

רגולציה של עורכי דין ישראלים: מאוטונומיה מקצועית לרגולציה רב-מוסדית

נטע זין*

המאמר מתאר שינוי במשטר ההסדרה של עורכי דין בישראל המתרחש החל משנות ה-90 של המאה הקודמת. עד תקופה זו הנורמות הפרופסיונליות – מבנה המוסדות, תנאי כניסה למקצוע ונורמות מהותיות המחייבות עורכי דין – נקבעו על ידי לשכת עורכי הדין כמעט באופן בלעדי. בשני העשורים האחרונים גורמים נוספים, כגון הכנסת, רשויות מנהל ובתי המשפט, החלו להסדיר נושאים שהיו בשליטה כמעט בלעדית של מוסדות הפרופסיה. תהליך זה מנותח על רקע גישות מנוגדות הפועלות בעולם ובישראל. מחד גיסא, מגמות גלובליות המבקשות להסיר חסמים בפני זרימת ידע ושירותים, ובכלל זה שירותים משפטיים, והרואות במשפט "מוצר" שיש לספק לצרכן באופן איכותי ונגיש. מאידך גיסא, גישות הרואות במשפט ובעורכי דין משאבים ציבוריים ודורשות מהם לפעול על פי נורמות של אחריות חברתית וציבורית. המאמר מסביר את ההקשר המקומי שבו פועלות מגמות אלו בישראל ואת האופן שבו הן משפיעות הן על עורכי הדין והן על המשפט.

א. הקדמה. ב. עורכי דין ודמוקרטיה: שאלת הרגולציה. ג. עורכי דין בישראל: העידן הראשון – רגולציה עצמית. ד. קריאת תיגר על הרגולציה העצמית; 1. צמיחת המדינה הרגולטורית; 2. שינויים במערכת המשפט: יותר משפט, יותר עורכי דין; 3. היערכות מוסדית מחודשת של המדינה, בתי המשפט ועורכי הדין. ה. הליכי משמעת ואוטונומיה מקצועית; 1. ייסוד ועדת מינויים לדיינים בבתי דין למשמעת; 2. הקמת ועדות אתיקה סטטוטוריות; 3. ביטול זכויות

* פרופסור למשפטים. הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. אני רוצה להודות למשתתפים בסימפוזיון ובמיוחד ל-Fred Zacharias ז"ל על מתן מקורות חיוניים למאמר זה. אני רוצה להודות לוועדת העורכים של Fordham Law Review עבור הסקירה המעמיקה והיסודית שלהם של מאמר זה. זהו נוסח עברי מעודכן ומעובד של המאמר שהתפרסם באנגלית. התרגומים לעברית של הציטוטים המופיעים במאמר הם שלי.

היתר הפרוצדורליות. ו. חובות כלפי צדדים שלישיים שאינם מיוצגים.
ז. סיכום.

א. הקדמה

מאז שנות החמישים משך אליו המחקר על ההתארגנות החברתית של עורכי דין אנשי אקדמיה מתחום המשפט ומדעי החברה המתעניינים בתורת המשפט ובמערכת הצדק. המשפט אינו נחשב עוד רק למערכת של הוראות מדינתיות או מנגנון טכני ליישוב סכסוכים, אלא גם לגוף ידע המעוצב על ידי מומחים ואנשי מקצוע ומוקד כוח לייצור ולשליטה באותו ידע. כך, שאלות על הקבוצות המרכיבות את המקצוע המשפטי הפכו לחלק בלתי נפרד מן המחקר על המשפט ועל מערכת הצדק. עורכי דין, קבוצה דומיננטית בפרופסיה המשפטית (לצד שופטים ומשפטנים אנשי אקדמיה), נתפסים אפוא כחלק מ"עשיית החוק". כפי שטוען פיליפ לואיס (Lewis) "[עורכי דין] עומדים בין מערכת המשפט הרשמית לבין אלה שהנם כפופים לחוק או מפקים ממנו תועלת"¹. הם גורמים חיוניים עבור אנשים הזקוקים להגנת החוק, הם מנסחים מסמכים משפטיים המהווים בסיס לטיעונים ולהצדקות משפטיות, מנהלים משא ומתן ומשמישים סוכנים מרכזיים במסגרת התדיינויות משפטיות². מאמר זה הוצג בכנס שעסק ביחסים בין עורכי דין לדמוקרטיה. העושר של המאמרים שהוצגו בו מעיד על מגוון הפרדיגמות שדרכן ניתן לבחון סוגיה זו. כפי שמתאר פרד זכריאס (Zacharias) בהערות הפתיחה למאמרו, "ניתן לשאול האם עורכי דין יכולים לקדם את ערכי הדמוקרטיה, לנוכח המתח התדיר המתעורר בין חובותיהם כלפי לקוחותיהם לבין ערכי הדמוקרטיה עצמם, שהם לעתים קרובות בלתי ברורים או נגועים בסתירות"³. סוג

- 1 Philip S.C. Lewis, *Introduction*, LAWYERS IN SOCIETY: THE COMMON LAW WORLD (Richard L. Abel & Philip S.C. Lewis eds., 1988) (להלן הספר: LAWYERS IN SOCIETY).
- 2 ראו גם כפי שמצוין אצל JEROLD S. AUERBACH, UNEQUAL JUSTICE: LAWYERS AND SOCIAL CHANGE IN MODERN AMERICA (1976). גלנטר ופליי בספרם מדגישים את עבודתם של עורכי דין בחברות גדולות; MARC GALANTER & THOMAS PALAY, TOURNAMENT OF LAWYERS: THE TRANSFORMATION OF THE BIG FIRM (1991); LAWYERS' IDEALS/LAWYERS' PRACTICES: TRANSFORMATIONS IN THE AMERICAN LEGAL PROFESSION (Robert L. Nelson, David M. Trubek & Rayman L. Solomon eds., 1992); DIETRICH RUESCHEMEYER, LAWYERS AND THEIR SOCIETY: A COMPARATIVE STUDY OF THE LEGAL PROFESSION IN GERMANY AND IN THE UNITED STATES 1–26 (1973).
- 3 Fred C. Zacharias, *True Confessions about the Role of Lawyers in a Democracy*, 77(4) FORDHAM L. REV. 1591 (2009). עורכי דין חבים חובת אמונים לא רק ללקוחותיהם כי אם גם למערכת המשפט כפקידי בית המשפט. MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt.

חקירה זה הנו במידה רבה תאורטי; הוא מנסה להעריך את המתח הפוטנציאלי בין פרופסיונליות לדמוקרטיה וכיצד מתח זה יכול, או אינו יכול, להתמתן. מנקודת מבט תיאורית, ניתן לבדוק מה עורכי דין עשו (או עושים) בפועל על מנת לקדם את הדמוקרטיה או את הערכים שבבסיסה. ספרם של לוסיין קרפיק (Karpik) וטרנס הלידיי (Halliday)⁴ הוא אוסף פורץ דרך, המתעד את פעילותם של עורכי דין לפי קו מחשבה זה. מנקודת מבט שלישית, נורמטיבית, ניתן לשאול אם מן הראוי שעורכי דין ינהגו באופן המקדם את הדמוקרטיה. ואם כן, מדוע? וכיצד? מהן ההצדקות המקצועיות לעמדה זו? וכיצד עליהם ליישב בין חובותיהם הפרטיות לבין חובותיהם הציבוריות, שהן לעתים קרובות סותרות?⁵ למרות העדרות השונות שדרכן מוצגות שאלות אלה בדבר הקשר בין עריכת דין לדמוקרטיה, לכולן משותפת נקודת מוצא דומה. בין שמבוססת על המצב המצוי ובין שמבוססת על המצב הראוי, ההתייחסות לעורכי דין היא כאל ישות נתונה וקיימת במסגרת הדמוקרטיה. על פי כל הגישות, עורכי דין הם אלה שיכולים (או שאינם יכולים) ליטול חלק בעיצוב הדמוקרטיה שבהן הם פועלים, והם אלה שצריכים (או שאינם צריכים) לעשות זאת. זהו מסלול חד-סטרי; עורכי דין מאופיינים על פי פרקטיקה, אידאולוגיה, יכולת ומבנה נתונים שאת השפעתם על הדמוקרטיה אנו בוחנים.

במאמר זה בחרתי לאמץ הנחת יסוד שונה באשר למקצוע המשפטי, ולמעשה הניתוח שלי מתנהל מכיוון הפוך. נקודת המוצא שלי היא הדמוקרטיה, תוך התמקדות במוסדות המדינה של הדמוקרטיה הליברלית: הרשות המחוקקת, הרשות השופטת, הממשלה, המנהל ובמידה מסוימת – השוק. לאחר מכן אני ממשיכה לברר כיצד מערך מוסדי זה משפיע על המקצוע המשפטי ונוטל חלק בעיצובו, באפיונו ובהגדרת תפקידיו החברתיים. חקר המקצוע המשפטי בנוגע לכוחות המדינה והשוק אינו חדש, כמוכן. הוא העסיק חוקרים רבים שבחנו את התפתחות הפרופסיה מנקודת מבט היסטורית-סוציולוגית.⁶ מגלי

(2002); ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: "חוק לשכת עורכי הדין"); וכן כלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) התשמ"ו-1986.

4 LAWYERS AND THE RISE OF THE WESTERN POLITICAL LIBERALISM: EUROPE AND NORTH AMERICA FROM THE EIGHTEENTH TO TWENTIETH CENTURIES (Terence C. Halliday & Lucien Karpik eds., 1997) (להלן: "LAWYERS AND THE RISE OF THE WESTERN POLITICAL LIBERALISM").

5 Zacharias, לעיל ה"ש 3, בעמ' 1594–1595.

6 ראו למשל: Dietrich Rueschemeyer, *Comparing Legal Professions Cross-Nationally: from a Professions-Centered to a State-Centered Approach*, 1986 AM. B. FOUND. RES. J. 415, 442 (1986) (המציינים את החשיבות של מוסדות מדינה במחקר של "עורכי דין ועבודת המשפט"). רושמייר מתמקדת בעיקר במבנה המקצוע ובסוג העבודה שעורכי דין עושים ופחות במתחים בפנימיים בתוך התפקיד המקצועי. שם; ראו גם: Lucien Karpik, *Lawyers*

צרפתי לארסון (Larson) הובילה את הטיעון כי בארצות-הברית השוק היה הכוח המניע המרכזי בעיצוב ההתארגנות של עורכי דין, וג'רלד גייסון (Geison) טען כי המדינה הייתה גורם דומיננטי בהתפתחות המקצוע המשפטי באירופה⁷. עם זאת, רוב הספרות בנושא זה התמקדה בהיבטים המבניים של המקצוע (ובכלל זה מספר עורכי הדין במקום מסוים, תוכן עיסוקם, מערך העבודה שלהם, הפיקוח על הפרקטיקה שלהם). פחות תשומת לב ניתנה להשפעה של מוסדות הדמוקרטיה הליברלית על הבסיס הנורמטיבי-אתי של תהליך ההתמקצעות. במושג זה כוונתי היא לתפקידם של מוסדות המדינה בהגדרת חובותיהם המהותיות של עורכי הדין, בקביעת סדר העדיפויות ביניהן, בעיצוב האידאולוגיה המקצועית של עורכי דין וביישוב אחריותיהם המקצועיות, הפרטיות והציבוריות, אשר לעתים קרובות סותרות זו את זו. מנקודת מבט זו, "הזהות הקולקטיבית" של עורכי דין נבנית ומעוצבת הן על ידי כוחות חיצוניים והן מתוך הכוחות הפנימיים של המקצוע⁸.

ללא ספק, מוסדות דמוקרטיים כשלעצמם אינם בגדר ישויות סטטיות או קבועות, שהרי דמוקרטיות משתנות תדיר והנן במצב של דינמיקה בין-מוסדית מתמדת: מוסדות מתחזקים או נחלשים; הם נערכים מחדש וצורות מבניות חלופיות תופסות את מקומם. זאת ועוד, אף על פי שנקודת המוצא האנליטית שלי בוחנת את ההשפעה של מוסדות אלה על הפרופסיה המשפטית, אין מדובר בתהליך חד-צדדי, אלא במערכת יחסים הדדית: "עורכי דין" ו"דמוקרטיה" משפיעים זה על זה ומעצבים זה את זה באופן נמשך. אף על פי כן, יש לדעתי ערך בשינוי נקודת המבט שדרכה מעריכים בדרך כלל את הקשר בין עורכי דין לדמוקרטיה, ובכיוון הזרקור על עורכי דין כאובייקטים לשינוי ולא כמחוללים שינוי. מיקוד מחדש שכזה מאפשר לנו לזהות את הדינמיקות שלפיהן הסדרים מוסדיים פרטיקולריים מעצבים את הערכים שבבסיס עבודתם של עורכי הדין ולהעריך עד כמה הם עומדים בשאיפות המקצועיות שלהם.

על מנת להבין כיצד עורכי דין יכולים להיות מושפעים מהדינמיקות של הדמוקרטיה, מחקרי בוחן את המקצוע המשפטי בישראל. ישראל הנה מקרה מעניין, בהקשר זה, בשל השינויים המהירים שהתרחשו ביחסים בין מוסדות המדינה במהלך תקופה קצרה יחסית. בתוך שישה עשורים השתנה משמעותית מאזן הכוחות בין המחוקק, בית המשפט והרשות

and Politics in France, 1814–1950: The State, the Market, and the Public, 13 L. & Soc. INQUIRY 707, 707–736 (1988).

MAGALI SARFATTI LARSON, THE RISE OF THE PROFESSIONALISM: A SOCIOLOGICAL ANALYSIS (1977); PROFESSIONS AND THE FRENCH STATE 1700–1900 (Gerald L. Geison ed., 1984); ראו גם: Rueschemeyer, לעיל ה"ש 6, בעמ' 442–446 (הקורא לביצוע ניתוח ממוקד-מדינה של המקצוע המשפטי).

Karpik, לעיל ה"ש 6, בעמ' 735.

רגולציה של עורכי דין ישראלים

המבצעת, וכן התרחשו שינויים ביחסי מדינה, חברה אזרחית ושוק. שינויים אלו השפיעו ישירות על אופן הסדרתם ופועלם של עורכי דין בישראל.

חלק ב' של מאמר זה מסביר את הפרדיגמה שדרכה אני בוחנת את היחסים בין עורכי דין לבין הדמוקרטיה בישראל: רגולציה של הפרופסיה המשפטית. רגולציה, במובנה הרחב, היא מערך הכללים, הזכויות והחובות הבסיסיים החלים על הדרך שבה פועל המקצוע המשפטי. מאחר שכל רגולטור נוטה להעדיף אינטרסים מסוימים על פני אחרים, הדרך שבה עורכי דין מוסדרים משקפת את תפיסת המוסד המסדיר את תפקידם החברתי של עורכי דין. חלק ג' מתאר את העידן הראשון של רגולציה של עורכי דין בישראל, המאופיין באוטונומיה מקצועית רחבה ורגולציה עצמית חזקה. במהלך תקופה זו, מהקמת המדינה בשנת 1948 ועד לאמצע שנות השמונים, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט פעלו יחד להגן על עצמאות מערכת המשפט; לשכת עורכי הדין הישראלית נהנתה מחופש פעולה כמעט ללא התערבות מצד מוסדות המדינה. חלק ד' מתאר את השינויים במשטר רגולטורי זה בשלושת העשורים האחרונים. תקופה זו מאופיינת בתהליך הפרטה שבמסגרתו השוק הפך לזירה המועדפת לחלוקת משאבים (ציבוריים), והמדינה הפכה לרגולטורית במקום ספקית של טובין ציבוריים. על רקע מגמה זו הפך גם שוק השירותים המשפטיים למטרה של רגולציה מדינתית. ההסדר הרגולטורי החדש, אף על פי שאינו אחיד וקוהרנטי, משקף מגמה כפולה: מצד אחד נגיסה במונופול של לשכת עורכי הדין כחלק מתפיסת "שוק חופשי" שבו גם שירותים משפטיים צריכים להיות זמינים על בסיס תחרות; מן הצד האחר תביעה כלפי הפרופסיה למתן דין וחשבון על מחויבותה הציבורית, פרט להגנה על אינטרס אישי. חלק ה' מדגים שינוי זה באמצעות בחינה של התיקון החקיקתי משנת 2008 לגבי הדין המשמעתי של עורכי הדין. חלק ו' עוסק במקרה מבחן נוסף: החלת חבות אזרחית על עורכי דין כלפי צדדים שלישיים בלתי מיוצגים על ידי בתי המשפט. בסיכום אתן הערכה ראשונית לגבי העתיד של רגולציה של עורכי דין בישראל, על רקע מגמות אלו.

ב. עורכי דין ודמוקרטיה: שאלת הרגולציה

במאמר זה נבחן תפקידה של הפרופסיה המשפטית בישראל דרך סוגיית הרגולציה המקצועית. הטיעון העיקרי שלי הוא שמאז שנות התשעים, המקצוע המשפטי בישראל עובר שינוי מובהק ממשטר חזק של רגולציה עצמית למשטר של רגולציה פלורליסטית. כחלק ממגמה זו נקבעים התנאים לעיסוקם של עורכי דין על ידי כמה מקורות חיצוניים. חלקם

מחליפים רגולציה עצמית וחלקם מוסיפים עליה. שינוי זה משקף נטייה למצוא איזון חדש בחובתם הכפולה של עורכי דין: ההגנה על האינטרס העצמי וחובתם כלפי הציבור.⁹ הדרך שבה חברה מסדירה את הפרופסיה המשפטית מעידה על האופן שבו מוגדר תפקידם של עורכי דין כנשאי משאב חיוני: המשפט. משכך, הסדרת הפרופסיה משליכה על הדרך שבה החברה מתייחסת אל המשפט, לתפקידו ולצורך בזמינותו ונגישותו¹⁰. הדיון ברגולציה של עורכי דין מתחלק לשלושה נושאי משנה. אף שהם קשורים זה בזה, ולעתים חופפים, מנקודת מבט אנליטית יהיה זה מועיל להתייחס אליהם בנפרד. הראשון מתמקד בשוק השירותים המשפטיים ובוחר את ההקצאה של משאבים משפטיים. מזווית זו אנו בודקים מי זכאי לספק שירותים משפטיים ומנקודת מבט רגולטורית, מי מחליט על כך. רוב החברות מגדירות ספירה מסוימת במערכת המשפט שבה לעורכי דין יש בלעדיות, ורק הם מורשים לספק בה שירותים משפטיים (סוגיה הידועה כ"ייחוד המקצוע"). להחלטה זו השפעה על זמינותם של שירותים אלה, והיא מעלה שאלות בעניין תודעה משפטית, הנטייה להתדיינות משפטיות וגישה שווה למערכת הצדק. ההכרעה בדבר הגורם הקובע את

9 כפי שיוסבר להלן בהערות 28–29, מדינות רבות יישמו צעדים נגד תחרות כתגובת נגד למונופול של לשכות עורכי הדין ועל מנת להגדיל את התחרות בשוק השירותים המקצועיים. הדוגמה האחרונה היא של Legal Services Act 2007 שנחקק באנגליה. מטרתו של חוק זה היא לבצע רפורמה כוללת בהסדרת מתן שירותים משפטיים באנגליה תוך הצבת אינטרס הצרכן במרכז מערכת הרגולציה. ראו: Ministry of Justice, Legal Services Act 2007, www.justice.gov.uk/publications/legalservicesbill.htm (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010); ראו גם: TERENCE C. HALLIDAY, Legal Services Act, 2007, c. 29 (Eng.); ראו באופן כללי: BEYOND MONOPOLY: LAWYERS, STATE CRISES, AND PROFESSIONAL EMPOWERMENT at xiii (1987); CHRISTINE PARKER, JUST LAWYERS: REGULATION AND ACCESS TO JUSTICE 38–41 (1999). רוב האמצעים הרגולטוריים האלה מתמקדים במניעה של פרקטיקות אנטי-תחרותיות ובפתיחת שוק השירותים המשפטיים. מחקר זה אינו מסתפק רק בנושא הקצאת שירותים משפטיים ובוחר אף את הנורמות המהותיות החלות על עורכי דין ואת דרך הסדרתן. ראו לדוגמה: Benjamin H. Barton, *An Institutional Analysis of Lawyer Regulation: Who Should Control Lawyer Regulation Courts, Legislatures, or the Market?*, 37 GA. L. REV. 1167 (2003).

10 על הקשר בין רגולציה עצמית לבין הביקורת נגד האינטרס האישי של עורכי דין, ראו: DEBORAH L. RHODE, IN THE INTERESTS OF JUSTICE: REFORMING THE LEGAL PROFESSION Gillian K. Hadfield, *Legal Barriers to Innovation: The Growing Economic Cost of Professional Control over Corporate Legal Markets*, 60 STAN. L. REV. 1689, 1690–1691 (2008).

רגולציה של עורכי דין ישראלים

גבולותיו של השדה המשפטי היא מוקד למאבק מתמיד בין פרופסיות מקצועיות לגופים חיצוניים¹¹.

השאלה השנייה נוגעת למבנה מוסדות הפרופסיה והתארגנותן. מנקודת מבט רגולטורית זו אנו שואלים מי קובע את דרישות הכניסה למקצוע? מי מעניק רישיון ומפקח על התמחות? מי קובע את כללי המשמעת ואוכף אותם? ומי מגדיר את היחסים בין החברים במקצוע, לשכת עורכי הדין המאורגנת והמדינה¹²?

ההיבט השלישי של רגולציה משפטית נוגע לנורמות מהותיות ולכללי התנהגות החלים על עורכי דין. מי מגדיר מהן חובות הנאמנות של עורכי הדין (ובכלל זה היקף חובת הסודיות והחריגים לה) ומה היקף מחויבותם כלפי הציבור וצדדים שלישיים? מי קובע מהי התנהגות שאינה הולמת את כבוד המקצוע? מזווית רגולטורית, הבירור יעסוק בזהות הגופים המוסמכים לקבוע נורמות מסוג זה, ולאכוף אותן¹³.

בדיקת התפקיד החברתי של עורכי דין באמצעות סוגיית הרגולציה מאפשרת לבחון את הפרופסיה מנקודת מבט פנימית וחיצונית. נקודת המבט החיצונית בוחנת את יחסי הפרופסיה עם הממשלה או רשויות המנהל, המחוקק, בתי המשפט ושחקני השוק, ומעריכה את מעמד הפרופסיה באמצעות הדינמיקות המתרחשות ביניהם.

עמדה זו מניחה כי גורמים תרבותיים, היסטוריים ופוליטיים משליכים על מאבקי הכוח הנמשכים של עורכי הדין עם הסביבה הפוליטית הנתונה¹⁴. רגולציה היא מוקד למאבק מסוג זה: דרישתם של עורכי דין לרגולציה עצמית נעשית על מנת להשיג אוטונומיה ולמזער התערבות חיצונית בקביעת הפרקטיקות שלהם. בתי המשפט, מצד, הטילו לעתים קרובות חובות שונות על עורכי דין (למשל כלפי מי שאינם לקוחות וכלפי צדדים שלישיים), אף כאשר הן עמדו בסתירה לעמדות המסורתיות של לשכת עורכי הדין¹⁵. המחוקק קבע נורמות

11 על הקשר בין רגולציה לבין נגישות למערכת הצדק, ראו: PARKER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 38–41; RHODE, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19.

12 לטיעון חזק שלפיו האינטרס העצמי של עורכי דין ברגולציה עצמית בא לידי ביטוי בהיבטים המבניים של השליטה, כפי שצוין אצל AUERBACH, לעיל ה"ש 2; Richard L. Abel, *United States: The Contradiction of Professionalism, in 1 LAWYERS IN SOCIETY*, בעמ' 186, 186–243.

13 ראו למשל: David B. Wilkins, *Who Should Regulate the Lawyers?*, 105 HARV. L. REV. (1992) 799, 807–808.

14 לדוגמה של גישה זו AUERBACH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 263–308; LARSON, לעיל ה"ש 7; LAWYERS AND THE RISE OF WESTERN POLITICAL LIBERALISM, לעיל ה"ש 4.

15 Wilkins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 806 טוען כי אף על פי שראשי הלשכה ואחרים ניסו להפריד בין רשלנות מקצועית לבין משמעת, מאמצים אלה נכשלו ברובם; לימור זר-גוטמן "ייצוג מול צד שכנגד בלתי מיוצג – ייזהר עורך הדין" דין ודברים א 153 (2004).

דיווח מוגברות לעורכי דין המועסקים על ידי בנקים וחברות ציבוריות¹⁶. רגולציה ישירה ובלתי-ישירה מסוג זה משנה את החובות והדרישות המקצועיות של עורכי דין. לעתים יש להן משמעויות חלוקתיות, והן משפיעות על הזכויות המהותיות של בני אדם. מנקודת מבט פנימית, הרגולציה של עורכי דין נוגעת במתח מקצועי אינהרנטי: נאמנות ללקוח אל מול הציבור. עורכי דין חייבים לפעול בנאמנות ובמסירות עבור לקוחותיהם ובה בעת לשמש פקירי בית המשפט ומערכת הצדק¹⁷. יצירת איזון בין חובות, משמעה עיצוב הסטנדרטים הנורמטיביים החלים על עורכי דין ושעל פיהם הם חייבים להתנהל, תוך שרטוט מחדש של הגבולות בין הנאמנות ללקוח לבין הגנה על האינטרס הציבורי. כל הסדרה נעשית תוך בחירה באינטרסים הנראים חשובים וראויים להגנה. מכאן שהגוף המוסמך להסדיר את הכללים החלים על עורכי דין (בכל שלושת הנושאים לעיל) יפעל על בסיס העמדות שלו בדבר המשקל הראוי של כל אינטרס מוגן. תוך הסתכנות בפשטנות יתר אומר, כי הרגולציה העצמית של עורכי דין בישראל העדיפה בכיבוד את האינטרסים של הלקוחות ואת האינטרסים העצמיים של עורכי הדין על פני חובותיהם כלפי הציבור, כלפי בתי המשפט וכלפי צדדים שלישיים. במילים אחרות, רגולציה עצמית, משמעה במידה רבה רגולציה של אינטרסים עצמיים¹⁸. ללא ספק, עורכי דין בישראל טענו תמיד שהם משרתים את האינטרס הציבורי יותר מאשר את האינטרס שלהם; טיעון זה ושכנוע הציבור לקבלו הוא חיוני על מנת לשמור על זכויות היתר של הפרופסיה. אף על פי כן, ברוב המקרים הונעה לשכת עורכי הדין הישראלית על ידי אינטרס עצמי חזק בתביעותיה לרגולציה עצמית, אף על פי שהסוותה את דרישותיה ככאלו המקדמות את האינטרס הציבורי. כפי שמסבירה דבורה רוד (Rhode):

- Deborah L. Rhode & Paul D. Paton, *Lawyers, Ethics and Enron, in ENRON CORPORATE FIASCOS AND THEIR IMPLICATIONS* 625, 648–652 (Nancy B. Rapoport & Bala G. Dharan eds., 2004) 16
- כפרקליט, על עורך הדין לפעול במרץ לקידום האינטרסים של לקוחתו, לשמור על הסודות שלה, להימנע מניגוד עניינים ובאופן כללי לפעול בהתאם לרצון הלקוחה באשר למטרות של יחסי עורך-דין-לקוח. כפקיד בית המשפט, עורך הדין אינו רשאי לסייע ללקוח במרמה, בעיכוב בלתי סביר של ההליכים או לפעול בכל דרך אחרת שאינה כנה כלפי בית המשפט. 17
- ראו: David Barnhizer, *Profession Deleted: Using Market and Liability Forces to Regulate the Very Ordinary Business of Law Practice for Profit*, 17 GEO. J. LEGAL ETHICS 203, 225 (2004); Benjamin H. Barton, *The ABA, the Rules, and Professionalism: The Mechanics of Self-Defeat and a Call for a Return to the Ethical, Moral, and Practical Approach of the Canons*, 83 N.C. L. REV. 411, 419 (2005); Randy Lee, *The State of Self-Regulation of the Legal Profession: Have We Locked the Fox in the Chicken Coop?*, 11 WIDENER J. PUB. L. 69 (2002) 18

"הבעיה אינה נעוצה בכך שהמדיניות של לשכת עורכי הדין משרתת את עורכי הדין עצמם באופן בוטה. עורכי דין ושופטים, האחראים על החלטות רגולטוריות, מעוניינים לקדם את טובת הציבור כשם שהם מעוניינים לקדם את טובת המקצוע. הבעיה היא בעיה של ראייה צרה [...] אין זה משנה עד כמה כוונותיהם טובות, עורכי דין ועורכי דין לשעבר, הממונים על רגולציה של עורכי דין אחרים, אינם יכולים להשתחרר מהמגבלות הכלכליות, הפסיכולוגיות והפוליטיות של מעמדם"¹⁹.

לעומת זאת, הרשות המחוקקת, משרד המשפטים ובתי המשפט בישראל הביעו דעות מעורבות באשר לאיזון הראוי של אינטרסים מתחרים; הם נטו לתת לאינטרס הציבורי ערך גבוה יותר (אף כי לא תמיד הגדירו אותו באותו אופן). מוסדות אלו רואים עצמם לעתים קרובות כנציגים הטובים ביותר של מערכת הצדק וכן של האינטרס הציבורי, ועל כן מתאימים יותר להגנה על הציבור מאשר לשכת עורכי הדין²⁰. לסיכום, בחינת המקצוע המשפטי דרך "הפוליטיקה של הרגולציה" יכולה להציע מגוון רחב של תובנות בנוגע למשטר שבמסגרתו פועלים עורכי דין. בחינה כזו יכולה לספר לנו על חלוקת המשאבים המשפטיים ועל הקצאת זכויות, והנה זווית ייחודית שדרכה ניתן ללמוד על ההסדר של החברה עם עורכי הדין כסוכני החוק. בשלב זה אבקש להבהיר את עמדתי הנורמטיבית בעניין תפקידם של עורכי דין בחברה דמוקרטית. ההנחה שלי היא שעורכי דין נושאים בחובה מוגברת להגן על הדמוקרטיה ועל הערכים שביסודה מעבר למתן ייצוג ללקוחות יחידים במערכת האדברסרית. זאת, בשל אופיו של המשאב שבו הם עוסקים – המשפט. למשפט כמה תפקידים בדמוקרטיה – אחד מהם הוא יישוב סכסוכים באופן מסודר. למטרה זו עורכי דין אכן יכולים לטעון כי ייצוג לקוחות יחידים במערכת האדברסרית הנו הדרך לקידום מטרה חשובה זו²¹. אולם למשפט תפקידים נוספים: הכוונת התנהגות²², סיוע בעריכת עסקאות ושמירת הסדר²³, הגנה על

19 Rhode, לעיל ה"ש 10, בעמ' 143–144.
20 באשר לקורלציה בין רגולציה עצמית של כללי אתיקה לבין גישה ממוקדת לקוח ראו: Fred C. Zacharias, *Integrity Ethics* (Univ. of San Diego Sch. of Law Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 08-056, 2008), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1221722 (נבדק לאחרונה ב-16.8.2010).
21 על התפקידים המרובים של המשפט ראו למשל: Joseph Raz, *The Functions of Law*, in THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 163 (1979).
22 בהקשר הפילי ראו למשל: Henry CESARE BECCARIA, ON CRIMES AND PUNISHMENTS (Paolucci trans., Bobbs-Merrill Co. Inc., 1963) (1764); TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW (1990).

קבוצות פגיעות וקידום השוויון (חלוקת משאבים וכוח²⁴). ומאחר שהמשפט הוא מה שעורכי דין עוסקים בו, עורכי דין אינם יכולים לפטור את עצמם מתפקידם החברתי על ידי קידום פונקציה אחת בלבד של המשפט²⁵. באופן עקרוני, עמדה נורמטיבית זו באשר לתפקידם של עורכי דין אינה שנויה במחלוקת, אם כי אין תמימות דעים באשר להיקפה ולדרך יישומה²⁶. בהינתן הנחה זו, מאמר זה ימשיך להיות תיאורי באופי; תהא אשר תהא ההגדרה שנאמץ באשר לתפקידם הציבורי-חברתי של עורכי דין, לטענתי, מקורו אינו נובע רק מתוך המקצוע ("זהות קיבוצית" בעלת הגדרה עצמית), אלא שלעתים קרובות הוא מוגדר על ידי גופים חיצוניים, ומוטל על עורכי דין, כחלק מפעולת רגולציה.

ג. עורכי דין בישראל: העידן הראשון – רגולציה עצמית

רגולציה של המקצוע המשפטי בישראל השתנתה בשני העשורים האחרונים ממערכת של רגולציה עצמית נוקשה ונרחבת למעורבות רגולטורית פלורליסטית ומרובת מקורות חיצוניים²⁷. ללא ספק, ישראל לא הייתה לבדה במעבר מרגולציה עצמית לרגולציה רב-

- 23 כפי שצוין אצל: ROBERT C. ELLICKSON, ORDER WITHOUT LAW: HOW NEIGHBORS SETTLE DISPUTES (1991).
- 24 לעמדה מורכבת לגבי נקודות החולשה והחוזק של החוק בקידום שינוי חברתי ראו למשל: GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2nd ed., 2008).
- 25 ראו למשל: DAVID LUBAN, LAWYERS AND JUSTICE: AN ETHICAL STUDY (1988); Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B.U. L. REV. 1 (1988); William H. Simon, *Ethical Discretion in Lawyering*, 101 HARV. L. REV. 1083 (1988).
- 26 למעשה, עורכי דין ספגו ביקורת, הן מימין והן משמאל, על כך שהם נהנים מעצמאות רבה מדי. לטענה נגד הדומיננטיות של הלקוח מימין, ראו: MONROE H. FREEDMAN, UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS 57 (1990) ("עורך הדין פועל באופן בלתי מקצועי ובלתי מוסרי בכך שהוא מונע מן הלקוח את האוטונומיה שלו [...] על ידי [...] נטילת זכות קדימה לגבי החלטותיהם המוסריות או על ידי מניעת יכולתו להוציא לפועל את החלטותיו החוקיות"). ראו גם: Charles Fried, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L.J. 1060 (1976); Stephen L. Pepper, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, a Problem, and Some Possibilities*, 1986 AM. B. FOUND RES. J. 613.
- בתשובה לטענות בדבר הדומיננטיות של הלקוח משמאל, ראו: William H. Simon, *The Dark Secret of Progressive Lawyering: A Comment on Poverty Law Scholarship in the Post-Modern, Post-Reagan Era*, 48 U. MIAMI L. REV. 1099, 1101 (1994).
- 27 זכראייס טען כי עורכי דין היו נתונים והם עדיין נתונים כבדה ממקורות חיצוניים, אולם דיונים בנוגע למשטרים רגולטוריים אינם מכירים במורכבות זו. ראו: Fred C.

מערכתית בתחום השירותים המשפטיים. זוהי מגמה כלל-עולמית שבמסגרתה שינו מדינות רבות את המשטר הרגולטורי וערכו רפורמות בתחום, תוך אימוץ כללים שמטרתם ביטול מונופולים והגברת התחרות בין נותני שירותים משפטיים שונים. בדרך כלל ההנחה שליוותה מגמה זו הייתה שהעברת מתן שירותים משפטיים לשוק תשפר את הקצאתם ותעלה את איכותם²⁸.

ספק אם תפיסת התחרות אכן הובילה להקצאה טובה וצודקת יותר של שירותים משפטיים או נגישות טובה יותר למערכת הצדק²⁹. קיים דיון ער על כך, ולא זה המקום לסקרו (ראו בעניין זה רשימתי הנוספת בכרך זה³⁰). בישראל, לעומת זאת, פתיחת שוק השירותים המשפטיים לתחרות רבה יותר לא מהווה אמצעי מרכזי לצמצום המונופול של לשכת עורכי הדין, והתמונה מורכבת יותר. ככלל, יזמות לפתיחת שוק השירותים המשפטיים לוותה – ולו באופן חלקי – בהטלת חובות ציבוריות מוגברות על הפרופסיה באמצעות רגולציה ישירה ועקיפה.

במשך עשורים נהנתה לשכת עורכי הדין בישראל מכוח שכמעט שאין דומה לו בעולם בכל הקשור לשליטה על התנהלות עורכי דין. עלי זלצברגר הראה כיצד לשכת עורכי הדין שלטה ברוב ההיבטים של עבודת עורכי הדין. ראשית, בישראל יש רק לשכת עורכי דין אחת, והחברות בה היא חובה לכל עורך דין. לשכה זו מפקחת על מתמחים ומנהלת את בחינות הכניסה; היא מפרסמת כללי אתיקה; היא הוסמכה על ידי הרשות המחוקקת להעמיד לדין בעברות משמעת באמצעות ועדות משמעת פנימיות. פיקוח חיצוני הוגבל באופן ניכר³¹. כללי איסור הסגת הגבול של מקצוע עריכת הדין הנם רחבים ביותר, וכמעט כל עבודה משפטית מוגבלת לעורכי דין³². עד לאמצע שנות התשעים, כללי אי-תחרות

Zacharias, *The "Self Regulation" Misnomer*, in REAFFIRMING LEGAL ETHICS: TAKING STOCK AND NEW IDEAS (Reid Mortensen, Michael Robertson, Lillian Corbin & Francesca Bartlett eds., 2010); Fred Zacharias, *The Myth of Self Regulation*, 93 MINN. L. REV. 1147 (2009). למרות האמור, הערכתי היא כי בישראל רגולציה עצמית אכן הייתה הנורמה, והדבר כעת משתנה.

28 PARKER, לעיל ה"ש 9, Hadfield, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1694.

29 PARKER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 39.

30 נטע זיו "עריכת דין בעולם גלובלי: מה צופן העתיד לעורכי דין?" *המשפט טו* XXX (2010).
31 Issachar Rosen-Zvi, *Constructing Professionalism: The Professional Project of the*

Israeli Judiciary, 31 SETON HALL L. REV. 760, 780 (2001); עלי זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי: על לשכת עורכי הדין ובעלי בריתה" *משפטים* לב 43 (2001); Neta Ziv, *Combining Professionalism, Nation Building and Public Service: The Professional Project of the Israeli Bar 1928–2002*, 71 FORDHAM L. REV. 1621, 1640–1649 (2003).

32 נטע זיו "מי הזיז את הגלימה שלי? – על הסגת גבול מקצוע עריכת הדין" *מחקרי משפט כד* 439, 454–456 (2008).

המגבילים תחרות פנימית וחיזונית היו נפוצים. הם כללו מניעת שידול, קביעת שכר טרחה מינימלי, איסור פרסומת ואיסור עיסוקים נוספים במקביל לעריכת דין³³. מונופול יציב זה נשאר ללא אתגור ממשי במשך לפחות שלושה עשורים, מאז הקמת הלשכה בשנת 1961 ועד לאמצע שנות השמונים. לשכת עורכי הדין לא נתקלה בכל התנגדות מתוך הפרופסיה ואף לא מצד בתי המשפט או המדינה (הרשות המחוקקת ורשויות הממשלה), למונופול הרחב שהוענק לה.

במהלך תקופה זו יצרו לשכת עורכי הדין ובתי המשפט (בעיקר בית המשפט העליון) "חזית" מאוחדת מול המדינה. זלצברגר, יששכר רוזן-צבי ואני הדגמנו כיצד בית המשפט העליון תמך בלשכת עורכי הדין בכל הנוגע להיבטים המבניים והנורמטיביים של הארגון והעבודה של עורכי הדין. רק לעתים נדירות התערב בית המשפט בעניינים הקשורים למקצוע המשפטי ובסופו של דבר אישר את רוב ההחלטות של הלשכה³⁴. בית המשפט קיבל את עמדת הלשכה שלפיה אוטונומיה רחבה ורגולציה עצמית חיוניים על מנת להבטיח מתן שירותים משפטיים איכותיים.

במחקרים קודמים טענתי כי יחסים אלה אפיינו את שלושת העשורים הראשונים לאחר קום המדינה, שבהם נזקק בית המשפט העליון לבסס את עצמאות הרשות השופטת, ולשכת עורכי הדין נטלה חלק במשימה זו³⁵. לשני המוסדות היה אינטרס משותף לחזק את האוטונומיה של המקצוע המשפטי – הן שופטים והן עורכי דין – כאמצעי לחיזוק שלטון החוק בדמוקרטיה ליברלית חדשה. יתרה מזו, דובר גם ברשת חברתית קרובה: שופטים ועורכי דין השתייכו למעגלים חברתיים-כלכליים דומים ואתוס של קולגיאליזם שלט בשורותיהם³⁶.

כפי שמסביר גד ברזילי, במהלך אותה תקופה עורכי דין לא היו פעילים או התבטאו בנושאים ציבוריים באורח מאורגן³⁷. הם נטלו חלק בפרויקט בניית אומה בכך שמיקמו את עצמם בספירה הפרטית, תוך ייצוג לקוחות יחידים ועיסוק בענייניהם שלהם³⁸. עורכי דין בשירות המדינה והמוסדות הלאומיים (כגון הסוכנות היהודית או קרן קיימת לישראל) נטלו

33 לימור זר-גוטמן "שמירה על כבוד המקצוע ותדמיתו ופרסומת לעורכי דין" שם, בעמ' 491, 498–494.

34 Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 31, בעמ' 780–782; זלצברגר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 79–84; זיו, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1655–1659.

35 זיו לעיל ה"ש 31, בעמ' 1651.

36 Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 31, בעמ' 772.

37 גד ברזילי "השפה הדו-ערכית של עורכי דין בישראל: פוליטיקה ליברלית, כלכלה ליברלית, שתיקה והתנגדות" המשפט טו 193 (2010).

38 שם, בעמ' 201.

חלק חשוב במתן לגיטימציה לכוחה של המדינה (והאינטרסים של הרוב היהודי בה) באמצעות קידום חקיקה ורגולציה³⁹. אולם אלו היו המיעוט: רוב עורכי הדין בפרקטיקה פרטית נותרו, במילותיו של ברזילי "נטולי שאיפות לקרוא תיגר באופן שיטתי על שימוש בידע מקצועי־משפטי לצורך מטרות לאומיות"⁴⁰. עורכי דין אלו לא נטלו חלק בפרויקט הקיבוצי של בניית לאום יהודי, מחד גיסא, אך גם לא שימשו כסוכנים המתנגדים לכוחה של המדינה, מאידך גיסא. עורכי דין לא ראו בעצמם (ולא נחשבו על ידי אחרים) כמי שאמורים לסנגר על אוכלוסיות חלשות. תפקידם היה מוגבל לשיפור הליברליזם והערכים שבבסיסו: אינדיבידואליזם, הפרדת רשויות והבטחת שלטון החוק במובנו הפורמלי, לרבות שמירת עצמאות הרשות השופטת.

היעדר הרגולציה המדינתית של הפרופסיה שיקף הסדרים סוציו־פוליטיים ומבנים כלכליים רחבים יותר של אותה התקופה. העשורים הראשונים בישראל היו מאופיינים במדינה חזקה וריכוזית אשר סיפקה חלק ניכר מהשירותים הציבוריים החיוניים באופן ישיר. בריאות, דיור, תעסוקה, תחבורה ופיתוח תשתיות הוקצו על ידי המדינה, ולא באמצעות השוק. היעדר הרגולציה של עורכי דין, לפיכך, עלתה בקנה אחד עם משטר שבו רגולציה של הספרה הפרטית הייתה מינימלית וחלשה.

לסיכום, במהלך התקופה הראשונה לקיומה של מדינת ישראל מיקמו עצמם עורכי דין (בהקשר של הקצאת משאבים משפטיים ובכלל) בספרה הפרטית, חופשיים כמעט לגמרי מרגולציה מדינתית. מצב זה, בצירוף מונופול חזק ללשכת עורכי הדין, הגן על הפרופסיה כמעט לחלוטין מפני כל סוג של התערבות חיצונית. לשכת עורכי הדין שלטה כמעט על כל ההיבטים המבניים של העיסוק ועל הקצאת משאבים משפטיים, ולא נדרשה לתת דין וחשבון בעניין מחויבויותיהם הציבוריות של עורכי דין. מציאות זו החלה להשתנות באמצע שנות השמונים, ובכך אדון כעת.

39 על תפקיד המשפט בתהליך היווצרות המדינה, ראו למשל: ETHNIC FRONTIERS AND PERIPHERIES: LANDSCAPES OF DEVELOPMENT AND INEQUALITY IN ISRAEL (Oren Yiftachel & Avinoam Meir eds., 1998); ISSACHAR ROSEN-ZVI, TAKING SPACE SERIOUSLY: LAW, SPACE AND SOCIETY IN CONTEMPORARY ISRAEL (2004); Alexandre (Sandy) Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948–1967*, 33 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 923 (2001); OREN YIFTACHEL, 44 PROGRESS IN PLANNING: PLANNING AS CONTROL POLICY AND RESISTANCE IN A DEEPLY DIVIDED SOCIETY 115 (1995).

40 ברזילי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 201.

ד. קריאת תיגר על הרגולציה העצמית

השינויים במשטר הרגולטורי של עורכי דין נובעים מכמה גורמים שהתרחשו בישראל מאז שנות השמונים.

1. צמיחת המדינה הרגולטורית

המציאות הפוליטית והכלכלית המתוארת לעיל השתנתה באופן דרמטי בשלושת העשורים האחרונים. ישראל הפכה ממדינה בעלת כלכלה מדינתית-ריכוזית לכלכלה מופרטת, גלובלית וליברלית. העדפת הקצאת טובין ושירותים ציבוריים על ידי כוחות השוק הקיפה מגוון רחב של תחומים חברתיים וכלכליים, לרבות הליברליזציה של המטבע, מוסדות פיננסיים ושוקים, הפרטה של פיתוח התשתיות (כגון בניית כבישים), טלקומוניקציה, שוק העבודה, שירותי הרווחה (תכנית ויסקונסין), שירותי בריאות (הכרסום בשירותי הבריאות האוניברסליים ועלייתם של שירותי בריאות פרטיים), ניהול קרקעות, דיור ציבורי, פנסיות ותכניות חיסכון ארוך טווח ועוד⁴¹. מדיניות כלכלית זו העדיפה תחרות וקראה לביטול מונופולים. כך גם המונופול של לשכת עורכי הדין עמד תחת ביקורת וסומן כמטרה לשינוי. התגברו הקולות שהביעו חוסר אמון בלשכה, והיא נתפסה כגורם המשרת את האינטרסים של חבריה ולא את האינטרס הציבורי⁴².

בהקשר זה חשוב לציין כי עורכי דין לא רק הושפעו על ידי הליברליזציה, כלכלת ההפרטה והגלובליזציה בישראל, אלא גם נטלו חלק ישיר בכינונה ובהרחבתה. כפי שהוסבר על ידי ברזילי, עורכי דין הפכו לסוכנים אשר קידמו, אפשרו ושימרו את השינויים בכלכלה ובפעילות השוק. הם סייעו בעריכת עסקאות פיננסיות, סיפקו את האמצעים הדרושים להפרטה, נטלו חלק בליברליזציה של שוק המטבע, בנו מוסדות פיננסיים והפכו עסקאות כלכליות לגלובליות. הפעילות הכלכלית הנמרצת הזו הועילה לעורכי הדין, שעבודתם המקצועית ממוקמת כמעט באופן בלעדי בספרה הפרטית. עורכי דין הפיקו יתרונות מן

41 על צמיחת המדינה הרגולטורית בישראל וההפרטה של שירותים וטובין ציבוריים, ראו למשל: ISRAEL THE DYNAMICS OF CHANGE AND CONTINUITY (David Levi-Faur, Gabriel Sheffer & David Vogel eds., 1999); דויד לוי-פאור היד הלא נעלמה: הפוליטיקה של התיעוש בישראל (2001). על דעיכת הדומיננטיות של המדינה בעבודה ורווחה ראו: גיא מונדלק "חמישים שנה להפעלת חוק הביטוח הלאומי: החגיגות יתקיימו בבית המשפט" ביטחון סוציאלי 67, 83 (2004). על השינויים באספקת שירותי בריאות ראו Dani Filc, *The Health Business Under Neo-liberalism: The Israeli Case*, 25 CRITICAL SOC. POL'Y 180, 180-197 (2005).

42 זיו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 484 ה"ש 27.

הצמיחה הכלכלית בישראל, משום שזו הגדילה את הצרכים המשפטיים של לקוחות שהם תאגידיים; כך, עורכי דין הפכו לכלים חשובים ביזמות ובצמיחה כלכלית⁴³. השינויים בכלכלה הפוליטית של ישראל שינו את היחסים הבסיסיים בין המדינה, החברה האזרחית והשוק. הרחבת כלכלת השוק מלווה בדרך כלל בהתחזקות הרגולציה המדינתית, וכך גם בישראל⁴⁴. הרחבת ההתערבות הרגולטורית-מדינתית בפעילות השוק השפיעה ישירות על עורכי הדין. ככל שהשוק הפך למקור מרכזי לאספקת טובין ושירותים (ציבוריים), והמדינה נטלה על עצמה את הרגולציה שלה, היה זה רק עניין של זמן עד שזו תגיע אל "שוק השירותים המשפטיים". שינויים כלכליים אלו היום חשובים, אך אינם יכולים לבדם להסביר את השינויים בהסדרת מקצוע עריכת הדין. ישנם גורמים נוספים אשר שיחקו תפקיד בתהליך זה, ואליהם אפנה עתה.

2. שינויים במערכת המשפט: יותר משפט, יותר עורכי דין

מאז שנות התשעים עלה מספר עורכי הדין בישראל באופן דרמטי. בשנת 2006 עמד מספר עורכי הדין לנפש בישראל על עורך דין אחד לכל מאתיים תושבים – מהגבוהים בעולם – ושיעור זה ממשיך לעלות. משנת 1968 ועד שנת 2005 גדל מספר עורכי הדין בשיעור של 1552% ואילו האוכלוסייה גדלה בשיעור של 246%⁴⁵. הגידול במספר עורכי הדין הוזכר שוב ושוב במסגרת הדיון הציבורי כהצדקה לשליטה הדוקה יותר על מקצוע: נטען כי בשל הגידול המהיר לא ניתן עוד לתת אמון בלשכת עורכי הדין, שתטפל בלעדית בגוף מקצועי כה מורכב, מגוון ונרחב.

הגידול במספר עורכי הדין חפף לתהליך "משפטיזציה" של החברה הישראלית. מאז אמצע שנות השמונים התחזק "שיח הזכויות", לצד הסתמכות גדלה והולכת על התדיינות משפטית כאמצעי לפתרון סכסוכים פרטיים, חברתיים ופוליטיים. מספר התיקים בבתי

43 ברזילי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 202; השוו: Hadfield, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1695–1696.

44 לוי-פאור, לעיל ה"ש 41, בעמ' 66–68.

45 ברזילי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 203–204. גידול זה מדאיג את לשכת עורכי הדין. היא ניסתה לרסן אותו ולהטיל חסמי כניסה למקצוע, עד כדי כך שפנתה לממשלה על מנת שתתערב ותגביל את מספר עורכי הדין המורשים לעסוק במקצוע. ראו נועם שרביט ואלה לוי ויינרב "עורך דין בומבך לפרידמן: תוך שנים ספורות יהיו 50 אלף עורכי דין בישראל: עצור את הצפת המוסמכים החדשים או שאפנה לבג"ץ" גלובס www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000378246 (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010): נועם שרביט ואלה לוי ויינרב "שוק עריכת הדין בישראל רווי במשפטנים. האם צריך לעצור את ההצפה? האם כדאי לסגור לפחות 3 מכללות?" גלובס www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000392316 (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010).

המשפט גדל בקצב מהיר יותר מן הגידול הדמוגרפי בכל הקטגוריות ובכל בתי המשפט⁴⁶. במידה רבה הובל תהליך זה על ידי משפטים – הן שופטים והן עורכי דין, אשר יצרו דרישה לשירותיהם של עורכי דין והרחיבו את היקף ההתערבות השיפוטית⁴⁷. במקביל אף חל גידול חד במספר הסטודנטים בבתי הספר למשפטים בישראל. למרות פרסומים על שוק תחרותי וקשיי פרנסה של עורכי דין, המשיך מספר הסטודנטים למשפטים לעלות בעשור האחרון. בשנת 1996 החלו בלימודי המשפטים 6,000 סטודנטים; בשנת 2004 עלה המספר ל-15,000⁴⁸. התגובה לביקוש העולה הייתה מדיניות ליברלית של התרת אישור פתיחת מוסדות לימוד חדשים למשפט. מאז שנת 2005 אישרה המועצה להשכלה גבוהה פתיחתן של שתי מכללות ציבוריות למשפטים באזור הצפוני ובאזור הדרומי של המדינה, אשר הצטרפו לארבע פקולטות למשפטים באוניברסיטאות מחקר וחמש מכללות פרטיות. סך כל הבוגרים של מוסדות אלו הנו מעל אלפיים סטודנטים למשפטים בכל שנה⁴⁹.

- 46 ראו: ברזילי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 213.
- 47 Gideon Sapir, *The Israeli Constitutional Revolution – How Did it Happen?* (Bar Ilan Univ. Pub. Law Working Paper No. 08-02, 2008), papers.ssrn.com/sol3papers.cfm?abstract_id=1082230# (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010). לתהליך המשפטיזציה יש שני היבטים. ראשית, הגידול בפניות לבית המשפט העליון ליישוב מחלוקות הקשורות לאינטרס הציבורי או לשינוי חברתי, אשר קודם לכן נותרו בספרה הפוליטית, הקהילתית או הציבורית. ריבוי פניות לבתי המשפט האזרחיים בסכסוכים בין פרטים, בנסיבות שבהן קודם לכן יושבו שלא בדרך התדיינות.
- 48 המועצה להשכלה גבוהה, סטודנטים במוסדות להשכלה גבוהה לפי רמת התואר, סוג המוסד ותחום הלימודים – טבלה 10 (להלן: "נתוני המועצה להשכלה גבוהה 2004-2001"; המועצה להשכלה גבוהה, סטודנטים במוסדות להשכלה גבוהה לפי תואר, סוג מוסד ותחום לימודים, 1996, 2001 ו-2004, טבלה 9 (להלן: "נתוני המועצה להשכלה גבוהה 1996, 2001, 2004-2001"; ראו בנוסף עופרי אילני "הסטודנטים מעדיפים משפטים ובורחים מהיי טק" הארץ 25.10.2008 (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010). www.haaretz.com/hasite/spages/1031250.html
- 49 על פי נתוני המועצה להשכלה גבוהה, בשנת 2006 81% מן הסטודנטים למשפטים למדו במכללות פרטיות למשפטים בהשוואה ל-6.5% בשנת 1996. נתוני המועצה להשכלה גבוהה 2004-5, לעיל ה"ש 48; נתוני המועצה להשכלה גבוהה 1996, 2001, ו-2004, לעיל ה"ש 48. המכללות החדשות שאושרו הן המכללה למשפטים בחיפה (מכללה פרטית), המכללה למשפטים בצפת ומכללת ספיר בדרום (מכללה ציבורית). רבים מבוגרי בתי ספר למשפטים אלה משתייכים לקבוצות חברתיות אשר בעבר נשללה מהם הגישה למקצוע: עולים חדשים, ערבים, חרדים וסטודנטים מן הפריפריה. הגיוון הזה הנו ללא ספק התפתחות חיובית. אולם עלייה זו במספרים אינה תואמת בהכרח לעלייה בנגישות למערכת הצדק, ביכולות או

הפנייה הגוברת ללימודי משפטים צמחה על רקע כללים נוקשים ומגבילים בנוגע לייחוד המקצוע ואיסור הסגת גבול מקצוע עריכת הדין בישראל. החוק התקף בעניין זה משמר באופן רחב במיוחד את הבלעדיות של עורכי דין במגוון פעילויות, ובכלל זה מתן "חיווי דעת משפטי", ניסוח "מסמך בעל אופי משפטי" וייצוג בפני מספר רב של גופים שיפוטיים, מנהליים ומעין-שיפוטיים⁵⁰. לשכת עורכי הדין אוכפת כללים אלה בנחרצות כדי להבטיח שהעבודה המשפטית תישאר אצל עורכי הדין, ותוך שימוש בטיעון כי קיים אינטרס ציבורי – ההגנה על הלקוחות – בשימור ייחוד המקצוע⁵¹.

התוצאה הנובעת מכך היא שעל מנת לטפל בסוגיות משפטיות – על רקע תרבות זכויות חזקה יותר וכלכלת צמיחה – הסתמכות על עורכי דין הפכה לחיונית. מחד גיסא, עולה הצורך לפנות למשפט בתחומים נוספים של החיים; מאידך גיסא, רק עורכי דין מורשים לספק שירותים משפטיים כאלה⁵². מכאן, שכל מי שמעוניין לפעול במסגרת מערכת הצדק, חייב להפוך לעורך דין. במילים אחרות, כללי ייחוד המקצוע הרחבים תורמים ישירות לעלייה במספר עורכי הדין בישראל.

למרות הגידול במספר עורכי הדין והסטודנטים למשפטים והגידול בצרכים המשפטיים, ובדומה לתהליכים מוכרים ממדינות אחרות, אין בהכרח קשר בין מספר עורכי הדין העוסקים במקצוע בפועל לבין נגישות וזמינות של שירותים משפטיים או איכות טובה יותר של שירות משפטי. כפי שמציינת קריסטין פארקר (Parker), "נאיבי לצפות כי שוק השירותים המשפטיים יהיה אי פעם מאורגן באופן כה יעיל שהרוב יהיה מסוגל להרשות

באחריות החברתית של המקצוע. המספרים הגדלים והולכים של סטודנטים למשפטים, בתורם, הביאו לקריאה לרגולציה מקצועית הדוקה יותר.
50 ס' 20 לחוק לשכת עורכי הדין. על כללי איסור הסגת גבול מקצוע עריכת הדין בישראל ראו זיו, לעיל ה"ש 31.

51 השו: Richard Moorhead, Avrom Sherr & Alan Paterson, *Contesting Professionalism: Legal Aid and Non Lawyers in England and Wales*, 37 L. & SOC'Y REV. 765 (2003); Jacqueline M. Nolan-Haley, *Lawyers, Non-Lawyers and Mediation: Rethinking the Professional Monopoly from a Problem-Solving Perspective*, 7 HARV. NEGOT. L. REV. 235, 239 (2002); Deborah L. Rhode, *The Delivery of Legal Services by Non-Lawyers*, 4 GEO. J. LEGAL ETHICS 209 (1990); Deborah L. Rhode, *Policing the Professional Monopoly: A Constitutional and Empirical Analysis of Unauthorized Practice Prohibitions*, 34 STAN. L. REV. 1 (1981).

52 השו Hadfield, לעיל ה"ש 10, הדן בקשר בין השליטה של המקצוע בשוק השירותים המשפטיים לבין ההסתמכות הגוברת על עורכי דין לעבודת תאגידים.

לעצמו את השירותים שהוא צריך⁵³. הצרכים המשפטיים של העניים אינם מסופקים על ידי המספר הגדל והולך של עורכי דין הנכנסים למקצוע⁵⁴.
להפך, התחרות הובילה לעתים קרובות ל"מרוץ אל התחתית": עורכי דין אימצו גישה יותר אדברסרית וממוקדת-לקוח, בתקווה שתגרום ללקוחות להעדיפם. גם בישראל ראיות אנקדוטליות מרמזות על כך שתחרות פנימית הנה מקור לדאגה עבור עורכי הדין בשל ההיקף והחומרה המתרחבים של התלונות בדבר התנהגות פסולה של עורכי דין⁵⁵.

53 PARKER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 41, המספק מידע על אי-התאמה בין התחרות הגוברת בשוק השירותים המשפטיים לבין זמינותם של עורכי דין, התלויה בסוג השירות והלקוח; ראו בנוסף: RHODE, לעיל ה"ש 10, בעמ' 118: "עבור רוב האמריקאים, הבעיה החשובה ביותר מערכת לא יותר מדי אלא פחות מדי: מעט מדי גישה לצדק ומעט מדי אפשרויות בחירה באשר לשירותים המשפטיים ולהליכים ליישוב סכסוכים".

54 אין כל מחקר רשמי על הצרכים המשפטיים בישראל. מידע על הזמינות של שירותים משפטיים לעניים, לעומת זאת, מדגים מחסור גדל והולך בתחום זה. ראו יפעת שי, מרכז המחקר והמידע של הכנסת: גופים המעניקים סיוע משפטי בלא תשלום למעוטי יכולת (2004) (המציינת את העלייה במספר האנשים המבקשים סיוע משפטי מן המדינה וכן סיוע מארגונים בלתי ממשלתיים בין 2001 לבין 2003) www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00808.doc (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010). ראו בנוסף פרוטוקול ההליכים של ועדת הכנסת לתלונות הציבור: פניות ציבור של אנשים הזקוקים לסיוע משפטי ואין באפשרותם לממן (2004) פרוטוקול ישיבה מס' 8182 של הוועדה לפניות הציבור, הכנסת ה-16, 1 (17.3.2004) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/zibur/2004-03-17.html (הדן בצרכים המשפטיים העצומים שאין להם מענה מן המדינה, לשכת עורכי הדין והחברה האזרחית) (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010).

55 מספר התלונות נגד עורכי דין לא השתנה באופן ניכר בין 1999 לבין 2004 ועודנו עומד על 2700 תלונות בשנה בממוצע. ראו אפרת קאול-גרנות, מרכז מחקר ומידע של הכנסת ריכוז נתונים על הליכים משפטיים נגד עורכי דין (2004) www.knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00767.doc (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010). אולם הקובל של מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין מסר לי כי בשנת 2008 חלה עלייה במספר אישומי המשמעת שהוגשו נגד עורכי דין במחוז תל-אביב, שהוא המחוז הגדול ביותר במדינה. ריאיון עם עמוס ויצמן, הקובל הראשי, מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין (16.11.2008). ממוצע אישומי המשמעת היה בערך 200 לשנה ובשנת 2008 מצופה כי יהיה בערך 250. כמו כן, הרושם שלו הוא שהמספר הגדל של עורכי דין המעורבים בהתנהגות בלתי הולמת קשור לתחרות: אי-הגעה לדיונים בבית המשפט (בשל קביעת מועדים כפולים), הגשת בקשות מבלי לקבל הסכמה של הצד שכנגד ושימוש בשפה שאינה הולמת עורכי דין. שם. ישנו גם מספר גדל והולך של עורכי דין המעורבים בחקירות פליליות, חלקן חמורות (לדוגמה הברחת סמים או קשרים עם הפשע המאורגן). כמו כן, יותר עורכי דין מואשמים בעברות כלכליות (לדוגמה מתן המחאות ללא כיסוי). שם. אף על פי שנתונים אלה הנם אנקדוטיים בשלב זה של המחקר, הם אכן מעידים על קשר מסוים בין התחרות הגוברת לבין התנהגות שאינה אתית.

רגולציה של עורכי דין ישראלים

כך, "התפוצצות הליטיגציה", כפי שהיא מכונה לעתים, והעובדה שעורכי דין לא הצליחו להתאים את זמינות שירותיהם ואיכותם לצרכים המשפטיים ההולכים וגדלים, היוו תמריץ נוסף לרגולציה הדוקה יותר של שוק השירותים המשפטיים, לרבות של הפרופסיה⁵⁶.

3. היערכות מוסדית מחודשת: המדינה, בתי המשפט ועורכי הדין

שינוי נוסף המסביר את התמורות ברגולציה של עורכי דין בישראל הוא השסע שהתפתח במהלך שני העשורים האחרונים בין השופטים (The Bench) לבין עורכי הדין. ההתרחקות בין עורכי הדין לבין השופטים היא ביטוי אחד של היערכות מוסדית מחודשת בין הפרופסיה, המדינה (הכנסת ומשרד המשפטים) ובתי המשפט. סדר מוסדי חדש זה מתבטא בחוסר אחידות וחוסר עקביות ביחסים בין מוסדות אלו בניגוד לעבר, לא ניתן עוד לאתר חזית מאוחדת קבועה או יציבה בין שניים או יותר ממוסדות אלה (למשל עורכי הדין והשופטים). תחת זאת נמצא מערכת יחסים אקראיות ואד-הוקיות: לעתים הכנסת ולשכת עורכי הדין יבקשו להצר את צעדיו של בית המשפט; לעתים המדינה ובתי המשפט יתמכו בלשכת עורכי הדין אל מול משרד המשפטים; לעתים הכנסת ולשכת עורכי הדין יתנגדו לעמדת המדינה וכיוצא בזה.

את ההתרחקות בין בתי המשפט לעורכי הדין – שינוי בולט לעומת קרבתם בעבר – ניתן לזהות בכמה זירות. כך למשל פרויקט "משוב השופטים" של לשכת עורכי הדין – שאלון שהופץ בין עורכי הדין וביקש מהם להעריך את הביצוע השיפוטי, שהופעל בשנת 2004 – יצר קרע גלוי. הפרויקט נתקבל בהתנגדות עזה מצד השופטים, עד שנוצר משבר שכלל הנחיה לשופטים שלא להשתתף בפעילויות שאורגנו על ידי לשכת עורכי הדין, תוך העלאת האשמות הדדיות בעיתונות. אף על פי שהרוחות נרגעו בסכסוך זה, הוא סימל דינמיקה של עידן חדש⁵⁷.

בריתות בין פוליטיקאים (חברי כנסת ושרי ממשלה) לעורכי דין בנושא השנוי במחלוקת של "האקטיביזם השיפוטי" של בית המשפט העליון הן דוגמאות נוספות להיערכות מחדש מסוג זה. עיקר הביקורת בעניין הסמכויות שנטל לעצמו בית המשפט העליון נשמעה בעיקר מפי פוליטיקאים. אולם לעתים הם זכו לתמיכה מצד לשכת עורכי הדין (או חלק מן החברים שלה), וכן ממשפטנים אנשי אקדמיה⁵⁸. שיתופי פעולה מסוג זה – מחד גיסא, והתנגדויות כאלה – מאידך גיסא, בנושאים קריטיים של מערכת הצדק מסמלים שינוי של ממש לעומת

56 לגבי מגמות דומות בארצות-הברית ובמדינות אחרות, ראו: Rhode, לעיל ה"ש 10, בעמ' 120–125.

57 ברזילי, לעיל ה"ש 37, בעמ' 213–214; זלצברגר, לעיל ה"ש 31.

58 ברזילי, שם, בעמ' 214.

קשרי העבר בין עורכי דין לשופטים, שהיו מבוססים על הגנה ותמיכה הדרדית, מאוחדים אל מול המדינה.

הרשות המחוקקת הרחיבה את התערבותה בענייניהם של עורכי הדין אף היא. בניגוד לפעילות חקיקתית מועטה וזניחה בעידן הקודם, העלתה הכנסת (וכן משרד המשפטים) כמה יזמות חקיקה הקשורות ללשכת עורכי הדין ולעורכי דין. יותר מפעם אחת הוצעה חקיקה ולאחר מכן אומצה, למרות התנגדות חזקה מצד לשכת עורכי הדין. לעתים כוונה חקיקה מסוג זה ישירות להיבטים מוסדיים של הפרקטיקה (לדוגמה, תיקון חקיקתי לרפורמה מבנית בהליכי המשמעת של לשכת עורכי הדין, או תיקון המאפשר לעורכי דין שאינם ישראלים לפעול בישראל תחת תנאים מסוימים⁵⁹). במקרים אחרים התקבלה חקיקה אף על פי שעמדה בניגוד לעמדת לשכת עורכי הדין שטענה כי עניינים של חברי הפרופסיה עלולים להיפגע בגינה (לדוגמה, תיקון מס' 29 לחוק ההוצאה לפועל שהגביל הטלת מאסר אזרחי בגין חוב, למרות התנגדותה התקיפה של לשכת עורכי הדין שהביעה את עמדתם של נושים חזקים⁶⁰).

רשויות המנהל הביעו גם הן גישה ביקורתית יותר כלפי הסטנדרטים המקצועיים של עורכי דין. רשות ניירות הערך הישראלית, לדוגמה, ניסתה להגביר את החובות של עורכי דין פנימיים בחברות ציבוריות הנסחרות בבורסה לניירות ערך, תוך שהיא מגדירה את תפקידם כ"שומרי סף" כנגד הונאות כספיות בחברות⁶¹. מנכ"ל הרשות הישראלית לניירות ערך הביע

59 חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 32), התשס"ח-2008, ס"ח 597 (להלן: "תיקון מס' 32"). לגבי עורכי דין זרים ראו: חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ס"ח 165, 172.

60 הצעת החוק עברה ב-4 בנובמבר 2008 לאחר חמש שנים של דיוני חקיקה. התיקון מגביל את הנסיבות שבהן ניתן להטיל מאסר אזרחי על חייבים ומספק הגנות טובות יותר לחייבים שאינם מסוגלים לשלם חובות. לשכת עורכי הדין הישראלית הייתה אחת המתנגדות המחמירות לרפורמה זו, וחלק מן ההתנגדויות שהוצגו על ידי הלשכה שולבו בחוק. עם זאת, הלשכה לא הצליחה למנוע רפורמה זו לחלוטין. חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008, ס"ח 42. ראו למשל אברהם זינו "רפורמה בהוצאה לפועל – האם הסבל ייפסק?" YNET כלכלה 25.4.2008. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3535095,00.html (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010). ושכך נאמר שם: "הרבה מאוד אנשים סובלים מכשלי מערכת ההוצאה לפועל: חובות קטנים תופחים לחובות ענק והורסים את חיי החייבים, ומנגד, הזכאים מתקשים להגיע אל הכסף. אבל תוכנית חדשה, הנידונה בימים אלה בכנסת, אמורה לעשות סדר בבלגן, להנהיג מסלול מקוצר לחובות קטנים ולהפסיק את מאסרי החייבים. ועדת החוקה בעד, שר המשפטים בעד, ומי נגד? עורכי הדין, כמובן".

61 ראו למשל ראש רשות ניירות הערך הישראלית, משה טרי, בהרצאה בלימודי המשך במשפטים שבה הוא מגדיר עורכי דין בעיקר כשומרי סף של החוק והשווקים ולא כמגנים על סודיות הלקוח. משה טרי "שומרי סף בתאגידים מדווחים" חדשות – NFC, 22.11.2006, www.nfc.co.il/Archive/003-D-19087-00.html?tag=23-41-45 (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010).

עמדה זו באופן ברור כאשר אמר לעורכי הדין: "אתם – היועצים המשפטיים – פנימיים וחיצוניים – הם בעיני שומרי הסף, אתם גורם שאינו קל ערך במנגנוני השליטה המבטיחים את ניקיון השווקים הפיננסיים"⁶². כצפוי, לשכת עורכי הדין התנגדה לעמדה זו נחרצות, בהציבה את סודיות הלקוח כאינטרס עליון מעל כל יתר האינטרסים. בדומה לכך, הרשות למאבק בהלבנת הון בישראל ביטאה אף היא את כוונותיה להרחיב את החובות המוטלות על עורכי דין לדווח על אי-סדרים פיננסיים באופן המצר את היקפו של חסיון עורך דין-לקוח. לשכת עורכי הדין, שוב, התנגדה להצעות אלה⁶³.

שינויים אלה, שמקורם מחוץ ללשכה, קרו כאשר לשכת עורכי הדין עצמה החלה להיחשף לביקורת גדלה והולכת מבין שורותיה שלה, החל משנות התשעים⁶⁴. ככל שגדל מספר עורכי הדין, הפך המקצוע למגוון ומרובד יותר. יריבויות פנימיות התפתחו, ועורכי דין החלו להתבטא בציבור נגד הלשכה. כמה עורכי דין פתחו בהליכים משפטיים נגד כללים אנטי-תחרותיים של הלשכה (למשל תעריפי שכר מינימום, איסור פרסומת ואיסור עיסוק אחר), ואילו אחרים דרשו שתישא בחובה מוגברת של מתן דין וחשבון בעניינים ציבוריים. הדיון על הקמת תכנית "שכר מצווה" (תכנית הפרו-בוננו) בשנת 2002 מדגים פער זה. בעוד שהנהגת הלשכה אותה עת הבטיחה להקים תכנית פרו-בוננו למתן סיוע משפטי ללא תמורה לנוקדים, קמה קבוצת עורכי דין שהתנגדה ליזמה זו בתוקף⁶⁵. לא ניתן עוד היה לדבר על פרופסיה הומוגנית; עורכי דין צעירים, עורכי דין המטפלים בתיקי נזקי גוף, עורכי דין ערבים, עורכי דין הומואים ולסביות, אם נזכיר מעט מן הקבוצות המאורגנות – יצרו קבוצות אינטרס ועמן גיוון בעמדות הציבוריות, הפרופסיונליות והאידאולוגיות של עורכי הדין. על רקע זה, הפרופסיה המשפטית – שופטים, עורכי דין, האקדמיה המשפטית – כבר לא נקטה קו אחיד אל מול המדינה והמערכת הפוליטית. החיבור המסורתי בין שופטים לעורכי הדין הוחלף באימוץ עמדות אד-הוקיות וטנטטיביות. מערך זה חילק מחדש את הכוח בין שלוש רשויות: הן התייצבו באותו צד של המתרס כאשר הדבר התאים לאינטרסים שלהן, ובמקרים אחרים עמדו משני צדיו. נוצר אפוא מערך עמדות מפוצל שבו נוצרו חיבורים על בסיס מוגבל, והכול תחת ההשפעה הגוברת של כוחות השוק. לכל אלו יש להוסיף את התפתחותם של ארגוני חברה אזרחיים וקליניקות משפטיות. עורכי דין המועסקים בארגונים

62 ש.ם.

63 ראו איתי הר אור "עורך דין תל צור: 'חוק איסור הלבנת הון לא הביא לצמצום ארגוני הפשע'" כלכליסט 23.9.2008 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3122622,00.html (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010).

64 זיו, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1659, 1661–1662.

65 ש.ם, בעמ' 1665.

אלו אתגרו גם הם את המסורת המקצועית הרווחת, בהגדירם טיפוס חדש של "עו"ד חברתי/ציבורי", עם מערכת הנחות חדשות לגבי תפקודם של עורכי דין בחברה. תמורות אלו מתבטאות בשינויים ברגולציה של עורכי דין, ובה בעת משפיעות עליהם. בעבר, הקרבה אשר שררה בין בתי המשפט לעורכי הדין השתקפה בהסדר רגולטורי קונקרטי: לשכת עורכי דין אוטונומית ורגולציה עצמית רחבה. לעומת זאת, החיבורים החלקיים והאקראיים שתוארו לעיל משתקפים אף הם בהסדרים רגולטורים חדשים, שאינם קוהרנטיים ויציבים כבעבר. לעתים בית המשפט העליון יתמוך בלשכת עורכי הדין וישמר את האינטרסים שלה. כך קרה למשל כאשר התבקש לבטל את המונופול של הלשכה, את חובת החברות בה ואת זכותה לגבות דמי החבר, וכך היה גם כשהתבקש להצר את כללי ייחוד מקצוע עריכת הדין⁶⁶. בעניינים אחרים פעל אותו בית משפט כרגולטור שקבע נורמות התנהגות המנוגדות לעמדת הלשכה. זאת, למשל, כאשר ביטל בית המשפט העליון את תוקפו של כלל משמעת שהגביל לקוחות מלהחליף עורכי דין בנסיבות שבהן תלוי ועומד ביניהם סכסוך כספי⁶⁷. דוגמה נוספת היא מקרים, שיידונו להלן בחלק ו', שבהם הטיל בית המשפט חובות נאמנות מוגברות על עורכי דין כלפי צדדים שלישיים וכלפי בית המשפט. בסך הכול, מהלכים אלה מדגימים מגמה של התערבות גדלה והולכת, אף כי לא ליניארית, בשיטת הרגולציה העצמית האוטונומית המעוגנת היטב של לשכת עורכי הדין. השינויים כאמור אינם מתואמים או אחידים, והם מתרחשים עקב לצד אגודל, ולא באמצעות רפורמה מקיפה "מלמעלה למטה". לשכת עורכי הדין עודנה חזקה למדי, ועורכי דין ממשיכים להחזיק בשליטה רחבה על ענייניהם; הערכתה היא כי נכון להיום לשכת עורכי הדין יכולה להדוף רפורמות רגולטוריות מבניות כוללות. השינויים כאמור הם: את חלקם הלשכה הודפת ולחלקם נכנעת, לעתים תוך אימוצם כשינויים שבאו מטעמה, וזאת, על מנת למתן את היקפם.

עם זאת, ואף על פי אופייה האקראי, עלייתה של מסגרת רגולטורית חדשה אינה רק בגדר שינוי מבני נטרלי, הנוגע ביחסי הכוח בין הפרופסיה, המדינה, הרשות השופטת והשוק. אני טוענת שהיא ממוקמת בין שתי מגמות מנוגדות. האחת – מבקשת לראות בעורכי דין נותני שירותים במסגרת שוקית, לצמצם את המונופול של הלשכה ואת המנגנונים המונעים תחרות (פנימית וחיצונית). גישה זו מתייחסת לעורכי דין כאל משאב (מסוג ידע) שצריך להיות נגיש, פתוח לתחרות, איכותי וזמין. סוגיות של פרופסיונליות

66 על המונופול של לשכת עורכי הדין, חברות חובה ודמי חבר, ראו בג"ץ 2334/02 שטנגר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נח(1) 786 (2003). על אישור ההגבלות על כלל האתיקה המונע מעורכי דין לעבוד עם ישויות שאינן עורכי דין, ראו בג"ץ 9596/02 פיצוי נמרץ, המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים, פ"ד נח(5) 792 (2004).
67 בג"ץ 4330/93 גאנץ נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(3) 221 (1996).

רגולציה של עורכי דין ישראלים

במובן של מחויבות ציבורית כוללת, אינן מצויות במרכז גישה זו. מנגד, מצויה גישה שנייה, המבוססת על תפיסה הפוכה של פרופסיונליות במובן של חיזוק תפקידם הציבורי והחברתי של עורכי דין. מכיוון זה המסגרת הרגולטורית החדשה נועדה לאזן מחדש בין חובותיהם של עורכי דין לעצמם, ללקוחותיהם ולציבור הרחב, והיא עושה כן בכל הממדים שתוארו לעיל: הרחבת ההקצאה של משאבים משפטיים, ביטול מחסומי כניסה לפרקטיקה, שינוי מבנים ארגוניים במסגרות שבהם עובדים עורכי דין והרחבת נורמות מהותיות של מחויבות כלפי הציבור.

החלק הבא מדגים תהליך זה על ידי ניתוח של שני מקרים: (א) חקיקה המיישמת שינויים בהליכי המשמעת של לשכת עורכי הדין; (ב) כללי חבות שפותחו על ידי בתי המשפט האזרחיים המטילים חובת נאמנות גדולה יותר על עורכי דין כלפי צדדים שלישיים שאינם לקוחותיהם.

ה. הליכי משמעת ואוטונומיה מקצועית

אחד ההיבטים המרכזיים של רגולציה עצמית מקצועית הוא שליטה במשמעת. הליכי משמעת מהווים זירה מוסדית של פיקוח, בקרה וקביעת נורמות התנהגות לקבוצה מסוימת – במקרה שלנו, עורכי דין. לגבי לשכת עורכי הדין הישראלית, הליכי משמעת נחשבו תמיד כזירה מרכזית להפעלת עצמאות מקצועית. כך, זהותו של הגוף המוסמך לקבוע את הסטנדרטים שלה ולאכוף אותם, ממשיך להיות בעל חשיבות מרכזית. לפני חקיקת חוק לשכת עורכי הדין בישראל בשנת 1961, היו הליכי משמעת תחת סמכותם של בתי המשפט. מאחר שהחברות בארגון עורכי הדין הייתה וולונטרית, סנקציות נגד עורכי דין שחרגו מן הנורמות ההתנהגותיות המקובלות לא יכלו להיות מוטלות על ידי איגוד מקצוע מאורגן (הסתדרות עורכי הדין). רק אותם עורכי דין שבחרו להפוך לחברים בהסתדרות עורכי הדין (היהודית והערבית) היו כפופים לסמכות השיפוט שלה⁶⁸. בשנת 1961, כחלק מהמהלך החקיקתי המקיף לייסוד לשכת עורכי דין אחת בעלת שליטה נרחבת על ענייניהם של עורכי הדין, הפכה החברות בלשכת עורכי הדין חובה⁶⁹, לשכת עורכי הדין הוסמכה לנהל בחינות כניסה ולהסדיר את הקבלה של מתמחים למקצוע⁷⁰. כמו כן, עורכי

68 זיו, לעיל ה"ש 30.

69 ס' 42 לחוק לשכת עורכי הדין. מתוקן על ידי תיקון לחוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 7), התשל"א-1971, ס"ח 180.

70 ס' 39–40 לחוק לשכת עורכי הדין הקובעים את ההסדרים לבחינות הכניסה; ס' 26–37, 41, 44 לחוק לשכת עורכי הדין הקובעים את הסדרי ההתמחות.

דין דרשו וקיבלו סמכות רחבה באופן יוצא דופן לקבוע ולאכוף סטנדרטים התנהגותיים מקצועיים.

עד לרפורמה בשנת 2008, שתידון בסעיף זה, שלטה לשכת עורכי הדין בכללי המשמעת והאתיקה המקצועית בכל שלבי ההליך המשמעתי: קביעת כללי אתיקה (באמצעות הגוף המחוקק של הלשכה, המועצה הארצית⁷¹), ייזום הליכים משמעתיים (הוועדות המחוזיות והוועדה המרכזית של לשכת עורכי הדין⁷²), שיפוט בהליכי משמעת (בתי דין למשמעת אזוריים ובתי דין משמעתי ארצי⁷³) וענישה⁷⁴. עלי זלצברגר טוען כי סמכות משטור נרחבת שכזו הנה חסרת תקדים במונחים השוואתיים⁷⁵.

השיפוט בהליכי משמעת היה נתון לפיקוח חיצוני מועט. חברים בבתי הדין המשמעתיים האזוריים ובבית הדין המשמעתי הארצי – שהיו עורכי דין בלבד – מונו על ידי לשכת עורכי הדין ללא הליך ברור ושקוף. שום נציג ציבורי לא היה מעורב במינוי או נטל חלק בהליכי השיפוט המשמעתי. חברי בתי הדין למשמעת מונו על ידי הוועדות האזוריות של לשכת עורכי הדין בהתאם לרשימה שמית שעליה הוסכם על ידי פלגים מנוגדים של הלשכה, ללא פיקוח או בקרה ציבוריים⁷⁶. שיטת מינוי זו חשפה את ההליך למניפולציות והשפעות פוליטיות חמורות.

ההחלטות של בתי הדין למשמעת של לשכת עורכי הדין היו נתונות לערעור בפני בית המשפט העליון, אולם רק אחוז קטן מן התיקים הגיעו לשלב בקרה זה. באופן כללי, מערכת המשמעת נשלטה באופן נרחב על ידי עורכי דין, והבלמים החיצוניים או הציבוריים היו מוגבלים ביותר.

מסגרת סגורה זו חוזקה על ידי כמה מגבלות נוספות: דיוני בתי הדין למשמעת נערכו בדלתיים סגורות⁷⁷; החלטותיהם לא פורסמו, ולצדדים המעוניינים או לציבור לא הייתה

71 שם, ס' 53–63, 109.

72 שם, ס' 63 אף על פי שסמכות מקבילה לפתוח בהליכי משמעת ניתנה ליועץ המשפטי ולפרקליט הראשי, הם עשו שימוש בסמכות ההעמדה לדין שלהם לעתים נדירות.

73 שם, ס' 14–18.

74 שם, ס' 68–69.

75 זלצברגר, לעיל ה"ש 31; ראו גם ליאור בן דויד, מרכז מחקר ומידע של הכנסת, טיפול בעבירות משמעת של עורכי דין: מבט משווה (2004) (להלן: "מחקר המשמעת של הכנסת") knesset.gov.il/mmm/data/docs/m00920.doc (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010).

76 בהתאם לס' 14–15 לחוק לשכת עורכי הדין, חברי ועדות המשמעת נבחרים בכחירות אזוריות כלליות. בפועל חברי הוועדות נבחרו ומונו על פי רשימה אשר הוסכם עליה בין חלקים שונים של הלשכה.

77 בית הדין למשמעת יכול היה להחליט להרשות את נוכחותם של צדדים שלישיים או לפתוח את דלתות בית המשפט, אולם בדרך כלל נערכו הדיונים בדלתיים סגורות (כלל 73 לכללי לשכת עורכי הדין).

רגולציה של עורכי דין ישראלים

גישה אליהם; אמצעי הענישה החמורים ביותר שהוטלו על ידי בתי הדין (השעיית הרישיון והדחה מן הלשכה) עוכבו אוטומטית עד להחלטה בערעור⁷⁸. לסיכום, אף על פי שהיו קיימים מנגנוני בקרה חיצוניים מסוימים (כגון סמכות קבילה מקבילה ליועץ המשפטי לממשלה או בקרה בדרך של ערעור לבית המשפט העליון), המערכת המשפטית פעלה באוטונומיה רחבה מאוד, הזרה אף למנגנונים מקבילים במדינות אחרות, הנהנים מדרגה גבוהה יחסית של רגולציה עצמית⁷⁹.

לפיכך אין זה מפתיע שהליכים אלו לא נהנו מאמון הציבור. הליכי המשמעת נתפסו כמשמרים את האינטרסים של עורכי הדין בעיקר, ולא דווקא את אלו של הלקוחות, הנפגעים או הציבור הרחב⁸⁰. למרות הביקורת, הליכי המשמעת במתכונתם זו נותרו על כנם משך עשורים.

באמצע שנות התשעים החלה נושבת רוח חדשה. בשנת 1994 מי שהיה אותה עת שר המשפטים, דוד ליבאי, מינה ועדה בראשות שופט בית המשפט המחוזי (בדימוס) שאול אלוני, על מנת לבדוק את הליכי המשמעת של הלשכה ולהציע להם תיקונים⁸¹. זמן לא רב לאחר מכן, בשנת 1996, הגישה קבוצה של עורכי דין עתירה לבג"ץ ותקפה את אופי מינוי הדיינים בבתי הדין למשמעת שהתבסס כאמור על בחירה מתוך רשימות מוסכמות מראש ("דילים"), במקום בדרך של בחירות פתוחות. אף על פי שבית המשפט העליון דחה את העתירה, הוא התבטא באופן ביקורתי כנגד ההליכים הקיימים, עמד על הליקויים שבהם והמליץ לשנותם בחקיקה⁸².

78 שם, כלל 72.

79 שם, מחקר המשמעת של הכנסת, לעיל ה"ש 75.

80 זיר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 483–484.

81 ועדה זו באה בעקבות ועדה שקדמה לה שמונתה על ידי שר המשפטים דוד ליבאי באוקטובר 1993 ובראשה עמד שופט בית המשפט העליון בדימוס יעקב מלץ, אשר בחן רק באופן חלקי את הליכי המשמעת של לשכת עורכי הדין, אולם העיר לגבי יוקרתם הנמוכה והמעמד הבעייתי שלהם. המבקר, נוהל הביקורת בלשכת עורכי הדין בישראל (1999) www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C7FAF05A-C55E-4962-99E8-D6C3B61DC2DE/10730/388.pdf (נבדק לאחרונה ב-1.6.2010).

82 בבג"ץ 1302/96 סיעת "עצמאות ושינוי" נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(3) 749 (1996). הנשיא (בדימוס) אהרן ברק אמר: "הוועד המרכזי [של לשכת עורכי הדין] הוא המעמיד לדין בפני בית הדין למשמעת. האם ראוי הדבר שהמעמיד לדין יקבע בפועל את החברות בבית הדין המשמעתי במחוזו? הוועדה המחוזית משקפת את הפוליטיקה הפנימית של הלשכה. האם אין זה מן הראוי שבחירת השופטים תימנע מפוליטיקה כזו? נראה כי יש מקום לשקול שינוי של החוק באופן שבו השופטים בבתי הדין למשמעת ייבחרו על ידי ועדת מינויים, בדומה לבחירות של שופטים ודיינים. הוועדה תשקול את הכישורים של כל מועמד ולבטח תמנה את הטובים ביותר. בחירת השופטים תיערך רחוק מן המאבקים 'הפוליטיים' של הלשכה ומן 'הפוליטיקה' הפנימית של המחוז". שם, בעמ' 757.

בשנת 1996 הגישה קבוצה של חברי כנסת הצעת חוק פרטית לשינוי אופן מינוים של דיינים בבתי הדין למשמעת; בשנת 1999 פרסם מבקר המדינה דו"ח על בתי הדין למשמעת של לשכת עורכי הדין, שבו ביטא מורת רוח משיטת המינוי שכללה מועמדים מתוך "מעגל סגור" של חברים והייתה נתונה באותה העת למניפולציות פוליטיות. דו"ח מבקר המדינה ציין כי ברוב המדינות הליכי המשמעת אינם מצויים בשליטתה הבלעדית של הלשכה הרלוונטית, והמליץ לפתוח את ההליכים למעורבות ציבורית ולפיקוח ציבורי נרחבים יותר.⁸³

בשנת 2004 פרסם מרכז המחקר והמידע של הכנסת דו"ח שבחן את הליכי המשמעת של לשכת עורכי הדין, שבו שוב צוינו סמכויות הרגולציה העצמית החריגות של הלשכה, וזאת מנקודת מבט השוואתית.⁸⁴ באותה תקופה אף החלו אנשי אקדמיה לכתוב כתיבה ביקורתית על סמכויותיה הנרחבות של לשכת עורכי הדין, לרבות בתחום המשמעת.⁸⁵

בתגובה למהלכים אלו ניסתה תחילה הלשכה לעצור את היוזמות, ואכן, הרפורמות החקיקתיות עוכבו במשך שנים מספר. הלשכה הפעילה את השפעתה במשרד המשפטים ובכנסת, והסתייעה בחברי כנסת שהיו בעבר עורכי דין חברי הלשכה.

במהלך שנת 2002 החל משרד המשפטים להוביל את הרפורמה החקיקתית, תוך התמקדות בהליכי משמעת, ותיקון מס' 32 לחוק לשכת עורכי הדין הפך להצעת חוק ממשלתית שהובלה על ידי משפטנים מתוך מחלקת החקיקה של משרד המשפטים. בהדרגה הפך משרד המשפטים להיות האופוזיציה העיקרית של לשכת עורכי הדין. מהלך זה מהווה שינוי בולט במדיניות משרד המשפטים בהשוואה לאופן שבו נהג בעבר, שהתאפיין במעורבות מצומצמת ופסיבית בענייני הפרופסיה. עד מהרה התברר ללשכת עורכי הדין שהיא איבדה את יכולתה לעצור לחלוטין את הרפורמה החקיקתית. הלשכה נתקלה בהתנגדויות חזקות ועקביות מנציגי ממשלה, אשר הביעו חוסר אמון בלשכה, והטילו ספק באופן גלוי במניעים המוצהרים שלה כמי שמגנה על האינטרס הציבורי. לפיכך החליטה הלשכה לשנות את גישתה, על מנת להבטיח לעצמה את ההסדר הטוב ביותר תחת הסדר הפוליטי והחקיקתי החדש.

תיקון מס' 31 לחוק לשכת עורכי הדין הובא בפני הכנסת בשנת 2004.⁸⁶ חלפו שלוש שנים עד שהצעת החוק הובאה שוב בפני המחוקק, לאחר סדרת משאים ומתנים בין משרד

83 דו"ח המבקר על לשכת עורכי הדין בישראל, לעיל ה"ש 81, בעמ' 17–23.

84 מחקר המשמעת של הכנסת, לעיל ה"ש 75.

85 ראו למשל זלצברגר, לעיל ה"ש 31; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 33; זיו, לעיל ה"ש 30.

86 חוק לשכת עורכי הדין (תיקון מס' 31), התשס"ד-2004, ס"ח 745.

המשפטים לבין לשכת עורכי הדין⁸⁷. כאשר נדון הנוסח הסופי בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, כבר הוסכם בין הצדדים על רכיבי הרפורמה. מחד גיסא, המהלך העקרוני של התערבות חקיקתית בהסדר שעמד על כנו במשך כמעט ארבעים שנה כבר לא היה שנוי במחלוקת. מאידך גיסא, תוכן השינוי צומצם משמעותית – הוסכם שהליכי המשמעת ייוותרו בסמכות לשכת עורכי הדין ולא יועברו לגופים חיצוניים. במובן זה, הלשכה הצליחה לשמר חלק משמעותי מכוחה בפיקוח על עורכי דין, אולם היה עליה לוותר על שליטה בכמה צמתים מכריעים.

בסתיו של שנת 2008 חידשה ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת את דיוניה בהצעת החוק כהכנה לקריאה שנייה ושלישית. בחלק הבא אנתח את דיוני הוועדה, המדגימים את המאבק על השליטה בהליכי המשמעת בין הכנסת, המדינה (משרד המשפטים) ולשכת עורכי הדין. כפי שיודגם להלן, לא ניתן לזהות ברית יציבה או קבועה בין גופים אלה: לעתים הביעו חברי הכנסת תמיכה חזקה בעמדת הממשלה, וביטאו את דאגתם מהסמכויות הנרחבות שהוענקו ללשכת עורכי הדין; במקרים אחרים עמדו חברי הכנסת לצד הלשכה, בהבינם את חששותיה משליטת יתר של הממשלה על המקצוע המשפטי. מובן שחברי הרשות השופטת לא היו נוכחים בהליך זה, אך מאחר שהצעת החוק כללה (באחד השלבים) תפקיד המיועד לנשיא בית המשפט העליון, המחלוקת לגבי מעמד בית המשפט, כמתואר לעיל, מצאה את דרכה אל תוך הדיונים על סמכות השיפוט של הלשכה.

כמצופה, הגרסה הסופית של החוק, שנחקק ביוני 2008, איזנה בין אינטרסים ונקודות מבט מתחרות אלו. ניתן לטעון כי הישגיה של לשכת עורכי הדין גדולים בהרבה מדרישות האינטרס הציבורי. מנגד, נראה כי ההליך עצמו מהווה תקדים חשוב: רפורמה מקיפה בהליכי משמעת שהוטלה על לשכת עורכי הדין מבחון⁸⁸. הניתוח שלי בסעיף הבא בוחן את השיח במהלך הדיונים החקיקתיים על מנת להדגים כיצד הושג איזון זה, תוך התמקדות בכמה נושאים שבהם התקיים דיון סוער למדי במהלך דיוניה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

87 המשנה ליועץ המשפטי יהושע שופמן הסביר במהלך הדיון הראשון בהצעת החוק בוועדת חוקה, חוק ומשפט כי העיכוב נגרם בשל ניסיונות של משרד המשפטים להשיג הסכם עם לשכת עורכי הדין. הוא תיאר את הצעת החוק כגרסה אשר זכתה בתמיכה עקרונית של לשכת עורכי הדין, אשר באותה נקודה לא התנגדה לרפורמה חקיקתית, אולם שונה בתוכנה ובפרטיה. פרוטוקול ישיבה מס' 328 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (4.11.2007) (להלן: "פרוטוקול 328").

88 יושב ראש ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין, עו"ד דרור ארד איילון, תיאר את התיקון כ"חשוב", כאשר הוא מדגיש את העובדה שהלשכה שמרה לעצמה את רוב השליטה בהליכי המשמעת. דרור ארד איילון "הרפורמה בדין המשמעתי" אתיקה מקצועית 1, 27 (2008).

1. ייסוד ועדת מינויים לדיונים בבתי דין למשמעת

כל הצדדים הסכימו שההסדר הנוכחי שלפיו דיונים ממונים לבתי הדין המשמעתיים לקוי ושראוי שוועדת מינויים תמנה אותם. בנוסף, חילוקי דעות קשים התגלעו לגבי ועדת מינויים זו, בין השאר, בנושאים הבאים:

- מי יכהן כיושב ראש ועדת המינויים?⁸⁹
- מי ימנה את יושב ראש ועדת המינויים?⁹⁰
- מי ימנה את יושב ראש השופטים של בית הדין למשמעת?⁹¹
- איזה חלק מחברי ועדת המינויים ימונה על ידי לשכת עורכי הדין?⁹²
- האם המדינה תוכל למנות מספר קבוע של חברים בוועדת המינויים מתוך שירות המדינה?⁹³
- האם ועדת המינויים תיזקק לרוב מיוחד לצורך קבלת החלטותיה?⁹⁴

89 לשכת עורכי הדין ביקשה שיושב ראש ועדות המינויים ייבחר מבין הדיונים המכהנים של בתי הדין למשמעת. משרד המשפטים התנגד לעמדה זו, והיא נדחתה על ידי הכנסת בשל העובדה שלחברי הלשכה היה רוב בוועדת המינויים. פרוטוקול 328, לעיל ה"ש 87, בעמ' 4, 8. הכנסת העדיפה שופט בדימוס ובמיוחד שופט בית משפט עליון. שם, בעמ' 21-22 ההסדר שאומץ מינה שופט בדימוס של בית משפט עליון או נשיא בדימוס של בית משפט מחוזי כיושב ראש ועדת המינויים. תיקון מס' 32, לעיל ה"ש 59.

90 משרד המשפטים ביקש כי תפקיד זה יופקד בידי, אולם לשכת עורכי הדין התנגדה לכך בתוקף. פרוטוקול 328, לעיל ה"ש 87, בעמ' 6 (עו"ד מזור הביע דאגה לגבי "השתלטות" המדינה על תהליך המינויים). חברי הכנסת הציעו שנשיא בית המשפט העליון יחזיק במשרה זו. ההחלטה הסופית העניקה סמכות זו למשרד המשפטים, תוך התייעצות עם ראש לשכת עורכי הדין: ס' 18 ד(א)(1) לתיקון מס' 32, לעיל ה"ש 59.

91 לשכת עורכי הדין רצתה שבית הדין האזורי למשמעת יבחר את נשיאו שלו, והוועדה המרכזית של הלשכה תמנה את הנשיא של בית הדין הארצי למשמעת; משרד המשפטים התנגד, וביקש שהנשיאים ימונו על ידי ועדת המינויים. פרוטוקול ישיבה מס' 340 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 44-47 (14.11.2007) (להלן: "פרוטוקול 340"); פרוטוקול ישיבה מס' 567 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 5, 17 (15.06.2008) (להלן: "פרוטוקול 567"). ההסדר הסופי נתן את הסמכות לשופטים באישור של ועדת המינויים. ס' 18 ד(א)(1) לתיקון מס' 32, לעיל ה"ש 59.

92 לפני הדיונים הוסכם כי לשכת עורכי הדין תמנה ארבעה מתוך שבעה חברים של ועדת המינויים. ס' 18 ד(א)(3)-(4) לתיקון מס' 32, לעיל ה"ש 59.

93 לשכת עורכי הדין התנגדה בתוקף לחברים "ממונים" שנבחרו על ידי שירות המדינה, מחשש שהם יהוו אופוזיציה לחברי לשכת עורכי הדין. עמדת משרד המשפטים אומצה. ס' 18 ד(א)(2) לתיקון מס' 32, לעיל ה"ש 59.

94 בקשת משרד המשפטים לרוב מיוחד (חמישה מתוך שבעה) לא התקבלה (פרוטוקול 340, לעיל ה"ש 91, בעמ' 22). לשכת עורכי הדין הצהירה כי היה מדובר ב"עסקת חילופין": עמדת

רגולציה של עורכי דין ישראלים

ניתוח הדיון בנושאים אלה מגלה מאבק פוליטי על גבולות האוטונומיה של לשכת עורכי הדין, וכן על היקף השליטה החיצונית בשינוי המרכזי שהוצג בהצעת החוק – נטילת הסמכות הבלעדית למנות דיינים מן הלשכה. אף על פי שהלשכה הסכימה לעקרון השינוי, היא רצתה לשמר מידה רבה ככל האפשר של שליטה במסגרת ההסדר החדש.

2. הקמת ועדות אתיקה סטטוטוריות

שינוי מרכזי נוסף שהוצע בהצעת החוק היה הקמתן של ועדות אתיקה סטטוטוריות, אזוריות וארציות. לוועדות אלה יוקנו סמכויות קבילה להעמיד לדין עורכי דין בעברות משמעת, וכן לתת חוות דעת מקדימה לפי בקשה. הרכב ועדות האתיקה היה סוגיה שנויה במחלוקת עמוקה, לעניין הנקודות הבאות:

- האם מי שאינם עורכי דין יכהנו בוועדות האתיקה?⁹⁵
- האם משפטנים שאינם עורכי דין יורשו לכהן בוועדות האתיקה?⁹⁶
- האם ליצור משרות בתשלום לתיאום וליישום עבודת ועדות האתיקה?⁹⁷

הדיון בדבר סמכותן של ועדות האתיקה היה ארוך ביותר. הוא נגע בנושאי הליכה: מי ישלוט בקביעה של הסטנדרטים הנורמטיביים והאתיים של עורכי הדין, על ידי העמדה לדין וכן על ידי מתן חוות דעת מקדימה? יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ בן ששון, אשר באופן כללי נקט עמדה תקיפה נגד הגישה האנטי-תחרותית של הלשכה, ביטא את רגשותיו לגבי שאלה זו וציין כי אינו מכיר עוד ארגון ציבורי בישראל בעל מעמד סטטוטורי דומה לזה של הלשכה. לדידו, מכיוון שהציבור נתן לעורכי הדין מעמד זה – הוא זכאי לקחת חלק ביישומו.⁹⁸

משרד המשפטים התקבלה בעניין מינוי מחדש של יושב ראש ועדת המינויים, ועל כן משרד המשפטים התבקש לוותר בעניין בקשת הרוב המיוחד. שם, בעמ' 21–22.

95 לשכת עורכי הדין התנגדה בתוקף לאפשרות שמי שאינם עורכי דין יוכלו להיות חברים בוועדת האתיקה, ועמדתה התקבלה.

96 לשכת עורכי הדין התנגדה בתוקף גם לכך שחברים לא פעילים של הלשכה (כגון שופטים בדימוס, אנשי אקדמיה, משפטנים משירות המדינה וכו') ימונו לוועדת האתיקה. הדיון בנקודה זו היה ארוך ועקרוני. עמדתה של לשכת עורכי הדין נדחתה, וההסדר שאומץ אפשר לכמה חברים שאינם פעילים של לשכת עורכי הדין לכהן בוועדות אלה. פרוטוקול ישיבה מס' 401 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 6 (1.1.2008) (להלן: "פרוטוקול 401").

97 לשכת עורכי הדין התנגדה ליצירת משרה בתשלום; עמדתה לא התקבלה. ס' 18 ג לתיקון מס' 32, לעיל ה"ש 59; פרוטוקול ישיבה מס' 476 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (26.2.2008) (להלן: "פרוטוקול 476"); פרוטוקול ישיבה מס' 416 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 35–45 (9.1.2008) (להלן: "פרוטוקול 416").

98 פרוטוקול 401, לעיל ה"ש 96, בעמ' 17.

לשכת עורכי הדין ניסתה להגביל את החברות בוועדות האתיקה לחברי הלשכה והתנגדה גם למינויים של משפטנים שאינם חברים פעילים בלשכה (כגון שופטים בדימוס או אנשי שירות המדינה) כחברים בוועדות. בנקודה זו נדחתה עמדתה, והתקבלה עמדת משרד המשפטים לכלול אותם בוועדות. עם זאת, הכנסת דחתה את בקשת המשרד לקבוע מכסה למשפטני שירות המדינה בוועדות האתיקה, ומשכה ביקורת מח"כ יצחק לוי, שטען כי לנציגים מטעם המדינה אין כל יתרון בענייני אתיקה⁹⁹. באשר להצעה למנות עורך דין בשכר לריכוז וליישום עבודת ועדות האתיקה, לשכת עורכי הדין התנגדה גם לכך. חששה היה שהליכי המשמעת יהפכו לפורמליים ומקצועניים מדי, ויאבדו את אופיים הקולגיאלי והבלתי רשמי. משרד המשפטים, שעמדו התקבלה בנקודה זו, רצה בדיוק את ההפך: הליכים מקצועיים, שקופים והמתנהלים על בסיס קריטריונים שוויוניים.

3. ביטול זכויות היתר הפרוצדורליות

ההסדרים שהעניקו לעורכי דין זכויות יתר יוצאות דופן במסגרת הליכי משמעת בוטלו ברובם. הצעת החוק קבעה כי הליכי משמעת יתקיימו בדלתיים פתוחות, וכי אמצעי ענישה (הוצאה מהלשכה והשעיה) יופעלו מיד, אלא אם כן יעוכבו על ידי צו בית משפט. כמו כן, הערעור בזכות לבית המשפט העליון על החלטות בתי הדין למשמעת הומר בערעור לבית המשפט המחוזי (בירושלים), כפי שנהוג בהליכים דומים.

תיקון החקיקה בדבר הליכי משמעת לבדו לא שינה את המערכת מן היסוד, בהותירו את הליכי המשמעת במידה רבה בסמכות הלשכה. עם זאת, הוא משקף כיוון חדש, של ניסיון לשנות הסדרה שהייתה קיימת במשך שנים, תוך כרסום מסוים בבלעדיות של הלשכה בקביעת ההסדרים בתחום. גישה זו מקרינה – ולו באופן ראשוני – ספקנות בדבר מניעיהם של עורכי דין ומבקשת להגביר שקיפות ואחריותיות ובקרה ציבורית על אופן התנהלותם.

ו. חובות כלפי צדדים שלישיים שאינם מיוצגים

המתח בין הממד הפרטי לציבורי המגולם באתוס של עורכי הדין בא לידי ביטוי ב"צומת הנאמנות" שבו מצויים עורכי דין – מצב המהווה חלק בלתי נפרד מן המקצוע. עורכי דין נושאים בו-זמנית בחובות כלפי לקוחותיהם, כלפי בית המשפט, המקצוע, עורכי דין אחרים, צדדים שלישיים, כלל הציבור, מעסיקיהם, וכמובן הם נאמנים לאינטרסים האישיים של עצמם. עליהם לאזן באופן מתמיד בין חובות אלה, משימה שהיא לעתים מסובכת בשל

⁹⁹ שם, בעמ' 23 (הצהרתו של חבר הכנסת יצחק לוי).

רגולציה של עורכי דין ישראלים

המתח הטבוע ביניהן. מכאן שהגוף המוסמך להכריע ולהסדיר את דרך האיזון בין אינטרסים מתחרים אלו פועל למעשה כרגולטור של הפרופסיה.

רגולציה מסוג זה יכולה להתקיים בזירות שונות: חקיקה (למשל הטלת חובות דיווח במקרי פשע עתידי¹⁰⁰), כללי אתיקה (למשל האיסור להטעות את בית המשפט), באמצעות רשות מנהלית (למשל הרשות לניירות ערך) או בדרך של קביעת כללי אחריות במשפט האזרחי¹⁰¹.

הטלת אחריות אזרחית על עורכי דין (בדרך כלל על ידי חיוב בפיצוי כספי) נעשית בעקבות תלונות ותביעות המוגשות נגד עורכי דין על ידי צדדים נפגעים. בחלקן הגדול תביעות אלו הן מסוג של רשלנות מקצועית של לקוחות שנפגעו; באמצעות הליכים כאלה מגדירים בתי משפט את הסטנדרטים המקצועיים להתנהגותם של עורכי הדין¹⁰².

אולם תביעות בגין הפרת אחריות כלפי נפגע אינן מוגבלות לנזק שנגרם ללקוחות. לעתים הן מוגשות על ידי צד שלישי שאינו בגדר לקוח, אשר נפגע מלקוח שהיה מיוצג על ידי עורך הדין הנתבע או על ידי עורך הדין באופן ישיר. במקרים אלה, בתי המשפט נדרשים להגדיר את היקף החובות המקצועיות של עורכי הדין כלפי צדדים שלישיים, ולעתים קרובות, כאשר חובות אלה עומדות בסתירה ישירה עם חובתו הראשונית של עורך הדין לקדם את האינטרסים של לקוחו¹⁰³.

מקרים מסוג זה, בייחוד אלו שבהם התנהגותו של הלקוח פגעה בצד שלישי, מחדדים את הדילמה של עורכי הדין לגבי תפקידם בהכוונת התנהגות בלתי רצויה של לקוחותיהם, אף בנסיבות שבהן היא חוקית. זו שאלת יסוד המצויה בלב הדיון על האתיקה של עורכי

100 ראו: Shelley D. Gatlin, Note, *Attorney Liability under Deceptive Trade Practices Acts*, 15 Rev. Litig. 397, 400 n. 9 (1996). ראו בנוסף: Sarbanes-Oxley Act of 2002, Pub. L. No. 107-204, § 7245, U.S.C. Stat. 745, 784, 116, 107-204 (2006) (כפי שתוקן בס' שונים של 18-15 U.S.C.).

101 ראו: Wilkins, לעיל ה"ש 13, בעמ' 806-807; Fred C. Zacharias & Bruce A. Green, *Rationalizing Judicial Regulation of Lawyers*, 70 OHIO ST. L.J. 73 (2009).

102 מאחר שלרוב עורכי הדין יש ביטוח רשלנות מקצועית, חברות ביטוח משחקות תפקיד גדול והולך בקביעת סטנדרטים מקצועיים. בישראל העלו בתי המשפט את הסטנדרטים להתנהגות של עורכי דין כלפי לקוחותיהם, והם דורשים רמה גבוהה יותר של יכולת מקצועית, בייחוד בעסקאות מקרקעין (ראו למשל ת"א (ת"א) 2184/99 שרון נ' לייבוביץ (פורסם בנבו, 2002) (השופטת חיות), המטיל חבות אזרחית על עורך דין בגין ניסוח חוזה שלא הגן מספיק על הלקוחות שרכשו דירה. ראו למשל את הפרסום של משרד עו"ד לויטן שרון ושות': "אחריות מקצועית במשרדי עורכי דין".

103 ראו בעניין זה זר-גוטמן, לעיל ה"ש 15.

דין¹⁰⁴. האם עורך הדין הנו רק "הזרוע הארוכה" של הלקוח, ולכן אינו חב במתן דין וחשבון לגבי תוצאות מעשיו של הלקוח, כל עוד הם נותרים "במסגרת גבולות החוק"? או שמא אנו סבורים שעל עורך הדין לפעול בסטנדרט התנהגותי גבוה יותר כאשר צדדים שלישיים עלולים להיפגע, ואף לנקוט אמצעים על מנת להגן עליהם. התפיסה שלפיה עורכי דין נושאים בחובות מסוימים כלפי צדדים שלישיים – לעתים על חשבון האינטרסים של לקוחותיהם – משקפת את הרעיון שעורכי דין אינם רק פקידי בית המשפט במובן הצר של מונח זה, אלא שעליהם לאמץ רמה מוסרית מוגברת כחלק מתפקידם במערכת הצדק¹⁰⁵. במילים אחרות, כאשר בתי המשפט בישראל קובעים שעורכי דין נושאים באחריות כלפי צד שלישי, בפועל הם הופכים את הדיון התאורטי והמוסרי בדבר אחריות מקצועית לנורמה משפטית מחייבת. בחינת האחריות האזרחית של עורכי דין בנסיבות אלו (להבדיל מהליכי משמעת) משמעותית במיוחד בנסיבות שבהן אותה התנהגות אינה מהווה עברת משמעת, או עברה אתית.

בישראל עסקו בתי המשפט בסוגיית החבות של עורכי דין כלפי צדדים שלישיים במגוון רחב של נסיבות¹⁰⁶. הם הטילו חבות אזרחית על עורכי דין כאשר אלה ביססו יחסים ישירים עם מי שאינם לקוחותיהם, כאשר התחייבו לבצע פעולה לטובת מי שאינו לקוחם, כאשר סיפקו שירות לאדם שהסתמך על עורך הדין וכאשר עורך הדין הציג מצג שווא לגבי עצמו כנושא בחובה כלפי האדם שנפגע מכך¹⁰⁷. במקרים מסוג זה הטילו בתי המשפט חובה, אשר קודם לכן לא הוכרה, כלפי הצד הנפגע מפעולת עורך הדין, והכירו באחריותם לנזק שנגרם בעקבות פעולת הייצוג שלהם, אף במצבים שבהם אותה פעילות לא היוותה עברה אתית¹⁰⁸. עם זאת, ברוב המקרים מסוג זה לא היה קונפליקט ישיר בין האינטרס של הלקוח לבין צד שלישי.

104 ראו למשל: FREEDMAN, לעיל ה"ש 26; LUBAN, לעיל ה"ש 25; Gordon, לעיל ה"ש 25; Murray L. Schwartz, *The Zeal of the Civil Advocate*, 1983 AM. B. FOUND. RES. J. 543; Simon, לעיל ה"ש 25; Richard Wasserstrom, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, 5 HUM. RTS. 1, 12 (1975).

105 LUBAN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 166–169. David Luban טוען שעורכי דין חייבים לפעול כחוצץ מוסרי בין לקוחותיה לבין צדדים שלישיים שעלולים להיפגע. שם; ראו גם Zacharias, לעיל ה"ש 20, בעמ' 3–5, 7, המסכם את הטענות בעד אימוץ עמדה מוסרית על ידי עורכי דין המבוססת על "מוסר בעל תחולה אוניברסאלית".

106 המחקר המקיף ביותר בנושא זה התנהל על ידי לימור זר-גוטמן, לעיל ה"ש 15; זר-גוטמן, לעיל ה"ש 33.

107 זר-גוטמן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 172–183.

108 ראו: John H. Bauman, *A Sense of Duty: Regulation of Lawyer Responsibility to Third Parties by the Tort System*, 37 S. TEX. L. REV. 995, 1012–1017 (1996). החבות הבסיסית של עורכי דין כלפי צדדים שלישיים נקבעה ב-*Biakanja v. Irving*, 320 P.2d 16 (Cal. 1958).

אולם בתי המשפט הרחיבו את החובה כלפי מי שאינם לקוחות מעבר לכך. בכמה הליכים שנדונו בעשור האחרון התבקשו בתי המשפט להכיר בחבות אזרחית של עורכי דין בגין נזקים כספיים שנגרמו לצד שכנגד, שאינו מיוצג, בעקבות פעולה משפטית שבה עורך הדין ייצג לקוח¹⁰⁹. כל המקרים עסקו בענייני במקרקעין (בית מגורים או עסק קטן), ובכל המקרים עורך הדין ייצג את הזום, הקבלן או המלווה בעסקת המקרקעין. עורך הדין ניסח את המסמכים המשפטיים שחלו על העסקה ואשר עיגנו את האינטרס של הלקוח מבלי להגן כראוי על האינטרסים של הצד השני, החלש יותר. בשל הסכמים בלתי מאוזנים אלה, לצד השלישי נגרם נזק, והוא תבע את עורך הדין. בתשובתם טענו עורכי הדין שהם חבו חובת נאמנות וחובת זהירות כלפי לקוחותיהם בלבד, ולכן לא נושאים בחבות בגין נזקים שאירעו לצד שכנגד. עוד טענו, כי אם בית המשפט יכיר בחבותם להגן על האינטרסים של מי שאינם לקוחותיהם, הדבר יוביל להפרת חובתם כלפיהם.

בשני מקרים מהשנים האחרונות דחה בית המשפט העליון טענות אלה. תחת זאת, בדק בית המשפט את מהות היחסים שהתפתחו בין הצדדים המעורבים בעסקה. השופטים בחנו את פערי הכוחות ביניהם; את סוג העסקה שעמדה על הפרק (רכישת בית פרטי או משכנתה לעסק קטן); מידת המעורבות של עורך הדין ביצירת העסקה המשפטית; הדרך שבה עורך הדין הציג את עצמו בפני צד ג' במהלך העסקה ורמת האמון שנוצרה; צפיות הנזק בעת העסקה; ובאופן כללי, את מידת ה"הגינות" של האירוע. הוא הכיר בכך שעורכי דין נושאים בחובת זהירות כלפי מי שאינם לקוחות בנסיבות של חוסר איזון בכוח בין הצדדים, מעורבות עמוקה של עורך הדין בעסקה, הסתמכות בפועל על עורך הדין של הצד הבלתי מיוצג וכאשר ולא נאמר לו על ידי עורך הדין כי ראוי שיהיה מיוצג עצמאית¹¹⁰. בית המשפט קבע כי על מנת לצאת ידי חובה משפטית זו עורך הדין צריך לכל הפחות להבהיר לצד שכנגד כי הוא אינו מייצגו וכי כדאי שייקח לעצמו ייצוג נפרד, ובנסיבות מסוימות עליו אף לנקוט אמצעים משפטיים להגן על הצד שכנגד, אף על פי שהדבר עלול לעמוד בניגוד לאינטרסים של לקוחו.

בעניין נחום צעד בית המשפט צעד משמעותי במיוחד בכיוון זה. במקרה זה ייצג עורך דין מלווה בעסקה משפטית מורכבת אשר בה הצד כשנגד, זוג שהיה זקוק בדחיפות להלוואה, הסכים לתנאי הלוואה דרקוניים ולהטלת שעבוד על ביתם כבטוחה להלוואה. העסקה כללה שיעורי ריבית גבוהים במיוחד, סנקציות חמורות בגין אי-תשלום ותנאים

109 ראו ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (2004); ע"א 6645/00 ערד נ' אבן, פ"ד נו(5) 365 (2002); ע"א 1170/91 בכור נ' יחיאל, פ"ד מח(3) 207 (1994); ע"א 751/89 מוסהפור נ' שוחט, פ"ד מו(4) 531 (1992); ע"א 37/86 לוי נ' שרמן, פ"ד מד(4) 446 (1990).
110 עניין ערד, לעיל ה"ש 109; עניין נחום, לעיל ה"ש 109.

נוקשים של מימוש מידי. הלווים לא היו מיוצגים במהלך העסקה, ועורך הדין לא ייעץ להם כי מן הראוי שייזעצו בעורך דין משלהם. כמצופה, ההלוואה לא שולמה בהתאם לתנאיה, המשפחה איבדה את ביתה, ונגרמו לה הפסדים כספיים כבדים נוספים. בבית המשפט העליון נקבע, ברוב דעות של הנשיא ברק והשופטת חיות, כנגד דעתו החולקת של השופט ריבלין, כי עורך הדין שייצג את המלווה הפר את חובת הזהירות שלו כלפי הלווים שלא היו לקוחותיו. בית המשפט קבע כי הוא נהג ברשלנות כלפיהם, ולכן נשא בחבות בגין חלק מן הנזקים שנגרמו להם. הנשיא ברק ציין כי עורך הדין היה צריך לערוך את העסקה באופן אחר, אשר יבטיח יותר הגנה ללווים, הגנה שדיני החוזים עצמם מעניקים בעסקאות מקרקעין מסוג זה. לכל הפחות, ציין הנשיא ברק, עורך הדין צריך היה להודיע ללווים שהם היו זכאים להגנות מסוימות על פי החוק, מאחר שהם משכנו את ביתם הפרטי, והיה עליו לייעץ להם שלא לחתום על חוזה משכנתה בטרם קיבלו את מלוא סכום ההלוואה. בכך שלא עשה כן, הפר עורך הדין את חובתו הישירה כלפי מי שלא היו לקוחותיו, למרות הפגיעה שעלולה הייתה להיגרם ללקוח שלו¹¹¹.

הנקודה הראויה לציון בתיק זה הנה שהלווים הגישו תביעה אזרחית נגד המלווה, אולם זו נדחתה. בית המשפט האזרחי פסק כי לא ניתן היה לשלול את תוקפו של חוזה ההלוואה מטעמים של עושה. במילים אחרות, הלקוח המלווה פעל "במסגרת גבולות החוק"; אף על פי כן, נפסק כי היה על עורך הדין לעמוד בנורמות התנהגות גבוהות יותר. באמצעות ההכרה בחובה הישירה של עורך הדין כלפי הלווה שלא היה לקוחו, ועל ידי דרישת נורמת התנהגות גבוהה יותר מעורך הדין מזו שהוטלה על הלקוח, יצר בית המשפט איזון בין האינטרסים של הלקוח לבין הצד השלישי הבלתי מיוצג, המצוי בעמדת נחיתות והנותן מבטחו בעורך הדין. תוצאה שיפוטית זו מתיישבת עם מגמה כללית של בתי המשפט לראות בחובותיהם של עורכי דין כלפי בית משפט (כלומר חובה בעלת אופי ציבורי, בעיניהם) כגוברות על חובותיהם כלפי לקוחותיהם כאשר קיימת סתירה בין החובה לפעול במסירות ובנאמנות כלפי הלקוח לבין החובה לעזור לבית המשפט "לעשות משפט", כלשון סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין¹¹². עניין נחום מהווה הרחבה של עמדה זו לפרקטיקה בענייני הסכמים ועסקאות מקרקעין, תוך שבית המשפט מגדיר מחדש את גבולות הציבורי והפרטי בחובותיהם של עורכי דין.

111 שם, בעמ' 428–429.

112 ראו ע"א 6185/00 חנה נ' מ"י, פ"ד נו(1) 366 (2001); בש"פ 196/97 מרטינו נ' מ"י, פ"ד נ(5) 591 (1997).

ז. סיכום

מאז שנות התשעים נתונה הפרופסיה המשפטית בישראל במגמה של הגברת הרגולציה ממקורות חיצוניים. תמורה רגולטורית זו אינה מתרחשת באמצעות רפורמה מקיפה כמו זאת שאירעה למשל בבריטניה ובניו-זילנד, אלא נעשית באופן נקודתי, עקב בצד אגודל, בהדרגה, תוך שהיא נוגסת בכוחה הרב של הלשכה להסדרה עצמית כוללת, כפי שהייתה נהוגה בעבר.

כאשר מוסדות מדינה מתחילים לקבוע את תנאי הפרקטיקה של עורכי דין, הם מיישמים תפיסה כלשהי בדבר תפקידם של עורכי דין בחברה פתוחה. לעתים קרובות גישה זו אינה משקפת בהכרח את העמדה המסורתית הדוגלת בהעדפה של חובת הנאמנות ללקוח, אלא יש בה החלשה מסוימת של המנגנונים המאפשרים שמירה על האינטרס העצמי של עורכי דין וכן ניסיון להטיל על המקצוע מחויבות חברתית מסוימת. במאמר זה תיארתי בפירוט שני הסדרים חדשים מסוג זה, אולם אין הם בודדים. נושאי תפקידים ציבוריים התבטאו כמי שרואים עורכי הדין כשומרי סף של טובת הציבור, ומדי פעם עולות דרישות להגביר את חובות הדיווח שלהם. המחוקק דורש ביטול הסדרים מונעי תחרות ופתיחת ההסדרים ליתר שקיפות; יותר ויותר שופטים החלו להטיל סנקציות ישירות על עורכי דין אשר אינם מסייעים לבית המשפט לנהל את ההליך באופן ראוי, לדעתם. בתי המשפט החלו להתערב בהסדרי שכר טרחה בין לקוחות לעורכי דין, כדי להעניק הגנה גדולה יותר לאינטרסים של הלקוחות, ולקבוע סטנדרטים גבוהים יותר בתיקי רשלנות מקצועית. כל אלו מסמנים את השינוי. ההסדרים האנטי-תחרותיים, הממוקדים באינטרס העצמי של הפרופסיה כבר אינם חסינים מפני התערבות חיצונית כפי שהיה בעבר.

לצד רגולציה מדינתית, נחשפים עורכי דין יותר ויותר גם לתחרות מצד גורמי שוק. ראשית, חברות מסחריות וכן מוסדות ללא כוונת רווח החלו לפעול בשדה שעורכי דין שלטו בו באופן בלעדי. מחזית שונה, ככל שמספר תביעות הרשלנות המקצועית עולה, חברות ביטוח משחקות תפקיד גדול יותר בקביעת הסטנדרטים של עורכי דין באשר לכשירות ולרמה מקצועית נאותה.

ללא ספק סוג זה של רגולציה מוכוונת-שוק לא נעשה לשם הגדרה מחדש של התפקיד הפרטי אל מול התפקיד הציבורי של עורכי הדין, אלא הוא מונע בעיקר מעשיית רווח של האחרונים. עם זאת, היא משפיעה על השיח – בשל שינויים אלה, לשכת עורכי הדין נאלצת להתחרות על לקוחות וצרכנים, והיא עושה זאת, בין היתר, באמצעות שכנוע ציבור הלקוחות שעורכי דין פועלים לא רק לשם השאת רווחיהם שלהם, ושיש למקצועיות שלהם ערך מוסף.

הפרופסיה המשפטית בישראל הולכת ונעשית תלויה בגופים חיצוניים רבים המבקשים לקחת חלק בהגדרת תנאי הפרקטיקה, במקום גוף יחיד ששלט בהם באופן בלעדי בעבר.

בהינתן הריבוד הפנימי בקרב הפרופסיה, וקבוצות האינטרס הרבות הפועלות בתוכה, יצירת חזית אחידה של התנגדות כוללת למגמות אלו הפכה להיות קשה יותר עבור עורכי הדין. במסגרת זו, המתח בין הפרטי לציבורי המגולם במקצוע המשפטי מוגדר ומעוצב מחדש. לשכת עורכי הדין מבפנים, והרגולטורים החדשים מבחוץ יקבעו יחדיו את האופן שבו עורכי דין ישראלים ימזגו את מחויבותיהם הפרטיות והציבוריות.