

עריכת־דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות־מיעוט בישראל*

נטע זין**

התחלתי בכתיבתו של מאמר זה לפני למעלה משנתיים, זמן רב לפני שניתנה ההחלטה בבג"ץ קעדאן בבית־המשפט העליון.¹ הרעיונות והעמדות המוצגים במאמר התגבשו אפוא בתקופה שבה התיק היה תלוי ועומד בפני ערכאות. עם מתן ההחלטה בבג"ץ בחודש מארס 2000 ובעקבות התגובות לפסק־הדין, שבתו ועיינתי בדגרים שכתבתי. התחזקתי בתחושת, שישנה חשיבות רבה באזורר ההתלבטויות הבאות לידי ביטוי במאמר והזכות למשנה־תוקף בעקבות פסק־הדין. אני שמחה אפוא, שניתנה לי ההזדמנות להעריך דברים שנכתבו בעוד התיק המשפטי חי ומשתכלל לאחר שבא על סיומו, ולהיווכח כי אלו עומדים במבחן הזמן ובשינוי הנסיבות.

א. מבוא. ב. עריכת־דין למען שינוי חברתי – שאלות של גבולות, מיקום והגדרה. ג. עריכת־דין בין המשפטי לפוליטי. ד. עריכת־דין ציבורית בישראל – הליכה בתלם המקצועי המקובל. ה. פרשת קעדאן; ו. רקע עובדתי; ז. ההחלטה על ייצוג – היבטים ארגוניים ואישיים. ח. שוויון – שתי דרכים לפסגה. ט. ייצוג משפטי – אוטונומיה אישית או אחריות חברתית. י. דילמות של ייצוג – מהלך ההתדיינות. יא. דילמות של ייצוג – שאלה של זהות. יב. משפט, אתיקה ואחריות מקצועית. יג. סיכום.

א. מבוא

רשימה זו עוסקת בעורכי־דין ובדרכי עבודתם. ענייני הוא בהשפעה שישנה לעורכי־דין על התהוות, הגדרתו ופתרונו של "סכסוך" המטופל על־ידם ובדרך שבה נוצר הקשר בין עורך־דין, לקוח והמערכת המשפטית, במטרה לפתור אותו באמצעות הטיפול המשפטי. נקודת־המוצא שלי היא, כי לימוד תופעה משפטית מחייב הבנה של כל הגורמים האנושיים

* מאמר זה הוצג לראשונה בסדנה שהתקיימה במשכנות שאננים בירושלים, בחודש יוני 1997, בנושא Cause Lawyering. פיתוחו לכדי מאמר נעשה בעידודו של רונן שמיר, ואני מודה לו על התמיכה וההערות.

** עורכת־דין, תלמידה לתואר דוקטור באוניברסיטת סטנפורד, ארה"ב. מנהלת התכניות לחינוך משפטי קליני, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב.

1. בג"ץ 6698/95 ע' קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258 (להלן: בג"ץ קעדאן). העתירה הוגשה בחודש אוקטובר 1995. פסק־הדין ניתן ב-8 במארס 2000.

הנוטלים חלק בהתעסקות עם המשפט ובכלל זה החלטה, אם ומתי לנתב את הסכסוך או הבעיה לפסים משפטיים. בתהליך זה משמשים עורכי־דין סוכנים חשובים. הם שותפים ליצירת המשפט, כדברי James Boyd White:

Law itself is something that lawyers make all the time whenever they act as lawyers, not something that is made by a political sovereign. From this point of view, the law can be defined as the culture that we make whenever we speak as lawyers.²

עסקתי שנים לא־מעטות בעריכת־דין במסגרת האגודה לזכויות האזרח בישראל. אני מודעת לתועלת העשויה לצמוח מהסתכלות חיצונית על העבודה המשפטית-ציבורית כאשר זו נעשית לאתר נטילת אתגרת ומרחק מן העשייה השוטפת. הפרקטיקה תובעת את מלוא האנרגיה וההתמקדות ומקשה על בחינה ביקורתית של החלטות הצריכות להתקבל ולהתבצע בזמן אמת. מטרתה של רשימה זו היא אפוא לתרום להבנה וללימוד התופעה החברתית-מקצועית של עורכי־דין הפועלים לקידום מטרות ציבוריות בישראל. תקוותי היא, כי הדיון שאקיים בה יאיר פרספקטיבות מקצועיות שעד כה לא נבחנו לעומקן ויחדר שאלות אתיות בדבר מקומו, תפקידו, עוצמתו וחולשתו של מקצוע עריכת־הדין בתהליך החברתי המורכב של הגנה על זכויות בישראל.³

חלק מן הסוגיות המרכזיות בציבוריות הישראלית עושות את דרכן אל המערכת המשפטית, לא־פעם באמצעות עורכי־דין, שעיסוקם המקצועי המרכזי כרוך ברתימת המשפט לשם הסבת שינוי חברתי. עורכי־דין הפועלים לקידום מטרות ציבוריות – דהיינו: ייצוג אנשים, קבוצות או אינטרסים אשר באופן היסטורי סבלו מהיעדר־ייצוג או מתת־ייצוג

2. James Boyd White, "Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Culture and Communal Life", 52 *U. Chic. L. Rev.* (1985) 684, p. 696.

3. במהלך כתיבת מאמר זה נתקלתי אף אני בדילמה מיוחדת: האם מן הראוי כי עורכת־דין שייצגה לקוחות בתיק תמתח ביקורת על מהלכיו של תיק משפטי שבו היתה מעורבת? ייאמר מיד, כי שאלה זו מניחה את קיומו של קו־הפרדה ברור בין משפטנים העוסקים בסנגור ובייצוג ובין אלו העוסקים בבירור שאלות קונספטואליות ותיאורטיות בנושאים משפטיים. אך כפי שאני מנסה לטעון במאמר זה, הכללות קטיגוריות בדבר גבולות הפעולה המקצועית מבוססות על הנחות בדבר המרכיבים ההופכים עיסוק כלשהו ל"מקצועי" וכלפי אלו אני מבקשת להעלות ספק. יתירה מכך: אפשר לטעון, כי הדרך הטובה ביותר ללמד וללבן בעיות אתיות שעורכי־דין נתקלים בהן היא דווקא באמצעות שילוב סימולטני של פרקטיקה וביקורת. בעניין זה ראו: David Luban and Michael Milleman, "Good Judgement: Ethics Teaching in Dark Times", 11 *Geo. J. Legal Ethics* (1995) 31.

כפי שיפורט בהמשך, את הדילמות הכרוכות במקרה זה יישבתי באמצעות שיתוף לקוחותי בהליך כתיבתה של הרשימה ותוך הכרה כי הזמן שחלף מאז הגשתה מקהה אותן במידה רבה.

בהליכים משפטיים או פוליטיים⁴ – הפכו זה כבר לחלק מן הנוף המשפטי-ציבורי בישראל. הם מייצגים נשים, פלשתינאים תושבי השטחים או אזרחי ישראל, עובדים זרים, אנשים הסריאמצעים או אנשים עם מוגבלות. הם מגינים על חופש הביטוי או חופש הדת של הפרט, על זכותו לפרטיות או לקבלת דיור הולם, הינוך בסיסי או שוויון בנגישות לשירותים. במהלך עבודתם הם מפעילים אסטרטגיות משפטיות מגוונות: ייוסם שינויים בחקיקה, בתקנות או בהוראות מינהליות, הופעה בפני ועדות הכנסת והגשת עתירות ותביעות לבתי המשפט. עורכי הדין מתבטאים כמי שמייצגים את האינטרס הרלבנטי או הציבור המסוים. לעתים קרובות הם משלבים עבודה משפטית עם פעילות ציבורית, קהילתית או חינוכית.

4. במרכז מקצוע עריכת הדין מצוי תפקיד הייצוג (representation) של אנשים (או אינטרסים) אחרים. אולם תפקיד הייצוג של עורכי הדין הפועלים לקידום מטרות ציבוריות הוא מורכב, כפי שיבואר ברשימה זו. העמדת תפקיד הייצוג במרכז הגדרת עבודתם של עורכי הדין העוסקים בקידום מטרות ציבוריות זכתה לביקורת בשל היותה צרה ומקצוענית מדי; שהרי תדיר עורכי הדין ציבוריים חורגים מן הייצוג הפורמלי ורואים את עצמם כמי שפועלים להשגת מטרות רחבות יותר – יצירת חברה צודקת או שוויונית יותר. לביקורת על הפורמליזם בהגדרה הייצוגית ראו: David R. Esquivel, "The Identity Crisis in Public Interest Law", *46 Du. L.J.* (1996) 327.

בישראל טרם השתכלל מונח עברי הולם לתיאור עורכי הדין שעבודתם מיועדת לייצוג אינטרסים בלתי-פופולריים, או קבוצות שלהן מאפייני מיעוט. גם בארה"ב, שם פלח זה של המקצוע קיים שנים רבות יותר, לא קיים מונח המניח את דעתם של כל מי שעוסקים ומתעניינים בתופעה זו או חוקרים אותה. המונח הרווח ביותר באנגלית הוא *public interest lawyering*. נעשה שימוש גם במונח *cause lawyering*, *progressive lawyering*, *political lawyering* and *social change lawyering*. ראו, למשל: Nan Aron, *Liberty and Justice for All: Public Interest Law in the 1980's and Beyond* (Westview Press, Boulder, Colo., 1989); וכן: Louise G. Trubek, "Embedded Practices: Lawyers, Clients and Social Change", 31 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1996) 415, p. 415, note 2:

I use the term "social change lawyering" to refer to lawyers whose work is directed at altering some aspects of the social, economic and/or political status quo. I am referring to those lawyers who believe that the current status quo inhibits the full participation of and adequate benefits to subordinated people in society.

Nancy D. Polikoff, "Am I My Client? The Role Confusion of a Lawyer Activist", 31 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1996) 443, p. 443, note 1: "I include in the term 'progressive lawyer' all those who use their legal skills to end poverty, racism, patriarchy, imperialism, and other impediments to social, economic, and political justice"

מאז פורסם ספרם של סאראט ושיינגולד, *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities* (Oxford University Press, New York, 1998), מתרחב השימוש במושג *Cause Lawyers* לתיאור

עימוק זה.

העלייה במספר המשפטנים העוסקים בעבודה משפטית לקידום מטרות ציבוריות מקדמת הזדמנויות חדשות לתיעוד, למחקר ולבחינה של מאפייניו. בישראל, הדיון בסוגיות המשפטיות, האתיות והציבוריות של עריכת-דין המיועדת לשינוי או לשימור הסטטוס-קוו החברתי לוקה בחסר ומצוי אך בראשיתו.⁵ מאמר זה מתמקד אפוא באותם עורכי-דין הרוטמים את המשפט לשם הבאת שינויים חברתיים פוליטיים או כלכליים. עם זאת, הדיון המוצג במאמר איננו מוגבל להבנת התופעה המקצועית של עריכת-דין – מעניינת וחשובה ככל שתהיה. כפי שהחלו מלומדים רבים להבין, אי-אפשר לקיים דיון מלא בשאלות המהותיות של המשפט והמערכת המשפטית בלי לקחת בחשבון את הכוחות המעצבים את אחד מן הסוכנים המרכזיים של המשפט – קרי: עורכי-דין – ואת הדרכים שבהן משפיעים עורכי-דין על עיצוב מערכת הצדק באמצעות דפוסי עבודתם והבנתם את המשפט. הפילוסוף דייוויד לובאן והמשפטן מייקל מילמן הצביעו על ההזנחה הקיימת בחקר המקצוע במסגרת חקר המשפט. לדבריהם:

[L]aw professors, who often have a passionate interest in The Law and in judges (especially Supreme Court Judges and former law professors on the appellate bench) are surprisingly uninterested in lawyers. As an intellectual matter, this skewed interest reflects a fundamental misunderstanding of the legal system, because the overwhelming preponderance of legally significant decisions are made by lawyers, not judges, legislators or theorists...⁶

5. לאחרונה התפרסמו כמה מאמרים העוסקים בעריכת-דין למען שינוי חברתי בישראל. ראו: Yoav Dotan, "Cause Lawyers Crossing the Lines: Patterns of Fragmentation and Cooperation between State and Civil Rights Lawyers in Israel", *5 Int'l J. Legal Profession* (1998) 193; Lisa Hajjar, "Cause Lawyering in Transnational Perspective: National Conflict and Human Rights in Israel/Palestine", *31 Law & Soc'y Rev.* (1997) 473, pp. 473-477; George E. Bisharat, "Courting Justice? Legitimation in Lawyering against Israeli Occupation", *20 Law & Soc. Inquiry* (1995) 349, pp. 349-351, 380-405.
6. לובאן ומילמן (לעיל, הערה 3), 38. מחקרים ספציפיים בדבר הקשר בין מקצוע עריכת-דין ובין המשפט החלו להתפתח בארה"ב רק בעשור האחרון. ראו, למשל: Fred C. Zacharias, "Reconceptualizing Ethical Roles", *65 George Wash. L. Rev.* (1997) 169, pp. 190-203; David H. Taylor, "Conflicts of Interests and the Indigent Client: Barring the Door to the Last Lawyer in Town", *37 Ariz. L. Rev.* (1995) 577; Russell G. Pearce, "The Union Lawyer's Obligations to Bargaining Unit Members: A Case Study of the Interdependence of Legal Ethics and Substantive Law", *37 S. Tex. L. Rev.* (1996) 1095.

אמרו מעתה: כדי להבין טוב יותר את המשפט עלינו להתחקות אחר הדרכים שבהן פועל מקצוע עריכת הדין – ההרכב האנושי שלו, הגורמים המעצבים אותו והמשפיעים עליו, האופנים שבהם מקבלים עורכי-דין החלטות, התרבות הארגונית והמקצועית שבקרבה מפתחים עורכי-דין את הבנתם בדבר תפקידם החברתי, האינטרסים שלהם, שאיפותיהם ומערכת הציפיות מהם.⁷

במאמר זה אתמקד באחד מהיבטים אלו: דילמות של ייצוג המתעוררות בעבודת עורכת-הדין הציבורית. סוג אחד של דילמות נוגע למערכת השיקולים המקצועיים (אתיים) של עורכת-דין המייצגת פרט השייך לקבוצת-מיעוט בחברה, ולעניין רשימה זו – ייצוג אזרח ישראלי ערבי בטענת אפליה על בסיס לאום. בהקשר זה אתמקד בשאלה, האם אפשר להגדיר בבירור את מי מייצגת עורכת-הדין (הציבורית) בתביעה תקדימית ועקרונית בסוגיית האפליה כלפי ערבים בישראל? האם את הלקוחות התובעים בלבד? את עניינם של כל הערבים אודחי המדינה? האם את עקרון השוויון או שמא את הארגון שעבורו היא פועלת? סוג שני של התלבטויות מתעורר בהקשר של זהות עורכת-הדין (או זהות הארגון שבשמו היא פועלת) על מהלכו של ההליך המשפטי: האם ישנה משמעות כלשהי לייצוג עניינם של הערבים בישראל על-ידי עורכת-דין יהודייה, או ארגון שבו פעיל רוב יהודי? על-פי התפיסה הרווחת, אין מקום לשיקולים מסוג זה בדיון על יחסי עורך-דין-לקוח ועל אופיו של הייצוג המקצועי.⁸ מה לי אם עורך-הדין הוא ערבי או יהודי, גבר או אשה, אשכנזי או מזרחי לצורך קבלת החלטות מקצועיות או העלאת טענות משפטיות?

העמדות שאציג במאמר בשתי נקודות אלו הן גם דסקרפטיביות (מתארות את המצוי) וגם נורמטיביות (מציגות מצב רצוי). טענתי היא, כי הנחות מקצועיות מקובלות – כגון הניטרליות והאובייקטיביות של הייצוג המשפטי, חירותם של עורכי-דין לייצג לקוח

7. גלסון וטרובק מכנים מרכיבים אלו "האידיאולוגיה המקצועית" ומגדירים אותה כדלהלן: "The body of thought and practices through which a profession (or its constituent groups) develops and promulgates ideas about the nature of its work and the identities of its practitioners". Robert L. Nelson and David M. Trubek, "Introduction: New Problems and New Paradigms in Studies of the Legal Profession", *Lawyers' Ideals / Lawyers' Practices: Transformations in the American Legal Profession* (Robert L. Nelson, David M. Trubek and Rayman L. Solomon - eds., Cornell University Press, Ithaca, 1992) 1, p. 15.

8. זוהי הגישה המוצאת את ביטויה הן בחוק ובכללי האתיקה הן בשיח המשפטי המצוי. כך, למשל, בראיון לעיתון הארץ ציינה שופטת בית-המשפט העליון טובה שטרסברג-כהן, כי היותה אשה לא השפיעה על עבודתה השיפוטית כהוא-זה וכאשר היא עוסקת בפרשנות החוק, אין לכך כל קשר להיותה אשה. היא פועלת אך ורק בהתאם לסעיפי החוק (גדעון אלון, "כמעט חצי שופטות", הארץ (12.4.98)). זוהי תפיסה הרואה בחוק, בשופט ובמלאכת הפרשנות פעולה אובייקטיבית הנעדרת ממדים אישיים של זהות (כאן, מיניות). מובן, שכללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין משקפים תפיסה זו.

מסוים מבלי לקחת בחשבון את ההשלכות שיש להתקשרות זו על אנשים אחרים, המעמד המכריע הניתן לעקרון חובת הנאמנות ללקוח היחיד – הן פרדיגמות צרות מדי שאינן משקפות את המורכבות הכרוכה לעתים קרובות בפעולת הייצוג ה"ציבורי", ובמיוחד ייצוג קבוצתי. אטען גם, כי ישנם מצבים שבהם מן הראוי שעורכי־דין יתייחסו אל הייצוג על רקע ההקשר הפוליטי והחברתי שבו הוא נרקם. הקשר זה עשוי להוביל, למשל, להגדרה אלטרנטיבית, מורכבת, של "לקוח" או של "עניין" שעורכי־דין חבים לו את חובת הנאמנות המקצועית. כך אף בשאלות זהות. בפועל, לעתים קרובות ייצוג בנושאים טעונים מבחינה פוליטית או חברתית אינו גיטרלי ואינו מנותק מממדים של זהות אישית או לאומית. מרכיבי הזהות של עורכת־הדין, הלקוח, הצד־שכנגד והשופט – לכולם משמעות במערכת המשפטית. על עורכי־הדין להיות מודעים למשקל שיש למרכיבי זהות אלו על מהלכו של "תיק משפטי" ולהביא אותם בחשבון כחלק משיקוליהם המקצועיים. ההשלכות המקצועיות של ממדים מקצועיים אלו יודגמו באמצעות מקרה־מבחן שבו התחלתי לטפל כאשר עבדתי באגודה לזכויות האזרח בישראל. אולם לפני שאפנה לליבון המקרה אני מבקשת לתאר בקצרה כמה מאפיינים כלליים בעבודת עורכי־דין הפועלים למען מטרה ציבורית, וכן התייחסות לעורכי־הדין הציבוריים בישראל – שיוכם המקצועי ומידת הודהותם עם דפוסי־עבודה מקצועיים המקובלים בקרב עורכי־דין אחרים.

ב. עריכת־דין למען שינוי חברתי – שאלות של גבולות, מיקום והגדרה

האם אפשר לאתר ולהגדיר מאפיינים המייחדים עורכי־דין העוסקים בקידום מטרות ציבוריות ובשינוי חברתי? האם המסגרת הארגונית שבה הם מועסקים צריכה להגדיר את השייכות לקטיגוריה זו (דהיינו: רק עורכי־דין המועסקים על־ידי ארגון או גם עורכי־דין פרטיים)? האם המניע של עורכי־הדין הוא המאפיין הקובע, דהיינו: הם צריכים לכוון את הייצוג לשם קידום עניין ציבורי? האם יש צורך שעורכי־הדין יפעלו בעניינים ציבוריים כקריירה מקצועית מלאה או די בכך שיעסקו בייצוג ציבורי באופן אינצידנטלי? האם הדילמות והקשיים המוצגים במאמר זה אופייניים רק לעורכי־דין ציבוריים או שהם משותפים לכלל עורכי־הדין?

הספרות העוסקת בחקר עורכי־דין ציבוריים החל משנות השבעים נטתה להתמקד בעורכי־דין שהועסקו על־ידי ארגונים העוסקים בשינוי חברתי. עורכי־הדין שעבדו בארגוני זכויות ואשר הקדישו את מלוא זמנם המקצועי להבאת שינוי חברתי – "הגרעין הקשה" של עריכת־דין ציבורית – היה זה אשר אף "זכה" לביקורת נוקבת בספרות זו. עיקרה של הביקורת נגע לנטילת סמכויות־יתר על־ידי עורכי־דין אלו והארגונים שבהם עבדו בקביעה ובהכתבה של סדר־היום הציבורי והמשפטי של הקבוצות והלקוחות שהם ייצגו. בהמשך הדרך התברר, כי התמונה הציבורית-משפטית מורכבת יותר וכי קיימים

9. ראו, למשל: Derrick A. Bell, Jr., "Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation", 85 *Yale L.J.* (1976) 470 שעניינו עורכי־דין אשר הועסקו בארגון NAACP; וכן ארון (לעיל, הערה 4). הארגון

מודלים שונים למעורבות מקצועית שעניינה הנעת שינוי חברתי. כיום ישנה הסתייגות מלהגביל מונח זה רק לאותם משפטנים העוסקים בעריכת דין כקריירה מקצועית בארגון קהילתי. ממחקרים בארצות שונות נובע, כי צמצום ההגדרה בדרך זו עלול להחטיא את המטרה של הבנת הדרכים השונות שבהן אפשר לקדם עניינים שעורכי דין מאמינים בהם במסגרת העיסוק המקצועי.¹⁰ עורכי דין עצמם פיתחו מודלים מגוונים לעבודה משפטית עבור קבוצות חלשות. כך, למשל, Trubeck and Kransberger מתארות מודל של עיסוק משפטי-ציבורי במסגרת משרדי עורכי דין פרטיים. מחקרן מתמקד לא בזיקה המוסדית כגורם המאפיין עריכת דין מסוג זה, אלא במודעותם של עורכי דין לעבודה שעיסוקם נועד להביא לשינוי בסדר הקיים – מטרה שמבקשים להגשימה באמצעות ייצוג לא-היררכי בין לקוחות ובין עורכי דין, בניסיון לשתף את הלקוחות בקבלת החלטות, בעיצוב משרדם בדרך "ידידותית" וכיו"ב.¹¹ מנגד, הועלה ספק אם תנאי להכללה בקטיגוריה זו הוא מודעות ומניע פוליטי ברור להנעת שינוי חברתי. במחקרם על עורכי דין ישראלים המייצגים בדואים טוענים Shamir and Chinsky, כי דווקא עורכי דין פרטיים אשר ייצגו בדואים באופן שוטף כחלק מן הפרקטיקה הפרטית שלהם ואשר (לטענתם) לא היו מונעים אידיאולוגית, שרדו בשדה מקצועי זה טוב יותר מעורכי דין שפעלו בשם ארגון זכויות של הבדואים.¹² מנגד, ישנם הטוענים כי יש להביא בחשבון אף את דפוסי עבודתם של עורכי דין המועסקים בשירות המדינה כחלק מן הקהילה המשפטית המשפיעה על שינוי חברתי והגנה על זכויות.¹³

אכן, לא קל לשרטט קווים ברורים בין עורכי דין "מן השורה" ובין עורכי דין הפועלים למען מטרה ציבורית. יתר על כן: הבחנה חדה בין שני סוגים של פרקטיקה לא רק שאיננה אפשרית, אלא אף איננה רצויה. וייאמר מיד: השאלות המועלות במאמר זה אינן ייחודיות

האמריקני The Council on Public Interest Law מגדיר עורכי דין אלו כעורכי דין העובדים בארגון בלא מטרות רווח, המעסיקים לפחות משפטן אחד והמקדישים לפחות 30% מזמנם לייצוג אוכלוסיות חלשות.

10. ראו, למשל, טרובק (לעיל, הערה 4).

11. Louise G. Trubek and M. Elizabeth Kransberger, "Critical Lawyers: Social Justice and the Structure of Private Practice", *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities* (Austin Sarat and Stuart Scheingold - eds., Oxford University Press, New York, 1998) 201.

12. Ronen Shamir and Sara Chinski, "Destruction of Houses and Construction of a Cause: Lawyers and Bedouins in the Israeli Courts", *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities* (Austin Sarat and Stuart Scheingold - eds., Oxford University Press, New York, 1998) 227, pp. 234-235.

13. בהקשר הישראלי בחן דותן את השפעת עורכי הדין במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה על זכויות הפלשתינאים המתדיינים בפני בית המשפט העליון: Yoav Dotan, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada", *33 Law & Soc'y Rev.* (1999) 319.

לעורכי־דין ציבוריים, אם כי הן מתחדדות יותר בפרקטיקה מסוג זה. המודל הקלסי של עורך־דין יחיד המפעיל משרד עורכי־דין והמייצג לקוח יחיד אינו יכול עוד לשמש פרדיגמה בלעדית לתיאור עיסוקם של עורכי־דין בכלל, ולא רק עורכי־דין ציבוריים. ייצוג קבוצה של לקוחות שאין בקרבם תמימות־דעים לגבי יעדי הייצוג (למשל: תושבי שכונה, עובדים במפעל, בעלי־מניות, קבוצת צרכנים) איננה חריגה והיא להם־חוקם של עורכי־דין פרטיים. עורכי־דין אף מייצגים באופן שוטף מוסדות, חברות וארגונים שונים שלעיתים אין בתוכם זהות בין האינטרסים של כל בעלי־העניין במוסד. הניגוד האפשרי בין האינטרס של הלקוח לאינטרסים לגיטימיים של קבוצה שאליה הוא שייך מייצג אחת מן הסיטואציות שבהן עשוי להתעורר מתח בין האינטרס של הלקוח ובין צדדים שלישיים העלולים להיות מושפעים מן הייצוג, והיא איננה תופעה המייחדת עורכי־דין ציבוריים. כך גם, ואף ביתר־שאת, בענייני זהות – ההיבט השני שבו עוסק במאמר זה. אף כי עורכי־דין חונכו שכדי להיחשב "מקצועיים", עליהם להותיר מחוץ לפעילותם המקצועית ממדים אישיים ולפעול באופן אובייקטיבי המנטרל את מרכיבי זהותם, בפועל הדבר קשה, אם לא בלתי־אפשרי. במידה זו או אחרת כל עורכי־הדין מביאים עמם אל תוך פעולת הייצוג את אישיותם ותפיסת־עולמם.¹⁴ ואמנם, ישנם הטוענים כי על עורכי־דין המשתייכים, למשל, לקבוצות־מיעוט מוטלת חובה מקצועית-חברתית לעשות כן דווקא במסגרת עיסוקם בפרקטיקה פרטית.¹⁵

זאת ועוד: הנחת־היסוד של מאמר זה היא, כי הבעייתיות שמקרה קעדאן מדגים – המתח בין הנאמנות ללקוח יחיד ובין התחשבות באינטרסים של צדדים שלישיים שאינם מיוצגים באופן פורמלי על־ידי עורכת־הדין – איננה ייחודית לעריכת־דין ציבורית. מתח זה הוא הציר המרכזי אשר סביבו מתנהלים רוב הדיונים בעניין החובות האתיות והמקצועיות של עורכי־דין.¹⁶ הביקורת המושמעת תדירות נגד מקצוע עריכת־הדין מועלית על רקע מציאות עגומה, שבה עורכי־דין מייצגים לקוחות חזקים ועשירים הרומסים את זכויותיהם של החלשים הבלתי־מיוצגים, ומצדיקים את עמדתם בכך שהם ממלאים את חובתם האתית לייצג באופן מסור את הלקוח היחיד. עמדה זו הביאה לקריאת־תיגר ציבורית ומקצועית על המרכיב המרכזי העומד בבסיס מקצוע עריכת־הדין.¹⁷

14. בעניין זה ראו: William H. Simon, "The Dark Secret of Progressive Lawyering: A Comment on Poverty Law Scholarship in the Post-Modern, Post-Reagan Era", 48 *U. Miami L. Rev.* (1994) 1099.

15. David B. Wilkins, "Identities and Roles: Race, Recognition and Professional Responsibility", 57 *Md. L. Rev.* (1998) 1502.

16. ראו, למשל, לובן ומילמן (לעיל, הערה 3).

17. ראו, לדוגמא, ספרם של נידר וסמית: Ralph Nader and Wesley J. Smith, *No Contest, Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America* (Random House, New York, 1996).

מכאן שאף כי הדיון במאמר זה מתמקד בעורכי־דין הפועלים למטרה ציבורית, השאלות העקרוניות המועלות בו רלבנטיות אף למגזרים רחבים יותר של המקצוע. סוגיות אלו מתעוררות בדרך ישירה או עקיפה ובמידה משתנה על־פי הנסיבות וההקשר שבהם מתרחש הייצוג המשפטי. עם זאת, יש טעם להתמקד במודל מובנה של עריכת־דין הנעשית במסגרת ארגון זכויות הפועל לשינוי חברתי משום שיש בו כדי לחדד קשיים אלו. ראשית, עורכי־דין הפועלים בארגונים מוגעים בדרך־כלל על־ידי רצון לעשות שימוש טרנספורמטיבי במשפט – נקודה אשר לכשעצמה מולידה בעיות על רקע הדפוס המקצועי המקובל.¹⁸ שנית, העובדה שהפעילות המשפטית נעשית במסגרת ארגון שיש לו סדר־יום חברתי או פוליטי, וכדפוס של קריירה – מאפשרת לבודד אותם מרכיבים שלכאורה עומדים בניגוד לגישה המקובלת בדבר יחסי עורך־דין–לקוח בדרך המאגרת תפיסות אלו ומזמנת בחינה מחודשת של התאמתן לדפוסים המשתנים של ייצוג משפטי. לסיכום: המחשבות המועלות במאמר זה באשר לפעולת הייצוג יכולות להתעורר במגוון של מצבים שבהם מתקיים ייצוג משפטי – במסגרת ארגוני זכויות, במסגרת ייצוג אינצידנטלי ואף בעבודתם של עורכי־דין בפרקטיקה פרטית. עם זאת, כאשר מדובר בעורכי־דין שעיסוקם המשפטי נעשה דרך־קבע ובמסגרת ארגון הפועל להבאת שינוי חברתי, שאלות אלו עולות באופן תדיר והן עשויות להיות מורכבות יותר בשל המגבלות הנובעות מעבודה במסגרת ארגונית. בהמשך המאמר אדון אפוא במקרה־המבחן המאפשר התמקדות בעריכת־דין במתכונת זו.

ג. עריכת־דין בין המשפטי לפוליטי

עורכי־דין הפועלים למטרות ציבוריות יוצרים ומשקפים בעת ובעונה אחת את המתח בין משפט ובין פוליטיקה. ההתמקדות בחוק כאמצעי לשינוי חברתי מטשטש את ההבחנה בין משפט ובין מדיניות חברתית, כלכלית או פוליטית, ועיסוק בעריכת־דין ציבורית מערב את המשפטן בסוגיות של מדיניות ציבורית ראויה שלעיתים קרובות שנויות במחלוקת עמוקה.¹⁹

18. סאראט ושיינגולד, למשל, פותחים את ספרם על עורכי־דין הפועלים לקידום מטרות ציבוריות כלהלן:

Legal professions everywhere both need and at the same time are threatened by cause lawyering. They need lawyers who commit themselves and their legal skills to furthering a vision of the good society because this "moral activism" puts a humane face on lawyering and provides an appealing alternative to the value-neutral, "hired gun" imagery that often dogs the legal profession (3, (לעיל, הערה 4), 3).

19. כדברי סאראט ושיינגולד במבוא לספר: "Cause Lawyers and the Reproduction of Professional Authority: An Introduction", *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities* (Austin Sarat and Stuart Scheingold - eds., Oxford University Press, New York, 1998) 3, p. 8:

ואמנם, תוך כדי העיסוק ה"משפטיני" בקידום מטרות ציבוריות פועלים עורכי-הדין הציבוריים בתוך, ומתוך, מערכת הנחות בסיסיות באשר לתפקידו של המשפט בקידום ערכים מסוימים ובאשר למקומו של מקצוע עריכת-הדין בחתירה להשגתם. מערכת זו אינה מתיישבת תמיד עם דפוסי-עבודה משפטיניים מקובלים.

עריכת-דין הנעשית במטרה להביא לשינוי חברתי איננה מתייחסת לחוק ולמשפט כאל תוצרים גיטריים של המוסדות הפוליטיים והמשפטיים. היחס בין משפט וחברה הוא דו-כיווני: המשפט משקף את מערכת ההיררכיות והכוחות הפועלים בחברה והוא יכול גם להשפיע על יחסי-כוחות אלו. קבוצות ואינטרסים שאינם מיוצגים במישור החברתי והפוליטי אינם זוכים לעתים קרובות לייצוג בעולם המשפטי, וייצוג משפטי עשוי להביא לקידום בתחומים חוץ-משפטיים. מזיקה זו נגזרים אחריותו, תפקידו וכוחו של המשפט, ובעקבותיו – של המשפטן – לתקן עוולות חברתיות.

השאלה, באיזו מידה אפשר להביא לשינויים חברתיים או פוליטיים של ממש באמצעים משפטיים, שנויה במחלוקת ואין בידי למצותה ברשימה זו.²⁰ עם זאת אפשר לומר, כי עורכי-הדין הפועלים בתחום זה בישראל משקפים אמונה בכוחו של המשפט להיות בעת בעונה אחת הן זירה הן שחקן ב"התגוששות" הפוליטית-חברתית-ציבורית בישראל.²¹

Law must somehow and to some extent trump politics if cause lawyering is to be successful. But in order to accomplish anything substantial, cause lawyers must necessarily become embroiled in controversial issues of politics and public policy.

20. לביקורת כללית על השימוש בהתדיינות משפטית להסבת שינוי חברתי ראו: Michael W. McCann, "Reform Litigation on Trial", 18 *Law & Soc. Inquiry* (1993) 715; Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change* (Yale University Press, New Haven, 1974); Gerald S. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (University of Chicago Press, Chicago, 1991); Michael W. McCann, *Taking Reform Seriously: Perspectives on Public Interest Liberalism* (Cornell University Press, Ithaca, 1986).
לאפשרות של עריכת-דין אלטרנטיבית הקוראת תיגר על התשתית המוסדית ההיררכית מבלי לנטוש את מקצוע עריכת-הדין ראו: Peter Gabel and Paul Harris, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law", 11 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (1982-1983) 369.

21. יש כמובן מלכוד מובנה בתפיסה המשפטנית, שיש בה כדי לאפשר את הפעילות המשפטית-ציבורית או אף להגבילה בעת ובעונה אחת: מצד אחד, הנחת-היסוד של עריכת-דין משפטנית היא כי המשפט מסוגל לחולל – בשיתוף מערכות אחרות – שינוי חברתי. מצד אחר, משום שעריכת-דין משפטנית נסמכת, בהגדרתה, על עצמאות מסיימת של המשפט, לעתים אין בה די מודעות להגבלות הפנימיות הקיימות על המשפט כמערכת התלויה הן במוסדות המדינה הן בתרבות הכללית שבה הוא מתהווה. על הדילמה של שימוש במערכת הממסדית כדי לשנות יחסי-כוחות בממסד ראו שם, 370-375.

פעילות משפטית לקידום מטרה ציבורית היא נטילת אחריות מקצועית - זו דרך שבה עורכי דין יכולים לתרום להבאת שינוי פוליטי, שהוא מבהיגתם רצוי, ולתיקון הטעון בעיניהם תיקון.

האמונה ביכולתו של המשפט להשפיע על החברה משליכה אף על היחס למקצוע ולמאפייניו. ההתייחסות למשפט כאמצעי בקידום עניין ציבורי מעצבת את מרקם היחסים בין עורכת הדין ובין גורמים שונים הממלאים תפקיד בחייה המקצועיים: לקוחות (וקבוצות חברתיות, שאליהן שייכים הלקוחות), רשויות השלטון (בתי-משפט, בתי-מחוקקים וממשלה) וארגונים מקצועיים (לשכת עורכי הדין).

עקב כך, הייצוג - הציר המרכזי של המקצוע - משנה את אופיו. במקום קשר ניטרלי בין עורך דין ללקוח שמטרתו פתרון סכסוך, נוצר מארג יחסים הכולל בחובו את עורכת הדין, הלקוח, הקבוצה שאליה משתייך הלקוח, הצד שכנגד, בית המשפט, ולעתים - הציבור כולו. מעבר לסיוע המידי לאדם שהיא מייצגת - בין בדרך של התדיינות בין באופן אחר - הטיפול בעניינו של לקוח הוא דרך יעילה בעיני עורכת הדין להשפיע על מערכת יחסי-הכוחות שהצמיחה את הסכסוך.²² כפי שאדגים בהמשך, החלטות בארגוני זכויות בדבר טיפול בתיק כלשהו מתקבלות לאחר דיון בהשלכות החורגות מעניינו של לקוח מסוים: האם ההתדיינות עלולה להוביל לקבלת "פסק-דין גרוע" אשר יצור מצב משפטי שאינו נוח לסגור עתידי בסוגיה מסוימת? האם מדובר ב"מקרה-מבחן" מתאים להעלאת נושא שלו היבטים כלליים? האם מדובר בעניין שמן הראוי להביא להכרעה שיפוטית או שמא פתרון פוליטי עדיף? האם עלולה התדיינות משפטית לקבע יחסי-כוחות בלתי-שוויוניים ולהנציח פערים? האם לארגון די משאבים לטפל בתיק? האם האפקט הציבורי שיהיה למקרה מצדיק את הייצוג? אמנם, הייצוג המשפטי מתבצע היום, אולם העיניים נשאות לדורות הבאים.

שיקולים מסוג זה אינם נחלתם הבלעדית של עורכי דין העוסקים בקידום מטרות ציבוריות. כאמור, ישנם משפטנים רבים שלהם השקפות דומות בדבר יכולתו של המשפט לקדם מטרות וערכים שהם מאמינים בהם. אולם התייחסות אל ההליך המשפטי כאל חלק מתהליך חברתי מורכב מצויה בדרך-כלל בפריפריית העיסוק בעריכת דין קונבנציונלית, בעוד שהיא מונחת במרכז ההגדרה וההווייה המקצועית של עורכי דין ציבוריים. המלכוד לגבי עורכי דין ציבוריים, ובכלל זה עורכי הדין בישראל, הוא בפסיעתם בעת ובעונה אחת בשני מסלולים - זה המשפטי וזה של השינוי החברתי-פוליטי, ובמיוחד בשהייתם לאורך זמן בתפר שבין שני נתיבים אלו ובחצייתו הלוך ושוב. שני עולמות אלו -

²² היטיב לבטא מטרה זו Gary Bellow במאמר: "Steady Work: A Practitioner's Reflections on Political Lawyering", 31 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1996) 297, p. 304 :

What makes these relationships so central to what I understand as political lawyering is the change-oriented focus of the enterprise... we were always pursuing larger aims: a genuine changing of minds or an enduring alteration of the circumstances in which the conflict arose.

הפוליטי והמשפטי – המתחככים זה בזה, יוצרים תמונה עמומה ולעתים מלאת סתירות ברבר התפקיד, האחריות והפריבילגיות המוקנות לעורכי־הדין במערכת דואלית זו. ככל שהנושא אשר עברו הם פועלים טעון יותר מבחינה פוליטית או חברתית ומשקף מחלוקות מהותיות וקשות בין הפרט לשלטון או בין חלקי אוכלוסייה שונים, מתחדד הקושי של עיסוק משפטי בשינוי חברתי. בנסיבות אלו האינטראקציה בין שני העולמות מציבה את עורכי־הדין בפני הצורך לפעול על־פי כללים מקצועיים-משפטיים נוקשים שעל שמירתם הם מחויבים מכוח זהותם המקצועית, באופן שאינו עולה תמיד בקנה אחד עם דימוים העצמי כסוכנים של שינוי חברתי.

ד. עריכת־דין ציבורית בישראל – הליכה בתלם המקצועי המקובל

האם אפשר לאתר או להגדיר תפיסה מקצועית המייחדת את עורכי־הדין העוסקים בשינוי חברתי בישראל? בספרות העוסקת בעריכת־דין מסוג זה בארה"ב משתקף מתח בין שתי גישות לעריכת־דין ציבורית. במבוא לספרם *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities*²³, המחברים סאראט ושיינגולד מתארים שני טיפוסים של עורכי־דין ציבוריים העומדים בקצוות של רצף העיסוק בעריכת־דין מסוג זה. האחד, עורכת־הדין המשפטנית (Legalistic cause lawyer), המניחה כי השימוש בכללים, באסטרטגיות ובמוסדות משפטיים קיימים הוא לגיטימי ואף מצוי במרכז העיסוק המשפטי-ציבורי. עריכת־דין משפטנית, אף שהיא מיועדת לקידום מטרות חברתיות, משתמשת תכופות באמצעים המשפטיים המקובלים, כגון ייצוג במקרים תקדימיים בערכאות משפטיות, ומקבלת את הנחות־היסוד של מקצוע עריכת־הדין, למשל: נאמנות מרבית ללקוח. עורכת־הדין רואה את עצמה כבעלת־מקצוע המצוידת במומחיות מיוחדת ומשתמשת בה לקידום מטרות ציבוריות. מכיוון שעריכת־דין ציבורית-משפטנית מניחה כי המוסדות החוקתיים-משפטיים במדינה הם לגיטימיים וכי אפשר באמצעותם להביא לשינוי הרצוי, היא איננה חותרת בהכרח לשינוי התשתית המוסדית שעליה בנויה המערכת המשפטית.²⁴

בטיפוס האחר מצוי עורך־הדין הפוליטי או הרדיקלי (Radical cause lawyer). עריכת־דין פוליטית מאופיינת בניסיון לפרוץ דפוסי השיבה ועשייה מקצועיים קונבנציונליים ובקריאת־תיגר על כללים מקצועיים המשמרים ומנציחים יחסי־כוחות בלתי־שוויוניים בחברה, שעורך־הדין הציבורי מנסה לשנות מיסודם. מכאן גם נגזרת

²³ סאראט ושיינגולד (לעיל, הערה 19).

²⁴ ...Here cause lawyering involves working within accepted professional understandings of skilled and zealous client representation. ...At this end of the continuum, cause lawyers tend to be distinguished primarily by a willingness to undertake controversial and politically charged activities and/or by a sense of commitment to particular ideals (7, שם).

מטרתו של עורך הדין – להביא לשינוי רדיקלי במערך יחסי הכוחות בחברה ולחלוקה צודקת יותר של המשאבים בה, ובכלל זה המשאבים המשפטיים. נאמנותו המקצועית איננה נתונה ללקוח זה או אחר, אלא להשגת חברה צודקת ונטולת היררכיות. עבודת עורך הדין הרדיקלי נעשית בסמיכות לתנועות חברתיות או פוליטיות ותוך מעורבות אתן, והשתתפות בפעילות הארגונית והציבורית של תנועות אלו היא חלק בלתי נפרד מעיסוקו.²⁵ עורכי דין פוליטיים משתמשים פחות באמצעים משפטיים מקובלים הנסמכים על רשויות המדינה ועל המערכת המשפטית וממקדים את עשייתם ברמה הקהילתית, בפעולות העצמה אישיות וקבוצתיות. עם זאת, כאשר הם פועלים במסגרת המערכות הקיימות, מטרתם היא לאתגר אותן מבפנים בדרך של אי-ציות לכללי המשחק המקובלים במוסדות אלו.²⁶

רוב עורכי הדין הציבוריים בישראל אינם ממלאים בשלמות אחר אחד מן המודלים הטיפוסיים הללו, ורובם מצויים במקום כלשהו על-פני הרצף שביניהם.²⁷ עם זאת אפשר לומר, נדמה בלא קושי רב, כי רוב רובם של עורכי הדין הציבוריים בישראל מתקרבים בזהותם לעורכי הדין המשפטנים, על-פי ההגדרה של סאראט ושיינגולד.²⁸ עורכי דין ציבוריים בישראל משתמשים תדיר בערוצים משפטיים מקובלים: הם מגישים עתירות ותביעות לבתי משפט ובוררים מקריימבטן על-פי התאמתם ליצירת תקדים משפטי. עורכי הדין יוזמים הליכי חקיקה בכנסת ומקדמים את ענייניהם תוך שמירת מערכת יחסים תקינה עם חברי כנסת, אנשי רשות וכן עם לשכת עורכי הדין. לעתים נדירות

25. For them the professional project is very much about the decommodification of legal services, about closing the gap that divides lawyers from clients, from staff, and most significantly, from communities, organizations and interests that they choose to serve (שם).

26. דוגמאות לנסיונות לאתגר את המערכת המשפטית מתוכה במשפטים עם היבט פוליטי ראו אצל גייבל והאריס (לעיל, הערה 20).

27. לתיאור רצף של טיפוסים עורכי דין ציבוריים שאינם ממלאים בדיוק את המודלים הללו ראו: Michael W. McCann and Helena Silverstein, "Rethinking Law's 'Allurements': A Relational Analysis of Social Movement Lawyers in the United States", *Cause Lawyering, Political Commitments and Professional Responsibilities* (Austin Sarat and Stuart Scheingold - eds., Oxford University Press, New York, 1998) 261

28. אני כוללת במסגרת זו עורכי דין העובדים בארגונים אלה: האגודה לזכויות האזרח בישראל; שדולת הנשים בישראל; המועצה הלאומית לשלום הילד; המוקד להגנת הפרט; עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל; בוכות – המרכז לזכויות האדם של אנשים עם מוגבלויות; התכניות לחינוך משפטי קליני באוניברסיטת תל-אביב; אדם, טבע ודין; התנועה לאיכות השלטון בישראל; ובמידה פחותה, אם כי אך במעט – עמותת "ידיד" ועמותת סגור קהילתי. כמו כן אני כוללת בהגדרה זו את מרכזי הייעוץ והייצוג המשפטי של ארגוני הנשים נעמ"ת וויצ"ו.

נמצא עורכי־דין המנצל את בית־המשפט לכמה להצהרות פוליטיות. כעבודתם מודגשת מומחיותם המקצועית: יתרונם ומעמדם נובע מן המוניטין המקצועי שרכשו, ומיומנותם היא נכס מקצועי וציבורי כאחד. אף כי הארגונים שעבורם הם עובדים עוסקים גם בפעילות ציבורית, חינוכית, פוליטית או חברתית-קולקטיבית, וחלק מעבודת עורכי־הדין כורכת בחובה גם פעילות מסוג זה – בעיקרו של דבר הם שומרים על מעמד מקצועי-משפטי מובהק.

מבחינת הודהותם החברתית עורכי־הדין העובדים בארגוני זכויות רואים את עצמם חלק אינטגרלי מן הקהילה המשפטית בישראל. זוהי קבוצת ההתייחסות המקצועית שלהם. הם חונכו והוכשרו להיות עורכי־דין – עיסוק שבמרכזו הענקת שירות משפטי ללקוח מסוים. מושגים אתיים בסיסיים – כגון שמירה על סודיות מקצועית, נאמנות ללקוח, הימנעות מניגוד עניינים ושמירה על כבוד המקצוע – סוגלו כתבניות־חשיבה מושרשות שדרך כותנים עורכי־הדין את עצמם כל העת ולעומתן הם מודדים את דימוים המקצועי. עולם המושגים שבתוכו הם פועלים מורכב מעקרונות כמו שלטון החוק ועצמאות בית־המשפט, והם נסמכים על מעמדה הסמיו־אוטונומי של המערכת המשפטית לעומת זו הפוליטית. בבתי־המשפט הם משתמשים במונחים הגזורים מעולם המשפט: טובעים ונתבעים, כללים פרוצדורליים, עתירות וחסיגות. הם מנסים לשכנע, כי החוק "קובע" את מה שהם טוענים לו ומרחיקים את עצמם ממושגים טעונים, כגון מדיניות, הקצאת משאבים מתחייבת וכיוצא באלה מונחים הלקוחים מן העולם הפוליטי. עמדה מקצועית זו מאפשרת לעורכי־הדין להבחין בינם ובין פעילים אחרים העוסקים בשינוי חברתי ואף מעניקה להם יתרון יחסי לכאורה: הם אינם משתתפים ישירים במשחק הפוליטי שבו יש להתחרות בשוק האינטרסים, הרעיונות והערכים. ככלות הכול, כעורכי־דין הם רק מייצגים את ענייניו של אדם אחר ואין הם מקדמים את סדר־היום החברתי של עצמם. בידול מקצועי/משפטי זה מעניק לעורכי־הדין מקור לגיטימציה ואף זהות: השתייכות לתת־קבוצה מקצועית וחברתית כאחת.²⁹

אולם הודהות חברתית מקצועית זו היא הרבי־פיפיות: מצד אחד, היא מעניקה לעורך־הדין לגיטימציה וכוח השפעה הנובעים משמירה על דפוסים מקצועיים היוצרים הבחנה והבדלה – "ייחוד המקצוע", כך נהוג לכנות זאת – בינם ובין אחרים. אך ייחוד זה עלול להיות נקודת־תורפה מגבילה דווקא לגבי אותם עורכי־דין הרותמים את העיסוק המשפטי להבאת שינוי חברתי; שהרי העיסוק בעריכת־דין לשם קידום מטרות ציבוריות איננו מתיישב עם התפיסה הקונבנציונלית של המקצוע, שבבסיסה הנחה בדבר ניטרליות מצדו של עורך־הדין כלפי העניין שהוא מייצג.³⁰ ההיפך הוא הנכון: לעתים קרובות עורכי־דין ציבוריים מזדהים עם האדם או העניין שהם מייצגים – הודהות שמלכתחילה היא סיבה לבחירה בעיסוק במקצוע או בטיפול בתיק או בעניין מסוים.

29. על הודהותם של עורכי־דין מטעם האגודה לזכויות האזרח עם הקהילה המקצועית, בכלל, ועם פרקליטי מחלקת בג"צים במשרד־המשפטים, במיוחד, ראו דותן (לעיל, הערה 5).

30. את עקרון הניטרליות כעבודה המקצועית של עורכי־דין תיאר William H. Simon:

זאת ועוד: המתח בין השמירה על מקצועיות משפטית ובין שימוש במשפט להשגת מטרות חברתיות חורג משאלת ההזדהות עם העניין או הלקוח. כפי שיפורט בהמשך, היצמדות לתבניות מקצועיות נוקשות - כגון אובייקטיביות וניטרליות מקצועית או נאמנות ללקוח המיוצג - יוצרת לפעמים מתח עם הרצון לקדם את השינוי החברתי המבוקש. שינוי כזה הרי איננו מתרחש בחלל ריק, הלקוח איננו מבודד מן הסביבה שממנה גלקח הסכסוך המשפטי ומן הקבוצה שאליה הוא שייך. מרכיבי הזהות הבלתי-ניטרליים של כל הצדדים המעורבים בסכסוך אינם נעלמים כאשר נכנסים אל משרד עורך-הדין או אל בית-המשפט. עם זאת, עורכי-דין המבקשים להכיר ולהתחשב במורכבות זו ולתרגמה להחלטות מקצועיות נתקלים בקושי.³¹ הגמשה או ויתור על מושגי-היסוד המקצועיים - כך הורגלנו לחשוב - מרפים ומחלישים את "הרמה המקצועית" של עורכי-הדין. לכאורה עליהם להחליט אם רצונם להיות "פעילים חברתיים" או "משפטנים מקצועיים". זוהי בחירה המעמידה עורכי-דין בדילמה: האם הם בתוך המעגל המקצועי או מחוצה לו? כדי להתגבר על קושי זה ומבלי לוותר על הרצון להפעיל את המשפט למטרות ראויות, יש אפוא לנסות ולהגדיר מחדש מה ייחשב "מקצועי", על כל הכרוך בכך.

בהמשך רשימה זו אני מבקשת להמחיש חלק מהתלבטויות מקצועיות אלו באמצעות מקרה שבו התחלתי לטפל כאשר עבדתי באגודה לזכויות האזרח בישראל. מחד גיסא, מקרה זה מדגים בעיות טיפוסיות המתעוררות בעיסוק משפטי לקידום מטרות ציבוריות באמצעות הליך משפטי קונבנציונלי כהתדיינות משפטית בערכאות (ובמיוחד בייצוג זכויות קבוצה). מאידך גיסא, הוא משקף תווים ייחודיים לחברה הישראלית: המתח בין הגדרתה כמדינה יהודית ובין מחויבותה לשמור על שוויון זכויות בין יהודים וערבים. הוא

The lawyer is expected to represent people who seek his help regardless of his opinion of the justice of their ends. In some cases he may have a duty to do so; in others he may have the personal privilege to refuse. But whenever he takes a case, he is not considered responsible for his client's purposes... (William H. Simon, "The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics", *Wis. L. Rev.* (1978) 29, p. 36).

31. הנסיונות לתרגם להחלטות אופרטיביות מודעות לזהות הגורמים הנוטלים חלק בהליך המשפטי חורגת מגיסיון, למשל, לנתב דיון בתיק מסוים לשופט מסוים, בשל הערכה לגבי עמדותיו הערכיות, אם כי היא קשורה בה. גישה דיאליסטית למשפט מכירה בכך, כי למרכיבי הזהות של השופט תפקיד חשוב בהכרעה השיפוטית. החידוש המוצע כאן הוא ראשית ההכרה כי לא רק לזהות השופט, אלא גם זו של עורך-הדין, ישנה משמעות במשפט. זאת ועוד: אף במהלך הייצוג המשפטי על כל היבטיו - הגדרת הבעיה של הלקוח, הצבתה על רקע השקפת-עולם מסוימת וניסוח טענות משפטיות - זהות זו יכולה, ולעתים אף צריכה, לבוא לידי ביטוי.

אף ממחיש בעייתיות מסוימת הקיימת בדפוסי-עבודה של עורכי-דין הפועלים למען מטרה ציבורית בהיותם, כבכל קבוצה לאומית, עלית הברתית.³² תיק זה נלקח לייצוג על-ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל בשל הפוטנציאל התקדימי הגלום בו להעמיד במבחן את מדיניות הקרקע, ההתיישבות והדיור של המדינה, שנטען כנגדה שהיא מפלה את הערבים אורחי ישראל. העתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק הוגשה בשמם של זוג אזרחים ישראלים, עאדל ואימאן קעדאן, שנתקלו באפליה בכל הריפותה בנסיונם לרכוש בית ביישוב הקהילתי קציר. בשנת 1995 נפגשתי לראשונה עם בני-הזוג קעדאן, התוודעתי לסיפורם והם הפכו להיות לקוחותי. בהקשר זה מן הראוי להבהיר, כי במסגרת הפרקטיקה הקיימת בארגונים הפועלים בלא מטרת רווח (ובכלל זה ארגוני זכויות) ישנם גופים לא-מעטים המעסיקים עורכי-דין בשכר. הנהג בארגונים אלו הוא, כי בין עורכי-הדין לאנשים המיוצגים על-ידי הארגון נוצרים יחסי עורך-דין-לקוח במתכונת המקובלת פחות או יותר בהתקשרויות במסגרת פרטית (לקוחות חותמים על מסמך המייפה את כוחו של עורך-הדין לפעול מטעמם). בדרך-כלל הארגון שעבורו עובדים עורכי-הדין אינו נחשב כלקוח, אלא כמעביד. כללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין אינם עוסקים במודל ייצוג שכזה, אלא מניחים התקשרות בין לקוח לעורך-דין המועסק על-ידי משרד או חברה של עורכי-דין. הכלל היחיד, שעניינו המציאות שבה עורכי-דין מועסקים על-ידי גוף שאיננו משרד עורכי-דין, הוא כלל 11ב. אולם בנסיבות האמורות הוא איננו מסדיר את היחס המשולש בין הארגון המעסיק, עורך-הדין והלקוח. סעיף קטן (ב) לכלל קובע: " (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".³³ סעיף זה אינו חל על הסיטואציה שבה עובדים עורכי-דין בארגוני זכויות, אלא על מצב שבו עורכי-דין מועסקים על-ידי גופים מסחריים הנותנים שירותים משפטיים. מכל-מקום, פורמלית הלקוח בארגונים העוסקים בשינוי חברתי הוא האדם שמייצגים אותו ונראה כי הארגון לא נחשב כלקוח. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מן העובדה, כי עורכי-דין רבים רואים את עצמם מייצגים, באופן מעשי ומהותי, אף את האינטרסים של הארגון שבו הם מועסקים ואשר עמו הם בדרך-כלל מזדהים ומזוהים.³⁴ יתירה מכך: לפעמים, וכדי להדגיש את ההיבטים העקרוניים הכרוכים בייצוג, מוגשות תביעות ועתירות לבית-המשפט הן בשם אנשים יחידים הן

32. על ה"אליטיזם" של עיסוק בזכויות אדם בישראל ראו, למשל: Stanley Cohen, *Denial and Acknowledgement: The Impact of Information about Human Rights Violations*

(The Hebrew University Minerva Center for Human Rights, 1997), Chap. 1.

33. כלל 11ב(ב) לכללי לשכת עורכי-הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986, ק"ת 1373.

34. במאמרו, "ההתדיינות בשם האינטרס הציבורי והאתיקה המקצועית של עורכי-דין", הפרקליט לד (תשמ"א-תשמ"ב) 403, דן פרופ' אהרון אנקר בבעייתיות העלולה לצמוח מדואליות זו וציין כי כאשר ארגון משלם לעורך-דין את שכרו בגין הטיפול המשפטי, עלולה

בשם הארגון, במקרים אלו ניתן ייפוי-כוח על-ידי הארגון לעורך-הדין, והארגון הופך להיות עותר מן השורה.³⁵ במקרים אלו עלול להתעורר גם באופן פורמלי ניגוד עניינים בין הארגון ובין הלקוח היחיד. אולם המתח בין שמירה על אינטרס הלקוח ובין קידום אינטרס הארגון עלול להיווצר גם אם הארגון איננו מיוצג באופן פורמלי בהליך. למשל: כאשר מוצעת פשרה לסיום ההליך, האדם מעוניין בה ולארגון יש אינטרס להמשיך בהליך לקבלת פסק-דין עקרוני (ראו להלן). וייתכן מיד: עצם הניסיון לאתר ולהגדיר מיהו ה"לקוח" שכלפיו חבים עורכי-דין את חובות האמון האולטימטיביות הוא בעייתי בעיני. נקודת-המוצא של מאמר זה היא, כי הגדרות נוקשות אלו, הגדרות בין מי שהוא לקוח למי שאיננו כזה, אינן מתאימות לסיטואציה שבה מצויים עורכי-הדין העוסקים בשינוי חברתי. עם זאת, בעבודת היומיום נאלצים עורכי-הדין להגדיר את פעולתם בתוך המסגרת הנורמטיבית הקיימת, וזו נעשית כמבואר לעיל.

ואכן, על בסיס ההבנה והנוהג האמור, שלפיהם בני-הווג קעדאן הם הלקוחות בתיק המשפטי וכי ייצוגם ייעשה תוך כדי קידום העקרונות המקובלים על הארגון שבו הועסקתי, נקשר הקשר ביני ובין בני-הווג. ייצגתי את עאדל ואימאן קעדאן בעתירתם לבג"ץ עד עזיבתי את האגודה לזכויות האזרח בשנת 1996 ונסיעתי לחו"ל. פסק-הדין בעתירה ניתן בחודש מארס 2000, לאחר שובי לישראל. חלק ניכר מפרק זה של הרשימה מתאר אפוא את הולדתו ומהלך התנהלותו של תיק זה ממבט אישי גלוי-לב.³⁶

להיווצר בעיה של נאמנות כפולה – לארגון וללקוח: "מן הבחינה הדינמית-מעשית, ולעיתים אף מן הבחינה הפורמלית, שני הגורמים, דהיינו – הארגון והלקוח הפרטי – הינם לקוחותיו של עורך-הדין, ואל שניהם חובת נאמנותו" (שם, 408). לדעתי, כאמור, כאשר עורך-הדין מועסק דרך קבע על-ידי הארגון ולא נשכר על-ידו לצורך מתן שירות מסוים, אין לראות בו את ה"לקוח".

35. ישנן דוגמאות רבות לפרקטיקה זו. ראו, לדוגמא, את העתירה בעניין איסור העינויים, בג"ץ 5100/94 ואח' הוועד הציבורי נגד עינויים, האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם, פסק-דין מ-6.9.99). בעתירה זו חברו יחדיו ארגוני זכויות וכן עותרים יחידים.

36. עאדל ואימאן קעדאן קיבלו לידם את הרשימה לפני פרסומה. הם היו מודעים לרצוני להדגים באמצעות המקרה האישי שלהם את התופעה הרחבה יותר של עורכי-דין העוסקים בקידום מטרה ציבורית והביעו את הסכמתם לכך. הסכמה נתקבלה אף מעורך-דין תאופיק ג'ברין ומן האגודה לזכויות האזרח בישראל.

ה. פרשת קעדאן³⁷

1. רקע עובדתי

פרשת קעדאן העלתה לביקורת שיפוטית מדיניות ארוכת-שנים שנהגה במדינת ישראל – להקים על אדמות מדינה יישובים המיועדים למגורי יהודים בלבד. יישוב יהודים באזורי ספר ובפריפריה היה מרכיב מרכזי בתפיסה הציונית הן בתקופה שלפני הקמת המדינה הן לאחריה. באמצעות מנגנונים שונים המדינה סייעה, עודדה והקימה קיבוצים, מושבים ויישובים אחרים (המבוססים על מידה זו או אחרת של שיתופיות) עבור האוכלוסייה היהודית, ופעילות זו נחשבה מטרה לאומית עליונה בהגשמת החזון הציוני של יישוב יהודים ברחבי הארץ. אדמות המדינה היו לא רק משאב ליישובם של יהודים בפלשתינה, ולאחר-מכן בישראל, אלא אף כלי מרכזי בטרנספורמציה הכלכלית והחברתית של היהודים בתהליך בניית האומה.³⁸ מכיוון שרוב האדמות בישראל מצויות בבעלות המדינה ומכיוון שמדינת ישראל (באמצעות מינהל מקרקעי ישראל) מנועה מלהקצות את הקרקע תוך שימוש בקריטריונים מפלים (כגון לאום או מין), התבססו במשך השנים מנגנונים שונים שבאמצעותם אפשר היה לעקוף מגבלות אלו.³⁹ המנגנונים המרכזיים שבהם נעשה שימוש לעניין זה היו (א) החכרת הקרקע לסוכנות היהודית לארץ-ישראל – גוף בעל סטטוס מיוחד, הפועל זה שנים לקידום ענייניו של העם היהודי בישראל ומחוצה לה ומתקיים מתרומות של יהודים בחו"ל. הקניית הזכויות בקרקע לסוכנות אפשרה לה לייחד את הזכויות בקרקע ואת השקעות התשתית והפיתוח מצדה של הסוכנות עבור מתיישבים יהודים. (ב) החכרת קרקע מדינה לאגודה שיתופית (או לעמותה), אשר קיבלה במקביל אוטונומיה להחליט מי יוכל להתגורר ביישוב ולהשתמש בקרקע לצורך מגורים. לעתים קרובות נעשה שימוש בשני המנגנונים יהדיו, דהיינו: המדינה העבירה את הזכויות בקרקע לסוכנות, וזו העבירה אותן לאגודה השיתופית. זו היתה המתכונת שבה הוקם היישוב קציר – יישוב קהילתי באיזור נחל עירון, המצוי ליד ריכוז גדול של יישובים ערביים. זוג ערבים אורחי המדינה, עאדל ואימאן קעדאן מבקת אל-גרבייה, ביקשו לרכוש בקציר מגרש כדי לבנות במקום את ביתם. ועדת הקבלה של היישוב קציר סירבה לאפשר לבני-הזוג לרכוש מגרש ביישוב בשל היותם ערבים.

37. בג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1). בקרב הציבור נודע תיק זה כ"תיק קציר" ולא כ"תיק קעדאן". "עברותן" של עתירות שהוגשו על-ידי ערבים במישור הסימבולי מביאה לכך שאף עתירה עקרונית לבג"ץ מובילה למחיקת זהותם של עותרים ערבים ולהנצחת הרושם שלפיו יהודים "מעניקים" זכויות לערבים במסגרת שיח יהודי.

38. על מדיניות קרקע כאמצעי להגשמת יעדים לאומיים בישראל ראו: Oren Yiftachel, "The Internal Frontier: Territorial Control and Ethnic Relations in Israel", *Ethnic Frontiers and Peripheries: Landscapes of Development and Inequality in Israel* (Avinoam Meir and Oren Yiftachel - eds., Westview Press, Boulder, Colo., 1998) 39.

39. על דרכים ישירות ועקיפות לאפליית ערבים בתחום הדיר ראו: David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel* (Westview Press, Boulder, Colo., 1990), 84-108.

2. ההחלטה על ייצוג – היבטים ארגוניים ואישיים

מקרה קציר הובא לידיעת האגודה לזכויות האזרח בחודש יוני 1995, באמצעות עורך־דין תאופיק ג'בארין, הפעיל בקידום זכויות המיעוט הערבי בישראל.⁴⁰ המקרה הגיע במקורו לעורך־דין ג'בארין, אולם הוא החליט להעבירו לטיפול האגודה משום שלהערכתו עדיף היה לגסות למנוע את יצירת הרושם כאילו משני צדי המתרחש עומדים ערבים מול יהודים. הנושא נחשב בעיניו כבעל משמעות עקרונית, וככה ייראה אם ארגון כמו האגודה לזכויות האזרח יטפל בו.

ההחלטה לייצג את בני־הווג קעדאן בתיק זה עברה בלא כל קושי את מנגנון קבלת ההחלטות באגודה לזכויות האזרח. המשמעות העקרונית של תביעה מסוג זה היתה ברורה לעין כול, בשל השלכותיה התקדימיות על מדיניות הקרקע של מינהל מקרקעי ישראל. בשל רגישותו הפוליטית של המקרה ביקשתי, כי הייצוג יקבל אף את אישור הנהלת האגודה לזכויות האזרח, נוסף על אישור ועדת ההיגוי המשפטית, וכך אכן היה. מן הראוי לציין, כי "רגישותו" של התיק בהקשר זה התייחסה לדרך שבה הוא יתקבל בקרב הציבור היהודי, בעוד השאלה, אם בקרב האוכלוסייה הערבית קיימת תחושה דומה כי מדובר בעניין חשוב ועקרוני, לא עלתה כלל לדיון בעת ההיא.

במישור האישי הייתי מודעת לצורך לקבל לגיטימציה – מעין "אישור" – להבאת הנושא להתדיינות כחלק מתהליך קבלת ההחלטות בארגון, לא רק מקרב עמיתי היהודים

40. נסיבות ההפניה זכורות לי היטב. עורך־דין ג'בארין התקשר לביתי באותו יום שבו סימתי את הטיועון בתיק אחד שהעסיקני זמן רב. סברתי, כי לאחר הפסקה קלה ארצה שוב להתמקד בטיפול בתיק עקרוני וחשוב. שמהתי מאוד על הפניה זו. נושא האפליה בקרקעות עמד על סדר־יומה של האגודה מזה שנים, אולם לא נוצרה הודמנות לייצוג בתיק מתאים אשר יעמיד לביקורת שיפוטית את המדיניות באופן ישיר. כמי שטיפלה בנושא זה בתוך הארגון, "היכיתי" לתיק מסוג זה שנים מספר. אישית הטרידה אותי המדיניות שתוארה לעיל וסברתי שהיא איננה מוצדקת, בוודאי לא כיום, כמעט חמישים שנה לאחר הקמת המדינה. טיפולתי במקרים דומים שעובדותיהם היו פחות נוחות ליצירת תקדים משפטי וביצעתי מחקר משפטי מקיף בנושא. ידעתי כי מדובר בנושא רגיש מבחינה פוליטית, המעמיד במבחן מוסכמות מורששות בדבר המשך צדקתה של מדיניות ההתיישבות היהודית, שהיתה אחד מיסודות הציונות. עם זאת, סברתי כי בבוא מקרה מתאים בשלה העת להעלות מדיניות זו לביקורת שיפוטית. כמו־כן הייתי מודעת לקושי שבו נתקל תאופיק ג'בארין בנסיונותיו הוא לעבור להתגורר בקציר. ג'בארין עמד להביא את עניינו בפני ערכאות, אולם בסופו של דבר נתאפשר לו לרכוש יחידת־דיור ביישוב. מקרהו של ג'בארין לא שימש תקדים לעניינו של קעדאן, משום שהוא רכש דירה בחלק של היישוב אשר נמכר ישירות לתושבים עליידי משרד־הבינוי־והשיכון, בבנייה ישירה עבור עולים חדשים, בעיקר. לעומתו, ביקש קעדאן לרכוש מגרש לבנייה בשיטת "בנה ביתך" בשכונה אחרת של היישוב, שבה היו נתונות הזכויות בקרקע לסוכנות היהודית ולאגודה השיתופית קציר. יחסי־העבודה ביני ובין עורך־דין ג'בארין היו טובים ואישרתי בפניו כי אם תייצג האגודה את הווג בתיק זה, הוא יוכל ללוות את הטיפול בו.

אלא גם מצדם של ערבים. שיקולים מסוג זה, המביאים בחשבון את השלכות הייצוג המשפטי מעבר לאדם המיוצג, היו עניין של יום ביומו בעבודתי בארגון. עם זאת, ביני ובין עצמי סברתי, כי נקטתי די אמצעים לוודא כי אני אכן פועלת לקידום האינטרסים של הערבים בישראל בכללותם. אחרי הכול, התיק הופנה אלי על-ידי פעיל זכויות אדם ערבי. בהנהלת האגודה לזכויות האזרח היו שני חברים ערבים מתוך 13 ובאותה עת לא היה קיים ארגון שפעל בדרכים משפטיות לקידום זכויות האזרח של ערבים בישראל שעמו יכולתי להתייעץ.⁴¹ אישית אף לא סברתי כי יש צורך בהתייעצות נוספת או בהליך מקדים שמטרתו לברר אם נושא ההתדיינות – פתיחת האפשרות בפני ערבים להתגורר ביישובים קהילתיים יהודיים – הוא בעיני הקבוצה הנוגעת בדבר הדרך הטובה ביותר לתקן את האפליה הקשה והנמשכת נגד קבוצה זו בתחום הדיור וההתיישבות. וחשוב מכול: היו לקוחות שהיה עלי לייצגם באופן הטוב ביותר, והשאלה, באיזו מידה עניינם זכה באותה עת לתמיכה רחבה בקרב הציבור הערבי, נראתה לי משנית בחשיבותה.

עם חלוף הזמן, וככל שהתרחבה היכרותי עם ארגונים העוסקים בזכויות ערבים, גיליתי להפתעתי, כי רבים מהם אינם שותפים להתלהבותי בדבר חשיבותו וערכו התקדימי של תיק זה. חלק מן האנשים שעמם שוחחתי על המקרה הגיבו במשיכת כתפיים או הביעו את דעתם, כי בסופו של דבר תהיה לתיק זה השפעה שולית בלבד על שיפור מצב הדיור של הערבים בישראל. אמנם, העתירה והעותרים יזכו לתשומת-לב תקשורתית (כפי שאכן קרה), אך זאת קרוב לוודאי משום שהם מייצגים את החריג ולא את הכלל. כמה משפחות ערביות אכן מעוניינות, או מסוגלות, לעבור ולהתגורר ביישובים יהודיים? האם זו הדרך לניצול היעיל ביותר של משאבי האגודה לזכויות האזרח לסגירת פערים בין יהודים לערבים? עמיתי שבו והזכירו לי התדיינות קודמת של האגודה לזכויות האזרח שעניינה אפליה בדיור על בסיס לאום – שם ייצגה האגודה יהודי שרצה להתגורר בעיירה בדואית – כדוגמא להתייחסות נטולת-הקשר לסוגיית קרקעות הבדואים בנגב, המגדירה את הבעיה מזווית-ראייה יהודית ולא ערבית.⁴² ועוד הקשו: ייתכן שלא יהיה זה מן התבונה להבליט את פוטנציאל החיכוך בין יהודים לערבים ביישוב (היבט אשר מן-הסתם יתעורר בשלב כלשהו של הדיון) משיקולי דו-קיום ופיוס ארוכי-טווח. הדילמות המוכרות בדבר האפקטיביות של התדיינות משפטית נצפו אף הן: אם תידחה העתירה, תוכל המדינה להיאחז באישורו של בית-המשפט להמשכתה של מדיניות מפלה. אם העתירה תתקבל, מחד גיסא, עלולה השפעתה בפועל להיות נטולת-ממשות (משום שערבים מעטים בלבד יבקשו להתגורר ביישובים יהודיים); מאידך גיסא, המדינה תוכל לשוב ולהתהדר במוסדותיה הדמוקרטיים. השאלות אינן

41. מאז הוקם ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, אשר נוסד ב-1 בנובמבר 1996.

42. בג"ץ 528/88, בשג"ץ 335/89 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד מג (4) 297. בעניין זה ביקש קצין-משטרה יהודי לרכוש מגרש ביישוב הבדואי שגב שלום וסורב, משום שיישובים אלו מיועדים למגורי בדואים בלבד. בית-המשפט אישר מדיניות זו ודחה את העתירה. תיק זה מוזכר מדי פעם בקרב פעילי זכויות אדם ערבים כדוגמא לייצוג שבבסיסו תפיסה פורמליסטית של שוויון קבוצתי.

פשוטות: האם לא עדיף להשקיע מאמץ, תשומת-לב תקשורתית, משאבים, חשיבה אסטרטגית והתמקדות בשיפור רמת-החיים ביישובים הערביים? האם טובתה של אוכלוסייה זו תושג במאמץ לשלבה בתוך המסגרות היהודיות הקיימות, או שמא עדיף לפעול להקמת מסגרות נפרדות, איכותיות, שבהן אפשר יהיה להביא לידי ביטוי אף את הייחוד התרבותי, החינוכי והקהילתי של הערבים? ומי יחליט באלה? ומה מקומו של ארגון זכויות אזרח, שבו פעיל רוב יהודי בתהליך זה? שיקולים מסוג זה כמעט שלא נידונו לפני הגשת העתירה.

ו. שוויון - שתי דרכים לפסגה

מאז הוגשה העתירה בעניין קעדאן נדרש בית-המשפט העליון לתת את דעתו למקרים נוספים, שבהם הועלתה טענת אפליה כלפי הערבים בישראל מתחת אי-שילובם במוסדות ובמערכות ציבוריים. כך, למשל, בתהום החינוך הוגשה עתירה התוקפת את מדיניות ההפרדה בחינוך בבתי-ספר ביפו בשמו של ילד ערבי שקבל נגד סירוב לשלבו בגן, ולאחר-מכן - בבית-ספר עברי.⁴³ פנייה נוספת לערכאות נעשתה בשם צעירה ערבייה כנגד אפליה במדיניות ההתנדבות לשירות לאומי, שלפיה לא התאפשר לנשים ערביות להתנדב למסגרות אלו.⁴⁴ נוסף על כך הגישה האגודה לזכויות האזרח עתירה לבג"ץ בתביעה למנות ערבים למועצת מקרקעי ישראל.⁴⁵

בעקבות הגשת עתירות אלו התקיים דיון בקרב עורכי-דין ופעילי זכויות אדם ערבים ויהודים באשר למדיניות הראויה להשגת שוויון בין יהודים לערבים בישראל, ובמיוחד

43. בג"ץ 4091/96 אבו שמיס ג' עיריית תל-אביב-יפו ואח' (טרם פורסם).

44. בג"ץ 9173/96 דניאל ואח' נ' מנכ"ל המוסד לביטוח לאומי ואח' (העתירה הוגשה בדצמבר 1996). לעניין זה ראו את חילופי הכתבות להלן: אמיר מח'ול, "הכשר לאפליה", הארץ (5.1.97), המבקר את ההחלטה להגיש עתירה לשילוב נשים ערביות בשירות לאומי כאקט של פעילים ליברלים המעמידים את הפרט כנשוא הזכויות במנותק מזכויות הקולקטיב הלאומי ועל חשבונן; והדס תגרי, "סיוע למבקשים להתנדב", הארץ (9.1.97), בשם האגודה לזכויות האזרח, המשיבה בזו הלשון: "לא הגשנו את העתירה כי הגענו למסקנה שטוב לאוכלוסייה הערבית להתנדב לשירות לאומי, אלא מפני שפנו אלינו נשים ערביות המעונינות בכך. אין לנו דרך לדעת מה רוצה הציבור הערבי, וודאי לא להחליט מה טוב בשבילו".

45. בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל ואח' (הוגשה בנובמבר 1998); וכן רשימתו של יוסף אלגזי, "אינטגרציה או כניעה", הארץ (30.4.97), המביא דברים ממכתבו של אמיר מח'ול, שהתפרסם בעיתון איסנארה נגד ההחלטה לדרוש מינוי ערבים במועצת מקרקעי ישראל - גוף שבו יש רוב לנציגי הקרן-הקיימת-לישראל, שהיא גוף ציוני מובהק, כנגד עמדה זו טענה פלשתיין עיסמאיל מהאגודה לזכויות האזרח ועורך-דין חסן ג'בארין מעדאלה, כי ישנה הצדקה לדרישה זו. ראו שם.

בנוגע לדרישה לשלב ערבים במוסדות מדינה, לעומת ההתמקדות בזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי כקבוצה לאומית נבדלת מהרוב היהודי.⁴⁶ השאלה, אם נכון לפעול להשגת שוויון באמצעות הדגשת הדומה בין יחידים השייכים לקבוצת המיעוט ובין יחידים השייכים לקבוצת הרוב, או, להבדיל, בדרך המדגישה דווקא את הייחוד של קבוצת המיעוט, חורגת מעניינם של הערבים בישראל. הסוגיה מעסיקה את כל מי שעוסקת בקידום זכויות מיעוטים, ובכלל זה נשים, מיעוטים לאומיים או אנשים עם מוגבלות. ישנה התלבטות מתמדת בהחלטה לשוויון קבוצתי בשל הצורך ליישב בין גישות שונות לערך זה. מחד גיסא, הגישה הליברלית, המעמידה את הפרט האוטונומי במרכז ומדגישה את זכות הבחירה של היחיד, הרצון הפרטי, ההסכמה החופשית וההגשמה האישית הן כנקודות-מוצא הן כיעדים לניתוח הבחנות בין קבוצות. בהתאם לראייה הליברלית, טובת החברה בכללותה תושג אם יתאפשר לכל פרט בפני עצמו, ולכולם יחד, למקסם ולמצות את חופש הבחירה שלהם. תרגומה של גישה זו למנגחים של מדיניות ויעדים רצויים מתיישבת עם דרישה לשילוב (אינטגרציה) של יחידים מבני קבוצת המיעוט בקרב המסגרות הכלליות הפועלות בחברה.

המאבק נגד אפליה מנקודת-מוצא זו מתמקד בהסרת מכשולים פורמליים ובלתי-פורמליים לשוויון וכדרישה לשילוב קבוצת המיעוט בתוך המסגרות שנחסמו מהן בעבר. דוגמאות לפעולות משפטיות בכיוון זה הן חקיקת חוקים הקובעים שכר שווה לנשים ולגברים, האוסרים על אפליה בתעסוקה על בסיס השתייכות לאומית או גיל והאוסרים על ספקי שירות ציבורי להפלות נגד אנשים עוורים הנעזרים בכלבי-נחייה. עם זאת, שוויון במובן זה מניח את קיומה של נורמה שלפיה נבחנת אפליה ואשר לעומתה מושווית קבוצת המיעוט; נשים מושוות לגברים, יהודים לערבים ואדם המתנייד בכסא-גלגלים לאדם מהלך. הסטנדרט שלפיו נבחן חוסר-שוויון משקף בדרך-כלל את התכונות ואת מציאות החיים של קבוצת הרוב. משום-כך בשלב השני הגישה האינדיבידואליסטית לשוויון אינה מסתפקת בהסרת המכשולים הפורמליים בין הקבוצות, אלא מתחקה אחר הגורמים אשר יצרו פערים בכוה, במעמד ובהזדמנויות ליהנות מן הטובין הקיימים בחברה. ראייה זו דוחה את ההנחה בדבר קיומה של נורמה אשר כלפיה נמדדות קבוצות-מיעוט אחרות, ובוחנת את המציאות מתוך ראייה פנימית של הקבוצה שבה מדובר. הסביבה הקיימת נתפסת כמרחב שאינו נותן ביטוי ואינו לוקח בחשבון את התכונות ואת מציאות החיים של המיעוט, השונות מאלו של הרוב.

למרות ההבדלים בין שתי הגישות – זו המתמקדת בהסרת מכשולים פורמליים וזו המבקשת להיפטר ממכשולים סמויים שתוצאתם אפליה – זו כמו זו מדגישה את הדומה בין קבוצות ובין בני-אדם ומטרתה העיקרית היא להגיע לאינטגרציה ולשילוב. אפליה

46. ראו, למשל, רות גביון, "נפרדים ולא שווים, ילדים ערבים רוצים ללמוד בבתי-ספר יהודיים", הד החינוך (יוני 1997) 16. ברשימה זו מקשה פרופ' גביון על ההחלטה להעדיף את זכויות הילד הערבי היחיד לשילוב במערכת-החינוך העברית על חשבון האינטרסים הקבוצתיים של הערבים ללמוד במסגרות-חינוך הנותנות ביטוי לתרבותם הערבית.

בהיבט זה איננה מביאה בחשבון את ההשתייכות הקבוצתית המבדילה ואת השונות האמיתית בין קבוצות ואף מתעלמת ממנה.⁴⁷

גישה אחרת, המתמקדת בקבוצה ולא בפרט, עוסקת בחיפוש המשותף בין חברי קבוצות מיעוט ובהדגשת התכונות המייחדות אותם והמבדילות אותם מן הרוב.⁴⁸ עבור קבוצות מיעוט ייחוד זה הוא, למצער, אמצעי למוביליות ולארגון קולקטיבי, או, למירב,

47. בהקשר הפמיניסטי יפים דבריה של יו"ר ארגון NOW, וילמה הייד, בעדותה בפני הקונגרס בשנת 1970, במהלך הנסיוגות להעביר תיקון לחוקת ארה"ב שיכלול את איסור האפליה מטעמי מין (ERA): "There are no women's interests or men's interests. There are only human interests."

48. הבסיס התיאורטי לתפיסה זו של שוויון משתנה, ובמסגרת זו אי אפשר להרחיב בה. לדיון בהקשר יחסי מיעוטים לאומיים בארה"ב ראו: Patricia J. Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991). בספרה מגינה ויליאמס על "שיח הזכויות" ועל הצורך לעשות שימוש בזכויות משפטיות לקידום המיעוט השתור בארה"ב, אולם מרגישה את ההיבט הקבוצתי החזק של פעילות משפטית מסוג זה: "The experience of rights assertion has been one of both solidarity and freedom, of empowerment and of a personal sort, it has been the process of finding the self" (שם, 164).

בהקשר הפמיניסטי מציעה, למשל, Robin West אלטרנטיבה חדה לגישה האינדיבידואליסטית שבמרכזה היחיד האוטונומי: *Feminist Jurisprudence* (Patricia Smith - ed., Oxford University Press, New York, 1993) 493. ברשימה זו מעמידה וסט את ההבדלים בין נשים לגברים, ובהשאלה - בין גישות יוריספודנטיות כלליות (שהיא מכנה "גבריות") ובין פמיניסטיות על שוני מרכזי בין נשים לגברים: נשים אינן חיות באוטונומיה ובתוך קיום אינדיבידואליסטי, אלא קיומן מורכב מקשרים עם אחרים ומוגדר על-ידם. מכאן, ששאלות של מדיניות משפטית, ובכלל זה שוויון, צריכות להניח כי נשים שונות במובן זה מגברים:

The connection thesis is simply this: Women are actually or potentially materially connected to other human life. Men aren't. (שם, 500).

בהקשר של מוגבלות, ההתרחקות מן המודל האינדיבידואליסטי באה לידי ביטוי בכמה דרכים: (1) ישנן קבוצות המבקשות לבסס את ייחודן בהתמקדות פוזיטיבית בתכונה הנחשבת "מגבילה", למשל: קבוצות של חרשים, הטוענים לייחוד תרבותי הנובע מהיותם קבוצה עם מאפייני מיעוט שלה - תקשורת, שפה וחויית חיים שונה שעליה אין הם מוכנים לוותר. לעניין זה ראו: Edward Dolnick, "Deafness as Culture", 272(3) *Atlantic* (1997) 37; Mary Ellen Maatman, "Listening to Deaf Culture: A Reconceptualization of Difference Analysis under Title VII", 13 *Hofstra Lab. L.J.* (1996) 269.

(2) הסתכלות מורכבת יותר על מדיניות ראויה בעניין מוגבלות, שאיננה נסמכת על מודל היחיד האוטונומי, נשמעת מפי פעילים המכנים את עצמם "הגל השלישי" של תנועת המוגבלים בארה"ב. לפי תפיסה זו, הפרט האוטונומי איננו יכול להיות תבנית שלפיה אפשר לפתח מדיניות

דרך ליצירת סולידריות וזהות, למתן משמעות למציאות חייהם ומקור לגאווה. תפיסה זו איננה רואה בפרט את מושא ההתייחסות המרכזי ואת החברה כאוסף של יחידים אוטונומיים. מושגי־יסוד ליברליים, כגון חופש בחירה ואוטונומיית הרצון הפרטי, מפנים את מקומם להדגשת קשרים, להשתייכות לקבוצה ולהיפוש אחר תכונות המשותפות לבנים ולבנות של אותה קבוצה. עיסוק בשוויון מהיבט זה בוחן את האדם כתוצר של הסביבה שבה הוא מצוי. לעתים הוא מאופיין בפרטיקולריזם, להבדיל מאוניברסליזם, ובהדגשת הייחוד הקבוצתי. אשר על כן, תרגומה של הגישה הקבוצתית למונחי מדיניות ויעדים יכול להוביל לדרישה לבידול ולאוטונומיה ולא דווקא לשילוב בקרב מוסדות הרוב.

אין אסטרטגיה נכונה אחת לקידום שוויון קבוצתי ולפעמים אפשר לפעול במקביל – להכיר בהבדלים הקיימים בין קבוצות ובאותה עת לדרוש שילוב. אולם לעתים דרך אחת מוציאה את רעותה. בקרב קבוצות־מיעוט גישות לעתים מחלוקות עמוקות, אם כדי להשיג שוויון ראוי לשאוף לשילוב, או שעדיף לבסס את ייחודן של הקבוצות ולהכיר בערכן השווה למרות ההבדלים ביניהן. דוגמא בולטת היא הדיון המתקיים מזה ארבעה עשורים לפחות בקרב שחורים בארה"ב, בדבר האפקטיביות של הדרישה הקטיגורית לאינטגרציה בחינוך בין לבנים לשחורים. ההתמקדות באינטגרציה בחינוך כמטרה הבלעדית של ארגונים שפעלו לקידום זכויות האזרח של השחורים בארה"ב כמעט שלא הותירה מקום להשמעת דעות נוגדות. בקרב השחורים היו מלכתחילה מי שהחזיקו בעמדה, כי עדיף לפעול להשקעת משאבים בבתי־ספר שכונתיים שחורים – אשר אף יתנו ביטוי אותנטי ולגיטימציה לתרבות ולמציאות חייהם של השחורים – מאשר להילחם באופן נואש כמעט לשלב ילדים שחורים בבתי־ספר לבנים.⁴⁹

הדיון בנושא האינטגרציה בחינוך בארה"ב מעניין במיוחד בהקשרו של מאמר זה, משום שבתלקו הוא עוסק במקומם של עורכי־דין, ובמיוחד עורכי־דין ציבוריים, במאבק חברתי זה. הביקורת שהשמיע Derrick Bell בעניין זה כוונה ישירות כלפי עורכי־הדין והארגונים הציבוריים שבמסגרתם פעלו, על אשר "השתלטו" באופן מונופוליסטי על הזירה המשפטית בדרישתם לאינטגרציה כמערכת־החינוך הציבורית. עקב כך כמעט שלא נותרה בפועל אפשרות לשחורים, שהעדיפו השקעת משאבים בבתי־ספר שכונתיים שחורים על־פני אינטגרציה (התלויה בהסעות בין־עירוניות ובין־שכונתיות) למצוא עורכי־דין, להגיע אל הערכאות ולהשמיע את דעותיהם.⁵⁰

ראויה, משום שישנם אנשים עם מוגבלות שלא יוכלו להגיע לעצמאות. לאוטונומיה אישית ולשילוב, וקיומם בכבוד תלוי וקשור באחרים באופן ישיר וזהותם נבנית על קשר עם אחרים ולא על ניתוק ממנו. לעניין זה ראו: Sara D. Watson, "Discrimination on the Basis of Disability: The Need for a Third Wave Movement: The Evolution of the Movement", 3 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* (1994) 254, p. 256.

49. לעניין זה ראו מאמרו הקלסי של בל (לעיל, הערה 9).

50. שם. וכן ראו: Drew S. Days, "Brown Blues: Rethinking the Integrative Ideal", 34 *W.M.L.R.* (1992) 53. קושי דומה הועלה אף כלפי עורכי־דין שעסקו בהתיינות

בישראל שיקף עד לאהרונה הטיפול המשפטי בשוויון קבוצתי באופן חזק למדי – אם כי לא באופן מוחלט – את תפיסת "הדור הראשון" של השוויון, המדגישה את הדומה בין הקבוצות ועוסקת בבירור הרלבנטיות של ההבדלים בין פרטים השייכים להם. רטוריקה המדגישה את הפרט, את הזכות לאוטונומיה אישית, שוויון בהודמנויות ומימוש עצמי מלווה חלק ניכר מן העיסוק המשפטי בשוויון קבוצתי. מבלי לפרט בעניין זה יתר על המידה אפשר להזכיר בקצרה את פסיקת בית המשפט העליון מן השנים האחרונות בפסק-דין שקדיאל (זכותן של נשים להיות חברות במועצה דתית), פורז (זכותן של נשים להימנות עם הגוף הבוהר את רב העיר תל-אביב), נבו (זכותן של נשים לפרוש בגיל שווה לזה של גברים), אפרת (זכות אשה ידועה בציבור להיקרא בשם משפחה של בן-זוגה לחיים) ומילר (זכותן של נשים להשתתף בקורסי טיס בצה"ל)⁵¹ בענייני נשים; ופסקי-דין אגבריה (אפליה בהפעלת יום-לימודים ארוך במערכת-החינוך) וואתד (אפליה בהקצאת קצבאות יוצא-צבא) בעניין ערבים.⁵² בעניינים אלו, בין אם האפליה התמקדה באדם עצמו

משפטית לסגירת מוסדות לאנשים עם מוגבלות שכלית ונפשית, תוך ביסוס הזכות לחיים בקהילה וקידום פיתוחן של מסגרות קהילתיות לאנשים עם מוגבלות מסוג זה. הטענה בהקשר זה היתה כי היו משפחות שהעדיפו, מסיבות שונות, שבני משפחתם לא יוצאו מן המוסדות למסגרות קהילתיות וכי יינקטו אמצעים לשיפור החיים במסגרתם. במהלך ההתדיינות לא נשמע קולם של גורמים אלו – כך נטען – בשל "השתלטות" עורכי-הדין, המאמינים בשילוב מקסימלי, על מהלך ההתדיינות. לעניין זה ראו: *Halderman v. Pennhurst State School & Hosp.* 74-1345 (E.D. Pa. May 30, 1974).

51. במידה מסוימת אפשר לומר, כי בג"ץ מילר משקף "עמדת-ביניים" בין-דורית: מחד גיסא, יש בו בקשה של נשים להשתלב בסביבה גברית בבחינת "גם אנו יכולות", ומאידך גיסא, ישנה בו סטייה מן הגישה הפורמליסטית לשוויון הרואה את הסטנדרט הגברי כמודל שיש לנהוג לפיו כתנאי להשגת שוויון. לעניין הגישה הפורמליסטית ראו גם רב"ע נ/3-129 פלוטקין ואח' – אחים אייזנברג בע"מ, פד"ע לג 481 (פסק-דינה של השופטת ברק מיום 10.9.97, המאשר את ניתוחו של בית-הדין האזורי לעבודה כי מן הראוי היה שעובדת היתה של המצרערת אשה "לא תישקל כלל" (שם, 478, 499)).

52. בבג"ץ וואתד המציאות מנותחת תוך לקיחת תלמידי הישיבה היהודים ככסיס להשוואה כלפי קבוצות דתיות אחרות. בהיעדר מקבילה להם אצל מוסלמים או נוצרים נקבע, כי ההבדלים בין חברי הקבוצה הם "רלבנטיים", ועל בסיס זה גדחתה העתירה. פסקי-הדין מתמקד אפוא בייחוד הקבוצתי של בני הקבוצה היהודית ולא בפרט, אולם מברר את סוגיית השוויון תוך הנחה של סטנדרט "מובן מאליו" שעמו יש להשוות את האחר – הוא סטנדרט הרוב היהודי. פסקי-דין בכיוון אחר הוא ע"א 103/92 ר.א.מ. מהנדסים קבלנים בע"מ ואח' נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז (5) 189, שבו נקבע כי רשות מקומית איננה יכולה לחייב תליית מודעות הכתובות בשפה העברית ואפשר לפרסמן בשפה הערבית בלבד. זכויות שפה הן אמצעי מרכזי עבור קבוצות-מיעוט לקבל הכרה בוותן הייחודית. עם זאת יצוין, כי מעמדה של השפה הערבית בתיק זה בוסס על חופש הביטוי ולא על דוקטרינת השוויון.

בין ביחיד שהוא חבר בקבוצה, קבוצת-הרוב שימשה בסיס להשוואת קבוצת-המיעוט, והנושא העומד על הפרק נבחן דרך פריזמה זו.⁵³ שורת תקדימים כזו יוצרת דינמיקה חזקה. על בסיס המסורת הפורמלית וההשפעה הבלתי-פורמלית של "עקרון התקדים המחייב" על משפטנית הנתקלת בבעיה אנושית של אפליה על בסיס לאום, קל לחבר בין ענייניו של הלקוח ובין עקרונות ודוקטרינות משפטיות מוכרות, המצויות במרחק הגשת עתירה לבג"ץ בלבד. טבעי ביותר אפוא "לתרגם" את בעיית האפליה לשפה ולתבנית משפטיות מוכרות מתוך עולם המושגים המקצועי שבו היא מצויה – דרישה לשילוב, תוך הדגשת הפרט וזכותו להתייחסות זהה לזו של בן קבוצת-הרוב.⁵⁴ הליכה בדרך זו נראית טבעית במיוחד כאשר הלקוח פונה לעורך-דין ומבקש מזור לתיקון פגיעה הכספיים והנפשיים של האפליה. ואמנם, שיקולים מסוג זה הנחו אותי – ולהערכתני, אף משפטנים אחרים באגודה לזכויות האזרח – בשעה שליבנו את הדרכים האפשריות לתקוף את מדיניות מינהל מקרקעי ישראל המפלה את הערבים.

החל בשנת 1996, עם הקמתו של ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל – תמונת המצב בעניין סגור משפטי בשם הערבים בישראל היא מורכבת יותר. ארגון עדאלה הוקם מתוך כוונה לשמש אלטרנטיבה לתפיסה האינדיבידואליסטית אשר שלטה בכיפה בפעילות משפטית לקידום זכויות הערבים בישראל. במקום אחר אני מנתחת את הדרך שבה פועל מרכז משפטי זה ואת המורכבות שבשילוב גישה לאומית קולקטיבית לזכויות הערבים בישראל בתוך סביבה משפטית המכירה בזכויות הפרט כזכויות מוגנות בעולם המשפט. בשלב זה לא אכנס לדיון במורכבות זו, משום שאני מנתחת הליכי קבלת החלטות אשר נעשו במועד מוקדם יותר לכניסתו של ארגון זה לשדה הארגוני והמשפטי של סגור למען זכויות האדם בישראל. ראו: Neta Ziv, *Lawyering for Minority Rights in a Nation State: The Case of Palestinian Lawyers in Israel* (Paper presented at the Law and Society Association Annual Meeting, May 2000, Miami Beach, Florida, USA).

53. בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מב (2) 221; בג"ץ 953/87 פורז ואח' נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2) 309; בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מד (4) 749; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם אוכלוסין, פ"ד מז (1) 749; בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט (4) 94; בג"ץ 200/83 וואתד ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד לח (3) 113; בג"ץ 3954/91 אגבריה נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה (5) 472.

54. יצוין, כי עמדה זו משקפת את הלך-הרוח בקרב חוגים יהודיים ליברליים בישראל באופן כללי. ליהודים נקל יותר לקבל, עקרונית, שוויון ברמת הפרט מאשר שוויון בין יהודים לערבים כקבוצות. בעניין זה ראו: Dan Rabinowitz, *Overlooking Nazareth* (Cambridge: University Press, Cambridge, UK, 1996), 10: "In Israel Palestinian individuals are often treated leniently in accord with the ethos of personal equality and meritocracy; When it comes to *The Palestinians* as collective, the application of these values is arrested, thus justifying discrimination and abuse"

במקביל להתפתחות דוקטרינת השוויון המשלב בבית-המשפט העליון מתנהל זה כבר בקרב הערבים החיים בישראל שיה מורכב באשר למקומו של המיעוט הערבי במדינה המגדירה את עצמה יהודית ודמוקרטית. נשמעים בו קולות מגוונים באשר למידת השילוב הראויה לערבים במוסדות מדינה המסמלים ומגשימים את האתוס הציוני, שעבור חלק מן הערבים המשך קיומם הוא מכשלה בלתי-עבירה להשגת שוויון. באופן עקיב, החל בשנות השבעים מתרחב בסיס התמיכה בקרב הפלשתינאים להכרה בהם כמיעוט לאומי. תהליך זה מלווה בין השאר דרישות להקים ולפתח מוסדות לאומיים ותרבותיים ערביים נפרדים ואוטונומיים בתחום החינוך (היסודי, התיכוני והעל-תיכוני), התקשורת, שירותי דת, איגוד מקצועי, חיזוק השפה הערבית וניהול מוניציפלי.⁵⁵ על-פי תפיסה זו, המיעוט, כקבוצה, הוא נשוא הזכויות במשפט ולא הפרט היחיד הקיים רק כחלק מן הקבוצה. דרישות לשוויון פורמלי (כגון בהקצאת משאבים או במינויים לשירות המדינה) משולבות בשאיפות להכרה בייחוד תרבותי ולאומי. עם זאת, הקולות בתוך החברה הערבית אינם אחידים ויש מיעוט לא-מבוטל המעדיף גישה אינטגרטיבית בחינוך, במגורים או בפעילות פוליטית.⁵⁶

פלורליזם בתחום השוויון הקבוצתי הוא תהליך דינמי ופתוח. לעומת זאת, תיעולם של סכסוכים משפטיים בעניינים ציבוריים שנויים במחלוקת אל בתי-המשפט – ועוד יותר: קבלת החלטות על-ידם – מולידים הכרעה המשפיעה על כלל הציבור השייך לקבוצה, תהיה אשר תהיה עמדתו בנושא.⁵⁷ במובן זה המשפט איננו רק נכס פרטי – מיכניזם

55. לעניין זה ראו מאג'ד אבראהים אל-האג', החינוך בקרב הערבים בישראל: שליטה ושינוי חברתי (מאנגס, תשנ"ו), 96-125.

56. למתח בין רובדי הזהות הפלשתינאית והישראלית בקרב הערבים אורחי ישראל ראו, למשל: Nadime N. Rouhana, *Palestinian Citizens in an Ethnic Jewish State: Identities in Conflict* (Yale University Press, New Haven, 1997). רוחנה מציין, שהמרכיב הפלשתינאי בזהותם של הערבים אורחי ישראל הוא דומיננטי ורוב הערבים מתייחסים לחוויותיהם מתוך נקודת-ראייה פלשתינאית. לטענתו, הם קוראים היסטוריה, מנתחים אירועים פוליטיים, מארגנים ומסננים אינפורמציה באמצעות נרטיב פלשתינאי לאומי. תחושת השייכות שלהם מכוונת באופן כמעט בלעדי לישות הפלשתינאית. לעומת זאת – טוען רוחנה – זהותם הישראלית הופנמה באורח פורמלי, משפטי ואינסטרומנטלי, בלא סנטימנטים או תחושת שייכות (שם, 133). לעומתו, חוקרים אחרים נוטים לייחס משמעות "מהותית" יותר למימד הישראליות בזהותם של הערבים בישראל. ראו, למשל: Samany Smoocha, *Arabs and Jews in Israel, Conflicting and Shared Attitudes in a Divided Society* (Westview Press, Boudler, San Francisco and London, 1989), 85. שבו מצוין כי 30%-40% מקרב הערבים מעדיפים שילוב ולא הפרדה בחינוך ובדיוור. על הדרשה לאוטונומיה ראו יואב פלד, "ורים באוטופיה: מעמדם של האזרחים הפלשתינים בישראל", תיאוריה וביקורת 3 (1993) 21.

57. זאת ועוד: לבחירה בטענה אינטגרטיבית, המדגישה את זכותו של היחיד ולא את החיבט הקבוצתי, משמעות פוליטית בישראל. היא מבטאת מעבר מגישה קולקטיבית, הרואה

לפתרון סכסוך בין שני פרטים בהברה, אלא הוא נכס ציבורי: מערכת נורמטיבית המשקפת את ערכיה של החברה כולה. מכאן נובעת האחריות המקצועית של עורכי־דין, המתחילים את גלגולו של אירוע במערכת המשפטית, להביא בחשבון את ההשלכות שתהיינה לפעילותם המקצועית אף מעבר ללקוח אשר באופן פורמלי מיוצג על־ידם, ובהקשר זה - על קבוצת־המיעוט שאליה הוא משתייך ואשר בשמה הוא טוען את טענותיו.

ז. ייצוג משפטי - אוטונומיה אישית או אחריות חברתית

זכותו של אדם ש"יהא לו יומו בבית־משפט" נחשבת לאחת מן החירויות היסודיות בחברה חופשית, וכל הגבלה על הנגישות למערכת המשפט, באופן מפורש או בעקיפין, צריכה להדאיגנו.⁵⁸ ואכן, האוטונומיה האישית לפעול כאדם חופשי במערכת המשפטית היא בסיס אף לתפיסה הרואה בעורך־הדין אמצעי חשוב למימוש זכות בסיסית זו, בהיותו בעל מומחיות מיוחדת לכך. את הזיקה בין הזכות לנגישות למערכת המשפטית ובין הבסיס הקונספטואלי של מקצוע עריכת־הדין תיאר Pepper כלהלן:

Our first premise is that law is intended to be a public good which increases autonomy. The second premise is that increasing autonomy is morally good. The third step is that in a highly legalized society such as ours, autonomy is often dependent on access to the law. Put simply, first class citizenship is dependent on access to the law. And while access to law - to the creation and use of corporation, to knowledge of how much overtime one has to pay or is entitled to receive - is formally available to all, in reality it is available only through a lawyer. Thus the resulting conclusion: first class citizenship is frequently dependent on the assistance of a lawyer.⁵⁹

במדינת ישראל יצירה וביטוי קולקטיבי של העם היהודי, למדינה שמטרתה בראש־ובראשונה לשרת את אזרחיה, והרואה בפרט - תהיה אשר תהיה לאומיותו - כעומד בראש סדר־העדיפויות.

58. הגבלות בפועל מקורן, למשל, בחוסר־יכולת לשכור שירותים משפטיים, או בשל עומס־יתר בבתי־משפט המשמשים מחסומים בפני נגישות למערכת המשפטית.

59. Stephen L. Pepper, "The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, Charles Some Possibilities", *Am. B. Found. Res. J.* (1986) 613. לעניין זה ראו גם: Fried, "The Lawyer As Friend", 86 *Yale L.J.* (1977) 573.

תפיסה זו משתקפת בכללים פרוצדורליים המאפשרים לכל אדם להגיש תביעה משפטית בעניין שיש לו בו נגיעה אישית, במבנה ובתרבות המשפטית המכוונים להכריע בסכסוכים יחידים ובכללי האתיקה החלים על עורכי־דין, המבוססים על מודל של התקשרות מרצון של לקוח יחיד עם עורך־דין נבחר.⁶⁰

הנה כי כן, התפיסה הליברלית המתרכזת בפרט האוטונומי מלווה אותנו לא רק בענייני מהות (כגון שוויון קבוצתי שדובר בו לעיל), אלא משתקפת גם במערכת הנורמטיבית החלה על הנגישות להליך המשפטי ועל האמצעי המרכזי לממשה – הייצוג המשפטי. אולם הגישה המדגישה את האוטונומיה של הרצון הפרטי כבסיס רעיוני לתפיסת תפקידו של עורך־הדין פתוחה לביקורת משני סוגים: הראשונה, שאיננה נוגעת ישירות לענייננו, טמונה בהבחנה בין רצוננו להגן על עצם האינטרס שלפיו כל אדם יכול לפעול באופן אוטונומי (למשל: להגיש תביעות לבית־המשפט) ובין חוסר־רצוננו לעתים להגן על המעשים המבוצעים מכוח אוטונומיה זו.⁶¹ ביקורת נוספת, והיא הנוגעת לענייננו, קשורה ביהס שבין המתדיינים ובין אנשים אחרים שאינם שותפים באופן פורמלי להליך המשפטי. אמנם ניתן לומר, כי במימוש הזכות להגיש תביעה לבית־משפט אין אדם פוגע בזכותו של אחר להגיש תביעה וכי כל הכרעה שתינתן במקרה אחד איננה כובלת את מי שאינו צד לו. אולם בפועל נתק פורמליסטי שכזה איננו משקף את המציאות. ראשית, תקדימים אכן מחייבים במידה זו או אחרת גם את מי שלא היו צדדים למשפט. שנית, אף כי פוטנציאלית כל עניין יכול להגיע לביורר משפטי, בפועל הנגישות למערכת־המשפט

60. ראו, למשל, תקנה 7א(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220: "הליך בבית משפט יפתח בהגשת תובענה"; תקנה 59(5), שלפיה על התובע לכלול בתביעה את העובדות העיקריות שהן עילת התביעה; ותקנה 13, המחייבת להראות כי לנתבע יש עניין בהגשת התביעה. בעניין הזכות לבחור עורך־דין ראו בג"ץ 4330/93 ואח' גאננס ואח' ג' לשכת עורכי־הדין ואח', פ"ד נ (4) 221, פסקה 14 לפסק־דינו של השופט ברק: "כלל 27 לכללי הלשכה פוגע גם באוטונומיה של הרצון הפרטי של הלקוח. אוטונומיה זו של הרצון הפרטי מהווה ערך יסוד במשפטנו... במיוחד מוגנת האוטונומיה של הרצון הפרטי כפי שהיא באה לידי ביטוי בחירותו של אדם לבחור לעצמו פרקליט אשר ייצגו בבית־המשפט". וכן ראו בג"ץ 193/67 קהווגי נ' נציב בתי הסוהר, פ"ד כא (2) 183; בג"ץ 515/74 פלוגי נ' מפקד משטרה צבאית חוקרת, צה"ל ואח', פ"ד כט (2) 169, עמ' 174.

61. זו ביקורתו העיקרית של Luban על Pepper:

Pepper appears to have blurred the crucial distinction between the desirability of people acting autonomously and the desirability of their autonomous acts. It is good, desirable for me to make my own decisions about whether to lie to you; it is bad, undesirable, for me to lie to you... It is good that people act autonomously, that they make their own choices about what to do; what they choose to do, however, need not be good (David Luban, "The Lysistratian Prerogative: A Response to Stephen Pepper", *Am. B. Found Res. J.* (1986) 636, p. 639).

תלויה במשאבים, ביכולת למצוא עורך-דין ובמקרים שבהם נעזרים בארגונים ציבוריים, בסדר-עדיפויות ובמשאבים של ארגונים אלו.⁶² מעבר לכך, השלכותיו של פסק-דין חורגות מן ההיבטים הרשמיים של אותם צדדים שנטלו חלק בהליך המשפטי. המשפט קיים גם בתודעתם של אנשים מחוץ להליך הפורמלי והוא מסמל עבורם ערכים, הבנות, ציפיות ואכזבות בדבר יחסי מדינה-אזרח ובין אדם לחברו, מקומם-הם בחברה שבה הם חיים, ובכלל - האופן שבו זכויותיהם אמורות להתממש. שיקולים אלו מקבלים משנה-תוקף כאשר מדובר בשימוש במשפט לקידום הזכויות או האינטרסים של קבוצה שחבריה קשורים זה בזה במובן זה, שפעולה משפטית של אחד מחברי הקבוצה יכולה להשפיע על זכויותיהם של אחרים. פסק-דין יכול לשמש מנוף לפעילות פוליטית וציבורית החורגת מגבולותיה של ההחלטה גופה. פסק-דין יוצר דינמיקה שאי-אפשר לשער כיצד תתפתח.⁶³

באמצעות הגשת תביעה לבית-משפט מאפשרים כללי הפרוצדורה והאתיקה לעורכי-דין וללקוחותיהם לייצג אינטרס של קבוצה, אף כי בקרב אותה קבוצה עשויות להיות דעות חלוקות בשאלה אם מן הראוי מלכתחילה להגיש את התביעה או בדבר הדרכים לניהולה. כוח זה מטיל אחדיות מוגברת על עורכי-דין, לנקוט הליכים מסוימים כדי לקבל מידע מן הקהילה הרלבנטית באשר לעמדת החברים שבה בנוגע לתביעה העומדת להיות מוגשת, ליוזם רענון של הנושא ודיון בו, ובמידת האפשר - להגיע להבנה בדבר מקומו של ההליך המשפטי בתהליך החברתי שעליו מבקשים להשפיע. אכן, לא קל להציע מתכון בדבר הדרך שבה מן הראוי לבצע הליך מקדמי שכזה, והקשיים צצים מיד: מיהי הקהילה הרלבנטית? פרטים? ארגונים? כיצד בפועל אפשר לקבל מידע על עמדות בקהילה זו? ומהו ההליך אשר בסופו של דבר אפשר לקבל בו הכרעה? ואמנם, מתכון יחיד לא קיים ולא ברור באיזו מידה מודלים שהוצעו בעניין זה במקומות אחרים אכן ישימים.⁶⁴ עם זאת,

62. William L.F. Felstiner, Richard L. Abel and Austin Sarat, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...", 15 *Law & Soc'y Rev.* Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", 9 *Law & Soc'y Rev.* (1974) 95 (1980) 631; וכן:

63. כך, לדוגמא, אף בפסק-הדין נשוא מאמר זה, שבעקבותיו היגשה הצעת חוק האמורה לשנות את ההלכה שנקבעה בו. אין אפשרות לשער כיצד יתפתחו מהלכים אלו.

64. במאמרו: William B. Rubenstein, "Divided We Litigate: Addressing Disputes Among Group Members and Lawyers in Civil Rights Campaigns", 106 *Yale L.J.* (1997) 1623 מציע רובינשטיין להטיל מגבלות פורמליות על פתיחת הליך התדיינות בתחום זכויות האזרח וזכויות קבוצה, בנסיבות שבהן הכרעת בית-המשפט יכולה להשפיע על חברים באותה קבוצה. רובינשטיין מציע לאפשר להם להשמיע את עמדתם בפני בית-המשפט בטרם יינתן אישור להגשת התביעה, והוא מבחין בין שני סוגים של החלטות הצריכות להתקבל בעניין זה: הראשון, החלטות בדבר המטרה של המאבק החברתי, למשל: אינטגרציה מול בידול בהקשר של שחורים בארה"ב, או בעניין נשוא רשימתו - זכויות הומוסקסואלים ולסביות להקים קשר נישואין. החלטות מסוג זה מציע רובינשטיין להשאיר בידי חברי הקבוצה עצמה. סוג שני של החלטות, בדבר אמצעים להשגת המטרה (התדיינות, למשל), הוא מציע להניח

בשלב זה חשוב להדגיש, כי המטרה המרכזית במאמר זה היא להטיל ספק בהתאמתו של המודל האינדיבידואליסטי כמודל המרכזי שדרכו נמדדים יחסי עורך דין-לקוח ולפתוח את הדיון במודלים אלטרנטיביים אפשריים.

הגישה המוצעת שרויה במתח עם התפיסה המקובלת בקרב עורכי דין בדבר תפקידם המקצועי. עורכי דין הורגלו לחשוב ולפעול כמי שמייצגים בראש ובראשונה את האינטרסים של הלקוחות שלהם ומבלי להיות מונחים על ידי שיקולים שהם חיצוניים לאינטרסים המידיים של הלקוח. משום כך שינוי תבנית החשיבה בכיוון המוצע קשה לעורכי דין ועלול להתפס אף כמעילה ביושרתם המקצועית. עם זאת נדמה, כי השינוי עשוי להיות פחות קשה דווקא לעורכי דין העוסקים דרך קבע בקידום מטרות ציבוריות.

כפי שצוין לעיל, עורכי דין ציבוריים פועלים בעת ובעונה אחת בשתי "כשירויות": ייצוג משפטי סטנדרטי ופעילות למען שינוי חברתי. ככל שהשימוש במשפט נועד להשפיע על מציאות פוליטית, חברתית או כלכלית, מן ההכרח להכיר בכך ששינויים בתחומים אלו הם תהליכים מורכבים התלויים בהרבה גורמים חוץ-משפטיים. התביעה המשפטית והחוק הם מרכיב אחד במערך הכוחות, אשר יביאו בסופו של דבר לשינוי המבוקש. אחד ההיבטים של מורכבות זו הוא ההשלכה שישנה לתביעת אדם יחיד בגין אפליה קבוצתית על אנשים אחרים הנמנים עם אותה קבוצה, אשר עשויים להיות מושפעים מן המקרה ה"תקדימי" המובא להכרעה; שהרי תקדימיותו של התיק היא לעתים קרובות הסיבה לייצוג על-ידי ארגון ציבורי מלכתחילה. על-פי ניתוח זה, הלקוח שבשמו מוגשת התביעה הופך להיות חלק מתהליך פוליטי, והוא שותף למהלך שנועד בסופו של דבר להשיג מטרה רחבה יותר, לפיכך עורכי דין אף הם אינם צריכים לראות את עצמם כמייצגים אך ורק את האינטרס של הלקוח היחיד. מוטלת עליהם תובה מוסרית להביא בחשבון את דעתם ועמדתם של אחרים אשר יהיו מושפעים באופן מיוחד וישיר מן ההליך שהם מפעילים. בנסיבות אלו, מודל הייצוג האינדיבידואליסטי המבוסס על נאמנות מוחלטת ללקוח יחיד אינו יכול לשמש פרדיגמה בלעדית, או אף מכרעת, הן בקבלת התלטת הייצוג והן במהלך הייצוג. על-כן נראה, כי לפחות ככל שמדובר בעורכי דין הפועלים לקידום מטרות ציבוריות (ובשלב זה לא אשיב על השאלה, באיזו מידה אחריות זו צריכה לחול אף על

בידי ה"מומחים", דהיינו: עורכי דין העוסקים בזכויות אורח. הצעתו של רובינשטיין בעייתית הן בהיבט המעשי הן בהיבט העקרוני. מבחינה מעשית, קשה להעלות על הדעת דרך שבה אפשר יהיה להגדיר מיהי הקבוצה הרלבנטית לצורך קבלת החלטה, מתד גיסא, או מיהם אותם עורכי דין בעלי מומחיות מיוחדת, מאידך גיסא. מעבר לכך, ההצעה בעייתית משום שהיא נותנת עדיפות לקבוצה על-פני היחיד בדיוק באותם עניינים שבהם אנו מבקשים להגן על הפרט מפני הרוב - זכויות היסוד של הפרט. אלא שכאן ההגנה איננה מפני הרוב הכללי, אלא הרוב בתוך הקבוצה. ההצעה מעוררת אפוא קושי ביחסים הפנימיים בין הפרט ובין הקבוצה שאליה הוא שייך ועלולה להביא להשתקת קולות מיעוט בתוך קבוצת-מיעוט - בעלי הכוח הפוליטי הנמוך ביותר הזקוקים בשל כך להגנה המרובה ביותר.

עורכי־דין אחרים), מן הראוי להתייחס אל תפקיד הייצוג כטומן בחובו בד־בבד את הרכיב האישי והקבוצתי כבסיס להגדרת תפקידם המקצועי.

ת. דילמות של ייצוג – מהלך ההתדיינות

דילמות של ייצוג מסוג אחר התעוררו במהלך גיהול העתירה בעניין קעדאן. בדיון הראשון בתיק, ובמטרה למצוא פשרה אשר תמנע את הצורך בהכרעה לגופו של עניין, הציע בית־המשפט לצדדים לשקול כמה אפשרויות חלופיות לתכירת המגרש המבוקש ביישוב.⁶⁵ כמקובל, הסכמתי להביא את הצעת בית־המשפט בפני העותרים כדי שישקלוה. ככל עורכת־דין המטפלת בעניין הנראה בעיניה עקרוני, קיוויתי אף אני ל"ומי בבית־המשפט". למרות זאת, ראיתי חובה לבקש מן העותרים כי ישקלו את ההצעה בלב פתוח, תוך הבאה בחשבון של היתרונות והחסרונות של כל אחת מן האפשרויות שעמדו בפניהם. עמי שהה במסדרונות בית־המשפט עורך־דין ג'בארין שהפנה אלי, כוכור, את התיק. לעומתי, עורך־דין ג'בארין היה מאוכזב ביותר מן האפשרות שהדיון בתיק יסתיים בפשרה וניסה לדבר על לבם של העותרים כי מדובר בעניין עקרוני – אפליה על בסיס היותם ערבים – שאין להתפשר עליו.

אכן, אין תשובה קלה להתלבטות שכזו, ועורכי־דין הפועלים לקידום מטרות ציבוריות נתקלים בה כעניין שבשגרה. בדרך־כלל אנו סבורים, שחובתם הראשונית של עורכי־דין נתונה ללקוחותיהם וכי עליהם להימנע מהמשך גיהול תיק אם מוצעת פשרה שהלקוח מעוניין לקבל, אף כי משמעות הדבר היא אי־קבלת הכרעה לגופו של עניין. אפשר לטעון כי זהו אחד המחירים של השימוש בהתדיינות ככלי לשינוי חברתי. מערכת ההתדיינות המשפטית פועלת על־פי הנחות ידועות שקשה לסטות מהן ואף אין למתוח אותן יתר על המידה. אחד מן הכללים הללו הוא, כי בית־משפט יכריע בעניין רק אם קיים סכסוך אמיתי ו"חי" בין הצדדים. בנסיבות אלו מתהדר המתח בין הדואליות שבתפקיד עורך־הדין הציבורי, שמחד גיסא, חייב לציית לכללי המערכת שעליה הוא נשען וממנה מבקש לקבל

65. בית־המשפט ביקש כי העותרים יבדקו רכישתה של דירה בעיר חריש, העומדת להיות מוקמת לא הרחק מן היישוב הקהילתי קציר. בשלב מאוחר יותר, לאחר שהטיפול בתיק הועבר לידי עורך־דין זן יקיר עם עויבתי את האגודה לזכויות האזרח, עלתה הצעה נוספת לרכישת יחידת־דיור בקציר באותו חלק של היישוב אשר הוחכר ישירות על־ידי מינהל מקרקעי ישראל לתושבים. בהמשך, בחודש פברואר 1998, הציע בית־המשפט למנות מגשר אשר יציע פשרה בין הצדדים. עורך־דין יורם בר־סלע מונה למגשר במארס 1998, ובמהלך עשרת החודשים שלאחר־מכן התקיימו עמו כמה פגישות. בסופו של דבר נכשל הגישור, ועורך־דין יקיר ביקש מבית־המשפט בדצמבר 1998 לתת את פסקי־הדין בתיק. הצעות פשרה אלו, לו התקבלו, היו מונעות את הדיון בעתירה לגופה, משום שלא היתה מתעוררת הבעיה של החכרת קרקע לסוכנות היהודית ולאגודה השיתופית קציר, וייחוד הקרקע ליהודים בלבד.

סעד, ומאידך גיסא, פועל כרפורמטור חברתי. כדי להשתמש בהתדיינות כאמצעי לחץ, חברתי או פוליטי, על עורכי-דין להקפיד על כיבוד כללי המשחק הבסיסיים; והרי בית-המשפט מודע בדרך-כלל לעובדה, כי עניין מסוים מובא בפניו כמקרה תקדימי, עורכי-הדין ולקוחותיהם מודעים לכך, וכך לעתים אף התקשורת. אלו נסיבות שבהן המשפטי גושק לפוליטי, ובית-המשפט נקרא לשרטט ולהורות על "תיקוני גבול" בין שתי מערכות אלו. דווקא בנסיבות שבהן הטענות הפוליטיות של מקרה גבוהה, בית-המשפט אינו נוטה להזדרז בהפעלת סמכותו השיפוטית ובדרך-כלל יגביל את ההכרעה למקרים שבהם ברור כי מצוי בפניו סכסוך אמיתי. בנסיבות אלו ההחלטה אם לקבל הצעת פשרה או לדחותה צריכה להתקבל בין עורכת-הדין ובין לקוחה, ועל-כן לדושיה המתקיים ביניהם בשאלה זו עשויה להיות חשיבות מכרעת.

אפשר להעלות על הדעת מקרים שבהם אין הצדקה לצפות מהלקוח שיעדיף את העניין העקרוני על-פני עניינו האישי. כך, למשל, בתיק פלילי שבו הלקוח עשוי לשאת בעונש חמור, במקרה שבו הלקוח נתון בקושי פיזי או שהוא עשוי לשלם מחיר גבוה מדי בעד מאבקו העקרוני, ישנה הצדקה להעמיד את עניינו בראש סולם-העדיפויות. עם זאת, היחס בין המקרה הפרטי של הלקוח ובין ההיבט העקרוני של התיק צריך שיהיה נידון, ומראש, בין עורכת-הדין ובין הלקוח, ובגילוי-לב ככל האפשר. על הלקוח להבין, כי עשויות להתעורר נסיבות שבהן יצפו ממנו להתייחס אל מקרהו הפרטי כאל חלק מפעולה רחבה יותר, שמטרתה לגרום לשינוי מדיניות ולפיכך לתת משקל להקשר הכללי שבו מתברר עניינו. לקוחות רבים פונים אל ארגונים ציבוריים לייצוג משום שהם מכירים בכך, כי העוול שנגרם להם חורג מעניינם האישי. חלקם אף הופך להיות – תוך כדי הטיפול המשפטי ב"תיק" שלהם – לשותפים במעין "קבוצה בעלת עניין" המבקשת להשתמש במערכת המשפטית לתיקון עוול כולל יותר.⁶⁶

יתירה מכך: בספרות העוסקת בהיבטים אתיים של יחסי עורך-דין-לקוח גשמעת זה כבר ביקורת על הגישה המנתחת התקשרות זו כפעולה שהיא טכנית וסטטית, בה לקוח מופיע בפני עורך-דין עם בעיה נתונה ומוגדרת, והלה "מתרגמה" לשפה משפטית ומבשר

66. כמאמרו של William Simon, עורכי-הדין ולקוחותיהם הופכים לעתים קרובות להיות חלק מ-"community of interest" רחב יותר, ואין מדובר ביחסי עורך-דין-לקוח כפי שמקובל לחשוב עליהם בדרך-כלל. לעניין זה ראו: William Simon, "Visions of Practice", 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 469. David Luban, *in Legal Thought*, 36 *Stan. L. Rev.* (1984) 469. לקשר בין עורך-דין ללקוח בעניינים מסוג זה. בספרו *Lawyers and Justice: An Ethical Study* (Princeton University Press, Princeton, NJ, 1988), משווה לובן את יחסי עורך-דין והלקוח, המתהווים תוך ראייה משותפת של המאבק החברתי והפוליטי, ליחסי "חברות" במובן של comradeship. על-פי ניתוח זה, עורך-הדין והלקוח יוצרים מעין ברית פוליטית המבוססת על יחסי-אמון מסוג מסוים שלפיהם שניהם שותפים למאבק הפוליטי. כדרכם של יחסים פוליטיים, מידה מסוימת של חשד, מניפולציה ואף בגידה מובאים בחשבון כסיכון אפשרי בתוך הקשר – סיכון המפוצה על-ידי הידיעה כי שניהם נוטלים חלק במאבק רחב יותר באי-צדק חיצוני להם (שם, 331-335).

ללקוח מהם הצעדים המשפטיים העומדים לרשותו כדי לקדם את האינטרסים שלו. גישה אלטרנטיבית יוצאת מהנחה, כי האינטרסים של הלקוח אינם קבועים מראש ואינם אובייקטיביים. בפועל, הם אינם מנותקים מן הדרך שבה עורכת-הדין מבינה אותם מתוך עולם הערכים שלה ובהתבסס על הבנתיה בדבר מקומו של הלקוח בו. עורכת-הדין איננה "נוטלת" את הסכסוך של הלקוח ופועלת לפותרו במנותק ממערכת-היחסים ביניהם, אלא היא ממשיגה ומגדירה את האינטרס של הלקוח תוך כדי הליך הייצוג.⁶⁷ עורכת-הדין משפיעים אפוא על הדרך שבה מבינים לקוחותיהם הן את מהות בעייתם והן את האמצעים העומדים לרשותם כדי לפתור. זאת ועוד: מכוח הבנה זו נובעת אף עמדה נורמטיבית על הדרך שבה צריכים להיבנות יחסי עורך-דין-לקוח. תפיסה ביקורתית של עריכת-דין ציבורית מציבה בפני עורכת-הדין אתגר להעצים את הלקוח, לצייד אותו בכלים ובידע ושואפת לחלוק את ה"מומחיות" של אנשי-המקצוע עם לקוחותיהם. גישה זו מניחה, כי מערכת ההתקשרות בין עורך-דין ללקוח איננה נוקשה, אלא משנה את פניה כל העת בהיותה הדדית. הלקוח משפיע על עורכת-הדין אשר מצדה לומדת ומקבלת באותה מידה שבה היא מעניקה ומסייעת. מכאן, שתהליך הבניית ה"בעייה" של הלקוח הוא דינמי לא רק בקרבו, והוא מתרחש בד"כ בכך אף אצל עורכת-הדין ההופכת להיות שותפה לעניין עצמו.⁶⁸ הלקוח ועורכת-הדין חולקים את

67. פרופ' אהרון אנקר תיאר כזו הלשון את יחסי עורך-דין-לקוח במקרים של ייצוג למען שינוי חברתי: "נשאלת כאן השאלה, מיהו בעצם לקוחו של עורך-הדין... בדרך-כלל אין לעורך-הדין אינטרס עצמי, שונה ונפרד מן האינטרס המסוים של הלקוח אותו הוא מיצג. אך לא כן הדבר כאשר עורך-הדין מיצג לקוח כחלק ממסע לקידום האינטרס הציבורי" (לעיל, הערה 34), 407. וכן: "בעניין האינטרס הציבורי, אפשר לומר שהיקף האינטרס הציבורי מוגדר, ואף הולך ונוצר, במידה רבה על-ידי עורך-הדין עצמו בהתאם להגדרה שהוא נותן לאינטרס הציבורי אותו הוא מבקש לשרת" (שם, 411) (ההדגשה שלי - נ"ח).

68. על עריכת-דין ציבורית אלטרנטיבית ראו: Gerald P. López, *Rebellious Lawyering: One Chicago's Vision of Progressive Law Practice* (Westview Press, Boulder, San Francisco and Oxford, 1992); "An Aversion to Clients: Loving Humanity and Hating Human Beings", 31 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* (1996) 315 גייבל והאריס (לעיל, הערה 20); סיימון (לעיל, הערה 14), 1104; Stephen Ellmann, "Client-centeredness Multiplied: Individual Autonomy and Collective Mobilization in Public Interest Lawyers' Representation of Groups", 78 *Va. L. Rev.* (1992) 1103 וכן בלו (לעיל, הערה 22), 302-303.

I surely influenced and argued with those I served, often loudly and long.

But I, in turn, was influenced and argued with as well, and felt justified in asserting my views only because I also felt open to be overruled or outvoted.

בספרות העוסקת בעריכת-דין ציבורית שורר אי-שקט בכל הנוגע לחשש מפני פטרנליזם מצדו של עורך-הדין כלפי הלקוחות, והשלטת הערכים האישיים שלו עליהם. חשש זה נובע מיחסי-הכוחות הבלתי-שווים ביניהם. סיימון מציע "להודות" בקיומה של השפעה בלתי-

החוויה הכרוכה בליבון הבעיות שמעורר התיק, בהכנתו, בליווי מהלכו, בציפייה להצלחתו ואף באכזבות שהן לעתים מנת-חלקו. אשר על כן, אפשר לצפות כי הלקוח יתייחס אל תביעתו־שלו כחלק מתהליך השינוי החברתי שבו הוא שותף וכי בנסיבות מסוימות יעדיף את האינטרס הכללי על-פני מאבקו האישי.⁶⁹

אמנם, תהליך עם סממנים דינמיים מסוג זה התרחש תוך כדי גלגול המשפטי של תיק קעדאן. בני-הזוג קעדאן החלו את מאבקם המשפטי עם דימוי עצמי צנוע למדי של מחוללי שינוי חברתי. הם הדגישו שוב ושוב את הרצון שתינתן להם ולבנותיהם הזדמנות שווה לחיות במקום שבו קיימת איכות-חיים טובה, רמת-לימודים גבוהה ושירותי-ציבור ופנאי ראויים. סירובן של הרשויות לאפשר להם לממש את רצונם זה בשל היותם ערבים פגע בהם באופן אישי. בתחילת מהלכו של הדיון בתיק הדגישו שני בני-הזוג את הפן האישי של סיפורם וניסו להצניע את חלקם בהיבטים העקרוניים של התיק המשפטי. ככל שחלף הזמן, עם קיומם של כמה דיונים מקדמיים בבית-המשפט ולאחר שסיפורם זכה לתהודה ולחשיפה ציבורית, הפכו בני-הזוג להיות סמל למאבק העקרוני בעיני עצמם ובעיני אחרים. כך, למשל, ציינה אימאן קעדאן, כי במהלך הזמן התרחש בה שינוי של ממש, שבו החלה לראות בזכייה העקרונית בתיק משימה אישית שהקנתה לה תחושת גאווה. יתירה מזו: בשלב כלשהו התקשו עאדל ואימאן קעדאן להבחין בין המימד ה"אישי" וה"עקרוני" שבסיפורם, ואלו התערבבו זה בזה עד כי לא היה אפשר להגדיר את הגבולות ביניהם, ומושגים אלו שוב לא התאימו לתיאור תחושתם.⁷⁰ עם מתן פסק-הדין והזכייה בעתירה הגיע לשיאו ההיתוך בין הפן האישי לעקרוני, וסיפורם האישי של בני-הזוג השתלב במאבק הכללי לשוויון-זכויות. תהליך כמות זה שעברו עאדל ואימאן קעדאן הוא צפוי וטבעי, וטיבו של הקשר והדיאלוג המתרחש בין עורכי-הדין ללקוחותיהם בנסיבות אלו משפיע ומעצב במידה רבה את מודעותם ותפיסתם את היבטיו השונים של המאבק המשפטי לשינוי חברתי.

גמנעת זו, אולם לפעול במסגרת יחסי עורך-דין-לקוח כדי לבטל את ההיררכיה המובנית ביניהם. לדעתו, זוהי תמצית הווייתו של הייצוג עצמו:

To some extent, the critical vision merely acknowledges a basic fact of contemporary law practice – that lawyers commonly make, and have to make, judgments in terms of their own moral and political commitments about what their clients' interests are. Its most basic difference from the professional vision is that it sees this fact, not as something to be regretted and minimized, but as the source of the most rewarding and exhilarating potential of practice (489, (הערה 66)).

69. על המתח בין המטרות הכפולות של עורך-הדין הציבורי להעצים את הלקוח ולייצג את הקבוצה ראו גם אלמן (לעיל, הערה 68).

70. במארס 1998 נפגשתי עם עאדל ואימאן קעדאן בביתם בבקה אל-גרבייה, ופסקה זו מבוססת על שיחתי עמם כשלוש שנים לערך לאחר שהגיעו אל משרדי והציגו את בעייתם.

ט. דילמות של ייצוג – שאלה של זהות

תוך כדי העיסוק בעתירת קעדאן הטרידה אותי לא־מעט השאלה, איזו השלכה יש להיותי עורכת־דין יהודייה, הטוענת את טענותיה בפני שופטים יהודים (ובבית־משפט שבו לא כיהן עד לאותה עת שופט ערבי), על מהלכו של תיק זה? ממבט ראשון נראית שאלה זו בלתי־רלבנטית. הייתכן שזכויותיו הבסיסיות של האזרח תיחתכנה על־פי השתייכותו הלאומית? או יותר מכך: האם הן תושפענה מהשתייכותו הלאומית של עורך־דינו או של השופט? דומה, שכבר אין צורך להכביר מלים על התיישנותה של התפיסה הרואה במשפט הליך מדעי, ניטרלי ומדויק, המנותק מהקשרים היסטוריים, תרבותיים, פוליטיים ואישיים. תפיסה ריאליסטית של המשפט רואה בו השתקפות של יחסי־כוחות חברתיים ופוליטיים וזירה שבה השופטים, בני־אנוש, מקבלים החלטות תוך שהם מכריעים בין ערכים מתנגשים, על־פי נטייה ודיספוזיציה ערכית־אישית.

בדומה אף הייצוג המשפטי איננו קשר ניטרלי, משוחרר מערכים ושווה לכל נפש. העמדה שלפיה יחסי עורך־דין-לקוח מושפעים מעולם־הערכים של הצדדים זוכה להתייחסות גוברת בספרות, ואף דובר בה לעיל.⁷¹ בעת האחרונה החלו חוקרים לעסוק בהשפעת מרכיבי הזהות האישית של עורכי־דין – ובכלל זה לאום, מין, גיל או עדה – על ההתייחסות, ההבנה והטיפול בתיק המשפטי, תוך הכרה כי מרכיבים אלו הם חלק בלתי־נפרד ממערך הנתונים המשפיעים בסופו של דבר על תהליך השינוי המשפטי-חברתי.

ציינתי כבר בתחילת המאמר, כי הפניית התיק אל האגודה לזכויות האזרח על־ידי עורך־דין ג'בארין נעשתה תוך שקילת המשמעות הציבורית שתהיה לתיק אם הייצוג ייעשה על־ידי האגודה לזכויות האזרח ולא על־ידי עורך־דין ערבי. הנושא ייתפס כבעיה ששני הלאומים – יהודים וערבים – מגלים בה עניין, ופחות כעימות שבו הם עומדים משני צדי המתרס. לשאלת הזהות היו שני היבטים נוספים:

ראשית, כבר בשלב הכנת העתירה הייתי מודעת לעובדה שהאופן שבו אנסח את הטענות בשם העותרים יושפע מהדרך שבה אני רואה את הבעייתיות של תיק זה, ועוד יותר מכך – מן הדרך שבה אני מקווה שהשופטים יתייחסו אליו. בסופו של דבר הטענה האולטימטיבית בעתירת קעדאן היתה, כי במדינת ישראל של סוף שנות התשעים אין מקום להמשכה של מדיניות התיישבות סגרגטיבית. הפרדה אתנית זו היתה ציר מרכזי בתפיסה הציונית מזה מאה שנה והתבססה על ההנחה, כי קיים אינטרס לאומי לגיטימי להקים יישובים הסגורים בפני ערבים אזרחי המדינה כדי שהיישובים היהודיים ישמשו טרזן גיאוגרפי בפני הערבים שנתפסו כקבוצת־אויב מאיימת. סברתי כי טיעון זה, העלול להיתפס בעיני חלק מן השופטים כבעייתי ואף מרחיק־לכת, עשוי להיראות פתות "מאיים" אם יושמע בדרך שאין בה קריאת־תיגר ישירה על ערכי הציונות עצמם. עדיף – כך סברתי – שהטענה תושמע דווקא מפיו של אדם שאינו מנוכר להשקפת־עולמם של השופטים ואשר שותף, לפחות באופן פוטנציאלי, לאותן דילמות שהתיק מעורר. אף כי

71. לעניין זה ראו גם סיימון (לעיל, הערה 14).

האמנתי בצדקתה של העתירה והתקוממתי נגד האפליה שביקשה לתקוף, הבינותי כיצד יכולים אחרים לראותה באור אחר.⁷² ביני לבין עצמי ניהלתי עם לבי ומצפוני לא־מעט שיחות פנימיות בניסיון לתת לעצמי דין־וחשבון באיזו מידה טבועות הדעות הקדומות שלי לגבי ערבים, האתוס הציוני והמדינה שאני רואה כמדינתי. גדלתי בישראל כיהודייה, חונכתי על ערכי הציונות וכל אלו הם חלק מהאני האישי והמקצועי שלי, שאינם ניתנים להפרדה. סברתי, שדווקא משום־כך טובים יותר סיכויי להעברת המסר לבית־המשפט לגבי הבעייתיות שבמדיניות הרשויות, והם עשויים להיות פתוחים לשמוע טענות מסוג זה בגלל מה שאני, או יותר – בגלל מה שאינני. את העתירה ניסחתי בהתאם – לא בלשון מוחלטת וחד־משמעית, אלא תוך שימוש בשפה מסויגת משהו, מבלי להעלות לדיון את הלגיטימיות של פעולת הסוכנות היהודית בעבר ותוך צמצום העתירה ליישובים שאינם יישובים שיתופיים, ובעיקר – בבקשת סעד הצופה פני עתיד, בדרך שאיננה קוראת תיגר היסטורי חזיתי כנגד האידיאולוגיה שבבסיס מדיניות הרשויות.⁷³ ואמנם, פסק־הדין שניתן בעתירה נסמך באופן ברור וחד־משמעי על האמור במסמכי העותרים בנקודה זו עד כי נדמה, שבית־המשפט נאחו באמור בעתירה כדי "למזער" את מהפכניות ההחלטה.⁷⁴ בפסק־דינו של הנשיא ברק ישנה התייחסות חוזרת ונשנית לעובדה שהעתירה, ובעקבותיה פסק־הדין, צופים פני עתיד, כי הם אינם עוסקים מן הבחינה העקרונית בעצם הלגיטימיות של המפעל ההתיישבותי הציוני וכי העתירה היא צעד ראשון ומוגבל בשינוי המתבקש.

72. השוו את ניתוחו של סטפן אלמן על דרכי עבודתם של עורכי־דין בדרום־אפריקה כנגד האפרטהייד ועל הדיספוזיציה שלהם שלא לנגח את המערכת המשפטית שהיתה חלק ממערך האפרטהייד באופן שישמיט את בסיס הלגיטימיות שלה, כאסטרטגיה אפקטיבית בסופו של דבר – Stephen Ellmann, "To Resign Or Not To Resign", 19 *Cardozo L. Rev.* (1997) 1047, p. 1056:

I do think, however, that the fact that South African lawyers were able to develop their legal arguments, however extreme, without confronting the moral authority of a hostile constitution, and the fact that in general these lawyers apparently chose to present these arguments in court in a comparatively differential style customary in the South African Courts, increased their chances of victory.

73. דוגמא מתוך הסיכומים מטעם העותרים:

3. ואמנם, עתירה זו צופה פני עתיד בעיקרה. אין בכוונת העותרים להעביר תחת שבת הביקורת את המדיניות ארוכת השנים שלפיה הוקמו ברחבי הארץ (בסיוע מוסדות התיישבות) יישובים – קיבוצים, מושבים או מצפים – שבהם התגוררו בעבר ומתגוררים היום, כמעט תמיד, רק יהודים. העותרים אינם ממקדים את טיעוניהם בלגיטימיות של המדיניות ששררה בעניין זה בתקופה שקדמה לקום המדינה ובשנים שחלפו מאז הקמתה. הם אף אינם מערערים על התפקיד המכריע שמילאה הסוכנות היהודית ביישוב יהודים ברחבי הארץ במהלך המאה ה־20.

74. ראו במיוחד עמ' 284-285 לפסק־הדין בבג"ץ קעדאן (לעיל, הערה 1).

מבחינה זו, האסטרטגיה המשפטית שנבחרה ואשר פורטה לעיל אכן צלחה. אולם גישה זו בעייתית עד מאוד. במובן מסוים יש בנקיטת עמדה שכזו ניצול של חוסר-השוויון והדעות הקדומות הטבועים במערכת המשפטית. במידה מסוימת חשתי, כי בדרך זו אני תורמת להנצחת חוסר-השוויון – אשר בה-בעת אני מבקשת להיאבק בו – בכך שאני מתייצבת בזירה אחת עם אותה קבוצה חברתית-לאומית שבידיה כוח ההחלטה והשליטה, מבלי לתרום לשבירתו של מעגל-קסמים זה. גם דילמה זו אפשר להציג כבחירה מקצועית: האם נאמנותי הראשונית נתונה ללקוחותי בני-הזוג קעדאן ועלי לכוון אפוא את הייצוג בדרך שתמקסם את סיכוייהם לזכות בעתירה (ובעקבות זאת אלך בתלם ה"משפטני" ואקבל את כללי המשחק הפנימיים של המערכת המשפטית)? או שאבחר להיות עורכת-דין "רדיקלית", שמטרתה להתעמת עם ההגמוניה המערכתית הקיימת ולהתריס נגדה עד שתשנה את דרכיה?

ואמנם, תוך כדי כתיבת מאמר זה הגיע לידי מכתב ממשפטן שהתמחה באותה עת בארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל – המדגים היטב את משמעותו של מרכיב הזהות האישית במהלך ניהולו של תיק משפטי זה. בפנייתו אל המחלקה המשפטית והחינוכית של האגודה לזכויות האזרח מעלה המשפטן מרואן דלאל ביקורת נוקבת נגד תוכנם וסגנונם של הסיכומים שהוגשו מטעם העותרים לבית-המשפט על שהם מייצגים את "השיח הציוני הקונסנזואלי שאינו יכול לייצג נאמנה את המציאות והרצון של פרטים במיעוט הלאומי או של המיעוט הלאומי עצמו". במכתב מפרט מר דלאל כמה דרכים שבהן בא לידי ביטוי הנרטיב הציוני במסמכים מטעם העותרים: ההתמקדות באופיה העתידי של העתירה שאיננו מספר את סיפור נישולם של הערבים מאדמותיהם לפני הקמת המדינה ובשנים שלאחר-מכן, ולעומת זאת, מכיר בחשיבות ההיסטורית של הסוכנות היהודית ביישוב יהודים בישראל; ההתמקדות בעותרים כפרטים בלבד ולא בהיותם שייכים למיעוט לאומי ושימוש בלשון שאיננה מקובלת על חלק ניכר ממיעוט לאומי זה.⁷⁵ אכן, הערות אלו מדגימות את המשמעות העמוקה שישנה לזהותו של כותב מסמך – ומסמכים משפטיים בכלל זה – על תוכנם וסגנונם. חלק מהדרך של הצגת הטיעונים המשפטיים במסמכי העתירה נעשה במכוון וכחלק מן השיקולים בדבר סיכויי העתירה להתקבל. אולם חלק אחר נבע מתוך הראייה האחרת של הסיפור העומד מאחורי "תיק" זה – ראייה המשקפת הבנה שונה של עורך-דין המגיע אל טיפול משפטי בתיק עם חוויות והיסטוריה אישיות וקולקטיביות, המבוססות על שייכות לקבוצת-רוב לעומת שייכות לקבוצת-מיעוט.⁷⁶

75. למשל: השימוש במונח "ערבים אזרחי ישראל" ולא "פלשתינאים אזרחי ישראל". מכתבו של מרואן דלאל אל המחלקה המשפטית והחינוכית של האגודה לזכויות האזרח בישראל מיום 16.12.97 מצוי במשרדי האגודה.

76. על משמעות הנרטיב המשפטי בהחלטות שיפוטיות ראו מנתם מאוטר, "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים ו' (תשנ"ט) 11; שולמית אלמוג, "עיני המערער חשכו" – בין הנרטיבי לגורמטיבי", מחקרי משפט טו (תש"ס) 243.

נקודה אחרונה זו מובילה להיבט השני שבו מתעוררת בתיק זה שאלת הזהות האישית, התרבותית והפוליטית של הצדדים המעורבים בפרשה. פעילות משפטית (כגון תביעה משפטית תקדימית או מהלך חקיקתי חשוב) יכולה להיות אמצעי מרכזי בהעצמה ובשינוע של קבוצות-מיעוט.⁷⁷ קבוצות או תנועות מוחלשות (disempowered), המתארגנות בין השאר לצורך פעילות משפטית, עשויות להתחזק מתהליך המשלב מוביליזציה, העלאת מודעות ותחושת כוח הנובעת מנטילת גורל הקבוצה בידי חבריה וייצוגה בפני רשויות השלטון.⁷⁸ והנה, בעתירת קעדאן נשלטת הוירה המשפטית כולה בירי קבוצת-הרוב. העותרים יוצגו עליידי עורכת-דין יהודייה, מולם המשיבים על עורכי-דינם היהודים, וחמישה שופטים יהודיים הדנים ומחליטים אם להעניק זכויות למיעוט הערבי בישראל. גם זכיייה בעתירה בנסיבות אלו מוגבלת ביכולתה להעצים את הקבוצה נשואת ההחלטה.⁷⁹

77. Joel F. Handler, *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change* (New York Academic Press, New York, 1978); Susan M. Olson, *Lawyers and Clients: Securing the Rights of Disabled Persons* (Greenwood Pub. Group, 1984); Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change* (Yale University Press, New Haven 1974), 7-8.

78. אחת הדוגמאות המובהקות לחיזוק תנועה חברתית באמצעות ייזום הליכי חקיקה הוא הליך חקיקתו של ה-ADA - The Americans with Disabilities Act, הנחשב לאחד המוצלחים ביותר מבחינת ארגון קולקטיבי של אנשים עם מוגבלות בארה"ב. לעניין זה ראו: Arlene Mayerson, "The History of the ADA, A Movement Perspective", *Implementing the American with Disabilities Act: Rights and Responsibilities of All Americans* (Lawrence O. Gostin and Henry A. Beyer - eds., Paul H. Brooks, Baltimore, 1993) 17.

79. לעניין המגבלות של עתירה לבג"ץ כאמצעי להעצמה אישית ראו נטע ויו ורוינן שמיר, "בנת ביתך" - פוליטיקה גדולה ופוליטיקה קטנה במאבק נגד אפליה בקרקע", תיאוריה וביקורת 16 (2000) 45. כפי שצוין לעיל, יחסי-הכוחות בין עורכי-דין ערבים ויהודים הפועלים לשינוי חברתי השתנה באורח ניכר החל משנת 1994. לתוכנית המשפטנים של הקרן החדשה לישראל תרומה של ממש בתחום זה. החל משנת 1990 (כחמש שנים לאחר תחילת התוכנית) נשלחו שבעה עורכי-דין ערבים להשתלמות בתחום זה בארה"ב, ורובם ממשיכים להיות מעורבים בדרך זו או אחרת בעריכת-דין ציבורית לקידום זכויות הערבים בישראל. הקמת ארגון עדאלה בסוף שנת 1996 תורמת לשינוי פניה הלאומיים של עריכת-הדין הציבורית בישראל. מהדו"ח השנתי של ארגון עדאלה עולה, כי רק בשנתיים הראשונות להקמתו הוגשו למעלה מעשר עתירות ותביעות לבתי-משפט שונים, ובמיוחד לבית-המשפט העליון, שעניינן היבטים שונים של אפליה.

י. משפט, אתיקה ואחריות מקצועית

במארכ 2000 נתן בית-המשפט העליון את פסק-הדין בעתירת קעדאן, שקבע כי הקצאת קרקעות וייחוד יישובים עבור יהודים בלבד על מקרקעי ציבור איננה חוקית. עם זאת, הסעד לעותרים נותר עמום, ועד מועד כתיבת שורות אלו טרם הצליחו העותרים לממש את רצונם לרכוש מגרש ביישוב קציר. פסק-הדין מתחד את השאלות שהועלו במאמר זה. בעקבותיו התקיימו דיונים בדבר הפוטנציאל שיש בפסק-הדין, כמו גם מגבלותיו, לקדם את זכויות הערבים לשוויון בדיוור ובהקצאת קרקעות. ברשימה שהתפרסמה בעיתון הארץ העלה עורך-דין ג'מיל דקואר מארגון עדאלה ספק באיזו מידה ההחלטה היא פריצת-דרך בתיקון האפליה כלפי ערבים בתחום הדיוור והקרקעות, בין השאר מהטעם שהיא איננה משקפת את ההיבטים הלאומיים-קבוצתיים של המיעוט הפלשתינאי בישראל. דקואר טוען, כי "הערבים כקבוצה לא הביאו את עתירת משפחת קעדאן אל בית-המשפט העליון בישראל. נציגותם והנהגתם הפוליטית לא היו צד בדיונים".⁸⁰

על רקע פרשת קעדאן ביקשתי להציע אלטרנטיבה לתפיסה המקצועית הרווחת בדבר האחריות והאתיקה המקצועית של עורכי-דין כפי שזו באה לידי ביטוי הן בכללי האתיקה של לשכת עורכי-הדין הן בתרבות המקצועית הרווחת. ביקשתי להתמקד במאפיינים המרכזיים של עיסוק בעריכת-דין ציבורית כדפוס של קריירה מקצועית, להטיל ספק במשמעות מושג ה"התמקצעות" בהקשר זה ולהדגיש את המורכבות שביהסי עורך-דין-לקוח במהלך ייצוג שמטרתו הסבת שינוי חברתי או פוליטי.

חוקרים המשתייכים לאסכולה הפונקציונלית והעוסקים בלימוד התופעה החברתית של "התמקצעות" (professionalization) רואים בקביעת כללי התנהגות אחידים החלים על כלל עורכי-הדין - יהיו אשר יהיו תחומי עיסוקם ונסיבות עבודתם - אחד מן המאפיינים העיקריים של התארגנות מקצועית.⁸¹ ההסדרה הפנימית של מקצוע עריכת-הדין באמצעות כללי אתיקה מטרתה לגדור בין אנשי-מקצוע להדיוטות ולמתוח קווים ברורים בין עולם המשפט לעולם שמחוצה לו, בין עיסוק שהוא משפטי ובין זה שאינו משפטי, בין עורך-דין ללקוח, בין לקוח ובין מי שאיננו לקוח. הנתק בין המימד האישי ובין זה המקצועי הוא התגשמות ההתמקצעות: עורך-דין ייהשב "מקצועי" יותר ככל שיצליח להבחין טוב יותר בין עמדתו האישית ובין היותו שופרו של לקוחו. הפרדה זו מעניקה לעורכי-דין פריבילגיה ייחודית שאיננה נתונה לאנשים מן השורה: הם רשאים שלא לשאת באחריות אישית הנובעת מן הייצוג המקצועי.

80. ג'מיל דקואר, "עד כמה זה הישג?", הארץ (15.3.00) ב2.

81. לסקירת הגישה הפונקציונלית למקצוע, שלפיה הגנה היזונית על מקצוע תוביל לשימוש כמומחיות לטובת הכלל, ראו: Richard L. Abel, *American Lawyers: Theories of the Legal Profession* (Oxford University Press, Oxford and New York, 1989), 34-39; Andrew Abbott, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor* (University of Chicago Press, Chicago, 1988), 9-20.

אולם הגישה, שלפיה אפשר להגדיר באופן אחיד את מאפייניו של מקצוע עריכת הדין ובעקבות זאת לפרוש רשת רחבה ואחידה של כללי התנהגות, עקרונות ייצוג, מושגי יסוד וערכים על כלל ציבור זה – הולכת ונשחקת ומתרבים עליה העוררים.⁸² נטען, כי בפועל עורכי דין מעולם לא היו קבוצה הומוגנית עם מאפיינים אחידים; ואילו כללי ההתנהגות והסטנדרטים המקצועיים נוצרו והונצחו על ידי המוסדות הפורמליים של המקצוע. כל זאת כדי לערוב להמשך פרנסתם ולמנוע תחרות הן מצדם של בעלי מקצוע, שעיסוקם נושק לעבודת עורכי הדין (למשל: רואי חשבון) והן מצדם של "הדיוטות", אשר העזו להתקרב יתר על המידה לתחום פעילותם של עורכי הדין (למשל: "כותבי בקשות" למיניהם).⁸³

הדיון במאמר זה מכונן אפוא לברר באיזו מידה יציבים אותם סמנים אמיתיים או מדומים בעולמם המקצועי של עורכי דין בישראל, ועד כמה הם יכולים לשמש תמרורי דרך המכוונים את עיסוקם ואת תפיסתם העצמית כאנשי מקצוע. ביקשתי להעלות ספק בדבר היכולת לקבוע גבולות ברורים בין שיקולים "מקצועיים" ובין שאינם כאלה. ביקשתי גם לבחון את מידת התאמתם של מושגי יסוד רווחים – כגון ייצוג ניטרלי, נאמנות ללקוח יחיד, הפרדה בין מימד אישי ומקצועי – לשמש פרדיגמות הולמות לייצוג משפטי שמטרתו הבאת שינוי חברתי. כפי שנוכחתי בעת שייצגתי את לקוחותי בעניין קעדאן, טיבו של הקשר בין עורך דין ובין לקוח, כמו גם בינו ובין צדדים שלישיים, הוא תלוי הקשר, משתנה ומתפתח – כמו בתחום יחסי אנוש בדרך כלל. קשר זה איננו מנותק מן המקום, הזמן, הנסיבות החברתיות והפוליטיות שבהן הוא מתרחש, מזהותם האישית והקבוצתית של הצדדים לקשר ומהנושא המהותי שסביבו מתרחש הייצוג המשפטי. האתגר העומד בפני עורכי דין הוא להכיר במגבלותיהן של הגדרות מקצועיות נוקשות ולהמירן בנורמות גמישות ותלויות הקשר, ובדרך זו לפתח ולסגל לעצמם מקום ותפקיד הולם שיענה על הצרכים האנושיים והחברתיים של הסביבה שבה הם פועלים.

מהי המסקנה העולה מן המאמר באשר לכללים האתיים והמקצועיים הצריכים לחול על עורכי דין? האם עלינו לוותר כליל על ניסיון להגדיר כללים המבחינים בין עורכי דין ובין מי שאינם שייכים למקצוע? האם כללי האתיקה צריכים להבחין בין סוגים שונים של פרקטיקה על-פי המסגרת הארגונית שאליה שייכים עורכי הדין, על-פי מהות העניין המטופל על-ידם או על-פי המניע העומד בבסיס הייצוג? האם אין בכך כדי לקעקע כליל את המטרה העיקרית העומדת בבסיס כללי אתיקה מקצועית? האם חוסר הוודאות שייגרם מההתחשבות בנסיבות ובהקשר שבהם מתרחש הייצוג עלול לפגוע באיכות השירות שנותנים עורכי דין? ומכיוון אחר – האם אין עריכת דין הנעשית למען שינוי חברתי

82. ראו, למשל: Fred C. Zacharias, "Reconceptualizing Ethical Roles", 65 *Geo. Wash. L. Rev.* (1997) 169, pp. 190-194; David B. Wilkins, "Making Context Count: Regulating Lawyers after Kaye, Scholer", 66 *S. Cal. L. Rev.* (1993) 1145, pp. 1155, 1167.

83. ראו, למשל: Richard L. Abel, "The Rise of Professionalism", 6 *Brit. J.L. & Soc'y* (1979) 82.

מאיימת יתר על המידה על הלגיטימיות של המקצוע, ובעקבותיו המשפט, בכך שהיא מטשטשת בין המשפטי ובין הפוליטי?

אין להרחיק לכת עד כדי כך. ראשית, חשוב להכיר בכך, כי באופן הבסיסי ביותר כרוכה עבודתם של עורכי־דין ביישוב סתירות פנימיות המתעוררות במסגרת מחויבותם כאגשי־מקצוע לערכים שונים המתנגשים לעתים זה בזה. הכלל הבסיסי המכתיב את תפקידו של עורך־הדין, והמצוי בסעיף 54 לחוק לשכת עורכי־הדין, קובע: "במילוי תפקידו יפעל עורך־הדין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות ויעזור לבית־המשפט לעשות משפט".⁸⁴ חובות אלו עשויות לעמוד בסתירה, ועל עורכי־דין מוטלת חובה ליישב ביניהן בהתאם לנסיבות העניין. קיומו של מתח בין הכלל של נאמנות ללקוח ובין אינטרסים לגיטימיים אחרים שעליהם מחויבים משפטנים להגן איננו מייתר התוויה של נורמות־יסוד אשר תהיינה מעין "ליבה" המנחה את פעילותם בעולם המשפט ואשר מהן יש לגזור, בהתאם להקשר הספציפי, את הפעולה המקצועית המתאימה. ודוק: אותן נורמות בסיסיות יש לקחת ברצינות כבסיס לכל דיון, אולם הן אינן יכולות להיות מוחלטות ויש להכיר בארעיותן. עליהן להיות פתוחות לאתגור, לביקורת ולמשא־ומתן נמשכים בדבר מידת התאמתן לשמש דפוסים מרכזיים להגדרת עבודתם המקצועית של עורכי־דין ככל שזו משתנה ומתפתחת.

גישה זו משמעה, שיש להכיר בכך כי על עורכי־דין להפעיל שיקול־דעת מקצועי, מהותי, ולהתאים את ההחלטה בדבר פעולתם המקצועית לנסיבות שבהן מתקיים הייצוג. כך, למשל, כאשר חובת הנאמנות ללקוח עשויה להוביל לתוצאה הפוגעת בערכים הבסיסיים של שיטת־המשפט, מוטלת, על־פי גישה זו, על עורכי־דין חובה מקצועית להעדיף את האינטרס הציבורי על־פני נאמנות ללקוח.⁸⁵ כמו־כן, כאשר לתיק המשפטי השלכות ציבוריות נרחבות וכאשר הייצוג נעשה במטרה להביא לשינוי במדיניות כללית, ההצעה להביא בחשבון הן את האינטרס של הלקוח היחיד הן אינטרסים של הציבור העשוי להיות מושפע באופן ישיר מפעולת הייצוג, נותנת מענה טוב יותר למורכבותה של פעולת הייצוג – למרות היעדרותו של מימד הוודאות הכרוך בה. ככלל, אין לחשוש יתר על המידה מהטלת אחריות על עורכי־דין להפעיל שיקול־דעת מקצועי בהתאם להקשר הספציפי שבו מתרחש הייצוג. שופטים עושים זאת כעניין שבשגרה: הפעלת שיקול־דעת שיפוטי יכולה להוביל לכך ששופטים שונים מגיעים למסקנות משפטיות שונות אף באותו הליך. בכל־זאת אין אנו רואים בכך איום על יציבות המשפט כמוסד חברתי. כמו בתחומי חיים אחרים, כך אף בחייהם המקצועיים – על עורכי־דין ללמוד לנהל את חייהם

84. השוו להצעת חוק לשכת עורכי־הדין, תשי"ט-1959 (ה"ח 370), סעיף 50: "עורך־דין חייב לפעול לטובת לקוחו בכל הנאמנות והמסירות והוא חייב לעזור לבית־המשפט לעשות צדק".

85. ניידר וסמית' מתארים את עבודתם של עורכי־הדין של חברות הרכב Ford ו-GM בתביעות נזיקין בגין מותם של עשרות בני־אדם בשל ליקויי בטיחות בכלי־הרכב מתוצרת החברות. עורכי־הדין היו שותפים להעלמת המידע מהציבור על הסכנות שבנהיגה ברכב, ובמהלך הדיונים המשפטיים התנו את מתן הפיצויים בשמירה על סודיותו של המידע הבטיחותי. ראו ניידר וסמית' (לעיל, הערה 17), 70-72.

המקצועיים תוך לקיחת אחריות, לעתים במחיר של חוסר ודאות והשלמה עם סתירות פנימיות במידה זו או אחרת.

כאמור, המסקנה העולה מן המאמר אינה כי יש לנטוש את הניסיון להגדיר מאפיינים בסיסיים לעבודה מקצועית-משפטית, ואלו כמובן נחוצים. עם זאת, הן בכללי האתיקה הפורמליים והן בשיח המקצועי בישראל (לרבות האקדמי) אין השתקפות של הפרובלמטיקות המוצגות במאמר זה. חסר בהם דיון בשאלה, כיצד יש לקבל החלטות מקצועיות שלהן מימד ערכי? מהם המאפיינים הצריכים להדריך עורכי דין בפעולת ייצוג שכרוכה בה לא רק נטילת אחריות מקצועית, אלא גם מוסרית? כללי האתיקה בישראל הם "רוים" וטכניים. חלק ניכר מהם עוסקים בהסדרת התנהגות בתחומים שאין בינם ובין "אתיקה" במובנה המקורי ולא כלום: כיצד על משרדו של עורך דין להיראות, פרסום ופרסומת ושכר טרחה. הוראות רבות נוגעות ל"אתיקט" (etiquette): שמירה על נימוס ולשון מאופקת, שמירה על כבוד המקצוע וכדו'. מי שיעיין בכללי האתיקה וינסה למצוא בהם הכוונה, ולו ברמז, בדבר ההיבטים המוסריים של חייהם המקצועיים של עורכי דין – צפוי לאכזבה קשה. הם אינם בנמצא, וחסרונם ניכר הן בשיח הכללי הן בטקסטים כתובים המכוונים אל עורכי דין.

במאמר זה התמקדתי בקבוצה מצומצמת של עורכי דין ובמאטריה ייחודית כדי להדגים את הצורך בחשיבה חדשה על אתיקה ואחריות מקצועית. אני מאמינה, כי עורכי דין רבים אינם חיים בשלום עם הגורמות המקצועיות הרווחות. הכללים המסדירים את התנהגותם המקצועית של עורכי דין מכוונים לשאלה, מה מתיר לי המשפט לעשות? ולא לשאלה הסוקרטית, כיצד עלי להיות את חיי? עורכי דין ראויים לגורמות מקצועיות אשר יבטאו טוב יותר את תפקידם הייחודי בקידום הצדק במשפט.

יא. סיכום

ימים יגידו מה יהיה מקומו של פסק דין קעראן בקידום זכויות ערבים בישראל לשוויון. בית המשפט העליון אמר את דברו בסוגיה זו וסיים בה את תפקידו. המשך המלאכה למימוש מטרות אלו ייעשה בתיקים נוספים, בזירות אחרות ועלי ידי פעילים שונים הנאבקים על דמות החברה. עורכי דין יהודים וערבים יקחו חלק במאבקים אלו. הם ימשיכו לייצג לקוחות, להגיש עתירות לבתי המשפט וליוזם שינויים בחקיקה, בנסיונות לרתום את המשפט לקידום ערכים שהם מאמינים בהם. איתור והבנה של הגורמים המעצבים את תפיסת העולם ואת הפרקטיקות של משפטנים אלו יקדמו אותנו אף בהבנת ה"משפט" המשמש חומר גלם בעבודתם ואשר הם יוצרים אותו תוך כרי עיסוקם.
