה לבג"ץ נגד ועדת הערר לפי חוק הסנגוריה הציבורית. נשוא הדיון היה החלטה של הסנגוריה הציבורית לסרב לבקשתו של עורך דין שביקש להימנות בין הסניגורים הציבוריים בישראל, מהטעם שהלה הורשע בדין משמעתי בשורה של עבירות אתיות. ועדת הערר, ברוב דעות (של שופט בית משפט המחוזי בדימוס אורי שטרוזמן ונציג לשכת עורכי הדין), כנגד דעתו של הסנגור הציבורי הארצי, הפכה את החלטת הסנגוריה הציבורית ופסקה שאין סיבה לסרב לבקשת עורך הדין. העתירה של הסנגוריה הציבורית כנגד ועדת הערר התקבלה, ובית המשפט העליון, מפי השופט חשין, קבע כי קביעתו של רף אתי לקבלה לסנגוריה הציבורית היא חוקית, גם אם רף זה גבוה מהרף שאותו מציבה לשכת עורכי הדין ליכולתו של אדם לשמש כעורך דין פרטי. בג"ץ, בהתבסס על תקדים עליאש, קבע גם כי אין עילה שלא לפרסם את שמו של עורך הדין שבו מדובר (שהיה המשיב השני בעתירה).[185] מעבר לחיזוק הנוסף של הגישה החדשה של בית המשפט העליון בנוגע לפרסום שמות עורכי דין המתדיינים

181 שם, בעמ' 166.

182 שם, בעמ' 169.

183 שם, בעמ' 165, 167.

184 ראו לציין שכבר בשנת 1979 קבע בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין לעררי משמעת של לשכת עורכי הדין, ברוב קולות (בדעותיהם של מ"מ הנשיא משה לנדוי והשופט חיים כהן כנגד דעתה החולקת של השופטת מרים בן־פורת), כי אין להענות לבקשתו של מערער שלא לפרסם את שמו. המערער טען כי בית הדין המשמעתי ציווה שלא לפרסם את שמו, ומכיוון שלא היה ערעור בנקודה זו מטעם הלשכה אין לבית משפט עליון סמכות לקבוע אחרת, שכן פרסום שם הנאשם הוא אחד מהעונשים שבית דין משמעתי מוסמך להטיל. שופטי הרוב בבית המשפט העליון דחו את הטענה וקבעו כי עיקרון פומביות הדיון גובר, וכי אין לבית המשפט העליון סמכות לאטד על פרסום שם הנאשם אלא במסגרת סמכותו הכללית לפי חוק בתי המשפט. ראו על"ע 8/78 **שליט נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בירושלים**, פד"מ ב 33.

185 בג"צ 4495/99 **הסנגוריה הציבורית המחוזית (תל אביב והמרכז) נ' ועדת הערר לפי סעיף 12(ד) לחוק הסנגוריה הציבורית, תשנ"ו–1995** (טרם פורסם, פסק הדין ניתן ביום 6.9.1999).

בפניו, יש בהחלטה זו גם התרחבות נוספת לקו הביקורת התודרת יותר של בית המשפט העליון על הלשכה וחבריה בענייני אתיקה ודין משמעתי.[186] באופן משתמע הביע בית המשפט העליון בהכרעתו חוסר שביעות רצון מהסף האתי הנמוך אותו קבעה הלשכה לעורכי הדין – חבריה.

3. בית המשפט העליון מגביר את אינטנסיביות הביקורת על לשכת עורכי הדין

שינוי החזית של בית המשפט העליון בהתייחסותו ללשכה ולאינטרסים של עורכי הדין בא לידי ביטוי מוחשי אף יותר בשני פסקי דין שניתנו בשנת 1996.[187] בראשון, בג"צ **בנאי**, ביטל בית המשפט העליון את תחולתה המיידית של החלטת הלשכה להעלות את ציון המעבר בבחינות הלשכה בכתב מ־60 ל־70, ולהוסיף לבחינה חלק נוסף של ניסוח משפטי.[188] בית המשפט השתמש ברטוריקה שונה מזו שבה השתמש בפסק דין בעניין דומה שניתן עשור קודם לכן: בבג"צ **בלוי** משנת 1987 נדחתה עתירה כנגד רפורמה בבחינות הלשכה, שבמסגרתה הוכנסו בחינות בכתב נוסף על בחינות בעל פה למרות שחוק הלשכה דן רק בבחינות בעל פה.[189] בהחלטתו בעניין **בנאי** הדגיש השופט זמיר את האופי הציבורי של הלשכה ואת מחויבותה לעמוד בהחלטותיה במבחני הסבירות, ההגינות והמידתיות.[190] האוטונומיה של הלשכה, שהודגשה בפסקי דין מוקדמים יותר, לא הוזכרה בפסק דין זה וההתייחסות ללשכה היא כאל כל רשות מנהלית אחרת.

פסק הדין השני ניתן בשלהי 1996, והוא אולי פסק הדין ש"הכאיב" ביותר לעורכי הדין עד כה. זהו פסק הדין בעניין **גאנם**, בו ביטל בית המשפט הגבוה לצדק את כללים 27 ו־28 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986.[191] כללים אלה, שהופיעו תחת הפרק הדן ב"עורך דין וחברו למקצוע", אסרו על עורך דין לקבל לטיפולו תיק שהיה בטיפול של עורך דין אחר עד שאותו עורך דין הסכים לכך בכתב. הכללים נועדו לתמרץ לקוחות להסדיר את חובם לעורך הדין לפני שהם מחליפים אותו. העותרים טענו כי הכללים פוגעים הן בחופש העיסוק והן בזכותו של אדם להיות מיוצג, שכן אדם המבקש לפטר את עורך דינו – למשל, מכיוון שהוא חושב שעורך הדין התרשל – יכול

186 יצוין כי למדות התכ"ה לטובת העותר, החליט בית המשפט שלא לחייב את עורך הדין המשיב בהוצאות.

187 בדצמבר 1995 ניתן פסק דין נוסף, שגם אותו ניתן לשייך למגמה החדשה של בית המשפט העליון. בפסק דין זה ביטל בג"ץ בחירות לוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בשל העדר כללים הקובעים מהי שיטת הבחירות היחסיות (והקבועה בחוק הלשכה) הראויה. ראו בג"צ 6861/95 **אבו־חוסיין נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(5) 265.

188 בג"צ **בנאי**, הערה 23 לעיל.

189 בג"צ 110/87 **בלוי נ' שר המשפטים**, פ"ד מא(2) 373.

190 בג"צ **בנאי**, הערה 23 לעיל, בעמ' 602–603.

191 בג"צ 4330/93 **גאנם נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(4) 221.

nevo.co.il

למצוא את עצמו ללא אפשרות להיות מיוצג בגלל מחלוקת כספית עם עורך דינו המפוטר. מחלוקת כזו אינה בלתי צפויה, אם אכן הרקע לפיטורים היא התחושות של הלקוח שעורך הדין לא מילא תפקידו כהלכה.

בתשובת הלשכה נטען, בין השאר, כי "לא קנויה לאדם בישראל זכות לייצוג משפטי, פרט למקרים מיוחדים במסגרת המשפט הפלילי", וכי "כלל 27... מאזן באופן ראוי בין חופש העיסוק של עורך הדין לבין הצורך בשמירה על כבוד המקצוע, רמתו הראויה והגינותו".[192] בג"ץ החליט לקבל את העתירה ולבטל את כללים 27 ו־28 לכללי האתיקה. למרות קבלת העתירה, פסק הדין המרכזי של הנשיא ברק נכתב בטון אוהד ללשכה. השופט ברק קבע שתכליתו של כלל 27 היא אכן אתית ולא כספית, שכן מטרת הכלל היא לא להבטיח תשלום לעורך דין אלא לשמור על מערכת יחסים חברית והוגנת בין חברי הלשכה; שהכלל עסק אך ורק ביחסים שבין עורכי הדין, בינם לבין עצמם, והוא לא נועד להבטיח את גבייתו של שכר טרחה שעורך הדין זכאי לו; ושהמטרה ראויה והתכלית עולה בקנה מידה אחד עם המטרה המונחת ביסוד ההסמכה שחוק הלשכה העניק למועצה הארצית.[193] עם זאת קבע הנשיא ברק, שהאמצעי שהכלל נוקט כדי להגשים את המטרה היה בלתי מידתי. המעניין בפסק הדין הוא, שהערך המרכזי שבו פגע הכלל מעבר למידה הנדרשת, אליבא דברק, היה חופש העיסוק – והפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח לבחור לו עורך דין כרצונו ניצבה במקום המשני. הזכות להיות מיוצג ככזו לא הוזכרה בפסק הדין. נמצא, אם כן, כי למרות קבלת העתירה, פסק הדין של הנשיא נכתב בלשון אוהדת ומבינה את הלשכה. פסק הדין הכיר בחוקיות של תכלית הכלל, ופסל אותו בעיקר משום שהוא פגע בחופש העיסוק של עורכי הדין עצמם בכך שאינו מאזן כראוי בינו לבין כבוד המקצוע. טובת הלקוחות וזכויותיהם הוצגו רק כסיבה משנית לחוסר המידתיות.

בפסק דינה הנפרד נקטה השופטת שטרסברג־כהן עמדה עוינת יותר ללשכה. לדעתה, מטרתו של כלל 27 הייתה בלתי חוקית, מכיוון שתכליתו האמיתית היא הבטחת שכר עורך הדין המעביר ולא שמירה על יחסים אתיים בין עורכי הדין:

> אילו היתה התכלית שמירה על יחסים אתיים בין עורכי הדין בקשר להעברת הטיפול, לא היה מקום לטרוח ולנסח כלל המכיל מרכיבים שבכל אחד מהם ובכולם יחד מתקיימים סממנים ברורים של שכלול האמצעים לגבית שכר טירחתו של עורך הדין המעביר את הטיפול.[194]

192 שם, בעמ' 228.

193 שם, בעמ' 229. על הקביעה כי המטרה של הכלל ראויה חזר הנשיא ברק שוב ושוב בעמודים 234 ו־235.

194 שם, בעמ' 238.

nevo.co.il

השופטת שטרסברג־כהן גם הציבה את הפגיעה בזכויות היסוד של הלקוח לפני הפגיעה בעורך הדין המועבר בתור הסיבה לאי חוקיות הכלל.[195]

עם כל הניסוחים המעדנים, פסק הדין בעניין גאנם מייצג גישה חדשה וביקורתית מצד בית המשפט העליון כלפי לשכת עורכי הדין, ונכונות להעביר תחת שבט הביקורת באופן ענייני ורציני את כללי הלשכה, כדי להגן על אינטרסים ציבוריים כלליים יותר.

לסיכומו של פרק זה ראוי לציין, כי הטענה בדבר עליית מדרגה במעורבות בית המשפט העליון בענייני הלשכה נתמכת גם בנתונים סטטיסטיים לגבי אחוז ההלטות בית המשפט נגד הלשכה. מתוך 94 פסקי דין שבהם הייתה הלשכה מעורבת, שפורסמו בפד"י בין השנים 1970–1998, רק 16 (17%) הוכרעו כנגד הלשכה. באחוזים אלו חלה עלייה דרסטית בעשור האחרון: בין השנים 1970–1979 ניתן רק פסק דין אחד נגד הלשכה, בין השנים 1980–1989 ניתנו 6 החלטות נגד הלשכה, ובשנים 1990–1998 ניתנו 9 החלטות נגד הלשכה. מספר הפניות לבית המשפט כנגד הלשכה בשלוש התקופות לא השתנה באופן משמעותי.[196]

ה. במקום סיכום

במאמר זה ניסיתי לפתח טיעון המבוסס על מספר תובנות, שכל אחת מהן יכולה להיבחן באופן עצמאי.

ראשית, ביקשתי להראות כי ההסדר הסטטוטורי בנוגע למקצוע עריכת הדין בארץ הינו חסר תקדים, הן בהשוואה לפרופסיות אחרות בישראל, והן בהשוואה להסדרת מקצוע עריכת הדין בארצות אחרות. לפרופסיה המשפטית בארץ מונופול כמעט מוחלט על השירותים המשפטיים, מחד, ואוטונומיה כמעט מוחלטת בהסדרת המקצוע, מאידך.

שנית, ביקשתי להראות כי הגישה המסורתית של בית המשפט העליון להסדר סטטוטורי זה היתה גישה "אוהדת", וכי בית המשפט באמצעות כלים פרשניים עוד עשה להגדיל את המונופול ואת האוטונומיה של הלשכה, מעבר למתחייב מהוראות החוק. בכך הפעיל בית המשפט סטנדרטים משפטיים מועדפים בהשוואה לסטנדרטים המופעלים על ידו בדרך כלל.

שלישית, הצבעתי על מגמת שינוי בהתייחסותו של בית המשפט העליון ללשכה

195 גם השופט בך, שאינו מתייחס לשאלת החוקיות של מטרת הכלל, ציין את הפגיעה בזכויות הלקוחות לפני הפגיעה בזכויות עורכי דין אחרים. שם, בעמ' 240.

196 נתונים אלו נמסרו לי על ידי מר חנן אפרים מאוניברסיטת תל־אביב. ראוי לציין כי הבדיקה נעשתה רק לגבי פסקי דין שפורסמו, ולכן לא ניתן להתייחס אליה כאל הוכחה סטטיסטית חותכת אלא רק כאל תמיכה כללית בטיעון. עם זאת, סביר להניח כי אם היו נבדקים כלל פסקי הדין היו אחוזי ההצלחה כנגד הלשכה נמוכים עוד יותר. הסבירות שפסק דין כנגד הלשכה יפורסם גדולה מהסבירות של פרסום פסק דין המאשר את פעילות הלשכה.

nevo.co.il

ולחבריה. שינוי זה אינו אחיד ואינו חד־חזיתי מצד כל שופטי בית המשפט העליון, אך תובנתי האחרונה היא ששינוי זה יכול להוות אחד מהסברים למתקפות החריפות של הלשכה, באמצעות יושב הראש הקודם שלה, על בית המשפט ובעיקר על נשיאו, הנתפש על ידי הלשכה כמי שמוביל את קו המדיניות החדש.

המאמר התרכז בשינוי שחל בגישה האוהדת (והמפלה) של בית המשפט העליון כלפי הפרופסיה המשפטית, בכלל, ולשכת עורכי הדין בפרט, לכיוון גישה ביקורתית יותר, והתרחקותו של בית המשפט העליון מהברית המסורתית בינו לבין הפרופסיה המשפטית, כאחד מהסיבות המבניות לקרע בין בית המשפט העליון ללשכת עורכי הדין. עם זאת, יש לדעתי סיבות מבניות נוספות למתקפות הלשכה על בית המשפט העליון. המעבר של בית המשפט מפורמליזם לערכים,[197] או לפחות מרטוריקה פורמליסטית לרטוריקה של ערכים, והרחבת תחולת המשפט על ידי בית המשפט העליון,[198] יש בהם כדי לאיים על מעמדה של הפרופסיה המשפטית. היה זה מקס ובר שהצביע על הקשר בין התפיסה הפורמליסטית של המשפט לבין ביטוסה של הפרופסיה המשפטית והעלאת הסטטוס הכלכלי והחברתי של חבריה.[199] ברגע שהגבולות בין משפט לערכים מיטשטשים, ודאיותו וצפיותו של המשפט נפגמות, וכך מתערער גם ייחודם של עורכי הדין כמומחים למשפט, דבר שעלול להוביל לפגיעה בסטטוס החברתי־כלכלי שלהם.[200] עורכי הדין הם שמרניים מבחינת התייחסותם למשפט, מכיוון ששמרנות המשפט משרתת את האינטרס שלהם לשמר את ההון האינטלקטואלי שרכשו. דה־טוקוויל כתב כבר בתחילת המאה שעברה כי לעורכי דין אין מה להרויח מחידושים;[201] לכן, כשאלו נכפים עליהם, אין זו הפתעה שעורכי הדין יוצאים נגד המחדשים[202] – אך נושא זה הוא כבר סיבה למאמר נפרד.

מאמר זה התמקד במישור הניתוח התיאורי של מעמד הפרופסיה המשפטית בישראל ויחסיה עם הרשות השופטת. בעקבות ניתוח זה מתבקש גם דיון נורמטיבי באשר לאופן

197 ראו מנחם מאוטנר, **דיכוי הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (תשנ"ג).

198 הבאה לידי ביטוי אידיאולוגי במאמרו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, "על השקפת־עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", **עיוני משפט** יז 475 (תשנ"ג).

199 2 Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* ch. 8 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., Ephraim Fischoff et al. trans., 1968); Max Weber, *On Law in Economy and Society* 301-321 (Max Rheinstein ed., Edward Shils & Max Rheinstein trans., 1954).

200 ראו גם Cotterrel, העדה 105 לעיל, בעמ' 196–200.

201 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 278 (Henry Reeve trans., 1945).

202 מנגד ראוי לציין כי המעבר מפורמליזם לערכים מביא ללגליזציה מוגברת של החברה. זו מתבטאת, בין השאר, בעלייה בוולום ההתדיינויות המשפטיות, ועל כן – ביותר פרנסה לעורכי דין. בהקשר כלל־עולמי של הקשר בין עורכי הדין ללגליזציה ראו Lawrence M. Friedman, "Lawyers in Cross-Cultural Perspective," in Abel & Lewis, העדה 85 לעיל, בעמ' 1, בעיקר בעמ' 12–13.

הרצוי להסדרה מרכזית (אם בכלל) של הפרופסיה המשפטית, ובאשר לקשר בין אופן ההסדרה לבין איכות האתיקה המקצועית של הפרופסיה. גם עניינים אלה יושארו לטיפול עתידי. לצרכנו, די אם נסכם בקיומו של ספק רב אם האמון שעליו דיבר זרח ורהפטיג, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, בעת הצגת חוק לשכת עורכי הדין,[203] האמון המופקד בידי עורכי הדין בצורת האוטונומיה הממסדית שניתנה להם, הצדיק את עצמו.

203 ראו העדה 1 לעיל.