

עריכת דין מהפכנית

יניב רוזנאי* וקארין פאר פרידמן**

מאמר זה עוסק בשאלה "האם מוטלת חובה אתית או אחריות חברתית על עורך הדין כאשר לנגד עיניו מתרחשת מהפכה?" מאמר זה מציג את התפיסה המסורתית שלפיה הפרופסיה המשפטית היא שמרנית, ומכאן מצופה מעורכי דין להתנגד למחאות שמטרתן לערער על הסדר המשפטי-חברתי. כדוגמה לתפיסה זו נביא את היעדרם של עורכי הדין ממחאת קיץ 2011 בישראל. בהמשך המאמר נבקש לערער את התפיסה השמרנית של עורכי הדין, ולהציג תפיסה שלפיה עורכי דין יכולים להיות מהפכניים, להתנגד לסדר הקיים ולהיאבק למען קידום זכויות אדם, דמוקרטיה ושלטון החוק. נמחיש תפיסה זו באמצעות סקירת מעורבותם של עורכי דין באירועי "האביב הערבי", מעורבות שהקנתה לגייטימציה לקריאה המהפכנית. לבסוף, נטען כי עתות מהפכה מציגות בפני עורך הדין דילמה בין החובה להגן על שלטון החוק ולשמר את הסדר המשפטי, העשויה להיות כרוכה בהתנהגות אנטי-מהפכנית, ובין האחריות החברתית לקדם את שלטון החוק ולשפר את הסדר המשפטי, שעשויה להיות כרוכה בקידום המהפכה, בייחוד כשמדובר במהפכה דמוקרטית. בבסיס המאמר מובאת הטענה כי יש לזנוח את התדמית השמרנית של עורכי הדין ולהכיר בכך שיכולה להיות להם גם תדמית אקטיביסטית בעלת אחריות חברתית, ואשר מוסריות החוק ושלטון החוק, במובנו המהותי, הם שולחיהם, לא פחות מלקוחותיהם.

מבוא. א. התפיסה המסורתית של עורך הדין: שמרנות; 1. תכונותיו השמרניות של עורך הדין; 2. היעדרם של עורכי דין מהמחאה החברתית

* דוקטור למשפטים (LSE). מנהל מחקר ופוסט-דוקטורנט במרכז מינרבה לשלטון החוק במצבי קיצון, הפקולטה למשפטים והחוג לגיאוגרפיה ולימודי סביבה, אוניברסיטת חיפה.

** מועמדת לתואר שני במשפטים (LL.M) בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת קולומביה. הכותבים מבקשים להודות למרטין לוקלין, לגיא זיידמן, לנייתן בראון, לתומאס פול, לאוזאן ורול על סיוע בעת כתיבת המאמר והערות מצוינות, וכן לאלונה חגאי-פריי, למורן קנדלשטיין-היינה, לניר ימין ולתמר ולדמן על הערות מצוינות לטיוטה מוקדמת. נוסח קודם של מחקר זה הוצג ב- Queen Mary Postgraduate Legal Research Conference (6 ביוני 2013) ו- Cornell Law School Inter-University Graduate Conference Current Issues of the Legal Profession Around the Globe, The David Weiner Center for Lawyers Ethics and Professional Responsibility, The College of Management Academic Studies (9 בספטמבר 2014). נבקש להודות למשתתפים על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת ללימור זר-גוטמן, עורכת כתב העת המשפט, לקוראים החיצונים על הערות מעולות ששיפרו את המאמר ולחברי המערכת על עבודת העריכה המצוינת.

של קיץ 2011 בישראל. ב. שינוי פרדיגמטי: עורך הדין כמהפכן; 1. מעורבותם של עורכי דין במהפכות בעולם הערבי; 2. תכונותיו של עורך הדין כמהפכן ותפקידי עורך הדין בעת מהפכה. ג. המחויבויות המתנגשות המוטלות על עורך הדין בעת מהפכה; 1. שמירת הסדר החברתי והגנה על שלטון החוק; 2. האחריות החברתית לשיפור המערכת המשפטית. ד. סיכום.

מבוא

הביטוי "The first thing we do, let's kill all the lawyers" מתוך המחזה של שייקספיר,¹ הוא אחד המוכרים והמצוטטים ביותר בנוגע למקצוע עריכת הדין.² הקריאה להרוג את עורכי הדין כצעד ראשון במחזה השיקספירי מבטאת אולי את החשדנות המסורתית של ציבור ההדיוטות כלפי הפרופסיה המשפטית,³ או את רצונן של חברות בתר-מהפכות לשחרר את עצמן מן האליטה המשפטית.⁴ קריאה מעמיקה יותר של ההקשר שבו נאמר הביטוי על ידי דיק הקצב, העומד בראש המורדים והמבקש להביא להפיכת הממשל, תזכיר דווקא את חשיבותם של עורכי הדין בחברה בעתות מהפכה כשומרי המערכת ואף כמגני זכויות בפני שליטים רודנים.⁵ הרצון להרוג תחילה את עורכי הדין, יכול לנבוע מן האמונה כי עורכי הדין הם אלו העלולים לעמוד בדרכה של הפיכה.⁶ אכן, מפורסם סיפורם של עורכי הדין הפקיסטנים האמיצים אשר

- WILLIAM SHAKESPEARE, THE SECOND PART OF KING HENRY THE SIXTH Act 4, Scene 2 1
(1991).
- נילי כהן ציינה כי: "ומסתבר שהרושם שהותירה מערכת המשפט על שיקספיר לא היה מזהיר 2
במיוחד". נילי כהן "משפט ומשחק – הסוחר מונציה ו'התקלה'" הפרקליט נא 418, 407 (2011).
- Penelope J. Corfield, *Eighteenth-Century Lawyers and the Advent of the Professional 3
Ethos*, in DROIT ET SOCIÉTÉ EN FRANCE ET GRANDE BRETAGNE: LAW AND SOCIETY IN
FRANCE AND ENGLAND 103 (P. Chassigne & J-P. Genet eds., 2003).
- MICHAEL BURRAGE, REVOLUTION AND THE MAKING OF CONTEMPORARY LEGAL 4
Profession: ENGLAND, FRANCE, AND THE UNITED STATES 5 (2006)
*Revolution and the Collective Action of the French, American, and English Legal 4
Professions*, 13 LAW & SOC. INQUIRY 225, 274 (1988) (טוען שלמהפכות האנגלית, האמריקנית
והצרפתית הייתה שאיפה מהפכנית משותפת ליצור סדר משפטי חדש – משפט ללא עורכי דין);
John C. Frank, *A History of Law – and Lawyers*, INTERNATIONAL ACADEMY OF TRIAL
LAWYERS (1968): "Every Utopia has been designed to dispense with the lawyers. The
organized legal profession was abolished following the French Revolution, and after the
Russian Revolution. In each case the attempt failed"; [http://www.iatl.net/files/public/
68_history.pdf](http://www.iatl.net/files/public/68_history.pdf) (last view 11.8.2014).
- יהושע גרוס "על שופטים ופרקליטים במחזות שייקספיר" הפרקליט מא 219, 229 (1993): "למען 5
הצדק ההיסטורי ראוי לציין כי דברים אלה הושמו בפיו של לא אחר מאשר דיק הקצב, כשהוא
ומספר בעלי מלאכה נוספים חפצים להפיל את השלטון ולהקים תחתיו ממשל אנרכיסטי, שבו
החוק יושם ללעג".
- DANIEL J. KORNSTEIN, KILL ALL THE LAWYERS?: SHAKESPEARE'S LEGAL APPEAL 22–34 6
(2005).

הפגינו ברחובות, כמעט היחידים מבין האליטה הפקיסטנית, כדי למנוע מהנשיא פרבז מושארף להשהות את החוקה הפקיסטנית בשנת 2007. עורכי הדין בפקיסטן ראו את עצמם כמגני הסדר החוקתי. התמונות שבהן רואים את עורכי הדין מפגינים ברחובות ומפונים בכוח על ידי כוחות משטרה הזכירו לרבים מה עורכי דין יכולים – ואולי צריכים – לעשות.⁷ לאות סולידריות עם עורכי הדין הפקיסטנים, קיימו עורכי דין אמריקנים צעדת מחאה, ולשכת עורכי הדין האמריקנית אף העניקה את פרס שלטון החוק לשנת 2008 ל"אותם עורכי דין ושופטים בפקיסטן אשר הפגינו אומץ לב בהגנה על שלטון החוק במדינתם".⁸

מאמר זה שונה באופיו ממאמרים רגילים העוסקים באתיקה מקצועית, שכן הוא עוסק, בעיקרו, לא בחובות האתיות של עורך דין במהלך עיסוקו המשפטי היומיומי, אלא דווקא בשאלת החובה האתית (או האחריות החברתית) המוטלת על עורך דין בפעולות לבר-משפטיות ובעיקר בפעולות הקוראות להפיכת הסדר המשפטי, החברתי או החוקתי הקיים. האם מוטלת על עורכי דין חובה אתית או אחריות חברתית בזמן מהפכה? אם כן, מהי? מאמר זה ינסה לשפוך אור על שאלות אלו המעלות דילמות עיוניות ומעשיות סבוכות; שאלות חשובות במיוחד בעת הזו שבה אנו עדים ל"מהפכות דמוקרטיות" במדינות השכנות לישראל.⁹

בחלק הראשון של המאמר נציג את הגישה המסורתית כלפי הפרופסיה המשפטית כאל קבוצה שמרנית המעוניינת לשמר את הסטטוס־קוו, ומכאן ניתן להניח שתהא בעלת נטייה אנטי-מהפכנית. דוגמה לתפיסה זו ניתן אולי לראות בהיעדרם של משפטנים (ושל המשפט בכלל) במחאה החברתית ההמונית שהתרחשה בישראל בקיץ 2011. בחלק השני למאמר, נציג גישה שונה לפרופסיה המשפטית – זו של עריכת דין מהפכנית. לפי תפיסה זו, עורכי דין יכולים להיות דווקא מהפכנים ובנסיבות מסוימות להוביל מחאות עממיות ואנטי-שלטוניות המבקשות לשנות את הסטטוס־קוו ובמקרי קיצון אף למוטט את הסדר המשפטי. נדגים תופעה זו באמצעות המעורבות של עורכי דין בגל המהפכות שהתרחש בשנים האחרונות ברחבי העולם הערבי. בחלקו השלישי של המאמר נציג דיון עיוני בשאלת החובות האתיות והחברתיות שחלות על עורכי הדין בעתות מהפכה. נטען כי עתות מהפכה מציגות בפני עורכי הדין דילמה מיוחדת, שבה מתנגשת החובה לשמר את הסדר המשפטי ולהגן על שלטון החוק (במובנו הפורמלי) עם החובה לשפר את הסדר המשפטי ולקדם את שלטון החוק (במובנו המהותי).

7 לדוגמה זו ולדיון בה ראו Fred C. Zacharias, *True Confessions About the Role of Lawyers in a Democracy*, 77 FORDHAM L. REV. 1591, 1596–1597, 1604 (2009). כדי לצפות בתמונות מהאירוע ראו *In Pictures: Pakistan Lawyers' Protest*, BBC NEWS (March 12, 2007), http://news.bbc.co.uk/2/hi/in_pictures/6442747.stm (last view 11.8.2014).

8 ראו Taiyyaba Ahmed Qureshi, *State of Emergency: General Pervez Musharraf's Executive Assault on Judicial Independence in Pakistan*, 35 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 485, 487–488 (2009–2010).

9 ראו Kalkidan Obse, *The Arab Spring and the Question of Legality of Democratic Revolution in Theory and Practice: A Perspective Based on the African Union Normative Framework*, 27 L.J.I.L. 817 (2014); Haider Ala Hamoudi, *Arab Spring, Libyan Liberation and the Externally Imposed Democratic Revolution*, 89 DENV. UNI. L. REV. 699 (2012); Alfred Stepan & Juan J. Linz, *Democratization Theory and the "Arab Spring"*, 24(2) J. DEMOCRACY 15 (2013).

התנגשות זו מגיעה לשיאה כאשר מדובר במהפכות המבקשות לבצע שינוי משטרי – ממשטר אוטוריטרי למשטר דמוקרטי.¹⁰ החלק הרביעי יסכם את המאמר. טרם הדיון בתפקידם של עורכי דין במהפכות, ראוי להבהיר את כוונתנו במונח "מהפכה". לפי סיפור מפורסם של המהפכה הצרפתית, כאשר הדוכס רושפוקו-ליאנקור הודיע למלך לואי ה-16 על ההשתלטות על הבסטיליה, זעק המלך "אבל אלוהים אדירים! זהו מרד!" בתגובה ענה הדוכס, "לא אדוני, זוהי המהפכה", לרמז שמדובר במעין כוח עליון.¹¹ למונח מהפכה אין הגדרה אחידה, ודיון נרחב במונח זה בוודאי חורג מגדרי המאמר.¹² מספיק, לענייננו, להשתמש בהגדרתו של אולריך פרוס (Preuss), שלפיה האלמנט המכריע לשם הגדרת שינויים פוליטיים או חברתיים כ"מהפכניים" הוא אם שינויים אלה ממוטטים את הסדר הקיים ואת עקרונותיו הבסיסיים ומחליפים אותם בעקרונות חדשים.¹³ לכן אין הכוונה בהכרח לשינוי או החלפה של החוקה באופן שאינו תואם את הליך השינוי החוקתי, במובנו של הנס קלזן (Kelsen),¹⁴ שכן שינוי מהפכני יכול להתרחש גם בדרכים חוקתיות.¹⁵ יובהר, במונח "מהפכה" גם אין כוונתנו בהכרח ללחימה ברחובות, למלחמת אזרחים או לשפיכות דמים. אין בכך כדי להכחיש כי מהפכות רבות מלוות באלימות, אלא כדי להדגיש כי לשיטתנו אלימות אינה תנאי בלעדיו-אין של מהפכה.¹⁶ כך למשל ידועה תורת ההתנגדות הסבילה, שיסודותיה הונחו בחיבורו של הנרי

- 10 על ההבחנה בין מהפכות דמוקרטיות לבין מהפכות שאינן דמוקרטיות ראו להלן פרק ג.2.
- 11 Eugene Kamenka, *The Concept of a Political Revolution*, in *REVOLUTION* 122, 125 (Carl J. Friedrich ed., 1966).
- 12 המונח "Revolution", ציין ברוס אקרמן, הוא: "one of the slipperiest words in the modern political vocabulary". ראו BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 201 (1991). בהתאם להגדרת מילון אבן-שושן, "מהפכה" היא "1. הפיכה, הריסה, החרבה [...] 2. רבולוציה, הפיכה בכוח [...] 3. שנוי הפוך ופתאומי [...] 4. מצב של אי-סדר". כפי שיוסבר להלן, ההגדרה שאנו נוקטים רחבה יותר מהגדרות אלו. לאסופות מאמרים מצוינות בנושא משפט ומהפכה ראו *REVOLUTIONS IN LAW AND LEGAL THOUGHT* (Zenon Bankowski ed., 1991); *SHAPING REVOLUTION* (Elspeth Attwooll ed., 1991).
- 13 ULRICH K. PREUSS, *CONSTITUTIONAL REVOLUTION – THE LINK BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND PROGRESS* 81 (Deborah L. Schneider trans., 1995).
- 14 J.W. HANS KELSEN, *PURE THEORY OF LAW* 209 (Max Knight trans., 1967). להרחבה ראו Harris, *Kelsen, Revolutions and Normativity*, in *SHAPING REVOLUTION* 1 (Elspeth Attwooll ed., 1991).
- 15 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers* (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014); Gary Jeffrey Jacobs, *Making Sense of the Constitutional Revolution*, 19 *CONSTELLATIONS* 164 (2012).
- 16 Jes Bjarup, *The Concept of Revolution*, in *REVOLUTIONS IN LAW AND LEGAL THOUGHT* 22, 27 (Zenon Bankowski ed., 1991). הרואים באלימות תנאי הכרחי למהפכה. ראו, למשל, Tuan Samahon, *Democracy, Violence and Constitutional Revision in the Shadow of Democratic Revolution Theory*, 89 *DEN. U. L. REV.* 735, 739–742 (2012).

בחיבורו של הנרי טורו (Thoreau),¹⁷ ושהוגשמה על ידי מובילי שינוי חברתי כגון גנדי ומרטין לותר קינג במאבקייהם לשוויון, חירות, כבוד וצדק.¹⁸ עוד איננו מבחינים בין מהפכה חוקתית – הבאה לשנות את השלטון מבלי לשנות מהותית את הסדר החברתי או בעלות קניינית – ובין מהפכה חברתית, המאופיינת בחלוקה מחדש של עושר ושינויים בכללי קניין.¹⁹ הגבול בין שני סוגי המהפכות דק ויש ביניהם, פעמים רבות, קשרי גומלין.²⁰

לאור כל זאת ברור שהגדרתנו למונח מהפכה רחבה יחסית וכוללת לא רק את המהפכות ה"קלאסיות" שמוטטו משטרים, אלא גם תנועות חברתיות שאפתניות פחות (ובהן המחאה החברתית של קיץ 2011 בישראל) המבקשות להשפיע על נורמות חברתיות, פוליטיות וחוקתיות ולשנותן שינוי מהפכני, כהגדרתנו לעיל.²¹ בה בעת, יש להבחין בין מהפכה ובין רפורמה.²² רפורמה יכולה לבצע שינויים מהותיים, אולם כאלו שאינם מחליפים את הסדר החוקתי הקיים באחד שדוחה או משנה את ערכי הבסיס עליו נשען הסדר החוקתי הקודם.²³ המילה הלטינית *reformare* (רפורמה) עצמה, משמעה לשנות דבר קיים ולהותיר את הסדר הקודם.²⁴ כפי שנרחיב להלן, כל מהפכה דורשת רפורמה, אך לא כל רפורמה היא מהפכנית.²⁵ מה שמייחד עריכת דין מהפכנית איננו רק עצמת השינוי המבוקש, אלא הדרך המבקשת להביא לשינוי זה באמצעים לבר-משפטיים במובן הצר (קרי, לא באמצעות ליטיגציה, חקיקה וכו'), כגון הצטרפות להפגנות ומחאות עממיות ברחובות (ואף הובלתן), שאינם "חלק מאשפת

- HENRY DAVID THOREAU, CIVIL DISOBEDIENCE: RESISTANCE TO CIVIL GOVERNMENT (The Floating Press, 2009) (1849) 17
- ראו חיים כהן "על מרטין לותר קינג" הפרקליט כד 378, 382–378 (1968). על גנדי כעורך דין, ועל משנתו בנוגע למשפט ראו John Leubsdorf, *Gandhi's Legal Ethics*, 51 RUTGERS L. REV. 923 (1999) 18
- THEDA SKOCPOL, STATES AND SOCIAL REVOLUTIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF FRANCE, RUSSIA & CHINA 140–142 (1979) 19
אלא פוליטית).
- PREUSS, לעיל ה"ש 13, בעמ' 81–89. 20
- השוו לכת את הגדרתו של ברוס אקרמן למה שהוא מכנה "revolution on a human scale" ומגדירה כך: "[A] self-conscious effort to mobilize the relevant community to reject currently dominant beliefs and practices in one or another area of social life" ראו Bruce Ackerman, *Revolution on a Human Scale*, 108 YALE L.J. 2279, 2283 (1999) 21
- ראו, למשל, Kai Nielsen, *On The Choice Between Reform and Revolution*, REVOLUTIONS, SYSTEMS, AND THEORIES – ESSAYS IN POLITICAL PHILOSOPHY 155, 157 (H.J. Johnson, J.J. Leach, & R.G. Muehlmann eds., 1979) (לפיו במילה "רפורמה" הכוונה היא לתיקונים או שיפורים באמצעות הסרת טעויות, כשלים, ניצולים לרעה וכו'). 22
- Walter F. Murphy, *Staggering Toward The New Jerusalem of Constitutional Theory: A Response to Ralph F. Gaebler*, 37 AM. J. JURIS. 337, 351–352 (1992) 23
- Maria Borucka-Arctowa, *Innovation and Tradition Against the Background of Revolutionary Changes of Law – A Conceptual and Functional Analysis*, in REVOLUTIONS IN LAW AND LEGAL THOUGHT 79, 80 (Zenon Bankowski ed., 1991) 24
- ראו להלן בחלק ב.2. להרחבה ראו Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, לעיל ה"ש 15. לגישה שלפיה אין להפריז בהבחנות בין רפורמה ומהפכה וכי כל שינוי הוא חשוב ראו Hamoudi, לעיל ה"ש 9, בעמ' 723. 25

הכלים הטבעית" של עורכי דין לביצוע שינויים.²⁶ כשם שציין רוברט גורדון בנוגע לעורכי הדין הפקיסטנים שאותם הזכרנו בתחילת המאמר: "Anyone who watched the pictures of Pakistani lawyers, in their dark business suits and ties, out on the street in the thousands to protest [...] knew he was seeing something way out of the ordinary. We do not usually associate lawyers with street protests".²⁷ כפי שנדגים, במחאות רבות בעולם, בין היתר בפקיסטן, בהונג-קונג, בלוב, במצרים, בתוניס ובטורקיה, עורכי דין ביקשו להביא לשינוי חברתי בדיוק במקום שלא ציפו לראותם – ברחוב. והם עשו זאת בכובעם כעורכי דין בעודם לבושים חליפות וגלימות שחורות.

עוד יובהר כי איננו בוחנים, במאמר זה, סוג מסוים של עורכי דין, למשל "עורכי דין פרטיים", "עורכי דין בשירות המדינה" או "עורכי דין למען מטרה ציבורית", אלא מנסים להתייחס לפרופסיה עריכת הדין, באופן כללי. אנו מודעים, כמובן, לקושי המתודולוגי בהתייחסות כללית ומופשטת לציבור עורכי הדין כאל מונוטיפוס של "עורך הדין".²⁸ ייתכן שיש להבחין בין סוגים שונים של עורכי דין, למשל עורכי דין במגזר הפרטי לעומת עורכי דין בשירות הציבורי, שהם, מצד אחד, ידו הארוכה של החוק ומן הצד האחר, משרתי הציבור,²⁹ ומשכך, ייתכן שיש להם תפקיד מיוחד בעתות מהפכה.³⁰ ייתכן גם שלעורך הדין הציבורי (או

26 ראו דברי פרופ' דודי שוורץ כפי שהובאו אצל עידו באום ושני מזרחי "המחאה חושפת שיתוק בלשכת עורכי הדין" **TheMarker** 30.8.2011 www.themarker.com/law/1.1086111 (נבדק לאחרונה ב-31.7.2014).

27 Robert W. Gordon, *Are Lawyers Friends of Democracy?*, in THE PARADOX OF PROFESSIONALISM: LAWYERS AND THE POSSIBILITY OF JUSTICE 31 (Scott L. Cummings ed., 2011). ראו גם את דברי אמיר פז-פוקס כפי שמצוטט אצל משה גורלי "משפטנים אינם בנויים להוביל מחאה חברתית" **כלכליסט** 19.3.2012: "דרכי ההתמודדות של עורכי הדין הן הצעדים הלגיטימיים של ניסוח מכתבים, הגשת עתירות, שתדלנות מושכלת בכנסת, לא ברחוב"; ראו יצחק זמיר "האליטה המשפטית" המשפט יא 671, 675 (2007): "מבחינת ההרכב המוסדי,

28 האליטה המשפטית אינה עשויה עור אחד. היא מורכבת מקבוצות שונות, שאמנם יש להן הרבה מן המשותף, לא רק בהכשרה אלא גם בערכים, אך הן נפרדות זו מזו ואינן תלויות זו בזו". השוו **ALLAN C. HUTCHINSON, LEGAL ETHICS AND PROFESSIONAL RESPONSIBILITY 37–38 (2nd ed. 2006).**

29 ראו, למשל, אברהם וינרוט "שניות בתפקידי היועץ המשפטי לממשלה" המשפט ג 85, 85 (1996): "קיים הבדל גדול בין עורך-הדין הפרטי, לבין עורך-הדין הציבורי. עורך-הדין הפרטי חובת אמון ללקוחו. היועץ המשפטי לממשלה חב חובת אמון – לשלטון החוק". על עורכי דין בשירות הציבורי כחברים בקהילה המשפטית וכנציגי המדינה בעלי עצמאות ושיקול דעת ראו Gad Barzilai & David Nachmias, *Governmental Lawyering in the Political Sphere: Advocating the Leviathan*, 3(2) ISRAEL STUDIES 30 (1998).

30 התובע הציבורי בפרקליטות המדינה, למשל, מייצג אינטרס ציבורי ולכן מוטלות עליו חובות רבות שעשויות לנגוד את האינטרס הצר של "הצד" שהוא מייצג. ראו למשל מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך הפלילי" פלילים ה 173 (1996); מרים נאור "הפרקליט בשירות המדינה" משפטים כד 417 (1995). אפילו לעניין הסנגוריה הציבורית, ציין, למשל, השופט חשין בבג"ץ 4495/99 הסנגוריה הציבורית המחוזית נ' ועדת הערר, פ"ד נג(5) 625, 629 (1999) כי: "דווקא אותם תפקידים רבי-חשיבות שהסנגוריה הציבורית ממלאת במשפט העונשין, דווקא הם מטילים עליה חובות-יתר, ואותן חובות-יתר המוטלות על סניגור מן הסניגוריה הציבורית מדמות

עריכת דין למען שינוי חברתי) חשיבות מיוחדת למאמרנו. עורך הדין הציבורי, כידוע, נתפס כ"פועל (באופן מלא או חלקי) מתוך מוטיווציה אידיאולוגית והזדהות עם מטרות פוליטיות מסוימות [...] הוא שואף להגשים, באמצעות עבודתו המקצועית, מטרות חברתיות ופוליטיות רחבות, תוך נכונות, ולפעמים שאיפה מוצהרת, לגרום לשינוי ההסדרים החברתיים הנורמטיביים הנוהגים".³¹ ההתמקדות בקהילה המשפטית כקבוצה שלה תיתכן מחויבות מיוחדת בעת מהפכות, נובעת מכך שכקבוצה בעלת מיומנות מיוחדת בחוק ומשפט – ואחריות, כפי שנרחיב במאמר זה – בדבר שלטון החוק, לקהילה המשפטית תיתכן מסוגלות ייחודית לקדם מטרות דמוקרטיות ולהיאבק נגד גורמים סביבתיים ופוליטיים אוטוריטריים המאיימים על החברה, למשל כמגני זכויות אדם.³² עם זאת, חשוב לציין כי אנו מתמקדים בפרופסיה של עורכי הדין, ולא אך במשפטנים, ראשית, היות שעורכי דין – כזרוע הארוכה של שלטון החוק – חבים בחובות אתיות שונות שמשפטנים שאינם עורכי דין אינם חבים בהן, ושנית, ואולי חשוב מכך, הפרופסיה המשפטית אינה רק משכילה, היא גם מאוגדת, פעילה ועצמאית (לכל הפחות בכך שהיא נפרדת ממוסדות המדינה).³³

אנו מבקשים לפתוח דיון כללי באשר למחויבות החברתית והחובה האתית בעתות מהפכה, שיוכל לשמש נקודת פתיחה למחקרים ספציפיים יותר – תאורטיים ואמפיריים – בדבר תפקידי עורך הדין במהפכה. במקום אחר, אחד מאתנו דן בתפקידם של עורכי הדין במהפכות הגדולות

עצמן לחובות-היתר המוטלות על פרקליט מפרקליטי המדינה. "ראו מנגד יואב ספיר "מה מחייבת האצילות? ייצוג פרטי וייצוג ציבורי בפלילים, אתיקה מקצועית וטובת הלקוח" ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 131, 147-148 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (הטוען כי סנגורים ציבוריים – כמו פרטיים "חייבים בראש ובראשונה חובת נאמנות ללקוחותיהם, ולא ניתן לצפות מהם כי יקריבו את האינטרס של לקוחותיהם על מזבח האינטרס הציבורי" וכי "על הסנגורים הציבוריים חלה אפוא אותה מערכת של כללי אתיקה מקצועית החלה על כל סנגור").

31 יואב דותן "עורך הדין, המטרה הציבורית והלקוח האינדיווידואלי התבוננות אמפירית ראשונית בשאלת ההצלחה היחסית של עורכי-דין ציבוריים בבית-המשפט" עיוני משפט כג 697, 698 (2000).

32 ראו למשל Okechukwu Oko, *Lawyers in Chains: Restrictions on Human Right Advocacy Under Nigeria's Military Regimes*, 10 HARV. HUM. RTS. J. 257, 260 (1997), וכן בעמ' 286: "The legal profession, more than any other group, is uniquely situated to act as a countervailing force to despotism and tyranny. Lawyers must champion society's effort to develop a civil society that holds rulers accountable for violations of legal rights and in which civil liberties are respected. Citizens expect lawyers to openly condemn human rights violations whenever they occur, provide legal assistance to victims of human rights violations, and exert moral leadership".

33 בכך עורכי דין נבדלים לא רק ממשפטנים שאינם עורכי דין, אלא גם ממשפטנים אחרים שונים המשרתים במוסדות המדינה ונחשבים כנציגיה. ראו Gordon, *Are Lawyers Friends of Democracy?* לעיל ה"ש 27, בעמ' 35: "especially in societies where lawyers have established independent judiciaries and bar associations, they may serve as centers of resistance to novel impositions of authority".

באנגליה, באמריקה ובצרפת.³⁴ נטען שם כי פרופסיה משפטית מאורגנת יכולה לתרום משמעותית לרפורמות מבניות-מוסדיות של החברה,³⁵ וכי בתקופות של שינויים חוקתיים מהפכניים, ובייחוד כאשר המדינה מצויה בתהליך של בנייה והיוסדות, עורכי דין זכו לרלוונטיות פוליטית משמעותית. עורכי הדין נתנו מענה לשאלות פוליטיות בהקשר קווי-משפטי, סיפקו טיעונים חוקתיים ונטלו חלק בהנהגה הפוליטית – כל האלמנטים שאפשרו את המהפכות.³⁶ במשך למעלה משלוש מאות שנים, העיצוב המודרני של הליברליזם הפוליטי חב רבות לפעילותם של עורכי דין.³⁷ אכן, עורכי דין היו כה בולטים במסורת המהפכנית עד כדי כך שסוציולוגים של המשפט התלבטו כיצד יהא זה מדויק יותר לכנותם: שמרנים או מהפכניים?³⁸

א. התפיסה המסורתית של עורך הדין: שמרנות

1. תכונותיו השמרניות של עורך הדין

מעורבותם של עורכי דין במהפכות נראית תמוהה במבט ראשון. המערכת המשפטית מוכרת, ככלל, כמוסד שמרני.³⁹ כשכבה מעמדית, לאליטה השמרנית של עורכי הדין תפקיד מרכזי

- 34 יניב רוזנאי, *Revolutionary Lawyering? On Lawyers' Social Responsibility and Roles During a Democratic Revolution*, 22 S. CAL. INTERDISC. L.J. 353, 358–369 (2013). על מעורבותם של עורכי הדין במהפכות הללו ראו גם Lois G. Schworer, *The Role of Lawyers in the Revolution of 1688–1689*, DIE ROLLE DER JURISTEN BEI DER ENTSTEHUNG DES MODERN STAATES 473 (Roman Schnur ed., 1986); Erwin C. Surrency, *The Lawyer and the Revolution*, 8 AM. J. LEGAL HIST. 125 (1964); DAVID A. BELL, *LAWYERS AND CITIZENS: THE MAKING OF A POLITICAL ELITE IN OLD REGIME FRANCE* (1994). חשוב לדעת שגם במדינות אחרות, עורכי דין לקחו חלק פעיל במהפכות. כך למשל עורכי דין שיחקו תפקיד משמעותי בהיסטוריה המהפכנית של הונגריה. מקורה של מהפכת 1848 נגד השיטה הפאודלית למען עצמאות לאומית הוא בתנועה של סטודנטים למשפטים, והפרלמנט של 1848 הורכב מאחוז גבוה של עורכי דין. מאוחר יותר, עורכי דין לקחו גם חלק מרכזי במעבר מקומוניזם לדמוקרטיה. ראו Andras Sajo, *The Role of Lawyers in Social Change: Hungary*, 25 CASE W. RES. J. INT'L L. 137, 138, 142 (1993).
- 35 Peter Grajzl & Peter Murrell, *Revolutionary Lawyering? Lawyers and Politicians: The Impact of Organized Legal Professions on Institutional Reforms*, 17 CONSTITU. POLIT. ECON. 251 (2006).
- 36 Peter van den Berg, *Lawyers as Political Entrepreneurs? A Historical Perspective on the Contribution of Lawyers to Legal Integration in Europe*, in *LAWYERS' CIRCLES: LAWYERS AND EUROPEAN LEGAL INTEGRATION* 161 (Alex Jettinghoff & Harm Schepel eds., 2004).
- 37 Terence C. Halliday & Lucien Karpick, *Politics Matter: A Comparative Theory of Lawyers in the Making of Political Liberalism*, in *LAWYERS AND THE RISE OF WESTERN POLITICAL LIBERALISM* 15 (Terence C. Halliday & Lucien Karpick eds., 1997).
- 38 Lawrence M. Friedman, *Lawyers in Cross Cultural Perspective*, in *LAWYERS IN SOCIETY* 1, 20 (Richard Abel & Philip Lewis eds., 1989).
- 39 Edgar Bodenheimer, *The Inherent Conservatism of the Legal Profession*, 23 IND. L. J. 221 (1948). ראו גם HUTCHINSON, לעיל ה"ש 28, בעמ' 32: "Radical Lawyering is an oxymoronic".

דווקא בשימור הסטטוס-קו.⁴⁰ למעשה, יש שטענו כי מעטים הם עורכי הדין המוטרידים מבעיות במדיניות ציבורית וחברתית ובעלי נכונות להשתמש בכישוריהם המשפטיים כדי לקדם מדיניות כאמור.⁴¹ מרביתם, ממשיך הטיעון, נוטים לשרר אדישות קולקטיבית ולהיות א-פוליטיים בתפקידם המקצועי. קבוצה קטנה בלבד של עורכי דין רואה עצמה כמחויבת לשינוי חברתי ומוכנה לעשות הקרבות כלכליות למטרות חברתיות וליברליות.⁴² כך, לדוגמה, עריכת דין חברתית אינה פופולרית לא רק משום שאינה מייצרת הכנסה מרובה, אלא גם מפני שעורך הדין החברתי נתקל בקשיים ייחודיים, שכן הוא פועל בסביבה רוויה אינטרסים, אשר עשויה לחדד את המתח שבין זהותו המקצועית לבין זהותו הפוליטית. הוא מנהל מגע מתמיד עם מגוון רב של גורמים (עורכי דין, פוליטיקאים, פקידי ממשל, שדלנים) הפועלים בזירה שכללי המשחק והאתיקה שלה עמומים.⁴³ לכן ישנם סוציולוגים של המשפט אשר טענו כי ככלל, לעורך הדין אין הרבה מה להציע לתנועות לשינוי חברתי.⁴⁴ פרט לרעיון של אליטה משפטית המעוניינת לשמר את מעמדה, ניתן למנות כמה טעמים עיקריים מדוע מאפייניו של עורך הדין נוגדים מהפכניות.⁴⁵

Amy E. Black & Stanley Rothman, *Shall We Kill All the* „pursuit of the first order”
Lawyers First: Insider and Outsider Views of the Legal Profession, 21 HARV. J.L. & PUB.
 POL’Y 835, 842 (1998) (המציינים כי ככלל, כקבוצה, שופטים נוטים להיות יותר שמרנים מעורכי
 דין. עם זאת, יש לזכור כי ניתן לייחס נתון זה לעובדה כי שופטים רבים מאלו המסוקרים במאמר
 מונו לכס השיפוט בתקופה שבה השלטון היה שמרני יותר מן השלטון המכהן בעת כתיבת
 המאמר).

JEROLD S. AUERBACH, *UNEQUAL JUSTICE: LAWYERS AND SOCIAL CHANGE IN MODERN* 40
 Wolfgang G. Bodensteiner; AMERICA 279 (1977). בעמ' 221–222. ראו גם
 Friedmann, *The Role of Law and the Function of the Lawyer in the Developing Countries*,
 17 VAND. L. REV. 181, 181 (1963): “The fact that in revolutionary and other radically
 progressive societies [...] the function and status of the lawyer tend to be modest underlines
 the traditionally conservative function of the lawyer as a defender of established interests
 rather than an innovator”

ראו, למשל, זמיר “האליטה המשפטית”, לעיל ה”ש 28, בעמ' 674.

STUART A. SCHEINGOLD, *THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL* 42
 CHANGE 170 (2nd ed. 2004); Daniel J. Dykstra, *Legislation and Change*, WIS. L. REV. 523
 (1950); Richard L. Abel, *Lawyers and the Power to Change*, 7 LAW & POL. INT. BUS. 5, 6–7
 (1985); Richard L. Abel, *Lawyers for Liberalism: Axiom, Oxymoron, or Accident?*, A
Review of Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism, 1 BOOKS ON LAW 9
 (Terence C. Halliday & Lucien Karpik eds., 1998).

ראו דבי גילד-חיו וסיגל שהב “עריכת-דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי” מעשי משפט ב 69, 77
 (2009).

Maureen Cain, *The Symbol Traders*, in *LAWYERS IN A POSTMODERN WORLD: TRANSLATION* 44
 AND TRANSGRESSION 15, 46 (Maureen Cain & Christine B. Harrington eds., 1994)

ראו Richard Wasserstrom, *Lawyers and Revolution*, 30 UNI. PITTS. L. REV. 125, 130–133
 (1968).

ראשית, ההכשרה המשפטית מדגישה את כיבוד מוסדות המשפט והשלטון.⁴⁶ עורכי דין דוגלים ביישוב סכסוכים באמצעות הליכים משפטיים, בדרכי שלום ולא בפעילות בלתי-חוקית, ובוודאי לא בדרך מהפכנית שתכליתה לעתים למוטט את הסדר המשפטי. עמד על כך אמיר פז-פוקס בניסיון להסביר את היעדרותם של משפטנים ממחאת קיץ 2011 בישראל:

“אפיקי הפעולה שהמשפטן לומד לצעוד בהם — הגשת עתירות, ניסוח מכתבים, שתדלנות מושכלת — הנם בעלי מכנה משותף ומובחן: פעולה בגבולות מסגרת מתוחמת היטב של מהלכים “לגיטימיים” ורצויים. החינוך המשפטי, בישראל ובעולם, מקנה לדורות של סטודנטים כלים ויכולות להשיג את המיטב עבור לקוחותיהם במסגרת השיטה, ובמידת הצורך — לפעול (באופן תחום ומוגדר היטב) לשינוי כללים מסוימים. אולם תחושת העוצמה ששואב המשפטן מהישגיו במסגרת השימוש בכלים אלה, מוצדקת ככל שתהא, גם מדחיקה, מבחינה תודעתית, את האפשרות לפעול בדרך ששוכרת כלים ושוברת כללים.”⁴⁷

לאור ההכשרה הפורמלית של עורכי דין, המתמקדת בפעולה בתוך מערכת נתונה של כללים, קשה לעתים לדמיין שעורכי דין רבים ינקטו דרכי פעולה המבקשות לקרוא תיגר על אותם כללים עצמם.

שנית, כאשר אדם הוא עורך דין הוא בעל תפקיד מוסדי, או למצער קווי-מוסדי, הוא “שר החוק” (Minister of the Law) או, בכל הנוגע ליחסיו עם הרשות השופטת, “קצין בית המשפט” (Officer of the Court).⁴⁸ יחד עם בית המשפט, עורך הדין נתפס כמשרת החוק הבא לסייע

46 לטענה כי לימודי המשפטים מסייעים בשמירת הסטטוס-קו ראו, למשל, Duncan Kennedy, *Legal Education as Training for Hierarchy*, THE POLITICS OF LAW: A PROGRESSIVE CRITIQUE 54 (David Kairys ed., 3rd ed. 1998). ראוי אולם לציין שעשוי להסתמן שינוי מסוים בלימודי המשפטים, ראשית, שכן כיום נלמדים קורסים שונים המפרטים על גישות ביקורתיות על המשפט, ושנית, בזכות הקליניקות השונות המכשירות סטודנטים לקחת חלק במאבקים לשינוי חברתי. ראו, למשל, נעמי לבנקרון “העז, הקליניקה וסחר בנשים” מעשי משפט א 79 (2008). על שיטת הלימוד הפורמליסטית של החינוך המשפטי בשנים המוקדמות של מדינת ישראל ועל השינוי לכיוון אנטי-פורמליסטי ראו מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 17–25 (2002). לדיון ביקורתי בדבר ההנחה כי פורמליזם אפיין את החינוך המשפטי בראשית שנות האוניברסיטה העברית בירושלים ראו גיא קלס “אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה” משפטים מא 605 (2011).

47 אמיר פז-פוקס “משפט תחת מחאה: המשפטנים והמחאה החברתית של קיץ 2011” מעשי משפט ד 93, 99 (2011).

48 מאיר שמגר “על האתיקה של המשפטן” עיוני משפט יא 171, 177 (1986). חובה זו חלה כאשר מדובר בשיטת משפט אדברסרית. ניתן אפוא לכנותה “אתיקה אדברסרית”. ייצוג לקוחות בבתי משפט מאפיין עורכי דין רבים אך ודאי שלא את כולם שכן רבים מעורכי הדין אינם עוסקים בייצוג לקוחות בבתי משפט, למשל יועצים משפטיים בחברות, כך שעורכי דין רבים כלל אינם מצויים בסיטואציות אדברסריות. ראו L. Harold Levinson, *Making Society's Legal System Accessible to Society: The Lawyer's Role and its Implications*, 41 VAN. L. REV. 789, 797–799 (1988).

למערכת השיפוטית לברר את המחלוקת נשוא הסכסוך המשפטי ולהגיע לחקר האמת.⁴⁹ כקצין בית המשפט, מוטלות הגבלות מפורשות ומשתמעות על יכולת ומרחב הפעולה שלו.⁵⁰ ישנם דברים שהוא פשוט לא יכול לעשות מבלי לחדול מתפקידו כעורך דין. לכן טענה ננסי פוליקוף (Polikoff) שתפקידו המשפטיים והאקטיביסטיים של עורך הדין חייבים להיות מופרדים לחלוטין, בייחוד כאשר זה האקטיביסטי מערב מרי אזרחי. התנהגות אקטיביסטית של עורך הדין כאשר הוא אמור לשרת כ"קצין בית המשפט" פוגעת בלגיטימיות שלו.⁵¹ לאור כל אלה, ציין פז-פוקס, "כללי האתיקה המוטמעים בעורכי-הדין, באופן ישיר או עקיף, והשרשת התפיסה שהם ידו הארוכה של שלטון החוק, officers of the court, מחדירים בהם את תחושת הגבולות – אשר רחוקה מאוד מהמאפיינים האנרכיסטיים במידת מה שבאו לידי ביטוי במחאה".⁵²

שלישית, עורך הדין בתפקידו ככזה, משחק תפקיד שבהכרח אינו ביקורתי באופן רדיקלי. אף אם עורך הדין יכול להיות ביקורתי כלפי הלקוח שלו, הרי מהות תפקידו להיכנס לנעלי הלקוח ולייצג באופן המיטבי את האינטרס שלו בזירה המשפטית. לעורך הדין אין צורך, מבחינת הלך הרוח, להיות מעורב במחשבה רדיקלית ביקורתית. אכן, מחקרים מלמדים שהאוריינטציה הקוגניטיבית של עורכי דין – לאו דווקא כאוכלוסייה משכילה או ממעמד חברתי בינוני-גבוה – היא כזו שעורכי דין מקבלים, בשונה מקבוצות בוגרים אחרות, ובצורה

- 49 ראו Michele Taruffo, *The Lawyer's Role and The Models of Civil Process*, 16 *ISR. L. REV.* 5 (1981); לימור זר-גוטמן "חובת עורך-הדין לא להטעות את בית-המשפט" עיוני משפט כד 413, 415 (2000). להרחבה בדבר חובותיו של עורך הדין כלפי מערכת המשפט בכלל ובית המשפט בפרט ראו לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמן בדין הישראלי (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, עתיד להתפרסם 2015).
- 50 Robert J. Martineau, *The Attorney As An Officer Of The Court: Time To Take The Gown* 50 *CHRISTIAN DOERFLER, THE DUTY OFF THE BAR*, 35 *S. C. L. REV.* 541, 557-568 (1984); E.W. Timberlake, Jr., *The Lawyer As An Officer Of The Court*, 20 *LAW STUD. HELPER* 72, 72-73 (1912); E.W. Timberlake, Jr., *The Lawyer As An Officer Of The Court*, 11 *VA. L. REV.* 263, 268, 271-277 (1925); Isaac M. Meekins, *The Lawyer As An Officer Of The Court – His Duty To The Court In The Administration of Justice*, 4 *N.C. L. REV.* 95 (1926); Eugene R. Gaetke, *Lawyers As Officers of the Court*, 42 *VAND. L. REV.* 39 (1989); James A. Cohen, *Lawyer Role, Agency Law, and the Characterization "Officer of the Court"*, 48 *BUFF. L. REV.* 349 (2000).
- 51 Nancy D. Polikoff, *Am I My Client?: The Role Confusion of A Lawyer Activist*, 31 *HARV. C.R.-C.L. L. REV.* 443, 448-449 (1996).
- 52 פז-פוקס, לעיל ה"ש 47.

מכרעת, את הסדר המשפטי-חברתי כפי שהוא.⁵³ לכן לא ניתן לצפות מעורכי הדין להיות חיל החלוץ בתנועות לשינוי חברתי.⁵⁴

אחד ההסברים האפשריים לכך הוא שבמסגרת ההכשרה האקדמית של החשיבה המשפטית, ועבודתם הפרקטית, עורכי דין מעורבים בחשיבה הקרויה בלוגיקה סילוגיזם (syllogisms) – חשיבה של דרוקציה, היקש. הליך חשיבה זה במקצוע המשפטי מבוסס על הנחה ראשית, על הנחה משנית ועל מסקנה הנובעת מהן, ומיוחסת לעתים כאל טעם הפסק (ratio decidendi).⁵⁵ בייעוץ וייצוג לקוח, עורך הדין בוחר כלל משפטי (הנחה ראשית) שיטען במשפט. אולם מרבית מאמציו יתמקדו בסיפוק העובדות הנטענות על ידי הלקוח, ובהוכחה שההנחה המשנית חלה על הלקוח. כך, לדוגמה ברמת הפשטה גבוהה: הנחה ראשית (הכלל המשפטי) – רצח הוא פשע של המתת אדם בידי הזולת בכוונה תחילה. הנחה משנית (נסיבות) – הלקוח גרם למותו של אדם אך ללא כוונה. מסקנה – הלקוח לא ביצע רצח. הליך זה לעתים רחוקות מותר מרווח לבחינה ביקורתית של הכלל המשפטי עצמו. משפטית, קל מאוד לחפש פתרון דידקטי שייפול בגדרי התקדים המשפטי המחייב. אין צורך לתור אחר כלל משפטי חדש. לכן, מצד אחד, "עקרון התקדים", כתבה נילי כהן, "הוא חלק מאותו מנגנון משמר, המאפשר למשפט לפעול כיצירה תרבותית וחברתית מתמשכת",⁵⁶ אך מן העבר השני, עיקרון זה הוא אנטי-מהפכני: "קיימים הבדלים משמעותיים בין הצורך של תנועות חברתיות להשיג שינוי מידי וכולל לבין שיטת "התקדים המחייב" (stare decisis) שהיא הדרגתית, צורכת זמן רב, מוגבלת להכרעות במסגרת של סכסוך משפטי מוגדר (lis) וחיבת להיבנות במסגרת טקסט משפטי מסוים".⁵⁷ פעילות מהפכנית מנוגדת אפוא לחושיו של עורך הדין המורגל להדריך את חשיבתו בהתאם לחקיקה, תקדימים ולדוקטרינות משפטיות קיימות.⁵⁸ לכן, אולי, כתב וויליאם קוויגלי (Quigley) שכדי להיות עורך דין מהפכני, על אדם לשכוח את מרבית מה שלמד בבית הספר למשפטים.⁵⁹

- Lawrence J. Landwehr, *Lawyers as Social Progressives or Reactionaries: The Law and* 53
Order Cognitive Orientation of Lawyers, 7 LAW & PSYCHOL. REV. 39, 48 (1982). עם זאת,
 מעניין לציין כי מחקרים מראים שלימודי המשפטים אינם משפיעים על שיקול הדעת המוסרי של
 סטודנטים. ראו Maury Landsman & Steven McNeel, *Moral Judgment of Law Students*
across Three Years: Influences of Gender, Political Ideology and Interest in Altruistic Law
Practice, 45 S. TEX. L. REV. 891 (2004).
- Landwehr, לעיל ה"ש 53. 54
- JULIUS STONE, LEGAL SYSTEM AND LAWYERS' REASONINGS 240–241 (1964); לדיון ראו 55
 Thomas Halper, *Logic in Judicial Reasoning*, 44 IND. L. J. 33, 42 (1968); H. K. Lücke,
Ratio Decidendi: adjudicative Rational and Source of Law, 1 BOND. L. REV. 36, 46 (1989).
- נילי כהן "זיכרון, שכחה ותקדים" המשפט יג 195, 204 (2008). לעניין זה נמליץ לעיין במאמרו 56
 של עמרי בן-צבי "התקדים כמוסד פילוסופי" משפטים מ 777 (2011).
- גד ברזילי "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם בתי משפט הם נשאי שינוי חברתי- 57
 פוליטי, ואם כן – כיצד?" האם המשפט חשוב? 107, 116 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010).
- Landwehr, לעיל ה"ש 53, בעמ' 49–50; Subha Dhanaraj, *Comment – Making Lawyers Good* ; 58
People: Possibility or Pipedream?, 28 FORDHAM URB. L. J. 2037, 2066 (2001).
- William P. Quigley, *Revolutionary Lawyering: Addressing the Root Causes of Poverty and* 59
Wealth, 20 WASH. U. L.J. & POL'Y 101, 148 (2006).

רביעית, במסגרת תפקידו, על עורך הדין להבטיח את התועלת המרבית שהוא יכול להשיג עבור הלקוח. הלך מחשבה זה אינו מוביל לחד־מחשבתיות המאפיינת מהפכניות רדיקליות, אלא דווקא לפשרנות, להתאמה ולהסדר. עורך הדין מעריך מה המרב שהוא יכול להשיג עבור הלקוח ומתפשר על כך בשמחה כשהוא יכול. כמו כן, בהתאם לכללי האתיקה המקצועית, עורך הדין נדרש לייצג את הלקוח בנאמנות.⁶⁰ מובן שלעתים האינטרס הציבורי והאינטרס של הלקוח יחפפו.⁶¹ אולם, כאשר אלו מתנגשים – אם הלקוח מבקש דבר המיטיב עמו אך מזיק לציבור – כן יהי. לפי הגישה המסורתית, רק במקרים חריגים, שבהם הנזק הציבורי יהיה משמעותי, רשאי עורך הדין לפעול נגד האינטרס של הלקוח.⁶² גישה מסורתית זו, אף על פי שזכתה לביקורת רבה לאחרונה,⁶³ הביאה לטענה שכמי שמייצגים לקוחות, על עורכי הדין מוטלות חובות והגבלות בדבר יכולתם לנוע בחופשיות כמייצגי שינוי חברתי.⁶⁴ לבסוף, ראוי לציין שעורכי דין רבים, העובדים בתחום התאגידי והמסחרי, מייצגים ונשענים (בעיקר בשוק כלכלי קטן) על בעלי הון שהם מטבעם שמרנים ובעד שימור הסטטוס קוו. ייתכן שעורכי דין אלו סבורים ששינויים חברתיים יביאו לפגיעה בבעלי ההון ובהתאם – לפגיעה

- 60 ראו ס' 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961: "במילוי תפקידו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט"; כלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986: "עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט". השו. A.B.A., COMPENDIUM OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY RULES AND STANDARDS 264 (2007).
- 61 לפי הגישה המקובלת בספרות, לעורך הדין שלוש נאמנויות: כלפי הלקוח; כלפי עצמו; וכלפי בית המשפט והחברה. ראו זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 49. נציין כי אמנם עורכי דין מייצגים את האינטרסים של הלקוחות שלהם, אולם יש להם גם אחריות לגבי שלמותה ומוסריותה של שיטת המשפט המסדירה את הסדר הציבורי שבו מבקשים לממש את אותם אינטרסים פרטיים. בכך, עורכי הדין מגשרים בין החיים הפרטיים ובין העולם הציבורי. ראו Anthony T. Kronman, *The Law as a Profession, in ETHICS IN PRACTICE: LAWYERS' ROLES, RESPONSIBILITIES, AND REGULATION* 29, 36 (Deborah L. Rhode ed., 2000).
- 62 לביטוי של תפיסת יסוד זו ראו: Monroe H. Freedman, *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 MICH. L. REV. 1469 (1966); Carol Rice Andrews, *Ethical Limits on Civil Litigation Advocacy: A Historical Perspective*, 63 CASE WES. RES. L. REV. 381 (2012).
- 63 לביקורת ראו, למשל, נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית" דין ודברים א 201, 204 (2004); לימור זר-גוטמן "עם כל הכבוד ללקוח" עורך הדין 17, 2 (2012). באופן דומה לביקורת על גישה זו, הפסיקה הישראלית קבעה כי ככלל אין התנגשות בין חובת הנאמנות ללקוח ובין חובת הנאמנות לבית המשפט ומקום בו קיימת התנגשות, אזי חובת הנאמנות לבית המשפט גוברת. ראו למשל בג"ץ 29/52 מנזר סנט וינסנט דה פאול ג' מועצת עירית ת"א-יפו, פ"ד ו 670 (1952); ע"א 6185/00 עו"ד מאהר חנא ג' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366 (2001). על פרשת חנא ראו לימור זר-גוטמן "לשאלת היחס בין חובת עורך הדין כלפי בית המשפט וחובתו כלפי הלקוח" הסניגור 57 3 (2001). לדיון כללי בדבר חובות האמון של עורך הדין במשפט הישראלי ראו זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 49.
- 64 Kevin R. Johnson, *Lawyering For Social Change: What's A Lawyer To Do?*, 5 MICH. J. RACE & L. 201, 228 (1999); James E. Moliterno, *The Lawyer As Catalyst of Social Change*, 77 FORDHAM L. REV. 1559, 1561–1564 (2009).

בפרנסתם.⁶⁵ כך, למשל, ציין גד ברזילי שבישראל, עורכי הדין, שנהנו מן הצמיחה הכלכלית, נטלו חלק מרכזי בליברליזציה של הכלכלה הישראלית.⁶⁶ עוד בשנת 1835 כתב אלקסיס דה-טוקוויל (Tocqueville) שאנשים שהקדישו את עצמם ללימודי משפטים, גוזרים מן המקצוע המשפטי הרגלים מסוימים של סדר וחיבה לפורמליות שהופכים אותם באופן טבעי לעוינים לרוח מהפכנית.⁶⁷ מעורבות מהפכנית של עורכי דין כמו זו שאנו עומדים להציג בפרק הבא, היא אפוא תמוהה, שכן, כפי שצינו אלמוג וברזילי, המשפט מסמל יציבות ושימור הסטטוס-קוו הכלכלי, החברתי והפוליטי, ואילו מנגד מחאה מסמלת את הצורך לשנות מן היסוד סטטוס-קוו זה.⁶⁸ הרעיון כולו של עריכת דין מהפכנית נראה כמו אוקסימורון.⁶⁹

2. היעדרם של עורכי דין מהמחאה החברתית של קיץ 2011 בישראל

התפיסה השמרנית שמובאת לעיל נדמה כי אפיינה את הפרופסיה המשפטית בישראל, לכל הפחות בעשורים הראשונים שלאחר הקמת המדינה. עד שנות השישים של המאה הקודמת, התמקדו עורכי הדין בזירה הפרטית ובענייניהם הפרטיים ונעדרו מדיונים ציבוריים. עם השנים, בעקבות המשפטיזציה שעברה על החברה הישראלית והגידול החד במספר עורכי הדין, הפכו עורכי דין מעורבים יותר ויותר בארגונים חברתיים ובעמותות ללא כוונות רווח.⁷⁰ על אף

65 עידו באום "עורכי הדין ונחו תפקידם; הם אישיים או מעדיפים לשרת את בעלי ההון" *The Marker* 28.8.2011 www.themarker.com/law/1.1006551 28.8.2011 (נבדק לאחרונה ב-11.8.2014). ראו גם Gordon, *Are Lawyers Friends of Democracy?*, לעיל ה"ש 27, בעמ' 32: "In most societies, most of the time, most lawyers are agents of the relatively powerful and wealthy – the state and powerful private associations like large landowners and corporations. You can usually – although not infallibly – predict what side lawyers will take in political contests by identifying the strategies and alliances of their principal patrons and clientele".

66 גד ברזילי "השפה הדו-ערכית של עורכי דין בישראל: פוליטיקה ליברלית, כלכלה ליברלית, שתיקה והתנגדות" *המשפט* טו 195, 204 (2010).

67 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 243 (J.P. Mayer & Max Lerner eds., George Lawrence trans., Harper & Row 1966) (1835).

68 Shulamit Almog & Gad Barzilai, *Between Citizenship, Equality, and Law: The Language of the Summer 2011 Social Protests*, 27(2) *ISR. STUD. REV.* 201 (2012) לדיון ראשוני כללי בדבר משפט ומחאות חברתיות (בהתמקדות בעיקר באמריקה הליטיני) ראו Robert Gargarella, *Law and Social Protests*, 6 *CRIM. L. PHIL.* 131 (2012).

69 שהרי "Revolution [...] is antithetical to the idea of law", ראו Bodenheimer, לעיל ה"ש 39, בעמ' 228.

70 ראו ברזילי "השפה הדו-ערכית של עורכי דין בישראל", לעיל ה"ש 66. לדיון כללי בדבר התפתחות הפרופסיה המשפטית בישראל ראו, למשל, Neta Ziv, *Combining Professionalism, Nation Building and Public Service; The Professional Project of The Israeli Bar 1928–2002*, 71 *FORDHAM L. REV.* 1621 (2002). לדיון בדבר המשפטיזציה של החברה הישראלית ראו אמנון רובינשטיין דעת יחיד 57–62 (2001); יצחק גל-נור "על המשפט של החיים הציבוריים בישראל" *משפט וממשל* ז 355 (2004); עילי אהרנסון "המשפטיזציה של התרבות הפוליטית בישראל: כיצד היא השפיעה על הדיון הציבורי בסוגיות אמנציפטוריות?" עיוני משפט לא 157 (2008). התגברות המשפטיזציה, הערפת תורת משפט של ערכים על פני פורמליזם, וצמצום

שינויים אלה, נדמה כי התפיסה השמרנית של הפרופסיה המשפטית באה לידי ביטוי במחאה החברתית שהתרחשה בישראל בשנת 2011.

בקיץ 2011 יצאו לרחובות מאות אלפי אזרחים וצעדו בהפגנות בעודם קוראים: "העם דורש צדק חברתי".⁷¹ אכן, לא כל מחאה חברתית היא מהפכה,⁷² והמחאה החברתית לא הגיעה בעצמתה לרמה של מהפכה.⁷³ עם זאת, היא כללה מאפיינים מהפכניים ואף שלטה בה טרמינולוגיה מהפכנית.⁷⁴ כך למשל התעוררות המונים שיוצאים להפגנות מחאה ברחוב מאפיינת מהפכות רבות שהחלו על ידי מחאות עממיות של מעמדות שונים "מלמטה".⁷⁵ בהתאם, באחד מאתרי האינטרנט הזרים, תוארה המחאה החברתית כמהפכה חברתית בידי העם: "A social revolution is happening in Israel at this very moment [...] Israel has joined the global wave of revolutions that is sweeping across the world. The people has risen, and no one can silence them now".⁷⁶ נועם ירון מציין כי "העליצות שעוררה מחאת האהלים מעידה שהיה בה ניצוץ מהפכני. היסוד המהפכני לא היה הדרישה שייתנו לנו משהו (שהיא

- 71 דוקטרינות השפיטות והמעמד, באופן טבעי הצריכו עורכי דין רבים יותר. על תופעות אלו ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים" עיוני משפט יז 503 (1993).
 ראו דני פילק ואורי רם "עלייתה ונפילתה של המחאה החברתית (עד כה): ניתוח סוציו-פוליטי" תיאוריה וביקורת 1 (2012) theory-and-criticism.vanleer.org.il/pdf/FilkRamMaabada.pdf (נבדק לאחרונה ב-12.8.2014). לעניין המחאה נמליץ לעיין בספר קריאת המחאה לקסיקון פוליטי [2011-] (אריאל הנדל ואח' עורכים, 2012) (להלן: קריאת המחאה).
 72 לפי הגדרת מילון אבן-שושן, "מחאה" היא "ערעור והתנגדות, הבעה להתנגדות נמרצת לדבר-מה". מחאה יכולה להיות מהפכנית, אם היא מבקשת להביא לשינוי מהפכני ומצליחה בו. ראו גם George Lawson, *The Arab Uprisings: Revolution or Protests?*, AFTER THE ARAB SPRING: POWER SHIFT IN THE MIDDLE EAST? 12 (Nicholas Kitchen ed., 2012) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-15.5.2012 Ynet "עשו מהפכה, לא מחאה" (11.8.2014); Ilan Manor, *A Failed Revolution: Why* ; (11.8.2014) 4229279,00.html (נבדק לאחרונה ב-11.8.2014); +972MAG (Dec. 18, 2013), <http://972mag.com/a-failed-revolution-why-israels-next-social-protest-will-be-a-violent-one/83889/> (last view 11.8.2014).
 73 א' קוריאל "האביב הערבי והקיץ הישראלי – בין הפיכה למהפכה" עבודה שחורה www.blacklabor.org/?p=47596 23.7.2012: "הקיץ הישראלי הפציע מיד לאחר האביב הערבי. אם בהשראתו ואם ללא קשר אליו, יצאו המונים לרחובות בתביעה לשינויים משמעותיים בחלוקת המשאבים במדינה. המהלך זכה לשם 'מחאה חברתית', אבל מבט בתכנים של אותה מחאה מגלה שהיא מרחיקת לכת הרבה יותר. החל מסיסמאות כמו 'התשובה להפרטה – מהפכה', 'רוטשילד', התקוה – אותה מהפכה, 'והו, הא מי זה בא – מדינת הרווחה' ועד דו"ח המומחים מטעם המחאה (דוח ספיבק – יונה) והאמנה החברתית החדשה. תכנים אלה מציבים את המחאה החברתית כקריאה למהפכה". ראו גם: Naama Cohen-Friedman, *Social Activists: The Revolution is* Here, YNET (July 7, 2011), www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-4102107,00.html (last view 11.8.2014).
 74 ראו, למשל, SKOCPOL, לעיל ה"ש 19, בעמ' 4. עפרי אילני, למשל, מקשר את המחאה החברתית למודלים מהפכניים שאינם מבוססים עוד על תקווה למהפכה שתפרוץ מהמעמדות המדוכאים. ראו עפרי אילני "מהפכה בורגנית" קריאת המחאה, לעיל ה"ש 71, 169, בעמ' 172.
 75 *Israel: A Revolution for Social Change*, TAKETHESQUARE (Aug. 1, 2011), <http://take.thesquare.net/2011/08/01/israel-a-revolution-for-social-change/> (last view 11.8.2014).

דרישה קונפורמיסטית, מאחר שהיא מכירה בסמכות), אלא ההכרה שזה כבר שלנו – המרחב הזה שלנו מלכתחילה.⁷⁷ אכן, במקום אחר טען אחד מאתנו כי ההתעוררות הציבורית הקולקטיבית במחאה החברתית דימתה את תחייתה של הסמכות המכוננת – הסמכות לכונן סדר חוקתי חדש – שהיא מטבעה מהפכנית.⁷⁸

הנקודה המעניינת והחשובה לענייננו היא שבניגוד למשפטיוציה של החברה הישראלית, עורכי הדין לא היו ממובילי מחאת קיץ 2011, והמחאה עצמה לא השתמשה בטרמינולוגיה משפטית או בשיח של זכויות משפטיות.⁷⁹ ייתכן, פשיטא, שמעמדם הכלכלי-חברתי של עורכי הדין הגבוה (יחסית) מנע מהם להצטרף למחאה שהתמקדה בסוגיות כלכליות-חברתיות, אף שההכבדה הכלכלית ודאי שמשפיעה גם על אנשי המשפט.⁸⁰ שולמית אלמוג וגד ברזילי מציינים שאפילו עורכי דין שהיו מעורבים בהפגנות, ראו בכישוריהם המשפטיים משניים לתפקידם הלא-משפטי, ואחרים פשוט ראו בליטיגציה משפטית חלופה שעלולה הייתה לפגוע במאמץ ליצור מחאה אמיתית או שסברו כי יש לליטיגציה כאמור תפקיד מצומצם.⁸¹ נדמה כי חלק מן המפגינים ראו במשפט בלתי-רלוונטי לאור כפיפותו לשיטה הפוליטית הנוכחית, ואילו אחרים ראו במשפט מכשיר המשרת את ההגמוניה של המרכז הישראלי והמנציח את שליטתו החברתית-כלכלית.⁸² כפי שתיאר זאת יובל אלבשן, "לא רק המשפט נעדר מהמחאה; גם סוכניו לא נצפו בקרב מאות האלפים שגדשו את אזוריה. העובדים הסוציאליים, הפסיכולוגיים, הרופאים, האדריכלים, הכלכלנים, אנשי החינוך – כל הפרופסיות הללו לקחו חלק במחאה. אבל קול המשפטנים, נציגי הפרופסיה שלא פעם מתהדרת בנוצות של מהנדסים חברתיים ראשיים, נאלם."⁸³ עם זאת, עם התמשכות המחאה והתמסדותה, הפך תפקידם של משפטנים

- 77 נועם יורן "מהפכה" קריאת המחאה, לעיל ה"ש 71, 167, בעמ' 169.
- 78 ראו Yaniv Roznai, *Time for a Constitution*, THE JERUSALEM POST (sep. 9, 2011), <http://www.jpost.com/Opinion/Op-Ed-Contributors/Time-for-a-constitution> (last view 11.8.2014). יצוין כי לתנועות חברתיות תפקיד משמעותי בעיצוב נורמות משפטיות וחוקתיות. ראו כללי Edward L. Rubin, *Passing Through the Door: Social Movement Literature and Legal Scholarship*, 150 U. PA. L. REV. 1, 64 (2001); Jack M. Balkin & Reva Siegel, *Principles, Practices, and Social Movements*, 154 U. PA. L. REV. 927, 949 (2006); Gerald Torres, *Legal Change*, 55 CLEV. ST. L. REV. 135, 136 (2007).
- 79 ראו פז-פוקס, לעיל ה"ש 47, בעמ' 98; Almog & Barzilai, *Between Citizenship, Equality, and Law*, לעיל ה"ש 68; Shulamit Almog & Gad Barzilai, *Social Protest and the Absence of Legalistic Discourse: In the Quest for New Language of Dissent*, 27 INT'L J. FOR SEMIOTICS L. (March. 14, 2014), <http://gadbarzilai.com/wp-content/uploads/social-protest.pdf> (last view 11.8.2014). על מחקר של ברזילי ואלמוג ראו גם משה גורלי "השיח המשפט הזר, אכזב והפך לקלישאה" כלכליסט 27.4.2014, www.calcalist.co.il/local/articles/1,7340,L-3629641, 00.html (נבדק לאחרונה ב-11.8.2014).
- 80 פז-פוקס, לעיל ה"ש 47.
- 81 Almog & Barzilai, *Between Citizenship, Equality, and Law*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 204; Almog & Barzilai, *Social Protest and the Absence of Legalistic Discourse*, לעיל ה"ש 79, ס' 4.2.
- 82 שם; Almog & Barzilai, *Between Citizenship, Equality, and Law*, לעיל ה"ש 68, בעמ' 205-204.
- 83 יובל אלבשן "היעדרות המשפט" קריאת המחאה, לעיל ה"ש 71, בעמ' 92-93.

לחשוב יותר: משפטנים הגיעו לאזורי המחאה והעבירו ידע משפטי הקשור בסוגיות שעמדו במרכז המחאה (כגון הפרטה, מיסוי ודירור); משפטנים סיפקו ייצוג משפטי ללא תשלום לאלו שזקקו לייצוג כאמור בעקבות השתתפות במחאה; ומשפטנים נטלו חלק בצוותי מומחים וביקשו להגיש לוועדת טרכטנברג – הוועדה שהוקמה על ידי הממשלה כדי להתמודד עם המחאה – ניירות עמדה ומסמכי דרישות.⁸⁴ ועדיין, אף על פי שעורכי דין צעירים התגייסו לשורות המחאה, מדובר במספרים קטנים ביותר. מרבית משרדי עורכי הדין לא פעלו במסגרת המחאה, וועדת טרכטנברג עצמה לא כללה אף לא משפטן מובהק אחד.⁸⁵ "בקיץ 2011", סיכם זאת אלבשן, "נעלם המשפט לגמרי מהמחאה [...] הוא גם לא הופיע ברחוב כחלק מהפרופסיות המוחות. המשפט בקיץ 2011 היה כלא היה".⁸⁶ לעניין זה, ראוי להדגיש את אי-פעולתה ושתיקתה המוחלטת של לשכת עורכי הדין נוכח המחאה.⁸⁷ "שתיקתה של לשכת עורכי-הדין", מציין פזפוקס, "צורמת במיוחד על רקע מעמדה הציבורי ההולך ומתחזק כזירה פוליטית עצמאית ובהליכים פוליטיים חיצוניים, בין השאר בשל הגידול במספר עורכי-הדין".⁸⁸ לדידנו, לאור מעמדה הציבורי ותפקידה, וכן מהנאמנות לחברה, שמוטלת על הפרופסיה המשפטית, כגוף מאורגן,⁸⁹ ראוי שלשכת עורכי הדין תשמיע קולה בעניינים ציבוריים הנושאים אופי משפטי, ובייחוד בעניינים הנוגעים לשלטון החוק, לדמוקרטיה ולזכויות האדם.⁹⁰ לכן גם היה ראוי שתשמיע קולה במחאה החברתית. עוד אנו מסכימים עם העמדה שהעובדה שקולם של עורכי הדין לא נשמע היא מטרידה, לא רק מאחר שהמשפט הוא כלי לשינוי חברתי ובשל היותם של עורכי דין סוכנים לשינוי חברתי,⁹¹ אלא משום שכפי שנרחיב להלן, לעורכי דין יש אחריות חברתית לשיפור המערכת המשפטית ולקידום שלטון החוק (במובנו הרחב). עורכי דין יכלו לשחק תפקיד משמעותי, למשל באשר להבהרת מסרי המחאה, שאלת עיגונן של זכויות חברתיות וכלכליות, משפט והפרטה ואולי אף בדבר הצורך בחוקה שלמה.⁹² היעדר המעורבות

- 84 פזפוקס, לעיל ה"ש 47, בעמ' 99–100.
- 85 שם; אמיר פזפוקס "משפט תחת מחאה" הטרקלין hatraklin.org/author/ 20.3.2012 amirpazfuchs (מציין שם כי "ועדת טרכטנברג כללה 12 (מתוך 15) אנשי כלכלה ומינהל עסקים, ולא ראתה לנכון לכלול משפטן מובהק (להבדיל מאדם שלמד משפטים) אחד. מצב דומה, ואולי אף חמור יותר, היה בוועדות המשנה: כך, למשל, בוועדת הדירור (והמדובר ב'מחאת הדירור', כזכור) – היו חברים תשעה אנשים – מהם שישה כלכלנים, אף לא משפטן אחד, ואשת תכנון אחת בלבד (!").
- 86 אלבשן, לעיל ה"ש 83, בעמ' 95.
- 87 באום ומזרחי, לעיל ה"ש 26.
- 88 פזפוקס, לעיל ה"ש 47, בעמ' 100. לביקורת דומה על שתיקתה של לשכת עורכי הדין במחאה החברתית ראו גם באום, לעיל ה"ש 65.
- 89 ראו זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 49, בתת-פרק ב1.
- 90 ראו את דברי אמנון גולדנברג ודוד ליבאי "רב-שיח של ראשי לשכת עורכי הדין" הפרקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 5, 32–34 (1987). ראו גם זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 49, שם (שמציינת ש"לאורך כל השנים מימשה לא פעם הנהגת הלשכה את חובתה לנקוט עמדה ולהיות מעורבת בעניינים הכרוכים בשלטון החוק והגנה על הדמוקרטיה במדינה").
- 91 באום, לעיל ה"ש 65.
- 92 Roznai, *Time for a Constitution*, לעיל ה"ש 78.

של עורכי הדין כפרופסיה יכול לשמש דוגמה לגישה התועלתנית שאולי מאפיינת חלק ניכר מעורכי הדין בישראל.⁹³

ב. שינוי פרדיגמטי: עורך הדין כמהפכן

1. מעורבותם של עורכי דין במהפכות בעולם הערבי

בניגוד לתפיסה השמרנית של עורכי הדין שהוצגה בחלק הקודם, נבקש להציג בחלק זה תמונה שונה של עורך הדין – זו של עורך הדין המהפכני. כדוגמה לעריכת דין מהפכנית, ובניגוד להיעדרם המובהק של עורכי דין בהובלת המחאה החברתית בישראל, מעניין לציין את מעורבותם הקריטית של עורכי דין במחאות ששטפו את העולם הערבי. אמת, תביעות המחאה החברתית בישראל, בעלת המשטר הדמוקרטי, היו שונות בתכלית מזו שעמדה בבסיס האביב הערבי במדינות האוטוריטריות, סולטאניות או היברידיות (שילוב של אוטוריטריות ודמוקרטיה).⁹⁴ בבסיס הראשונות עמדה תביעה חברתית-כלכלית נגד השיטה הכלכלית הניאו-ליברלית, שנבעה בעיקר מן המשבר הכלכלי.⁹⁵ לעומת זאת, האביב הערבי התאפיין במאבק לשינוי משטרי, למען חירויות יסוד ודמוקרטיה, שכלל סיכון חיי אדם אל מול צבאות וכוחות שיטור של המדינות השונות. לכן, אף על פי שהמחאה החברתית בישראל הייתה משמעותית ועוררה הד גדול, ולמעשה הייתה אירוע חסר תקדים בעצמתו בישראל, ודאי שלא הייתה זהה בעצמתה, בערכים ובשיקולים אשר עמדו על כפות המאזניים במהפכות המשטריות במדינות הערביות האוטוריטריות. ועדיין, מכנה משותף אחד משמעותי למחאה החברתית בישראל (ולמחאות חברתיות-כלכליות אחרות שפרצו למשל ביוון, בספרד ובארצות-הברית) ולאביב הערבי היה התפרצות המחאות העממיות בצורה של הפגנות המוניות. הפגנות אלו יצרו ספירה ציבורית או מרחב ציבורי במובן ההברקאסי המהווה כר נוח לדיאלוגים ולדיונים ביקורתיים ורציונליים בדבר הצורך בשינוי, ליצירת דעת הקהל ועיצובה;⁹⁶

93 ראו למשל, נטע זיו "מי הזיז את הגלימה שלי" מחקרי משפט כד 439, 453 (2008) (מציינת שם שהגישות הביקורתיות במשפט יכולות להסביר חלק ניכר מן הפרקטיקות של עורכי הדין ושל מוסדות הפרופסיה. בעוד הרצון האוטונטי למלא תפקיד ציבורי של הנגשה וחיזוק מערכת המשפט ושל מתן שירות טוב ללקוחות מניע עורכי דין, לעתים קרובות המניע האלטרואיסטי משני לקידום האינטרס העצמי). באופן דומה ריצ'רד אבל טען שתכלית מרכזית ברגולציה של כללי האתיקה היא הגבלת תחרות כדי לשמר את השליטה הכלכלית והמונופול של עורכי הדין בשוק השירותים המשפטיים. ראו Richard Abel, *Why Does the ABA Promulgate Ethical Rules?*, 59 TEX. L. REV. 639 (1981).

94 לסיווג משטרים מודרניים שאינם דמוקרטיים ראו, למשל, JUAN J. LINZ & ALFRED STEPAN, PROBLEMS OF DEMOCRATIC TRANSITION AND CONSOLIDATION: SOUTHERN EUROPE, SOUTH AMERICA, AND POST-COMMUNIST EUROPE 38–65 (1996); Nicolas van de Walle, *Between Authoritarianism and Democracy*, 23 J. DEMOCRACY 169 (2012).

95 ראו יוסף זעירא "המחאה החברתית וכלכלת ישראל" מעשי משפט ה 213 (2013).

96 ראו Jürgen Habermas, *The Public Sphere: An Encyclopedia Article (1964)*, 3 NEW GERMAN CRITIQUE 45 (1974); Jürgen Habermas, THE STRUCTURAL TRANSFORMATION OF THE PUBLIC

ובקצרה, יצירת מרחב ציבורי של ה"עם". במאורעות האביב הערבי שהביאו לסיומם של המשטרים הישנים, ובייחוד בטוניס ובמצרים, המחאה העממית הוכיחה את עצמה כאפקטיבית בקביעת קצב השינוי החברתי והפוליטי ותוצאותיו.⁹⁷ לכל הפחות, נדמה כי מועד התרחשותה של המחאה החברתית בישראל קשור לגלי המחאה העולמיים.⁹⁸ לאור כל אלה, יש הטוענים כי המהפכות הערביות היוו השראה למחאות חברתיות במדינות אחרות בהן ישראל.⁹⁹ כפי שנראה להלן, באירועי האביב הערבי, עורכי דין פצחו בהפגנות, ואף בחלק מן הארצות הגיעו לעמדות מפתח ומצאו את עצמם בין מובילי המהפכה כולה. עורכי הדין, כיחידים וכקולקטיב, לקחו חלק אינטגרלי בהפגנות רבות שהתרחשו בארצות כדוגמת טוניס, לוב, מצרים ועוד, והפגינו יזמה ותעוזה יוצאת דופן כאשר היו בין פורצי הדרך הראשוניים ברחובות הערים השונות, בקראם לשינוי השלטון הרודני ולהחלפתו.¹⁰⁰ בטוניס, עורכי הדין הטוניסאים נטלו חלק פעיל במחאת האביב הערבי; חלקם הפגינו בגלוי נגד הדיכוי השלטוני, וחלקם הגנו בבית המשפט על קרבנות השלטון או לחלופין נטלו חלק פעיל בארגונים המקדמים זכויות אדם, ארגונים הנאבקים במשטר העינויים הטוניסאי ועוד.¹⁰¹ למעשה, יחד עם ארגוני סטודנטים, עורכי הדין היו מהראשוניים לצאת לרחובות בצורה מאורגנת.¹⁰² תוך שהם מתבוננים בהפגנות המדוכאות על ידי המשטרה, עורכי דין ערכו

- SPHERE: AN INQUIRY INTO A CATEGORY OF BOURGEOIS SOCIETY (Thomas Burger & Frederick Lawrence trans., 1991)
- 97 Mervat F. Hatem *The Arab Spring Meets the Occupy Wall Street Movement: Examples of Changing Definitions of Citizenship in a Global World*, 8 J. CIVIL SOCIETY 401, 410 (2012) (עמד על קווי הדמיון בין האביב הערבי ובין תנועת Occupy Wall Street).
- 98 ראו גייל טלשיר "המחאה החברתית בראי משבר הדמוקרטיה" פוליטיקה – כתב עת למדע המדינה וליחסים בינלאומיים 5, 10–11, 23 (2014). נטע אחיטוב כינתה את גלי ההפגנות שהתרחשו ברחבי העולם בשנים 2011–2012 כ"גלובליזציה של כעס". ראו נטע אחיטוב "גלובליזציה של כעס" קריאת המחאה, לעיל ה"ש 71, 62, בעמ' 62.
- 99 Sari Hanafi, *The Arab Revolutions; the Emergence of a New Political Subjectivity*, 5 CONTEMP. ARAB AFFAIRS 198, 199 (2012). ראו גם פילק ורם, לעיל ה"ש 71, בעמ' 1–2: "למחאה החברתית של קיץ 2011 קדם גל של מחאות עממיות כנגד משטרים אוטוריטריים ומושחתים במדינות צפון אפריקה והמזרח התיכון והיא פרצה בשעה שגל של מחאות דומות גאה במקומות אחרים בעולם — בארצות הברית, באמריקה הלטינית ובאירופה, בעקבות המשבר הפיננסי שהחל ב-2008. השילוב בין ההתמרמרות הגואה מבית לבין האווירה הנושבת מבחוץ הניע אפוא את גל המחאה העצום".
- 100 Omar Al-Khataibeh, *Arab Spring Constitutions And Professional Associations*, 1(2) GLOBAL J. POLITICS & L. RESEARCH 1 (2013). למחקר המנתח את משתתפי המהפכות במצרים וטוניסיה ראו Mark R. Beissinger, Amaney Jamal & Kevin Mazur, *Who Participated in the Arab Spring? A Comparison of Egyptian and Tunisian Revolutions* (2012), <http://www.princeton.edu/~mbeissin/beissinger.tunisiaegyptcoalitions.pdf> (last view 12.8.2014)
- 101 Amira Aleya-Sghaier, *The Tunisian Revolution – The revolution of dignity*, REVOLUTION, REVOLT AND REFORM IN NORTH AFRICA: THE ARAB SPRING AND BEYOND 30, 43 (Ricardo René Larémont, ed., 2013)
- 102 PHILIP N. HOWARD, MUZAMMIL M. HUSSAIN, *DEMOCRACY'S FOURTH WAVE?: DIGITAL MEDIA AND THE ARAB SPRING* 19 (2013)

הפגנות הזדהות עם המורדים בערים שונות, ובינואר 2011 החליטו לפרוץ בשביתה כללית, בעקבות קריאה של לשכת עורכי הדין לכלל חבריה לצאת במחאה כלל ארצית.¹⁰³ הצטרפות עורכי הדין למחאה הביאה לשינוי במאזן הגילים של המפגינים אשר היה צעיר בכללותו ובכך היו בקרב המפגינים צעירים ומבוגרים כאחד, עורכי דין לצד סטודנטים ופעילי מפלגות אשר הובילו להתפשטות המחאה מן הפריפריה לעיר הבירה.¹⁰⁴ עורכי הדין עטויים בגלימותיהם השחורות, ומכאן כינויים "הגלימות השחורות", לקחו חלק בכל הפגנה ונוכחותם שלהבה את המפגינים והרתיעה את המשטרה משימוש באלימות.¹⁰⁵ לשכת עורכי הדין הטוניסאית הביעה סולידריות מלאה עם העם הטוניסאי, אך לא הסתפקה בסולידריות גרידא. עורכי הדין עשו שימוש מלא ביכולתם המשפטית לסייע במאבק, והם הצטרפו למועצת המהפכה ולמעשה לקחו תפקידי הנהגה כמובילי המחאה.¹⁰⁶

מעניין לציין כי מעורבות אנשי משפט לא תמה בציבור עורכי הדין, וכי גם הרשות השופטת לקחה חלק פעיל ביותר במחאת האביב הערבי הטוניסאי. כמי שהיו כחומר ביד היוצר של השלטון הטוניסאי וכמי שסבלו ממסע הפחדות שבו שופטים הורחקו ממשפחותיהם אם העזו להתנגד לרצונות המשטר, בפרוץ האביב הערבי שם ציבור השופטים המונה כאלף וארבע מאות איש את פחדיו בצד והיה בין הראשונים להביע תמיכה במפגינים בקראו לפעול לשם מתן עצמאות לרשות השופטת.¹⁰⁷

מאורעות האביב הערבי לא פסחו על לוב. גם שם, בדומה לטוניס, המהפכה החלה על ידי קבוצת מפגינים מקומית, ועורכי הדין היו מראשוני פורצי הדרך. בפברואר 2011 יזמה קבוצה קטנה של עורכי דין ואנשי אקדמיה את ההפגנות בבנגוזי, שלא נועדו להיות מחאה אלימה (אך במהרה הפכו לכזו), כדי לקדם את המטרות של חירות וזכויות אדם.¹⁰⁸ אותה קבוצה מקומית אשר פצחה במחאות כללה כמה עורכי דין, תושבי העיר בבנגוזי, שרתמו למשימה ארגונים וקבוצות רבות ובהם מורים, סטודנטים, עובדי מפעל ועריקים מן הצבא הלובי.¹⁰⁹ למעשה, אותה הפגנה מצומצמת החלה בעקבות מעצרו המתקשר של עורך דין פעיל זכויות אדם, פתחי טרביל (Terbil), שייצג את קרוביהם של למעלה מאלף אסירים שנהרגו לכאורה בידי כוחות הביטחון הלוביים בכלא אבו סאלים בשנת 1996.¹¹⁰ ההתקוממות בלוב שלמעשה הוצתה עקב מעצרו של טרביל, ותגובתם האלימה של כוחות הביטחון הלוביים, הגיעו לידי מלחמת אזרחים

J.A. Goldstone, *Cross-Class Coalitions in the Making of the Arab Revolts of 2011*, 17 103
 SWISS POL. SCI. REV. 457, 459 (2011); Efraim Inbar, *Introduction*, THE ARAB SPRING,
 DEMOCRACY AND SECURITY 1, 3 (Efraim Inbar ed., 2013)
 Hanafi, *The Arab Revolutions*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 207. 104
 Aleya-Sghaier; 213-198, לעיל ה"ש 101; Goldstone; לעיל ה"ש 103. 105
 Aleya-Sghaier, לעיל ה"ש 101, בעמ' 44. 106
 ש.ם. 107
 Karin Merzan, *Libya in Transition – From Jamahiriya to Jumhuriyyah?*, THE NEW MIDDLE 108
 EAST: PROTEST AND REVOLUTION .IN THE ARAB WORLD 309, 314 (Fawaz A. Gerges ed.,
 2014).
 Goldstone, לעיל ה"ש 103. 109
 Akram Al-Turk, *Libya – From Revolt to State-Building*, THE ARAB AWAKENING: AMERICA 110
 AND THE TRANSFORMATION OF THE MIDDLE EAST 117, 120 (2011)

של ממש אשר הובילה להתערבותה של ארצות-הברית, וזו שלחה ספינות מלחמה שהתקמו אל מול חופי לוב. יצוין כי ארגון עורכי הדין אף סייע בהשתלבותו של ארגון נאט"ו על מנת להתגבר על משטרו של קדאפי. שלטונו של קדאפי תם כאשר נתפס על ידי המורדים וחוסל בליניץ' שתמונתיו הוצגו לראווה לעיני העולם כולו. עורך דין פתחי טרביל מונה לימים למועצת המעבר הלאומית בלוב ואף הוענק לו ה־ Rights Prize, פרס המוענק לעורך דין שהוכיח יכולת אקטיבית ועשייה מרובה למען זכויות אדם.¹¹¹

במצרים הכה האביב הערבי במלוא כוחו, וההפגנות בכיכר תחריר הן אולי הזכורות והמתקשרות מכולן. במצרים גם היה ניתן לראות מעורבות מלאה של ציבור עורכי הדין אשר הפגין את מלוא עצמתו אל מול השלטון האוטוריטרי של חוסני מובאראק. המהומות במצרים החלו בקריאה מקוונת בפייסבוק, שהופצה בקרב עורכי דין, לצאת להפגנות ביום 25 בינואר 2011.¹¹² ביום 9 בפברואר 2011 צעדו יותר משלושת אלפים עורכי דין לעבר כיכר תחריר והצטרפו למפגינים הרבים. הם הזיזו את מחסומי המשטרה שמנעו מהם מעבר אל הארמון הנשיאותי ומשם אל כיכר תחריר. כל קבוצת עורכי דין שצעדה, החזיקה בשלט המציג את המחוז שממנו היא באה. על גג הבניין שבו היה מצוי סינדיקט עורכי הדין, נתלה דגל מצרים ועליו הכיתוב "ציבור עורכי הדין המצרי תומך בדרישות הדור המצרי הצעיר והמשוחרר".¹¹³ עורכי הדין ציינו בפני התקשורת כי פניהם ל"הפגנה שלווה". הם צעדו לעבר הארמון הנשיאותי בעודם נתקלים בכוחות משטרה וצבא, אשר נהגו בהם בכבוד ובנימוס כיאה למקצוע, ואלה הורו להם בנימה ידידותית לעזוב את האזור ולפנות לכיכר תחריר.¹¹⁴ מעניין לציין כי גם במצרים, עורכי הדין לא הצטרפו למחאה בכובעם כאנשים מן היישוב, אלא כעורכי דין, בעודם עוטים את גלימותיהם השחורות.¹¹⁵ בעקבות עורכי הדין, הצטרף למחאה ציבור הרופאים בעודם לבושים בחלוקים לבנים.¹¹⁶ הפגנת עורכי הדין בעודם לבושים גלימות

- 111 ראו באתר הפרס : <http://www.ludovictrarieux.org/uk-page3.callplt2011.htm> (נבדק לאחרונה ב־13.8.2014).
- 112 ראו טל פבל "רשתות חברתיות ככלי ליצירת מחאה" המחאה החברתית והרשתות החברתיות – מהעולם המקוון לעולם הממשי ובחזרה 12 (שירלי אברמי עורכת, 2012) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03096.pdf (נבדק לאחרונה ב־13.8.2014).
- 113 Tamer El-Ghobashy, *Raining Doctors and Lawyers*, THE WALL STREET JOURNAL (Feb. 10, 2011), <http://blogs.wsj.com/dispatch/2011/02/10/raining-doctors-and-lawyers/> (last view 13.8.2014).
- 114 Marwa Al-A'asar, *Thousands of Lawyers march to Abdeen to "symbolically cordon president"*, DAILY NEWS EGYPT (Feb. 10, 2011), <http://www.dailynewsegypt.com/2011/02/10/thousands-of-lawyers-march-to-abdeen-to-symbolically-cordon-president/> (last view 13.8.2014).
- 115 Behrouz Mazloumi Far & Maryam Salimi, *Reviewing The Role of Facebook in Egyptian Revolution in February 2011*, 1 ASIAN J. SOCIAL SCIENCE & HUMANITIES 76, 79 (2012); Sari Hanafi, *The Arab Revolutions: Who Are The Actors?*, 1(4) GLOBAL DIALOGUE, <http://isa-global-dialogue.net/the-arab-revolutions-who-are-the-actors/> (last view 13.8.2014).
- 116 Debra Weiss, *Robed Lawyers Join Protests and March in Egypt, Calling for a Trial of Mubarak*, ABA JOURNAL (Feb. 10, 2011), <http://www.abajournal.com/news/article/>

שחורות היוותה מסר משמעותי והקנתה תחושת לגיטימציה לאקט המהפכני; שומרי החוק עצמם מאסו בשחיתות ובהתנהלות המסואבת של השלטון. זו הייתה הפגנה של עצמה שנתנה רוח גבית משמעותית למפגינים. לעיתונות העולמית סיפרו עורכי דין כי הם מוחים מאחר שהם רוצים "מדינת חוק וחוקה".¹¹⁷

אפקט האביב הערבי הגיע גם לטורקיה.¹¹⁸ תכניותיו של ראש ממשלת טורקיה, אטיפ ארדואן, להרוס את Gezi Park, פארק ענק שבו עוברים מדי יום כמיליון וחצי אנשים ולהפכו לקניון מפואר ואזור מלונות התקבלו בכעס רב על ידי הציבור. גם לאחר שהוועדה המחוזית של איסטנבול קיבלה החלטה דמוקרטית לבטל את התכניות בשל פניות מרובות מצד הציבור, ארדואן לא שעה להחלטה והחליט להתעלם ואף לעקוף אותה. במאי 2013 קיבלו את פני הדחפורים והבולדוזרים אשר הגיעו לפארק מספר קטן של מפגינים אשר הקימו אוהלים, אך פונו באלימות על ידי המשטרה. תמונות המיעוט המפגין ברשתות החברתיות ובטלוויזיה הובילו לאפקט שרשרת שבו רבים הגיעו לפארק להפגין נגד החלטתו של ארדואן המתעלמת מרצון הציבור.¹¹⁹ מעורבותם של עורכי הדין לא איחרה לבוא, וקבוצת עורכי דין, לבושים בגלימות שחורות, נכנסה לבית המשפט המרכזי של איסטנבול במחאה על פעולות המשטרה ועל הפרת זכויות אדם. אל מול עיניה המכוסות של תמיס – אלת הצדק במיתולוגיה היוונית (שפסלה מוצב בבית המשפט), נעצרו עורכי הדין בהוראת התובע המרכזי ונגררו על האדמה כפותים באזיקים, ובסופו של יום מצאו את עצמם כ-50 עורכי דין עצורים.¹²⁰ מעצרים של עורכי הדין הביא להפגנת סולידריות של כשלושת אלפים עורכי דין מול בית המשפט באיסטנבול. ההפגנות המרובות הביאו בסופו של דבר את ארדואן לעצור את החלטתו להחריב את Gezi Park.¹²¹ לסלי אסברוק (Esbrook) מציינת שמחאת עורכי הדין ומעצרים מהווים "עדות

lawyers_join_protests_in_egypt_amid_reports_of_possible_mubarak_resignation/ (last view 13.8.2014).

117 Al-A'asar, לעיל ה"ש 114.

118 Cihan Tuğal, "Resistance Everywhere": The Gezi Revolt in Global Perspective, 49 NEW PERSPECTIVES ON TURKEY 157 (2013); Luis Eslava, Istanbul Vignettes: Observing The Everyday Operation of International Law, 2 LOND. REV. INT'L L. 3 (2014).

119 בהתאם לסקרים, עבור מרביתם המוחלטת של האנשים, האלימות המשטרית היא הסיבה העיקרית שבגינה הם הצטרפו להפגנות וסיכנו את חייהם. ראו Özden Sözalán, A Few Remarks on the Lessons of Gezi Uprising, 2 THE INT'L J. OF BADIOU STUD. 146, 147-148 (2013).

120 Theresa Donovan, Turkish Lawyers Join ongoing Protests, JURIST (June 12, 2013), <http://jurist.org/paperchase/2013/06/turkish-lawyers-join-ongoing-protests.php> (last view 13.8.2014). לרשימה מעניינת על האייקונוגרפיה של צדק אצל אלת הצדק (במקרה זה ג'וסטיטיה הרומית) ראו MARTIN LOUGHLIN, SWORDS & SCALE – AN EXAMINATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW & POLITICS 55-63 (2000).

121 Yegane Guley, Protests in Turkey: a Lawyer's Experience, THE LAWYER (June 25, 2013), <http://www.thelawyer.com/analysis/opinion/protests-in-turkey-a-lawyers-experience/3006398.article> (last view 13.8.2014).

בשבועה" הן לפוטנציאל ההשפעה המהפכנית של עורכי דין והן לדיכוי המדינתי של השפעה
זו.¹²²

מה שאיחד את כלל הקבוצות הללו בכל אחת מן הארצות המדוברות היא תחושת איבה
משותפת כלפי שליטי המדינות אשר התנהלו כרודנים המצויים במגדל שן הרחק מעמם, תיעוב
השחיתות ורצון עז להשמיע את קולו של העם ואת קולה של מערכת המשפט אשר הושתק על
ידי השלטון הרודני.¹²³ הסלידה בשל היעדר אחריותיות, התגובה המשטרית הברוטלית אל
מול דרישות העם להחלפת השלטון,¹²⁴ כל אלו הם קומץ נבחר של טרוניות אשר עמדו לנגד
עיני ציבור עורכי הדין במדינות הללו.¹²⁵

2. תכונותיו של עורך הדין כמהפכן ותפקידי עורך הדין בעת מהפכה

בחלק הקודם של פרק זה הצגנו תמונה שונה של עורכי דין מתדמיתם השמרנית – זו של עורך
הדין המהפכני. כיצד ניתן להסביר את מעורבותם של עורכי דין במהפכות? ראשית, יצוין כי
בניגוד לתכונות שהופכות את חברי הפרופסיה המשפטית לשמרנים, קיימות כמה תכונות
שעשויות דווקא לצייר את עורך הדין באור מהפכני. עורכי דין הם משכילים, בעלי יכולת ניתוח
ויכולים להציע פתרונות למגוון תרחישים. עורכי דין – הבקאים בתחום המשפטי-לאומי וזה
של מדינות אחרות באמצעות משפט השוואתי – יכולים לזהות מתי הכללים המשפטיים אינם
משרתים כלל או אינם משרתים באופן הולם את החברה, והם יכולים לספק הצדקות משפטיות
התומכות בקריאה המהפכנית.¹²⁶ כמו כן, לעורכי דין כישורים ייצוגיים ורטוריים התואמים
כישורים הדרושים להנהגת תנועות חברתיות.¹²⁷ אחד מתפקידי מנהיגי תנועות לשינוי חברתי
הוא לא רק לעורר השראה בתוך התנועה, אלא לחבר את התנועה לחברה כולה ולבטא את
מטרות התנועה.¹²⁸ כפי שג'יימס ויטמן (Whitman) מתאר, לעורכי דין יש כישורי נאום וארגון

- Leslie Esbrook, *Who Will Protect Human Rights in Turkey? Why the Birth of the 2013* 122
Constitution May Not Be the Answer, 36 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 1, 27–28 (2014).
- Fawaz A. Gerges, *Introduction: A Rupture*, THE NEW MIDDLE EAST: PROTEST AND 123
REVOLUTION IN THE ARAB WORLD 1, 3–4 (Fawaz A. Gerges ed., 2014).
- Goldstone, לעיל ה"ש 103, בעמ' 460. 124
- מעניין שבעוד שהמחאות העממיות שהתרחשו בשנת 2011 היו הבעת כעס ותסכול מצד העם,
רבים מהמסרים המהפכניים באו לידי ביטוי באמצעים הומוריסטיים. ראו Ozan O. Varol, 125
Revolutionary Humor, 23 S. C. J. INTL. L & Bus. 555 (2014).
- השוו Taslim O. Elias, *Law in a Developing Society*, 4 NIG. L.J. 1, 19 (1970). בהקשר זה, ניתן 126
לטעון כי החשיבה הסילוגיסטית העומדת בבסיס החשיבה המשפטית, שלה כפי שצינינו לעיל
מאפיינים שמרניים, יכולה דווקא לפעול לכיוון המהפכני, בחשיבה חוץ-משפטית מקום שבו
הנסיבות מובילות למסקנה הלוגית כי בשל הנסיבות הקשות השוררות אין מנוס מביצוע מהפכה.
- Moliterno, לעיל ה"ש 64, בעמ' 1568–1566: "Simple characteristics of successful leaders 127
match those of lawyers".
- Joseph R. Gusfield, *Functional Areas of Leadership in Social Movements*, 7 SOC. Q. 137, 128
140 (1966); Aldon D. Morris & Suzanne Staggenborg, *Leadership in Social Movements*, in
THE BLACKWELL COMPANION TO SOCIAL MOVEMENTS 171, 172 (David A. Snow et al eds.,
2003).

המאפשרים להם להיות מועילים בייחוד במהפכות. אבל זוהי, הוא מוסיף, התמקדות שטחית, שכן, לפחות היסטורית, עורכי דין לא היו רק כלי מועיל עבור המהפכות הגדולות, אלא הם יצרו את המהפכות הללו.¹²⁹

טוקוויל ניסה להסביר את מעורבותם ההיסטורית של עורכי דין במהפכות בכך שעולמו של עורך הדין יכול להיות עולם של תסכול המניע ניידות פוליטית. המשפט הוא ממלכה של אנשים לא רק עם כישורים רבים, אלא גם עם יומרות של הנהגה, אולם עורכי דין נעדרים לעתים מעמד פוליטי גבוה. וכך הוא כתב:

“In a state of society in which the members of the legal profession cannot hold that rank in the political world which they enjoy in private life, we may rest assured that they will be the foremost agents of revolution”.¹³⁰

לפי הסבר זה, עורכי הדין המהפכניים הם אנשים מוכשרים, ששאפותיהם סוכלו.¹³¹ זה בוודאי נכון, למשל, לגבי המהפכה הצרפתית.¹³² לא בכדי, בהקשר של “האביב הערבי” העיר פול מייסון (Mason) כי מבנה חברתי יכול לפגוע בעניים ולאכזבם במשך דורות, אך כאשר עורכי דין יושבים רעבים וקפואים בעליית הגג, אז תחל המהפכה.¹³³

לפי טיעון אחר, המבוסס על ריאלי-פוליטיק, ייתכן שעורכי הדין אינם אלא קבוצה חזקה בעלת אינטרס עצמי. ברגע שאלו מזהים לאן רוח המהפכה נושבת, הם מבקשים להצטרף לתנועה המהפכנית, להחזיק בעמדות מפתח ולשרת את האינטרסים שלהם עצמם באמצעות ניסוח המסמכים הבת-מהפכניים כדי לשמר את מעמדם בחברה.¹³⁴ לאינטרסים קבוצתיים, חשוב לזכור, תפקיד מרכזי בהליך ניסוח חוקות, שכפי שנרחיב להלן, קשור בקשר הדוק למהפכות.¹³⁵

- James Q. Whitman, *From Cause Celebre to Revolution*, 7 YALE J.L. & HUMAN 457, 457– 129
458 (1995)
- TOCQUEVILLE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 318–319. להרחבה על משנתו של טוקוויל ומהפכות 130
ראו Melvin Richter, *Tocqueville's Contribution to the Theory of Revolution*, REVOLUTION 75
(Carl J. Freidrich ed., 1966).
- Whitman, לעיל ה"ש 129, בעמ' 458. 131
- ראו Roznai, *Revolutionary Lawyering?*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 365–369. 132
- PAUL MASON, WHY IT'S KICKING OFF EVERYWHERE: THE NEW GLOBAL REVOLUTIONS 65 133
(2012).
- Ozan O. Varol, *The Democratic Coup d'Etat*, 53 HARV. INT'L L. J. 291, 312–322 134
השוו (2012). וארול טוען כי בעוד שהפיכות דמוקרטיות מסתיימות בבחירות חופשיות, הצבא, כגוף בעל אינטרס עצמי, מנסה לקבע את ההערפות המדיניות שלו בחוקות החדשות שמנוסחות במהלך הליך השינוי המשטרי. עוד על אינטרסים עצמיים בעתות מהפכה ראו David Braybrooke, *Self-Interest in Times of Revolution and Repression: Comment on Professor Tullock's Analysis*, REVOLUTIONS, SYSTEMS, AND THEORIES 61 (H.J. Johnson, J.J. Leach & R.G. Muehlmann eds., 2011).
- Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L. J. 364, 135
378–380 (1995).

ייתכן שמעורבותם של עורכי דין במהפכות קשורה דווקא במקומם ותפקידם בחברה, ובקשר שבין עורכי הדין ובין זכויות אדם. המהפכות האנגלית, האמריקנית והצרפתית, למשל, הצליחו ליצור מסורות ליברליות יציבות המבוססות על הרעיון של "זכויות", ולעורכי הדין היה תפקיד מרכזי בכך.¹³⁶ אכן, עורכי דין שירתו, לאורך ההיסטוריה, כמגני חירויות בחברות המוקרטיות.¹³⁷ אנו נעמוד בהרחבה על קשר זה בחלק הבא.

בהקשר זה נציין כי במהפכות ייתכן תפקיד משמעותי ביותר לעורכי דין. קיים קשר ממשי בין מהפכה לבין רפורמה משפטית. זו זקוקה לזו.¹³⁸ הגשמת מהפכה תושג באמצעים משפטיים באמצעות קביעת כללים ועקרונות משפטיים חדשים. במילים אחרות, המשפט הכרחי כדי להפנים וליישם שינויים מהפכניים.¹³⁹ מהפכה שבאה לידי ביטוי בשינוי עמוק במערך הכוחות הפוליטיים או החברתיים חייבת להוביל לפעילות חקיקתית המכוונת לשינוי מהותי בחוק.¹⁴⁰ עם זאת, בעתות מהפכה, קיים פער בין מהירות השינוי הפוליטי-חברתי ובין איטיות השינוי המשפטי. לכן, אף מיד אחרי מהפכה ננקטים אמצעי משפט זמניים כגון הוראות שעה.¹⁴¹ בשני המצבים הללו, כפי שהרחיבו וינסנט לואיזי (Luizzi) ואוקצ'וקו אוקו (Okoko), לעורכי הדין חשיבות יתרה.¹⁴²

- 136 במהפכה האנגלית, עורכי דין ראו עצמם כמגני המשפט המקובל ועקרונות המגנה כרטה, כמגניה האמיתיים של החוקה האנגלית ושל זכויות עתיקות יומין. במהפכה האמריקנית, עורכי הדין המהפכניים החלו את ההתנגדות תוך אמונה כי הם אינם מורדים בחוקה הבריטית, אלא מגנים עליה מפני פגיעה לא חוקתית בזכויות ושימוש שרירותי בכוח. בצרפת, באמצעות פרסום דיווחים משפטיים מבתי-המשפט (*memoires judiciaires*), עורכי הדין סייעו לעיצוב דעת הקהל הציבורית וסדר יום פוליטי-אינטלקטואלי מודרני. החשיבות לא הסתכמה ביצירת מרחב ציבורי, אלא במהות הכתיבה המשפטית שהגיעה לידי הציבור – החדרת שיח זכויות הפרט למרחב הציבורי. ראו Roznai, *Revolutionary Lawyering?*, לעיל ה"ש 34, בעמ' 358–369.
- 137 Okechukwu Oko, *The Problems and Challenges of Lawyering in Developing Societies*, 35 RUTGERS L.J. 569, 570–571 (2003–2004); William W. Kilgarlin, *Lawyers: Guardians of Democracy*, 38 BAYLOR L. REV. 249, 250 (1986).
- 138 Bodenheimer, לעיל ה"ש 39, בעמ' 233.
- 139 William B. Ewald, *The American Revolution and the Evolution of Law*, 42 AM. J. COMP. L. SUPP. 1 (1994).
- 140 Franz von Benda-Beckmann, *Scape-Goat and Magic Charm: Law in Development Theory and Practice*, 28 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 129, 129–130 (1989).
- 141 Kazimierz Opatok, *Law and Revolution*, in REVOLUTIONS IN LAW AND LEGAL THOUGHT 1, 6–7 (Zenon Bankowski ed., 1991); Urpo Kangas, *Legal Institutions in the Turmoil of Revolutions*, in REVOLUTIONS IN LAW AND LEGAL THOUGHT 139, 149 (Zenon Bankowski ed., 1991). פול שרקר מסביר כי במהלך מהפכה הממוטטת את החוק הבסיסי, כל החוקים והנורמות המבוססים על החוקה הטרומ-מהפכנית מאבדים באופן אוטומטי את כוחם הנורמטיבי, יחד עם הבסיס שממנו הם גזרו את תקפותם. לכן, כדי להימנע ממצב של אנרכיה, חוקות מהפכניות משמרות, לעתים באופן זמני, את הנורמות וחוקים אחרים אשר היו בתוקפם מכוח החוקה הישנה. ראו Paul Schrecker, *Revolution as a Problem in the Philosophy of History*, in REVOLUTION 34, 38 (Carl J. Friedrich ed., 1966).
- 142 Vincent Luizzi, *The Social Responsibility of Attorneys in Revolutionary Times*, in SHAPING REVOLUTION 176, 180–181 (Elspeth Attwooll ed., 1991); Okechukwu Oko, *Consolidating*

גם בעת מהפכה המבקשת למוטט את הסדר המשפטי הקיים, קיימת חשיבות לסביבה משפטית. באווירה לעתים חסרת חוק כגון זו, יש הכרח שהמהפכניים לא ישכחו את מחויבות המהפכה ליצירת סדר משפטי מתוך הכאוס הלבן-משפטי. כאן חיונית פעילותו של עורך הדין.¹⁴³ כדי להבטיח את הקמתו של סדר משפטי עתידי, על עורכי הדין לפעול לשימור מוסדות החוק, קידוםם ולכיבודם. פעילות זו יכולה לבוא לידי ביטוי בכמה מישורים עיקריים: ראשית, עורכי הדין יכולים לנצל את הידע המשפטי שלהם לשם ניסוח מסמכי היסוד של הסדר המשפטי המעברי ושל הסדר המשפטי החדש.¹⁴⁴ רגע כינון החוקה הוא המפתח להבנת השפעות המהפכה.¹⁴⁵ הובלה לכינונה של חוקה חדשה, שמסדירה את המבנה הבסיסי של החברה ומסמלת יותר מכול את השינוי המהפכני וניסוחה, מייצגים את פסגת מאמצי הרפורמה המשפטית של הפרופסיה המשפטית.¹⁴⁶ עורכי הדין יכולים לסייע לא רק באקט הטכני של ניסוח החוקה, אלא גם בקידום המעורבות הציבורית בהליך כינון החוקה וסיוע בהשגת הסכמה רחבה בנושאי מפתח, שיובילו לקבלת החוקה וכיבודה.¹⁴⁷ מעורבות ציבורית בהליך כינון החוקה חיונית לשם מתן לגיטימציה למוסדות שהחוקה מקימה.¹⁴⁸ שנית, עורך הדין, כמייצג הציבור בהתנהלות עם המערכת המשפטית, יכול לסייע בהסברה ציבורית וחינוך

- Democracy on a Troubled Continent: A Challenge for Lawyers in Africa*, 33 VAND. J. TRANSNAT'L L. 573, 596–630 (2000)
- Yves Dezalay & Mikael Rask Madsen, *The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law*, 8 ANNU. REV. L. SOC. SCI. 433, 439 (2012)
- Bodenheimer, לעיל ה"ש 39, בעמ' 222. ראו גם Friedmann, לעיל ה"ש 40, בעמ' 183.
- David Landau, *The Importance of Constitution-Making*, 89 DENV. U. L. REV. 611, 613 (2012).
- על הקשר בין מהפכות ובין חוקות ראו למשל Henkin Louis, *Revolutions and Constitutions*, 49 LA. L. REV. 1023 (1989); William E. Scheuerman, *Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt*, 10 CAN. J.L. & JURISPRUDENCE 141 (1997); Ved P. Nanda, *Revolution, Democracy and the Critical Role of Constitution-Making: Some Preliminary Thoughts*, 89 DENV. U. L. REV. 581 (2012)
- ראו למשל Kim Lane Scheppele, *A Constitution Between Past and Future*, 49 WM & MARY L. REV. 1377 (2008)
- ראו Richard A. Oko, *Consolidating Democracy*, 142, בעמ' 630–626. ראו גם Rosen, *Constitutional Process, Constitutionalism, and the Eritrean Experience*, 24 N.C. J. INT'L. & COM. REG. 263, 277 (1999)
- David A. J. Richards, *Comparative Revolutionary Constitutionalism: A Research Agenda for Comparative Law*, 26 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1, 15–14 (1994–1993) לאחרונה, גוברת הספרות האקדמית באשר למעורבות אזרחים בהליכי כינון חוקה. ראו Ninet I. Antoni Abad, *From Popular Sovereignty to Constitutional Sovereignty?*, BUFFALO LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No 2007–2011 (April 10, 2010), available at ssrn.com/abstract=1587350; Justin Blount, *Participation in Constitutional Design*, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 38 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011); Zachary Elkins, Tom Ginsburg & Justin Blount, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*, 81 TEMP L. REV. 361 (2008); Cheryl Saunders, *Constitution Making in the 21st Century*, 4 INT'L REV. L. (2013), <http://www.qscience.com/doi/pdf/10.5339/irl.2012.4>; ANTONI NINET, CONSTITUTIONAL VIOLENCE: LEGITIMACY, DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS 14 (2013)

הציבור באמצעות מתן הצדקה משפטית עיונית למהפכה, למשל, באמצעות המרת השפה המשפטית הטכנית והדורשת מומחיות לשיח כללי של חירויות וזכויות,¹⁴⁹ או בייצוג ההצדקות למהפכה בפני הליכים משפטיים פורמליים, למשל בעת הגנה על זכויות אדם בבתי משפט.¹⁵⁰ שלישית, עורכי דין יכולים להסביר לציבור את הצורך לבסס סדר משפטי משופר, וכן כי התמשכות תקופת המעבר – שבה הסדר המשפטי מעורער – היא דבר שאינו רצוי. זהו הפרדוקס הגדול של משפט ומהפכה; המשפט נועד ליצור יציבות והמשכיות. שינוי מהפכני אינו שינוי טבעי במשפט. אך כאשר מהפכה מתרחשת, המשפט החדש, והמהפכני, מבקש להבטיח שמהפכה לא תתרחש בשנית.¹⁵¹ שימור מול שינוי – זו האנטינומיה הגדולה של המשפט.¹⁵² לכן עורכי הדין משחקים תפקיד כפול בשינוי המהפכני; הן כסוכני שינוי והן כמסייעים בהשבת הסדר המשפטי וקידום אמון הציבור בשיטת המשפט באווירה שהיא לעתים כאוטית.¹⁵³ לבסוף, ההסברה הציבורית יכולה להיות קריאה לפעולה ולשינוי בדרכי שלום, ללא אמצעים אלימים.¹⁵⁴ כך, במקרה של מהפכה דמוקרטית,¹⁵⁵ הצלחת שינוי מהפכני דמוקרטי – ועמידותו – תלויים במידה רבה ביצירת או המרצת מוסדות והליכים המגנים על זכויות אדם והמחליפים שלטון טרור ואוטוריטריות עם שלטון החוק. ובכל אלה, כפי שנרחיב בהמשך המאמר, לעורך הדין תפקיד חשוב.¹⁵⁶

ג. המחויבויות המתנגשות המוטלות על עורך הדין בעת מהפכה

תחילה נשאלת השאלה, מדוע לדון בחובות המוטלות על עורך הדין בעת המהפכה. על פניו, אין קשר ברור או מיוחד בין היות אדם עורך דין ובין היותו מהפכן. כפי שריצ'רד ווסרסטרום (Wasserstrom) העיר, ניתן לטעון כי עורך דין, כמו כל בעל מקצוע אחר, יכול להיות מהפכן או

- Robert W. Gordon, *The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law: Some Critical Reflections*, 11 THEORETICAL INQ. L. 441, 466–467 (2010) 149
- Oko, *Consolidating Democracy*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 598, 601–609. 150
- HAROLD J. BERMAN, *LAW AND REVOLUTION: THE FORMATION OF THE WESTERN LEGAL TRADITION* 16–19 (1983) 151
- BENJAMIN N. CARDOZO, *THE PARADOXES OF LEGAL SCIENCE* 1–7 (2000) 152
- Oko, *Consolidating Democracy*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 610–614. לתיאוריה בדבר תפקידם של עורכי דין נייטרלים (כלומר, לא בעת ייצוג לקוחות) כ"בוני קונצנווס" ראו Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer's Roles(s) in Deliberative Democracy*, 5 NEV. L.J. 347 (2004–2005) 154
- היעדר הלחימה היא זו שהפכה את המהפכה האנגלית למהוללת. בצרפת, חלק מעורכי הדין שייצגו את הבורגנות האמינו שהמהפכה נועדה להיות שקטה, והמהפכה האמריקנית חסרה את מרחצי הדמים וכנופיות אלימות שאפיינו מהפכות רבות אחרות, לפחות באותה המידה. חלק מכך יש לזקוף לזכות השפעתם השמרנית של עורכי הדין שעמדו בהנהגה ושהאמינו עמוקות בהליכים מסודרים. ראו Surrency, לעיל ה"ש 34, בעמ' 131–134; GEORGES LEFEBVRE, *THE COMING OF THE FRENCH REVOLUTION* 208 (R.R. Palmer trans., 2005) 155
- על הגדרת מהפכה כדמוקרטית ראו להלן חלק ג.2. 155
- H. Kwasi Prempeh, *Lawyers and Liberal Democracy*, 11 J. OF DEMOCRACY 71, 71–78 (2000) 156
- Oko, *Consolidating Democracy*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 597; ראו, בראייה היסטורית, Gordon, *Are Lawyers Friends of Democracy?* לעיל ה"ש 27, בעמ' 49.

רדיקל, אך הוא כזה במעמדו כאדם ולא דווקא כעורך דין.¹⁵⁷ ואתיקה מקצועית, ככלל, אינה עוסקת בפעילויות שהן באופן מוחלט פרטיות או לבר-מקצועיות. עם זאת, קיים עניין מוסדי כאשר הפעילות של עורך הדין מערבת את כבוד המקצוע או את יושרת עורך הדין.¹⁵⁸ בייחוד בעסקם בפעילות לבר-מקצועית, על עורכי הדין מוטלת, ככלל, החובה לא להותיר רושם כי הם פועלים במעמד המשפטי-מקצועי.¹⁵⁹ ואולם, עורכי הדין שהפגינו במהפכות בעולם הערבי עשו זאת, כאמור, כעורכי דין, לבושים גלימות ולא כאנשים פרטיים. מכאן נדמה שישנה חשיבות איתת למעורבות זו במהפכות. כשם שאלן האטצי'נסון (Hutchinson) ציין, מעורבותם של עורכי דין במחאות מאתגרת את האתיקה המקצועית. ככלל, למעט פעילות פלילית אסורה, לעורך דין צריך להיות כר פעולה חופשי כמו כל אזרח אחר, כל עוד הוא פועל בתום לב ועם חוש מידתיות איתת. אך כאשר עורכי הדין משתמשים במעמדם כעורכי דין, המוסריות הקולקטיבית של המקצוע עומדת למבחן. לכן, על עורכי דין לקחת על עצמם אחריות מוסרית למעשיהם ולאזן בין מצפונם האישי ובין הציפיות המקצועיות מהם.¹⁶⁰ באופן דומה, סעיף 23 לעקרונות הבסיסי של האו"ם בדבר תפקידם של עורכי דין קובע כי לעורכי דין חירות הביטוי והאסיפה, והחירות לקחת חלק בדיונים ציבוריים הנוגעים למשפט ולקידום זכויות אדם, ובלבד שבמימוש זכויות אלו יפעל עורך הדין בהתאם לחוק ולכללי האתיקה המקצועיים החלים עליו.¹⁶¹ בחלק זה נבקש לטעון כי עתות מהפכה יוצרות בפני עורך הדין דילמה סבוכה, הבאה לידי ביטוי בחובות המתנגשות העשויות להיות מוטלות על עורכי הדין לשמר את מערכת המשפט ומנגד לשפרה.

1. שמירת הסדר החברתי והגנה על שלטון החוק

נקודת המוצא היא, כי על עורך הדין מוטלת החובה לשמר את מערכת המשפט ואת הסדר המשפטי ולהגן על שלטון החוק.¹⁶² כך למשל המבוא לכללי האתיקה המומלצים של לשכת עורכי הדין האמריקנית שאומצו במרבית המדינות, קובע כי: "A lawyer's conduct should conform to the requirements of the law [...] A lawyer should demonstrate respect for the 'Lawyers' legal system [...] it is also a lawyer's duty to uphold legal process'"

157 Wasserstrom, לעיל ה"ש 45, בעמ' 128. ווסרסטרום עצמו דוחה טיעון זה.

158 HUTCHINSON, לעיל ה"ש 28, בעמ' 71.

159 שם, בעמ' 72.

160 שם, בעמ' 72-73.

161 Art. 23, Basic Principles on the Role of Lawyers, Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 August to 7 September 1990, U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 at 118 (1990)

162 ראו למשל 12, 15 JUDGES J. 12, 15, David R. Brink, *Necessity Must Yield to the Constitution*, 21 (1982); Dennis F. McLaughlin, *Incoming Address to the Class of 1996: On Becoming a Lawyer* (August 1, 1993), 26 SETON HALL L. REV. 505 (1996); Judith A. McMorrow, *Civil Disobedience and the Lawyer's Obligation to the Law*, 48 WASH. & LEE L. REV. 139, 147 (1991).

”Guardians of the law” כ-“play a vital role in the preservation of society” מתוקף תפקידם כ-¹⁶³. זוהי חובה אתית.¹⁶⁴ האתיקה המקצועית, לא רק שפועלת כמערכת קווים-משפטית של כללים,¹⁶⁵ וקובעת דרישות המותאמות לתפקיד, אלא שהיא גם מייצגת את האתוס של המקצוע.¹⁶⁶ וכך כתב מאיר שמגר על האתיקה של המשפט:

”עצם קיומו של המקצוע הוא מתנאי היסוד של שלטון החוק. אורח ההתנהגות בא לקדם את חיזוקו של שלטון החוק כי יש בו דגש על ההקפדה הדווקנית על החוקיות [...] אורח ההתנהגות נועד לנטוע אמון בעצמת החוק כאמצעי להגנתו של הפרט או הכלל מול אינטרס כיתתי או שרירות מינהלית ולחנך את האזרח לאמת המקובלת עלינו, לפיה החוק הוא בגדר הערובה היעילה היחידה מפני עריצותם של היחיד או של קבוצת אנשים.”¹⁶⁷

שמגר מוסיף שכמשרתו של החוק, ”אל לו לעורך דין לתת שירות משפטי או יעוץ אשר כרוכים בהם אי-נאמנות לחוק [...]”¹⁶⁸. מהחובה המוטלת על עורך הדין לשמר ולשרת את החוק, ולעודד את כיבוד המשפט, נראה כי על עורכי הדין, מבחינה אתית, להסתייג מפעולות המבקשות להפר את החוק כדי להשיג שינויים חברתיים.¹⁶⁹ לימור זר-גוטמן התייחסה לחובתו של עורך הדין כלפי החברה:

”במסגרת מובנה המופשט, כוללת החובה כלפי החברה את תפקידו של כל עורך-דין לשמור על הסדר החברתי-משפטי [...] עורכי-דין נדרשים להימנע מפעולות שאם יבוצעו לאורך זמן ובאופן שיטתי על ידי אנשים רבים, יהיה בהן כדי להחליש את המסגרת החברתית-משפטית ולהרוס את הנורמות שבמסגרתה. דרישה זו חלה על כל אזרח, אך באשר לעורכי-הדין יש לה נפקות

- THE ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT (1983), Preamble: A Lawyer’s Responsibilities, Secs. 5; 13, http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html; John V. Tunney, *The Bar’s Responsibility to the Public*, 58 JUDICATURE 108, 113 (1974–1975). 163
- לדיון כללי בדבר היחס בין אתיקה למשפט ראו יצחק זמיר ”אתיקה ומשפט” ספר ברנזון כרך שלישי 101 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2007). 164
- אין מדובר בכללי אתיקה המופרדים לחלוטין מן המשפט, אלא בכללים משפטיים חקוקים המופעלים בהתאם להוראות חוק לשכת עורכי הדין, התשכ”א–1961. ראו לימור זר-גוטמן ”הרפורמה בדין המשמעתי של עורכי הדין: האם תוקנו הליקויים?” המשפט טו 27, 28 (2010). 165
- HUTCHINSON, לעיל ה”ש 28, בעמ’ 13. 166
- שמגר, לעיל ה”ש 48, בעמ’ 173. 167
- שם, בעמ’ 177. 168
- Iris Marion Young, *Professional Ethics and Social Change: A Response to Minow*, 52 U. PITT. L. REV. 859 (1990–1991). 169
- חברתי לא-חוקי ראו Kathryn Abrams, *Lawyers and Social Change Lawbreaking: Confronting a Plural Bar*, 52 U. PITT. L. REV. 753 (1990).

חזקה יותר, שהרי אלה נמצאים בעמדה מיוחדת היכולה להבטיח ציות, או לחלופין פגיעה בסדר החברתי-משפטי.¹⁷⁰

ואיזוהי שבירת חוק קיצונית יותר ממהפכה המבקשת לשנות (ולעתים למוטט) מהותית את הסדר המשפטי הקיים? הרי עצם הרעיון של מהפכה הוא שהסדר המשפטי הקיים עשוי להתמוטט. מהפכה בצורתה המוחלטת היא ההפך הגמור משימור הסדר המשפטי.¹⁷¹ חובת שימור הסדר המשפטי עשויה אפוא לדרוש התנהגות אנטי-מהפכנית.¹⁷² נוסף על כך, אחד מהיבטיו הפורמליים של שלטון החוק, כפי שלימדנו לון פולר (Fuller), הוא יציבות החוק.¹⁷³ מכוח החובה להגן על שלטון החוק, לכאורה על עורכי הדין להבטיח שהסדר המשפטי יישאר יציב למדי. במובנו הפורמלי, יודגש, לשלטון החוק אין ולא כלום עם זכויות אדם או ערכים דמוקרטיים.¹⁷⁴ לכן, שמירה על שלטון החוק, במובן זה בלבד, מטילה על עורך הדין חובה להתנגד למהפכה, גם לכוזו הבאה לקדם ערכים דמוקרטיים (על כך בהמשך הפרק). כפי שפרד זכראייס (Zacharias) מציין, במדינות שאינן דמוקרטיות, עורכי הדין המחויבים לעקרון שלטון החוק (לכל הפחות במובנו הפורמלי) פועלים הלכה למעשה נגד הדמוקרטיה.¹⁷⁵ זכראייס מסביר שהתמיכה, שהזכרנו בהקדמה, בעורכי הדין הפקיסטנים שיצאו לרחובות נגד מהלכיו של הנשיא מושארף להשהות את החוקה נובעת מההבנה שעורכי הדין הללו הפגינו ומחאו נגד התקפה ישירה וספציפית על שלטון החוק. כלומר לשכת עורכי הדין הייתה ממוקמת במיקום המיטבי כדי להבין את ההשלכות ארוכות הטווח של ההיית החוקה ופגיעה בבית המשפט העליון, על מבנה מערכת המשפט ועצמאותה. זכראייס מציין כי דאגה זו קשורה כמובן בטבורה להיבטים של דמוקרטיה, במובן זה ששלטון החוק הוא כלי להגנה על ערכים דמוקרטיים ועל זכויות אדם. אך לא היו אלה הערכים הדמוקרטיים עצמם

170 לימור זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין" המשפט יב 231, 245 (2007). ראו גם זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין", לעיל ה"ש 49, בתת-פרק 1; Robert W. Gordon, *Why Lawyers Can't Just Be Hired Guns*, in ETHICS IN PRACTICE, LAWYERS' ROLES, RESPONSIBILITIES, AND REGULATION 42 (Deborah L. Rhode ed., 2003); Robert W. Gordon, *Corporate Practice As Public Calling*, 49 Md. L. Rev. 255 (1990).

171 Bodenheim, לעיל ה"ש 39, בעמ' 228: "[a revolution] is essentially a negation of law; it is a dynamic phenomenon in which power is rampant, with few checks and restraints, and which is characterized by a more or less complete breakdown of law"

172 Luizzi, *The Social Responsibility of Attorneys in Revolutionary Times*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 176. על היחס בין מהפכה לשלטון החוק ראו גם: Lama Abu-Odeh, *Of Law and the Revolution*, 34 U. Pa. J. Int'l L. 341 (2013).

173 LON FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 79-80 (1969).

174 להיבטים מהותיים ופורמליים של עקרון שלטון החוק ראו אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה' 375 (2000); אמנון רובינשטיין "שלטון החוק: התפישה הפורמלית והמהותית" הפרקליט כב 3 (1966); יצחק זמיר "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט גיליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין 61 (1987), והשוו Paul P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, PUBLIC LAW 467 (1997).

175 Zacharias, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1606.

שהיוו את העוגן למעשיהם של עורכי הדין, אלא הפגיעה הישירה בשלטון החוק.¹⁷⁶ דוגמה דומה מן העת האחרונה להפגנות של עורכי דין לשם הגנה על שלטון החוק ניתן להביא מהונג קונג. ביום 27 ביוני 2014 צעדו יותר מ-1,800 עורכי דין צעדה שקטה ברחבי מרכז העיר, זו הפעם השלישית מאז שנת 1997, לאות מחאה נגד נייר מדיניות שפורסם על ידי מועצת המדינה בדבר "one country, two systems". בהתאם לנייר המדיניות, המתייחס לשופטי הונג קונג כאל "אנשי מנהל" בדומה לפקידי הרשות המבצעת, ודורש מהם פטריוטיזם בצורת "אהבת הארץ", נדרשים שופטי הונג קונג לכבד את פרשנות חוק היסוד כפי שנקבעת על ידי הקונגרס הלאומי הסיני.¹⁷⁷ בתגובה פרסמה לשכת עורכי הדין של הונג קונג את התגובה הבאה:

"THE HKBA REPEATS THAT RESPECT FOR THE RULE OF LAW [...] MEANS FAR FAR MORE THAN MERELY 'DOING THINGS ACCORDING TO LAW' (依法辦事) OR 'GOVERNING ACCORDING TO LAW' (依法施政). IT INCLUDES PROPER SELF-RESTRAINT IN THE EXERCISE OF POWER IN A MANNER WHICH GIVES PROPER WEIGHT AND REGARD TO THE IMPORTANCE OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY".¹⁷⁸

עורכי הדין שמחו נגד נייר העמדה ראו בתפיסה המובעת בו סכנה לעצמאות השיפוטית. אליסה קינג (King) ואלווין צ'ונג (Cheung) מציינים כי אמנם חלק ממארגני צעדת המחאה קשורים לתנועה הפרו-דמוקרטית, אולם המחאה עצמה נועדה לשמר את עקרונות המשפט המקובל ולא לבוא בדרישות לקיום בחירות דמוקרטיות או שינוי חוקתי אחר.¹⁷⁹ היציאה להפגנה נעשתה כדי לשמר את הקיים, להגן על הפרדת הרשויות ועל העצמאות השיפוטית כחלק מתפיסה רחבה של שלטון החוק.¹⁸⁰

2. האחריות החברתית לשיפור המערכת המשפטית

הנחת היסוד של מאמר זה היא שלעורכי הדין יש אחריות לא רק לשימור הסדר המשפטי, אלא גם אחריות חברתית לשינוי המערכת המשפטית ולשיפורה.¹⁸¹ "העיסוק בעריכת דין איננו רק

176 שם, בעמ' 1604.

177 Alyssa S. King & Alvin Y. H. Cheung, *Why Hong Kong's Lawyers Marched*, INT'L J. CONST. L. BLOG (2 July 2014), <http://www.iconnectblog.com/2014/07/why-hong-kongs-lawyers-marched/>. U.K. גם Cora Chan, *When, if ever, will Hong Kong see democracy?*, U.K. CONST. L. BLOG (7th July 2014), <http://ukconstitutionalallaw.org>.

178 פסקה 4 למכתב התגובה (אותיות מודגשות וראשיות במקור). ראו White Paper on the Practice of "One Country, Two Systems" Policy in the Hong Kong Special Administrative Region – Response of the Hong Kong Bar Association (11 June 2014), <http://www.iconnectblog.com/2014/07/why-hong-kongs-lawyers-marched>.

179 King & Cheung, לעיל ה"ש 177.
180 ראו את נוסח מכתב הזמנה להפגנה כפי שפורסם בפייסבוק, www.facebook.com/photo.php?fbid=890362804324923&set=a.479790538715487.120878.475382142489660&type=

181 Vincent Luizzi, *The Social Responsibilities of The Attorney*, in *SOZIOLOGISCHE JURISPRUDENZ UND REALISTISCHE THEORIEN DES RECHTS* 73, 74 (1986); VINCENT LUZZI, A

פריבילגיה", טענה נטע זיו בצדק. "יש בו גם נטילת אחריות לתיקון סביבתנו המקצועית והציבורית ולשיפורה".¹⁸² בחברה קיים צורך בקבוצה שתהא מונחית על ידי ראייה בלתי-פרטיקולריסטית וארוכת טווח של המדינה והחברה. כקבוצה משכילה, מאוגדת ופעילה, אך נפרדת מהמדינה ועצמאית, עורכי דין כשירים להיות קבוצה זו.¹⁸³ זר-גוטמן מסבירה שמחויבות חברתית ושימוש בידע וביכולת של איש הפרופסיה לטובת החברה, הם שמבחינים בין פרופסיה לבין עסק או משלח יד. החברה מעניקה לפרופסיה מנופול על שוק השירותים המשפטיים ועצמאות בניהול ענייניה, ובתמורה זו מבטיחה לשמור על "אלטרואיזם" הכולל שני מרכיבים: המחויבות לפעול לטובת הלקוח והמחויבות כי "עורך הדין לא ישתמש בידע האזוטרי שלו כדי לקדם את אינטרס הלקוח על חשבון האינטרסים של כלל הציבור, אלא ישתמש בידע זה באופן התואם ומקדם את אינטרס הציבור".¹⁸⁴ כלומר בתמורה למנופול, הפרופסיה אמורה להשתמש בכוחה גם לטובת החברה.¹⁸⁵ לכן, נוסף על החובות כלפי הלקוח וכלפי בית המשפט, על עורך הדין מוטלת חובה לפעול לקידום ההליך המשפטי ולשיפורו.¹⁸⁶ ואכן, המבוא לכללי האתיקה המומלצים של לשכת עורכי הדין האמריקנית, קובע כי על עורכי הדין מוטלת החובה לשפר את המערכת המשפטית:

; CASE FOR LEGAL ETHICS: LEGAL ETHICS AS A SOURCE FOR A UNIVERSAL ETHIC 132 (1993)
 Luizzi, *The Social Responsibility of Attorneys in Revolutionary Times*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 180.

182 ראו נטע זיו "מה בין עריכת דין, צדק חברתי ולימודי משפטים?" עלי משפט א 253, 260 (2000).
 Deborah J. Cantrell, *Lawyers, Loyalty and Social Change*, 89 DEN. UNI. L. REV. 941
 (2012); William Brennan, Jr., *The Responsibilities of the Legal Profession*, 54 A.B.A. J. 121 (1968).

183 Robert W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, 68 B.U. L. REV. 1, 15 (1988)

184 זר-גוטמן "תדמית מקצוע עריכת הדין", לעיל ה"ש 170, בעמ' 233. ראו גם HUTCHINSON, לעיל ה"ש 28, בעמ' 217; Norman Bowie, *The Law: From a Profession to a Business*, 41 VAND. L. REV. 741, 744-745 (1988); Neil Hamilton, *Professionalism Clearly Defined*, 18 PROF. L. 4, 4-5 (2008); Russel G. Pearce, *The Professionalism Paradigm Shift: Why Discarding Professional Ideology Will Improve the Conduct and Reputation of the Bar*, 70 N. Y. U. L. REV. 1229, 1238 (1995)
 Thomas D. Morgan, *Calling Law a Profession Only Confuses Thinking About the Challenges Lawyers Face*, 9 U. ST. THOMAS L. J. 542, 543 (2011): "professionalism best describes qualities of personal character, not occupational role"

185 לימור זר-גוטמן "לימודי האתיקה המקצועית כחלק מהחינוך המשפטי בישראל" מחקרי משפט כג 89, 113-112 (2006). על ייחוד המנופול והאוטונומיה של לשכת עורכי הדין בישראל הן השוואה לפרופסיות אחרות בישראל והן בהשוואה ללשכות של עריכת דין במדינות אחרות ראו עלי ולצברגר "קשר המשפטים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" משפטים לב 43 (2001).

186 HUTCHINSON, לעיל ה"ש 28, בעמ' 15.

“As a public citizen, a lawyer should seek improvement of the law, access to the legal system, the administration of justice and the quality of service rendered by the legal profession”.¹⁸⁷

בדרך כלל, אחריות זו תמומש בדרכים משפטיות. ואכן, תפקיד אחד של עריכת דין למען שינוי חברתי הוא כמובן לנסות למצוא דרכים יצירתיות להביא לשינוי החברתי במסגרת המערכת המשפטית. עורכי דין ציבוריים ועורכי דין למען שינוי חברתי מפעילים מגוון דרכי פעולה משפטיות כגון הגשת עתירות ותביעות לבתי משפט, ייזום חקיקה, הופעה בוועדות הכנסת ובמשרדי ממשלה ופעילות ציבורית וחינוכית כדי להגשים אינטרסים חברתיים.¹⁸⁸ אך באיזו מידה יכול המשפט להביא לשינוי חברתי – באופן ישיר או עקיף? במאמר משנת 1958, יחזקאל דרור מביא את יפן ותורכיה כדוגמות למדינות שבהן מיעוט מהפכני או אינטלקטואלי שזכה לסמכות חקיקה עשה שימוש במשפט (בדרך של שינוי חקיקה) כמכשיר לשינוי חברתי – החדרת משפט מערבי כדי לקדם את המערביזציה של מדינות אלה ובכך ליצור שינוי בתרבות ובמבנה החברתיים.¹⁸⁹ אכן, נדמה כי אפשר להביא לשינויים חברתיים, אף מהפכניים, באמצעות המשפט. די לאזכר את פסק הדין *Brown v. Board of Education* שקבע כי הפרדה על רקע גזעי בחינוך הציבורי בארצות-הברית היא בלתי-חוקתית.¹⁹⁰ עורכי דין היו צריכים להסכים לקבל על עצמם את התיק ולהגיש אותו לבית המשפט. ואם לא כן, החלטה שיפוטית בעניין זה לא הייתה יכולה להתקבל. מפורסם אמנם מחקרו של ג'רלד רוזנברג (Rosenberg), שלפיו גם פסקי דין ליברליים בולטים ביותר של בית המשפט העליון הפדרלי האמריקני, כגון פסק דין *Brown*, לא גרמו באופן ישיר לשינויים חברתיים הנוגדים לסטטוס-קוו השליט. בתי משפט, לפי רוזנברג, שהם באופן כללי חלשים וחסרי אפקטיביות, יכולים להביא לשינוי חברתי, למשל, כאשר השינוי המבוקש נהנה מתמיכה ציבורית ופוליטית רחבה.¹⁹¹ מחקרו של רוזנברג לא חף מביקורת.¹⁹² מה שברור הוא שאף אם ביכולתם של עורכי דין

187 The ABA MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT, לעיל ה"ש 163, פס' 6.
 188 ראו נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל 129, 131 (2001). לעניין עריכת דין קהילתית ראו Charles Elsesser, *Community Lawyering – The Role of Lawyers in The Social Justice Movement*, 14 LOY. J. PUB. INT. L. 45 (2013).
 189 Yehezkel Dror, *Law and Social Change*, 33 TUL. L. REV. 787, 799 (1958–1959).
 190 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
 191 GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (2nd ed. 2008). רוזנברג טוען שבתי המשפט לא הביאו לסיום הסגרגציה בבתי ספר ציבוריים במדינות הדרום, ומדגים זאת על ידי כך שבעשור הראשון שאחרי פסק דין בראון, החלטות שיפוטיות רבות שדרשו יישום מידי של החלטת בראון לא נאכפו, אלא רק הביאו לדחיות להתנגדויות רבות. רק אחרי פעולותיהם של הקונגרס, הרשות המבצעת ותנועת זכויות האזרח, טוען רוזנברג, החל דפוס ההתנהגות להשתנות לכיוון ביטול ההפרדה. לסקירה וביקורת ראו Michael W. McCann, *Reform Litigation on Trial*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 715 (1992).
 192 גד ברזילי מציין שמחקרו של רוזנברג לוקה בשניים: "ראשית, למרות מסקנותיו הביקורתיות זהו מחקר מנקודת מבט ליברלית, שאינה בוחנת את השפעתם של הקשרים חברתיים-כלכליים ופוליטיים של כוח על המשפט. שנית, רוזנברג אינו מייחס חשיבות לקשרי הגומלין בין פסיקה

להיות מתווכים לשינוי חברתי,¹⁹³ למערכת המשפט מגבלות משלה לגבי היכולת להביא לשינויים חברתיים ובייחוד לשינויים מהפכניים.¹⁹⁴ ראשית, עצם הטיית תשומת הלב הציבורית מהרחוב לבתי המשפט עשויה לפגוע בתנועות מחאה המוניות שיעלמו מן העין הציבורית עם השתלטות המשפט ועורכי הדין על המאבק לשינוי.¹⁹⁵ שנית, וחשוב מכך, כפי שגד ברזילי הראה, גם אם המשפט יכול להביא לשינוי חברתי, באמצעות המרה משפטית של הבעיה החברתית לשפת ההתדיינות משפטית, אין הוא לרוב "עוקר בעיות חברתיות מן השורש".¹⁹⁶ "במסגרת הסדרי הכוח של המשטר הפוליטי", ברזילי מציין, "השפה המשפטית היא אבולוציונית לכל היותר, ואילו השפה החברתית צריכה לפעמים להיות מהפכנית ומתקנת".¹⁹⁷ כאן נכנסת המהפכה.¹⁹⁸

אכן, האחריות לשיפור המערכת המשפטית ולקידום שלטון החוק, במובנו המהותי, המתייחס לשלטון חוק בחברה דמוקרטית והכולל הכרה בזכויות אדם, עשויה להיות כרוכה דווקא בהתנהגות התומכת בקידום ערכי המהפכה ומטרותיה, בייחוד אם מדובר במהפכה דמוקרטית.¹⁹⁹ המונח מהפכה דמוקרטית נראה לכאורה אוקסימורון.²⁰⁰ כיצד מהפכה הסוטה

לבין חקיקה. הנה, למשל, אלמלא פסק הדין הבולט של בראון ספק רב אם היה נחקק חוק זכויות האזרח". ראו ברזילי "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי", לעיל ה"ש 57, בעמ' 109. רות גביון מוסיפה כי כאשר שינוי חברתי מתקיים אחרי שניתנה החלטה שיפוטית, קיימת חזקה שהשינוי הושפע מן ההחלטה השיפוטית, אפילו אם השינוי החברתי לא נעשה מיד אחריה. מכל מקום, ברור כי החלטות שיפוטיות הן חלק מהרקע הנורמטיבי – ולו במובן הסמלי – שמשפיע ומזדו פעילות פוליטית. ראו רות גביון "התקווה החלולה: האם בתי משפט יכולים להביא לשינוי חברתי? ביקורת על המהדורה השנייה (2008) של ספרו של ג'רלד רוזנברג "מעשי משפט ב 15 (2009).

193 Moliterno, לעיל ה"ש 64.

194 Martha Minow, *Breaking The Law: Lawyers and Clients in Struggles For Social Change*, 52 U. Pitt. L. Rev. 723, 727–733 (1990–1991); מארק גאלאנטר "הרהורים על גבולות השינוי המשפטי" מעשי משפט ד 15 (2011). על היבטים בעייתיים נוספים הנלווים למעורבות של עורך הדין בתנועות לשינוי או צדק חברתי ראו Gabriel Arkles, Pooja Gehi & Elana Redfield, *The Roles of Lawyers in Trans Liberation: Building a Transformative Movement for Social Change*, 8 SEATTLE J. FOR SOC. JUST 579, 594–606 (2010).

195 ראו למשל MICHELLE ALEXANDER, *THE NEW JIM CROW: MASS INCARCERATION IN THE AGE OF COLORBLINDNESS* 225–226 (2012); William P. Quigley, *Reflections of Community Organizers: Lawyering for Empowerment of Community Organizations*, 21 OHIO N.U. L. REV. 455, 457–458 (1994) (מצטט שם את השקפותיו של רון שיסום על תפקידם של עורכי דין בארגונים קהילתיים).

196 ברזילי "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי", לעיל ה"ש 57, בעמ' 116.

197 שם, בעמ' 107, 109.

198 אורלי ליבל "האם המשפט מסוכן? קואופטיציה משפטית ושינוי חברתי" האם המשפט חשוב? 144, 127 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2010): "מכאן שלפי המוסכמות בנות זמננו על מגבלות השינוי המשפטי, המשפט מסיר את העוקץ מתביעות רדיקליות ולכן אינו צריך להיות הנתיב המרכזי לפוליטיקה טרנספורמטיבית".

199 Luizzi, *The Social Responsibility of Attorneys in Revolutionary Times*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 180, 176.

לעתים מכללי המשחק הפוליטיים-דמוקרטיים יכולה להיות דמוקרטיה? יצוין תחילה כי לפחות כנקודת מוצא תאורטית, סמכות מכוננת ראשונית, קרי, הסמכות לכוון או לייסד סדר חוקתי של אומה, אם זו נובעת מהעם, קשורה בטבורה לרעיון הדמוקרטי.²⁰¹ לכן, ככלל, קריאה למהפכה כחלק מהתעוררותה של הסמכות המכוננת יכולה להיות בעצמה ביטוי ליצר טבעי של דמוקרטיה, כמעין ביטוי של זכות לוקיאנית למהפכה.²⁰² עם זאת, לא כל מהפכה היא דמוקרטיה. התעוררות סמכות מכוננת יכולה להוביל גם לשלטון שאינו דמוקרטי. במונח מהפכה דמוקרטיה גם איננו מתכוונים אך למהפכה הבאה להפוך משטר שאינו דמוקרטי לשם קיום בחירות דמוקרטיות, שכן זוהי דמוקרטיה פורמלית בלבד. בחירות המביאות לבחירתן של מפלגות שאינן דמוקרטיות אינה יכולה להיות הפיכה דמוקרטית במונח המהותי.²⁰³ לכן, נבקש להתמקד לא במרכיבי הפרוצדורליים של המהפכה, אלא דווקא במרכיבי הנורמטיביים. במונח מהפכה דמוקרטית כוונתנו למהפכה שמטרתה החלשת כוחות של דיכוי ועריצות וקידום חירויות האזרח, הרחבת האפשרויות למימוש זכויות וחירויות ליברליות ודמוקרטיה וריבוי אפשרויות הבחירה של הפרט.²⁰⁴ במובן הזה, ובהנחה שדמוקרטיה

- 200 השוו קלוד קליין "המהפכה החוקתית: איזו מהפכה? האם היתה בכלל מהפכה?" (הרצאה שניתנה במסגרת הכנס 20 שנה למהפכת זכויות האדם האוניברסיטה העברית, 20.12.2011); Jacobsohn, לעיל ה"ש 15 (מתייחסים לאקסימורון של המונח "מהפכה חוקתית"); Charles H. Fairbanks, Jr., *Revolutions Reconsidered*, 18 J. OF DEMOCRACY 42, 45 (2007) "Revolutions ultimately cannot be legal or constitutional because a revolution is a change (of regime, and the laws derive from the regime)".
- 201 על סמכות מכוננת ודמוקרטיה ראו Joel I. Colón-Ríos & Allan C. Hutchinson, *Democracy and Revolution: An Enduring Relationship?*, 89 DENV. U. L. REV. 593 (2011); Allan C. Hutchinson & Joel Colón-Ríos, *Democracy and Constitutional Change*, THEORIA 43 (2011); ANTONIO NEGRI, INSURGENCIAS: CONSTITUENT POWER AND THE MODERN STATE 1, Richard S. Kay, *Constituent Authority*, 59 AM. J. COMP. L. 10 (1999) על סמכות מכוננת ראו 715 (2011).
- 202 JOHN LOCKE, TWO TREATIES OF GOVERNMENT 317 (Whitmore, Fenn & C. Brown, 1821) ראו גם DANIEL DEFOE, THE ORIGINAL POWER OF THE COLLECTIVE BODY OF THE PEOPLE OF ENGLAND, EXAMINED AND ASSERTED 12 (1702); GEO. H. YEAMAN, REVOLUTIONS – A LECTURE 14–15 (John P. Morton & Co., Printers, 1861); CARL FRIEDRICH, CONSTITUTIONAL GOVERNMENT AND DEMOCRACY: THEORY AND PRACTICE IN EUROPE AND AMERICA 129 (1950).
- 203 על היבטים שונים של דמוקרטיה ראו למשל RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN 14, 35 (1990); Frank I. Michelman, *Brennan and Democracy – The 1996–97 Brennan Center Symposium Lecture*, 86 CAL. L. REV. 399, 419 (1998); AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY 23–26 (2009).
- 204 Richard Albert, *Democratic Revolutions* 1, 39 (2011) (unpublished manuscript, on file with Mark R. Thompson, *Whatever Happened to Democratic Revolutions*, 7 DEMOCRATIZATION 1, 15 (2000): "Democratic revolutions do not aim to change the world .but rather to demonstrate the political system"

משקפת ערך עדיף, מהפכה המובילה למשטר טוב יותר יכולה להיחשב "צודקת".²⁰⁵ כפי שצוין במבוא להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות אדם:

"Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law".²⁰⁶

המונח "מהפכה דמוקרטית" כולל הן את מטרות המהפכה והן את השלכותיה החוקתיות.²⁰⁷ ברי כי קשה מאוד להעריך *ex-ante* את השפעותיה של מהפכה על הדמוקרטיזציה של המשטר וזו מחייבת, הלכה למעשה, בחינה *ex-post*.²⁰⁸

מהפכות דמוקרטיות מביאות למודעות גדולה יותר של זכויות וערכי יסוד של חוקתיות.²⁰⁹ אלו, מצדן, דורשים מקצוע משפטי עצמאי המוכן לפעול ככוח חוצץ בין השלטון ובין העם.²¹⁰ "כאן תפקודו הציבורי העיקרי של מעמד עורכי-הדין: לבוא לעזרת האזרח ולהשלים מה שחסר לו בשטחי ידיעת הדין ובדרכי ההגנה על זכויותיו".²¹¹ כך, למשל עוד בהצהרת אתונה שסיכמה את כנס ה־International Commission of Jurists, משנת 1955, קבעו

- 205 *Luizzi, The Social Responsibility of Attorneys in Revolutionary Times*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 177-176. השווה Ali Khan, *A Legal Theory of Revolutions*, 5 B. U. INT'L L.J. 1, 2 (1987).
 להצעה של כמה תנאים מצטברים לשם קיומה של "מהפכה צודקת" ראו Haig Khatchadourian, *Just Revolution*, SHAPING REVOLUTION 182 (Elspeth Attwooll ed., 1991). לגישה של ערך הדמוקרטיה כמשקף את הטוב המוחלט שראוי להיות ערך חוקתי נצחי ראו שרון וינטל "'פסקאות נצחיות' בחוקה: הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש" 25-20, 111-112 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2005).
- 206 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3rd Sess., U.N. Doc. A/810 (1948). <http://www.un.org/en/documents/udhrDoc.A/810>. בשל החשש שהזכות למרד תהא פתוחה לניצול לרעה, בחרו המנסחים שלא לקבוע אותה כזכות מפורשת בגוף ההכרזה, אלא להכניסה במבוא. ראו JOHANNES MORSINK, *THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING, AND INTENT* 329 (2011).
- 207 לא ניתן להתמקד רק במטרות המהפכה, אלא יש צורך להתייחס גם להשלכותיה ולמחירים שהיא גובה. ראו Michael Scriven, *The Evolution of Revolutions*, REVOLUTIONS, SYSTEMS, AND THEORIES 1, 1 (H.J. Johnson, J.J. Leach & R.G. Muehlmann eds., 1979). יצוין כי הצלחת המהפכה תלויה פעמים רבות בתפקידו של הצבא והצד אותו הוא לוקח במהפכה. ראו Mark N. Katz, *Democratic Revolutions: Why Some Succeed, Why Others Fail*, 166 WORLD AFF. 163 (2004). לדיון בדבר תפקידו של צבא בקידום דמוקרטיה ראו Ozan O. Varol, *The Military as the Guardian of Constitutional Democracy*, 51 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 547 (2013).
- 208 השווה Varol, *The Democratic Coup d'Etat*, לעיל ה"ש 134, בעמ' 296.
- 209 *Albert, The Problems and Challenges of Lawyering*, לעיל ה"ש 137, בעמ' 570: "Democratic transitions in Africa have generally led to heightened awareness of legal rights and have put unprecedented pressures on governments to respect civil rights".
- 210 *Oko, Consolidating Democracy*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 570-571.
- 211 אברהם וינטל "מעמד עורך-הדין במדינה ובציבור" הפרקליט טז 20, 25 (1959). ראו גם Levinson, לעיל ה"ש 48, בעמ' 800: "What makes the duties of lawyers unique is [...] our public role of making society's legal system accessible to society".

המשתתפים כי אחד מעיקרי עקרון שלטון החוק הוא כי "על עורכי הדין בכל העולם לשמר את עצמאות מקצועם, לעמוד על זכויות הפרט על פי שלטון החוק ולדאוג שכל נאשם יזכה במשפט הוגן".²¹² לכן, קידום של זכויות אדם, כיבודן והגנה עליהן, תלויים במידה רבה בקיומם ובעצמאותם של גופים שיפוטיים ושל הפרופסיה המשפטית.²¹³ שלטון החוק (במובנו המהותי) מתקיים רק כאשר זכויות אדם מוכרות ומכובדות.

עורכי דין הם נציגים של ליברליזציה משפטית, פוליטית וכלכלית בכך שהם בונים תרבות של ציות לחוק וכיבודו, ושל שלטון החוק על היבטיו השונים, ובכך שהם מגנים על זכויות יסוד בסיסיות ופועלים לבניית משטרים משפטיים התומכים במוסדות ליברליים.²¹⁴ עורכי הדין, ציין טוקוויל, הם המחסום החזק ביותר בפני נסיגת הדמוקרטיה.²¹⁵ והם יכולים להיות גם מנוף לנסיקתה. עורכי הדין, כנשאי המשפט, הם סוכנים משמעותיים לקידום ערכי שלטון החוק, צדק וזכויות אדם.²¹⁶ עורכי הדין נדרשים לעמוד על המשמר באומץ ולדרוש מפני אלו הניצבים בעמדות כוח שלטוניות לכבד את שלטון החוק ואת זכויות האזרחים וחירויותיהם.²¹⁷ עמד על כך א.י. בלומברג: "ראוי שכל הנאמנים לדמוקרטיה אמיתית, ובראש וראשונה אנשי המשפט בישראל, ייטלו את היזמה בידם להביא לידי מפנה שיבטיח, באופן ממשי ויעיל, את שלטון החוק בישראל".²¹⁸ בכוחה של הדמוקרטיה לחזק את אמונת האזרחים בקיומו של שלטון החוק וביעילותו.²¹⁹ לכן שינוי מהפכני לדמוקרטיה יוצר מחויבויות לעורכי הדין כמגני

- 212 REPORT OF THE INTERNATIONAL CONGRESS OF JURISTS: ATHENS, JUNE 13–20, 1955, 9 (1956) מצוטט אצל ליאון שלף "משלטון החוק" למרות המשפט: הרהורים וערעורים על מושג-יסוד עיוני משפט טז 559, 561 (1991). ראו גם Adama Dieng, *Role of Judges and Lawyers in Defending The Rule of Law*, 21 FORDHAM INT'L L.J. 550, 551 (1997–1998).
- 213 Dieng, שם, בעמ' 552. ראו גם זמיר "האליטה המשפטית", לעיל ה"ש 28, בעמ' 685: "העיסוק בעריכת דין דורש עצמאות כלפי השלטון יותר מאשר עיסוקים אחרים, כיוון שעורכי דין חייבים לייצג ללא מורא או לחץ אנשים וגופים הנמצאים בעימות עם השלטון".
- 214 Gordon, *The Role of Lawyers in Producing the Rule of Law*, לעיל ה"ש 149, בעמ' 448–449.
- 215 TOCQUEVILLE, לעיל ה"ש 67, בעמ' 251.
- 216 השוו נטע זיו "עריכת דין בעידן גלובלי: מה צופן העתיד לעורכי דין" המשפט טו 9, 25 (2010). נטע זיו "רגולציה של עורכי דין ישראלים: מאוטונומיה מקצועית לרגולציה רב-מוסדית" המשפט טו 159, 167 (2010): "ההנחה שלי היא שעורכי דין נושאים בחובה מוגברת להגן על הדמוקרטיה ועל הערכים שביסודה מעבר למתן ייצוג ללקוחות יחידים במערכת האדברסרית. זאת, בשל אופיו של המשאב שבו הם עוסקים – המשפט".
- 217 Robert J. Araujo, *The Lawyer's Duty to Promote the Common Good: The Virtuous Law Student and Teacher*, 40 S. TEX. L. REV. 83, 115 (1999) עוד על אומץ ועל עריכת דין ראו ANTHONY T. KRONMAN, *THE LOST LAWYER: FAILING IDEALS OF THE LEGAL PROFESSION* 145 (1995).
- 218 א' י' בלומברג "מבעיות שלטון החוק בישראל" (פיקוח בתי המשפט על מעשי השלטון) הפרקליט יד 143, 152 (התשי"ח).
- 219 Ellen L. Lutz, *Strengthening Core Values in the Americas: Regional Commitment to Democracy and the Protection of Human Rights*, 19 HOUS. J. INT'L L. 643, 647 (1997)

הדמוקרטיה.²²⁰ כך, למשל, באשר להליכי דמוקרטיזציה באפריקה, אוקו ציין כי עורכי דין, שהם לעתים הקבוצה החזקה ביותר במדינה, הם מגני חירויות ומתנגדיהם העקשניים ביותר של משטרים טוטליטריים ודיקטטוריים. לאור מעמדם המרכזי בחברה, לעורכי דין, יותר מלכל קבוצה אחרת, היכולת לבקר את השימוש השרירותי בכוח שלטוני, להגן על זכויות האזרח ולהרחיבן, לפעול לשינוי מוסדות משפטיים, להחיות את החברה האזרחית ולפעול לשינוי גישתי הדרוש לשימור הדמוקרטיה.²²¹ לדעת אוקו, הפרופסיה המשפטית צריכה לשאוף להחזיר בעורכי הדין את המחויבות ליצירת חברות שבהן זכויות אדם מכובדות, נבחרים שולטים מכוח חוק ולפיו, ואזרחים פועלים להגשמת שאיפותיהם ללא פחד והטרדה.²²² מהפכה דמוקרטית מערערת את שאלת מחויבותו של עורך הדין לשמר את הסדר המשפטי (שלא קיים את תנאי שלטון החוק במובנו המהותי).²²³ כך, כתב דויד לובן (Luban) בנוגע לחובתו של עורך הדין לכבד את החוק: "There is no reason for a lawyer to display respect for the law unless the law deserves that respect".²²⁴ ואמנם, עבור עורכי דין רבים, ההתנהגות בחברה שבה שיטת המשפט אינה צודקת, ואף באופן קיצוני, צריכה להיות "עסקים כרגיל". כידוע, ברייך השלישי, הפרופסיה המשפטית הייתה שותפה לפשע – הן עורכי דין והן שופטים. החוקים הגזעניים ואלו שאכפו אותם סייעו למתן לגיטימיות של הוקעת היהודים מן החברה ואף זירזו אותה.²²⁵ גם ריצ'רד וייסברג (Wiesberg) תיאר בעין ביקורתית כיצד משפטני וישי מנעו מלמחות נגד חקיקה גזענית ואנטי-יהודית או למזער אותה, למשל באמצעים פרשניים

- 220 Kilgarlin, לעיל ה"ש 137, בעמ' 250. השוו לעמדת פרופסור אהרן ברק בדבר תפקידו של בית המשפט כמחנך הציבור בדבר חשיבותה של הדמוקרטיה והשמירה עליה. אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 93–94 (2004).
- 221 Oko, *Consolidating Democracy*, לעיל ה"ש 142, בעמ' 583–584.
- 222 שם, בעמ' 598, 643.
- 223 בדומה לעורכי דין ואולי אף יותר מהם, עתות מהפכניות מקימות גם בפני שופטים דילמה מוסרית. ראו S.A. de Smith, *Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations*, 7 W. ONTARIO L. REV. 93, 104–105 (1968). על המעורבות של שופטי בית המשפט החוקתי העליון במצרים בהליך בניית החוקה מאז מהפכת 2011 ראו Aneesa Walji, *Constitution-Making in Egypt: The Role of Constitutional Court Judges*, in *REVOLUTION AS A PROCESS – THE CASE OF THE EGYPTIAN UPRISING* 101 (Adham Hamed ed., 2014); Nathan Brown, *Egypt: A Constitutional Court in an Unconstitutional Setting*, in *PREPARED FOR THE CONSTITUTIONAL TRANSITIONS AND GLOBAL AND COMPARATIVE LAW COLLOQUIUM, NYU* (23 October 2013), <http://www.constitutionnet.org/files/brown-egypt-a-constitutional-court-in-an-unconstituti> onal-setting_0.pdf "revolutions are not friendly times for courts, כי (שציין שם, בעמ' 2, כי "it is [...] remarkable how much a judicial actor was able to play a pivotal role in such an unfriendly environment". להרחבה באשר למעורבותו של מערכת המשפט המצרית ראו Abu-Odeh, לעיל ה"ש 172.
- 224 David Luban, *Conscientious Lawyers For Conscientious Lawbreakers*, 52 U. PITT. L. REV. 793, 797 (1990–1991). השוו HUTCHINSON, לעיל ה"ש 28, בעמ' 28: "As much as lawyers are officers of the law, they are also agents of the people; they ought not to uphold the law for its own sake, but must commit themselves to achieving justice through law".
- 225 ראו למשל HITLER'S JUSTICE: THE COURTS OF THE THIRD REICH (1991) (שמתאר שם שרק שופט אחד מכל השופטים סירב לשרת את המשטר).

או בהיעדר אכיפה. במקום זאת, בצרפת שבין 1940–1944, גייסו המשפטנים את מיטב הרטוריקה, ההיגיון והיצירתיות המשפטיים דווקא כדי ליישם את החקיקה הפוגענית.²²⁶ באופן דומה, דייוויד דייזנהאוז (Dyzenhaus) ביקר שופטים ועורכי דין דרום אפריקנים על כך שכשלו בחובתם לקדם את שלטון החוק ולהגן עליו נוכח הסדר המשפטי של האפרטהייד. דמוקרטיה, לדידו, דורשת שלטון חוק מהותי ככר למאבק עבור חירות ושוויון.²²⁷ מכאן, ניתן לטעון כי בהתנגשות בין החובה לשמר את המערכת המשפטית ובין החובה לשפרה, עקרון שימור המשפט עשוי לסגת במקרים מסוימים לטובת שיפור המשפט.²²⁸

ד. סיכום

עריכת דין חברתית או פוליטית משתמשת בחוק ובכלים משפטיים כדי ליצור שינוי חברתי.²²⁹ שינוי, כאמור, הוא גם הליך של חדשנות ואיתגור הסטטוס-קוו הקיים.²³⁰ מצב דברים זה מגיע לשיאו כאשר מדובר בעורך הדין המהפכני או ה"מרדני", אם להשתמש בלשונו של ג'רלד לופז (López).²³¹ וחברה, כל חברה, זקוקה לעורכי דין מהפכניים. ויליאם קוויגלי (Quigley) כתב:

“There are enough lawyers in this world defending the way things are. Plenty of lawyers protect unjust people and institutions in our social, economic and political systems. Plenty of lawyers work for structures that perpetuate and increase the racism, militarism and materialism in our world. These lawyers are plentiful and well-compensated. True structural and fundamental change will not come by aiming at small revisions or reforms. If we are going to

- .RICHARD H. WIESBERG, VICHY LAW AND THE HOLOCAUST IN FRANCE (2013) 226
DAVID DYZENHAUS, JUDGING THE JUDGES, JUDGING OURSELVES: TRUTH, RECONCILIATION
AND THE APARTHEID LEGAL ORDER 114, 183, 347 (2003) 227
בין היתר על רקע דילמה זו, בין שימור לשיפור, ניתן להבין את התפלגות הנאמנויות של אנשי
המקצוע המשפטי בעתות מהפכה, בין הסדר המשפטי הישן לסדר המהפכני החדש, במהפכות
האנגלית, האמריקנית והצרפתית. ראו MICHAEL LANDON, THE TRIUMPH OF THE LAWYERS
219–240 (1970); Charles Robert Mckirdy, *A Bar Divided: The Lawyers of Massachusetts
and the American Revolution*, 16 A. J. LEGAL HIST. 205, 206 (1972); MICHAEL P.
FITZSIMMONS, THE PARISIAN ORDER OF BARRISTERS AND THE FRENCH REVOLUTION 194
Surrency; לעיל ה"ש 34, בעמ' 131–134. (1987) 228
Martha Minow, *Political Lawyering: An Introduction*, 31 HARV. C.R.-C.L.L. REV. 287, 289 229
CAUSE LAWYERING: POLITICAL COMMITMENTS AND על עריכת דין חברתית ראו (1996).
PROFESSIONAL RESPONSIBILITIES (Austin Sarat & Stuart Scheingold eds., 1998) ;ובישראל:
אהרן אנקר "ההתדיינות בשם האינטרס הציבורי והאתיקה המקצועית של עורכי-הדין" הפרקליט
לד 403 (1982); נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי
פעילות" מעשי משפט א 19 (2008); זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית", לעיל ה"ש 188.
Martha Minow, *Law and Social Change*, 62 UMKC L. REV. 171, 182 (1993) 230
GERALD P. LOPEZ, REBELLIOUS LAWYERING: ONE CHICANO'S VISION OF PROGRESSIVE LAW
PRACTICE (1992) 231

If we are going to transform our world, we need lawyers willing to work with others toward a radical revolution of our world. We need no more lawyers defending the status quo. We need revolutionaries".²³²

ואולם מלומדים רבים טוענים כי המנוע של שינוי חברתי רדיקלי (כמו מהפכה) הוא מאבק חברתי, לא-משפטי.²³³ במאמר משנת 1984 טען סטיב בכמן (Bachmann) כי שינוי חברתי משמעותי יכול לבוא רק על ידי המוני אנשים, לא על ידי עורכי הדין.²³⁴ לכן, נשאלת השאלה, מהו תפקידם של עורכי דין בשינויים חברתיים ובספרה הלב-משפטית? בכמן עונה כי עורכי דין יכולים עדיין להיות משמעותיים בקידום מאבקים לשינוי חברתי באמצעות פעילות משפטית.²³⁵ אך, פרט לתפקידים מוגבלים אלו, טוען בכמן, נראה שלעורכי דין לא תהא השפעה מהותית וישירה על שינויים חברתיים. ובמילים אחרות, ההמונים הם המנוע של השינוי החברתי, ואילו עורך הדין הוא השמן.²³⁶ כרבע מאה אחרי המאמר המקורי, בכמן נדרש שוב לסוגיה, והפעם טען כי גם אם עורכי הדין לא יהיו הכלי המרכזי לשינוי חברתי, להם תפקיד חשוב הן בארגון קבוצות והן ביצירת לגיטימציה סביב מאמצים שונים לשינוי כאמור.²³⁷ אכן, כפי שראינו, לא רק שהמסורת המהפכנית המערבית היא למעשה מסורת של עורכי דין, אלא שבכמה מהפכות המבקשות לצאת נגד הסדר הקיים ולקרוא תיגר על השלטון, לעורכי דין היה תפקיד משמעותי, לעתים אף תוך כדי סיכון חייהם. יש עדיין מקום רחב למחקרים עיוניים ואמפיריים בדבר מעורבותם של עורכי דין במהפכות, ואולי להבחין בין סוגים שונים של מהפכות ובין סוגים שונים של משפטנים ועורכי דין. במאמר זה ביקשנו לפתוח ראשית דיון באשר לאחריות החברתית של עורכי דין בעת מהפכה ולשפוך אור על חלק מהשאלות המתעוררות. במיוחד, ביקשנו להציג את המודל החדש של עורך הדין, הסוטה מן התפיסה המסורתית של עורך הדין השמרן: עורך הדין המהפכני, היוצא לרחובות, המצטרף להפגנות ומחאות עממיות ואף מוביל אותן, לעתים לשם שימור הסדר החוקתי (כמו בהונג קונג ובפקיסטן) ולעתים לשם הפיכתו (כמו בטוניס ובמצרים).

השאלה כיצד על עורך דין לנהוג בעת מהפכה היא קשה. אתיקה מקצועית היא מותנית-הקשר. היא מערבת אנשים מסוימים, במאורעות מסוימים, הנדרשים לקבל החלטות קשות במגבלות זמן ומידע חסר, החלטות שלהן השלכות עבור אנשים.²³⁸ יתרה מכך, אתיקה מקצועית, לעתים רחוקות, מתייחסת לאחריות החברתית של בעלי המקצוע. חבויות אלו

232 Quigley, לעיל ה"ש 59, בעמ' 148.

233 פד-פוקס, לעיל ה"ש 47. וראו גם את הפוסט של אמיר פד-פוקס "משפט תחת מחאה" בלוג הטרקלין (20.03.2012), זמין ב-<http://hatraklin.org/2012/03/20/1a/>.

234 Steve Bachmann, *Lawyers, Law, and Social Change*, 13 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 1, 4 (1984-1985).

235 שם, בעמ' 21-22.

236 שם, בעמ' 21.

237 Steve Bachmann, *Lawyers, Law, and Social Change – Update Year 2010*, 34 N. Y. U. REV. L. & SOC. CHANGE 499, 501 (2010).

238 HUTCHINSON, לעיל ה"ש 28, בעמ' 44.

קשורות להתנהגות המוסרית של בעלי המקצוע כלפי המוסדות והמנהגים המקצועיים, והפעולות שהם מחויבים לעשות (או להימנע מלעשות) כדי לתמוך בהם.²³⁹ אך לעורך הדין יש גם אחריות מוסרית חברתית. עריכת דין למען שינוי חברתי מונעת ממה שלובן כינה "אקטיביזם מוסרי". התמונה המצטיירת של עורך הדין האקטיביסטי, הפעיל חברתית, היא זו המתמקדת במוסריותו של עורך הדין, הפועל מתוך תחושה מוסרית של מה נכון וצודק. זהו ה-"Noblesse Oblige" של מקצוע עריכת הדין.²⁴⁰ עריכת דין כאמור כוללת החלטה מוסרית בדבר אילו קרבות חברתיים שווה להילחם, ואילו כלים עומדים לרשות עורך הדין. בדרך כלל יהיו אלה כלים משפטיים.²⁴¹ מהפכה לוקחת את עריכת הדין החברתית לקיצון. עריכת דין מהפכנית מערבת לעתים נקיטת אמצעים לבר-משפטיים. פטרישיה וויק (Ewick) כתבה כי אם אנו רוצים להבין שינוי חברתי מהפכני, עלינו להתחיל בבחינה היכן האנשים עומדים (where people are at).²⁴² השאלה היכן עורכי הדין עומדים היא שאלה קשה. כפי שציינו לעיל, המחויבויות המוטלות על עורך הדין בעת מהפכה מתנגשות, וההיסטוריה מלמדת כי בעתות מהפכה עורכי הדין התפצלו בעמדותיהם. בסופו של דבר, עם פרוץ מהפכה, כל עורך דין יפעיל את "שיקול הדעת האתי" שלו,²⁴³ ותוך בחינה רפלקסיבית,²⁴⁴ יקשיב לצו מצפונו ויפעל בהתאם.²⁴⁵ חשוב לזכור כי עורך הדין אינו כאחד האדם, והפרופסיה המשפטית אינה כמו כל פרופסיה אחרת. עמד כך פרופ' יצחק זמיר: "יש [לאלו המשפטית] תפקיד, ויש לה גם השפעה, בקרב הציבור הרחב. בכך היא שונה באופן ניכר מאלו מקצועיות רבות הפועלות ומשפיעות רק, או בעיקר, בתוך תחום המקצוע."²⁴⁶ לעניינו, החשיבות היא שהשתתפות של עורכי דין במהפכה משפיעה רבות על הלגיטימיות של הסדר המשפטי הקיים. עורכי דין נתפסים בציבור

- 239 Young, לעיל ה"ש 169.
- 240 DAVID LUBAN, *LAWYERS AND JUSTICE: AN ETHICAL STUDY*, 160 (1988); David Luban, *The Social Responsibility of Lawyers: A Green Perspective*, 63 GEO. WASH. L. REV. 955 (1995); David Luban, *The Noblesse Oblige Tradition in the Practice of Law*, 41 VAND. L. REV. 717 (1988).
- 241 John Leubsdorf, *Three Models of Professional Reform*, 67 CORNELL L. REV. 1021, 1045-1052 (1981-1982); Paul R. Tremblay, *Practiced Moral Activism*, 8 ST. THOMAS L. REV. 9 (1995).
- 242 Karen L. Loewy, *Lawyering for Social Change*, 27 FORDHAM URB. L. J. 1869, 1875 (1999-2000).
- 243 Patricia Ewick, *Postmodern Melancholia*, 26 LAW & SOC'Y. REV. 755, 761 (1992).
- 244 William H. Simon, *Ethical Discretion in Lawyering*, 101, HARV. L. REV. 1083 (1988); לימור זר-גוטמן "התמודדות עם דילמות אתיות תוך הפעלת שיקול הדעת" דין ואומר טו 4 (2006): "בסוגיות ובסיטואציות רבות לא קיימות תשובות מוחלטות אותן ניתן לגזור מכללים חקוקים ברורים. התמודדות עם דילמות אתיות מחייבת את עורך הדין ליישם עקרונות אבסטרקטיים על נסיבות כל מקרה ומקרה וזאת תוך הפעלת שיקול דעת עצמאי מורכב ויצירתי".
- 245 John J. Flynn, *Professional Ethics and the Lawyer's Duty to Self*, 1976 WASH. U. L. Q. 429 (1976).
- 246 השו"ת Zacharias, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1607: "we should acknowledge that lawyers' contributions to democracy will stem from lawyers' individual moral decisions to act. This in turn would force us to justify particular endeavors as warranting the special attention of the bar".
- 247 זמיר "האליטה המשפטית", לעיל ה"ש 28, בעמ' 686.

כמומחים לפעולה במסגרת הגבולות המשפטיים המוסדיים הקיימים. כשעורכי הדין עצמם יוצאים מגבולות ההקשר המשפטי המוסדי ומחפשים שינוי בדרכים לבר־משפטיות, מעשיהם משפיעים רבות על תפיסת הלגיטימציה של המוסדות המשפטיים ושלטון החוק, ומכאן על לגיטימיות המהפכה עצמה.²⁴⁷ מספיק לחזור לכיכר תחריר ולצפות באלפי עורכי הדין המצרים, לבושים בחליפות ועוטים גלימות, מפגינים למען מהפכה. איזו השפעה אדירה על הלגיטימיות של הקריאה המהפכנית!

247 השו" : William J. Brennan, Jr., *Are Citizens Justified in Being Suspicious of the Law and the Legal System?*, 43 U. MIAMI L. REV. 981, 985 (1989): "As members of the establishment, particularly the legal establishment, our every action has an impact on the public's assessment and acceptance of the law and the legal system. If the credibility and integrity of our legal system are impugned by the actions and omissions of lawyer-citizens, there will be no general respect for the law" *McMorrow*; לעיל ה"ש 162, בעמ' 146: "When these essential actors-lawyers and judges-disregard law unequivocally, individual citizens cannot help but question the legitimacy of our political system and the ideal of the rule of law"