

## דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים – אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

מיטל סגל-רייך\*

ייצוג לקוחות זקנים שחלה ירידה בהבנתם וביכולתם להביע דעה ורצון עקב מחלה מציב בפני עורכי הדין אתגר מקצועי ייחודי ושלל דילמות אתיות. בכללי האחריות המקצועית מופיעים מושגים רחבים המחייבים פרשנות, כמו חובת ה"נאמנות"; וסעיפים צרים, קטגוריים, כמו חובת ה"סודיות". הללו אינם מותאמים לדינמיקה של ייצוג לקוחות זקנים, בשל מאפיינים ייחודיים, כמו מעגלי תמיכה, קשרים במשפחה וכיוצא באלו. לעורכי הדין אין הנחיה כיצד לנהוג עם לקוחה מבולבלת, המעידה בפגישה שנייה ש"אינה זוכרת" את תוכן הפגישה הראשונה או את השירות המשפטי המבוקש. כללי האחריות המקצועית של עורכי הדין אינם מנחים כיצד להתמודד במקרים מורכבים של מצבים "אפורים", שבהם היעדר תובנה אצל לקוח זקן אינו גורף, אלא ניכרים סימנים שיש ליתן עליהם את הדעת. הכללים מניחים מערכת יחסי עורך דין-לקוח "נורמלית" או "סטנדרטית". הם אינם לוכדים, עקב כך, את העושר המושגי ואת המציאות המורכבת של נסיבות החיים, לרבות שינויים ביולוגיים או אחרים היכולים להשפיע על מידת ההבנה. במאמר אעמוד על דילמת הכשרות בייצוג לקוחות זקנים, ואציע המשגה מחודשת של מושג "הכשרות המשפטית". אבחין בין מושג זה לבין מושג ה"מסוגלות", שהערכתה שואבת מדיסציפלינות אחרות, ואשר מתייחסת ליכולת להבין או להביע דעה, להבדיל מ"כשרות" שהיא סטטוס משפטי. המסקנות כוללות הצעה למודל תלת-שלבי להתמודדות מקצועית עם "דילמת הכשרות". המודל מפרט דרך התנהלות מקצועית בתהליך מובנה, מרגע זיהוי הירידה ביכולת ההבנה אצל הלקוח הזקן ומרחיב את האחריות המקצועית של עורכי הדין ל"זירת המסוגלות". ירידה ביכולת להבין או להביע דעה גוררת חובות אקטיביות כחלק מסטנדרט מקצועי גבוה ומקוד אתי מוצע. המאמר עומד גם על מסגרת אתית ייחודית, בין-תחומית, למפגש עם אנשי מקצוע מדיסציפלינות נוספות, כחלק מהתהליך בעניין כשרות

\* דוקטור למשפטים, חוקרת עמיתה באוניברסיטת בר-אילן, עורכת דין במשרד המשפטים – האגף לסיוע משפטי. המאמר מבוסס על מחקר שנערך לקבלת התואר דוקטור, בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, בשנת 2013, בהנחיית פרופ' ישראל (איסי) דורון וד"ר שגית מור. המחקר בנושא "כללי אחריות ואתיקה מקצועית בייצוג משפטי של לקוחות זקנים: ההכרח במסגרת מאחדת" נתמך על ידי מענק ממאירס-ג'וינט – מכון ברוקדייל לגרונטולוגיה והתפתחות אדם וחברה, ומאשל – האגודה לתכנון ולפיתוח שירותים למען הזקן בישראל. עבודת המחקר זכתה בפרס "עבודת המחקר המצטיינת" של האגודה הישראלית לגרונטולוגיה לשנת 2014..

המשפטית של לקוח. עורכי הדין נדרשים אפוא למעורבות פעילה מתוך מודעות להיבטיה הרחבים של דילמת הכשרות, על מנת לייצג באופן מקצועי וראוי את לקוחותיהם, אשר יש חשש בנוגע למידת הבנתם.

א. מבוא. ב. הדילמה של עורך הדין. ג. מורכבות הערכות ה"מסוגלות" וה"כשרות"; 1. הבחנה מושגית בין "מסוגלות" ובין "כשרות" והצעה להפרדה; 2. זירת ה"מסוגלות": מפגש בין-תחומי. ד. היבטים מקצועיים ואתיים של פתרון הדילמה; 1. מודלים אפשריים לפעולה; 2. הצעה למתווה פעולה להתנהלות עורך הדין; 3. הצעה להתוויית נורמות מקצועיות לעורך הדין: האחריות והאתיקה המקצועית. ה. סיכום.

## א. מבוא

בתיא, אישה בשנות הארבעים לחייה, תיאמה פגישה עם עורך דין והביאה למשרדו את אמה הזקנה, גאולה, שהיא בסוף שנות השבעים לחייה ואלמנה. בפגישה אצל עורך הדין סיפרה הבת כי נקלעה לחובות עסקיים כבדים. לשם סילוקם, מבקשת אמה למכור את ביתה. לשם כך, הסבירה בתיא, נחוצים לאמה, היושבת לצדה במשרדו של עורך הדין, ייעוץ משפטי וייצוג בעריכת חוזה המכר של דירתה ובשינוי הרישום בטאבו. עורך הדין פנה אל גאולה על מנת לברר אם הדברים משקפים את רצונה, וגאולה סיפרה שהיא מבולבלת לאחרונה, ושמבחינתה "מה שבתיה אומרת – זה בסדר". כעבור יומיים התקשר עורך הדין אל גאולה כדי לבשר לה שהמסמכים מוכנים, וגאולה התנצלה ואמרה שאינה זוכרת במה מדובר. מקרה זה מעורר שאלות כבדות משקל בנוגע לחובותיו המקצועיות של עורך הדין ולנורמות של "התנהגות ראויה", במצבים שבהם מתעורר חשש בנוגע למידת הבנתה של הלקוחה ובנוגע למסוגלותה לשקף את דעתה ואת רצונה.<sup>1</sup>

לכאורה, ניתן לתהות מדוע ראוי לייחד את הדיון בייצוג במקרים מסוג זה דווקא ללקוחות זקנים, בעיקר אם רוצים להימנע ממלכודת הגילנות. ואמנם, הדיון התאורטי ולוונטי וחשוב גם לייצוגם הראוי של לקוחות שאינם זקנים בנסיבות דומות. הנחת המוצא היא אנטי-גילנית: כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם כשרותו נשללה או הוגבלה בחוק או בפסק דין, כל זאת בהתאם לסעיף 2 לחוק הכשרות.<sup>2</sup> עם זאת, הסבירות ללקות בדמנציה, אשר מתבטאת בירידה

1 הדוגמה הפותחת את המאמר חוזרת למקרה שהוצג במאמר אחר, שבחן את דילמת "מי הלקוח", סוגיה מהותית נוספת בייצוג של לקוחות זקנים. הדוגמה כאן מציגה מורכבות אחרת על רקע אותה מערכת משפחתית, אשר יכולה להתקיים במקביל או אף לחבור לדילמה במאמר הקודם, ולאתגר עוד את ההתמודדות המקצועית של עורך הדין. ראו מיטל סגל-רייך וישראל (איסי) דורון "ייצוג משפטי של לקוחות זקנים: הדילמה האתית סביב זהות הלקוח ומודלים אפשריים לפתרונה" הפרקליט נא 653 (2012).

2 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן: "חוק הכשרות"), לפיו: "כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט".

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

ביכולות שונות, עולה עם הגיל.<sup>3</sup> דמנציה איננה חלק מתהליך ההזדקנות ה"טבעי", אלא היא מחלה שמקורה בשינויים פתולוגיים ברקמת המוח ובתפקודיו בתחום הקוגניציה וההתנהגות. אולם מחקרים מראים ששכיחותן של מחלות הדמנציה עולה על 2% מגיל 65, ועל 20% מגיל 80.<sup>4</sup> לפיכך מדובר בסוגיה מהותית בכל הקשור בייצוג זקנים, אשר לה היבטים אתיים ייחודיים. יתרה מכך, דווקא ייחוד הדיון בסוגיות אלה לייצוג לקוחות זקנים עשוי לצמצם תופעות של גילנות, בכך שיעמיד סטראוטיפים רווחים במבחן המציאות ויחייב התמודדות עם. מודעות והבנה מעמיקה של הסוגיה יכולות גם לצמצם את הניסיון הרווח לערער את תקפותן של צוואות או מתנות לאחר מות הזקנים בטענה כי בעת עריכת המסמכים המשפטיים היו "נעדרי כשרות".<sup>5</sup>

ל"דילמת הכשרות" מאפיינים ייחודיים. ראשית, היא בין-תחומית במהותה ומשלבת בין דיסציפלינת "משפט הִזְקָנָה" – שבעצמה משלבת בין כמה דיסציפלינות – ובין הדיסציפלינה הרפואית, על תחומי הידע המגוונים שלה, כגון הפסיכיאטריה, הפסיכוגריאטריה או הנירולוגיה. כדי להתמודד עם הסוגיות האתיות, נדרש שיתוף פעולה, הן תיאורטי – בפיתוח מושגי והן פרקטי, בין אנשי מקצוע מהתחומים השונים. שנית, הסוגיה נוגעת לאתיקה המקצועית של שתי הפרופסיות, המשפטית והרפואית, ואולי אף של יותר מקצועות קשורים או מעורבים (פסיכולוגים, אחים ואחיות ומקצועות טיפול נוספים). גם הכרתם של שיקולי האחריות המקצועית והשיקולים האתיים של המקצועות השונים חיונית להתמודדות ראויה. ראוי אף להתוות כללי אתיקה "בין-מקצועית" שיגדירו מהי התנהגות מקצועית ראויה ביחסים בין אנשי שתי הפרופסיות וביחסים עם הלקוח. כל זאת, מתוך ראיית האתגרים האתיים של כלל הדיסציפלינות הקשורות, אשר בחינה דיכוטומית עלולה להחמיצם. המפגש קריטי: לא רק שההתמודדות המקצועית נושקת זו לזו, אלא שההכרעה הפנים-מקצועית בסוגיה לעתים נשענת על ההכרעה הפנים-מקצועית של הדיסציפלינה האחרת באותו מקרה, שואבת ממנה ואולי אף תלויה בה. מטבע הדברים יעסוק מאמר זה בהתמודדות המקצועית של עורכי הדין

3 רבקה מקייס "אפוטרופוס לחסוי הבוגר – התמודדות הדין עם המציאות המשתנה" משפחוק – סוגיות בבית-המשפט ובבית-הדין כתב עת לענייני משפחה כרך א 81, 84 (יאיר שיבר עורך, 2009). לנתונים נוספים ומחקר על אודות שכיחות המחלה, ראו עמותת "עמדה" לחולי דמנציה, אלצהיימר ומחלות נוספות בכתובת [www.alz-il.net](http://www.alz-il.net) (נבדק לאחרונה ב-23.8.2014), ובין היתר, כי בישראל אחד מכל חמישה זקנים לוקה באלצהיימר. דו"ח של איגוד האלצהיימר הבין-לאומי מלמד שעד שנת 2030 יוכפל מספר חולי הדמנציה ויגיע לכ-70 מיליון אנשים בעולם, ראו באתר ארגון האלצהיימר הבין-לאומי – ADI – בכתובת [www.alz.co.uk](http://www.alz.co.uk) (נבדק לאחרונה ב-23.8.2014). לדו"ח זה ולמחקרים נוספים, ראו תחת הכותרת "Global Knowledge", שם.

4 ארנולד רוזין "סוגי המחלות הדמנטיות והטיפול בהן" אלצהיימר ודמנציות אחרות – הטיפול והתמודדות המטפלים עם תשושי נפש בקהילה 13 (רחל ברנבאום עורכת, 2010).

5 המושג "לקוחות זקנים" מתייחס, במאמר זה, למי שהם מעל לגיל הפרישה (כמשמעותו בחוק גיל פרישה, התשס"ד-2004), הזכאים ל"קצבת זקנה" ומוכרים כ"אזרחים ותיקים" על פי החוק בישראל, זאת על אף הביקורת של הכותבת על עצם הקישור המידי בין "גיל" ובין "זקנה", שכשלעצמה מגוונת ועשירה ברבדים, מעבר לפרמטר ה"גיל" הטמון בה. לדיון מקיף בסוגיית המורכבות וההצדקה ל"קטגוריזציה" זו ראו בין היתר אצל רות בן-ישראל וגדעון בן-ישראל מי מפחד מהגיל השלישי (2004).

ובמסגרת המקצועית והאתית להכרעתם, על רקע מורכבותו של הממשק בין הדיסציפלינות והעושר של המושג "כשרות".

ואמנם, כללי האחריות המקצועית של עורכי הדין<sup>6</sup> אינם מנחים כיצד להתמודד במקרים מורכבים של מצבים "אפורים", שבהם "היעדר" השיפוט והתובנה של הלקוח אינו "ברור", ורק ניכרים סימנים לירידה ביכולות, סימנים שהחברה מתייגת כ"קושי" או כ"חוסר יכולת".<sup>7</sup> הכללים מניחים מערכת יחסי עורך דין-לקוח "נורמלית", במובן זה שהלקוחות הם בעלי כשרות מבחינה משפטית. עקב כך הם אינם לוכדים את עושר המושגים ואת המציאות המורכבת. לשם השוואה אציג את הדין האמריקני, הכולל הסדרים קונקרטיים בהקשר זה. אפתח בתיאור מורכבות הדילמה בייצוג לקוח זקן אשר ניכרת ירידה במידת הבנתו, ומסוגלותו לקבל החלטות מוטלת בספק. בפרק ג' אעסוק במורכבות הערכת הכשרות ובייחוד במפגש בין איש הפרופסיה המשפטית לבין איש הפרופסיה הרפואית לצורך בירורה. בפרק ד' אתווה מודלים וקווים מנחים מוצעים להתמודדות מקצועית עם הדילמה.

## ב. הדילמה של עורך הדין

הדילמה המוצגת במאמר זה ייחודית הן בהיבטיה ה"חיצוניים", בהיותה בצומת שבין דיסציפלינות ובצומת שבין אתיקה של מקצועות שונים, והן בהיבטיה ה"פנימיים", בהיותה רב-ממדית. דילמת הכשרות נעה במרחבי הזמן, יכולה להתעורר בכל שלב של הייצוג ולא דווקא בראשיתו, ומנגד אף לעלות כבר במפגש ההיכרות או הייעוץ. בכל אחד מהשלבים ישנם שיקולים והיבטים אתיים ייחודיים. בסיסה של הדילמה הוא בקונפליקט שבו מצוי עורך הדין בין חובת נאמנותו ללקוח שלכאורה ניכרת ירידה במידת הבנתו ובין חובת נאמנותו לבית המשפט, למקצוע, לחברה ולערכיו.<sup>8</sup>

ככלל, ההנחה הבסיסית בחוק היא שכל אדם הוא בעל כשרות משפטית, אלא אם כן זו נשללה או הוגבלה על פי הדין.<sup>9</sup> אין ליפול למלכודת הגילנות, המייחסת חוסר הבנה או שיפוט לקוי לאנשים זקנים.<sup>10</sup> עצם העובדה שלמשרדו של עורך דין נכנס אדם בן 98 ומבקש לערוך צוואה, אינו מצדיק אפריורית דרישה לקבל תעודה רפואית שלפיה הלקוח אינו סובל מדמנציה,

6 כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: "כללי האחריות המקצועית").

7 MICHAEL OLIVER, UNDERSTANDING DISABILITY: FROM THEORY TO PRACTICE 32-37 (1996);

Tom Shakespeare & Nicholas Watson, *The Social Model of Disability: An Outdated Ideology?* 2 RES. SOC. SCI 9 (2002)

8 ס' 53, 54 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; ס' 2, 32 לכללי האחריות המקצועית. ראו

בהקשר זה גם, William H. Simon, *Ethical Discretion in Lawyering*, 101 HARV. L. REV. 1083, 1084-1090 (1988).

9 ס' 2 לחוק הכשרות.

10 את המונח Ageism טבע בשנת 1968 הפסיכיאטר, ד"ר רוברט באטלר, מי שהיה המנהל הראשון

של ה-National Institute on Aging האמריקני, והגדירו כיצירה שיטתית של סטראוטיפים ושל הפליה נגד אנשים רק כי הם זקנים, כמו גזענות בנוגע לצבע עור ומיננות בנוגע למין, ראו Robert

.N. Butler, *Age-ism: Another Form of Bigotry*, 9 THE GERONTOLOGIST 243 (1969)

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

כתנאי לעריכת הצוואה. עם זאת, מסיבות שונות, אם בשל מחלה דוגמת דמנציה ואם מסיבה אחרת, יכולה להיגרם ירידה ביכולות מנטליות, ובעקבותיה ירידה במסוגלות להבין מידע רלוונטי לקבלת החלטות או להבעת רצון. בירידה מסוג זה יש כדי להשליך על האפשרות לקשור קשרי עורך דין-לקוח, אשר במסגרתם הלקוח נדרש להיות בעל מסוגלות להבין את האפשרויות המשפטיות השונות, את השלכותיהן ואת הצורך במסמך מסוים וכן להביע דעה עצמאית. לעורך הדין אין הכישורים או הכלים לביצוע בחינה קלינית של מסוגלות ותחושתו היא יותר אינטואיטיבית ופרי ניסיונו המקצועי ותפיסת עולמו. אולם אם מתעורר ספק, יש מקום לבריור מקיף מתוקף חובותיו המקצועיות של עורך הדין ובשל סטנדרטים אתיים.<sup>11</sup> הקושי הוא מעשי, בעיקר בהעברת מידע בין הצדדים עקב חוסר הבנה הדדית.<sup>12</sup> התוצאה עלולה להיות ייצוג משפטי לקוי, שאינו נאמן לדרכו של הלקוח.<sup>13</sup> מבחינה אתית, כשהתקשורת נפגמת במהלך הייצוג המשפטי ולכאורה נפגמת אף מסוגלות הלקוח להבין או לבטא את רצונו, עורך הדין נמצא בכמה קונפליקטים. ראשית, בכל הקשור לנאמנותו ללקוח: הוא מפסיק לייצג את "רצון הלקוח" ועשוי לעבור לייצג את "טובת הלקוח" למיטב הבנתו שלו.<sup>14</sup> מדובר בשינוי מושגי, בעל נפקויות אתיות רחבות. שנית, בכל הנוגע לנאמנותו לבית המשפט: כאשר עורך הדין מייצג אדם שמידת הבנתו אינה ברורה, מתעוררת שאלה בנוגע לחובת הדיווח ולהיקפה. שלישיית, ייתכן אף קונפליקט בין מחויבותו לבית המשפט לבין מחויבותו ללקוח – לנאמנות ולסודיות.<sup>15</sup> ובדוגמה הפותחת, עורך הדין נדרש להכריע: האם לזמן את גאולה, להסביר לה שוב ולהחתימה על המסמכים? האם נדרש אישור רפואי בנוגע למידת הבנתה? האם טענתה בלבול ולאבדן הזיכרון בנוגע לתוכן הפגישה היא אינדיקציה משמעותית? באילו נסיבות צריכה להידלק "נורת אזהרה" אצל עורך הדין? כיצד עליו לפעול ואילו השלכות יש לפעולותיו על יחסיו עם גאולה ועל חובותיו כלפיה?<sup>16</sup> יתרה מכך, ככל שהירידה המנטלית לכאורה נראית חמורה יותר, ייתכן שיידרשו אף פעולות הגנה כדי להבטיח את בריאותה ואת ביטחונה האישי והכלכלי של גאולה. פעולות "הגנה"

- John E. Donaldson, *Ethical Considerations in Advising and Representing the Elderly*, C682 11  
.A.L.I. – ABA 173 (1991)
- Robert B. Fleming & Rebecca C. Morgan, *Lawyers' Ethical Dilemmas: A* 12  
"*Normal*" Relationship when Representing Demented Clients and Their Families, 35 GEO.  
.L. REV. 735, 742 (2001)
- Jay J. Sangerman, *Ethical Considerations for Elder Law Attorneys*, 219 PRAC. L. INST./EST. 13  
.PLAN. & ADMIN. 395 (1993)
- Bruce A. Green & Nancy Coleman, *Foreword Special Issue: Ethical Issues in Representing* 14  
*Older Clients*, 62 FORDHAM L. REV. 961 (1994)
- Marilyn Levitt, *The Elderly Questionable Competent Client Dilemma: Determining* 15  
*Competency and Dealing with the Incompetent Client*, 1 J. HEALTH CARE L. & POL'Y 202  
(1998).
- במסגרת התמודדות עם הדילמה "מי הלקוח", החורגת מהדיון במאמר זה, ניתן היה לשאול גם אם 16  
ובאיו מידה ראוי לשתף את בתיה ברבריה של גאולה בשיחת הטלפון ובתחושת עורך הדין או  
בחששו בנוגע למידת הבנתה של גאולה.

אקטיביות<sup>17</sup> מסוג זה עלולות לעורר שאלות בנוגע למהות הנאמנות ללקוח, וספק אם פעולות מסוג זה מתיישבות עמה ומתאפשרות מתוקף ייפוי הכוח שהלקוחה נתנה לעניין משפטי מסוים.<sup>18</sup> עורך הדין נדרש להכריע אם לערב גורמי רווחה, בני משפחה או מקורבים; אם ראוי וניתן לפעול למען קבלת תמיכה, ליווי או אף נקיטת הליך אפוטרופסות; אם הוא עצמו יכול להתמנות כ"אפוטרופוס לדין" לעניין המשפטי הרלוונטי, או שהוא אולי כלל אינו יכול לייצג. הקונפליקטים הפנימיים במקרה זה אינם נוגעים רק למשולש לקוח-עורך דין-בית משפט. למשל, אם עורך הדין מגיע למסקנה שאין מנוס מקבלת חוות דעת רפואית נוכח חשש ממשי למידת הבנתה של הלקוחה שאינה זוכרת את תוכן פגישתם, והיא נותנת לכך הסכמתה, ישנה דילמה אתית מובנית כבר מעצם בחירת המומחה, אשר ככלל נעשית מתוך שיקול כלכלי ובהתאם ליכולת של הלקוח. ההערכה הרפואית יכולה אפוא להיות מוטית בשל חסמים כלכליים, שיכתבו מי יהיה המומחה הרפואי שייתן חוות דעת מתוך קבוצת המומחים הרלוונטיים שנתגבשה משיקולי תקציב. תיתכן מגבלה כלכלית שתמנע קבלת חוות דעת נוספת, שיכולה הייתה לשפוך אור אחר על התנהגויות מסוימות, ובוודאי בכל הקשור להערכות חלופיות (תפקודיות, סוציאליות) לחוות הדעת הרפואית המקובלת במקרים אלה. הפניית הלקוחה למומחה שיעריך את הבנתה יכולה להשליך מהותית על חייה בעתיד, שמעתה יתווגו לפי אבחנה מסוימת. לפיכך מוטלת על עורך הדין אחריות מקצועית כבדה בבחירה לעשות כן. ההפניה לקבלת אבחון משליכה מטיבה על יחסי האמון ועל הדינמיקה העתידית של יחסי עורך הדין והלקוח.

ההתמודדות במקרים אלה מורכבת אף במישורים נוספים. ראשית, האדם שמידת הבנתו מוטלת בספק יכול להיות לקוח שפנה עצמאית, או לחלופין מי שפנו בעניינו – אולי אף הצד שכנגד. ישנם הבדלים בין אופי המחויבות ללקוח והיקפה במקרים אלה לבין אופי המחויבות והיקפה במקרים אחרים. יתר על כן, ייתכן שמקורב ליווה את הלקוח לפגישה עם עורך הדין והיה דומיננטי יותר ממנו, כמו במקרה של גאולה ובתיה. ואמנם, ייצוג לקוח בעל דמנציה מציב אתגר משמעותי בפני מודל הייצוג המקובל, שכן לא אחת מעורבים בני משפחה או מקורבים, אם ממניעים תמימים ומדאגה כנה ואם מאינטרסים כלכליים. על עורך הדין מוטלת החובה לבחור במודל הייצוג הראוי בנסיבות,<sup>19</sup> ולוודא מי הלקוח ולמי מופנית נאמנותו המקצועית.<sup>20</sup> שנית, יש חשיבות למהות השירות המשפטי המבוקש: ייתכן שמטרת הפנייה לעורך הדין הייתה רק להכריע בנוגע לכשרותו המשפטית של אדם זקן, נניח כאשר בן משפחה מבקש להתמנות לאפוטרופוס. מאידך גיסא, אפשר שהבירור לעניין הכשרות הוא הליך לוואי לייצוג המשפטי, אשר במהלכו יתעורר צורך בבחינת כשרות משפטית. בהליכים לקיום צוואה, לדוגמה, מתעורר צורך בבחינת כשרותו המשפטית של המצווה המנוח, כדיעבד, אגב ההליך

17 לסוגי פטרנליזם: Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, 1 CANADIAN JOURNAL OF PHILOSOPHY 105 (1971).

18 Fleming & Morgan, לעיל ה"ש 12, בעמ' 741.

19 סגל-רייך ודורון, לעיל ה"ש 1.

20 Nancy C. Nawrocki, *Ethical Challenges in Serving the Elderly Client*, 37 ADVOC. 16 (Idaho, May 1994).

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

העיקרי. בשני המקרים האלה, על אף השוני ביניהם, ההכרח בכירור הכשרות ידוע וגלוי ובלתי-  
נמנע, לכאורה.

שלישית, המקרים המורכבים יותר, שבהם מתעוררת הדילמה במלוא עצמתה, הם מקרי  
התפר, שבהם העניין מתעורר לא כחלק אינטגרלי מההליך המשפטי, אלא במקביל לו. כך היה  
במקרה של גאולה, שפנתה יחד עם בתה לצורך עריכת חוזים וניכר בה בלבול. החובה כאן  
איננה חובה שבחוק או חלק פורמלי מההליך המשפטי, אלא חובה אתית. החובה כאן "סמויה"  
– לכאורה לייצוג, שעניינו עריכת חוזה מכר ואינו צפוי להגיע לשערי בית המשפט. רק יזמה  
עצמאית ומודעות אתית, הכוללת רגישות לסימנים מסוימים, יניעו הליך של בירור במקרה זה.  
ורק מודעות לאפשרויות הפעולה ולמחויבויות המקצועיות ולמערכת השיקולים האתיים  
בהקשר זה, תאפשר נקיטת פעולה מושכלת, אשר בנוגע למהותה או להיקפה אין הנחיות,  
בשלב זה.<sup>21</sup>

מערכת השיקולים האתית והמחויבות המקצועית תלויות גם בשלב שבו מצוי ההליך  
המשפטי, בשעה שמתעורר ספק בנוגע למידת הבנתו של האדם הזקן. ייתכן שהספק יתעורר  
עוד בטרם נקיטת ההליך המשפטי ובטרם ייצוג, כמו במקרה של גאולה. אולם ייתכן שהספק  
יתעורר בהליך משפטי קיים, למשל כאשר עורך הדין מייצג אישה בהליכי גירושין וערב לפני  
הדין בגט ניכר מדברי האישה "שיפוט לקוי" של המציאות, לכאורה, או ערב החתימה על  
הסכם פשרה בתביעה נזיקית. ייתכן אף שהספק בנוגע למידת ההבנה יתעורר בדיעבד, לאחר  
תום ההליך המשפטי, מתוך סימנים שלפני כן לא ניתנה עליהם הדעת. נדמה כי למידת  
התקדמותו של ההליך המשפטי ישנן השלכות על אופי מחויבותו של עורך הדין ועל טווח  
אפשרויות הפעולה שבפניו. שכן, כאשר מתקיים הליך משפטי, בית המשפט נכנס כגורם  
משמעותי נוסף, במסגרת החובות המקצועיות ושיקול הדעת האתי, באשר עורך הדין חב לו  
נאמנות וסיוע בעשיית המשפט. והנה ממד נוסף בסוגיה זאת, אשר יכולה להתעורר בשלבים  
שונים של ההליך המשפטי, ומערכת השיקולים המקצועיים והאתיים צריכה להתקיים באופן  
יחסי לאותו שלב.

ניתן גם להבחין בין החובות המקצועיות ומערכת השיקולים האתיים השונים לפי תחום  
הייצוג המשפטי, אם פלילי או אזרחי, ואם אזרחי – תלוי בתחום, שכן להליך בעניין כשרות יש  
השלכות שונות בהליכים שונים. כאשר, לדוגמה, הייצוג הוא בהליך פשיטת רגל והשאיפה היא  
שהחייב הזקן יופטר מחובותיו – אזי הליך בירור כשרותו של האדם הזקן, לא רק שלא "יזיק"  
להליך המשפטי המקורי, אלא אף עשוי "לסייע" להצלחתו, בביסוס הטענה בדבר היעדר  
תועלת בהמשך הליכי הגבייה. מאידך גיסא, ייתכנו מקרים שבהם הליך לבירור כשרותו של  
לקוח זקן עלול לעכב או אף לא לאפשר את ההליך המשפטי המקורי שלשמו נשכרו שירותיו  
של עורך הדין, כמו למשל בענייני אישות, שכן ספק אם בית דין רבני ייתן פסק דין לגירושין  
כאשר ישנו ספק ממשי באשר למידת ההבנה. חוסר כשרות משפטית, למעשה, ובהיעדר כללים  
ברורים לנסיבות ולאופן בירור, הוא "כלי" שיכולה להיעשות בו מניפולציה לשם תמרון

21 את הרעיון להבחנה בין "סמוי" ל"אגב" שאבתי מהגדרות בכללי התקשורת (בזק ושירותים)  
(תשדירי פרסומת, תשדירי שירות והודעות חסות בשירותי ערוץ ייעודי), התשס"ד–2004.

ההליך המשפטי, בהתאם לתוצאה הרצויה. יתרה מזאת, גם למסגרת המקצועית של עורך הדין השפעה על סוג הקונפליקט וטווח אפשרויות הפעולה. יש הבדל במערכת השיקולים ואופי הדילמות בייצוג שהוא פרטי, בייצוג במסגרת השירות הציבורי או בייצוג דרך עמותה, שמטרתה קידום אג'נדה מסוימת.

גם למאפיינים הייחודיים של כל לקוח זקן השפעה על מורכבות ההתמודדות. בהם ניתן למנות את מצבו המשפחתי של האדם הזקן ואופי הקשרים במשפחה, דהיינו "מעגלי התמיכה"; סביבת מגוריו: דיור מוגן, מגורים עצמאיים או מגורים אצל המשפחה; מצבו הפיזי ומידת הניידות שלו; היותו נתמך על ידי שירותים סוציאליים; קשריו החברתיים; קיומם של בעלי עניין מסוגים שונים; הרקע הנפשי שלו או רקע רפואי אחר; תלותו או מצוקתו. אם נוסף על החשש בנוגע למידת הבנתו של לקוח זקן ישנו גם חשש לנסיבות של תלות, לא כל שכן לניצול או להתעללות, מסגרת השיקולים האתיים מתרחבת, וסוגיות של הגנה על הלקוח מול פגיעה באוטונומיה שלו מקבלות משקל-יתר במאזן השיקולים.<sup>22</sup>

ייצוגו של לקוח שיש חשש בנוגע למידת מסוגלותו רצוף אפוא התמודדויות מקצועיות ואתיות. המקרים המורכבים ביותר הם מצבי הביניים, כשחוסר ההבנה או הקושי מתגלים ברמז, ואז חובת הבירור שבהם סמויה להליך העיקרי. או אז על עורך הדין לא רק לבחור בדרך הפעולה הראויה, אלא גם לבחור להתמודד ולא לעצום את עיניו נוכח אירוע חד-פעמי או אמירה במשרדו, בחירה שתנבע מחובותיו המקצועיות וממצפוננו האתי. ועם זאת, גלישה למגננה יתרה על לקוח זקן מבולבל עלולה להיות פטרנליסטית ונגועה בגילנות. וכך, בעניינה של גאולה, חלה על עורך הדין חובת בירור "סמויה", שכן היא איננה מובנית בהליך המשפטי. רק הוא יודע שגאולה לא זכרה את תוכן פגישתם, שכן היא סיפרה לו על כך בשיחת טלפון. דרך פעולתו בעקבות זאת נתונה לשיקול דעתו בלבד, שכן הדבר מתקיים במרחב האתיקה המקצועית. ואם לא די בשאלות האתיות הרבות המתעוררות מעצם הייצוג העומדות לפתחם של עורכי הדין, הרי גם השיח המושגי בהקשר זה וגם ההערכה המקצועית של מהי כשרותם הם מורכבים ובלתי-אחידים. תרגום מידי וטכני של אבחנה רפואית למושגים של כשרות, יכול לעשות עול לאדם שכל שנדרש לו הוא ליווי או תמיכה. אותו אדם עלול למצוא את עצמו במסלול מהיר לשלילת עצמאותו באמצעות אפוטרופסות, הליך שאליו דלת הכניסה רחבה למדי, וככלל אין בו צמתים מוגדרים ומחייבים לצורכי בקרה, לא כל שכן ליציאה.<sup>23</sup>

להכרעה בדילמה ולבירור סוגיית הכשרות יש אף חשיבות מעשית ומקצועית באשר לביטחון המשפטי העתידי. יכול להיווצר מצב שעורך דין עורך צוואה ללקוח זקן על אף

22 Mark Falk, *Ethical Considerations in Representing the Elderly*, 36 S.D. L. REV. 54 (1991)

23 היציאה היא רק בסוף ה"מסלול", ללא צומתי ביניים, וזאת בעילות קיצוניות המפורטות בחוק: אם בוטלה פסלות הדין, אם בית המשפט קבע שהושגו מטרות האפוטרופסות, עם מות החסוי, עם התפטרות או פיטורי האפוטרופוס, ראו ס' 60–63 לחוק הכשרות. נכון להיום, אין חובת בקרה במהלך האפוטרופסות, או צמתים מחייבים לבחינה חוזרת של מידת המסוגלות, של שינויים שחלו בה, של שינוי בצורכי החסוי, וכיוצא בזה. על האפוטרופוס אין כל חובה חוקית, כחלק מתפקידו, לוודא מפעם לפעם את הצורך באפוטרופסות, או ליידע את החסוי בדבר האפשרות שלו לעשות כן, וגם הרשויות, מחלקות הרווחה, לדוגמה, אינן נתבעות לכך. כך שאם לא נקבעה האפוטרופסות כזמנית ואד הוק, היא יכולה להימשך מעבר לנדרש.



דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

חששותיו בנוגע למידת הבנתו או בנוגע להיותו נתון להשפעה בלתי-הוגנת, אינו מוודא את הסוגיה ואינו משתף את הלקוח בסיכונים הכרוכים בכך, ובסופו של דבר הצוואה נפסלת. במקרה כזה יש לכאורה הפרת חובה אתית של עורך הדין. אם אמנם הייתה השפעה בלתי-הוגנת, משמע שעורך הדין לא ייצג את לקוחו כהלכה, וגם לא מילא את חובתו האתית להפסיק את ניצולו לרעה. אם לא הייתה השפעה בלתי-הוגנת ובכל זאת הצוואה נפסלה, משמע שעורך הדין לא עיגן את יכולת הלקוח לצוות, אף כי צריך היה להיות ער לסימנים המצדיקים שיעשה כן.

הדילמה למעשה עשירה ומורכבת מתתי-דילמות. השאלה המרכזית היא: האם ראוי שעורך דין יתחיל או ימשיך "לייצג" לקוח, דהיינו לפעול בשמו ולמלא אחר הוראותיו, אם קיים ספק בנוגע למידת הבנתו, אשר יכולות להיות לו השלכות בנוגע לכשרותו המשפטית? אפשרות קיצונית אחת היא כי אל לעורך הדין לייצג במצב כזה, ועליו "להפסיק טיפול" לפי סעיף 13 לכללי האחריות המקצועית או הוא רשאי "שלא לקבל ענין לטיפול" לפי סעיף 12 לכללים. אפשרות קיצונית שנייה היא שעורך הדין יכול לייצג כפי שהוא מייצג כל לקוח רגיל. אין הנחיה בכללים כיצד יש להכריע בדילמה או בנוגע לפתרונות ביניים מגשרים, אשר יתנו מענה מהותי מתוך התמקדות בלקוח. מנגד, העושר האתי ונורמות ראיות של אתיקה מקצועית, מכתביים התייחסות למצבי הביניים, דהיינו לא בחירה בין "התעלמות תוך הפסקת ייצוג" ובין "התעלמות תוך ייצוג", אלא מגוון תאורטי של אפשרויות פעולה, שעיקרן הוא התייחסות תחת התעלמות. התמודדות אתית עם הדילמה איננה אפוא בחירה בין שתי אפשרויות במובנה המילולי של המילה "דילמה", אלא היא מכתביה יצירת יריעת אפשרויות רחבה לפעולה. זיהוי הדרך המתאימה תאפשר לייצג לקוח ולהבהיר את סימני השאלה, על מנת לנסות להגשים את רצון הלקוח, ולשמור את טובתו ועל האינטרסים שלו, כל זאת באיזון הנאות.

מרגע שעורך הדין בוחר להתייחס לסוגיה ולא להתעלם ממנה, הוא למעשה מייצג לקוח שיש ספק בנוגע למידת הבנתו. הברור וההתלבטות הם חלק ממהלך הייצוג. בשלב הראשון בידי עורך הדין רק "סימנים". האדם לא הוכרז "פסול דין", כשרותו לא נשללה, ואין מניעה חוקית, רק סביב ה"ספק" בהבנתו, שייפה את כוחו של עורך דין לייצגו משפטית. גם "חסוי", שנמצא כמי ש"אינו יכול לדאוג לענייניו" לפי סעיף 33(4) לחוק הכשרות, רשאי לייפות את כוחו של עורך דין, ולראיה לא חלים לגביו סעיפי בטלות הפעולות המשפטיות (החלות על קטין ועל פסול דין), ותוקפן נבחן לפי דיני החוזים הכלליים.<sup>24</sup> לטעמי, גם "פסול דין" יכול לייפות את כוחו של עורך דין, אף כי פעולותיו המשפטיות מקבילות לאלה של קטין, טעונות הסכמת הנציג וניתנות לביטול.<sup>25</sup> שאם לא כן, לעולם לא יוכל לעמוד על זכויותיו, כשיש להבחין בין פעולות משפטיות הקבועות בסעיף 2 לחוק הכשרות ובין מתן ייפוי כוח לעורך דין, שהוא בגדר "זכות" לפי סעיף 1 לחוק, אשר איננה נשללת לעולם.<sup>26</sup> יתר על כן, ועל מנת לחזק

24 להגדרת "חסוי" ראו ס' 80 לחוק הכשרות.

25 ס' 4–9 לחוק הכשרות.

26 הדברים מתיישבים עם תק' 32–35 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, אשר מרבות ואינן יוצרות הסדר שלילי. לפי התקנות, פסול דין "רשאי" לתבוע על ידי אפוטרופוס או ידו הקרוב, אולם אין איסור שיעשה כן בעצמו; אין "לצרפו" לתביעה, אולם אין מניעה שיתבע עצמאית;

את הטיעון שכל אדם יכול למסור ייפוי כוח לעורך דין ללא קשר ל"מידת" הבנתו – לכאורה, ואף אם הוכרו "פסול דין" ומונה לו אפוטרופוס לסייע בניהול ענייניו, הרי לפי חוק הכשרות הסכמת האפוטרופוס לפעולה שביצע פסול דין יכולה להינתן מראש או למפרע,<sup>27</sup> והפעולה תקפה ממילא אם היא פעולה שכיחה ומקובלת.<sup>28</sup> אם כך, ההנחה צריכה להיות של הסכמה אפריורית של כל נציג או אפוטרופוס לפעולה משפטית של מתן ייפוי כוח על ידי פסול הדין, שהיא בגדר זכות, כאמור, וכן כי זו פעולה שכיחה, שדרכם של אנשים לעשות כמותה, ולפיכך איננה בטלה או ניתנת לביטול בדרכים הקבועות בחוק הכשרות.<sup>29</sup> יתר על כן, הכרזה בדבר פסלות היא לעולם הכרעה חברתית: לפי הנורמות המקובלות במקום ההכרעה, התנהגות מסוימת מצדיקה, לכאורה, שלילת כשרות והכרזת "פסלות דין", אולם מסגרת נורמות שונה יכולה הייתה להכתיב באותן נסיבות הכרעה אחרת. לפיכך, לטעמי, גם הכרזת הפסלות אינה יכולה לשלול עמידה על הזכויות, אשר לשמה ניתן להסתייע בייצוג משפטי, להבדיל ממימושן של פעולות משפטיות. אדם תמיד יכול לפנות לעורך דין לשם ברור ומיצוי זכויותיו ללא קשר לתיוג או להגדרה משפטית כזו ואחרת, אלא שאז לעורך הדין אחריות מקצועית ואתית ייחודית. כך או כך, ניתן וחשוב לייצג אדם חסוי או פסול דין, ואין מניעה לכך, לא כל שכן מי שיש אך ספק במידת הבנתו.<sup>30</sup>

מובן שדריגות שונות של ספק בנוגע לפוטנציאל "חוסר הכשרות", לכאורה, צריכות להצדיק רמות שונות של ברור ופעולות שעל עורך הדין לשקול לנקוט. בין תתי-הדילמות העומדות בפני עורך הדין במצבים אלה, נדמה שראוי לשקול התלבטות בסוגיות האתיות הבאות: האם ראוי להפנות את הלקוח לשם קבלת חוות דעת שתאשר בפרמטרים ה"מקובלים" את יכולתו להבין ועד אז להשהות את ייצוגו? האם ראוי ליידע את הלקוח שנראה שהוא חסר מסוגלות ולפיכך לא ניתן להמשיך ולייצג אותו במצבו הנוכחי? האם ראוי ליידע את משפחתו שנראה שהלקוח חסר מסוגלות? איך מתיישב הדבר עם חובת הסודיות והפרטיות? האם ראוי לפנות לבית המשפט, ללשכת עורכי הדין, ללשכת הרווחה או לגורם זר ולהודיע כי יש צורך למנות אפוטרופוס ואיך זה מתיישב עם חובת הנאמנות ללקוח? האם ראוי להכפיף את הייצוג למגבלות כלשהן, ולהימנע למשל ממהלכים שעלולים לפגוע בלקוח כלכלית ולדאוג ל"אינטרסים" שלו בשבילו? האם ראוי שתחול חובת זהירות מוגברת בנוגע ללקוח עד שמוודאים את יכולתו להביע דעה ורצון?

לדילמות אלה ולאחרות אין הכוונה בכללים. חובת עורך הדין הקבועה בכללים היא לייצג "את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס

בתקנה 35 מתואר פסול דין מפורשות כמי ש"תובע לברו". פשרה וכיצא בזה מחייבים את אישור בית המשפט.

27 להסכמה מראש "לסוג מסוים של פעולות" ראו ס' 4 לחוק הכשרות.

28 ראו לעניין זה ס' 6 לחוק הכשרות לעניין קטינים, והחלתו על פסולי דין בס' 9.

29 ס' 5, 6 ו-9 לחוק הכשרות.

30 בימים אלה מונח על שולחן ועדת חוק חוקה ומשפט בכנסת תזכיר חוק לתיקון חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ובמסגרת התזכיר הוצע לבטל את ההגדרה המשפטית "פסול דין", ולקבוע מסגרת חלופית להגבלת הכשרות המשפטית, ראו באתר משרד המשפטים:

[www.justice.gov.il](http://www.justice.gov.il)

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

כבוד לבית המשפט".<sup>31</sup> אף כי אין מענה יחיד המתאים תמיד, יש מקום להתלבט בדילמות הללו בכל מקרה לגופו, מתוך מודעות למורכבות הסוגיה. אם כך, ולצורך התוויית דרך פעולה ראויה, אציג היבטים שונים של הדילמה החיוניים, לטעמי, לשם ההכרעה. בהמשך אבחן את ההתלבטות המהותית שבלב הדילמה, בין קיום רצונו של אדם ובין שמירה על "טובתו".  
אקדים ואציין ש"כשרות" היא מושג יחסי, מורכב, אפרפר, משתנה, גילני לעתים, תרבותי ושנוי במחלוקת. הערכת הכשרות איננה נשענת על פרמטרים אחידים. כל הרעיון של זיהוי "חוסר כשרות", לכאורה, אצל לקוח הוא עיקרון שאני מבקשת להטיל בו ספק, להציע את המשגתו מחדש, ולעמוד על רב-גוניותו.

### ג. מורכבות הערכות ה"מסוגלות" ו"הכשרות"

הערכת הכשרות והגדרתה היא מורכבת: החל מבלבול מושגים, דרך ההליך להגבלתה, וכלה בשימוש האינסטרומנטלי שנעשה בה בתחומי משפט שונים, המשקף נורמות תרבותיות ושיקולים של פוליטיקה פרופסיונלית. הפרדה מושגית והתייחסות מצמצמת לכשרות, תוך הבחנה בין אופן הערכתה ובין משמעותה החוקית, מקדמות את עורך הדין בהתמודדות עם "דילמת הכשרות".

#### 1. הבחנה מושגית בין "מסוגלות" ובין "כשרות" והצעה להפרדה

המושגים "מסוגלות" (competence) ו"כשרות" (capacity) משמשים בפרקטיקה בערבוביה,<sup>32</sup> אף כי המונחים מתייחסים לשתי קונספציות מובחנות זו מזו.<sup>33</sup> המונח "כשרות" בהקשר ביצוע פעולות משפטיות מתייחס רק להכרה משפטית פורמלית בנוגע לאפשרות החוקית של אדם לבצע פעולות בעלות תוצאות משפטיות. המונח "מסוגלות" בהקשר זה צריך להתייחס להתרשמות בנוגע ליכולתו של אדם לעשות פעולה מסוימת, נניח לקבל החלטות, וראוי להבחין בין השניים.<sup>34</sup> כתיבה משפטית משלבת אף שימוש בווריאציות לשוניות נוספות, ובהן "כשירות" ו"כושר",<sup>35</sup> אולם נדמה שיש מקום לשיח אחיד וברור בהקשר זה, שלעצם השימוש בו יש ערך מעצים.

31 ס' 2 לכללי האחריות המקצועית.

32 "The terms 'capacity' and 'competency' have both legal and medical connotations, depending on the context in which they are used. Where mental and functional capabilities are concerned, 'capacity' generally is a legal concept, while 'competency' usually is a medical or clinical concept" Richard F. Spiegler & Spencer J. Crona, *Legal Guidelines* and Methods for Evaluating Capacity, 32 COLO. LAW. 65 (2003).

33 Thomas G. Gutheil, *A Confusion of Tongues: Competence, Insanity, Psychiatry, and the Law*, 50 PSYCHIATRIC SERVICES 767 (1999).

34 Jason Karlawish, *Measuring Decision-Making Capacity in Cognitively Impaired Individuals*, 16 NEURO SIGNALS 91, 92 (2008).

35 האפטרופוס הכללי והכונס הרשמי אפטרופוסות וירושה – קובץ הלכות 68, ס' 69, ס' 8 (ג) (מרדכי קליבן עורך, 2003). בכל הקשור ל"כשירות" ראו מנחם מאוטרנר "בין כשירות לסבירות –

ראשית, "כשרות" הוא מונח שאינו ממין העניין בהקשר המשפטי, שכן אדם כשיר הוא מי שרכש תכונה או יכולת, או שהוא מחזיק בה באופן טבעי, אשר "מכשירה" אותו למילוי תפקיד,<sup>36</sup> ואילו בעל "כשרות" הוא מי שמתקיימות בו תכונות מסוימות הנחוצות לביצוע פעולה משפטית. "כשרות" היא תכונה אמפירית, מידית, ניתן להצביע עליה, ואילו "כשרות" היא הצטברות של נתונים וכרוכה בהערכה. "כשרות" היא מושג לא משפטי, אלא פיזי ומטריאלי, בר בחינה בכלים לא-משפטיים. "כשרות", לעומת זאת, היא מושג משפטי, הנבחן באמות מידה משפטיות, שאינן תלויות בהכרח בהיבטים פיזיים או ראליים, אלא גם בערכים ובהכרעות חברתיות. לכן נדמה כי על עורך הדין להתמודד עם שאלות בנוגע ל"כשרותו" של הלקוח, להבדיל מ"כשרותו". בנוסף, "כשרות" הוא המונח הקבוע בחוק הכשרות. מרגע שנזנחו וריאציות לשוניות נוספות, חשוב לחדד עוד את ההבחנה המושגית הבאה: לעומת ה"כשרות", המבטאת סטטוס חוקי, "מסוגלות"<sup>37</sup> היא מונח שמייחס יכולת פונקציונלית לעשות דבר מה.<sup>38</sup> ה"מסוגלות" לעולם מיוחסת לאדם, ואיננה תרגום ישיר של "יכולות", שכן היא עוברת דרך מסננת של המעריך, לפי שיטותיו וכדרכו, עניין עקרוני שמצדיק התייחסות ביקורתית ולא קבלת ההערכה כמובנת מאליה. הפרקטיקה מלמדת על בחינת ה"מסוגלות" במונחים "רפואיים", כחלק מ"המודל הרפואי" הרווח, אף כי ראוי היה להגדיר את המסוגלות מחדש במסגרת הקשר חברתי רחב, ובמושגים צרים של תפקוד בהקשר הרלוונטי.<sup>39</sup> בפועל, המומחה הרפואי בוחן ומעריך את המסוגלות של האדם, וזו מתורגמת להקשר המשפטי הספציפי, ועל בסיס זה מכריע בית המשפט בנוגע לכשרותו של אותו אדם, הכרעה שהיא משפטית.<sup>40</sup> להבחנה המושגית בין "כשרות" לבין "מסוגלות" יש בסיס חוקי בסעיף 8 לחוק הכשרות הקובע את האפשרות לשלילתה בנוגע לאדם אשר "אינו מסוגל לדאוג לעניינים".<sup>41</sup> המסוגלות היא אפוא תנאי לכשרות. נדמה שטרם בשלה השעה לפרקטיקה רחבה של גישה חברתית, בשל דומיננטיות "רפואית" בהגדרת המוגבלות כקושי המצריך "טיפול"

- בעקבות בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, מר אהוד אולמרט" המשפט יד 403 (2010).
- 36 ראו לדוגמה ס' 24 לחוק לשכת עורכי הדין: "אדם כשיר להיות עורך דין אם נתקיימו בו אלה: (1) הוא בעל השכלה משפטית גבוהה; (2) עבר תקופת התמחות".
- 37 על המושג "competence" בהקשר חובותיו המקצועיות של עורך הדין, ראו Robert B. McKay, *Competence and the Professionally Responsible Lawyer*, 29 EMORY L.J. 971 (1980).
- 38 Alison P. Barnes, *Florida Guardianship and the Elderly: The Paradoxical Right to Unwanted Assistance*, in AN INTERDISCIPLINARY READER: AGING AND THE LAW 231, 232 (Lawrence A. Frolik ed., 1999).
- 39 Michael L. Perlin, *Therapeutic Jurisprudence: להבניה חברתית של מושג ה"שפיות" ראו* *Understanding the Sanist and Pretextual Bases of Mental Disability Law*, 20 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 369, 373 (1994).
- 40 THOMAS P. GALLANIS & KIMBERLEY DAYTON & MOLLY WOOD, ELDER LAW: READINGS, CASES AND MATERIALS (2000). ראו שם, בין היתר, Paul Appelbaum, *The Medicalization of Judicial Decision-Making*.
- 41 מעניין לציין שס' 33(4) לחוק הכשרות, המאפשר מינוי אפוטרופוס לחסוי, משתמש במילים אינו "יכול" לדאוג לענייניו, להבדיל מ"מסוגל". לפי החוק – מי שאינו "מסוגל" – ניתן לשלול כשרותו, לעומת מי שאינו "יכול" – אצלו ניתן להגבילה.

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

ולא כאתגר.<sup>42</sup> לעורכי הדין שמור תפקיד בשינוי פרדיגמטי בהקשר זה ובהכרה בתפקיד החברה  
בצמצום הערכות של "ירידה" במסוגלות.

ניתן להעריך אדם כבעל "מסוגלות חלקית" וניתן לומר שיש "ירידה במסוגלותו". מאידך  
גיסא, אין "ספק כשרות" או "ירידה בכשרות", שכן אדם הוא בעל כשרות, עד שלא ייקבע  
לגביו אחרת, ב"הגבלת" כשרותו או ב"שלילתה".<sup>43</sup> גישה זו היא מעצימה, אנטי-גילנית,  
ומחדדת את הממד החברתי והתרבותי שבהכרעה.

להחלטה בדבר גריעת כשרות משפטית של אדם ישנן השלכות מרחיקות לכת. משמעותה  
היא שלילת האוטונומיה,<sup>44</sup> לעתים ממונה אפוטרופוס, ונגרעות מהאדם זכויות בסיסיות, כמו  
היכולת לנהל את רכושו ורכונו ולקבל החלטות בסיסיות הנוגעות לחייו, לדוגמה בנוגע  
לבחירה עצמאית במקום מגוריו.<sup>45</sup> יש לכך השלכות גם על מערכות היחסים בתוך המשפחה,  
בייחוד אצל אנשים זקנים, נוכח מורכבויות אופייניות ביחסים במשפחה. אדם שנגרעה כשרותו  
המשפטית עלול למצוא את עצמו באחת נתון לחסדיהם של בני משפחה וכפוף להכרעותיהם  
בנוגע אליו.<sup>46</sup>

לכן עורכי הדין צריכים להיות ערים לכך שהכרעת מסוגלות במונחים קליניים, עלולה  
להתעלם מדקויות מהותיות. למשל ידוע שחולי אלצהיימר יכולים להבין ולתפקד בחלק מסוים  
של היום, ולהיות מבולבלים ו"בלתי-מסוגלים" בחלקו האחר. הגדרה רפואית מתעלמת  
מהאפשרות לביצוע התאמות כדי לגשר על "פערי" מסוגלות, אף כי ידוע שניתן להשתמש  
בכלים חיצוניים מגוונים כדי לשפר יכולות, וכן מתעלמת מהאחריות החברתית לביצוען.<sup>47</sup>  
וכאן לעורכי הדין יכול להיות תפקיד חשוב ומעצים.

גם לאחר הכרעת בית המשפט בדבר חוסר כשרות משפטית בנסיבות ספציפיות, עדיין ניתן  
להשיב לאדם את כשרותו על ידי ביצוע התאמות או על ידי הגדרתה מחדש של הכשרות למונח  
עשיר יותר, המכיל במידת האפשר את עושר המציאות.<sup>48</sup> נדמה כי השבה של כשרות שנשללה

AMERICAN BAR ASSOCIATION & AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, ASSESSMENT OF 42  
.OLDER ADULTS WITH DIMINISHED CAPACITY: A HANDBOOK FOR PSYCHOLOGISTS 12 (2008)

ס' 2 לחוק הכשרות. 43

Jennifer Moye et. Al., *Clinical Evidence in Guardianship of Older Adults is Inadequate:* 44  
*Findings from A Tri-State Study*, 47 THE GERONTOLOGIST 604 (2007)

שם. 45

ההשלכות הקשות של שלילת הכשרות מוכרות זה שנים. בפסיקה משנת 1887 בבית המשפט  
העליון של מדינת מישיגן נכתב כך: "It is cruel and unlawful to interfere with the liberty of  
the old as anyone else; and the law cannot favor or permit this liberty to be diminished"  
ראו Chief Justice James V. Campbell, Michigan Supreme Court In the matter of  
Application to an Appoint a Guardian for Mary Storick, An Alleged Incapacitated Person  
February 3, 1887 46

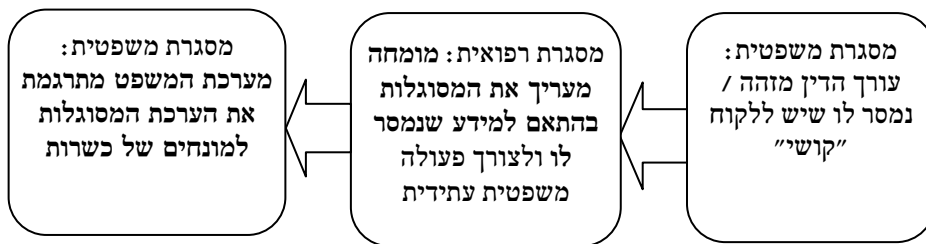
Paul J. Moberg & Jacqueline H. Rick, *Decision-Making Capacity and Competency in the* 47  
*Elderly: A Clinical and Neuropsychological Perspective*, 23 NEUROREHABILITATION 403,  
405 (2008)

Robert Rubinson, *Constructions of Client Competence and Theories of Practice*, 31 ARIZ. 48  
St. L.J. 121 (1999)

היא מטרה אשר יש לשאוף לה ברמה החברתית הכללית, וגם כחובה אתית ייחודית החלה על עורכי הדין, הפועלים ברף האתי הראוי.<sup>49</sup> אם כן, מכוח האתיקה המקצועית בייצוג לקוחות זקנים, לעורכי הדין יש תפקיד מהותי בכל תהליך קביעת כשרותו המשפטית של אדם, החל מ"זירת המסוגלות", השמורה היום רק למומחים הקליניים.

2. זירת ה"מסוגלות": מפגש בין-תחומי

בדוגמה שבה פתח המאמר, עורך הדין שפגש בגאולה עשוי לשקול לפנות למומחה מקצועי לצורך הערכת מסוגלותה של גאולה לקבל החלטות בנוגע להעברת רכושה.<sup>50</sup> אין הכוונה בנוגע לסוג המומחיות המתאים להערכת המסוגלות הקונקרטית.<sup>51</sup> בתהליך קבלת חוות הדעת, המידע עובר תרגום בין הדיסציפלינות השונות בכמה מסגרות. ראשית מוסר עורך הדין מידע למומחה לפי שיקול דעתו.<sup>52</sup> הערכתו הפורנזית של המומחה הרפואי, לשיטתו המקצועית,<sup>53</sup> עוברת דרך פריזמה משפטית ומתורגמת למונחים של "כשרות". ניתן לתאר זאת כך:



איור 1: המפגש הבין-תחומי בין ה"משפט" לבין ה"רפואה"

Michael L. Perlin, *Ten Years After: Evolving Mental Health Advocacy and Judicial Trends*, 49 15 FORDHAM URB. L.J. 335 (1986).

יצוין בהקשר זה, כי ס' 4(ה) לתקנות הנוטריונים, התשל"ז-1977 קובע כי נוטריון לא ייתן "אישור על עשיית פעולה בפניו אם המבקש לבצע את הפעולה מאושפז בבית חולים או מרותק למיטתו, כל עוד לא הוצגה בפניו תעודה רפואית". ראו לדוגמה החלטת ועדת האתיקה "עורך דין כנוטריון ומהן סמכויותיו לערוך ולהחתים לקוח על צוואה בהעדר תעודה רפואית כנדרש" עט ואתיקה 73 (2003), כלומר, הפנייה למומחה הרפואי מחויבת אצל לקוח מאושפז.

ירמיהו הייניק ואייזיק סולומיש "כיצד רופאים כותבים תעודות לעניין אפוטרופסות בחולה הקשיש" הרפואה 140(ט) 827 (2001).

בהעברת המידע מתחדדת ההתמודדות עם חובת הסודיות המקצועית של שני אנשי המקצוע בנפרד. נדמה שהאיזון הנכון צריך להיות במסירת המידע וויתור הלקוח על חובת הסודיות. זאת, רק אם המידע נדרש לבירור המסוים לפי העניין. אתיקה בין-מקצועית, שהוצעה כאן, תוכל לאבחן את חובת הסודיות ולהתאים אותה למצב של שיתוף פעולה מתחייב בנוגע ללקוח אחד משני אנשי מקצוע.

Marshall B. Kapp, *Older Clients with Questionable Legal Competence: Elder Law Practitioners and Treating Physicians*, 37 WM. MITCHELL L. REV. 99, 101, 102 (2010)

המשפט כ | תשע"ה 242

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

שיתוף פעולה איכותי מחייב העברה ברורה, מקיפה ודו-כיוונית של מידע בין המומחה הרפואי ובין עורך הדין, מתוך מודעות והיכרות רבת-תחומית, והישענות על שאלות ביקורתיות כמו: "בעל מסוגלות לצורך מה?" או "בעל כשרות לצורך מה?" והכול בשפה משותפת לתרגום נכון של נתונים מדיסציפלינה אחת לרעותה.<sup>54</sup> ואולם לא רק שמערכת היחסים איננה מובנית ואין לה שפה אחידה,<sup>55</sup> יש הסבורים כי בשל הבדלי גישות והשקפות העולם הטבועות בכל דיסציפלינה אף קיים מתח בין עורכי דין המייצגים זקנים ובין מומחים מתחום הרפואה בהקשר של הערכת המסוגלות לקבלת החלטות.<sup>56</sup> אף כי בשני התחומים נדרשים מקצועיות, התנהלות אתית, שימוש בידע, ניסיון ושמירה על סודיות, הרי הללו באים לידי ביטוי באופנים שונים משמעותית בפרקטיקה המקצועית.<sup>57</sup> תפקידו ה"טבעי" של הרופא הוא במניעה וב"ריפוי", ואילו תפקידו ה"מסורתי" של עורך הדין הוא בביסוס טיעון משפטי לצורך השגת יעד משפטי.<sup>58</sup> שני בעלי המקצוע, הנדרשים לשיתוף פעולה,<sup>59</sup> פועלים מתוך שתי פרדיגמות שונות בתכלית, ולפיכך ביחסיהם מובנה קושי מושגי ופרקטי.<sup>60</sup>

יש רופאים הסבורים שמעורבותם בהליך משפטי עלולה להביא לפגיעה באמון ומשכך – ביעילות הטיפול. שלילת כשרות יכולה להיחשב גם לא אתית, שכן היא יכולה להתפרש כהרעה למטופל, בניגוד לערך "עשיית הטוב" (ה-beneficence).<sup>61</sup> בפועל, עיקר ההכשרה המשפטית של רופאים היא לצורך ניהול סיכונים,<sup>62</sup> ומחקרים מלמדים שמומחים רפואיים נרתעים ממעורבות בהליך משפטי בשל ספק בנוגע לקבלת ההכשרה הנחוצה להבנת ההקשר המשפטי הספציפי ובנוגע למסירת עדות משפטית, ובשל החשש מהתנגחות מקצועית בעקבותיה. יש הסבורים כי עצם מעורבותם של המומחים הרפואיים בהליך משפטי גוזלת את זמנם היקר ויוצרת עומס רגשי מיותר.<sup>63</sup> לא רק שישנו הבדל פרדיגמטי ומקצועי,<sup>64</sup> אלא לעתים נדמה שיש

- לגישה של Therapeutic Jurisprudence ככלי חיוני לתחום של Mental Disability Law ראו 54  
Perlin, *Therapeutic Jurisprudence*, לעיל ה"ש 39.
- LELAND C. SWENSON, *PSYCHOLOGY AND LAW FOR THE HELPING PROFESSIONS* (1993) 55
- Kapp, לעיל ה"ש 53, בעמ' 103. 56
- N.D. Berkman, M.K. Wynia & L.R. Churchill, *Gaps, Conflicts, and Consensus in the Ethics Statements of Professional Associations, Medical Groups, and Health Plans*, 30 J. OF MEDICAL ETHICS 395 (2004) 57
- NEIL F. SHARPE & RONALD F. CARTER, *GENETIC TESTING: CARE, CONSENT, AND LIABILITY* 4-5 (2006) 58
- שיתוף הפעולה הנדרש לשם מתן הייצוג המשפטי אינו יכול להגיע לכדי "שותפות" בין עורך דין ובין אדם שאינו עורך דין. שותפות מעין זו אסורה בחוק, ראו ס' 58 לחוק לשכת עורכי הדין. 59
- Richard D. Zane, *The Legal Process*, 27 EMERGENCY MEDICINE CLINICS OF NORTH AMERICA 583 (2009) 60
- EDMUND D. PELLEGRINO & DAVID C. THOMASMA, *FOR THE PATIENT'S GOOD: THE RESTORATION OF BENEFICENCE IN HEALTH CARE* (1988) 61
- Kapp, לעיל ה"ש 53, בעמ' 105-108. 62
- שם, בעמ' 111. 63
- Hanson S. Reynolds, *The Impact of Probate Litigation*, CA39 A.L.I. – ABA 735 (1995) 64

אף התנגשות של ממש בנוגע לדומיננטיות מקצועית, שכן כל דיסציפלינה סבורה שההכרעה בידה.<sup>65</sup>

למפגש עשיר ופורה בין עורך הדין ובין המומחה הרפואי, המציף מידע חיוני ודילמות משותפות, יש ערך חברתי ומקצועי רב, והוא אפשרי למרות אי-התאמה במטרות הפנים-מקצועיות. ערפול ותקשורת לקויה מותירים פתח להערכת מסוגלות רחבה מהנדרש, אשר עלולה להביא לשלילת כשרות. שיתוף פעולה בין-תחומי ואתי יכול לבסס איזונים ובלמים לטובת עניינו של הלקוח ולמיצוי זכויותיו, לעומת אדישות מקצועית ואתית בהיעדר הכוונה. בלעדיה ניתן, לכאורה, למסור לבית המשפט מידע שתורגם מ"שפה" ל"שפה" בתרגום "חופשי", ובית המשפט יכריע בדבר תרגומו ל"שפת הכשרות", הכול בתהליך שמראשיתו אין לו ולמשתתפיו מטרה ברורה והנחות יסוד. מטרה חיונית, לדוגמה, היא לקיים את עצמאותו של הלקוח, להתייחס למוגבלויותיו ולבצע התאמות. אדישות למטרה תבוא לידי ביטוי באדישות לתוצאה, ותמנע פעולה יצירתית ב"זירת המסוגלות". כיום שיתוף הפעולה נתון לשיקול דעת ללא קוד של התנהגות מקצועית ראויה לנקודת המפגש על אף חיוניותו.

כחלק מהאתיקה של נקודות המפגש הביין-מקצועיים, נדמה שראוי לקבוע נורמות מקצועיות גם כלפי הלקוח הזקן וגם ביחסים בין אנשי המקצוע. כחלק מחובת הנאמנות ללקוח ועל מנת למנוע פגיעה בזכויותיו ובאוטונומיה שלו, ראוי למשל לגזור חובה של עורך הדין להבהיר למומחה הרפואי את מהות הפעולה אשר לצרכה נדרשת הערכת המסוגלות ואת המסגרת המשפטית הכללית. זאת, על מנת שהבדיקה תתבצע מתוך זיקה ישירה לפעולה הספציפית, והערכת המסוגלות תיעשה במובן צר וקונקרטי לתפקוד הרלוונטי לפעולה המשפטית הצרה. כך, לדוגמה, בסוגיית המסוגלות לעריכת צוואה, נחוץ מידע בנוגע להיקף הרכוש, זהות היורשים האפשריים והיורשים בפועל, על מנת להעריך נכונה את מידת הבנתו הקונקרטית של המצווה.<sup>66</sup> את האחריות המקצועית של עורך הדין ניתן לדמות ליריעה אלסטית, אותה ראוי "למתוח" לאחור, ל"זירת המסוגלות", כפי שיתואר בהרחבה בהמשך. לטעמי, ראוי בה בעת "למתוח" את אחריותו המקצועית של המומחה הרפואי מעבר לשלב ההערכה, על מנת לוודא תרגום נכון ומדויק של ממצאיו ל"שפה המשפטית", הכול מתוך ראיית זכויותיו של הלקוח הזקן, הערך בשמירתן והחובה המקצועית לקיימן.<sup>67</sup> נורמות שיתוו מתודה לשיתוף פעולה ולמסגרת מקצועית מוגדרת, וחובות כל איש פרופסיה בתוכה, ימנעו את הסרת האחריות, למרות ריבוי הנושאים בה. לשם הרף הנורמטיבי המוצע, בפרק הבא אעמוד על היבטים מקצועיים ואפשרויות של התמודדות עם הדילמות שהוצגו.

65 ע"פ 603/79 קרילסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 239 (1980); דויד א' כהן "אחריות פלילית של הלקוח בנפשו – הצעה לתיקון סעיף 19 בחוק העונשין התשל"ז-1977" רפואה ומשפט 11, 24, 26 (1994).

66 הייניק, לעיל ה"ש 51, בעמ' 477. הספרות הקלינית מתארת רמות שונות של "הבנה", החל בהבנה מלאה ללא צורך בכל עזרה (unassisted recall), דרך צורך להיעזר ברמזים (prompted recall) ועד מצב שבו מוצעות לאדם הנבדק כמה אפשרויות והוא בוחר את המתאימה מכולן – recognition memory. שם, בעמ' 478-479.

67 Kathy Black & Hana Osman, *Concerned about Client Decision-Making Capacity?* 67 *Considerations for Practice*, 6 CARE MANAGEMENT JOURNALS 50 (2005).



דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

## ד. היבטים מקצועיים ואתיים של פתרון הדילמה

### 1. מודלים אפשריים לפעולה

כשעורך הדין של גאולה מגלה שהיא אינה זוכרת את תוכן פגישתם שנערכה יומיים קודם לכן, הוא עומד בפני דילמה אתית מקצועית.<sup>68</sup> נניח שהוא שב ומזכיר לה את תוכן שיחתם, ואז גאולה חוזרת ומבקשת למכור את ביתה. לפעולה המשפטית יש השפעות מרחיקות לכת על עתידה, ולאחר השלמתה היא תישאר ללא רכוש וללא ביטחון כלכלי, מה שעלול להביאה לתלות בסביבתה ולהעמידה בפני שוקת שבורה כשתזדקק לכסף. עורך הדין ער לבלבול, ועשוי לחשוש למידת הבנתה את ההשלכות הצפויות. וכך, אל מול רצונה של לקוחתו, עומדת חובתו של עורך הדין למקצוע ולערכיו ולהתנהלות מקצועית ואתית. בשלב זה של הייצוג אין הליך משפטי בבית המשפט, ולפיכך "נאמנות לבית המשפט" איננה על הכף, לכאורה, לפחות במובנה המידי. ההתמודדות המידית היא דרך כללי האחריות המקצועית ומחייבת פרשנות: האם מתוקף חובת הנאמנות יש לפעול לפי רצון הלקוחה? האם לפי "טובתה"? ומהי אותה טובה? השאלה האחרונה מוליכה ישירות לשאלות במעגל הרחב יותר, המציבות את המסגרת המהותית של האתיקה הנורמטיבית.<sup>69</sup> עניין בערכים מתנגשים, כמו אוטונומיה ופטרנליזם,<sup>70</sup> בסוגיות של תועלת, בשאלות של מוסר ובשאלות מטא-אתיות.<sup>71</sup> מסגרת הדין לכל השאלות היא ייחודית כשהלקוח הוא אדם זקן.<sup>72</sup>

למעשה, כאשר אין חשש שירידה קלה בהבנה תשפיע על המסוגלות להבין ולקבל החלטות בעניין קונקרטי, ניתן, לכאורה, לנהוג בלקוחה כבכל לקוח אחר, הבוחר לפי ניסיונו ולמיטב הבנתו, למרות מידת "בלבול" כזאת או אחרת. ראוי לעמוד על כך שהלקוחה, ככל לקוחה, מבינה היטב את הנסיבות, את המשמעויות ואת ההשלכות של הפעולה שהיא מבקשת.<sup>73</sup> עם זאת, מתעוררות שאלות בנוגע לחובת עורך הדין בעניין שיקוליה ארוכי הטווח ובנוגע לגבולות אחריותו למה שנחזה כ"טובתה". מאידך גיסא, כאשר הירידה בהבנה קיצונית ביותר, ולדוגמה הסביבה איננה מבינה את הלקוחה שהיא מחוסרת הכרה ולא נמצאה דרך לתקשורת עמה, לטעמי שמור לעורכי הדין תפקיד חשוב להעצימה במצבה, לשקף את רצונה כפי שניתן להעריכו ולאומדו מאוסף נתונים, ולצמצם במידת האפשר את הפגיעה בחירותה ובזכויותיה,

68 Sheila Reynolds, *Ethical Considerations in Representing an Impaired Client*, in KANSAS BAR ASSOC. HANDBOOK 8 (1999).

69 Nelson A. Raust, *Ethical Challenges in Representing Elderly Clients*, 46 NEW HAMP. B. J. 28 (2005).

70 Gerald Dworkin, *Paternalism*, in THE ABDICATION OF PHILOSOPHY: PHILOSOPHY AND THE PUBLIC GOOD 209, 210 (Eugene Freeman ed., 1976).

71 דניאל סטטמן דילמות מוסריות 74 (1991).

72 עמיאלה גלוברזון "מבוא לביווגיה של ההזדקנות" הזדקנות וזיקנה בישראל 107 (ארנולד רוזין עורך, 2003); ניצה אייל "כוח הידיעה וחולשת הזיכרון – קוגניציה וזיקנה" הזדקנות וזיקנה בישראל 409 (ארנולד רוזין עורך, 2003).

73 DEBORAH L. RHODE & DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS 708–709 (4<sup>th</sup> ed. 2004).

ולמצוא פתרונות יצירתיים.<sup>74</sup> אין כאן "דילמה", אולם יש כאן מחויבות מקצועית ייחודית. אלה הם מצבי ה"קיצון". מצבי התפר השכיחים יותר מבטאים תחום "אפור" של ירידה ביכולות ובמסוגלות, ובהם מתבטאת הדילמה במלוא עצמתה. הכלל צריך להיות של כשרות משפטית וביצוע התאמות לפי העניין והצורך. ואולם לעורך הדין תפקיד מהותי בשלב בירור המסוגלות בשל סימנים מהותיים של ירידה בהבנה. הסימנים אינם ניתנים לתרגום מידי לחוסר "מסוגלות", אלא מחייבים תרגום מפורכח ומקורי.<sup>75</sup>

למעשה, עורך הדין נדרש להגדיר את "תפקידו" מחדש בכל אחד מהמצבים המנויים. ייצוג לקוח שיש ירידה במסוגלותו להבין או לקבל החלטות קורא תיגר על תפקידו המסורתי של עורך הדין של ייצוג רצונו של הלקוח.<sup>76</sup> אמנם לא אחת גם בשגרת הפרקטיקה, ייצוג הרצון הוא אינסטרומנטלי, טכני ואינו תואם את המציאות, שכן אנשים נתונים לתלות ולהשפעות באופן טבעי, גם אם אינם מאובחנים עם מוגבלות, ובחירותיהם בשגרה מונעות ומושפעות מהסובבים אותם.<sup>77</sup> במקרה זה הלקוחה ביקשה לוותר על רכושה וישנן אינדיקציות ל"בלבול". קיום רצונותיה כלשונון מצמצם דה־פקטו את תפקידו של עורך הדין למערך "הוצאה לפועל", וספק אם הדבר ראוי בייצוג. למצבים אלה נדרשות התאמות במודל הקלאסי של הייצוג, הוא זה הקבוע בכללים.<sup>78</sup>

שתי אבני הנגף המקצועיות המרכזיות בייצוג לקוחה שלה דמנציה, הן ההגדרה הקשיחה של חובת הסודיות ואיסור ניגוד העניינים. המונחים הקבועים בחוק צרים מלהכיל את מגוון הנסיבות שהמציאות מזמנת, וכופים נקודת ייחוס קשיחה, שאינה מותאמת להם.<sup>79</sup> ייתכן ששיתוף בני משפחה, היוועצות עמם וקבלת מידע נוסף על הלקוח, על אמונותיו ועל דרכו,

74 Karen J. Sneddon, *In the Name of God, Amen: Language in* ראו בצוואות, *Last Wills and Testaments*, 29 QUINNIPIAC L. REV. 665 (2011).

75 Mark Novak & Sean M. Novak, *Clear Today, Uncertain Tomorrow: Competency and Legal Guardianship, and the Role of the Lawyer in Serving the Needs of Cognitively Impaired Clients*, 74 N.D. L. REV. 295 (1998).

76 Geoffrey C. Hazard, *Triangular Lawyer Relationships: An Exploratory Analysis*, 1 GEO. J. LEGAL ETHICS 15, 21–22 (1987).

77 Peter Margulies, *Access, Connection, and Voice: A Contextual Approach to Representing Senior Citizens of Questionable Capacity*, 62 FORDHAM L. REV. 1073, 1074 (1994).

78 מודל הנוהג בכללים כולל מושגי "שסתום" כמו "נאמנות" ו"מסירות" ומחייב פרשנות אד הוק בכל ייצוג מחדש. אין בכללים הנחיה ל"תמהיל" הראוי בין "רצון" הלקוח ובין "טובתו" לכאורה, הוא נתון לשיקול דעת, ומאפשר איוון שונה לפי השקפת עולמו, פרשנותו ומידת הבנתו של עורך הדין בכל מקרה. ראו בהקשר זה את ס' 2 לכללי האחריות המקצועית. יתרה מכך, נדמה שפרשנות מושגי השסתום מתייחסת, על פי רוב, לשלב הפרקטי של "איך" עורכי הדין מייצגים, ולא לשלב הבירור עם הלקוח בשאלה "את מה" מייצגים. ראוי להרחיב את חובת הנאמנות והמסירות ואת פרשנותם גם לשלב של דרך קבלת המידע מהלקוח ו"תרגומה" להליך משפטי. לקריאה נוספת, ראו גם Joseph A. Rosenberg, *Adapting Unitary Principles of Professional Responsibility to Unique Practice Contexts: A Reflective Model for Resolving Ethical Dilemmas in Elder Law*, 31 LOY. U. CHI. L.J. 403 (2000).

79 Marianne M. Jennings, *The Model Rules and the Code of Professional Responsibility have Absolutely Nothing to Do with Ethics: The Wally Cleaver Proposition as an Alternative*, WIS. L. REV. 1223, 1224, 1226 (1996).

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

יכולים היו לסייע במיצוי זכויותיו. ייתכן גם שנקיטת אמצעים מהירים לשמירת עניינו של הלקוח יכולים היו להיות ראויים בנסיבות ובמגבלות מוגדרות. לשם ההשוואה, חובת הסודיות בכללים המומלצים בארצות-הברית קבועה אף היא באופן קטגורי. עם זאת, הכללים האמריקניים מאפשרים גילוי למניעת נזקי גוף או רכוש לאדם אחר בעקבות פשע שיבצע הלקוח. כמו כן, ישנו חריג לחובת הסודיות והוא "לשם קיום חוקים אלה", סעיף שניתן לצקת לתוכו חובת גילוי מתוקף הנאמנות ללקוח.<sup>80</sup> דברי ההסבר לכלל אינם מתייחסים לגילוי למשפחה, למשל, לצורך שמירה על אינטרסים של הלקוח. ואולם בכלל 1.14 לכללים האמריקניים ישנה התייחסות ישירה ללקוח שיש ירידה במידת הבנתו, ולגביו חל חריג של גילוי במידה הסבירה הנחוצה להגנה על האינטרסים, במצבים קיצוניים של סכנה חמורה לנזק לגופו או לרכושו של לקוח שאינו יכול לדאוג לאינטרסים שלו.<sup>81</sup> בסעיף 19 לכללי האחריות המקצועית בישראל, החריג לחובת הסודיות הוא "זולת אם הסכים הלקוח במפורש אחרת". כלומר סירובו של הלקוח מאיין את אפשרות הגילוי וההיוועצות בנוגע למצבו. בה בעת במודל הייצוג הקלאסי עומדת דילמה בעניין מעורבות בני משפחה או מקורבים, לעתים כשהם משקפים אינטרסים, לכאורה, של הלקוח ולעתים כשנדמה שהם בניגוד עניינים. הכללים לא רק שאינם מנחים מה לעשות במצבים כאלה, אלא גם טבועה בהם הנחה שלכל המקרים ולכל הלקוחות מתאים אחד משני מודלים אפשריים של ייצוג: מודל אינדיווידואליסטי של ייצוג לקוח אחד או ייצוג משותף של שני לקוחות או יותר, במגבלות של ניגוד עניינים.<sup>82</sup> הרעיון של ייצוג המשפחה כ"קבוצה" טרם הוכר.<sup>83</sup> וכך, עורך הדין מכוון לייצג לקוח אחד, אף כי אולי פתרון יצירתי של ייצוג מרובה יכול היה להיות יעיל ומתאים יותר. לדוגמה, בשיתוף כמה בני משפחה או בייצוגם כקבוצה, תוך בחינת התועלת הכללית למשפחה.<sup>84</sup> בסעיף 2 לכללי האחריות המקצועית נקבע, כי "עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט". לפי סעיף 12 לכללים, בידי עורכי הדין האפשרות שלא לקבל עניין לטיפול לפי שיקול דעתם, בכפוף לכך שאם החליטו לסרב למתן השירות, יודיעו למבקש תוך זמן סביר. ואולם משמעות ההחלטה שלא לקבל עניין לטיפול – אם עשו כן נוכח התלבטות אתית – היא למעשה "לגלגל" את העניין לפתחו של עורך הדין הבא, החלטה הנגועה באי-סבירות אתית. סעיף 13 לכללים

80 ראו MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b)(6) (2004), [http://www.law.cornell.edu/ethics/aba/current/ABA\\_CODE.HTM#Preamble](http://www.law.cornell.edu/ethics/aba/current/ABA_CODE.HTM#Preamble) (נבדק לאחרונה ב-23.8.2014) (להלן: "MODEL RULES"). מעניין לציין שהכללים במדינת Maryland, לדוגמה, כוללים גם את החלופה "or disciplinary complaint", אשר לשם גיבוש הגנה מפניה יכול עורך הדין לחרוג מחובת הסודיות. MARYLAND LAWYER'S RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b)(5) (2007) (להלן: "RULES").

81 כלל 1.14(c) ל-MODEL RULES.

82 Anthony V. Alfieri, *Reconstructive Poverty Law Practice: Learning Lessons of Client Narrative*, 100 YALE L.J. 2107 (1991).

83 Patricia M. Batt, *The Family Unit as Client: A Means to Address the Ethical Dilemmas Confronting Elder Law Attorneys*, 6 GEO. J. LEGAL ETHICS 319, 341 (1992).

84 למודלים של ייצוג ישות, ראו Sally R. Weaver, *Ethical Dilemmas of Corporate Counsel: A Structural and Contextual Analysis*, 46 EMORY L.J. 1023 (1997).

קובע תנאים להפסקת טיפול ובהם היווצרות "מניעה מבחינה חוקית או מבחינת האתיקה המקצועית [...] או מחמת סיבה אחרת המצדיקה את הפסקת הטיפול", זאת בכפוף לכך שהעניין אינו תלוי ועומד בפני בית המשפט. סעיף 14(א) לכללים קובע כי "לא ייצג עורך הדין לקוח [...] אם קיים חשש שלא יוכל למלא את חובתו המקצועית כלפיו". נדמה שחובה מקצועית היא לברר את הספק בנוגע להבנתו ולהגשים את רצון הלקוח כברירה ראשונה. הכללים המומלצים בארצות-הברית דווקא כוללים התייחסות פרטנית לייצוג כשיש ירידה במסוגלות. הדיון רלוונטי לקבוצות נוספות באוכלוסייה ואינו ייחודי לאנשים זקנים ובעל פוטנציאל, אולם הכללים אינם נותנים הכוונה מניחה את הדעת. פרט לאפשרות לגילוי כחריג לחובת הסודיות שעליו עמדתי, הכלל האמריקני קובע שמירה על "מערכת יחסים נורמלית". הגדרת ה"נורמליות" מובנית חברתית ותרבותית ואיננה ניתן להאחדה פשטנית, וספק אם יש בכך ממילא מענה קונקרטי.<sup>85</sup> אמנם ניתן לפרש את הכלל באופן שנועד להעצים את הלקוח ולסייע לו לקבל את החלטות למרות ירידה ביכולותיו, אולם הכללים אינם מכוונים לביצוע התאמות נחוצות, ומייצרים השוואה למערכת יחסים "אידיאלית" תאורטית. עצם ההשוואה לקשר "נורמלי" מתייגת את היחסים עם הלקוח כ"לא נורמליים" ומטשטשת מאפיינים ייחודיים המזמינים התייחסות מיוחדת. הכללים האמריקניים מאפשרים גמישות במצבים של סכנה לנזק, אולם רוחב ההנחיה מאפשר התעלמות מרצון הלקוח ללא מגבלות מיוחדות, ואף אין הסדרה למצבי התפר האפורים. אין מדרג של אפשרויות הפעולה בסולם מובנה של מידתיות, לדוגמה, כך שתצומצם למינימום הפגיעה בחירות הלקוח.<sup>86</sup> כלומר הכללים הישראליים חסרים הנחיה והכללים האמריקניים מנחים ומתייחסים לנושא מתוך נקודת מבט "מנרמלת". כאשר הקשר אינו משובץ ב"נורמה", הדרך פתוחה להגנה עד כדי אפוטרופוסות. גישה זו משקפת את נקודת המבט הבינרית המקובלת – בעל כשרות/חסר כשרות. לעומת זאת, "מסוגלות" ו"כשרות" הם מושגים דינמיים, יחסיים, תלויי מקום, זמן, הקשר, פרשנות והשקפה חברתית. אדם ייחשב חסר מסוגלות, לפי העמדה החברתית הרווחת בנוגע למי הוא האדם ה"מסוגל", והמבחנים שקבעה

85 ראו כלל 1.14(b) ל-MODEL RULES. יצוין כי הכלל האמריקני המקורי משנת 1983 שונה בשנת 2002. אף כי הכללים האמריקניים אומצו על ידי כל המדינות, פרט לקליפורניה, בדברי ההסבר (comments) של הכללים האמריקניים הוספו שני סעיפים (9,10) ביום 3.2.1997 אשר לא התקבלו מידיה, לדוגמה במדינת מרילנד, לעניין "Emergency Legal Assistance". עניינם צעדים במצבים של סכנה חמורה ובלתי-הפיכה לבריאות או לרכוש, אוי רשאי עורך הדין לנקוט פעולה משפטית בשמו אף ללא יחסי עורך דין-לקוח, בהיעדר נציג אחר מטעמו, וגם זאת רק לשמירת הסטטוס קוו או למניעת נזק בלתי-הפיך, וחבות עליו מלוא החובות המקצועיות, כאשר ככלל פעולותיו אמורות להינקט ללא תמורה. בהסברים לכלל 1.14 בכללים של מדינת Maryland, צוין כי עורך הדין יכול להתמנות אפוטרופוס לאדם שיש ירידה ב"כשרותו". כלל 1.14 cmt. ל-MARYLAND RULES.

86 גם לפי (2000) § 24 RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW GOVERNING LAWYERS האמריקני, על עורך הדין לעשות מאמץ לקיים עם לקוח בעל מוגבלות כלשהי מערכת יחסים הדומה ככל האפשר לזו שעורך הדין מקיים עם הלקוח הרגיל. כל עוד אין אפוטרופוס, יפעלו עורכי הדין בהתאם לאינטרסים של הלקוח. אם מונה אפוטרופוס, הוא זכאי לפנות על דעתו לעורך הדין כדי לנקוט פעולות בשם החסוי. אם עורך הדין הועסק על ידי האפוטרופוס, יהא האפוטרופוס לקוחו לכל דבר ועניין ויפעל לפי הנחיותיו, אלא אם הוא מורה לו לפעול בדרך שמפרה את חובות האפוטרופוס כלפי החסוי.

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

החברה המסוימת לכך. "חוסר כשרות" בהליך משפטי ייקבע גם לפי הקריטריונים החברתיים  
המבטאים עמדה נורמטיבית. אם כך, כיצד על עורך הדין לפעול?

#### (א) מודל ראשון: קיום רצון הלקוחה

אפשרות אחת היא להעדיף את רצון הלקוחה, גאולה, ולפעול למימוש בקשתה לביצוע העברה  
של רכוש, לאחר שניתן לה הסבר מקיף על המשמעויות וההשלכות השונות. באפשרותה  
לבחור ככל העולה על רוחה ברכושה, ועורך הדין בדרך זאת מקיים את תפקידו המסורתי.  
כיבוד הרצון יכול להיעשות גם בדרך של קבלת החלטות נתמכת (supportive decision making  
או shared decision making), המעוגנת באמנה לזכויות אנשים עם מוגבלות. דהיינו קיום רצון  
הלקוח מתוך תמיכה וסיוע.<sup>87</sup>

נקודת המוצא בחוק הכשרות שלפיה כל אדם (דהיינו "זקן" או "צעיר") כשר לפעולות  
משפטיות נשמרת. כך גם חובת הנאמנות הקבועה בסעיף 2 לכללי האחריות המקצועית ובסעיף  
54 לחוק לשכת עורכי הדין. בהנחה שעורך הדין שב ויודא עם גאולה כי היא מעוניינת בהעברת  
הרכוש, הרי ניתן לטעון שהתעלמות מרצונה משקפת התנהלות גילנית ומפלה, שספק אם הייתה  
ננקטת לו הלקוחה הייתה צעירה.<sup>88</sup>

אם עורך הדין יקיים את רצונה של גאולה, ויבהיר לה את זכויותיה ואת השלכות החלטתה,  
הוא יכבד את האוטונומיה שלה ובכך יימנע ממניפולציות אפשריות. זאת, אף שהפעולה  
נוגדת, לכאורה, אינטרסים רכושיים גלויים.<sup>89</sup> כיבוד רצון מנטרל דעות קדומות, וגם אם נראה  
מופרך לכאורה לדעת השומע ולפי ערכיו, איננו בהכרח לא-ראוי או בלתי-ישימים.<sup>90</sup> מדובר  
בנקיטת עמדה מעצימה, במובן זה שעורך הדין מתנער מהמקובל על אודות מהו רציונלי. גם  
עמדתו המוסרית נותרת כך חיצונית לייצוג, ואינה נטמעת במערכת השיקולים.<sup>91</sup>  
בקיום רצון, עורך הדין אינו נדרש להיוועצות אשר עלולה לעמוד בהתנגשות עם חובת  
הסודיות, ואינו נקלע לסבך המשפחתי בהתערבות אשר עלולה להביא לקונפליקט פנימי

87 בחודש ספטמבר 2012 אשררה ממשלת ישראל את האמנה לזכויות אנשים עם מוגבלות של  
האו"ם מחודש דצמבר 2006. לאמנה השפעות משמעותיות גם על זכויות זקנים (לדוגמה בתחום  
האפוטרופסות, או בתחום הזדקנות בקהילה או הנגישות). האמנה קובעת סטנדרט של שוויון,  
השתתפות מלאה, הכללה והשתלבות בחברה, ביצוע התאמות וקבלת החלטות על ידי האדם  
עצמו. הסטנדרטים הללו חלים על פי האמנה בתחומי החיים השונים: חינוך, מגורים בקהילה,  
בריאות ושיקום, נגישות, הכרה בכשרות משפטית, משפחה והורות, נגישות לצדק, תעסוקה ועוד.  
ראו [www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BC8B4E1F-1B6F-4575-9D6C-5C5B18830BF8/31830/HaamanaHebEng1.pdf](http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/BC8B4E1F-1B6F-4575-9D6C-5C5B18830BF8/31830/HaamanaHebEng1.pdf)

88 ראו בהקשר זה דברי ההסבר לכלל 1.14 ב-MODEL RULES, שלפיהם מוגבלות של הלקוח אינה  
מאיינת את חובת עורך הדין לנהוג בו בתשומת לב ובכבוד, וגם כשללקוח נציג חוקי, ככל הניתן  
יש לשמור את מעמדו כ"לקוח", באמצעות הקפדה על תקשורת ישירה עמו. כלל 1.14 cmt ל-  
MODEL RULES.

89 David Luban, *Paternalism and the Legal Profession*, Wis. L. REV. 454, 458 (1981).

90 Thomas Reid, *Some Arguments for Free Will*, in DETERMINISM, FREE WILL AND MORAL  
RESPONSIBILITY 85 (Gerald Dworkin ed., 1970).

91 Gerald J. Postema, *Moral Responsibility in Professional Ethics*, 55 N.Y.U. L. REV. 63  
(1980).

ולמתח. <sup>92</sup> תאוריות סוציולוגיות רבות ניסו להמשיג את מערכת היחסים של הזקן ושל משפחתו, ומכולן עולה תמונה של מערכת מורכבת, אמביוולנטית, הנעה בין סולידריות ובין קונפליקט. <sup>93</sup> הרמוניה ויחסים תקינים, כך ידוע, משליכים לטובה על בריאותו ועל רווחתו של האדם הזקן. <sup>94</sup> בקיום רצונה של גאולה, הנתמך על ידי בתה בתיה, עורך הדין אינו מייצר קונפליקט פנימי במשפחה ומשמר מערכת יחסים אשר נראית לכאורה תקינה ותומכת, גם אם הבת בתיה "מרווחת" כלכלית מהשירות המשפטי. <sup>95</sup>

גם בשיקול תועלתני של גאולה, אשר נוח לה לצורך העניין לשתף פעולה עם בתיה – אין פסול אפריורי. <sup>96</sup> לפי ג'ון סטיוארט מיל, ריבונות היחיד רחבה וחלה "בשאלות של טעם ובחירת דרך-חיים; חירות להתוות לעצמנו תכניות שיתאימו לאפיינו [...] לעשות כאוות נפשנו, בכפוף לתוצאות שמעשנו עשויים לגרור [...] כל עוד מה שאנחנו עושים אינו מזיק [...] גם אם סבורים הם כי מעשנו אויליים, סוטים או שגויים". <sup>97</sup> גאולה בחרה כפי שבחרה, משום שהדבר משרת אותה באופן כלשהו, "נכון" עבורה או מועיל לה, לפי מערכת ההעדפות הנכונה לה, ואשר אדם מן החוץ לא יכול ולא צריך להעריך את הגיונם הפנימי. פעולה נגד הרצון וערעור על שיקול הדעת עלולים גם לפגוע במערכת היחסים בין עורך הדין ובין לקוחתו, באמון הנחוץ לקיומם, ועקב זאת גאולה עלולה להימנע מגילוי לב. עורך הדין אינו מבקש הוכחות קליניות מגאולה בנוגע ליכולותיה, בהיעדר אינדיקציות חמורות שהדבר נחוץ. <sup>98</sup> בכך הוא נמנע מפגיעה אפשרית בתדמיתה, בעיניה ובעיני מקורביה, ומתיוגה, חוסך עלויות מימון של חוות הדעת ואינו חושף את לקוחתו להליכים משפטיים שעלולים להביא לשלילת חירותה.

גישה של קיום רצון הלקוחה מתיישבת עם החלטות ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין. כך, לדוגמה, הוועדה לא מצאה פגם בהתנהלותו של סנגור שנמנע מליזום בדיקה פסיכיאטרית או צו אשפוז, הגם שהנאשם תואר כאדם במצב פסיכוטי ובעל שיפוט פגום באופן חמור. נקבע כי חובת הנאמנות גוברת על החובה לברר את עניין הכשרות, כאשר הלקוח מתנגד לעריכת הבדיקה, בייחוד כאשר הסוגיה כבר עומדת בפני בית המשפט, משמע שאין חשש להטעיה. ואולם כאשר הלקוח אינו מסוגל להביע את דעתו בקוהרנטיות, נקבע כי על הסנגור לשקול את האינטרסים שלו, כשבאפשרותו להותיר את העניין לשיקול הדעת של בית המשפט, אף כי

92 למגבלות על מעורבות יתר בענייני הלקוח, ראו אלכס הרטמן "ההפרדה בין הלקוח לבין עורך הדין" אתיקה מקצועית 2, 2 (2002) ראו [www.israelbar.org.il/print\\_content.asp](http://www.israelbar.org.il/print_content.asp).

93 Edward J. Clark, Mar Preston, Jo Raskin & Vern L. Bengtson, *Types of Conflicts and Tensions Between Older Parents and Adult Children*, 39 THE GERONTOLOGIST 261 (1999)

94 ישראל דורון ודפנה הלפרין "אפשר גם אחרת – גישור כחלופה ליישוב סכסוכים בזקנה" מחקרי משפט כו 463 (2010).

95 על "הנאה" ו"חופש מכאב" כתכליות יחידות, ראו ג'ון סטיוארט מיל התועלתיות 15–16 (ח"י רות עורך, מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, התשל"ב).

96 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981).

97 ג'ון סטיוארט מיל על החירות 57–58 (יהודה מלצר עורך, עופר קובר מתרגם, 2006).

98 עורך דין העביר לקוח זקן בדיקה פסיכיאטרית על מנת להיות "מצויד" בחוות דעת בדבר כשרות הלקוח לבצע דיספוזיציה ברכושו לטובת עורך הדין, ראו על"ע 9013/05 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד יהודה (פורסם בנבו, 31.8.2006).

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

מרחב האינטרסים של הלקוח נותר בלתי-מוגדר.<sup>99</sup> דילמה בין כיבוד רצון לקוח שיש ספק בנוגע למידת הבנתו ובין טובתו, נבחנה בוועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין, אמנם לא בנוגע לייצוג לקוחות זקנים, ונקבע כי "עורך הדין אינו רשאי להעלות טענה של אי כשירות לעמוד לדין בניגוד לדעת לקוחו. הוא אינו רשאי להציג ראייה [...] בניגוד לעמדת לקוחו".<sup>100</sup> גישה מרחיבה בנוגע לקשר בין מוגבלות נפשית ובין כשרות משפטית נלמדת מההכרעה בעניין הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין נ' פלוני.<sup>101</sup> בעניין זה הוגשה קובלנה שלפיה הנאשם הטעה את בית המשפט בכך שלא דיווח כי המיוצגת בעלת מוגבלות נפשית. בית הדין פסק כי בנסיבות אלה לא קמה על עורך הדין חובה להצהיר שלמרשתו אבחון של סכיזופרניה, בהיותה ברגיעה שיכולה להימשך שנים, וכל עוד לא הוגבלה כשרותה המשפטית, שכן "אין לקבוע באורח שרירותי שעל בא כוחו להצהיר באורח יזום על מחלת מרשו בניגוד לטובתו". דהיינו, אבחנה רפואית או מוגבלות אינה משליכה באופן ישיר על מסוגלות, לא כל שכן על כשרות משפטית, אלא כל מקרה לגופו.

הדברים עולים ביתר שאת בעניין פלג,<sup>102</sup> שם פעלה עורכת הדין לרישום הערת אזהרה על נכסי בני הזוג לבקשת בנם והואשמה בהפרת חובותיה המקצועיות. עורכת הדין התרשמה כי

99 כת"פ 2133-09 (שלום אשד) מדינת ישראל תביעות לכיש נ' רועי (פורסם בנבו, 18.11.2010) העלה בית המשפט את השאלה שכינה "אתית-מוסרית", וועדת האתיקה הכריעה כי הנאמנות ללקוח גוברת, כאשר הלקוח מביע התנגדות מפורשת לעצם קיומה של בדיקה, גם כאשר לסנגור יש יסוד לחשוב כי הנאשם אכן "חולה נפש". ואולם החריג הוא כאשר הנאשם אינו מסוגל להביע את דעתו באופן קוהרנטי, "שאז על הסנגור לשקול את דרך הפעולה המתאימת עם אינטרס לקוחו ואף להותיר את קיום הבדיקה לשיקול דעת בית המשפט. אך כאשר הלקוח מורה לעורך דינו להתנגד לקיום בדיקה פסיכיאטרית, אין הסנגור רשאי להשתחרר מהנחיה זו". "חובת הנאמנות: כיצד על עורך הדין לנהוג כאשר הלקוח הוא חולה נפש" אתיקה מקצועית 43, 5-6 (2011).

100 החלטת ועדת האתיקה הארצית "חובת הנאמנות: כיצד על עורך הדין לנהוג כאשר רצונו המפורש של הלקוח סותר את טובת הלקוח" אתיקה מקצועית 26, 7 (2008).

101 בד"מ 87/07 הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב יפו נ' פלוני (פורסם בפדאור אתיקה, 30.8.2007). תחילה ייצג הנאשם את שני בני הזוג בתיקי ירושות בבית הדין הרבני, שבמסגרתם טען כי "אשת המתלונן היא חולת נפש, חסרת תובנה וחסרת יכולת שיפוט. עוד טען כי נכסי הירושה שייכים למתלונן". בינתיים פרץ סכסוך בין המתלונן ובין אשתו, הנאשם עבר לייצג את האישה בלבד והעביר כל כספי העיזבון אליה (הועלו בהקשר זה טענות בנוגע לניגוד עניינים ועברות לפי סעיפים 14, 16 לכללי האחריות המקצועית והנאשם הורשע בכך). בהמשך בהליכים בבית המשפט לענייני משפחה, הנאשם ייצג את האישה וטען "כי היא אדם נורמאלי ורגיל". הנאשם זוכה מעברה של איסור הטעיה לפי סעיף 34(א) לכללי האחריות המקצועית. התקבלה גרסתו, כי האישה בעלת כשרות לעמוד לדין ובכך נסמך על חוות דעת מומחה ואישורים רפואיים המעידים על רמיסה ותובנה.

102 בד"מ 202/08 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' עו"ד פלג (פורסם בפדאור אתיקה, 25.4.2010). בקובלנה שהוגשה ללשכת עורכי הדין בעקבות תלונתה של בתם של בני הזוג, נטען שאברהם והלה הולנדר היו "בלתי כשירים" לרישום הערת האזהרה בשל השפעות מחלת האלצהיימר, שכן לא יכלו להבין את משמעות הדברים. כשלושה שבועות לאחר החתימה על מסמכי האזהרה, הוגשה לבקשת מיכאל הולנדר (הבן) בקשה למינוי כאפוטרופוס לענייני הוריו, שוב באמצעות עו"ד פלג. הקובל טוען כי המצב הרפואי של בני הזוג המתואר בבקשה היה נכון גם לעת החתימה על מסמכי האזהרה כשלושה שבועות קודם לכן. עו"ד פלג טענה מצדה כי התודעה למצב הרפואי רק עם פניית הבן בעניין האפוטרופוס והעברת מסמכים רפואיים לעיונה בהקשר זה, לאחר טיפולה בעניין הערת האזהרה. שם, פס' 21.

הגב' הולנדר הייתה פסיכית, אולם "לא ייחסה לכך חשיבות באותה עת וסברה כי הדבר נובע מן הדומיננטיות של אברהם הולנדר". זאת, אף שגב' הולנדר הייתה אותה עת מאובחנת כחולת אלצהיימר. בית הדין פסק כי הקובל לא עמד ברף הראייתי הנחוץ להוכחת מצבם הרפואי של בני הזוג בעת החתימה ולא ביסס טענה בנוגע למודעותה של עורכת הדין למצב הנטען, כלומר נקבע מבחן מחמיר של "מודעות" כדי להימצא מפר חובה מקצועית. אף כי בפסק הדין נמתחה ביקורת על התנהלותה החפוזה של עורכת הדין אשר "לא דקדקה יתר על המידה במידת הבנתם את המהלך" של לקוחותיה, היא זוכתה פה אחד מכל אשמה.<sup>103</sup> מחד גיסא, ניתן להתרשם כי גם כשישנה אינדיקציה כלשהי בנוגע למידת ההבנה של לקוח, ולדוגמה – לקוח הנוהג בפסיכיות, הרי עורך הדין רשאי להוסיף למלא אחר רצונו. מאידך גיסא, ספק אם ההכרעה נובעת מעמידה על האוטונומיה של הלקוחה, או דווקא מהיעדרן של חובות מקצועיות לעשייה במרחב האתי שהיא מעבר לייצוג המוגדר, נוכח העדויות למוגבלות ניכרת ביכולת הבנתה של הלקוחה עקב מחלתה אותה עת.

ואולם, האם הבחירה בקיום רצון הלקוחה כפי שהובע היא הבחירה הראויה במונחים אתיים? לכאורה ניתן לטעון כי הדבר עומד בסתירה לחובת הנאמנות ללקוחה, שניתן לפרשה במובן רחב כקיום "טובת" הלקוחה, ולמשל בשמירת ביטחונות לעתיד. את חובותיו המקצועיות של עורך הדין ללקוחתו ניתן לפרש כמחייבות בירור מקיף, כדי לוודא שרצונה איננו מוטה בשל חוסר הבנה, וניצול ותלות בעקבות זאת.<sup>104</sup>

כללי האחריות המקצועית אינם מנחים בעניין זה. נאמנות ללקוחה יכולה להתפרש הן כקיום רצונה של הלקוחה והן כקיום טובתה של הלקוחה ושמירה על האינטרסים שלה. גם נאמנות לבית המשפט ולמקצוע יכולה להתפרש כך או כך. "נאמנות" הוא מושג מורכב, נתון לפרשנות, ויש הסבורים שבשל האפשרויות הפרשניות הרבות אף נעשה בו שימוש לרעה כדי להצדיק התנהגות לא צודקת ואף הטעיה, לכאורה בשם הלקוח, בעוד ראוי היה לקבוע את גבולותיה, להגדירה ולעשות בה שימוש מושכל.<sup>105</sup> לשם ההשוואה, הכללים המומלצים בארצות-הברית קובעים כי על עורך הדין לפעול ככלל לפי רצון הלקוח בנוגע למטרות הייצוג.<sup>106</sup>

#### (ב) מודל שני: קיום "טובת" הלקוחה

לעומת המודל הראשון של קיום רצון הלקוחה, עורך הדין יכול להעדיף את השמירה על "טובתה", מתוך הסתכלות רחבה על האינטרסים שלה למיטב הבנתו.<sup>107</sup> עורך הדין שוקל אם

103 שם, פס' 65.

104 Jan Ellen Rein, *Clients With Destructive and Socially Harmful Choices – What's an Attorney to do?: Within and Beyond the Competency Construct*, 62 *FORDHAM L. REV.* 1101, 1154–1156 (1994).

105 Michael K. McChrystal, *Lawyers and Loyalty*, 33 *WM. & MARY L. REV.* 367, 370 (1992).

106 ראו כלל 1.2 ל-MODEL RULES.

107 Phillip Cary, *A Brief History of The Concept of Free Will: Issues that are and are Not* 107 *Gername to Legal Reasoning*, 25 *BEHAV. SCI. & L.* 165 (2007).



דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

ראוי שייתן שירות משפטי ללקוחותו, גאולה, שיביא בהכרח לאבדן רכושה, כאשר ישנה אינדיקציה, גם אם קלושה, לירידה ביכולת ההבנה שלה. ניתן לייחס לכך פטרנליזם, ואולם לא רק שפטרנליזם אינו פסול אפירורית,<sup>108</sup> אלא שיש הסבורים שקונפליקט נטען בין אוטונומיית הלקוחה ובין טובתה (ובכלל זה רווחתה ושמירה על רכושה) הוא מלאכותי, שכן רווחה כלכלית או רפואית הם חיוניים כשלעצמם לשם שמירה על האוטונומיה שלה. כלומר במהלך פטרנליסטי-לכאורה של הגשמת "טובתה" לטווח הרחוק, דווקא משמר עורך הדין את האוטונומיה של לקוחותו.<sup>109</sup> יתר על כן, ככלות הכול תהא זו בחירתה האוטונומית לפעול לפי המלצת עורך הדין, גם אם לכך יביא באמנות של שכנוע ובהטלת "מרות מקצועית", ומשכך ה"אוטונומיה" שלה, ככל שתוכר כ"ערך" – נשמרת.<sup>110</sup>

במקרה זה עורך הדין מברר את טובתה, מתוך התייחסות רחבה הכוללת שיקולים משפחתיים, חברתיים, כלכליים, פסיכולוגיים ואחרים.<sup>111</sup> עורך הדין בוחר להעדיף את האינטרסים של הלקוחה, כפי שהוא מבין ומפרש אותם מתוך עולמה,<sup>112</sup> במקרה זה להמשך החזקה ברכוש אשר יכול להוות לה ביטחון כלכלי בזקנתה.<sup>113</sup> מודל זה מתיישב רעיונית עם גישתו של השופט ברנדייס (Brandeis) במובנה הרחב, ולפיה עורך הדין נדרש להיות "counsel for the situation",<sup>114</sup> משמע לשקול את תמונת המצב הרחבה ואוסף הנסיבות.<sup>115</sup> התעלמות מטובת הלקוח אינה מותאמת למציאות, ולמשל למקרים בהולים, כאשר אם לא תינקט פעולה מיידית ייגרם ללקוח נזק בלתי-הפיך, אם לדוגמה יעביר את כל הונו לאדם שצפוי באותו היום לעזוב את הארץ. פעולה בהולה לעצירת המהלך תקיים את האינטרס של הלקוח, כפי שעורך הדין מפרשו.<sup>116</sup> מובן שגם במקרה זה עורך הדין רשאי לסרב לנקיטת הפעולה המשפטית בהתאם לכללים לעניין הפסקת ייצוג, אולם מצער שזו אמנם תהא ברירת המחדל המועדפת בשל נוקשותם של הכללים והחשש לאחריות שתוטל בשל הפרתם.<sup>117</sup>

- DEBORAH L. RHODE, ETHICS IN PRACTICE: LAWYER'S ROLES, RESPONSIBILITIES, AND 108  
.REGULATION 165 (Deborah L. Rhode ed., 2000)
- Margulies, לעיל ה"ש 77, בעמ' 1074. 109
- .GERALD DWORKIN, THE THEORY AND PRACTICE OF AUTONOMY 22–23 (1988) 110
- Dennis P. Stolle, *Professional Responsibility in Elder Law: A Synthesis of Preventive Law 111*  
*and Therapeutic Jurisprudence*, 14 BEHAV. SCI. & L. 459, 466 (1998)
- Deborah L. Rhode, *Ethical Perspectives on Legal Practice*, 37 STAN. L. REV. 589 (1984– 112  
.1985)
- David B. Wexler & Bruce J. Winick, *Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to 113*  
*Mental Health Law Policy Analysis and Research*, 45 U. MIAMI L. REV. 979, 981 (1991)
- R.W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, in LAWYER'S ETHICS AND THE PURSUIT OF 114  
SOCIAL JUSTICE – A CRITICAL READER 66 (S.D. Carle ed., 2005)
- דייוויד פ' חבקין "פיתוח ערכים אצל עורכי הדין של המחר" משפט ועסקים ב 389, 408–410 115  
(2005).
- William H. Simon, *Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 29 116  
.WIS. L. REV. 83–89 (1978)
- Nicole S. Fox, *Are the Model Rules of Professional Conduct Handled Differently When the 117*  
*Client is Elderly or Infirm*, 27 J. LEG. PROFESSION, 191 (2003)

אחת הדוגמאות בספרות המשפטית האמריקנית הממחישות את הדילמה, היא בנוגע לייצוג אדם זקן בעל משאבים מוגבלים, אשר בעקבות לחץ של גרושתו חתם על כתב ערבות, שבמסגרתו משכן את ביתו לטובת עסק חדש שפתח בנו החורג. העסק פשט רגל וננקטו הליכים למימוש הבית, ולמכירתו לפירעון החוב. הלקוח הזקן מתייעץ עם עורך דין וממאן להגיש את התנגדותו להליך המימוש, הגם שעורך הדין הצביע על בסיס משפטי כלשהו לכך. הלקוח חושש מפני התלקחות מריבה משפחתית, משייודע לילדיו עקב הפרוצדורה המשפטית שמשכן את ביתו והפסידו באופן זה. מאידך, הלקוח מוטרד ואינו רוצה להפסיד את ביתו. הנחייתו לעורך דינו היא לא להגיש התנגדות ולמנוע כך בושה ואי-נעימות, ולהתמודד עם אבדן הבית ביחסיו עם ילדיו בדרך אחרת. ההתלבטות היא אם עורך דין יכול להתעלם מהוראותיו קצרות הטווח של הלקוח ולשקול את השיקול ארוך הטווח של מניעת מכירת הבית כשיקול רלוונטי.<sup>118</sup>

במודל של "טובת הלקוחה", עורך הדין שוקל שיקולים לטווח רחוק מתוך הסתכלות על צרכיה של הלקוחה בעתיד, ולמשל ההכרח שלה בבסיס כלכלי.<sup>119</sup> הוא יכול להעריך אינטואיטיבית את "טובת הלקוחה", או שהוא יכול לפעול מתוך משנה מקצועית סדורה – למשל, בהתאם לתאוריית ה"דאגה" (care),<sup>120</sup> ולהכניס עצמו לתוך מסגרת חייה של הלקוחה, ולבחון יחד עמה חלופות, ואת ההשלכות של דרכי פעולה שונות על חייה בכלל, ועל מערכות היחסים במשפחה בפרט.<sup>121</sup> הוא יכול לזהות את האינטרסים של המעורבים, ברגישות<sup>122</sup> ויש שאף יאמרו כ"חבר".<sup>123</sup> בדרך זאת הוא יכול להביא במניין השיקולים גם את יחסיה עם בני משפחה נוספים, לבחון יחד עמה היבטים של תכנון ומניעה לעתיד.<sup>124</sup> מעורבות הילדים הנוספים יכולה, לעתים, לשפר ולחזק מערכות יחסים נוספות, פרט לקשרים עם הבת בתיה.<sup>125</sup> גם פעולה לטובת הלקוחה, ניתן לתמוך בתאוריה של מיל, שלפיו, כשיש סכנה, ולמשל, אם

- 118 ראו RHODE & LUBAN, לעיל ה"ש 73, בעמ' 674.
- 119 LOUIS M. BROWN & EDWARD A. DAUER, PERSPECTIVES ON THE LAWYER AS A PLANNER (1977).
- 120 Paul J. Zwier & Ann B. Hamrick, *The Ethics of Care And Reimagining The Lawyer/Client Relationship*, 22 J. CONTEMP. L. 383 (1996).
- 121 שם, בפרק C; בית המשפט האוסטרלי לערעורים פסק שליכולות הוריות יש קשר ליכולות משפטיות כעורך דין וכי חייו של עורך הדין, שהוא גם איש משפחה, הם מכלול אחד, כשהמטפורה ה"הורית" מדגישה את חשיבותם של סימפטיה ודאגה כחלק מהשירות המשפטי.
- 122 Reid Mortenson, *The Lawyer As Parent: Sympathy, Care and Character in Lawyer's Ethics*, 12 LEGAL ETHICS 1 (2009).
- 123 Fried Charles, *Lawyer As Friend: The Moral Foundations of The Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L.J. 1060 (1975-1976).
- 124 Edward D. Re, *The Lawyer as Counselor and the Prevention of Litigation*, 31 CATH. U. L. REV. 685, 692 (1981-1982).
- 125 "אתיקה של דאגה" היא מודל חלופי ליחסי עורך דין-לקוח, הנוגעת ליצירת קשר דו-צדדי באמצעות "דאגה" (care), כלומר להתחבר למציאות ולתחושות של האחר ככל האפשר. מדובר בתאוריה סובייקטיבית המעדיפה חיבור וקשר על פני אוטונומיה. במסגרתה עורך הדין איננו רק על תקן "problem solver", אשר אינו לוקח בחשבון מחירים חברתיים ופסיכולוגיים עצומים של ההליך המשפטי. ראו Zwier & Hamrick, לעיל ה"ש 120.

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

אדם מנסה לחצות גשר מסוכן ואין זמן להזהירו, רשאים לתפוס אותו ולהחזירו לאחור ואין בכך פגיעה בחירותו, כי ניתן להניח עבורו, שלא רצה ליפול לתוך נהר.<sup>126</sup> גם הפילוסוף רוסו טען ש"בני האדם רוצים תמיד בטובתם, אבל לא תמיד מבינים הם מהי טובה זו",<sup>127</sup> ויפים הדברים לכאן, אם כי מותירים את עורכי הדין בסבך הדילמה.

פעולה לטובת הלקוחה מתיישבת גם היא היטב בכללים, בדומה להגשמת רצון הלקוחה מנגד, שהרי את חובת הנאמנות ניתן לפרש כך או כך, ועורכי הדין נותרים אפוא ללא ההכונה במסגרתם.<sup>128</sup> כללי האחריות המקצועית מובילים למודל ה"דומיננטיות" של עורך הדין. הוא איש המקצוע, המומחה, לכן על הלקוח לקבל את עצותיו, הוא בעל המיומנות להכריע מה טובת הלקוח בנסיבות העניין, ולהתבונן על הסוגיה בעיניים אובייקטיביות.<sup>129</sup> אולם הקו המקצועי והבחירה בין ייצוג "טובה" ובין ייצוג "רצון" נשארים לשיקול דעתו, לכאורה. הנחיה ישירה לפעולה במודל "טובת הלקוח" מחייבת הבהרה, למשל, לכלל 16 בכל הקשור להימנעות מטיפול נגד הלקוח, על מנת להדגיש שירידה בהבנה או במסוגלות לקבל החלטות מצדיקה נקיטת צעדים לטובת האינטרס של הלקוח הזקן, גם בניגוד לרצונו. בחירה בהנחיה מסוג זה מחייבת קביעה, במקביל, של איזונים למניעת התעלמות קלה מרצון הלקוח.

מקום שכבר מתקיים הליך משפטי ועורך הדין מייצג במסגרתו נדמה שעורך הדין לא יוכל להימנע מלדווח על הירידה לכאורה במסוגלות הלקוח בבית המשפט, ככל שהיא משמעותית, שכן נראה שנאמנותו לבית המשפט, ואולי גם למקצוע, מוציאה את אפשרות הבחירה מרשותו. לאי-דיווח ניתן לייחס חוסר הגינות, הטעיה והצגת טענה בידיעה שאינה נכונה, בניגוד לסעיפים 32 ו-34 לכללים.<sup>130</sup> עם זאת, כחלק מ"דילמת הכשרות" עורך הדין מצוי בהתנגשות בין חובתו לבית המשפט ובין חובת הסודיות, בפירושה הדווקני.

בכללים אפוא אין מענה למצב שבו פונה לקוח שלכאורה יש ירידה במסוגלותו להבין ולקבל החלטות ואינו מוותר על זכותו לסודיות, וכך אין מי שיפנה בשמו להמשך בירור הספק בנוגע למסוגלותו.<sup>131</sup> עורך הדין כמעט נדחק, על מנת להימנע מהפרת חובותיו המקצועיות,

126 מיל על החירות, לעיל ה"ש 97, בעמ' 182.  
127 אליה רוזנוב "אמיל" לרוסו כאוטופיה חינוכית" מוסר והשכל – מאמרים בפילוסופיה של המוסר והחברה 156, 161 (אסא כשר עורך, 1985).  
128 ראו ס' 53 לחוק לשכת עורכי הדין, שעניינו "שמירה על כבוד המקצוע" ומכוח סעיף הסל 61(3) לחוק המגדיר כעברת משמעת "כל מעשה או מחדל אחר שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין".  
129 John Basten, *Control and the Lawyer-Client Relationship*, 6 J. LEG. PROFESSION 17, 19 (1981). וראו גם: YSAIAH ROSS, *ETHICS IN LAW: LAWYER'S RESPONSIBILITY AND ACCOUNTABILITY IN AUSTRALIA* 38 (3<sup>rd</sup> ed. 2001).  
130 הדברים מתיישבים גם בכללים האמריקניים. בנוגע לסנגור (advocate), צוין כי: "A lawyer shall make reasonable efforts to expedite litigation consistent with the interests of the client". MODEL RULES-ל 3.2.  
131 לפתרון האמריקני, ראו כלל 1.14(3) cmt. ל-MODEL RULES, ולפיו לקוח יכול לבקש לצרף אדם נוסף למפגש עם עורך הדין, בן משפחה או אחר. ההנחה היא שכשיתופו אמנם הכרחי, לא נפגעת חובת הסודיות. אולם על עורך הדין לוודא שמירה על האינטרסים של הלקוח, ולקבל הנחיות מהלקוח ולא מהמלווה, בחריג של פעולה להגנת הלקוח.

להפסיק את הייצוג, שמשמעותה העברת ההתמודדות המקצועית לעורך דין אחר.<sup>132</sup> ניתן לשקול התוויה של חובת דיווח לגורמי רווחה או גורם מקצועי ייעודי שיוקם לשם כך בלשכת עורכי הדין, מבלי שתופר חובת הסודיות של עורך הדין ללקוחו. או בדומה לכלל האמריקני, על מנת למנוע נזק מהותי ללקוח שאינו מסוגל לדאוג לאינטרסים שלו, תוך קביעת מבחן מידתי שאין בכללים האמריקניים, באופן שלא ייעשה בסעיף שימוש לרעה.<sup>133</sup> לעורכי הדין תמיד שמורה האפשרות לפנות לוועדת האתיקה לקבלת חוות דעת, או לבית המשפט לקבלת הוראות, הכול במגבלות החובות המקצועיות החלות.<sup>134</sup>

כחלק מהדילמה ובמסגרת מודל "טובת הלקוח", עולה השאלה אם מבחינת חובותיו המקצועיות ראוי שעורך הדין יפעל למינוי אפוטרופוס ללקוח, כדי להגן על עניינו.<sup>135</sup> יש בכך קושי אתי, מקצועי ופרקטי, כאשר ספק אם הלקוח הסמיך אותו לכך במסגרת יפוי הכח, ומנגד, אם הוא נותן לכך הסכמתו, שוב ישנה דילמה בין "רצונו" ובין "טובתו". יתרה מזאת, נטילת עצמאות הלקוח, בידי אותו עורך דין שזה ביקש את שירותיו בעניין אחר, מתנגשת עם חובת הנאמנות ללקוח, בייחוד נוכח אפשרויות תמיכה וסיוע כובלות פחות (משמע, גם בשם "הגנה" על הלקוח, אין הכרח בנטילת עצמאותו). בקשה למינוי אפוטרופוס כרוכה גם במסירת מידע שחלה עליו חובת הסודיות, לא רק בבית המשפט, אלא גם לבני משפחה, אשר מעורבותם בהליך היא בלתי-נמנעת בפרוצדורה הנוהגת. גם כאן, ככל שהלקוח אינו מבין ואינו נותן הסכמה מפורשת, הרי שאי-התאמה ואי-הגמשה של הכללים מצמצם את אפשרויות הפעולה במישור אחריותו המקצועית, להבדיל מהדין הכללי, שם הדרך לכך פתוחה.<sup>136</sup> כלומר, הדבר ניתן, אולם ספק אם ראוי. ואולי הצמצום בכללים במקרה זה הוא לטובה. זאת, כיוון שלמינוי אפוטרופוס השלכות כבדות משקל על עצמאות הלקוח וחירותו, גם הם בגדר "טובת הלקוח", וחוק הכשרות חסר מדרג אלטרנטיבות מידתיות יותר וחלופות קונקרטיות לאפוטרופוסות,

132 להסדרת ה"רשות שלא לקבל עניין לטיפול" ו"הפסקת טיפול", ראו ס' 12, 13 לכללי האחריות המקצועית. הכללים האמריקניים מקלים יחסית במישור זה, וכך כלל 1.16 של ה-MODEL RULES קובע שורה של נסיבות להפסקת ייצוג. אחת מהן היא: "other good cause for withdrawal exists". כלל 1.16(b)(7) ל-MODEL RULES. אם כי, על עורך הדין לפעול באופן סביר שהאינטרסים של הלקוח לא ייפגעו.

133 Mark Spiegel, *The New Model Rules of Professional Conduct: Lawyer-Client Decision Making and The Role of Rules in Structuring The Lawyer-Client Dialogue*, AM. B. FOUND. RES. J. 1003 (1980).

134 ראו לדוגמה להקשר זה ס' 68 לחוק הכשרות.

135 ס' 33 לחוק הכשרות. לפי הסעיף, בית המשפט רשאי למנות אפוטרופוס "לאדם אחר שאינו יכול, דרך קבע או דרך ארעי, לדאוג לעניניו, כולם או מקצתם, ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו". לפי ס' 36 לחוק, בטרם המינוי, נדרש בית המשפט לשמוע את דעת החסוי "אם הוא מסוגל להבין בדבר וניתן לברר דעתו". בהסתייגות בסיפה יש פתח רחב לאי-שמיעת החסוי. ולהשוואה: ראו כלל 1.14(7) cmt. ל-MODEL RULES, שלפיו אם אין מיופה כוח, על עורך הדין לשקול מינוי אפוטרופוס או מלווה להגנת האינטרסים שלו. אם ללקוח עם ירידה קוגניטיבית נדרשת פעולה לדיספוזיציה ברכוש שיכולה להניב לו תמורה, נדרש למנות לו נציג חוקי, אם העניין נחוץ ומידתי, בהתחשב בעלויות ובהשפעה על הלקוח, למיטב הבנת הלקוח.

136 ראו ס' 33(ב) לחוק הכשרות. עורך הדין מחויב מתוקף נאמנותו ללקוח לשוחח עמו, להסביר לו למיטב הבנתו את המשמעות והשלכות ולהתחשב בדעתו.

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

שבהן ניתן היה להסתפק. אף שרעיון האפוטרופוסות לא פסול מיסודו ובבסיסו כוונה טובה, הרי המסגרת החוקית הנוהגת לכך היום לוקה וחסרה, כזו שקל להיכנס בשעריה הרחבים, מבלי שהדין מחייב את קביעתה כזמנית וכמידתית, וכמצומצמת אך על מנת לסייע היכן שאדם אינו מסוגל לדאוג לענייניו. יתר על כן, אין התייחסות לכך שנדרשת אפוטרופוסות אפקטיבית, מתוך הבנה ש"אפוטרופוסות" איננה תרופה למחלה הניתנת לפי מרשם. ישנם מצבים שאין בה תועלת ונדרשת מעורבות של גורמים מקצועיים, ובהם מחלקות הרווחה והשירות הסוציאלי, אולם אין הנחיה בדין למצות תחילה שירותים חברתיים אחרים. נוקשות משמעותית במיוחד בנוגע ללקוחות זקנים, שהמינוי, על רקע "ירידה קוגניטיבית" כלשהי, הוא קבוע עבורם, וספק אם ייחלצו ממנו. לכן, גם אם יתקיים האיזון הנאות בין החובות המקצועיות, זהו פתרון אחרון, לאחר שמוצו אפשרויות אחרות, וגם אותו יש ליישם במידה, ולתפור "חליפת" אפוטרופוסות המתאימה במידותיה ללקוח.

קיימת אפשרות במסגרת חוק הכשרות לקביעת אפוטרופוסות צרה, אשר תצמצם את הפגיעה בחירות הלקוח עד למקסימום האפשרי, למשל להיבט ספציפי צר, ולא בדיכטומיה המקובלת של גוף-רכוש. בית המשפט יכול למנות אפוטרופוס לדין להליך המשפטי,<sup>137</sup> או בן משפחה תומך,<sup>138</sup> או גורם חיצוני תומך או מלווה באופן שאיננו שולל זכויות.<sup>139</sup> עורך הדין יכול להתמנות כאפוטרופוס לדין עצמו,<sup>140</sup> ולייצג את רצון הלקוח, על רקע הצגת טובתו.<sup>141</sup> לפי סעיף 36 לחוק הכשרות, על בית המשפט לשמוע את דעת החסוי לפני מינוי האפוטרופוס ולהכריע, לפי סעיף 33 לחוק, כי איננו יכול לדאוג לענייניו.<sup>142</sup>

ההגדרות החוקיות יוצרות מסגרת בינרית: "בעל כשרות" או "נעדר כשרות" וחובות קשיחות של סודיות ומניעת ניגוד עניינים. המושגים הללו אינם משקפים את המציאות, שהינה ככלל רב גונית. עיקר עבודת עורכי הדין בתחום המשפט והזקנה הינה ייחודית, מתוך הבנת מורכבות המושגים, לא מתוך "כפייתם" על המציאות "כפי שהם", אלא מההכרח לצקת להם

- 137 תק' 32(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.  
138 Susan N. Gary, *Mediation and the Elderly: Using Mediation to Resolve Probate Disputes Over Guardianship and Inheritance*, 32 WAKE FOR. L. REV. 397 (1997).  
139 את האפשרות למנות "תומך קבלת החלטות" מקובל לקרוא מתוך ס' 12 לאמנה לשוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות, אשר היום, לאחר אשרורה, היא חלק בלתי-נפרד מהדין הישראלי. בפועל, אף כי בפרקטיקה לא נעשה בכך שימוש, ניתן לקרוא את האפשרות הזאת מהסיפה לס' 33(א)(4) לחוק הכשרות, ולפיו בית המשפט "רשאי" למנות אפוטרופוס "לאדם [...] שאינו יכול [...] לדאוג לענייניו [...] ואין מי שמוסמך ומוכן לדאוג להם במקומו". בית המשפט יכול באמצעות סעיף זה למנות במקרים המתאימים, אדם שאינו אפוטרופוס בהגדרתו, אין במינויו שלילת עצמאות, והוא יכול לסייע ולתמוך במי שזקוק לכך, באופן מותאם לצרכים וליכולות.  
140 LAWRENCE A. FROLIK & RICHARD L. KAPLAN, *ELDER LAW IN DE FACTO GUARDIAN* (2<sup>nd</sup> ed. 1999).  
141 Stephan J. Anderer, *A Model for Determining Competency in Guardianship Proceedings*, 14 MENTAL & PHYSICAL DISABILITY L. REP. 107 (1990).  
142 בארצות-הברית בחודש אוגוסט 2012 קיבלה הלשכה האמריקנית שורה של 43 סטנדרטים מנחים לאפוטרופוסים ו-21 הנחיות והמלצות למעורבים במינויים. ראו *New ABA Policies on Aging Issues*, 33 BIFOCAL 72 (2012), available at [www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/bifocal/bifocal\\_jul\\_aug\\_2012.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/bifocal/bifocal_jul_aug_2012.authcheckdam.pdf) (נבדק לאחרונה ב-23.08.2014).

תוכן ולפרשם לפי הנסיבות הייחודיות. ירידה בהבנה עקב אלצהיימר אין פירושה "חוסר מסוגלות", לא כל שכן "חוסר כשרות", שכן האחרון הוא סטטוס חוקי. כחלק מהאתיקה המקצועית בייצוג לקוחות זקנים, ראוי להציב מטרה לאפשר ללקוח הזקן המשך קבלת החלטות עצמאית ככל הניתן.<sup>143</sup>

יתר על כן, לעורכי הדין תפקיד במניעת התעללות בלקוחותיהם הזקנים, וגם זו מטרה ראויה כחלק מהאתיקה המקצועית בייצוגם. לקוח זקן שיש פגיעה במסוגלותו להבין או לקבל החלטות<sup>144</sup> עלול להיקלע למצב של בדידות, לחוות ירידה ביכולות פיזיות, ולהיות נתון לתלות חברתית או פיזית. עקב כך הוא עלול להיות חשוף לניצול, להתעללות או להזנחה מצד הסביבה,<sup>145</sup> תופעה המכונה בכלליות "mistreatment".<sup>146</sup> בארצות-הברית נמצא כי כ-90% מהפוגעים בזקנים הם בני משפחה שלהם, וכ-40% מהמקרים הניצול הוא כלכלי.<sup>147</sup> לעתים ישנם השפעה או לחץ מצד מקורבים בעלי עניין על אדם זקן, שישנה ירידה ביכולותיו הקוגניטיביות, ויש בה כדי ליצור אצלו תחושת מצוקה או למנוע ממנו רצון ובחירה חופשיים.<sup>148</sup> ראוי שעורכי הדין יהיו רגישים ויאתרו מצבים מסוג זה. במקרים חמורים ישן חובות דיווח הקבועות בחוק העונשין.<sup>149</sup> עם זאת, יש להימנע מליפול למלכודת הגילנות. סטראוטיפים בנוגע לאנשים זקנים עלולים להביא בטעות לסברה שלקוח זקן "אינו מבין", רק

143 לשם ההשוואה ראו כלל 1.14(5) cmt. ל-MODEL RULES, לעניין "Taking Protective Action", שלפיו אם עורך הדין מאמין באופן מושכל כי ישנה סכנה ממשית ללקוח, לגופו או לרכושו, או סכנה אחרת, הוא רשאי לנקוט אמצעים שונים, לרבות התייעצות עם משפחה, עם מחלקות רווחה, לעשות שימוש יזום בכלים של חלופה לקבלת החלטות כמו ייפוי כוח מתמשך וכו'.

144 ישראל דורון משפט צדק וזקנה 22 (2007).  
145 MARGRET M. BALTES, THE MANY FACES OF DEPENDENCY IN OLD AGE 7-25 (1996)  
146 Daniel L. Swagerty, Paul Takahashi & Jonathan Evans, *Elder Mistreatment*, 59 AM. FAM. PHYSICIAN. 2804, 2804-2808 (1999).

147 מקייס, לעיל ה"ש 3, עמ' 85. ראו בהקשר זה גם ת"פ (מחוזי נצ') 1209/01 מדינת ישראל נ' כרמלי (פורסם בנבו, 27.11.2005) המפרש את המושג "חסר ישע" ומבחין בין התעללות במעשה ובין התעללות במחדל, דהיינו הזנחה, של זקנים. הנאשם ערער לבית המשפט העליון ונדחה. ראו ע"פ 1280/06 כרמלי נ' מדינת ישראל, פס' כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 1.3.2007). בין יתר התיאורים הקשים של הזנחה, צוין: "אינדיקציות נוספות להזנחה ניתן למצוא בכך שהמערער לא דאג להחליף את שיניה התותבות של סבתו שאבדו. גם ביחס ללבושה של המנוחה, די בהודאת המערער כי ביום בו החזיר את סבתו לחיפה היתה לבושה בתחתוני בוקסר בלבד. לא למותר לציין שהמערער לא מילא אחר הוראות פקיד הסעד להחזיר את הסבתא לחיפה במועד שנקבע [...] המערער זוכה מעבירה של התעללות בחסר ישע, אך דומה כי לצורך עבירת הזנחה די בממצאים אלה כדי לבסס את הרשעה".

דו"ח שנערך בארצות-הברית בהקשר זה על ידי ועדה בסנאט האמריקני, "Guardianship for the elderly: Protecting the rights and the Welfare of Seniors With Reduced Capacity", קבע כי ההערכה היא כי מדי שנה בין 500 אלף ל-5 מיליון זקנים אמריקנים סובלים מהתעללות, מהזנחה ומניצול, והדבר אינו מדווח. ההתעללות בזקנים קשה הרבה יותר לגילוי מאשר בילדים בשל תופעת הבדידות, המאפיינת את אוכלוסיית הזקנים; ראו מקייס, לעיל ה"ש 3.

148 Fleming & Morgan, לעיל ה"ש 12, בעמ' 751.

149 ס' 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

כיוון שהוא פועל בניגוד לדעה מקובלת.<sup>150</sup> הסטראוטיפיזציה כאן כפולה, וכוללת דעות קדומות בנוגע לאנשים זקנים ודעות קדומות בנוגע לאנשים עם מוגבלויות. לפיכך לקוח זקן שיש ירידה במסוגלותו מתויג יותר ממי שנמנה עם אחת משתי הקבוצות.<sup>151</sup> הימנעות מגילנות ושינוי תפיסה בנוגע לאנשים זקנים נמנית גם על הרף המקצועי הראוי.

## 2. הצעה למתווה פעולה להתנהלות עורך הדין

לשם התמודדות עם "דילמת הכשרות", אני מציעה מודל תלת-שלבי. על פיו, כדי לפעול ברף אתי, על עורך הדין לפעול בתהליך מובנה בשלושה מישורים. הראשון – זיהוי ובידור, הכולל איסוף מידע והתייעצות, השני – מקסום מסוגלותו של הלקוח, והשלישי – הגשמת ענייניו המשפטי.

הנחת המוצא היא אחת, אנטי-גילנית, של מסוגלות ושל כשרות, כקבוע בחוק הכשרות. ואולם על עורך הדין להיות ער ל"סימני אזהרה" (שלב ה"זיהוי"), כלומר למאפיינים שאמורים לעורר שאלות: בלבול מצד הלקוח, שכחה, העובדה שהגיע למפגש המקצועי עם בן משפחה ושוקק, חוסר התמצאות בזמן ובמקום, חוסר יכולת לכאורה להבין את המשמעות של דברים שנאמרים. נוכח סימנים אלה על עורך הדין לפעול, ראשית כדי לברר את הספק (שלב ה"בירור").

כחלק מאיסוף המידע, נדרש עורך הדין לפני הכול להתרשמות אישית. עליו להיות ער ל"סימני האזהרה", לעמוד למיטב הבנתו על היקפם ומידתם. לעתים, הסימנים יהיו גלויים לכול, לעתים יהיו מרומזים או משתמעים. ככל שישנה היכרות מוקדמת עם הלקוח, יקל על עורך הדין להבחין בהבדלים שחלו בדפוס ההתנהגות ה"רגיל" שלו. לעתים, מידע על ירידה בהבנה או ביכולות מנטליות יגיע דווקא מבני משפחה או ממלווים, ויש להתרשם כדי לוודא מהימנותו. ההתרשמות נחוצה לזיהוי אינדיקציה של ממש לירידה מנטלית אשר עלולה לפגום במידת ההבנה או ביכולת לקבל החלטות. בכלל זה יש להתרשם אם הלקוח הבין את האפשרויות; ההשלכות; "רציונליות" לכאורה ולוגיקה פנימית; הסברים קוהרנטיים למטרות; הבנה של הנסיבות והמידע,<sup>152</sup> והכול על רקע ערכיו, אורחותיו ונסיבות חייו.<sup>153</sup> עורך הדין יכול להפעיל כלי בדיקה מידי לשם בירור והתרשמות. ראשית לשבת עם הלקוח לבד, בתנאים מתאימים ונוחים ללקוח מבחינת נגישות, ובכלל זה מועד המפגש, משכו, נוחות פיזית, תאורה מתאימה, אקוסטיקה נכונה בחדר, למקרה שיש ללקוח ירידה בשמיעה, שאפשר

150 לעמדת ההלכה בהקשר זה ראו שלמה הכהן אבינר "צלילות הדעת בימי הזקנה" ספר אסיא כרך שישי (התשמ"ט) [www.medethics.org.il](http://www.medethics.org.il) (נבדק לאחרונה ב-23.8.2014).

151 Stanley S. Herr, *Representation of Clients With Disabilities: Issues of Ethics and Control*, 17 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 609 (1989).

152 Daniel C. Marson, Kellie K. Ingram, Heather A. Cody & Lindy E. Harrell, *Assessing The Competency of Patients With Alzheimer's Disease Under Different Legal Standards: A Prototype Instrument*, 52 ARCH. NEUROL. 949 (1995).

153 Michael Schuster, *Representing Older Persons with Diminished Capacity – Ethical Considerations*, 263 PRAC. L. INST./EST. PLAN. & ADMIN. 339 (1998).

בטעות לפרש כ"חוסר הבנה". במפגש חשוב לאפשר ללקוח להשיב על שאלות למיטב הבנתו. לשאול אותו סדרת שאלות פשוטות, כמו "איפה אתה נמצא?", "מה אתה רוצה לעשות?", וכדומה. מתוך תשובותיו יוכל עורך הדין לגבש את התרשמותו. ערנות ל"סימני אזהרה", והתרשמות נוספת באמצעות בירור נוסף, שיעידו על ירידה-לכאורה ביכולת ההבנה צריכה להדליק אצל עורך הדין "נורות אדומות", כלומר לחייבו בפעולת בירור מקיפה יותר.<sup>154</sup> עם זאת, נדרשת הבחנה ברורה בין החלטה גרועה לדעת עורך הדין לבין ירידה בהבנה שיכולה להיות משמעותית למסוגלותו של הלקוח לשקף את רצונו.

גם ככל שישנה אינדיקציה של ממש ונדלקו "נורות אדומות", ראוי שעורך הדין יאסוף מידע נוסף, כדי לבסס ולהבין עוד. עורך הדין יכול לבקש מידע מבני המשפחה או ממקורבים של הלקוח הזקן, כדי לבחון אם חל שינוי בהתנהגותו שיכול להצביע על ירידה קוגניטיבית, הכול בכפוף לחובת הסודיות, משמע – רק באישור הלקוח ובהסכמתו.<sup>155</sup> המידע יכול שיהיה כן ומשקף, אם כי כל תיאור כרוך בסינון של המתאר, וייתכן שיהיה מוטע ומונע ממניעים אישיים, כדוגמת אינטרס כלכלי ברכוש, ולכן מחייב ביקורתיות. במקרים מתאימים, עורך הדין יכול להפנות את הלקוח לקבלת חוות דעת מקצועית של בעל מומחיות רלוונטית לשאלת התפקוד הקונקרטי. ראוי כי הערכת מסוגלות תבוצע על ידי בעלי מומחיות בגריאטריה, אשר הוכשרו לעריכת חוות דעת מתוך הבנת העניין המשפטי. יש לזכור שתמונת המצב כוללת קשת נתונים, והערכה קלינית או סוציאלית היא גוון אחד בה. להפניה לרופא יכולה להיות השלכה על מערכת היחסים בין עורך הדין ללקוחו, עד כדי קונפליקט וחוסר אמון, ולפיכך צריכה להיעשות באופן מושכל ובנסיבות המתאימות בלבד. עורך הדין יכול לפנות לוועדת האתיקה שבלשכת עורכי הדין ולקבל את חוות דעתה, או אף לפנות לבית המשפט בבקשה לנקיטת אמצעים לשמירה על עניינו של הלקוח לפי חוק הכשרות אם נדרש סעד מהיר.<sup>156</sup> המטרה היא למפות את הנסיבות, את מידת הפגיעה במסוגלות ואת מידת הרלוונטיות שלה לשיירות המשפטי המבוקש, כדי לוודא שהוא מייצג את רצון הלקוח. לאחר איסוף הנתונים, בירור ראשוני אישי ובמידת הצורך בירור מקיף יותר, יוכל עורך הדין לבחור את דרך הפעולה. כלומר מישור הפעולה הראשון כולל: זיהוי "סימני אזהרה"; בירור ומיפוי בהתרשמות אישית; איתור "נורות אדומות"; קיום בירור מקיף.

אם יעלה מהמידע המצטבר שיש ירידה בהבנה ובמסוגלויות רלוונטיות, אני ממליצה לעבור למישור השני, שבמסגרתו יפעל עורך הדין על מנת למקסם את מסוגלותו של הלקוח. ראוי למסור ללקוח את ההתרשמות בנוגע למידת הבנתו, ובשיתוף עמו ובהסכמתו הן לעצם הפעולה והן לתכניה, ראוי לפעול להתאמות נחוצות. ייתכן שבשל מחלת האלצהיימר, לדוגמה, תחול אצל הלקוח ירידה ביכולות מנטליות ולדוגמה בזיהוי פרצופים ושמות. ייתכן אף שהלקוח יהיה במצב של בלבול במשך שעות ואולי אף ימים. עם זאת, ייתכן שבשאר הזמן יהיה בעל מסוגלות שיש בה כדי לאפשר לו לפעול לקיום רצונו. לעתים הבלבול יהיה תוצאה של שילוב תרופות,

154 לשם ההשוואה ראו כלל 1.14(6) cmt. ל-MARYLAND RULES.

155 לשם ההשוואה ראו כלל 1.14(8) cmt. ל-MARYLAND RULES.

156 ס' 68 לחוק הכשרות.



דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

ואילו בשינוי המינונים יהיה כדי לצמצם את מידת הבלבול או אף לבטלה. עורך הדין יוכל לבחון את כל האפשרויות הללו, ייתכן שבהתייעצות עם אנשי מקצוע קליניים או אחרים, כדי למקסם את מסוגלותו של הלקוח, לשם העצמתו, לצורך קידום עניינו, על מנת לאפשר לו לבטא את רצונו ולשם שמירה על האינטרסים שלו. גם כאן יש חשיבות לפגוש בלקוח לבר, במסגרת ובתנאים מיטביים, להסביר על משמעות ביצוע התאמות, ולאפשר הבעת רצון אוטונומי וחופש בחירה.<sup>157</sup>

יצוין בהקשר זה, כי הצעות שונות הועלו בנוגע לדרך ליצירת אווירה מעצימה במפגש עם הלקוח, אשר תאפשר לו לבטא את עצמו באופן הטוב ביותר, ואת זאת ניתן לרתום למקסום מסוגלותו. בין היתר הוצע לשקול את אופן הדיבור – דיבור אטי, פשוט, שמירה על קשר עין. במידת הצורך, ניתן לחזור על מידע משמעותי כמה פעמים ובמילים שונות ובמקרים מסוימים ניתן ורצוי למסור מידע בכתב. הוצע לדאוג לאווירה נינוחה ולקשר רצוף, ולעתים ניתן יהיה לאתר שעות יום שבהן הלקוח מגלה סימני הבנה משמעותיים יותר ופחות בלבול. הוצע גם לדאוג לפרטיות בשיחה ולתחושה שאין מאזינים לה. ניתן לשאול שאלות פתוחות בדבר מתווה הפעולה המשפטית הרצוי, על מנת לאפשר ללקוח להביע את עצמו ולהתלבט.<sup>158</sup> בכל אלה יש כדי לאפשר ללקוח לבטא את יכולותיו, תוך ביצוע התאמות נחוצות שיגשרו על ירידה ביכולות, והכול על מנת לאפשר את קיום רצונו. אבחנה של דמנציה או של סכיזופרניה אינה מעידה כשלעצמה על יכולות או על תפקוד פוטנציאלי, וכחלק מהאתיקה המקצועית ראוי "לשאוב" יכולות שמורות שיאזנו יכולות חסרות, ולבצע לשם כך התאמות נחוצות. את ה"מחלה" יש לראות כנתון אחד מתוך מכלול, ולא להסיק ממנה מסקנות ישירות. אדם איננו נמדד ביכולותיו, ואין לאפיינו באמצעות קיומן או חסרונן, שלא אחת ניתן לאזן בתמיכה ובסיוע. עם זאת, במישור יחסי עורך דין-לקוח, ישנן יכולות החיוניות לייצוג רצונו. אולם גם זאת תוך ניתוק ההבניה החברתית המקובלת בנוגע למהי "יכולת" וכיצד מתבטאת, שכן איננה חייבת להתקיים בדרך ה"מקובלת". המישור השני אפוא הוא ב"מקסום מסוגלות הלקוח".

במישור השלישי, על עורך הדין לפעול למען הגשמת רצון הלקוח, מתוך היכרות עם עולמו, עם השקפותיו ועם דרך חייו, כפי שניתן ללמוד, וככל שלא ניתן ללמוד ישירות, אז לאמוד ולשער. "רצון" ניתן לפרש במובנו הרחב, ככולל שיקולים לטווח רחוק. אם למרות מגוון הפעולות שנקט עורך הדין, עדיין נדמה כי יכולת ההבנה של הלקוח ירודה, לאחר שמיעת הלקוח, יכול עורך הדין לפנות לקרוביו של הלקוח הזקן, הפעם על מנת לברר מה היה אורח חייו ולנסות להבין מתוך היוועצות עמם מה היה רוצה לו יכול היה להביע את עמדתו, ולנסות לקדם את המהלך המשפטי ברוח של אומדן רצונו או שיעורו. גם את רצונו של אדם מחוסר הכרה ניתן לנסות ולשער, מתוך אורח חייו עד אז ובאיסוף מדוקדק של נתונים על אודותיו ועל עמדותיו כפי שמסרן כשיכול היה, בנוגע לסוג הפעולה המשפטית הרלוונטית. למשל, כדי לשקף את רצונו בנוגע לפעולה רפואית הנדרשת לו, לכאורה, ואשר בהיעדר הסכמה מצדו נתבקש אישור בית המשפט לקיומה. גם במצבים אלה, לא ראוי לבטל את מקומו של האדם

157 FROLIK & KAPLAN, לעיל ה"ש 140.

158 Fleming & Morgan, לעיל ה"ש 12, בעמ' 776.

במסגרת ההליך המשפטי בעניינו. אחת האפשרויות שניתן לשקול, תוך נטרול חשש לניצול, היא ייצוג של הלקוח, שישנה ירידה דרסטית במסוגלותו, יחד עם אדם קרוב, שיש עמו מערכת יחסים טובה ותומכת, בכפוף לחובות מקצועיות ולסוגיות העולות בהתמודדות עם הדילמה "מי הלקוח". אם כן, המישור השלישי הוא בהגשמת רצון הלקוח.

אין כיום בנמצא מסגרת אתית מאגדת או פונקציה משפטית למתן הוראות מידיות ונקודתיות למצבים מסוג אלה, אשר תתגבר על מחסומים של סודיות ועל סרבול פרוצדורלי אשר יכול לעמוד לרועץ במסגרת זמן מוגבלת של קבלת החלטות. המישור השלישי של מודל קבלת ההחלטות המוצע אינו מהווה סוף דבר. הגשמת רצונו של הלקוח היא תהליך מתמשך ומורכב, דינמי ומחייב בדיקה חוזרת ונשנית, דורש יצירתיות ונכונות ל"שבירת" מוסכמות בנוגע לתבניות חשיבה מקובלות באשר ל"יכולת" ול"נורמה".

### 3. הצעה להתוויית נורמות מקצועיות לעורך הדין: האחריות והאתיקה המקצועית

ההצעה היא אפוא למהלך תלת-שלבי. במסגרתו יפעל עורך הדין בכל דרך למקסם את יכולותיו של הלקוח, באופן שיוכל לגשר על ירידה ביכולות אחרות ובהמשך ללמוד מהו רצונו, ואף לשער ולאומדו. כל זאת כחלק מחובותיו האתיות ב"זירת המסוגלות". עם זאת, יש מקום לשקול בה בעת התוויה של מסגרת כללים מקצועית ועקרונות להסדרת ההתנהלות כחלק מקוד אתי.

עם כל הקושי לקבוע כללים מנחים למצבים מסוג זה נוכח ההבדלים המשמעותיים בנסיבות, הרי מחקרים מראים שבהליכי אפוטרופסות, לדוגמה, הסדרה חוקית חיונית לשמירת זכויות החסוי.<sup>159</sup> הסדרה חוקית מביאה לרמות ביצוע איכותיות יותר, ולהקפדה על סטנדרטים.<sup>160</sup> המחקר תומך במסקנה שיצירת קוד אתי לייצוג לקוח זקן שישנה ירידה לכאורה במסוגלותו היא חיונית.

להסדרה חוקית יתרונות רבים. מרחב בלתי-מוגדר לפעולתו של עורך דין במקרים דומים, בייחוד נוכח שכיחותם, עלול להביא לחוסר עקביות ולחוסר אחידות, אשר עלולים להביא לפגיעה בזכויות ולייצר כאוס מקצועי. אי-הסדרה מותירה פתח לבחירה בפתרון הקל והאינטואיטיבי, במחיר קיבוע הסטראוטיפים ופגיעה בזכויות. מנגד, קביעת "סף" גבוה יחייב סטנדרטים מקצועיים גבוהים ברמת ה"מינימום" שיהא בהם כדי לשמור על זכויות הלקוח.

להסדרה חוקית גם חסרונות. קשה ללכוד בכללים נוקשים את הטווח הרחב של דפוס הפעילות, נוכח הגיוון הרב של הנסיבות. לפרופסיה אין אינטרס ברגולציה מגבילה. ואולם דווקא ייצוג לקוח זקן שיש חשש בנוגע למסוגלות רלוונטית שלו, יכול להתאפיין בקווים מאחדים אשר מאפשרים הסדרה כללית במתווה אחיד, או לכל הפחות הכוונה, אשר מעצם היותה "תציף" את הסוגיה לתודעה המקצועית ותמצב רף מקצועי ראוי.<sup>161</sup> הסדרה של

Moye et. Al. 159, לעיל ה"ש 44, בעמ' 604.

שם. 160

Edward P. Richards, *Should Preventive Law, Like Some Medicine, be Mandated by Government?*, 11 PREVENTIVE L. REP. 28, 30 (1992) 161

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

ההתנהלות המקצועית בנוגע ל"דילמת הכשרות" אין פירושה כללים נוקשים בהכרח בלבד, אלא בעיקר התוויית קוד אתי לפעולה מקצועית, אשר ניתן לגבות בכללים מכוונים נקודתיים. כפי שהצעתי במבוא, יש מקום לייחד מסגרת של "אתיקה בין-מקצועית" לנקודות ההשקה בין הפרופסיות השלובות בדילמת הכשרות. הרעיון הוא לקיים מסגרת ייחודית של אתיקה של המקצועות, מתוך ראיית המשמעות הייחודית של המפגש בין הדיסציפלינות, האפשרויות והאתגרים שהוא טומן. מעבר להבניה של השיתוף המקצועי מתוך זיהוי מטרה משותפת להעצים את הלקוח הזקן, הרי נורמות אתיות לנקודות השקה יאפשרו היכרות עם מרחב שיקול הדעת של הדיסציפלינה האחרת ועם ערכים מנחים בה.<sup>162</sup> בהקשר זה, ראוי שיתוו נורמות מקצועיות בנוגע לסוג המומחיות הנדרשת לצורך הערכת "מסוגלות" ולאופי המידע שיש למסור, תוך מיקוד ההערכה לעניין תפקוד לצורך הסוגיה המשפטית הרלוונטית ושימת דגש על פגיעה מינימלית באוטונומיה של הלקוח.<sup>163</sup> במסגרת זאת יש מקום גם להגדרה מושגית חדשה, ובין היתר אפיון ה"מסוגלות" וה"כשרות" כמונחים יחסיים ודינמיים. ה"כשרות" תבטא סטטוס חוקי בלבד, על מורכבות הערכתו ומתוך הכרה בגורמים התרבותיים והנורמות החברתיות המשתקפים בו. ה"מסוגלות" תבטא את היכולת להבין ולקבל החלטה, והערכתה תיעשה בכלים קליניים, חברתיים, סוציאליים, תפקודיים ומשפטיים בהקשר קונקרטי, ותוך הצבת ההערכה במסגרת זמן מוגדרת, שבסופה תבוצע הערכה מקיפה נוספת, וכך מעת לעת לפי הצורך. עורך הדין יפעל לברר ובהמשך למקסם מסוגלות משפטית, ולעת צורך יסתייע לשם כך במומחה, אשר יפעל לברר, ויתכן גם למקסם, מסוגלות רלוונטית להקשר המשפטי, כשהדגש על תפקוד תוך ביצוע התאמות ולא על אבחון גרידא. ה"מסוגלות" תהיה הכלי שבאמצעותו ניתן לבצע שינוי בסטטוס החוקי של אדם כבעל כשרות לבצע פעולות משפטיות, תוך הגבלת הסטטוס החוקי בזמן, כדי לבחון גם את תקפותו מעת לעת מחדש. כל זאת תוך קביעת פרדיגמה של כשרות משפטית לכל אדם, והעברת נקודת הייחוס לחברה בכלל ולאנשי המקצוע בפרט לבצע התאמות שיאפשרו זאת, להבדיל מהגבלה קלה של כשרות. והכול תוך הכרה במציאות החיים המורכבת, אשר אינה נלכדת במושגים בינריים.

מקום שיש ספק באשר להבנתו של לקוח זקן, עורך הדין והמומחה הרפואי מבררים יחד מתוך זיהוי קונקרטי של מטרה משותפת, והלקוח הוא באחת גם "לקוח" וגם "מטופל".

162 לקוד המקצועי של הפסיכולוגים האמריקנים, ראו Ethical Principles of Psychologists and Code of Conduct באתר ה-American Psychological Association : [www.apa.org/ethics/code/index.aspx](http://www.apa.org/ethics/code/index.aspx) (נבדק לאחרונה ב-23.8.2014).

163 המומחה המעריך את המסוגלות נדרש לאוריינטציה ישירה וספציפית לעניין שמצריך את ההערכה, כדי שחוות הדעת תהיה מהימנה ומשקפת. לדוגמה, הערכה פסיכיאטרית של אנשים זקנים, ראוי שתעשה בידי פסיכו-גריאטריים, המכירים את ההיבטים הייחודיים של ירידה קוגניטיבית אצל אנשים זקנים, בהתאם למחלתם. המומחה גם נדרש להיכרות עקרונית עם הסוגיה המשפטית הרלוונטית, שכן המסוגלות שיש לבחון בנוגע למי שמבקש לערוך צוואה שונה מהמסוגלות לצורך קבלת החלטה לעניין טיפול רפואי. יתר על כן, גם המסוגלות הנדרשת לעריכת צוואה שונה, בין מי שמחזיק ברכוש רב ובין מי שאינו מחזיק ברכוש רב, ועל כך ראוי שהמומחה ייתן את הדעת, כדי לאבחן אדם שלכאורה "אינו מסוגל" בהקשר אחד, אולם "מסוגל" בהקשר אחר.

המישור הראשון של האתיקה הביין-מקצועית הוא של תיאום עם מערך השיקולים של הפרופסיה האחרת, לרבות עם חובות מקצועיות לנאמנות ולסודיות, להסכמה מדעת ועוד, מתוך הבנת גבולות האחריות והשפעתן הפוטנציאלית על ההערכה. המישור השני הוא ב"אחריות משותפת" לנקודת הממשק, שתכלול נורמות בנוגע למידע שחובה למסור לרופא, נורמות בנוגע לחובת הסודיות של עורך הדין ביחס לרופא, ולהפך – סודיות ביחסי רופא-מטופל ביחס לעורך הדין, הסדרה של הנאמנויות וקוד מנחה להתנגשויות פוטנציאליות, והכול תוך זיהוי מטרה מאחדת וקביעת מערך ערכים. רעיון זה מתיישב עם טענה רחבה יותר שעורכי דין צריכים מומחיות מיוחדת בייצוג לקוחות זקנים. זו מסגרת ייחודית בתוך הפרופסיה, אולי תת-פרופסיה, ולכן נדרשת לה מסגרת אתית ייחודית, בייחוד במפגש עם איש מקצוע אחר, רופא ולא אחת עובד סוציאלי, אשר על חוות דעתם עורך הדין יסתמך בהליך הנוגע למימוש רצונו של לקוח, שהוא באחת גם "מטופל". דווקא בשל חוסר קוהרנטיות במטרות שתי הפרופסיות, מסגרת אתית לנקודת המפגש תגדיר מסגרת ערכית מאחדת, היקף האחריות לחוד ויחד של אנשי המקצוע ותתווה את אופי שיתוף הפעולה. הדברים מתיישבים עם התאוריה של אסא כשר,<sup>164</sup> אשר הגדיר את האתיקה המקצועית ככזו המתווה את האידיאל המקצועי מתוך אבחון הייחוד המקצועי.<sup>165</sup> כאן הייחוד מתבטא בתת-נישה, התמחות ספציפית הכוללת מאפיינים ייחודיים עצמאיים. עורך הדין אינו יכול להיות אדיש לנקודת המפגש התאורטית והפרקטית, אשר בה הוא כרוך, נתמך, עליה הוא נשען, ואותה הוא מוביל, ובה בעת מובל על ידי המומחה הקליני, לצורך הערכת המסוגלות של הלקוח, בין משקלה כזה או אחר בסל ההערכה הכולל.

חשוב להסדיר מערך היועצות למקרים אלה במסגרת ועדות האתיקה, שייוודו לסוגיות העולות בייצוג לקוח שיש ספק בנוגע למידת הבנתו. ניתן להסדיר מסלול היועצות אנונימי, לצורך בירור האפשרויות בנסיבות קונקרטיות, כאשר הלקוח מסרב למסור מידע או לבצע בדיקה. הדבר חיוני, לדוגמה, במצבים שישנה תלות מצד הלקוח במקורב מסוים, ויש חשש לניצול לרעה. במקביל ראוי לייסד מערך היועצות פורמלי, גלוי, למקרים שיש שיתוף פעולה מצד הלקוח. נדמה שראוי היה להעמיד רופאים גריאטריים או פסיכוגריאטריים המתמחים בתחום, אשר יוכלו לבצע הערכה תפקודית מתוך הבנת הסוגיה המשפטית ומתוך הזדהות עם המטרה של צמצום הפגיעה בלקוח הזקן ובחירותו, בשיתוף עם הערכה סוציאלית, ובחינה רב-מקצועית עם עורכי הדין של ההתאמות הנחוצות. ככל שהשירות יהיה "ציבורי" ובעלות סמלית, יצומצמו חסמים כלכליים במיצוי הזכויות.

ניתן לשקול לכלול בקוד אתי עיקרון, שלפיו זיהוי סימנים לירידה-לכאורה ביכולת להבין או לקבל החלטות מצריך נקיטת "פעולת בירור" מצד עורך הדין, תוך מזעור הפגיעה בזכויותיו או בחירותו של הלקוח. ניתן לקבוע עיקרון שלפיו ככל שהפעולה המשפטית שמבקש הלקוח שיש ספק ממשי בנוגע למידת מסוגלותו נוגדת את "האינטרס הטבעי" שלו, רכושי או אחר, חל על עורך הדין נטל מוגבר בכל הקשור בביצוע הבירור על מידת הירידה במסוגלות. עיקרון

164 אסא כשר "אתיקה מקצועית" מבואות לאתיקה א 1, 4-6 (אסא כשר עורך, 2009).

165 אסא כשר "אתיקה, משפט ושיפוט" ספר שמגר חלק ב – מאמרים 433, 434-436 (2003).

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

אפשרי נוסף הוא בחשיבות מסירת מלוא המידע ובהצגת האפשרויות והשלכותיהן, למשל במקרה של מכירת בית, בדרך מותאמת ללקוח, שיש ירידה בהבנתו. חשוב להגדיר כעיקרון גם את חובת הדיווח לבית המשפט ברמה המהותית והפרוצדורלית על רקע ההתנגשות עם הנאמנות ללקוח והסודיות, ולקבוע נסיבות לשמירת המידע חסוי. ניתן גם לקבוע עיקרון, שלפיו בייצוג לקוח שיש ירידה לכאורה במסוגלותו, על עורך הדין לקיים את רצונו תוך פגיעה מינימלית בזכויותיו ובחירויותיו. כעיקרון, תפקיד עורכי הדין הוא לייצג את רצונו של הלקוח שיש ירידה ביכולת הבנתו או ביכולתו לקבל החלטות, כפי שהביעו. על עורך הדין לפעול על מנת לאפשר את הבעתו, או כפי שניתן לאומדו מתוך איסוף נתונים. ככל שיש קושי מובהק לאומדו, ראוי לייצג את רצונו המשווער, מתוך איסוף נתונים על חייו והעדפותיו, על רקע הצגת טובתו, למיטב הערכת עורך הדין.

בנוסף, יש לפתח מושגים קיימים בכללים ולהתאימם לייצוג בנסיבות משתנות, מתוך הבנה שאין מערכת יחסים "אחידה" ו"נורמלית". למשל, יש לפתח את מושג ה"אפוטרופוסות לדין" ככלי יעיל למצבים המתוארים. זו, לטעמי, ככל שנעשית בידי עורך דין, מובדלת מ"ייצוג משפטי" בכך שטמונה בה כבר הנוסחה שמאזנת בין המודלים של רצון הלקוח וטובתו, ואילו בייצוג משפטי האיזון כיום הוא אינטואיטיבי. הנוסחה המאזנת הראויה באפוטרופוסות לדין, לדעתי, היא בייצוג רצון הלקוח תמיד, תוך הצגת טובתו כ"מסגרת" לרצון, כפי שהאפוטרופוס לדין מפרש אותה, תוך הבהרה שזו דעתו והנחת התמונה הרחבה בפני בית המשפט. ככל שיש קושי ב"תרגום" הרצון ובהבנתו, למשל כשאדם מחוסר הכרה (קושי שהוא לעולם של החברה להבין) – הצגת רצונו המשווער מתוך אוסף הנתונים שנאספו על רקע טובתו, כפי שהאפוטרופוס לדין מפרש אותה.<sup>166</sup> זה אחד הערכים המוספים של אפוטרופוסות לדין, פרט לאפשרות להיות גורם מקשר ומתווך – יש בתפקיד חובת התייחסות הן לרצון והן לטובת הלקוח באופן מובחן ומוגדר. לעומת זאת, בייצוג משפטי הצעתי לעיל כיצד יש להמשיג את האיזון, אשר נתון, נכון להיום, לשיקול דעת עורכי הדין, כשהגבול בין רצון הלקוח ובין טובתו עלול להיטשטש. כמו כן, ראוי לפתח מסגרות תמיכה יצירתיות הכוללות התאמות, על מנת לאפשר לכל אדם לנהל את ענייניו מתוך הגדרתו העצמית, ותוך הבעה ויישום רצונותיו.<sup>167</sup> פגיעה בחירות, גם אצל לקוח שיש ירידה בהבנתו, תהא לעולם האמצעי הדרסטי האחרון לאחר שנבחנו מהותית אמצעים פוגעניים פחות. כיוון שהמחשבה להגן על הלקוח נובעת, ככלל, מחשש לפגיעה בו על ידי אחרים, נקודת האיזון צריכה לנוע להגבלת האפשרות לפגוע בו (רישום הערת אזהרה על נכס, סעיפים מגבילים למניעת משיכת סכומים גבוהים בחשבון הבנק וכדומה) מהאפשרות הקלה להגבלה שלו. את הלקוח צריך לתמוך ולא להגביל, לתת לו כלים

166 את הנוסחה אני למדה משילוב נסיבות המינוי לפי תק' 32(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי ("רשאי למנות [...] למי שזקוק לאפוטרופוס [...] אשר ייצגו מלא") עם חובות האפוטרופוס בחוק הכשרות לשמוע את רצון החסוי ולפעול לטובתו.

167 למודל חלופי של "supported decision-making" כתחליף לאפוטרופוסות, שמשמעותו תמיכה באנשים עם מוגבלויות שכליות שתאפשר לקבל החלטות בעצמם תחת קבלת החלטות עבורם, ולמודל של "shared decision-making", ראו Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal & Amy T. Campbell, *Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?*, 117 PENN ST. L. REV. 1111 (2013).

לפעול, ולא למנוע ממנו את האפשרות לכך. ה"בעיה", כך יש להניח, איננה באדם או ביכולותיו, ולפיכך גם את הפתרונות יש ליישם בחברה.

## ה. סיכום

ייצוג לקוחות זקנים עם ירידה ביכולת להבין, להביע רצון או לקבל החלטות מציב את עורכי הדין בפני שלל סוגיות אתיות ומקצועיות. כללי האחריות המקצועית משקפים התייחסות דיכוטומית, והנחה טבועה של מהו "נורמלי" ו"מקובל", באופן שאינו לוכד את גוני הקשת האנושית. ההתמודדות המקצועית מייצרת מפגש עם פרופסיות נוספות, ושיח עם אנשי מקצוע מדיסציפלינות נוספות, על הלקוח. המפגש הביין-מקצועי מסורבל וכורך במגבלות אתיות, אינו מאופיין במטרה משותפת ובערכים מאחדים. בעלי המקצוע משוחחים בשפות שונות, מעריכים בכלים שונים, ולעתים על סמך מידע שונה. על רקע אותו מפגש, ייקבע לא אחת גורלו של הלקוח, הייצוג המשפטי שיינתן לו, אופיו, מטרותיו ולעתים גם עצמאותו וזכויותיו.

תהליך ה"תרגום" הביין-תחומי ממושגים של "מסוגלות" למסגרות של "כשרות" מחייב סטנדרט מקצועי, כללים מנחים והתנהלות מושכלת. זאת, מתוך התייחסות להבניה חברתית המגדירה את תכונותיו המצופות של "בעל הכשרות" לבצע פעולה משפטית מסוימת, בהתאם למה ש"מקובל" ונוהג במקום ההערכה. נוכח מורכבות ההערכה וה"תרגום" ועל מנת לשמור על עצמאותם של הלקוחות במידה המרבית, אני מציעה לקבוע פרדיגמה של כשרות משפטית לכל אדם, ולהטות את כובר אחריות בעלי המקצוע ל"זירת המסוגלות". זאת, תוך שיתוף אתי ומקצועי ביניהם, כדי לאפשר את המסוגלות ולמקסם אותה. הגבלות בשל ירידה במסוגלות, כאמצעי אחרון ואם בכלל, צריכות להיות על יישום ומימוש הכשרות המשפטית, ולא על עצם היותה, מתוך חשיבה בין-תחומית יחד עם הלקוח, ככל הניתן, ובחינה משותפת של התאמות ושל אמצעים לסיוע ולתמיכה שיאפשרו מיצוי מקסימלי של המסוגלות ב"זירת" הכשרות. עורכי הדין יכולים לפעול הן למקסום המסוגלות, והן לצמצום ההגבלות על יישום ומימוש הכשרות המשפטית, מתוך סטנדרט אתי גבוה וכערך חברתי.

כדי שעורכי הדין יוכלו לפעול במקצועיות ב"זירת המסוגלות", רצוי לאפשר להם הכשרה והתמחות נוספת, בהיבטים סוציאליים, פסיכולוגיים, פיזיולוגיים ואחרים של ההזדקנות. מומלץ לשקול קורס מרוכז והשתלמויות מקצועיות, שיערכו על ידי אנשי מקצוע, ויעסקו בפנים הרבים של הזקנה ושל ההזדקנות, וכן בהיבטים שונים של ירידה קוגניטיבית, ובדרכים לשפר את מידת ההבנה. למעשה, יש מקום לשיח משותף וקבוע עם אנשי המקצוע מהדיסציפלינות הנושקות, על מנת לחדד את אופן שיתוף הפעולה בנקודות ההשקה בטיפול באדם שהוא לקוח, וזקן. לא למותר להגדיר ייצוג לקוחות זקנים כהתמחות נפרדת וייחודית; המייצג יזהה עצמו ככזה, והלקוח ידע שפנה אל מומחה, ממש כמו שמקובל לאפיין היום עורך דין מומחה שהוא "פליליסט" או אחר שהוא "נזיקיסט". עורך הדין יינה מהכרה כמומחה במשפט הזקנה, ומשפע של כלים מקצועיים ואתיים להתמודדות עם דילמות מורכבות ועם מצבים ייחודיים בייצוג לקוחות זקנים, כחלק משירות משפטי שאיננו אינטואיטיבי או טכני, אלא מעמיק ובעל ערך אישי וחברתי.

דילמת הכשרות המשפטית בייצוג לקוחות זקנים –  
אתיקה מקצועית של עורכי הדין ב"זירת המסוגלות"

גאולה פנתה לעורך הדין יחד עם בתה בתיה. במפגש העידה על בלבול, ואחר כך שכחה את תוכן השיחה ואת השירות המשפטי המבוקש. אתיקה מקצועית בייצוג לקוחות זקנים כמסגרת תאורטית, בד בבד עם סל הכללים ודרכי הפעולה המוצעים במאמר, מחייבים את עורכי הדין בראש ובראשונה להכיר בדילמה ולבחור בהתלבטות אתית. התמודדות אתית, כחלק מסטנדרט מקצועי גבוה, מחייבת לייצג את הלקוחה באופן המותאם לה, כשאופי הייצוג המשפטי מאפשר במהותו את עצמאותה, ו"תפור" בתכונותיו למידותיה.