

הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל*

מאת

שחר אלדר**

חרף העובדה שהזכות לייצוג על ידי עורך דין זכתה למעמד חוקתי, היא אינה חולשת על רכיבים מרכזיים של הייצוג, ובהם מאפייני המייצג, אופי הייצוג, טיב הייצוג ועלות הייצוג. תובנה זו אינה נלמדת מפסקי הדין מתחום המשפט החוקתי או הפלילי העוסקים בזכות לייצוג ומעלים אותה על נס, כי אם מפסקי דין המשתייכים לגוף שיח נפרד – שיח של הגנה על לשכת עורכי הדין והפרופסיה המשפטית. המאמר דן מזווית ייחודית בקשר שבין הזכות לייצוג לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל, תוך התמקדות בשני פסקי דין שבהם חיזק לאחרונה בית המשפט העליון את מעמדה של לשכת עורכי הדין – האחד בעניין עו"ד שטנגר והשני בעניין פיצוי נמרץ. אגב קריאה ביקורתית, הנשענת על תובנות מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, המאמר מבהיר מהו האופן שבו דחייתו של בית המשפט העליון את ההסדרים שהציעו העותרים בשני פסקי הדין, הכרה בזכות קיומן של חברות לתיווך שירותים משפטיים והקמתן של לשכות מתחרות ללשכת עורכי הדין בישראל, מחלישה את מידת השליטה של הזכאים לייצוג על מאפייניו.

* טיוטא קודמת של המאמר הוצגה בפני פורום המרצים לאתיקה מקצועית ובמסגרת הסמינר הפקולטטיבי בקריה האקדמית קרית אונו. המחבר מודה לחברי הפורום ולמשתתפי הסמינר וכן לרונן אברהם, לאלקנה לייסט ולטל אלדר על הערותיהם המועילות. המחבר מודה גם למיכאלה קלי, לעדי חזן ולהלית אורן-רשף על הסיוע בעריכת המאמר. המאמר מוקדש לזכרם של ד"ר דיוויד וינר וד"ר עדי אזור, חברי פורום המרצים לאתיקה מקצועית, שאינם עוד וחסרונם מורגש.

** מרצה, הקריה האקדמית קרית אונו.

1. פתיח
2. פסקי הדין
 - א. שיח של הגנה על זכויות הלקוח: פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח
 - ב. שיח של הגנה על הפרופסיה המשפטית: פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ
3. מבט ביקורתי
 - א. הפרדת האינטרס של הלקוחות מהאינטרס של עורכי הדין
 - ב. לשכת עורכי הדין: על רגולציה עצמית ומונופול יעיל
 - ג. חברות תיווך של שירותים משפטיים: על ההבדלים בין פרסום ישיר לפרסום עקיף
4. מבט כולל
 - א. קריאה משולבת של פסקי הדין
 - ב. הוזלת מחיר הייצוג ושיפור טיבו
 - ג. התאמת מחיר השירות לטיבו
 - ד. גיוון השירות (מאפייני המייצג)
 - ה. קביעת כללי האתיקה והיקף החובה של עורך הדין כלפי הלקוח (מאפייני הייצוג)
 - ו. יצירת מודעות לזכויות משפטיות
5. לאחר סיום: בית המשפט המחוזי מתיר תיווך של שירותים משפטיים

1. פתיח

יש שהשלכותיו של פסק דין מתגלות למקרא פסקי דין אחרים, המספקים את המסגרת, או ההקשר, של אותו פסק דין. כך קרה בשנת 2004, כאשר פסק הדין החשוב בעניין האגודה לזכויות האזרח¹, שעניין באופן הרחב ביותר עד כה את הזכות לייצוג כזכות חוקתית, ניתן בתוך מסגרת של שני פסקי דין, האחד, בעניין שטנגר², ניתן חודשיים ומחצה לפניו והאחר, בעניין פיצוי נמרץ³, ניתן כארבעה חודשים אחריו, ושניהם סיפקו לו הקשר מפכח. בעניין האגודה לזכויות האזרח פסל בית המשפט תקנה שאפשרה לגורמים בשירות בתי הסוהר להפסיק מפגש בין עורך דין לאסיר ללא הסמכה מפורשת בחוק. בעניין שטנגר נדחתה עתירתו של עורך דין לאפשר את הקמתן של כמה לשכות לאיגוד עורכי הדין בישראל. בעניין פיצוי נמרץ נדחתה עתירתה של חברה המפנה את לקוחותיה לעורכי דין שעמם היא קשורה לצורך טיפול משפטי, לבטל את כלל 11ב' לכללי האתיקה של עורכי הדין⁴, המגביל את יכולתן של חברות פרטיות לספק ללקוחותיהן שירותי עריכת דין. פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ דנים על פניהם ביסודותיו של מקצוע עריכת הדין, אך הם מדגישים גם את מגבלותיה

- 1 בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746 (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח).
- 2 בג"צ 2334/02 שטנגר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נח(1) 786 (להלן: עניין שטנגר).
- 3 בג"צ 9596/02 פיצוי נמרץ, המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחים נ' שר המשפטים, פ"ד נח(5) 792 (להלן: עניין פיצוי נמרץ).
- 4 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן גם "כללי האתיקה").

של הזכות לייצוג חרף המעמד החוקתי שקנתה זכות זו. תוך כדי קריאתם התחדדה אצלי התובנה שהזכות לייצוג אינה חולשת על מרבית מרכיביו המרכזיים של הייצוג, הם מאפייני המייצג, אופי הייצוג, טיב הייצוג ועלות הייצוג, כך שלציבור הנדרשים למערכת המשפט (שלצורכי נוחות יקראו להלן "הלקוחות") אין שליטה מספקת על מרכיבים אלה. פועל יוצא של פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ הוא חיזוקה, כמעט מבלי משים, של המגמה למדר את את הלקוחות מהשליטה במאפייניו של הייצוג נושא הזכות לייצוג שניתנה להם, בבחינת סוס ללא מושכות. "כמעט מבלי משים", שכן למעט אזכורים קצרים שאינם משפיעים על הדיון, פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ אינם דנים מפורשות בזכות לייצוג. כאשר עובדה זו מצטרפת לעובדה שפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח אינו דן מפורשות ביסודותיו של מקצוע עריכת הדין (וממילא אינו מאזכר את פסק הדין בעניין שטנגר שקדם לו), נוצר הרושם שבית המשפט רואה את פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ, מחד גיסא, ואת פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, מאידך גיסא, כמשתייכים לגופי שיח נפרדים.

הפרק השני להלן יפתח את הדיון בתיאור תמציתי של פסקי הדין הנדונים. הפרק השלישי ימשיך בקריאה ביקורתית של פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ תוך הישענות על תובנות בסיסיות מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט. במסגרת זו יפותח טיעון שלפיו ההסדר הנוכחי, המקנה ללשכת עורכי הדין הן מונופול על שוק השירותים המשפטיים והן סמכות להסדרה עצמית, אינו מאוזן, ויועלה טיעון נוסף בזכות קיומן של חברות לתיווך שירותים משפטיים. לסיום, הפרק הרביעי יציע קריאה משולבת של פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ עם פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, תוך ניתוח יחסי הגומלין שבין הנושאים העומדים בבסיסם.

2. פסקי הדין

א. שיח של הגנה על זכויות הלקוח: פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח

ביום 19.12.2001 תיקן השר לביטחון פנים את תקנה 29 לתקנות בתי הסוהר⁵, כך שתורה כי "פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר, אלא אם כן קיים חשד ממשי כי מתן השירות באופן האמור, יאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו או ביטחונו של אדם, את שלום הציבור או את ביטחון המדינה". כנגד נוסח זה של התקנה הוגשו שתי עתירות, אחת על ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל, המוקד

5 תקנות בתי הסוהר, תשל"ח-1978.

להגנת הפרט והוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, והאחרת על ידי לשכת עורכי הדין בישראל, בטענה המשותפת כי התקנה פוגעת בזכותו של אסיר להיוועץ בעורך דינו, שלא בחוק או על פיו ובאופן שאינו מידתי.

לאחר שהוגשו העתירות ובעודן תלויות ועומדות תיקן השר לביטחון פנים פעם נוספת את נוסחה של תקנה 29, והנוסח המתוקן קבע הוראה מרוככת, לאמור: "29(א) פגישת אסיר עם עורך דין, שיש לה קשר ענייני לשירות המקצועי שנותן עורך הדין לאסיר, תיערך שלא בטווח שמיעה של אדם אחר. (ב) התעורר חשד ממשי כי פגישת אסיר עם עורך דין כאמור בתקנת משנה (א) תאפשר ביצוע עבירה המסכנת את שלומו של אדם או את ביטחונו או את שלום הציבור או את ביטחון המדינה, רשאי הנציב או מנהל בית סוהר להורות על מניעת הפגישה או הפסקתה".⁶ העותרים הודיעו לבית המשפט כי אין בנוסח החדש כדי לייתר את עתירותיהם, והוסכם בין הצדדים שתוגשנה עתירות מתוקנות בהתאם לנוסח זה. בעתירות המתוקנות טענו העותרים כי גם הנוסח החדש, המרוכך, של תקנה 29 פוגע בזכות ההיוועצות בעורך דין באופן שלא עוגן בחוק ושאינו מידתי.

בפסק דין המעלה על נס את הזכות לייצוג קיבל בית המשפט העליון את העתירות ברוב דעות.⁷ בית המשפט קבע כי התקנת הסדר המגביל את פגישתו של אסיר עם עורך דינו מצריכה הסמכה "מפורשת ומפורטת"⁸ בחקיקה ראשית, ועיגן את קביעתו במעמדה של הזכות לייצוג כזכות יסוד, מעמד הנובע מהיותה "דרושה בכדי ליתן תוקף לזכות לחירות, לכבוד ולקניין".⁹ בית המשפט קבע גם כי "זכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, ובכללה הזכות להיפגש עם עורך דין והזכות להיות מיוצג על ידו, היא

6 התקנת התקנה לוותה בהוצאת נוהל על ידי לשכת היועץ המשפטי של שירות בתי הסוהר, שלפיו סוהר יוכל להימצא בטווח ראייה של הפגישה בין עורך הדין לבין הלקוח. במקרה של "חשד מבוסס כגון מידע ספציפי שהתקבל בדבר כוונה וניצול פגישה [לצורך ביצוע עבירות כאמור בתקנה – ש'א'] או העברת חפץ אסור שעלול לשמש לביצוע עבירות כאמור", יובא העניין לידיעת מנהל בית הסוהר אשר יוכל להחליט, לאחר התייעצות עם ראש מערך המודיעין בשירות בתי הסוהר ועם היועץ המשפטי של שירות בתי הסוהר, ולאחר מתן זכות טיעון לעורך הדין, החלטה שתוקפה עד 14 יום למניעת המפגש. לאחר מועד זה מניעת המפגש תיעשה בהחלטת נציב שירות בתי הסוהר. הנוהל נותן בידי גורמים מדרג נמוך ממנהל בית סוהר את הסמכות להשהות מפגש בין עורך דין לבין לקוח לפרק זמן של עד ארבע שעות.

7 בית המשפט הורה על ביטול תקנה 29, אך השהה את תוקפה של החלטת הביטול בתשעה חודשים לצורך הסדרה אפשרית של הנושא בחקיקה ראשית.

8 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל הערה 1, בע' 762. בית המשפט לא הסתפק בהקשר זה בהוראתו הכללית של סעיף 132(17) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, שלפיה השר הממונה על ביצוע הפקודה רשאי להתקין תקנות ל"כל ענין אחר שפקודה זו מורה שאפשר להתקין לו תקנות וכל ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו, שלומם ויעילותם של סוהרים, ניהולם הטוב של בתי סוהר ומשמעתם ומשמורתם הבטוחה של אסירים בתחום בתי סוהר ובשעת עבודתם מחוץ לתחום בתי סוהר".

9 שם, בע' 764. הזכויות לחירות, לכבוד ולקניין מעוגנות בעיקר בסעיפים 5, 2 ו-3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתאמה.

זכות יסוד, המגשימה את החירות המוקנית לו למנות לעצמו שלוח כרצונו וכן את זכותו להליך הוגן"¹⁰.

ב. שיח של הגנה על הפרופסיה המשפטית: פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ

כחודשיים וחצי לפני מתן פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח נתן הרכב אחר של בית המשפט העליון את נימוקיו לדחיית עתירתו של עו"ד חיים שטנגר כנגד חוקיותם של סעיפים 2(2), 42 ו-93 לחוק לשכת עורכי הדין¹¹ המעגנים ביחד הסדר המחייב את כל הרוצה לעסוק בעריכת דין להיות חבר בלשכת עורכי דין אחת ולשלם לה דמי חבר. לגישתו, הסדר סטטוטורי שפגיעתו בחופש העיסוק של עורכי הדין ובזכות הקניין שלהם פחותה, יאפשר את הקמתן של כמה לשכות עורכי דין, כך שעורכי הדין ייהנו מחופש בחירה ביניהן. עמדתה של לשכת עורכי הדין בעתירה הייתה כי רק לשכה אחת "המייצגת את כלל עורכי הדין והמציגה עמדה אחידה"¹² תוכל להסדיר את העיסוק במקצוע ולפקח עליו. במילים אחרות, לשכת עורכי הדין לא כפרה במעמדה המונופוליסטי בהסדרת השירותים המשפטיים, ואף לא בפגיעה בחופש העיסוק הגלומה במעמד זה, אך הציגה עצמה כמונופול יעיל העונה על דרישת המידתיות המוטלת מכוח פסקת ההגבלה¹³ על כל פגיעה בחופש העיסוק.

בית המשפט העליון פירט את נימוקיו לדחיית העתירה בפסק דין קצר, בו ייחד פסקה בודדת לדיון במעמד המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל. בית המשפט בודד כתכליתו של ההסדר הסטטוטורי הקיים את הצורך להבטיח רמה נאותה של שירותי עריכת דין לציבור ושמירה על טוהר המקצוע. בית המשפט ציין כי תכלית זו היא ראויה באשר היא "משחררת את הלשכה מלחצים כלכליים ואחרים העשויים לפגוע ביכולתה להסדיר כיאות את המקצוע"¹⁴, והוסיף שלא שוכנע "כי אמצעים אחרים יוכלו להגשים את התכלית הראויה בהיקף ובעוצמה כפי שהדבר נעשה על ידי חוק הלשכה, תוך פגיעה פחותה בחופש העיסוק"¹⁵.

בית המשפט ייחד דיון קצר גם להיבט ההסדרה העצמית (self-regulation) של ההסדר הסטטוטורי הקיים, שלפיו הסדרת מקצוע עריכת הדין בישראל מתבצעת על ידי לשכת עורכי הדין, המורכבת באופן בלעדי מעורכי דין הקובעים לעצמם את כללי האתיקה ושופטים את עצמם. בית המשפט ציין הסדרים אפשריים אחרים, כגון הסדרת המקצוע על ידי רשות שלטונית, על ידי בית המשפט או על ידי מועצה שאינה

10 שם, בע' 761.

11 חוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין).

12 עניין שטנגר, לעיל הערה 2, בע' 790.

13 סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

14 עניין שטנגר, לעיל הערה 2, בע' 798.

15 שם, שם.

מורכבת באופן בלעדי מעורכי דין, אך קבע כי ההסדר הקיים מדגיש את האופי הפנימי והקולגיאלי של הלשכה ואת מאפייניו הפרופסיונליים של העיסוק בעריכת דין, וככזה הוא אינו פוגע בחופש העיסוק יותר מאשר דרכים אחרות להסדרת המקצוע.

חודשים ספורים לאחר שבית המשפט דחה את עתירתו של עו"ד שטנגר וחיוק בכך את מעמדה של לשכת עורכי הדין כמונופול להסדרת שוק השירותים המשפטיים, קיבל המונופול של לשכת עורכי הדין חיוק נוסף בדמות דחיית עתירתה של חברת פיצוי נמרץ כנגד חוקיותו של כלל 11ב' לכללי האתיקה. העותרת, שפרסמה את שירותיה במתן סיוע למימוש הטבות וזכויות רפואיות, ביטוחיות ופיננסיות ובהגדלת הנגישות של לקוחותיה לרשויות המינהל והבריאות, ביקשה להפנות את לקוחותיה לשירותם של עורכי דין שעמם היא קשורה לצורך מימוש זכויותיהם המשפטיות בתחומים האמורים. בדרכה של העותרת¹⁶ עמד כלל 11ב' לכללי האתיקה, הקובע לאמור: "(א) עורך דין לא ייתן שירות משפטי ללקוח, שהפנה אליו גוף – שאינו עורך דין, שותפות של עורכי דין או חברת עורכי דין – הפועל למטרת רווח ולמטרה זו מפרסם ברבים מתן שירותים משפטיים. (ב) עורך דין המועסק על ידי מי שאינו עורך דין, שותפות של עורכי דין או חברת עורכי דין (להלן – המעסיק) לא ייתן שירות משפטי למי שאינו מעסיקו אם המעסיק פועל למטרת רווח וגובה תמורה בעד אותו שירות משפטי. (ג) הועד המרכזי, בהתייעצות עם ועד מחוז, רשאי להתיר, מטעמים מיוחדים שבטובת הציבור, חריגה מהוראות אלה, בתנאים ולתקופה שיקבע". הצדדים לעתירה הציגו עמדות שונות ביחס לתכלית העומדת בבסיסו של כלל 11ב'. לשכת עורכי הדין הציגה בבסיסו של הכלל תכלית "פופולרית" של הבטחת חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוחותיו ושמירה על עצמאותו ועל אי תלותו של עורך הדין. כמו כן הדגישה הלשכה את העובדה שביטול הכלל יאפשר עקיפה של כללי האתיקה על ידי חברות כגון העותרת, שכללי לשכת עורכי הדין אינם חלים עליהן. חברת פיצוי נמרץ מצדה נקטה גישה רטורית מעניינת. עמדתה היתה שכלל 11ב' מגן למעשה על פרנסתם של עורכי הדין הוותיקים והמבוססים על חשבונם של עורכי דין צעירים הנזקקים להפניית תיקים מגופים כגון פיצוי נמרץ, בכיסוי של תכלית ראויה. כתכלית המשמשת לכיסוי מטרתו האמיתית של כלל 11ב' הציבה חברת פיצוי נמרץ את השמירה על רמתו של מקצוע עריכת הדין ועל טהרתו, תכלית שאין ספק שהינה פופולרית פחות, לפחות בקרב ציבור הלקוחות, מהתכלית של הבטחת חובת הנאמנות של עורך הדין ללקוח.

בית המשפט העליון פתח את דיונו בשאלת חוקיותו של כלל 11ב' בהכירו בכך שהכלל פוגע לא רק בחופש העיסוק של עורכי הדין ובחופש העיסוק של גופים

16 יצוין כי עמדתה הבסיסית של העותרת הייתה שעורכי הדין הפועלים עמה אינם מפרים את כלל 11ב'. לעמדה זו ראו רע"א 4196/02 פיצוי נמרץ בע"מ נ' לשכת עורכי הדין בישראל, תק"על

2002(2), 2688.

כגון העותרת, אלא גם באוטונומיה של הלקוחות לבחור לעצמם עורכי דין באמצעות העותרת ודומותיה, ובמידת הנגישות של לקוחות אלה לערכאות משפטיות, נגישות שגופים כגון העותרת יכולים לקדם. ואולם מעבר לפתיח קצרצר זה נמנע בית המשפט מלפתח את הדיון בזכויות הלקוחות והתמקד בייחוד מקצוע עריכת הדין ובכללי האתיקה החלים על מקצוע זה. למעשה, בית המשפט המיס את הדיון בזכויות הלקוחות לתוך הדיון בכללי האתיקה, ביוצאו מנקודת הנחה שלפיה "כללי האתיקה המקצועית של לשכת עורכי הדין נועדו להבטיח את האתיקה המקצועית של עורכי הדין ולהגן על ציבור הלקוחות המתקשר עימם", הנחה שתבוקר להלן כתמימה¹⁷. לעניין התכלית שבבסיס כלל 11ב' אימץ בית המשפט בעניין פיצוי נמרץ את עמדתה של לשכת עורכי הדין, שלפיה נועד כלל זה למנוע את עקיפת כללי האתיקה החלים על עורכי דין, כאשר חלופה (ב) נועדה גם לשמור על עצמאותו של עורך הדין לבל ייכנס למצב של ניגוד עניינים בין טובתו של הלקוח לבין טובתה של החברה המעסיקה. בית המשפט מצא תכליות אלה ראויות ואת כלל 11ב' מידתי: את כללי לשכת עורכי הדין לא ניתן להחיל או לאכוף על גופים שאינם חברי הלשכה, והנזק הפוטנציאלי של עקיפת כללי האתיקה שתתאפשר לגופים אלה לו יבוטל כלל 11ב' עולה על הנזק הכרוך בהפעלתו של כלל זה.

3. מבט ביקורתי

א. הפרדת האינטרס של הלקוחות מהאינטרס של עורכי הדין

פסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ ראויים לתשומת לב משותפת בשל הנושא המשותף לשניהם: ייחוד שוק השירותים המשפטיים לחברי לשכת עורכי הדין בישראל. שני פסקי הדין מכריעים בעד שמירת מעמדה החזק של לשכת עורכי הדין, ובשניהם משמשת כבסיס להכרעה הנחה שתיקרא להלן "הנחת זהות האינטרסים": השוואת האינטרס של לשכת עורכי הדין בחיזוק עם האינטרס של ציבור הלקוחות. הן דבר קיומה של לשכת עורכי דין מרכזית אחת המסדירה את עצמה (בעניין שטנגר) והן האיסור על קיומן של חברות המתווכות שירותים משפטיים (בעניין פיצוי נמרץ) מוצגים כתורמים לקהל הלקוחות. התכלית שבבסיס הסדרת העיסוק בעריכת דין במסגרת לשכת עורכי הדין "הינה להבטיח – באמצעות גוף סטטוטורי המפעיל פיקוח ובקרה מקצועיים על השירות שעורך הדין נותן ללקוחו – רמה נאותה של שירותי עריכת דין לציבור ושמירה על טוהר המקצוע"¹⁸. חיזוק מעמדה של לשכת

17 ראו להלן, 3.א.

18 עניין שטנגר, לעיל הערה 2, בע' 795.

עורכי הדין בישראל מוצג כבא להגן על "רבים במדינה [ה]נזקקים לשירותי משפט"¹⁹. התכלית שבבסיס האיסור על תיווך ממוסד בין עורכי דין לבין לקוחות היא השמירה על כללי האתיקה החלים על עורכי דין, המקדמים "הגנה על ציבור הלקוחות ושמירה על אינטרס הציבור ואמונו במקצוע עריכת הדין"²⁰.

הנחת זהות האינטרסים ועמדת בית המשפט הכורכת לתוך כללי האתיקה את טובת הלקוחות הנן עקביות עם התפיסה של עריכת הדין כפרופסיה. המונח "פרופסיה" מתייחס לאסטרטגיה של סגירות חברתית שנוקטים ספקי שירותים המצריכים תחום ידע ספציפי, כגון משפטים, לצורך שליטה על השוק של שירותים אלה. פרופסיה מתאפיינת בפיקוח על הכניסה אליה, בהגבלת התחרות בין חבריה ובמידה של הסדרה עצמית. מאפיינים אלה מקנים לחברי הפרופסיה הגנה מפני כוחות השוק שתוצאתה עליית רווחיותם המצרפית ומוביליות חברתית קולקטיבית. המצדדים בפרופסיה²¹ מניחים כי מאפייניה האמורים משרתים בסופו של דבר גם את צרכניהם של השירותים שהיא מציעה, כשאיכותו של השירות הניתן לצרכנים מובטחת באמצעות האתוס הפרופסיונלי, המתבטא ברוח של שליחות ציבורית ובכללי אתיקה שנוטלים על עצמם חברי הפרופסיה, ולא באמצעות המנגנונים הנסתרניים של השוק החופשי. ה-American Bar Association (להלן: ABA), המאגד את הפרופסיה המשפטית בארצות הברית, אימץ בהקשר זה את הגדרתו של Roscoe Pound, שלפיה פרופסיה היא "קבוצה של אנשים העוסקים בתחום נלמד כשליחות משותפת, ברוח של מתן שירות לציבור"²².

מבקרי רעיון הפרופסיה מדגישים את ניגוד האינטרסים המובנה בין ספקים לצרכנים,

19 שם, שם.

20 עניין פיצוי נמרץ, לעיל הערה 3, בע' 802.

21 עמדה קיצונית בהקשר זה היא הגישה הפונקציונלית למקצוענות המיוחסת לאמיל דורקהיים, שלפיה מקצוע מתארגן על מנת לקדם אינטרס ציבורי. אינני בטוח שבית המשפט אימץ גישה זו במלואה, ולכן הטקסט מניח גישה מתונה יותר בפיהם של המצדדים בפרופסיה. לתיאור הגישה הפונקציונליסטית ראו: R. G. Pearce "The Professionalism Paradigm Shift: Why Discarding Professional Ideology Will Improve the Conduct and Reputation of the Bar" 70 N. Y. U. L. Rev. (1995) 1229, 1238–1240 (לדעת Pearce, המשפט מצוי כיום בתהליך מהפכני שבמסגרתו הגישה הפונקציונליסטית — ואיתה התפיסה הכללית של המשפט כפרופסיה — מפנות את מקומן למה שהוא מכנה, בעקבות תומס קון, "פרדיגמה" חדשה של המשפט כעסק; הוא מציע לעורכי הדין לקבל מהפכה זו לא בצער כי אם בתקווה לשיפור השירותים המשפטיים המסופקים לציבור).

22 R. Pound *The Lawyer from Antiquity to Modern Times: With Particular Reference to the Development of Bar Association in the United States* (St. Paul, Minn., 1953) 5; ההגדרה אומצה על ידי ה-ABA בדו"ח שכותרתו מגלה את עמדתו: *In the Spirit of Public Service: A Blueprint for the Rekindling of Professionalism* (Chicago, 1986). באנגליה, הועדה המלכותית לבדיקת השירותים המשפטיים משנת 1979 כללה בהגדרת הפרופסיה "מחויבות ראשונית וייחודית ללקוח". ראו אצל R. O'Dair *Legal Ethics: Text and Materials* (London, 2001) 65–66.

ששום רוח של שליחות ציבורית לא תגבר עליו²³. הזכויות העודפות שתובעות לעצמן הפרופסיות מאפשרות לא רק את קידומה של שליחות ציבורית, אלא בראש ובראשונה את קידומן של מטרותיהם הצרות של חברי הפרופסיה, על חשבון טובת הציבור. עמדה הנותנת משקל רב מדי לאתוס הפרופסיונלי מתעלמת מהמתח הקיים בין החובה לשרת את הציבור לבין הנטייה הטבעית לשירות עצמי. בהתאם לביקורת מרכזית, הפרופסיות תורמות לכוחן שלהן יותר מאשר לתפקיד החברתי שהן ממלאות²⁴.

בהקשר המשפטי, כללי האתיקה שעורכי הדין נוטלים על עצמם במסגרת התאגדותם כפרופסיה משפטית יכולים להגן על האינטרסים של קהל הלקוחות או לקדם את האינטרס של עורכי הדין להשיא את עושרם²⁵. ואכן, לפחות חלק מכללי האתיקה הנוהגים כיום מבוססים על ניגוד בין האינטרסים של לשכת עורכי הדין, כגוף המאגד ספקי שירותים, לבין האינטרסים של הלקוחות. כללי האתיקה מסדירים בין היתר את הדרכים לתשלום שכר טרחה לעורך הדין, את מקום המפגש עם עורך הדין, את המקרים שבהם חב עורך הדין חובה ראשונית לחבריו למקצוע על חשבון לקוחותיו, את דרכי התמודדותו של עורך הדין עם מצבים של ניגוד עניינים אפשרי, את היקף זכותו של עורך הדין להאציל את תפקידיו בשירות הלקוח לאחרים ואת סוג המידע שעורך הדין יפרסם ללקוחותיו הפוטנציאליים. לגבי כל אחד מנושאים אלה קיים מגוון של הסדרים אפשריים, המתמקמים בנקודות שונות על הציר שבין שירות האינטרס של הלקוחות לבין שירות האינטרס של עורכי הדין. מנקודת מבט היסטורית, למצער מקצת מכללי האתיקה שבחרו איגודים משפטיים במקומות שונים אימצו הסדרים המשרתים את האינטרסים של עורכי הדין על חשבון הלקוחות²⁶. Monroe Freedman מספר אנקדוטה מעניינת שלפיה ה-ABA הוסיף את המילה Model ל-Model Code of Professional Responsibility משנת 1969, כחלק מאסטרטגיה של הצגת הכללים למשרד המשפטים האמריקני כמודל אקדמי ולא כמזימה מונופוליסטית של עורכי הדין נגד ציבור הלקוחות²⁷.

בישראל, מידת יכולתם של ההסדרים האתיים להשפיע על מארג הכוחות שבין

23 ראו, למשל, R. L. Abel *American Lawyers* (New-York, 1989); A. T. Kronman *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* (Cambridge, Mass., 1993); T. D. Morgan "The Evolving Concept of Professional Responsibility" 90 *Harv. L. Rev.* (1977) 702; D. L. Rhode "Why the ABA Bothers: A Functional Perspective on Professional Codes" 59 *Tex. L. Rev.* (1981) 689.

24 E. Friedson *Professional Powers: A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge* (Chicago, 1986).

25 האינטרס החברתי, הכולל את השאיפה לגילוי האמת ולעשיית צדק, משפיע גם הוא על הניתוח, כפי שיידון להלן בהערה 82 ובטקסט הנלווה לה.

26 Abel, *supra* note 23, at p. 232; M. H. Freedman *Understanding Lawyers' Ethics* (New-York, 1990) 1. וראו להלן 4.ה.

27 *Ibid*, at p. 5.

הפרופסיה המשפטית לבין הלקוחות קיבלה ביטוי מובהק בפסק הדין בעניין גאנץ.²⁸ באותו עניין נדרש בית המשפט לבחון את תוקפם החוקתי של כללים 27 ו-28 לכללי האתיקה, המחייבים עורך דין, המגלה כי עניין שהובא לטיפולו מטופל באותה עת או טופל בעבר על ידי עורך דין אחר, להימנע מטיפול או לעכב טיפול שכבר החל עד אשר יסכים לכך עורך הדין האחר בכתב.²⁹ כללים אלה, המאפשרים את הפיכת הלקוח ל"בן ערובה משפטי" של עורך הדין הראשון, מבטאים באופן ברור את העדפת האינטרס של עורכי הדין במציאת פתרונות לגביית שכר טרחתם על האינטרס של הלקוחות בשימור היכולת להמיר ייצוג שאינו לרווחם. בעניין גאנץ גילה בית המשפט תובנה לגבי קיומם של האינטרסים הנוגדים, והורה על ביטולם של כללים 27 ו-28, בין היתר בשל העדפה מפורזת של אינטרס עורכי הדין על אינטרס הלקוחות.³⁰

הן בפסק הדין בעניין שטנגר והן בפסק הדין בעניין פיצוי נמרץ לא גילה בית המשפט תובנה דומה למאבק הכוחות הניטש בין לשכת עורכי הדין לבין ציבור הלקוחות, והוא הניח זהות אינטרסים בין הצדדים. האמנם לשכת עורכי הדין מהווה מונופול יעיל, המיטיב עם ציבור הלקוחות, כפי שנקבע בעניין שטנגר? האמנם האיסור על תיווך ממוסד של שירותים משפטיים מגן על ציבור הלקוחות, כפי שנקבע בעניין פיצוי נמרץ? כדי להשיב על שאלות אלה יש להתבונן באופן מפורט יותר על המאבק הסמוי בין הקבוצות הנוגדות.

ב. לשכת עורכי הדין: על רגולציה עצמית ומונופול יעיל

שוק השירותים המשפטיים סובל מכמה כשלים העשויים להצדיק את הסדרתו. כשל אחד נעוץ בשסתומי המידע, החוסמים את מעבר המידע מספקי השירותים, הם עורכי הדין, לקהל הלקוחות. באופן טיפוסי, הלקוחות אינם יודעים להעריך את טיב השירות

28 בג"צ 4330/93 גאנץ נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221 (להלן: עניין גאנץ).

29 הכללים הבהירו כי "לא יסרב עורך הדין האחר ליתן הסכמתו כאמור אלא אם כן יש לו בקשר לאותו עניין תביעות או דרישות כספיות מאת הלקוח שעדיין לא נתמלאו, ואולם לא יסרב עורך הדין האחר ליתן הסכמתו אם התמלאו תנאים אלה: (1) הלקוח נתן ערובה מתאימה, לדעת הועד המחוזי או מי שהועד הסמיכו לכך, להבטחת הדרישות הכספיות של עורך הדין; (2) הלקוח הסכים למסור את הנושא השנוי במחלוקת להכרעת הועד המחוזי או מי שהועד המחוזי הסמיכו לענין זה".

30 יחד עם האמור היו שהתאכזבו מההנמקה של הנשיא ברק והשופט כהן בעניין גאנץ, בשל הימנעותם מביסוס החלטתם על שיקולים רחבים של טובת הלקוחות והציבור בכללותו (לרבות זכות הגישה לערכאות). אכן, בניגוד לגישתה של השופטת שטרסברג כהן בעניין גאנץ, הנשיא ברק והשופט כהן נמנעו מלבקר את התכלית שבבסיס כללים 27 ו-28, ופסלו את הכללים מטעמים של מידתיות בלבד. לביקורת ראו: N. Ziv "Combining Professionalism, Nation Building and Public Service: The Professional Project of the Israeli Bar 1928–2002" 71 *Fordham L. Rev.* (2003) 1621, 1658.

המשפטי שהם רוכשים, לעתים אף לא בדיעבד, וזאת בהיעדר הבנה משפטית ולאור העובדה שהצלחה או כישלון בתיק בודד תלויים במשתנים רבים זולת טיב הייצוג שניתן³¹. שסתומי המידע יוצרים כשל נוסף, מסוג ברירה שלילית (adverse selection). כאשר הקוחות אינם יודעים לזהות שירות טוב ולהעדיפו על שירות נחות, פוחת התמריץ של עורכי הדין להשקיע את המשאבים הדרושים למתן שירות טוב כגון זמן עבודה, זמן השתלמות, עלויות של ספרות משפטית ואמצעי עזר אחרים. במקביל צפויה להיווצר תחרות בין עורכי הדין על סמך קריטריונים הזרים לטיב השירות (כגון מידת הפרסום ויחסי הציבור). תחרות כזו תצריך הפניית משאבים לחיזוק קריטריונים אלה, תוביל לירידה זוחלת בהפניית משאבים לטיב השירות ולבסוף תגרום ליציאתם של שירותים טובים מהשוק. כשל מסוג שלישי הוא החצנה (externality) של עלויות. חלק גדול מהעלויות הנלוות לפעילות רשלנית או פסולה של עורכי דין נישא על ידי אחרים – לקוחות, צדדים שלישיים – באופן המחזק את התמריץ של עורכי הדין לקדם את האינטרסים האישיים שלהם על חשבון אינטרסים נוגדים של גורמים אלה. כשל מסוג רביעי מצוי בהיווצרותם הצפויה של טפילים (free riders) בקרב עורכי הדין. טפיל הוא מי שנהנה מתועלת הצומחת לקבוצה מסוימת מבלי לשאת בעלויות הכרוכות בכך. בהקשר הנוכחי צפויים להימצא עורכי דין הנהנים מהמוניטין ומאמון הציבור שעורכי הדין כקבוצה רוכשים על ידי שמירה על כללי אתיקה מסוימים, וזאת מבלי לשאת בעלות של שמירה על כללי אתיקה אלה בעצמם.

כשלי השוק האמורים והצורך בהסדרת שוק השירותים המשפטיים שעשוי לנבוע מהם³² אינם ממשמעים דווקא את יעילותו של ההסדר הנוכחי, המקנה ללשכת עורכי דין אחת גם מונופול וגם סמכות להסדרה עצמית. בעניין שטנגר אישר בית המשפט את ההסדר המונופוליסטי כשקבע כי "התכלית המונחת ביסוד ההסדר המונופוליסטי שאינו למטרת רווח היא ראויה, שכן היא משחררת את הלשכה מלחצים כלכליים ואחרים העשויים לפגוע ביכולתה להסדיר כיאות את המקצוע. היא אף שומרת על

31 ראו גם להלן, ג.4.

32 ניתוח כלכלי עשוי להצביע על כך שדווקא הסרת הרגולציה תאפשר לשוק לפתח כלים יעילים להתמודדות עם כשלי השוק המתוארים בטקסט. ללא רגולציה עשויים להיווצר ארגונים שיאגדו עורכי דין על פי קריטריונים של טיב ויפקחו על עבודתם. בעוד שלשכת עורכי הדין קיימת על פי חוק ותמשיך להתקיים עד לביטולו, ארגון פרטי שלא יצליח לשכנע את הציבור בטיב השירות שחבריו נותנים לא יצליח את מבחן השוק וייעלם. בהקשר זה, לשכת עורכי הדין מגנה על אותם עורכי דין שעמדו בתנאי סף החברות בה אך לא היו שורדים את מבחני השוק החופשי. ר' א' שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 263, 269 ו-275. את בעיית העלויות המוחצנות יפתור השוק באמצעות מתן סעדים אזוריים ללקוחות ולצדדים שלישיים. רון שפירא מעריך שדיני הנזיקין בישראל פותרים בעיה זו ביתר יעילות מאשר כללי האתיקה. שם, בע' 267 (בהערות-שוליים 9). במאמר זה אינני בוחן את האפשרות של ביטול הרגולציה על השירותים המשפטיים. תחת זאת אני מנתח הסדרים לשכלול שוק השירותים המשפטיים בהינתן הצורך ברגולציה.

האחידות הסטנדרטית של הפיקוח והבקרה³³. קביעה זו יש לקרוא על רקע דבריו של בית המשפט כי הסדרת המקצוע הינה לטובת ציבור הלקוחות³⁴. אך מה המשמעות של שחרור הלשכה מלחצים בהסדרת המקצוע? מה הם אותם לחצים "אחרים" שיש לשחרר מהם את הלשכה? ומי ישתתף בקביעת הסטנדרטים של הפיקוח והבקרה שתשמור הלשכה? משמעות אחת לפחות היא שלשכת עורכי הדין מסדירה את המקצוע מבלי שהיא נתונה ללחצים מצד הצרכנים בשוק, דהיינו ציבור הלקוחות³⁵, תוך שהיא חופשית לקבוע לעצמה את הסטנדרטים של הפיקוח והבקרה, וכך לשמר את הכשלים שהצריכו את הסדרת המקצוע מלכתחילה. מתגלה אבסורד: ההסדר הנוכחי מבקש לתקן את הכשלים הנובעים מהיתרונות שהשוק החופשי מקנה לעורכי הדין על קהל הלקוחות, באמצעות הענקת מונופול לעורכי הדין.

אמנם, עצמאותם של עורכי הדין חשובה ככל שמדובר בעצמאות מלחצים שלטוניים. עורכי הדין שולטים על הזרמת הביקורת כנגד הממשל לפתחם של בתי המשפט, ועל כן מהווים גורם חשוב בהפעלת הביקורת השיפוטית על פעולות הממשל. בהקשר זה ניתן להמשיך את עורכי הדין לגלגלים המניעים את מנגנון האיזונים והבלמים במסגרת הפרדת הרשויות הנהוגה בחברות דמוקרטיות. ההנחה היא שעורכי הדין יהיו חופשיים יותר להעלות ביקורת כנגד עוולות השלטון ובכך

33 עניין שטנגר, לעיל הערה 2, בע' 798.

34 בעניין שטנגר הניח בית המשפט שהסדרת המקצוע היא לטובת הלקוחות. במסגרת מבחן המידתיות השלישי (הבחון את היחס בין מידת התועלת הצפויה לצמח לציבור מהפעלתו של החוק לבין מידת הנזק לאינטרסים מוגנים הכרוכה בהפעלתו) ביקש בית המשפט לאזן רק בין התועלת החברתית שבהסדרת המקצוע לבין הפגיעה בחופש העיסוק של עורכי הדין – ותו לא. לגישתי, כפי שתואר בטקסט להלן, יש להכניס בתוך איזון זה גם את הפגיעה באינטרס של ציבור הלקוחות הגלום בהסדר המשלב מונופול והסדרה עצמית של לשכת עורכי הדין. את ההתמקדות של בית המשפט בחופש העיסוק ניתן להבין על רקע פגיעתה של פסקת שמירת הדינים בחוק יסוד: חופש העיסוק, המאפשר היום את פסילתם של סעיפים בחוק לשכת עורכי הדין בשל היותם מנוגדים לחופש העיסוק באופן שאינו עולה עם דרישותיה של פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. האינטרס של ציבור הלקוחות יכול להיות מוצג אמנם במונחים של חירות וקניין וכך ליהנות מהגנתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא שפסקת שמירת הדינים בחוק יסוד זה עדיין שרירה וקיימת (סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ומגבילה את כוחו הפוסל ביחס לחוקים הקודמים לו, ובכלל זה חוק לשכת עורכי הדין. ברם, אף אם האינטרס של הלקוחות אינו מעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק ועל כן לא יכול להוביל כשלעצמו לפסילתו של ההסדר המונופוליסטי שבחוק לשכת עורכי הדין, ניתן לדעתי לשקלל אינטרס זה בשלב בדיקת השלכותיו הכלליות של ההסדר במסגרת מבחן המידתיות השלישי.

35 למעשה, בעוד שלשכה אחת עמידה יותר מהסדר רב לשכתי בפני לחצים מצד רוב סוגי הלקוחות, לשכה אחת עמידה פחות בפני לחצים מצד לקוחות שהנם בעלים הן של אמצעים והן של אינטרסים חזקים מאוד כגון חברות מסחריות גדולות. ללקוחות מהסוג האחרון קל יותר להשליט את רצונותיהם על הפרופסיה המשפטית מקום שזו מנוהלת בידי לשכה מרכזית אחת באמצעות השתלטות על המנגנונים של אותה לשכה, וכך לקדם את האינטרסים שלהם באופן לא פרופורציונלי על חשבון לקוחות מסוגים אחרים. ראו: D. L. Rhode & D. Luban *Legal Ethics* (New-York, 3rd ed., 2001) 62.

להניע את מנגנון הבלמים והאיזונים באופן אפקטיבי יותר, ככל שיהיו חופשיים יותר מהתערבות השלטון בהסדרת עיסוקם. ברם, יש להבחין בין שחרור מכוחות השלטון לבין שחרור כולל מלחצים, בעיקר ככל שמשמע מכך שחרור מלחצים מצד הלקוחות ולמעשה שחרור מכוחות השוק. העצמאות מפני כוחות השלטון ניתנה לעורכי הדין לצורך חיזוק מעמדם של הלקוחות, שיוכלו להיעזר בעורכי דין עצמאים אל מול השלטון. שחרור מכוחות השוק, לעומת זאת, יפגע במעמד הלקוחות. כך, ה"חופש מלחצים" אפשר בעבר לעורכי הדין בישראל לקבוע מחירים מינימליים לשירותיהם³⁶, וכיום הוא מאפשר ללשכת עורכי הדין לנסח כללי אתיקה המוטים לטובת קבוצת עורכי הדין כגון כלל 11ב(א), שבו יתמקד הדיון בתת הפרק הבא של המאמר. התבוננות מפורחת על היחסים שבין לשכת עורכי הדין לבין ציבור הלקוחות מעלה שהמונופול שהוענק ללשכת עורכי הדין אינו יכול להיקרא "הסדר מונופוליסטי שאינו למטרת רווח"³⁷. לשכת עורכי הדין מרוויחה כתוצאה מן המונופול שניתן לה – ועל חשבון הלקוחות. המונופול שהוענק ללשכת עורכי הדין גם אינו בגדר מונופול יעיל. על פי תיאוריה כלכלית רווחת, מונופול מהווה הסדר יעיל כאשר העלות הנובעת מתמחור מונופוליסטי קטנה מהחיסכון שתמחור כזה יוצר. מדובר בחריג נדיר יחסית לכלל שלפיו הסדר מונופוליסטי פוגע ביעילות, ובהיעדר ראיות טובות לנגוד יש להתייחס לכל מונופול כאל הסדר בלתי יעיל³⁸. הדיון עד לשלב זה של המאמר רומז לכך שאין לראות במונופול של לשכת עורכי הדין מונופול יעיל, שכן בדומה לרוב ההסדרים המונופוליסטיים גם מונופול זה מוביל לעליית מחירים ולא להיפך. ניתוח מפורט יותר, המקשר בין ביטול המונופול ושיפור תמחורם של השירותים המשפטיים (וטיבים), יובא להלן בחלק הרביעי של המאמר.

במקביל, כשלשכת עורכי הדין יוצרת "אחידות הסטנדרטים של הפיקוח והבקרה", היא מונעת גיוון של אמצעי הפיקוח והבקרה כמו גם תחרות בין ספקים שונים של אמצעים אלה. ההיגיון הכלכלי מורה שקיומן של כמה לשכות יוביל לתחרות

36 סעיף 81 לחוק לשכת עורכי הדין הסמיך את המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין לקבוע תעריף מינימלי מחייב לשירותי עריכת דין, וזאת חרף האיסור הכללי החל על ארגונים לקבוע לחבריהם תעריף מינימלי (סעיפים 2(ב)(1) ו-47 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988). רק בשנת 1992 תוקן סעיף 81, כך שהתעריף המינימלי שתקבע הלשכה יהיה בבחינת המלצה לחברי הלשכה, אך לא יחייבם.

37 עניין שטנגר, לעיל הערה 2, בע' 798.

38 R. A. Posner *Antitrust Law: An Economic Perspective* (Chicago, 1976) 22. מונופול יעיל נוצר כאשר יצרן אחד יעיל יותר או יצירתי יותר מהתחרות, או כאשר אמצעי ייצור דלים ושוק קטן מאפשרים קיומו של יצרן אחד בלבד (מצב שני זה ידוע גם כ"מונופול טבעי"). J. M. Callow, Jr. "Cut-Throat Competition in the Friendly Skies" 61 *U. Cin. L. Rev.* (1992) 681, 704. שוק השירותים המשפטיים בישראל אינו עומד בתנאי הגודל המאפשרים מונופול יעיל. כמו כן, אין כל ראיה לכך שלשכת עורכי הדין היא יעילה או תחרותית יותר מגורמים אחרים שהיו קמים אולי אלמלא ההסדר החוקי האוסר את קיומם.

ביניהן על ציבור הלקוחות, ושהתנהגות תחרותית תוביל ליצירת הסדרים נוחים ללקוחות.³⁹ ניסיון מצטבר ממדינות אחרות תומך במסקנה שלפיה אחידות הסטנדרטים פועלת לטובת ציבור עורכי הדין על חשבון ציבור הלקוחות. ניתוח משווה המופיע במאמר פרי עטו של עלי זלצברגר⁴⁰ מגלה שהמקומות שמונהג בהם הסדר של ריבוי לשכות מאופיינים בהסדרים המיטיבים עם ציבור הלקוחות, כגון חיוב עורכי הדין בתקופות התמחות ממושכות וכן חיובם במתן שירותים פרו בוונו. אמנם, הסטת הדגש לטובת האינטרסים של הלקוחות על מנסרת האינטרסים המנוגדים של עורכי הדין ושל הלקוחות עשויה לקבל ביטוי גם על מנסרת האינטרסים המנוגדים של הלקוחות מצד אחד ושל עשיית הצדק מצד שני. הלקוחות לעתים מעוניינים לקדם אינטרסים לא לגיטימיים מבחינה חברתית או לזכות ביתרונות לא צודקים. כאשר כמה לשכות יתחרו ביניהן על קהל הלקוחות, חלקן עשוי לנקוט אסטרטגיה תחרותית ולצמצם את החובות של עורכי הדין החברים בהן כלפי בית המשפט, ככל שחובות אלה מנוגדות לרצון הלקוחות (למשל, החובה שלא להטעות את בית המשפט). ברם, החשש מפעילות לא רצויה של עורכי הדין כלפי בית המשפט אינו יכול להצדיק את המונופול שניתן ללשכת עורכי דין אחת לחלוש על כל היבטי הפעילות של עורכי הדין, בעיקר ההיבטים שבהם האינטרסים של הלקוחות מצויים בניגוד לאינטרסים של עורכי הדין עצמם. הסדר רב לשכתי יאזן את יחסי הכוחות בין עורכי הדין מזה לבין הלקוחות מזה, כאשר היחסים בין עורכי הדין לבין בתי המשפט והרשויות שבפניהם הם מופיעים יוסדרו על ידי מנגנון מרכזי נפרד (למשל בחוק לשכות עורכי הדין).

בהתייחס לתכלית של הרגולציה העצמית קבע בית המשפט כי "ביסוד מודל זה עומד הרציונל של הבטחת העצמאות והמומחיות של הלשכה כמערכת המפקחת על עריכת הדין... בכך הודגשו האופי הפנימי והקולגיאלי של הלשכה ומאפייניו הפרופסיונליים של תחום העיסוק. בכך גם ניתנה האפשרות לעורכי הדין ליטול חלק פעיל, אם רצונם בכך, בעיצוב מדיניותה של הלשכה".⁴¹ גם קביעה זו, כמו קביעתו של בית המשפט לעניין ההסדר המונופוליסטי המאפיין את לשכת עורכי הדין, יש לקרוא על רקע עמדתו של בית המשפט שלפיה הסדרת המקצוע הינה לטובת הלקוחות. הסתכלות מפוכחת יותר על היחסים בין עורכי הדין ללקוחותיהם מגלה שכללי האתיקה של עורכי

39 יש להדגיש שהלשכות צפויות להתחרות ביניהן באופן ישיר על לקוחות ולא על עורכי דין. הלקוחות צפויים לפנות ללשכות שבהן תנאי הסף והדרישות מעורכי הדין גבוהים יותר, ועורכי הדין ינהרו ללשכות אלה בעקבות הלקוחות. את הנהירה הצפויה של עורכי הדין ללשכות שיציבו בפניהם דרישות מחמירות יותר ניתן להסביר גם על ידי השאיפה להיכנס למועדונים אליטיסטיים. מכאן, שהסדר רב לשכתי אינו צפוי להוביל ל"מרוץ תחתית" אלא דווקא ל"מרוץ לצמרת".

40 ע' זלצברגר "קשר המשפטים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" משפטים לב (תשס"ב) 43, 56-64.

41 עניין שטנגר, לעיל הערה 2, בע' 796. Monroe Freedman רמז בעבר לאופיו הטאוטולוגי של הסבר מעין זה: לא ניתן להסביר את הצורך בהסדרה עצמית בצורך בעצמאות, שכן המשמעות של עצמאות היא החופש להסדרה עצמית. Freedman, *supra* note 26, at p. 2.

הדין אינם רק עניין של מומחיות, הם גם עניין של אינטרסים: לעורכי הדין מומחיות מופלגת בצד אינטרס חזק. כאן עולה שאלת המנסח היעיל של כללי האתיקה. על אף המומחיות של לשכת עורכי הדין היא צפויה לקבוע כללי אתיקה היעילים לה עצמה, בעוד שהוספת נציגות של ציבור הלוקחות תיצור מנגנון מאוזן יותר הצפוי להפיק כללי אתיקה מאוזנים יותר.

אין כל דופי באופי הפנימי והקולגיאלי של הלשכה כשלעצמו, וגם רצוי שעורכי הדין ייטלו חלק פעיל בעיצוב מדיניותה של הלשכה. הכשל טמון ב"עצמאות", היינו בבלעדיות, שניתנה לעורכי הדין בהסדרת כללי המקצוע. הסדר הרגולציה העצמית מעניק לעורכי הדין כוח מופרז ביחס ללקוחות בקביעת הכללים המסדירים את יחסיהם עמם, במידה שאין לה מקבילות במקצועות אחרים בישראל או בלשכות המאגדות עורכי דין במקומות שונים בעולם⁴². הסדר זה יוצר מעבר לא שווה של כוח: הלוקחות מושפעים מכללי האתיקה של עורכי הדין, אך יכולתם להשפיע על כללים אלה מוגבלת. מכאן, שכשל החצנת העלויות לא רק נשמר תחת הסדר של רגולציה עצמית, הוא אף עולה לרמה המערכתית. הבעיה מתנסחת בפשטות כך: ענף מקצועי שמסדיר את עצמו נוטה לדאוג לעצמו⁴³. בהקשר זה המונופול מחשק את ההסדרה העצמית. כוחה המרוכז של הלשכה חזק מכוחם של הלוקחות, שיכולתם להתאגד מוגבלת. כך גם הלוקחות תלויים בשירותיה של לשכת עורכי הדין ונמנעים מלבקר אותה.

ג. חברות תיווך של שירותים משפטיים: על ההבדלים בין פרסום ישיר לפרסום עקיף

הערה מקדימה: הדיון שלהלן יתמקד בחלופה (א) לכלל 11ב' לכללי האתיקה, האוסרת על קיומן של חברות לתיווך בין לקוחות למשרדי עורכי דין. לא תנותח חלופה (ב) לכלל, שעניינה העסקת עורכי דין על ידי חברות המציעות שירותים משפטיים, ושהינה בעייתית יותר מבחינת הפוטנציאל הגלום בה לניגוד עניינים⁴⁴.

42 לסקירה משווה של ההסדרים העומדים בבסיסם של מקצועות שונים בישראל ושל איגודי עורכי דין שונים בעולם, ראו אצל זלצברגר, לעיל הערה 40, בע' 53–64.

43 D. L. Rhode *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession* (New-York, 2000) 1–22, וגם במאמר המערכת: "Lawyers' Responsibilities and Lawyers' Responses" 107 *Harv. L. Rev.* (1994) 1547, 1601–1605.

44 בניגוד לעמדתו של בית המשפט בעניין פיצוי נמרץ, לעיל הערה 3, בע' 800, אני סבור שפוטנציאל לניגוד עניינים אינו ייחודי לסיטואציה שבחלופה 11ב(ב). בית המשפט ציין כי "בסיטואציה המיוחדת שבה עוסק כלל 11ב(ב), גלומה, באופן אינהרנטי, נאמנות כפולה של עורך הדין ללקוחו מחד גיסא, ולחברה המעסיקה אותו ומפנה אליו לקוחות, מאידך גיסא. לחברה המעסיקה עשויים להיות אינטרסים שונים מהאינטרסים של הלקוח עצמו ואף מנוגדים לו". בית המשפט הדגים אינטרסים נוגדים במצב שבו קיים אינטרס של החברה המעסיקה לסיום מהיר של ההליכים, שאינו הולם בהכרח את האינטרס של הלקוח, ומצב שבו המיקוד של החברה המעסיקה הוא באינטרס הכלכלי של הלקוח שאינו ממצה בהכרח את האינטרסים של הלקוח בתיק, ולעתים אף אינו מהווה את האינטרס העיקרי שלו. אינני רואה ניגודי עניינים מסוג זה כייחודיים לסיטואציה

כלל 11ב(א) מהווה דוגמה מובהקת להסדר המיטיב באופן לא מאוזן עם עורכי הדין על חשבון הלקוחות. עניין זה יפותח בפרק הבא. עתה די לראות כי בניגוד לפסק הדין בעניין שטנגר, פסק הדין בעניין פיצוי נמרץ מכיר, אף אם באופן חלקי, באינטרסים הנפגעים של ציבור הלקוחות. כלל 11ב' פוגע באוטונומיה של הלקוחות לבחור פרקליט בתיווך של גורמים חיצוניים, וביכולתן של חברות תיווך "להפוך את הערכאות המשפטיות לנגישות יותר למי שזכאים לקבל סעד משפטי למימוש זכויותיהם"⁴⁵ — אלא שבית המשפט לא מקנה לתובנה זו משקל בבדיקת חוקיותו של כלל 11ב'. הסיבה לכך נעוצה אולי בתפיסה הדומה בעיקרה לתפיסה שבאה לידי ביטוי בעניין שטנגר, ולפיה "כללי האתיקה המקצועית של לשכת עורכי הדין נועדו להבטיח את האתיקה המקצועית של עורכי הדין ולהגן על ציבור הלקוחות המתקשר עמם"⁴⁶. השילוב בין תפיסה זו לבין הקביעה כי התכלית מאחורי כלל 11ב' הינה השמירה על כללי האתיקה⁴⁷ מוביל באופן לוגי למסקנה שלפיה כלל 11ב' מגן על ציבור הלקוחות. הגנה זו מאזנת את הפגיעה באוטונומיה של הלקוחות ובנגישותם לערכאות המשפט הגלומה בכלל 11ב'.

על איזה מכללי האתיקה שומר כלל 11ב(א)? בית המשפט התמקד באיסור החל על עורכי דין לשווק בדרכים שונות את שירותיהם, שעיקרו באיסור (המסויג) החל על עורכי דין לפרסם את שירותיהם⁴⁸. חברות לתיווך שירותים משפטיים אינן מחויבות

שבה עורך הדין מועסק בחברה הנותנת שירותים משפטיים. ניגודי עניינים מסוג זה בדיוק הנם אינהרנטיים גם לסיטואציה שבה עורך הדין מייצג לקוח באופן עצמאי (לאחר שזה הופנה אליו על ידי חברת תיווך או הגיע אליו בכל דרך אחרת), אלא שתחת האינטרס הנוגד של החברה המעסיקה יש להציב את האינטרס הנוגד של עורך הדין עצמו. האינטרס הצר של עורך הדין יכול גם הוא לדרוש סיום מהיר של ההליכים כדי לפנות לעורך הדין זמן לעסוק בתיקים אחרים, או לדרוש את קידום האינטרס הכלכלי של הלקוח שממנו מקבל עורך הדין נתח, על חשבון אינטרסים אחרים של הלקוח (למשל: לשיקום בתיקי נזיקין או לשלמות התא המשפחתי בתיקי אישות). זוהי בדיוק "בעיית הנציג". עם זאת, ישנו הבדל כמותי בהיקף ניגוד העניינים האינהרנטי לסיטואציה של ייצוג במסגרת חברה ביחס לניגוד העניינים האינהרנטי לסיטואציה של ייצוג עצמאי. כאשר עורך הדין מועסק על ידי חברה, על הלחצים הפנימיים שלו לקדם את האינטרס שלו על חשבון הלקוח נוסף לחץ חיצוני מצד החברה המעסיקה לקדם את האינטרסים שלה. אינני יכול להעריך את מידתו של הלחץ העודף הקיים במקרה כזה, ואף אין בידי ממצאים אמפיריים בנושא זה. ייתכן שהפגיעה העודפת הגלומה בניגוד העניינים הנלווה להסדר שבכלל 11ב(ב) עולה על היתרון השולי הגלום בהסדר זה ביחס להסדר שבכלל 11ב(א) במונחים של חופש העיסוק ושכלול שוק השירותים המשפטיים. מאחר שכך אמנע מלדון בטקסט בחלופה 11ב(ב).

45 עניין פיצוי נמרץ, שם, שם.

46 שם, בע' 804.

47 לעיל, הערה 4.

48 עניין פיצוי נמרץ, לעיל הערה 3, בע' 798, 800–801. חרף התרת מושכות מסוימת החל בשנת 2001, עדיין נכון יותר לדבר על איסור (מסויג) לפרסם מאשר על היתר (מסויג) לפרסם, שכן רב האסור על המותר. ראו להלן, הערה 72.

לכללי האתיקה של עורכי הדין ולכן הן יכולות לפרסם מתן שירותים משפטיים ולהפנות את הלקוחות הפונים לעורכי דין תוך עקיפת איסור הפרסום.

האיסור לפרסם החל על עורכי דין מוסבר בכמה טעמים שעיקרם ההגנה על כבוד המקצוע, השמירה על איכותו והצורך להבטיח את אמון הציבור בו.⁴⁹ טעמים אלה נשללו בעיקרם על ידי בית המשפט העליון של ארצות הברית בעניין *Bates*,⁵⁰ עת ביטל כלל האוסר פרסום של עורכי דין. בית המשפט סבר כי הפגיעה בכבוד המקצוע ובאמון הציבור בו מתמצה בכך שכתוצאה מהפרסום הלקוחות יבינו שעורכי דין פועלים למטרות רווח, ובכך אין פסול.⁵¹ עוד סבר בית המשפט כי הפגיעה ברמת המקצוע עקב הורדת מחירים תאפיין רק עורכי דין שממילא רמתם ירודה. במסגרת הדברים שלהלן אצמצם טיעוני לכך שאף אם הטעמים שבבסיס איסור הפרסום הישיר על ידי עורכי דין מצדיקים איסור זה, הרי שפרסום על ידי חברות תיווך אינו מקיים טעמים אלה ואין טעם לאסרו.

נפתח בטעם שעיקרו הפגיעה בכבוד המקצוע. החשש הוא שעקרונות הפרסום האפקטיבי – שאליהם יפזלו ודאי עורכי הדין שירצו להשיא את התועלת מתקציב הפרסום שלהם – כוללים פרסום מושך עין, פרסום פרובוקטיבי, האדרת ערכו של המוצר המפורסם, זילות ערכם של מוצרים מתחרים, וכיוצא באלה שיטות שאינן מתיישבות עם כבוד המקצוע.⁵² נראה כי הסדר שיאפשר לחברות תיווך לפרסם שירותים משפטיים יתגבר במידה רבה על חשש זה. תחת הסדר כזה יספגו חברות התיווך את רוב הפגיעה בכבוד הגלומה בפרסום, שכן פרסום בלתי מכובד על ידי חברות התיווך ישליך בעיקר על תפיסת הציבור את חברות התיווך עצמן. כיוון שכך, תפחת ממילא גם הפגיעה באמון הציבור בעורכי הדין, שהרי אמון הציבור בעורכי הדין הוא פונקציה של הכבוד הנרכש לעורכי הדין.

49 ג' קלינג אתיקה בעריכת דין (תשס"א) 62 ואילך, והפסיקה המצוטטת שם.

50 *Bates v. State Bar of Arizona* 433 U.S. 350 (1977) (להלן: עניין *Bates*).

51 למעשה, בית המשפט בעניין *Bates* זנח את התפיסה או את הפרדיגמה של עריכת הדין כפרופסיה (שאותה ביטל כמיושנת), ואימץ תפיסה של עריכת הדין כעיסוק למטרות רווח. במסגרת תפיסה זו אין מקום לפרקטיקה של עורכי הדין להסתיר מציבור הלקוחות ואולי אף מעצמם את עובדת החיים שלפיה עורכי דין מרווחים את לחמם מעיסוקם. *Ibid*, at p. 368, וראו גם: *Pearce, supra*, note 21, at p. 1249. בית המשפט העליון בעניין שטנגר, לעיל הערה 2, ובעיקר בעניין פיצוי נמרץ, לעיל הערה 3, נמנע מלשנות את תפיסתו באופן דומה.

52 מחקרים אמפיריים שנערכו בארצות הברית באשר להשפעת הפרסום על ידי עורכי דין על תפיסת המקצוע עשויים להפיג את החשש האמור. *Rotunda* ריכוז מחקרים אלה והגיע למסקנות העשויות להפחית משפטנים רבים. אין מחקר שמוצא יחס שלילי בין כמות הפרסום לכבוד המקצוע בעיני הציבור. לא נצפה פיחות משמעותי בכבוד המקצוע בעקבות עניין *Bates*, שהתיר פרסום לעורכי דין. רק 2% מהאוכלוסייה תולים את הסיבה לפיחות בכבוד המקצוע בפרסום של עורכי דין, ולמעשה ישנם יותר אנשים שחושבים שפרסום תורם לכבוד המקצוע מאנשים שחושבים שהוא פוגע בו. R. D. Rotunda "Professionalism, Legal Advertising, and Free Speech in the Wake of *Florida Bar v. Went For It, Inc.*" 49 Ark. L. Rev. (1997) 703, 729–732.

החשש מהפגיעה ברמת המקצוע שתתלווה להיתר הפרסום הישיר על ידי עורכי הדין ימותן אף הוא כאשר הפרסום יתבצע על ידי חברות לתיווך שירותים משפטיים. בבסיסו של החשש מהירידה ברמתו של השירות המשפטי עקב פרסום עומד תסריט של מרוץ כפוי אל התחתית: אם יותר לעורכי דין לפרסם את מחירי שירותיהם הם יציעו מחירים פוחתים והולכים כדי להתחרות על לב הלקוחות, תוך פגיעה אפשרית ולעתים כמעט מתחייבת באיכות השירות שיסופק ללקוחות. אולם, המרוץ לתחתית אינו פונקציה של התחרות לבדה, אלא של שילוב בין התחרות לבין קיומם של ססתומי מידע המונעים מהלקוחות להעריך את טיב השירות המשפטי שהם רוכשים.⁵³ הערכת טיב השירות מצריכה מומחיות החסרה ללקוח, וכן יכולת פיקוח על עבודת עורך הדין לאורך זמן תוך השוואתה לשירותים אלטרנטיביים, שגם היא אינה מצויה אצל הלקוח המזדמן. לצורך בחירת שירותים משפטיים הלקוחות נאלצים להסתמך על בסיסי ההשוואה הזמינים להם, וכאשר מחירי השירות מתפרסמים ברבים בעוד שטיב השירות הוא נעלם, הלקוחות בוחרים עורכי דין שתעריפיהם מוזלים. בהתאם, האסטרטגיה השיווקית של עורכי הדין מתמקדת בהוזלת המחיר המוערכת על ידי הלקוחות גם על חשבון הפחתת טיב השירות שהלקוחות אינם יודעים להעריך. חברות לתיווך שירותים משפטיים צפויות לשחרר את ססתומי המידע האמורים בין עורכי הדין לבין הלקוחות, מאחר שלחברות אלו ישנה יכולת להעריך את טיב השירותים המשפטיים שהן מתווכות ולהעביר מידע זה ללקוחות. חברות התיווך יעסיקו מומחים שיפתחו אמות מידה להערכת עורכי דין, ואלה בהכרח יהיו טובות ויעילות יותר מאלה של הלקוח הממוצע. הערכותיהן תתבצענה על בסיס מאגר נתונים רחב מכפי שיש לכל לקוח יחיד, שיאפשר השוואה בין עורכי דין שונים לאורך זמן. חברות התיווך יוכלו לברור, לדרג, לתמחר ולהתאים ללקוח שירותים משפטיים משתנים בטיבם ובמחירם, ובכך יתרמו לשכלול שוק השירותים המשפטיים תוך בלימת המרוץ לתחתית. התוצאה היא שהפרסום על ידי חברות תיווך אינו צפוי לגרור את החסרונות המיוחסים לפעמים לפרסום ישיר על ידי עורכי הדין, ומכאן שהטיעון המרכזי של בית המשפט בעניין פיצוי נמרץ כנגד התרת קיומן של חברות לתיווך שירותים משפטיים, הוא החשש מפני עקיפת איסור הפרסום, אינו עומד. טיעון פוזיטיבי בזכות קיומן של חברות לתיווך שירותים משפטיים יובא בפרק הבא.

53 ראו לעיל 3.ב. ולהלן 4.ג. תובנה זו, שלפיה המרוץ לתחתית נובע משילוב של תנאי תחרות קשים עם חוסר מידע אצל הציבור, משיבה לדעתי למי שיטען שתנאי התחרות הקשים בשוק השירותים המשפטיים בישראל, שהם תולדה בעיקר של ריבוי עורכי הדין שנקלטו בשנים האחרונות בשוק, הורידו את מחירי השירותים המשפטיים ואתם את רמת השירות לשפל כזה, שהגברת התחרותיות הנובעת מהיתרי פרסום גורפים יותר לעורכי דין עלולה להרוס את המקצוע כליל. אדרבא, הסרת חלק ממגבלות הפרסום החלות כיום על עורכי דין תסייע ללקוחות לקיים מנגנון ברירה טוב יותר בין ספקי השירותים המשפטיים, כך שספקי שירותים טובים יאותרו ויתוגמלו בהתאם.

4. מבט כולל

א. קריאה משולבת של פסקי הדין

פסקי הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח מצד אחד ובעניין שטנגר ופיצוי נמרץ מן הצד האחר אינם מתכתבים ביניהם, ונוצר הרושם שבית המשפט משייך אותם לגופי שיח נפרדים: שיח של הגנה על זכויות הלקוחות מן הצד האחד ושיח של הגנה על עורכי הדין והאוטונומיה של הפרופסיה המשפטית מן הצד האחר. בפרק הקודם הצגתי את ניגוד האינטרסים האינהרנטי בין עורכי הדין כספקי שירותים לבין הלקוחות. ניגוד זה יוצר זיקה הדדית בין הנושאים הנדונים בפסקי הדין משני הצדדים: האוטונומיה של עורכי הדין ממדרת את הלקוחות מהליך קבלתן של החלטות הנוגעות לזכויותיהם, וההכרה בזכויות של הלקוחות מחייבת את עורכי הדין להתחשב בזכויות אלו, כלומר לצמצם את האוטונומיה שלהם. מאחר ששלושת פסקי הדין אינם מתייחסים לזיקה ההדדית ביניהם, הם יוצאים חסרים ממד חשוב ואולי אף מכריע. קריאה משולבת של פסקי הדין יכולה לחשוף ממד זה ולהציע הכרעות אלטרנטיביות לאלו שקיבל בית המשפט.

לדעתי, התובנה המרכזית שיש ללמוד מהקריאה המשולבת של פסקי הדין היא שאף כי הזכות לייצוג קנתה מעמד חוקתי בפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, הרי שפסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ מכרסמים בה ואינם מאפשרים לה להגיע לכלל מיצוי. בעניין האגודה לזכויות האזרח הכליל בית המשפט תחת הזכות לייצוג את הזכות לבחור עורך דין כרצון הלקוח, להיפגש עמו, להיוועץ בו ולהיות מיוצג על ידו. אולם, משעלתה הזכות לייצוג למעמד חוקתי, יש לתת בידי הלקוחות לא רק את הזכות לקבל טיפול של עורך דין כרצונם, אלא גם את הזכות לשלוט במאפייני הייצוג שעיקרם סוג המייצג, מחיר הייצוג, טיב הייצוג והיקף החובה של עורך הדין כלפי הלקוח ומעמדה אל מול זכויות מתנגשות. היבטים אלה של הייצוג, בעיקר בעקבות פסקי הדין שטנגר ופיצוי נמרץ, מצויים מחוץ לידיהם של הלקוחות ובשליטה כמעט בלעדית של חברי הפרופסיה המשפטית. לכך מכוון הדימוי שמאמר זה נושא כותרת: פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח נתן ללקוחות סוס, בעוד שפסקי הדין שטנגר ופיצוי נמרץ נטלו מהם את מושכות השליטה בסוס זה.

קריאה משולבת של פסקי הדין הנדונים מובילה אותי למסקנה שהרטוריקה של פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח, המפארת את המעמד החוקתי של הזכות לייצוג, אינה עולה בקנה אחד עם ההכרעות שאליהן הגיע בית המשפט בעניינים שטנגר ופיצוי נמרץ. מאחר שנקודת המוצא של מאמר זה היא כי הזכות לייצוג אכן מתאימה לקבלת מעמד חוקתי, לא אציע בהמשך ניסוח מתון יותר של הזכות לייצוג. תחת זאת אציג את המאפיינים שצריכים להתלוות לזכות חוקתית לייצוג, ואראה כיצד פתיחת שוק השירותים המשפטיים לכמה לשכות, וכן פתיחתו לחברות תיווך

שירותים משפטיים (בניגוד להכרעות בית המשפט בעניינים שטנגר ופיצוי נמרץ), עשויות לקדם את שליטת הלקוחות במאפיינים אלה.

ב. הוזלת מחיר הייצוג ושיפור טיבו

פסקי הדין בעניינים שטנגר ופיצוי נמרץ מאששים משטר שבו עורכי הדין מאוגדים בלשכת עורכי דין אחת המסדירה את עצמה. תחת משטר זה, הלקוחות – שיכולתם להתאגד אל מול המונופול מוגבלת – מתקשים להשפיע על מחיר הייצוג נושא הזכות החוקתית שניתנה להם ועל טיבו. במקביל, תת-התחרותיות בשוק הנשלט על ידי מונופול מונעת מטיב השירות וממחירו להגיע לאופטימום. פסק הדין בעניין פיצוי נמרץ מאשש באופן מיוחד את כלל 11ב(א), המסייע לעורכי הדין לשמר מצב של תת-תחרותיות. כלל זה אינו מאפשר לעורכי הדין לפרסם את שירותיהם, אף לא באמצעות חברות מתווכות, ובכך חוסך מעורכי הדין את התחרות המתפתחת בין מפרסמים להוזיל את מחירי מוצריהם כדי למשוך לקוחות. ניסיון מצטבר בארצות הברית ובאנגליה מלמד שכאשר עורכי הדין מפרסמים את שירותיהם, מחירי השירות יורדים.⁵⁴

בשוק משוכלל, הגברת התחרות בין ספקי שירותים יוצרת תמהיל של הוזלת מחירי השירותים עם שיפור איכותם של השירותים. הסדר המתיר את קיומן של כמה לשכות לאיגודם של עורכי דין או את קיומן של חברות לתיווך שירותים משפטיים יתרום הן לשכלול השוק בדרך של פתיחת ערוצי מידע בין עורכי הדין לבין הלקוחות והן להגברת התחרות בין עורכי הדין. הסדר זה ימצה את זכותם של הלקוחות לייצוג באופן טוב יותר מההסדר הנוכחי, המקנה ללשכת עורכי דין אחת מונופול על שוק השירותים המשפטיים ואינו מאפשר קבלת תיקים מחברות לתיווך שירותים משפטיים. תחרות חופשית בין הלשכות או חברות התיווך לבין עצמן תיצור מנגנון שיגן על הלקוחות מפני כוחם של עורכי הדין, שכן כל לשכה או כל משרד תיווך יאלצו להצדיק את קיומם, ומנגנון שיספק שירות יקר או לקוי למשך זמן ייעלם.⁵⁵ תחרות בין לשכות או חברות תיווך היא יעילה יותר מאשר תחרות בין עורכי דין בודדים

54 Rotunda, *supra* note 52, at p. 714. דוגמה לירידת מחירים כתוצאה מתחרות חיצונית ומהסרת מגבלות על פרסום התרחשה באנגליה, שם נאסר פרסום על סוליסטס עד שנת 1984, אז בוטל המונופול של עורכי הדין על עריכת המסמכים הנלווים לעסקאות בנדל"ן, והפרופסיה החליטה להגביר את התחרות על ידי הסרה של רבות מהמגבלות על הפרסום של עורכי דין. כתוצאה מכך הורידו עורכי הדין את שכר עריכת המסמכים בכמעט שליש. O'Dair, *supra* note 22, at p. 76.

55 "איסור הפרסום פוגע גם ברווחת הציבור. בדרך כלל הציבור מעוניין במידע נגיש, שיקל עליו לבחור באופן נכון את השירות המתאים לו. הפרסום משרת צורך זה. הציבור מעוניין גם בתחרות סבירה בין ספקי שירותים, בהנחה שתחרות כזאת מוזילה את המחיר ומשפרת את השירות." ציטוט זה לקוח מתוך רע"א 1367/95 פרופורציה מרכז רפואי בע"מ נ' מ"י, פ"ד מט(3) 28, 38, שם נדון בין היתר עניינה של חברה שפרסמה שירותי תיווך תמורת עמלה בין אנשים המעוניינים

(או משרדי עורכי דין), שכן הלשכות וחברות התיווך יידעו לברור נותני שירות טוב וזול מבין עורכי הדין⁵⁶, וללקוחות יהיה קל יותר להשיג מידע ולעבד מידע על מספר מצומצם של לשכות או של חברות תיווך שמפרסמות פרטים על שירותיהן, מאשר על מספר גדול של עורכי דין ש(כמעט) אינם מורשים לפרסם.

חברות לתיווך שירותי עריכת דין צפויות ליצור תמהיל של הוזלת מחירי השירותים המשפטיים עם שיפור איכות השירות גם בדרך של יצירת תנאים המדמים הגדלה של כמויות הייצור של יחידות זהות (mass production). תחת תנאי ייצור בכמויות גדולות של יחידות זהות, העלויות הקבועות בתהליך הייצור מתחלקות על פני יותר יחידות, באופן המאפשר הוזלה של מחירי הייצור עבור יחידה או הגדלה של ההוצאות הקבועות (לרבות מו"פ), שפירותיהן מושקעים במלואם בכל יחידה ויחידה⁵⁷. חברות התיווך יוכלו להפנות תיקים לעורכי דין לפי תחומי התמחות ממוקדים, כך שכל עורך דין יקבל כמות גדולה של תיקים דומים. לדוגמה, חברת התיווך לא תסתפק בהפניית תיקים על בסיס הקריטריון "משפט פלילי", אלא תפנה תיקים על פי מיון פרטני יותר לעבירות רכוש, לעבירות מס, לעבירות על חוק הכניסה לישראל וכו'. עורכי הדין המתמחים יוכלו להוזיל את מחיר הטיפול בכל תיק פרטני, שכן ככל שעלויות הספרות המשפטית, הזמן המושקע במחקר המשפטי, מאמצי החשיבה המתועלים לשכלול הטיעונים וכיוצא באלו

בניתוחים פלסטיים לבין רופאים, חרף האיסור על פרסום שירותים רפואיים (סעיפים 11–13 ו-54 לפקודת הרופאים [נוסח חדש], תשל"ז–1976). בית המשפט דן בגבולותיו של איסור הפרסום תוך מתן משקל לפגיעה הגלומה באיסור ברווחת הציבור, המעוניין במידע נגיש ובתחרות בין ספקי השירותים, והתיר לפרסם שירותי תיווך רפואיים. במה שונים עורכי דין מרופאים (פלסטיקאים) בהקשר זה? פסק הדין בעניין פיצוי נמרץ אינו מאזכר את פסק הדין בעניין פרופורציה, וממילא אינו מאבחן את הרציונל הקבוע בו להיתר לקיים ולפרסם שירותי תיווך. לדעתנו, ההבדל היחיד הוא נכונותו של בית המשפט בעניין פרופורציה לתת משקל לאינטרס של הלקוחות כאינטרס עצמאי מהאינטרס של ספקי השירותים, ואף לראות באינטרס זה חלק מתכליתו של החוק.

לשכות עורכי דין או חברות תיווך יוכלו לעקוב לאורך זמן ובמומחיות אחר עורכי הדין המאוגדים במסגרתן או מקבלים מהן תיקים ולהעריך את טיב שירותיהם. בשוק של תחרות בין עורכי דין בודדים או בין משרדים לעריכת דין רק חברות מסחריות יכולות בדרך כלל להעריך נכונה את השירותים המשפטיים שהן מקבלות, וזאת בעיקר בשל שני מאפיינים שלהן כלקוחות: צריכה תדירה של שירותים משפטיים דומים והעסקת עורכי דין פנימיים, בעלי מומחיות בהערכת שירותים משפטיים. מאפיינים אלה אינם מתקיימים אצל לקוחות פרטיים. לקוחות פרטיים גם יתקשו להיעזר בכישורי הבחירה של החברות המסחריות, הן בשל חסמי מידע (על עורכי הדין חל איסור לפרסם את שמות לקוחותיהם) והן בשל הבדלים בין השירות הנדרש על ידי חברות גדולות לבין השירות הנדרש על ידי פרטים.

הוזלת המחירים יוצרת בתורה הגדלה של כמויות הייצור. ככל שמחירו של שירות נמוך יותר, כך יכולות שכבות נוספות באוכלוסייה לצרוך אותו והגדלת הצורך בשירות מאפשרת את הגדלת כמויות הייצור. הפרסום על ידי החברות לתיווך שירותים משפטיים צפוי להקטין את הכנסתם של עורכי הדין עבור כל תיק, אך במקביל הוא צפוי להגדיל את כמות התיקים ולאפשר הוזלה של העלויות לתיק. לכן, בהנחה שלשוק השירותים המשפטיים יש עדיין מקום להתרחב ולהתייעל, פרסום על ידי חברות התיווך לא בהכרח יפגע ברווחיות של עורכי הדין כקבוצה.

משאבים משותפות ליותר תיקים, כך הן יפוזרו על פני יותר תיקים.⁵⁸ לחלופין, עורכי הדין המתמחים יוכלו לשפר את טיב השירות שהם מספקים אם יתעלו יותר משאבים לטיפול בתחומים המשותפים למספר רב של תיקים, שכן עלות המשאבים תתחלק על פני כל התיקים, אך תועלתם תופנם במלואה לכל תיק. הקריטריון להפניית התיקים לא חייב להיות סוג התיק, והמיון יכול להיעשות גם על פי קריטריונים שונים כגון בית המשפט שבו מתקיים הדיון (כך שיוזלו עלויות הנסיעה וההמתנה) או השופטת שבפניה מתקיים הדיון (כך שעורכי דין יופיעו רק בפני שופטות שעמן יש להם כימיה).

ג. התאמת מחיר השירות לטיבו

אף כי המשטר הנוכחי מאפשר לציבור הלקוחות לבחור עורכי דין לפי רצונם, הרי שמגבלות הפרסום החלות על עורכי דין מונעות מהלקוחות את המידע שיאפשר בחירה מושכלת בין חלופות. יתרה מכך, גם אם המידע היה מגיע אל הלקוחות לא היו בידיהם הכלים להעריכו ולפעול על פיו.⁵⁹ כדי למצות את זכותם של הלקוחות לבחור מייצג יש ליצור מנגנון שימייך את השירותים המשפטיים, ידרג אותם ויתמחר אותם. ב-44 שנות קיומה, לשכת עורכי הדין לא הקימה מנגנון שכזה ולא נראה כי מנגנון שכזה יקום תחת משטר שבו כל עורכי הדין מאוגדים תחת לשכה אחת, המסוגלת להגן על האינטרס המצרפי של עורכי הדין לשמר מצב של תת-תחרותיות.⁶⁰ משטר של כמה לשכות יקיים מנגנון כזה מעצם טיבו, כל עוד הלשכות השונות לא יקימו קרטל. הלשכות השונות יבדילו עצמן זו מזו במאפיינים כגון דרישות הסף מעורכי הדין החברים בהן, השתלמויות שהם יידרשו לעבור והחובות שיחולו עליהם. תחת משטר של לשכה אחת, חברות לתיווך שירותים משפטיים יוכלו לקיים מנגנון שימייך את עורכי הדין העובדים איתן וידרגם באופן מקצועי ועל פני זמן, ויוכלו לתמחר את שירותיהם בהתאם.⁶¹ האם

58 הוזלה נוספת של עלויות השירות המשפטי הנלוות לטיפול בכמות של תיקים דומים יכולה להיגזר משימוש בכוח עבודה זול לטיפול בהיבטים הטכניים של התיקים. כך, למשל, בעוד שהעסקתו של פקיד הוצאה לפועל על ידי עורכת דין המטפלת ב-20 תיקי הוצאה לפועל בשנה צפויה לייקר את השירות, העסקת אותו פקיד על ידי עורכת דין המטפלת ב-200 תיקי הוצאה לפועל בשנה צפויה להוזיל את השירות, בהנחה שהפקיד יכול לבצע חלק מהמטלות הכרוכות בתיקים באותה מידה של יעילות כשל עורכת הדין, וששעת עבודה של פקיד הוצאה לפועל זולה משעת עבודה של עורכת דין.

59 ראו לעיל 3.ב.

60 ראו לעיל 3.ג.

61 ראו לעיל הערה 56. Pearce, Hazard ו-Stempel מציעים קריטריון להתאמת מחיר השירות לטיבו המשלב את רמת המורכבות של התיק ואת מידת הנזק הכרוכה בטיפול שגוי בו. לטענתם, ככל שהתיק פשוט יותר לטיפול ופוטנציאל הנזק הכרוך בו נמוך יותר, כך יעיל יותר להפנות את התיק לעורכי דין היודעים לתת שירות "סטנדרטי" וגובים מחירים נמוכים בהתאם. חברות התיווך יוכלו להעריך את ההנחה במחיר הכרוכה בהפניית התיק למשרד המספק שירותים סטנדרטיים ולהשוותה עם העלייה בתוחלת הנזק שבטיפול שגוי. G. C. Hazard, Jr., R. G. Pearce & J. W.

אין לחשוש מכך שחברות התיווך יעדיפו את מרכיב המחיר על מרכיב טיב השירות, ותעברנה תיקים לעורכי דין זולים כדי להגדיל את מרכיב התיווך בתשלום שניתן על ידי הלקוח? חשש זה אולי מתקיים במציאות בה חברות התיווך פועלות בהפרה של כלל 11ב(א), ונאלצות להסתיר מהלקוחות את העובדה שהן מקבלות דמי תיווך עבור הפנייתם לעורכי דין. אולם, עם ביטולו של כלל 11ב(א) ייגבו דמי התיווך באופן ישיר וגלוי מהלקוח, ושקיפות זו תמתן את ההטיה הגורמת לחברות התיווך להפריז בהערכתם של עורכי דין זולים. עורכי הדין לא יורשו להעביר מעבר לכך כל סכום לחברת התיווך, מכוח האיסור שבכלל 58 לכללי האתיקה על שיתוף מי שאינו עורך דין בהכנסותיו של עורך דין.

ד. גיוון השירות (מאפייני המייצג)

מונופול והסדרה עצמית מאפשרים הגבלת כניסה למקצוע והוצאת חברים מהלשכה ללא התחשבות בצורכי הלקוחות. אם ייכנסו למקצוע ויישארו בו רק אנשים מרקע מסוים, או אנשים שסיגלו לעצמם אופי מסוים, ייפגע מגוון השירותים המשפטיים הזמינים ללקוחות.⁶² בארצות הברית, למשל, שחורים לא הורשו להתקבל ל-ABA עד שנת 1954.⁶³ ההשלכות של הומוגניות יחסית של לשכת עורכי הדין כוללות רתיעה של אוכלוסיות שונות מלפנות לייצוג, כך שבמקרה הרע הזכות לייצוג נהפכת עבורם לתיאורטית, ובמקרה הטוב הם נאלצים לפנות לעורך דין הנתפס כזר, כמי שקשה לשתף עמו פעולה, ככזה שאולי אינו מבין את ההווה שבבסיס הצרכים המשפטיים והטיעונים המשפטיים שלהם. ההומוגניות של עורכי הדין גם עשויה לגרום לבני מגזרים שונים לתפוס את עורכי הדין כחלק ממנגנון ההון או ממנגנון השלטון, ועל כן כמי שלא ניתן לפנות אליהם לשם עזרה וסעד אל מול כוחות אלה.⁶⁴ אף אם נראה שכיום לשכת עורכי הדין בישראל פלורליסטית יותר מבעבר, ויותר קבוצות בחברה מקבלות גישה ללימודי המשפטים ולחברות בלשכה, הרי שהכלל בדבר איסור הפרסום של עורכי הדין משמר במידה רבה אותה מגמה של הומוגניות. חסימת אפיק התקשורת של הפרסום המסחרי פוגעת ביכולתם של לקוחות רבים להשיג עורכי דין מהסוג הרצוי להם או אף לדעת על קיומם, שכן תחת תנאי איסור פרסום נשמר רק פרסומם של עורכי הדין הוותיקים

Stempel "Why Lawyers Should Be Allowed to Advertise: A Market Analysis of Legal Services" 58 N. Y. U. L. Rev. (1983) 1084, 1090–1094

62 ראו: J. S. Auerbach *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America* (New-York, 1976).

63 *Ibid.*, at pp. 64–66

64 לצד האנתרופולוגי של הסוגיה ראו: K. F. Koch "Access to Justice: An Anthropological Perspective" *Access to Justice* (1979) 2

והידועים, המהווים קבוצה הומוגנית למדי במונחים של מוצא, מין וסגנון⁶⁵. בהיעדר פרסום הלקוח לא יידע לאתר עורכי דין ממוצא מסוים שיכולים להזדהות עם אספקטים תרבותיים מסוימים העומדים בבסיס עמדת הלקוח⁶⁶ (שם לא תמיד יהווה איתות אמין בהקשר זה בשל דמיון שמי שקיים פעמים רבות בין מגזרים שונים באותה אוכלוסייה), עורכי דין בעלי מודעות חברתית או סביבתית, עורכי דין בעלי גישה עממית "המדברים עם הלקוחות בגובה העיניים", וכיוצא באלה.

הסדר רב לשכתי יאפשר לעורכי דין החורגים מהמודל המקובל להקים לשכות משלהם, ולתת כך מקום למגוון של מייצגים. חברות תיווך יוכלו לסווג עורכי דין גם לפי קריטריונים של מוצא, של אג'נדה חברתית, של סגנון וכולי ולפרסם סיווג זה, וכך לאפשר ללקוחות לעשות בחירה מושכלת של מייצג.

ה. קביעת כללי האתיקה והיקף החובה של עורך הדין כלפי הלקוח (מאפייני הייצוג)

תחת ההסדר הנוכחי, המקנה ללשכת עורכי הדין את היתרון המשולב של מונופול והסדרה עצמית, עורכי הדין שולטים שליטה כמעט בלעדית במאפיינים רבים של השירות שהם נותנים ללקוחות באמצעות קביעת כללי האתיקה. בין המאפיינים הבולטים ניתן למנות את הבאים: שכר טרחה ועניינים כספיים (קביעת שכר הטרחה המינימלי המומלץ⁶⁷, הגבלת אמצעי התשלום⁶⁸ וקביעת מועד ההעברה ללקוח של

65 Rotunda מדווח על עורך דין מויסקונסין שמופיע בפרסומת למשרדו כשהוא מנגן בבנג'ו וספק מזמר ספק מזייף הבטחה כי פגישת התייעצות ראשונית עמו עולה "רק עשר ג'ובות" (just ten bucks במקור). Rotunda רואה בחיוב פרסומת כזו, הפונה לסוג הלקוחות החוששים לפנות לעורכי דין נשואי פנים ומיידעת אותם בדבר האפשרות לבחור מייצג המתאים יותר להעדפותיהם. הפרסומת משרתת גם לקוחות המעדיפים "ייצוג מעונב" — בעקבות הפרסומת הם יידעו לא לפנות לעורך הדין המפרסם. Rotunda, *supra* note 52, at pp. 732–733.

66 באופן בסיסי יותר, ישנן גישות שונות של עורכי דין שונים באשר לטיב הקשר עם הלקוח. Shaffer ו-Cochran סיווגו ארבע גישות כאלה: עורך הדין כסנדק (גישה שלפיה עורך הדין מופקד על הצלחה משפטית של הלקוח ואינו מתחשב בעלויות נלוות כגון פגיעה במערכות יחסים שמנהל הלקוח או במצב רוחו של הלקוח); עורך הדין כחבר להשכיר (גישה שלפיה עורך הדין צריך ליידע את הלקוח בדבר חלופות הפעולה העומדות בפניו, ולפעול לפי החלטת הלקוח); עורך הדין כגורו (גישה שלפיה עורך הדין מופקד על כך שהלקוח יקבל את ההחלטה הנכונה — עבורו או עבור צדדים שלישיים — אפילו כשהיא מנוגדת לעמדתו הסובייקטיבית של הלקוח) ועורך הדין כחבר (גישה שלפיה עורך הדין צריך לדאוג לכך שלטיפול המשפטי בלקוח תהיה השפעה חיובית על אספקטים שונים בחייו של הלקוח, פרט לפתרון הבעיה המשפטית של הלקוח). T. L. Shaffer & R. F. Cochran *Lawyers, Clients and Moral Responsibility* (St. Paul, Minn., 1994) 42–47. תת מודלים של פטרנליזם ביחסי עורך דין-לקוח מתוארים במאמר: D. Luban "Paternalism and the Legal Profession" 1981 Wisc. L. Rev. (1981) 454.

67 כללי לשכת עורכי הדין (התעריף המינימלי המומלץ), תש"ס-2000.

68 כלל 9 לכללי האתיקה מגביל את אמצעי התשלום לאמצעים מוניטריים בלבד.

כספים שקיבל עורך הדין עבור הלקוח⁶⁹), מקום המפגש בין עורך הדין ללקוח⁷⁰, היקף השירות שיינתן תחת קורת גג אחת ללקוח⁷¹, היקף המידע הזמין ללקוח על אודות עורך הדין⁷², היקף הסיוע שייתן עורך הדין ללקוח (איסור על מתן ערכות ללקוח⁷³, איסור על מתן הלוואות ללקוח לשם קבלת עבודה⁷⁴, הגבלה על תשלום הוצאות עבור הלקוח⁷⁵), היקף החובה של עורך הדין להמשיך ולטפל בעניינו של הלקוח לאחר שלקח את העניין לטיפולו⁷⁶, דרך הטיפול בבעיית הנציג הכרוכה בייצוג⁷⁷, אפשרות העברת הטיפול לעורך דין אחר⁷⁸ ועוצמתה של חובת עורך הדין כלפי חברו למקצוע ביחס לחובתו כלפי הלקוח⁷⁹. לא כל הכללים שנקבעו על ידי לשכת עורכי הדין בהקשר זה רעים, אך הכללים בכללותם סובלים משני חסרונות: מינימליזם וחוסר איוון.

- 69 כלל 40 לכללי האתיקה מחייב עורך דין להודיע ללקוחו על כל סכום כסף שקיבל עבורו ולהעבירו לו "תוך זמן סביר מעת קבלתו".
- 70 כלל 3 לכללי האתיקה קובע כברירת מחדל את משרדו של עורך הדין כמקום המפגש בין עורך הדין לבין הלקוח.
- 71 כלל 4 לכללי האתיקה ביחד עם כלל 1 לכללי לשכת עורכי הדין (עיסוק אחר), התשס"ג-2003 אינם מאפשרים לתת ללקוח "תחת קורת גג אחת" שירותים משפטיים וחץ משפטיים.
- 72 כללי לשכת עורכי הדין (פרסומת), התשס"א-2001. האיסור הבסיסי על פרסום נקבע אמנם בחקיקה ראשית (סעיף 55 לחוק לשכת עורכי הדין), אך החוק מתיר בידי עורכי הדין את הסמכות לקבוע איזה פרסום יותר (מצב חוקי זה דומה למצב המתיר פרסום והמסמך את עורכי הדין לקבוע איזה פרסום יוגבל). הכללים שקבעה לשכת עורכי הדין מתירים פרסום מצומצם ביותר שעיקרו מסירת פרטים טכניים שונים על השירותים הניתנים. בין הפרטים הטכניים שאינם מותרים לפרסום: מחירי השירות ושמות הלקוחות (כאשר הסכמת הלקוחות אינה מבטלת את האיסור).
- 73 כלל 10 לכללי האתיקה.
- 74 כלל 43 לכללי האתיקה.
- 75 כלל 44 לכללי האתיקה. לניתוח כלכלי התומך במסקנה שכללי האתיקה המגבילים מתן הלוואות או תשלומים על ידי עורכי דין ללקוחותיהם ("קניית תיק") — במקביל לכללים 43-44 לכללי האתיקה — מגבילים את התחרות בשוק השירותים המשפטיים באופן המעשיר את עורכי הדין על חשבון הלקוחות, ראו: R. Santore & A. D. Viard "Legal Fee Restrictions, Moral Hazard, and Attorney Rents" 44 J. L. & Econ. 549 (2001).
- 76 כלל 13 לכללי האתיקה, שהינו מתירני למדי בהקשר זה.
- 77 בעיקר כללים 14-17 לכללי האתיקה.
- 78 העברה על ידי עורך הדין: כלל 18 לכללי האתיקה מאפשר לעורך דין להאציל מסמכיו ולעורך דין אחר ולהיעזר בו בפעולותיו על סמך הרשאה כללית בייפוי הכוח; העברה על ידי הלקוח: כללים 27-28 לכללי האתיקה. כללים אלה הגבילו מאוד את יכולתו של הלקוח להחליף ייצוג ללא הסכמתו של עורך הדין המטפל, עד אשר הוכרזו כלא חוקתיים — ראו לעיל, הערה 28, והטקסט הנלווה.
- 79 כללים 26 ו-31 לכללי האתיקה. כלל 26 קובע נסיבות שבהן רק "פגיעה משמעותית שיש בה לגרום ללקוח נזק של ממש" תוביל להעדפת אינטרס הלקוח על אינטרס החבר למקצוע, וכלל 31 קובע שעורך דין לא יפתח בהליך משפטי נגד עורך דין אחר בטרם "יפנה אל אותו עורך דין בכתב, ואם קיימת אפשרות — אף בעל פה, כדי לנסות וליישב את הסכסוך בדרכי שלום, ובלבד שפניה כאמור לא תגרום נזק ללקוח". כאן עורך הדין, כשחקן חוזר בזירה המשפטית העשוי להתמודד עוד פעמים רבות מול עורך הדין של הצד שכנגד, מצוי בניגוד מול הלקוח, שהינו שחקן מזדמן, ולכן היחס החברי בין עורכי הדין אינו מעניינו והוא במידה רבה חף מהאינטרס של "שמור לי ואשמור לך" הקיים בין שחקנים חוזרים.

כללי האתיקה הם כללים מינימליים, רף שאין לרדת מתחתיו. ככאלה הם מבטיחים רק סטנדרט מינימלי של איכות. תחת תנאי שוק חופשי עשויות להיווצר קבוצות של עורכי דין שיבטיחו לעמוד בסטנדרטים גבוהים יותר של התנהגות מול הלקוח⁸⁰. תחת הסדר רב לשכתי, או הסדר הפתוח לחברות לתיווך שירותים משפטיים, יכול להיווצר מצב דומה. הלשכות או חברות התיווך יתחרו על כיס הלקוחות לא רק בהוזלת המחירים ובשיפור השירות המשפטי, אלא גם ביצירת סטנדרטים גבוהים יותר של התנהגות מול הלקוח. יתרה מכך, לגופים מתחרים יהיה תמריץ גדול יותר להפנות משאבים לאכיפת כללי האתיקה המקצועית על חבריהם ביחס לאכיפת החסר המאפיינת את לשכת עורכי הדין כיום.

כללי האתיקה אינם מאוזנים, שכן ללקוחות אין שליטה מספקת על כללי האתיקה המגדירים את המאפיינים של זכותם החוקתית לייצוג. כאשר בית המשפט מאשר ללשכת עורכי הדין הסדר של רגולציה עצמית (עניין שטנגר), הוא מונע מעורבות ישירה של הלקוחות בקביעת כללי האתיקה הרלבנטיים לייצוג. כאשר בית המשפט מאשר את המונופול של לשכת עורכי הדין (שוב, עניין שטנגר), הוא פוגע ביכולת המעורבות העקיפה של הלקוחות בקביעת כללי האתיקה על ידי שימוש בכוח הבחירה הצרכני. כאשר בית המשפט נמנע מלשקלל את האינטרס הייחודי של הלקוחות במסגרת הבחינה החוקתית של מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין ושל מעמדו של כלל 11ב' לכללי האתיקה (עניין שטנגר ועניין פיצוי נמרץ בהתאמה), הוא פוגע ביכולת המעורבות העקיפה של הלקוחות בקביעת כללי האתיקה באמצעות התערבות חוקתית. כאשר בית המשפט מאשר את האיסור על חברות לתיווך שירותים משפטיים (עניין פיצוי נמרץ), הוא פוגע בזרימת המידע ללקוחות ומותיר בידי עורכי הדין את המידע, שכידוע שווה לכוח, ובהקשר הנוכחי כוח לנסח את כללי האתיקה ללא מפריע. כאשר בית המשפט מבסס את ההגנה על ציבור הלקוחות ועל אמונו של הציבור במקצוע עריכת הדין על כלל 11ב' (עניין פיצוי נמרץ), הוא יוצר אמון עיוור המבוסס על חסמים בזרימת המידע. הלקוחות זכאים ליותר מצד הפרופסיה המשפטית.

קשה לנבא באופן מלא את ההשפעה של תחרות גוברת על האתיקה המקצועית של עורכי הדין. ניתן להבחין בהקשר זה בין שני סוגים של חובות אתיות: חובות אתיות כלפי הלקוח וחובות כלפי בית המשפט והחברה בכללותה. החובות כלפי הלקוח, המאופיינות באמון שעורך הדין חב ללקוחו כשלוחו, לא צפויות להיפגע כתוצאה מהגברת התחרות בשוק השירותים המשפטיים. בפשטות, שווקים תחרותיים אינם מתאפיינים במתן שירות רע ללקוחות⁸¹. ככל שהחובות כלפי בית המשפט והחברה בכללותה עומדות בניגוד לחובה כלפי הלקוח, הן צפויות להיפגע כתוצאה מהגברת

80 Hazard, Pearce & Stempel, *supra* note 61, at p. 1108.

81 R. A. Posner *Overcoming Law* (Mass., 1995) 92–93.

התחרות ויצירת שוק מוכוון לקוחות. קיום החובות כלפי מי שאינו לקוחו של עורך הדין פוגע לפרקים בשירות שעורך הדין נותן ללקוחו, בעוד שתחרות ממשמעת את הכפפתם של אינטרסים נוגדים לאינטרסים של הלקוחות. כאן יהיה צורך בהגברת הפיקוח על החובות של עורך הדין, אם בדרך של המשפט האזרחי (הגברת האחריות שעורך הדין חב לצד שכנגד ולצדדים שלישיים) ואם בדרך של אכיפה מוגברת של כללי האתיקה הרלבנטיים⁸² או הגברת הענישה⁸³.

ו. יצירת מודעות לזכויות משפטיות

הזכות לייצוג מוגבלת כיום לזכותו של מי שמתכוון למצות את זכויותיו המשפטיות לבחור לעצמו עורך דין. הזכות אינה חולשת על אלה שאינם מתכוונים למצות את זכויותיהם המשפטיות ולו מאחר שאינם יודעים לזהות את הבעיות שלהם כנינות לפתרון משפטי⁸⁴. קבוצות נחשלות בחברה מתאפיינות בחוסר מודעות בדבר זכויות משפטיות מצד הנמנים עימן⁸⁵. כך במקרה של עובד שנפצע במקום העבודה, שסביבת העבודה שלו עלולה לאותת לו לבל יתבע את המעסיק (ואולי גם לרמוז לו שהפציעה אירעה באשמתו), או במקרה של מי שעבר תאונה ואינו יודע שהוא יכול לתבוע פיצוי על נזקיו גם אם התאונה אירעה באשמתו הבלעדית. חשוב ליידע את הלקוח בדבר זכויותיו המשפטיות ולעשות כן בזמן, על מנת שלא תחלוף תקופת ההתיישנות וכדי שניתן יהיה עדיין לטפל בתיק באופן אפקטיבי (מבחינת שימור ראיות, אי ויתור משתמע על זכויות וכולי). אף כי פרסום הזכויות המשפטיות הינו תפקידו של הממשל, לא תמיד יהיה לממשל אינטרס לפרסם את כל סוגי התביעות שניתן להגיש נגדו, ולכן הפרסום עלול

82 ככל שנוכחה ההנחה שהגדלת התחרות תפחית את רמת עבריינות המשמעת נגד הלקוחות, המשאבים המשמשים כיום לאכיפה בתחום זה יוכלו להיות מופנים לאכיפת החובות כלפי בית המשפט והחברה.

83 על בסיס הנחה של רציונליות ניתן להגביר את ההרתעה מביצוע עבירות על ידי הגדלת תוחלת העונש בגין ביצוע העבירות, עם יכולת המרה בין שני מרכיבי התוחלת: משתנה גובה העונש ומשתנה סיכויי התפיסה והעמדה לדין. R. A. Posner "An Economic Theory of the Criminal Law" 85 Col. L. Rev. (1985) 1193, 1207-1208 על הביקורת הביהיוויסטית על הנחת הרציונליות, R. B. Korobkin & T. S. Ulen "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics" (88 Cal. L. Rev. (2000) 1051, 1088-1089). עורכי דין שתנאי תחרות גדלים מגדילים את הפיתוי שלהם לפגוע בחובותיהם כלפי בית המשפט והחברה, פועלים באופן רציונלי, מוכוון תמריצים. מאחר שכך, גדלים הסיכויים שהגדלת תוחלת העונש תהווה הרתעה אפקטיבית מול תכתיבי השוק התחרותי.

84 G. C. Hazard, Jr., S. P. Konik & R. C. Cramton *The Law and Ethics of Lawyering* (New-York, 3rd ed., 1999) 988.

85 א' אנקר "ההתדיינות בשם האינטרס הציבורי והאתיקה המקצועית של עורכי הדין" הפרקליט לד (1982) 403, 404.

להיות חלקי ומוטה. כך גם אין הכרח שהממשל יכיר בכל הזכויות המשפטיות שבהן מכירים בתי המשפט או צפויים להכיר, והפרסום עלול להיות חלקי גם בהקשר זה. לשכת עורכי הדין בישראל אינה נגועה באינטרסים השלטוניים האמורים, אך היא לא מילאה בעבר את הפונקציה הנדונה שכן למעט יוזמות ספורות היא לא עסקה בפרסום שירותים משפטיים וזכויות משפטיות. פרסום על ידי עורכי דין או על ידי חברות לתיווך שירותים משפטיים צפוי לכלול פרטים בדבר השירותים המשפטיים הניתנים באופן שיביא לידיעת הלקוחות את מגוון זכויותיהם המשפטיות. את החשש מפרסום יתר, דהיינו פרסום של "זכויות" מדומות למטרת משיכת לקוחות לייצוג (עקר), ניתן לקדם באמצעות איסור על פרסום מטעה ובאמצעות הטלת אחריות אזרחית והוצאות אישיות בגין פתיחת הליכי סרק.

5. לאחר סיום: בית המשפט המחוזי מתיר תיווך של שירותים משפטיים

לאחר שמאמר זה התקבל לפרסום נתן בית המשפט המחוזי בירושלים, בהרכב מורחב של שלושה שופטים, את פסק דינו בעניין חוקיות פעילותה של חברת פיצוי נמרץ⁸⁶. פרשנותו של בית המשפט המחוזי לכלל 11ב(א) מתירה את קיומן של חברות לתיווך שירותים משפטיים, לאמור: "גופי יעוץ או הפנייה יכולים לבצע את תפקידם כל עוד הם מבהירים את טיב עיסוקם ואינם מתיימרים להציג עצמם כמשרדי עורכי דין או כנותני שירותים משפטיים. מכאן, שהוראת כלל 11 [צ"ל כלל 11ב(א)] – ש'א', יכולה להיות תקפה רק אם האיסור הכלול בה מופנה לגוף הפועל למטרת רווח והמציג עצמו ברבים כנותן שירותים משפטיים. אם, לעומת זאת, מציין אותו גוף כי הוא אינו נותן שירות משפטיים [כך במקור – ש'א'] – אך מייצג היכן ניתן לקבלם – אין בהפניה מצדו כל פסול"⁸⁷. פרשנות זו של כלל 11ב(א) אינה יכולה להתבסס על פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין פיצוי נמרץ והיא למעשה סותרת את ניתוח הכלל שם⁸⁸. בפסק הדין של בית המשפט המחוזי ישנם המרכיבים שכה

86 ת.א. (מחוזי-י"ם) 4033/02 לשכת עורכי הדין בישראל נ' אלבו רביבו ופיצוי נמרץ – המומחים למימוש זכויות רפואיות וביטוחיות בע"מ, תק-מח 2005(4), 2406 (ניתן ביום 13/11/2005) (להלן: "פסק הדין של בית המשפט המחוזי").

87 שם, בפסקה 24. בית המשפט המחוזי ממשיך לקבוע שעורכי הדין רשאים לקבל לטיפול תיקים שהופנו מחברות לתיווך שירותים משפטיים.

88 כפי שהוצג בחלק 2.ב. לעיל. במהלך רטורי מרתק סטה בית המשפט המחוזי מהניתוח של בית המשפט העליון על דרך הוספת שורה נוספת לשורה התחתונה של פסק הדין בעליון: "מהי משמעות כלל 11 אשר קיבל תוקף בבג"ץ פיצוי נמרץ? גם כלל זה עומד על מכונו כל עוד הוא משרת את האינטרס הציבורי". שם, שם. המגבלה שבסיפה אינה חלק מפסק דינו של בית המשפט העליון והיא מהווה תוספת עצמאית של בית המשפט המחוזי.

חסרו בפסקי הדין בעניין שטנגר ופיצוי נמרץ⁸⁹, קרי הכרה בניגוד העניינים הקיים בין עורכי הדין, כספקי שירותים, לבין קהל הלקוחות ("ברגיל, יש להשקיף על שיטה של מונופול חלקי, או ייחוד בדרך של רישוי מהותי, בזהירות. מבנים כאלה יוצרים מוקדי כוח מול היחידים. הם מאפשרים לאותם מוקדי כוח לקדם את עניינם, ובמובן זה יוצרים איגוד מובהק של בעלי אינטרס עצמאי בהמשך קיומו של המבנה, הנבדל לעיתים ממטרתו או תכליתו של אותו מבנה בכל הנוגע למתן שירות לציבור"⁹⁰); הכרה בכך שהמונופול שניתן ללשכת עורכי הדין על שוק השירותים המשפטיים טעון הצדקה ("רוב המונופולים ושיטות הרישוי מנסות להתכסות במעיל קסמים של 'טובת הציבור'. זו ההצדקה היחידה המאפשרת את המשך קיומם. אולם צריך לבחון תמיד, ולכל מטר, האם אמנם טובת הציבור מקודמת באמצעות משטר כזה"⁹¹), והכרה בפגיעתו של כלל 11ב(א) בקהל הלקוחות הזקוקים לייצוג ("כללי לשכת עורכי הדין (פרסומת), תשס"א-2001, מצמצמים את היקף החומר אשר יכול עורך דין לחשוף בפני הציבור. אפשר כי הגבלה זו משרתת את השמירה על כבוד המקצוע, אך להגבלה כזו יש גם מחיר. היא מונעת מידע שימושי וזמין על הישגי עורך הדין בבתי המשפט, על סוג לקוחותיו ועל מחיר השירות. במצב זה, קשה להניח כי שוק עריכת הדין הוא שוק יעיל או חצי יעיל [...] כלל 11 עלול להטיל משוכה נוספת בדרך לקבלת מידע. איסור גורף של הפניה על ידי גופים שאינם עוסקים בעריכת דין עלולה לחסום ערוץ מידע חיוני ובלתי תלוי על העוסקים במקצוע. הותרת יכולת ההפניה בידי עורכי דין בלבד מכווצת את מקורות המידע לבעלי המקצוע עצמם, אשר יכול להיות להם אינטרס נוגד בהפניה"⁹²).

במבוא לחיבור זה דימיתי זכות הניתנת לאזרח בלא שתניתן לו שליטה במאפייניה לסוס בלי מושכות. אם תמשיך המגמה שמתווה פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין פיצוי נמרץ, הזכות לייצוג צפויה להתחזק ולחלוש גם על מאפייניה – סוס ומושכות.

89 ראו לעיל חלק 3.

90 פסק הדין של בית המשפט המחוזי, לעיל הערה 86, בפסקה 8.

91 שם, בפסקה 9. למרות הדיון בסוגיית המונופול של לשכת עורכי הדין, פסק הדין של בית המשפט המחוזי אינו מאזכר את פסק הדין בעניין שטנגר, לעיל הערה 2.

92 פסק הדין של בית המשפט המחוזי, שם, בפסקה 22.

