

"משנים מפני השלום": חופש הציווי או חופש החוזים? חופש החוזים עדיף – היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

עירית רייך-זיו*

המאמר מבקש להתמודד עם המתח הבסיסי הטבוע בצוואה ההדדית – המתח שבין מאפייניה הצוואתיים של הצוואה ההדדית (בהיותה כלי משפטי להעברת רכוש לאחר פטירה) לבין מאפייניה החוזיים (בהיותה תוכנית שנערכת בין שני פרטים בשיתוף פעולה ותוך הסתמכות הדדית). ייחודיותה של הצוואה ההדדית, ככלי משפטי בעל שני פנים, וההתנגשות בין הערכים הסותרים הגלומים בה – ערכים צוואתיים של הדירות וחירות אל מול ערכים חוזיים של הסתמכות וכבילה – מייצרות קשיים שונים בסיווגה העיוני ובהסדרתה הנורמטיבית.

המאמר כולל סקירה של הצרכים השונים שהצוואה ההדדית יכולה לענות עליהם, מחד גיסא, אל מול הקשיים שהיא עשויה לעורר והביקורות עליה, מאידך גיסא. המסקנה הראשונית, שממנה המאמר מתפתח, היא כי הקשיים שמתעוררים בקשר לצוואה ההדדית והביקורות עליה אינם מבטלים את

* עורכת דין, שותפה במשרד עורכי הדין יוסף מנדלסון ושות', מרצה לדיני ירושה ולדיני משפחה במרכז האקדמי פרס. מאמר זה מבוסס על עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן (2017). אני מבקשת להודות לפרופ' נילי כהן, שהנחתה אותי בעבודת המחקר בסבלנות אין קץ, על שהאירה לי את הדרך כאשר הלכתי לפעמים לאיבוד ועל הערותיה החכמות לטיוטת המאמר. תודה לעו"ד יוסף מנדלסון – הוגה הרעיון שבעקבותיו נערך המחקר ונכתב המאמר – על עצותיו הנבונות ועל התמיכה והאמונה. תודה לד"ר רונן קריטנשטיין, אשר הסכים באדיבותו לשתף אותי בטיוטות מאמרים שכתב עוד בטרם פורסמו ונתן את הסכמתו להתייחסותי אל אחד מהם הגם שטרם פורסם, וכן על עצותיו המועילות. תודה לחברתי, ד"ר קרן ילין מור, על סיועה המועיל בעריכת המאמר. תודה לכל חברי מערכת **משפט ועסקים** על הערות מצוינות, ובמיוחד לעורכת (המשותפת) של כתב העת רותם תמיר על תהליך מחשבה משותף פורה ומשמעותי. כמו כן אני מבקשת להודות לעו"ד מאי הרמלך דורון, לעו"ד טלי ניצן, לעו"ד מאי אלנר, לעו"ד אושרה מולכו וליובל מירנדה על עזרתן המסורה בשלבים שונים של כתיבת המאמר באיתור מקורות, בארגון הערות השוליים ובהערות מועילות. האחוריות לכל טעות שנפלה במסגרת הרשימה – עלי בלבד. המאמר מוקדש לשני ילדיי האהובים – האור בחיי – יונתן וגיא.

נחיצותה, וכי במקום לפסול את ההכרה בה ואת השימוש בכלי חשוב זה, מוטב להתמודד עם האתגרים שבהסדרתה. מלאכה זו מחייבת, בשלב הראשון, עריכת דיון ערכי עקרוני בשאלה מהם הערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית ואילו תכליות היא נועדה לשרת.

הטענה המרכזית במאמר היא כי הצדקה להעדפת הערכים החוזיים ולהגנה על תוכנית ההורשה המשותפת העומדת ביסוד הצוואה ההדדית – תוך פגיעה בחופש הציווי – מבוססת על הערך של שלום בית. הצדקה זו מבוססת על היכולה (הפוטנציאל) הטמונה בצוואה ההדדית להפגת מתחים וחששות בין בני המשפחה, ליצירת ודאות, אמון ושיתוף פעולה ביניהם, ולמניעת התדיינויות וסכסוכים פנים-משפחתיים.

במאמר נטען כי ההגנה על הצוואה ההדדית, על מטרותיה והערכים הגלומים בה, מחייבת לחזור אל שורשיו החוזיים של ההסדר, כפי שנקבעו לפני כמאתיים וחמישים שנה במשפט האנגלי. כלומר, יש להסדיר את הצוואה ההדדית באופן מובדל מצוואת היחיד, ככלי משפטי צוואתי-חוזי שכולל יסודות של כבילה תוך ויתור מסוים על חופש הציווי. סיווג זה מתחייב אף לנוכח מאפיינים חוזיים בולטים שטבועים בצוואה ההדדית. מסיווג זה נובעות מסקנות נורמטיביות שמשפיעות על עיצובה הראוי של הנורמה.

המאמר כולל הצעה מעשית להסדרת הצוואה ההדדית ככלי משפטי צוואתי-חוזי – הסדר שמבקש לענות על תכליותיה של הצוואה ההדדית ועל הערכים העומדים ביסודה, מחד גיסא, ואשר יש בו אף התמודדות עם הקשיים העולים בהקשרה, מאידך גיסא. ההצעה המעשית מבוססת על רעיונות מהדין הזר, תוך ניסיון להסיק מסקנות ולהציע פתרונות לבעיות שהתעוררו בקשר לצוואה ההדדית בהסדרים הקיימים בדין הזר ובהסדר הקיים בדין הישראלי. ביחס לדין הישראלי נטען במאמר כי ההסדר הנוכחי שבחוק הוא הסדר מעין-חוזי שמבוסס על עקרונות חוזיים של הסתמכות והדדיות ואשר כולל אף יסודות של כבילה. אלא שמדובר בהסדר לקוני וחסר שמייצר אי-ודאות ואשר בררת המחדל הקבועה בו אינה עונה על הצרכים שהצוואה ההדדית נועדה לענות עליהם. במאמר נטען כי על אף חסרונותיו של ההסדר שבדין הישראלי, יסודותיו החוזיים – לרבות האפשרות שהוא מקנה לסטייה מהוראותיה של בררת המחדל הקבועה בו – מאפשרים את יישומם של חלק מן הרעיונות המוצעים במסגרת חיבור זה גם ביחס לצוואה ההדדית כפי שהיא מוסדרת בדין הישראלי הנוכחי.

פתח דבר

פרק א : הצורך בצוואה ההדדית ותכליתה

פרק ב : ההצדקות הערכיות לסיווגה של הצוואה ההדדית ככלי משפטי מעין-חוזי

פרק ג : ההצדקות העיוניות לסיווגה של הצוואה ההדדית ככלי משפטי מעין-חוזי

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

- פרק ד : הקשיים המעשיים המתעוררים בקשר לצוואה ההדדית
1. קשיים הנובעים מאי־בהירות ביחס למשמעותו, לתוכנו ולהיקפו של יסוד הכבילה
 2. קשיים הנובעים מאי־בהירות באשר לתחולתה של הנורמה
- פרק ה : סיווג והסדרתה של הצוואה ההדדית ככלי משפטי ירושת־חוזי – הצעה להסדר נורמטיבי
1. הדרישות הצורניות באשר לתחולתו של ההסדר
 - (א) אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט כתנאי לתוקפה
 - (ב) מסירת הודעה בכתב כתנאי לביטול הצוואה ההדדית
 2. משמעותו המעשית של יסוד הכבילה
 - (א) משמעותו של יסוד הכבילה בשלב הראשון (בחיי שני המצווים) – הגבלת אופן הביטול
 - (ב) משמעותו של יסוד הכבילה בשלב השני (לאחר פטירתו של אחד המצווים) – הגבלת זכות הביטול
 - (ג) משמעותו המעשית של יסוד הכבילה בשלב השני (לאחר פטירתו של אחד המצווים) – הגבלה בקשר לנכסים
- פרק ו : הערות באשר לדין הישראלי
1. יכולתם של המצווים להתנות על ההסדר הקבוע בחוק וליצור לעצמם "הסדר פרטי"
 - (א) האפשרויות המעשיות העומדות לפני המצווים על פי לשון החוק
 - (ב) ההצדקה להכרה בזכות המצווים להצר את חופש הציווי מעבר להוראות החוק לנוכח תכלית החוק
 2. משמעות מעמדה המעין־חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי
 3. הקשיים שמתעוררים בדין הישראלי

פתח דבר

הצוואה היא מכשיר יסודי של המשפט – מטרתה היא לאפשר לפרט לתכנן את העברת עִזבונו לאחר פטירתו באופן שונה מהוראות בררת המחדל הקבועות בחוק הירושה, התשכ"ה-1965. הצוואה נתפסת כמכשיר משפטי המגשים את האוטונומיה של הרצון הפרטי, שהיא נגזרת של כבוד האדם.¹ חוק הירושה מעניק למצווה חופש רחב ליצירת

1 ראו בע"מ 1471/15 פלוני נ' פלונית, פס' 2 להחלטה (פורסם באר"ש, 9.12.2015) (להלן: עניין פלוני – ביטוח חיים); בג"ץ 52/06 חברת אלאקסא לפיתוח נכסי ההקדש המוסלמי בא"י בע"מ נ' Simon Wiesenthal Center Museum Corp., פס' 142–143 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 29.10.2008) (להלן: עניין אלאקסא); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי – פרשנות

תוכנית הורשה אישית (לרבות היכולת לכלול בה תנאים, הגבלות והוראות מחייבות נוספות).² אולם צוואת יחיד מתייחסת לעזבונו של אדם אחד בלבד, ואינה מאפשרת התייחסות למצב שבו שני פרטים מעוניינים להסדיר את הורשת עזבוניהם במשותף. לצורך זה "נולדה" הצוואה ההדדית, אשר מתייחסת לעזבוניהם של שני פרטים, וביסודה עומדת **תוכנית הורשה משותפת**.

הסדר הנורמטיבי השכיח בשיטות משפט שמכירות במוסד הצוואה ההדדית כולל חלוקה לשני שלבים: **בשלב הראשון** – כל עוד שני המצווים חיים (דהיינו, מחתימת הצוואה ההדדית ועד לפטירתו של אחד המצווים) – כל אחד מן המצווים רשאי לבטל את תוכנית ההורשה המשותפת, וזאת אף ללא הסכמתו של המצווה האחר וללא עילת ביטול, אך זכות הביטול מותנית במסירת הודעה למצווה האחר על אודות הביטול. כל עוד התנאי לא קיים, דהיינו בהעדר הודעה, תוכנית ההורשה המשותפת תקיים.³ **בשלב השני** – לאחר פטירה של אחד המצווים – בחלק משיטות המשפט בררת המחל היא שהמצווה שנותר בחיים רשאי לבטל את תוכנית ההורשה המשותפת, אך זכות זו מותנית בהשבת הזכייה שקיבל מכוח הצוואה ההדדית. אף בשלב זה, כל עוד התנאי לא קיים, דהיינו בהעדר השבה, תוכנית ההורשה המשותפת תקיים.⁴ בשיטות משפט אחרות אי-אפשר עוד לשנות את תוכנית ההורשה המשותפת בשלב השני (לאחר פטירה של אחד המצווים), כך שאף אם המצווה שנותר בחיים יבטל את צוואתו ההדדית, תוכנית ההורשה המשותפת הקבועה בצוואה ההדדית תקיים.⁵

הצוואה ההדדית היא בעלת שני פנים – היא גם צוואה וגם חוזה: היא צוואה מעצם היותה תוכנית להעברת רכוש לאחר פטירה; והיא חוזה מעצם היותה תוכנית משותפת לשני פרטים, אשר נערכת בשיתוף פעולה ותוך הסתמכות הדדית. בכך טבועה בצוואה

הצוואה 49–51, 146 (2001) (להלן: ברק פרשנות הצוואה); שלי קרייצר-לוי "אי-הכרה בחווי ירושה – האומנם כלל חסר ערך?" **תוקים** ד 5, 8–9 (2012).

2 ראו ס' 41–45 לחוק הירושה.

3 ראו *Birmingham v. Renfrew* (1937) 57 CLR 666, 682–683 (Austl.); *Re Cleaver* [1981] 2 All ER 1018 (Ch), [1981] 1 WLR 939, 947 (Eng.); Harold Austin Dall, *Joint and Mutual Wills*, 38 MARQ. L. REV. 238, 238–239 (1955); Siôn Hudson & Brian Sloan, *Testamentary Freedom: Mutual Wills Might Let You Down*, in 8 MODERN STUDIES IN PROPERTY LAW 157, 160 (Warren Barr ed., 2015). זהו אף הדין במשפט הישראלי – ראו להלן ה"ש 34 והטקסט שלייה.

4 זהו הדין, למשל, במשפט הישראלי (ראו להלן ה"ש 34 והטקסט שלייה) ובמשפט הגרמני. ראו דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ה-2005, ה"ח 130, 131 (להלן: הצעת החוק).

5 זהו, למשל, המצב המשפטי בדין האנגלי, בדין האוסטרלי, בדין הקנדי, בדין הניו-זילנדי ובדין האמריקני. התמודדותו של הדין הזר עם המתח שבין עקרון חופש הציווי לבין עקרון חופש החוזים היא באמצעות קונסטרוקציה משפטית שיוצרת הפרדה מלאכותית בין דיני הירושה לבין דיני החוזים ודיני היורש. במישור של דיני הירושה, המצווה אינו כבול – הוא חופשי לבטל את צוואתו, והביטול ייחשב תקף. עם זאת, במקרה של ביטול הצוואה ההדדית שלא כדין יהיו נכסיו של המצווה כבולים לחוזה (מכוח דיני החוזים ודיני היורש), וזאת באמצעות נאמנות קונסטרוקטיבית שתחול עליהם. להרחבה ולביקורת ראו להלן ה"ש 158 והטקסט שלייה.

ההדדית סתירה פנימית. ודוק, העקרונות העומדים ביסודם של דיני החוזים – שעיקרם הם שיתוף פעולה, אמון הדדי, הסתמכות, קיום (ציפייה) וכבילה – מנוגדים לעקרונות העומדים ביסודם של דיני הירושה, שעיקרם הם חירות הציווי והדירות הצוואה.⁶ חופש הציווי משמעותו חירותו של הפרט לערוך צוואה, לשנותה או לבטלה בכל עת לפי שיקול דעתו הבלעדי ולפי רצונו המשתנה מזמן לזמן.⁷ חופש החוזים, לעומת זאת, משמעותו חירותם של המתקשרים בחוזה לכבול את עצמם ולשלול מעצמם את החופש לשנות את הרצון המשותף שהתגבש לכלל חוזה.⁸ ניגוד זה – הטבוע בצוואה ההדדית מניה וביה – הביא לידי אפיונה כ"אנומלית".⁹

הצוואה והחווה שניהם נורמות משפטיות שנועדו להגשים את חירות הרצון הפרטי – חופש חוקתי שהוא נגזרת של כבוד האדם.¹⁰ אלא שכל אחת מהנורמות מגינה על היבט אחר של הזכות ועל ערכים שונים הנובעים מהזכות, באופן המייצר ביניהן שוני מהותי. ודוק, מוסד הצוואה מבוסס על העיקרון של כיבוד רצון המנוח,¹¹ ובהתאם תכליתה היא

6 ראו איילת בלכר-פריגת "עד שהמוות יפריד בינינו?" על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 497, 501–505 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006); יוסף מגדלסון סעיף 8(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, הדין המצוי – הרצון? 2–8 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1998); קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 15–19; יעל בלכר (בן-דהן) הדוקטרינה של צוואות הדדיות 50–59 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1997); אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת ירושה – עסקאות בירושה עתידה וצוואות הדדיות 163–186, 197–199 (2006).

7 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 50–52; שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך ראשון 251 (1992); עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 1, פס' 142 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

8 ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 34 (מהדורה שנייה, 2018); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החווה 78 (להלן: ברק פרשנות החווה); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 21–22 (מהדורה רביעית, 2019); בג"ץ 6133/14 גורביץ נ' כנסת ישראל, פס' ס לפסק הדין (פורסם באר"ש, 26.3.2015).

9 T.G. Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, 29 U. TORONTO L.J. 390, 401 (1979); ראו Rosalind Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 29 MELB. Rosalind F. Croucher, (Croucher, *Mutual Wills*: (להלן: U. L. REV. 390, 391, 409 (2005) *Mutual Wills – An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, (speech in STEP Qld Annual Trusts and Estates Conference, Sep. 2, 2016), available at www.alrc.gov.au/news-media/speech/mutual-wills); (Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*: (להלן: *Goodchild v. Goodchild* [1997] 3 All ER 63, [1997] 3 FCR 601, [1997] 1 WLR 1216, 1230 ראו לעיל ה"ש 1 וכן ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 31 ר-138; ברק פרשנות החווה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 78–79; פרידמן וכהן חוזים כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 33–40; שלו וצמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 27–31 ר-56; ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 477–478 (1989).

11 ראו ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772, 781 (1989); ע"א 724/87 כלפה (גולד) נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993).

הגשמת רצונו ואומד דעתו.¹² ההגנה על ערך זה בדיני הירושה באה לידי ביטוי באמצעות עקרון חופש הציווי, המאפשר למצווה לשנות את צוואתו שוב ושוב בהתאם לשינויים החלים ברצונותיו, כך שצוואתו תגשים את רצונו האחרון. חופש הציווי מעניק לרצונו האחרון של המנוח הגנה רחבה, שאינה בת התנאה (קוגנטית), ואף המצווה עצמו אינו רשאי לוותר או להתנות על חירות זו.¹³

בניגוד לתכלית הצוואה, שממוקדת רק ברצונו של הפרט, תכלית החוזה רחבה יותר. ביסוד החוזה עומד מעשה הדדי המעניק לו "דבר מה נוסף" מעבר לערך של הגשמת הרצון הפרטי – הוא יוצר "קשר" ויחסי אנוש של שיתוף פעולה, ובכך מגן לא רק על זכותו של הפרט להגשים את רצונו, אלא גם על חירותו לצפות, להסתמך ולשתף פעולה עם זולתו. ההבטחה החוזית משפיעה לא רק על הערך הציבורי-החברתי שבהגשמת האוטונומיה של הרצון הפרטי, אלא גם על ערכים חברתיים נוספים, כגון שיתוף פעולה, הסתמכות, ציפיות הדדיות, יחסי גומלין ואמון בין-אישי.¹⁴ ההגנה על ערכים אלה במסגרת דיני החוזים באה לידי ביטוי בחירותם של המתקשרים לכבול את עצמם לרצונם המשותף, כך שהחוזה יגשים את מפגש הרצונות של המתקשרים בעת כריתת החוזה.

הפער שעלול להיווצר בין רצונם המשותף של המצווים בעת מפגש הרצונות ועריכת הצוואה ההדדית לבין רצונו האחרון של כל אחד מהם בעת פטירתו הוא התגלמותו המעשית של הניגוד העיוני – הסתירה בין היסודות החוזיים ליסודות הירושתיים – הטבוע בצוואה ההדדית. הצוואה ההדדית הוכרה במשפט האנגלי כבר במאה השמונה-עשרה,¹⁵

12 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 183; ע"א 1900/96 טלמציני נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נגנ(2) 817, 826 (1999); עניין פלוני – ביטוח חיים, לעיל ה"ש 1, פס' 2 ר-4 להחלטה; דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל (2005); ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 334 (1992); ע"א 122/86 שפיר נ' קליבנסקי, פ"ד מד(1) 738, 743 (1990).

13 ראו בע"מ 8974/12 פלונית נ' פלוני, פס' 9 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 26.1.2014); ע"א 155/73 שרון נ' ליבוב, פ"ד כח(2) 673, 676 (1974); ע"א 879/14 נחשון נ' נחשון, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ברון (פורסם באר"ש, 5.5.2016). לביקורת על הגנה רחבה זו ולספקות באשר לצורך בה ראו ד"ר 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 214, 197 (1981); ע"א 3727/99 אוניברסיטת בן גוריון בנגב נ' בן בסט, פס' 3 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 7.7.2002); מגדלסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10–22 ו-28–31; בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 500; רונן קריטנשטיין "מתנה מחמת מיתה – עיון מחודש" הפרקליט מט 403 (2007) (להלן: קריטנשטיין "מתנה מחמת מיתה"); מרדכי א' ראביליו "על מתנות ויום המוות – סעיף 8(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 ושאלת ההבחנה בין מתנות *inter vivos* לבין מתנות *mortis causa*" ספר זיכרון לגד טרסקי – מסות במשפט אזרחי 581, 586–590 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראביליו וגבריאלה שלו עורכים, 1995). לעמדה אחרת, שלפיה ביסודו של חופש הצוואה עומד ערך ההמשכיות, ראו קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26–39.

14 ראו עלי בוקשפן "רעיון האמון הבין-אישי ומודל 'משולש הציפיות' בדיני החוזים – דיני החוזה הפסול, דיני תום-הלב ודיני כריתת החוזה כמקרי-מבחן" ספר אור – קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 397, 407–408 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, 2013).

15 ראו (Eng.) (Ch.) 332 E.R. [1769] 21 *Dufour v. Pereira*. פסק הדין פורסם תחילה על ידי Dickens, אלא שגרסה זו נחשבת חלקית. גרסה כוללת ומהימנה (שאותה נהוג לצטט) פורסמה על ידי Hargrave.

אך לנוכח הניגוד הטבוע בה, המייצר קשיים בסיווגה העיוני ובהסדרתה הנורמטיבית, היא נחשבת עד היום כלי משפטי שנוי במחלוקת.¹⁶ קשיים אלה באים לידי ביטוי (בדין הזר ובדין הישראלי) בהסדרים נורמטיביים חסרים ולא ברורים, שיצרו חוסר ודאות משפטית, התדיינות יתר ופילוג משפחות.¹⁷ תוצאות לא רצויות אלה הובילו לקריאות רבות להימנע מלהכיר בצוואה ההדדית או מלהשתמש בה.¹⁸

אלא שהקשיים בהגדרתה ובהסדרתה של הצוואה ההדדית אינם מבטלים את נחיצותה. במקום לפסול את ההכרה ואת השימוש בצוואה ההדדית, מוטב להתמודד עם אתגר הסדרתה. הסדרה כאמור מחייבת קודם כל דיון ערכי עקרוני בשאלה על אילו ערכים הצוואה ההדדית מיועדת להגן ומה הן התכליות שהיא נועדה לשרת. ערכים ותכליות אלה הם שיגדירו את סיווגה העיוני, והם שיכתיבו את ההסדר הנורמטיבי הראוי.

ההצדקה להגנה על תוכנית ההורשה המשותפת העומדת ביסוד הצוואה ההדדית מבוססת לכאורה על ערכים חוזיים – שיתוף פעולה, אמון, קיום התחייבויות, עקרון תום הלב וכיוצא בהם – אלא שהתפיסה המקובלת היא שהערכים החוזיים אינם מצדיקים פגיעה בחופש הציווי, וזאת לנוכח ההכרה בעליונותו של חופש הציווי כעקרון יסודי בדיני

ראו FRANCIS HARGRAVE, JURIDICAL ARGUMENTS AND COLLECTIONS 304 (1799) (להלן: הלכת *Dufour*). להרחבה ולהסבר על גרסאותיו של פסק הדין ראו Youdan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 394; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, לעיל ה"ש 9; *Flocas v. Carlson* [2015] VSC 221, para. 100.

16 Ying Khai Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, in CURRENT ISSUES IN SUCCESSION LAW 99, 99–103 (Birke Häcker & Charles Mitchell eds., 2016); Mary Alice Thompson, "Mutual Wills and Mirror Wills" 1 (Frontenac Law Association, Kingston and the 1000 Islands Legal Conference, Gananoque, Sept. 2008); Julie Cassidy, *Osborne v Estate of Osborne: An Equitable Agreement or a Contract in Law: Merely a Matter of Cassidy*, *An Equitable Nomenclature?*, 27 MELB. U. L. REV. 217, 217–218 (2003) (להלן: *Agreement or a Contract in Law*).

17 Ying Khai Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, שם, בעמ' 21–22; Thompson, 132 LAW Q. REV. 664, 675–676 (2016); Mark Pawlowski & James Brown, *Problems with Mutual Wills: A Study of Probate Practice*, 76 CONV. & PROP. LAW. 467, 468–469 (2012); Albert H. Oosterhoff, *Mutual Wills*, 27 EST. TR. & PENSIONS J. 135, 155 (2008); CAROLINE SAWYER & MIRIAM SPERO, SUCCESSION, WILLS AND PROBATE 108 (3rd ed. 2015); *Olins v. Walters* [2008] EWCA (Civ) 782, [2009] 2 WLR 1, [2009] Ch. 212, para. 3.

18 Ruth Hughes, *Mutual Wills*, 2011 PRIV. CLIENT BUS. 131, 136; C.H. SHERRIN ET AL., ראו Liew, *Explaining the*; (WILLIAMS ON WILLS) WILLIAMS ON WILLS 20 (9th ed. 2008) Liew, *The Ambit of the Mutual Wills*; לעיל ה"ש 16, בעמ' 126; *Mutual Wills Doctrine* Nicky Richardson, שם, בעמ' 468; Pawlowski & Brown, 676–675, בעמ' 468; *Doctrines Legislation for Mutual Wills in New Zealand*, 24 TR. L. INT'L 99, 109 (2010); Jag C. Gandhi, *Estate Planning for Blended Families*, 32 EST. TR. & PENSION J. 258, 277 (2013).

הירושה.¹⁹ תפיסה זו בדבר עליונותו של חופש הציווי מקובלת אף בשיטות משפט המכירות בחוזי ירושה.²⁰

בהעדר צוואה יעבור העיזבון ליורשי המנוח על פי כללי בררת המחדל שבדין, אשר משקפים את רצונו המשווער של המצווה הסביר.²¹ מדובר בכללים לחלוקת העיזבון בין בני המשפחה שמבוססים על ערכים של שוויון, צדק והגינות.²² לפיכך כללי בררת הדין מבטיחים (במקרה השכיח) שלום בית ומניעת התדיינויות. בניגוד לתפיסה המקובלת, עריכת צוואה – תוך סטייה מהוראות הדין – עלולה דווקא לעורר מחלוקות. ממחקר אמפירי שנערך בישראל עלה כי צוואה מגבירה את הסבירות למחלוקת משפטית ומהווה גורם סיכון ליצירת סכסוך.²³

במאמר זה אטען כי הצוואה ההדדית – להבדיל מצוואת היחיד – יכולה לקדם יחסי אמון, שיתוף פעולה וקשרי משפחה תקינים, וזאת הן לנוכח פעולת השיתוף העומדת ביסודה, הן לנוכח הוודאות שהיא מייצרת. ודוק, פער הזמנים בין פטירת המצווים עלול לייצר חוסר ודאות, חששות ועימותים בהקשר של ההון המשפחתי, בפרט במצבים מורכבים (מבחינה משפטית או רכושית). תוכנית הורשה משותפת בעלת תוקף מחייב מרצון – דהיינו, תוכנית שהמצווה שנתר בחיים התחייב אליה מרצונו מראש – יכולה לייצר סדר, ודאות וביטחון אצל כלל בני המשפחה באשר לאופן שבו יחולק ההון

19 ראו ס' 8 ר' 27 לחוק הירושה; ע"א 4402/98 מלמד נ' סולומון, פ"ד נג' (5) 703, 710 (1999); בע"מ 10807/03 זמיר נ' גמליאל, פ"ד סב' (1) 601, 625–627, 630 (2007); ע"א 148/52 כספריוס נ' כספריוס, פ"ד ח' 1289, 1292 (1954); בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 503–505 ו-514; מיכאל קורינאלי דיני ירושה – צוואות, ירושות ועזבונות 215–216 (מהדורה שנייה מורחבת, 2012); קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17 ו-34–35; SAWYER & SPERO, לעיל ה"ש 17, בעמ' 106 ו-110; Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 395; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 160–163; Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 11; *Estate, Gift and Trust Law – Joint and* Lee. T. Nutini, *Mutual Wills – Proper Jurisdictional Vehicles for Contract-Based Mutual Wills Claims*, 80 *Healey v. Brown*, TENN. L. REV. 883, 888–889 (2013); הלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 309; [2002] EWHC 1405 (Ch), 4 ITEL 894, (2002) 19 EG 147, para. 8; *Hiroto Watanabe v. L. Proctor v. Dale* [1994] Ch; (להלן: עניין *Hiroto*); *Yen Yen & Anor* [2012] 8 MLJ 202, para. 8; 31, [1993] 4 All ER 129, [1993] 3 WLR 652, at p. 3 (ההפניה היא לעמודי פסק הדין כפי שפורסם במאגר LexisNexis); *Lewis v. Cotton* [2001] 2 NZLR 21, para. 42; עניין *Flocas*, לעיל ה"ש 15, פס' 105 לפסק הדין.

20 ראו לעיל ה"ש 5.

21 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380; שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 116; ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה' (1) 88, פס' 43 לפסק דינו של השופט חשין (1999) (בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 1068/00 לישיצקי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 14.5.2000)).

22 לעמדה שלפיה כללי הירושה על פי דין משקפים את ערכי היסוד של השיטה ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380.

23 ראו דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל – ממצאי מחקר אמפירי" הון משפחתי א' (3) 79, 85–86 (2015).

המשפחתי לאחר פטירתו. בכך טמונה בצוואה ההדדית יוכלה (פוטנציאל) להפגת מתחים וחששות, ליצירת אמון ושיתוף פעולה בין בני המשפחה, ולמניעת התדיינות וסכסוכים פנים-משפחתיים. זהו ייחודה של הצוואה ההדדית לעומת צוואת יחיד.

צוואה הדדית יכולה להיעשות – באופן תיאורטי – בין שני פרטים זרים, אך מקובלת יותר בקרב בני משפחה, ובעיקר בין בני זוג.²⁴ בדין הישראלי הצוואה ההדדית היא מכשיר משפטי שמיועד לבני זוג בלבד.²⁵ במסגרת חיבור זה אתייחס לצוואות הדדיות הנערכות בין בני זוג, הגם שהדברים נכונים אף באשר לצוואות הדדיות הנערכות בין בני משפחה אחרים.

במאמר זה אטען כי ההצדקה להגנה על תוכנית הורשה משותפת העומדת ביסודה של צוואה הדדית שנערכת בין בני זוג – תוך פגיעה בעקרונן חופש הציווי – מבוססת על הערך של שלום בית.²⁶ ההגנה על הצוואה ההדדית, על מטרותיה והערכים הגלומים בה, מחייבת לחזור אל שורשיו החוזיים של ההסדר, כפי שנקבעו לפני כמאתיים וחמישים שנה במשפט האנגלי בהלכת *Dufour*.²⁷ כלומר, יש להסדיר את הצוואה ההדדית באופן מובדל מצוואת היחיד ככלי משפטי מעין-חוזי הכולל יסודות של כבילה תוך ויתור מסוים על חופש הציווי. סיווג זה מתחייב אף לנוכח מאפיינים חוזיים בולטים הטבועים בצוואה ההדדית. מסיווג זה נובעות מסקנות נורמטיביות המשפיעות על עיצובה הראוי של הנורמה. ניתוח ההסדר החל על פי הדין הישראלי חורג מחיבור זה, ובכל זאת פטור בלא כלום אי-אפשר. הצוואה ההדדית הוסדרה לראשונה בחוק הישראלי בשנת 2005, במסגרת תיקון

24 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 498.

25 כך עולה מלשונו של ס' 8א, המתייחס לבני זוג בלבד. ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 516 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 2 (28.6.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 516), שממנו עולה כי זו אף הייתה כוונה המחוקק: "...צמצמנו רק לבני זוג, רק בני זוג רשאים לעשות זאת..." ראו גם רונן קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות: בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט – עיון דוקטרינרי על רקע תיקון 12 לחוק הירושה" הפרקליט נד 317, 365 (2016) (להלן: קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות"); קורינאלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 229; ת"ע (משפחה ת"א) 11-13-51223 פלוני נ' אלמוני, פס' 14-16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.3.2015) (להלן: עניין פלוני – עיזבון). לעומת זאת, לעמדה שלפיה גם מי שאינם בני זוג רשאים לערוך צוואות הדדיות אף לאחר הוספת ס' 8א לחוק הירושה, ראו הערת אגב בעמ"ש (מחוזי מר') 66014-03-15 י.ס. נ' ש.א., פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 14.4.2016). בת"ע (משפחה ת"א) 101750/06 עיזבון וקסמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.9.2006) הושארה השאלה ב"צריך עיון".

26 לעמדה שלפיה ביסוד הצוואה ההדדית עומדים ערכים משפחתיים של מחויבות, דאגה, אמון, אלטרואיזם ושיתוף, וכי ערכים אלה צריכים להוות גורם משמעותי בעיצוב המודל הנורמטיבי, ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 498, 507-509, 511, 517 ו-521.

27 הלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 307-308, שם נקבע כי "A mutual will is a mutual agreement" וכן "This is a contract". קיימת הסכמה רחבה שפסק הדין בעניין *Dufour* הוא פסק הדין התקדימי בעניין צוואות הדדיות, והוא מצוטט רבות בפסיקה ובספרות עדכניות. ראו, למשל, Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1-2; עניין *Dale*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 4; עניין *Flocas*, לעיל ה"ש 15, פס' 99 לפסק הדין; Maurizio Lupoi, *Trust and Confidence*, 125 LAW Q. REV. 253, 275 (2009).

מס' 12 לחוק הירושה.²⁸ מטרתו של תיקון מס' 12 הייתה להסדיר את מוסד הצוואה ההדדית בנורמה ולייצר ודאות ביחס לכלי משפטי זה בדין הישראלי.²⁹ אלא שמטרה ראויה זו מחייבת מלאכה יסודית יותר מזו שעשה המחוקק. ודוק, על מנת להתמודד עם אתגר הסדרתה של הצוואה ההדדית, יש צורך כאמור, בשלב הראשון, לקיים דיון ערכי עקרוני באשר למהות ההסדר – הערכים, התכליות והצרכים שיעמדו ביסוד הנורמה. רק לאחר מכן, בשלב השני, יש לאתר ולמפות את הקשיים המעשיים שמחייבים מענה, ומהות ההסדר היא שצריכה להכתיב ולהכווין את הפתרונות המעשיים בהסדר הנורמטיבי.

מדברי ההסבר להצעת החוק לדיון מוקדם עולה כי המחוקק היה מודע לצורך ביצירת איזון בין הערכים החוזיים לערכים הירושתיים העומדים ביסוד הנורמה.³⁰ אלא שמהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי בתהליך הסדרתה של הנורמה "דילג" המחוקק על השלב הראשון של הגדרת אופייה של הצוואה ההדדית. למעט הכרה בסתירה הפנימית העומדת ביסוד הצוואה ההדדית, לא נערך כל דיון ערכי עקרוני ביחס למהותה, והדיון שנערך התרכז בעיקרו בוויסותה ובעיצוב הוראותיה.³¹ חסרונן של דיון עקרוני ביחס למהות הנורמה בא לידי ביטוי בהסדר הנורמטיבי שחוקק בסופו של יום. ודוק, מדובר אומנם בהסדר חוזי שמבוסס על יסודות של **הדדיות והסתמכות**, ואשר כולל אף יסוד של **כבילה** (כולם עקרונות חוזיים מובהקים),³² אולם ההסדר כולל עקרונות

- 28 ס' 8 לחוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ה-2005, ס"ח 714 (להלן: תיקון מס' 12).
- 29 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון – צוואה הדדית), התשס"ג-2003, פ/1164 (הנוחה על שולחן הכנסת ביום י"ד בתמוז התשס"ג – 14.7.2003) (להלן: fs.knesset.gov.il/16/law/16_lst_567500.doc (להלן: הצעת החוק לדיון מוקדם); דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131; פרוטוקול ישיבה מס' 405 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 17 (8.2.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 405); פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2 ו-27; פרוטוקול ישיבה מס' 522 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 6, 13 (3.7.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 522).
- 30 ראו דברי ההסבר להצעת החוק לדיון מוקדם, שם. כן ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131: "...העקרון שבבסיס הצוואה ההדדית הוא ההסתמכות ההדדית בין המצויים... עקרון זה עומד בניגוד לעקרון הבסיסי המוגן בחוק הירושה – הוא החופש לצוות... **בניסיון לאזן בין שני העקרונות מוצע**..." (ההדגשה הוספה).
- 31 ראו דברי ההסבר להצעת החוק לדיון מוקדם, לעיל ה"ש 29; פרוטוקול ישיבה מס' 60 של הכנסת ה-16, 52-53 (22.10.2003); דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4; פרוטוקול ישיבה מס' 405, לעיל ה"ש 29; פרוטוקול ישיבה מס' 434 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (7.3.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 434); פרוטוקול ישיבה מס' 437 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (8.3.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 437); פרוטוקול ישיבה מס' 237 של הכנסת ה-16, 26-29 (22.3.2005) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 237); פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25; פרוטוקול ישיבה מס' 522, לעיל ה"ש 29; פרוטוקול ישיבה מס' 272 של הכנסת ה-16, 113-115 (19.7.2005).
- 32 לתומכים (במפורש או במשתמע) בעמדה שלפיה ס' 8א מבוסס על מאפיינים חוזיים ראו ת"ע (משפחה י-ם) 41295-09-16 א.א.נ' י.א., עמ' 5-9 (פורסם בנבו, 15.8.2018); ת"ע (משפחה ב"ש) 19940-12-12 פלונית נ' אלמוני, פס' 27-28 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.4.2016) (להלן: עניין **הסתלקות האם**); תמ"ש (משפחה קר) 6089-11-13 א' ע' נ' ע', פס' 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.9.2015); ת"ע

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

חוזיים ועקרונות ירושתיים המשולבים אלה באלה באופן שאינו מותאם כדבעי, שמייצר אי־ודאות ואשר אף אינו מתיישב עם הוראות אחרות בחוק הירושה. במבחן התוצאה מדובר בהסדר לקוני, חסר ולא קוהרנטי, שמייצר בלבול וחוסר ודאות (על כך ראו להלן בתת-פרק 31).³³

ההסדר החוזי שבחוק הירושה מחולק לשני חלקים: **בשלב הראשון** – מחתימת הצוואה ההדדית ועד לפטירתו של אחד המצווים – **ההתחייבות החוזית היא שהצוואה ההדדית לא תבוטל ללא הודעה בכתב** (סעיף 8א(ב)(1) לחוק); **בשלב השני** – מפטירתו של אחד המצווים ועד לפטירת המצווה האחר – **ההתחייבות החוזית היא שהצוואה ההדדית לא תבוטל ללא השבה** – השבה רעיונית (הסתלקות) או השבה בפועל (סעיף 8א(ב)(2) לחוק). ההודעה וההשבה הן ביטוי ליסודות ההדדיות וההסתמכות שההסדר מבוסס עליהם, ובהתאם להם ההתחייבות כוללת **כבילה מוחלטת**. במקרה של ביטול ללא הודעה (בחי המצווים) או ללא השבה (לאחר פטירתו של אחד המצווים) **קיים סעד של אכיפה**, דהיינו, **לא יהיה תוקף לביטול** והצוואה ההדדית תקימה.³⁴

באשר להדירותה של הצוואה ההדדית, ההסדר כולל **כבילה מוחלטת**, שכן למצווים מוקנית הזכות לבטל את הצוואה ההדדית (הן בחיי שניהם הן לאחר פטירתו של אחד מהם), אך הביטול **מותנה** בפעולה הדדית – הודעה או השבה. דהיינו, הביטול מותנה בפעולה שמחייבת מעורבות של פרט נוסף מלבד המצווה המבטל.³⁵ התנהגות זו של הביטול

(משפחה ת"א) 26289-03-18 מנהל עיזבון המנוח נ' ר.ש, פס' 60 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.4.2019); תמ"ש (משפחה ת"א) 65125-06-18 פלוני נ' פלונית, פס' 59–60, 138 לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.4.2020); קורניאלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 229–230; שאול שוחט פגמים בצוואות 355 (מהדורה שלישית מורחבת, 2016). לעמדה אחרת ראו קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 350–354. אף מפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי כוונת המחוקק הייתה לייצר הסדר חוזי או מעין-חוזי. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 405, לעיל ה"ש 29, בעמ' 2, 8 ו-10; פרוטוקול ישיבה מס' 434, לעיל ה"ש 31, בעמ' 3–4 ו-10; פרוטוקול ישיבה מס' 437, לעיל ה"ש 31, בעמ' 5 ו-9; פרוטוקול ישיבה מס' 237, לעיל ה"ש 31, בעמ' 28; פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25, בעמ' 3, 29 ו-47; פרוטוקול ישיבה מס' 522, לעיל ה"ש 29, בעמ' 3–4, 10–11 ו-21.

33 ראו יוסף מנדלסון ועיריית רייך-זיו "היום שאחרי", המחשבה שלפני "עורך הדין 17, 120, 123 (2012).

34 ראו בע"מ 10090/17 פלונית נ' פלוני, פס' 3 להחלטה (פורסם באר"ש, 25.1.2018); עמ"ש (מחוזי ת"א) 51823-03-11 פלונית נ' פלוני, פס' 35 לפסק הדין (פורסם בנבו, 9.4.2013); עמ"ש (מחוזי ת"א) 36694-10-16 ב' א' נ' י' ל', עמ' 6–7 (פורסם בנבו, 26.11.2017); ת"ע (משפחה ת"א) 62398-12-13 פלונית נ' אלמונית, פס' 19 לפסק הדין (פורסם בנבו, 7.7.2014); עניין א.א. נ' י.א., לעיל ה"ש 32, בעמ' 6–7; ת"ע (משפחה פ"ת) 13523-06-17 פלונית נ' פלונית, פס' 30–36 לפסק הדין (פורסם בנבו, 15.12.2019) (להלן: עניין האחיות). ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25, בעמ' 37: "אם הוא לא מודיע, הוא לא ביטל... החלטנו שמה שמבטל צוואה הדדית זה לא הביטול של הצוואה, אלא ההודעה. אין הודעה – יש צוואה הדדית. נקודה." ראו גם שם, בעמ' 35–36.

35 על יסוד הכבילה המוחלטת ראו בהרחבה יוסף מנדלסון ועיריית רייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות – כלים שלובים בשירות הפרקטיקה" הון משפחתי א(3) 37, 45 (2015) (להלן: מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות"); עיריית רייך-זיו צוואות הדדיות – התזה החוזית 16–18 (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2017). להכרה של

אינה שוללת לחלוטין את חופש הציווי, אך יש בה משום הצרה של הזכות ופגיעה בה (על כך ראו להלן בחלק ה2(a)).³⁶

יכולתם של המצווים לבטל את הצוואה ההדדית – על פי בררת המחולל שבחוק הירושה – אינה גורעת מאופיו החוזי של ההסדר. ודוק, זכות האכיפה אומנם נתפסת בדיני החוזים כבעלת מעמד בכורה וכמגלמת את יסוד הכבילה ואת עקרון הקיום.³⁷ עם זאת, במצבים מסוימים קיימים חריגים לזכות האכיפה.³⁸ דיני החוזים אף מכירים בחוזים מיוחדים אשר הצדדים להם רשאים לחזור בהם מהתקשרותם בהם בתנאים מסוימים.³⁹ הדבר נכון אף באשר לחוזים לתקופה בלתי קצובה או באשר לחוזים המבוססים על קשר אישי, יחסי אמן או נאמנות, אשר המתקשרים בהם רשאים לבטלם בתנאים מסוימים (לרוב בהודעה בזמן סביר מראש) באופן חד-צדדי וללא צורך בעילת ביטול,⁴⁰ וכן באשר

- הפסיקה הישראלית ביסוד הכבילה המוחלטת ראו עניין **הסתלקות האם**, לעיל ה"ש 32, פס' 28 לפסק הדין; עניין **ר.ש.**, לעיל ה"ש 32, פס' 58 ו-63 לפסק הדין.
- 36 מדברי ההסבר להצעת החוק לדיון מוקדם, לעיל ה"ש 29, וכן מדברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, עולה כי אף המחוקק הכיר בכך שהגבלת היכולת לבטל את הצוואה ההדדית באופן חד-צדדי מהווה פגיעה בחופש הציווי.
- 37 ראו ס' 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים (תרופות)); דנ"א 2532/13 **בנימיני נ' אזימוב**, פס' 13 להחלטה (פורסם באר"ש, 21.5.2013); ע"א 9090/10 **שרעבי נ' "עוראל" מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית**, פס' 15 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 9.7.2014); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ד 104–105, 110 (2011); נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" **עיוני משפט** לג 241 (2010).
- 38 על החריגים לזכות האכיפה ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך ד, שם, בעמ' 164–174; גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיצייה של המשפט האזרחי** 194–240 (2009). על מעמדה של הזכות החוזית כאשר תרופת האכיפה נשללת ראו נילי כהן "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 57, 78–84 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).
- 39 ראו ס' 5(ב) ו-5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968; ס' 13–14 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ס' 13(א) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996. ראו גם מרדכי אלפרדו ראבילו **פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טרסקי – חוק המתנה, תשכ"ח-1968** 357–388 (מהדורה שנייה, 1996); פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 570–582; שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס?" **עיוני משפט** לב 127 (2010).
- 40 ראו, למשל, ס' 14 לחוק השליחות, התשכ"ה-1965; ס' 5 לחוק חוזה סוכנות (סוכן מסחרי וספק), התשע"ב-2012; ס' 19(א) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971; ס' 18 לחוק הדיור המוגן, התשע"ב-2012. כן ראו ע"א 6763/13 **חוות בי. אפ. סי. בע"מ נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ**, פס' 16 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 10.8.2014); ע"מ 3081/10 **תשתיות נפט ואנרגיה בע"מ נ' מועצה אזורית חוף אשקלון**, פס' כט לפסק הדין (פורסם באר"ש, 21.8.2011); ע"א 442/85 **משה זוהר ושות' נ' מעבדות טרבנול (ישראל) בע"מ**, פ"ד מד(3) 661, 671 (1990); רע"א 1516/05 **למיט אחזקות בע"מ נ' מנשה ת. אלישר בע"מ**, פס' 5 להחלטה (פורסם באר"ש, 22.2.2005); ע"א 355/89 **עזובן חניאווי נ' מבשלת שיכר לאומית בע"מ**, פ"ד מו(2) 70, 76 (1992); ע"א 47/88 **הרשטיק נ' יכין חק"ל בע"מ**, פ"ד מז(2) 429, 432–434 (1993); ע"א 2491/90 **התאחדות סוכני נסיעות ותירות בישראל נ'**

לחוזים שבהם סעד האכיפה אינו רלוונטי בהתקיים הפרה.⁴¹ זכות הביטול והעדרו של סעד האכיפה במקרה של ביטול כדין אינם פוגעים באופיו החוזי של ההסדר הקבוע בסעיף 8א, אלא מהווים חלק מ"תנאי החוזה".⁴² מכל מקום, הכבילה המוחלשת החלה ביחס להדירות הצוואה אינה פוגעת בכבילה המוחלטת החלה ביחס לאופן הביטול, דהיינו, ביחס להתחייבות שהצוואה ההדדית לא תבוטל ללא הודעה בכתב או ללא השבה. הפרתה של התחייבות זו מקימה כאמור סעד של אכיפה.

הסדר שאין בו כבילה מלאה לאחר פטירתו של אחד המצווים אינו עונה על הצרכים והמטרות העומדים ביסוד הצוואה ההדדית (על כך ראו להלן בפרקים ב ו-ג). אולם על אף החיסרון הטמון בבררת המחדל שבחוק, היסודות החוזיים שבהסדר – לרבות האפשרות המוקנית בסעיף 8א לחוק הירושה לסטות מהוראות בררת המחדל וליצור כבילה מוחלטת לאחר פטירתו של אחד המצווים (על כך ראו להלן בתת-פרק 11) – הופכים את הדיון שבחיבור זה לרלוונטי אף לצוואה ההדדית כפי שהיא מוסדרת בדין הישראלי הנוכחי. ליישום הרעיונות המוצעים בחיבור זה ביחס לדין הישראלי הקיים אתייחס בשולי המאמר. מבנה המאמר הוא כדלקמן: בפרק א אציג את הצורך בצוואה ההדדית ואת המטרות שהיא נועדה לשרת. בפרק ב אתייחס לערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית, ואטען כי הגשמת תכליתה מחייבת יצירת הסדר מעין-חוזי שכולל מאפיינים חוזיים של כבילה. בפרק ג אתייחס למאפייניה החוזיים של הצוואה ההדדית, ואטען כי בצוואה ההדדית טבועים מאפיינים חוזיים בולטים אשר אי-אפשר להתעלם מהם ואשר מצדיקים אף הם את הסדרתה באופן מובחן ומובדל מצוואת יחיד. בפרק ד אתייחס לביקורות ולקשיים העיקריים המתעוררים בקשר לצוואה ההדדית ומחייבים מענה. בפרק ה אציג הצעה להסדרת הצוואה ההדדית ככלי משפטי מעין-חוזי אשר מאזן בין חופש הציווי לבין הערכים העומדים ביסוד הנורמה באופן שמגשים את תכליתה של הצוואה ההדדית, תוך מתן מענה הולם לקשיים הייחודיים לה ותוך פגיעה מצומצמת בחירות ההורשה. בפרק ו אעבור מן הרצוי אל המצוי ואתייחס לאפשרויות ליישום הרעיונות המוצעים בחיבור זה ביחס לדין הישראלי הקיים על פי סעיף 8א לחוק הירושה. כמו כן אתייחס בפרק זה בתמצית לקשיים המתעוררים בדין הישראלי.

פאנל חברות התעופה הפועלות בישראל, פס' 14 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.5.1994); ע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 863-862, 849 (2000).

41 ראו, למשל, ס' 5 לחוק השומרים, התשכ"ז-1967.

42 יש הטוענים כי הצוואה ההדדית היא חוזה בלתי שגרתי, משום שהיא ניתנת לביטול בהודעה מבלי שהדבר ייחשב הפרה. ראו Peter Luxton, *Walters v Olin: Uncertainty of Subject Matter – An Insoluble Problem in Mutual Wills?*, 73 CONV. & PROP. LAW. 498, 502 (2009). טענה זו אינה מדויקת. יש כאמור חוזים נוספים הניתנים לביטול בהודעה מבלי שהדבר יהווה הפרה. ראו לעיל ה"ש 39 והטקסט שלידה.

פרק א: הצורך בצוואה ההדדית ותכליתה

תכליתה של הצוואה ההדדית בהקשר המשפחתי היא לאפשר לשני פרטים לערוך תוכנית הורשה משותפת ליצירת סדר משפחתי כלכלי. תוכנית ההורשה המשותפת, במתכונתה השכיחה, כוללת הגנה כפולה – הגנה על המצווה שנתר בחיים, כך שיוכל להמשיך להתנהל בחייו כפי שנהגו המצווים בחייהם או כפי שיוסכם ביניהם, בד בבד עם הגנה על יורשים מוסכמים אשר יזכו בעזבונוניהם לאחר פטירתם של שני המצווים (להלן: היורשים הסופיים).⁴³ עם זאת, בני הזוג יכולים לערוך צוואה הדדית הכוללת רק אחת מן ההגנות הללו, דהיינו, תוכנית משותפת להגנה על יורשים מסוימים (אותם יורשים לשני המצווים או יורשים שונים לכל אחד מהם) ללא הורשה הדדית; או תוכנית משותפת להגנה על המצווה שנתר בחיים, באמצעות הורשה הדדית, ללא הגנה על יורשים נוספים.⁴⁴ הצורך בעריכת צוואה הדדית מתעורר בנסיבות שונות. במחקר אמפירי שנערך באנגליה נבחנו המניעים העומדים בבסיס רצונם של בני זוג לערוך צוואה הדדית. המכנה המשותף למניעים המרכזיים שעלו במחקר הוא **הרצון להבטיח כי המצווה שנתר בחיים לא יפגע בתוכנית ההורשה המשותפת העומדת ביסוד הצוואה ההדדית**.⁴⁵ החשש

43 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 844/94 שרון נ' ורש, פס' 5(ח)3 להחלטה (פורסם בנבו, 12.6.1996); עניין עיזבון וקסמן, לעיל ה"ש 25, פס' 7 לפסק הדין; רונן קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבה דאגה – ההסדרה הנדרשת להורשה בכלל ולהורשה הבין דורית בפרט" 2 (לא פורסם, עותק מצוי אצל המחברת) (להלן: קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבה דאגה"); הלכת Birmingham, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689; Oosterhoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 141; Croucher, Mutual Wills, לעיל ה"ש 9, בעמ' 409; Youdan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 411; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 158; ROBERT PEARCE & WARREN BARR, TRUSTS AND EQUITABLE OBLIGATIONS 489 (6th ed. 2015); Julie Cassidy, Life (or More So Death) After Barns v Barns, 25 U. T.A.S. L. REV. 61, 63 (2006) (להלן: Cassidy, After Barns). על הצוואה ההדדית כמכשיר לתכנון רכושי משפחתי ראו בלכר (בן-דהן), לעיל ה"ש 6, בעמ' 8–12; מגדלסון ורייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 47–50.

44 תוכנית הורשה משותפת הכוללת הורשה הדדית בלבד מעוררת קשיים "קלים" יחסית (בוודאי לעומת אלה המתעוררים בקשר לתוכנית הורשה משותפת הכוללת הורשה הדדית ולאחר מכן הורשה ליורשים מוסכמים או לעומת אלה המתעוררים בקשר לתוכנית הורשה משותפת הכוללת הורשה ישירה ליורשים מוסכמים), ולפיכך לא אתייחס אליהם במסגרת מאמר זה. לפירוט והרחבה על אודות קשיים אלה ופתרונותיהם ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 38–39.

45 המניעים העיקריים שעלו במחקר היו הרצון להבטיח את העברת הרכוש ליורש סופי מוסכם, תוך הגנה על המצווה שנתר בחיים; הרצון להבטיח מבחינה כלכלית ילדים מזוגיות קודמת; וכן החשש שבן הזוג שנתר בחיים יוריש את הרכוש למשפחה חדשה שיקים לאחר פטירתו של בן זוגו הנוכחי. ראו Pawlowski & Brown, לעיל ה"ש 17, בעמ' 468–469. לעניין המניעים לעריכת צוואה הדדית ראו גם קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבה דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 12; Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1–2; Gandhi, לעיל ה"ש 18, בעמ' 275; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 158; Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 20–21; Croucher, Mutual Wills, לעיל

שתוכנית ההורשה המשותפת לא תקיים אינו נובע בהכרח מהעדר אמון בין המצווים; הוא עשוי לנבוע, למשל, מחשש שגורמים חיצוניים ישפיעו על המצווה שנותר בחיים לשנות את הצוואה ההדדית או לפעול ברכוש באופן שיפגע בתוכנית ההורשה המשותפת. אומנם, כאשר ההשפעה היא בניגוד לדין (הטעיה, עושק, כפייה, תרמית וכיוצא בהם), דיני הירושה ודיני החוזים (ואף דיני הנזיקין) מגינים על המצווה מפני פגמים ברצון שנפלו בעריכת הצוואה או בפעולות ברכוש.⁴⁶ אלא שביטול צוואה או ביטול פעולה ברכוש דורשים הוכחת קיומו של פגם ברצון, ובכך כרוכים קשיים ראייתיים, במיוחד לאחר פטירתו של מי שנטען כי נפל פגם ברצונו. צוואה הדדית, לעומת זאת, מייתרת דיון בשאלת קיומם של פגמים ברצון (על הקשיים הראייתיים הנובעים מכך), שכן יש בכוחה – מכוח מאפייניה החוזיים – למנוע מהמצווה שנותר בחיים עריכת צוואה חדשה או ביצוע פעולה ברכוש (לרבות ברכושו שלו) שפוגעת בתוכנית ההורשה המשותפת, וזאת ללא צורך בהוכחת הנסיבות.⁴⁷ יתרה מזו, לא כל השפעה על בן הזוג שנותר בחיים פוגעת בתוקפה של צוואה או בתוקפה של פעולה ברכוש שנעשתה בעטייה. הצוואה ההדדית יכולה לשמש מעין "תעודת ביטוח" מפני כל השפעה על המצווה שנותר בחיים – לרבות השפעה הוגנת – לביטולה של תוכנית ההורשה המשותפת, לשינויה או לפגיעה מכוונת בה.⁴⁸

פעמים רבות הצוואה ההדדית מהווה חלק ממארג שלם של הסדרה ותכנון של העברת ההון המשפחתי לדור הבא. מארג כזה יכול לכלול מכשירים משפטיים נוספים, דוגמת הסכמי ממון, הסכמי מתנה, הסכמי ניהול, תקנונים של חברות וכיוצא בהם. במקרים אלה הצוואה ההדדית מהווה רכיב מרכזי המבטיח את המשך הסדרת ההון המשפחתי לאחר פטירת המצווים.

ה"ש 9, בעמ' 392–393; Cassidy, *After Bards*; לעיל ה"ש 43, בעמ' 80; JULIE CASSIDY, MUTUAL WILLS 1 (2000); Julie Cassidy, *Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills*, 10 DEAKIN L. REV. 121, 123 (2005); Rosalind Croucher, *Contracts to Leave Property by Will and Family Provision After Bards v Bards* (2003) 196 ALR 65 – *Orthodoxy or Aberration?*, 27 SYD. L. REV. 263, 263 (2005).

46 ראו ס' 30 לחוק הירושה; ס' 14–15 ו-16 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים); ס' 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

47 כך, למשל, בפסק דין Allen v. Ross, 199 Wis. 162, 64 A.L.R. 180, 225 N.W. 831 (1929) ערכו אם ובת צוואות הדדיות שבמסגרתן הורישו את רכושן זו לזו, ולאחר פטירת האחרונה מביניהן – לירוש מוסכם. הבת נפטרה ראשונה, ועזבונה עבר לאם על פי הצוואה ההדדית. האם, שהייתה חולה ומבוגרת, חתמה על הסכם עם רופאיה שלפיו היא העבירה להם את כל רכושה, ובתמורה הם התחייבו לטפל בה ולדאוג לצרכיה. האם נפטרה סמוך לאחר העברת רכושה לרופאים. בפסק הדין – שעסק בתוקף ההסכם – התייחס בית המשפט לניצול תלותה של האם ברופאיה, אך הנימוק לביטול ההסכם היה היותו מנוגד לצוואה ההדדית (בהיותו עסקה ללא תמורה הולמת). אומנם היה אפשר לטעון לביטול ההסכם גם במישור של דיני החוזים (עושק, תחבולה, חוסר תום לב וכיוצא בהם), אלא שהוכחה עובדתית של טענות כאמור היא קשה. היה קל יותר "לתקוף" את ההסכם ואת העדר התמורה ההולמת בהתבסס על הצוואה ההדדית (המונעת ביצוע פעולות ללא תמורה הולמת לאחר פטירתו של אחד המצווים).

48 ראו Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 392.

יש הטוענים כי הצורך בצוואה ההדדית צפוי אף להתגבר בעתיד – הן בשל התרחבות התופעה של משפחות מעורבות, הן בשל העלייה בתוחלת החיים, הן בשל המגמה המתחזקת של תכנון העברת ההון המשפחתי.⁴⁹ הצורך בצוואה ההדדית כחלק מתכנון העברת ההון המשפחתי נכון בפרט (ואף ביתר שאת) כאשר לדין הישראלי, וזאת לנוכח הוראות חוק הירושה שמונעות מן המצווה את האפשרות להתחייב בקשר לעזבונו (סעיפים 8(א) ו-27 לחוק הירושה). ודוק, **הצוואה ההדדית היא הכלי היחיד במשפט הישראלי שיכול להבטיח קיום של תוכנית הורשה משותפת בעת פטירה**. צוואות "רגילות" של בני זוג אומנם מאפשרות יצירת תוכנית להעברת ההון המשפחתי בעת פטירה, אך הואיל וצוואת יחיד היא מסמך הדיר (תכונה הנגזרת מעקרון חופש הציווי),⁵⁰ צוואות "רגילות" של בני הזוג אינן מבטיחות את קיום תוכנית ההורשה המשותפת. פתרונות אחרים, כגון שימוש במוסד הנאמנות או העברת רכוש בחיים (תוך יצירת הגבלות ותנאים), יכולים להבטיח קיום תוכנית להעברת הון משפחתי, אך אינם מהווים פתרונות להבטחת תוכנית הורשה. דהיינו, אין מדובר בפתרונות להעברת רכוש לפי תוכנית מוסכמת בעת פטירה, אלא בפתרונות להעברת רכוש לפי תוכנית מוסכמת בחיי בני הזוג. פתרונות אלה מאלצים את בני הזוג להעביר את רכושם עוד בחייהם, ולפיכך עלולים להעמיד את בני הזוג במצב פגיע ותלתי. לפתרונות אלה יש חסרונות נוספים: מחד גיסא, הם כובלים את בני הזוג באופן מידי, ואף עלולים למנוע מהם כל אפשרות לשנות את התוכנית המשותפת להעברת ההון המשפחתי (אף בהסכמה בחיי שניהם); מאידך גיסא, הם אינם מבטיחים בוודאות את קיום התוכנית המשותפת להעברת ההון המשפחתי, משום שבנסיבות מסוימות הם עשויים להיחשב כדיעבד פעולות מלאכותיות שאינן בנות תוקף (לנוכח סעיף 8(ב) לחוק הירושה).⁵¹ להקמת נאמנות יש חסרונות נוספים, שכן היא כרוכה בעלויות גבוהות ובניהול מסורבל של הנכסים.⁵² לעומת פתרונות אלה, הצוואה ההדדית היא כלי פשוט וזול.⁵³

לצוואה ההדדית הנערכת בין בני זוג יש ערך מוסף משמעותי – מעבר להיותה כלי להגשמת רצונם של בני הזוג – והוא היכולת הטמונה בה לייצר ודאות, סדר פנים-משפחתי, אמון ושיתוף פעולה, ולמנוע סכסוכים פנים-משפחתיים. בכך הצוואה ההדדית

49 ראו WILLS, PROBATE AND ESTATES 47 (4th ed. 2014) (להלן: WILLS); Thompson; (PROBATE AND ESTATES), לעיל ה"ש 16, בעמ' 21; קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבה דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 10-12.

50 ראו ההפניות לעיל בה"ש 6 ו-7.

51 ראו ע"א 763/88 פילובסקי נ' בלס, פ"ד מה(4) 521, 526 (1991); קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 22, 25 ו-39; קריטנשטיין "מתנה מחמת מיתה", לעיל ה"ש 13.

52 לסקירת היתרונות והחסרונות בהקמת נאמנויות ראו DOUG H. MOY, LIVING TRUSTS 90-132 (3rd ed. 2003); Richard Gould, *The Living Trust: Fact v. Fiction*, 15 QUINNIPIAC PROB. L.J. 133 (2000); Dennis M. Patrick, *Living Trusts: Snake Oil or Better than Sliced Bread?*, 27 WM. MITCHELL L. REV. 1083 (2000).

53 להרחבה נוספת באשר לצורך בצוואה ההדדית בכלל ובמשפט הישראלי בפרט ראו מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 35; רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 4-9.

שונה מצוואת יחיד. ודוק, צוואת יחיד היא תוצר של מעשה אישי, ולפיכך להוראותיה יש אופי "כופה" – הן מוכתבות על ידי המצווה לפי שיקול דעתו הבלעדי. בנסיבות אלה הוראותיה של צוואת יחיד עשויות (בנסיבות שונות) להתפרש אצל בן הזוג שנתר בחיים כפוגעניות, ולעורר אצלו רגשות שליליים ותחושות של עוינות. מצב רגשי זה עלול להניע את בן הזוג שנתר בחיים לפעול (במישרין או בעקיפין) לסיכול הוראות הצוואה, באופן שיעורר סכסוכים פנים-משפחתיים. צוואה הדדית, לעומת זאת, היא תוצר של שיתוף פעולה, ולפיכך הוראותיה הוסכמו מראש בין בני הזוג. תהליך עריכת הצוואה ההדדית מאפשר לבני הזוג (ולמעשה מחייב אותם) לקיים מחשבה משותפת ושיח הדדי על מנת להגיע להסכמות ביחס לתוכנה (כגון אופן חלוקת עזבונותיהם – בנפרד או במשותף; תנאים או הגבלות, לרבות ביחס לבני הזוג עצמם, וכיוצא באלה). התוצאה המעשית היא שבן הזוג שנתר בחיים קיבל על עצמו מראש – מרצון ובהסכמה – את התנאים וההגבלות הכלולים בצוואה ההדדית של בן הזוג שנפטר ראשון. בנסיבות אלה סביר להניח שבן הזוג שנתר בחיים ישתף פעולה עם הוראות הצוואה ההדדית – פרי יצירתו המשותפת והסכמתו – ויכבד אותן.

התהליך המשותף אף עשוי לייצר אצל המצווה שנתר בחיים מחויבות רגשית-מוסרית לתוכנית המשותפת, מעבר לחובה המשפטית.⁵⁴ ודוק, במצב השכיח תוכנית ההורשה המשותפת כוללת הורשה הדדית של בני הזוג זה לזה, והורשה לירשים מוסכמים לאחר פטירת שניהם. צוואות הדדיות מסוג זה משיתות במקרים רבים תנאים והגבלות על המצווה שנתר בחיים, במטרה להבטיח כי בסופו של יום – לאחר פטירתו – יעבור הרכוש לירשים הסופיים. דהיינו, המצב השכיח הוא שהמצווה שנתר בחיים שולט ברכוש שלירשים הסופיים יש אינטרס בו. בנסיבות אלה הסכמתו מראש של בן הזוג שנתר בחיים להוראות הצוואה ההדדית ולתנאים הקבועים בה עשויה להפיג (או לכל הפחות להפחית) חששות של הירשים הסופיים שהמצווה שנתר בחיים יפעל לסיכולה של תוכנית ההורשה המשותפת ולפגיעה בירושתם העתידית. נסיבות אלה יכולות לקדם אמון, שיתוף פעולה ויחסים תקינים בין בני המשפחה.

ודוק, אף בנסיבות שבהן בני הזוג אינם מרגישים צורך לעגן את ההסכמות ביניהם באמצעות חיוב משפטי – הואיל והם סומכים זה על זה שאיש מהם לא יפעל לסיכול ההסכמות המשותפות לאחר פטירת האחר – יש עדיין לצוואה ההדדית ערך משמעותי מבחינת כלל היחסים והקשרים הפנים-משפחתיים, הואיל ויש בה היכולת לייצר ביטחון וודאות אצל יתר בני המשפחה ביחס למחויבותו של המצווה שנתר בחיים לתוכנית ההורשה המשותפת. הדברים נכונים בפרט במצבים מורכבים, כגון משפחות מעורבות (בזוגיות שנייה או שלישית), הון משפחתי מורכב (מבחינת סוג הרכוש או מבחינת הבעלות בו, או כאשר ההון המשפחתי כולל רכוש משותף ורכוש נפרד), עימותים או אי-הסכמות פנים-משפחתיים (עוד בחיי המצווים) וכיוצא בהם.

54 "התחושה המוסרית שיש לקיים התחייבויות" מוכרת כאחד הגורמים הלא-משפטיים שעשויים לתמוך בביטחון החוזי ולשפר את הסיכוי לקיום התחייבויות. ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 5.

כאשר מדובר במשפחות מעורבות, רצונם המשותף של בני הזוג – העומד ביסוד הצוואה ההדדית – עשוי לתרום לשיתוף פעולה וליחסי אמון בין ילדי המצווים אף בשלב שלאחר פטירתם של שני המצווים, וזאת במצבים שבהם קיימת תחושת מחויבות של ילדיו של כל אחד מהמצווים לרצון הורהו.

בני זוג שאינם מבקשים להתערב האחד בחלוקת עזבונו של רעהו או שאינם מבקשים לערוך תוכנית הורשה משותפת יכולים לכאורה להסתפק בעריכת צוואות נפרדות (ולחוסף לצוואותיהם תנאים והגבלות ככל הנדרש).⁵⁵ אלא שהצוואה ההדדית עשויה להיות נחוצה ויעילה אף בנסיבות שבהן תוכנית ההורשה המשותפת כוללת הוראות נפרדות ושונות ביחס לעזבונו של כל אחד מהמצווים, ואף בנסיבות שבהן הצוואה ההדדית אינה כוללת הורשה הדדית כלל. ודוק, הדרה של בן זוג בצוואת יחיד עשויה להיתפס כמעשה פוגעני ולעורר עלבון והתנגדות, אולם לא כך כאשר הדרה נקבעה בצוואה הדדית לאחר שיח, הידברות והסכמה בין בני הזוג. יתר על כן, הדרה של בן זוג שכיחה יותר בנסיבות שבהן לבני הזוג יש ילדים נפרדים. במקרים כאמור ההסכמה מראש להדרה לא רק מונעת (או לכל הפחות מפחיתה) רגשות שליליים בקרב בן הזוג שנותר בחיים, אלא עשויה אף לעורר רגשות חיוביים של הערכה אצל ילדי המצווה שנפטרו ראשון כלפי בן זוגו שנותר בחיים (על כך שוויתר מעצמו בהסכמה על קבלת נתח כלשהו מהעזבונו). גם נסיבות כאמור יכולות לעודד ולחזק את הקשרים בין בני המשפחה.

עריכת צוואה הדדית אינה מבטיחה באופן מושלם מניעה של סכסוכים פנים-משפחתיים. ברור אף שהתוצאה הסופית – קיומו או אי-קיומו של סכסוך – תלויה בגורמים שונים (כגון תוכן הצוואה ההדדית ותנאיה, אישיותם של בני המשפחה, רצונם של בני המשפחה לנהל הליך משפטי או להימנע ממנו, וכיוצא בהם). אך הצוואה ההדדית יכולה להפיג מתחים וחדשות ולהגביר את האמון בין בני המשפחה. רעיון האמון הבין-אישי הוכר בתחומי מחקר שונים כמעודד שיתוף פעולה ורצון טוב.⁵⁶ זהו הערך החשוב והמשמעותי שבצוואה ההדדית – היוכלה הגלומה בה למניעת סכסוכים פנים-משפחתיים ולשמירת קשרי משפחה תקינים ושלוים בית. לא בכדי יש המכנים את הצוואה ההדדית

⁵⁷. "a doctrine of the 'older and wiser'"

55 ראו Cassidy, *After Barns*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 81; *Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills*, 15 WM. & MARY L. REV. 144, 163 (1973).

56 ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 410-412.

57 ראו Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 392.

פרק ב: ההצדקות הערכיות לסיווגה של הצוואה ההדדית ככלי משפטי מעין-חוזי

"משפט ומשפחה אינם בגדר ידידים קרובים זה לזה. המפגש ביניהם מתרחש בעיתות משבר של המשפחה, ולא ברגעי הצלחתה... גם בעיתות משבר כוחו של המשפט מוגבל הוא."⁵⁸

מניעת התדיינות פנים-משפחתית היא ערך חשוב שיש לשאוף אליו.⁵⁹ התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, שעליו נבנות חברה ומדינה.⁶⁰ הזכות לחיי משפחה, במובנה הרחב, הוכרה כזכות בת הגנה במשפט הישראלי, ויש הרואים בה אף זכות יסוד.⁶¹ הזכות לחיי משפחה כוללת אף את הזכות להגן על התא המשפחתי, לעודדו ולטפחו. בפרט הוכרה ההגנה על הקשרים המשפחתיים: "למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, שעליהם מגן המשפט ושאותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם."⁶² ההגנה על הקשרים המשפחתיים טומנת בחובה מניה וביה אף את זכותם של בני המשפחה (ובפרט של ראשי המשפחה) לפעול למניעת סכסוכים פנים-משפחתיים. הדברים נכונים בפרט ביחס לסכסוכי ירושה, הנחשבים "סכסוכים המשפחתיים הקשים ביותר בין צדדים קרובים, בשל השילוב רב העוצמה השלילית בין אינטרסים ממוניים לבין הפן הרגשי העמוק."⁶³ לנוכח ההכרה בחשיבותו של התא המשפחתי ובפרט בחשיבותם של הקשרים המשפחתיים, ראוי שהמשפט יעודד – קל וחומר יאפשר – הסדרים המקדמים מניעת סכסוכים פנים-משפחתיים.

58 ראו בע"מ 4990/12 זילברסון נ' זילברסון, פס" 9 להחלטה (פורסם באר"ש, 13.11.2012). ראו גם דנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד סד(3) 356, פס" 1 לפסק דינו של השופט הנדל (2011).

59 על החשיבות שבמניעת סכסוכים פנים-משפחתיים ראו רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נז(5) 491, פס" 5 לפסק הדין (2003).

60 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס" 25 לפסק דינו של הנשיא ברק ופס" 47 לפסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין (2006) (להלן: בג"ץ עדאלה); ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה ישראל, פ"ד ח 4, 53 (1954); ע"א 337/62 ריונפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1021 ו-1030 (1963); ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 434, 421 (1978) (להלן: עניין קטין בר אימון).

61 בג"ץ עדאלה, שם, פס" 25 לפסק דינו של הנשיא ברק; עניין כהן, שם, בעמ' 53; עניין קטין בר אימון, שם, בעמ' 434.

62 בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 60, פס" 25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

63 עניין זילברסון, לעיל ה"ש 58, פס" 9 להחלטה.

יכולתה של הצוואה ההדדית להגן על קשרי המשפחה ולמנוע סכסוכים פנים-משפחתיים תלויה בקיומם של ביטחון וודאות בקרב כלל בני המשפחה כי המצווה שנתנה בחיים מחויב לתוכנית ההורשה המשותפת ולהוראות הצוואה ההדדית. במחויבות זו גלומה היכולה ליצירת אמון, שיתוף פעולה ושלוש בית. מדובר באותם אמון וביטחון הנובעים מהכלל החוזי הבסיסי שלפיו "הסכמים יש לקיים". כלל זה בא לידי ביטוי במוסד החוזי באמצעות אינטרס הקיום (הציפייה), המושגת על ערכים שונים, ביניהם הגשמת רצונם החופשי של הפרטים, החובה המוסרית לקיים הבטחות, יעילות ורווחה פרטיים וחברתיים, וכן תכליות חברתיות נוספות.⁶⁴ ערכים ותכליות אלה אינם מצדיקים את כבילת המצווה בצוואת היחיד, הואיל וצוואת היחיד מבוססת כאמור על העיקרון של כיבוד רצון המצווה. ודוק, אם המצווה יכולה את עצמו ביחס לעצובו ורצונו ישתנה בעתיד, התוצאה תהיה שעצובו יחולק בניגוד לרצונו האחרון, וזאת אף אם הכבילה (לפי רצונו הקודם) נעשתה בגמירות דעת, מרצון חופשי וללא כל מעורבות או השפעה כלשהי של אחר. תוצאה זו חותרת תחת התכלית העומדת ביסוד מוסד הצוואה – הגשמת רצונו האחרון של המצווה. לפיכך התפיסה המקובלת היא שבתחרות בין חופש הציווי לחופש החוזים יגבר חופש הציווי.⁶⁵

ביסוד הצוואה ההדדית עומדות כאמור תכליות שונות מאלה העומדות ביסודה של צוואת היחיד. תכליות אלה מחייבות בחינה מחדשת של ההגנה המוחלטת (או ליתר דיוק הכמעט-מוחלטת) על עקרון חופש הציווי, כפי תחולתה ביחס לצוואת היחיד. ודוק, עקרונות לעולם אינם מוחלטים, ומשקלם נקבע ביחס לאידיאלים אחרים, לפי איזון ערכי, על פי המטרות החברתיות ועקרונות היסוד של השיטה, ובהתאם לנסיבות.⁶⁶ אף "החופש לצוות אין הוא חופש ללא-הגבלה, והציווי לכבד את רצון המת אף-הוא ממילא אין הוא מוחלט. יש אינטרסים נוגדים, יש אינטרסים נוגדים-למחצה, והפשרה מחויבת המציאות היא".⁶⁷ המצווה מנוע, למשל, מלקבוע בצוואתו הוראה או תנאי שקיומם אינו חוקי או אינו מוסרי.⁶⁸ הוא גם אינו יכול להוריש אלא למי שבחיים בעת פטירתו או שנולד תוך שלוש מאות יום ממועד פטירתו, וגם יכולתו לשלוט על העתיד מקברו מוגבלת.⁶⁹ חופש

64 ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 407-408; שלו וצמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 26.

65 ראו ההפניות לעיל בה"ש 19.

66 ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני – פרשנות החקיקה 436-439 (1993) (להלן: ברק **פרשנות החקיקה**); רע"א 9321/17 מדינת ישראל – משרד התשתיות הלאומיות האנרגיה והמים נ' Nobel Energy Mediterranean Ltd, פס' 11 להחלטה (פורסם באר"ש, 17.12.2017); ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 204-207 (1993).

67 ע"א **לישיצקי**, לעיל ה"ש 21, פס' 11 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם ע"א 4377/04 גורן-הולצברג נ' מירו, פ"ד סב(2) 661, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007); רע"א 3130/05 יורשי רבינוביץ נ' האפוטרופוס הכללי כמנהל עובדן רובינק, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 14.9.2006); ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 78; עניין **שחם**, לעיל ה"ש 12, פס' 10 לפסק הדין; בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 504.

68 ראו ס' 34 ר-38(א) לחוק הירושה.

69 ראו ס' 3 ר-42(ד) לחוק הירושה.

הציווי כפוף אף לקיומן של דרישות צורניות, ואין המצווה רשאי לצוות בכל דרך לפי רצונו.⁷⁰ הגבלות אלה על חופש הציווי משמעותן החלטה ערכית עקרונית כי בנסיבות מסוימות הערך של כיבוד רצונו של המנוח נסוג מפני ערכים חשובים אחרים, כגון שלטון החוק, מניעת שליטה ממושכת מדי של המת על החיים (לרבות בשל שיקולים כלכליים של עבירות וסחירות של נכסים) וודאות.⁷¹

הואיל והערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית שונים מאלה העומדים ביסודה של צוואת היחיד, יש לקיים ביחס לצוואה ההדדית איזון נפרד ושונה מזה שנעשה ביחס לצוואת היחיד. דהיינו, יש לקיים איזון מחדש בין הערך של קיום רצונו האחרון של המנוח לבין הערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית – שיתוף פעולה, אמון, הסתמכות, קיום התחייבויות והגנה על התא המשפחתי.

הכרה בצוואה ההדדית, על הערכים הגלומים בה, משמעותה החלטה ערכית עקרונית כי בנסיבות מסוימות, מוגדרות ומצומצמות, עקרון חופש הציווי – דהיינו, הערך של קיום רצונו האחרון של המנוח – נסוג מפני הערך של שלום בית. כמו במצבים דומים שבהם חופש הציווי מתנגש בערכים חשובים אחרים, הפתרון נעוץ ביצירת איזון ופשרה בין האינטרסים המונחים על כפות המאזניים.⁷² איזון ראוי מחייב הכרה בפגיעה בחופש הציווי, אך תוך יצירת הסדר נורמטיבי שיבטיח כי הפגיעה תהא מצומצמת ובמידה שאינה עולה על הנדרש לצורך הבטחת תכלית ההסדר. זהו האתגר בהסדרת הצוואה ההדדית.

יש הסבורים כי ההצדקה הערכית להגבלת חופש הציווי במסגרת הצוואה ההדדית יסודה באותו עיקרון עצמו – הגנה על חופש הציווי.⁷³ לפי גישה זו, הואיל וכל אחד מהמצווים עורך את צוואתו ההדדית בהסתמך על צוואת רעהו, ביטולה על ידי אחד מהם עלול לפגוע בחופש הציווי של האחר. הדברים אמורים בפרט בנסיבות שבהן הביטול נעשה לאחר פטירת אחד המצווים, שכן אילו ידע המצווה שנפטר כי בן זוגו יבטל את צוואתו ההדדית, ייתכן שהוא היה עורך תוכנית הורשה פרטית (בצוואת יחיד) שונה מתוכנית ההורשה המשותפת (שנקבעה בצוואה ההדדית), ובכך נפגע חופש ההורשה שלו.⁷⁴

תפיסה זו מתעלמת לשיטתי ממהותה של הצוואה ההדדית, מתכליתה וממטרותיה. ודוק, אינטרס ההסתמכות בדיני החוזים הוא האינטרס של הצד שנפגע לזכות בפיוצי על

70 ראו ס' 18–20, 22 ו-23 לחוק הירושה.

71 ראו דברי ההסבר להצעת חוק הירושה, התשי"ח-1958, ה"ח 212, 235. כן ראו שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 371–372; עניין אלאקסא, לעיל ה"ש 1, פס' 143 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עניין כלפה (גולד), לעיל ה"ש 11, פס' 6 ו-20 לפסק הדין; בע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פס' 8 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 22.12.2016).

72 ראו ע"א לישיצקי, לעיל ה"ש 21, פס' 11 לפסק דינו של השופט חשין; עניין כלפה (גולד), לעיל ה"ש 11, פס' 6 לפסק הדין.

73 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 521–523; עניין זמיר, לעיל ה"ש 19, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ארבל.

74 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 505; עניין זמיר, לעיל ה"ש 19.

אובדן ההשקעה שהשקיע.⁷⁵ אינטרס ההסתמכות אינו מתמקד במפגש הרצונות, אלא בנזק הפרטי שנגרם לצד שנפגע עקב אי-קיום ההתחייבות.⁷⁶ תפיסה המבוססת על אינטרס ההסתמכות בהקשר של הצוואה ההדדית מתמקדת במצווים כפרטים נפרדים – ברצונו של כל אחד מהם בנפרד ובחופש הציווי של כל אחד מהם בנפרד ביחס לעצבונו. אלא שמהותה של הצוואה ההדדית שונה לחלוטין – היא מבוססת על ערכים של שיתוף פעולה, אמון והגנה על התא המשפחתי.

הסדר המבוסס על אינטרס ההסתמכות הוא הסדר הגון, והוא אף מגן באופן מסוים על תוכנית ההורשה המשותפת שביסוד הצוואה ההדדית, משום שהוא כולל חובת השבה המיידית הרתעה מפני ביטולה. בנסיבות מסוימות מדובר בהרתעה כבדת משקל (למשל, כאשר נדרשת השבה של רכוש שהוא משמעותי מבחינת המצווה שנוותר בחיים). אלא שעל אף התוצאה ההוגנת, ואף במקרים שבהם התוצאה הסופית תהיה אי-ביטול הצוואה ההדדית (בשל רתיעתו של המצווה שנוותר בחיים מלבטל את הצוואה ההדדית), תוצאות אלה אינן מבטיחות את הערכים העומדים ביסוד ההסדר.

ודוק, הערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית – ובפרט הערך של שלום בית – מחייבים הסדר שיש בו "דבר מה נוסף" מעבר לתוצאה הוגנת. יכולתה של הצוואה ההדדית להגן על קשרי משפחה תקינים ולמנוע סכסוכים פנים-משפחתיים תלויה בקיומם של ביטחון וודאות בקרב כלל בני המשפחה כי המצווה שנוותר בחיים מחויב לתוכנית ההורשה המשותפת ולהוראות הצוואה ההדדית. במחויבות זו גלומה היכולה ליצירת אמון, שיתוף פעולה ושלום בית. הסדר המבוסס על אינטרס ההסתמכות אינו יכול להעניק לצוואה ההדדית את היכולה הזו.

מהותה של הצוואה ההדדית – על כלל הערכים הגלומים בה – מחייבת להסיט את המיקוד מעקרון ההסתמכות אל עקרון הקיום (הציפייה). בניגוד לאינטרס ההסתמכות, אשר מתמקד בצד שנפגע כפרט לעצמו, אינטרס הקיום (הציפייה) מתמקד בשיתוף שבין הצדדים אשר חורג מהעצמי של כל אחד מהם בנפרד, במפגש הרצונות שהתמזגו לרצון משותף. אינטרס הקיום (הציפייה) נחשב ציר מרכזי בהגדרתו של רעיון האמון – הוא היסוד שמכונן את האמון הבין-אישי הנובע מתחושת הביטחון שהתחייבות החוזית תקינה.⁷⁷ זוהי דוגמה קלאסית למצב שבו "השלם גדול מסך חלקיו": הפעולה המשותפת שעומדת ביסוד הצוואה ההדדית, ואשר מגלמת ערכים של הגנה על התא המשפחתי, "גדולה" מרצונו של כל אחד מהמצווים ומחופש הציווי של כל אחד מהם בנפרד.

75 שלו ואדר, לעיל ה"ש 38, בעמ' 49.

76 פרידמן וכהן חוזים כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 105–106.

77 ראו בוקשפן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 412–417.

פרק ג: ההצדקות העיוניות לסיווגה של הצוואה ההדדית ככלי משפטי מעין-חוזי

בחינת הצוואה ההדדית ביחס למאפייני הצוואה וביחס למאפייני החוזה מגלה כי בצוואה ההדדית טבועים מאפיינים חוזיים מהותיים, אשר הופכים אותה במובנים רבים לדומה יותר לחוזה מאשר לצוואה.⁷⁸

ביסוד הצוואה ההדדית – כמו ביסודה של צוואת היחיד – עומדת תוכנית הורשה. אלא שתוכנית ההורשה העומדת ביסודה של צוואת היחיד היא תוכנית פרטית שהיא פרי פעולה חד-צדדית ואישית,⁷⁹ היא משתכללת עם עריכתה, ותוקפה אינו מותנה בהסכמתו של גורם נוסף מלבד המצווה;⁸⁰ ביסוד הצוואה ההדדית, לעומת זאת, עומדת תוכנית הורשה זוגית, שהיא פרי פעולה של שיתוף.⁸¹ אף צוואה הדדית הכוללת הסדרה נפרדת ושונה של כל אחד מהעזובונות היא תוצר של הסכמה ושיתוף פעולה. בכך הצוואה ההדדית דומה לחוזה, המשקף אף הוא תוכנית פעולה משותפת.⁸² השיתוף בצוואה ההדדית אינו מאיין את היסוד האישי, במובן זה שכל אחד משני המצווים נדרש לעשות את פעולת הציווי באופן אישי (ואיש מהם אינו יכול לעשותה כשלוה בעבור רעהו),⁸³ אך מדובר כמובן בהבדל משמעותי לעומת היסוד האישי בצוואת היחיד, שמהווה פעולה אישית של המצווה לבדו.

יסוד חוזי בולט נוסף הקיים בצוואה ההדדית הוא אומד דעת וגמירות דעת משותפים. הצוואה ההדדית נבחנת בהתאם לאומד דעתם ולגמירות דעתם של שני המצווים במשותף (ואין להסתפק באומד דעתו של כל אחד מהם בנפרד).⁸⁴ צוואת היחיד, לעומת זאת,

78 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 68.

79 ראו שם, בעמ' 51–53; ע"א 7631/12 אמסטר נ' קרן קיימת לישראל, פס' 25, 26 ו-32 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם באר"ש, 12.8.2015); בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני, פס' 4 להחלטה (פורסם באר"ש, 2.8.2012); ע"א 119/89 טורנר נ' טורנר, פ"ד מה(2) 87, 81 (1991); בע"מ 2035/13 פלוני נ' חסויה, פס' 6 ו-8 להחלטה (פורסם באר"ש, 8.8.2013); בע"מ 7468/11 פלוני נ' אלמונית, עמ' 7 (פורסם באר"ש, 3.7.2012).

80 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52.

81 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 510.

82 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 6–7; ע"א 3912/90 Eximin S. A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 82, 64 (1993).

83 ראו שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 255–256.

84 ראו עניין מלמד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 710; עניין זמיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 641; ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר קרן צדקה לזכרם על-ידי נאמני הקדש נ' אבן טוב, פ"ד נז(5) 145, 156 (2003); בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר (פליקס), פס' 7 לפסק דינו של השופט (בדימ') טירקל ופס' 3 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם באר"ש, 21.6.2005) (בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 7600/05 פייר נ' לרנר (פורסם באר"ש, 23.11.2005)); ת"ע (משפחה נצ') 1470/06 א.נ.נ' ת.נ., פס' 22–23 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.5.2009); תמ"ש פלוני, לעיל ה"ש 32, פס' 59–62 ו-69 לפסק הדין; בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 510–511; ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 73.

עוסקת ברצונו, בכוונותיו ובגמירות דעתו של המצווה לבדו, ואומד דעתו נבחן לפי מבחן סובייקטיבי-אישי, ללא כל התחשבות בציפיותיו או באומד דעתו של שום צד אחר.⁸⁵ מדובר בשוני מהותי, המחדד את הרעיון השיתופי שבצוואה ההדדית – כמו בחוזה – לעומת הרעיון היחידני-האישי שבצוואת היחיד.⁸⁶

גם כאשר לאינטרס ההסתמכות הצוואה ההדדית דומה לחוזה. ודוק, יש הרואים באינטרס ההסתמכות את היסוד המרכזי דיני החוזים,⁸⁷ בעוד אחרים רואים בו רק כלי למימוש אינטרס הקיום, שהוא לשיטתם האינטרס החוזי המרכזי.⁸⁸ כך או כך, לאינטרס ההסתמכות יש מקום חשוב בתיאוריה החוזית.⁸⁹ דיני החוזים אף מעמידים הגנה מפני פגיעה באינטרס ההסתמכות.⁹⁰ דיני הירושה, לעומת זאת, השיקול היחיד הוא רצון המצווה, ואין משקל לאינטרסים של צדדים אחרים מלבדו.⁹¹ אף ציפייה לרשת אינה מקימה כל אינטרס הסתמכות בר הגנה.⁹² לעומת זאת, הצוואה ההדדית – כמו החוזה –

85 ראו שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446; ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 189–190; עניין אמסטר, לעיל ה"ש 79, פס' 32 לפסק דינו של השופט דנציגר.

86 ראו מגדלסון ורייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 43; עניין אמסטר, לעיל ה"ש 79, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר; עניין ר.ש, לעיל ה"ש 32, פס' 59 לפסק הדין.

87 ראו L.L. Fuller & William R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52 (1936); P.S. ATIYAH, *THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT* (1979); P.S. ATIYAH, *PROMISES, MORALS, AND LAW* (1981); P.S. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligation*, in *ESSAYS ON CONTRACT* 10 (1986); Mark Pettit, Jr., *Private Advantage and Public Power: Reexamining the Expectation and Reliance Interests in Contract Damages*, 38 HASTINGS L.J. 417 (1987).

88 ראו Richard Craswell, *How We Got This Way: Further Thoughts on Fuller and Perdue*, 1 ISSUES LEGAL SCHOLARSHIP (2001); Richard Craswell, *Against Fuller and Perdue*, 67 U. CHI. L. REV. 99 (2000); דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה – חיבורי משפט 377 (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקציה ומרדכי א' ראבילו עורכים, 1996); David W. Barnes, *The Net Expectation Interest in Contract Damages*, 48 EMORY L.J. 1143 (1999).

89 ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' – חברה קבלנית, פ"ד נה(3) 913)" משפטים לד 91 (2004); נילי כהן "דפוס החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו 13 (1986); פרידמן וכהן חוזים כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 70–75 ו-160–163; שלו וצמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 161–163; שירלי רנר "דיני-חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33, 63–67 (1991).

90 ראו רנר, שם, בעמ' 63–64; גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 246–248 (מהדורה שלישיית, 2005).

91 ראו עניין טורנר, לעיל ה"ש 79, בעמ' 85; עניין מלמר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 710; עניין אנגלמן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 781–782; עניין טלמציו, לעיל ה"ש 12, בעמ' 826; קורינאלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 214–216. להרחבה ולעמדה אחרת ראו שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנהגה אדם ואיננו: על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" עיוני משפט לח 571, 603–611 (2016).

92 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 53–58; שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 248; ע"א 1212/91

מקימה אינטרס הסתמכות, וביסודה עומדים אינטרסים של פרטים נוספים מלבד המצווה.⁹³ אף המתנגדים להסדרת הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים מכירים בתחולתו של עקרון ההסתמכות בהקשרה.⁹⁴

גם ביחס לאינטרס הקיום (הציפייה) וליסוד הכבילה הצוואה ההדדית דומה לחוזה. ודוק, דיני החוזים מבוססים על אינטרס הקיום (הציפייה) ועל יסוד הכבילה, והם באים לידי ביטוי בהגבלות לעניין זכות הביטול של החוזה ולעניין דרך ביטולו.⁹⁵ הצוואה, לעומת זאת, היא מסמך הדיר – תכונה הנגזרת כאמור מחופש הציוויו, שהוא עקרון יסודי בדיני הירושה הן בדין הישראלי הן בדין הזר.⁹⁶ אלא שבצוואה ההדדית יסוד הכבילה הוא אחד המאפיינים המשמעותיים.⁹⁷ ודוק, יסוד הכבילה הוא המקנה לצוואה ההדדית את היכולה לייצר, לאחר פטירתו של אחד המצווים, את הוודאות והביטחון הנדרשים לצורך הבטחת התכליות והערכים העומדים ביסודה. למעשה, יסוד הכבילה בא לידי ביטוי מייד עם חתימת הצוואה ההדדית. ודוק, בחיי המצווים אומנם מוקנית לכל אחד מהמצווים הזכות לבטל את הצוואה ההדדית, אלא שזכות זו מותנית במסירת הודעה למצווה האחר. במקרה של ביטול ללא הודעה לא יהיה תוקף לביטול,⁹⁸ דהיינו, יחול יסוד הכבילה (כך אף בא לידי ביטוי אינטרס הקיום). יסוד הכבילה חל באותו אופן אף בשיטות משפט המאפשרות את ביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירתו של אחד המצווים בכפוף להשבה (כמו בדין הישראלי), שכן במקרה של ביטול ללא השבה יחול יסוד הכבילה ולא יהיה תוקף לביטול.

93 **רן לבי"ג, בינשטוק**, פ"ד מח(3) 705, 722–723 (1994); עניין **אמסטר**, לעיל ה"ש 79, פס' 26 לפסק דינו של השופט דנציגר.

94 ראו **Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 674–675. זהו אף הדין בהתאם להוראת ס' 8 לחוק הירושה, הקובעת מפורשות כי "בני זוג רשאים לערוך צוואות מתוך הסתמכות של בן הזוג האחד על צוואת בן הזוג האחר..." (ההדגשה הוספה). ראו גם דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 130, וכן עניין **חסויה**, לעיל ה"ש 79, פס' 6 להחלטה.

95 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 521–523; קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 323–324.

96 ראו פרק ב לחוק החוזים וכן ס' 7 ו-8 לחוק החוזים (תרופות).

97 ראו ההפניות לעיל בה"ש 7 ובה"ש 19.

98 ראו **Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 121–122: "the most crucial attribute of mutual wills is their legally binding nature". ראו גם **Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 244; **CASSIDY, MUTUAL WILLS**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1; **After Barns**, לעיל ה"ש 43, בעמ' 61; **Pawlowski & Brown**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 468; **Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine**; **Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 667–668; **Dennis W.K. Khong, The Economics of Mutual Wills (preliminary draft)** 6; 4; **aslea.org/paper/khong2.pdf**; **Christine Davis, Mutual Wills; Formalities; Constructive Trusts**, לעיל ה"ש 19, פס' 28 לפסק הדין; הלכת **Birmingham**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 683–684.

98 ראו ההפניות לעיל בה"ש 3.

גם באשר לעקרון תום הלב הצוואה ההדדית דומה לחוזה. דיני החוזים הם העוגן הנורמטיבי של עקרון תום הלב, אשר מטרתו, בין היתר, להגן על האינטרסים ועל ציפיותיהם הסבירות של הצדדים.⁹⁹ תחולתו של עקרון תום הלב ביחס למצווים בצוואה ההדדית הוכרה במשפט האנגלי כבר במאה השמונה-עשרה,¹⁰⁰ וזאת על אף רתיעתו של המשפט האנגלי בעבר מלהחיל חובת תום לב על המתקשרים בחוזה.¹⁰¹ זהו הדין אף במשפט הישראלי.¹⁰² יש אף הסבורים כי על המצווים בצוואה ההדדית חלה חובת תום לב מוגברת על רקע יחסי המשפחה שביניהם.¹⁰³ לעומת החוזה והצוואה ההדדית, בצוואת היחיד לא חלה על המצווה החובה לנהוג בתום לב.¹⁰⁴

בבסיס הצוואה ההדדית עומדים, אם כן, תוכנית פעולה משותפת, אומד דעת וגמירות דעת משותפים, אינטרס הסתמכות, אינטרס קיום (ציפייה), יסוד כבילה ועקרון תום הלב – כולם יסודות חוזיים מובהקים, המנוגדים לרעיונות העומדים בבסיסם של דיני הירושה. מאפיינים אלה נדרשים לצורך הגשמת המטרות והערכים שביסוד הצוואה ההדדית, ומכאן חשיבות סיווגה העיוני ככלי משפטי מעין-חוזי, באופן שונה ונפרד מצוואת היחיד.¹⁰⁵

פרק ד: הקשיים המעשיים המתעוררים בקשר לצוואה ההדדית

ניתן לחלק את הקשיים המהותיים (העיקריים) המתעוררים בקשר לצוואה ההדדית לשני סוגים: האחד – קשיים הנובעים מאי-בהירות ביחס למשמעותו, לתוכנו ולהיקפו של יסוד הכבילה; והאחר – קשיים בזיהוי, דהיינו, קשיים הנובעים מאי-בהירות ביחס לתחולתה של הנורמה או להפסקת תחולתה (לרבות אי-בהירות ביחס למשמעויות הנובעות מהפסקת תחולתה של הנורמה).

99 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 62–63; ברק פרשנות החוזה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 214–215; ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 297–298 (2002); דינאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 313, 337–338 (2003); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 550–551 (1993).

100 הלכת Dufour, לעיל ה"ש 15, בעמ' 310–311.

101 ראו פרידמן וכהן חוזים כרך ג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 319–320.

102 ראו ברק פרשנות הצוואה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 72; עניין זמיר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 642; תמ"ש פלוני, לעיל ה"ש 32, פס' 99 לפסק הדין; עניין א' ע', לעיל ה"ש 32, פס' 9 ו-36 לפסק הדין.

103 ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 523–525.

104 ראו עניין אמסטר, לעיל ה"ש 79, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר; שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 304 ר-444.

105 ראו מגדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 120 ו-121; מגדלסון ורייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 42–46.

קשיים אלה מייצרים חוסר ודאות, והופכים את הצוואה ההדדית למקור להתדיינות יתר ולפילוג משפחות.¹⁰⁶ תוצאה זו מעקרת את התכלית העומדת ביסוד הצוואה ההדדית, ככלי שמטרתו לייצר יציבות וודאות ולקדם את הערך של שלום בית. אלא שהקשיים הנובעים מהצוואה ההדדית אינם מבטלים את נחיצותה. במקום לפסול את ההכרה ואת השימוש בצוואה ההדדית, מוטב להתמודד עם אתגר הסדרתה באופן שייתן מענה הולם לקשיים אלה.

הקשיים המתעוררים בקשר לצוואה ההדדית הם הביטוי המעשי לניגוד הטבוע בה. הסדרתם ופתרוןם הם חלק ממלאכת יצירת האיזון והפשרה בין האינטרסים הסותרים המונחים על כפות המאזניים. מלאכה זו מחייבת בשלב הראשון איתור של הערכים והמטרות העומדים ביסוד ההסדר, ובכך דנתי בפרקים א ו-ב לעיל. בשלב השני יש לאתר ולמפות את הקשיים המהותיים המחייבים הסדרה, ובכך אדון בפרק זה.

1. קשיים הנובעים מאי-בהירות ביחס למשמעותו, לתוכנו ולהיקפו של יסוד הכבילה

הקושי המעשי המרכזי בנוגע לתוכן הכבילה מתעורר במצבים של שינוי נסיבות לאחר פטירתו של אחד המצווים. ודוק, הצוואה ההדדית היא כלי משפטי ארוך טווח שחולש על תקופה שאורכה אינו ידוע מראש – מחתימת הצוואה ההדדית ועד לפטירתם של שני המצווים. במקרים רבים מדובר בתקופה ארוכה. במהלך תקופה זו עשויים להתקיים שינויי נסיבות שונים שמצדיקים שינוי או ביטול של הצוואה ההדדית. אחת הביקורות העיקריות בקשר לצוואה ההדדית נוגעת באי-גמישותה לאחר פטירתו של אחד המצווים במקרים של שינוי נסיבות.¹⁰⁷

בעיה זו מתעוררת אף בשיטות משפט שבהן מוקנית למצווה שנותר בחיים זכות ביטול, משום שמדובר בזכות מוגבלת שמותנית לרוב בהשבה. ודוק, דרישת ההשבה מטרתה להגן על עקרונות ההסתמכות וההגינות, אך בנסיבות מסוימות חובת ההשבה מייצרת הרעה משמעותית, אשר השלכותיה המעשיות הופכות את זכות הביטול לחסרת משמעות מנקודת מבטו של המצווה שנותר בחיים (למשל, כאשר חובת ההשבה משמעותה ויתור על נכס משמעותי – כולו או חלקו – שמשמש למגורים או מקור לפרנסה או כיוצא בזה). נוסף על כך, המקרה השכיח הוא שלאחר ההשבה יעבור עזבונו של המצווה שנפטר ראשון (כולו או חלקו) לילדי המצווים (לפי הסדר חלופי שנקבע בצוואה ההדדית למקרה של

106 ראו ההפניות לעיל בה"ש 17.

107 ראו עניין Lewis, לעיל ה"ש 19, פס' 48 לפסק הדין; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 133; Richardson, לעיל ה"ש 18, בעמ' 108; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 163-165; Khong, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1; J.D.B. Mitchell, *Some Aspects of Mutual Wills*, 14 MOD. L. REV. 136, 143 (1951); מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 120 ו-123. להרחבה על הבעיות הנצרות עקב אי-גמישותה של הצוואה ההדדית במקרים של שינוי נסיבות לאחר פטירתו של אחד המצווים, ולדוגמאות מהדין הור לעניין זה, ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 24-28.

ביטול או לפי הוראות בררת המחדל שבדין). תוצאה זו בעייתית במקרים שבהם אותן נסיבות שבעטיין נדרשת הגמישות מחייבות לא להעביר רכוש באופן ישיר למי מהילדים (זהו המצב, למשל, במקרים שבהם המצווה שנותר בחיים מבקש לבטל או לשנות את הצוואה ההדדית עקב שינוי נסיבות שקשור לאחד הילדים, כגון התמכרות, התנהגות כלכלית חסרת אחריות, בעיה רפואית או נפשית וכיוצא בהן).

נוקשותו של יסוד הכבילה עלולה לעורר קשיים אף בחיי שני המצווים – למשל, בנסיבות שבהן קיימת הגבלה פיזית או מהותית שאינה מאפשרת מסירת הודעה על אודות הביטול (למשל, אם אחד המצווים נעדר או איבד את כשרותו המשפטית).

קושי נוסף המייצר אי-ודאות ביחס ליסוד הכבילה הוא שאלת היקף תחולתו, כלומר, השאלה אם יסוד הכבילה חל רק ביחס לצוואה ההדדית או שמא הוא חל אף במישורים נוספים. במילים אחרות, השאלה היא אם המצווים מוגבלים רק ביחס לזכות הביטול או גם ביחס לביצוע פעולות אחרות שתוצאתן המעשית היא סיכול תוכנית ההורשה המשותפת שביסוד הצוואה ההדדית (כגון העברת רכוש או הקניית זכויות ברכוש ללא תמורה, כילוי הרכוש וכיוצא בהם). בהקשר זה עולה אף השאלה אם הצוואה ההדדית היא כלי משפטי בעל יסודות קנייניים, אשר יש ביכולתו להגן על תוכנית ההורשה המשותפת במקרה של פעולות שנעשו מול צד שלישי. קושי זה עשוי להתעורר אף בשלב שלפני פטירתו של אחד המצווים, ובהקשר זה עולה אף השאלה אם צוואה הדדית יכולה להגביל את המצווים מבחינת פעולות ברכוש כבר מעת חתימתה.¹⁰⁸

2. קשיים הנובעים מאי־הבהירות באשר לתחולתה של הנורמה

קשיים נוספים שמתעוררים בקשר לצוואה ההדדית נובעים מאי־הבהירות באשר לתחולתה של הנורמה (על יסוד הכבילה הגלום בה). הקושי המרכזי הוא קושי בזיהוי, דהיינו, קושי בהבחנה בין צוואה הדדית לבין צוואת יחיד. ודוק, במדינות שונות המכירות בצוואה ההדדית התפיסה המקובלת היא שעריכת צוואות במשותף, לרבות "צוואות מראה" (הכוללות הוראות הדדיות), ואף עריכת צוואה הדדית במסמך אחד אינן מספיקות לצורך תחולתה של הנורמה.¹⁰⁹ בשיטות משפט רבות שבהן ההסדר מבוסס על דיני החוזים, תנאי

108 ראו Cassidy, Mutual Wills, לעיל ה"ש 45, בעמ' 3. להרחבה על אודות הקשיים המתעוררים בקשר לפעולות ברכוש, לרבות דוגמאות מהדין הזר, ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 39–43.

109 ראו הלכת Birmingham, לעיל ה"ש 3, בעמ' 675; עניין Lewis, לעיל ה"ש 19, פס' 49 לפסק הדין; עניין Hiroto, לעיל ה"ש 19, פס' 14–15 לפסק הדין; Nutini, לעיל ה"ש 19, בעמ' 891; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 158–160; Oosterhoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 139; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, לעיל ה"ש 16, בעמ' 239–241; Richardson, לעיל ה"ש 18, בעמ' 104–105; Sawyer & Spero, לעיל ה"ש 17, בעמ' 107–108; Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, לעיל ה"ש 9, בעמ' 4–5; Wills, Probate and Estates, לעיל ה"ש 49, בעמ' 42–45; Pearce & Barr, לעיל ה"ש 43, בעמ' 479–484; Khong, לעיל ה"ש 97, בעמ' 3; Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 2 ו-18; Sheridan, The Floating Trust: Mutual Wills, 15 ALTA. L. REV. 211, 213–216 (1977); Paul E. Trudelle,

לתחולתה של הנורמה הוא קיומו של חוזה לכבילה הדדית.¹¹⁰ אלא שלמעשה קיימת בפסיקה הזרה מגמה מובהקת של הגמשת הראיה הנדרשת לחוזה. הגמשה זו באה לידי ביטוי, למשל, בהסקה על אודות קיומו של חוזה מהנסיבות, בהכרה בחוזה מכללא וכן בהכרה בהסכמות משתמעות כחוזה. הגמשת הדרישה לקיומו של חוזה הביאה לידי החלת הנורמה – על יסוד הכבילה הגלום בה – לפי מבחן מהותי בהתקיים ראיות לכוונת המצוים לכבילה הדדית.¹¹¹ מגמת ההגמשה – שהיא לכאורה מגמה במישור הראייתי –

Mutual Wills – A Review 5–7 (Hull & Hull LLP. 2007), bit.ly/2fs2l5P; ANDREW BURROWS, ENGLISH PRIVATE LAW 446–447 (3rd ed. 2013). לעמדות אחרות ראו הלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 310; A.H.R. Brierley, *Mutual Wills – Blackpool Illuminations*, 58 MOD. L. REV. 95, 97 (1995); ראו Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 402–403; Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 4; C.E.F. Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills and Its Implications*, 8 ADEL. L. REV. 178, 182 (1982); Pawlowski & Brown, לעיל ה"ש 17, בעמ' 469–474; Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 22–23; PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 484–487; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 133–135; CASSIDY, *MUTUAL WILLS*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 11–50; Cassidy, *Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 222–245; Youdan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 402; Keith B. Farquhar, *Mutual Wills – Some Questions Recently Answered*, 19 EST. TR. & PENSIONS J. 327, 328 (2000); Gerwyn LI. H. Griffiths, *At Best Inconvenient and at Worst Little Short of Disastrous? Recent Considerations on Mutual Wills*, 2011 CONV. & PROP. LAW. 511, 514; Nicola Peart, *Where There Is a Will, There Is a Way – A New Wills Act for New Zealand*, 15 WAIKATO L. REV. 26, 44 (2007); עניין *Cleaver*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 947–948; עניין *Dale*, לעיל ה"ש 19, בעמ' 10; עניין *Goodchild*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1229–1230; *Charles v. Fraser* [2010] EWHC (Civ) 2154 (Ch), [2010] WTLR 1489, para. 59; *Fry v. Charles* [2010] EWCA (Civ) 1410, para. 3; עניין *Densham-Smith*, לעיל ה"ש 17, פס' 43 לפסק הדין; עניין *Flocas*, לעיל ה"ש 15, פס' 97 לפסק הדין; *Burnell v. Rolph Est.* [2002] B.C.J. No. 432, 2002 BCSC 323, 111 A.C.W.S. (3d) 1213, paras. 37–38; *Atha v. Thompson* 2008 BCSC 1075, para. 24; *Osborne v. Est. Frederick Osborne and Daisy Osborne* [2001] VSCA 228, paras. 17–18; *Birch v. Curtis* [2002] EWHC 1158 (Ch), [2003] 2 FLR 847, para. 75; *Lavoie v. Trudel* [2016] O.J. No. 3458, 2016 ONSC 4141, paras. 20–22

111 הראיה לכוונת המצוים לכבילה הדדית יכולה להיות בצוואה ההדדית עצמה (במפורש או במרומז), בחוזה נפרד או בנסיבות המלמדות על כוונת כבילה (כגון תזכיר או תרשומת, לרבות של עורך הדין שערך את הצוואה ההדדית, דברים שנאמרו לעורך הדין, שיחות משפחתיות, אמירות או הצהרות לפני חברים, רקע היחסים בין המצוים, התנהגות המצווה שנתר בחיים ועוד). ראו *Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 147–148; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 133–134; PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 485–487; Oosterhoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 140; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 159–160; Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills*

הובילה לשינוי במישור המהותי ולהחלת ההסדר גם במצבים שאינם עולים כדי חוזה מחייב על פי דיני החוזים, וזאת לפי עקרונות של צדק פרטני בהתחשב בנסיבות.¹¹² דהיינו, המבחן לתחולת ההסדר נהפך למבחן מהותי. מצב דומה קיים אף בדין הישראלי (על כך ראו להלן בתת-פרק 31).¹¹³

מגמה זו יצרה אי־ודאות באשר לתחולתה של הנורמה – דהיינו, ביחס לתחולתו של יסוד הכבילה – ומצב זה הוביל להתדיינויות יתר. למעשה, אחת הסוגיות המשמעותיות והנדונות ביותר בפסיקה ובספרות במדינות שבהן נדרש חוזה כתנאי לתחולתה של הנורמה היא סוגיית הראיה לחוזה, או ליתר דיוק – הראיה לקיומה של כוונת כבילה. בספרות נכתבו תילי תילים של פרשנויות והסברים על אודות סוגיה זו, ובתי המשפט ברחבי העולם נאלצו להתמודד עם התדיינויות מרובות שנסבו סביב שאלה עובדתית־ראייתית זו.¹¹⁴

סוגיית הביטול מייצרת אי־בהירויות נוספות באשר לתחולתם של הנורמה ויסוד הכבילה. כך, למשל, מתעוררת אי־ודאות בנסיבות שבהן ניתנה הודעה על אודות הביטול בעל פה. כמו כן מתעורר קושי בנסיבות שבהן נודע לאחד המצווים כי המצווה האחר ביטל את צוואתו ההדדית, אך לא ניתנה הודעה רשמית על אודות הביטול. בנסיבות כאמור עולה השאלה אם הידיעה יכולה לשמש תחליף להודעת הביטול.¹¹⁵

אף הביטול עצמו מעורר קשיים ביחס לתוצאותיו. כך, עולה השאלה אם ביטול מוביל לבטלותן של שתי הצוואות או רק לבטלותה של צוואת המצווה שביטל. מחד גיסא, על פי דיני הירושה, ביטול על ידי אחד המצווים אינו אמור להשפיע על תוקף צוואתו של האחר, בהיות הצוואה מעשה אישי (סעיף 28 לחוק הירושה). מאידך גיסא, על פי דיני החוזים, מדובר בהסדר משותף המבוסס על הדדיות והסתמכות, ולפיכך בעת ביטול כדין ראוי שההסדר כולו יתבטל. קושי זה מתעורר אף ביתר שאת לאחר פטירתו של אחד המצווים, בשיטות משפט המאפשרות את ביטול הצוואה ההדדית בשלב זה.

ה"ש 110, בעמ' 191–192, Richardson, לעיל ה"ש 18, בעמ' 103–106, Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 10–11, Cassidy, *An Equitable Agreement or a Contract in Law*; לעיל ה"ש 16, בעמ' 222–245; עניין Charles, לעיל ה"ש 110, פס' 64–69 לפסק הדין; עניין Goodchild, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1221–1226; עניין Fry, לעיל ה"ש 110, פס' 29–38 לפסק הדין; עניין Burnell, לעיל ה"ש 110, פס' 37–51 לפסק הדין; עניין Atha, לעיל ה"ש 110, פס' 33–43 לפסק הדין; עניין Flocas, לעיל ה"ש 15, פס' 36–94 לפסק הדין; קריטנשטיין "מרבה נכסים מרבה דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 19–21.

112 ראו CASSIDY, MUTUAL WILLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 11–12, Davis, *Mutual Wills*; לעיל ה"ש 97, בעמ' 243.

113 לביקורת על זיהויה של הצוואה ההדדית על סמך מבחן מהותי ראו שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין דיני ירושה ועיזבון 148 (מהדורה שביעית מורחבת ומעודכנת, 2014).

114 ראו הפסיקה שלעיל בה"ש 110.

115 להרחבה על אודות הבעיות המתעוררות בקשר לסוגיית הביטול בחיי שני המצווים, לרבות דוגמאות מהדין הזר, ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 28–33.

פרק ה: סיווגה והסדרתה של הצוואה ההדדית ככלי משפטי ירושתי-חוזי – הצעה להסדר נורמטיבי

אתגר הסדרתה של הצוואה ההדדית מחייב יצירת איזון בין חופש הצייווי לבין התכלית והערכים העומדים ביסודה. מלאכה זו מחייבת בשלב הראשון איתור של הערכים, המטרות והצרכים שעומדים ביסוד ההסדר, ובכך דנתי בפרקים א ו-ב לעיל; בשלב השני יש לאתר ולמפות את הקשיים המעשיים המחייבים מענה, ובכך דנתי בפרק ד לעיל; ורק לבסוף – בשלב השלישי – יש לגשת לעיצוב ההסדר הנורמטיבי, ובכך אדון בפרק זה, שבו אציג הצעה להסדרת הנורמה ככלי משפטי מעין-חוזי שיש בו כדי להגשים את תכליתה של הצוואה ההדדית ואת הערכים העומדים ביסודה, תוך פגיעה מצומצמת בחופש הצייווי ותוך מתן מענה הולם לקשיים הייחודיים לה.

ההסדר המוצע כולל דרישות צורניות בקשר לתחולתה של הנורמה: דרישה צורנית של אישור בבית המשפט כתנאי לתוקפה, ודרישה צורנית של הודעה בכתב כתנאי לביטולה. מטרת הדרישות הצורניות היא להבטיח ודאות באשר לתחולת הנורמה (ועל ידי כך למנוע התייגויות משפטיות) ולמזער את הפגיעה בחופש הצייווי. בררת המחל על פי ההסדר המוצע כוללת (כמקובל) שני שלבים: בשלב הראשון – כל עוד שני המצווים חיים (דהיינו, מחתימת הצוואה ההדדית ועד לפטירתו של אחד המצווים) – כל אחד מהמצווים רשאי לבטל את הצוואה ההדדית בהודעה בכתב; ואילו בשלב השני – לאחר פטירתו של אחד המצווים – המצווה שנותר בחיים ככול לצוואה ההדדית (תוך שלבית המשפט נתונה סמכות להתערב במקרים חריגים ובאופן מצומצם). על פי ההסדר המוצע, ההגנה על תוכנית ההורשה המשותפת בשלב שלאחר פטירתו של אחד המצווים היא כוללת ומקיפה. מדובר בהסדר הכולל יסוד כבילה רחב היקף וכן יסודות קנייניים (דהיינו, המצווה שנותר בחיים מוגבל מכוחו הן באשר לביטול הצוואה ההדדית הן באשר לביצוע פעולות להכשלת תוכנית ההורשה המשותפת), ויש לו אף תחולה מול צדדים שלישיים.

1. הדרישות הצורניות באשר לתחולתו של ההסדר

(א) אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט כתנאי לתוקפה

קושי עיקרי שמתעורר ביחס לצוואה ההדדית הוא אי-הוודאות באשר לתחולת הנורמה, דהיינו, קושי להבחין בין צוואה הדדית לבין צוואת יחיד. קושי זה נובע מהעדר דרישה צורנית ייחודית לצוואה ההדדית.

במדינות שונות שבהן הצוואה ההדדית מוסדרת על בסיס דיני החוזים התפיסה המקובלת היא שתנאי לתחולתה הוא קיומו של חוזה לכבילה הדדית.¹¹⁶ הדרישה לחוזה היא סוג של דרישה צורנית, אלא שבדין הזר קיימת מגמה מובהקת של הגמשת הדרישה לחוזה ושל החלת ההסדר לפי מבחן מהותי של כוונת כבילה לפי עקרונות של צדק פרטני

116 ראו ההפניות לעיל בה"ש 109 ו-110.

בהתחשב בנסיבות, וזאת אף במצבים שאינם עולים כדי חוזה מחייב (להרחבה ראו לעיל תת-פרק 2). מגמה זו משמעותה המהותית היא הסדרת הצוואה ההדדית על פי דיני היושר או דיני ההשתק הקנייני, ולא על פי דיני החוזים.¹¹⁷ דיני היושר אינם מתאימים להסדרת הצוואה ההדדית, בין היתר משום שהם מייצרים אי-ודאות, בעוד תכלית ההסדר דורשת ודאות בדרגה גבוהה.¹¹⁸

הפתרון טמון ביצירת הסדר ירושתי-חוזי הכולל דרישת צורה מהותית לתחולתו.¹¹⁹ ודוק, בהתנגשות שבין מהות לצורה מתעורר לעיתים מתח בין הצדק הפרטי של הצדדים לבין הצדק הכללי וההשלכות הצופות פני עתיד.¹²⁰ העדר כללים סדורים הוא תוצר לוואי של שיקול הדעת השיפוטי, ואינו ייחודי לצוואה ההדדית.¹²¹ אלא שהצוואה ההדדית תוכל להגשים את תכליתה ולהוות כלי משפטי יעיל רק אם יוחל הסדר שייצור רמת ודאות גבוהה באשר לתחולתו וימנע התדיינות יתר. בדומה להסדרים חוזיים אחרים, דרישת הצורה בקשר לצוואה ההדדית יכולה לשמש "מכשיר מיון" באשר לתחולתה, וכך לייצר

117 המצדדים בהסדרת הצוואה ההדדית על בסיס דיני היושר או דיני ההשתק טוענים כי דרישה דווקנית לחוזה כתנאי לכבילה פוגעת ברצון המצווים, ומאפשרת לנותר בחיים להשתחרר לא בצדק מהסדרים שלא השתכללו לכלל חוזה, אף כאשר יש מקום לאוכפם. לטענתם, במקרים כאמור יש להחיל את ההסדר גם בהעדר הסכם חוזי מכוון דיני היושר. ראו CASSIDY, MUTUAL WILLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 3-6, 11-20 ו-43-46, Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law; לעיל ה"ש 16, בעמ' 231-229, Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills; לעיל ה"ש 45, בעמ' 137-138, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine; לעיל ה"ש 16, Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 166-172, Oosterhoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 145; עניין Flocas, לעיל ה"ש 15, פס' 246-267 לפסק הדין.

118 דיני היושר ודיני ההשתק הקנייני אינם מתאימים לשמש בסיס לצוואה ההדדית מסיבות שונות. ראשית, מבחינה רעיונית, בבסיס הצוואה ההדדית עומד יסוד השיתוף, ואילו ההשתק הקנייני אינו מבוסס בהכרח על שיתוף, ולצורך תחולתו מספיקה התנהגות חד-צדדית היוצרת ציפייה. ראו PHILIP H. PETTIT, EQUITY AND THE LAW OF TRUST 216 (12th ed. 2012). הכרה בצוואה הדדית על בסיס התנהגות חד-צדדית חוטאת למטרותיו ולתכליתו של ההסדר. שנית, הסדר המבוסס על השתק קנייני עלול לפגוע יתר על המידה בחופש הציווי, ולהביא לידי החלת ההסדר על מצווים שלא התכוונו לכבול את עצמם. שלישית, הסדר המבוסס על השתק קנייני ייצור חוסר ודאות באשר לתחולת הנורמה, ויוביל להתדיינות ולפגיעה באמינותה של הצוואה ההדדית. רביעית, הסעד הניתן מכוח ההשתק הקנייני הוא סעד גמיש המשתנה בהתאם לנסיבות, ולעיתים אף נקבע כי אין מקום ליתן סעד כלל. ראו PETTIT, שם, בעמ' 212-213, Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 168, Davis, Mutual Wills; לעיל ה"ש 97, בעמ' 246. גמישות הסעד משמעותה העדר ודאות באשר לקיום תוכנית ההורשה המשותפת שבבסיס הצוואה ההדדית, ומכאן שתכליתה של הצוואה ההדדית אינה מוגשמת. להרחבה נוספת ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 91-93.

119 לפתרון של הכרה בחוזה ירושה בדין הזר בכפוף לדרישות צורניות, ולביקורת על פתרון זה, ראו קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 13, 20-21 ו-41 (וההפניות שם). להצעה דומה בקשר לחוזי ירושה ראו מנדלסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 122-123.

120 ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587, 631-632 (2013).

121 ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9 (2007) (להלן: פרידמן "פורמליזם וערכים").

ודאות בדרגה גבוהה.¹²² הצורך ב"מכשיר מיון" עולה ביתר שאת בקשר לצוואה ההדדית (לעומת הסדרים חוזיים אחרים), שכן שאלת תחולתה עולה בשלב שבו לפחות אחד משני עורכיה אינו בחיים, ולעיתים אף שניהם.

דרישת הצורה יכולה לשמש אף כלי נוסף להגנה על חופש הציווי. ודוק, שימוש בצוואה ההדדית בקלות דעת עלול להביא לידי החלת הנורמה על מצווים שאינם מודעים ליסוד הכבילה הגלום בה או על מצווים שאינם מעוניינים בו. תוצאה כאמור משמעותה פגיעת יתר בחופש הציווי. **דרישת הצורה תחייב את בני הזוג להקדיש מחשבה נוספת לבחינת רצונם האמיתי להחיל על עצמם את ההסדר (לרבות יסודות הכבילה הגלומים בו), והיא אף מייצרת מסר חברתי שידגיש את ההשלכות הכבדות הנובעות מעריכת הצוואה ההדדית.**¹²³

דרישת צורה מהותית עלולה אומנם להביא לידי החלה מוגברת של מנגנונים מרכזים בפסיקה (בדומה להגמשת הדרישה לחוזה בדין הזר), במיוחד בהתחשב במגמת הפסיקה להעדיף את המהות על הפרוצדורה ובאופיו הלא-פורמליסטי של המשפט הישראלי.¹²⁴ עם זאת, אם תיקבע בחוק דרישת צורה מהותית קוגנטית (כמו מרכיבי היסוד הקבועים בסעיף 25(ב) לחוק הירושה לגבי צוואת יחיד), לא יהיה אפשר להתגבר עליה באמצעות תחליפים ראייתיים.

דרישות צורניות מיועדות להגן על ערכים, אלא שתמיד קיים הסיכון שהן יובילו לסיכול הערכים חלף הבטחתם. כך, למשל, הדרישות הצורניות בצוואה מותרת להגן על הערך של כיבוד רצון המת (הבטחת גמירות דעתו של המצווה, ודאות שאכן התקיימה כוונה לצוות והגנה מפני השפעות לא הוגנות). אלא שעמידה על התנאים הצורניים כאשר התקיים רצון אמיתי לצוות אך לא התקיימו דרישות הצורה תוביל לגרימת עוול ולא-כיבוד רצון המת. דוגמה נוספת לכך היא דרישת הכתב בעסקת מקרקעין, שמטרתה להגן על רצון המתקשרים בעסקת המכר (הבטחת שיקול דעתם ומודעותם למשמעותה ולחשיבותה של העסקה), אולם עמידה עליה כאשר התקיימה הסכמה אמיתית שלא הועלתה על הכתב תוביל לגרימת עוול ולסטייה מההסכמות.¹²⁵

122 ראו כהן "נאמנות הפרשן", לעיל ה"ש 120, בעמ' 595-596 ו-632-634. על הצורה כמכשיר למיון התנהגות הצדדים ולסיווגה ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 464-466; נילי כהן "צורת החוזה" **הפרקליט** לח 383, 387-388 (1989).

123 לדיון בשיקול ההרתעתי כאחד מיתרונותיה של דרישת הכתב בהקשר של דיני החוזים ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 466-467; כהן "צורת החוזה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 386 ו-390.

124 ראו מיכל אלברשטיין "מרד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית" **מחקרי משפט** כו 349, 380 (2011); מאוטנר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 544-549. לתפקידן של דרישות הצורה בהבטחת רצינות וגמירות דעת ראו קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 12 ו-53; קריטנשטיין "מתנה מחמת מיתה", לעיל ה"ש 13, בעמ' 413.

125 ראו פרידמן "פורמליזם וערכים", לעיל ה"ש 121, בעמ' 11-14 ו-17-18; פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 469; נילי כהן "הסיפור של קניג נ' כהן: טרגדיה משפחתית, טרגדיה משפטית" **מעשי משפט** י 253, 262-266 (2019); כהן "צורת החוזה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 389.

סיכון כאמור אינו קיים ביחס לדרישת הצורה המוצעת בנוגע לצוואה ההדדית. ודוק, דרישת הצורה נועדה להגן על חופש הצייווי, ולפיכך היא רלוונטית לכבילה בלבד. דהיינו, בהעדר קיומו של התנאי הצורני, צוואות בני הזוג יהיו תקפות כצוואות "רגילות", אך יסוד הכבילה לא יחול לגביהן. כלומר, הסיכון בהקפדה על יסוד הצורה הוא שתוכנית ההורשה המשותפת תסוכל. מחד גיסא, תוצאה זו עלולה לפגוע (בנסיבות מסוימות) בעקרונות החוזיים של קיום התחייבויות, הסתמכות והדדיות, והיא אף עלולה לגרום עוול במקרים פרטניים; אך מאידך גיסא, תוצאה זו תייצר ודאות והבחנה ברורה ביחס לתחולתו של יסוד הכבילה. בנסיבות כאמור ייתכן שלא יתקיים אמון ושיתוף פעולה בין בני המשפחה, אך הוודאות המשפטית – ביחס לאי־תחולתו של יסוד הכבילה – תמנע התדיינות פנים־משפחתית.

זהו האיזון הראוי בין חופש הצייווי לחופש החוזים תוך הבטחת תכליתה של הצוואה ההדדית. כאמור, ההצדקה לפגיעה בחופש הצייווי ולהעדפת הערכים החוזיים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית מבוססת על ערכים משפחתיים של ודאות ושלוש בית. באיזון בין הנזק הפרטי שייגרם במקרים שבהם לא יתקיים יסוד הצורה ותוכנית ההורשה המשותפת תסוכל לבין הנזק הכללי שייגרם כתוצאה מויתור על דרישת הצורה – דהיינו, התדיינות יתר לגבי שאלת תחולתו של ההסדר ופגיעה מעבר לנדרש בחופש הצייווי עקב החלת יתר של ההסדר – אין הצדקה להגמשת יסוד הצורה ולהכרה בחריגים.

הסדר בעל דרישת צורה מהותית כתנאי לתחולתו ייצור ודאות, יבטיח כי המצווים שקלו והבינו את מהות ההסדר, יחסוך את הצורך בהתדיינות ובמבחנים ראייתיים לכוונתם של המצווים להחיל עליהם את ההסדר (לרבות יסוד הכבילה ויסוד ההסתמכות), ויאפשר להתמקד בשאלה המשמעותית של **תוכן הכבילה**.¹²⁶

דרישות הצורה המוכתבות על ידי החוק עשויות ללבוש גווני שונים.¹²⁷ בעניינינו, דרישת הצורה צריכה להיות מותאמת להיבטיה המהותיים של הצוואה ההדדית, ולפיכך ראוי להחיל דרישת צורה דומה לזו הקיימת בחוק יחסי ממון בין בני זוג ביחס להסכמי ממון – **אישור בבית המשפט**.¹²⁸ בהליך האישור יורא בית המשפט כי המצווים הבינו את ההסדר, את משמעותו ואת השלכותיו, לרבות יסוד הכבילה הגלום בו. מדובר בהליך פשוט וזול, המתקיים כדבר שבשגרה בתחום הסכמי הממון.

למעשה, מדובר בדרישה מתבקשת (כמעט). ודוק, הצוואה ההדדית היא סוג של הסכם ממון העוסק בהיבטים מסוימים של חלוקת הרכוש בעת פקיעת הזוגיות עקב פטירה. עריכתה דומה במהותה לעריכת הסכם הממון, ורעיונות דומים עומדים בבסיס שני

126 ראו Cassidy, *Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 121–122; Cassidy, *An Equitable Agreement or a Contract in Law*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 244. לדיון ביתרונות ובחסרונות של דרישה צורנית בקשר לצוואה ההדדית ראו שבת (חלפון) ושבת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 273–275.

127 כגון כתב, אישור של רשות ציבורית, רישום בפנקסים ציבוריים, אישור נוטריון ועוד. ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 463; כהן "צורת החוזה", לעיל ה"ש 122, בעמ' 385.

128 ס' 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. לעמדות דומות ראו Gandhi, לעיל ה"ש 18, בעמ' 276; Thompson; לעיל ה"ש 16, בעמ' 19.

ההסדרים.¹²⁹ עריכת הצוואה ההדדית מחייבת התמודדות עם סוגיות מורכבות שבני זוג אינם נדרשים להתמודד עימן בשגרה, ואשר מחייבות שיח מורכב בדומה לזה הנדרש בעת עריכת הסכם ממון. תכלית הדרישה הקבועה בחוק יחסי ממון בין בני זוג לאישורו של הסכם הממון בבית המשפט היא "להעמיד את בני הזוג על רצינות ההסכם ותוצאותיו".¹³⁰ הדבר נכון אף ביחס לצוואה ההדדית.

יתרה מזו, הסכמי ממון נערכים לרוב בגישה "לעומתית" – מנקודת מבטו של כל אחד מבני הזוג כ"יחיד" – ולפיכך בעת עריכתם בני הזוג מבינים כי עליהם להבטיח את זכויותיהם, ובמקרים רבים הם אף נעזרים ביעוץ משפטי נפרד. הצוואה ההדדית, לעומת זאת, נערכת בגישה "שיתופית" – מנקודת מבט זוגית-משפחתית – מתוך רצון ליצור תוכנית הורשה משותפת (למעט צוואה הדדית הנערכת כחלק מהסדר פרידה). האישיור בבית המשפט מטרתו לוודא שבמסגרת עריכת תוכנית ההורשה המשותפת נשקלה והובאה בחשבון אף טובתו של כל אחד מהמצווים בנפרד.

התנאי הצורני המוצע – אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט – יהווה מחסום מפני עריכת צוואות הדדיות בפזיזות. אולם באותה מידה הוא עלול לפעול כאפקט מצנן ולהניא בני זוג מלערוך צוואות הדדיות, משום שהוא מחייב את המצווים לערב את המדינה בהסדר משפחתי-פרטי ופוגע בפרטיותם. נוסף על כך, הגם שהתנאי פשוט וזול, יש בו עדיין כדי להכביד את הליך עריכתה של הצוואה ההדדית.¹³¹ אלא שתנאי המייצר אפקט מצנן אינו חיסרון; ההפך הוא הנכון – השימוש בצוואה ההדדית חייב להיעשות בזהירות ובגמירות דעת בדרגה גבוהה, שאם לא כן הדבר עלול להוביל הן לפגיעת יתר בחופש הציווי הן להתדיינות יתר. ההשלכות של עריכת צוואה הדדית מבלי שבני הזוג שקלו ברצינות ובזהירות את משמעותה חמורות בהרבה מההשלכות של הימנעות בני הזוג מעריכת צוואה הדדית בשל רתיעה מתנאי צורני (לפי ההסדר המוצע או לפי הסדר אחר). בני זוג המבקשים שיכובד רצונם להגביל את חופש הציווי שלהם – שהוא עקרון יסודי בדני היירושה – יתכבדו ויוכיחו את רצינותם ואת גמירות דעתם ביחס לרצונם זה. בני זוג שירטעו מהתנאי הצורני – דבר המלמד במקרה השכיח על גמירות דעת חלקית בלבד ביחס לכבילה – יכולים לערוך צוואות "רגילות", ואפילו צוואה משותפת אך שאין בה יסוד של כבילה. לצוואות כאמור יהיה תוקף של צוואות יחיד נפרדות,¹³² הן אינן פוגעות בחופש הציווי, ולפיכך דרישת הצורה לא תחול לגביהן.¹³³

129 ראו Thompson, שם.

130 ראו דברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשכ"ט-1969, ה"ח 333. ראו גם יצחק כהן "על דרישותיו הקמאיות של אישור הסכם ממון ועל הנסיגה מהן" **מאזני משפט** יב 45, 51-52 (2019). לביקורת ולטענה כי תפקידו של בית המשפט באישור הסכם הממון הוא פורמלי בלבד ראו רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח" **משפטים** מח 333, 368-369 (2019).

131 ראו, למשל, את עמדתו של קריטנשטיין שלפיה תנאי "כניסה" קשיחים להסדר עלולים לייצר מצב שבו פרטים יימנעו משימוש בו – קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבה דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 26-27.

132 ראו ת"ע (משפחה ת"א) 550-11-12 א' נ' ז', פס' א' לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.11.2014).

133 להרחבה נוספת על אודות ההצעה באשר לתחולת ההסדר ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 57-64.

על כך יש להוסיף כי השימוש התדיר בהסכמי ממון שמאושרים בבתי המשפט – על אף החלופה הקיימת על פי החוק לאישור הסכמי ממון לפני נוטריון (לפני הנישואים)¹³⁴ – מלמד כי מבחינה מעשית התנאי הצורני של אישור בבית המשפט אינו מהווה חסם משמעותי.¹³⁵

(ב) מסירת הודעה בכתב כתנאי לביטול הצוואה ההדדית

התפיסה המקובלת – הן בדין הישראלי הן בדין הזר – היא שביטול הצוואה ההדדית בחיי שני המצווים מותנה במסירת הודעה.¹³⁶ בהקשר זה עולה השאלה אם יש תוקף לביטול חרף העדר הודעה אם קיימת ידיעה על אודותיו, דהיינו, בנסיבות שבהן הביטול נודע למצווה האחר אך לא נמסרה לו הודעה על אודות הביטול. מטרת ההודעה היא להגן על עקרון ההסתמכות, ולאפשר למצווה האחר הזדמנות לערוך צוואה חדשה. לפיכך יש הסבורים כי ידיעה על אודות הביטול מספיקה לצורך תחולת הביטול, שכן הידיעה מבטלת את הצדקה להסתמכות.¹³⁷

גישה זו עלולה להפוך את הדרישה למסירת הודעה לחסרת משמעות, ואף לייצר אי-ודאות באשר לתחולת הנורמה ולהביא לידי התדיינויות יתר.¹³⁸ ודוק, ידיעה על אודות הביטול אומנם שוללת את עקרון ההסתמכות ומגינה על חופש הציווי של המצווה שנודע לו על אודות הביטול, אך ביסוד ההסדר עומדים כאמור אינטרסים, עקרונות, ערכים וצרכים רחבים יותר מעקרון ההסתמכות וחופש הציווי (ראו הדיון לעיל בפרקים א ו-ב). הצוואה ההדדית היא תוצר של פעולה משותפת, והיא אינה שייכת למי מהמצווים בנפרד. לפיכך אף ביטולה דורש פעולה של שיתוף והדדיות – מסירת הודעה מפורשת.¹³⁹

134 ס' 2(ג) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

135 בשנת 2016 הוגשו לבתי המשפט לענייני משפחה 4,007 בקשות לאישור הסכם ממון, ובשנת 2017 הוגשו 4,170 בקשות כאלה. נתונים אלה אינם כוללים בקשות לאישור הסכם גירושים או בקשות לאישור הסכם ממון וגירושים. נתונים אלה מקורם במכתב מהנהלת בתי המשפט, לשכת היועץ המשפטי (היחידה לחופש המידע), לעו"ד קרן הורוביץ, מנכ"לית מרכז רקמן לקידום מעמד האישה (הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן) (21.3.2018) (המכתב התקבל במרכז רקמן כחלק מאיסוף נתונים לצורך עבודת המחקר הנעשית במרכז, והעתקו הועבר למחברת באדיבותה של עו"ד קרן הורוביץ).

136 ראו ההפניות לעיל בה"ש 3.

137 ראו Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 673–674; Mitchell, לעיל ה"ש 107, בעמ' 137; Dall, לעיל ה"ש 3, בעמ' 239; *Lally v. Cronen*, 247 N.Y. 58, 159; בעמ' 308, N.E. 723, para. 8 (1928). גישה זו עולה במשתמע גם מהלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 308, שם דובר לא רק בהודעה, אלא גם ב"מעשה גלוי" המלמד על ביטול, וכן מהלכת *Birmingham*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 683, שם דובר בהעדר אפשרות לבטל ללא ידיעה של המצווה האחר. לפירוט על אודות הדין הישראלי באשר לסוגיה זו ראו להלן תת-פרק 31.

138 לעמדה דומה ראו Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 160–161.

139 לעמדה שלפיה "הודעת הביטול צריכה להיות ברורה וחד משמעית, וחייבת להתבצע מסירה בפועל" ראו שוחט, פינברג ופלומין, לעיל ה"ש 113, בעמ' 149. להבדל בין ביטול צוואת יחיד לבין ביטול צוואה הדדית ראו שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 356.

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

ההודעה היא כלי אשר מגן על הערכים שבבסיס הצוואה ההדדית, והיא מבטאת את היות הצוואה מסמך משותף והדדי.

במדינות שבהן הוכרה ידיעה על אודות הביטול כמספיקה לצורך תחולתו – לנוכח הקביעה כי הידיעה שוללת את עקרון ההסתמכות – נאלצו בתי המשפט להכיר בתוקפם של ביטולים שנערכו בסתר, ואשר התגלו לאחר פטירת המצווה שביטל את צוואתו ההדדית בסתר. ודוק, לאחר פטירת המצווה שביטל בסתר נחשף הביטול, ועקרון ההסתמכות נשלל. בנסיבות אלה לא נותרה עוד כל הצדקה שלא להכיר בתוקפו של הביטול שנחשף.¹⁴⁰ תוצאה זו מנוגדת לערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית, ומעודדת התנהגות שלילית של ביטול בסתר.

לנוכח התכליות העומדות בבסיס ההסדר – ודאות ושלוש בית – ההסדר המוצע כולל אף דרישת צורה ביחס להודעת הביטול: דרישה של **כתב**, שיוצר ודאות מהותית וראייתית. מטרתו של הכתב אינה רק להבטיח את גמירות דעתו של המצווה המבטל, אלא גם (ואולי בעיקר) להבטיח שתיווצר ודאות אצל מקבל הודעת הביטול כי הצוואה ההדדית – מסמך משפטי משותף בעל משמעות כבדה מבחינה כלכלית ומשפחתית – אכן בוטלה.¹⁴¹ השיקולים העומדים בבסיסה של דרישת הכתב בהסדר המוצע מצדיקים את סיווגה כדרישה מהותית, דהיינו, שבהעדר כתב לא יהיה ביטול. זאת, להבדיל מדרישה ראייתית, שהיא דרישה גמישה יותר באשר כל מטרתה להוכיח כי ניתנה הודעה מפורשת.¹⁴² מחד גיסא, דרישת כתב מהותית עלולה לייצר עוול במצבים שבהם ניתנה הודעה מפורשת אך לא בכתב, שאז שיקול דעת שיפוטי, המשוחרר מדפוסי הצורה, יכול להגיע לחקר האמת באמצעות ראיות מהותיות. מאידך גיסא, אף בשיטה המתבססת על ראיות מהותיות מתרחשות טעויות.¹⁴³ החשש מטעויות במצבים כאמור – דהיינו, בשלב שלאחר פטירת אחד המצווים או שניהם – הוא חשש משמעותי.

בהתייחס לכלל השיקולים העומדים על הפרק, ראוי לסווג את דרישת הכתב באשר להודעת הביטול על פי ההסדר המוצע לפי סיווג דומה לזה של דרישת הכתב הקבועה בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 – סיווג שהוגדר על ידי פרידמן וכהן כ"**דרישת כתב שפועלה הוא בין מהותי לראייתי**", דהיינו, דרישה מהותית אשר בנסיבות מסוימות ניתן לא להחיל עליה את כל התוצאות הנובעות מסיווגה כמהותית.¹⁴⁴ הסדר כאמור מייצר איזון בין הבטחת התפקיד החיוני שדרישת הכתב ממלאת בקשר לביטול לבין עקרון

140 ראו *Re Hobley (Deceased)* [2006] W.T.L.R. 467, *The Times* (1997); *Stone v. Hoskins* [1905] 194 TLR 528, [1905] 194 Mitchell; 74 LJP 110, 93 LT 441, 54 WR 64, 21 TLR 528, לעיל ה"ש 107, בעמ' Hudson & Sloan; 137 TLR 673, לעיל ה"ש 3, בעמ' 160, *Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*; לעיל ה"ש 17, בעמ' 674-673.

141 על חשיבותה של הודעת הביטול בצוואה ההדדית ראו ת"ע (משפחה ת"א) 34556-05-18 מ.א.נ.ר.ג., פס' 89-92 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.12.2019).

142 על משמעותה של ההבחנה בין דרישה צורנית מהותית לדרישה צורנית ראייתית בהקשר של דיני החוזים ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 478-479.

143 ראו שם, בעמ' 469.

144 ראו שם, בעמ' 484-485.

ההגינות והצורך לחתור לכך שדרישת הכתב לא תשמש מכשיר שמייצר עוול.¹⁴⁵ מבחינה מעשית ראוי לקבוע הסדר שלפיו בהעדר כתב אין תוקף לביטול, למעט בהתקיים הודאה של מקבל הודעת הביטול כי נמסרה לו הודעה מפורשת בעל פה, לרבות הודאה בהתנהגות ברורה (דהיינו, בעריכת צוואה חדשה או בהתנהגות אחרת המלמדת על התנערות ברורה מתוכנית ההורשה המשותפת).¹⁴⁶ על פי המודל המוצע, ביטול הצוואה ההדדית – להבדיל מעריכתה – אינו מצריך אישור של בית המשפט, שכן האישור בבית המשפט נועד להבטיח כי המצווים מבינים את הכבילה הגלומה בהסדר. השחרור מהכבילה, לעומת זאת, אינו מצריך בדיקה דומה.

זכות הביטול בחיי שני המצווים מעוררת בעיה מעשית בנסיבות שבהן קיימת מניעה – פיזית או מהותית – שאינה מאפשרת מסירת הודעת ביטול. בנסיבות כאמור (למשל, כאשר אחד המצווים איבד את כושרו המשפטי) אין להודעת הביטול כל משמעות, שכן מקבל ההודעה ממילא לא יוכל לערוך צוואה חדשה. אובדן הכושר המשפטי דומה במהותו למצב של פטירה, ולפיכך יש להחיל על מצב זה דין דומה, דהיינו, להגביל את אפשרות הביטול.¹⁴⁷

בנסיבות שבהן קיימת מניעה פיזית המונעת מסירת הודעת ביטול (למשל, כאשר אחד המצווים נעדר), מוצע לאפשר למצווה שמבקש לבטל את הצוואה ההדדית לפנות לבית המשפט, תוך השארת ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט בהתחשב בנסיבות. הואיל ומדובר במקרים חריגים, החשש מריבוי התדיינויות אינו רלוונטי.

2. משמעותו המעשית של יסוד הכבילה

הגנה על תוכנית ההורשה המשותפת העומדת ביסוד הצוואה ההדדית מחייבת כאמור יצירת הסדר שכולל יסודות של כבילה, תוך פגיעה מסוימת בחופש הציווי. יסוד הכבילה הוא היסוד המהותי ביותר בהסדר, שמבטיח את תכליתו ומטרתו, ויש לו משמעות מייד עם כניסת ההסדר לתוקף (דהיינו, לפי ההסדר המוצע – עם אישורה של הצוואה ההדדית בבית המשפט).

בררת המחדל על פי ההסדר המוצע כוללת התחייבויות שונות. בהתאם לכך, ליסוד הכבילה יש היבטים אחדים. בשלב הראשון – **בחיי שני המצווים** – ההתחייבות היא שהצוואה ההדדית לא תבוטל ללא הודעה בכתב. לפיכך בשלב זה יסוד הכבילה חל ביחס **לאופן הביטול**, ואילו ביחס לביטול עצמו קיים בשלב זה יסוד כבילה מוחלש בלבד (על כך ראו להלן בחלק ה-2(א)). בשלב השני – **לאחר פטירתו של אחד המצווים** – ההתחייבות

145 ראו שם, בעמ' 537.

146 בהיקש מהתפיסה החוזית שלפיה ביצוע (חלקי או מלא) של חוזה משמש תחליף ראייה לדרישת הכתב.

ראו שם, בעמ' 537–540.

147 להחלת גישה זו ראו *Hall v. McLaughlin* (1995) 14 WAR 35; *Low v. Perpetual Tr. WA Ltd* (1995) 14 WAR 35; *Hall v. McLaughlin* [2006] O.T.C. 652, [2006] O.J. No. 2848, 25 E.T.R. (3d) 198, 149 A.C.W.S. (3d) 1173, [2006] O.T.C. 652, para. 97.

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

היא שהצוואה ההדדית לא תבוטל. לפיכך בשלב זה יסוד הכבילה חל ביחס לזכות הביטול (על כך ראו להלן בחלק ה2(ב)). ההתחייבות שהצוואה ההדדית לא תבוטל כוללת מניה וביה אף התחייבות שהמצווה שנתר בחיים לא יפעל באופן כלשהו במטרה להכשיל את תוכנית ההורשה המשותפת. יסוד הכבילה בא לידי ביטוי אף בהקשר של התחייבות זו (על כך ראו להלן בחלק ה2(ג)).

(א) משמעותו של יסוד הכבילה בשלב הראשון (בחיי שני המצווים) – הגבלת אופן הביטול

ההסדר המוצע מגלם בתוכו התחייבות – כבר מעת החתימה על הצוואה ההדדית – שבחיי שני המצווים הצוואה ההדדית לא תבוטל ללא הודעה בכתב. יסוד הכבילה באשר להתחייבות זו מתגבש עם כניסת ההסדר לתוקף (דהיינו, על פי ההסדר המוצע, עם אישורה של הצוואה ההדדית בבית המשפט), ומשמעותו היא שבהעדר הודעה לא יהיה תוקף לביטול, והצוואה ההדדית "תיאכף".¹⁴⁸

ההתחייבות לא לבטל את הצוואה ההדדית ללא הודעה בכתב פוגעת בחופש הציווי, אך מדובר בפגיעה "מוחלשת". ודוק, חופש הציווי בצוואת יחיד משמעותו היא שהמצווה רשאי לשנות או לבטל את צוואתו בכל מועד, ללא כל תנאי וללא מעורבות כלשהי של גורם נוסף מלבד המצווה (הסכמה, אישור, קליטה או קיבול וכיוצא בהם).¹⁴⁹ בצוואה הדדית, לעומת זאת, הביטול בחיי המצווים מותנה בפעולה הדדית – מסירת הודעה. הגם שפעולה זו אינה מחייבת שיתוף פעולה של מקבל הודעת הביטול, מדובר בפעולה המחייבת את מעורבותו (הסבילה) של פרט נוסף מלבד המצווה. פעולה הדדית זו מצמצמת את חופש הציווי וכובלת את המצווים, שכן בהעדר הודעה בכתב אין תוקף לביטול. השוני בין צוואת יחיד לבין צוואה הדדית בשלב זה אינו נובע מתוכן הכבילה, אלא מעצם תחולתה בצוואה ההדדית – גם אם בגרסה מוחלשת – לעומת העדרה המוחלט בצוואת יחיד.¹⁵⁰

יסוד הכבילה המוחלש החל בשלב הראשון – עד לפטירת אחד המצווים – חל רק ביחס לזכות הביטול, ואילו ביחס לאופן הביטול חל יסוד כבילה מוחלט. דהיינו, ביחס לאופן הביטול חלה כבילה מלאה מייד עם כניסתו של ההסדר לתוקף. תפיסה שלפיה יסוד הכבילה "מתגבש" עם חתימת הצוואה ההדדית ואישורה בבית המשפט יוצרת מסר חברתי חשוב. ככל שהמצווים יבינו כי יש לצוואה ההדדית השלכות ומשמעויות מיידיות עם חתימתה, הם יתייחסו לעריכתה ביתר רצינות (על החשיבות שגמירות הדעת של המצווים תהיה בדרגה גבוהה ראו לעיל בחלק ה1(א)).

זכות הביטול בחיי המצווים מעוררת קושי ביחס להשפעת הביטול על צוואתו ההדדית של מקבל הודעת הביטול. דהיינו, השאלה היא אם ראוי שביטול כדין (בהודעה בכתב) יביא לידי ביטול צוואותיהם ההדדיות של שני המצווים. תוצאת הביטול רצוי ומוטב

148 ראו ההפניות לעיל בה"ש 3.

149 ראו ההפניות לעיל בה"ש 7 ו-19.

150 על יסוד הכבילה המוחלש ראו לעיל ה"ש 35 והטקסט שלידה.

שתוסדר על ידי המצווים עצמם במסגרת הצוואה ההדדית, כאשר כל אחד מהם אף יכול להסדיר באופן שונה את ההשלכות שיהיו לביטול של המצווה האחר על צוואתו שלו. בהעדר הוראות בצוואה ההדדית, יש לקבוע בררת מחדל נורמטיבית. הסדר נורמטיבי שלפיו הודעת הביטול משמעותה ביטול כפול של שתי הצוואות עלול ליצור עוול במקרים שבהם מקבל הודעת הביטול לא יספיק לערוך צוואה חדשה לפני פטירתו. במצב זה מבטל הצוואה ההדדית יחזור למעגל היורשים (מכוח ירושה על פי דין), מבלי שיחולו עליו ההגבלות והחובות שנקבעו בצוואה ההדדית.¹⁵¹ אולם גם האפשרות החלופית – דהיינו, אי-בטלות צוואתו של מקבל הודעת הביטול – עלולה לייצר עוול, שכן מדובר בצוואה שנעשתה בהסתמך על צוואתו של המצווה האחר, שבוטלה.

זוהי דוגמה קלסית לקושי שפתרונו טמון באיזון בין הערכים שביסוד הנורמה. ודוק, יסוד השיתוף החוזי שבצוואה ההדדית אינו מבטל את היסוד האישי שנדרש לצורך פעולת הציווי. דהיינו, הצוואה ההדדית צריכה להיעשות על ידי שני המצווים עצמם ובמעורבותם האישית (על כך ראו בפרק ג לעיל). ביטול שתי הצוואות באמצעות פעולה חד-צדדית של אחד מהם משמעותו שלילה מוחלטת של היסוד האישי שבפעולת הציווי. תוצאה כאמור היא מרחיקת לכת, קל וחומר בשלב הביטול, שאז ההסדר "מתפרק" מיסודותיו החוזיים. לפיכך יש לעצב את בררת המחדל באשר לתוצאת הביטול לפי מאפיינים ירושתיים, תוך ביטול העקרונות החוזיים.

מבחינה מעשית מוצעת בררת מחדל שלפיה צוואתו ההדדית של מקבל הודעת הביטול לא תבוטל (וכך יישמר יסוד הציווי האישי), למעט הוראות הצוואה המיטיבות עם המצווה שביטל (וכך יבוא לידי ביטוי ביטול העקרונות החוזיים, לרבות עקרון ההדדיות וההסתמכות). עם מסירת הודעת הביטול תיהפך צוואתו של מקבל ההודעה לצוואת יחיד, שניתנת לביטול על פי הדין. אם המצווה שקיבל את הודעת הביטול ילך לעולמו מבלי שביטל קודם לכן את צוואתו, יחולק עזבונו לפי הוראות הצוואה ההדדית, למעט ההוראות המיטיבות עם המצווה שביטל.

ייתכנו אומנם מקרים שבהם הצוואה ההדדית תכלול הוראות המיטיבות בעקיפין עם המצווה שביטל (כגון הוראות לטובת בני משפחתו הנפרדים). כן ייתכנו מקרים שבהם הצוואה ההדדית תכלול הורשה הדדית בלבד, ואז תבוטל ההוראה היחידה הקבועה בה והמצווה שביטל יחזור למעגל היורשים כיוורש על פי דין. אלא שמדובר כאמור בבררת מחדל, ומטבעה מטרתה להסדיר את המקרה השכיח. ההסדר המוצע מאפשר למצווים לסטות מבררת המחדל ולכלול בצוואה ההדדית הוראות באשר לתוצאות הביטול לפי רצונם ובהתאמה לנסיבותיהם.

על פי ההסדר המוצע, המצווים אף יהיו רשאים לקבוע בצוואה ההדדית הוראה שלפיה ביטול הצוואה ההדדית על ידי מי מהם יביא לידי ביטול שתי הצוואות. הוראה כאמור בצוואה ההדדית – בניגוד להוראה דומה הקבועה בחוק – אינה פוגעת ביסוד הציווי

151 ראו שוחט, פינברג ופלומין, לעיל ה"ש 113, בעמ' 149.

האישי. ודוק, דיני הירושה מאפשרים למצווה לכלול בצוואתו תנאי מפסיק.¹⁵² על דרך זו המצווים רשאים לקבוע כי כלל היורשים הקבועים בצוואה ההדדית יחדלו מלזכות בהתקיים ביטול של הצוואה ההדדית (כדין) על ידי אחד מהם. או אז, בהתקיים תנאי זה ובהעדר הוראה אחרת בצוואה ההדדית, יזכו היורשים על פי דיין.¹⁵³ הוראה כזו בצוואה ההדדית זהה לכאורה – מבחינת התוצאה – להוראה הקבועה כברת מחדל בחוק, אך יש כאמור הבדל מהותי בין השניים: ביטול צוואתו של מקבל הודעת הביטול מכוח הוראה בצוואה ההדדית מבוסס על פעולת ציווי שנעשתה באופן אישי על ידי שני המצווים; לעומת זאת, ביטול שתי הצוואות מכוח הוראה בחוק, ללא הוראה בצוואה ההדדית, מבוסס על פעולה חד-צדדית שנעשתה על ידי אחד המצווים בלבד.¹⁵⁴

(ב) משמעותו של יסוד הכבילה בשלב השני (לאחר פטירתו של אחד המצווים) – הגבלת זכות הביטול

על פי ההסדר המוצע, המצווים יהיו רשאים לקבוע בצוואה ההדדית הסדרים שונים, לפי שיקול דעתם, באשר לזכות הביטול לאחר פטירתו של אחד מהם, אך בהעדר הוראה אחרת בצוואה ההדדית, ההסדר המוצע טומן בחובו (כברת מחדל) התחייבות שלאחר פטירתו של אחד המצווים לא יבטל המצווה שנותר בחיים את הצוואה ההדדית. יסוד הכבילה באשר להתחייבות זו מתגבש עם פטירתו של אחד המצווים, ומשמעותו היא שהמצווה שנותר בחיים כבול לתוכנית ההורשה המשותפת.¹⁵⁵ דהיינו, חופש הציווי נסוג, ואף אם המצווה שנותר בחיים יבטל את צוואתו ההדדית, לא יהיה תוקף לביטול, והצוואה ההדדית תקוים. על פי ההסדר המוצע, תוצאה מעשית זו מבוססת מבחינה עיונית-ערכית על יסוד דיני החוזים, דהיינו, מדובר בסעד חוזי של אכיפה – ביטול הביטול.

152 ראו ס' 44(א) לחוק הירושה: "המצווה רשאי לצוות שיורש יחדל מלזכות בהתקיים תנאי או בהגיע מועד."

153 ראו ס' 44(ב) לחוק הירושה: "לא קבע המצווה מי יזכה בהתקיים התנאי או בהגיע המועד, יזכו יורשיו על פי דיין כיוורשים אחרי אותו יורש בהתאם להוראות סעיף 42."

154 להרחבה נוספת על אודות ההשפעה של ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים על תוקף צוואתו של המצווה האחר ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 55-56 ו-87-88.

155 ראו הלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 310; [2007] *Thomas & Agnes Carvel Found. v. Carvel*; 4 All ER 81, [2007] EWHC 1314 (Ch); C.E.F. Rickett, *Extending Equity's Reach Through the Mutual Wills Doctrine?*, 54 MOD. L. REV. 581, 581-583 (1991); C.E.F. Rickett, *Rickett, A Rare ; Mutual Wills and the Law of Restitution*, 105 LAW Q. REV. 534, 538 (1989); *Case of Mutual Wills*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 181-182; *Khong*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 5; *Youdan*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 396 ו-416; *CASSIDY, MUTUAL WILLS*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1, 6 ו-51; *Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 160-161; *of Using Mutual Wills*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 122; *SAWYER & SPERO*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 108-109; *WILLIAMS ON WILLS*, לעיל ה"ש 18, בעמ' 19; *BURROWS*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 447; *RICHARD CLEMENTS &* לעיל ה"ש 49, בעמ' 45-47; *ADEMOLA ABASS, COMPLETE EQUITY AND TRUSTS: TEXT, CASES, AND MATERIALS* 220-222 (3rd ed. 2013); קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 324-326.

הצעה זו שונה באופן מהותי מן ההסדר המקובל בדין הזר (במדינות שבהן חל הסדר המבוסס על דיני החוזים). ודוק, בדין הזר – כמו במשפט הישראלי – הדירותה של הצוואה היא עקרון יסודי בדיני הירושה.¹⁵⁶ לפיכך, על מנת לא לפגוע בחופש הציווי, מחד גיסא, ובו בזמן להבטיח את קיומה של תוכנית ההורשה המשותפת הקבועה בצוואה ההדדית, מאידך גיסא, אומצה בדין הזר קונסטרוקציה משפטית שיוצרת הפרדה בין דיני הירושה לבין דיני החוזים ודיני היושר. במישור של דיני הירושה, המצווה שנתר בחיים אינו כבול לצוואה ההדדית, דהיינו, הוא חופשי לבטלה, והביטול יהא בר תוקף. עם זאת, הנכסים שהצוואה ההדדית חלה עליהם יהיו כבולים לתוכנית ההורשה המשותפת, וזאת באמצעות נאמנות קונסטרוקטיבית שתחול עליהם מכוח דיני החוזים ודיני היושר.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא כלי מכוח דיני היושר אשר נעשה בו שימוש במצבים שונים כדי "לעשות צדק" כאשר אין בדין המצוי מענה מספק. בניגוד לנאמנות מפורשת שמקורה בכוונת הצדדים, הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא נאמנות כפויה מכוח הדין, ומקורה בנסיבות המחייבות בעלים של נכס להחזיק בו בנאמנות בעבור הזולת מכוח דיני היושר.¹⁵⁷

ההבדל בין ההסדר המוצע לבין ההסדר המקובל בדין הזר הוא לכאורה רעיוני בלבד, משום שמן הפן המעשי השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית, בדומה להסדר המוצע, יוצר אכיפה דה פקטו – הוא מונע את המצווה שנתר בחיים מלחזור בו מתוכנית ההורשה המשותפת. מבחינה רעיונית, לעומת זאת, ההסדר המוצע פוגע בחופש הציווי, משום שהוא מונע את המצווה שנתר בחיים מלבטל את צוואתו, ואילו ההסדר המקובל בדין הזר אינו פוגע בחופש הציווי, משום שהנאמנות הקונסטרוקטיבית חלה במישור של דיני הירושה, ואינה כובלת את המצווה ביחס לצוואתו, אלא ביחס לנכסיו.¹⁵⁸

156 ראו ההפניות לעיל בה"ש 19.

157 ראו נילי כהן **התערבות ביחסים חוזיים** 35 (1982); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א 30, ה"ש 44 (מהדורה שלישית, 2015); PETTIT; לעיל ה"ש 118, בעמ' 193–206; PEARCE & BARR; לעיל ה"ש 43, בעמ' 244–274.

158 ראו CASSIDY, MUTUAL WILLS; לעיל ה"ש 45, בעמ' 16 ו-94; Oosterhoff; לעיל ה"ש 17, בעמ' 138 ו-142; PEARCE & BARR; לעיל ה"ש 43, בעמ' 480–481; CLEMENTS & ABASS; לעיל ה"ש 155, בעמ' 223; WILLIAMS ON WILLS; לעיל ה"ש 18, בעמ' 20 ו-28; BURROWS; לעיל ה"ש 109, בעמ' 447; Christine J. Davis, *Floating Rights*, 61 CAMBRIDGE L.J. 423, 427 (2002); לעיל ה"ש 17, בעמ' 110; Hudson & Sloan; (להלן: *Floating Right*); DAVIS; לעיל ה"ש 17, בעמ' 110; Sawyer & Spero; לעיל ה"ש 17, בעמ' 110; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*; לעיל ה"ש 3, בעמ' 160–163 ו-166; Croucher, *Mutual Wills*; לעיל ה"ש 9, בעמ' 4; Thompson; לעיל ה"ש 9, בעמ' 16, בעמ' 11; Farquhar; לעיל ה"ש 110, בעמ' 327; Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills*; לעיל ה"ש 110, בעמ' 188; הלכת *Birmingham*; לעיל ה"ש 3, בעמ' 683 ו-689; הלכת *Dufour*; לעיל ה"ש 15, בעמ' 309; עניין *Healey*; לעיל ה"ש 19, פס' 8 לפסק הדין; עניין *Lewis*; לעיל ה"ש 19, פס' 42 לפסק הדין; עניין *Dale*; לעיל ה"ש 19, בעמ' 3 ו-9; עניין *Hiroto*; לעיל ה"ש 19, פס' 8 ו-51 לפסק הדין; עניין *Flocas*; לעיל ה"ש 15, פס' 149 לפסק הדין; עניין *Cleaver*; לעיל ה"ש 3, בעמ' 947; *Univ. Man. v. Sanderson Est.*, 155 D.L.R. (4th) 40, 7 W.W.R. 83, 102 B.C.A.C. 186, 47 B.C.L.R. (3d) 25, 20 E.T.R. (2d) 148, 76 A.C.W.S. (3d) 1052, para. 40 (1998) (Can.).

אלא שלהבדל הרעיוני בין הגישות יש משמעות אף בעולם המעשה. ודוק, השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית אינו מונע, מבחינה תוצאתית, את הפגיעה בחופש הציווי.¹⁵⁹ מדובר בהתחכמות רעיונית שתוצאתה זהה כאמור להגבלת חופש הציווי. תפיסה כאמור לא רק שאינה מונעת את הפגיעה בחופש הציווי, אלא עלולה אף להגבירה, משום שהיא מטשטשת את ההשלכות הכבדות הנובעות מעריכת הצוואה ההדדית ולפיכך יוצרת מסר חברתי שגוי.

השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית מייצר הגנה מלאכותית על חופש הציווי, ויש בו משום התחמקות מהתמודדות מהותית עם הפגיעה בחופש הציווי. הגנה אמיתית על חופש הציווי מחייבת הכרה בפגיעה בחופש הציווי, תוך יצירת איזון בין האינטרסים המנוחים על כפות המאזניים באופן שיבטיח כי הפגיעה תהא מצומצמת ובמידה שאינה עולה על הנדרש לצורך הגשמתם של תכלית ההסדר והערכים העומדים ביסודו.¹⁶⁰

יסוד הכבילה נועד כאמור להבטיח שתוכנית ההורשה המשותפת תקום (בשלב שלאחר פטירתו של אחד המצווים), אלא שלעיתים, במקרים של שינוי נסיבות המצדיק שינוי של הצוואה ההדדית, יסוד הכבילה עלול לגרום עוול. אחת הביקורות העיקריות על מוסד הצוואה ההדדית נוגעת כאמור באי-גמישותה במקרים של שינוי נסיבות לאחר פטירתו של אחד המצווים. בעיה זו מקורה בהיות הצוואה ההדדית כלי משפטי החולש על תקופה שמשכה אינו ידוע מראש, ולעיתים על תקופה ארוכה מאוד (על כך ראו לעיל בתת-פרק 11).

בעיה דומה קיימת בחוזה היחס, אשר מתאפיין – כמו הצוואה ההדדית – ביחסים מורכבים ארוכי טווח ובנסיבות עתידיות לא ידועות, אשר לא תמיד הוסדרו מראש. הפתרון המקובל בהקשר של חוזה היחס הוא מתן סמכות לבית המשפט לפרש את חוזה היחס ולהתאימו לנסיבות החדשות. סמכות כאמור אינה נתפסת כפגיעה בחופש החוזים, משום שהיא מייצרת איזון ראוי בין עקרונות הכבילה והוודאות לבין הצורך בגמישות לנוכח נסיבות משתנות.¹⁶¹

פתרון דומה ניתן להחיל אף בהקשר של הצוואה ההדדית.¹⁶² על פי ההסדר המוצע, בררת המחדל הראויה היא שהמצווה שנתר בחיים יהיה ככול לצוואה ההדדית, אך תישמר לו הזכות לפנות לבית המשפט בנסיבות חריגות לצורך התאמתה לשינוי הנסיבות, וזאת

קונסטרוקציה דומה מוכרת בדיון הזר אף לגבי חוזה ירושה. ראו קרייצר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 16 – 17 ו-34–35 וההפניות שם.

159 ראו Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 133; קרייטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 354.

160 ראו לעיל ה"ש 66 ו-67 והטקסט שלידן. להרחבה נוספת על אודות משמעותו של יסוד הכבילה לאחר פטירתו של אחד המצווים ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 44–47, 64–67 ו-85.

161 ראו רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160–161 (1998); פרידמן וכהן חוזים כרך ג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 411 ו-463–464; דוד (פרדי) רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות 27–48, 65–86, 103–132 (2001).

162 לאפשרות של החלת ההלכות המקובלות בנוגע לחוזה היחס גם על הצוואה ההדדית, בהתאמות הנחוצות, ראו מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 123–124.

באופן צר שאינו חורג ממה שניתן לייחס למצווים. במסגרת הכרעתו יביא בית המשפט בחשבון את עמדתם של היורשים הסופיים (שאמורים לקבל לידיהם את הרכוש לאחר פטירת המצווה שנתר בחיים), ובהעדר הסכמתם יידרש המצווה שנתר בחיים להציע פתרונות להגנה על זכויותיהם (בהתאם לתוכנית ההורשה המשותפת שבצוואה ההדדית) או לחלופין להציג טעמים מיוחדים המצדיקים את התאמת הצוואה ההדדית באופן שפוגע בזכויותיהם.

ההלכה היא שבית המשפט יעשה שימוש במשורה בסמכותו להתאמת חוזה יחס לשינוי נסיבות.¹⁶³ הלכה זו רלוונטית אף ביתר שאת להסדר המוצע ביחס לצוואה ההדדית, שכן בניגוד לחוזה היחס, בעת התאמת הצוואה ההדדית לשינוי הנסיבות אחד מעורכי כבר איננו, ואי-אפשר לברר את עמדתו באשר לשינוי.¹⁶⁴ ככל שהמחוקק ובית המשפט יקבעו כללים והגבלות ברורים יותר לגבי האפשרות להתאים את הצוואה ההדדית לנסיבות החדשות, כן יהיה אפשר לצמצם התדיינויות פנים-משפחתיות במצבים אלה ולשמור על איזון ראוי בין עקרון הוודאות ויסוד הכבילה לבין הצורך בגמישות במקרים חריגים.¹⁶⁵

על פי ההסדר המוצע, המצווים יוכלו לדחות את בררת המחדל שתקבע בחוק או בפסיקה, ולקבוע מראש במסגרת הצוואה ההדדית מתווה פרטי להתאמת הוראות הצוואה במקרים של נסיבות חריגות, דהיינו, הסדר שיהיה רחב יותר או צר יותר מן הכללים וההגבלות שייקבעו בחוק ובפסיקה. המצווים אף יוכלו לקבוע מראש מנגנונים ליישוב אי-הסכמות במקרה של נסיבות חריגות, לרבות שלילת הזכות לפנות לבית המשפט ומינוי גורם מכריע אשר אופן בחירתו או זהותו ייקבעו מראש בצוואה ההדדית.¹⁶⁶

163 ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך ג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 465–466.

164 לעמדה דומה ראו קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבח דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 22.

165 בין היתר יידרשו המחוקק או בית המשפט להכריע אם התנהגות מחפירה של היורשים הסופיים מהווה שינוי נסיבות המצדיק את התערבותו של בית המשפט ואת התאמתה של הצוואה ההדדית. ודוק, יש הסבורים כי הצוואה ההדדית מחייבת גם במצב של התנהגות בלתי נסלחת של היורשים הסופיים או מי מהם (עמדה זו עולה במשתמע מעניין *Goodchild*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1225). אחרים טוענים כי במצב זה המצווה שנתר בחיים משוחרר מעקרון הכבילה (ראו *Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 670).

166 הסכמה כאמור אינה פוגעת בזכות הגישה לערכאות. ודוק, הדין מכיר בתוקפו של תנאי בחוזה הקובע הסכמה להתדיין לפני פורום "פרטי", דהיינו פורום בוררות, שהוא מוסד המוסדר בחוק. הסכמה כאמור ממילא אינה שוללת את סמכותו של בית המשפט, משום שהבוררות כפופה לפיקוחו. ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 451–453. הסכמה כאמור תחייב את היורשים הסופיים, בדומה לאופן שבו תניית בוררות מחייבת את המוטב בחוזה לטובת צד שלישי. ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך ג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 184.

(ג) משמעותו המעשית של יסוד הכבילה בשלב השני (לאחר פטירתו של אחד

המצווים) – הגבלה בקשר לנכסים

בררת המחדל בהסדר המוצע היא שהמצווה שנוטר בחיים אינו רשאי לבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירתו של המצווה האחר, אלא שבכך אין עדיין הבטחה מוחלטת שתוכנית ההורשה המשותפת שביסוד הצוואה ההדדית לא תסוכל באמצעות פעולות ברכוש (כגון העברת רכוש ללא תמורה, הקניית זכויות ברכוש ללא תמורה, כילוי הרכוש וכיוצא בהם). לפיכך ההגנה על תוכנית ההורשה המשותפת מחייבת אף היבט קנייני – הגנה על הנכסים שתוכנית ההורשה המשותפת חלה לגביהם. בכך אדון בחלק זה. בין היתר אתייחס להצדקה הרעיונית למחויבותו של המצווה שנוטר בחיים לא לפעול במכוון לסיכולה של תוכנית ההורשה המשותפת, ולדרכי אכיפתה של מחויבות זו (מן הפן הרעיוני ומן הפן המעשי). בשולי חלק זה אדון אף באפשרותם של המצווים ליצור הגנה מפני סיכול תוכנית ההורשה המשותפת באמצעות פעולות ברכוש כבר בחיי שניהם.

הגנה על תוכנית ההורשה המשותפת מחייבת יצירת הגבלות על המצווה שנוטר בחיים, כדי למנוע פעולות ברכוש שיסכלו אותה. התפיסה המקובלת בדין הזר היא שאף בהעדר הוראות מפורשות בצוואה ההדדית באשר לשימוש ברכוש, המצווה שנוטר בחיים מוגבל מלעשות פעולות ברכוש שלא בתמורה הפוגעות בתוכנית ההורשה המשותפת.¹⁶⁷ ניתן לבסס תפיסה זו על מאפייניה החוזיים של הצוואה ההדדית – עקרון ההסתמכות, עקרון הקיום, עקרון ההדדיות ועקרון תום הלב – אשר מאפשרים להטיל על המצווה שנוטר בחיים הגבלות מכללא מכוח התחייבותו לתוכנית ההורשה המשותפת הקבועה בה. ודוק, אחת מנגזרותיה של חובת תום הלב בדיני החוזים היא החובה לשתף פעולה לצורך הגשמת הציפיות הסבירות של הצד האחר לחוזה. בכלל זה חלות על המתקשרים בחוזה חובות "שיליליות", כגון החובה להימנע מלנהוג באופן שיפגע ברוח העסקה ובמטרתה, החובה להימנע מלפעול באופן החותר תחת אושיות החוזה, והחובה להימנע מלפעול באופן

שיוביל להכשלת רצון הצדדים או שיפגע בהגשמת החוזה.¹⁶⁸

הגבלת המצווה שנוטר בחיים באשר לשימוש ברכוש מתחלקת לשתי סוגיות מרכזיות: האחת קשורה לתוכן ההגבלות, והאחרת קשורה להיקף ההגבלות (מבחינת הרכוש שלגביו הן חלות). הצוואה ההדדית היא ה"אכסניה" הראויה להגדרת תוכן ההגבלות והיקפן, אלא

167 ראו Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 12; Youdan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 411; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7; Sheridan, לעיל ה"ש 109, בעמ' 230-240; Davis, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 239; קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבח דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 18; Powell v. Glover (2008) 42 E.T.R. (3d) 298, [2008] A.J. No. 961, 2008 ABQB; 18; 43, בעמ' 18; 296 A.R. 467, 235 (4th) Alta. L.R. 95, 532; הלכת Birmingham, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689. זאת, להבדיל ממתנות קטנות, שאינן פוגעות במהות ההסדר. ראו עניין Cleaver, לעיל ה"ש 3, בעמ' 947; CASSIDY, MUTUAL WILLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 69; Davis, *Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 428.

168 ראו ע"א 1966/07 אריאל נ' קרן הגמלאות של חברי אגד בע"מ, פס' 36 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 9.8.2010); בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834 (1980); שלו וצמח, לעיל ה"ש 8, בעמ' 80-83.

שלא תמיד סוגיות אלה מוגדרות בה כרבעי. על מנת למנוע התדיינות יתר ולהבטיח ודאות משפטית, יש צורך בהסדרת בררות מחדל – בחוק או בפסיקה – בהתאם לתכליתה של הצוואה ההדדית.

באשר לתוכן ההגבלות המבחן המקובל הוא מבחן הכוונה, דהיינו, המצווה שנותר בחיים מוגבל מלבצע פעולות ברכוש שמטרתן לסכל את תוכנית ההורשה המשותפת שעומדת ביסוד הצוואה ההדדית.¹⁶⁹ מדובר במבחן מהותי, ולפיכך היקף הרכוש מושא הפעולה אינו רלוונטי.¹⁷⁰ מבחן הכוונה תואם את תכליתה של הצוואה ההדדית, ויוצר איזון ראוי בין ההגנה על המצווה שנותר בחיים לבין הבטחת תוכנית ההורשה המשותפת.¹⁷¹ המצווה שנותר בחיים חופשי לעשות פעולות ברכוש לשימוש, להנאתו או לתועלתו (דהיינו, על מנת להיטיב עם עצמו), אך הוא מנוע מלעשות פעולות ברכוש שמטרתן לפגוע בתוכנית ההורשה המשותפת.

על אף הגיונו של מבחן הכוונה, הוא מעורר קושי יישומי ראייתי, שכן הוא ממוקד במטרה העומדת בבסיס הפעולה, ולא בתוצאתה. דהיינו, אותה פעולה ממש יכולה להיחשב מותרת או אסורה, לפי הנסיבות.¹⁷² מבחן מסוג זה עלול לייצר אי-ודאות והתדיינות יתר. ניתן לצמצם את אי-הוודאות באמצעות קביעת חזקות עובדתיות (הניתנות לסתירה) באשר לפעולות שישווגו כאסורות (כגון הענקת זכויות שלא בתמורה או בתמורה שאינה סבירה או התחייבות לכך, התנהגויות או פעולות שעשויות לייצר זכויות ברכוש לצדדים שלישיים,¹⁷³ העברת רכוש לנאמנות וכיוצא בהן).

על פי ההסדר המוצע, ביצוע פעולה שייקבע כי חזקה עליה שהיא אסורה יחייב אישור מראש של בית המשפט. במסגרת בקשה לאישור פעולה כאמור יבחן בית המשפט אם

169 ראו עניין *Cleaver*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 947.

170 ראו *Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 112–113; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 135.

171 תוכנית ההורשה המשותפת במתכונתה השכיחה כוללת הגנה כפולה – על המצווה שנותר בחיים ועל יורשים מוסכמים. ראו לעיל ה"ש 43 והטקסט שלידה.

172 ראו *Heller v. Heller*, 233 S.W. 870 (Tex. App. 1921), שם הותירו המצווים למצווה שיוותר בחיים שיקול דעת בעניין ניהול הנכסים והשקעתם. לאחר פטירת הבעל העבירה האישה חלק ממגרש שהיה בבעלותה לאחד הבנים. בית המשפט לערעורים החזיר את התיק לערכאה הדיונית כדי שתבחן אם ההעברה נעשתה בתמורה לניהול המגרש, שאז מדובר בהעברה מותרת, או שמא מדובר במתנה ולפיכך בהעברה אסורה. ראו גם עניין *Healey*, לעיל ה"ש 19, פס' 14 לפסק הדין. מבחן הכוונה אומץ גם בפסיקה הישראלית בקשר לצוואה ההדדית. ראו עניין **א' ע'**, לעיל ה"ש 32, פס' 36 לפסק הדין; תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 4111-03-12 **א.ס. נ' ת.ס.**, פס' 8–9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.3.2014).

173 כגון הענקת רשות שימוש במקרקעין, שעשויה לייצר זכות לזיקת הנאה (מכוח ס' 94 לחוק המקרקעין); הענקת רשות שימוש חינם, שעשויה ליהפך לבלתי הדירה (ראו נינה זלצמן "רשות-חינם" במקרקעין כ'השאלת מקרקעין' – גישת הסיווג והלכות ה'רישיון במקרקעין'" **עיוני משפט** לה 265 (2012)); הענקת רשות מגורים לבן זוג ללא הסכם, באופן שיכול להעניק לו זכויות בנכס מכוח הלכת השיתוף הספציפי (ראו בע"מ 1398/11 **אלמונית נ' אלמוני** (פורסם באר"ש, 26.12.2012); בג"ץ 5416/09 **פלונתי נ' פלוני**, פ"ד סג(3) 484 (2010); בע"מ 10734/06 **פלונתי נ' פלונתי** (פורסם באר"ש, 14.3.2007)).

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

הפעולה פוגעת בתוכנית ההורשה המשותפת שבצוואה ההדדית או אם חל שינוי נסיבות חריג המצדיק את נקיטתה, בהתאם לאומד דעת המצווים כפי שהוא עולה מהצוואה ההדדית. במסגרת זו יתחשב בית המשפט אף בעמדתם של היוורשים הסופיים, ויבחן אם הפעולה פוגעת בזכויותיהם העתידיות לפי הצוואה ההדדית. ככל שייקבעו בפסיקה חזקות ברורות יותר כן תגבר הוודאות ויצטמצמו המחלוקות בסוגיה זו.

יש הסבורים כי בררת המחדל באשר לתוכן ההגבלות צריכה להיות רחבה יותר, ולכלול אף הגבלות באשר לשימוש שהמצווה שנוטר בחיים רשאי לעשות בנכסים לצרכיו ולטובתו, כגון חובה להשתמש ברכוש באופן שקול או איסור לכלות את הרכוש באופן בלתי סביר.¹⁷⁴

בהעדר הוראות בצוואה ההדדית אין מקום, לשיטתי, להגביל את המצווה שנוטר בחיים באשר לשימוש ברכוש מעבר למבחן הכוונה.¹⁷⁵ ודוק, להבדיל מהעברת רכוש לצד שלישי, שימוש ברכוש לצורכי המצווה שנוטר בחיים תואם (לרוב) את כוונת המצווים. בדיקת הוצאותיו של המצווה שנוטר בחיים עלולה להוביל להתדיינויות יתר ולהתערבות יתר בחייו, וזאת בניגוד לערכים העומדים ביסוד ההסדר. בדיקה כאמור אף אינה מעשית, משום שהגדרתה של "הוצאה סבירה" היא שאלה סובייקטיבית שמושפעת מגורמים משתנים (כגון מעמד חברתי-כלכלי, תרבות, חברה, אזור מגורים, מקצוע, תחביבים, חינוך ועוד). מצווים שמבקשים להגביל את המצווה שנוטר בחיים בהקשר זה ראוי שיציינו כן מפורשות בצוואה ההדדית.

באשר להיקף ההגבלות, תכליתה של הצוואה ההדדית – לאפשר לבני זוג לערוך תוכנית הורשה משותפת ביחס לעזבונותיהם – מצדיקה בררת מחדל שלפיה **הצוואה ההדדית (על הגבלותיה) תחול על כלל רכושם של שני המצווים, לרבות רכוש שנצבר לאחר פטירתו של אחד מהם.**¹⁷⁶

האפשרות **לכפות על המצווה שנוטר בחיים הגבלות מכוח דיני הירושה** מוגבלת לנכסים שהמצווה שנוטר בחיים ירש מעזבון המצווה שנפטר ראשון, שכן אדם יכול לצוות רק באשר לעזבונו ולטובות ההנאה מעזבונו.¹⁷⁷ ניתן אומנם לכלול בצוואה תנאים שיש בהם משום הטלת נטל על יורש לפעול בנכס שאינו מנכסי העזבון, אך הבחירה אם לקיים את התנאי נותרת בידי היורש: ברצותו מקיים את התנאי וזוכה; וברצותו אינו מקיים את

174 ראו PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 491; קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבח דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 34 ר-43.

175 ראו הלכת Birmingham, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689.

176 ראו CASSIDY, MUTUAL WILLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 60-61; Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 104-105; Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 667. לעמדה אחרת ראו Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills, לעיל ה"ש 55, בעמ' 161-164; Khong, לעיל ה"ש 97, בעמ' 5. להרחבה על אודות היקף הנכסים שהצוואה ההדדית והגבלותיה חלות עליהם ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 54-55 ר-86.

177 ראו ס' 40 לחוק הירושה. למסקנה דומה באמצעות ניתוחה של הוראת "יורש אחר יורש" בדיני הירושה ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 518.

התנאי זכיייתו נשללת.¹⁷⁸ בהקשר של הצוואה ההדדית תנאים כאמור יכולים לכל היותר לתמרץ את המצווה שנתר בחיים לפעול ברכושו שלו בהתאם להגבלות ולתנאים שנקבעו בצוואה ההדדית, אך אין בהם כדי לכפותו לכך. כל עוד נותרת בידי המצווה שנתר בחיים האפשרות לוותר על זכיייתו ולהתנער מההגבלות באשר לשימוש ברכושו שלו, אין ודאות שתוכנית ההורשה המשותפת לא תסוכל. תוצאה זו נוגדת את התכליות ואת הערכים שביסוד הצוואה ההדדית, אשר הבטחתם מחייבת כאמור ודאות וביטחון.

הסדר מכוח **דיני החוזים**, לעומת זאת, מאפשר הטלת הגבלות באשר לרכושם של שני המצווים. ודוק, ההגנה רחבת ההיקף שחלה ביחס לחירות ההורשה אינה חלה במידה שווה ביחס לזכות הקניין. בניגוד לדיני הירושה, דיני הקניין מאפשרים לשני פרטים לורות חוזה שתוכנו הוא "התחייבות שלילית", דהיינו, התחייבות להימנע מלפעול ברכוש באופן מסוים.¹⁷⁹ באותו אופן הצוואה ההדדית יכולה – מכוח יסודותיה החוזיים – להגביל את המצווה שנתר בחיים מלפעול ברכוש שהצוואה ההדדית חלה לגבי (דהיינו, כלל הרכוש, לרבות רכוש של המצווה שנתר בחיים ולרבות רכוש שנצבר לאחר פטירתו של אחד המצווים) באופן שמסכל את תוכנית ההורשה המשותפת.¹⁸⁰ ההגבלה החלה ביחס לכלל הרכוש נגזרת כאמור, מניה וביה, מההסכמה החוזית בין המצווים שלפיה הצוואה ההדדית לא תבוטל לאחר פטירתו של אחד מהם, וזאת אף בהעדר הוראה מפורשת.

הגבלת המצווה שנתר בחיים באשר לביצוע פעולות ברכוש מעוררת קשיי אכיפה. ודוק, בניגוד להגבלה באשר לביטול הצוואה ההדדית, שניתן לאוכפה באמצעות כלים חוזיים, אכיפת ההגבלה בנוגע לפעולות ברכוש מחייבת הסדר בעל מאפיינים קנייניים, וזאת על מנת להתגבר על זכויות שרכש צד שלישי ברכוש בניגוד לתוכנית ההורשה המשותפת.¹⁸¹ לפיכך, להבדיל מאכיפת ההגבלה על הביטול, אכיפת ההגבלות על פעולות ברכוש מחייבת שימוש במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית.¹⁸²

178 להרחבה על "תורת הבחירה" ראו עניין **טורנר**, לעיל ה"ש 79, בעמ' 85–86; ע"א 765/87 **צ'סלר נ' עיזובן אופל**, פ"ד מג(3) 81, 87 (1989); פנחס שיפמן "האם חלה תורת הבחירה (ELECTION) בדיני-צוואות?" **עיוני משפט** יג 93 (1988); שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 293. לעמדה שלפיה אין מקום לאמץ את "תורת הבחירה" בדין הישראלי ראו שילה, לעיל ה"ש 7, בעמ' 407–408, ה"ש 15.

179 התחייבות שלילית מקובלת במיוחד בשוק האשראי, כאשר הלווה מתחייב להימנע מלשעבד לאחר נכס מסוים מנכסיו בלא הסכמת המלווה. ראו נינה זלצמן "שעבוד שלילי" (התחייבות לא לשעבד נכס) כבטוחה לאשראי" **עיוני משפט** לא 115 (2008). התחייבות שלילית בקשר לנכס מקרקעין ניתנת אף לרישום בהערת אזהרה (ס' 126(א) לחוק המקרקעין).

180 ראו CASSIDY, MUTUAL WILLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 59–61; PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 489–488; 1315, 1999 ABQB 312, 82 Alta. L.R.; 489–488 *Doherty v. Berry Est.* [1999] A.J. No. 303, 252 A.R. 339, 34 E.T.R. (2d) 226, para. 21 (Can.).

181 בבחינת "רק קניין יכה קניין", ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין". ראו רע"א 2267/95 **בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי נ' הרטפלד**, פ"ד מט(3) 854, 869–870 (1995).

182 ראו PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 482–484 ו-488–487; BURROWS, לעיל ה"ש 109, בעמ' 446; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 131; Rickett, *Mutual Wills and the Law of Restitution*; לעיל ה"ש 155, בעמ' 535–537; Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills*, לעיל ה"ש 110, בעמ'

הנאמנות הקונסטרוקטיבית מוכרת בשיטות משפט שונות, אך תוכנה ומהותה אינם זהים בכל שיטות המשפט ובכל ההקשרים. מקובל להבחין בין נאמנות קונסטרוקטיבית מוסדית לבין נאמנות קונסטרוקטיבית תרופתית. **הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית** משמשת סעד לעשיית צדק בהעדר סעד בדין המצוי. היא מבוססת על יחסים מוקדמים בין הצדדים, אף שהם אינם מגיעים לכדי נאמנות פורמלית, והיא נוצרת באופן מיידי בקרות אירוע מסוים, ללא צורך בהחלטה שיפוטית (שהיא בעלת משמעות הצהרתית בלבד). **הנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית**, לעומת זאת, משמשת סעד במקרים של עשיית עושר לא כדין, ומטרתה להעניק לתובע סעד קנייני ביחס לרכוש שהוצא ממנו שלא כדין. יצירתה תלויה בהחלטה שיפוטית מכוננת, ותחולתה היא רק מיום ההחלטה השיפוטית (ולכן אין בכוחה להעניק לנהנה עדיפות על צד שלישי שרכש זכויות בנכס לפני שניתנה ההחלטה השיפוטית, לפחות לא באופן מיידי).¹⁸³

בהקשר של הצוואה ההדדית יש דעות שונות באשר לאופן סיווגה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית.¹⁸⁴ השוני בין העמדות נובע מתפיסות שונות ביחס לסיווגה העיוני הראוי של הצוואה ההדדית.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית ולוונטית להסדר המבוסס על דיני הירושה. ודוק, בהסדר מסוג זה הנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית משמשת כסעד במקרה של ביטול הצוואה ההדדית. היא קמה מכוח דיני הירושה, ומטרתה למנוע התערבות שלא

Rickett, *Extending Equity's Reach Through the Mutual Wills Doctrine*; 191–187 לעיל ה"ש 155, בעמ' 581, Dall; לעיל ה"ש 3, בעמ' 245–244, Hudson & Sloan; לעיל ה"ש 3, בעמ' 160–163, Sheridan; לעיל ה"ש 109, בעמ' 240–230, Farquhar; לעיל ה"ש 110, בעמ' 334–340; Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 391–390, Pawlowski & Brown; לעיל ה"ש 17, בעמ' 467–475, WILLS, PROBATE AND ESTATES; לעיל ה"ש 49, בעמ' 45–47, Griffiths; לעיל ה"ש 110, בעמ' 511–512, Peart; לעיל ה"ש 110, בעמ' 43, Davis, *Mutual Wills*; לעיל ה"ש 97, בעמ' 245–238, Trudelle; לעיל ה"ש 109, בעמ' 1; Oosterhoff; לעיל ה"ש 17, בעמ' 135, 138, 142 ו-144, Brierley; לעיל ה"ש 109, בעמ' 99 ו-101, CLEMENTS & ABASS; לעיל ה"ש 155, בעמ' 224, WILLIAMS ON WILLS; לעיל ה"ש 18, בעמ' 19–20 ו-24–25, Khong; לעיל ה"ש 97, בעמ' 6, Youdan; לעיל ה"ש 9, בעמ' 416, Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*; לעיל ה"ש 16, בעמ' 110–112, Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*; לעיל ה"ש 17, בעמ' 664, Davis, *Floating Right*; לעיל ה"ש 158, בעמ' 427, Gandhi; לעיל ה"ש 18, בעמ' 276; הלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 310; הלכת *Birmingham*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 683 ו-690; עניין *Cleaver*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 939 ו-947; עניין *Charles*, לעיל ה"ש 110, פס' 59 לפסק הדין; עניין *Olins Re*, לעיל ה"ש 17, פס' 37–38 לפסק הדין; עניין *Flocas*, לעיל ה"ש 15, פס' 297 לפסק הדין; [1994] 2 NZLR 590, 593 (HC) *Newey (Deceased)*; עניין *Lewis*, לעיל ה"ש 19, פס' 42 לפסק הדין; עניין *Hall*, לעיל ה"ש 147, פס' 97 לפסק הדין; עניין *Carvel*, לעיל ה"ש 155, פס' 27 לפסק הדין; *Fundel v. Wall* (2009) 10 NZCPR 153, [2009] BCL 332, paras. 26, 31.

183 ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך ב 1287, ה"ש 205 (מהדורה שלישית, 2017), PEARCE & BARR; לעיל ה"ש 43, בעמ' 245–246 ו-263. להבחנות נוספות ראו שם, בעמ' 245–270.

184 לעמדות השונות ראו ההפניות לעיל בה"ש 182.

כדין של המצווה שנתר בחיים.¹⁸⁵ בהתאם, כוחה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית (בהקשר של הצוואה ההדדית) מוגבל לעזבונו של המצווה שנפטר ראשון ולחובת ההשבה בקשר אליו, והיא אינה חלה באשר לרכושו של המצווה שנתר בחיים.¹⁸⁶ ההשבה אומנם פותרת את ההתעשרות שאינה כדין, אך היא אינה מבטיחה את תוכנית ההורשה המשותפת.¹⁸⁷ השבה אף אינה רלוונטית בצוואות הדדיות שאינן כוללות הורשה הדדית, שכן המצווה שנתר בחיים לא ידרש להשיב דבר כתנאי לביטול, ולכן אף לא יירתע מלבטל את צוואתו.¹⁸⁸

הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית רלוונטית להסדר המבוסס על דיני החוזים. ודוק, בהסדר מסוג זה הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית קמה עם פטירתו של אחד המצווים, וזאת מכוח יסודותיה החוזיים של הצוואה ההדדית ויחסי האמון בין המצווים.¹⁸⁹ הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית יכולה להבטיח את קיום התוכנית המשותפת העומדת ביסוד הצוואה ההדדית, משום שהיא חלה על כלל הרכוש המוסדר בה, לרבות רכושו של המצווה שנתר בחיים.¹⁹⁰ הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית יכולה לשמש

185 ראו Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 401; Rickett, *Extending Equity's Reach*; *Through the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 155, בעמ' 584; Richardson, לעיל ה"ש 18, בעמ' 100; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7.

186 לביקורת על הנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית ראו Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 102.

187 ראו עניין *Univ. Man.*, לעיל ה"ש 158, פס' 58 לפסק הדין.

188 להצעות להסדרת הצוואה ההדדית על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו Oosterhoff, לעיל ה"ש 17, בעמ' 144; Rickett, *Mutual Wills and the Law of Restitution*; לעיל ה"ש 155, בעמ' 539–536; Croucher, *Mutual Wills*; לעיל ה"ש 9, בעמ' 401; Rickett, *Extending Equity's Reach*; לעיל ה"ש 18, בעמ' 100; עניין *Newey*, לעיל ה"ש 182, בעמ' 593. עמדתי היא כי דיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים להוות בסיס למתן הסעד, אך אין בהם כדי לבסס את מהות הזכות. ודוק, לצורך תחולתם של דיני עשיית עושר ולא במשפט צריכה להיעשות פעולה "שלא על פי זכות שבדין" (ס' 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979). לעניין הצוואה ההדדית הפעולה היא ביטול הצוואה ההדדית או עשיית פעולה ברכוש שפוגעת בתוכנית ההורשה המשותפת. על מנת שפעולה כאמור תקנה סעד על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, היא צריכה להיות מנוגדת לדין כלשהו. ה"דין" שיכול למנוע פעולה כאמור הוא דיני הירושה או דיני החוזים. אין בדיני עשיית עושר ולא במשפט כדי לבסס אפוא את הזכות, אלא רק את הסעד. דיני עשיית עושר ולא במשפט אף אינם יכולים להצדיק כל יסוד של כבילה, ואין בהם כדי לבסס חובה למסירת הודעה כתנאי לביטול בחיי שני המצווים. הם אף אינם יכולים להבטיח את קיום תוכנית ההורשה המשותפת שביסוד הצוואה ההדדית, הואיל והם חלים רק על הרכוש שהתקבל מהמצווה שנפטר ראשון (ראו לעיל ה"ש 186 והטקסט שלידה). הסדר המבוסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט אינו שונה אפוא מצוואת יחיד עם תניות – הוא חל רק על עזבונו המצווה שנפטר הראשון, ואין בו כדי לבסס יסודות של כבילה או חיוב בהודעת ביטול. להרחבה ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 89–91.

189 ראו עניין *Olins*, לעיל ה"ש 17, פס' 37 לפסק הדין.

190 ראו Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 391–392; PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 482–484; BURROWS, לעיל ה"ש 109, בעמ' 446; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 135; Rickett,

כלי משפטי להגנה על הנכסים שהצוואה ההדדית חלה לגביהם, באופן דומה לתחולתה בדיני העסקאות הנוגדות. ודוק, על פי דיני העסקאות הנוגדות, ממועד חתימת הסכם המכר ועד למועד העברת הקניין המוכר נותר הבעלים של הנכס, אך בעלותו מוגבלת, והוא אינו רשאי לעשות פעולות שיפגעו בהסכם המכר. הדין מכיר בחיוב מכוה ההסכם כבעל "סממנים של קניין", ובהתאם זכותו של הרוכש מסווגת כ"קניין שביושר" והמוכר נתפס כנאמן (אף שאין מדובר ביחסי נאמנות במובנם הרגיל).¹⁹¹ בהיקש מדיני העסקאות הנוגדות, מעמדו של המצווה שנותר בחיים דומה במהותו למעמדו של המוכר בהסכם המכר, ואילו מועד פטירתו של המצווה שנפטר ראשון דומה במהותו למועד כריתתה של עסקת המכר (משום שאז מתגבש יסוד הכבילה ביחס להתחייבות שהצוואה ההדדית לא תבוטל). בהתאם, כשם שהמוכר אינו רשאי לעשות פעולות שיפגעו בעסקת המכר, כך המצווה שנותר בחיים אינו רשאי לעשות פעולות שיפגעו בתוכנית ההורשה המשותפת.¹⁹² באותו אופן, **כשם שהנאמנות הקונסטרוקטיבית מייצרת הגנה קניינית מול צד שלישי לצורך הגנה על העסקה העומדת ביסודו של הסכם המכר, כך הנאמנות הקונסטרוקטיבית מייצרת הגנה קניינית מול צד שלישי לצורך הגנה על תוכנית ההורשה המשותפת** (למעט במקרים שבהם הצד השלישי השלים את הקניין בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק, ולמעט במקרים שבהם האכיפה אינה צודקת).¹⁹³

התפיסה המקובלת בפסיקה ובספרות הזרה היא שהנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית תקום רק כאשר המצווים עיגנו את יסוד הכבילה בהתחייבות חוזית (בצוואה ההדדית או מחוץ לה) שהצוואה ההדדית לא תבוטל לאחר פטירתו של אחד מהם. ההסדר המוצע כולל דרישת צורה מהותית שמייצרת ודאות באשר לקיומה של התחייבות לכבילה. דהיינו, דרישת הצורה שבהסדר המוצע מאפשרת את יצירת הנאמנות הקונסטרוקטיבית

Mutual Wills and the Law of Restitution, לעיל ה"ש 155, בעמ' 537, Sheridan; לעיל ה"ש 109, בעמ' 213, Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills*; לעיל ה"ש 110, בעמ' 185–180, Farquhar; לעיל ה"ש 110, בעמ' 334–328, Richardson; לעיל ה"ש 18, בעמ' 100–99, הלכת *Birmingham*; לעיל ה"ש 3, בעמ' 683; עניין *Cleaver*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 947; עניין *Charles*, לעיל ה"ש 110, פס' 59 לפסק הדין.

191 ראו נילי כהן "חווה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר" הפרקליט מא 161, 172–173 (1993) (להלן: כהן "חווה של קטינה"); פרידמן ושפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 630–625; מיגל דויטש "נפילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" **עיוני משפט** כד 313, 319 (2000).

192 להשוואה בין זכויותיו של רוכש נכס לזכויותיהם של יורשים סופיים בצוואה הדדית ראו Davis, *Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 431.

193 ראו PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 247. יש הסבורים כי השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית מקורו בצורך שהיה קיים בעבר בדין האנגלי, אשר עד לשנת 1999 (אז חוקק *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*) לא הכיר בחווה לטובת צד שלישי, וכי לנוכח השינוי בחוק הסדר זה אינו נדרש עוד, שכן ניתן להעניק ליורשים הסופיים סעדים כצד שלישי שלטובתו נערך החווה. ראו Davis, *Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 430–431. מסקנה זו אינה נכונה, לשיטתי, שכן זכויות אובליגטוריות מכוה דיני החוזים אינן גוברות על זכויותיו של צד שלישי בנכס.

עם פטירתו של אחד המצווים, וזאת ללא צורך בבדיקות ראייתיות באשר לקיומם של חוזה, הסתמכות או כוונת כבילה.

חסרונה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הוא שהיא מונעת מהמצווה שנתר בחיים כל שימוש ברכוש (שהצוואה ההדדית חלה לגביו) שיש בו כדי לגרוע מהנכסים, וזאת באופן שאינו תואם (לרוב) את כוונת המצווים. בעיה זו באה על פתרונה בדין הזר באמצעות שימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, אשר מחד גיסא מאפשרת למצווה שנתר בחיים לפעול ברכוש בחופשיות אך מאידך גיסא מונעת אותו מלפעול ברכוש באופן הפוגע בתוכנית ההורשה המשותפת.¹⁹⁴ הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה נוצרת עם פטירתו של אחד המצווים – מועד גיבושו של יסוד הכבילה ביחס להתחייבות שהצוואה ההדדית לא תבוטל – אך היא מתגבשת רק עם פטירתו של המצווה האחר או בעת ביצוע פעולה שפוגעת בתוכנית ההורשה המשותפת.¹⁹⁵

הרעיון דומה (בתבניתו) לשעבוד צף עם הגבלה.¹⁹⁶ השעבוד הצף מקנה לחברה חופש פעולה עסקי במהלך העסקים הרגיל, אך התניות הכלולות באיגרת החוב אוסרות על החברה לבצע עסקאות המנוגדות להוראותיהן. השעבוד הצף מתגבש בנסיבות שונות: כאשר נוצרות הנסיבות הקבועות באיגרת החוב, כאשר מונה לחברה כונס נכסים או כאשר החל פירוקה של החברה.¹⁹⁷ בהיקש לצוואה ההדדית, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה

194 ראו CASSIDY, MUTUAL WILLS, לעיל ה"ש 45, בעמ' 59–72; CLEMENTS & ABASS, לעיל ה"ש 43, בעמ' 155, 223–225; Sheridan, לעיל ה"ש 109, בעמ' 240–242; PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 491–492; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 161–162; BURROWS, לעיל ה"ש 109, בעמ' 448; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 135; Farquhar, לעיל ה"ש 110, בעמ' 331–332; Davis, *Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 427–431; Davis, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 246; בלכר (בן-דהן), לעיל ה"ש 6, בעמ' 43–47; עניין *Goodchild*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1225–1226; הלכת *Birmingham*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689; עניין *Fundel*, לעיל ה"ש 182, פס' 26–31 לפסק הדין.

195 ראו הלכת *Birmingham*, לעיל ה"ש 3, בעמ' 689; עניין *Healey*, לעיל ה"ש 19, פס' 13 לפסק הדין; Hudson & Sloan, לעיל ה"ש 3, בעמ' 161–162; PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 490.

196 ראו PEARCE & BARR, לעיל ה"ש 43, בעמ' 491; Hughes, לעיל ה"ש 18, בעמ' 135; Davis, *Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 429.

197 ראו ע"א 10907/03 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' משרד הבריאות**, פס' 9–10 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 22.6.2005); ע"א 471/73 **מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס (ישראל) בע"מ נ' אלסינט בע"מ**, פ"ד כט(1) 121, פס' 7 לפסק הדין (1974); ע"א 353/62 **הארט נ' כונס-הנכסים הרשמי**, פ"ד יז 496, 501 (1963); ע"א 603/71 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק ארץ-ישראל בריטניה בע"מ**, פ"ד כו(2) 468, 472–474 (1972); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף **מישכון זכויות 216–217** (2005); שלום לרנר **שעבוד נכסי חברה** 56–57, 65–69, 80–81, 93–96, 133–174 (1996). להרחבה על הדמיון שבין הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה לשעבוד הצף ראו Davis, *Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 429–430. לשיטתו של דייוויס, היורשים הסופיים – כמו בעל השעבוד הצף – הם בעלי זכויות הגוברות על אלה של צד שלישי. אלא שזכויות אלה, לעמדתו, קמות רק לאחר פטירתו של שני המצווים. לשיטתי, זכויותיהם של היורשים הסופיים קמות עם פטירתו של אחד המצווים, דהיינו מהרגע שבו נוצרת הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, וזאת בדומה לזכויותיו של בעל איגרת החוב בשעבוד הצף. אלא שזכויותיהם של היורשים הסופיים מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה

תגבש בעת פטירתו של המצווה שנוטר בחיים או כבר בחייו – בנסיבות של ביצוע פעולה לסיכול תוכנית ההורשה המשותפת¹⁹⁸ או בנסיבות שמלמדות על פעולה צפויה כאמור (על דרך ההיקש מדיני החוזים).¹⁹⁹

אומנם ההלכה היא שאי-אפשר להטיל שעבוד צף על נכסי היחיד, אולם הלכה זו אינה נקייה מספקות.²⁰⁰ מכל מקום, ההיקש מהשעבוד הצף הוא היקש טכני-צורני בלבד – אין דמיון בין המטרות והערכים שבבסיס כל אחד מההסדרים,²⁰¹ והנימוקים לאי-החלת השעבוד הצף על נכסי היחיד אף אינם רלוונטיים לצוואה ההדדית.²⁰²

תוצאות התגבשותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה לאחר פטירתם של שני המצווים הן ברורות. לעומת זאת, אין אחידות (בדין הזר) באשר לתוכנה המעשי של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה בנסיבות שבהן התגבשותה מתרחשת בחיי המצווה שנוטר בחיים (עקב ביצוע פעולה לסיכול תוכנית ההורשה המשותפת או עקב נסיבות

מוגבלות לכך שהמצווה שנוטר בחיים לא יפעל לסיכולה של תוכנית ההורשה המשותפת. אף לשיטתו של דייוויס, לבעל איגרת החוב יש זכויות קנייניות כלפי צד שלישי אף קודם להתגבשות השעבוד הצף (שם, בעמ' 434). לדעות נוספות כי לבעל איגרת החוב עומדות זכויות קנייניות או זכויות שביישר עוד קודם להתגבשות השעבוד הצף, ראו DEREK FRENCH, STEPHEN MAYSON & CHRISTOPHER RYAN, COMPANY LAW 326–329 (28th ed. 2011–2012); CORPORATE FINANCE LAW IN THE UK AND EU 219–223 (Dan Prentice & Arad Reisberg eds., 2011).

198 ראו Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 112–113; עניין *Healey*, לעיל ה"ש 19, פס' 13 לפסק הדין.

199 ראו ס' 17 לחוק החוזים (תרופות).

200 ראו את עמדתו של השופט ג'ובראן ברע"א 65/06 *עזבון בר לבב נ' עצמון*, פ"ד סב(4) 44 (2008); לרנר, לעיל ה"ש 197, בעמ' 179–184; Joshua Weisman, *Floating Charges on Assets of Individuals*, 21 ISR. L. REV. 129, 130–132 (1986).

201 ראו בלכר (בן-דהן), לעיל ה"ש 6, בעמ' 44–46. העדר הדמיון בין השעבוד הצף לבין הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה בא לידי ביטוי בנקודות נוספות. כך, למשל, להבדיל מהשעבוד הצף, התגבשותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה אין משמעה בהכרח הוצאת הרכוש מידי המצווה שנוטר בחיים (לעמדה אחרת ראו *Davis, Mutual Wills*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 246–247). כמו כן, להבדיל מהשעבוד הצף, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה אינה טעונה רישום, ואינה מונעת מהמצווה שנוטר בחיים ביצוע עסקאות בנכסים בתמורה (להבדיל מביצוע עסקות מתנה או מהברחת נכסים), ולפיכך לא נדרש רישום לשם הגנה על חיי המסחר.

202 הנימוקים העיקריים לאי-החלת השעבוד הצף על נכסי היחיד הם חשש שהנושים ה"רגילים" ייוותרו ללא בטוחה, חשש לפגיעה בהשתקמותם של פושטי רגל, חשש להטלת סיכונים גדולים מדי על הנושה וכן העדר דרישה להסדר – כל אלה אינם רלוונטיים למוסד הצוואה ההדדית. להרחבה על אודות הנימוקים לאי-החלת השעבוד על נכסי היחיד ראו עניין *עזבון בר לבב*, לעיל ה"ש 200 (עתירה לדין נוסף נדחתה בדנ"א 3276/08 *עצמון נ' עזבון בר לבב* (פורסם באר"ש, 18.1.2009)); ע"א 689/68 *חברת מגדלי פריזה בע"מ נ' הנאמן על נכסי שטראוס*, פ"ד כג(1) 715 (1969); Weisman; לעיל ה"ש 200, בעמ' 133–134 ו-139–140; אירית חביב-סגל *דיני חברות לאחר חוק החברות החדש* כרך ב 174–179 (2004).

המלמדות על פעולה צפויה כאמור), והסוגיה מחייבת הבהרה וכללים סדורים.²⁰³ על פי ההסדר המוצע, השלכותיה המעשיות של התגבשות הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה בחיי המצווה שנתר בחיים צריכות לבוא לידי ביטוי בשני מישורים – כלפי צדדים שלישיים וכלפי המצווה שנתר בחיים.

מבחינת צדדים שלישיים, התפיסה המקובלת בדין הזר היא שצד שלישי שאליה הועברו נכסים בניגוד לתוכנית ההורשה המשותפת מחזיק בהם בנאמנות, וזאת עד לפטירת המצווה שנתר בחיים.²⁰⁴ דהיינו, הפעולה לסיכול תוכנית ההורשה המשותפת מוחלשת אך אינה מבוטלת. תפיסה זו מבוססת על דיני עשיית עושר ולא במשפט, שמחילים חובת השבה על מי שקיבל ביודעין או ללא תמורה רכוש השייך לנאמנות. הנעבר נתפס כנאמן, ועליו להשיב את הרכוש – אף אם לא היה שותף להפרת חוזה הנאמנות – מאחר שאין הוא זכאי להתעשר לא כדין על חשבון הנהנה.²⁰⁵ לפי תפיסה זו, חובת ההשבה קמה רק במועד פטירתו של המצווה שנתר בחיים הואיל ורק במועד זה הרכוש אמור לעבור לידי היורשים הסופיים הקבועים בצוואה ההדדית.²⁰⁶

תפיסה זו אין לה מקום בהסדר שמבוסס על דיני החוזים, שכן אם מדובר בפעולה שמנוגדת לתוכנית ההורשה המשותפת, המצווה שנתר בחיים אינו רשאי לעשותה, אף לא באופן זמני. מאפייניה החוזיים של הצוואה ההדדית ותכליתה – הגנה על תוכנית ההורשה המשותפת – מצדיקים בררת מחדל שלפיה רכוש (או תחלופו) שהועבר לידי צד שלישי בניגוד לתוכנית ההורשה המשותפת יושב לבעלות המצווה שנתר בחיים. רק במקרים חריגים – כאשר הצד השלישי פעל בתום לב וההשבה אינה צודקת או עלולה לגרום עוול – יש מקום להורות על דחיית מועד ההשבה עד לפטירתו של המצווה שנתר בחיים. במקרים כאמור ישמש הצד השלישי נאמן (עד למועד פטירתו של המצווה שנתר בחיים), ויש להטיל עליו הגבלות ברורות ביחס לשימוש בנכסים שהועברו אליו (בהתאם לנסיבות ולתוכן של תוכנית ההורשה המשותפת).

מבחינת המצווה שנתר בחיים, תכלית הצוואה ההדדית ומאפייניה החוזיים מצדיקים שהתגבשותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה תבוא לידי ביטוי בהטלת חובות דיווח ופיקוח על המצווה שנתר בחיים (כגון צווי מניעה, עיקולים, רישום הערות אזהרה, צווים כלפי גופים מחזיקים, חובות דיווח, ובנסיבות מתאימות גם מינוי כונס נכסים). על פי ההסדר המוצע, צווים כאמור צריכים להינתן לפי שיקול דעתו של בית המשפט בהתחשב בנסיבות ובסוג הרכוש.

203 ראו Rickett, *Mutual Wills and the Law of Restitution*, לעיל ה"ש 155, בעמ' 537; Rickett, A, *Rare Case of Mutual Wills*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 193; WILLIAMS ON WILLS, לעיל ה"ש 18, בעמ' 20; קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות", לעיל ה"ש 25, בעמ' 338–343.

204 ראו CASSIDY, *MUTUAL WILLS*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 72–76 ו-93.

205 ראו פרידמן ושפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 532 ו-668–680.

206 ראו First United Presbyterian Church v. Christenson, 64 Ill. 2d 491, 356 N.E. (2d) 532, 1 Ill. Dec. 344, 85 A.L.R.3d 1, at pp. 536–537 (1976).

הצעה זו מאזנת בין הבטחת הגשמתה של תוכנית ההורשה המשותפת לבין ההגנה על המצווה שנוותר בחיים. ודוק, כל עוד הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה לא התגבשה – דהיינו, כל עוד המצווה שנוותר בחיים לא עשה כל פעולה לסיכול תוכנית ההורשה המשותפת ולא התקיימו נסיבות המלמדות כי הוא מתעתד לעשות כן – אין הצדקה להטיל עליו חובות דיווח ופיקוח. אולם כאשר הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה התגבשה – דהיינו, כאשר הנסיבות מלמדות כי המצווה שנוותר בחיים אינו מכבד את תוכנית ההורשה המשותפת – יש מקום להטיל עליו חובות דיווח ופיקוח לשם הבטחתה.²⁰⁷

גישה כאמור תואמת אף את דיני החוזים. ודוק, עצם יכולתם של מתקשרים בחוזה לפעול להפרכתו אינה מצדיקה הטלה מלכתחילה של צווים, סעדים זמניים או חובות דיווח עליהם. מתקשרים בחוזה יכולים להסכים ביניהם (במסגרת החוזה) על הטלת חובות כאמור או על בטחונות וערבויות לקיומו, אך בהעדר הוראות מפורשות בחוזה, אין מקום להטיל על מי מהמתקשרים חובות דיווח או פיקוח להבטחת קיומו.²⁰⁸

אף במסגרת הצוואה ההדדית – כמו בחוזה – המצווים יכולים לקבוע מראש חובות פיקוח ודיווח שיחולו על המצווה שנוותר בחיים מייד עם פטירתו של אחד מהם. אך בהעדר הוראות בצוואה ההדדית, אין להחיל חובות כאמור כבררת מחדל. הסדרת חובות פיקוח ודיווח בצוואה ההדדית עשויה להיות פתרון יעיל במצבים שבהם הצוואה ההדדית נערכת על רקע עימותים פנים-משפחתיים. במצבים כאמור הסדרה מראש של חובות פיקוח ודיווח (לעיתים במעורבות של גורם שלישי אשר נאמן על כל בני המשפחה) עשויה להפיג חששות וחשדות ולמנוע הסלמה ביחסים לאחר פטירתו של אחד המצווים. צורך כאמור שכיח יותר (באופן טבעי) במקרים שבהם ילדיהם של המצווים (או של מי מהם) אינם משותפים לשני המצווים, אך הוא עשוי להתעורר אף במקרים אחרים שבהם קיימים יחסים עכורים, חוסר אמון או עימותים ברמת עצימות גבוהה בין בני המשפחה.

פעולות לסיכול תוכנית ההורשה המשותפת יכולות להיעשות על ידי מי מהמצווים – בלא ידיעתו של המצווה האחר או בלא הסכמתו – לא רק לאחר פטירתו של אחד מהם, אלא עוד בחיי שניהם. בהקשר זה מתעוררת השאלה אם הצוואה ההדדית מגבילה את המצווים עוד קודם לפטירתו של אחד מהם.²⁰⁹

להבדיל מהגבלת האפשרות לבטל את הצוואה ההדדית בחיי שני המצווים – שיש בה משום פגיעה חמורה ולא מידתית בחופש הציווי – הגבלת האפשרות לעשות פעולות ברכוש בחיי שני המצווים אינה פוגעת בחופש הציווי, אלא בזכות הקניין. כשם שניתן להגביל את המצווה שנוותר בחיים מלעשות פעולות ברכוש לאחר פטירתו של אחד

207 גישה כאמור הוכרה בעניין *Fundel*, לעיל ה"ש 182, שם סירב בית המשפט לרשום הערת אזהרה על נכס, בין היתר משום שלא נעשתה כל פעולה המלמדת על כוונה לפעול בניגוד לצוואה ההדדית.

208 להרחבה נוספת על אודות ההגבלות החלות על המצווה שנוותר בחיים באשר לשימוש ברכוש ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 71-76 ו-81-84.

209 ראו *CASSIDY, MUTUAL WILLS*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 3. לעמדה שלפיה פעולות ברכוש בחיי שני המצווים אשר מסכלות את תוכנית ההורשה המשותפת יכולות להיחשב הפרה צפויה, ראו *Youdan*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 406.

המצווים – מכוח יסודותיה החוזיים של הצוואה ההדדית (ראו על כך את הדיון לעיל בפרק זה) – כך היסודות החוזיים יכולים להעניק תוקף אף להגבלות כאמור בחיי שני המצווים (כל עוד הצוואה ההדדית לא בוטלה כדין).²¹⁰

אלא שבניגוד לשלב שלאחר פטירתו של אחד המצווים – שבו ראוי כאמור (על פי ההסדר המוצע) להטיל על המצווה שנותר בחיים הגבלות כבררת מחדל, וזאת אף בהעדר הוראה מפורשת בצוואה ההדדית – הטלת הגבלות כאמור בחיי שני המצווים מחייבת הוראה מפורשת. ודוק, הגבלת הפעולות ברכוש נגזרת כאמור, מניה וביה, מיסוד הכבילה החל ביחס להתחייבות לא לבטל את הצוואה ההדדית. אלא שבחיי שני המצווים יסוד הכבילה חל במלואו רק ביחס לאופן הביטול, ואילו ביחס לזכות הביטול קיימת כבילה מוחלטת בלבד. הכבילה המוחלטת – אשר אין בכוחה למנוע את ביטול הצוואה ההדדית – אינה מצדיקה הטלת מגבלות מכללא על חופש הקניין.²¹¹

פרק ו: הערות באשר לדין הישראלי

בפרק זה, החותם את המאמר, אתייחס לאפשרות יישומם של הרעיונות המוצעים לעיל ביחס לדין הישראלי הנוכחי, החל בעקבות תיקון מס' 12 לחוק הירושה (על כך ראו להלן בתת-פרק 2). היכולת ליישם את הרעיונות שבחיבור זה ביחס לדין הישראלי הנוכחי נובעת מאופיו החוזי של ההסדר הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה (להסבר ראו לעיל בפתח דבר) ומן האפשרות שסעיף 8א מקנה למצווים להתנות על הוראותיו ולייצר לעצמם הסדר פרטי בעל יסודות כבילה משמעותיים יותר לעומת בררת המחדל שבחוק (על אפשרויות אלה ראו בתת-פרק 11 להלן). בשולי הדברים אתייחס אף בקצרה לקשיים שהצוואה ההדדית מעוררת בדין הישראלי לנוכח ההסדר שבדין הנוכחי (ראו להלן תת-פרק 3).

1. יכולתם של המצווים להתנות על ההסדר הקבוע בחוק וליצור לעצמם "הסדר פרטי"

זכותם של המצווים לבטל את הצוואה ההדדית הוסדרה בחוק הירושה בסעיף 8א(ב) – בחיי המצווים הביטול מותנה במסירת הודעה בכתב (סעיף 8א(ב)(1) לחוק הירושה), ואילו לאחר פטירתו של אחד המצווים הביטול מותנה בהשבה רעיונית (הסתלקות) או בהשבה בפועל (סעיף 8א(ב)(2) לחוק הירושה).

הסדר זה אינו מייצר ודאות בשלב שלאחר פטירתו של אחד המצווים, ולפיכך אין בו מענה לצרכים ולתכליות העומדים ביסוד הצוואה ההדדית (לפירוט ראו לעיל פרקים א ו-ב).

210 לעמדה דומה ראו Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 669.
211 לסיכום עקרונות ההסדר המוצע ולהצעת חוק ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 95–97 ו-100–104.

ב). עם זאת, ההסדר הקבוע בסעיף 8 מאפשר למצווים חופש רחב לקביעת הוראות ותנאים ביחס לזכות הביטול, לרבות בדרך שיש בה כדי להצר את זכות הביטול בחייהם (מעבר להוראות החוק), ואף לבטלה לחלוטין לאחר פטירתו של אחד המצווים. מסקנה זו מתבקשת הן לנוכח לשונו הברורה של סעיף 8 א הן לנוכח המטרות והתכליות העומדות ביסודו.

(א) האפשרויות המעשיות העומדות לפני המצווים על פי לשון החוק

סעיף 8א(ג) לחוק הירושה מקנה למצווים את החופש לכלול בצוואה ההדדית "הוראה אחרת" באשר לזכות הביטול, הן בחיי שניהם הן לאחר פטירתו של אחד מהם, למעט הגבלה יחידה שלפיה "הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג – בטלה". דהיינו, המצווים רשאים, מחד גיסא, לקבוע הוראות שיש בהן כדי "להקל" את הביטול לעומת התנאים שבחוק (כגון זכות ביטול בהודעה בעל פה, זכות ביטול ללא הודעה כלל, זכות ביטול בהשבה חלקית, זכות ביטול ללא השבה וכיוצא בהן); אך הם אף רשאים, מאידך גיסא, לקבוע הוראות שיש בהן כדי "להכביד" את הביטול לעומת התנאים שנקבעו בחוק, ובלבד שלא יגבילו לחלוטין את זכות הביטול בחיי שניהם. **באשר לשלב הראשון – עד לפטירתו של אחד המצווים –** ההוראה המגבילה את יכולתם של המצווים לשלול את זכות הביטול בחייהם מלמדת כי מדובר בהגבלה צרה ביותר. ודוק, כלל ידוע בפרשנות חקיקה הוא שהמחוקק אינו משחית את מילותיו לריק.²¹² לשון החוק היא כי רק הוראה השוללת "לחלוטין" את זכות הביטול בחיי בני הזוג בטלה. השימוש בתיבה "לחלוטין" מלמד כי הוראה בצוואה הדדית שיש בה רק כדי להכביד או להצר את זכות הביטול בחיי המצווים, מבלי לשלול אותה לחלוטין, אינה בטלה. יכולתם של המצווים לקבוע בצוואה ההדדית תנאים שמכבידים או מצרים את זכות הביטול – לעומת התנאים הקבועים בחוק – מאפשרת להם לייצר הסדרים שונים (לרבות בחייהם) אשר יש בהם כדי "להרתיע" את המצווים מביטול הצוואה ההדדית, כגון התניית הביטול בתשלום, התניית הביטול בויתור על רכוש לטובת המצווה האחר, התניית הביטול בהעברת רכוש לצד שלישי (לרבות לנאמנות שהוראותיה ייקבעו מראש בצוואה ההדדית) וכיוצא בהן. פרשנות זו של לשון החוק אף מתיישבת היטב עם כוונת המחוקק, כפי שהיא עולה באופן ברור מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט.²¹³

212 ראו רע"א 7687/18 מדינת ישראל – רשות המסים – מנהל מע"מ לוד נ' מרעב חסן בנייה וסחר בע"מ, פס' 24 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (פורסם באר"ש, 15.7.2020); ע"א 2515/18 חברת אמ.סי.אל קניין דורות בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, פס' 44 לפסק דינו של השופט מינץ (פורסם באר"ש, 17.6.2020); בע"מ 4860/16 פלונית נ' פלוני, פס' נו לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (פורסם באר"ש, 5.9.2017); בג"ץ 7755/14 צלול – עמותה לאיכות הסביבה נ' הממונה על ענייני הנפט, פס' 10 לפסק דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר"ש, 28.12.2016); ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 143–144.

213 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 434, לעיל ה"ש 31, בעמ' 23 (ההדגשה הוספה): "...הוספנו הוראה שאומרת שכל ההסדרה של הביטולים זה חל רק אם אין הוראה אחרת בצוואה. כלומר הם יכולים להגיד אנחנו לא נבטל את הצוואה בהודעה אלא נבטל רק כך וכך. הם יכולים להתנות על זה מה שהם

באשר לשלב השני – לאחר פטירתו של אחד המצווים – ההוראה בסעיף 8א(ג) לחוק הירושה, המגבילה את יכולתם של המצווים לשלול את הביטול בחייהם, מלמדת על אפשרותם לשלול את זכות הביטול לאחר פטירתו של אחד המצווים. ודוק, הוראות החוק מסדירות באופן מובדל ומובחן את זכות הביטול בשלב הראשון – **"בחייהם של שני בני הזוג"** (סעיף 8א(ב)(1) לחוק הירושה) – לעומת זכות הביטול בשלב השני, קרי, **"לאחר מות אחד מבני הזוג"** (סעיף 8א(ב)(2) לחוק). הוראת סעיף 8א(ג) לחוק הירושה קובעת כאמור הגבלה יחידה ביחס ליכולתם של המצווים להתנות על זכות הביטול, וזאת ביחס לשלב הראשון בלבד: **"הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג – בטלה."**²¹⁴ מלשון החוק – ובפרט לנוכח ההבחנה המהותית שבחוק בין שני השלבים – ברור כי מדובר ב"הסדר שלילי" (מכלל הן אתה שומע לאו),²¹⁵ דהיינו, **הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לביטול לאחר מות אחד מבני הזוג – אינה בטלה.**²¹⁶ אף פרשנות זו של לשון החוק מתיישבת היטב עם כוונת המחוקק, כפי שהיא עולה באופן ברור מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט.²¹⁷

(ב) ההצדקה להכרה בזכות המצווים להצר את חופש הציווי מעבר להוראות החוק לנוכח תכלית החוק

פרשנות החוק באופן שמקנה למצווים את הזכות להצר את חופש הציווי מעבר להוראות החוק **מגשימה את תכליתו של החוק, את הערכים העומדים ביסודו ואת מטרתו.**²¹⁸ ראשית, תיקון מס' 12 נועד לייצר חריג חקיקתי ייחודי לכלל שחל עד לתיקון ביחס לעליונותו של חופש הציווי. ודוק, המצב המשפטי שהיה קיים עובר לתיקון מס' 12 הקנה לחופש הציווי עליונות מוחלטת על חופש החוזים.²¹⁹ זאת, לנוכח הוראות סעיפים 8(א)

רוצים. אבל אם יש הוראה בצוואה ששוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג... היא בטלה." כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 522, לעיל ה"ש 29, בעמ' 15: "...שבני הזוג יכולים להגיד כל מה שהם רוצים שהוא שונה, כלומר הוראות החוק הנה, חוץ מדבר אחד, שאי אפשר לקבוע שבחיי שני בני הזוג אי אפשר לבטל את הצוואה."

214 ההדגשה הוספה. ראו גם עמ"ש פלוגית, לעיל ה"ש 34, פס' 42 לפסק הדין.

215 על פרשנות חקיקה באמצעות הכלל של "הסדר שלילי" (מכלל הן אתה שומע לאו), ועל השימוש בו כמורה דרך לגילוי כוונת המחוקק, ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 112–115.

216 מהערת אגב בת"ע (משפחה ת"א) 106160/06 עזבון ש.ח. נ' ל.מ., פס' 45 לפסק הדין (פורסם בנבו, 10.6.2009), משתמעת פרשנות שונה של החוק.

217 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25, בעמ' 41 (ההדגשה הוספה): "...כשאחד מהם נפטר אפשר. ההחלטה של הוועדה היתה, שאם הם מחליטים שאחרי שמישהו נפטר אי אפשר לשנות את הצוואה, זה בסדר. אם הם אומרים שבחיי שני בני הזוג אי אפשר לשנות את הצוואה, זה לא בסדר. זו היתה ההחלטה של הוועדה, וזה מה שהסעיף אומר." ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 522, לעיל ה"ש 29, בעמ' 20, וכן פרוטוקול ישיבה מס' 434, לעיל ה"ש 31, בעמ' 23–24.

218 על מטרתם של כללי הפרשנות להעניק לדבר החקיקה את המשמעות המגשימה בצורה הטובה ביותר את תכליתו, ראו ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 143–144.

219 ראו מנדלסון, לעיל ה"ש 6, בעמ' 7; בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 501–505; מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 120.

ר-27 לחוק הירושה, אשר מונעות מהמצווה את האפשרות לכבול את עצמו או להתחייב ביחס לעזבונו (בהסכם או בצוואה). בדברי ההסבר להצעת החוק הכיר המחוקק מפורשות בכך שהצוואה ההדדית פוגעת בעקרון חופש הציווי, וכך שהיא מהווה "הסכם בדבר ירושתו של אדם".²²⁰ הכרה זו מלמדת על כוונה מפורשת לייצר חריג חקיקתי ייחודי לכלל המונע מן המצווה את האפשרות לכבול את עצמו ביחס לעזבונו.²²¹ כך אף עולה היטב מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט.²²² על רקע כוונה ומטרה אלה יש לפרש את הוראות סעיף 8 לחוק הירושה כסעיף שהוסף לחוק במטרה לשנות את המצב המשפטי הקיים ולאפשר לבני זוג לערוך הסכמי ירושה תוך פגיעה בחופש הציווי, וזאת במסגרת הייחודית והמוגבלת של עריכת צוואה הדדית, ובכפוף להגבלה היחידה שנקבעה בחוק במפורש (האיסור לשלול לחלוטין את זכות הביטול בחיי שני המצווים).

סעיף 8 לחוק הוא דוגמה קלסית להלכה הידועה שחוק מאוחר וייחודי גובר על חוק מוקדם וכללי.²²³ ודוק, סעיפים 8(א) ו-27 לחוק הירושה – שהם כאמור המקור הנורמטיבי לעליונותו של חופש הציווי – הם בבחינת חוק מוקדם וכללי. לעומת זאת, סעיף 8 לחוק הירושה – המאפשר פגיעה בחירות ההורשה בנסיבות הייחודיות של עריכת צוואה הדדית – הוא בבחינת חוק מאוחר וייחודי, הגובר על העיקרון הכללי של חופש הציווי, ובהתאם לכך יש להתייחס אליו ולפרשו.²²⁴ פרשנות זו משתלבת אף עם ההלכה שהשתרשה בפסיקה עובר לתיקון מס' 12, שלפיה יש לפרש את הוראת סעיף 8(א) לחוק הירושה – אשר קובעת את בטלותו של "הסכם בדבר ירושתו של אדם" – באופן מצמצם.²²⁵ הלכה

220 ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 130. ראו גם שם, בעמ' 131: "...עקרון החופש לצוות בחוק הירושה... נפגע בהסדר הצוואה ההדדית..." ושוב שם, בעמ' 130: "ער היום לא הוסדר בחקיקה נושא הצוואה ההדדית, ויותר מכך, נראה שההסדר סותר סעיפים ספציפיים בחוק הירושה... כך למשל, הצוואה ההדדית עומדת בניגוד לסעיף 8 לחוק הירושה, הקובע כי הסכם בדבר ירושתו של אדם שנעשה בחייו של אותו אדם – בטל."

221 על היות ס' 8 לחוק הירושה חריג חקיקתי לאיסור העסקאות בירושה ראו מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 35, בעמ' 42-43; מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 121.

222 ראו, למשל, בפרוטוקול ישיבה מס' 434, לעיל ה"ש 31, בעמ' 12 (ההדגשות הוספו): "...אנחנו עושים פה דבר חדש, אנחנו עושים חקיקה חדשה... שלגבי הצוואות ההדדיות האלה יחול דין מסויים... אנחנו עושים פה דין מיוחד, על זה אנחנו מדברים, אנחנו מדברים על סיטואציה מיוחדת."

223 ראו בג"ץ 3250/13 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' שר האוצר, פס' 36 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 9.8.2015). ראו גם בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה בנייש (2010); ע"א 9839/17 הביטאט בע"מ נ' CAFOM, פס' 25 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 17.12.2018); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 265-266 (1995).

224 לעמדה דומה שלפיה יש להעדיף את עקרון ההסתמכות שבצוואה ההדדית על עקרון חופש הציווי הואיל ועקרון ההסתמכות, הקבוע בס' 8 לחוק הירושה, הוא עיקרון מאוחר וייחודי, בעוד עקרון חופש הציווי הוא עיקרון מוקדם וכללי, ראו עניין א.א. נ' י.א., לעיל ה"ש 32, בעמ' 9.

225 ראו לעיל ה"ש 13 וכן ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 762-763 (1975); עניין נחשון, לעיל ה"ש 13, פס' 11, 15 ו-19 לפסק דינה של השופטת ברון; עמ"ש (מחוזי ת"א) 11700-12-16 ש.

זו נכונה, קל וחומר, ביחס לתיקון לחוק שנועד לייצר חריג חקיקתי לעליונותו של עקרון חופש הציווי.²²⁶

שנית, תיקון מס' 12 נועד לייצר איזון בין עקרון חופש הציווי לבין עקרון ההסתמכות החוזי. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין מפורשות כי ביסוד התיקון עומד "ניסיון לאזן בין שני העקרונות", וכי האיזון בין שני העקרונות בא לידי ביטוי, מחד גיסא, בכך שההסדרים הקבועים בחוק ביחס לביטול "יחולו רק כברירת מחדל", ומאידך גיסא, בכך ש"הוראה בצוואה שתמנע לחלוטין את שינוייה בחייהם – בטלה".²²⁷

פרשנות המאפשרת פגיעה רחבה בחופש הציווי – ככפוף להגבלה המפורשת הקבועה בחוק – מייצרת איזון ראוי בין חופש הציווי לחופש החוזים, באופן שמגשים את תכלית החוק. ודוק, חופש החוזים וחופש הציווי נחשבים שניהם חירויות יסוד חשובות במשפט הישראלי.²²⁸ כאמור, עובר לתיקון מס' 12 הקנה החוק לחופש הציווי עליונות מוחלטת על חופש החוזים.²²⁹ אולם תוצאה שלפיה בתחרות שבין שני עקרונות יסוד חשובים לעולם יגבר אחד מהם, ללא קשר לנסיבות, אינה ראויה ואינה רצויה. לא בכדי עורר עליו איסור העסקאות בירושה ביקורות רבות, ופורש בפסיקה באופן מצמצם.²³⁰ אף מדברי הכנסת ומהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה מורת רוחו של המחוקק ביחס למצב משפטי זה.²³¹

עקרונות לעולם אינם מוחלטים, ואף חופש הציווי אינו מוחלט.²³² סעיף 8א לחוק הירושה יצר איזון חדש בין שתי החירויות. הכלל הוא שחופש הציווי גובר על חופש החוזים, אך בנסיבות צרות ומוגבלות – במקרה הייחודי של עריכת צוואה הדרית בין בני זוג בהתאם לסעיף 8א לחוק הירושה – יגבר חופש החוזים. האיזון הראוי בין שני העקרונות מצדיק שבאותה מסגרת מצומצמת שבה קבע המחוקק כי חופש החוזים יגבר

א. נ' ש.ט., פס' 4-5 לפסק דינו של השופט אטדגי (פורסם בנבו, 7.10.2018). לעמדה אחרת ראו קרייזר-לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26-29 ו-32-34.

226 ההלכה היא שפרשנותו של בית המשפט העליון לדבר חוק נהפכת לחלק מהחוק, ומחייבת מכוון עקרון התקדים המחייב (למעט אם נחקק הסדר חדש אשר מבטל, מגביל או משנה את פרשנותו של בית המשפט העליון). להרחבה ראו ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 58-61.

227 ראו דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 131: "...העקרון שבבסיס הצוואה ההדרית הוא **ההסתמכות** ההדרית בין המצווים... עקרון זה עומד בניגוד לעקרון הבסיסי המוגן בחוק הירושה – הוא החופש לצוות... **בניסיון לאזן בין שני העקרונות** מוצע לקבוע הוראות שונות לענין ביטול הצוואה... מוצע כי ההסדרים האמורים בסעיף קטן (ב) בנוגע לביטול צוואה הדרית **יחולו רק כברירת מחדל**, במידה שאין בצוואה ההדרית הוראה אחרת בנוגע לביטולה. אולם, עקב הרצון להגן על החופש לצוות בחיי שני בני הזוג, **הוראה בצוואה שתמנע לחלוטין את שינוייה בחייהם – בטלה...**" (ההדגשות הוספו).

228 ראו לעיל ה"ש 1 ו-10 והטקסט שלידן.

229 ראו ההפניות לעיל בה"ש 219.

230 ראו ההפניות לעיל בה"ש 225.

231 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה מס' 434, לעיל ה"ש 31, בעמ' 4-7; פרוטוקול ישיבה מס' 405, לעיל ה"ש 29, בעמ' 21-25.

232 ראו לעיל ה"ש 66 ו-67 והטקסט שלידן.

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

על חופש הציווי יתפרש החריג באופן רחב, ולא יחולו על המצווים הגבלות נוספות מעבר להגבלה היחידה שנקבעה מפורשות בחוק.²³³

שלישית, מטרתו של תיקון מס' 12 היא לאפשר לבני זוג ליצור יחד תוכנית הורשה משותפת "לפי תפיסת עולמם". מהפרוטוקולים של ישיבות הכנסת עולה כי עמדת המחוקק היא שמדובר ביעד "חשוב מאוד", אשר עמד ביסוד התיקון לחוק.²³⁴ מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי המחוקק קבע בררת מחדל רחבה מתוך כוונה להעניק למצווים מגוון של כלים ואפשרויות ליצירת תוכנית הורשה משותפת ולהגנה עליה לפי רצונם (בכפוף למגבלה היחידה שנקבעה בחוק).²³⁵ הזכות ליצור תוכנית הורשה משותפת כוללת מניה וביה את הזכות להגן עליה.

מטרתם של הוראות או תנאים בצוואה ההדדית שמצרים את חופש הציווי (מעבר להוראות החוק) היא להגן על תוכנית ההורשה המשותפת שביסוד הצוואה ההדדית. לפיכך פרשנות החוק באופן המאפשר לבני הזוג לכלול בצוואה ההדדית הוראות או תנאים כאמור (בכפוף להגבלה הברורה הקבועה בחוק) מגשימה את תכלית החוק לאפשר לבני זוג לערוך תוכנית הורשה משותפת.

חזקה מקובלת בפרשנות חקיקה היא שהחוק חוקק בשכל ובהיגיון, ושתכלית החוק היא להשיג דברים שבהיגיון.²³⁶ אין כל היגיון לפרש את סעיף 8 לחוק הירושה באופן שמעניק למצווים, "ביד האחת", את האפשרות לערוך תוכנית הורשה משותפת אך בד בבד שולל מהם, "ביד האחרת", את האפשרות להגן עליה.²³⁷

233 על פרשנות חקיקה באמצעות איזון בין עקרונות יסוד מתנגשים ראו ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 730–739.

234 כך עולה מפרוטוקול ישיבה מס' 237, לעיל ה"ש 31, בעמ' 27 (ההדגשה הוספה): "צוואה הדדית משמעותה ששני בני הזוג בחייהם יושבים וחושבים מה הם יעשו עם רכושם, למי הם יעבירו אותו, ובהתאם לזה הם מסכמים ביניהם צוואה הדדית." "כן ראו שם, בעמ' 28 (ההדגשה הוספה): "אם כך, זה הדבר הראשון שהחוק עושה. הוא קובע מבחינת החוק, שהצוואה הזאת תהיה כשרה. הדבר השני גם כן חשוב מאוד. מדובר כאן על רכוש של אנשים שעמלו כל ימי חייהם להשיגו, ועכשיו הם רוצים לצוות לפי תפיסת עולמם מה יעשה ברכוש שלהם."

235 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 405, לעיל ה"ש 29, בעמ' 23: "למה שאנחנו, כמחוקקים, לא ניתן לצדדים להביע את רצונם על-ידי מתן כל האופציות? ... מאיפה הסמכות להגיד להם שלא יהיה הסכם כזה בשום פנים ואופן? למה אני שולל את זה? מה יש לי נגד זה? זה נושך? זה מרביץ? זה הורג? מה רע בזה?" "כן ראו פרוטוקול ישיבה מס' 434, לעיל ה"ש 31, בעמ' 4–6 ו-8.

236 ראו ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 66, בעמ' 541–542.

237 יפים לעניינו דבריו הבאים של הלורד קמרון בהלכת *Dufour*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 309: "There cannot be a more absurd presumption than to suppose two persons, while they are contracting, to give each a licence to impose upon the other"

2. משמעות מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי

מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי הוא שמאפשר את יישומם של חלק מהרעיונות המוצעים בחיבור זה ביחס לדין הנוכחי בישראל.

ראשית, מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי מאפשר למצווים לכלול בה הוראות לבר-צוואתיות, שיהיה להן תוקף מחייב מכוח יסודותיה החוזיים (כל עוד הצוואה ההדדית לא בוטלה כדין). כך, למשל, המצווים יכולים לכלול בצוואה ההדדית הגבלות בנוגע לפעולות ברושם שיש בהן כדי לסכל את תוכנית ההורשה המשותפת, לרבות **כבר בחיי שניהם** (על ההצדקות לכך ראו לעיל בחלק ה2(ג)).

שנית, מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי מאפשר לקרוא לתוכה (לאחר פטירתו של אחד המצווים), **אף בהעדר הוראות מפורשות או משתמעות**, הגבלות מכללא שאוסרות על המצווה שנתר בחיים לפעול ברכוש שהצוואה ההדדית חלה לגביו – לרבות ברכושו שלו ולרבות ברכוש שנצבר לאחר פטירתו של המצווה האחר – באופן שיש בו כדי לסכל את תוכנית ההורשה המשותפת. הגבלות אלה יחולו כל עוד הצוואה ההדדית לא בוטלה כדין. בנסיבות שבהן נקבעה בצוואה ההדדית הוראה האוסרת את ביטולה לאחר פטירתו של אחד המצווים, יחולו המגבלות באופן קבוע עם פטירתו של אחד מהם.

בפסיקה הישראלית נקבע כי ניתן להורות על ביטול פעולות שנעשו במטרה לסכל את תוכנית ההורשה המשותפת – לרבות פעולות ברכוש השייך למצווה שנתר בחיים – וזאת כאשר מהצוואה ההדדית או מהנסיבות עולה כוונה מפורשת או משתמעת להגבלה. באותם מקרים הורו בתי המשפט על ביטול הפעולות שנעשו ברכוש באמצעות קריאת תניות משתמעות להסדר של יורש אחר יורש (סעיף 42 לחוק הירושה) וכן באמצעות שימוש בעקרון תום הלב.²³⁸ אלא שהיכולת **לכפות** על המצווה שנתר בחיים הגבלות מכוח **דיני הירושה** (מכוח הסדר של יורש אחר יורש) מוגבלת לנכסים שהמצווה שנתר בחיים ירש מן המצווה שנפטרה ראשון.²³⁹ הגבלת המצווה שנתר בחיים בקשר ל**רכושו שלו** אפשרית רק מכוח דיני החוזים (להרחבה ראו לעיל חלק ה2(ג)). אף בעקרון תום הלב כשלעצמו – ללא רכיב הסכמי כלשהו (או לכל הפחות רכיב התנהגותי המקים זכות שביושר) – אין כדי להקים חיוב ביחס לרכושו של המצווה שנתר בחיים.

ההצדקה הרעיונית בדין הישראלי להגבלת המצווה שנתר בחיים באשר לביצוע פעולות שיש בהן כדי לפגוע בתוכנית ההורשה המשותפת שבצוואה ההדדית – **ביחס לכל הרכוש, לרבות רכושו שלו** – נגזרת לשיטתי, מניה וביה, ממעמדו המעין-חוזי של ההסדר

238 ראו תמ"ש פלוני, לעיל ה"ש 32, פס' 97, 98, 100, 112 ו-113 לפסק הדין; עניין א' ע', לעיל ה"ש 32, פס' 10-20 ו-36-37 לפסק הדין.

239 לעמדה שלפיה הצוואה ההדדית היא "sui generis" (הסדר משפטי ייחודי בעל כללים המותאמים לו), ולפיכך דוקטרינת "יורש אחר יורש" אינה חלה לגביו, ראו קורין אלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 235, ה"ש 118.

משפט ועסקים כד, תשפ"א היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית

הקבוע בסעיף 8א. לפיכך הגבלת המצווה שנוותר בחיים אינה תלויה נסיבות, והיא חלה אף בהעדר כל תניה מפורשת או משתמעת בצוואה ההדדית (על ההצדקות לכך ראו לעיל בחלק ה(ג)). מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי זו אף הייתה כוונת המחוקק.²⁴⁰

שלישית, מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי מאפשר להטיל על המצווה שנוותר בחיים חובות כשל נאמן.²⁴¹ הנאמנות הקונסטרוקטיבית, כמו גם הנאמנות המשתמעת, מוכרות בדין הישראלי בכלל ובהקשר המשפחתי בפרט.²⁴² הוראת סעיף 2 לחוק הנאמנות, התשל"ט-1979, קובעת כי הנאמנות נוצרת על פי חוק, חוזה או כתב הקדש. הפרשנות המקובלת של חוק הנאמנות היא כי די בכך שהנאמנות משתמעת מאופי החיוב – על פי החוק או החוזה – על מנת שתיווצר נאמנות. דהיינו, נאמנות נוצרת אף כאשר החוזה אינו מורה מפורשות כי אחד הצדדים יתמנה כנאמן, ודי בכך שהוראותיו מטילות על הצדדים (או על מי מהם) חובה הנתפסת כחובת אמון או שהוא יוצר יחסים הנתפסים כיחסי נאמנות.²⁴³

מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית, נסיבות עריכתה והיחסים המיוחדים בין המצווים מקימים חובות אמון.²⁴⁴ ודוק, לאחר פטירתו של אחד המצווים, וכל עוד הצוואה

240 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 405, לעיל ה"ש 29, בעמ' 14: "...שאתה מבטיח לך [צ"ל – לה] את החצי שלך, היא מבטיחה לך את החצי השני, בתמורה היא צריכה להתחייב כלפיך שגם בחצי שלה יחולו המגבלות, והיא לא תוציא אותו, אלא הוצאה סבירה." (ההדגשה הוספה).

241 לאפשרות לראות את המצווה שנוותר בחיים כנאמן ראו גם מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 124.

242 ראו פרידמן ושיפרא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 41, 611, ה"ש 5, ר"ב 628; כהן "חוזה של קטינה", לעיל ה"ש 191, בעמ' 183–184; צבי טריגר "חובות אמון בדיני חוזים" חובות אמון בדין הישראלי, 67, 82–83 (רות פלאטו-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016); ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49, 62–66 (2003); ע"א 7231/10 תלמוד תורה בית יהודה קרית אתא ע"ש יהודה גפן זצ"ל נ' עיריית קרית אתא, פס' 21–23 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 17.10.2012); ע"א 9555/10 הופמן נ' יפה, פס' 20 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 15.7.2013); ע"א 2907/04 סופיוב נ' עזובן סופיוב, פס' 6–7 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 13.6.2007); ע"א 3829/91 וואלס נ' גת, פ"ד מח(1) 801, 813 (1994). להכרה בנאמנות משתמעת בדין הישראלי בהקשר המשפחתי ראו עמ"ש (מחוזי חי') 31419-03-16 פלוני נ' אלמוני, פס' 52 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.3.2018); תמ"ש (משפחה ב"ש) 40249-01-13 פלוני נ' אלמונית, פס' 15–17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 22.4.2014); תמ"ש (משפחה נצ') 2057-03-12 מ.מ.כ. נ' ז.כ., פס' 24–32 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.1.2014); תמ"ש (משפחה ת"א) 38300/98 צ.ב. נ' ב.ב., פס' 1(ח)–1(ב) (ב) לפרק הדיון בפסק הדין (פורסם בנבו, 23.9.2001); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 48540-05-12 פלונית נ' פלוני, פס' 24–29 לפסק הדין (פורסם בנבו, 1.10.2013); תמ"ש (משפחה י-ם) 27140/01 ר. י. נ' פ. ב., עמ' 24–25 ו-28 (פורסם בנבו, 23.2.2004); טריגר, שם, בעמ' 85–86.

243 ראו פרידמן ושיפרא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 532, ה"ש 255, ר"ב 614–615.

244 על חובות אמון הקמות מכוח יחסים משפחתיים ראו שם, בעמ' 624; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 226–227 (מהדורה שנייה, 2018).

ההדדית לא בוטלה (מקום שהמצווים לא הגבילו את זכות הביטול בשלב זה), המצווה שנתר בחיים הוא בעלים של רכוש (הן רכושו שלו הן רכוש שירש מהמצווה שנפטר ראשון) אשר ליורשים הסופיים יש בו עניין. דהיינו, מדובר ביחסי אמון מן הדרגה הגבוהה ביותר.²⁴⁵ כוונת המצווים כי המצווה שנתר בחיים לא ישתמש לרעה בכוח הנתון בידו באופן שיפגע בתוכנית ההורשה המשותפת מטילה אף היא על המצווה שנתר בחיים חובות אמון, ולא רק כלפי המצווה שנפטר ראשון, אלא אף כלפי היורשים הסופיים.²⁴⁶ חובות אמון אלה מלמדות כי יש מקום על פי הדין הישראלי להכיר בנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה בהקשר של הצוואה ההדדית,²⁴⁷ ובכלל זה להחיל הגבלות וחובות דיווח ופיקוח מכוחה, וזאת בנסיבות שבהן המצווה שנתר בחיים פעל באופן המצדיק זאת (על משמעותה המעשית של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה ראו לעיל בחלק ה-2(ג)).

רביעית, אופייה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי מקנה ליורשים הסופיים מעמד עצמאי וזכויות בעלות גוון קנייני מול צדדים שלישיים שאליהם הועבר רכוש בניגוד לתוכנית ההורשה המשותפת (למעט בנסיבות שבהן הצד השלישי השלים את הקניין בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק).²⁴⁸ ודוק, על פי דיני הנאמנות, הנהנה זכאי לתבוע את זכויותיו מהנאמן באופן עצמאי.²⁴⁹ סעיף 14 לחוק הנאמנות מטיל על צד שלישי אחריות וחובות כשל נאמן בנסיבות שבהן הצד השלישי היה מעורב בפעולה "שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה". במצב כאמור **אף מוקנה לבית המשפט שיקול הדעת להורות על**

245 יחסי אמון מן הדרגה הגבוהה ביותר קיימים מקום שניתן לאדם כוח לנהל את ענייני הזולת. כוח זה מקים חובת אמון חמורה בין הצדדים. ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך ב, שם, בעמ' 205; פרידמן ושפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 615-618.

246 על חובת האמון שקמה כלפי צד שלישי בנסיבות של סמכות וכוח לניהול נכסי הזולת כאשר כרוכה בעניין זכותו של הצד השלישי, ראו פרידמן ושפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 616-617.

247 לעמדה שלפיה ניתן להחיל את הקונסטרוקציה של נאמנות קונסטרוקטיבית בהקשר של הצוואה ההדדית ראו את הערתו של השופט גייממן בת"ע (משפחה ת"א) 4860/99 **פייר נ' לרנר**, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.1.2001) (ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי התקבל, אך תוצאת פסק הדין אושרה בבית המשפט העליון – ראו בע"מ **לרנר**, לעיל ה"ש 84). לעמדות השוללות את תחולתו של מוסד הנאמנות בהקשר של הצוואה ההדדית בדין הישראלי ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 37823/98 **מ' ר' נ' מ' ש'**, פס' ז לפרק ההכרעה בפסק הדין (פורסם בנבו, 25.12.2007); תמ"ש (משפחה חי') 1360/07 **י.ה. נ' ת. ש.**, פס' 33 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.5.2012); תמ"ש (משפחה ת"א) 45880/06 **נ.ר. נ' א.ר.**, פס' 17 לפסק הדין (פורסם בנבו, 30.11.2010). לעמדה הגורסת כי על פי הדין הישראלי ניתן לבחון הוראה של "יורש אחר יורש" באספקלריה של "שעבוד צף" ובהשוואה למנגנון זה, ראו עמ"ש **פלונית**, לעיל ה"ש 34, פס' 29 לפסק הדין.

248 להרחבה נוספת על אודות מעמדם של היורשים הסופיים בצוואה ההדדית וזכויותיהם (לאחר פטירתו של אחד המצווים) ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 49-53 ו-77-80.

249 ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך ג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 111 ו-136; שלמה כרם **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979**, 78, 82 (מהדורה רביעית מורחבת, 2004).

ביטול הפעולה (למעט, כאמור, בנסיבות של השלמת הקניין בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק). בהקשר של הצוואה ההדדית ראוי (באופן רגיל) שבית המשפט יעשה שימוש בסמכותו להורות על ביטול הפעולה. עם זאת, במקרים חריגים שבהם הצד השלישי פעל בתום לב וביטול הפעולה אינו צודק ניתן להסתפק בהפיכת הצד השלישי לנאמן (עד לפטירת המצווה שנותר בחיים), בד בבד עם הטלת הגבלות ביחס לשימוש ברכוש שהועבר.

מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית אף מקנה ליורשים הסופיים מעמד עצמאי (אם כי מוגבל) – כצד שלישי שלטובתו נערך החוזה – לפעול להגנה על תוכנית ההורשה המשותפת, על כל המשתמע מכך.²⁵⁰ ליורשים הסופיים מוקנה אף מעמד עצמאי מול צד שלישי שהיה מעורב בסיכול תוכנית ההורשה המשותפת, וזאת מכוח העוולה של גרם הפרת חוזה.²⁵¹

חמישית, מעמדה המעין-חוזי של הצוואה ההדדית בדין הישראלי מאפשר את התערבותו של בית המשפט בתוכנה במקרה של שינוי נסיבות, וזאת בדומה להתערבותו בחוזים ארוכי טווח או בחוזי יחס (על כך ראו לעיל בחלק ה2(ב)). פתרון זה כבר מיושם למעשה בפסיקה הישראלית, באמצעות שימוש בכלים חוזיים שונים.²⁵²

תוצאה זו אומנם אפשרית (ואף מתבקשת) מבחינה משפטית על פי הדין הקיים, אולם ראוי להעיר כי מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי לא לכך כיוון המחוקק, וכי כוונתו הייתה דווקא הפוכה – למנוע או לכל הפחות להצר

250 ראו *Davis, Floating Right*, לעיל ה"ש 158, בעמ' 430; Youdan, לעיל ה"ש 9, בעמ' 401; מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 124. לדיון על זכויותיהם של היורשים הסופיים כמוטבים בחוזה לטובת צד שלישי ראו SAWYER & SPERO, לעיל ה"ש 17, בעמ' 106–107. לאפשרות לאכוף צוואה הדדית כחוזה לטובת צד שלישי ראו שם, בעמ' 110.

251 על זכויותיו של צד שלישי מול מעוול בגרם הפרת חוזה ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך ג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 117–128. על האפשרות לחייב צד שלישי בפיצויים עקב מעורבותו בהפרת חובת אמון או עקב נטילה מרכוש הנאמנות ראו פרידמן ושפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך א, לעיל ה"ש 157, בעמ' 668–670.

252 בתמ"ש (משפחה נצ') 41725-02-13 **עזבון מ.ק. נ' א.א.** (פורסם בנוב, 17.2.2015) הורישו המצווים את רכושם זה לזה ולאחר פטירתם לאחת מבנותיהם, וזאת בתנאי שתסעד את אחותה. לאחר פטירת הבעל נרצחה הבת היורשת, והאישה ערכה צוואה חדשה. תוך שימוש בכלים של פרשנות צוואה ודיני תום הלב קבע בית המשפט כי עקב שינוי הנסיבות קיום הצוואה ההדדית חוטא לאומד דעת המצווים, ופטר את האישה מחובת ההשבה כתנאי לביטול. בת"ע (משפחה י-ם) 41010/07 **אב. נ' ש.צ.** (פורסם בנוב, 31.5.2012) הורישו המצווים את רכושם זה לזה ולאחר פטירתם לבת של האישה ולבן המשותף בחלקים שווים. הצוואה ההדדית נערכה לפני תיקון החוק, וכללה הוראת כבילה. לאחר פטירת הבעל הלכה הבת לעולמה, והאישה שינתה את צוואתה והורישתה את כל רכוש לבן. באשר לצוואת הבעל נקבע כי לפי ס' 42(ג) לחוק הירושה, הואיל והבת נפטרה קודם שהגיע מועד זכייתה, ההוראה לטובתה (שהיא במהותה הוראת "יורש אחר יורש") בטלה, וממילא הבן נהפך ליורש יחיד. באשר לעזבונה ולצוואתה של האישה נקבע כי שינוי הנסיבות הביא בפועל לידי ביטול הוראת "יורש אחר יורש" לעניין הבת, ולפיכך "אין כל היגיון בהחלת המגבלות של אותה תוכנית" (שם, פס' 31 לפסק הדין).

את סמכותו של בית המשפט להתערב בהסדר שבין המצווים, לרבות בנסיבות קיצוניות.²⁵³

3. הקשיים שמתעוררים בדין הישראלי

כאמור בפתח חיבור זה, ההסדר הקבוע בסעיף 8 משלב עקרונות חוזיים וירושתיים באופן לא קוהרנטי. הוא אף אינו מפורט דיו, ויש בו לקיונות ואי-בהירויות שמייצרות חוסר ודאות.

דוגמה מובהקת לחוסר הוודאות הגלום בהסדר שבסעיף 8 לחוק הירושה היא שאלת תחולתו. בעניין זמיר קבעה השופטת נאור כי "הוראת החוק מגדירה צוואות הדריות כצוואות הנערכות 'מתוך הסתמכות של בן הזוג האחד על צוואת בן הזוג האחר'".²⁵⁴ דהיינו, מבחן תחולתו של סעיף 8 הוא **מבחן מהותי**. בספרות ובפסיקה הוכר הצורך בהוכחת קיומה של הסתמכות – מבחינה עובדתית ראייתית – לשם תחולת ההסדר.²⁵⁵ מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי המחוקק שקל לקבוע בהסדר תנאי צורני לתחולתו, וכי הוא אף היה מודע לקושי להוכיח בדיעבד קיומה של הסתמכות ולסיכון הגלום במבחן מהותי ליצירת אי-ודאות והתדייניות יתר.²⁵⁶ אלא שבסופו של יום נוסחו של תיקון החוק שאושר נותר דומה לזה שהוצע בהצעת החוק, "ללא הגבלה לצורה מסוימת של צוואה".²⁵⁷

כאשר בצוואה ההדדית נקבע מפורשות כי היא נערכה על פי סעיף 8 לחוק הירושה או כאשר היא נושאת את הכותרת "צוואה הדדית", אין צורך "לתור" אחר ראייה לכוונת המצווים להחיל את ההסדר הקבוע בחוק. אך בהעדר כותרת או הוראה מפורשת בצוואה ההדדית על אודות כוונה לערוך צוואה הדדית או על אודות הסתמכות המצווים האחד

253 הצעת החוק, לעיל ה"ש 4, כללה בסעיף המוצע 8(ב)(2) הוראה המקנה לבית המשפט סמכות להורות על השבה בשווי או על פטור מהשבה: "לאחר חלוקת העזבון... [אם] סבר בית המשפט כי השבה כאמור היא בלתי אפשרית או בלתי סבירה – יקבע בית המשפט אם ניתן להחזיר את שווי החלק בעזבון, ואם לא ניתן להחזיר את השווי האמור רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו ובתנאים שיקבע, לפטור את בן הזוג הנותר מהשבה כאמור." אולם אפשרות זו בוטלה בהמשך, לאחר שבמסגרת הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט הובעו הסתייגויות חריפות ממתן סמכות לבית המשפט להתערב בהסדר שבין המצווים לאחר פטירתו של אחד מהם. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 522, לעיל ה"ש 29, בעמ' 2-15; פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25, בעמ' 40-47.

254 ראו עניין זמיר, לעיל ה"ש 19, פס' 15 לפסק דינה של השופטת נאור (ההדגשות הוספו). ראו גם עניין א.ס, לעיל ה"ש 172, בעמ' 6.

255 ראו שוחט, פינברג ופלומין, לעיל ה"ש 113, בעמ' 148; שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 48-49; שבת (חלפון) ושבת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 273-274; עניין פלוני – עיזבון, לעיל ה"ש 25, פס' 18 לפסק הדין; ת"ע (משפחה ב"ש) 13-10-22790 ל.ק. נ' בא כוח היועץ המשפטי לממשלה – אפטרופוס הכללי, פס' 20 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.9.2017); עניין א' נ' ד', לעיל ה"ש 132, פס' 9 לפסק הדין; עניין ר.ש, לעיל ה"ש 32, פס' 53-54 לפסק הדין.

256 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 516, לעיל ה"ש 25, בעמ' 6-13 ו-17-32.

257 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 130.

על צוואת רעהו, עריכה משותפת של צוואות (לרבות "צוואות מראה" הכוללות הוראות הדדיות ואף צוואות שנערכו במסמך אחד) אין בה כדי ללמד על הסתמכות. במקרים כאמור יש צורך בהוכחת רכיב ההסתמכות באמצעות ראיות חיצוניות לטקסט.²⁵⁸

העדרה של דרישה צורנית ברורה מייצר חוסר ודאות בשאלת תחולתו של ההסדר (על כך ראו לעיל בתת-פרקים ד2 ו-ה2). עם חלוף הזמן, ככל שיגיעו לבתי המשפט יותר ויותר צוואות שיערכו לאחר התיקון, יידרשו בתי המשפט להתמודד עם שאלת הראיה הנדרשת להוכחת ההסתמכות. אי-ודאות באשר לתחולת ההסדר עלולה להביא לידי התדיינות יתר בנוגע לשאלה העובדתית-הראייתית בדבר קיומה של ההסתמכות.²⁵⁹ תוצאה זו אינה רצויה, והיא אף מנוגדת לערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית.

אי-הוודאות בנוגע לתחולת ההסדר בדין הישראלי עולה אף בהקשר של הודעת הביטול. ודוק, סעיף 8א(ג) לחוק הירושה קובע, כאמור, כי המצווים רשאים להתנות על הוראות החוק באשר לביטול. הוראה זו מלמדת כי דרישת הכתב הקבועה בחוק היא דרישה ראייתית, ולא דרישה מהותית, שכן כאשר דרישת הכתב היא מהותית, הצדדים אינם רשאים להתנות עליה.²⁶⁰ הואיל ומדובר בדרישת כתב ראייתית, ניתן להתגבר עליה באמצעות ראיות אחרות המלמדות על מסירת הודעה. בפסיקה ובספרות הישראלית הועלו עמדות שלפיהן ניתן להתגבר על דרישת הכתב אף בהעדר הודעה, כאשר קיימות ראיות המלמדות כי התקיימה ידיעה על אודות הביטול.²⁶¹ מצב משפטי זה מנוגד לערכי ההסדר, ויש בו כדי לייצר חוסר ודאות והתדיינות יתר (על כך ראו לעיל בחלק ה1(ב)).

258 במדינות שונות המכירות בצוואה ההדדית התפיסה המקובלת היא שעצם עריכת צוואות במשותף, לרבות "צוואות מראה" או צוואות שנערכו במסמך אחד, אינה מספקת לצורך החלת יסוד הכבילה. ראו ההפניות לעיל בה"ש 109.

259 לדוגמאות ראו עניין **האחיות**, לעיל ה"ש 34, פס' 18–26 לפסק הדין; תמ"ש **פלוני**, לעיל ה"ש 32, פס' 39–48 לפסק הדין. בעיה דומה קיימת בדין הזר במדינות שבהן הדרישה לחווה הוגמשה לדרישה מרוככת של כוונת כבילה (על כך ראו לעיל בתת-פרק ד2 ובחלק ה1(א)).

260 ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 484–485. ראו גם שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 356: "...רשאים בני הזוג להתנות תנאים גם בנוגע לצורת הביטול, ולקבוע דרכים חלופיות למסירת הודעת הביטול."

261 ראו, למשל, שם, בעמ' 356, את עמדתו של השופט שוחט כי יש מקום לריכוך דרישת הכתב כאשר "ניתן יהיה לבסס מסקנה שקיימת ידיעה של המצווה השני שהמצווה הראשון ערך צוואה חדשה או ביטל את צוואתו ההדדית או שני אלה כאחד". ראו גם ת"ע (משפחה חי) 13-02-15472-13 **פלונית נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.7.2014), שם התגבר בית המשפט על העדר הודעת ביטול בכתב תוך הסתמכות על הלכות בהקשר של ס' 9 לחוק המתווכים במקרקעין, התשנ"ו-1996, וס' 8 לחוק המקרקעין, העוסקות בריכוך דרישת הכתב מכוח עקרון תום הלב. אלא שהלכות אלה נקבעו ביחס למצבים שבהם התקיימה דרישת כתב חסרה או שהחווה בוצע (בחלקו או במלואו) וניתן לייחס את הביצוע להסכם שלא בא לידי ביטוי בכתב. במצבים אלה הפעולות ההדדיות – הביצוע או הכתב החלקי – מתגברות על דרישת הכתב. ראו פרידמן וכהן **חוזים** כרך א, לעיל ה"ש 8, בעמ' 480–481 ו-535–541. לעומת זאת, בעניין **פלונית**, שם, ערך הבעל צוואה חדשה מבלי שמסר לאישה כל הודעה על אודות הביטול, אף לא בעל פה. בית המשפט ייחס לאישה ידיעה על אודות הביטול עקב התנהגות

בהסדר הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה יש חוסר בהירות, חסרים וקשיים אף במישורים נוספים. כך, למשל, קיימת אי־בהירות באשר לתוצאות הביטול. על פי ההסדר שבחוק, ביטול כדין מוביל לבטלותן של שתי הצוואות.²⁶² דהיינו, ההסדר מאפשר למצווים לכפות איש על רעהו את ביטול הצוואה ההדדית.²⁶³ מצב כאמור אינו ראוי (על כך ראו לעיל בחלק ה2(א)). באשר לביטול כדין לאחר פטירתו של אחד המצווים, בסעיף 8א(ב)(2) לחוק הירושה קיימת לקונה – החוק אינו קובע מה דין צוואתו ההדדית של המצווה שנפטר. מהפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי כוונת המחוקק הייתה שצוואת המצווה שנפטר לא תבוטל.²⁶⁴ אלא שכוונה זו לא באה לידי ביטוי בחוק, ונותר בו חסר. מקום שהצוואה ההדדית כוללת הורשה הדדית בלבד עולה אף השאלה אם המצווה שנותר בחיים חוזר לאחר הביטול למעגל הירושים מכוח ירושה על פי דין.²⁶⁵

קושי נוסף קיים בנוגע לצוואות שאינן כוללות הורשה הדדית.²⁶⁶ בצוואות מסוג זה אין כל משמעות להתניית הביטול לאחר פטירתו של אחד המצווים בהשבה, שכן בהעדר הורשה הדדית, המצווה שנותר בחיים אינו נדרש להשיב דבר כתנאי לביטול. בנסיבות אלה אין למצווה שנותר בחיים כל תמריץ שלילי להימנע מביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירתו של המצווה האחר.²⁶⁷ אומנם בחיי המצווים לא יהא תוקף לביטול בהעדר הודעה, אך ברגע המשמעותי – לאחר פטירתו של אחד המצווים – צוואה כאמור אינה שונה מבחינה מעשית מצוואת יחיד.²⁶⁸

הבעל, שלא היה בה כל יסוד של הדדיות. לביקורת על הכרעה עובדתית זו בנסיבות הייחודיות של המקרה ראו שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 355–356. לעמדה אחרת שלפיה ידיעה אינה גוברת על דרישת הכתב לצורך ביטול הצוואה ההדדית ראו עניין **האחיות**, לעיל ה"ש 34, פס' 37 לפסק הדין.

262 ראו שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 355; שוחט, פינברג ופלומין, לעיל ה"ש 113, בעמ' 147; עמ"ש **פלונית**, לעיל ה"ש 34, פס' 35 לפסק הדין.

263 ראו עניין **הסתלקות האם**, לעיל ה"ש 32, פס' 29 לפסק הדין; קורינאלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 231.

264 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 522, לעיל ה"ש 29, בעמ' 27–28.

265 להצגת הבעיה ראו שבת (חלפון) ושבת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 288–292. בהקשר זה ראו גם שוחט, פינברג ופלומין, לעיל ה"ש 113, בעמ' 149; קורינאלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 232. בהקשר זה עולה אף השאלה באשר לדין זכיותו של יורש ראשון שיוורש במישרין יחד עם המצווה שנותר בחיים. ראו שם, בעמ' 233.

266 ס' 8א(א) לחוק הירושה מכיר גם בצוואות הדדיות שאינן כוללות הורשה הדדית: "...צוואות כאמור יכולות להיעשות בין אם הזוכה על פי כל אחת מהצוואות הוא בן הזוג ובין אם הוא גורם שלישי..." (ההדגשה הוספה). ראו גם ת"ע (משפחה י-ם) 32061-07-10 מ' (מ') ל' נ' ר' ו', עמ' 11 (פורסם בנבו, 19.3.2012).

267 לביקורת שלפיה הסדר ההסתלקות או ההשבה הקבוע בס' 8א לחוק הירושה אינו מספק כאשר הזוכה הוא צד שלישי, ראו שוחט, פינברג ופלומין, לעיל ה"ש 113, בעמ' 148; קורינאלדי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 233–234.

268 להרחבה ודיון בנוגע לצוואות הדדיות שאינן כוללות הורשה הדדית, לרבות דוגמאות מהדין הזר, ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 35–38.

בהעדר הסדר נורמטיבי בהיר ומפורט דיו, קשיים אלה, כמו גם סוגיות לא ברורות נוספות (כגון שאלת ההגבלות החלות על המצווה שנתר בחיים באשר לשימוש ברכוש, שאלת יכולתו של בית המשפט להתערב בצוואה ההדדית לאחר פטירתו של אחד המצווים ועוד), יאלצו את בתי המשפט לייבא אל דיני הירושה כלים חוזיים או היקשים מדיני החוזים, כפי שלאמיתו של דבר כבר נעשה בפועל כיום.²⁶⁹ לכאורה, אין כל פגם בכך שבתי המשפט ידונו בצוואה ההדדית באמצעות כלים חוזיים (וממילא ניתן להחיל את הוראות חוק החוזים – מכוח סעיף 61(ב) לחוק – על כל פעולה משפטית שאינה חוזה), אלא שהכלים שבחוק החוזים אינם מותאמים כמות שהם לצוואה ההדדית, והשימוש בהם מאולץ ועלול להוביל להכרעות שיפוטיות סותרות.²⁷⁰

ההסדר בסעיף 8א לחוק הירושה מעורר קושי נוסף הואיל והוא מוגבל לבני זוג בלבד.²⁷¹ כפי שצוין בפתח הדברים, חיבור זה עסק (לשם הנוחות) בצוואות הדדיות הנערכות בין בני זוג, אך הצורך, המטרות והערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית (ראו לעיל פרקים א ו-ב) רלוונטיים אף באשר לבני משפחה נוספים.²⁷² מצב משפטי שבו בני משפחה שאינם בני זוג אינם רשאים לעשות שימוש בהסדר אינו מספק מענה שלם לצורך הקיים.²⁷³

אף שחלפו שנים ארוכות מאז הוסף סעיף 8א לחוק הירושה, טרם התגבשו בפסיקה פתרונות ברורים, והחסרים בחוק טרם הושלמו. במצב משפטי זה – בהעדרו של דין ברור – מצווים המבקשים לעשות שימוש בצוואה ההדדית ולבנות יחד תוכנית הורשה משותפת חייבים לייצר לעצמם (במסגרת הצוואה ההדדית עצמה ובכלים משפטיים נלווים) הסדר פרטי המנוסח בפירוט, בדקדוק ואף באריכות יתר ובסרבול, תוך התייחסות לתרחישים תיאורטיים שונים מבחינה עובדתית ומבחינה משפטית.²⁷⁴

269 ראו, למשל, עניין פלוניות, לעיל ה"ש 261, פס' 20–24 לפסק הדין; תמ"ש פלוני, לעיל ה"ש 32, פס' 62–69 ו-138 לפסק הדין; עניין א' ע', לעיל ה"ש 32, פס' 9 לפסק הדין. ראו גם את עמדתו של השופט שוחט בהקשר של הודעת הביטול שלפיה "אין מניעה להחיל עקרונות חוזיים לצורך בחינת ההודעה והמסירה, השתכללותה, מועד קיבולה, פקיעתה והסיבה לנתינת ההודעה". שוחט, לעיל ה"ש 32, בעמ' 355.

270 לאפשרות השימוש בכלים חוזיים בקשר לצוואה ההדדית בהעדר הסדרה ראוייה של הצוואה ההדדית, ולקשיים הכרוכים בכך, ראו מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 126–123.

271 לעמדה שלפיה לאחר תיקון מס' 12 ההרשאה לעריכת צוואות הדדיות מוגבלת לבני זוג בלבד, וכן לעמדות אחרות, ראו לעיל ה"ש 25.

272 להצדקות נוספות להחלת ההסדר על בני משפחה נוספים ראו Croucher, *Mutual Wills*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 404–405; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 7; Thompson, לעיל ה"ש 16, בעמ' 21; קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבח דאגה", לעיל ה"ש 43, בעמ' 12–10.

273 להרחבה ראו רייך-זיו, לעיל ה"ש 35, בעמ' 97–98.

274 להרחבה ראו מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני", לעיל ה"ש 33, בעמ' 126.

המצב המשפטי הנוכחי יוצר חוסר ודאות, אין בו מענה מספק לצורך הקיים, והוא עלול להביא לידי ריבוי התדיינויות, התערבות יתר בצוואות הדידות ועיוות רצונותיהם של המצווים. הצוואה ההדדית היא מכשיר משפטי חשוב. משהחליט המחוקק להכיר בכלי משפטי זה ולאפשר את השימוש בו, חלה עליו החובה – ויפה שעה אחת קודם – להסדיר נורמה סבוכה זו בהוראות מפורשות וברורות, ולא להניח שמלאכתו תיעשה על ידי בית המשפט.