

נאמנויות וחובות עורך הדין בעת עריכת צוואה

לימור זר-גוטמן ומאיה פלד

תקציר ♦ **מבוא** ♦ **א. על צוואה, עריכתה ועקרונות יסוד בירושת אדם על פי צוואה** ♦ **ב. מתודולוגיה: איתור הפסיקה** ♦ **ג. צומת הנאמנויות של עורך הדין** ♦ **ד. ניתוח הפסיקה** 1. חובת הזהירות שחב עורך הדין עורך הצוואה כלפי הנהנים 2. הקשר בין עורך הדין עורך הצוואה לבין הנהנים ♦ **ה. הצעות לתיקון המצב המשפטי** ♦ **סיכום.**

תקציר

אחת הדרכים המוכרות לעריכת צוואה היא צוואה בעדים המוסדרת בחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: החוק). החוק אינו מחייב לערוך צוואה זו אצל עורך דין, אך עורכי דין רבים עוסקים בכך. העולם שבו פועלים עורכי דין העורכים צוואות הוא עולם מורכב, כי בשונה מכל מסמך משפטי אחר, האדם לא יהיה נוכח כדי לספר על רצונו ולמה התכוון בצוואתו. אחריות רבה מוטלת לפיכך על כתפי עורך הדין המנסח.

בחוק הירושה ובכללי הדין המשמעתי המחייבים עורכי דין אין כל הוראה הנוגעת להתנהגות עורכי דין בעת עריכת צוואה בעדים. החסר נמשך גם בתזכיר לחוק הירושה שפרסם משרד המשפטים בימים אלו. את החסר הזה משלימה הפסיקה, המטילה אחריות וחובות על עורכי דין שעורכים צוואה בעדים. הפסיקה המסדירה את התחום מגוונת וכוללת ערכאות שיפוטיות שונות – בתי משפט אזרחיים, בתי משפט למשפחה ובתי דין משמעתיים.

במחקר זה, למיטב ידיעתנו – לראשונה, איתרנו ובחנו מגוון זה של פסיקה משמעטית, פסיקה אזרחית והחלטות של ועדת האתיקה הארצית בלשכת עורכי הדין, שבכולן התקיים דיון בנוגע להתנהגות עורך דין בעת עריכת צוואה. התובנה העיקרית העולה ממחקרנו היא שהפסיקה העוסקת בהתנהגות עורכי דין בהקשרים אלו אינה נשענת על התפיסה האתית העומדת בבסיס אסדרת התנהגותם של עורכי דין, היא "גישת צומת הנאמנויות".

ניתוח הפסיקה מראה כי בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין המשמעתיים רואים בנאמנות ללקוח-המצווה את הנאמנות היחידה המוטלת על עורך הדין עורך הצוואה. הפסיקה אף הלכה צעד נוסף, אולי אחד רחוק מדי, והעניקה משקל כפול לנאמנות ללקוח, ובכך התעלמה משתי הנאמנויות האחרות המוטלות על עורך דין. נוכיח זאת בעזרת ניתוח פסיקה בשתי סוגיות מרכזיות של התנהגות עורך דין בעת עריכת צוואה. שתי הסוגיות אותרו מתוך כלל הפסיקה

* **לימור זר-גוטמן**, מרצה בכירה, ראשת המרכז לאתיקה ואחריות מקצועית של עורכי דין ע"ש דיויד וינר ז"ל, הפקולטה למשפטים, המכללה למינהל. **מאיה פלד**, עורכת דין, בעלת תואר מוסמך במשפטים, עוסקת בתחום האוטונומיה ודיני המשפחה.

לימור זר-גוטמן ומאיה פלד

שבמחקר, באשר יש בהן כדי להדגים את ההתעלמות מגישת צומת הנאמנויות והקשיים שהדבר מעלה. הניתוח יראה כי ההתעלמות מגישת צומת הנאמנויות עשויה להביא במקרים מסוימים לניתוח שגוי ואף להלכה שגויה המתקיימת עד היום. בניתוח המוצע יש כדי להביא להכרה ברורה בחובת הזהירות של עורך הדין עורך הצוואה כלפי הנהנה. המאמר כולל גם כמה הצעות לפתרון המצב הקיים. הצעה ראשונה שתופנה לבתי המשפט, הצעה שנייה לעורכי הדין עצמם והצעה שלישית למחוקק.

מבוא

צוואה היא מסמך משפטי להעברת זכויות – רכושיות בעיקרן, אך לא רק רכושיות. תוקפה האופרטיבי ממומש רק לאחר פטירת המצווה. פירוש הצוואה מתבצע אל מול רצון המצווה (במועד שבו אינו עוד בין החיים), כשלמצווה יש חופש הורשה כמעט מוחלט.¹ בעריכת צוואה ובמימושה מעורבים רגשות, מאויים, חלומות, דחפים, קשרי משפחה וכסף. המצווים הבוחרים להסדיר את צוואותיהם אצל עורכי דין מגיעים למעמד זה ברגשות מעורבים. הם מספרים על עולמם הפרטי, על הקרובים אליהם, על אהבותיהם, קנאותיהם ושנאותיהם. הם חושפים טפח ומסתירים טפחיים. לעיתים הם ממעטים בפרטים ולעיתים חושפים יותר משרצו. עצם המעמד משמש לעיתים קתרוזיס למצווה ולרגשותיו עד כדי הדרת יורשים טבעיים.²

הגם שעריכת צוואות בעדים מוסדרת בחוק הירושה, תשכ"ה–1965 (להלן: חוק הירושה), אין כל חובה חוקית לערוך צוואה אצל עורך דין. ירצה המצווה – יסתייע בעורך דין לעריכת הצוואה, ירצה – יערכה בעצמו. אין זה פלא, לפיכך, שאין בדין התייחסות מפורשת לעריכת צוואות על ידי עורכי דין. נגזרת מכך היא היעדרם של כללים משמעתיים להתנהלות עורכי דין בעריכת צוואות. אותו חסר נמשך גם בתזכיר החדש לתיקון חוק הירושה, אשר כולל, כהגדרתו, "תיקונים מהותיים רבים להוראות החוק הקיים, שנועדו להתאים את חוק הירושה למציאות החיים המשתנה ולהתפתחות המשפטית שחלה בארבעים השנים האחרונות מאז חקיקתו".³

הוראות לעניין עריכת צוואה בעדים בידי עורך דין בהחלט חשובות. העולם שבו פועלים עורכי דין העורכים צוואות הוא עולם מורכב, עולם המזמן התלבטויות ודילמות אתיות לא מעטות. העיסוק בחייהם של אנשים ובציווי ליום פקודתם הוא רגיש, והאחריות

1 ס' 34 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965; ע"א 1099/90 שרוני נ' שרוני, פ"ד מז 785 (1993).
2 רונן קרייטנשטיין "על ירושות ומשפחות בראי ההלכה: הסדרי הורשות והדרות בדין העברי" משפט ועסקים יד 441, 448 (2012).
3 תזכיר חוק הירושה (תיקון מס'...), התשפ"א–2021, פרק ב' מטרת החוק המוצע, הצורך בו, עיקרי הוראותיו והשפעתו על הדין הקיים" (להלן: תזכיר חוק הירושה).

המוטלת על המנסח רבה.⁴ בשונה מכל מסמך משפטי אחר, האדם לא יהיה נוכח כדי לספר על רצונו ולמה התכוון בצוואתו, כי תוקפה האופרטיבי של צוואה נכנס לתוקף רק לאחר פטירתו של אדם.

את החסר הזה משלימה הפסיקה, המטילה אחריות וחובות על עורכי דין שעורכים צוואה בעדים. הפסיקה המסדירה את התחום מגוונת: פסיקה אזרחית, פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה (העוסקת בהתנגדות לקיום צוואה על בסיס עילות בחוק הירושה), תביעות רשלנות נגד עורכי דין אשר היו מעורבים בניסוח צוואות ופסיקה משמעטית של קובלנות משמעטיות נגד עורכי דין שערכו צוואה ואגב כך ביצעו עבירות משמעט שונות.

במחקר זה, למיטב ידיעתנו – לראשונה, איתרנו ובחנו פסיקה משמעטית, פסיקה אזרחית (בכללה גם תביעות רשלנות) והחלטות של ועדת האתיקה הארצית בלשכת עורכי הדין, שבכולן התקיים דיון בנוגע להתנהגות עורך דין בעת עריכת צוואה. נושא המחקר מתפרס על פני ערכאות שיפוטיות שונות: בתי משפט אזרחיים, בתי משפט לענייני משפחה ובתי דין משמעטיים של לשכת עורכי הדין.

התובנה העיקרית העולה ממחקרנו היא שהפסיקה העוסקת בהתנהגות עורכי דין בהקשרים אלו אינה נשענת על התפיסה האתית העומדת בבסיס אסדרת התנהגותם של עורכי דין, היא "גישת צומת הנאמנויות". לפי גישה זו, עורך הדין פועל במתחם שלוש נאמנויות שוות ערך אגב איזון מתמיד ביניהן: נאמנות ללקוח, נאמנות לחברה ונאמנות לעצמו ולמקצוע.⁵ במילים אחרות, שלוש הנאמנויות ניצבות על אותו מישור ואין כל היררכיה קבועה שבה נאמנות מסוימת תמיד עליונה על האחרות. על עורך הדין למצוא פתרון המאזן בין הנאמנויות השונות, על הצד הטוב ביותר. לעיתים כבר נקבעה נוסחת האיזון בחוק, בהחלטות ועדות האתיקה או בפסיקה.

ניתוח הפסיקה יראה כי בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין המשמעטיים רואים בנאמנות ללקוח-המצווה את הנאמנות היחידה המוטלת על עורך הדין עורך הצוואה. הפסיקה אף הלכה צעד נוסף, אולי אחד רחוק מדי, והעניקה משקל כפול לנאמנות ללקוח, ובכך התעלמה משתי הנאמנויות האחרות המוטלות על עורך הדין. נוכיח זאת בעזרת ניתוח פסיקה בשתי סוגיות מרכזיות של התנהגות עורך דין בעת עריכת צוואה. שתי הסוגיות אותרו מתוך כלל הפסיקה שבמחקר באשר יש בהן כדי להדגים את ההתעלמות מגישת צומת הנאמנויות והקשיים שהדבר מעלה.

4 נפתלי ליפשיץ ספר הזכרון לגואלטיארו פרוקציה – חיבורי משפט 25 (אהרן ברק ואח' עורכים 1996). עורכי הדין ככלל משמשים כמתרגמים של רצון ואינטרס הלקוח. ראו, רם פרומן "סופרי הצללים של המהפכה: סמיוטיקה של עורכי-דין בעולם ההייטק" משפט חברה ותרבות – טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 321, 324 (2003).

5 לימור זר-גוטמן "הנאמנויות של עורך הדין" חובות אמון בדין הישראלי 245, 263–264 (רות פלאטרשנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים 2016).

הסוגיה הראשונה היא חובת הזהירות שחב עורך הדין שערך את הצוואה כלפי הנהנים מהצוואה. חובה זו לא הוכרה באופן ברור בפסיקה האזרחית בנושא רשלנות. ניתוח הפסיקה יראה שהיא מתעלמת מהנאמנות לחברה ובכללה החובה כלפי הנהנה. יישום של מודל צומת הנאמנויות יכול אפוא להוביל להכרה מפורשת בקיומה של חובת הזהירות שחב עורך הדין עורך הצוואה כלפי הנהנים לפי הצוואה.

הסוגיה השנייה שבחרנו לנתח במאמר היא הקשר שבין עורך הדין שערך צוואה עבור הלקוח המצווה לבין הנהנים לפי אותה צוואה. סוגיה זו עלתה גם בפסיקה האזרחית שעסקה בהתנגדויות לקיום צוואה וגם הפסיקה המשמעיתית שעסקה בקובלנות נגד עורכי דין. נראה כי הפסיקה מתעלמת מנאמנות עורך הדין לעצמו. הניתוח יראה כי ההתעלמות מגישת צומת הנאמנויות עשויה להביא במקרים מסוימים לניתוח שגוי ואף להלכה שגויה, שמתקיימת עד היום.

להלן סדר הפרקים במאמר: הפרק השני יפרוס בקצרה את הרקע הנדרש בתחום דיני צוואות – מונחים מרכזיים ועקרונות. הפרק השלישי יציג את מתודולוגיית המחקר. הפרק הרביעי ינתח את הפסיקה שאותרה ויראה את המסקנות החשובות שעלו בעקבות ניתוח הפסיקה. הפרק החמישי ישרטט כמה הצעות לפתרון המצב הקיים – הצעה ראשונה שתופנה לבתי המשפט, הצעה שנייה למחוקק והצעה שלישית לעורכי הדין עצמם. בפרק השישי נסכם.

א. על צוואה, עריכתה ותפקיד עורך הדין

בטרם נדון בהתנהלות עורכי דין בעריכת צוואות, שומה עלינו להכיר, ולו על קצה המזלג, מונחים ומושגים מרכזיים בתחום זה. כמובן ומטבע הדברים, קצרה היריעה מלעמוד על כל היקפו של חוק הירושה.

בפרק זה נגדיר תחילה מהו המסמך המשפטי: "צוואה". נמשיך להסביר מהי צוואה בעדים, שהיא סוג הצוואה שאותה עורכים עורכי דין. נמשיך לדיון בתפקיד עורך הדין כעורך לשוני של הצוואה.

1. הגדרתו של המסמך המשפטי המכונה "צוואה"

חוק הירושה הוא ההסדר המשפטי הישראלי שבמסגרתו מעוגנת שורה של הוראות חוקיות בעניין העברת רכושו של אדם לאחר מותו.⁶ בתוך הוראות חוקיות אלו נחקקו, בין היתר, "ברירות מחדל" חוקיות, החלות בנוגע להעברת רכושו של אדם לאחר מותו. זהו הסדר דיספוזיטיבי. חוק הירושה מאפשר להתנות על "ברירות מחדל" אלו באמצעות חלוקה אחרת של רכוש המצווה, שתיערך, על פי רצון המצווה, במסגרת צוואה. באופן

6 ס' 1-2 לחוק הירושה.

מפתיע, לשאלה "מהי צוואה" אין תשובה או הגדרה שלמה ובהירה בחוק הירושה. היעדרה של התשובה נובע, ככל הנראה, כחלק ממדיניות כללית של חקיקה שאינה רואה הצדקה לתת הגדרה לביטויים שגורים.⁷ המחוקק הסתפק בקבוע בסעיף 8(א) לחוק הירושה: "מתנה שאדם נותן על מנת שתוקנה למקבל רק לאחר מותו של הנותן, אינה בת תוקף אלא אם נעשתה בצוואה על פי הוראות חוק זה".⁸

עיון בפסיקה ובספרות מצביע על כך שצוואה איננה רק מסמך משפטי העוסק בהעברת נכסים,⁹ במתנה לאחר מות, אלא פעולה משפטית בעלת מאפיינים ייחודיים בכך שהיא מקנה זכויות רק עם מות המצווה ועד למותו ניתן לבטלה או לשנותה.¹⁰ צוואה אינה מתייחסת רק לענייני רכוש, שכן המצווה רשאי לכלול בה גם את הסדרי הלווייתו, קבורתו, אופן הנצחתו או כל עניין אחר שהחוק התיר לכלול בצוואה.¹¹

בלב הצוואה נמצא המצווה. צוואה מעצם טיבה וטבעה קשורה קשר ישיר אל המצווה – הנפטר, והשאיפה לכבד ולקיים את רצון המת מעוגנת היטב הן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ונגזרת מזכות הקניין ומהזכות לכבוד.¹² אחר רצון המצווה יש להתחקות ואותו יש להגשים.¹³ תפיסה זו של הצוואה, הרואה בה מסמך משפטי ייחודי שתכליתו להשמיע את קול המצווה, קיבלה ביטוי בחקיקה,¹⁴ בפסיקת בית המשפט העליון¹⁵ ובספרות המשפטית.¹⁶

2. צוואה בעדים

אחת מצורות הצוואה הקבועות בחוק הירושה היא צוואה בכתב שעליה חותם המצווה בפני שני עדים הנדרשים לאשר בחתימתם כי המצווה הצהיר בפניהם שזו צוואתו וחתם עליה.¹⁷ בהתאם לפסיקה,¹⁸ הדרישה הצורנית בנוגע לצוואה בעדים כוללת ציון תאריך, חתימה בידי המצווה, חתימת המצווה בפני העדים שזו צוואתו, אישור שני העדים באותו

7 מיכאל קורין אלדי דיני ירושה: צוואות, ירושות ועיזבונות 201 (מהדורה שנייה מורחבת 2012).

8 ס' 8(א) לחוק הירושה.

9 קורין אלדי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 209.

10 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי: פרשנות הצוואה 52–53 (2001).

11 קורין אלדי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 227.

12 ס' 2 ר"ב לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

13 שלי קרייצרלוי ואיילת בלכרפריגת "הנהגה היא אדם ואיננו": על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד

המת" עיוני משפט לח 571, 578 (2016).

14 ס' 27, 28(א) ר"ב לחוק הירושה.

15 ע"א 1900/96 טלמציור נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817 (1999); ע"א 724/87 כלפה נ' גולד,

פ"ד מת(1) 22, פס" 5 לפסק הדין של השופט מלץ (1993); ע"א 7735/02 עזבון אלבו נ' פז, פ"ד

נח(3) 161, פס" 4 לפסק הדין של השופט טירקל (2004).

16 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 58–59.

17 ס' 20 לחוק הירושה.

18 ע"א 869/75 בריל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(1) 98 (1977).

מעמד, חתימת שני העדים על האישור, אישור שני העדים על פני הצוואה, אישור שני העדים שהמצווה חתם כאמור והצהיר כאמור.

לפי לשון סעיף 25(ב)(2) לחוק הירושה, מרכיבי היסוד, בלעדיהם אין, בנוגע לצוואה בעדים הם כתב ושני עדים. הסעיף קובע כי אם התקיימו מרכיבי יסוד אלו תקיים הצוואה, גם אם נפל בה פגם, ובלבד שאין לבית המשפט ספק בכך שהצוואה משקפת רצון חופשי ואמיתי של המצווה.¹⁹

כדי להבין את תפקיד העדים נדרשת הכרת המונח "כשרות לצוות": כל אדם כשיר לזכויות ולחובות מיום לידתו ועד פטירתו, וכל אדם כשיר לפעולות משפטיות, אלא אם כן נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין.²⁰ מכאן שכל אדם, מעל גיל 18, כשיר לעשות צוואה, אלא אם כן נשללה ממנו כשרות זו כדין.²¹ ואולם, העדים תפקידם אינו לבדוק תנאים נוספים לקיום הצוואה. אין זה מתפקידם לבדוק את כושרו של המצווה להבחין בטיבה של צוואה.

לפי סעיף 20 לחוק הירושה,²² ובהתאם להלכה הפסוקה בעניין שנקבעה בעניין מירסקי,²³ תפקיד העדים מצומצם. תפקידם לאשר על פני הצוואה שהמצווה הצהיר בפני העדים, שזו צוואתו ושחתם בפניהם על הצוואה. חשוב להבהיר כי הדרישה להצהרת העדים שהמצווה הצהיר בפניהם שזו צוואתו וחתם עליה נועדה להעמיד את המצווה ואת העדים על רצינות המסמך ועל המעמד ולהפנות את תשומת ליבם של העדים לכך שעליהם לוודא כי המוריש מבין היטב שהמסמך שעליו הוא חותם הוא צוואתו והוא רוצה בה.²⁴

ומהי מהות הכושר "להבחין בטיבה של צוואה"? לדברי השופט רובינשטיין בעניין פלונית זו הנחיה כללית שנועדה לקבוע אם אכן היה המצווה מודע למהות מעשיו ולתוצאותיהם. בחינה זו תיקבע עובדתית לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.²⁵ הספרות הוסיפה שמשמעות ביטוי זה היא שבשעת עריכת הצוואה מסוגל המצווה לזכור את היקף רכושו, להבין שבמעשה הצוואה הוא מקנה לאחר זכות לקבל את רכושו לאחר מותו ונוסף על כך לזכות ולהבין כי יש לו קרובים אחרים שאלמלא הצוואה היו נחשבים כיורשים ובמעשהו הוא מדיר אותם מצוואתו.²⁶

19 ס' 25(ב)(2) לחוק הירושה.

20 ס' 1-2 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

21 ס' 26 לחוק הירושה. יצוין כי בתזכיר לחוק הירושה, התשפ"א-2021, מוצע כי גם קטין מעל גיל 15 יוכל לערוך צוואה בכפוף לאישור מראש של בית המשפט. ראו, ס' ג' לתזכיר חוק הירושה, התשפ"א-2021 ("השפעת החוק המוצע על קבוצות אוכלוסייה מסוימות").

22 ס' 20 לחוק הירושה.

23 ע"א 142/80 מירסקי נ' מירסקי, פ"ד לה (2) 155, פ"ס 5 לפסק הדין של השופט כהן (1980).

24 שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין דיני ירושה ועיזבון 93 (מהדורה שביעית ומורחבת 2014).

25 בע"מ 3539/17 פלונית נ' פלוני (נבו 11.6.2017).

26 שאול שוחט פגמים בצוואות 55 (מהדורה שניה 2001).

3. תפקיד עורך הדין כעורך הצוואה

ההתייחסות היחידה בחוק הירושה לחלקו של עורך דין בעריכת צוואה היא בחלק העוסק בעריכת צוואה בפני רשות.²⁷ לפי החוק, נוטריון²⁸ דינו כשופט לצורך עריכת צוואה, שאותה האדם יכול למסור בעל פה והדברים יירשמו על ידי השופט או הנוטריון, הנדרשים להקריא למצווה את הצוואה ולקבל את חתימתו המאשרת שזו צוואתו.²⁹ ואולם, החוק אינו קובע כי עריכת צוואה בידי עורך דין והיותו עַד לצוואה היא אחת מצורות הצוואה הקבועות בחוק.³⁰ באופן דומה, אף כללי האתיקה כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986 (להלן: כללי האתיקה) וחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 (להלן: חוק הלשכה) אינם כוללים התייחסות מפורשת וישירה לייחוד של עריכת צוואה לעורכי דין או התוויה אתית של דרכי פעולה להתנהלות עורכי דין בעריכת צוואות.

לפי כללי ייחוד מקצוע עריכת דין,³¹ צוואה היא מסמך משפטי, כך שמלבד המצווה, הרשאי לנסח את צוואתו בעצמו, רק עורך דין רשאי לנסח מסמך משפטי בעבור אחר.³² מצווים רבים נעזרים בשירותים מקצועיים של עורכי דין לשם עריכת צוואה. "עורך הדין עורך הצוואה" עוסק בפועל בעריכת צוואה בעדים (אם אינו נוטריון),³³ תוך שהוא היוצר את הטקסט המשפטי, לפי רצון המצווה ומילותיו של המצווה, ולעיתים אף משמש הוא עצמו כאחד העדים לצוואה. אישור לפרקטיקה זו ניתן למצוא גם בהמלצה מפורשת לציבור מטעם משרד המשפטים, המופיעה באתר המשרד, ובזו הלשון: "לפחות אחד

- 27 ס' 22(ז) לחוק הירושה.
- 28 לפי החוק רק עורך דין בוותק של עשר שנים ומעלה שעבר השתלמות של ועדת הרשויות יכול להיות נוטריון. ס' 2 לחוק הנוטריונים, התשל"ו-1976.
- 29 ס' 22(ז) לחוק הירושה. ראו, ע"א 594/99 **אוחנה נ' אלעזר**, פ"ד נה(3)355. המנוחה טלפנה לעורך דין שהוא גם נוטריון והקריאה לו בטלפון את פרטי הצוואה שברצונה לערוך. לאחר כמה ימים הגיעה למשרד עורכי הדין וחתמה על הצוואה. בצוואה חילקה את כל רכושה בין בעלה ובין בניה וציינה במפורש שלבנותיה אינה מורישת דבר. עורך הדין צירף לצוואה אישור עריכת צוואה לפי ס' 22 לחוק הירושה. בטעות צוין בצוואה כי הצוואה נחתמה בפני עדים אף שלא היו עדים, שכן הצוואה נערכה לפי הוראת ס' 22. טעות זו הייתה הבסיס להתנגדות שהגישו הבנות. בית המשפט העליון קיבל את הסבר הנוטריון שלפיו מדובר בטעות וקבע שמבחינת הדרישות הצורניות של ס' 22 הצוואה היא ללא פגם ולפיכך הורה על קיומה.
- 30 ס' 18 לחוק הירושה.
- 31 ס' 20(3) לחוק הלשכה, שלפיו רק לעורך דין מותר לערוך מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר על דרך של עיסוק. להסבר על כללי ייחוד המקצוע ומטרתם ראו, נטע זיו **מי ישמור על שומרי המשפט** 132-118 (2015).
- 32 ב"פ (משמעת עו"ד ח"י) 44/15 **ועדת האתיקה מחוז חיפה נ' עו"ד בלור** (נבו) 20.11.2016, נאמר שצוואה היא בגדר מסמך משפטי ולכן רק עורך דין יכול לערוך צוואה. ראו גם, עמל"ע (מחוזי י-ם) 9069-05-11 **אברהמי נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל** (נבו) 12.11.2012.
- 33 ס' 20 לחוק הירושה.

העדים לצוואה יהיה עורך דין המתמחה בעריכת צוואות וזאת, כדי למנוע מהמצווה טעויות שעלולות לאחר מותו להביא לפסילת הצוואה.³⁴

בעת עריכת צוואה, כמו בעת עריכתו של כל מסמך משפטי עבור לקוח,³⁵ עורך הדין פועל כמתרגם ההופך את דברי המצווה לשפה משפטית, היא לשון הצוואה. יוצר הצוואה הוא המצווה ויצירת הצוואה היא בסמכותו הבלעדית.³⁶ עקב כך, על עורך הדין לנסות ולשמר את השפה ובוודאי את המסר של המצווה. הפסיקה קבעה כי שגיאה של עורך דין בעריכת הצוואה אין בה כדי להביא לפסילת הצוואה או אותו חלק שבו נפלה הטעות.³⁷ צוואה היא פרי רצונו של המצווה לשיח בין דורות,³⁸ והוא יכול להביעה בכל שפה שיחפוץ ובכל סימן שיבחר.³⁹ פתרון מוצלח לבעיית ה"תרגום" הוא צוואה מצולמת, שבה עורך הדין דואג לצלם ולתעד את המצווה כשהוא מספר מה ברצונו שיקרה לאחר מותו.⁴⁰

כפי שעולה מן הפסיקה, לא אחת פונה צד שלישי לעורך הדין לשם עריכת צוואה עבור בן משפחה קרוב או אדם אחר. פנייה כזו מותרת, אבל אם היא תוביל להשתתפות הנהנה בעריכת הצוואה, יש בה כדי להביא לפסילת הצוואה.⁴¹ במקרים אלו יש לפיכך חשיבות רבה לכך שעורך הדין ישים לב לרצון המצווה וימנע מעורבות פסולה בעריכת הצוואה. חשוב לזכור כי בעריכת צוואה המצווה מבטא את האמת הפנימית והערכית שלו ועורך הדין מחויב לבטא את רצון המצווה⁴² ובוודאי לא רצון של אדם אחר.⁴³ במובנים מסוימים ניתן לראות את עורך הדין העורך צוואה כ"שומר סף" של רצון המצווה. לעורך הדין קמה חובה להיות בקי בדיני ירושה.⁴⁴ והוא חייב להבטיח כי בסופו

34 "ירושה על פי צוואה" מדרוך ירושות ועיזבונות **משרד המשפטים** <https://index.justice.gov.il/Campaign/hadracha/MadrichYerusot/Pages/YerusaAlPitzvaa.aspx>

35 פרומן, לעיל ה"ש 5. בהקבלה לניסוח חוזים, יש חשיבות לשימור לשון המצווה שכן פרשנות הצוואה תעשה לפי כוונת היוצר שקיבלה ביטוי חיצוני במסמך. ראו, שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמנויטי על פרשנות חוזים" **משפטים** מג 55, 67 (2012).

36 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 44.

37 ע"א 598/75 **רוניק נ' רוניק**, פ"ד ל(1) 749, 754 (1976).

38 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 49.

39 שם, בעמ' 48.

40 ס' 20 לתזכיר חוק הירושה. התזכיר כולל סעיף חדש הקובע דרך חדשה ונוספת לעריכת צוואה – צוואה בהקלטה חזותית הכוללת תמונה וקול. ההצעה מפרטת שורה של דרישות הבאות למנוע אפשרות לזיופים. לפי ההצעה, שר המשפטים יוכל לקבוע הוראות בנוגע לאופן ההפקדה של צוואה חזותית אצל רשם הירושה.

41 ס' 35 לחוק הירושה. יושם לב שבעניין זה מוצע שינוי מהותי בתזכיר לחוק הירושה, שלפיו השתתפות בהליך עריכת הצוואה לא תוביל לפסילה קטגורית של ההוראה המזכה, אלא אך תוביל לחזקה להשפעה בלתי הוגנת. חזקה הניתנת לסתירה. ראו, ס' 28 לתזכיר חוק הירושה.

42 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 44.

43 ע"א 2014/95 **פרל נ' בס**, פ"ד מט(5) 302, פס' 5 (1996).

44 אדם אשכנזי **דיני אתיקה מקצועית לעורכי דין – הלכה ומעשה** 258 (2018). ראו גם עניין טלמצי'ו, לעיל ה"ש 15; ת"ע (משפחה טב') 17256-02-10 **עוזבון ש"ר נ' א"א** (נבו 9.10.2012).

של דבר האופן שבו נערכה הצוואה, הן בהיבט הצורני והן בהיבט הלשוני, על אף המתח ביניהם,⁴⁵ יקיים ויקדם את רצון המצווה. רצון המצווה הוא הניצב בבסיס הצוואה, ובשורה אחת עימו ניצבים חופש ההורשה והתפיסה הקושרת בין האפשרות הניתנת לאדם להעביר זכויות בנכסיו לאחר פטירתו לבין חירות.⁴⁶ בהקשר זה כבר נאמר: "חירות השליטה בנכסים, היא העושה אדם חופשי".⁴⁷

לפי חוק הירושה אדם חופשי להחליט אם לעשות צוואה, אם לשנותה ואם לבטלה. אדם יכול לבטל צוואה בכל עת, בין אם על ידי עריכת צוואה חדשה ובין אם על ידי השמדת הקיימת;⁴⁸ ביכולתו להוריש על פי רצונו וכל עוד אין בכך סתירה לחוק או לתקנת הציבור.⁴⁹ צוואה אינה אמורה להינתן "בתמורה" אלא חייבת להיערך מתוך רצון חופשי ומוחלט. כל פגם באותו רצון חופשי יכול אפוא להוביל לבטלותה.⁵⁰

בהקשר זה, למשל, הוראת סעיף 27 לחוק הירושה דואגת לשימורו של החופש לצוות באופן התקיף ביותר.⁵¹ היא כוללת סנקציה חד-משמעית וקיצונית של בטלות כל התחייבות או הוראת צוואה המגבילה את אפשרות המצווה לבטלה. בעקרון "החופש לצוות" תומכת גם הוראת סעיף 8(א) לחוק הירושה,⁵² העוסקת ב"עסקאות בירושה עתידה" וקובעת בטלות הסכמים בדבר ירושתו של אדם שנעשו בחייו. כלל חשוב נוסף בחוק הירושה, הנגזר מעקרון חופש ההורשה (משמעותי ביותר לפסיקה המשמעית שתוצג בהמשך הדברים) הוא הכלל הקובע כי הוראת צוואה לטובת מי שלקח חלק בעריכתה בטלה.⁵³ אם לא די בכל ההוראות האלו, שעניינן להגן על החופש לצוות, באה הוראת סעיף 30(א) לחוק הירושה ומוסיפה הוראת בטלות כאשר הצוואה נעשתה מתוך אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית.⁵⁴

45 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 44.

46 אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת ירושה – עסקאות בירושה עתידה וצוואות הודיות 191 (2006).

47 פרשת כלפה, לעיל ה"ש 15.

48 ס' 36 לחוק הירושה.

49 ס' 34 לחוק הירושה. לעניין תקנת הציבור, הרי שקיימת מחלוקת עקרונית בעניין בין שופטי בית המשפט העליון בשאלה אם הוראה הסותרת את תקנת ציבור תקפה ראו – יורם רבין ואלון רודס "תניות סילוקין בצוואה" ספר יורם דנציגר 595, 607 (לימור זר-גוטמן ועידו באום עורכים 2019).

50 שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 א 268 (1995). ראו גם שוחט, לעיל ה"ש 26, בעמ' 255.

51 ס' 27 לחוק הירושה.

52 ס' 8(א) לחוק הירושה.

53 ס' 35 לחוק הירושה.

54 ס' 30(א) לחוק הירושה.

ב. מתודולוגיה – איתור הפסיקה

בבסיס המחקר עומדים איתור וניתוח של פסיקה רלוונטית העוסקת בהתנהגות עורכי דין בעת עריכת צוואה בעדים. שני מקורות לפסיקה זו: הראשון, הפסיקה המשמעית; השני, פסיקה אזרחית – הן כזו הכוללת התייחסות ישירה לפעולת עורך הדין בעריכת צוואה (למשל תביעות רשלנות) והן כזו שאינה כוללת התייחסות ישירה וניתן להסיק על אופן פעולתו של עורך הדין מתוך הנסיבות ובין המילים. כפי שנפרט להלן, החיפוש בשני מקורות אלו לא הניב 26 פסקי דין בסך הכול.⁵⁵ ואולם, ניתוח מעמיק ומאוחד של פסקי הדין הוביל את המחקר למסקנות חשובות ובעיקר ראשוניות שכן, למיטב ידיעתנו, מעולם לא נערך בישראל מחקר בתחום זה.

לצורך איתור פסקי הדין התבססנו על שני מאגרים משפטיים מקוונים: האחד, המאגר המשפטי "פדאור אתיקה" והאחר, המאגר המשפטי "נבו". החיפוש במאגר המשפטי פדאור אתיקה כלל את המונח המשפטי "צוואה" והניב תחילה 139 תוצאות.⁵⁶ קריאת ההליכים לגופם והשמטת הליכים שאינם מן העניין הותירו שמונה פסקי דין שונים בלבד אשר עסקו במישרין בעריכת צוואה או בעריכת צוואה בעדים. חיפוש באמצעות אשף הנושאים בנבו של הערכים "ירושה – צוואה – בעדים" יחד עם הערך "עורך דין" הניב 19 תוצאות. גם כאן, מתוך התוצאות הושמטו פסקי דין אשר לא היו רלוונטיים לעניין או לא התמקדו במישרין בעשייתו של עורך הדין. לאור מספר פסקי הדין המוגבל אשר אותר באמצעות חיפוש זה בוצעו חיפושים נוספים במאגר המשפטי נבו, אשר כללו כל שילובים של הערכים הבאים: "עורך דין", "הקפדה", "השפעה בלתי הוגנת", "מעורבות בעריכת צוואה", "צוואה בעדים".

בנוגע לפסיקה המשמעית חשוב לציין שמלכתחילה מספר ההליכים המשמעתיים המתנהלים כנגד עורכי דין נמוך למדי. פחות מ-10% מהתלונות המוגשות לוועדות האתיקה של לשכת עורכי הדין הופכות לקובלנה בבית הדין המשמעתי.⁵⁷ ורק חלק מתוך פסקי הדין מפורסם.⁵⁸ יתרה מזאת, מרבית ההליכים בדין המשמעתי המפורסמים לציבור אינם עוסקים בענייני ירושה בכלל ובעריכת צוואה בעדים בפרט, זאת בדומה, אולי, למיעוט היחסי של פסקי הדין בענייני ירושה.

55 רשימה של פסקי הדין האמורים מצויה בנספח א בסוף המאמר.

56 החיפוש העדכני ביותר בוצע ביום 21.10.2019. חלק ניכר מפסקי הדין עסקו בסכסוך שכר טרחה והתרשלות בעניין הוצאת צו קיום צוואה.

57 אפרת נוימן "הנתונים המטרידים של לשכת עורכי הדין: 95% מהתלונות נגד עורכי הדין במחוז תל אביב – לא התקבלו" **התנועה לחופש המידע** (6.3.2019) <https://www.meida.org.il/?p=9201>. לפי פרסום זה של התנועה לחופש המידע, מתוך 10,000 תלונות בשנים 2016–2018 רק 800 הגיעו לכרי תלונה בבית הדין המשמעתי.

58 ראו למשל "אישור תנאי השימוש" **פדאור אתיקה** <http://www.pador.co.il/etika/> EthicaPublicPages/PadorEthicalLicense.aspx שאינו כולל התחייבות לפרסום כל פסקי הדין האתיים אלא רק קובע כי מתעדכן באופן שוטף. אינו מצייין מהי הגדרת "שוטף".

בנוגע לפסיקה האזרחית עולה תמונה של מיעוט פסקי דין. כפי שעלה ממחקרה המקיף של פרופ' דפנה הקר משנת 2015, סכסוכי ירושה נדירים ביחס לכלל ההליכים לצווי ירושה ולצווי קיום צוואה שמתקיימים ללא התנגדויות.⁵⁹ מתוך מיעוט פסקי הדין העוסקים בהתנגדויות לצוואות שפורסמו במאגרים, המחקר איתר רק פסקי דין המתיחסים במישרין לפעולת עורך הדין בעניין עריכת הצוואה.

הסבר אפשרי למיעוט פסקי הדין שאותרו טמון לדעתנו, בין היתר, בקושי הראייתי הכללי של סכסוכים הנוגעים לצוואה – העד המרכזי (המצווה) אינו בין החיים בעת פרוץ הסכסוך הנוגע לצוואה – ובמשאבים הרבים שדורש הליך משפטי סכסוך ירושה.⁶⁰ הקר מציינת במאמרה כי הפער בין מספר המאוכזבים בעקבות צוואה למספר ההליכים המשפטיים שנפתחים קיים גם במדינות אחרות המוצגות במאמרה.⁶¹

ביקשנו להרחיב את בסיס המחקר על ידי איתור החלטות של ועדת האתיקה הארצית העוסקות בהתנהגות עורכי דין כעורכי צוואה. החלטותיה של ועדת האתיקה נשמרות תחת מעטה של סודיות וחוסר שקיפות.⁶² מיעוט נבחר מהן מתפרסם בביטאון אתיקה מקצועית הרואה אור מאז שנת 2001 פעמים מספר בשנה. חיפוש במפתח הנושאים של הביטאון העלה רק נושא אחד רלוונטי והוא המילה "צוואה". תחת מילת חיפוש זו יש רק שבע החלטות, שאף לא אחת מהן רלוונטית לנושא המחקר.⁶³ עקב כך הוחלט לחפש באופן עיוור את המילה "צוואה", ולפיה אותרו 21 החלטות נוספות. בניכוי ארבע החלטות שעלו גם תחת הניתוח הנושאי, בחנו 17 החלטות, ששלוש מתוכן רלוונטיות לנושא המאמר.

בסך הכול מתמקד הניתוח ב-26 פסקי דין ושלוש החלטות של ועדת האתיקה הארצית המתיחסים במפורש להתנהגות הנדרשת או המצופה מעורך הדין עורך הצוואה. פסקי הדין מתייכים לשלוש קבוצות, ושתי הראשונות בהן קשורות במישרין להתנהגות עורך הדין: הראשונה, פסיקה משמעתית שבמסגרתה הועמד עורך הדין לדין משמעתי; השנייה, פסיקה אזרחית של תביעות רשלנות נגד עורך הדין; השלישית, פסיקה אזרחית של התנגדות לצו לביצוע צוואה שבה ההתייחסות להתנהגות עורך הדין היא כחלק

59 דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל – ממצאי מחקר אמפירי" הון משפחתי א 33, 79, 82 (2015).

60 דנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813 (1998).

61 הקר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 84–85.

62 לימור זר-גוטמן "הרפורמה בדין המשמעתי של עורכי הדין: האם תוקנו הליקויים?" המשפט ט(1) 27 (2010).

63 ביטאון אתיקה מקצועית "לשכת עורכי הדין". <http://www.israelbar.org.il/newspaper.asp?catid=60&menu=1>. החיפוש בתוכן העניינים המאוחד של גיליונות הביטאון נעשה לפי מפתח הנושאים תחת מילת החיפוש המוצעת "צוואה". החיפוש נערך ביום 18.4.2021. ההחלטות שאותרו אינן עוסקות בהתנהגות עורך דין בעת עריכת צוואה אלא בנושא של שמירת צוואה, ובכלל זה הפקדתה ברשם לענייני ירושה וחובת הסודיות והחיסיון לאחר מות המצווה.

מהעובדות המקימות את הטענות נגד תקפות הצוואה. לפסיקה אזרחית בקבוצה השלישית משתייכים שני סוגים של פסקי דין: של בית המשפט העליון בדונו בערעורים ושל בתי המשפט לענייני משפחה. לשם הנוחות הן מכונות יחד "פסיקה אזרחית שעסקה בהתנגדות לקיום צוואה".

ג. צומת הנאמנויות של עורך הדין

לפי גישת האתיקה המקצועית, גישה שעליה מושתתים כללי המשמעת המחייבים הקרויים (בטעות) כללי האתיקה⁶⁴ – עורך הדין פועל במתחם שלוש נאמנויות שוות ערך אגב איזון מתמיד ביניהן: נאמנות ללקוח, נאמנות לחברה ונאמנות לעצמו ולמקצוע.⁶⁵ השימוש בצומת הנאמנויות נעשה ביחס לכל דילמה אתית הניצבת בפני עורך הדין. הפעלת המודל מובילה את עורך הדין המתלבט להכרעה בשאלה מה ההתנהגות החוקית שאותה עליו לנקוט. התלבטות זו מתרחשת פעמים רבות, כי כללי ההתנהגות המחייבים עורכי דין כוללים תחום אפור רחב למדי.⁶⁶ מודל צומת הנאמנויות הוא אפוא כלי מרכזי בעבודת עורכי הדין, בהכוונת התנהגותם ובניתוח התנהגותו של עורך הדין בדיעבד.⁶⁷ נציג בקצרה את שלוש הנאמנויות השוות והמתנגשות. הנאמנות ללקוח היא אבן המסד של מקצוע עריכת הדין והיא מורכבת מחובות רבות שעורך הדין חב ללקוח. חובות אלה חלקן נקבעו בחוק וחלקן יציר הפסיקה. הנאמנות לחברה נובעת מכך שעריכת דין היא פרופסיה הנהנית ממונופול ואוטונומיה רחבים שניתנו על ידי המדינה בתמורה להתחייבות לפעול למען החברה. הנאמנות לחברה אף היא מורכבת משלל חובות, רובן יצירות הפסיקה.⁶⁸ נאמנות עורך הדין לעצמו משמעה בפשטות לדאוג לפרנסה, לחופש

64 הטעות נובעת מכך שכללי אתיקה במהותם אינם חלק מהחוק. יש הבחנה ברורה בין אתיקה למשפט. הכללים האמורים שייכים לעולם המשפט, שכן על בסיסם ניתן להעמיד לדין משמעתי עורכי דין וצמודים להם עיצומים משפטיים. להבחנה בין אתיקה ובין משפט ראו, לימור זר-גוטמן "החינוך לאתיקה אינו בשמיים" **משפט ועסקים** יט 1319, 1326 (2016); יצחק זמיר "משפט, אתיקה וכללי אתיקה לשופטים" **ספר מישאל חשין** 309, 319–320 (אהרון ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009).

65 זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263.

66 אלן דרשוויץ **מכתבים לעורך דין צעיר** 178 (2001). דרשוויץ טוען שהכללים מעורפלים בכוונה תחילה כדי לאפשר שיקול דעת רחב ככל האפשר למערך הדין המשמעתי הבוחן תלונות על התנהגות עורכי דין.

67 ראו למשל, לימור זר-גוטמן "ייעוץ רחב יריעה אצל עורכי דין" **ספר טירקל** 565 (אהרון ברק ואח' עורכים 2020). המאמר מציג כיצד שימוש במודל צומת הנאמנויות יכולין התנהגות של עורכי דין לטובת ייעוץ רחב יריעה שאותו נותן עורך הדין ללקוח, הכולל לא רק היבטים משפטיים אלא כל היבט נוסף העשוי לעניין את הלקוח בבעיה שעומתה הוא מתמודד, כמו למשל היבט כלכלי, היבט של מוניטין והיבט מוסרי.

68 הנאמנות לחברה במונחה הקולקטיבי כוללת את חובת הפרופסיה לפעול למען הגנה על שלטון החוק, זכויות היסוד וערכי היסוד של מדינת ישראל. זו לשון ס' 1 לחוק הלשכה. הנאמנות לחברה

העיסוק ולמוניטין שלו. אינטרסים עצמיים אלו קיבלו ביטוי בתוך הכללים הקיימים. עם אלה נמנית, לדוגמה, החובה לשמור על יחסים נאותים עם עורכי דין אחרים.⁶⁹ החובה לפעול לפי החוק אינה כלולה בנאמנות עורך הדין לעצמו, שכן זו חובה החלה על כל אדם, בעוד מודל צומת הנאמנויות כולל חובות החלות רק על עורכי דין בתפקידם זה. בתוך הנאמנות למקצוע כלולה החובה לשמור על כבוד המקצוע ועל תדמית המקצוע והתפיסה שלפיה "עורך-דין שסרח במישור זה איננו פוגע רק בלקוחו, ומשנתפס, בו עצמו, אלא פוגע בתדמיתו של מחנה עורכי הדין כולו".⁷⁰

שלוש הנאמנויות ניצבות על אותו מישור ואין כל היררכיה קבועה שבה נאמנות מסוימת תמיד עליונה על האחרות. על עורך הדין המתלבט בדילמה אחת למצוא את הפתרון המאזן באופן הטוב ביותר בין הנאמנויות השונות. לעיתים נוסחת האיזון כבר נקבעה בחוק, בהחלטות של ועדות האתיקה או בפסיקה. כך, למשל, בכלל 32 לכללי האתיקה ניתן לראות את האיזון בין שלוש הנאמנויות. לפי הכלל, בעת שעורך הדין מופיע בבית המשפט עליו לשמור על יחס של כבוד לבית המשפט (נאמנות לחברה) ולהגן על זכויות לקוחו בהגינות, במסירות (כמובן, הנאמנות ללקוח) ואגב שמירה על כבוד המקצוע (הנאמנות לעצמו ולמקצוע). על בסיס איזון זה נקבע בפסיקה שגם הטענה החשובה ביותר בעניינו של לקוח בהליך משפטי צריכה להיות מנוסחת בכבוד ובנימוס לאור הנאמנות לכבוד המקצוע והנאמנות לבית המשפט.⁷¹ אשר לחובה לשמור על חסיון מידע שהגיע מהלקוח ומטעמו, נקבע כי גם המידע החשוב ביותר לרשויות האכיפה צריך להישמר בידי עורך הדין כחלק מהנאמנות ללקוח, הגוברת על נאמנותו לחברה.⁷²

בסוגיה שבה עוסק מאמר זה – ניסוח צוואות בידי עורך הדין – נדרש עורך הדין לאזן בין שלוש הנאמנויות והחובות שעולות במסגרת כל אחת מהן, שכולן שוות ומתנגשות זו בזו: נאמנות ללקוח המצווה, שאת רצונו צריכה הצוואה לשקף בצורה המדויקת ביותר אגב שמירה על האינטרסים של הלקוח ולא של כל אדם אחר (למשל נהנים עתידיים העלולים לבקש מעורך הדין לבצע פעולות לטובתם); נאמנות לחברה, שבמסגרתה החובה לשמור על הסדר החברתי-משפטי, שהוא מוסד הצוואה בעדים והאינטרס החברתי בקיום צוואות; נאמנות לעצמו ולמקצוע, שבמסגרתה החובה לשמור על כבוד המקצוע כך שעל עורך הדין לפעול בהגינות וביושר ולהימנע מניגודי עניינים בין רצון המצווה לזה של נהנים. הדיון בשתי הסוגיות בפרק הבא ייעשה על בסיס איזון זה.

במובנה הפרטי כוללת שלל חובות המוטלות על כל עורך דין בפרקטיקה המקצועית שלו, לדוגמה, החובה שלא להטעות את בית המשפט, כפי שקובע ס' 34 לכללי האתיקה; ס' 23 לכללי האתיקה קובע את החובה לנהוג בדרך ארץ כלפי הצד שכנגד; ראו זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 247-250.

69 ס' 26 לכללי האתיקה. לדוגמאות נוספות ראו, זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 256-257.

70 על"ע 1/88 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בישראל נ' פלתי, פ"ד מב(4) 477 (1989).

71 זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 266.

72 ס' 90 לחוק הלשכה.

קיימות שתי גישות נוספות המתייחסות לשלוש הנאמנויות של עורך הדין בדרך אחרת: גישת בתי המשפט וגישת עורכי הדין בפרקטיקה. לפי גישת בתי המשפט, יש היררכיה בין שלוש הנאמנויות, שבמסגרתה הנאמנות לבית המשפט ולחברה היא תמיד העליונה. לפי גישה זו, הנאמנות לבית המשפט, בהיותה העליונה, היא שתוחמת את הנאמנות ללקוח, כך שמראש אין התנגשות.⁷³

לפי גישת רבים מעורכי הדין בפרקטיקה, הנאמנות ללקוח היא העליונה, כך שעורך דין חייב תמיד לקדם את האינטרסים של הלקוח, בגבולות החוק, ולהתעלם מהנאמנויות האחרות. לפי גישה זו, המכונה בספרות "הגישה הדומיננטית לעריכת דין", עורך הדין אינו נדרש לאזן בין הנאמנויות, שכן תמיד הנאמנות ללקוח היא שתגבר.⁷⁴ המחוקק אימץ את גישת האתיקה המקצועית, שלפיה כללי ההתנהגות המחייבים עורכי דין, כמו גם החלטות ועדות האתיקה המפרשות אותן, דורשים מעורכי הדין לבצע כל העת איזון בין הנאמנויות השוות והסותרות. אשר על כן, ניתוח הפסיקה במאמר זה ייעשה לפי גישת האתיקה המקצועית. עם זאת מניתוח הפסיקה, שיובא בפרק הבא, עולה כי ייתכן שגישת רוב עורכי הדין היא שקנתה לה אחיזה בפסיקה, שכן פסיקה זו רואה בנאמנות ללקוח את הנאמנות המרכזית ואף המוכפלת בהשוואה לשתי הנאמנויות האחרות. לרוב היא אף מתעלמת משתי הנאמנויות האחרות.

ד. ניתוח הפסיקה – התעלמות מצומת הנאמנויות

1. חובת הזהירות שחב עורך הדין עורך הצוואה כלפי הנהנים

אחת החובות הנובעת מהנאמנות לחברה היא החובה כלפי צדדים שלישיים.⁷⁵ עורך הדין נדרש לאזן בין נאמנותו ללקוח לבין חובתו כלפי צדדים שלישיים מקום שבו השניים מתנגשים. כך לדוגמה, הפסיקה בארצות הברית הטילה על עורכי דין שייצגו את חברות

73 לדוגמאות לגישה זו בפסקי דין ראו, זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 259–261; רע"פ 5112/18 פנסו נ' מדינת ישראל (נבו 31.1.2019). שם נדחתה בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי (שישב כערכאת ערעור). בקשת רשות הערעור התמקדה באמירה של בית המשפט המחוזי שלפיה "חובתו של ב"כ המערער, כמו של המאשימה, היתה להאיר את תשומת ליבו של בית המשפט קמא לכל נסיבה רלוונטית שנעלמה מעיניו טרם מתן גזר הדין". בקשת רשות הערעור ביקשה לדון בהיקף חובתו של עורך הדין במקרה של טעות של בית המשפט שלא הוא גרם לה. נקבע שבנסיבות העניין לא נדרש לדון בשאלה זו, ומשכך היא תמתין לעת מצוא.

74 לדוגמאות לגישה זו בפסקי דין ראו, זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 261–263.

75 שם, בעמ' 249.

הטבק אחריות בנויקין כלפי הנפגעים.⁷⁶ הפסיקה בישראל קבעה שעורך דין המייצג את הקבלן חב בחובת זהירות גם כלפי הקונים.⁷⁷ ניתוח הפסיקה שערכנו מצביע על כך שבענייני עריכת צוואה תמונת המצב שונה. הפסיקה האזרחית והמשמעית מתייחסת רק לנאמנות אחת, הלוא היא הנאמנות ללקוח-המצווה. יש התעלמות כמעט מכוונת משתי הנאמנויות האחרות. הפסיקה עושה שימוש במילים שונות כדי לתאר את טיבה של הנאמנות ללקוח. יש המכנים חובת נאמנות זו "חובה מכוללת";⁷⁸ אחרים מכנים אותה "חובה מוגברת";⁷⁹ ויש המכנים אותה חובה "עזה יותר"⁸⁰ או מתארים אותה כ"אחריות כבדה".⁸¹ ייתכן שזה ביטוי לגישה של רוב עורכי הדין בפרקטיקה, הרואה את הנאמנות ללקוח כעליונה על פני שתי הנאמנויות האחרות. כפי שהסברנו בפרק הקודם, כללי ההתנהגות המחייבים עורכי דין אינם מבוססים על גישה זו, כך שאין לה מקום גם לא בסוגיות הנוגעות לעריכת צוואה בידי עורך דין.

כיבוד רצון המצווה הוא עיקרון מרכזי בדיני הירושה.⁸² בחירה בנאמנות אחרת שאינה הנאמנות ללקוח עלולה להביא לעריכת צוואה אשר אינה תואמת את רצון המצווה ולהשתקת קולו של המצווה לעולם. מהפסיקה נשוא המחקר עולה בבירור כי הנאמנות ללקוח בענייני עריכת צוואה דורשת הקפדה יתרה מצד עורך הדין לוודא מול המצווה כי אכן הצוואה משקפת את רצונו. היא אף מחויבת ביתר שאת כל אימת שמתקיימות נסיבות חריגות הקשורות לעריכת צוואה או כאשר תוכן הצוואה עצמו חריג.⁸³ איננו מבקשות לוותר על עיקרון זה, אלא רק להכיר לצידו בחובות אחרות הנובעות ממודל צומת הנאמנויות. התפיסה השלטת כרגע בפסיקה מובילה לכך שעורך הדין פועל לטובת הלקוח המצווה גם במחיר התעלמות משתי הנאמנויות האחרות שברגיל חובה על עורך הדין לשקול אותן, בעוד נראה שאפשר גם לכבד את רצון הלקוח המצווה וגם לקיים את שתי הנאמנויות האחרות. יישום כזה יש בו כדי להוביל לשינוי במשפט הישראלי.

- 76 נטע זיו "אחריות עורך הדין כלפי נפגעי הייצוג – מאחריות מוסרית לאחריות משפטית - תגובה" **דין ודברים** א' 201, 204 (התשס"ה).
- 77 ע"א 37/86 **לוי נ' שרמן**, פ"ד מד(4) 446 (1990).
- 78 בד"מ (משמעתי ת"א) 85/01 **הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו נ' פלוני** (נבו 1.5.2002); ע"א 148/96 **בקשי נ' סלמן**, פ"ד נג(1) 843 (1999).
- 79 בד"א (משמעתי) 37/17 **בלזר נ' לשכת עורכי הדין בישראל**, פס' 66-68 (נבו 18.9.2017).
- 80 שם, פס' 71-72.
- 81 עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 70.
- 82 עניין **בריל**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102; עיקרון זה במשפט הישראלי נקלט מהכלל במשפט העברי שלפיו מצווה "לקיים את דברי המת". בבלי, גיטין י"ד, ע"ב. ראו גם, שילה, לעיל ה"ש 50, בעמ' 229-230.
- 83 למשל ת"ע (משפחה ב"ש) 2171/05 **אס"י נ' כ"ש** (נבו 6.7.2008).

כדי להוכיח שהפסיקה מתעלמת מגישה צומת הנאמנויות ובכך שוגה, נציג שתי סוגיות שעלו מהפסיקה: הראשונה, שאלת חובת הזהירות שחב עורך הדין שעריך את הצוואה כלפי הנהנים מהצוואה – סוגיה שבה בתי המשפט מתעלמים מהנאמנות לחברה; השנייה, סוגיית הקשר הבעייתי שבין עורך הדין לנהנים – סוגייה שבה בתי המשפט מתעלמים מנאמנות עורך הדין לעצמו.

הפסיקה בישראל מכירה בחובת זהירות של עורך דין כלפי צדדים שלישיים. לכאורה, הנהנים הם צדדים שלישיים קלסיים, והכרה זו צריכה לחול גם בנוגע אליהם. ואולם, מניתוח הפסיקה שיובא להלן עולה כי בתי המשפט מהססים ונמנעים מלקבוע חובת זהירות של עורך הדין שעריך את הצוואה כלפי הנהנים ממנה. מוזר שהפסיקה אינה קובעת זאת מפורשות, כפי שהיטיבה לעשות כאשר דובר בחובות עורך הדין כלפי צד שכנגד לעסקה.⁸⁴ שימוש במודל צומת הנאמנויות יכול לחולל את השינוי ולהביא להכרה מפורשת וברורה בחובת הזהירות הזו.

בעניין **בלן** (שנדון בשנות השישים של המאה הקודמת) דובר ברשלנות של עורך הדין שעריך את הצוואה שגרמה לכל ההתדיינות הממושכת סביבה. בית המשפט העליון אומנם ביקר את התנהגות עורך הדין, אך לא הטיל אחריות כלפי צד שלישי, כי לא דובר בתביעה נגד עורך הדין אלא בבקשה לקיום צוואה.⁸⁵ בעניין **בן-נון** (בשנת 1988) דחה בית המשפט העליון תביעת נזיקין שהגיש נהנה נגד עורך הדין שעריך צוואה שבוטלה.⁸⁶ פסק הדין קבע שלא קיים קשר סיבתי בין מעשי עורך הדין ובין העובדות שהביאו לפסילת הצוואה על ידי בית משפט בהליך אחר.⁸⁷ הערכאה הראשונה שדנה במקרה קבעה חובת זהירות בין עורך הדין למערער, אך זאת לא מתוקף היותו נהנה על פי צוואה, אלא מתוקף העובדה שהמערער פנה אל עורך הדין וביקש לערוך את הצוואה כי "בכך נוצרה בין השניים אותה הקרבה הדרושה ליצירתה של חובת הזהירות".⁸⁸ זו אינה חובת זהירות כלפי נהנה לפי צוואה אלא חובת זהירות כלפי מזמין השירות עבור אדם אחר. גם אם נניח שבכך "שדילג" ליסוד השלישי הכיר בית המשפט העליון בקיום היסוד הראשון של חובת זהירות,⁸⁹ עדיין חובה זו לא הוכרה כלפי נהנה שלא הזמין את השירות מעורך הדין.

84 ראו לדוגמה, ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (2004); ע"א 6645/00 ערד נ' זאק, פ"ד נו(5) 365 (2002).

85 ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת ליטווינסקי, פ"ד טו 71 (1961). בית המשפט הטיל הוצאות על עורך הדין בנמקו: "[...] וגם בענין זה נראה לנו שאין לפנינו דרך אחרת ללכת בה בכדי להביע מורת רוחינו על הרשלנות בה הודפסה הצוואה דנא, על חוסר תשומת הלב בה נבדקה אחרי הדפסתה ועובר לקריאתה לפני המצווה או על-ידי, על העלמת הצוואה מעיני הגב' בלן ועל הערמה שבקבלת הצו לתיקון הטעות".

86 ע"א 229/85 בן נון נ' הרצוג, פ"ד מב(1) 785 (1988).

87 שם, בעמ' 791.

88 שם, בעמ' 788.

89 ליפשיץ, לעיל ה"ש 4, בעמ' 32.

ובכלל, כפי שיראה הדיון בסוגיה השנייה, העובדה שנהנה מזמין את עורך הדין לערוך את הצוואה יש בה פסול מבחינת דיני צוואות ודיני המשמעת החלים על עורכי דין. בעניין **טמבור**,⁹⁰ עורך דין ולקוח מבוגר אשר היה מאושפז במצב סיעודי מורכב קיימו פגישות בבית האבות שבו שהה הלקוח המבוגר. בפגישה הראשונה חתם הלקוח על ייפוי כוח ובשנייה נתן לעורך הדין את הפרטים הדרושים לעריכת צוואתו. באופן לא צפוי, כפי שציין בית המשפט, נפטר הלקוח באותו היום.

טענת התובעות-המערערות ("נהנות" באותה צוואה שלא נערכה) כנגד עורך הדין בבית המשפט התבססה על כך שעורך הדין חב בחובת זהירות כלפיהן והתירשלו; לטענתן, נוכח גילו המתקדם של המנוח ומצבו הרפואי, שבעטיו הוגדר חולה "סיעודי מורכב", היה על עורך הדין להבין גם את מצבו של המצווה וגם את הצורך לערוך צוואה בעל פה באופן מידי וכן לדאוג לכך שבעת מסירת הפרטים על ידי המצווה ביחס לצוואתו יהיו נוכחים שני עדים, שבאותה עת לא היה קשה לגייס. בית המשפט דחה את התביעה בנימוק שלא היה מקום לצפות שהמנוח ישיב את נשמתו תוך שעות ספורות. בית המשפט ציין כמה הלכות שבהן הכירו בתי המשפט בחובת זהירות מושגית של עורך דין כלפי צדדים שלישיים שאינם לקוחותיו. בנקודה זו יכול היה בית המשפט להמשיך לכתוב על קיומה של חובת זהירות קונקרטית שחב עורך הדין כלפי צדדים שלישיים שהם נהנים לפי צוואה. ואולם, הוא נמנע מכך ואף הביע ספק אם יש להטיל חובת זהירות קונקרטית על עורך הדין כלפי נהנה לפי צוואה.⁹¹

המצב המשפטי בישראל כיום הוא שנהנים אומנם תובעים ברשלנות את עורכי הדין שערכו את הצוואה, אך תביעות אלו נדחות, אולי מכיוון שטרם הוכרה, הוגדרה והתבססה חובת זהירות קונקרטית שחב עורך הדין עורך הצוואה כלפי נהנים לפי הצוואה. לעומת זאת, הפסיקה בארצות הברית הכירה בחובת זהירות שחב עורך הדין כלפי נהנה לפי צוואה כל עוד אין בחובה זו כדי להשפיע באופן משמעותי על קיום חובותיו של עורך הדין כלפי הלקוח. ניתן לראות שהלכה זו מבוססת על גישת האתיקה המקצועית, באשר היא רואה כאן התנגשות בין שתי הנאמנויות ונוסחת האיזון היא שהחובה כלפי הנהנים לפי הצוואה קיימת רק אם אין בה כדי להשפיע באופן ממשי על הנאמנות ללקוח-המצווה. הלכה זו זכתה לעיגון במסגרת ה־Restatement of the Law Governing Lawyers

90 ע"א (מחוזי חי') 64201-09-17 **זאורי נ' טמבור** (נבו 2.7.2018).

91 שם, פס' 24 לפסק דינו של סגן הנשיא יצחק כהן. שם נאמר: "האם מתקבל על דעת לקבוע, שעו"ד טמבור היה צריך לכפות על המנוח לייב לחתום על צוואה כבר באותו ערב, ולומר למנוח לייב, שקיים חשש שהוא עלול למות בתוך שעות ספורות ואם לא תחתם צוואה בו במקום, כי אז עלול עו"ד טמבור להפר את חובתו הזהירות שהוא חב כלפי מי שאמורים ליהנות מהצוואה?".

שפורסם בשנת 2000.⁹² לאור זאת הוטל על עורך הדין לפצות נהנה לפי צוואה מקום שבו זו נפסלה בשל רשלנות עורך הדין שערך אותה.⁹³ אותה הלכה קיימת גם באנגליה.⁹⁴ יישום נוסחת האיזון (של המשפט האמריקאי) על עניין **טמבור** היה מוביל לאותה תוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, אך היישום היה מוביל לאמירה מפורשת שלפיה עורך הדין חב בחובת זהירות כלפי הנהנים. קביעת החובה כלפי הנהנים לא הייתה פוגעת, ולדעתנו גם לא משפיעה כלל, על קיום החובות כלפי הלקוח המצווה. באותו מקרה, החובה לסיים את הצוואה תואמת את אינטרס הלקוח וגם את אינטרס הנהנים. בעניין **טמבור** התביעה נדחתה הואיל והאחריות לא גובשה בשל אי-קיומו של היסוד השני לעולת הרשלנות – התרשלנות. כפי שהסביר בית המשפט, לא ניתן היה לצפות שהמנוח ימות באותו לילה בטרם הספיקה עורכת הדין לערוך את הצוואה, ולכן אין התרשלנות במעשיה. לאותה תוצאה הייתה מגיעה גם גישת צומת הנאמנויות. לפי גישה זו היה על בית המשפט להכיר בקיומה של חובת זהירות קונקרטיית כלפי הנהנים מהצוואה, וחובה זו שייכת לנאמנות כלפי החברה שבמסגרתה קיימת החובה כלפי צדדים שלישיים. את החובה הזו היה על בית המשפט לאזן עם שתי הנאמנויות הנוספות: הנאמנות ללקוח, שבמסגרתה קיימת החובה שלא להזניח את עניינו של הלקוח ולטפל במהירות, ונאמנות עורך הדין לעצמו ולמקצועו, שעל בסיסה עליו לפעול לפי הוראת המצווה, שהוא הלקוח שלו. לפי איזון זה, אינטרס המצווה לא היה לסיים את עריכת הצוואה באותו ערב שבו נערכה עימו הפגישה הראשונה, כי הוא היה זקוק לזמן לחשוב. פעולה זו מנוגדת לרצון הנהנים (שרצו שהצוואה תיערך בפגישה הראשונה), אבל היא תואמת את הנאמנות ללקוח והנאמנות לעצמו ולמקצועו. לאור זאת לא הייתה התרשלנות מצד עורך הדין של **טמבור**, ולכן יש לדחות את התביעה, כפי שאכן פסק בית המשפט. התוצאה הייתה זהה, אך הדרך של צומת הנאמנויות הייתה מקילה על בית המשפט לקבוע חובת זהירות מפורשת כלפי הנהנים, כי לא היה בכך דבר חדשני שכן החובה כלפי צד שלישי כבר טמונה בנאמנות עורך הדין לחברה. לעומת זאת, הדרך שבה נהגת הפסיקה בישראל, אשר לפיה יש נאמנות אחת ללקוח ואפילו אין מזכירים את הנאמנויות האחרות, אינה מאפשרת לבתי המשפט להכיר במפורש בחובת זהירות כלפי הנהנים. השימוש במודל צומת הנאמנויות יכול להוביל למה שדיני הנזיקין בישראל טרם השכילו לעשות – הכרה בחובת זהירות כלפי הנהנה. הבסיס לקיומה של חובת הזהירות יהיה

92 RESTATEMENT (3d) OF THE LAW GOVERNING LAWYERS § 51 (Am. L. Inst. 2000).
 93 ראו, Guy v. Liederbach, 459 A.2d 744 (Pa. 1983) (עורך הדין שערך את הצוואה הורה לתובעת, שהופיעה בצוואה כנהנית ומוציאה לפועל, לשמש כעדה, עובדה שהביאה לפסילתה. בשל כך היא תבעה את עורך הדין על אובדן הירושה הצפויה לפי הצוואה).
 94 ראו, Ross v. Caunters (a firm), [1979] 3 All E.R. 580 (Ch.) (עורך דין ערך צוואה בפני אשתו של אחד היורשים המיועדים, מה שהביאה לביטול הצוואה. האישה תבעה את עורך הדין בגין אובדן חלקה בירושה הצפויה עקב רשלנותו. בית המשפט חייב את עורך הדין לפצותה).

הנאמנות לחברה בכללה וחובה כלפי צדדים שלישיים, כפי שנעשה במשפט האמריקאי כאמור לעיל.

יש להדגיש כי אין בהכרה בחובת זהירות בנוזיקין של עורך הדין כלפי צדדים שלישיים משום התנגשות עם חובתו כלפי הלקוח-המצווה בעת שזה בחיים. דוגמה טובה לכך ניתנה בהחלטת ועדת האתיקה הארצית, שאיתרנו במסגרת המחקר. באותו מקרה פנתה צד שלישי לעורך הדין וביקשה עותק מצוואה של קרובת משפחה שעדיין הייתה בחיים. ועדת האתיקה השיבה כי רק המצווה יכולה להסכים לכך. ההחלטה ממשיכה ומחייבת את עורך הדין לוודא שההסכמה ניתנה מדעת וללא השפעה בלתי הוגנת. אם יש ספק אם ההסכמה אכן כזו, אסור לעורך הדין לגלות את הצוואה לצד השלישי.⁹⁵ בכך משרטטת ההחלטה את הנאמנות ללקוח המצווה כמטילה חובת בדיקה על עורך הדין במטרה להבטיח את האינטרס של הלקוח, הגובר למול אינטרס הצד השלישי.

טענת נגד להצעתנו תטען שהכרה בחובת זהירות כלפי הנהנים עלולה לצנן את חובת הנאמנות ללקוח, שכן עורך הדין עלול לחשוש שמא ימצא את עצמו אחראי לנזקי הצד שכנגד ולכן יימנע מראש מפעולות לטובת הלקוח שיש בהן כדי לפגוע בנהנים. הטלת החובה עלולה אפוא להסיט את שיקול דעתו של עורך הדין, אשר אמור לפעול לטובת הלקוח גרידא. טענה זו נכונה בנוגע לכל הטלת חובה כלפי צד שלישי על עורך הדין. במה שונה הטלת חובה כלפי צד שכנגד לעסקה מהטלת החובה כלפי נהנים על פי צוואה? בשני המקרים, החובה כלפי צד שלישי, חובה במסגרת הנאמנות לחברה, מצמצמת את גדרה של הנאמנות ללקוח. כך אכן פועלת גישת האתיקה המקצועית – הנאמנות ללקוח אינה מוחלטת ואינה הראשונה בהיררכיה. היא צריכה לסגת מפני הנאמנות לחברה, ובכללה החובה כלפי צד שלישי. הפעלתו של מודל צומת הנאמנויות אכן מובילה במקרים מסוימים להסטת שיקול הדעת של עורך הדין מהלקוח לטובת החברה או המקצוע. כך פועל המודל שקיבל ביטוי בכללי ההתנהגות המחייבים עורכי דין, וכך מחויבים עורכי הדין לפעול.

2. הקשר בין עורך הדין עורך הצוואה לבין הנהנים

נעבור כעת לסוגייה השנייה שעלתה מניתוח הפסיקה שאותה בחנו במסגרת המחקר, סוגיית הקשר הבעייתי שבין עורך הדין לנהנים. כמה פסקי דין שעלו במחקר עסקו בשאלת הקשר שבין עורך הדין לנהנים. קשר כזה עלול להוות עבירת משמעת מצד עורך הדין (כאשר דובר בפסיקה המשמעית) או ביכולתו להוות נטילת חלק בעריכת הצוואה מצד הנהנה, שיש בה כדי להביא לפסילת הצוואה (כאשר דובר בפסיקה האזרחית, ובכללה פסיקת המשפחה).

95 החלטה את 100/13 של ועדת האתיקה הארצית "חובת הסודיות: איסור גילוי צוואה כל עוד המצווה חי" אתיקה מקצועית 52 (2013).

בעניין בלזר⁹⁶ דובר במצווה בת 85, חולה בסרטן ועיוורת, המגיעה למשרד עורכי דין שם היא מבקשת לבטל צוואה קודמת שלה מלפני 17 שנים, אשר בה הורישה הכול לאחיינה, ולקבוע בצוואה החדשה שרכושה יתחלק שווה בשווה בין שלושה – האחייין ושתי נשים נוספות. אחת מהנהנות היא אשתו של בעל משרד עורכי הדין, שאינו נוכח במעמד עריכת הצוואה. עורכת דין שכירה עורכת עבורה צוואה בעדים, כשעורכת הדין ופקידה נוספת במשרד הן העדות. עובדה נוספת שעולה מפסק הדין היא שהצוואה נערכה תוך חצי שעה. שלוש שנים לאחר מכן נפטרה המצווה ובעל המשרד הגיש בקשה לקיום הצוואה בשם אחת היורשות (לא אשתו). אלא שבית המשפט לענייני משפחה פסל את הצוואה עקב השפעה בלתי הוגנת מצד שתי הנהנות והעביר את פסק הדין ללשכת עורכי הדין כדי שתבחן את התנהגות בעל המשרד, עו"ד בלזר, ועורכת הדין השכירה. ועדת האתיקה בלשכת עורכי הדין החליטה להעמיד את השניים לדין משמעתי, ובו הם הורשעו בשורה של עבירות – ניגוד עניינים אסור לפי כלל 14(א),⁹⁷ אי-שמירה על כבוד המקצוע לפי סעיף 53⁹⁸ והתנהגות שאינה הולמת עורך דין לפי סעיף 61(3).⁹⁹ עורכת הדין הורשעה גם בחוסר נאמנות ומסירות ללקוח, לפי סעיף 54 לחוק.¹⁰⁰ ערעור שהגישו השניים לבית הדין המשמעתי הארצי נדחה. נקבע כי שני עורכי הדין פעלו במצב של ניגוד עניינים אסור והפרו בכך את כלל 14(א) לכללי האתיקה בשלוש נקודות זמן שונות גם יחד: הראשונה, בעת שעורכת הדין השכירה ערכה את הצוואה; השנייה, כעבור ימים מספר, בעת שעורכת הדין השכירה דיווחה לבעל המשרד על עריכת הצוואה שבה אשתו היא אחת משלושת המוטבים; השלישית, עם פטירת המצווה בעת הגשת הבקשה לקיום צוואה בשמה של הנהנית השנייה.

פסק הדין של בית הדין המשמעתי הארצי היטיב לדון בכל אחת מנקודות הזמן האלו ולהראות מי מהשניים עבר בה עבירה. בנקודת הזמן הראשונה נמצאה רק עורכת הדין השכירה בניגוד עניינים אסור, כאשר חובתה כלפי הלקוחה המצווה התנגשה "בחובה כלפי אחר" (כלשון כלל 14(א)) הלוא הוא מעסיקה, שכן האינטרס והרצון הטבעי של כל עובד הוא להיות נאמן למעסיק שלו ולסייע לו. בנקודת הזמן השנייה בעל המשרד הוא שהיה בניגוד עניינים אסור – מחד גיסא טובת הלקוחה דרשה לפנות ולהודיע לה שעקב חשש לניגוד עניינים הם אינם יכולים לערוך את צוואתה שאף עלולה להיפסל מטעם זה, ולכן להפנותה למשרד אחר לעריכת צוואה חדשה; מאידך גיסא, "עניין אישי" (כלשון כלל 14(א)) שלו ושל אשתו ברווח ממוני המובטח להם בצוואה שכבר נערכה במשרדו מוביל לרצונו שהצוואה לא תיבחן במשרד עורכי דין חדש. בנקודת הזמן השלישית, שבה

96 עניין בלזר, לעיל ה"ש 79.

97 כלל 14(א) לכללי האתיקה.

98 ס' 53 לחוק הלשכה.

99 שם, ס' 61(3).

100 שם, ס' 54.

הגיש עורך הדין בעל המשרד בקשה לקיום הצוואה דווקא בשם הנהנית שאינה אשתו, הוא פעל בניגוד עניינים בוטה (כהגדרת פסק הדין).

בנוגע לכל אחד משלושת המצבים מתבסס פסק הדין על לשונו של כלל 14(א), ובתוך כך מצביע על ההתנגשות בין אינטרס הלקוחה לבין האינטרסים האישיים של עורכי הדין, שעה שהם מעדיפים את האינטרס שלהם בעוד היה עליהם להעדיף את אינטרס הלקוחה ולפעול על פיו. מפסק הדין עולה כי במקרה של התנגשות כזו היה על הנאמנות ללקוחה לגבור. ניתוח זה נשמע קרוב לגישת האתיקה המקצועית, אך הוא אינו כזה. זה ניתוח קלסי של איזון אינטרסים, המבוסס על לשון החוק, כלל 14(א), בעוד היה על בית הדין להתבסס על גישת האתיקה המקצועית (הנמצאת ביסוד הכללים שהוא עצמו מבקש לקדם). לפי גישה זו של צומת הנאמנויות השוות והמתנגשות, ניתן היה להראות בנוגע לכל אחת מנקודות הזמן את ההתנגשות בין הנאמנות ללקוח החופפת את הנאמנות לחברה לנאמנות של עורך הדין לעצמו, ולהמשיך ולהסביר שבנוגע לצוואות, נקודת האיזון היא לטובת הנאמנות ללקוח על פני נאמנות עורך הדין לעצמו. מכאן שאסור היה לשני עורכי הדין לפעול לפי הנאמנות לעצמם.

יש החמצה גדולה בפסק הדין בכך שהניתוח לא נעשה לפי צומת הנאמנויות, דבר שהיה מאפשר לשדר מסר ברור לעניין דחיית הנאמנות לעצמו לטובת הנאמנות ללקוח המצווה, החופפת גם לנאמנות לחברה. שתי הנאמנויות חופפות במקרה זה, כי החובה כלפי החברה הכוללת בתוכה את חובת עורך הדין לשמור על הסדר החברתי-משפטי משמעה קיום רצון המצווה, העומד ביסוד ההסדר המשפטי של צוואה. החובה לשמור על הסדר המשפטי הטמון בצוואה מובילה אפוא את עורך הדין לקיים את רצון המצווה, חובה הנובעת גם מהנאמנות ללקוח. במקרה זה שתי הנאמנויות – ללקוח ולחברה – חד הן. אם כן, טוב היה אילו נצמד בית הדין המשמעתי לגישת האתיקה המקצועית העומדת ביסוד כלל 14(א) וביסוד עבודתו שלו כבית דין משמעתי; מוטב היה אילו ערך איזון בין שלוש הנאמנויות השוות והמתנגשות והכריע לטובת הנאמנות ללקוחה ובכללה הנאמנות לחברה. כך הדבר בנוגע לכל אחת משלוש נקודות הזמן שצוינו.

פסק דין משמעתי נוסף שבבסיסו ניגוד עניינים הנובע מקשר בין עורך הדין לנהנים הוא בד"מ 101.85/01¹⁰¹ במקרה זה, לקוחה לשעבר של עורך דין (המכונה בפסק הדין ולהלן פ') ביקשה ממנו לערוך צוואה לאישה מבוגרת וערירית שבה טיפלו הוריה של הלקוחה זה שנתיים. לפי הצוואה, שני ההורים הם הנהנים היחידים. פרט לצוואה הכין עורך הדין גם מסמכים של העברת מתנה ללא תמורה ולפיהם עוד בחייה יועבר רכושה לידיהם של שני הנהנים. עורך הדין הכין את הצוואה והמסמכים מראש לפי בקשת פ', הוא לא שוחח עם המצווה ביחידות, לא הקריא לה את הצוואה והמסמכים ולאמיתו של דבר אפילו לא

101 בד"מ (משמעת עו"ד ת"א) 85/01 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו נ' פלוני (נבו) 1.5.2002.

ידע אם היא קוראת ודוברת עברית. בעת הקראת הצוואה למצווה היו שני הנהנים בבית בקרבתה, עורך הדין לא הסביר לה שהוא ייצג בעבר את פ', בתם, וכי היא שביקשה ממנו להכין את הצוואה. עורך הדין גם לא כלל בצוואה הצהרה של המצווה שלפיה המסמך שעליו היא חותמת הוא צוואה.

כחודשיים לאחר עריכת הצוואה נפטרה המצווה. קרובי משפחה הגישו תביעה אזרחית ובסיומה הורה בית המשפט על ביטול הצוואה והמסמכים וזאת הן בשל חוסר כשירותה של המנוחה לצוות והן בשל פגם שנפל בצוואה. בית המשפט קבע שהתנהגות עורך הדין נוגדת את מידת ההקפדה הנדרשת מעורך דין ובפרט נוגדת את דרישת הנאמנות כלפי הלקוח.

בה בעת, הרשיע אותו בית הדין המשמעתי המחוזי בשורה של עבירות. בית הדין קבע כי עורך הדין ראה את פ' ואת הוריה הנהנים כלקוחותיו גם בעת עריכת הצוואה וגם לאחר פטירת המנוחה, בעודו משמש כמנהל העיזבון. הואיל והמצווה היא כמוכן הלקוחה שלו, בית הדין רואה בכך ייצוג לקוחות מנוגדים באותו עניין, דבר המנוגד לכלל 14(ב).¹⁰²

העבירות הנוספות שבהן הורשע הן הפרת חובת הנאמנות ללקוחה-המצווה לפי כלל 2 וסעיף 10354 ופגיעה בכבוד המקצוע לפי סעיף 61(3).¹⁰⁴ לעמדת בית הדין, כיוון שדובר בצוואה חריגה – שבה המצווה מדירה לחלוטין את בני משפחה ומורישה רכוש ששווי מיליוני שקלים לזוג אשר טיפל בה – היה על עורך הדין לוודא שזה אכן רצונה וכי אין עליה השפעה לא הוגנת. בית הדין אף הסביר איך היה על עורך הדין לפעול כדי לנטרל כל אפשרות להשפעה בלתי הוגנת על המצווה – בידודה מקרבת אחרים, ובפרט מקרבתם של הנהנים או האנשים שבהם תלויה המצווה ואשר עצם נוכחותם עשויה להשפיע על רצונה החופשי; עורך הדין אינו רשאי לעצום את עיניו ולהתעלם מקיומם של בני משפחה אחרים ועליו לשאול את המצווה מה הנימוקים שהביאו אותה להדיר את בני משפחה מהצוואה; הוא גם אינו רשאי לאשר צוואה כאשר הוא סבור שניתנה עקב יחסי התלות הקיימים בין המצווה לבין הנהנים. משלא עשה כן, הוא הפר את הנאמנות ללקוח ופגע בכבוד המקצוע.

אילו יישם בית הדין את גישת צומת הנאמנויות השוות והמתנגשות היה עליו לקבוע תחילה כי מדובר במצב שבו צד שלישי משלם לעורך הדין שכר טרחה כדי שייצג אדם אחר. הפסיקה קבעה כי משלם שכר הטרחה אינו הלקוח.¹⁰⁵ במצב של תשלום שכר טרחה על ידי צד שלישי נוצרת אצל עורך הדין התנגשות בין הנאמנות ללקוח לבין נאמנות לעצמו, בכך שהוא רוצה לשאת חן בעיני מי שמשלם את שכרו מתוך הבנה שאם

102 כלל 14(ב) לכללי האתיקה.

103 שם, בכלל 2; ס' 54 לחוק הלשכה.

104 שם, ס' 61(3).

105 בג"ץ 744/97 גחלן נ' השופט אמינוף, פ"ד נא(1) 355 (1997); החלטה את 191/10 של ועדת האתיקה הארצית "חובת נאמנות כלפי לקוח כאשר שכר הטרחה משולם על-ידי צד שלישי" אתיקה מקצועית 1, 43 (2011).

לא יפעל לפי הנחייתו הוא יפוטרו על ידיו ויאבד את שכרו. נוסחת האיזון במצב זה היא שאין מכירים כלל בנאמנות עורך הדין לעצמו, כך שאין התנגשות ועליו לפעול רק לפי הנאמנות ללקוח החופפת כאמור את הנאמנות לחברה.

במילים אחרות, לפי גישת צומת הנאמנויות אין מדובר בניגוד עניינים לפי כלל 14(ב), שכן לא מדובר בייצוג של שני צדדים באותו עניין באשר הנהנים ובתם אינם לקוחות. ההרשעה הנכונה צריכה הייתה להיות לפי כלל 14(א),¹⁰⁶ שכן לעורך הדין הייתה נאמנות כלפי אחר. נאמנות כזו מעלה חשש שלא יוכל לייצג נאמנה את הלקוחה המצווה, כפי שאומנם קרה.

בכל הכבוד, בפסק הדין יש טעות העלולה להביא בעתיד למצב שבו הצדדים המנוגדים יסכימו לכך שאותו עורך ייצג אותם. דבר זה אפשרי אם ניגוד העניינים הוא לפי כלל 14(ב),¹⁰⁷ שכן לכלל זה יש חריג לפי ס"ק ד, המתיר ייצוג של צדדים מנוגדים באותו עניין כאשר הם מסכימים בכתב לייצוג המנוגד. נקל לראות שתוצאה זו מנוגדת לחוק הירושה, כי היא מאפשרת לנהנים ולמצווה להסכים שאותו עורך דין ייצג את שניהם בעת עריכת הצוואה. הדבר מוביל כמובן לפגם בעריכת הצוואה שיש בו כדי לפסול אותה. לא ייתכן שהדין המשמעותי של עורכי הדין יאפשר פעולה שאינה חוקית. טעות זו הייתה עשויה להימנע אילו בחן פסק הדין את התנהגות עורך הדין לפי מודל צומת הנאמנויות.

נוסף על כך, לפי גישת צומת הנאמנויות הפרת הנאמנות ללקוח והתנהגות שאינה הולמת (שתי העבירות הנוספות שבהן הורשע עורך הדין) נבעו מתפיסה שגויה של נאמנות רק לעצמו, ללא איזון נאמנות זו עם הנאמנות ללקוחה. אומנם גישת צומת הנאמנויות מובילה כאן לאותה תוצאה כמו פסק הדין (הרשעה), אבל ההנמקה שונה.

דוגמה נוספת לקשר פסול בין עורך הדין שעריך את הצוואה לנהנים ניתן בפסיקה האזרחית בעניין צימט, שנדון בבית המשפט העליון.¹⁰⁸ באותו מקרה, הכין עורך הדין את הצוואה מראש לפי הוראות שקיבל מאחד הנהנים, והצוואה נחתמה על ידי קשישה שהייתה במצב גופני ירוד, עם קשיי שמיעה, והצוואה תורגמה לה בחופזה ובאופן חלקי. תוכן הצוואה היה חריג, שכן המנוחה הורשה הכול לשני נכדיה ולא כללה בה את בתה, אימם של השניים. עורך הדין שעריך את הצוואה היה עורך דינו של אבי הנהנים, שהיה בסכסוך גירושין ממושך וקשה עם אימם (שהודרה, כאמור, מהצוואה). מעמד החתימה על הצוואה התנהל בחופזה בגלל החשש שבתה תגיע לבקרה ותבין את המתרחש. אוסף העובדות האלו הביא את בית המשפט העליון לקבל את הערעור ולבטל את הצוואה.

השופט בך התמקד בהתנהגות עורך הדין והבהיר שתוכן חריג של צוואה כמו במקרה זה, שבו המנוחה מדירה לחלוטין את בתה – אימם של הנהנים, מחייב הקפדה יתרה מצד

106 כלל 14(א) לכללי האתיקה.

107 שם, בכלל 14(ב).

108 ע"א 347/84 צימט נ' בנימין, פ"ד מ(4) 118 (1986).

עורך הדין. התוכן החריג חייב היה להדליק אצלו נורה אדומה. "והנה מסתבר, כי לא זו בלבד שעורך הדין לא בירר אצל המנוחה, אם הייתה ערה לכך שבתה אינה זוכה לחלק בירושה ואם אכן זו כוונתה, אלא שהליך ההחתמה נעשה עוד בצורה מזוזת, כדי למנוע שאותה הבת המקופחת תופיע ותוכל להיווכח, מה התרחש באותו מעמד".¹⁰⁹

ניתוח התנהגותו של עורך הדין לפי גישת צומת הנאמנויות יחד עם העובדות האחרות שפורטו לעיל היה מוביל לאותה תוצאה – פסילת הצוואה. ואולם, הניתוח היה מסייע לבית המשפט להסביר ולהדגיש את חומרת התנהגותו של עורך הדין ולהנחות את עורכי הדין כיצד לפעול בעתיד במצב שבו הנאמנות לעצמם מתנגשת עם הנאמנות ללקוחה המצווה החופפת את הנאמנות לחברה. פסק הדין כלל אינו נוקט שיח של נאמנויות ואפילו אינו מזכיר את נאמנות עורך הדין ללקוחה המצווה וגם לא את ניגוד העניינים שבו היה עורך הדין. לעמדתנו, שימוש בגישת הנאמנויות היה מחייב את בית המשפט לעמוד על ניגוד העניינים בין האינטרס של עורך הדין לאינטרס של הלקוחה ולקבוע הלכה מדויקת יותר באשר להתנהגות המצופה מעורך הדין, זאת במטרה למנוע מראש את ניגוד העניינים. בכך הוחמצה הזדמנות להדריך את עורכי הדין בעתיד.

מנגד, בפסיקת משפחה בתיק עזבונות בטבריה¹¹⁰ נדחתה התנגדות לקיום צוואה אף שהצטברו כמה עובדות זהות לאלה שבמקרה הקודם שהצגנו לעיל. גם בתיק זה היה קשר קודם של ייצוג משפטי בין עורכת הדין שערכה את הצוואה ובין הנהנית, גם כאן דובר בצוואה חריגה, שבה הורשה האם הכול לבת אחת ונישלה את יתר ילדיה, וגם המצווה בתיק זה לא ידעה קרוא וכתוב בעברית. עם זאת, ההבדל מהמקרה הקודם, הבדל שהביא לשוני בתוצאה, הוא התנהגותה של עורכת הדין שערכה את הצוואה. מפסק הדין עולה כי התנהגות עורכת הדין בעת עריכת הצוואה היא ש"הצילה" אותה מפסילה. בית המשפט קיבל באופן מלא את עדות עורכת הדין, שעשתה עליו רושם חיובי,¹¹¹ ועל בסיסה קבע שאף שהמנוחה לא קראה את הצוואה, עורכת הדין ישרה איתה ביחידות, הקריאה והסבירה לה בשפה קלה את תוכן הצוואה וזו הבינה על מה היא חותמת. כמו כן, עורכת הדין שאלה וביררה עם המצווה מדוע היא מורשה הכול לבת אחת, וידאה שזה אכן רצונה ואף ציינה זאת בצוואה. נוסף על כך, עורכת הדין קיבלה את שכרה מהמצווה. בית המשפט שוכנע שעורכת הדין הייתה זהירה וקפדנית בעריכת הצוואה ועשתה את עבודתה נאמנה ועמדה בכל הנדרש מעורך דין. לעניין הקשר עם הנהנית מצא בית המשפט שלא דובר בחברות, ומכל מקום "שיקול הדעת העצמאי של עורכת הדין, הקשר הישיר שנוצר בינה לבין המנוחה, יש בהם כדי לנתק כל קשר בין מעורבותם של התובעת או מי מטעמה,

109 שם, בעמ' 125.

110 ת"ע (משפחה טב') 17256-02-10 עובדן ש"ר נ' א"א (נבו 9.10.2012).

111 שם, פס' 42.

אם בכלל, בהליכים שקדמו לחתימת הצוואה לבין שלב עריכת הצוואה וחתימתה ע"י המנוחה".¹¹²

בחירת התנהגותה של עורכת הדין לפי צומת הנאמנויות הייתה מחדדת עוד יותר את פעולותיה הנכונות בכך שהייתה מראה כי בעצם אין התנגשות בין הנאמנות ללקוח החופפת את הנאמנות לחברה לבין נאמנות עורך הדין לעצמו, שכן הפעולות שבוצעו מתוך הנאמנות ללקוח פעלו בה בעת לטובת עורכת הדין. במילים אחרות, הנאמנות ללקוח "משתלמת" לעורך הדין בטווח הארוך. לדעתנו, מסר זה היה מהדהד ומנחה עורכי דין יותר מהניתוח הקיים בפסק הדין.

בפסיקה משפחה בתיק עזבונות בתל אביב¹¹³ טענה המתנגדת לקיום הצוואה כי עורך הדין ידע שהמצווה היא חולה דמנטית הואיל וייצג את המשפחה קודם לכן בהליך שבו ביקשה המתנגדת להתמנות כאפוטרופסית של המנוחה. עורך הדין לא הכחיש בעדותו כי ידע על מצבה הרפואי, אבל טען שאינו זוכר את מצבה של המצווה בעת עריכת הצוואה. בית המשפט מותח ביקורת על חוסר הזיכרון הגורף, שכן הייתה סבירות גבוהה למחלוקת בעתיד בנוגע לצוואה, ועובדה זו חייבה אותו לנהוג בקפדנות יתרה כדי להסיר את העננה מעל אותה מחלוקת בדרך של רישום, תיעוד ועוד.¹¹⁴

ניתוח לפי צומת הנאמנויות היה מראה את ההתנגשות שבה היה מצוי עורך הדין, התנגשות בין שתי קבוצות של נאמנויות שוות. הראשונה היא נאמנות ללקוחה. במסגרת נאמנות זו, החובה הראשונה המוטלת על עורך הדין היא לפעול בנאמנות ובמסירות לטובת הלקוחה,¹¹⁵ שפירושה במקרה זה לוודא היטב שהיא אכן כשירה לצוות ואכן מסוגלת להבין את תוכנה של הצוואה. אם נמצא כי היא אכן כשירה לצוות, יש להבטיח שלרצונה יהיה תוקף ולא ניתן יהיה לבטל את הצוואה. הדרך היחידה להבטיח זאת היא באמצעות בדיקה רפואית מוקדמת, שתקבע אם היא אכן כשירה לצוות. אומנם אין חובה בחוק לבדיקה רפואית מקדימה לעריכת הצוואה, אך נסיבות המקרה, שהיו ידועות לעורך הדין, חייבו פעולה כאמור כחלק מחובת הנאמנות והמסירות ללקוחה. בקבוצה הראשונה נמצאת גם הנאמנות לחברה החופפת את הנאמנות ללקוח, שכן קיום רצון המצווה (נאמנות ללקוח) מוביל לשמירה על הסדר המשפטי הטמון במוסד הצוואה, שזו חובה במסגרת הנאמנות לחברה.

בקבוצה שמנגד ניצבת הנאמנות לעצמו, שדחפה לעריכת הצוואה ללא שיהוי כדי לקבל את שכרו וכדי לרצות את הנהנים, לקוחותיו בהליך הקודם, אשר הם שזימנו אותו לערוך את הצוואה. ניתן להניח כי הנהנים היו מתנגדים לעריכת בדיקה רפואית מוקדמת

112 שם, פס' 65.

113 ת"ע (משפחה ת"א) 29751-02-16 ח"ס נ' ט"ג (נבו 23.1.2019).

114 שם, פס' 69.

115 זר-גוטמן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 252.

וייתכן שאילו התעקש עורך הדין על כך (כחלק מחובתו לפעול במסירות לטובת הלקוחה), הם היו מחפשים עורך דין אחר לעריכת הצוואה. ניתן לראות כי שתי הנאמנויות אינן מתיישבות זו עם זו ובהתנגשות שנוצרה היה על עורך הדין לפעול לפי הנאמנות ללקוחה החופפת את הנאמנות לחברה. ניתוח לפי גישת צומת הנאמנויות מחדד את ההבנה בנוגע לפסול שנפל בהתנהגותו של עורך הדין. יתרה מכך, ניתוח זה מדגיש ומסביר את חובותיהם של כלל עורכי הדין ואף מבהיר שמלכתחילה לא כדאי לעורכי דין להיכנס לתוך מצב זה. הערך המחנך והצופה פני עתיד של פסק הדין שינותח לפי גישת צומת הנאמנויות הוא אפוא משמעותי יותר. לסיכום, בפסקי הדין שהובאו לעיל בית המשפט לא עסק כלל בהתנגשות בין הנאמנות ללקוח המצווה, נאמנות לחברה החופפת את נאמנות ללקוח במקרה זה, לבין נאמנות עורך הדין לעצמו, אף שברור שניגוד העניינים והבעיות שעלו בעקבותיו נעוצים בהתנגשות בין נאמנויות אלו. הדרך להכריע במקרים אלו צריכה לפיכך להתייחס לנאמנות עורך הדין לעצמו ולאיוון הנדרש בין נאמנות זו ובין הנאמנות ללקוח. בגישה שאיתר מחקרנו יש משום סטייה מהותית מגישת האתיקה המקצועית של עורכי הדין, המובילה לכך שבכל הנוגע לעריכת צוואות המתחם שבו פועל עורך הדין שונה מהותית ממתחם שלוש הנאמנויות השוות והמתנגשות. עוד הראינו כי התעלמות מגישה זו מובילה, בחלק מהמקרים, לשגיאות.

ה. הצעות לתיקון המצב הקיים

הצעה ראשונה היא קריאה לבתי המשפט האזרחיים ולבתי הדין המשמעתיים לעשות שימוש בגישת צומת הנאמנויות בבואם לבחון התנהגות עורך דין בעת עריכת הצוואה. סיבות אחדות מובילות לכך. הסיבה הראשונה והמרכזית נעוצה בעובדה שהתבססות על הגישה מחויבת מעצם היותה הבסיס לאתיקה המקצועית של הפרופסיה, המכוונת התנהגות של עורכי דין. כך, כאשר אנו בוחנים התנהגות של עורכי דין בעת עריכת צוואה, חובה לעשות זאת על בסיס הגישה שעליה מבוססים כללי ההתנהגות המחייבים עורכי דין. סיבה שנייה היא הצורך בהרמוניה ואחידות – הואיל והתנהגות עורכי דין מוכתבת לפי גישה זו, יש לשאוף שכל מי שמכריע בשאלות הנוגעות להתנהגות עורכי דין יעשה זאת על בסיס אותה גישה. סיבה שלישית היא השימוש בגישה המוכרת לעורכי דין יגביר את הציות לכללי ההתנהגות שהפסיקה מוציאה מתחת לידיה. לבסוף, כפי שהראינו בפרק הקודם, שבו הוצג ניתוח של כמה פסקי דין בשתי סוגיות מרכזיות, השימוש בגישה זו מוביל לתוצאות ראויות.

הצעה שנייה פונה אל עורכי הדין. לשם הבהירות, נפצל אותה לכמה הצעות. כל ההצעות נכללות בחובת הנאמנות ללקוח במסגרת חובתו של עורך הדין להיות מיומן ובקי בתחום שבו קיבל עליו את הייצוג. ההצעה הראשונה, גם באין חובת הכשרה קבלו

על עצמכם הכשרה כזו. אל תתיימרו לערוך צוואה לפני שעברתם הכשרה כזו או עבדתם בצמוד לעורך דין בעל ניסיון ולמדתם ממנו. אם אינכם עוסקים ברגיל בעריכת צוואות, אל תתפתו ל"כסף הקל" ואל תערכו צוואה על בסיס חד-פעמי או מדי פעם. ראו בעריכת צוואה לא עריכה של מסמך משפטי נוסף גרידא, אלא תחום התמחות ייחודי המצריך ידע והבנה ספציפיים.

הצעה שנייה לעורכי הדין, גם בתחום זה, כמו בכל פעולה שאתם מבצעים כעורכי דין, אתם נדרשים להפעיל וליישם את גישת צומת הנאמנויות. גישה זו היא שתנחה אתכם גם במקום שבו אין הוראת חוק או אין הלכה שנקבעה בפסיקה.

הצעה שלישית היא לעניין הקשר עם הנהנים. לפי הפסיקה, אין פסול בכך שהפנייה לעורך הדין לבוא ולערוך את הצוואה תיעשה על ידי הנהנה אף אם זה יודע שתוכן הצוואה לטובתו.¹¹⁶ ואולם, קשר מעמיק יותר עם הנהנה, כעולה מהפסיקה שנותחה לעיל, עשוי להעלות לכדי קשר בעייתי ופסול. יש בו כדי להוביל, לאחר פטירת המצווה, לפסילת הצוואה על בסיס עילות הקבועות בחוק הירושה ואף להעמדה שלכם לדין משמעתי בגין שורה של עבירות משמעת (בעיקר ייצוג בניגוד עניינים). זכרו, המצווה הוא הלקוח שלכם ועליכם לפעול לפי הוראותיו. גם אם מזמין השירות ומי שמשלם לכם אינו המצווה, עדיין המצווה הוא הלקוח ולא המשלם. מוטב שאת שכרם תקבלו מהמצווה.

במאמר ניתחנו את הפסיקה הנוגעת להתנהגות עורכי דין כעורכי צוואה בעדים. הראינו את האופן שבו השימוש במודל צומת הנאמנויות יכול, בין היתר, גם להכווין התנהגות נכונה של עורכי דין. לצורך השגת מטרה זו ניתן להיעזר גם בחקיקה.

נכון להיום, אין כל חקיקה המסדירה במישרין עריכת צוואות על ידי עורכי דין, לא בתחום הדין האזרחי ולא בתחום הדין המשמעתי. הגיעה העת להשלים חלל זה ולחוקק הוראות מפורטות בנוגע לעריכת צוואה על ידי עורכי דין ואף לדון בשאלת הצורך בהסמכה הנדרשת לעריכת צוואות על ידי עורכי דין. לשם השוואה, כדי להיות מוסמך כנוטריון (העורך צוואה בפני רשות) נדרש ותק מקצועי של עשר שנים לפחות,¹¹⁷ ואילו לצורך עריכת צוואה אין כל דרישה מוקדמת. אולי המקור לכך הוא בתפיסה שקיימת בציבור שאם אדם יכול להכין צוואה בעצמו – כפי שהתיר המחוקק לערוך צוואה בכתב יד – אזי אין לדרוש מאיש הפרופסיה הכשרה מסוימת. ייתכן גם שהסיבה היא התפיסה שמדובר בעריכת מסמך משפטי, פעולה שכל עורך דין מוסמך להכין מעצם מסלול ההכשרה שעבר עד לקבלת הרישיון.¹¹⁸

116 שילה, לעיל ה"ש 50, בעמ' 321–322.

117 ס' 2 לחוק הנוטריונים.

118 ס' 20 לחוק הלשכה מונה את הפעולות שרק לעורכי דין מותר לבצע בכללן. בס' 20(3) לחוק הלשכה: "עריכת מסמכים בעלי אופי משפטי בשביל אדם אחר, לרבות ייצוג אדם אחר במשא ומתן משפטי לקראת עריכת מסמך כזה".

כמו כן, מרבית הכללים הנוגעים לרף ההתנהגות הראוי הנדרש מעורך הדין בעריכת צוואה, שחלקם עלו בפסיקה שהצגנו, אינם מעוגנים בחקיקה. כך, למשל, אין חובת הקראה של צוואה והסבר שלה בפני המצווה, אין חובה לצרף חוות דעת רפואית בנוגע למצווה, אין חובה לערוך צוואה במקום מסוים. כללים אלו, אף שאינם חקוקים, הם בעלי נפקות משפטית, שכן אי-קיום חובות אלו יכול להביא לפסילת הצוואה במישור האזרחי או להעמדה לדין משמעתי של עורך הדין.

חסר זה בולט כאשר משווים חקיקה זו לחקיקה אחרת הנוגעת לאוטונומיה של אדם – חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.¹¹⁹ תיקון 18 לחוק משנת 2014 עסק בנושא ייפוי הכוח המתמשך. במסגרת תיקון זה הוסף לחוק סעיף 32ז,¹²⁰ הדורש מעורך הדין או בעל המקצוע, שבפניו נחתם ייפוי הכוח המתמשך, לאשר בטופס מיוחד כי הוא נוכח לדעת שהממנה הניצב לפניו מבין את המשמעות של מתן ייפוי הכוח, מטרותיו ותוצאותיו וכי עשה את ייפוי הכוח בהסכמה חופשית ומרצון בלא שהופעלו עליו לחץ או השפעה בלתי הוגנת ובלא ניצול מצוקתו או חולשתו. סעיף זה מפרט למעשה את חובותיו של עורך הדין בבואו להחתים אדם על ייפוי כוח מתמשך.

החסר לעניין חובותיו של עורך הדין העורך צוואה בעדים נמשך גם בתזכיר הנוכחי לתיקון חוק הירושה. על אף ההתקדמות אשר חלה בניסוח תיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית, תזכיר זה אינו כולל כל תיקון הנוגע להכשרה הנדרשת מעורך הדין או לחובות שעליהן חייב עורך הדין להקפיד בעריכת צוואה או טיפול בה. בכך מחמיץ התזכיר הזדמנות חשובה לעגן את החובות שנקבעו בפסיקה ולהגן על המצווה ובמובנים מסוימים גם על עורך הדין.

סיכום

אחד המסמכים החשובים שאדם יכול לערוך במהלך חייו הוא צוואתו. זהו מסמך פרטי ורגשי, המתמלא בתוכן והמקבל תוקף אופרטיבי רק לאחר מות המצווה, מועד שבו המצווה אינו יכול עוד לבטא את רצונו. הצוואה שכתב תופעל לאחר שיסיים את חייו. כך שתחילתה בהווה וסופה בעתיד ובטווח שבהם פעמים רבות, אף שהדבר אינו מחויב לפי החוק, ניצב עורך הדין. עורך הדין העורך צוואה בעדים נדרש לקיים בהווה שורה של חובות כדי שבעתיד תמומש הצוואה ולא תוביל למחלוקות ואף לפסילתה.

בדין הישראלי המהותי והמשמעתי אין כל התייחסות מפורשת לעריכת צוואה על ידי עורך דין ואף לא הוראה המחייבת עורך דין כעד לצוואה בעדים או התוויה לפעולה. זו אף אינה אחת מצורות הצוואה הקבועות בחוק. על אף האמור לעיל, צוואה בעדים, הנערכת על ידי עורך דין המשמש כאחד העדים לצוואה, היא צוואה שכיתה, ומשרד

119 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

120 שם, ס' 32ז.

המשפטים אף ממליץ לציבור כי לפחות אחד העדים יהיה עורך דין המתמחה בעריכת צוואות.

המחקר איתר 26 פסקי דין, פסיקה אזרחית ופסיקה משמעתית, שבהם נערך דיון על התנהגות עורך הדין בעת עריכת צוואה. הניתוח הצביע על תקלה משמעותית שנפלה בפסיקה זו – התעלמותה מגישת צומת הנאמנויות. התעלמות זו מובילה לניתוח שגוי ובחלק מהמקרים להלכות לא נכונות.

הדוגמה הבולטת לכך היא היעדר הלכה מפורשת וברורה בדבר חובת הזהירות שחב עורך הדין כלפי הנהנים לפי צוואה. נהנה לפי צוואה שנפסלה עקב רשלנות עורך הדין יתקשה לפיכך לתבוע ברשלנות את עורך הדין בשל היעדר חובת זהירות שחב עורך הדין כלפיו. לעומת זאת, בארצות הברית ובאנגליה הוכרה חובת זהירות כזו ובתי המשפט פסקו לטובת נהנים שתבעו את עורך הדין של המצווה.

גם מקום שבו אין בגישה זו כדי להביא לתוצאה שונה, יישומה עדיין מתחייב הן מעצם היותה הבסיס לקביעת כללי ההתנהגות החלים על עורכי הדין והן לצורך הרמוניה ואחידות בכל הנוגע להתנהגות עורכי הדין בכל התחומים. אם כן, טוב יעשו בתי המשפט אם בבואם לדון בהתנהגות עורך הדין יבחנו את התנהגותו לפי גישה זו ויקבעו כללי התנהגות על בסיסה.

טוב יעשה המחוקק אם יסדיר בחוק עריכת צוואה בעדים בידי עורך דין תוך הכנסת החובות שכבר הוכרו בפסיקה לתוך חוק הירושה, או לכל הפחות לתוך כללי דין משמעתית המחייב את עורכי הדין.

ואחרונים חביבים, טוב יעשו עורכי הדין אם יפעלו תחת החובה להיות מיומנים ובקיאים ויערכו צוואות רק לאחר הכשרה בתחום. הכשרה כזו תכלול את הכרת החובות המוטלות עליהם, לרבות החובה שלא לפעול בניגוד עניינים, המחייבת להקפיד על נתק מהנהנים. עוד תכלול הכשרה זו תרגול לפי גישת צומת הנאמנויות במצבים שבהם אין הלכה והם מבקשים לדעת כיצד לנהוג.

נספח א: פסקי הדין שאותרו במסגרת המחקר

1. בר"ש 1180/13 הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל נ' עו"ד אברהמי (נבו) (17.3.2013).
2. בע"מ 3779/10 עזבון פלונית נ' פלוני (נבו) (28.9.2010).
3. ע"א 2098/97 בוסקילה נ' בוסקילה, פ"ד נה(3) 837 (2001).
4. ע"א 1900/96 טלמציניו נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817 (1999).
5. ע"א 148/96 בקשי נ' סלמן, פ"ד נג(1) 843 (1999).
6. ע"א 2014/95 פרל נ' בס, פ"ד מט(5) 302 (1996).
7. ע"א 5185/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' מרום, פ"ד מט(1) 318 (1995).
8. ע"א 594/99 אוחנה נ' אלעזר, פ"ד נה(3) 355 (2001).
9. ע"א 229/85 בן נון נ' הרצוג, פ"ד מב(1) 785 (1988).
10. ע"א 347/84 צימט נ' בנימין, פ"ד מ(4) 118 (1986).
11. ע"א 851/79 בנדל נ' בנדל, פ"ד לה(3) 101 (1981).
12. ע"א 598/75 רוניק נ' רוניק, פ"ד ל(1) 749 (1976).
13. ד"נ 23/60 בלן נ' המוצאים לפועל של צוואת ליטוינסקי, פ"ד טו 71 (1961).
14. ע"א (מחוזי חי') 64201-09-17 זאווי נ' עו"ד טמבור (נבו) (2.7.2018).
15. עמל"ע (מחוזי י-ם) 9069-05-11 אברהמי נ' הועד המרכזי של לשכת עורכי הדין בישראל (נבו) (12.11.2012).
16. ת"ע (משפחה ת"א) 29751-02-16 ח"ס נ' ט"ג (נבו) (23.2.2019).
17. תמ"ש (משפחה י-ם) 58122-03-11 י"א נ' עע"א (נבו) (23.4.2013).
18. ת"ע (משפחה טב') 17256-02-10 עזבון ש"ר נ' א"א (נבו) (9.10.2012).
19. ת"ע (משפחה חי') 2570/05 עזבון ע"ש נ' י"א (נבו) (24.4.2012).
20. ת"ע (משפחה ב"ש) 2171/05 אס"י נ' כ"ש (נבו) (6.7.2008).
21. בד"א (משמעת עו"ד ארצי) 37/17 בלזר נ' לשכת עורכי הדין בישראל (נבו) (18.9.2017).
22. בד"א (משמעת עו"ד ארצי) 26/97 ועד מחוז ת"א של לשכת עוה"ד נ' פלוני (נבו) (18.11.1997).
23. ב"פ (משמעת עו"ד חי') 44/15 ועדת האתיקה מחוז חיפה נ' עו"ד בלזר (נבו) (20.11.2016).
24. בד"מ (משמעת עו"ד ת"א) 148/05 הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני (נבו) (26.7.2006).