

# בחירה "טובה" בלקוח "רע" – על אחריותו המקצועית של עורך הדין לייצג לקוחות לא פופולריים

תחיה שחר\*

- א. מבוא
- ב. קווים לדמותו של הלקוח הלא פופולרי והיחס הציבורי כלפי עורכי דינו
  1. זהות לקוחותיו של עורך הדין: הגדרות ומאפיינים
  2. יחס הציבור אל עורכי דין המייצגים לקוחות לא פופולריים
    - 2.1 ביקורות וגינניים מצד קהיליית המשפטים
    - 2.2 ביקורות וגינניים מצד הציבור הרחב
- ג. הנושא עורך הדין באחריות מוסרית לזהות לקוחותיו?
  1. הגישה המוסרית והגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות
  2. בחירת לקוחות כהכרעה אידאולוגית
- ד. מבט השוואתי
  1. ארצות-הברית – שיקול דעת והנחיה אתית בבחירת לקוחות
  2. אנגליה – הסדר מעורב: חובה ושיקול דעת בבחירת לקוחות
- ה. בחירת לקוחות בראי נאמנותו של עורך הדין לבית המשפט ולחברה אל מול נאמנותו לאינטרסים שלו עצמו – האיזון הראוי
  1. סיכום

*"The average lawyer hesitates to participate in the controversial issue of his time. He wonders what his other clients might think. He wonders about the social consequences to himself, his wife, and his family. And he listens to the enemy within. This enemy speaks in a thousand voices, now whispering caution and then whining fear, now pleading in reasonable accents for practicality and self-*

---

\* תלמידה לתואר שלישי ומרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לפרופ' עמנואל גרוס ולד"ר לימור זר-גוטמן על הערותיהם החשובות והמועילות. דעות ותגובות ניתן להפנות אל: [tshachar@law.haifa.ac.il](mailto:tshachar@law.haifa.ac.il).

*interests, and then shouting direful predictions of disaster. But above all the voice says wait: wait until your prestige is secure, your voice more powerful; wait for the right time, for the right case. But the right case at the right time seldom comes. And while the lawyer waits, the voice of the demagogue is unanswered and the unpopular client's right to counsel goes by default".<sup>1</sup>*

## א. מבוא

במדינת ישראל, שלא כבמרבית מדינות המערב הדמוקרטיות, דיני האתיקה המקצועית אינם עוסקים בשאלת טיבה ומהותה של אחריותו המקצועית של עורך הדין בעת שהוא בוחר את לקוחותיו.<sup>2</sup> מלאכת פיתוחן, הבהרתן ושכלולן של חובותיו המשפטיות והאתיות של עורך הדין מוקדשת, רובה ככולה, לשלב שבו הוא כבר פועל עבור לקוחותיו, תוך זניחה כמעט מוחלטת של העיסוק בשלב המקדמי יותר של הליך בחירת הלקוחות. ההוראה הנורמטיבית היחידה העוסקת בשלב מקדמי זה מצויה בכלל מספר 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: "כללי האתיקה המקצועית")<sup>3</sup> המורה כי: "עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל ענין לטיפולו." הוראה כוללנית וגורפת זו, אשר לכאורה מעניקה לעורך הדין שיקול דעת מוחלט בבחירת לקוחותיו, מסויגת בשתי מגבלות: פרוצדורלית ומהותית. המגבלה הפרוצדורלית מצויה בהגדרתו של כלל 12 לכללי האתיקה המקצועית, ובמסגרתה נדרש עורך הדין להודיע ללקוחו הפוטנציאלי על הסירוב לייצגו "תוך זמן

<sup>1</sup> Daniel H. Pollitt, *Counsel for the Unpopular Cause: The "Hazard of Being Undone"*, 43 N.C.L. REV. 9, 17-18 (1964).

<sup>2</sup> דיון נרחב על אודות דיני האתיקה המקצועית בבחירת לקוחות בארצות-הברית ובאנגליה ראו בפרק ג' להלן. כמו כן, ראו, למשל, גם את דיני האתיקה המקצועית בסוגיה זו במדינות הבאות: קנדה – The Canadian Bar Association Code of Professional Conduct, ch. XIV (revised – 2006), ed., ניתן לצפייה בכתובת: [www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct06](http://www.cba.org/CBA/activities/pdf/codeofconduct06); אוסטרליה – Australian Bar Association Model Rules, rules 85-102 (2002) – ניתן לצפייה בכתובת: <http://austbar.asn.au/images/stories/PDFs/CurrentABAModelRules>; 2002.pdf – ניו-זילנד – Rules of Professional Conduct for Barristers and Solicitors, rule 1.02 (7th ed. 2006); [www.nz-lawsoc.org.nz/about/profcon1.htm](http://www.nz-lawsoc.org.nz/about/profcon1.htm); ניתן לצפייה בכתובת: דרום-אפריקה – General Council of the Bar of South Africa, Uniform Rules of Professional Conduct, rule 2.1, ניתן לצפייה בכתובת: [www.sabar.co.za/ethics\\_rules.pdf](http://www.sabar.co.za/ethics_rules.pdf).

(הכתובות נבדקו לאחרונה ב-5.2.2009).

<sup>3</sup> ק"ת 1373.

סביר".<sup>4</sup> המגבלה המהותית מצויה בהוראת כלל 14 לכללי האתיקה המקצועית ובמסגרתה מחויב עורך הדין לסרב לקבל על עצמו לייצג לקוח פוטנציאלי אם קבלת הייצוג עשויה להקים חשש לניגוד עניינים בשל עניין אישי של עורך הדין, בשל התחייבות או חובת נאמנות שיש לו כלפי אחר, בשל עומס עבודה או בשל סיבות דומות אחרות.<sup>5</sup>

הנה כי כן, דיני האתיקה המקצועית בישראל מותירים אפוא בידי עורך הדין שיקול דעת כמעט מוחלט בבחירת לקוחותיו. לבד משתי המגבלות האמורות, אין בנמצא אמות מידה נורמטיביות כלשהן – ולו בעלות אופי מכווין או מנחה בלבד – בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת האמור. במבט ראשון, אי-הסדרה פוזיטיבית בדבר טיבה ומהותה של אחריותו המקצועית של עורך הדין בשלב המקדמי של הליך בחירת לקוחותיו לכאורה אינה מעוררת כל קושי מיוחד, על אף היותה קשורה קשר הדוק לאפשרות מימושה של זכות הייצוג החוקתית.<sup>6</sup> משטר נורמטיבי של שיקול דעת רחב בבחירת לקוחות עולה בקנה אחד עם תפיסות יסוד דמוקרטיות-ליברליות בדבר חירות העיסוק, חירות הביטוי, כללי השוק המסחרי החופשי וחופש הבחירה המקצועי של עורך הדין, כאינדיבידואל, להחליט למי יעניק שירותיו.<sup>7</sup> לכך מצטרפת גם ההנחה המקובלת שלפיה כל לקוח פוטנציאלי ימצא, במוקדם או במאוחר, עורך דין אשר יהא מוכן ליטול על עצמו את מלאכת הייצוג, ולכן לעולם לא ייוותר אדם לא מיוצג בעל כורחו.<sup>8</sup> במילים אחרות, ההסתברות להתרחשות סיטואציה שבה יידחה אדם בידי כלל עורכי הדין הכשירים לייצגו, לרבות האחרון שבהם, הנה קלושה ביותר, ולמעשה אין זו אלא סיטואציה תאורטית גרידא אשר אין כל אפשרות ממשית להתרחשותה בחיי המעשה. כך, במיוחד במדינה דוגמת ישראל, שבה שיעור עורכי הדין לנפש הנו מן הגבוהים בעולם.<sup>9</sup>

4 שם.

5 שם. ראו עוד גבריאלי קלינג "ניגודי עניינים" הפרקליט – גיליון מיוחד לכבוד 25 שנה ללשכת עורכי הדין 75 (1987).

6 לעניין מעמדה החוקתי של זכות הייצוג ראו, בין היתר: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 761, 746 (2004); אהרן ברק פרשנות בחקיקה כך ג: פרשנות חוקתית 313 (1994); מנחם אלון "חוקי-היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 27, 37–38 (1996).

7 Abbe Smith, *Defending the Unpopular Down-Under*, 30 MELBOURNE U. L. REV. 495, 499 (2006); Maree Quinlivan, *The Cab Rank Rule: A Reappraisal of the Duty to Accept Clients*, 28 VICTORIA. U. WELLINGTON. L. REV. 113, 121–122 (1998); Leora Harpaz, *Compelled Lawyer Representation and the Free Speech Rights of Attorneys*, 20 W. NEW ENG. L. REV. 49, 71 (1998).

8 Terry Carter, *Sins of the Client: Disdain over Unpopular Causes often Brands Law Firms, Lawyers*, 87 A.B.A. J. 20, 22 (March, 2001).

9 נתונים בדבר שיעור עורכי הדין לנפש בישראל ראו אצל ליטל דוברוביטקי "עורך דין אחד על כל

אלא שבחינה נוספת של ההשלכות הנובעות מהיעדר הסדרת הליך בחירת הלקוחות מעלה קיומם של כמה קשיים מהותיים שמהם מתעלמות ההנמקות האמורות. ראשית, יכולתו של לקוח פוטנציאלי למצוא עורך דין אשר יאות לייצגו מושפעת במידה רבה מן היחס הציבורי כלפיו. בשעה שלקוחות אהודים או "רגילים" אינם צפויים להיתקל בקושי של ממש במציאת עורך דין, שונה הדבר כשמדובר בלקוחות לא פופולריים הנתונים להוקעה ולגינוי מצד הציבור בכללותו או מצד חלקים נרחבים ורבי-השפעה בתוכו – אם בשל אישיותם, אמונותיהם, מעשיהם בעבר או בהווה, מטרותיהם או היעדים שהם מקדמים.<sup>10</sup> לקוחות לא פופולריים, שלא ללקוחות אהודים או "רגילים", צפויים להיתקל בקשיים רבים יותר במציאת עורך דין אשר יאות לקבל על עצמו את מלאכת ייצוגם.<sup>11</sup> קשיים אלו נובעים מן העובדה כי עורכי דין מבקשים לא אחת להציב לעצמם אי אילו "קווים אדומים" באשר לזהות לקוחותיהם: יש שאינם מוכנים לשמש סנגורים לאנשים הנאשמים בעברות פליליות מסוימות, הנחשבות כבעלות חומרה מיוחדת (דוגמת רצח, אונס, סמים או עברות ביטחוניות); יש המסרבים להעניק סיוע משפטי למשתייכים לארגוני פשיעה; יש הנמנעים מייצוג גורמים המעורבים בפעילות המביאה לזיהום סביבתי או לפגיעה בעתיקות ובערכי טבע; ויש המסרבים לייצג אנשים החפצים בקידום מטרות ויעדים בעלי השפעה ערכית שלילית על הקהילה.<sup>12</sup> בהכללה, ניתן לומר כי סיבת הצבתם של כל אותם "קווים אדומים" בבחירת לקוחות עשויה להיות פנימית ו/או חיצונית: *הסיבה הפנימית* נעוצה בהחלטה אידאולוגית-עקרונית מצד עורך הדין שלא להעניק סיוע משפטי ללקוחות לא פופולריים, כביטוי להסתייגותו המוסרית ולהוקעתו האישית אותם;<sup>13</sup> ואילו *הסיבה החיצונית* נעוצה בהחלטה תועלתנית מצד עורך הדין שלא להעניק סיוע משפטי ללקוחות לא פופולריים, בשל החשש שיזוהה עמם על ידי הציבור (ובכלל זה לקוחותיו בהווה ולקוחותיו הפוטנציאליים העתידיים) העשוי שלא לחפוץ עוד בשירותיו עקב כך או בשל החשש שהייצוג יפגע במעמדו ובמעמד בני

190 אזרחים" **ידיעות אחרונות** 6.2.2007, 6.

<sup>10</sup> ראו הדיון בפרק הבא בדבר מאפייניו של הלקוח הלא פופולרי, לעומת לקוחות אהודים או "רגילים".

<sup>11</sup> קשיי מימוש זכות הייצוג הנדונים במאמר זה מכוונים בראש ובראשונה ללקוחות לא פופולריים שהנם בעלי אמצעים כלכליים מוגבלים, במידה כזו או אחרת, ועל כן טווח עורכי הדין הנגיש בעבורם גם הוא מוגבל מלכתחילה. לעניין לקוחות לא פופולריים בעלי מומן, הנחתי היא כי לקוחות אלה אמנם אינם צפויים לחוות קשיים ניכרים בהשגתו המהירה של ייצוג מיומן, אולם לא מן הנמנע כי מחמת היותם לא פופולריים, לא יעלה בידם להיות מיוצגים דווקא בידי עורך הדין המסוים שבו הם חפצים.

<sup>12</sup> ראו, למשל, משה גורלי "עורכי דין לא אהבים נאשמים לא פופולריים" **גלובס – השבוע** 10.4.1998, 64; שלומית לן "פה לשטן" **גלובס – כסף** 4.11.1999, 28.

<sup>13</sup> Smith, לעיל ה"ש 7, בעמ' 499.

משפחתו בקהילה וכן בשאיפותיו הלבר-משפטיות.<sup>14</sup> שנית, גם אם נכונה ההנחה הנזכרת לעיל, שלפיה כל הלקוחות הפוטנציאליים – לרבות אלו הלא פופולריים – ימצאו בסופו של דבר עורך דין אשר ייאזר לייצגם, הרי שיקול זה, שהנו בעל אופי פרגמטי במהותו, אינו יכול לשמש תחליף לצורך לספק מענה לסוגיה העקרונית-ערכית המתעוררת בהקשר זה, והיא: האם אכן ראוי להסתפק בהסדר נורמטיבי שאינו מעניק משקל כלשהו לאוטונומיית הרצון הפרטי של הלקוח הפוטנציאלי להיות מיוצג על ידי עורך דין לפי בחירתו<sup>15</sup> והנסמך על הנחה הסתברותית כי כל אדם הזקוק לעורך דין אכן יוכל בסופה של דרך – ארוכה ומפרכת ככל שתהא – למצוא פרקליט כלשהו (לאו דווקא מבין אלו שבהם חפץ מלכתחילה) אשר יסכים לייצגו; או שמא, לאור המונופול שממנו נהנים עורכי דין על הספקת שירותים משפטיים, נדרש הסדר אחר, נוקשה יותר, אשר אינו נסמך אך על השערות הסתברותיות ראליות כי אם על קביעות נורמטיביות מפורשות. שלישית, הותרת שיקול דעת מוחלט כמעט לגמרי בידי עורך הדין בבחירת זהות לקוחותיו, בלא קביעת כל אמות מידה שהן באשר לאופן הפעלתו – בין מנדטוריות ובין מכוונות – עשויה להוביל ליצירת אקלים חברתי שלילי, ביקורתי ואף עוין, כלפי אותם עורכי דין שנוטלים על עצמם את מלאכת ייצוגם של אנשים לא פופולריים.<sup>16</sup> השפעת זהות לקוחותיו של עורך הדין על טיב יחסה של החברה אליו מובילה לא אחת לרתיעתם של רבים מעורכי הדין מלהסכים ליטול על עצמם את מלאכת ייצוגם של לקוחות לא פופולריים, הן בשל הסיבה החיצונית והן בשל הסיבה הפנימית שתוארו לעיל. כמו כן, היחס החברתי השלילי האמור מוביל לרתיעתם של רבים מהמשפטנים הטובים והמוכשרים מלייעד עצמם, מלכתחילה, לתחום הסנגוריה הפלילית, שם קהל הלקוחות הפוטנציאליים, מעצם הגדרתו, הנו לא פופולרי.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Mary Sue Backus & Paul Marcus, *The Right to Counsel in Criminal Cases, A National Crisis*, 57 HASTINGS L.J. 1031, 1065 (2006).

<sup>15</sup> לעניין מעמדה החוקתי של אוטונומיית הרצון הפרטי של אדם ההחליט מי ייצגו בענייני המשפטיים ראו: בג"ץ 4330/93 גאננס נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד (4) 233, 221 (1996).

<sup>16</sup> דוגמה אופיינית לביטוי של אקלים חברתי זה, אנו יכולים לראות במאמר דעה שבו נמתחה ביקורת נוקבת על שלושת עורכי הדין שהסכימו לייצג את זאב רוזנשטיין בהליכים המשפטיים שניהל בישראל, על מנת לנסות ולמנוע את הסגרתו לארצות-הברית כדי לעמוד שם לדין פלילי בגין עברות סמים חמורות. הביקורת שנמתחה על אותם עורכי דין – כולם משפטנים בכירים ומוערכים הבאים משורות האקדמיה ופרקליטות המדינה – נסבה סביב הטענה כי רוזנשטיין לבטח לא היה נותר ללא ייצוג משפטי, גם אם היו השלושה מסרבים לייצגו וכי התגייסותם להגנתו שולחת מסר ציבורי ומוסרי בעייתי וגורעת מאמון הציבור במאבק בפשיעה. ראו: מתי גולן "כל פרקליטי רוזנשטיין" **גלובס** – הערב 19.5.2005, 4.

<sup>17</sup> Smith, לעיל ה"ש 7, בעמ' 499.

שלושת השיקולים האמורים הם שהובילו את מרבית מדינות המערב הדמוקרטיות לכדי קביעת הסדרה נורמטיבית – לעתים מנדטורית ולעתים מכווניה – של אחריותו המקצועית של עורך הדין בקבלת לקוחותיו בכלל ובקבלת לקוחות לא פופולריים בפרט. ברם, מדינת ישראל, כאמור, בחרה עד כה ללכת בדרך שונה של הענקת שיקול דעת רחב לעורכי דין בבחירת לקוחותיהם, בלא קביעת אמות מידה כלשהן – כופות או למצער מנחות – באשר לאופן הפעלתו של שיקול הדעת האמור. נוכח אי־הסדרתה של סוגיה חשובה זו בישראל, כמו גם היעדרו המוחלט כמעט של דיון משפטי, אתי וציבורי על אודותיה, יבקש מאמר זה לבחון מהו ההסדר הנורמטיבי הראוי לאחריותו המקצועית של עורך הדין בקבלת לקוחותיו; הסדר אשר המציאות מלמדת כי עיקר נפקותו היא בעת שמדובר בלקוחות פוטנציאליים לא פופולריים.

פרק א' יוקדש לסיווג לקוחותיו של עורך הדין – אהודים, נורמטיביים ולא פופולריים – ולבחינת התגובה יוצאת הדופן (לשליה) של הציבור בכלל, ושל קהיליית המשפטנים בפרט, כלפי אותם עורכי דין הנוטלים על עצמם את מלאכת ייצוגם של אנשים לא פופולריים. בפרק ב' אבקש להתחקות אחר שורשיה של תגובה שלילית זו ולהציע לראותה כנובעת מ**פעולת הייצוג**, העומדת ביסוד עבודתו המקצועית של עורך הדין. עורך הדין, שלא כבעלי מקצוע אחרים, אינו פועל עבור לקוחותיו מעמדה חיצונית ומרוחקת, כי אם מייצג אותם: קרי לכאורה נכנס בנעליהם; בעיותיהם המשפטיות הופכות לבעיותיו "שלו"; ומנקודת מבט פנימית זו, הוא מבקש להביא להם פתרון אופטימלי. לפיכך, הגם שעיסוקים רבים עשויים ליצור התנגשות בין נורמות מוסר מקצועיות מחד, לבין נורמות מוסר חברתיות ואינדיבידואליות מאידך, הרי רק עורך הדין הוא אשר נתפס כ"**מתאחד**" עם לקוחותיו כפועל יוצא של פעולת הייצוג, ועל כן רק הוא אשר צפוי להיות נתון לגינוי ציבורי בגין בחירת לקוחותיו, משנוצרת התנגשות מוסרית זו בפועל. לאור מסקנה זו, אמשיך ואבחן אם ראוי לראות בפעולת הייצוג כמובילה בהכרח להטלת אחריות מוסרית על עורך הדין בגין זהות הלקוחות שבחר לייצג. בהקשר זה תוצגנה שתי גישות מוסריות-אידיאולוגיות אפשריות: האחת מצדדת בזהות עורך הדין עם לקוחותיו ורואה בבחירת לקוחות כהכרעה ערכית, ואילו השנייה מצדדת דווקא בעריכת הפרדה דיכוטומית ברורה בין עורך הדין ללקוחותיו ורואה בבחירת לקוחות כהכרעה א-מוסרית. על רקע התשתית העיונית שנפרסה בפרקים הקודמים, אציג בפרק ג' ואבחן שלוש צורות הסדרה נורמטיביות שונות: מזו הנוהגת בארצנו, והכוונה היא (א) לדוקטרינת ההנחיה האתית הנוהגת בארצות-הברית, שלפיה לעורך הדין מוקנה שיקול דעת בבחירת זהות לקוחותיו, תוך קביעת כללים אתיים מנחים באשר לאופן הפעלתו הראוי של שיקול הדעת; (ב) לדוקטרינת החובה המשפטית הנוהגת באנגליה באשר ל-Barristers, שלפיה על עורך הדין מוטלת חובה משפטית (בכפוף לחריגים) להסכים לייצג, בתחומי עיסוקו, כל לקוח פוטנציאלי המבקש לשכור שירותיו; ו-(ג) לדוקטרינה המשולבת הנוהגת באנגליה

באשר ל-Solicitors, הנמצאת בתווך בין שני המודלים האמורים ולפיה נהנים ה-Solicitors באופן עקרוני משיקול דעת בבחירת לקוחותיהם, אולם הם מנועים מלסרב לייצג אדם מטעמים הנעוצים בהפליה אסורה וכן הם מנועים מלסרב לייצגו בהליכי לייטגציה בפני בית המשפט בשל הסתייגות אישית או ציבורית מהתנהגותו, מדעותיו, מאמונותיו או מיעדיו. בפרק ד' אבחן את סוגיית בחירת הלקוחות בראי העימות הנוצר בעטיה בין נאמנותו של עורך הדין לבית המשפט ולחברה לבין נאמנותו לאינטרסים שלו עצמו וכן אבקש להציע הסדרה נורמטיבית מתאימה וראויה יותר לקבלת לקוחות בישראל, מאשר זו הקיימת כיום במסגרת כלל 12 לכללי האתיקה המקצועית. בפרק הסיום אציג ואסכם את מסקנותיו של הדיון האמור.

## ב. קווים לדמותו של הלקוח הלא פופולרי והיחס הציבורי כלפי עורכי דינו

### 1. זהות לקוחותיו של עורך הדין: הגדרות ומאפיינים

ציבור לקוחותיו הפוטנציאליים של עורך הדין אינו עשוי מקשה אחת. לא הרי אדם המבקש להסתייע בעורך דין בתבעו משמורת על ילדיו כנאשם המבקש להסתייע בשירותיו במשפט רצח; ולא הרי תאגיד הנזקק ליעוץ משפטי לשם עריכת עסקה חוזית שגרתית כתאגיד הנזקק ליעוץ משפטי לשם השגת היתרים לביצוע פעולות הכרוכות בפגיעה בערכי טבע או בהרס עתיקות.

את לקוחותיו של עורך הדין ניתן לחלק, בהכללה, לשלוש קטגוריות, הגם שאין מדובר, כמובן, בתחילה דיכוטומית נוקשה כי אם בקו רציף: **הקטגוריה הראשונה** כוללת לקוחות אהודים הנהנים מסימפטיה – בעצמות שונות, בהתאם לנסיבות עניינם – מצד הציבור בכללותו או מצד חלקים נרחבים ורבי השפעה בתוכו – אם בשל אישיותם, אמונותיהם, מעשיהם, מטרותיהם או היעדים שהם חפצים לקדם באמצעות המשפט. **הקטגוריה השנייה** כוללת לקוחות נורמטיביים "רגילים", שעניינם המשפטי אינו כזה המעורר עניין חברתי של ממש ועל כן הם זוכים לאמפטיה ציבורית.<sup>18</sup> **הקטגוריה השלישית**, השיווית על פי טיבה, כוללת לקוחות לא פופולריים, הסובלים מהוקעה וגינוי ציבוריים.

כאמור, הקווים המגדירים את גבולות האטרקטיביות, הנורמטיביות וחוסר הפופולריות אינם חד-משמעיים, שכן מהות מושגים אלה נקבעת הן לאור ערכים חברתיים ותרבותיים קולקטיביים והן לאור ערכי מוסר אינדיבידואליים של כל פרט

<sup>18</sup> אלא אם כן מצוין במפורש אחרת, למושג "ציבור" ברשימה זו יש ליתן את המשמעות האמורה בקטגוריה הראשונה – קרי, החברה בכללותה או חלקים נרחבים ורבי השפעה בתוכה.

בחברה. מושגים אלה נמנים אפוא עם אותם מונחים אמורפיים אשר לכל חברה בכלל ולכל אדם בפרט, הבנה ייחודית של משמעותם, ועל כן הם נעדרים הגדרה אנליטית אחידה המשרטטת בבירור את תחומי פרישתם. דיון ציבורי-חברתי-מוסרי על מערכות הערכים והנורמות שלפיהן ראוי להגדיר את מאפייני המשתייכים לכל אחת מן הקטגוריות הנ"ל חורג מגבולותיה של רשימה משפטית זו, ולכן אסתפק עתה אך בשרטוט אותם קווים מנחים – אשר הקונצנזוס בכל חברה מערבית-דמוקרטית הוא כי הנכנסים בגדרם הנם בבחינת אנשים "אהודים", "נורמטיביים" או "לא פופולריים" – תוך התמקדות מיוחדת במאפייני חוסר הפופולריות. כך, ארגונים או יחידים הפועלים לקידום מטרות ציבוריות וחברתיות, מתוך תפיסתם את המשפט כאמצעי לקידום צדק, טוהר מידות ושוויון חברתי וציבורי, נתפסים כלקוחות אהודים על החברה. בדומה, מרבית ההליכים המשפטיים האזרחיים – למעט אלה המעוררים אנטגוניזם ציבורי, כפי שיפורט להלן – המנוהלים בין כותלי בית המשפט או מחוצה לו (כדוגמת תביעות בעניינים מסחריים, פיננסיים וטכנולוגיים; סכסוכי מעמד אישי), מתקבלים בקרב הציבור בשוויון נפש, ועל כן נתפסים המעורבים בהם כלקוחות נורמטיביים "רגילים". כאן אנו מגיעים אל הקטגוריה השלישית, השיורית, הכוללת לקוחות לא פופולריים, שניתן לאפיין על פי שלושה קריטריונים חלופיים.<sup>19</sup>

**הקריטריון הראשון**, עניינו בחוסר פופולריות הנובע ממעשי הלקוח. הסיטואציה השכיחה ביותר בהקשר זה היא זו שבה מעורב הלקוח בהליך פלילי – כחשוד, כנאשם או כמעורר על הרשעתו בדיון. מכיוון שבבסיס הנורמות העונשיות ניצבים ערכים חברתיים מוגנים,<sup>20</sup> הרי עצם ייחוס הפרתם לו – קרי, החשדתו, האשמתו או הרשעתו כאחראי לביצוע מעשים אנטי-חברתיים – מביא להיותו בלתי פופולרי. ואולם מידת חוסר הפופולריות מושפעת מטיב הנורמה המופרת, הן משום שלא לכל הערכים המוגנים מידת חשיבות זהה, הן משום שניתן לפגוע בערך המוגן בדרגות חומרה שונות, הן משום שהיסוד הנפשי של העושה משליך על מידת האשם הדבקה בו והן משום שנסיבות ביצוע העברה משתנות ממקרה למקרה.<sup>21</sup> כך, למשל, לא הרי עצמת הגינוי החברתי המכוונת כלפי חבר ארגון פשיעה הנאשם ברצח יריבו מן הארגון המתחרה או כלפי אדם הרוצח ממניעי קנאה, נקם או תאוות בצע, כהרי עצמת הגינוי המכוונת כלפי אב הנאשם ברצח בתו הפעוטה<sup>22</sup> או כלפי טרוריסט הרוצח מתוך מניע

<sup>19</sup> ראו: Charles W. Wolfram, *A Lawyer's Duty to Represent Clients, Repugnant and Otherwise*, in *THE GOOD LAWYER: LAWYERS' ROLES AND LAWYERS' ETHICS* 214, 225–226 (David J. Luban ed., 1983).

<sup>20</sup> ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 117 (1984).

<sup>21</sup> שם, בעמ' 724–729; מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109, 111 (1996).

<sup>22</sup> מיכל קפרא "ציר הרשע" **מעריב** 13.12.2002, 15.



לאומני-אידאולוגי;<sup>23</sup> שכן התרבות הדמוקרטית-ליברלית מוקיעה ביתר חומרה פשעים המבוצעים בנסיבות מן הסוג השני.

יש, עם זאת, לתת את הדעת לכך כי ישנם מקרים הבאים, לכאורה, בגדר קטגוריה זו של חוסר פופולריות, אולם עקב נסיבותיהם יוצאות הדופן, תגובת הציבור כלפי האדם שהפרת הנורמה מיוחסת לו הנה אפאטית ולעתים אף סימפטית. כזהו המצב, למשל, כשאישה נאשמת ברצח בעל שהתעלל בגופה ובנפשה משך עשרות בשנים או כשמדובר באיש ציבור אהוד הממשיך לזכות בתמיכה על אף האשמות פליליות המיוחסות לו. מקרים מעין אלה אינם מעוררים, כמובן, את הבעיות האתיות, המוסריות והמשפטיות הייחודיות הכרוכות בייצוג אדם לא פופולרי, ועל כן מן הראוי לבחנם במסגרת אחת משתי הקטגוריות הקודמות, בהתאם לנסיבות העניין.

לבד מחוסר פופולריות שיסודו במעשים אנטי-חברתיים שביצע אדם בעבר ושבגינם הפך מושא להוקעה ציבורית בהווה, תיתכנה סיטואציות נוספות לחוסר פופולריות הנובע ממעשי הלקוח, שביניהן ניתן למנות את הסיטואציה המניעתית – קרי, מקרים שבהם מושם אדם במעצר מנהלי בלא משפט בשל החשש שאילו לא תוגבל חירותו, יבצע בעתיד מעשים אנטי-חברתיים העלולים לפגוע בביטחון המדינה או בביטחון הציבור.<sup>24</sup> סיטואציה אפשרית נוספת היא זו של ניהול הליכים משפטיים נגד תאגידים וארגונים, אשר פוגעים במהלך עיסוקיהם ברווחת הציבור, והופכים עקב כך לבלתי פופולריים. הדוגמאות לכך רבות ומגוונות וכוללות, בין השאר, מזהמים סביבתיים, חברות טבק, ניצול עובדים והפליה במקום העבודה.<sup>25</sup>

**הקריטריון השני**, עניינו בחוסר פופולריות הנובע מאידאולוגיית הלקוח. חוסר פופולריות מטעמים אידאולוגיים יכול שיהא אוניברסלי-תמידי או מקומי וזמני. בגדר הראשון באים אנשים שהשקפת עולמם סותרת מוסכמות יסוד אוניברסליות של חברה מערבית-דמוקרטית בכל זמן נתון, ואילו בגדר השני באים אנשים שאמונותיהם

<sup>23</sup> EMANUEL GROSS, THE STRUGGLE OF DEMOCRACY AGAINST TERRORISM: LESSONS FROM THE UNITED STATES THE UNITED KINGDOM AND ISRAEL 11–13 (2006); בועז סנג'ור "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" **עלי משפט** ב 127, 185–191 (2002).

<sup>24</sup> ראו חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט–1979, ס"ח 930.

<sup>25</sup> W. Bradley Wendel, *Institutional and Individual Justification in Legal Ethics: The Problem of Client Selection*, 34 HOFSTRA L. REV. 987, 996 (2006). יצוין כי ישנם סכסוכים רבים אשר אינם נופלים אמנם בגדר סיטואציה זו, שכן במעשי אחד הצדדים אין כדי לפגוע ברווחת הציבור, אך עם זאת מעשיו עומדים בסתירה לנורמות הערכיות הנהוגות בחברה – עובדה אשר "מזכה" אותו בחוסר פופולריות יחסי לעומת הצד שכנגד. כזהו, למשל, המצב כשמבקש משכיר דירה לפנות שוכר שלא עמד בחיוביו החוזיים עקב טרגדיה אישית או חולי פתאומי שפקדו אותו. חשיבות סיטואציה זו זניחה לעומת האחרות הנזכרות לעיל, שכן מעוררת היא את מגוון הדילמות האתיות, המוסריות והמשפטיות הייחודיות הכרוכות בייצוג אדם לא פופולרי אך במידה מעטה. עם זאת – למען שלמות התמונה – מצאתי לנכון להציגה.

מנוגדות למוסכמותיה של חברה מסוימת (חוסר פופולריות "מקומי") ו/או לתקופת זמן נתונה (חוסר פופולריות "זמני"). כך, למשל, בעלי אידאולוגיה נאציסטית או פשיסטית או אנשים הרואים בטרור אמצעי לגיטימי להשגת יעדים פוליטיים יוקעו בידי כל חברה דמוקרטית, בכל זמן נתון. מאפייניו האידאולוגיים של הלוקח הלא פופולרי ה"מקומי" וה"זמני", לעומת זאת, קשים הרבה יותר לאפיון והגדרה, בהיותם – מעצם הגדרתם – תלויי מקום וזמן. דוגמה מאלפת הממחישה זאת מוצאים אנו במקרה שאירע לאריאל שרון, ראש ממשלת ישראל לשעבר, בתחילת שנות ה-80 של המאה הקודמת, בעת שהוקמה ועדת החקירה לאירועי סברה ושתילה. שרון, ששימש באותם ימים כשר ביטחון, היה אחד ממזוהרי הוועדה ולכן נאלץ לחפש עורך דין שייצגו בפניה. אלא שבעת ההיא, זמן קצר לאחר מבצע שלום-הגליל, הייתה הביקורת הציבורית נגדו רחבה, עזה ונוקבת. הלוקח הפוטנציאלי שרון, שמצא עצמו מנודה ומבודד, פנה לעורכי דין רבים – אחדים מהם מכריו – בבקשה שייצגוהו בפני הוועדה; אולם איש מהם לא נענה לבקשתו. כשלבסוף עלה בידו למצוא עורך דין שהסכים להגן עליו, שכח הלה להגיע ליום הדיונים הראשון.<sup>26</sup> עם השנים חלו כידוע תמורות במעמדו הציבורי של שרון, ובשיאן הוא אף נבחר לתפקיד ראש ממשלת ישראל.

**הקריטריון השלישי של חוסר הפופולריות נבדל מן השניים הקודמים, שכן עניינו באדם אשר בעבר או בהווה בא בגדר אחד משני סוגי חוסר הפופולריות שתוארו לעיל (חוסר פופולריות בשל מעשים או אידאולוגיה), אולם כעת מצוי הוא בהליך משפטי שכלל אינו נוגע למקרה שבגיניו הפך בלתי פופולרי, ואשר כשלעצמו, היה מביא**

<sup>26</sup> בן כספית "במרחק נגיעה" **מעריב** – **מוסף שבת** 6.1.2006, 2. שתי דוגמאות מרתקות נוספות לחוסר פופולריות "מקומי" ו"זמני" ראויות לציון מיוחד. הראשונה, עניינה ביחס ההיסטורי של האוכלוסייה הלבנה בארצות-הברית לאזרחים השחורים. עוד מראשית המאה ה-18, עת הובאו לארצות-הברית תושבים אפריקנים על מנת לעבוד במטעי הכותנה ובשדות הטבק של מושבות דרום המדינה, החזיקו מרבית האמריקנים הלבנים בראייה סטריאוטיפית על אודות ציבור זה, שלפיה הם האחראים למרבית מעשי הפשיעה נגד האוכלוסייה האמריקנית הלבנה. רק לאחר קביעת איסור בחוק על סחר בעבדים, מלחמת אזרחים עקובה מדם לשחרור האזרחים השחורים מעבדותם ומאמצים משפטיים, חינוכיים ותרבותיים מתמשכים לקידום זכויותיה של האוכלוסייה השחורה ושילובה בקרב החברה הלבנה, נחלשה במידה ניכרת התפיסה הסטריאוטיפית, ודווקא הגזענים שהמשיכו לדבוק בה – כגון חברי ארגון ה-Ku Klux Klan – הם שהפכו נתונים להוקעה ציבורית. ראו: DAVID M. CHALMERS, HOODED AMERICANISM: THE HISTORY OF THE KU KLUX KLAN (1981); David B. Wilkins, *Race, Ethics, and the First Amendment: Should a Black Lawyer Represent the Ku Klux Klan?*, 63 GEO. WASH. L. REV. 1030 (1995). הדוגמה השנייה לחוסר פופולריות "מקומי" ו"זמני" התרחשה בתקופת המלחמה הקרה, בעת שהממשל האמריקני רדף את אזרחי הקומוניסטים כדי להעמידם לדין, שכן ראה בהשקפת עולמם משום אידאולוגיה חתרנית המאיימת על המשך קיום המשטר הדמוקרטי-קפיטליסטי. ראו ישראל זינגרוב וזאב בויס **ההיסטוריה של ארצות-הברית בשנות המלחמה הקרה – עידן טרומן 1945–1952** כרך א 150 (1998). דיון נרחב על אודות היחס הציבורי שזכו לו אותה עת עורכי דינם של אנשים אלה ראו בפרק א.2 להלן.

לסיווגו כלקוח אהוד או למצער, נורמטיבי. בסיטואציות מעין אלה, יש שחוסר פופולריות עקב מאורע קודם או מקביל מקרין – בעצמה רבה יותר או פחות, לפי נסיבות העניין – על המקרה הנוכחי, כך שגם בו ייחשב הפרט כבלתי פופולרי.<sup>27</sup> זהו, למשל, המקרה כשאדם המחזיק באידאולוגיה נאציסטית או פשיסטית נזקק לעורך דין שייצגו בענייני מעמד אישי. אלו הם, בהכללה, מאפייניו האפשריים של הלקוח הפוטנציאלי הלא פופולרי. כעת, אפנה לבחינת הפן המשלים של סוגיה זו, והוא – יחס הציבור כלפי עורכי דין אשר נטלו על עצמם את מלאכת ייצוגם של אנשים לא פופולריים.

## 2. יחס הציבור אל עורכי דין המייצגים לקוחות לא פופולריים

ביטוייה של הוקעה או סלידה חברתית מאדם לא פופולרי מכוונים, לעתים, לא רק כלפיו, כי אם גם כלפי קרובי משפחתו, חבריו, בני קהילתו, דתו או לאומו, והחשוב לעניינינו – עורכי דינו, ההופכים לא אחת מושא לביקורות ולגינויים מקצועיים ואישיים, על כי הסכימו לייצג בפני החוק את דעותיו, אמונותיו, רצונותיו, יעדיו, מטרותיו או מעשיו של אדם אנטי-חברתי בעליל, ולמצער, שנוי במחלוקת.<sup>28</sup> ביקורות וגינויים אלו יכול שיבואו הן מקרב הציבור הרחב בכלל והן מקרב ציבור המשפטנים בפרט.

### 2.1 ביקורות וגינויים מצד קהיליית המשפטנים

הימצאות בבעיה משפטית אינה אחד ממצבי החיים השגרתיים בעבור מרבית האנשים, ועל כן היא נוטה לגבות מן הפרט משאבים נפשיים רבים. לא אחת, הוא חש בדידות וחוסר ביטחון בהיכנסו אל העולם המשפטי, שאת שפתו אין הוא דובר ואת חוקיו אין הוא מכיר.<sup>29</sup> גם אדם יודע דין עשוי להתקשות מאוד לייצג עצמו ביעילות ולעשות שימוש מושכל בדיעותיו ובניסיונו, בעת שחירויותיו וזכויותיו מוטלות על הכף; ועל אחת כמה וכמה כך הדבר כשמדובר בהדיוט בתחום המשפט.<sup>30</sup> במצב דברים זה, רואה הפרט בעורך דינו את "חברו המשפטי" הנחלץ לעזרתו בשעת מצוקה, כדי

<sup>27</sup> Wolfram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 226.

<sup>28</sup> Barbara Allen Babcock, *Defending the Guilty*, 32 CLEV. ST. L. REV. 175, 181 (1983); J. Soffiyah Elijah, *The Reality of Political Prisoners in the United States: What September 11 Taught Us About Defending Them*, 18 HARV. BLACKLETTER L. J. 129, 133 (2002).

<sup>29</sup> ראו חיים כהן "על זכויות הנאשם" הפרקליט כו 42, 45–46 (1970).

<sup>30</sup> בג"ץ 515/74 פלוני נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, פ"ד כט(2) 169, 174–175 (1975); קנת מן "ביקורת שיפוטית וערכי יסוד בהליך הפלילי: זכות הייצוג במשפט האמריקני ופיתוח המשפט הישראלי" עיוני משפט יג 557, 588 (1988).

לפעול בנאמנות ובמסירות להגנת האינטרסים שלו.<sup>31</sup> מי אם לא המשפטן מצופה להבין את חשיבותו הרבה של ייצוג ראוי ומיומן לעשיית משפט צדק. על כן קשה שלא לתמוה לפשרם של ביטויי תוכחה וביקורת הבאים דווקא מצד קהיליית המשפטנים כלפי עורכי דין שבחרו לייצג אנשים לא פופולריים.<sup>32</sup> ואולם ההיסטוריה מלמדת כי ביקורות אלה אינן דבר כה נדיר וחריג, כפי שלכאורה היה עליהן להיות. דוגמה מרתקת במיוחד אנו מוצאים באופן התנהלותה של לשכת עורכי הדין האמריקנית – ה-American Bar Association (להלן: ABA) – בתקופת המלחמה הקרה.<sup>33</sup> הנהגת הלשכה בתקופה זו החזיקה באידאולוגיה פוליטית קונפורמיסטית-פטריוטית, אשר הניעה אותה לפעול בתקיפות למען הטמעת השקפת עולם אנטי-קומוניסטית בתוך ערכי הפרופסיה המשפטית. ברם, עם חברי הלשכה נמנו גם עורכי דין ליברלים, שתפסו את תפקידם המשפטי כמקום חובה מקצועית לייצג כל אדם שחירויותיו וזכויותיו בסכנה, ללא קשר לטיב מעשיו או דעותיו. בהתאם לרוח התקופה, ראתה הנהגת הלשכה בעורכי דין אלה כמי שמסייעים לקידומן של אידאולוגיות פוליטיות חתרניות המאיימת על יציבות המשטר. עמדה זו קיבלה ביטוי ברור בדברי שר המשפטים דאז, Tom Clark, בנאום שנשא בשנת 1946 בפני חברי לשכת עורכי הדין בשיקגו ובו גינה את אותם עורכי דין על נכונותם לעשות שימוש בכל האמצעים המשפטיים האפשריים לטובת לקוחותיהם החתרניים וקרא ללשכות עורכי הדין המדינתיות לפתוח את "מחסן הכלים המשפטי" ולהוציא ממנו "כלי תוכחה" כנגדם.<sup>34</sup> ואמנם כך נעשה. תחילה, היו אלה כלי תוכחה רטוריים בלבד, אשר כללו מאמרים נוקבים שהטיחו בעורכי הדין הליברלים כי מחויבותם האידאולוגית לזכויות הפרט פוגמת בהבנתם את חומרת האיום הקומוניסטי. בכנס ה-ABA השנתי של 1948 נתקבלה החלטה כי כל עורך דין המעניק סיוע משפטי לתומכי הקומוניזם אינו ראוי להיות חבר בלשכה. בשנת 1950 אף ביקשה הלשכה לחייב את כל עורכי הדין בשבועת נאמנות אנטי-קומוניסטית, אולם יזמה סימבולית זו, בניגוד לאחרות,

31 Charles Fried, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L.J. 1060, 1071 (1976)

32 Lee A. Casey & David B. Rivkin Jr., *Devil's Advocates* (נבדק לאחרונה ב-5.2.2009). [www.hoover.org/publications/policyreview/3461701.html](http://www.hoover.org/publications/policyreview/3461701.html)

33 JEROLD S. AUERBACH, *UNEQUAL JUSTICE: LAWYERS AND SOCIAL CHANGE IN MODERN AMERICA* 231–262 (1977)

34 Tom C. Clark, *Civil Rights: The Boundless Responsibility of Lawyers*, 32 A.B.A. J. 453, 457 (1946) ("I do not think there is anyone more subject to censure in our profession than the revolutionary who enters our ranks, takes the solemn oath of our calling, and then uses every device in the legal category to further the interests of those who would destroy our government [...], I do believe that our bar associations, with a strong hand, should take those too brilliant brothers of ours to the legal woodshed for a definite and well-deserved admonition")

לא יצאה בסופו של דבר אל הפועל. ככל שהתערערו יחסי ארצות-הברית עם ברית-המועצות, סברו מנהיגי הלשכה כי בכלי התוכחה הרטוריים אין די, ועל כן הוחרפו האמצעים. רבים מעורכי הדין שייצגו לקוחות אשר נחשדו בתמיכה בקומוניזם הועמדו לדין משמעתי בגין התנהגות שאינה הולמת וספגו סנקציות בדרגות חומרה שונות, לרבות שלילת רישיונם והרחקתם, לפרקי זמן ממושכים, מחברות בלשכות המדינתיות. אחדים מעורכי הדין אף הועמדו לדין פלילי, הורשעו ונשלחו למאסר במשפטים שצביעוניהם היה פוליטי הרבה יותר משיפוטי.<sup>35</sup> רבות מהלשכות המדינתיות אף סירבו להעניק רישיון עריכת דין למועמדים שנחשדו בהיעדר קונפורמיות. בשל כל אלה, רק מעטים מעורכי הדין הליברלים היו מוכנים לשאת בתוצאות האישיות והמקצועיות הקשות שנלוו לייצוג הלקוח הקומוניסט. גם אותם מתי מעט שהעזו ולקחו על עצמם את מלאכת הייצוג, ניצבו כעבור זמן לא רב בפני קושי זהה במציאת עורך דין, עת הפכו הם עצמם מושא להליכים פליליים ומשמעתיים בשל בחירתם לייצג את הלקוח הקומוניסט.

דוגמה מרתקת נוספת לביקורות ולגינויים כלפי עורכי דין שבחרו לייצג לקוחות לא פופולריים אנו מוצאים בוויכוח בין שני אנשי האקדמיה האמריקנים – פרופ' מונרו פרידמן ופרופ' מייקל טיגר – שנסב סביב החלטתו של האחרון לייצג, פרו בונו, את ג'והן דמיאניוק בהליכים משפטיים שניהל בארצות-הברית על מנת להביא לביטולם של פסקי הדין שבהם נשללה אזרחותו האמריקנית והותרה הסגרתו לישראל לשם העמדתו לדין. דמיאניוק ביקש לנהל הליכים אלה משום שהוברר כי משרד המשפטים האמריקני נמנע שלא כדין מגילוי ראיות מהותיות שהיה בהן כדי לתמוך בטענותיו. מונרו פרידמן, בן הדת היהודית ומי שהיה עד אותה עת חברו הטוב של מייקל טיגר, פרסם מאמר עיתונאי חריף אשר נשא את הכותרת המתריסה: "Must You Be the Devil's Advocate?", ובו דיבר בצורך לראות בעורכי דין אחראים מוסרית לזהות לקוחותיהם ואף האשים את טיגר בחוסר יושרה מוסרית בשל בחירתו לייצג את דמיאניוק.<sup>36</sup> במאמר תגובה חריף ונוקב לא פחות,<sup>37</sup> שבו התייחס לחברותו עם מונרו פרידמן בלשון עבר, כתב טיגר כי מאמרו של הלה אינו יותר מהצגת דברים מוטעית ומגמתית. טיגר התייחס בביטול לטענת מונרו פרידמן, שלפיה

<sup>35</sup> ראו גם: CEDRIC BELFRAGE, THE AMERICAN INQUISITION 1945–1960, 143 (1973).  
<sup>36</sup> Monroe H. Freedman, *Must You Be the Devil's Advocate?* LEGAL TIMES (Aug. 23, 1993) in NATHAN M. CRYSTAL, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY – PROBLEMS OF Freedman, *Devil's Advocate*, PRACTICE AND THE PROFESSION 630 (1996). (המאמר להלן: NATHAN M. CRYSTAL, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY: דיון נרחב בשאלת אחריותם המוסרית של עורכי דין לזהות לקוחותיהם ראו להלן בפרק הבא.  
<sup>37</sup> Michael E. Tigar, *Setting the Record Straight on the Defense of John Demjanjuk*, LEGAL TIMES, (September 6, 1993) in NATHAN M. CRYSTAL, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY. שם, בעמ' 634 (להלן: Tigar, *Setting the Record Straight*).

יש לראות בעורכי דין אחראים מוסרית לזהות לקוחותיהם. הוא ראה בה משום ניסיון להמציא יש מאין כלל אתי חדש והרסני החותר תחת הזכות השוויונית לייצוג ומזמין התנכלויות, התקפות וביקורות על עורכי דין המייצגים לקוחות לא פופולריים. מונרו פרידמן לא אמר נואש, ובניסיון לשכנע בצדקת דעותיו כתב מאמר נוסף – הפעם אמנם מתון ופייסני הרבה יותר מקודמו (תוך שהוא מתעקש להמשיך ולהתייחס בזמן הווה לחברותו עם מייקל טיגר) – ובו חזר והדגיש את הצורך בהטלת אחריות חברתית-מוסרית על עורכי דין לזהות לקוחותיהם.<sup>38</sup>

## 2.2 ביקורות וגינויים מצד הציבור הרחב

לכאורה, לא רק קהיליית המשפטנים מצופה הייתה שלא לתקוף עורכי דין בגין זהות לקוחותיהם כי אם גם הציבור הרחב. אחת מאבני היסוד של עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית היא כי האמת והשקר, החפות והאשמה, עניינים הם לבית המשפט לענות בהם, בתום הליך הוגן וראוי; ולייצוג בעלי הדין בידי עורכי דין מיומנים תרומה חיונית לעשייתו של משפט צדק. הדברים נכונים ביתר שאת בעת שמדובר ב"מקרים קשים" שבהם מעורבים לקוחות לא פופולריים במיוחד, שעניינם כרוך בהתנהגויות אנטי-חברתיות חמורות ביותר, שהרי דווקא מקרים אלה הם המעמידים בפני מערכת המשפט את האתגר הקשה והחשוב מכול בעשיית משפט צדק.<sup>39</sup> הציבור הרחב הוא אשר לכאורה צריך היה להוקיר את אותם עורכי דין על שנטלו על עצמם את מלאכת הייצוג גם באותם "מקרים קשים", שכן עשיית משפט צדק עם כל אדם – ללא קשר למעשיו ולדעותיו – הנה אינטרס של החברה בכללותה. אלא שבניגוד לרציונל זה, מעדיפה לעתים דעת הקהל את משפט השדה – זה שתוצאותיו אינן כרוכות בדקדוקי פרוצדורה ובהסתמכות על ראיות – ועל כן מפנה כלפי עורכי דינו של הלקוח הלא

38 Monroe H. Freedman, *The Morality of Lawyering*, LEGAL TIMES (September 20, 1993) in NATHAN M. CRYSTAL, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY 637 (להלן: Freedman, *The Morality of Lawyering*).

39 משה גורלי "הבנאליות של הרוע" **גלובס – הערב** 18.7.2001, 67 ("המבחן האמיתי לנאורותה של מדינה ולשיטת משפטה, הוא במקרים כמו של... רוצח שהקונצנזוס הציבורי דורש נמרצות לראותו מתנודד על חבל התלייה, כאן ועכשיו, בלי משפט, ורצוי בשידור חי. דווקא אז, ההתעקשות על דקדוקי משפט, על טוהר ההליך, על זכות הטיעון, מקבלים את מלוא משמעותם. דווקא במקרים הקשים האלה של פשע נעדר פשר, מלבד אולי התגלות הרוע המזוקק והאולטימטיבי באדם, יש חשיבות מיוחדת לביורוקרטיה המשפטית היגעה הזו, שמקפידה על כל תו ותג בדרך המסורבלת אל גזירת הדין. ולו בגלל הסיבה העניינית: ככל שהפשע נורא יותר, כך חובת ביורו הלכי הנפש ושפיותה נחוצים יותר. הליניץ' הוא תמיד הפתרון הקל יותר"); Gary Tippet, *Counsel for the Condemned*, THE AGE (Melbourne), (Nov. 26, 2005) www.theage.com.au/news/national/counsel-for-the-condemned/2005/11/25/1132703376895.html (נבדק לאחרונה ב-5.2.2009).

פופולרי מגוון ביטויי גינוי ותוכחה.<sup>40</sup> ככלל, ניתן לחלק את קשת אמצעי הביקורת הציבורית לשלושה מישורים.

**מישור הביקורת הראשון**, שהנו גם השכיח ביותר, הוא מישור הרטוריקה הביקורתית. כך, למשל, זכורים היטב שלל הגינויים שהופנו כלפי עורך הדין יורם שפטל בשל בחירתו לייצג את דמיאניוק במשפט הפלילי שנוהל נגדו בישראל,<sup>41</sup> וכן פסק ההלכה שהוציא רבה הראשי של העיר צפת, שבו קרא להחרים את עורך הדין שמאי לייבוביץ בשל בחירתו לייצג את מרוואן ברגותי.<sup>42</sup> דברי ביקורת המושמעים על ידי קרבנות ובני משפחותיהם הנם בעלי עצמה מיוחדת בהקשר זה.<sup>43</sup> **מישור הביקורת**

<sup>40</sup> Pollitt, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20; Backus & Marcus, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1065; Martin S. Pinales, "I Challenge You to A Duel!": Speaking Out Against Political Ads Attacking Criminal Defense Lawyer-Candidates, 31 CHAMPION 4 (2007).

<sup>41</sup> ראו, למשל, נ' בן-משה "רבקות במטרה בזויה" **על המשמר** 27.4.1988, 7: "האקלים הרוחני והמוסרי השורר בארץ איפשר צמיחתה של תופעה כדורם שפטל: יהודי המגן בקנאות חסרת מעצורים על פושע המנתעבים ביותר. מקרה יורם שפטל מטריד אותי... שאלתי את עצמי לא פעם במהלך המשפט – מה מניע את יורם שפטל? בכל זאת, זה לא דבר שבנורמה ובגדר המקובלות שיהודי ילמד סניגוריה על מי שמואשם בפשעים מפלצתיים נגד העם היהודי. הרי איש לא הכריח את שפטל ליטול על עצמו את התפקיד. לא בלבד שהוא התנדב לתפקיד, אלא שבעיצומו של המשפט הוא עשה שמיניות באוויר כדי לסלק את הסניגור הראשי הגוי אוקונור ולהתמנות במקומו... אני יושב ותוהה ולא תופס. ואולי משהו לא בסדר אצלי. מה מביא יהודי מישראל, אדם רגיל ונורמלי, כמוני וכמוך... להיפר-דבקות כזאת במטרה הבזויה. אפשר להבין ואולי גם להצדיק התנהגות זו במקרה של הגנה על פושע מן המניין, אבל איך אפשר להבין הגנה חסרת מעצורים של יהודי על פושע מן הנתעבים ביותר שהשתתפו ברצח העם היהודי? זהו משהו הלקוח באמת מפלאנטה אחרת. תאמרו לי, מה אתה נטפל לאיש הקטן הזה, הנלעג, שגם אינו מצטיין בחכמה יתרה? באמת, יורם שפטל כאדם אינו מעניין אותי. הוא מעניין אותי כמשל, כתופעה. הוא לא צץ במקרה והוא לא צמח כחלל הריק. הוא תוצר – אמנם חריג – של תקופה, של עיוותים ובקיעים שחלו בנורמות ההתנהגות ובקודים המסורתיים של החברה הישראלית."

<sup>42</sup> פוריה גל "סבא היה גאה בו" **מעריב** 10.10.2002, 4.

<sup>43</sup> מקרה ידוע במיוחד אירע בארצות-הברית בשנות ה-70 של המאה שעברה, בעת שאדם הואשם ברצח סטודנטית ליד Lake Pleasant שבמדינת בניו-יורק. במהלך המשפט גילה הנאשם לסנגוריו, Francis Belge ו-Frank Armani, כי רצח שתי נערות נוספות, שאותן החשיבה המשטרה אותה עת כנעדרות. הסנגורים, שלא היו בטוחים באמיתות הדברים, ניגשו למקום הקבורה שמסר להם לקוחם, מצאו במקום את הגופות ואף צילמו אותן. בסברם כי מידע רגיש זה חוסה בצל חובות הסודיות והחיסיון, נמנעו מגילוי כל עוד סברו שהדבר יזיק ללקוחם. כשאבי אחת הנערות הנעדרות נפגש עם עורך-הדין Armani ושאל אותו אם ידוע לו גורל בתו, התחמק הלה מתשובה והזדרז לבטל פגישה מתוכננת עם אבי הנערה השנייה, משום שהתקשה לעמוד במעמסה הנפשית. גם חודשים לאחר האירוע, משנתגלו הגופות ומשנקבע כי שני הסנגורים פעלו כמתחייב מחובותיהם האתיות ללקוחם, המשיכו משפחותיהן של הנערות להוכיח אותם על התנהגותם, ואחותה של אחת הנרצחות אף כתבה לעורך הדין Armani מכתב שבו ביקשה כי יסביר מעשיו באותה תקופה. ראו: Leslie Griffin, *The Lawyer's Dirty Hands*, 8 GEO. J.

השני הנו זה המתבטא בסנקציה כלכלית ישירה או עקיפה. סנקציה ישירה, פירושה הימנעות מכוונת מצד לקוחות פוטנציאליים מלהיעזר בשירותיו של עורך הדין ולחלופין, עזיבת לקוחותיו הקיימים – הן מפחד שהמתקפה תחתיה נתון פרקליטים תזיק לעניינם והן בשל התנגדות אידאולוגית או מצפונית להסכמתו לייצג את הלקוח הנדון.<sup>44</sup> סנקציה עקיפה פירושה איבוד לקוחות פוטנציאליים וקיימים מסיבות אשר לכאורה אינן קשורות במישרין לייצוג הלקוח הלא פופולרי, אך למעשה בכך מקורן. כך, לדוגמה, משרד עורכי דין המרבה לייצג לקוחות לא פופולריים ועל כן מתקשה לגייס לשירותיו מתמחים ועורכי דין מוכשרים המסתייגים מכך, יתקשה הרבה יותר לשמור על לקוחותיו הקיימים ולמשוך לקוחות חדשים ביחס למשרד עורכי דין המייצג בעיקר לקוחות פופולריים או נורמטיביים.<sup>45</sup> **מישור הביקורת השלישי**, שהנו הנדיר והקיצוני ביותר, עשוי למצוא ביטוי במצבים שבהם האדם שעורך הדין מייצג הנו לא פופולרי במיוחד. במקרים אלה יש שנוסף על שתי הסנקציות הקודמות, תגרום התרעומת הציבורית למתקפה בלתי לגיטימית על עורך הדין – קרי, לאיומים באלימות פיזית נגדו ונגד בני משפחתו, ולעתים אף למימושם.<sup>46</sup> נוכח היחס הציבורי הביקורתי שזוכים לו עורכי דינם של לקוחות לא פופולריים,

---

LEGAL ETHICS 219, 222–223 (1995); David J. Luban, *Freedom and Constraint in Legal Ethics: Some Mid-Course Corrections to Lawyers and Justice*, 49 MD. L. REV. 424, 425 (1990).

Norman W. Spaulding, *The Prophet and the Bureaucrat: Positional Conflicts in Service Pro Bono Publico*, 50 STAN. L. REV. 1395, 1418–1420 (1998); Robert R. Kuehn, *Undermining Justice: The Legal Profession's Role in Restricting Access to* *Legal Representation*, 2006 UTAH L. REV. 1039, 1042 של אלי פיממטיין, שהואשם ברצח בתו הפעוטה. רבים מהסנגורים שנטו תחילה להסכים לייצגו, לאחר ששניים מסנגוריו התפטרו בזה אחר זה, נסוגו מכוונותיהם לאחר שלקוחותיהם – חלקם עבריינים מורשעים המרצים עונשי מאסר – הבהירו מפורשות כי אין הם מתכוונים להמשיך ולהיעזר עוד בשירותיהם אם יעשו כן. כה עזה הייתה המחאה, עד כי בית המשפט נאלץ למנות לפיממטיין סנגור ציבורי, אף שלא עמד בתנאי הזכאות הכלכלית הקבועים בחוק הסנגוריה הציבורית. ראו: דורית גבאי, עמי בן-דוד ושלמה צזנה "עבריינים לפרקליטים: אל תייצגו האב" **מעריב** 12.12.2002, 8; אפרת זמר "שיעור באזרחות" **מעריב** 26.12.2002.

Carter, לעיל ה"ש" 8, בעמ' 21.<sup>45</sup>  
 כך, למשל, סיפרה סנגורית ציבורית ממדינת פנסילבניה בארצות-הברית על מקרה שבו ביקשה מאבטחי בית המשפט ללבוש אפוד מגן בזמן שהותה במקום, בשל האיומים שהייתה נתונה להם בעת שייצגה אדם שנאשם ברצח אישה שזכתה לאהדה רבה בקרב הקהילה המקומית. ראו: Sherri Kimmel, *Unpopular Causes, Unpopular Clients*, 20 PENNSYLVANIA LAWYER 10 (1998). עוד ראו: David Goldberger, *Clients Everyone Hates*, 21(3) LITIG. 10, 11 (1995). בישראל, אחד המקרים הידועים ביותר לאיומים באלימות פיזית, אשר לבסוף אף הגשימו עצמם, הנו שפיכת החומצה על פניו של עורך הדין שפטל בידי ניצול שואה, אשר הסבה פגיעה קשה לאחת מעיניו. ראו: יורם שפטל **פרשת דמיאניוק – עלייתו ונפילתו של משפט ראווה** 294–279 (1993).<sup>46</sup>



לעומת עמיתיהם המייצגים לקוחות אהודים או נורמטיביים, נפנה כעת לבחינת התשתית המוסרית-אידאולוגית העומדת ביסוד יחס זה.

## ג. הנושא עורך הדין באחריות מוסרית לזהות לקוחותיו?

### 1. הגישה המוסרית והגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות

כפי שעולה מן הפרק הקודם, שאלת הקשר בין זהות לקוחותיו של עורך הדין לבין מידת מוסריותו האישית היא העומדת בבסיס התגובה הציבורית הביקורתית כלפי עורכי דין המייצגים לקוחות לא פופולריים. שאלה זו נוגעת לאחת הסוגיות האתיות המרכזיות במקצוע עריכת הדין, והיא: האם עורך דין טוב יכול להיות בה בעת גם אדם טוב.<sup>47</sup> בהקשר של בחירת לקוחות, סוגיה זו נסבה סביב השאלה אם בעת שעורך הדין מסכים לייצג לקוח לא פופולרי – קרי, אדם שמעשיו או תפיסת עולמו הנם אנטי-חברתיים – הופך הוא, בעטייה של בחירה זו, לאדם "רע" מבחינה מוסרית. כפי שנראה, המבקרים את עורכי הדין בגין בחירת לקוחותיהם עושים זאת מתוך תפיסה מוסרית של הליך בחירת הלקוחות; ואילו המצדדים בייצוגם של לקוחות לא פופולריים עושים זאת מתוך תפיסה א-מוסרית של הליך בחירת הלקוחות.

שתי תפיסות אלה של הליך בחירת הלקוחות – המוסרית והא-מוסרית – הנן ייחודיות לפרופסיה המשפטית. אילו, למשל, יושיט רופא ישראלי סיוע רפואי למחבל אשר נפצע במהלך ביצוע פיגוע טרור נגד אזרחים ישראליים, ולאחר מכן יושיט עורך דין ישראלי סיוע משפטי לאותו אדם במסגרת הליך פלילי המנוהל נגדו, ניתן לשער במידה רבה של ודאות כי בניגוד גמור למתקפה הציבורית הנחרצת הצפויה להתנהל כנגד סנגורו של מחבל זה, ייוותר הציבור נאמן לקונצנזוס החברתי הרואה בהענקת טיפול רפואי לכל נזקק התנהגות מתבקשת ומובנת מאליה, אשר דווקא כל סטייה ממנה היא המחייבת גינוי.<sup>48</sup> מדוע אפוא מגלה החברה הבנה לרופא המעניק סיוע רפואי למטופל לא פופולרי, אך בה בעת דנה לכף חובה עורך דין המעניק סיוע משפטי לאותו אדם?

המפתח להבנת תופעה זו מצוי בתפיסת הציבור את תפקידם המקצועי של הנמנים על כל אחת מן הפרופסיות וכפועל יוצא את מהות יחסי הגומלין השוררים בין מחויבויותיהם המוסריות הנובעות ממנו (*Role Morality*) לבין תפיסותיהם המוסריות הנובעות הן מעצם היותם חברים בקולקטיב תרבותי מוגדר (*Common*)

<sup>47</sup> Freedman, *The Morality of Lawyering*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 637; Fried, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1060.

<sup>48</sup> Wilkins, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1037; Gabriel J. Chin, *Do You Really Want a Lawyer Who Doesn't Want You?*, 20 W. NEW ENG. L. REV. 9, 12–13 (1998); Joseph Cook, *The Lawyer and the "Unpopular Cause"*, 16 ALBAMA. L. REV. 461 (1964).

*(Morality)* והן מעצם היותם פרטים אוטונומיים בעלי השקפה מוסרית אינדיבידואלית (*Personal Morality*).

לעתים נורמות המוסר המקצועי החולשות על ביצוע תפקיד מסוים תואמות את נורמות המוסר הנהוג בחברה ואת נורמות המוסר האינדיבידואלי של מבצע התפקיד. אולם לא אחת אין זה המצב. כך, למשל, מתקיימת הסתירה האמורה הן כשמטפל רופא במחבל האחראי לרציחתם של אזרחים חפים מפשע והן בעת שעורך הדין מייצג אדם זה. בשני המצבים, הן מצפוננו האישי של בעל התפקיד – הרופא ועורך הדין – והן המצפון החברתי-קולקטיבי מקימים דרישה אינטואיטיבית עזה להימנע מלהגיש סיוע לאדם אשר ככוונה תחילה ביצע מעשה כה אכזרי, ואילו נורמות המוסר המקצועי של הרפואה והמשפט מקימות דרישה נוגדת, להבטחת בריאותו וזכויותיו המשפטיות של אדם זה. אולם בין תפקיד איש הרפואה לתפקיד המשפטן קיים שוני מהותי, שכן הראשון מעניק למטופליו שירות שהנו תוצר ידיעותיו הרפואיות, ואילו השני מעניק אמנם גם הוא ללקוחותיו שירות שהנו תוצר השכלתו המשפטית, אולם בניגוד לרופא, בבסיס פעולתו המקצועית של עורך הדין מצויה *פעולת הייצוג*, כך שכדי לבצע את השירות, עליו להיכנס בנעלי לקוחו ולפעול כאילו הלקוח הוא שמחזיק בידעותיו המשפטיות.<sup>49</sup> במילים אחרות, משנתן עורך הדין הסכמתו לייצג אדם, לכאורה נכנס הוא בנעליו, בעיותיו המשפטיות של המיוצג הופכות לבעיותיו המשפטיות שלו עצמו, ומנקודת מבט פנימית-קרובה זו, מתמודד הוא עמן במטרה להביאן לידי פתרון אופטימלי ללקוח – הכול במסגרת מגבלות החוק וכללי האתיקה שבמסגרתם הוא פועל. לעומת זאת, רופא אינו נכנס בנעלי מטופליו בשום שלב של הטיפול, אין הוא נוטל על עצמו את בעיותיהם הרפואיות כאילו היו ליקוייו שלו,

<sup>49</sup> ראו גם: Gerald J. Postema, *Moral Responsibility in Professional Ethics*, 55 N.Y.U. L. REV. 63, 76–77 (1980).

“All professionals, and many persons in service-oriented occupations, do things for a client that the client is unable or unwilling to do for himself. But, unlike the lawyer, the physician or auto mechanic acts only to provide services for the client. The lawyer also acts as the client's *agent*. Although an individual may employ a physician or mechanic to operate on his body or his automobile, the work of these professionals is in no sense attributable to the patient or the customer. When the lawyer acts to secure the client's interests, however, he often acts, speaks, and argues in the place of the client. He enters into relationships with others in the name of the client. When he argues in his client's behalf, he often presents his client's arguments; when he acts he is often said to be “exercising his client's rights.” And what he does is typically attributable to the client. Thus, at the invitation of the client, the lawyer becomes an extension of the legal, and to an extent the moral, personality of the client”  
במקור; הערות שוליים הושמטו).

ומפרספקטיבה **חיצונית-מרוחקת** זו, הוא מיישם את מיומנויותיו הרפואיות כדי לסייע למטופליו להביא את חוליים אל קצו.

הנה כי כן, הגם שהן בעבודת איש הרפואה והן בעבודת עורך הדין עשויה להיווצר התנגשות בין נורמות המוסר המקצועי מחד, לבין נורמות המוסר הקהילתי והאינדיבידואלי מאידך, הרי רק עורך הדין הוא אשר "מתאחד" עם לקוחו כפועל יוצא של פעולת הייצוג, ועל כן רק עורך הדין הוא אשר צפוי להיות נתון לגינוי חברתי בגין בחירת לקוחותיו, משנוצרת התנגשות מוסרית זו בפועל. בנסיבות אלה עולה השאלה אם פעולת הייצוג המצויה בבסיס תפקידו המקצועי של עורך הדין והמבדילה את הפרופסיה המשפטית מן הפרופסיות האחרות, אכן מובילה בהכרח ליצירתו של קשר בל-ינתק בין זהות לקוחותיו של עורך הדין לבין מידת מוסריותו האישית של הלה. בסוגיה זו מוצאים אנו שתי גישות אפשריות נוגדות.

**א. בחירת לקוחות כהחלטה מוסרית** (*Choice of clients as a moral decision*): על פי הגישה המוסרית לבחירת לקוחות, מאחר שלמן הרגע שבו נוצרה מערכת יחסי עורך-דין-לקוח, האחרון הוא שקובע – בכפוף להוראות החוק וכללי האתיקה – את טיב האינטרסים שלמען מימושם על עורך הדין לפעול ואת סוג האמצעים שבהם עליו להשתמש לצורך כך. מאחר שפעולת הייצוג יוצרת מעורבות אינטימית בין עורך הדין ללקוחו, משום שהראשון נדרש לפעול למען הגשמת האינטרסים של האחרון בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך הקצאת זמנו, ידיעותיו, אמינותו והמוניטין שצבר לטובת לקוחו, הרי שלעורך הדין תפקיד מוסרי במהותו.<sup>50</sup> לפיכך, כל עוד כללי האתיקה אינם מחייבים את עורך הדין להסכים לייצג כל אדם החפץ בשירותיו, אלא מותרים את מלאכת בחירת הלקוחות לשיקול דעתו, הרי ההחלטה לייצג לקוח לא פופולרי מגלמת בחובה בחירה מוסרית-אישית המעידה על תמיכת הבוחר בהשקפותיו ובמעשיו של הלקוח הנבחר או למצער, על חוסר עמדתו הערכית בנושא. רק אם יחייבו כללי האתיקה את עורך הדין להסכים לייצג כל לקוח פוטנציאלי החפץ בשירותיו, היעדר אפשרות הבחירה תסיר מעל כתפיו את האחריות המוסרית לתוצאותיה.<sup>51</sup> על פי גישה זו, אין לטעות ולומר כי משמכריע עורך הדין בדבר מידת

<sup>50</sup> Freedman, *The Morality of* ;632–631 בעמ' 36, לעיל ה"ש 36, Freedman, *Devil's Advocate* ;638 בעמ' 38, לעיל ה"ש 38, *Lawyering*

<sup>51</sup> Freedman, *Devil's Advocate* ;632 בעמ' 32, שם, Freedman, *The Morality of Lawyering* ;638 בעמ' 38, Michel Proulx, *The Defence of the Unpopular or Repugnant Client: Some of* ;638 בעמ' 221, 231–232 (2000) *the Hardest Questions*, 5 CAN. CRIM. L. REV. 221, 231–232 (2000) ראו, למשל, את דבריו הבאים של עורך-הדין האמריקני William Kunstler, המהווים ביטוי לגישה המוסרית: "I only defend those whose goals I share, I'm not a lawyer for hire. I only defend those I love". ראו: Victor Navasky, *Right On! With Lawyer William Kunstler*, NEW YORK, TIMES (April 19, 1970). ביטוי נוסף לגישה המוסרית ניתן למצוא גם בדבריו הבאים של עורך-הדין האמריקני John Flynn: "I don't find myself obligated to take the case of anyone who walks in the door. If someone walks in and wants me to help him with

מוסריותו של לקוחו הפוטנציאלי – עוד בטרם אמר בית המשפט דברו – הוא חותר, למעשה, תחת עקרון שלטון החוק בפתחו פתח רב-סכנות לחריצת דין עצמית. שהרי אין לראותו כקורא תיגר על עקרון היסוד המאפיין כל מדינה דמוקרטית, שעל פיו החפות והאשמה, האמת והשקר, ייקבעו רק בהיכל המשפט בסימומו של הליך הוגן וראוי אשר במהלכו הוצגו מלוא הראיות הרלוונטיות. ההכרעה שמבצע עורך הדין אינה נושאת אופי שיפוטי, כך שבמסגרתה אין הוא נדרש להיכנס בנעלי השופט, לנתח את חומר הראיות ולקבוע את חוקיות מעשי לקוחו הפוטנציאלי או את צדקת עמדותיו; אלא הוא עורך *בחירה מוסרית-אישית* טהורה ובמסגרתה מגיע לכלל הכרעה מצפונית-ערכית **במי הוא תומך** (*Which side is he on?*), בהסתמכו על מכלול העובדות הידועות לו אותה שעה.<sup>52</sup> אם יצדד בלקוחו הפוטנציאלי – הרי שמבחינה מוסרית עליו להסכים לייצגו, אך אם יזדהה יותר עם הצד שכנגד – עליו לסרב. ומכיוון שבהכרעה ערכית עסקינן, נושא עורך הדין באחריות מוסרית בגינה (*moral accountability*), במובן זה שמוטלת עליו חובה אתית-מוסרית (להבדיל ממשמעתית) לספק – הן לו עצמו והן לציבור – צידוק מוסרי לבחירתו.<sup>53</sup>

השאלה שעליה נדרש עורך הדין להשיב היא אפוא זו:

“Is this really the kind of client to which I want to dedicate my training, my knowledge, and my skills as a lawyer? Did I go to law school to help a client that harms other human beings...?”<sup>54</sup>

אם יעלה בידו לספק הנמקה, אישית ופומבית, הנסמכת על עקרונות מוסריים –

---

respect to a cause with which I am unsympathetic, then that's the end of it. I just don't take the case... I live with the people I represent. I represent very few people who are not friends, to a greater or lesser degree. I participate in their activities. My life style is different because I don't think of myself as a lawyer at all. I am a human being. I have a skill, and I spend my time doing things among people that I like”  
 Note, *The New Public Interest Lawyer*, 79 YALE L.J. 1069, 1120, 1144  
 הרברים אצל: (1970). עוד ראו תגובתו של אברהם לינקולן, לימים נשיא ארצות-הברית, ללקוח פוטנציאלי שביקש לשכור שירותיו: “I can't serve you, for you are wrong and the other fellow right. My business is never to defend wrong. I never take a case that is manifestly wrong”  
 ראו ציטוט הרברים אצל: Louis J. Rosenberg, *The Status of an Attorney Defending a Guilty Client*, 10 YALE L.J. 24 (1900–1901)

Monroe H. Freedman, *The Morality of Lawyering*, 639–638 בעמ', Freedman, *The Morality of Lawyering* 52  
*Lawyer's Moral Obligation of Justification*, 74 TEX. L. REV. 111, 112–113 (1995)  
 (להלן: Freedman, *Moral Obligation of Justification*).

Freedman, *Moral Obligation of Justification* 53  
 בעמ' 111–112.

Freedman, *Devil's Advocate*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 633. 54

להבדיל מאינטרסים אישיים צרים – מדוע השיב בחיוב על שאלה זו, אזי ייחשב כמי שמילא חובתו. אך אם יסרב להצדיק בחירתו או לחלופין יספק צידוק אשר אינו נסמך על עקרונות מוסריים, רשאי הציבור להניח כי אין באמתחתו צידוק תקף וכי החלטתו להסכים לייצג את הלקוח האנטי-חברתי הנה טעות מוסרית – עובדה המקנה לחברה זכות מוסרית לגנותו.<sup>55</sup>

**ב. בחירת לקוחות כהחלטה א-מוסרית** (*Choice of clients as an amoral decision*): הגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות, בניגוד לקודמתה, אינה מציבה במרכז את אישיותו של הלקוח הספציפי המיוצג על ידי עורך הדין, כי אם את החירויות והזכויות המוקנות לו על פי דין. על פי גישה זו, עורך הדין אינו מייצג את מעשיו, דעותיו ואמונותיו של הלקוח, כי אם חירויותיו וזכויותיו בדין. מדובר למעשה בתפיסה הליכית הרואה בערכים הדיוניים – ובראשם הזכות לייצוג מיומן ואפקטיבי – ערובה לניהול הליך תקין והוגן, בהניחה כי בתהליך ראוי יש כדי להגביר את הסיכוי לקבלת תוצאה נכונה וצודקת.<sup>56</sup> עורך הדין אפוא אינו אלא בבחינת אמצעי להבטחת תקינות ההליכים המשפטיים – כלומר הוא מייצג את חירויות וזכויות לקוחו ולא את מעשיו ועמדותיו, ולכן לתפקידו מהות א-מוסרית טהורה.<sup>57</sup> בחירתו את לקוחותיו,

<sup>55</sup> Freedman, *Moral Obligation of Justification*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 111–112.

<sup>56</sup> Andre A. Borgeas, *Necessary Adherence to Model Rule 1.2(b): Attorneys Do Not Endorse the Acts Views of Their Clients by Virtue of Representation*, 13 GEO. J. LEGAL ETHICS 761, 768 (2000); Amy Porter, *Representing the Reprehensible and Identity Conflicts in Legal Representation*, 14 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 143, 153–154 (2004).

<sup>57</sup> Freedman, *The Morality of Lawyering*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 637–638. ראו, למשל, את דבריו הבאים של פרופ' אהרן אנקר, המהווים ביטוי לגישה הא-מוסרית: "עורך הדין [...] מייצג לקוח, והוא מייצג אותו לעניין הזכויות המשפטיות שלו. עורך הדין ממלא את התפקיד הזה כמו רופא שמרפא את המחבל הכי גרוע, רגע אחרי שזרק רימון והרג 20 אנשים. זה מוסר של תפקיד, לא מוסר שלך ושלי בחיי היומיום". שלומית לן "פה לשטן", לעיל ה"ש 12. ביטוי נוסף לגישה הא-מוסרית ניתן למצוא בדברי עורך הדין האמריקני, Frank Armani, בהתייחסו בריאיון טלוויזיה לדילמה המוסרית הקשה שעמה התמודדו הוא ושותפו, Francis Belge, במהלך פרשת Lake Pleasant (להרחבה על אודות פרשה זו ראו לעיל ה"ש 43 והטקסט הצמוד לה):

"Armani: This was something that was really momentous for us because of the conflict within us. Your mind screaming one way "Relieve these parents!" You know – what is your responsibility? Should you report this? Shouldn't you report it? One sense of morality wants you to relieve the grief.

Q: And the other?

Armani: The other is your sworn duty.

...

Q: Didn't you think that there was a factor of just common decency here?

המטרות החוקיות שהוא מקדם בשמם והאמצעים החוקיים (במגבלות כללי האתיקה) שבהם הוא משתמש כדי לקדמן, מעידים כולם אך על מחויבותו המצפונית-אישית לתרום לתקינות ההליך המשפטי ולא על הזדהותו עם לקוחותיו או על חוסר הוקעתו אותם. ומכיוון שבבחירת לקוחות אין משום הכרעה ערכית, אזי גם אין כל בסיס רציונלי להטיל על עורך הדין אחריות מוסרית בגינה ולחייבו לספק צידוק מוסרי פומבי לבחירתו.<sup>58</sup> בארצות-הברית, למשל, הגישה הא-מוסרית מוצאת ביטוי ברור בכללי האתיקה המקצועית לדוגמה (להלן: כללי האתיקה המומלצים), הקובעים כי:

“A lawyer's representation of a client, including representation by appointment, does not constitute an endorsement of the client's political, economic, social or moral views or activities.”<sup>59</sup>

*Armani*: I can't explain it – but to me it was a question of which was the higher moral good.

*Q*: Between what?

*Armani*: The question of the Constitution, the question of even a bastard like him having a proper defense, having adequate representation, being able to trust his lawyer as to what he says.

*Q*: Against what?

*Armani*: As against the fact that I have a dead girl, the fact that her body's there. As against the breaking hearts of her parents. But they are – [pause]. It's a terrible thing to play God at that moment, but in my judgment – and I still feel that way – that their suffering is not worth jeopardizing my sworn duty or my oath of office or the Constitution”.

ראו תמליל הראיון אצל Luban, לעיל ה"ש 43, בעמ' 425–426.

<sup>58</sup> Tigar, *Setting the Record Straight*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 636–637. ראו גם דבריו הנאים של המשפטן האמריקני Abe Fortas: “Lawyers are agents, not principals; and they should neither criticize nor tolerate criticism based upon the character of the client whom they represent or the cause that they prosecute or defend... Rapists, murderers, child-abusers, General Motors, Dow Chemical – and even cigarette manufacturers and stream-polluters – are entitled to a lawyer; and any lawyer who undertakes their representation must be immune from criticism for so doing”. Abe Fortas, *Thurman Arnold and the Theatre of the Law*, 79 YALE L.J. 988, 1002 (1970)

<sup>59</sup> ראו: American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, Rule 1.2(b) (להלן: *ABA Model Rules*). עוד ראו הערה (comment) מס' 5 לכלל האמור, הנושאת את הכותרת: “Independence from Client's Views or Activities” והמורה כי Legal representation should not be denied to people who are unable to afford legal services, or whose cause is controversial or the subject of popular disapproval. By the same token, representing a client does not constitute approval of the client's views or

יודגש, עם זאת, כי גם על פי הגישה הא-מוסרית, היעדר חבות מוסרית-ציבורית (*Public moral accountability*) אינה משחררת מחבות מוסרית-אינדיבידואלית (*Personal moral accountability*). עורך הדין, ככל אדם, מוחזק כמנהל חייו – הן האישיים והן המקצועיים – לאור מערכת עקרונות מוסר מוגדרת, וכדי להבטיח שבמהלך עיסוקו לא יפנה לה עורף ממניעים אינטרסנטיים צרים, הרי בטרם יבחר לקוחותיו, עליו לספק לעצמו דין וחשבון מוסרי אשר יהא בו כדי להבטיח כי השקפת עולמו המצפונית-הליכית היא שהובילה אותו להקדיש ידיעותיו, ניסיונו, מיומנויותיו ומשאביו ללקוח הלא פופולרי. אם בחר שלא לעשות כן, או לחלופין אם התחוויר לו כי מניעים המנוגדים למערכת עקרונותיו הם דווקא שהובילוהו להסכים לייצוג הלקוח, מסור העניין לטיפולו, כחלק מחשבון הנפש הפרטי אותו ודאי יערוך עם עצמו ביום מן הימים.<sup>60</sup>

שתי הבהרות מתחייבות בהקשר זה באשר לטיבה של דרישת האחיות המוסרית על פי שתי הגישות האמורות. ההבהרה הראשונה נוגעת לקהל היעד שאליו מכוונת ההצדקה המוסרית. הגישה הא-מוסרית גורסת כי מכיוון שבבחירת לקוחות אין משום הבעת עמדה ערכית מצד עורך הדין, אזי חבותו המוסרית מתמצית בדרישה כי יוודא שהוא בוחר את לקוחותיו לאור השקפת עולמו המצפונית-הליכית ולא לפי אינטרסים תועלתניים צרים. הגישה המוסרית, לעומת זאת, גורסת כי מכיוון שבבחירת לקוחות יש משום הבעת עמדה ערכית בעלת השלכות על כלל הקהילה, אזי חב עורך הדין לא רק צידוק אישי, כי אם גם פומבי, המסביר כיצד מחויבותו לקידום ערכים חברתיים חיוביים היא המניעה אותו בבחירת לקוחותיו. אליבא דגישה זו, הסתפקות בצידוק אישי הסמוי מעין הציבור מקימה סכנה למתן צידוק הנסמך על השקפה מוסרית אינדיבידואלית שהנה תוצר של אינטרסים אישיים תועלתניים צרים, להבדיל מעקרונות מוסר אוניברסליים – שאחד ממאפייניהם הנו היכולת להציגם בפומבי.<sup>61</sup> יתרה מכך, צידוק שכזה אף מנוגד לשקיפות המתחייבת מעקרון שלטון החוק הדמוקרטי, שכן לבד מהפרט עצמו, רק עורכי דינו מורשים לפעול בשמו למיצוי

„activities”

ראו גם: American Bar Association Model Code of Professional Responsibility, EC 7-17 (להלן: *ABA Model Code*): “The obligation of loyalty to his client applies only to a lawyer in the discharge of his professional duties and implies no obligation to adopt a personal viewpoint favorable to the interests or desires of his client. While a lawyer must act always with circumspection in order that his conduct will not adversely affect the rights of a client in a matter he is then handling, he may take positions on public issues and espouse legal reforms he favors without regard to the individual views of any client”

<sup>60</sup> Tigar, *Setting the Record Straight*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 636–637.

<sup>61</sup> SISELLA BOK, LYING: MORAL CHOICE IN PUBLIC AND PRIVATE LIFE 92 (1978).

זכויותיו המשפטיות. ומכיוון שהמשפט הנו נכס ציבורי,<sup>62</sup> הם חבים במתן דין וחשבון גלוי בדבר אופן הפעלת סמכויותיהם.<sup>63</sup>

ההבהרה השנייה נוגעת לסוג הביקורת שעורך הדין חשוף לה בגין אי-מילוי דרישת האחראיות המוסרית. לקהל היעד שאליו מכוונת דרישת ההצדקה המוסרית יש השפעה קריטית על סוג הביקורת שעורך הדין חשוף לה בשל בחירת לקוחותיו. לעומת הגישה המוסרית, המקנה לציבור זכות לבקרו כל אימת שאין בידו לספק צידוק פומבי תקף לבחירת לקוחותיו, הגישה הא-מוסרית תוחמת את חובת הצידוק לספּרה האישית בלבד ובכך למעשה שוללת מהציבור את הלגיטימציה למתוח ביקורת. כנגד הגישה המוסרית ניתן לטעון כי יש בהקניית לגיטימציה ציבורית למתיחת ביקורת על אופיים המוסרי של עורכי דין המייצגים לקוחות לא פופולריים כדי להקים סכנה ל"מדרון חלקלק", במובן זה שרבים מעורכי הדין לא יהיו נכונים להקרבה הרואית של אינטרסים אישיים לטובת לקוחות לא פופולריים, וכך יקשה על האחרונים למצוא ייצוג. יתרה מכך, ההרשאה לתקיפת אופיים המוסרי של עורכי דין – אף שמכוונת היא אך לאמצעים חוקיים – עלולה, בחסות הדמגוגיה, לחצות את גבולות הלגיטימיות ולהוביל לפגיעות אלימות ובלתי חוקיות.<sup>64</sup> פרופ' מונרו פרידמן, אשר בעבר נמנה עם תומכי הגישה הא-מוסרית אך בהמשך הצטרף לשורות תומכי של הגישה המוסרית, סבור כי טעות לראות גישה אחרונה זו כמערערת על זכאותם השוויונית של כל בני האדם לייצוג משפטי. לטענתו, הגישה המוסרית כלל אינה חולקת על כך שמערכת המשפט מיטיבה לפעול כאשר שני הצדדים מיוצגים, כי אם גורסת שעל כל עורך דין לשאול עצמו אם הוא זה שצריך לייצגם. אם תשובתו חיובית, אזי עליו לספק צידוק אישי ופומבי למסקנתו.<sup>65</sup> פרופ' מייקל טיגר, מתומכי הגישה הא-מוסרית, חולק על טענתו זו של מונרו פרידמן, בסברו כי גם אם להלכה, אין הגישה המוסרית קוראת תיגר על זכאותו השוויונית של כל אדם לייצוג, הרי הדמגוגיה וסכנת "המדרון החלקלק" הקמים בעטייה עלולים להביא, דה-פקטו, לתוצאה זו. דוגמה להמחשת טענתו מוצא טיגר במחלוקת שנתעוררה בינו לבין פרידמן בדבר ייצוגו של ג'והן דמיאניוק.<sup>66</sup> פרידמן מסכים שעורך דין כלשהו אכן צריך לייצג את דמיאניוק, אלא שסבור הוא כי טיגר איננו אותו עורך דין. וכאן תמה טיגר

<sup>62</sup> ראו למשל: נטע זיו "חינוך משפטי ואחריות חברתית: על הזיקה בין הפקולטה למשפטים והקהילה שהיא מצויה בה" **עיוני משפט** כה 385, 390 (2001); Steven Lubet & Cathryn Stewart, *A "Public Assets" Theory of Lawyers' Pro Bono Obligations*, 145 U. Pa. L. Rev. 1245, 1262–1264 (1997).

<sup>63</sup> Freedman, *Moral Obligation of Justification*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 112.

<sup>64</sup> ראו: Tigar, *Setting the Record Straight*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 636.

<sup>65</sup> Freedman, *Devil's Advocate*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 633–634; Freedman, *Moral Obligation of Justification*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 113–114, 118.

<sup>66</sup> ראו לעיל ה"ש 36–38 והטקסט הצמוד להן.



מה שוני רואה פרידמן בינו לבין אותו עורך דין ערטילאי שצריך ליטול על עצמו את מלאכת ייצוגו של דמיאניוק?<sup>67</sup> יתרה מכך, מעמדת פרידמן – כמו גם מעמדת כלל תומכי הגישה המוסרית – משתמעת חוסר אמונה בסיסית במסוגלותו של הפרט לתת לעצמו צידוק כן לבחירותיו, ומשום כך מושמת חובת הצידוק הפומבי כמעין חסם ביקורת. לדעת מייקל טיגר, הננימה הפטרנליסטית המשתמעת מגישה זו אינה ראויה, שכן האדם הליברל הנו אוטונומי דיו כדי לגלות אחריות אישית ולספק לעצמו צידוק מוסרי הולם, ועל כן אין הוא זקוק לחרב ציבורית מרחפת מעל ראשו.<sup>68</sup>

## 2. בחירת לקוחות כהכרעה אידאולוגית

שתי הגישות האמורות לבחירת לקוחות – המוסרית והא-מוסרית – מביאות, למעשה, לידי ביטוי מחלוקת אידאולוגית עמוקה יותר בין שתי תאוריות פוליטיות קוטביות: הקהילתנות והליברליזם; כאשר בבסיס הגישה המוסרית ניצבת התאוריה הקהילתנית ואילו בבסיס הגישה הא-מוסרית ניצבת התאוריה הליברלית. במה דברים אמורים? במרכז של התאוריה הליברלית ניצב אידאל האדם האוטונומי, הנהנה מחירויות ומזכויות שבאמצעותן הוא מעצב לעצמו דרך חיים אינדיבידואלית המשקפת את אישיותו ומערכת ערכיו וכן מציב לעצמו יעדים ומטרות המבטאים את תפיסות ה"טוב" וה"נכון" המוסרי-חברתי-תרבותי-כלכלי בהן הוא מאמין ופועל לקידומו. החירות לבחור ב"טוב" או ב"רע", ב"נכון" או ב"שגוי" וההכרח האינהרנטי לחיות עם תוצאות הבחירה ולשאת באחריות לה, הם שמאפשרים לכל אדם לפתח אישיות עצמאית ייחודית שאינה מבוססת על קבלה כנועה של נורמות חברתיות, והם המביאים לקיומם של הפלורליזם והסובלנות הנדרשים ליצירתה ולשימורה של ההווה הדמוקרטית.<sup>69</sup> התאוריה הקהילתנית, לעומת זאת, שוללת את נכונות האידאל הליברלי, בטענה כי אין זה ראלי להאמין שהפרט מסוגל (או אף רוצה) לגבש אישיותו וזהותו העצמית במנותק מערכי הקהילה שבה הוא חי. בשום שלב בחייו אין

<sup>67</sup> ראו: Tigar, *Setting the Record Straight*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 637.

<sup>68</sup> Michael E. Tigar, *Defending 74 TEX. L. REV.* 101, 104–105 (1995). להוכחת טענתו, מחליט מייקל טיגר להעלות על הכתב וליתן ביטוי פומבי לצידוק המוסרי-אישי שסיפק לעצמו טרם החליט לייצג את דמיאניוק: "When the most powerful country on earth gangs up on an individual citizen, falsely accuses him of being the most heinous mass murderer of the holocaust, and systematically withholds evidence that would prove him guiltless of that charge, there is something dramatically wrong... When the government that did wrong denies all accountability, the judicial branch should provide a remedy. I have spent a good many years of my professional life litigating such issues. I am proud to be doing so again".  
<sup>69</sup> ראו: Tigar, *Setting the Record Straight*, שם, בעמ' 637.  
 David Gauthier, *The Liberal Individual*, in COMMUNITARIANISM AND INDIVIDUALISM 69 (Shlomo Avineri & Avner De-Shalit eds., 1992). 151.

האינדיבידואל אי בודד בלב ים, המנותק לחלוטין מהאנשים שבקרבתו הוא מצוי, שכן למן ראשית חייו, קשור הוא בהכרח למשפחתו, לקהילתו ולמדינתו. מתוקף ניהול חייו במסגרת חברתית קולקטיבית המגנה על חירויותיו ומעניקה לו את זכויותיו, נגזרת חובתו להקריב חירויות וזכויות אלה למען קידום ערכי המדינה והקהילה, במידה ההכרחית הדרושה להבטחת קיומם התקין, שהרי קיומם מהווה תנאי הכרחי ליכולתו לממש חירויותיו וזכויותיו, ועל כן החלטותיו האינדיבידואליות לעולם אינן נעשות במנותק מהשפעות קולקטיביות.<sup>70</sup>

פעולת הייצוג העומדת בבסיס תפקידו של עורך הדין היא, כאמור, אשר מייחדת את הפער, הנוצר לא אחת, בין נורמות המוסר המקצועי לבין נורמות המוסר הקהילתי והאינדיבידואלי, מפערים מוסריים דומים המתקיימים אצל נותני שירותים אחרים. ייחוד זה הוא המהווה את הכר לצמיחתה של המחלוקת בדבר שאלת אחריותו המוסרית של עורך הדין לזהות לקוחותיו. בלבה של מחלוקת זו ניצבת השאלה אם ייצוג לקוחות אנטי-חברתיים נעשה במנותק מערכי מוסר קולקטיביים ואינדיבידואליים, או שמא בחירת עורך הדין לייצג מסמלת את התכחשותו לערכי מוסר אלו והופכת אותו ל"חרב להשכיר". הגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות, אשר יסודותיה נטועים באידאולוגיה הליברלית, גורסת כי מוסריות עורך הדין כאדם אינה מושפעת מזהות לקוחותיו, שכן אין הוא מזדהה עם מעשיהם, אמונותיהם או מטרותיהם, אלא הוא מייצג אך את זכויותיהם בדין. בבחירת עורך הדין לייצג אדם לא פופולרי אין משום הבעת תמיכה במעשיו או בדעותיו של אותו אדם, כי אם מתן ביטוי לתפיסתו המשפטית-הליכית. תפיסה זו מקימה לעורך הדין, מתוקף תפקידו, חובה מקצועית להבטיח כי חירויותיו וזכויותיו של אותו אדם לא תוגבלנה שלא כדין, שהרי הגבלה מעין זו תפגע ביכולתו להיות את חייו בהתאם למערכת ערכיו האינדיבידואלית וכפועל יוצא של כך תגרום לערעור יסודותיה הדמוקרטיים-ליברליים של החברה כולה.<sup>71</sup>

תומכי הגישה הא-מוסרית נחלקים, בהכללה, לשני זרמים: עם הזרם המרכזי נמנים אנשים בעלי אידאולוגיה ליברלית, המאמינים בהיות הייצוג המשפטי תנאי חיוני לתקינות ההליך המשפטי וכפועל יוצא של כך בקיומה של חובה מקצועית המוטלת על עורך הדין להסכים לייצג, בתחום התמחותו, כל אדם הזקוק לסיוע משפטי – בין שהוא פופולרי, בין שהוא נורמטיבי ובין שהוא מנודה.<sup>72</sup> עם זרם מצומצם ורדיקלי יותר נמנים אנשים בעלי אידאולוגיה ליברטריאנית. יסודות אמונתם זהים בעיקרם לאלה של תומכי

70 AMITAI ETZIONI, THE SPIRIT OF COMMUNITY – RIGHTS, RESPONSIBILITIES, AND THE COMMUNITARIAN AGENDA 263–264 (1993); יובל לבנת "פרט וקהילה – ביקורת קומוניטריאנית על בג"ץ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון" **משפטים** לא 219, 227–231 (2000).

71 Fried, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1073, 1087.

72 Madeleine C. Petrara, *Dangerous Identification: Confusing Lawyers with Their Clients*, 19 J. LEGAL PROF. 179, 185–188 (1995).

הזרם הליברלי המרכזי, אך בשעה שהאחרונים רואים את עורך הדין כמחויב לייצג את כל הנזקקים לשירותיו המשפטיים בתחום התמחותו, גורסים הליברטריאנים כי כיוון שהוא נעדר יכולת אובייקטיבית לעשות זאת ועל כן תמיד יהא עליו לערוך ביניהם הליך בחירה כלשהו, הרי שעליו לייחד מלכתחילה את עבודתו המשפטית לטיפול בתיקים עקרוניים המעוררים סוגיות אסטרטגיות של הגבלת חירויות וזכויות אדם חוקתיות (כגון חופש ביטוי; חופש דת; הגבלת חירויות בשעת חירום וכיו"ב), משום שרק בתיקים אלה טמון הפוטנציאל להביא לשינוי חוקתי מהותי אשר ישפיע על קבוצות שלמות או אף על כלל האוכלוסייה.<sup>73</sup>

הגישה המוסרית לבחירת לקוחות, אשר יסודותיה נטועים באידאולוגיה הקהילתנית, גורסת כי זהות לקוחותיו של עורך הדין הנה בבואה נאמנה למידת מוסריותו כאדם. ייצוג משפטי אינו נעשה בחלל ריק;<sup>74</sup> ככל אדם, עורך הדין חי בקהילה שבה מצויים כה רבים אשר נפלו קרבן למעשי עוולה מקוממים ואשר אין ידם משגת ייצוג משפטי הולם או שאין תודעתם המשפטית מפותחת דיה. משמבכר הוא במודע שלא לסייע למוכי גורל אלה, אלא להקדיש מיומנויותיו ומשאביו דווקא לייצוג אנשים אנטי-חברתיים, הרי שאין לחברה מנוס מלזהותו עם לקוחותיו.<sup>75</sup> בדומה לתומכי הגישה הא-מוסרית, גם את תומכי הגישה המוסרית ניתן לחלק, בהכללה, לשני זרמים: עם הזרם המרכזי נמנים אנשים בעלי אידאולוגיה קהילתנית הסוברים שעל עורך הדין לסרב להעניק סיוע משפטי לאנשים שלמעשיהם או ליעדיהם יש ערך מוסרי שלילי, ולסייע רק לאנשים אשר ייצוגם עתיד להניב ערך מוסרי חיובי, ולמצער ניטרלי – קרי, להיטיב עם הקהילה בכללותה או לכל הפחות לא לפגוע בה.<sup>76</sup> עם זרם מצומצם יותר של תומכי הגישה המוסרית נמנים אנשים בעלי אידאולוגיה קהילתנית רדיקלית. יסודות אמונתם זהים בעיקרם לאלה של תומכי הזרם הקהילתני המרכזי, אך בדומה ליריביהם האידאולוגיים הליברטריאנים, סוברים גם הקהילתנים הרדיקלים כי מכיוון שמבחינה אובייקטיבית עורך הדין אינו מסוגל לייצג את כל הנזקקים לסיועו המשפטי, אזי עליו מלכתחילה לייחד את עבודתו המשפטית לטיפול בתיקים עקרוניים המעוררים סוגיות אסטרטגיות הרות חשיבות בתחומי המדיניות הציבורית, החברתית והכלכלית, משום שרק להם הפוטנציאל להביא לשינוי ציבורי וחברתי מהותי אשר ישפיע על קבוצות שלמות או

<sup>73</sup> Petrarra, שם, בעמ' 188–190.

<sup>74</sup> ראו גם: David P. Riley, *The Challenge of the New Lawyers: Public Interest and Private Clients*, 38 GEO. WASH. L. REV. 547, 550 (1970): "Legal representation does not operate in a vacuum, and moral judgments can and must be made in the choice of clients".

<sup>75</sup> Russell G. Pearce, *Model Rule 1.0: Lawyers are Morally Accountable*, 70 FORDHAM L. REV. 1805, 1807 (2002); Petrarra, לעיל ה"ש 72, בעמ' 197.

<sup>76</sup> Petrarra, שם, בעמ' 182; Borgeas, לעיל ה"ש 56, בעמ' 765.

אף על החברה בכללותה.<sup>77</sup> כשם שהאידיאליסטים הליברטריאנים רואים במגילת הזכויות החוקתית – ולא בזכויותיו של הפרט הספציפי שעורך הדין מייצג – את הלקוחה האמיתית, כך סוברים גם הקהילתנים הרדיקלים כי לאמיתו של דבר עורך הדין מייצג לא את הלקוח הספציפי (*Client Representation*), כי אם את האינטרסים והערכים העקרוניים הראויים בעיניו לקידום (*Project Lawyering*).<sup>78</sup> כפי שהובהר בראשית המאמר, דיני האתיקה המקצועית בישראל כלל אינם מזכירים סוגיה זו של בחירת לקוחות,<sup>79</sup> ועל כן ממילא אין הם מביאים לידי ביטוי אף לא אחת מן הגישות הנזכרות לעיל.<sup>80</sup> על רקע הסדרה חסרה זו, ראוי כי נפנה כעת לבחון כיצד מסדירים דיני האתיקה המקצועית בארצות-הברית ובאנגליה את סוגיית בחירת הלקוחות, תוך ניתוח התפיסה המוסרית-אידאולוגית הניצבת בבסיסם.

77 Petrara, שם, בעמ' 191–190; *The New Public Interest Lawyer*, לעיל ה"ש 51, בעמ' 1133–1135.

78 Petrara, שם, בעמ' 191; אהרון אנקר "ההתדיינות בשם האינטרס הציבורי והאתיקה המקצועית של עורכי הדין" הפרקליט לד 403, 407–408 (1982); נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" **משפט וממשל** ו 129, 159–160 (2001).

79 למעט אותן שתי מגבלות: פרוצדורלית ומהותית, הקבועות בכללים 12 ו-14 לכללי האתיקה המקצועית. ראו לעיל ה"ש 4–5 והטקסט הצמוד להן.

80 הגם שדיני האתיקה המקצועית בישראל אינם עוסקים בתפיסה המוסרית-אידאולוגית לבחירת לקוחות, בפסק דין אחד, שניתן בשנת 1965 בבית המשפט העליון בעניין **חג'אזי**, אנו מוצאים אזכור של סוגיה זו. בפסק דין זה נדרש בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על החלטתו של שר המשפטים למנוע מהעותר, תושב ירדני שהסתגל לישראל, נתפס והואשם בעברות ביטחוניות חמורות שדין מיתה, להיות מיוצג על ידי עורך דין זר לפי סעיף 23 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961, ס"ח 347. טענת העותר הייתה כי נוכח סוג העברות שבהן הואשם, עורך דין ישראלי לא יוכל לייצגו בנאמנות ובמסירות מבלי להיחשב כבוגד במצפנו ובארצו. בית המשפט קיבל את העתירה והחזיר את העניין לשיקול דעת מחודש של שר המשפטים. בעקבות סירובו הנוסף של השר, עתר חג'אזי בשנית לבית המשפט, אולם עתה דחה בית המשפט את העתירה והסתפק במתיחת ביקורת על החלטת השר. נקודת המוצא של שלושת שופטי ההרכב – זוסמן, ברנזון וויתקון – בבחינת חוקיות החלטת השר הייתה של הבעת אמון מוחלט ביכולתו של עורך דין ישראלי לייצג בנאמנות ובמסירות כל אדם, יהא אשר יהא ותהא עברתו אשר תהא. השופטים אף הדגישו כי עורך הדין לא צריך להיות מסוגל להזדהות עם לקוחו כדי שיוכל לייצגו בנאמנות ובמסירות. גישת בית המשפט, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין **חג'אזי** היא אפוא גישה א-מוסרית מובהקת. ראו: בג"ץ 344/65 **חג'אזי נ' שר המשפטים**, פ"ד יט(4) 203 (1965); בג"ץ 30/66 **חג'אזי נ' שר המשפטים**, פ"ד כ(1) 427 (1966); עלי זלצברגר "קשר המשפטנים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" **משפטים** לב 43, 77–79 (2001).

## ד. מבט השוואתי

## 1. ארצות-הברית – שיקול דעת והנחיה אתית בבחירת לקוחות

נקודת המוצא של כללי האתיקה המומלצים בארצות-הברית, הנקבעים על ידי ה-ABA,<sup>81</sup> היא כי קיומו התקין של שלטון החוק תלוי במידה רבה ביכולתו של הפרט להסתייע בנוגתי שירותים משפטיים הבקיאים ברזי הדין המהותי והפרוצדורלי, שכן בכוחם לפעול טוב יותר ממנו למניעת הגבלת חירויותיו וזכויותיו שלא כדין.<sup>82</sup> עם

<sup>81</sup> במשך השנים, קבעה ה-ABA הן קודים אתיים כלליים והן קודים להתנהגות מקצועית בתחומי משפט ספציפיים, דוגמת המשפט הפלילי. בשנת 1969, נקבע ה-ABA Model Code, שהנו קוד אתי כללי (אשר החליף קוד קודם משנת 1908) ובו שלושה חלקים: החלק הראשון מורכב מעקרונות (Canons), המהווים נורמות-על אקסיומטיות המתוות את המסגרת הכללית של ההתנהגות המקצועית המצופה מעורכי דין אל המקצוע המשפטי, המערכת המשפטית והציבור. החלק השני מורכב מכללים משמעתיים מנדטוריים (Disciplinary Rules – DR), המהווים נורמות המשרטטות את סטנדרט התנהגות המינימלי, אשר ראוי כי כל עורך דין היורד מתחתיו ייחשף לסנקציות משפטיות. החלק השלישי מורכב משיקולים אתיים (Ethical Considerations – EC), המהווים נורמות מנחות נטולות תוקף נורמטיבי כופה, המכוונות להתוות את רמת ההתנהגות האידיאלית שאליה מצפה הלשכה מחבריה לשאוף. ראו: *ABA Model Code*, Preface, Preamble and Preliminary Statement, לעיל ה"ש 59.

בשנת 1983 הוחלף ה-ABA Model Code ב-ABA Model Rules, ובו שני חלקים: החלק הראשון מורכב מכללים אתיים (Rules) – חלקם מנדטוריים וחלקם מנחים. הכללים המנדטוריים כוללים בחובם נורמות התנהגות מקצועית מינימליות, אשר ראוי כי כל עורך דין היורד מתחתיהן ייחשף לסנקציות משמעתיות. שאר הכללים הנם בעלי אופי מנחה, במובן זה שמטרתם להתוות את סטנדרט ההתנהגות האידיאלי המצופה מכל עורך דין, אולם בה בעת להותיר את ההחלטה אם לנהוג על פיו בתחום שיקול דעתו. החלק השני מורכב מאסופת הערות (Comments) המתלוות לכללים, על מנת להבהיר ולפרש את מטרותיהם ומשמעויותיהם המדויקות. ראו: *ABA Model Rules*, Preface, Preamble and Scope, לעיל ה"ש 59.

הקודים האתיים האמורים ספגו ביקורות רבות, בטענה כי ה-ABA מבקשת לקדם באמצעותם אינטרסים עצמיים של עורכי הדין על חשבון אינטרסים מתחרים של הלקוחות ושל הציבור. ראו למשל: Richard L. Abel, *Why Does the ABA Promulgate Ethical Rules?*, 59 TEX L. REV. 639, 687 (1981); Deborah L. Rhode, *Why the ABA Perspective on Professional Codes*, 59 TEX L. REV. 689 (1981).

נכון להיום, דיני האתיקה המקצועית של כל המדינות, למעט ניו-יורק, קליפורניה ומיין, מתבססים על ה-ABA Model Rules. כללי האתיקה של מדינת ניו-יורק מתבססים על ה-ABA Model Code ואילו קליפורניה ולמיין כללים אתיים שאינם מתבססים על הכללים המומלצים הנ"ל. מבין המדינות שאימצו את ה-ABA Model Rules, שמונה מדינות אימצו את חלקו הראשון בלבד (כללים אתיים מנדטוריים ומנחים), אך לא את חלקו השני (הערות ופירושים לכללים). ראו: [www.abanet.org/cpr/mrpc/model\\_rules.html](http://www.abanet.org/cpr/mrpc/model_rules.html) (נבדק לאחרונה ב-5.2.2009).

<sup>82</sup> ראו, למשל, את דברי ההקדמה ל-*ABA Model Code* (preamble), שם, הנפתחים באלו המלים: "The continued existence of a free and democratic society depends upon

זאת, אף שבמרבית המדינות קיימות הוראות המסדירות את ייחוד המקצוע,<sup>83</sup> מצאו הכללים המומלצים לנכון להעניק לעורך הדין חירות מלאה בבחירת לקוחותיו.<sup>84</sup> זאת, בכפוף לשני סייגים. ראשית, על עורך הדין לסרב לייצג לקוח פוטנציאלי אם קיימים חסמים אתיים לקבלת הייצוג, כגון חוסר מסוגלותו להעניק שירות מקצועי באיכות סבירה,<sup>85</sup> נחיצותו כעד בהליכים משפטיים שלקוחו המיועד הנו צד להם,<sup>86</sup> קיומו של חשש לניגוד עניינים בין אינטרס הלקוח הפוטנציאלי לבין אינטרסים סותרים<sup>87</sup> וכיו"ב. שנית, במקרים שבהם מונה עורך הדין לייצג אדם על ידי בית המשפט, עליו להסכים למינוי, וסירובו הנו בבחינת ביזיון בית המשפט, אלא אם כן שיחררו השופט מן המינוי.<sup>88</sup> ה- ABA Model Rules רואים בהיענותו של עורך הדין למינוי נורמת התנהגות מינימלית, ועל כן הם מטילים עליו חובה מנדטורית שלא להביא בפני השופט בקשה לשחררו מן המינוי, אלא בהתקיים סיבה טובה.<sup>89</sup> לעומת זאת, ה- ABA Model Code אינו רואה בחובה המשפטית האמורה כמקימה חובה משמעתית מקבילה ומסתפק בקביעת הנחיה אתית, שלפיה אין זה ראוי לעורך הדין כי יבקש להשתחרר מן הייצוג למעט בשל סיבה משכנעת.<sup>90</sup>

לבד משני סייגים אלה, נתונה מלאכת בחירת הלקוחות לשיקול דעתו המוחלט של עורך הדין ובמסגרת זו הוא רשאי לסרב לייצג אדם מכל סיבה שהיא המצדיקה לדידו סירוב. כך, למשל, אין מניעה כי ידחה לקוח פוטנציאלי רק משום ערכיו

---

recognition of the concept that justice is based upon the rule of law grounded in respect for the dignity of the individual and his capacity through reason for enlightened self-government. Law so grounded makes justice possible, for only through such law does the dignity of the individual attain respect and protection. Without it, individual rights become subject to unrestrained power, respect for the law is destroyed, and rational self-government is impossible. Lawyers, as guardians of the law, play a vital role in the preservation of society”.

83 זלצברגר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 62.

84 “A lawyer is under no obligation to act as: 59:ש” לעיל ה”ש ABA Model Code, EC 2-26 ;adviser or advocate for every person who may wish to become his client.”

“A lawyer ordinarily is not obliged to accept a client...”  
ABA Model Rules, Comment no. 1 to Rule 6.2:59:ש” לעיל ה”ש

85 ראו: ABA Model Code, DR 5-101 – 5-102, ש”ש; ABA Model Rules, Rule 1.1, ש”ש.

86 ראו: ABA Model Code, DR 5-101 – 5-102, ש”ש; ABA Model Rules, Rule 3.7, ש”ש.

87 ראו: ABA Model Code, DR 5-101, 5-103 – 5-107, ש”ש; ABA Model Rules, Rules 1.7 – 1.11, ש”ש.

88 Teresa Stanton Collett, *Professional Versus Moral Duty: Accepting Appointments in Unjust Civil Cases*, 32 WAKE FOREST L. REV. 635, 639 (1997)

89 ABA Model Rules, Rule 6.2, לעיל ה”ש 59.

90 ABA Model Code, EC 2-29, לעיל ה”ש 59.

המוסריים השלייליים; משום שעילתו המשפטית אינה איתנה דיה; משום שאין הוא מוכן לשלם את שכר הטרחה המבוקש; או אפילו משום שקולו, גובהו, סגנון דיבורו או מבנה גופו אינם נושאים חן בעיני עורך הדין.<sup>91</sup> יודגש, עם זאת, כי בשנים האחרונות ניתן להבחין בתחילתה של מגמה לצמצום שיקול הדעת בבחירת לקוחות, באמצעות החלתם של חוקי איסור ההפליה על דיני האחריות המקצועית. בחלחולם של חוקים אלה אל מקצוע עריכת הדין בכלל ואל תחום בחירת הלקוחות בפרט, יש כדי להגביל את עורכי הדין בבחירת לקוחותיהם, לפחות ככל שהסיבה לדחיית לקוחות פוטנציאליים נעוצה בטעמים כגון גזע, דת, לאום, מין, נטייה מינית, גיל, השקפה, מעמד אישי, מוגבלות או נכות.<sup>92</sup> אולם בצד מגמה התחלתית זו, חירות הבחירה העקרונית של עורך הדין את לקוחותיו הנה עדיין נורמה מקובלת ומושרשת בתרבות המשפטית האמריקנית. מסיבה זו מבקשים כללי האתיקה המומלצים לספק לעורך הדין אמות מידה ראויות לשם הדרכתו בהפעלת שיקול הדעת האמור. מתוך הבנה כי בחירת לקוחות אינה צפויה לעורר קושי מיוחד כאשר בלקוחות אהודים או נורמטיביים עסקינן, מתמקדים הכללים המומלצים בקביעת אמות המידה הראויות להפעלת שיקול הדעת בבחירת לקוחות לא פופולריים.

בפרק הקודם ראינו כי כללי האתיקה המומלצים מאמצים את הגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות.<sup>93</sup> בהמשך רציונלי ישיר לאימוץ גישה זו, מבקשות אמות המידה המנחות בכללים אלה לעודד את עורך הדין להפעיל שיקול דעתו בכובד ראש, תוך גילוי אחריות אישית, חברתית ומקצועית, הנובעת מן ההבנה שלא הרי מרחב התמרון של אדם לא פופולרי בבחירת עורכי דינו כמרחב התמרון של אדם אהוד או נורמטיבי.<sup>94</sup> עורכי דין מצופים אפוא לתת הסכמתם לייצוג אנשים לא פופולריים,

<sup>91</sup> CHARLES W. WOLFRAM, MODERN LEGAL ETHICS 573 (1986).

<sup>92</sup> ציון דרך משמעותי (אך שנוי במחלוקת) בהקשר זה נרשם בשנת 2003, עת פסק בית המשפט הגבוה במדינת מסצ'וסטס כי סירובה של עורכת דין לייצג גבר בהליכי גירושין, בטענה כי היא מייצגת רק נשים בהליכים אלה, מהווה הפליה אסורה מחמת מין וחייב את עורכת הדין לשלם לאותו גבר פיצוי כספי וכן הורה לה לחדול מהפליה זו בעתיד. ראו: *Nathanson v. Commonwealth of Massachusetts – Commission Against Discrimination*, 16 MASS. L. REP. 761 (2003) (Mass. Superior Court); Robert R. Kuehn & Peter A. Joy, *An Ethics Critique of Interference in Law School Clinics*, 71 FORDHAM L. REV. 1971, 1996–1998 (2003). ראו דיון נרחב בנושא זה בפרק הבא.

<sup>93</sup> ראו לעיל ה"ש 59 והטקסט הצמוד לה.

<sup>94</sup> ראו: *ABA Model Code*, EC 2-26–EC 2-29, לעיל ה"ש 59; *ABA Model Rules*, Rule 6.2; *ABA Standards for Criminal Justice: Prosecution Function and Defense*; לעיל ה"ש 59; *ABA Standards for Criminal Justice* – (להלן – *ABA Standards for Criminal Justice*) הכללים ניתנים לצפייה בכתובת: [http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc\\_blk.html#1.6](http://www.abanet.org/crimjust/standards/dfunc_blk.html#1.6). עוד ראו: Stephen Jones, *A Lawyer's Ethical Duty to Represent the Unpopular Client*, 1 CHAP. L. REV. 105, 107–112 (1998).

לרבות ב"מקרים קשים" שבהם צפוי הייצוג לגבות מהם קרבן אישי ומקצועי, שכן בראייה רחבה הסכמתם להגן על הלקוח המוקצה מהווה גם הגנה על שלטון החוק ועל המשטר הדמוקרטי בכללותו.

בהקשר זה ראויות לציון מיוחד חוות הדעת האתיות של ה-ABA בדבר יישומם הראוי של אמות המידה המנחות האמורות.<sup>95</sup> חוות דעת אלה קובעות באופן נחרץ כי עורכי דין נושאים באחריות מקצועית לסייע למנודי החברה ולאנשים השנויים במחלוקת חברתית.<sup>96</sup> יתרה מכך, חוות הדעת מוסיפות וקובעות כי על ארגונים קהילתיים לסיוע משפטי ועל קליניקות לסיוע משפטי הפועלות בבתי ספר למשפטים אף מוטלת חובה מקצועית-מוסרית מוגברת, במובן זה שעליהם לא רק להימנע מקביעת מדיניות ייצוג המכוונת "לסנן" לקוחות לא פופולריים, אלא שעליהם לקבוע מדיניות מתקנת, המעניקה עדיפות לייצוג אנשים מוקצים על פני אנשים אטרקטיביים או נורמטיביים; זאת, במיוחד כאשר אותם אנשים עשויים להתקשות להשיג שירותים משפטיים בדרך אחרת.<sup>97</sup> יודגש כי דיני האחריות המקצועית בכמה מדינות אינם מסתפקים בקביעת כללי אתיקה מנחים בסוגיה זו, אלא מטילים על עורכי הדין חובה משמעתית שלא להימנע, בשל אינטרסים אישיים לא ענייניים, מייצוג חסרי ההגנה והמנודים.<sup>98</sup> עם זאת, עד כה לא ידוע על מקרים שבהם אכן נוהלו הליכים משמעתיים בגין הפרת חובה זו,<sup>99</sup> ולכן נראה כי תוקפה המחייב לא בא אלא כדי להעניק משנה תוקף לעצמתה הרטורית.

עיקר חשיבותם של כללי האתיקה המומלצים נעוצה בעובדה כי הם מאמצים את הגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות, אך בד בבד מותירים בידי עורך הדין את שיקול הדעת בבחירתם. בהמשך ישיר לכן, מבקשים הכללים לקבוע אמות מידה מכווניות,

<sup>95</sup> חוות הדעת האתיות של ה-ABA הן אמנם נטולות תוקף נורמטיבי מחייב כלפי בתי המשפט וועדות המשמעת, אולם בפועל, לאמור בהן השפעה ניכרת על החלטותיהם של גופים אלה. ראו: Ted Finman & Theodore Schneyer, *The Role of Bar Association Ethics Opinions in Regulating Lawyer Conduct: A Critique of the Work of the ABA Committee on Ethics and Professional Responsibility*, 29 UCLA L. REV. 67, 83-88 (1981).

<sup>96</sup> ABA Comm. on Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion No. 334 (1974).

<sup>97</sup> ABA Comm. on Ethics and Professional Responsibility, Informal Opinion No. 1208 (1972); ABA Comm. on Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion No. 324 (1970). ראו גם: Kuehn & Joy, לעיל ה"ש 92, בעמ' 2010-2003.

<sup>98</sup> חובה משמעתית זו מעוגנת בשבועה שנדרש עורך הדין לשאת עם הכניסה לחברות בלשכה, כאשר הפרת השבועה מהווה עילה להעמדתו לדין משמעתי. נוסח השבועה מורה כדלקמן: "I will never reject, from any consideration personal to myself, the cause of the defenseless or oppressed, or delay any person's cause for lucre or malice". ראו: R. Kuehn, *Shooting the Messenger: The Ethics of Attacks on Environmental Representation*, 26 HARV. ENVTL. L. REV. 417, 434 (2002).

<sup>99</sup> Kuehn, *Shooting the Messenger*, שם.



בלתי כופות, אשר יספקו לעורך הדין הדרכה ראויה בדבר האופן שבו הוא מצופה להפעיל שיקול דעתו בבחירת לקוחותיו. אין ספק כי הכללים המומלצים עושים מאמץ רטורי ניכר להדגשת מחויבותו המקצועית של עורך הדין לייצוג הלקוח המנודה. עם זאת, הם מוסיפים ומכירים בכך כי יש שסלידת עורך הדין מלקוחו הפוטנציאלי הנה כה חזקה וכי יש שהקרבת האישי הנדרש ממנו לשם ייצוגו הנו כה גדול, עד כי ניתן לראותם כמקיימים חשש לניגוד עניינים, ועל כן זכאי עורך הדין – ואף חייב – להימנע מקבלת הייצוג.<sup>100</sup> שני מהלכים אלה, המורים דבר והיפוכו, מכוונים אמנם להבטיח ללקוח הלא פופולרי את אותה רמת נאמנות ומסירות שלה זכאי הלקוח האהוד או הנורמטיבי מאת עורך דינו, אולם אף על פי כן טמון בהם אבסורד מסוים, שכן דווקא אותם מאפייני חוסר פופולריות אשר בגינם הוטלה מלכתחילה על עורך הדין מחויבות מקצועית מיוחדת לקבלת הייצוג, הם-הם העשויים להביא לכינונה של חובה משמעתית לדחיית הייצוג!<sup>101</sup>

## 2. אנגליה – הסדר מעורב: חובה ושיקול דעת בבחירת לקוחות

על כל הפעולות המשפטיות – לבד ממתן ייעוץ משפטי ומייצוג בעסקאות מקרקעין – חל באנגליה מונופול מקצועי.<sup>102</sup> למרות זאת, כללי האתיקה המקצועית המסדירים

<sup>100</sup> ראו: *ABA Model Code*, EC 2-30, לעיל ה"ש 59; *ABA Model Rules*, Comment no. 2 to Rule 6.2, לעיל ה"ש 59; *ABA Standards for Criminal Justice*, Standard 4-1.6(d), לעיל ה"ש 94.

<sup>101</sup> יודגש כי חוות הדעת האתיות מבקשות לעודד עורכי דין שלא לפטור עצמם בנקל מייצוג לקוחות לא פופולריים באמצעות עשיית שימוש נרחב בטעמים של סלידה חזקה או הקרבת קרבן אישי גדול שכרוך בהם ייצוג הלקוח המיועד. ראו למשל: Board of Professional Responsibility of the Supreme Court of Tennessee, Formal Ethics Opinion 96-F-140 (1996). במקרה זה, דובר על עורך דין שמונה על ידי בית המשפט לייצג קטינים שעתרו בבקשה לוותר על הצורך בהסכמת הוריהם לביצוע הפלות. עורך הדין טען כי בשל היותו קתולי אדוק המסתייג עמוקות מיעדם של לקוחותיו המיועדים, חושש הוא לניגוד אינטרסים בין אמונותיו וערכיו האישיים לבין אמונותיהם וערכיהם. ועדת האתיקה נמנעה אמנם מלקבוע מסמרות בשאלה אם נימוק מעין זה מצדיק שחרור מייצוג וקבעה כי על עורך הדין להביא בקשתו להכרעת בית המשפט, אך ציינה כי קיים ספק רב אם שחרור מייצוג אכן מוצדק בנסיבות אלה.

<sup>102</sup> זלצברגר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 57-58. כאן המקום לציין כי לשיטת הייצוג האנגלית מאפיינים מבניים ייחודיים לעומת שיטת הייצוג הנוהגת בישראל ובארצות-הברית. אדם החפץ בייצוג משפטי נדרש לפנות תחילה אל ה-Solicitor בבקשה כי ייצגו. משהסכים הלה, עליו לגשת בשם לקוחו (אם אינו מוסמך לבצע בעצמו את הפעולה המשפטית הנחוצה) אל משרדו של ה-Barrister המבוקש, ושם לשאת ולתת לשכירת שירותיו עם פקיד משרדו אשר הוסמך לחייבו במתן שירותים משפטיים. רק משנתן הפקיד הסכמתו, יפגוש ה-Barrister ב-Solicitor ובלקוחו החדש. ראו: WOLFRAM, לעיל ה"ש 91, בעמ' 572. להסבר בדבר השוני בין סמכויות ה-barristers לסמכויות ה-solicitors ראו: PETER SHEARS & GRAHAM STEPHENSON, JAMES'

את אחריותם המקצועית של ה-Solicitors נותנים בידיהם שיקול דעת בבחירת לקוחותיהם,<sup>103</sup> בד בבד עם סיוגו של כלל זה בכמה חריגים מנדטוריים המורים כי: ראשית, חובה לסרב לייצג אדם, בהתקיים חסמים חוקיים או משמעתיים, כגון חוסר מסוגלות מקצועית להעניק שירות הולם או ניגוד עניינים בין אינטרס הלקוח הפוטנציאלי לבין אינטרסים סותרים.<sup>104</sup> שנית, חובה שלא לסרב לייצג אדם מטעמים מפלים הנעוצים בגזע הלקוח המיועד, צבע עורו, מוצאו האתני או הלאומי, מינו, נטייתו המינית, דתו, גילו או נכותו.<sup>105</sup> שלישית, חובה שלא לסרב לייצג אדם בהליכי ליטיגציה בפני בית המשפט מטעמים הנעוצים בהסתייגותו של עורך הדין או של הציבור מהתנהגותו, דעותיו, אמונותיו או יעדיו של הלקוח המיועד.<sup>106</sup>

הנה אפוא רואים אנו כי בדומה לכללי האתיקה המומלצים בארצות-הברית, גם כללי האתיקה המקצועית של ה-Solicitors נותנים בידי עורך הדין שיקול דעת בבחירת לקוחותיו, אף כי הוא מצומצם יותר מזה הקבוע בכללים האמריקניים. הכללים אף מוסיפים ומספקים אמות מידה בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת האמור ובתוך כך מורים שסירוב לייצג אדם בפני בית המשפט אמנם אינו יכול להיות מושתת על הסתייגותו של עורך הדין או של הציבור מהתנהגותו, מדעותיו, מאמונותיו או מיעדיו של הלקוח המיועד, אולם בה בעת מאפשרים לעורך הדין לדחות לקוחות

INTRODUCTION TO ENGLISH LAW 50–53 (13<sup>th</sup> ed., 1996)

<sup>103</sup> כלל 2.01(1) לכללי האתיקה המקצועית של ה-solicitors קובע כי: "You are generally free to decide whether or not to take on a particular client." ראו: The Solicitors' Code of Conduct 2007 (להלן – *Solicitors' Code of Conduct*). הכללים ניתנים לצפייה בכתובת: [www.sra.org.uk/code-of-conduct.page](http://www.sra.org.uk/code-of-conduct.page). ה-*Solicitors' Code of Conduct*, אשר נכנס לתוקף בראשית חודש יולי 2007, החליף את כללי האתיקה המקצועית שנהגו עד אותה עת. הסדרת סוגית בחירת הלקוחות בכללים הנוכחיים דומה להסדרתה בכללים הקודמים. ראו כלל 12.01 ל- Guide to the Professional Conduct of Solicitors (להלן – כללי האתיקה הקודמים של ה-solicitors). הכללים הקודמים ניתנים לצפייה בכתובת: [www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/guideonline/view=index.law](http://www.lawsociety.org.uk/professional/conduct/guideonline/view=index.law) (נבדק לאחרונה ב-5.2.2009).

<sup>104</sup> ראו: *Solicitors' Code of Conduct*, שם, כללים 2.01(1)(a)-2.01(1)(b). להוראה דומה ראו כלל 12.02 לכללי האתיקה הקודמים של ה-solicitors, שם. כלל 2.01(2) ל-*Solicitors' Code of Conduct* מוסיף וקובע כי משהסכים ה-solicitor לייצג אדם, אין הוא רשאי לסיים את ההתקשרות עמו אלא כשקיימת סיבה טובה לכך. הערה מס' 8, המפרשת ומבהירה כלל זה, קובעת כי סיבה טובה עשויה להיווצר, בין היתר, כאשר נוצר משבר ביחסי האמון בין עורך הדין ללקוח או כאשר עורך הדין אינו מסוגל לקבל הוראות ראויות מהלקוח.

<sup>105</sup> ראו: *Solicitors' Code of Conduct*, שם, כלל 6.01. הוראות דומות ראו בשלושת הכללים הבאים, אשר בוטלו עם כניסת כללי האתיקה הנוכחיים לתוקף: כלל 12.01(1) לכללי האתיקה הקודמים של ה-solicitors, שם; *Solicitors' Anti-Discrimination Rules 2004*; כלל 2.4.2(a) ל-*Law Society's Code for Advocacy*.

<sup>106</sup> ראו: *Solicitors' Code of Conduct*, שם, כלל 11.04. הוראות דומות ראו בכללים 2.4.2 ו-2.5 ל-*Law Society's Code for Advocacy*, אשר בוטלו עם כניסת כללי האתיקה הנוכחיים לתוקף.

פוטנציאליים במקרים שבהם הוא מבקש לעשות כן כאשר לא מוצע לו שכר טרחה ראוי בהתחשב בנסיבות המקרה הנדון, בטיב הפרקטיקה המקצועית שלו או בניסיונו ובמעמדו המקצועי.<sup>107</sup>

בניגוד לשיקול הדעת העקרוני המוקנה ל-Solicitors בבחירת לקוחותיהם, נקודת המוצא של כללי האתיקה המסדירים את אחריותם המקצועית של ה-Barristers בעניין זה הנה הפוכה בתכלית, שכן על האחרונים מוטלת חובה משמעתית להיענות לפניית כל Solicitor המבקש לשכור שירותיהם בתחום התמחותם למען לקוחו,<sup>108</sup> תוך סיוג החובה בחריגים מרובים – הן כופים והן אופציבונליים. החריגים מהסוג הראשון מחייבים את ה-Barrister לסרב לבקשת הייצוגהתקיים חסמים חוקיים או משמעתיים (כגון היעדר ניסיון או מומחיות מקצועית מספקת, התחייבויות מקצועיות קודמות שאינן מותרות בידו זמן ראוי לטיפול בתיק, נחיצותו כעד בעניין הנדון, ניגוד אינטרסים וכיו"ב);<sup>109</sup> ואילו החריגים מהסוג השני מעניקים לו הרשאה לעשות כן כאשר לא נענית בקשתו לתשלום שכר

<sup>107</sup> ראו הכללים המאוזכרים בה"ש 106 לעיל.

<sup>108</sup> ראו כללים 601–602 ל-*Code of Conduct of the Bar of England and Wales* (להלן – *Barristers' Code of Conduct*);

“601. A barrister who supplies advocacy services must not withhold those services:

- (a) on the ground that the nature of the case is objectionable to him or to any section of the public;
- (b) on the ground that the conduct opinions or beliefs of the prospective client are unacceptable to him or to any section of the public;
- (c) on any ground relating to the source of any financial support which may properly be given to the prospective client for the proceedings in question (for example, on the ground that such support will be available as part of the Community Legal Service or Criminal Defence Service.)

602. A self-employed barrister must comply with the 'Cab-rank rule' and accordingly except only as otherwise provided in paragraphs 603, 604, 605 and 606 he must in any field in which he professes to practise in relation to work appropriate to his experience and seniority and irrespective of whether his client is paying privately or is publicly funded:

- (a) accept any brief to appear before a Court in which he professes to practise;
- (b) ...”

הכללים ניתנים לצפייה בכתובת: [www.barstandardsboard.org.uk/standardsandguidance](http://www.barstandardsboard.org.uk/standardsandguidance) (נברק לאחרונה ב-5.2.2009).

<sup>109</sup> ראו: *Barristers' Code of Conduct*, שם, כלל 603.

טרחה ההולם את כישוריו, ניסיונו, שנות הוותק שצבר במקצוע, אופי התיק וההוצאות הצפויות במהלך הטיפול בו,<sup>110</sup> וכן כאשר הוא סבור שבנסיבות העניין – קרי, לאור מורכבות התיק המוצע, אופי משרדו, ניסיונו, כישוריו המקצועיים, שנות הוותק שצבר ויחסיו עם הלקוח הפוטנציאלי – מיטב האינטרסים של לקוח פוטנציאלי זה יזכו למענה טוב יותר אם ייצגו עורך דין אחר.<sup>111</sup> לבד מכך, כללי האתיקה מורים כי אין ה-Barrister רשאי להפלות כל אדם – ובכלל זה לקוח פוטנציאלי – מחמת גזע, צבע עור, מוצא אתני או לאומי, לאום, אזרחות, מין, נטייה מינית, מצב משפחתי, נכות, דת או השקפה פוליטית.<sup>112</sup> כלומר דחיית לקוחות – גם במקרים שבהם מתירים כללי האתיקה לעשות כן – אסור שתיעשה מחמת אחד הגורמים המפלים הנ"ל.

כלל החובה, המטיל על ה-Barrister חובה משמעתית להיענות לפניית כל Solicitor המבקש לשכור שירותיו עבור לקוחו, בכפוף לקיומם של חריגים, זכה לכינוי "כלל המונית" ("Cab-Rank Rule"). זאת, בהיותו מחייב את ה-Barrister להעניק בתחום התמחותו שירות לכל דורש לפי העיקרון של "ראשון בא, ראשון מקבל שירות" ("First come, First served" Principle), משל היה נהג מונית.<sup>113</sup> כלל זה, בדומה לכללי האתיקה המומלצים בארצות-הברית, מושתת על הגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות.<sup>114</sup> עם זאת, שעה שכללי האתיקה המומלצים מסתפקים בהגשמת הגישה הא-מוסרית באמצעות הענקת שיקול דעת לעורך הדין בבחירת לקוחותיו תוך מתן הנחיות ליישום ראוי של חירות בחירה זו, כלל החובה גורס כי מחויבות אמיתית וכנה לאידאולוגיה הא-מוסרית פירושה שלילת שיקול הדעת בבחירת לקוחות והטלת חובה לסייע לכל דורש; זאת, משום שבכלל המעניק לעורך הדין שיקול דעת יש, למעשה, משום תמיכה טבועה בגישה המוסרית. שהרי אם עורך הדין מורשה לבחור לקוחותיו על סמך תחושותיו כלפי מעשיהם ויעדיהם, אזי הוא בהכרח נתפס כמזוהה עם אלו שעבורם הוא בוחר לפעול.<sup>115</sup> על פי התפיסה האנגלית, רק בשלילת חירות הבחירה יש משום הגשמה נכונה של האידאולוגיה הא-מוסרית. עורך הדין – בדומה לאיש הדת החייב להציל נשמת כל אדם הרוצה להיוושע ולרופא החייב להציל חיי כל חולה – חב בהצלת חירויותיו וזכויותיו של כל אדם.<sup>116</sup>

תיאור מאלף ומרתק של תפיסה זו מצוי בדבריו הבאים של המשפטן האמריקני

:David Mellinkoff

<sup>110</sup> ראו: *Barristers' Code of Conduct*, שם, כלל 604.

<sup>111</sup> ראו: *Barristers' Code of Conduct*, שם, כללים 606–607.

<sup>112</sup> ראו: *Barristers' Code of Conduct*, שם, כלל 305.1.

<sup>113</sup> Quinlivan, לעיל ה"ש 7, בעמ' 115.

<sup>114</sup> DAVID PANNICK, *ADVOCATES* 140 (1992).

<sup>115</sup> שם.

<sup>116</sup> שם, בעמ' 136–137.

"The lawyer, as lawyer, is no sweet kind loving moralizer. He assumes he is needed, and that no one comes to see him to pass the time of day. He is a prober, an analyzer, a planner, a decision maker, a compromiser, eventually a scrapper, a man with a strange devotion to his client. Beautifully strange, or so it seems to the man-in-trouble; ugly strange to the untroubled onlooker.

It is a devotion that cannot be dismissed as the natural product of a fee. Money has never assured loyalty in combat, not when someone might get hurt – him that gives and him that receives. The man-in-trouble finds in the lawyer the informed fortitude he himself lacks, the sturdy professionalism that lasts through reverses that long since exhausted both the client and his money.

This man-in-trouble... is you, and I, and our neighbor, at the right moment. The lawyer, some lawyer, is there for each of us, with a lack of discrimination among clients and causes so disgusting to authoritarians of every stripe and stature. Some lawyers, as individual lawyers, become the favorites of power. But as a profession, the independent lawyer like the free press is unpopular with those who consider democracy only an inefficiency and other people's liberties an inconvenience".<sup>117</sup>

---

117 DAVID MELLINKOFF, THE CONSCIENCE OF A LAWYER 270–271 (1973). ראו גם דברי

Lord Pearce בעניין *Rondel v. Worsley* [1967] 3 All E.R. 993 (U.K.):

"It is easier, pleasanter and more advantageous professionally for barristers to advise, represent or defend those who are decent and reasonable and likely to succeed in their action or their defence than those who are unpleasant, unreasonable, disreputable, and have an apparently hopeless case. Yet it would be tragic if our legal system came to provide no reputable defenders, representatives or advisers for the latter; and that would be the inevitable result of allowing barristers to pick and choose their clients. It not infrequently happens that the unpleasant, the unreasonable, the disreputable and those who have apparently hopeless cases turn out after a full and fair hearing to be in the right. It is also a judge's (or jury's) solemn duty to find that out by a careful and unbiased

במבט ראשון, יש בכלל החובה החל על ה-Barristers וברציונל המונח ביסודו כדי להקים קושי של ממש בהבנת משטר שיקול הדעת שממנו נהנים ה-Solicitors. הסבר אפשרי אחד לפער בין שני הכללים האתיים הנו כי מכיוון שהיצע ה-Solicitors רב יותר מהיצע ה-Barristers, אזי קלושים הסיכויים כי אדם הנזקק לשירותיהם של הראשונים יוותר לא מיוצג בעל-כורחו.<sup>118</sup> הסבר נוסף הוא כי השירותים המשפטיים המוענקים על ידי ה-Solicitors הנם פחותים, לכאורה, בחשיבותם מאלו שמוענקים על ידי ה-Barristers, ועל כן תרומתם של הראשונים לשמירת שלטון החוק ולתפקודה התקין של מערכת המשפט קטנה יותר, ולפיכך אין מניעה לאפשר להם חירות בבחירת לקוחותיהם.<sup>119</sup> הסבר אחר טמון במאפייניה המבניים של שיטת הייצוג האנגלית: מכיוון שהלקוח הפוטנציאלי מנוע מלהתקשר במישרין עם ה-Barrister, אלא עליו לעשות כן רק באמצעות ה-Solicitor המייצג אותו, ומכיוון שמרב התקשורת של הלקוח משך תקופת הייצוג עתידה להיות עם ה-Solicitor ולא עם ה-Barrister, יוצא ש ה-Barrister ממילא נהנה ממידה רבה של ריחוק וניתוק מלקוחותיו, ולכן אין בחיובו לייצג כל אדם משום פגיעה מוגזמת בחירות עיסוקו.<sup>120</sup> עיון נוסף בהסדר האמור מעלה כי האמביוולנטיות הטבועה בו – תהא הסיבה לה אשר תהא – הנה בסופו של יום בעלת משמעות עיונית גרידא, ולא מעשית. כלל החובה כולל בחובו, כאמור, חריגים מרובים: הן חריגים מנדטוריים העוסקים במניעות חוקית או משמעתית והן חריגים אופציונליים המקנים ל-Barrister הרשאה לסרב לבקשת הייצוג. מחד, חריגים אלה לכלל החובה הכרחיים לשם מניעת הגבלה רחבה יתר על המידה של חירות עורך הדין, והם נובעים מן ההכרה בכך שעורך דין, בניגוד לנהג מונית, אינו מעניק ללקוחותיו שירות באמצעות כלי תחבורה סטנדרטי, כי אם באמצעות ידעותיו ורעיונותיו.<sup>121</sup> מאידך, בחריגים אלה יש כדי לפתוח בפני עורך

---

investigation. This they simply cannot do, if counsel do not... take on the less attractive task of advising and representing such persons however small their apparent merits”.

YSAIAH ROSS, ETHICS IN LAW: LAWYERS' RESPONSIBILITY AND ACCOUNTABILITY IN AUSTRALIA 202 (3<sup>rd</sup> ed. 2001) 118

תשובה אפשרית לנימוק זה יכולה, כמובן, להיות כי תנאי הכרחי לייצוגו של אדם בידי ה-barrister הנו הצלחתו בשלב המקדמי של מציאת solicitor אשר הסכים לייצגו. ראו: Michael Zander, *The Myth of the Cab Rank*, 140 NEW L. J. 558 (1990) 119

William C. McMahon III, *Declining Professionalism in Court: A Comparative Look at the English Barrister*, 19 GEO. J. LEGAL ETHICS 845, 851–852 (2006) 120

Martha Minow, *Of Legal Ethics, Taxis, and Doing the Right Thing*, 20 W. NEW ENG. L. REV. 5, 6 (1998) 121  
 “Lawyers bring too much of their own selves to the task of lawyering... lawyers are not like taxi drivers who must take all comers because lawyers transport clients with their words, reputations, and personal credibility, not with a standard-issue vehicle”

הדין פתח נרחב לעשיית שימוש מופרז או מניפולטיבי על מנת "לעקוף" את חובת קבלת הלקוחות הפוטנציאליים מבלי לחשוף עצמו לסנקציה משמעתית.<sup>122</sup> כך, לדוגמה, עורך דין המתנגד לדעותיו, מעשיו או ערכיו של לקוח פוטנציאלי ובשל כך אינו מעוניין לייצגו, יכול לנמק את סירובו בעומס עבודה, בחשש לניגוד אינטרסים, בחוסר ניסיון מספיק בתחום הרלוונטי, בטענה כי כישוריו והמוניטין שצבר במשך שנות עיסוקו מצדיקים שכר טרחה גבוה שאין ביכולתו של הלקוח המיועד לשלם או פשוט בטענה כי מיטב האינטרסים של לקוח זה יזכו למענה טוב יותר באם ייצגו עורך דין אחר. לפיכך, הן כלל החובה החל על ה-Barrister והן כלל שיקול הדעת החל על ה-Solicitor ייושמו בסופו של דבר על פי תפיסת עולמם האינדיבידואלית של כל אחד מאלה. כך, במשטר משפטי המחזיק בגישה הא-מוסרית, בסברו כי האופן הראוי ליישום אידאולוגיה זו הוא באמצעות מתן חופש בחירה עקרוני לחברי הפרופסיה ועידודם להפעילו תוך הפנמת נדבכיה (כפי שנעשה הדבר בארצות-הברית ובאנגליה לגבי ה-Solicitors) – רק עורכי דין ליברלים צפויים לראות עצמם מחויבים לייצג כל אדם הנזקק לשירותיהם,<sup>123</sup> בעוד שעורכי דין קהילתנים ימשיכו להפעיל שיקול דעתם בבחירת לקוחותיהם בהתאם למתחייב מאימוץ הגישה המוסרית. בדומה, במשטר משפטי המחזיק בגישה הא-מוסרית, בסברו כי דבקות אמיתית באידאולוגיה זו מחייבת שלילת החירות לנפות לקוחות בלתי רצויים (כפי שנעשה הדבר באנגליה לגבי ה-Barristers) – רק עורכי דין ליברלים צפויים להימנע מעשיית שימוש מופרז או מניפולטיבי בהריגו המרובים של הכלל הכופה, ואילו עורכי דין המצדדים בגישה המוסרית לבחירת לקוחות – מתוקף נאמנותם לאידאולוגיה הקהילתנית – ישתמשו בנקל מחובתם בטענם להתקיימות מי מחריגו של הכלל. הנה אפוא נמצאנו כי Solicitor ליברל, המחזיק בגישה הא-מוסרית, יסכים לקבל על עצמו ייצוג לקוח לא פופולרי, על אף משטר שיקול הדעת העקרוני המסדיר את פעילותו; ואילו Barrister קהילתן, המחזיק בגישה המוסרית, יסרב, קרוב לוודאי, לקבל על עצמו ייצוג לקוח לא פופולרי, בשל התנגדותו לדעותיו או למעשיו, אף שמשטר החובה מחייבו לעשות כן, וזאת על ידי עשיית שימוש מופרז או מניפולטיבי במי מחריגו של כלל החובה.

Alan C. Hutchinson, *Whose Choice is it Anyway?*, 150 NEW L. J. 1463 (2000);<sup>122</sup> WOLFRAM ; Andrew Hall, *We Say No and We Mean No!*, 140 NEW L. J. 284 (1990) לעיל ה"ש 91, בעמ' 572 JOHN A. FLOOD, BARRISTERS' CLERKS – THE LAW'S; MIDDLEMEN 80 (1983).

Wolfgram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 222: "[t]he duty to represent a necessitous client exists even when a professional regulation or custom states that there is no duty of representation".<sup>123</sup>

## ה. בחירת לקוחות בראי נאמנותו של עורך הדין לבית המשפט ולחברה אל מול נאמנותו לאינטרסים שלו עצמו – האיזון הראוי

בקבעו את הציווי הקטגורי המוחלט: "עשה מעשיך כך שהעיקרון בבסיסם יוכל להיות לחוק אוניברסלי", טען הפילוסוף הגרמני עמנואל קאנט כי מעשה נכון מבחינה מוסרית הנו מעשה בר-הכללה אשר ההחלטה לבצעו הנה תולדה של שיקול דעת תבוני-רציונלי נטול השפעות אמוציונליות. רוצה לומר, מכיוון שנסכיבות דומות מקימות דרישה להתנהגות דומה, ונסכיבות השונות זו מזו במשתנה רלוונטי מקימות דרישה להתנהגות שונה, הרי מעשה שברצונו של אדם לבצע הנו נכון מבחינה מוסרית רק אם כל שאר האנשים רשאים היו לעשותו אילו היו הם במצבו, שכן אין לפרט פריבילגיה מוסרית להוציא עצמו מן הכלל.<sup>124</sup> ומשום שמוסריותו של מעשה תלויה בשאלה כיצד ייראו פני החברה אילו ינהגו כולם כמו אותו פרט, הרי שנמצא כי הגישה הא-מוסרית הדוגלת בייצוג חירויותיו וזכויותיו של כל לקוח פוטנציאלי תואמת את הציווי הקטגורי, ואילו הגישה המוסרית (בניגוד לשמה, למרבה האירוניה) נוגדת ציווי זה, שכן אין אדם רשאי לטעון כי לקוח לא פופולרי – ככל לקוח אחר – זכאי לייצוג, **שעה שאין הוא עצמו מוכן לייצוג.**

עם זאת, כפי שהוסבר בפתח המאמר, גם בקרב עורכי הדין בעלי האידיאולוגיה הליברלית יש כאלה המציבים לעצמם "קווים אדומים" ערכיים בדבר זהות לקוחותיהם, בדיוק כשם שבקרב עורכי הדין בעלי האידיאולוגיה הקהילתנית ישנם מתונים יותר או פחות.<sup>125</sup> לפיכך נראה כי בחיי המעשה אין זה מדויק לדבר על כל אחת משתי גישות אלה כעל גישות דיכוטומיות "טהורות", כי אם על גישות מעורבות, אשר הקו הדומיננטי העומד ביסודן יכול שיהא בעל אוריינטציה מוסרית או א-מוסרית. מסיבה זו, הן במשטר של בחירת לקוחות על פי כלל שיקול הדעת (שבו הקו הדומיננטי עשוי להיות מוסרי או א-מוסרי)<sup>126</sup> והן במשטר של בחירת לקוחות על פי כלל החובה (שבו הקו הדומיננטי הנו א-מוסרי מובהק), צפויים לקוחות לא פופולריים (בניגוד ללקוחות אהודים או נורמטיביים) לחוות קשיים – מי יותר ומי פחות – במציאת ייצוג משפטי.

<sup>124</sup> אלעזר ויינריב **דת ומדינה: היבטים פילוסופיים** 156 (2000); RICHARD DEAN, THE VALUE OF HUMANITY IN KANT'S MORAL THEORY 56 (2006).

<sup>125</sup> ראו ה"ש 12 לעיל והטקסט הצמוד לה.

<sup>126</sup> כאמור, כללי האתיקה המומלצים בארצות-הברית הנם דוגמה למשטר של שיקול דעת בבחירת לקוחות אשר הקו הדומיננטי העומד ביסודו הנו בעל אוריינטציה א-מוסרית. עם זאת, ניתן לבקר משטר נורמטיבי המבקש להגשים את הגישה הא-מוסרית בדרך זו של הענקת שיקול דעת תוך מתן הנחיות ליישום ראוי של חירות הבחירה, בטענה שבמשטר שיקול הדעת יש משום תמיכה טבועה בגישה המוסרית ולכן רק בשלילת חירות הבחירה והטלת חובה לסייע לכל אדם יש משום הגשמה אמיתית ונכונה של האידיאולוגיה הא-מוסרית. ראו לעיל ה"ש 114–116 והטקסט הצמוד להן.



כל הכרעה בדבר מהות אחריותו המקצועית של עורך הדין בקבלת לקוחותיו מגלמת בחובה איזון בין שתי קבוצות אינטרסים מתחרות, המהוות למעשה נגזרת של שתיים מנאמנויותיו. כנגזרת של הנאמנות לאינטרסים שלו עצמו ניצבים האינטרסים בדבר חירות העיסוק, חירות הביטוי ואוטונומיית הבחירה החופשית. כנגזרת של הנאמנות לבית המשפט ולחברה ניצבים האינטרסים בדבר חשיבות הייצוג לשם עשיית משפט צדק, כיבוד אוטונומיית הרצון הפרטי של הלקוח הפוטנציאלי וכן האינטרס הציבורי-חברתי בדבר הנגשתו השוויונית של המשפט לכלל האוכלוסייה, לרבות לאותן קבוצות המורגלות לחוות קשיים בהשגת ייצוג משפטי. כפי שיוסבר להלן, כלל 12 לכללי האתיקה המקצועית, בנוסחו הדין, אינו נותן ביטוי נכון והולם לאף אחת משתי נאמנויות אלה, ועל כן ממילא אין הוא יוצר ביניהן איזון ראוי.

כלל 12 אינו נותן ביטוי הולם לנאמנות עורך הדין לבית המשפט ולחברה, מאחר שאין בו כדי להגשים את המחויבות הציבורית-חברתית המיוחדת המוטלת על כתפי הפרופסיה המשפטית בהקשר זה. חוק לשכת עורכי הדין מקים את הלשכה וכן מגדיר את מעמדה, מוסדותיה, מטרותיה, סמכויותיה, זכויותיה וחובותיה. לבד ממונופול על הספקת שירותים משפטיים, מעניק החוק ללשכה גם סמכות להסדרה עצמית באשר למגוון רחב ביותר של עניינים הנוגעים לארגונה ולפעולותיה, לרבות התקנת כללי האתיקה המקצועית.<sup>127</sup> המונופול האוטונומי שממנו נהנית הפרופסיה המשפטית מטיל על כתפיה חובה אלטראיסטית-מוסרית להפעיל את סמכויותיה הנרחבות תוך בקרה וריסון עצמיים ותוך גילוי אחריות ציבורית-חברתית.<sup>128</sup> חובה זו מוסיפה ומתעצמת, נוכח העובדה כי מן המונופול האוטונומי האמור נגזרת, דה פקטו, גם שליטה בלבדית על מימוש יכולותיהם של האנשים למצות את זכויותיהם המשפטיות.<sup>129</sup> כלל 12 אינו מגשים חובה זו בשני היבטים עיקריים: ראשית, בנתנו בידי עורכי הדין שיקול דעת גורף ובלתי מסויג בבחירת לקוחותיהם, מתעלם הכלל לגמרי מן הממד הציבורי הכרוך בבחירה זו. הענקת שירות משפטי על בסיס שוויוני

<sup>127</sup> ס' 20 ו-109 לחוק לשכת עורכי הדין, לעיל ה"ש 80. כללי האתיקה המקצועית, המהווים חקיקת משנה, מותקנים על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין ומחייבים את אישור שר המשפטים.

<sup>128</sup> בג"ץ 89/64 גרינבלט נ' לשכת עורכי הדין בישראל, פ"ד יח(3) 402, 440-411 (1964); לימור זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" המשפט – ספר עדי אזור ז"ל יב 231, 233 (2007); זיו, לעיל ה"ש 62, בעמ' 389-390.

<sup>129</sup> Wolfram, לעיל ה"ש 19, בעמ' 223; זיו, שם, בעמ' 390; שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל" קרית המשפט ו 441, 464 (2006). ראויה לציון מיוחד העובדה כי בצד כלל 12, אשר אינו מבטא מחויבות ציבורית-חברתית מצד הפרופסיה המשפטית לעשות להגשמת זכות הייצוג החוקתית עבור כלל האוכלוסייה, גם סעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין אינו מבטא הכרה כללית וגורפת בזכות זו, כי אם רק הכרה בה בהקשר של הסדרת המונופול המקצועי. ראו: זלצברגר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 48-49 ו-76.

לכל דורש מהווה יעד ציבורי יסודי שאליו צריכה הפרופסיה המשפטית לראות עצמה מחויבת.<sup>130</sup> הכלל הקיים לא זו בלבד שאינו מציע פתרון כלשהו לקשיים העשויים לפקוד אנשים לא פופולריים החפצים בייצוג, אלא שאף אין הוא עוסק כלל בסוגיה ראשונית ובסיסית הרבה יותר, בדבר דחיית לקוחות מפלה. כך נוצר מצב שבו חוק לשכת עורכי הדין וכללי האתיקה המקצועית אינם מחייבים את עורך הדין לכבד את דיני איסור ההפליה הכלליים ואינם מטילים עליו כל איסור מפורש להפלות שלא כדין בבחירת לקוחותיו ובמהלך עיסוקו.<sup>131</sup> יודגש, עם זאת, כי איסור של בחירת לקוחות מפלה, כשהוא לעצמו, עשוי היה לספק מענה חלקי בלבד לבעייתו של הלקוח הלא פופולרי, שכן בכוחו למנוע אמנם דחיית לקוחות מחמת השקפה, אולם אין הוא מונע מעורך הדין להפלות בבחירת לקוחותיו בשל המעשים האנטי-חברתיים המיוחסים להם ולעתים אף לא בשל המטרות והיעדים שהם מעוניינים לקדם באמצעות המשפט. זאת ועוד, אכיפתו של האיסור על בחירת לקוחות מפלה עשויה להיתקל בקשיים רבים, שכן רב הקושי להוכיח כי דווקא הפליה אסורה היא שהיוותה את סיבת דחייתו של הלקוח הפוטנציאלי. עורך דין המפלה בבחירת לקוחותיו עשוי לנמק זאת בסיבות לגיטימיות, דוגמת עומס עבודה או חוסר יכולתו של הלקוח הפוטנציאלי לשלם את שכר הטרחה המבוקש, ובכך להימנע מלחשוף עצמו לתביעה בעילה של הפליה.<sup>132</sup> שנית, עורך הדין נתפס כ"נאמן בית המשפט" (*officer of the court*), קרי – כחלק אינהרנטי משלטון החוק, אשר חב לסייע לבית המשפט בביורו המחלוקות המובאות בפניו, בחשיפת האמת ובעשיית משפט צדק.<sup>133</sup> הלכה היא כי חובה זו כלפי בית המשפט חלה בעת שעורך הדין פועל למען קידום האינטרסים של לקוחו. יש מי שסוברים כי בנסיבות מסוימות היא ממשיכה להתקיים גם לאחר סיום

<sup>130</sup> זיו, שם, בעמ' 393–390; Barry Sullivan, *Private Practice, Public Profession*: 393–390; *Convictions Commitments, and the Availability of Counsel*, 108 W. VA. L. REV. 1, 24–25 (2005); Barbara Allen Babcock, *Symposium: On Democratic Ground: New Perspectives on John Hart Ely: On Constitutional Ground: The Duty To Defend*, 114 YALE L.J. 1489, 1516–1520 (2005).

<sup>131</sup> יצוין כי על אף אי-החלה מפורשת של דיני איסור ההפליה, נראה כי ניתן לגזור את האיסור להפלות מסעיף 53 לחוק לשכת עורכי הדין (שמירת כבוד המקצוע) או מסעיף 61(3) לחוק (מעשה שאינו הולם את המקצוע). עוד יצוין כי איסור זה אף אינו נכלל בין הוראותיו של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א–2000, ס"ח 1765. ס' 3(א) לחוק אוסר הפליה באספקת שירות ציבורי מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות. הגדרת "שירות ציבורי" בסעיף 2(א) לחוק כוללת רשימה סגורה של שירותים – כגון תחבורה, תקשורת, חינוך, תרבות, בידור ותירות – אך לא שירותי חוק ומשפט.

<sup>132</sup> ראו: Kuehn & Joy, לעיל ה"ש 92, בעמ' 1996–1997.

<sup>133</sup> ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, לעיל ה"ש 80. ראו גם: Fred C. Zacharias, *The Images of Lawyers*, 20 GEO. J. LEGAL ETHICS 73, 84 (2007).

הייצוג, כל עוד מוסיף העניין להתברר בין כותלי בית המשפט.<sup>134</sup> דעתי בעניין זה מרחיקת לכת אף יותר, שכן אני סבורה כי ראוי לראות חובה זו כמתחילה עוד קודם לכן – בעת שהמשפטן קיבל רישונו לעסוק במקצוע עריכת הדין. כלומר מחובת עורך הדין לסייע לבית המשפט לעשות משפט ראוי לגזור את חובתו המקצועית-מוסרית להסכים לייצג בבית המשפט, בתחומי התמחותו, כל לקוח פוטנציאלי לא פופולרי הנזקק לשירותיו – שהרי סירוב שרירותי ללקוח זה בלא סיבה חוקית או אתית תקפה הריהו, בראייה רחבה, כסירוב לתת בידי בית המשפט את הכלים החיוניים במערכת אדברסרית לעשיית משפט צדק.

כלל 12 אף אינו מבטא נכונה את נאמנות עורך הדין לאינטרסים שלו עצמו, מאחר שהגשמת חירות העיסוק, חירות הביטוי ואוטונומיית הבחירה החופשית נעשית בדרך אשר יש בה כדי להסב פגיעה קשה ומיותרת באינטרס עצמי חיוני וחשוב לא פחות – שמירה על תדמיתו החיובית של מקצוע עריכת הדין ועל אמון הציבור בעוסקים בו. תדמית המקצוע ואמון הציבור מהווים אחד מערכי היסוד המכוננים את הפרופסיה המשפטית והמצדיקים את המשך קיומה.<sup>135</sup> כלל 12, הנותן בידי עורכי הדין שיקול דעת גורף ובלתי מסויג בבחירת לקוחותיהם, פוגע מאוד בערך מכונן זה, שכן הוא מאפשר היווצרות סיטואציה שבה אדם לא פופולרי עד מאוד יידחה בידי כלל עורכי הדין הכשירים לייצגו, לרבות האחרון שבהם! בנימה צינית משהו ניתן אמנם לטעון כי סבירות התממשותה של אפשרות תאורטית זו קלושה ביותר, הן הודות להיצע הרב של עורכי הדין לנפש בישראל והן משום שתמיד ימצאו עורכי דין ליברלים אידיאליסטים רדיקלים אשר יסכימו לייצג גם את הבזויים שבאנשים, תמורת שכר טרחה אשר אין בו ולו קצה קצהו של פיצוי על הרס המוניטין, הגינויים, הגידופים, הנזק הכלכלי ולעתים אף האיומים והאלימות הפיזית הצפויים להם בשל נאמנותם להשקפת עולמם. עם זאת, החשוב, לטעמי, במצב דברים זה הוא **עצם קיומה של אפשרות** – ולו רק תאורטית – להתממשות סיטואציה מעין זו, להבדיל מן הסיכוי ההסתברותי הראלי להתממשותה. שכן כל עוד הציבור (תומכי הגישה המוסרית והא-מוסרית כאחד) אשר הפקיד למשמורת בידי עורכי הדין את אחד הנכסים החיוניים ביותר לשלטון החוק הדמוקרטי, יודע כי ייתכן שאדם כלשהו – יהיו מעשיו, דעותיו ואמונותיו אשר יהיו – עשוי להימצא במצב שבו בעת צרה יתייצב פנים אל מול פנים למול "עורך הדין האחרון בעיר" – קרי, אותו עורך דין שסירובו לקבל על עצמו את הייצוג יסתום את הגולל על סיכויי למצוא עורך דין בעל מסוגלות מקצועית והיעדר מניעה חוקית ואתית לייצגו<sup>136</sup> – וישמע כי הוא מסרב לייצגו, אזי אמונו ביושרם, בהגינותם ובאחריותם החברתית של עורכי הדין

<sup>134</sup> לימור זר-גוטמן "חובת עורך-הדין לא להטעות את בית-המשפט" **עיוני משפט** כד 413, 455–456 (2000).

<sup>135</sup> זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין", לעיל ה"ש 128, בעמ' 233–235.

<sup>136</sup> ראו לעניין זה: Teresa Stanton Collett, *The Common Good and the Duty to Represent: Must the Last Lawyer in Town Take Any Case?*, 40 S. TEX. L. REV. 137, 138 (1999).

יכורסם במידה ניכרת.

עיצוב הסדרה נורמטיבית ראויה של אחריותו המקצועית של עורך הדין בקבלת לקוחותיו אינה מלאכה פשוטה כלל ועיקר. כעולה מן הפרקים הקודמים, היא מצריכה הכרעה בסוגיות מתחום המשפט, המוסר, האתיקה והפילוסופיה. מסיבה זו, דומה בעיניי כי גם את הפתרון הנדרש אין לבקש לעצב באמצעות כלים משפטיים בלבד, אלא יש לפנות גם לתוואי לבר-משפטי, ובמיוחד אל המישור החינוכי ואל המישור החברתי. במישור החינוכי, על ההוראה המשפטית-אקדמית הניתנת לתלמידי המשפטים באוניברסיטאות ובמכללות להקפיד לשים דגש על חינוך ערכי-מוסרי בדבר תפקידה ומקומה של הפרופסיה המשפטית בחברה ובדבר האחריות החברתית המיוחדת הטמונה במקצוע.<sup>137</sup> ממד ערכי-מוסרי זה ראוי שיקבל ביטוי גם בתכניהם של כנסים והרצאות המוצעים לעורכי דין במהלך עיסוקם. דומה כי רבים מעורכי הדין המבקשים להימנע מייצוג אנשים לא פופולריים, כמו גם רבים מעורכי הדין המבקרים את עמיתיהם על בחירתם לייצג אנשים אלה, עושים זאת מתוך הבנה חסרה ולקויה של האחריות המקצועית המוטלת על חברי הפרופסיה כלפי קבוצה ייחודית זו. ניתן כמובן להחזיק בדעות שונות הן באשר לטיב התשתית המוסרית-אידאולוגית הצריכה לעמוד בבסיס אחריותו המקצועית של עורך הדין בבחירת לקוחותיו והן באשר להיקף שיקול הדעת הצריך להינתן לו בבחירת לקוחות בכלל ולקוחות לא פופולריים בפרט, אולם ליבון המחלוקות בסוגיה זו חשוב שייערך באופן מושכל, תוך הבנת מכלול הערכים והשיקולים הרלוונטיים. הוויכוח שהוצג לעיל בין שני המשפטנים האמריקנים – פרופ' מונרו פרידמן ופרופ' מייקל טיגר – הנו דוגמה לשיח מושכל שכזה (על אף היבטים אישיים ורגשיים השזורים בו),<sup>138</sup> אשר עד כה טרם נערך בישראל, למרבה הצער. חינוך לאחריות חברתית כבר בשלב לימודי המשפטים, בעת שמעצבים עורכי הדין לעתיד את יסודות תפיסת עולמם המשפטית, ולאחר מכן הדגשת ממד זה בקרב העוסקים בעריכת דין, עשויים לתרום רבות להקניית הכלים הנחוצים להבנה מלאה וכוללת יותר של הסוגיה ובעקבות זאת לאפשר ניהול שיח מושכל ומפרה עליה.

במישור החברתי, על לשכת עורכי הדין ועל האקדמיה המשפטית לנקוט יזמות הסברתיות שמטרתן לא רק פיתוח תודעה משפטית בקרב הציבור הרחב, כי אם גם הסברת החשיבות הטמונה בהגשמת הזכות לייצוג ובהנגשתו השוויונית של המשפט לכל דורש לשם עשיית משפט צדק. יש לעשות לקידום שיח ציבורי מושכל בסוגיה, תוך הסברת מכלול הערכים והשיקולים הרלוונטיים וכפועל יוצא מכך גם יש להקפיד

<sup>137</sup> ראו: לימור זר-גוטמן "לימודי האתיקה המקצועית כחלק מהחינוך המשפטי בישראל" **מחקרי משפט** כג 89, 112–113 (2006); זיו, לעיל ה"ש 62, בעמ' 388; Robert R. Kuehn, *A Normative Analysis of the Rights and Duties of Law Professors to Speak Out*, 55 S.C. L. REV. 253, 301 (2003).

<sup>138</sup> ראו לעיל פרקים א.2 ו-ב.1.

שלא להותיר בלא מענה הסברתי הולם ביקורות דמגוגיות ומשתלחות המכוונות כלפי עורכי דין שנטלו על עצמם את מלאכת ייצוגם של אנשים לא פופולריים.

במישור המשפטי, הפתרון הנדרש, לגישתי, הוא כזה המשלב בין תיקון כלל 12 לכללי האתיקה המקצועית לבין הקמת גופי ייצוג אשר ייעדו עצמם לתת מענה לקשייהם של אנשים לא פופולריים במציאת ייצוג. באשר לתיקון כלל 12: כמוסבר לעיל, הותרת שיקול דעת מוחלט כמעט לגמרי בידי עורך הדין, בלא קביעת אמות מידה באשר לאופן הפעלתו – מנדטוריות או מכוונונות – הנה הסדרה לקויה וחסרה הצריכה שינוי. עם זאת, הנני סבורה כי השינוי הרצוי אינו טמון דווקא באימוץ הסדר נורמטיבי רדיקלי בעל מוטיב כופה, דוגמת זה הנוהג באנגליה באשר ל-Barristers ובמידה פחותה הרבה יותר גם באשר ל-Solicitors, כי אם באימוץ הסדר נורמטיבי מתון יותר, הנעדר מוטיב כופה, דוגמת ההסדר האמריקני המותיר בידי עורך הדין את שיקול הדעת בבחירת לקוחותיו, אולם בה בעת מבקש להנחותו באמצעות אמות מידה אתיות בדבר אופן הפעלתו הראוי של שיקול הדעת האמור. הסדר נורמטיבי בעל מוטיב כופה לא זו בלבד שפוגע יתר על המידה בחירויות העיסוק והביטוי ובאוטונומיית הבחירה החופשית של עורך הדין, כי אם במקרים רבים הוא אף מתגלה כבלתי יעיל וכבלתי אכיף, בעטיים של חריגיו, וכפותח פתח לניצולו לרעה בידי לקוחות פוטנציאליים המבקשים לאמץ טקטיקות מניפולטיביות בבחירת עורכי דינם.<sup>139</sup> לעומת זאת, הסדר של שיקול דעת בבחירת לקוחות, הנסמך על תשתית אידאולוגית-פילוסופית ליברלית א-מוסרית והמלווה בכללים אתיים מנחים, מבקש להביא את עורך הדין לעריכת בחירת לקוחות נכונה שלא על דרך הכפייה, כי אם מרצון חופשי המושתת על הכרתו והבנתו את טיב אחריותו המקצועית. באמור לעיל אין כדי לגרוע במאום מן ההכרח לסייג באופן כופה את חירותו של עורך הדין בבחירת לקוחותיו באמצעות דיני איסור ההפליה. בחירת לקוחות מפלה סותרת את ליבתו של מקצוע עריכת הדין ועל כן יש לאסרה במפורש.<sup>140</sup> קיים אמנם קושי בלתי מבוטל

<sup>139</sup> בהקשר אחרון זה של ניצול לרעה של הסדר הכופה חובת ייצוג בידי לקוחות פוטנציאליים, ניתן להביא בחשבון, בין היתר, מניפולציות הקשורות בעברו, בזהותו ובעיסוקיו החוץ-משפטיים של עורך הדין; כך עלולים, למשל, להיווצר מצבים שבהם (בהתאמה) נאשם במעשי טרור או בעברות ביטחון יבחר בהפגנתיות סגור בעל עבר צבאי; אדם בעל אידאולוגיה פוליטית ימנית-קיצונית "ישתמש" באופן ציני בעורך דין ערבי לשם קידום יעדיו; ויזמי פרויקטים הכרוכים בפגיעה באוצרות טבע או בהרס עתיקות יפעלו לקבלת ההיתרים הנדרשים לפעילויותיהם דווקא באמצעות עורך דין המזוהה עם גופים הפועלים למען שימור הטבע והסביבה.

<sup>140</sup> ראו בעניין זה את קביעת בית המשפט הגבוה של מדינת מסצ'וסטס בעניין Nathanson, לעיל ה"ש 92:

"[A]n attorney with a private legal office who advertises to the public must abide by the law and not discriminate on the basis of gender. This conclusion is particularly warranted because attorneys are licensed by the state, are trained to bring claims that protect the individual as well as the

באכיפתו של איסור זה, אולם אין להמעט בחשיבות הטמונה בעצם עיגונו. אם תיעשינה מניפולציות כדי לחמוק מציות לו, אמנם לא יהיה בו כדי להשיג את מטרתו העיקרית – יצירתו, להלכה ולמעשה, של אקלים מקצועי הנעדר דחיייה מפלה של לקוחות, אולם עדין יהיה בעיגונו הפורמלי המפורש משום איתות לחברי הפרופסיה באשר לאחריות המקצועית המתחייבת מהם בהקשר זה. סיכומו של האמור לעיל הוא כי כלל ראוי בדבר בחירת לקוחות צריך להורות כדלקמן:

- א. עורך דין רשאי, לפי שיקול דעתו, שלא לקבל עניין לטיפולו; החליט עורך דין שלא לקבל עניין לטיפולו, יודיע על כך לפונה תוך זמן סביר.
- ב. בהפעילו את שיקול דעתו לפי סעיף קטן (א), ראוי כי לא יסרב עורך דין לקבל עניין לטיפולו אלא לאחר שנתן משקל הולם הן לנסיבותיו האישיות והן לנסיבות חברתיות הנובעות ממקצועו ובכללן, בעיקר, לחשיבות הציבורית שבהבטחת נגישות שוויונית לשירותים משפטיים ולמחויבותה של הקהילה המשפטית להפעיל סמכויותיה לטובת כלל הציבור, כדי לשמר את אמונו המתמשך בה.
- ג. על אף האמור בסעיף קטן (א), לא יסרב עורך דין לקבל עניין לטיפולו מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטייה מינית, גיל, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות או מוגבלות של הלקוח הפוטנציאלי.
- ד. אין בהסכמתו של עורך דין לייצג אדם משום עדות לתמיכתו באמונותיו הפוליטיות, הכלכליות, החברתיות או המוסריות של לקוחו, וכן לא במעשיו, במטרותיו או ביעדיו של הלקוח.

בצד כלל מוצע זה, נדרשת גם הקמת גופי ייצוג שיבטיחו את נגישות השירותים המשפטיים לאנשים לא פופולריים, שכן במגוון מנגנוני הייצוג הקיימים כיום אין כדי לספק מענה הולם דיו לקשיים בפניהם ניצבים אנשים אלה. רבים מהמנגנונים הקיימים אמנם נוטלים על עצמם, לא אחת, את מלאכת ייצוגם של אנשים לא פופולריים, אולם אין הדבר נעשה אך משום אפיון זה של הלקוחות הפוטנציאליים, כי אם משום שהטיפול בענייניהם תואם מטרת אחרת שהציבו לעצמם אותם מנגנונים.<sup>141</sup> גופי ייצוג שמטרת פעולתם המוצהרת (בין הבלבדית ובין אחת מיני כמה

public's rights, and are considered 'officers of the legal system.'"

<sup>141</sup> כך, למשל, הסנגוריה הציבורית, אשר קהל לקוחותיה מורכב בהגדרה מאנשים לא פופולריים – מי יותר ומי פחות – מעניקה ייצוג בהליכים פליליים רק לעומדים בתנאי זכאות הקבועים בחוק; סיוע משפטי ממלכתי עשוי להינתן בתחומים אזרחיים לאנשים לא פופולריים רק אם הם עומדים במבחני הזכאות הכלכלית הנדרשים; תכנית "שכר מצווה", המופעלת על ידי לשכת עורכי הדין החל משנת 2002, מיועדת גם היא לספק סיוע משפטי בתחומים אזרחיים רק למעוטי אמצעים, אם כי כאן מבחני הזכאות רחבים יותר מאלה המוחלים לצורך קבלת סיוע משפטי ממלכתי; והאגודה הזכויות האזרח, הפועלת מתוך תפיסה אידאולוגית-פילוסופית ליברטריאנית א-מוסרית, נכונה ליטול על עצמה ייצוג לקוחות לא פופולריים אשר עניינם

מטרות) תהא הבטחת נגישותם השוויונית של שירותים משפטיים לאנשים לא פופולריים, לא זו בלבד שיספקו מענה לצורכיהם של אותם אנשים, אלא שאף יהיה בכוחם לקדם את המודעות לעניין זה בתוך הקהילייה המשפטית ומחוצה לה וכן לספק גיבוי ארגוני לפועלים במסגרתם וכפועל יוצא מכך אף לתמרץ עורכי דין פרטיים לייצג בלא רתיעה וחשש אנשים לא פופולריים במסגרות עיסוקיהם הרגילות.

בפתרון המוצע יש, לדעתי, משום איזון מידתי וראוי בין כלל האינטרסים המתחרים: חירויות העיסוק והביטוי ואוטונומיית הבחירה החופשית של עורך הדין מחד גיסא, ואוטונומיית הרצון הפרטי של הלקוח הפוטנציאלי הלא פופולרי כמו גם מגוון השיקולים הציבוריים הצריכים לעניין מאידך גיסא. פתרון זה אמנם אינו מבטיח לאדם הלא פופולרי נגישות אל עורך הדין הספציפי שבו הוא מעוניין, אולם בעיה זו אינה ייחודית לקבוצת הלקוחות הפוטנציאליים הלא פופולריים, אלא קיימת גם בקבוצות נוספות, דוגמת אנשים מעוטי אמצעים שמרבית עורכי הדין הפרטיים אינם נגישים עבורם מחמת גובה שכר הטרחה הנדרש, או אף אנשים בעלי אמצעים רבים יותר שגם אינם יכולים לשלם את שכר הטרחה הגבוה הנדרש על ידי עורך הדין הספציפי שבו הם מעוניינים. כשם שאת קשיי הנגישות הנעוצים בטעמים כלכליים ראוי לפתור באמצעות יצירת מנגנוני ייצוג מיוחדים ולא באמצעות הטלת חובת ייצוג על עורכי דין, כך גם את קשיי הנגישות הנעוצים בחוסר הפופולריות של הלקוח הפוטנציאלי ראוי לפתור באמצעים פוגעניים פחות מכפיית חובת ייצוג, אשר יש בהם כדי לספק מענה יעיל ואפקטיבי דיו. יתרה מכך, דומה כי אף לא יהא זה נכון לראות בכפיית חובת ייצוג כמגשימה בצורה טובה יותר את אוטונומיית הרצון הפרטי של הלקוח הפוטנציאלי הלא פופולרי: אמנם להלכה אכן יש בה כדי להרחיב את נגישות הייצוג אולם לא כך הדבר למעשה שכן, כפי שהוסבר בפרק הקודם,<sup>142</sup> עורכי דין שאינם מעוניינים לציית לה יוכלו לעקפה בנקל באמצעות מגוון טיעונים. אמנם כשמדובר באיסור להפלות בבחירת לקוחות פוטנציאליים, בקשיי האכיפה אין כדי למנוע את עיגון הכלל הכופה, נוכח העובדה כי מדובר בעניין העומד בסתירה שורשית ועמוקה למהות הפרופסיה המשפטית; אך כשמדובר בחובה לייצג אדם לא פופולרי, בצד קשיי האכיפה ניצבת פגיעה ניכרת בחירויות העיסוק והביטוי ובכללי השוק החופשי, בצירוף העובדה כי יש בנמצא אמצעי פוגעני הרבה פחות, ואף יותר אפקטיבי, לשם הגשמת התכלית הראויה הנדרשת.

מצריך עיסוק בסוגיות חוקתיות אסטרטגיות בעלות פוטנציאל להשפיע על קבוצות אוכלוסייה שלמות. גם מגוון הקליניקות המשפטיות הפועלות במסגרות אקדמיות אינן מיעדות עצמן למתן סיוע משפטי לאנשים החווים קשיי נגישות לייצוג משפטי בשל היותם לא פופולריים, כי אם נוטלות על עצמן את ייצוגם ככל שהדבר תואם את מטרות פעולתן המוצהרות (סיוע לקבוצות מוחלשות ולמעוטי יכולת, טיפול בעניינים עקרוניים בעלי פוטנציאל להביא לשינוי כולל בתחום המדובר וכיו"ב).

<sup>142</sup> ראו לעיל ה"ש 122-123 והטקסט הנלווה להן.

## 1. סיכום

ברומן *To Kill a Mockingbird* ("מות הזמיר")<sup>143</sup> מסופרים קורותיו של עורך הדין Atticus Finch, החי בעיירה קטנה ושלווה במדינת אלבאמה שבדרום ארצות-הברית, בשנות השלושים של המאה שעברה. Atticus, עורך דין הגון ומוערך בקרב בני קהילתו, המעניק משירותיו לא רק לאלו שהממון מצוי בכיסם, מתמנה באחד הימים על ידי בית המשפט לייצג את Tom Robinson, אזרח שחור כבן עשרים וחמש שנה המואשם באינוס אישה לבנה. למן הרגע הראשון משוכנע הסנגור הלבן מעבר לכל ספק כי ראייתם הסטראוטיפית הגזענית של בני קהילתו (לה, כמובן, אין הוא שותף) היא שהולידה האשמת כזב כנגד לקוחו. לפיכך הוא מנהל מלחמה משפטית מסורה ועיקשת לחשיפת האמת, הגובה ממנו את מעמדו החברתי האיתן ואת המוניטין שצבר במשך שנות עיסוקו. הקורא הנשאב מבלי משים אל נבכי העלילה הדמיונית כעד אילם לעוול גזעני מקומם המביא חורבן שסופו מוות על אדם חף מפשע, צפוי להזדהות בנקל עם מוכנותו ההרואית של Atticus להקרבת מעמדו החברתי ושמך הטוב למען הוכחת חפות לקוחו. לא כך הדבר במציאות החיים היומיומית, שבה מגודר החברה אינם תמיד חפים מפשע או שחפותם אינה כה זועקת וברורה מאליה, מה גם שאין הם ניחנים באישיות אלגנטית ייחודית כשל Tom Robinson. במצבים אלה, הזדהות הקורא עם מאבקו של עורך הדין למען לקוחו כבר אינה מובטחת. בצד אלה הצפויים להוקירו על מסירותו ונאמנותו להבטחת תקינות ההליך המשפטי, יש העשויים לבקרו על שנמנע מלבקש מבית המשפט שישחררו מן הייצוג על מנת שיוכל להקדיש זמנו, ידיעותיו וניסיונו לרווחתם של בני קהילתו ולתיקון עוולות חברתיות; ויש אף העשויים לראות בייצוג המסור והנמרץ ביטוי לתמיכה מוסרית-אישית במעשים האנטי-חברתיים המיוחסים ללקוח.

הטלת אחריות מוסרית על עורך דין בגין התנהגותם או אישיותם של לקוחותיו סומכת עצמה על הגישה המוסרית לבחירת לקוחות, הגורסת כי כל עוד נהנה עורך הדין מחירות בבחירת לקוחותיו, הרי שההחלטה לייצג אדם אנטי-חברתי מבטאת הכרעה ערכית הגוררת אחריה אחריות מוסרית לתוצאות הבחירה. כנגד גישה זו ניצבת הגישה הא-מוסרית, הרואה בעורך הדין כמי שמייצג אך את חירויותיו וזכויותיו של הפרט ולא את מעשיו ויעדיו ועל כן משחררת אותו מאחריות מוסרית-חברתית לבחירת לקוחותיו. לארצות-הברית ולאנגליה כללים אתיים המאמצים את הגישה הא-מוסרית לבחירת לקוחות. מדינת ישראל, לעומת זאת, נמנעה עד כה מאימוץ מפורש של תשתית פילוסופית כלשהי בסוגיה – מוסרית או א-מוסרית. יתרה מכך, בארצות-הברית ובאנגליה דיני האתיקה עוסקים באופן נרחב בשאלת טיבה ומהותה של אחריותו המקצועית של עורך הדין בבחירת לקוחותיו. דיני האתיקה המקצועית בישראל נמנעים

<sup>143</sup> HARPER LEE, TO KILL A MOCKINGBIRD (1960).



כליל מן העיסוק בסוגיה זו. הימנעות זו – אשר כמוסבר לעיל, סיבותיה נעוצות בחירות העיסוק, בחירות הביטוי, בכללי השוק המסחרי החופשי ובהנחה הסתברותית בדבר יכולתו של כל אדם למצוא בסופו של דבר עורך דין כלשהו אשר יסכים לייצגו – אינה ראויה. היא עומדת בניגוד יסודי ועמוק לתכלית כללי האתיקה המקצועית בדבר השמירה על תדמיתו החיובית של המקצוע ועל אמון הציבור בו; היא עומדת בניגוד לאוטונומיית הרצון הפרטי של הלקוח הפוטנציאלי וליעדים הציבוריים-חברתיים שהפרופסיה המשפטית נדרשת לקדם; ולגישתי היא אף עומדת בניגוד לחובת עורך הדין לשמש כ"נאמן בית המשפט" ולעזור לבית המשפט לעשות משפט – חובה אשר ראוי לראותה כבעלת נפקות גם בשלב בחירת הלקוחות.

ההכרעה בדבר מהות אחריותו המקצועית של עורך הדין בבחירת לקוחותיו מהווה בהכרח תוצר של עימות בין נאמנותו לבית המשפט ולחברה לבין נאמנותו לאינטרסים עצמיים. איזון ראוי בעימות זה מוביל, לדעתי, לעיצוב כלל אתי מכווין ומנחה, הנסמך על תשתית אידאולוגית-פילוסופית ליברלית א-מוסרית; זאת, למעט לעניין בחירת לקוחות מפלה, העומדת בסתירה שורשית עזה לליבתו של מקצוע עריכת הדין ועל כן מחייבת איסור כופה. הכלל האמור צריך שילווה בהקמת גופי ייצוג אשר ייעדו עצמם לתת מענה לאותם אנשים החווים קשיי נגישות לייצוג משפטי מחמת היותם לא פופולריים.

באימוץ ההסדרה המשפטית המוצעת – בשילוב עם מאמצי החינוך וההסברה שנדונו בפרק הקודם – יש, לדעתי, כדי להוביל להטמעת מחויבות מקצועית עמוקה ואמיתית לייצוג לקוחות לא פופולריים ולהערכה ולהוקרה חברתית כלפי אלו הנוטלים על עצמם מלאכה זו וכפועל יוצא של כך לקיומה של מערכת משפט שוויונית וטובה יותר, שבה גדלים הסיכויים להביא לבירור האמת.

השופט Brandeis, אחד השופטים הדגולים בתולדות ארצות-הברית, נתבקש פעם להשיא עצה לעורך דין שהתלבט בשאלה אם ליטול על עצמו את מלאכת ייצוגו של אדם מאוד לא פופולרי. בעקבות פנייתו של אותו אדם, קיבל עורך הדין מכתבים רבים מחבריו, אשר הפצירו בו לסרב לבקשת הייצוג. עורך הדין הביא את אסופת המכתבים לעיונו של השופט Brandeis ולאחר שהלה קרא כמה מהם, השיב לעורך הדין בדברים אשר יש בהם כדי לשקף באופן חד וקולע את תכליתה של רשימה זו:

"Before you reject this cause, I suggest you consider resigning from the bar. On further consideration, you might even resign from the human race".<sup>144</sup>

<sup>144</sup> ראו ציטוט הדברים אצל: Morris L. Ernst & Alan U. Schwartz, *The Right to Counsel and the "Unpopular Cause"*, 20 U. PITT. L. REV. 727, 731 (1959).