

סעיף 8א לחוק הירושה (צוואות הדדיות) – האם הסדר שולל?

מאת

יוסף מנדלסון* ועירית רייך-זיו**

מבוא

הצוואה היא מכשיר משפטי שמטרתו לאפשר לפרט לתכנן את חלוקת עיזבונו לאחר פטירתו, באופן שונה מהוראות ברירת המחדל שבחוק הירושה, התשכ"ה-1965. דיני הירושה מעניקים למצווה חופש רחב ליצירת תוכנית הורשה אישית, אולם הצוואה מוגדרת כ"מעשה אישי" – כלי המיועד להסדרת עיזבונו של היחיד – ואין בה מענה למצב שבו שני פרטים מבקשים להסדיר את עיזבוניהם במשותף.¹ לצורך זה נולדה הצוואה ההדדית, אשר ביסודה עומדת תוכנית הורשה משותפת.

הצוואה ההדדית היא בעלת אופי דואלי – היא צוואה מעצם היותה תוכנית להעברת רכוש לאחר פטירה; אך היא גם *מוזה* מעצם היותה תוכנית משותפת, הנערכת בשיתוף פעולה והסתמכות הדדית. בכך טבועה בצוואה ההדדית סתירה פנימית, שכן עקרונות דיני החוזים (ובעיקרם: שיתוף פעולה, אמון, הסתמכות, קיום (ציפייה), כבילה ותום לב) מנוגדים לעקרונות דיני הירושה (ובעיקרם: חירות הציווי, הדירות הצוואה והיות הצוואה מעשה אישי).

הצוואה ההדדית הוכרה במשפט האנגלי כבר במאה ה-18,² אך נוכח הניגוד הטבוע בה – המייצר קשיים בסיווגה העיוני ובהסדרתה הנורמטיבית – היא נחשבת עד היום לכלי משפטי שנוי במחלוקת.³

במשפט הישראלי הכירה הפסיקה בצוואה ההדדית עוד קודם להסדרתה הנורמטיבית.⁴ מצב משפטי זה יצר תקלות ואי-ודאות, ובעקבות זאת שופטים, פרקליטים ואנשי אקדמיה רבים קראו למחוקק להסדירה בחוק.⁵ בשנת 2005 הרים המחוקק את הכפפה, וחוקק את חוק הירושה (תיקון מספר 12), התשס"ה-2005 (להלן: התיקון או תיקון החוק). בעקבות התיקון הוסף לחוק הירושה סעיף 8א – "צוואות הדדיות" (להלן: סעיף 8א). מטרת התיקון הייתה להסדיר את מוסד הצוואה ההדדית בנורמה ולייצר וודאות ביחס לכלי משפטי זה בדין הישראלי.

* עו"ד, מייסד משרד עורכי הדין יוסף מנדלסון ושות', מרצה לדיני משפחה ולדיני ירושה באוניברסיטת תל אביב ובאוניברסיטת רייכמן.

** עו"ד, שותפה במשרד עורכי הדין יוסף מנדלסון ושות', מרצה לדיני משפחה ולדיני ירושה במרכז האקדמי פרס.

¹ ראו סעיף 28 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה), המגדיר את הצוואה כמעשה אישי.

² 1 Dick. 419 (Ch.) 1769. Dufour v. Pereira. פסק הדין פורסם תחילה על ידי Dickens, אלא שגרסה זו נחשבת לחלקית. גרסה

כוללת ומהימנה (שאותה נהוג לצטט) פורסמה על ידי Hargrave. ראו 2 FRANCIS HARGRAVE, JURIDICAL ARGUMENTS AND COLLECTIONS 304 (1799). להרחבה על גרסאות פסק הדין, ראו Flocas v. Carlson [2015], V.S.C. 221, para 100 (Austl.).

³ Timothy Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, 29 U. TORONTO L. J. 390, 401 (1979).

ראו Ying Khai Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, in CURRENT ISSUES IN SUCCESSION LAW 99, 99–103 (2016).

Mary Alice Thompson, *Mutual Wills and Mirror Wills* (Sept. 2008); (Birke Häcker & Charles Mitchell eds., 2016).

(presented at Frontenac Law Ass'n, Kingston & the 1000 Islands Legal Conf., Gananoque, Can.) (להלן: תומפסון);

Julie Cassidy, *Osborne v Estate of Osborne, An Equitable Agreement or a Contract in Law: Merely a Matter of*

Nomenclature?, 27(1) MELB. U. L. REV. 217, 217–218 (2003).

⁴ ראו למשל ע"א 576/72 שפיר נ' שפיר פ"ד כז(2) 373 (1973) (להלן: עניין שפיר); ע"א 510/90 כצנשטיין נ' סידרנסקי פ"ד מה(2) 221 (1991) (להלן: עניין כצנשטיין); ע"א 4402/98 מלמד נ' סולומון פ"ד נג(3) 703 (1999) (להלן: הלכת מלמד); בע"מ 4282/03

לרנר נ' פיר (נבו 21.6.2005) (להלן: עניין לרנר).

⁵ ראו למשל אהרן ברק *פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה* כרך חמישי 72 (2001) (להלן: ברק *פרשנות הצוואה*).

בחיבורים קודמים שפרסמנו בקשר למוסד הצוואה ההדדית, הדיון עסק בשני היבטים – האחד, **דיון כללי במוסד הצוואה ההדדית** (בצורך בה, בהצדקות לסיווגה ככלי מעין-חוץ, באתגרים שמוסד זה מעורר, במשפט משווה וכיו"ב); והשני, **דיון בהסדר הקבוע בסעיף 8א** (בקשיים ובחסרים הקיימים בו, ביתרונות הגלומים בו, ובאפשרויות מעשיות לשימוש מושכל ויצירתי בהסדר שבחוק).⁶

נודה ולא נבוש, כי בחיבורים קודמים שפרסמנו, לא הקדשנו דיון לדין החל על צוואות הדדיות שאינן כפופות להסדר הקבוע בסעיף 8א, ולא בכדי. ודוק, לסעיף 8א אין תחולה רטרואקטיבית, דהיינו הוא אינו חל על צוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק.⁷ מאז תיקון החוק חלפו כעשרים שנה. בנסיבות אלו, מספר הצוואות ההדדיות שנערכו לפני התיקון הולך ומצטמצם עם השנים. לפיכך סברנו בעיתון, כי הדיון ביחס לצוואות הדדיות שאינן כפופות לסעיף 8א, יהפוך עם השנים לעיוני וחסר משמעות מעשית.

עם זאת, נוכח עמדתו החדשה של השופט שטיין, שהובאה באמרות אגב בשני פסקי דין שניתנו לאחרונה בבית המשפט העליון, ייתכן כי מסקנתנו הייתה שגויה. נסביר – ההרשאה לעריכת צוואות הדדיות לפי סעיף 8א מוגבלת לבני-זוג.⁸ עמדתו של השופט שטיין (שהובאה כאמור בשני פסקי דין באמרות אגב), היא כי סעיף 8א אינו הסדר שולל, וכי גם מי שאינם בני-זוג יכולים לערוך צוואה הדדית, שלא במסגרת סעיף 8א. לשיטתו של השופט שטיין, על צוואה הדדית כאמור יחול הדין הכללי, דהיינו אותו הדין שחל על צוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק.⁹ ככל שעמדה זו תתקבל כהלכה, הדיון ביחס לדין החל על צוואות הדדיות שאינן כפופות להסדר הקבוע בתיקון החוק, יוותר רלוונטי.

במסגרת רשימה זו נסקור בקצרה את ההסדר הקבוע בסעיף 8א לעומת הדין החל על צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון. בהקשר האחרונות נתייחס לאי-הוודאות המשפטית הקיימת, ובכלל זאת נתייחס גם לעמדותיהם החדשות של השופטים וילנר ושטיין שהובעו לאחרונה (באמרות אגב) – בניגוד לפרשנות המקובלת בפסיקה ביחס להלכת **זמיר**,¹⁰ ונביע את עמדתנו בהקשרים אלו; לאחר מכן נסקור את נימוקיו של השופט שטיין לעמדתו כי סעיף 8א אינו הסדר שולל, ונתייחס לדין החל לשיטתו ביחס לצוואות שנערכו לאחר התיקון בין מי שאינם בני-זוג; ולבסוף נדון בעמדה זו ונביע את עמדתנו בהתחשב בדין המצוי והרצוי.

המסקנה הסופית שאליה נגיע ברשימה זו – בניגוד לעמדתו של השופט שטיין (והדברים נכתבים במלוא הכבוד והצניעות) – היא, כי ראוי לקבוע שסעיף 8א לחוק הירושה הוא הסדר שולל. כפי שנסביר, מסקנה זו מתחייבת לשיטתנו לא רק בשל ההיסטוריה המשפטית וכוונת המחוקק, אלא גם משום שאימוץ עמדה הפוכה יעורר בעיות עיוניות ומעשיות, וכי המשמעות המעשית של הדברים היא חזרה למצב המשפטי (הלא תקין)

⁶ ראו יוסף מנדלסון ועיריית רייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני" **עורך הדין** 17, 120 (2012) (להלן: מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי"); יוסף מנדלסון ועיריית רייך-זיו "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות – כלים שלובים בשירות הפרקטיקה" **הון משפחתי** א(3) 37 (2015) (להלן: מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים וצוואות הדדיות"); עיריית רייך-זיו **צוואות הדדיות – התזה החוזית** (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב 2017) (להלן: רייך-זיו **התזה החוזית**); עיריית רייך-זיו "משנים מפני השלום: חופש הציווי או חופש החוזים? חופש החוזים עדיף – היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההדדית" **משפט ועסקים** כד 401 (2021) (להלן: רייך-זיו "משנים מפני השלום").

⁷ סעיף 2 לחוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ח-2005, 715 קובע כי "הוראות חוק זה לא יפגעו בתוקפן של צוואות שנעשו לפניו". ראו גם בע"מ 10807/03 **זמיר נ' גמליאל**, פס' 15 לפסק הדין של השופטת נאור (נבו 4.2.2007) (להלן: הלכת **זמיר**); בע"מ 7884/23, **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 25-26, 31 לפסק הדין של השופטת וילנר (נבו 10.9.2024).

⁸ זו לשונו של סעיף 8א לחוק הירושה: "בני זוג רשאים לערוך צוואות מתוך הסתמכות...". ראו גם פרוטוקול ישיבה 516 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 2 (28.6.2005), שממנו עולה כי זו הייתה כוונת המחוקק (להלן: פרוטוקול ישיבה 516). לעמדות נוספות כי סעיף 8א מוגבל לבני-זוג בלבד, ראו ת"ע (משפחה ת"א) 13-11-51223 **פלוגי נ' אלמוני**, פס' 14-15 (נבו 12.3.2015); 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); מיכאל קורניאלדי **דיני ירושה – צוואות, ירושות ועזבונות** 229 (מהדורה שנייה מורחבת 2012) (להלן: קורניאלדי); רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 99; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 409 בה"ש 25.

⁹ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטיין ובע"מ 1857/24, **פלוגי נ' פלוגי**, פס' 51-52 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 2.12.2024).

¹⁰ לעיל ה"ש 7.

שחל ערב תיקון החוק – מצב של אי-וודאות שמעודד התדיינות יתר.

כמו כן, נתייחס במסגרת רשימה זו להסדר החל לשיטתו של השופט שטיין על צוואות הדדיות שאינן כפופות לתיקון החוק – הסדר של השבה ללא רכיבים של כבילה – ונסביר מדוע לשיטתנו מדובר בהסדר שחוטא לתכלית הצוואה ההדדית ושמנוגד לערכים העומדים ביסודה, ואשר אין מקום להרחיב את השימוש בו.

המסקנה וההמלצה המעשית (לציבור עורכי הדין) – שבה נחתום רשימה זו – היא להמנע מעריכת צוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג, וזאת במנותק מהשאלה המשפטית האם סעיף 8א הוא הסדר שולל.

א. ההסדר הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה

ההסדר הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה יוחד כאמור לבני-זוג בלבד, ותחולתו מוגבלת לצוואות הדדיות שנערכו לאחר תיקון החוק.¹¹ מדובר בהסדר בעל אופי חוזי,¹² אשר ברירת המחדל הקבועה בו מחולקת לשתי התחייבויות חוזיות החלות בשני שלבים:

בשלב הראשון – מחתימת הצוואה ההדדית ועד לפטירת המצווה הראשון – ההתחייבות החוזית היא שהצוואה ההדדית לא תבוטל ללא הודעה בכתב (סעיף 8א(ב)(1) לחוק);

בשלב השני – מפטירת המצווה הראשון ועד לפטירת המצווה השני – 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 החוזיים (הדדיות, הסתמכות, שיתוף פעולה, תום לב וכיו"ב) שההסדר מבוסס עליהם, וההתחייבות בכל אחד מהשלבים כוללת כבילה מוחלטת.¹³ דהיינו, במקרה של ביטול ללא הודעה (בחיי המצווים) או ללא השבה (לאחר פטירת המצווה הראשון) יינתן סעד של אכיפה – לא יהיה תוקף לביטול והצוואה ההדדית תקום.¹⁴

באשר להדירות של הצוואה ההדדית, הסדר ברירת המחדל שבסעיף 8א כולל כבילה מוחלטת, שכן למצווים מוקנית הזכות לבטל את הצוואה ההדדית (בכל עת), אך הביטול מותנה בפעולה הדדית – הודעה או השבה. דהיינו, הביטול מותנה בפעולה שמחייבת מעורבות של פרט נוסף מלבד המצווה המבטל.¹⁵ התניה זו על הביטול אינה שוללת לחלוטין את חופש הציווי, אך יש בה הצרה משמעותית של הזכות ופגיעה בה.¹⁶

הסדר זה הוא כאמור בגדר ברירת מחדל. סעיף 8א(ג) מאפשר למצווים לקבוע הסדרים אחרים ביחס

¹¹ ראו לעיל ה"ש 7, 8.

¹² ראו מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 121–123; מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 36–46; רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 409–413, 456–458. לעומדה כי ההסדר הקבוע בסעיף 8א מבוסס על דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו קריטנשטיין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 350–354.

¹³ ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 411.

¹⁴ ראו בע"מ 10090/17 **פלוני נ' פלוני**, פס" 3 (נבו 25.1.2018); עמ"ש (מחוזי ת"א) 51823-03-11 **פלוני נ' פלוני**, פס" 35 (נבו 9.4.2013); עמ"ש (מחוזי ת"א) 36694-10-16 **ב' א' נ' י' ל'**, עמ" 6–7 (נבו 26.11.2017); ת"ע (משפחה ת"א) 62398-12-13 **פלוני נ' אלמוני**, פס" 19 (נבו 7.7.2014); ת"ע (משפחה י-ם) 41295-09-16 **א.א. נ' י.א.**, עמ" 6–7 (נבו 15.8.2018); ת"ע (משפחה פ"ת) 13523-06-17 **פלוני נ' פלוני**, פס" 30–36 (נבו 15.12.2019). ראו גם פרוטוקול ישיבה 516, לעיל ה"ש 8, 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.

¹⁵ על יסוד הכבילה המוחלטת ראו בהרחבה מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 45–47; רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16–18; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 411–413. להכרת הפסיקה ברעיון יסוד הכבילה המוחלטת ראו ת"ע (משפחה ב"ש) 19940-12-12 **פלוני נ' אלמוני**, פס" 28 (נבו 17.4.2016); ת"ע (משפחה ת"א) 26289-03-18 **מנהל עיזבון המנוח נ' ר.ש.**, פס" 58, 63 (נבו 6.4.2019).

¹⁶ רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 412–413, 441–439. מדברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון – צוואה הדדית), התשס"ג–2003, ה"ח 33 וכן מדברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ה–2005, ה"ח 74 (להלן: דברי ההסבר להצעת החוק), עולה כי אף המחוקק הכיר בכך שהגבלת היכולת לבטל את הצוואה ההדדית באופן חד-צדדי מהווה פגיעה בחופש הציווי.

לביטול, בכפוף למגבלה אחת שאינה בת-התנאה – האיסור לשלול לחלוטין את הביטול בחיי שני המצווים.¹⁷ דהיינו, המצווים רשאים להרחיב את זכות הביטול (באמצעות ביטול התנאים הקבועים בחוק או באמצעות קביעת תנאים מקלים יותר לעומת אלו הקבועים בחוק); הם רשאים לצמצם את זכות הביטול (באמצעות קביעת תנאים נוספים או נוקשים יותר לעומת אלו הקבועים בחוק); והם אף רשאים לשלול לחלוטין את זכות הביטול לאחר פטירת המצווה הראשון.¹⁸

ב. ההסדר החל ביחס לצוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק – סקירה וביקורת

סעיף 8א לחוק הירושה אינו חל כאמור על צוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק.¹⁹ לגבי צוואות הדדיות כאמור עלו בפסיקה ובספרות שתי סוגיות: האחת, באשר לעצם תוקפן; והשנייה (ככל שיש להן תוקף), באשר לאפשרות להגביל או לשלול את הזכות לבטלן.

שאלת תוקפן של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון עלתה, נוכח מאפייניה החוזיים של הצוואה ההדדית, המנוגדים ליסודות בסיסיים בדיני הירושה,²⁰ כך שעריכתה סתרה הוראות שונות בחוק.²¹ על אף זאת, נוכח שכיחות השימוש בכלי זה, הכירה הפסיקה בתוקפן של צוואות הדדיות, גם לפני התיקון, תוך מתן פירוש מצמצם להוראות חוק הירושה לשם התאמתן למוסד הצוואות ההדדיות.²² אמנם, פרשנות זו אינה חפה מקשיים,²³ אך נראה כי בהקשר שאלת תוקפן של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון, המצב המשפטי יחסית ברור. דהיינו, המצב המשפטי הוא שיש להן תוקף.

בניגוד לכך, המצב המשפטי באשר לשאלה: האם ניתן להגביל או לשלול את זכות הביטול – בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון – אינו ברור. ודוק, הגבלת זכות הביטול, סותרת את עקרון חופש הציווי, אשר נחשב לעקרון על (בעל הגנה רחבה) בדיני הירושה.²⁴ לפיכך, קיים קושי בהגבלת (קל וחומר בשלילת) זכות הביטול בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון (בהעדר כל הוראה בחוק המאפשרת כך). עם זאת, אי-הגבלת זכות הביטול לאחר פטירת אחד המצווים – בנסיבות שבהן נוצר אינטרס הסתמכות – מנוגד לעקרון תום הלב, אשר נחשב כעיקרון מרכזי, "מלכותי" וראשון במעלה במשפט הישראלי.²⁵

¹⁷ ראו מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 48 בה"ש 49; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 458.

¹⁸ להרחבה על יכולתם של המצווים להתנות על ההסדר ולהצר את חופש הציווי שלהם מעבר להוראות החוק ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 456–461.

¹⁹ ראו לעיל ה"ש 7.

²⁰ לפירוט ראו מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 121–122; רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12–23; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 423–426.

²¹ ראו סעיפים 27, 28, 35 לחוק הירושה. לדיון בשאלת תוקפן של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון והעמדות השונות בהקשר זה, ראו עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 379; עניין **כצנשטיין**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 224–226; הלכת **מלמד**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 709; עניין **לרנר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 4 לפסק הדין של השופט טירקל; הלכת **זמיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 6–7 לפסק הדין של השופט ארבל; דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 130; ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 71–72; גד טדסקי "צוואה משותפת (תי"ע (ת"א) 2150/74, נדבי נ' נדבי" **עיוני משפט** 662 (1979); שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה תשכ"ה–1965 – כך א**, 325–327 (להלן: שילה); קריטנשטיין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 361–364; יעל בלכר (בן-דחן) **הדוקטרינה של צוואות הדדיות** 81–94 (עבודת גמר לקראת התואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב 1997); איילת בלכר-פריגת "עוד שהמוות יפריד בינינו?" על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי" **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 497, 497 (אהרון ברק ודניאל פרידמן עורכים 2006) (להלן: בלכר-פריגת); אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת, **ירושלם – עסקאות בירושה עתידה וצוואות הדדיות**, 309–316 (2006) (להלן: שבת); רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 13–14 וההפניות בה"ש 57–61.

²² ראו ההפניות לפסיקה בה"ש 21 לעיל.

²³ אף הנשיא ברק שתמך בעמדה כי יש תוקף לצוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק, הכיר בקשיים שבעמדה זו. ראו ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 71–72.

²⁴ ראו סעיפים 8, 27 לחוק הירושה; הלכת **מלמד**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 710; ע"א 148/52 **כספריס נ' כספריס**, פ"ד ח 1289, 1292 (1954); בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 21, בעמ' 503–505, 514; קורניאלדי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 215–216; שלי קרייצר-לוי "אי-הכרה בחוזי ירושה – האומנם כלל חסר ערך?" **חוקים** ד 5, 17, 34–35 (2012). על תפיסת עליונות של חופש הציווי גם בדין הזר, לרבות בשיטות משפט המכירות בחוזי ירושה, ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 407–408 וההפניות בעמודים אלו.

²⁵ ראו, רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון** פ"ד נה(1) 199, 275 (1999); בג"ץ 1683/93 **יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מז(4) 702, 708 (1993); אהרון ברק **פרשנות במשפט – פרשנות החוזה** כך רביעי 213 (2001); גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 411 (2005).

נסקור להלן בקצרה את המצב המשפטי על פי הפסיקה. באשר לשאלה האמורה, קיימת חלוקה לשלושה סוגים של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון:

הסוג האחד, צוואות הדדיות הכוללות הוראה מפורשת המאפשרת את ביטולן בכל עת – באשר לצוואות הדדיות כאמור נקבע בהלכת **מלמד** כי לא קם אינטרס הסתמכות, ולא חלה מגבלה כלשהי על הביטול.²⁶

הסוג השני, צוואות הדדיות "שותקות" שאינן כוללות התייחסות כלשהי לגבי זכות הביטול, לא הרשאה ולא מגבלה (גם לא במשתמע) – באשר לצוואות הדדיות כאמור נקבע בהלכת **זמיר** (בדעת רוב מפי השופטים נאור וג'ובראן ובניגוד לדעת המיעוט של השופטת ארבל), כי בהעדר ראיה על כוונת המצווים להגביל האחד את רעהו ביחס לביטול, אין בהדדיות שבצוואה ההדדית כשלעצמה (לרבות בשילוב עקרון תום הלב) כדי להקים מגבלות על הביטול.²⁷ בהלכה זו נדחתה עמדתו של הנשיא ברק שהובאה (בזהירות) בצריך עיון בהלכת **מלמד** (ובהמשך במפורש בספרו).²⁸

ראוי לציין כי בבע"מ 7884/23 ובבע"מ 1857/24 שניתנו לאחרונה, הביע השופט שטיין (באמרות אגב) עמדה, כי ההדדיות שבצוואה ההדדית – היא כשלעצמה – מקימה מניה וביה אינטרס הסתמכות בר-הגנה, מכוח עקרון תום הלב (למעט אם יש בצוואה ההדדית הוראה מפורשת המתירה את שינויה).²⁹ לשיטתו של השופט שטיין, אינטרס ההסתמכות ועקרון תום הלב אינם יכולים אמנם להתגבר על חופש הציווי ולהקים מגבלות על הביטול, אך הם מקימים חובת השבה.³⁰ השופט שטיין ציין, כי לשיטתו, עמדתו אינה מנוגדת להלכת **זמיר**, משום ששם נדונה השאלה האם ההסתמכות יכולה להקים מגבלות על הביטול, ואילו עמדתו היא ביחס לשאלה האם ההסתמכות יכולה להקים חובת השבה. עם זאת, השופט שטיין הבהיר במפורש, כי ככל שהלכת **זמיר** שוללת סעד של השבה, הוא לא יוכל לפסוק לפיה בעתיד.³¹ בהתייחס לעמדה זו, העיר השופט מינץ בבע"מ 1854/24, כי לשיטתו החלת חובת השבה ביחס לצוואות הדדיות "שותקות", אינה מתיישבת עם הלכת **זמיר**.³² אף אנו סבורים – כעמדתו של השופט מינץ – כי עמדתו של השופט שטיין מנוגדת להלכת **זמיר**. ודוק, אמנם, כפי שציין השופט שטיין, הלכת **זמיר** אכן מתמקדת בשאלה האם ההסתמכות יכולה להקים מגבלות על הביטול ואין בה דיון בשאלה האם ההסתמכות יכולה להקים חובת השבה. אלא שמתוכן הדברים עולה (באופן משתמע) כי לשיטתם של השופטים נאור וג'ובראן, בצוואות הדדיות "שותקות" (שנערכו לפני התיקון) לא נוצר כלל אינטרס הסתמכות.³³

הסוג השלישי, צוואות הדדיות הכוללות מגבלות (במפורש או במשתמע) ביחס לביטולן – באשר לצוואות הדדיות כאמור אין כל הלכה, ובפסיקת בית המשפט העליון (לאורך השנים) הובעו בסוגיה עמדות שונות:

עמדה אחת – עמדתו של הנשיא ברק (כפי שעולה מהערת אגב בהלכת **מלמד** ומספרו) ועמדתה של השופטת ארבל (כפי שעולה – בבחינת קל וחומר – מעמדתה בהלכת **זמיר**) – למגבלות כאמור יש תוקף. ודוק, לשיטתם של השופטים ברק וארבל, בנסיבות כאמור נוצר אינטרס הסתמכות בר-הגנה, המקים מגבלות על הביטול (מכוח עקרון תום הלב).³⁴

²⁶ הלכת **מלמד**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 710–711.

²⁷ הלכת **זמיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 13–16 לפסק הדין של השופטת נאור, פס' 3–5 לפסק הדין של השופט ג'ובראן. לעמדתה הנוגדת של השופטת ארבל ראו שם, בפס' 5–16 לפסק דינה.

²⁸ הלכת **מלמד**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 710–711 וכן ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 72.

²⁹ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 4 לפסק הדין של השופט שטיין ובע"מ 1857/24, לעיל ה"ש 9, בפס' 43, 50 לפסק הדין של השופט שטיין.

³⁰ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7; בע"מ 1857/24, לעיל ה"ש 9, בפס' 43–48 לפסק הדין של השופט שטיין.

³¹ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7; בע"מ 1857/24, לעיל ה"ש 9, בפס' 47 לפסק הדין של השופט שטיין.

³² בע"מ 1857/24, שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופט מינץ.

³³ הלכת **זמיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 15–16 לפסק הדין של השופטת נאור ופס' 2, 4 לפסק הדין של השופט ג'ובראן.

³⁴ ראו עמדותיהם של השופטים ברק וארבל בה"ש 27, 28 לעיל.

עמדה שניה – עמדתם של השופטים נאור וגובראן (באמרות אגב בהלכת **זמיר**) ועמדתו של השופט מזוז (באמרת אגב בבע"מ 10090/17) – **ייתכן כי למגבלות כאמור יש תוקף**. ודוק, השופטים נאור, גובראן ומזוז לא שללו את האפשרות כי ניתן להגביל את הביטול (לאחר פטירת המצווה הראשון) לשם הגנה על אינטרס ההסתמכות (באמצעות עקרון תום הלב), אך הם השאירו את הסוגייה בצריך עיון.³⁵

עמדה שלישית – של השופטת וילנר (כפי שעולה מאמרת אגב בבע"מ 7884/23) – **למגבלות כאמור אין תוקף**. ודוק, לשיטתה של השופטת וילנר, לא ניתן להשתמש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על חופש הציווי (שאינו בר-התנאה), ולפיכך מגבלות כאמור חסרות תוקף.³⁶

עמדה רביעית – של השופט שטיין (כפי שעולה מאמרות אגב בבע"מ 7884/23 ובבע"מ 1857/24) – **למגבלות כאמור אין תוקף אך תחול חובת השבה**. ודוק, השופט שטיין מסכים עם השופטת וילנר כי לא ניתן להשתמש בעקרון תום הלב כדי להתגבר על חופש הציווי, אך לשיטתו בנסיבות כאמור נוצר אינטרס הסתמכות בר-הגנה, המקיים חובת השבה (מכוח עקרון תום הלב).³⁷

מבלי להיכנס לעובי הקורה של הסוגייה המשפטית, ראינו לנכון להעיר בקצרה, כי ייתכן ויש קושי להחיל על צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון, את עמדתם של השופטים וילנר ושטיין, אשר לפיה לא ניתן להתגבר על עקרון חופש הציווי באמצעות עקרון תום הלב. ודוק, ייתכן כי עמדה זו נכונה מהפן המשפטי (ואיננו מביעים עמדתנו בסוגיה זו), אך ספק אם עמדה זו תואמת את הציפיות הסבירות של מצווים, שערכו צוואות הדדיות לפני תיקון החוק, באשר למצב המשפטי. נסביר – שאלת תוקפן של מגבלות על הביטול (בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון) הושארה אמנם בצריך עיון בהלכת **זמיר**. עם זאת, לא ניתן להתעלם מכך שמהלכת **זמיר** משתמעת קביעה פוזיטיבית, כי במקרה המתאים – דהיינו, בנסיבות קיומה של מגבלה על הביטול המקימה אינטרס הסתמכות – ניתן יהיה להגביל את הביטול (לאחר פטירת המצווה הראשון), מכוח עקרון תום הלב.³⁸ קביעה משתמעת זו באשר לדין החל על צוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק, השתרשה והתחדדה בשיח המשפטי, גם נוכח עמדתו של השופט מזוז בבע"מ 10090/17 (שניתן בשנת 2018 – אחת עשרה שנים לאחר הלכת **זמיר**).³⁹ מכל מקום, זו הייתה פרשנותה המקובלת של הלכת **זמיר** בפסיקה, במשך כמעט שמונה עשרה שנים, ולא בכדי.⁴⁰ ודוק, הכרעותם של השופטים נאור וגובראן בהלכת **זמיר**, התבססה על קביעה עובדתית באותן הנסיבות, בדבר היעדר אינדיקציה לכוונת המצווים לכבול האחד את רעהו; ולא על קביעה משפטית כי הגבלה כאמור חסרת תוקף.⁴¹ מכך משתמעת קביעה פוזיטיבית כי יש משמעות לכוונת המצווים לכבילה. אף השופטת וילנר ציינה כי זו הקביעה המשתמעת מהלכת **זמיר**.⁴² משזו הייתה פרשנותה המקובלת של הלכת **זמיר** בפסיקה במשך כשמונה עשרה שנים, לא מן הנמנע כי מצווים שערכו לפני תיקון החוק צוואות הדדיות הכוללות מגבלות על הביטול, הסתמכו על פרשנות זו. במצב משפטי

³⁵ לעמדותיהם של השופטים נאור וגובראן, ראו הלכת **זמיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת נאור, פס' 6 לפסק הדין של השופט גובראן; לעמדתו של השופט מזוז, ראו בע"מ 10090/17, לעיל ה"ש 14, בפס' 4.

³⁶ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 39–42, 44–45 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁷ שם, בפס' 2, 4 לפסק הדין של השופט שטיין; בע"מ 1857/24, לעיל ה"ש 9, בפס' 43–48 לפסק הדין של השופט שטיין.

³⁸ ראו ההפניות להלכת **זמיר**, לעיל ה"ש 35.

³⁹ ראו ההפניה לבע"מ 10090/17, לעיל ה"ש 35.

⁴⁰ ראו למשל ת"ע (משפחה ת"א) 106160/06 **עזבון המנוחה ש.ח. נ' ל.מ.**, פס' 46 (נבו 10.6.2009); תמ"ש (משפחה ת"א) 45880/06 **נ.ר. נ' א.ר.**, סוף פס' 10 (נבו 30.11.2010); ת"ע (משפחה ת"א) 110040/08 **עזבון המנוחה ב.פ. נ' מ.ב.**, פס' 16 (ז' (נבו 30.1.2011)), שם בוטלה צוואה שנערכה בניגוד למגבלה בצוואה הדדית (שנערכה לפני התיקון). קביעה זו אמנם נהפכה בעמ"ש 51823-03-11, לעיל ה"ש 14, ללא שינוי התוצאה הסופית (מנימוקים אחרים), אך התערבות ערכאות הערעור התבססה על ממצאים עובדתיים – משום שלא נמצאה כל אינדיקציה להגבלה – בעוד שמבחינה משפטית גם מפסק הדין בערעור עולה עמדה כי יש תוקף למגבלות על הביטול בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון (שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופט שנלר). לניתוח הפסיקה כצוודת בנתיב פרשני זה (ולביקורת על כך) ראו קריטשטיין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 359–360.

⁴¹ הלכת **זמיר**, לעיל ה"ש 7, בפס' 16 לפסק הדין של השופטת נאור, פס' 1–4 לפסק הדין של השופט גובראן.

⁴² בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת וילנר: "...מצאתי לנכון להתייחס בקצרה לקביעה לעיל, המשתמעת מענין **זמיר**, שלפיה יתכן שיש בהוראה מפורשת בצוואה הדדית האוסרת על שנויה, כדי להגביל את חופש הציווי של הצדדים לה, וזאת, מכוח חובת תום הלב..."

כאמור, ייתכן מאוד כי אי-הכרה בתוקפן של מגבלות על הביטול – בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון – אינה תואמת את הציפיות הסבירות של המצווים באשר למצב המשפטי. לפיכך אנו סבורים, כי אף אם עמדתם של השופטים וילנר ושטיין נכונה משפטית, החלטה על צוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק עלולה לייצר עוול משמעותי.

המסקנה המתבקשת אם כן – מסקירת הדין החל באשר לצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון – היא קיומה של אי-יציבות משפטית (למעט ביחס לצוואות הדדיות הכוללות הוראה המאפשרת את ביטולן). ודוק, **באשר לצוואות הדדיות "שותקות"** (שנערכו לפני התיקון) – אמנם הלכת **זמיר** עודנה עומדת על מכונה. עם זאת ברי, כי הערות האגב של השופט שטיין – שחזרו על עצמן בשני פסקי דין, תוך הבהרה מפורשת כי אין בכוונתו לפסוק לפי הלכת **זמיר** (ככל שהיא שוללת את הסמכות להטלת סעד של השבה) – מערערת את היציבות המשפטית ביחס לדין החל; **באשר לצוואות הדדיות הכוללות הגבלה על הביטול** (שנערכו לפני התיקון) – אין הלכה, ולא ברור האם בעת שהסוגייה תעמוד לדיון בבית המשפט העליון, תיקבע הלכה לפי הפרשנות המקובלת בפסיקה (מזה שנים ארוכות) של הלכת **זמיר**, או שמא תיקבע הלכה לפי עמדתם של השופטים וילנר ושטיין. ככל שעמדתם של האחרונים תיקבע כהלכה, חלה אי-וודאות נוספת באשר לקיומה של חובת השבה (לפי עמדתו של השופט שטיין).

ג. האם סעיף 8 לחוק הירושה הוא הסדר שולל? – עמדתו של השופט שטיין

ההרשאה לעריכת צוואות הדדיות לפי סעיף 8 לחוק הירושה מוגבלת כאמור לבני-זוג.⁴³ לפיכך עולה השאלה האם סעיף 8 הוא הסדר שולל. דהיינו, האם צוואה הדדית שנערכה לאחר התיקון בין מי שאינם בני-זוג היא בת-תוקף. ככל שהתשובה לשאלה זו חיובית, עולה אף השאלה מה הדין החל ביחס לביטולה של צוואה הדדית כאמור.

בפסיקות בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי וכן בספרות, הובעו ביחס לשאלה זו עמדות שונות.⁴⁴ בבע"מ 7884/23 ובבע"מ 1857/24 שניתנו לאחרונה, הביע השופט שטיין עמדתו (בהערות אגב) כי סעיף 8 לחוק הירושה אינו הסדר שולל. דהיינו, כי צוואה הדדית שנערכה לאחר תיקון החוק בין מי שאינם בני-זוג – היא בת-תוקף.⁴⁵

השופט שטיין תמך את דעתו על יסוד עמדותיהם של מי שתמכו בעיתו בתוקפן של צוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק.⁴⁶ לשיטתו, סעיף 8 אינו אכסניה בלעדית לעריכת צוואה הדדית, וכפי שהיה תוקף לצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון (שלא מכוח סעיף 8 – שלא היה קיים בעיתו), כך גם יש תוקף לצוואות הדדיות שנערכות לאחר התיקון בין מי שאינם בני-זוג (מחוץ למסגרת הקבועה בסעיף 8).⁴⁷

עוד הסביר השופט שטיין כי הצורך בהסדרת צוואות הדדיות בין בני-זוג נבע לא רק בשל שכיחות השימוש בהן, אלא גם משום שהן משלבות בתוכן הסכם ממון, ולפיכך – בהעדר תיקון החוק – תוקפן היה כפוף לדרישות שבחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973, ומכאן עלה הצורך בהסדרתן.⁴⁸

לשיטתו של השופט שטיין, על צוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג חל הדין הכללי, כמו זה החל על

⁴³ ראו ההפניות, לעיל ה"ש 8.

⁴⁴ ראו למשל עמ"ש (מחוזי מר') 66014-03-15 י.ס. נ' ש.א., פס' 20 (נבו 14.4.2016); ת"ע 51223-11-13, לעיל ה"ש 8, בפס' 14–16; ת"ע (משפחה ת"א) 101750/06 **עזיבון וקסמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 8 (נבו 13.9.2006); שבת, לעיל ה"ש 21, בעמ' 265; קריטנסטיין, לעיל ה"ש 8, בעמ' 365; קורנאלדי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 229.

⁴⁵ ראו ההפניות, לעיל ה"ש 9.

⁴⁶ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטיין. לעמדותיהם של הנשיא ברק ופרופ' שילה ראו לעיל ה"ש 21.

⁴⁷ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 5 לפסק הדין של השופט שטיין.

⁴⁸ שם.

צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון.⁴⁹ דהיינו, בהתאם לעמדתו של השופט שטיין ביחס לצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון (כמפורט בפרק ב לעיל), בצוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון בין מי שאינם בני-זוג, אין תוקף למגבלות על הביטול, אך הן מקימות אינטרס הסתמכות וחובת השבה (למעט אם נקבע בהן במפורש שניתן לבטלן בכל עת).⁵⁰

ד. האם סעיף 8 לחוק הירושה הוא הסדר שולל? – הדין המצוי והרצוי, ניתוח וביקורת

אנו שותפים לעמדתו של השופט שטיין, כי מבחינה עקרונית-מהותית היה ראוי שלא להגביל את מוסד הצוואות ההדדיות לבני-זוג בלבד. ודוק, ביסוד הצוואה ההדדית עומדים ערכים של שיתוף פעולה, אמון, הסתמכות, קיום (ציפייה), תום לב והגנה על התא המשפחתי. נוכח רכיבי הכבילה הגלומים בצוואה ההדדית – ובפרט, האפשרות לכבילה מלאה לאחר פטירת המצווה הראשון (לפי סעיף 8א(ג) לחוק הירושה, כמפורט בפרק א לעיל) – הצוואה ההדדית יכולה להבטיח וודאות כי תוכנית ההורשה המשותפת שנקמה במסגרתה, לא תסוכל לאחר פטירת המצווה הראשון. בכך טמונה היוכלה (הפוטנציאל) של הצוואה ההדדית לייצר אמון, שיתוף פעולה ושלוש בית.⁵¹ מטרות וערכים אלו נכונים לא רק לתוכנית הורשה הנערכת בין בני-זוג, אלא גם בין בני משפחה נוספים. לשיטתנו, ראוי כי המשפט יאפשר שימוש בכלים משפטיים שמסייעים בהגנה על הקשרים המשפחתיים.⁵² מצב משפטי שבו בני משפחה שאינם בני-זוג אינם רשאים לערוך תוכנית הורשה משותפת בת-הגנה, אינו מספק לדידנו מענה שלם לצורך הקיים.⁵³

למרות עמדתנו העקרונית כאמור באשר למצב המשפטי הרצוי, אנו סבורים כי במצב המשפטי המצוי, סעיף 8א לחוק הירושה הוא הסדר שולל, ולפיכך אין תוקף לצוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון שלא בין בני-זוג. עמדתנו זו מבוססת על שלושה נימוקים:

ראשית, בניגוד לעמדתו של השופט שטיין, אנו סבורים כי לא ניתן להקיש בין תוקפן של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון, לתוקפן של אלו הנערכות בין מי שאינם בני-זוג לאחר התיקון. ודוק, לפני התיקון נדרשו בתי המשפט להכיר בצוואות הדדיות באמצעות חקיקה שיפוטית – בלית ברירה – נוכח קיומו של חסר בחוק. מצב משפטי זה לא היה תקין ויצר קשיים עיוניים ומעשיים. גם הנשיא ברק – מהתומכים הבולטים בהכרה בתוקפן של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון – סבר, כי המצב המשפטי ששרר ערב תיקון החוק לא היה תקין, וקרא למחוקק להסדירו.⁵⁴ משהרים המחוקק את הכפפה והסדיר את מוסד הצוואות הדדיות, אין המדובר עוד להבנתנו בחסר, כי אם בהסדר שולל.⁵⁵

שנית, מדברי ההסבר לתיקון החוק ומדברי הכנסת, עולה באופן ברור כי הצורך בהסדרת הצוואה ההדדית – שהפכה לכלי משפטי שכיח – נבע מהסתירה שבין המוסד המשפטי להוראות חוק הירושה, באופן

⁴⁹ ראו ההפניות, לעיל ה"ש 9.

⁵⁰ בע"מ 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 4–5 לפסק הדין של השופט שטיין; בע"מ 1857/24, לעיל ה"ש 9, בפס' 51–52 לפסק הדין של השופט שטיין.

⁵¹ לפירוט המטרות והערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית והיוכלה הגלומה בה להבטחת שלום בית, ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 414–422. לעמדה כי ביסוד הצוואה ההדדית עומדים ערכים של מחויבות, דאגה, אמון אלטרואיזם ושיתוף, וכי ערכים אלה צריכים להיות גורם משמעותי בעיצוב הנורמה, ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 21, בעמ' 507–509, 511, 517, 521.

⁵² ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 419. לשימוש ביסוד הכבילה שבצוואה ההדדית – במשולב עם הסכם זוגי – ככלי להסדרת או למניעת סכסוכים בין בני-זוג ראו להלן: מנדלסון ורייך-זיו "הסכמים וצוואות הדדיות", לעיל ה"ש 6. שילוב כאמור בין צוואה הדדית להסכם, היה יכול לשמש כלי יעיל לפתרון או למניעת סכסוכים בין בני-משפחה, אילו החוק היה מאפשר עריכת צוואות הדדיות בין בני-משפחה.

⁵³ ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 469; רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 97–98. להצדקות נוספות להרחבת הסדר הצוואות ההדדיות לבני משפחה נוספים, ראו תומפסון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21; Rosalind Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 29(2) MELB. U. L. REV. 390, 404–405 (2005).

⁵⁴ ברק **פרשנות הצוואה**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 71–72.

⁵⁵ אחרון ברק **פרשנות במשפט** כך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 467–468 (1992).

שיצר תקלות ואי-ודאות משפטית. המחוקק הביע אי-שביעות רצון ממצב משפטי זה, והבהיר כי מטרת התיקון היא להסדיר⁵⁶ משמעותה המעשית של העמדה כי סעיף 8א אינו הסדר שולל, היא שביחס לצוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג, יחול אותו מצב משפטי לא תקין שהיה קיים ערב התיקון (אשר אותו ביקש המחוקק להסדיר). מעבר לכך שתוצאה זו אינה רצויה לשיטתנו (ולכך נתייחס בהמשך), אנו סבורים כי אין זה סביר להניח כי כוונת המחוקק הייתה להסדיר את הצוואה ההדדית רק ביחס לבני-זוג, בעוד שביחס למצויים שאינם בני-זוג כוונתו הייתה להותיר את המצב המשפטי (הלא תקין) על כנו.

שלישית, מדברי הכנסת עולה כי המחוקק דן והתלבט בשאלה האם לייחד את ההסדר לבני-זוג או להרחיבו לבני משפחה נוספים.⁵⁷ ההחלטה בסופו של יום לייחד את הצוואה ההדדית לבני-זוג, נבעה מתוך כוונת המחוקק לצמצם את השימוש במכשיר זה, נוכח הפגיעה בחופש הציווי הגלומה בו.⁵⁸ גם מכך ראוי להסיק להבנתנו כי כוונת המחוקק הייתה לייצר הסדר שולל.

בהקשר לנקודה האחרונה ניתן לטעון, כי מפסקי דינו של השופט שטיין עולה (במשתמע), כי לתפיסתו ההסדר החל ביחס לצוואות הדדיות שסעיף 8א אינו חל עליהן, אינו פוגע בחופש הציווי, ולפיכך אינו מנוגד לכוונת המחוקק לצמצם את הפגיעה בחופש הציווי. ודוק, ההסדר החל לשיטתו של השופט שטיין על צוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג, אינו כולל מגבלות על הביטול – אלא חובת השבה בלבד החלה עקב הביטול – ולפיכך (לכאורה) אין בו פגיעה בחופש הציווי.

אנו סבורים כי עמדה זו אינה מדויקת. נסביר – ביסוד הצוואה ההדדית עומדת תוכנית הורשה משותפת. הכרה בביטול חד-צדדי של תוכנית ההורשה המשותפת לאחר פטירת המצווה הראשון, משמעותה בהכרח פגיעה בחופש הציווי של הנפטר הראשון (אשר רצונו היה כי עיזבונו יחולק לפי תוכנית ההורשה המשותפת שבוטלה). ההשבה עשויה אמנם לצמצם את הפגיעה בחופש הציווי ולייצר תוצאה הוגנת יותר (ככל שניתן לאתר את רצונו של הנפטר הראשון באשר לחלוקת העיזבון לאחר ההשבה), אך הפגיעה בחופש הציווי עודנה קיימת. ודוק, גם ברירת המחל של סעיף 8א מבוססת על הסדר של השבה, וגם בה גלומה פגיעה בחופש הציווי של הנפטר הראשון. אלא שהפגיעה בחופש הציווי בהסדר הקבוע בסעיף 8א היא מכוח חוק (ולפיכך יכולה להתגבר על עקרון חופש הציווי הקבוע בסעיף 27 לחוק הירושה); בעוד שההסדר המוצע על ידי השופט שטיין אין לו כל אחיזה בחוק (ולכן אין בכוחו להתגבר על הפגיעה בחופש הציווי).

יתר על כן, סעד של השבה עלול להיות מורכב בנסיבות של צוואה הדדית הקובעת הורשה לצדדים שלישיים ללא הורשה הדדית. מעמדתו של השופט שטיין לא ברור האם כוונתו היא כי חובת ההשבה תחול גם ביחס לצדדים שלישיים, ובהקשר זה עולה השאלה האם עקרון תום הלב והפרת אינטרס ההסתמכות

⁵⁶ ראו דברי החסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 16, בעמ' 130: "...עד היום לא הוסדר בחקיקה נושא הצוואה ההדדית, ויותר מכך, נראה שההסדר סותר סעיפים ספציפיים בחוק הירושה... למרות זאת, בפועל קיבלו בתי המשפט בארץ הסדרים של צוואה הדדית, המהווים כיום כ-20% מהצוואות בישראל. קליטת הצוואה ההדדית ללא הסדר חקיקתי הביאה לאי התאמה בין המוסד המשפטי להוראות חוק הירושה, לאי ודאות לגבי הסדרים מסוימים בצוואות הדדיות ולעתים לביטולן של הוראות מסוימות בצוואות שנעשו. ... הצעת חוק הירושה... המתפרסמת בזה מבקשת להסדיר עריכת צוואות הדדיות בחקיקה". כמו כן, ראו פרוטוקול ישיבה 516, לעיל ה"ש 8, בעמ' 2: "ההיקף של צוואה הדדית היא 20% מהצוואות במדינה, שבאופן אמיתי היא לא חוקית. ... הבעיה הרצינית, שגם אין הלכה בעניין, ובתי-המשפט קובעים כללים שונים. אין ודאות בנושא כזה, וזה בהחלט נושא שצריך בו ודאות משפטית".

⁵⁷ ראו למשל פרוטוקול ישיבה 434 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 2 (7.3.2005): "...מה שמסומן מתחת זה נקודות הכרעה שהועדה צריכה להכריע, כמו למשל בני זוג, האם אנחנו רוצים להתיר את ההסדר רק לבני זוג או אפשר להרחיב את זה לקרובי משפחה אחרים. ... [ההדגשה אינה במקור]."

⁵⁸ ראו למשל פרוטוקול ישיבה 516, לעיל ה"ש 8, בעמ' 2: "...בישיבות הקודמות החלטנו לקבל את הרעיון של צוואה הדדית, למרות שהוא סותר בהרבה מובנים את החופש לצוות, שזה אחד האינטרסים המרכזיים שמוגנים בחוק הירושה. קודם כול, צמצמנו רק לבני זוג, רק בני זוג רשאים לעשות זאת ולהגביל את החופש שלהם לצוות. ... [ההדגשה אינה במקור]."

ביחסים שבין א ו-ב, יכולים להקים חובת השבה על צד ג.⁵⁹

מעבר לנימוקים המשפטיים שפורטו לעיל – התומכים לשיטתנו בעמדה כי סעיף 8א הוא הסדר שולל – אנו סבורים כי עמדה זו ראויה אף מהפך המעשי. ודוק, הצוואה ההדדית היא כלי משפטי מורכב – משפטית ואנושית – והיא נחשבת כאמור לכלי משפטי שנוי במחלוקת.⁶⁰ הקושי בהסדרתה של הצוואה ההדדית בא לידי ביטוי (בדין הזר) בהסדרים נורמטיביים חסרים ולא ברורים, שיצרו חוסר ודאות משפטית, התדיינות יתר ופילוג משפחות.⁶¹ תוצאות לא רצויות אלה אף הובילו לקריאות רבות להימנע מלהכיר בצוואה ההדדית או מלהשתמש בה.⁶² אף ההסדר בדין הישראלי – הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה – אינו חף מקשיים, ואף הוא מייצר אי-ודאות בהיבטים שונים.⁶³ עם זאת, ההסדר הקבוע בסעיף 8א מסדיר את כללי הבסיס באשר לסוגיית הביטול – היא הסוגייה המורכבת ביותר במוסד הצוואות ההדדיות. אנו סבורים, כי הכרה בכלי משפטי כה מורכב – שנועד לעת פטירה – ללא הסדרה ברורה בחוק של סוגיית הביטול, תייצר תקלות, אי-ודאות והתדיינות יתר.

ה. דיון בהסדר ההשבה שמציע השופט שטיין

מעבר לעמדתנו כי סעיף 8א הוא הסדר שולל, אנו סבורים כי קיימים קשיים משמעותיים בהסדר ההשבה שמציע השופט שטיין להחיל ביחס לצוואות הדדיות שנערכו לאחר תיקון החוק:

ראשית, הכרה בהסדר של צוואות הדדיות המבוסס על חובת השבה ונעדר כל יסוד של כבילה, חוטא למיטב הבנתנו לתכליות ולערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית, באופן שהכרה בו עלולה לגרום יותר נזק מתועלת. נסביר – כאמור בפתח הדברים, תכליתה של הצוואה ההדדית היא לאפשר לשני פרטים לערוך תוכנית הורשה משותפת. יכולתה של הצוואה ההדדית למנוע סכסוכים, תלויה בקיומם של בטחון וודאות בקרב כלל המעורבים, כי לאחר פטירת המצווה הראשון, המצווה שנותר בחיים יהיה מחויב לתוכנית ההורשה המשותפת ולהוראות הצוואה ההדדית. במחויבות זו גלומה היכולת ליצר אמון, שיתוף פעולה ושלוש בית, ולמנוע התדיינות משפטית. מדובר באותם אמון וביטחון הנובעים מהכלל החוזי הבסיסי שלפיו "הסכמים יש לקיים". כלל זה בא לידי ביטוי בדיני החוזים באמצעות אינטרס הקיום (הציפייה), והוא מבוסס על יסודות של כבילה. הסדר המבוסס על השבה מגן אמנם על אינטרס ההסתמכות ומפצה את הצד הנפגע על הנזק שנגרם לו, אך אין בהסדר כאמור כדי להגן על תוכנית ההורשה המשותפת – היא תכליתה של הצוואה ההדדית.⁶⁴

אמנם, גם ברירת המחדל שבסעיף 8א מבוססת על השבה, והיא כוללת הגנה על אינטרס ההסתמכות בלבד, ללא הגנה על תוכנית ההורשה המשותפת. אלא שסעיף 8א(ג) מאפשר למצווים להתנות על ברירת המחדל שבחוק, ובכלל זאת לייצר כבילה מלאה לאחר פטירת המצווה הראשון, תוך הגנה על אינטרס הציפייה והבטחת קיום תוכנית ההורשה המשותפת (לפירוט ראו פרק א לעיל). בהקשר זה חזרנו והמלצנו

⁵⁹ קושי כאמור חל גם בהסדר ברירת המחדל שבסעיף 8א לחוק הירושה. לדיון וביקורת ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 450, 468; שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין **דיני ירושה ועיזבון** 148 (מהדורה שביעית מורחבת ומעודכנת (להלן: **דיני ירושה ועיזבון**); קוריאנלדי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 233–234. להרחבה ודיון בנוגע לצוואות הדדיות שאינן כוללות הורשה הדדית, לרבות דוגמאות מהדין הזר, ראו: רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 35–38. לאפשרות החלת חובת השבה על צד שלישי מכוח דיני הנאמנות ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 450–455, 464–465. אלא שאפשרות זו קיימת רק בצוואות הדדיות הכוללות כבילה (מכוח דיני החוזים).

⁶⁰ ראו ההפניות, לעיל ה"ש 3.

⁶¹ ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 407 וה"ש שם.

⁶² שם.

⁶³ לביקורת על ההסדר הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה, ראו מנדלסון ורייך-זיו "היום שאחרי", לעיל ה"ש 6, בעמ' 122–126; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 466–470.

⁶⁴ לפירוט והרחבה ראו רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 414–422.

לציבור עורכי הדין שלא לערוך צוואות הדדיות לפי ברירת המחדל שבחוק (בשלב שלאחר פטירת המצווה הראשון), משום שאין בה כדי להבטיח את תכליתה של הצוואה ההדדית.⁶⁵

שנית, השופט שטיין הציג את חובת ההשבה המוצעת לשיטתו לגבי צוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג, כסעד זהה להסדר ההשבה הקבוע בסעיף 8א לחוק הירושה.⁶⁶ למיטב הבנתנו הדברים אינם מדויקים. ודוק, לפי ההסדר המוצע על ידי השופט שטיין (לגבי צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון או שנערכו לאחר התיקון בין מי שאינם בני-זוג), חובת ההשבה היא סעד שבית המשפט יעניק בדיעבד – עקב ביטול הצוואה ההדדית. דהיינו, ההסדר אינו כולל שום רכיב של כבילה ותוקפו של הביטול אינו מותנה בתנאים כלשהם. לעומת זאת, ההשבה (כמו גם ההודעה) לפי ההסדר הקבוע בסעיף 8א היא תנאי הנדרש לכתחילה לצורך תוקפו של הביטול. דהיינו, בהעדרה לא יהיה תוקף לביטול, והצוואה ההדדית תיאכף (לפירוט ראו פרק א לעיל).

מדובר בשוני מהותי בעל השלכות מעשיות על התנהגות הצדדים. ודוק, ההסדר שבסעיף 8א מונע ביטול בסתר, משום שהוא מתנה את תוקפו של הביטול בהודעה (בחיי בני הזוג) או בהשבה (לאחר פטירת הראשון). לעומת זאת, הסדר ההשבה של השופט שטיין (לגבי צוואות הדדיות שנערכו שלא לפי התיקון), מאפשר למצווים להונות האחד את רעהו ולבטל את צוואתם בסתר. במקרה כאמור, המצווה המבטל יוכל להנות מעיזבונו של הנפטר הראשון באין מפריע ואף לכלותו (ככל שאין על כך מגבלות בצוואה ההדדית), וחובת ההשבה תחול רק בעת שיתגלה הביטול – דהיינו לאחר פטירתו של המבטל (לאחר שכבר נהנה מעיזבונו רעהו). מדובר אם כן בהסדר המאפשר (וייתכן שאף מעודד) התנהגות של הונאה, בניגוד לערכים העומדים ביסוד הצוואה ההדדית.

ראוי להעיר כי ייתכן שהסדר כאמור ראוי ביחס לצוואות הדדיות שנערכו לפני תיקון החוק – ככל שתקבל הלכה כעמדתם של השופטים וילנר ושטיין, כי אין תוקף למגבלות על הביטול הקבועות בצוואות כאמור – אך פתיחת פתח לעריכת צוואות הדדיות נוספות לפי הסדר כאמור, אינה ראויה לשיטתנו.

שלישית, למיטב הבנתנו, צדדים המבקשים להגן על אינטרס ההסתמכות באמצעות חובת השבה (לפי ההסדר שמציע השופט שטיין להחיל על צוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג), אינם זקוקים לכלי המורכב של צוואה הדדית. ודוק, צדדים כאמור יכולים להוריש את עיזבונותיהם האחד לרעהו במסגרת צוואות יחיד נפרדות, תוך קביעת תנאים והוראות (לפי סעיפים 41–45, 53 לחוק הירושה), לרבות תנאי מפסיק וחובת השבה שתחול על הזוכה (ועיזבונו) במקרה שבו יבטל את צוואתו (שלו). צוואות יחיד כאמור אינן פוגעות בחופש הציווי ואינן מנוגדות להוראות החוק, כל עוד יקפידו המצווים על שמירת הכללים שנקבעו בפסיקה, באשר להעדר מעורבות האחד בצוואת האחר – לפי סעיף 35 לחוק הירושה (נוכח הכללים המצמצמים שנקבעו בפסיקה בהקשר זה, איננו רואים בכך קושי).⁶⁷ בפסיקה נקבע כי אין כל פגם בהסדרים חוזיים הנערכים בקשר לצוואות, כל עוד הם אינם פוגעים בזכות המצווה לבטל את צוואתו. כך למשל נקבע בפסיקה כי קבלת תמורה מראש עבור רכוש נשוא צוואה, אינה פוסלת את הצוואה ואינה פוגעת בחופש הציווי.⁶⁸ דהיינו, אין פסול בהסכמה בין שני פרטים לעריכת צוואות יחיד נפרדות – כל עוד הן אינן כוללות מגבלות על הביטול – וצוואות שיערכו בדרך כאמור תקפות.

⁶⁵ ראו רייך-זיו **התזה החוזית**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 66; רייך-זיו "משנים מפני השלום", לעיל ה"ש 6, בעמ' 413.

⁶⁶ ראו בעמ' 7884/23, לעיל ה"ש 7, בפס' 4 לפסק הדין של השופט שטיין; בעמ' 1857/24, לעיל ה"ש 9, בסוף פס' 46, 51 לפסק הדין של השופט שטיין.

⁶⁷ ראו למשל: ע"א 5869/03 **חרמון נ' גולוב**, פ"ד נט(3) 1, 6–9 (2004); בעמ' 7049/15 **פלוגי נ' פלוגי**, פס"ט (נבו 17.12.2015); **דיני ירושה ועיזבון**, לעיל ה"ש 59, בעמ' 135–139; שילה, לעיל ה"ש 21, בעמ' 308–324.

⁶⁸ ראו ע"א 760/86 **רוזן נ' שולמן**, פ"ד מג(3) 586, 589 (1989).

הסדר כאמור הנערך בשתי צוואות יחיד נפרדות, ראוי ונכון יותר לשיטתנו, משום שהוא מונע טעויות בגמירות הדעת של המצווים. ודוק, עלינו לזכור כי בסופו של יום ציבור עורכי הצוואות אינם בקיאים בדין, ואף ייעוץ וליווי משפטי אינו מבטיח הבנה מלאה של הסדרי הדין. צוואה הדדית היא תוצר של הסכמה ושיתוף פעולה, ובאופן טבעי תהליך עריכתה עלול לייצר אצל עורכי הבנה שגויה (במקרה של צוואה הדדית הנערכת בין מי שאינם בני-זוג), כאילו מדובר בהסדר בעל היבטים מחייבים. הסדר הנערך במסגרת שתי צוואות יחיד נפרדות, הכוללות תנאי מפסיק וחובת השבה (במקרה שהזוכה שינה את צוואתו), מחדד אצל המצווים את ההבנה והמודעות באשר לזכותו של כל אחד מהם לשנות את צוואתו בכל עת, כמו גם ביחס להשלכות הנובעות מכך.

מוטב אם כן לשיטתנו, כי הורשה הדדית בין שני פרטים – תוך החלת חובת השבה במקרה של ביטול – תוסדר בשתי צוואות יחיד נפרדות, כשהמצווים עצמם הם שיכתבו את הסדר חובת השבה. מצב זה עדיף להבנתנו על פני מצב שבו בית המשפט יאלץ לקרוא לתוך צוואה הדדית הסדר השבה – שלא נקבע בה – כסעד חלופי לפתרון תקלות שיתעוררו, עקב הכרה בצוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג אשר יכללו מגבלות שאינן בנות-אכיפה.

סיכום

במסגרת רשימה זו סקרנו עמדה חדשה של השופט שטיין (באמרות אגב חוזרות) להכרה בצוואות הדדיות שנערכו לאחר הוספת סעיף 8א לחוק הירושה בין מי שאינם בני-זוג. לשיטתו של השופט שטיין, על צוואות הדדיות כאמור יחול הסדר של השבה במקרה של ביטול.

הגם שאנו שותפים לעמדה כי היה ראוי שהדין הישראלי לא יגביל את מוסד הצוואות ההדדיות לבני-זוג בלבד, למיטב הבנתנו הרחבת המוסד למי שאינם בני-זוג, סותרת את כוונת המחוקק ומנוגדת לחוק. יתר על כן, הכרה בצוואות הדדיות כאמור תייצר חוסר וודאות, תגרום לתקלות ותעודד התדיינות יתר. במסגרת רשימה זו אף הסברנו מדוע לשיטתנו הסדר של השבה – ללא רכיבים של כבילה – חוטא לתכלית הצוואה ההדדית ולערכים העומדים ביסודה.

המלצתנו אם כן לציבור עורכי הדין היא שלא לערוך צוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג (וכי במקרים של צורך כאמור מוטב לערוך שתי צוואות יחיד עם תנאי מפסיק וחובת השבה). הדברים נכונים באופן כללי ובפרט (בבחינת קל וחומר) במצב משפטי שבו טרם הוכרע אם יש תוקף לצוואות הדדיות בין מי שאינם בני-זוג.

בשולי רשימה זו, אנו קוראים למחוקק לתקן את חוק הירושה, כך שההסדר הקבוע בסעיף 8א יורחב לבני משפחה נוספים מעבר לבני-זוג.