

מוסד הצוואות ההדדיות: בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט – עיון דוקטרינרי על רקע תיקון 12 לחוק הירושה

רונון קריטנשטיין**

מבוא

- א. צוואות הדדיות מהן?
- ב. דוקטרינות משפטיות אפשריות לתיאור הסדר הצוואות ההדדיות
 1. הדוקטרינה החוזית
 - 1.1 צוואות הדדיות – מה לחוזים בדיני ירושה?
 - 1.2 טיבו של החוזה בין המורשים
 - 1.3 חוזה לטובת צד שלישי בדיני ירושה – הייתכן?
 - 1.4 נשוא החוזה – החופש לצוות
 - 1.5 הדוקטרינה החוזית "על דובשה ועל עוקצה"
 2. עשיית עושר ולא במשפט
 - 2.1 כלל ופרט
 - 2.2 הכשל הנורמטיבי בדוקטרינה
 3. נאמנות קונסטרוקטיבית
 - 3.1 נאמנות קונסטרוקטיבית מהי?
 - 3.2 מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית במסגרת מוסד הצוואות ההדדיות
 - 3.3 נאמנות קונסטרוקטיבית צפה – יציר הדמיון של כורח המציאות
 4. עשיית עושר ונאמנות קונסטרוקטיבית – שניהם יחד וכל אחד לחוד?
 5. הקשיים בשימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית צפה במקרי הסדר צוואות הדדיות

* מרצה בכיר, המרכז הבינתחומי הרצליה, בית-ספר רדזינר למשפטים. אני מבקש להודות לפרופ' אמנון רובינשטיין, לפרופ' דפנה לוינסון-זמיר, לד"ר אדם חופרי, לד"ר איילת בלכר-פריגת, לפרופ' דפנה הקר, לד"ר עמוס ישראל ולד"ר רות זפרן אשר קראו טיטות מוקדמות של מאמר זה. כן אני מבקש להודות לעוזרי המחקר אביב גאון, גיא אבידור, גיא רווה ולקובי יוזף, ולחברי מערכת כתב העת "הפרקליט".

- ג. ההסדרה של מוסד הצוואות ההדדיות בדין הישראלי
1. בסיסו של ההסדר בדין הישראלי – דיני עשיית עושר ולא במשפט
 2. היחס שבין ההסדר המתווה בדין הישראלי לבין עקרון חופש הציווי
 3. החידוש הטמון בתיקון 12 לעומת המצב הנורמטיבי ערב התיקון
 - 3.1 תיקון 12 – חידוש גדול? חידוש קטן? אינו חידוש כלל?
 - 3.2 תיקון 12 הוא קו פרשת המים – אינו דומה ערב התיקון לבוקרו של התיקון
 - 3.2.1 ניתוח דסקריפטיבי של הדין הישראלי ערב התיקון
 - 3.2.2 תיקון 12: הסדרתו ואופיו כמעידים על חידוש
 - 3.3 המצב הנורמטיבי בעניין צוואות הדדיות לפני התיקון ולאחריו – קווים מקבילים שאינם נפגשים
- ד. עקרון תום הלב כתשתית נוספת להסדרת יחסי המורשים – הפעם לא סיכום

מבוא

צוואה הדדית היא מקרה פרטי של צוואה משותפת. צוואה משותפת היא פרי החלטה משותפת של שני מורשים. צוואה הדדית היא פעולה משפטית דו-צדדית אשר ברוב המקרים נעשית בין שני בני זוג. ההסדר השכיח הוא של בני זוג הכותבים צוואות מקבילות ברכיביהן כדי שלאחר מות הראשון מבני הזוג (להלן: המוריש הראשון), יעבור הרכוש המשותף למוריש שנותר בחיים (להלן: המוריש השני), וכשזה ילך לעולמו, יעבור כל רכושו ליורש שעליו הסכימו שניהם – על פי רוב הדור הבא. במאמר זה אבקש להציג את מוסד הצוואות ההדדיות, את המסגרות המשפטיות האפשריות לתיאור מערכת היחסים המשפטית בין העורכים צוואה הדדית ואת המסגרת המשפטית וההסדרה של מוסד זה בדין הישראלי.

דוקטרינות אחדות מבקשות להתמודד עם הבעיות והכשלים הטמונים, מטבעם, בהסדר הצוואות ההדדיות. כשלים אלו נוגעים בעיקר למערכת היחסים שבין המוריש הראשון למוריש השני, כלומר לשאלות: מהן זכויותיו וחובותיו של המוריש השני? ולאיזה רכוש נוגעות זכויות וחובות אלו – האם לרכוש המוריש הראשון בלבד או שמא לכלל הרכוש? במהותו הבסיסית הסדר צוואות הדדיות מבקש להגביל את המוריש השני בעשייה ברכושו כרצונו, ו/או בהורשת רכושו כאוות נפשו. הגבלת המוריש השני מהווה קריאת תיגר על דיני הירושה בכלל, ועל דיני הצוואות בפרט, וזאת בשל סתירה מהותית בין הגבלה זו של המוריש השני לבין עקרון חופש הציווי.

קריאת תיגר זו מתבטאת בפרטי ההסדר ובהגבלות המוטלות על המוריש השני בהקשר בעלותו על הנכסים. ההגבלה הנפוצה ביותר היא איסור כתיבת צוואה חדשה. דוקטרינות אחדות יכולות לשמש מקור למסגרת הנורמטיבית של מערכת היחסים בין המורישים, וליתר דיוק לאופני ההתנהגות המותרים והאסורים של המוריש השני. ניתוח הדוקטרינות הללו ייעשה תוך הצבעה על אפיוניהן ועל דרך התמודדותן עם הפגיעה בעקרון חופש הציווי. מוסד הצוואה ההדדית הוא לכאורה, בעל היבטים ירושתיים, חוזיים ומשפטיים מסוימים, אולם הוא פוגע בהיבטים ירושתיים מרכזיים כמו עקרון חופש הציווי. עקב הדואליות הנורמטיבית הזאת, חשוב להבין איזה קולב משפטי מתאים למוסד הצוואות ההדדיות. בדיון זה אבחן את ההסדר שעוגן בדין הישראלי באמצעות תיקון מספר 12 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 ואשר התקבל בכנסת בשנת 2005 (להלן: תיקון 12),¹ מתוך הפרספקטיבה שהשנים שחלפו מאפשרות ולאור גישת הפסיקה להסדר שנקבע בתיקון. כמו כן אבקש לברר את עוצמת החידוש הטמונה בתיקון 12 הנ"ל באמצעות ניתוח המצב הנורמטיבי שקדם לתיקון. לבסוף אבחן את הקשר שבין החידוש ועוצמתו לבין אופן הסדרת מוסד הצוואות ההדדיות והדוקטרינה המתארת אותו. כמו כן אבקש לטעון כי הדוקטרינה המתארת את ההסדר בדין הישראלי הינה עשיית עושר וכי דוקטרינה זו היא בעיני הבחירה המיטיבית מקרב הדוקטרינות המתוארות במאמר זה.

בפרק הראשון אנתח את מבנה הסדר הצוואות ההדדיות. אבחן את המאפיינים העיקריים שלו ואבקש לעמוד על קריאת התיגר האמורה על דיני הירושה שהסדר זה קורא.

בפרק השני אבחן דוקטרינות אפשריות לתיאור מערכת היחסים האמורה. הבחינה תהיה מעמיקה ותנתח את הדוקטרינות על שלל רכיביהן ופרטיהן, מתוך ניסיון להתחקות על מקורות היניקה של ההסדר. בחינת הדוקטרינות תלמד על היתרונות והחסרונות שלהן, בבואן לשמש בסיס משפטי לתיאור הסדר הצוואות ההדדיות.

בפרק השלישי ינותח הדין הישראלי. יפורטו פרטי ההסדר ותיבחן משמעותם מבחינה דוקטרינרית כפי שהם עולים מן החוק והפסיקה מאז תיקון 12. אבקש לבחון בו אילו כשלים מצויים בדוקטרינה אשר לטעמי הולמת את ההסדר. לסיום אנסה לעמוד על דרך התמודדותו של ההסדר עם הפגיעה בעקרון חופש הציווי. כמו כן בפרק זה אדון בשוני שבין תיקון 12 לבין הצעת החוק שקדמה לו ולהצעת חוק דיני ממונות. בניתוח זה אבקש להשוות בין צוואות הדדיות אשר נערכו טרם התיקון לבין צוואות הדדיות אשר נערכו לאחר התיקון, ואנסה להתמודד עם השאלה אם יש שוני בין המסגרת הנורמטיבית ערב התיקון למסגרת הנורמטיבית לאחר התיקון.

א. צוואות הדדיות מהן?

¹ חוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ה-2005, ס"ח 714.

צוואות הדדיות הן מקרה פרטי של צוואה משותפת. צוואה משותפת היא צוואה שנעשתה בעקבות החלטה משותפת של שני מורישים. בצוואות הדדיות, על היותן פרי החלטה משותפת נוספת זיקה הדדית בין הצוואות של שני המורישים.² בדרך כלל צוואות הדדיות משמשות לצורך תכנון רכושי בשני שלבים: מעבר הרכוש של המוריש הראשון למוריש השני, ולאחר מותו, מעבר כלל הרכוש הנותר ממה שקיבל המוריש השני מהמוריש הראשון ומרכושו שלו, ליורשים מוסכמים על שני המורישים.³ יש להדגיש כי ניתן למצוא גם צוואות הדדיות בעלות שלב אחד ונרשמים בהן יורשים מוסכמים על שני המורישים, והרכוש עובר אליהם בלי שעבר בתווך דרך מאריך הימים משני המורישים. המקרה השכיח של צוואות הדדיות הוא צוואות הדדיות בין בני זוג, וישנן שיטות משפט המכירות בתקפותו של ההסדר רק אם נעשה בין בני זוג.⁴

אם נפרוט לפרוטות את מבנה ההסדר, הרי ברוב המקרים הצוואות מנוסחות כל אחת בפני עצמה כירש במקום יורש.⁵ דהיינו פלוני רושם בצוואתו "במותי תירש אשתי אלמונית, ואם היא אינה בין החיים – ירשו בנינו". אלמונית רושמת אף היא כך בצוואתה. כאשר בוחנים את הצוואות בהסדר צוואות הדדיות, נמצא כי מאריך הימים מבין השניים, פלוני או אלמונית, יירש ראשון, ולאחר מכן יירשו הילדים.⁶ עוצמת ההסדר באה לידי ביטוי בכך שהמוריש השני מחויב להסדר הצוואות ההדדיות ואינו יכול לכתוב צוואה חדשה. משמעות הדבר היא כי עקרון העל של דיני הירושה, חופש הציוויו, אשר מבטא את זכותו וחירותו של הפרט לעשות ברכושו כרצונו, שמהן ממילא נגזרת האפשרות לחזור בו מצוואתו בכל רגע נתון עד מותו, אינו מתקיים בהסדר צוואות הדדיות.⁷ התכנון הרכושי המוקדם מבטא את רצון בני הזוג להעביר את הרכוש ליורשים מוסכמים על בני הזוג, ובכך לכלכל בכבוד את המוריש השני.

יש לשים לב לכך שהרכוש המועבר ליורשים המוסכמים הוא בגדר "נעלם", ואינו ידוע אף בעת מות המוריש הראשון, שכן הוא מותנה במידת השימוש של המוריש השני ברכוש זה. המצב השכיח הוא של בני זוג העורכים צוואות הדדיות **ובעת** עריכת הצוואות אינם יודעים מי משניהם יאריך ימים. כל אחד מהם הוא בבחינת מוריש פוטנציאלי לבן זוגו ויורש פוטנציאלי מבן זוגו. ההסדר מכיל אפשרות קצה שלפיה

2 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כך חמישי – פרשנות הצוואה 68 (2001).

3 זאת בשונה מדוקטרינת "יורש אחר יורש" שבה עובר רכוש מהמוריש ליורש ראשון, ולאחר מות היורש הראשון עובר הנותר מרכוש המוריש ליורש שני.

4 למשל, הדין הגרמני והישראלי.

5 אם כי אין חובה כי דווקא כך ייעשה. דוקטרינת "יורש במקום יורש" מאפשרת למוריש לקבוע כי רכושו יעבור לאלמוני, ואם אלמוני כבר לא יהיה בין החיים, הרכוש יעבור לפלוני. לעומת דוקטרינת "יורש אחר יורש" אשר קיימים בה בהכרח שני שלבים של מעבר רכוש, בדוקטרינת "יורש במקום יורש" קיים בהכרח שלב אחד של מעבר רכוש.

6 ע"מ 10807/03 **זמיר נ' גמליאל**, פס' 6-8 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 4.2.2007).

7 בדרך כלל חסימת החזרה מהצוואה נכנסת לתוקפה עם מות הראשון.

כלל רכוש שני בני הזוג יגיע ליורשים המוסכמים, אפשרות שחלק מן הרכוש יגיע ליורשים, ואף אפשרות שלא יגיע דבר מן הרכוש ליורשים המוסכמים. זאת משום שאין ידועה מראש מידת צריכת הרכוש על ידי המוריש השני. לרוב, הפרמטרים המשפיעים על כך הם תוחלת החיים, תרבות הפנאי והמצב הרפואי.

למעשה, יש לחלק את "חיי" ההסדר לשניים. החלק האחד הוא מעת עריכת ההסדר ועד מות המוריש הראשון. החלק השני הוא מעת מות המוריש הראשון ואילך. כוחן של ההגבלות המוטלות מכוח ההסדר יפה לחלק השני, שבו באה לידי ביטוי מערכת היחסים המשפטית בין שני המורישים. תוצאות מערכת יחסים זו רלוונטיות רק למוריש השני, אולם שורשן טמון בהסדר בין שני הפרטים בעת שלא ידעו מי יאריך ימים משניהם, ומי יהיה המוריש הראשון.⁸

כאמור, ההגבלות המוטלות על המוריש השני נוגעות לכתיבת צוואה חדשה, אולם ייתכן שיהיו רלוונטיות אף לפעולות שהמוריש השני נוקט. למשל, תיתכן הגבלת מתן מתנות המכלות את הירושה.

יש לזכור כי הסדר הצוואות ההדדיות אינו קוגנטי ואף אינו דיספוזיטיבי במובן הרגיל, שהרי אין צורך להתנות עליו כדי שלא לבחורו, אלא הרוצה בהסדר צריך לבחור בו ולעורכו. כלומר מי שהחליט כי הדרך הטובה ביותר בעבורו לתכנן את העברת רכושו לאחר מותו היא הסדר של צוואות הדדיות, מקבל עליו, אם יהיה מי שיאריך ימים מבין השניים, הגבלות הפוגעות בחופש הציווי ובחופש הקניין שלו.⁹ הדרך הטובה ביותר להימלט לחלוטין מהגבלות אלו היא שלא לבחור בהסדר זה. הכתוב לעיל נכון רק בשיטות משפט המתירות את האפשרות לערוך צוואות הדדיות ולהביא להגבלת המוריש השני ולפגיעה בחופש הציווי (כמתאפשר בדין האמריקני לרברדי, בדין האנגלי ועוד). ישנן שיטות שאינן מתירות זאת.¹⁰ הדין הישראלי אימץ בשנת 2005 הסדר של צוואות הדדיות באמצעות תיקון 12 לחוק הירושה, והסדר זה קבע כי אפשר ליצור מערך צוואות הדדיות אשר יביא להגבלת מה של המוריש השני בכל הנוגע לכתיבת צוואה חדשה. הסדר זה מיועד לתכנון רכושי דו-שלבי ומבקש לתת מענה לצורך בתכנון כזה אצל עורכי צוואות.¹¹

אבקש אפוא לבחון אילו מסגרות משפטיות מיטיבות לתאר את מערכת היחסים שבין שני המורישים כפי שהיא מתבטאת בהסדר צוואות הדדיות. מסגרות אלו יצטרכו להעניק בסיס משפטי למערכת היחסים האמורה, וליתר דיוק להעניק בסיס משפטי למעמדו של המוריש השני בנוגע לנכסים המצויים בסל הסדר הצוואות ההדדיות.

⁸ ראו התייחסות פרטנית לכך בהמשך.

⁹ יש להבחין בין מצבים שבהם כל ההון המשפחתי כלול בהסדר לבין מצבים שבהם רק חלק ממנו כלול בהסדר.

¹⁰ ישראל נמנתה עמן עד התיקון, לפחות לגישתי. ראו בהמשך עמ' 30. צרפת עודה נמנית עמן.

¹¹ דיון נרחב להלן בפרק ג'.

ב. דוקטרינות משפטיות אפשריות לתיאור הסדר הצוואות ההדדיות

1. הדוקטרינה החוזית

1.1 צוואות הדדיות – מה לחוזים בדיני ירושה?

הפעולה הירושתית להבדיל מן הפעולה החוזית, היא פעולתו של היחיד, דהיינו פעולה הנעשית על ידי הפרט ללא הזדקקות לפרט נוסף לצורך השלמתה. לעומת זאת הפעולה החוזית מצריכה, מטבעה, שני פרטים, המציע והניצע, והם שני הצדדים לחוזה. לא לחינם הפעולה הירושתית מכונה פעולה משפטית חד-צדדית, ואילו הפעולה החוזית פעולה דו-צדדית. הפעולה המשפטית היא חד-צדדית כאשר "הצהרות הרצון נמצאות כולן בצד אחד ושואפות לסיפוקו של אינטרס אחד או של אינטרסים זהים"¹². מאידך גיסא, בפעולה משפטית דו-צדדית הצהרות הרצון נמצאות בשני צדדים מנוגדים ומבקשות להסדיר לעתים אינטרסים מנוגדים ולעתים אינטרסים משותפים. במילים אחרות, הפעולה המשפטית היא חד-צדדית כאשר תוצאותיה המשפטיות משתכללות בעקבות רצון אחד, ואילו בפעולה משפטית דו-צדדית, התוצאות המשפטיות משתכללות על ידי שני רצונות או יותר.¹³ לפיכך נראה לכאורה תמוה למצוא שיח חוזי בדיני ירושה, והשאלה "מה לחוזים בדיני ירושה" נראית על פניה נכונה, אך לא כך הדבר.

מוסד הצוואות ההדדיות מעניק בסיס משפטי למצב עובדתי שבו קיימות שתי התחייבויות הדדיות זו כנגד זו. כלומר עצם ההכרה במוסד הצוואות ההדדיות מביא לידי ביטוי הכרה בהתחייבויות של שני פרטים, המונחות האחת כנגד חברתה ובכך יש דמיון רב לסיטואציה חוזית הרגילה. אולם דבר זה כשלעצמו אינו נותן תוקף לטענה כי נכרת כאן חוזה, ובוודאי אין לטעון כי יש להעניק סעדים חוזיים בעת הפרת ההתחייבויות ההדדיות. עם זאת בוודאי אי אפשר להימלט משיח חוזי ומשימוש במונחים חוזיים. הרוצה להימלט לחלוטין משיח חוזי, שומה עליו לטעון כי אין נפקות משפטית להתחייבויות ההדדיות בין המורישים. אין פירוש הדבר כי צוואות הדדיות תיפסלנה, אלא כי אין נפקות להתחייבויות, דהיינו המורישים אינם מחויבים למלא את התחייבויותיהם, וליתר דיוק המוריש השני אינו מחויב למלא את התחייבותו. אם כן, הכרה בקיומן של התחייבויות הדדיות במסגרת מוסד הצוואות ההדדיות מביאה אותנו בהכרח אל השיח החוזי.

זאת ועוד, פעולת הצוואות ההדדיות נדמית כפעולה משפטית דו-צדדית. לכל

¹² מרדכי אלפרדו ראבילו חוק המתנה, תשכ"ח-1968 31 (מהדורה שנייה, 1996).

¹³ פבלו לרנר ההתחייבות החד צדדית 23-24 (2001).

הפחות מהותה קרובה לפעולה משפטית דו-צדדית יותר מאשר לפעולה משפטית חד-צדדית, לפי ההגדרות לעיל. אין ספק שהצהרות הרצון מצויות משני עברי המתרס, הגם שהמתרס משותף לשני הצדדים.¹⁴ אין ספק שהתוצאה המשפטית משוכללת על ידי שני רצונות.

יתר על כן, כאשר פנו בתי המשפט לפרש צוואות הדדיות, הם נקטו מהלך זר לחלוטין לדיני הירושה. פרשנות צוואה רגילה היא פרשנות לפי אומד דעתו של המצווה, הוא ולא אחר: לא יורשיו על פי דין, לא יורשיו על פי הצוואה ולא שום מאן דהו אחר. ברם, בפרשנות צוואות הדדיות נזקק בית המשפט לאומד דעתם של שני המורשים ולזיקה ביניהם. כפי שאמר השופט טירקל בעניין לרנר: "אולם, בפרשנותה של צוואה משותפת והדדית שאני. כאן באים אנו לאמוד את דעתם המשותפת של שני המצווים כאילו הם אחד. כאן באים אנו ללמוד על כוונתם של המצווים [...] מתוך הזיקה והתלות שבין הצוואות [...] את התכנית המשותפת שעמדה ביסוד הצוואה [...] את מטרותיהם המשותפות".¹⁵ דרך פרשנות זו היא הננקטת בדיני החוזים.¹⁶ הנשיא ברק ציין זאת במפורש: "מבחינה זו דומה צוואה משותפת והדדית לחוזה, בצוואה משותפת והדדית עניין לנו בגמירת דעת של שני מצווים הפועלים במשותף ובאופן הדדי".¹⁷ ודוק, אין הכוונה רק לבחינה מצרפית של אומדי דעות המורשים, אלא ישנה חשיבות גם ליחס שבין אומדי הדעת. אין מפרשים כל אומד דעת במנותק מאומד דעת אחר, וזאת לפי דיני הפרשנות בדיני חוזים.¹⁸

זאת ועוד, אינטרס ההסתמכות המוכר והמוגן בדיני החוזים הוא אינטרס מוכר ומוגן גם בדיני הצוואות ההדדיות. אינטרס זה הוא אבן יסוד בדרישה מן המוריש השני למלא את התחייבותו. הסתמכותו של המוריש הראשון על כך שהמוריש השני

¹⁴ אם כי לעתים לא בשלמותו.

¹⁵ בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר, פ"ס 7 לפסק דינו של השופט (בדימוס) טירקל (פורסם בנבו, 21.6.2005); ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר נ' אבן טוב, פ"ד נז(5) 145, 156 (2003): "ודוק: במקרה של צוואות משותפות והדדיות, אין להסתפק באומד דעתו של אחד המצווים בלבד. לפנינו שני מצווים אשר קיים ביניהם לבין עצמם אינטרס הסתמכות. יש להתחשב, איפוא, באומד דעתם המשותף של שני המצווים".

¹⁶ ע"א 539/86 קליר נ' אלעד, פ"ד מג(1) 602 (1989); ע"א 226/80 כאהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 463 (1981).

¹⁷ ע"א 4402/98 מלמד נ' סולומון, פ"ד נג(5) 703, 710 (1999); ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68: "דינה של צוואה משותפת (הדדית הינה כאמור מקרה פרטי של משותפת) דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה, הרצון המכריע המונח ביסודה אינו הרצון הנפרד של כל מצווה, אלא הרצון המשותף של שני המצווים", ובעמ' 73: "האין לומר כי בצוואה המשותפת וההדדית אמת המידה המרכזית לפרשנותה היא אומד הדעת המשותף של המצווים?" (ההערות במקור הוסרו).

¹⁸ אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת ירושה – עסקאות בירושה עתידה וצוואות הדדיות 231 (2006); אם כי איני בטוח שאני מצטרף לדבריהם לעניין מקומו של עקרון תום הלב בפרשנות צוואות הדדיות. ראו בהמשך בעמ' 37.

ימלא את התחייבותו היא יסוד מכונן של ההסדר כולו. למעשה ניתן לומר כי בכוחו לבסס את הסעדים המתבקשים,¹⁹ אף בלא לקרוא לילד בשמו, קרי דיני חוזים.²⁰ ההבטחה ההדדית של שני המורישים מבססת למעשה הסכמה חוזית ביניהם. היחס המשפטי אשר נרקם בין שני הצדדים דומה עד מאוד ליחס המשפטי שבין מתקשרים חוזיים. החוזה הוא מפגש רצונות הצדדים, מפגש של רצונות תואמים ומשלימים. היש תיאור טוב יותר להבטחה ההדדית בצוואה הדדית?²¹ נמצא שהשיח החוזי, הדרכים החוזיות והאינטרסים החוזיים כרוכים במוסד הצוואות ההדדיות.

1.2 טיבו של החוזה בין המורישים

מותו של אחד הצדדים, והותרת צוואה הכתובה על פי סיכום בין הצדדים, הופכים את ההתחייבות ההדדית לבלתי הפיכה.²¹ הנפקות והמשמעות הרטורית של אמירה זו היא כי בין הצדדים מתקיים חוזה על תנאי. מילוי התנאי המתלה, מות הראשון והשארת צוואה כמוסכם, משכלל את החוזה.²² מות הראשון מבטא את אי-יכולתו לשנות את צוואתו, ובהותרת צוואה כמוסכם למעשה מילא הוא את התחייבותו שהיא

¹⁹ אם לא קיים המוריש השני את ההתחייבות.

²⁰ להשוואה: ע"א 1212/91 קרן לבי"נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705 (1994).

²¹ "Where the first to die has left his will unaltered and unrevoked in pursuance of the agreement, the survivor is bound by the agreement" WILLIAMS ON WILLS Vol. 1 22 ANGELA SYDENHAM, EQUITY & TRUST 52 (5th ed. 2002); (Barlow et al. eds., 8th ed. 2000) ed. 2000), הרואה ברגע המוות של הראשון רגע יצירת הנאמנות הקונסטרוקטיבית בעבור המוטב; יש לציין כי בדרך כלל מות הראשון מצוין בפסיקה ובספרות האנגלית כזמן אשר בו מכוננת הנאמנות הקונסטרוקטיבית, אף שניתן לציין זמנים נוספים. ככלל יש לומר כי רגע מות הראשון הוא בעל נפקות משפטית, הן אצל כותבים הדנים בכך מן ההיבט החוזי כ-WILLIAMS, הן אצל כותבים הדנים בכך מהיבט של יצירת נאמנות כ-SYDENHAM, שם; ראו גם: ברק בהלכת מלמד, לעיל ה"ש 17: "האין זה ראוי לקבוע כי עם מותו של מצווה אחד בצוואה משותפת והדדית אין המצווה השני יכול לחזור מצוואתו המשותפת וההדדית?" ; כן ראו: Dufour v. Pereira, [1769] 21 E.R. 332 (Ch.) (Eng.): "He that dies first does by his death carry the agreement on his part into execution if the other then refuses he is guilty of fraud"

²² לכן, אי-השארת צוואה כמוסכם על ידי המוריש הראשון אינה בבחינת הפרת חוזה, אלא אי-קיום התנאי, מכיוון שפעולת ההשארה כמוסכם על ידי המוריש הראשון היא המשכללת את החוזה. ודוק: המוריש השני, בהיודוע לו דבר הצוואה המושארת שלא כמוסכם בהסכם הראשוני, רשאי כמובן לשנות את צוואתו כראות עיניו. זהו אינו המקום להרחיב, אולם ייתכנו מצבים, פרי תכנון רכוש מוקדם, שהשארת צוואה על ידי המוריש הראשון שלא כמוסכם תהיה אף היא בבחינת הפרת חוזה, וזאת מכיוון שהמוריש אף בשינוי צוואתו אינו יכול להחזיר את המצב לקדמותו.

המשכללת את החוזה.²³ שינוי הצוואה על ידי המוריש השני ייחשב להפרת אותו חוזה.

דרך הסתכלות נוספת בצוואות הדדיות, אך עדיין במסגרת הדוקטרינה החוזית, היא לראות בהתייבויות התחייבויות מותנות. כידוע, חיובים הדדיים בחוזה יכול שיהיו עצמאיים, שלובים או מותנים.²⁴ בעניין **אלתר** היטיב להגדיר השופט שמגר מהם חיובים מותנים: "כאשר בחיובים מותנים מדובר, תלויה חבותו של אחד הצדדים לחוזה בכך, שיקוים התנאי, בו הותלתה התגבשותו של החיוב של הצד השני [...] למשל, על מנת שתשתכלל חבותו של פלוני לקיים את החיוב החוזי המוטל עליו, צריך הנושה לקיים תחילה את החיוב שהוא נטל על עצמו. היה ולא מילא אחר חיובו, בו הותנה חיובו של פלוני, פטור פלוני מקיומו של אותו חיוב המוטל עליו".²⁵

כיצד נקבע מהו סוג החיוב? גם בעניין סוגיה זו קבע בית המשפט בעניין **אלתר** כי "לצורך ברור השאלה מהו אופיו של החיוב, היינו, אם מדובר על חיוב עצמאי או חיוב מותנה או משולב, פונים לאותם נתונים מדריכים, בהם נעזרים בפרשנותו של החוזה, בדרך כלל, וזה כולל, בין היתר, את מבנה החוזה וכוונת הצדדים כפי שהיא מתפרשת מתוך לשונו של החוזה [...] מדובר על הערכת משמעותם וברורם של הנתונים החוזיים ככיווי לדעתם ולכוונתם המוסכמת של הצדדים".²⁶ מן הכלל אל הפרט: לטענתי, אין ספק שהמבנה החוזי של מסגרת הצוואות ההדדיות ושל כוונת הצדדים, זאת המתפרשת מלשון הצוואות ההדדיות וזאת המתפרשת מתכלית ההסדר עצמו,²⁷ מלמדים על היות החיובים חיובים מותנים. קיום חיובו של צד אחד לחוזה (המוריש

²³ להשוואה: R.P. MEAGHER & W.M.C. GUMMOW, JACOB'S LAW OF TRUST IN AUSTRALIA ; J.D.B. Mitchell, *Some aspects of mutual wills*, 14 MODERN L. ; 317-314 (5th ed. 1986) Rev. 136, 136-138 (1951); יש לציין כי כבר בפרשת Dufour, לעיל ה"ש 21, נפסק באופן דומה: "The first that dies, carries his part of the contract into execution. Will the court afterwards permit the other to break the contract? Certainly not" Proctor v. Dale, [1993] 4 All E.R. 129 (Ch.) (Eng.).

²⁴ ס' 43(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; ע"א 765/82 **אלתר נ' אלעני**, פ"ד לח(2) 701 (1984).

²⁵ עניין **אלתר**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 709; ראו דברים דומים אך מצומצמים יותר בע"א 1632/98 **ארבוס נ' רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ**, פ"ד נה(3) 913 (2001); בשולי הדברים יצוין כי בעניין **אלתר**, מתגלעת מחלוקת בין השופט ברק לנשיא שמגר בעניין סיווגם של חיובים שלובים. לטענת שמגר חיובים שלובים הם סוג של חיובים מותנים, ולדעת ברק הדבר אינו חד-משמעי ודומה כי דעתו נוטה לשלילת הקביעה האמורה. ראו לעניין מחלוקת זו: גר טדסקי "חיובים מקבילים" **הפרקליט** לז 293, 296-297 (1987).

²⁶ עניין **אלתר**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 710.

²⁷ ראו דברי בית המשפט בע"א 6276/95 **מגדלי באך בע"מ נ' חוזה**, פ"ד נ(1) 562 (1996), לעניין הסקת קיומם של חיובים שלובים מתוך התכלית הכלכלית של העסקה; ראו דברי בית המשפט בע"א 2825/97 **אבו זייד נ' מקל**, פ"ד נג(1) 402 (1999), המצטט בהסכמה את דברי בית המשפט בעניין **מגדלי באך**, ומציין שניתן ללמוד מהדברים אף לעניין חיובים מותנים.

השני) תלוי בקיום החיוב של הצד האחר לחוזה (המוריש הראשון). משקוים החיוב הראשון, אי-קיום החיוב השני הוא בבחינת הפרת החוזה. משלא קיים החיוב הראשון אין המוריש השני חייב לקיים את חיובו שלו. סוף דבר, נמצאנו למדים כי בין שהתחייבות המוריש הראשון היא תנאי משכלל ובין שהיא התחייבות ראשונה הגוררת את קיומה של ההתחייבות השנייה, אי-מילוי ההתחייבות השנייה ייחשב להפרת חוזה לכל דבר ועניין, וכפועל יוצא יביא להטלת סנקציות חוזיות.

1.3 חוזה לטובת צד שלישי בדיני ירושה – הייתכן?

דומה שיש מקום להידרש בענייננו לדוקטרינת חוזה לטובת צד שלישי, שהרי בסופו של דבר ההתחייבויות ההדדיות בין שני המורישים הן בדרך כלל לטובת היורש הסופי, והוא בבחינת צד שלישי להתחייבויות האמורות.

בדין הישראלי מוכרת זכותו הישירה והעצמאית של מי שאינו צד לחוזה לתבוע הטבה המוקנית לו מכוח החוזה. הדין הישראלי אימץ בעניין זה הסדר הקיים במרבית הקודקסים הקונטיננטליים, ואף קיים בדין האמריקני כבר מאמצע המאה התשע עשרה, אך עד לפני זמן לא רב לא היה קיים בדין האנגלי.²⁸

אולם נשאלת השאלה: האם יהא זכאי אותו צד שלישי לדרוש בשמו שלו את הזכויות אשר ביקשו להקנות לו? הרי לא כל חוזה אשר הלכה למעשה מעניק הטבה לצד שלישי, מקנה את הזכות לתבוע משפטית את ההטבה. אם נדייק, חוזה המעניק הטבה לצד שלישי ללא זכות תביעה, אינו חוזה לטובת צד שלישי במובנו בדיני החוזים. רק חוזה המעניק זכות תביעה לצד שלישי הוא חוזה לטובת צד שלישי במובן דינים אלה.²⁹

כיצד נקבע אם הוענקה לצד שלישי זכות תביעה? הפסיקה בישראל כבר עסקה

²⁸ הסדר דומה נחקק בדין האנגלי בשנת 1999. הדבר מבטא סטייה מדרישת היריבות החוזית המסורתית בדין האנגלי וכן מדרישת התמורה המסורתית. להרחבה ראו: VERNON V. PALMER, THE PATHS TO PRIVACY: A HISTORY OF THIRD PARTY BENEFICIARY CONTRACTS AT ENGLISH LAW (1992), לעניין ההיסטוריה של צדדים שלישיים בדין האנגלי; כן ראו: Gabriela Shalev, *Third Party Beneficiary: A Comparative Analysis*, 11 ISR. L. REV. 315, 321 (1976); Anthony J. Waters, *The Property in the Promise: A Study of the Third Party Beneficiary Rule*, 98 HARV. L. REV. 1109 (1984-1985). המחבר מצביע על פסק הדין שבו הוכר לראשונה חוזה לטובת צד שלישי; ראו גם: Lando Ole & Hugh Beale, *Principles of European Contract Law* (2000).

²⁹ לכן, כאשר טוענים שהדין האנגלי לא הכיר בחוזה לטובת צד שלישי, הכוונה היא לאי-הכרה בזכות לתבוע, שהרי זה העיקרון המכונן של מוסד החוזה לטובת צד שלישי. אין פירוש הדבר כמובן שנשללה האפשרות לכרות חוזה כאמור, אלא שחוזה כאמור, אם הופר, רק צד לחוזה היה יכול לאוכפו.

רבות בסוגיה האמורה וקבעה כי המבחן לקיום זכות של צד שלישי לתבוע הוא מבחן כוונת ההקניה. משמע, צד שלישי יכול לתבוע רק אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו.³⁰ יש לבדוק אפוא אם הצדדים התכוונו לא רק להזכיר הטבה זו ולשמור לכל אחד מהם את הזכות לדרוש שתינתן, אלא אף ביקשו להעניק לצד שלישי את הזכות לדרוש את קבלת ההטבה. כך, למשל, בעניין **גולדמן נ' מיכאלי** נקבע כי החוזה שנכרת בין המוכרת לקבלן אינו חוזה לטובת צד שלישי משום ש"אין בו בחוזה זה כל כוונה להקנות למוטב כלשהו את הזכות לדרוש את קיום החיוב החוזי".³¹ בעניין **חושי נ' הטכניון** נקבע אף ביתר הרחבה כי "מכאן שאפילו יש בחוזה התחייבות ליתן הנאה לצד שלישי, אין באותה התחייבות כשלעצמה כדי להעניק זכות לצד שלישי שכן השאלה היא תמיד, אם אותה התחייבות אך כלפי צד לחוזה ואילו טובת ההנאה היא אך תוצאה של ביצוע אותה התחייבות או שמא ההתחייבות עצמה בנוסף לטובת ההנאה מכוונת כלפי צד שלישי".³²

באופן כללי אם אין הקניה ברורה, יש לנסות לאתר הקניה במשתמע, דהיינו לנסות להבין את כוונת הצדדים מתוך הנסיבות. משימה זו אינה פשוטה, מפני שבדרך כלל לכל אחד מצדדי הסיפור החוזי יש מניע ומטרה אחרים, ולעתים אף מנוגדים. לא זו אף זו, רק צד אחד, הנושה, מעוניין בטובתו של צד שלישי. צד אחד מעוניין כי טובת ההנאה תעבור לצד שלישי, והצד השני – החייב – מסכים לכך כחלק מתניות החוזה או בכל תניות החוזה, כמו בחוזה ביטוח. לכן הפסיקה פונה למבחן כוונת ההקניה.

ככל חוזה אחר, הסדר הצוואות ההדדיות מבקש להצמיח זכות וחובה לצדדים לחוזה. אולם בהתחייבות ההדדית בהסדר זה ישנה אף הקניית הטבה למי שאינו מעורב בכריתת החוזה ואינו אחד מן הצדדים לחוזה. לאור זאת יש מקום לבדוק את האפשרות שההסדר מכונן חוזה לטובת צד שלישי, כלומר לקבוע שההתחייבות ההדדית שבין המורישים היא בגדר חוזה. בדרך כלל ההתחייבות תהיה מנוסחת באופן שתחול בשני שלבים והיורש (הדור הבא) יהיה צד שלישי בחוזה זה – המוטב.³³

³⁰ ע"א 348/79 **גולדמן נ' מיכאלי**, פ"ד לה(4) 31 (1981).

³¹ שם, בעמ' 31, 37.

³² ע"א 253/82 **חושי נ' נשיא הטכניון**, פ"ד לח(1) 640, 643 (1984). בהמשך קבע בית המשפט כי "אפילו היינו מניחים, כי החוזה כולל התחייבות של הטכניון לקרוא לבית הספר על שמו של אבא חושי ז"ל, הרי זו התחייבות כלפי האגודה וכלפיה בלבד. אין כל אפשרות לפרש את החוזה ככולל בחובו התחייבות של הטכניון כלפי המערערים. אמנם ייתכן, שטובה תצמח להם למערערים מקיומה של התחייבות הטכניון בחוזה המיוזג, אך טובה זו אינה מצמיחה להם כשלעצמה זכות כלפי הטכניון"; יש לציין כי פסיקות מאוחרות הלכו בדרך אשר הותוותה בעניין **חושי** והסתמכו על פסיקה זו. ראו למשל: ע"א 2850/99 **בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ**, פ"ד נד(4) 849 (2000).

³³ ייתכנו צוואות הדדיות אשר שני הצדדים מעבירים בהן את הרכוש הישר לדור הבא כיוורשים, ואינם מעבירים את הרכוש דרך גורם ביניים: בן הזוג הנותר בחיים.

המניע של הצדדים לצוואות הדריות הוא בדרך כלל זהה. אין כל קושי לזהותו ולפעול על פיו. בחוזה המסחרי מבחן המניע נדחה על פי רוב על ידי הפסיקה מפני שמניעי הצדדים אינם דומים ולעתים הם אף מנוגדים ומקשים את זיהוי זכות התביעה של צד שלישי. דווקא הסדר הצוואות ההדיות אינו מערים קשיים בדרכו של הפוסק. אין כל קושי להבין מתוך מניעי הצדדים את כוונתם בעת הענקת ההטבה לצד שלישי. קל וחומר שזה מצב הדברים בנוגע למבחן הכוונה.

זאת ועוד, בחוזה המסחרי צד שלישי צריך להראות מדוע לא צירפוהו לחוזה והעדיפו קונסטרוקציה של חוזה לטובת צד שלישי. למשל, מדוע לא הטיבו עמו באמצעות המחאת הזכות. ברור שבמקרה של צוואות הדריות הכוללות שני שלבים, הקושיה האמורה בעניין הצד השלישי אינה מתעוררת, ולמעשה הקונסטרוקציה מחויבת ממהות ההסדר עצמו.³⁴

המבנה המשפטי של הצוואות ההדיות מלמד כי הצדדים התכוונו להקנות זכות תביעה ליורש. כאשר צד שלישי אינו מוזכר כלל, מובן שהחזקה הפרשנית היא כי אין מדובר בחוזה לטובת צד שלישי. אולם במקרה שבו מוזכר צד שלישי, החזקה הפרשנית צריכה לחול לטובתו, קל חומר במקרה של צוואות הדריות. אין הכוונה למקרה שהוא רק מוזכר, אלא למקרה שבו שני הצדדים מביעים את רצונם כי לאחר מות שניהם, הוא יקבל את הרכוש הנותר.

כוונת מתן מתנה היא העומדת ביסוד החוזה לטובת צד שלישי שבמוסד הצוואות ההדיות. המינוח הרגיל בחוזה לטובת צד שלישי, של נושה המבקש מחייב להעביר טובת הנאה לנהנה, קיים אף בצוואות הדריות בהבדל הזה: כל אחד מן המורישים הוא נושה וחייב בפוטנציה: שניהם מבקשים להעניק טובת הנאה לנהנה, אך רק במות הראשון יתברר מי הנושה ומי החייב.

כוונת מתן המתנה היא של שני המורישים, של שני הצדדים, של הנושה והחייב. עניין זה הוא המבחין בין חוזה רגיל לטובת צד שלישי, שבו רק לאחד הצדדים – לנושה – יש אינטרס כלפי הנהנה, לבין מוסד הצוואות ההדיות.

צד שלישי במוסד הצוואות ההדיות זוכה בזכות תביעה מכוח ההתחייבות ההדית של הצדדים ואין הוא צריך להראות כי הסתמך עליה או כי שינה מצבו לרעה. היסודות החוזיים הרגילים נבחנים בין הצדדים. הם אינם נבחנים לגבי צד שלישי. לכן אם ברור כי זו הייתה כוונת המורישים, עומדת לו זכות תביעה מכוח החוזה לטובת צד שלישי.

לאור כל האמור דומה כי אין מנוס מקביעה כי בהנחה שהצוואות ההדיות הן

³⁴ לא זו אף זו, ייתכן שיש מקום לומר כי מכיוון שהצד שכלפיו מכוונת ההפרה אינו בין החיים ואינו יכול להגן על תכלית ההסדר, יש מקום לפעול באופן אקטיבי ולנקוט פרשנות מרחיבה ואובייקטיבית טהורה אשר תביא לידי כך שעצם הצוואה ההדית תקים חזקה, ניתנת לסתירה, שהוקנתה זכות תביעה לצד שלישי.

חוזה, יש מקום לטענה כי לפנינו חוזה לטובת צד שלישי וזאת בשל אחת משתיים: האחת, פרשנות תכליתית של הסדר הצוואות ההדדיות מביאה לידי אימוץ הכוונה כאמור, בהיעדר ראייה לסתור. השנייה, ישנם חוזים שבהם אין אפשרות להיטיב עם צד שלישי אלא באמצעות חוזה לטובת צד שלישי, למשל ביטוח חיים. הוא הדין בצוואה הדדית. מכיוון שישנה הנחת יסוד ששני המורישים, שני הצדדים לחוזה, רוצים להיטיב עם המוטב, קרי היורש הסופי, אין כל בעיה לקבוע כי מדובר בחוזה לטובת צד שלישי.³⁵

1.4 נשוא החוזה – החופש לצוות

מהם הטובין העוברים מצד לרעהו במסגרת החוזית האמורה? הטובין המועברים מצד אחד לצד האחר הם ה"חופש לצוות".³⁶ הגדרה זו רחבה מהגדרה (הצרה) אשר הייתה קובעת כי הטובין המועברים מצד אחד לצד אחר הם תמורות ריאליות. ההגדרה הצרה תתאים רק לצוואות הדדיות בעלות שני שלבים. במקרה האמור ניתן לטעון כי הטובין המועברים בהסדר צוואות הדדיות הם רכוש המוריש הראשון, הנתון לשימוש של בן הזוג שהאריך ימים אחריו, בתמורה להעברת הנוטר מן הרכוש, לאחר מותו, ליורשים המוסכמים. עם זאת, בהסדר של צוואות הדדיות שבו הרכוש מועבר הישר לדור הבא, דהיינו כשיש שלב אחד בלבד, ההגדרה הצרה המתארת חילופי תמורות ממשיים, אינה רלוונטית.

אולם הטעם העיקרי להעדפת ההגדרה הרחבה הוא שהיא מבטאת טוב יותר את משמעותו של הסדר הצוואות ההדדיות **על רקע מקומו הטבעי**, קרי **ירשות וצוואות**. להגדרה זו אין אני מבקש לצרף דרישה למשמעות מעשית הנובעת מהגבלת החופש לצוות, אלא די לי בכך שהצדדים סחרו בחופש זה ביניהם. עקב ה"סחורה" יקרת הערך המועברת בין הצדדים, ישנה הצדקה להקשחת הגישה להפרת ההתחייבות. המסחר בחופש הצייווי מביא את שני הצדדים למצב טוב יותר מזה שהיו בו אילו לא סחרו בחופש הצייווי, כמוכח בהנחה שהם בחרו בו בבחירה חופשית. אם שני הצדדים הסכימו שיוגבל חופש הצוואה של מי שנותר בחיים משניהם, יהא אשר יהא, ברור כי מבחינתם זהו המצב הטוב ביותר. משמע מצב זה טוב יותר מהמצב בהיעדר הסדר כאמור, שבו המוריש השני רשאי לצוות את רכוש שני בני הזוג, לכל מי שיחפוץ.

1.5 הדוקטרינה החוזית "על דובשה ועל עוקצה"

³⁵ זו, כמוכח, קונסטרוקציה נוספת המוצעת במסגרת הדוקטרינה החוזית.

³⁶ ליתר דיוק, הם מגבילים עצמם בתחום החופש לצוות וסוחרים באי-החופש לצוות. ראו: איילת בלכר-פריגת "עד שהמוות יפריד בינינו? – על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי" **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו** 497 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

הדוקטרינה החוזית נראית המתאימה ביותר במתן מענה לרצונות הצדדים. אין להתעלם מכך שצוואות הדריות הן כלי שנועד לספק ביטחון חוזי לצדדים וכי השיח על מסגרת היווצרות הצוואות ההדריות הוא שיח חוזי.³⁷

יתר על כן, הביטחון החוזי הוא הנותן למעשה את היציבות למוסד הצוואות ההדריות ובלעדיו יקרוס המוסד. אין כל טעם למוסד זה בלא העיקרון המכונן בדבר מילוי התחייבויות. עיקרון זה לא יישמר בהיעדר הביטחון החוזי. אם מוריש לא ידע בבירור כי תכנון הורשת הרכוש יבוצע כרצונו, הוא לא ישתמש בצוואה הדרית, ויבחר תחתיה בכלים חסרים או לחלופין יימנע מלכתחילה מתכנונים מורכבים של הורשה הדרית. ניכר שהמאפיינים החוזיים עוזרים למורשים לבטוח במוסד הצוואות ההדריות.

זאת ועוד, כפי שכבר צוין, השיח על מסגרת היווצרות הצוואות ההדריות הוא חוזי. כאשר מבקשים לאתר פתרונות המבוססים על דוקטרינות אחרות, אי-אפשר להתעלם מהשיח החוזי, והוא בא לידי ביטוי לעתים ברטוריקה בלבד, לעתים בסוג הסעד, ולעתים בדרישה ליסוד חוזי ברור.

אין ספק שמוסד הצוואה ההדרית מסדיר לא רק את המערכת החוזית הצרה שבין הצדדים לחוזה, אלא גם את זכויותיו של צד שלישי לחוזה.³⁸ לכן, כפי שטבעי לדון בשיח החוזי במסגרת דיני הירושה, דומה שטבעי להכיר אף בחוזה לטובת צד שלישי במסגרת מוסד הצוואות ההדריות.³⁹

לא זו אף זו, גם השאלה, מה לדיני החוזים בדיני הירושה, נדמית כקושיה חלשה. כך למשל, הדין האנגלי אינו חש כל קושי בשילוב דיני החוזים בדיני הירושה בכלל, ובשילוב של מונחים חוזיים או אף דוקטרינות חוזיות בתהליך ההכרעה בדבר קיומה של הגבלה בהסדר צוואות הדריות, בפרט.⁴⁰ הקושי העיקרי בדין האנגלי בנוגע

³⁷ מנקודת ראותו של המוריש, הצוואה ההדרית היא כלי משפטי, חוזי, המאפשר תכנון רכושי באופן שהרכוש יעבור לדור הבא, וזאת תוך שיתוף פעולה עם המוריש האחר, אשר שולט אף הוא על אותו תכנון רכושי.

³⁸ הכרה בזכות התביעה של הירוש, הצד השלישי בענייננו, מבטאת את הרצון של הצדדים עצמם בעת עשיית הצוואות ההדריות. אילו הצדדים לא רצו להעביר את רכושם לדור הבא, יכלו להעניק את רכושם זה לזה בלי להזכיר את הירוש בשלב השני, הצד השלישי בענייננו, בצוואה.

³⁹ *Schloss v. Koslow*, 20 A.D.3d 162 (N.Y. App. Div. 2d Dep't 2005): כמשיח לפי תומו שאל בית המשפט אם נוצר חוזה לטובת צד שלישי, והדיון התמקד בהיבט החוזי גרידא, קרי אם יש או אין חוזה, והיה ברור לבית המשפט כי ניתן להחיל דוקטרינה זו על הצוואות ההדריות. בהקשר זה מעניין לציין כי בדומה לצוואות הדריות, אף חוזה לטובת צד שלישי שכיח מאוד בהקשרים משפחתיים, ובמיוחד זוגיים, כגון הסכמי גירושים בקופת גמל המאפשרת חלוקת רכוש לאחר המוות שלא בדרך של צוואה.

⁴⁰ *Goodchild v. Goodchild*, [1996] 1 All E.R. 670 (Ch. 1955) (Eng.); *Hadwen v. Myles*, [1924] All E.R. Rep 288 (Ch.) (Eng.); *Freeman v. Arscott*, [1930] All E.R. Rep 620

לשימוש בדוקטרינה החוזית נובע מהיעדר הכרה במוסד של חוזה לטובת צד שלישי, ובשנים האחרונות נובע לטעמי מאי-הפנמה של המוסד האמור, לאחר שמאות שנים לא הוכר.⁴¹

דומה שהקשיים הדוקטרינריים העולים מהחלת גישה חוזית בדיני הירושה, אינם ניכרים, ושהשאלה "מה לדיני חוזים בדיני ירושה" אינה מעיקה יתר על המידה. אולם בכל זאת ישנם כמה קשיים היורדים לשורש הרעיון שביסוד מוסד הצוואות ההדדיות, והם מלווים את תיאור מערכת היחסים שבין המורשים לפי הדוקטרינה החוזית.

קושי דוקטרינרי ברור הוא הדרישה שיוכחו יסודות חוזיים לצורך מתן תוקף להסדר צוואות הדדיות כהסדר מחייב. לעתים דרישה זו, או ליתר דיוק אי-עמידה בתנאי דרישה זו, היא שמביאה לידי כך שבית המשפט (בשיטות שבהן מאומצת הדוקטרינה החוזית) אינו משתכנע כי ההתחייבויות ההדדיות אכן מחייבות.⁴² הדרישה לחוזיות ההסדר מכשילה הסדרים רבים עקב אי-מילוי היסודות הקשיחים הנחוצים לכריתתו של חוזה. דרישה זו קשה שבעתיים כאשר מדובר במערכות זוגיות. דרישת יסודות חוזיים דווקניים, אשר היעדרם יביא לבטלות ההסדר, אינה עולה בקנה אחד עם התנהלות יומיומית של בני זוג בבואם לערוך צוואה. מדובר בהתנהלות המשקפת אינטימיות, רגשיות ויחסי אהבה בין בני הזוג. פעמים רבות דרישה חוזית דווקנית כזאת תכשיל את התכלית של ההסדר, ואף תמנע מבני זוג לערוך הסדר כאמור, ולו בשל העלויות הרגשיות הכרוכות ביצירתו ובעריכתו.

קיים גם כשל נורמטיבי ברור בבחירה בדוקטרינה חוזית. דוקטרינה זו דבקה בקיומה של פונקציית המטרה. לכאורה, פתרון זה שובה לב, שכן התחייבויות יש לקיים. הסעד האולטימטיבי בהתחייבויות הדדיות הוא אכיפה או פיצויי קיום, שהרי מופר חיוב ואין להעדיף את המפר על פני האחר שלא הפר. אולם פתרון הדבק בהגשמתה של פונקציית המטרה בצורה מוחלטת (ובכך אין הבדל בין אכיפה לבין פיצויי קיום) אינו פתרון ראוי. הוא פוגע פגיעה קשה בצד הנדרש לקיים את החוזה או לשלם פיצויי קיום, שכן פתרון זה מונע מצד זה לכלכל את מעשיו בהתחשב בנסיבות החיים המשתנות, האישיות ושאינן אישיות, לרבות הקמת תא משפחתי

ROGER (Ch.) (Eng.); Lindner v. Green, [1950] 2 All E.R. 913 (Ch.) (Eng.)
 כן ראו: WILLIAMS; KERRIDGE ET AL., THE LAW OF SUCCESSION 104 (11th ed. 2002), לעיל ה"ש
 21, בעמ' 20.

⁴¹ למעשה החוק חוקק רק ב-1999, ולפיכך רק משנת 2000 מוסד זה מוכר בדין האנגלי; כן ראו: INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW Vol. 5: SUCCESSION 43 (1972), המתייחס לשינוי המצב בהקשר דבריו של Mitchell, לעיל ה"ש 23, שבו הסתמך על היעדר מוסד זה מהדין האנגלי כנימוק לאי-יכולתו של צד שלישי לפעול משפטית נגד הנותר בחיים.

⁴² בעניין Birch v. Curtis, [2002] EWHC 1158 (Ch.) (Eng.) הסתמכו על פסק הדין בעניין Hadwen, לעיל ה"ש 40, משנת 1924, כדי לקבוע כי ההתחייבויות אינן בנות אכיפה מכיוון שלא היו ראיות מפורשות לכך שהצדדים כבלו את עצמם בהן; כן ראו: עניין Schloss, לעיל ה"ש 39.

חדש, זוגיות חדשה וכדומה. פתרון זה אינו נותן מענה בנסיבות שלא עלו בדעתם של המורישים בעת שכתבו את צוואתם, בין עקב היעדר ידיעה ובין עקב מגבלה קוגניטיבית זו או אחרת.⁴³ הדוקטרינה החוזית אינה רגישה מספיק לשינויים אשר ייתכנו מעת עריכת ההסדר ועד מותו של הראשון או אף לאחר מכן בעת יישום ההסדר על ידי השני.⁴⁴ הדבר קשה אף יותר מכיוון שלפי הדוקטרינה החוזית כל נכסי בני הזוג כפופים להסדר הצוואות ההדדיות. כלומר הגבלת חופש הציווי של המוריש השני נוגעת לא רק לרכוש שירש מבן הזוג שנפטר, אלא גם לרכושו שלו.

זאת ועוד, יש לשים לב שאכיפה מוחלטת במקרה שבו הופרה ההתחייבות בכתובת צוואה חדשה, תדרבן את המוריש השני לחפש דרכים חלופיות להגשמת מאווייו האישיים למרות ההסדר. למשל, מתן מתנות גדולות או מתן מתנות רבות קטנות.⁴⁵ על כן אני סבור שהפגיעה הקשה ביכולתו של המוריש השני לכלכל מעשיו בהתחשב בנסיבות אישיות משתנות (הצפויות בשל פרק הזמן הארוך שבין עריכת ההסדר לבין מות המוריש השני) מנוגדת לרעיון הצוואה ההדדית. יתר על כן, וזה עיקר, בהנחה שאין יודעים מי יאריך ימים ויהיה כבול בצורה דווקנית להסדר, פרטים רציונליים יהססו לבחור בהסדר צוואות הדדיות הנשלט על ידי דיני החוזים.⁴⁶ כלומר הסדר שכזה ירתיע פרטים מלבחור בו מלכתחילה, וכך יצא שכרנו בהפסדנו.

2. עשיית עושר ולא במשפט

2.1 כלל ופרט

מטרת דיני עשיית עושר ולא במשפט (להלן במאמר זה גם: עשיית עושר) היא לתקן מצב של התעשרות בלתי מוצדקת. אין מטרתם של דינים אלו להגן על אינטרס ההסתמכות או להגן על כל אינטרס חוזי אחר, אף שלפעמים הדברים עולים בקנה אחד. עיקרון זה, אשר בא לידי ביטוי בחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979⁴⁷ מצא את ביטויו עוד קודם לכן בפסיקה ענפה, והודגש עוד יותר לאחר פסק

⁴³ הנטייה האנושית היא ליפות את המציאות בתחום הזוגיות ולהתעלם, לא תמיד משקולים רציונליים, מהעתידי. הדבר דומה לסיבות שבגינן הרוב המכריע של הזוגות אינם חותמים על הסכם ממון.

⁴⁴ אף פתרונות חוזיים האמורים לשקף שינוי נסיבות, כמו ביצוע בקירוב, אכיפה בתנאים וכדומה, אינם מסוגלים למלא את יעדם.

⁴⁵ אולי אף לשימוש בלתי סביר או דוני.

⁴⁶ יש לשים לב שתוצאה דווקנית תגרור בכל מקרה את התערבות הדין וזאת כדי שלא להשאיר את השורר חסר כול. התערבות כזאת, אשר תיעשה מן הסתם על סמך עקרונות על, אינה מיטיבה, לטעמי, עם ההסדר.

⁴⁷ ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

הדין בעניין **אדרס**.⁴⁸ ניתן לנסח זאת אף כך: מטרתם של דיני עשיית עושר היא לתקן באמצעות חובת ההשבה את הטעון תיקון כאשר ברור כי הצדק וההגינות נפגעו. כפי שציין בית המשפט בעניין **אדרס**: "מקום שתחושת המצפון והיושר [...] מחייבת השבה [...] אמת המבחן [...] היא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור [...] יש להתחשב בין היתר בשיקולים כגון עוצמת זכותו של התובע, אופי הפגיעה באינטרס שלו [...] התנהגות הצדדים [...] טיב הפעילות שמכוחה זכה התובע ברווח".⁴⁹ יש לציין כי החוק בישראל אינו קובע רשימה סגורה של מצבי עשיית עושר, ולפיכך אין להגביל מצבים מסוימים לעיקרון הכללי שמתווה החוק. זאת ועוד, בית המשפט ציין כי "הקטיגוריות של עשיית עושר ולא במשפט לעולם אינן סגורות ולעולם אינן שוקטות על השמרים".⁵⁰

מן הכלל אל הפרט. הפרת ההתחייבות מצד המוריש השני, מאריך הימים, לאחר שירש את הראשון, היא בבחינת עשיית עושר ולא במשפט לפי מודל הצוואות ההדדיות. הפרת ההתחייבות לאחר מות המוריש הראשון, טומנת בחובה זכייה ב"עושר" ואמורה להוליד את חובת ההשבה, דהיינו חובה אשר תבקש להגשים רק דבר אחד, והוא השבת ה"עושר": השבת מה שירש המוריש השני מן המוריש הראשון לעיזבון המוריש הראשון. השבה זו היא החלטית ואינה תלויה נסיבות, ולפי דיני עשיית עושר, אם השבה בעין אינה אפשרית, אזי יושב שוויה של הירושה.

חשוב לציין שדיני עשיית עושר רלוונטיים לסוגיית ההשבה הן בהקשר החוזי⁵¹ הן בהקשר שאינו חוזי.⁵² לטעמנו, זהו היתרון הבולט של השימוש בדוקטרינת עשיית עושר בנוגע לצוואות הדדיות מפני שאין צורך לבסס ראייתית כי מדובר בחוזה. ניתן לבסס עילה, וסעד בעקבותיה (אמנם סעד השבה בלבד), בצורה קלה יחסית לעומת הדוקטרינה החוזית.

דוקטרינת עשיית עושר ולא במשפט, והסעד שלצדה, נראים כפתרון מוצלח המבקש למלא, ולו במעט, את ציפיית המוריש הראשון שיושב רכושו ליעדו. משמעות הפרת ההתחייבות היא כי המוריש השני קוצר יותר ממה שזרע. הנאתו של המוריש השני באה מחסרונו של המוריש הראשון, ותוצאה זו מנוגדת לציפיית

⁴⁸ ד"נ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גו'נס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221, 272 (1988).

⁴⁹ שם, בעמ' 273.

⁵⁰ שם; ראו גם את הפניית השופט ברק לע"א 280/73 **פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גיגי לטר**, פ"ד כט(1) 597 (1974).

⁵¹ עניין **אדרס**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 263, 271; כן ראו: הצגת שתי הגישות לעניין האמור אצל: מיכל אגמון-גונן **ההשבה בהקשרים חוזיים: דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט** 17-24 (2001); דניאל פרידמן **דיני עשיית עושר ולא במשפט** 299-300 (1998).

⁵² להשוואה: עניין **אדרס**, לעיל ה"ש 48, בעמ' 235, 241, בהדגמת עניין מניעת התעשרות מחוץ לתחומי החוזה, ובעמ' 271, שם נאמר: "דיני עשיית עושר ולא במשפט חלים, בין אם יש חוזה בין הצדדים ובין אם אין חוזה בין הצדדים".

המוריש הראשון. הציפייה של המוריש הראשון הייתה כי ההתחייבות ההדדית תעשיר את השני ותסייע לו לחיות חיים סבירים ואולי אף יותר מכך. אולם בד בבד, "תעשיר" את המוריש הראשון **בידיעה** כי הרכוש, שלו ושל בן זוגו, יעבור לדור הבא. בלא הנחת ציפייה זו, לשם מה בכלל נחוץ תכנון רכושי בשני שלבים? במילים אחרות, עצם הרצון מחד גיסא, וההסדרה מאידך גיסא, של תכנון רכושי בשני שלבים מלמד על ציפייה של המוריש הראשון לקשר בין הרכוש לבין יורשי השלב השני. קשר זה בא לידי ביטוי בסבירות שירשי שלב זה, בדרך כלל ילדי בני הזוג, יהנו אף הם מההון המשפחתי. סיכול ציפייה זו מעשיר את המוריש השני על חשבון המוריש הראשון. העשרה זו אינה ראויה ולכן מתבקשת השבה של העושר.

2.2 הכשל הנורמטיבי בדוקטרינה

הפיתוי לאמץ את הדוקטרינה האמורה הוא ברור: אפשר להפעילה ללא כל צורך להיזקק לתחום החוזים, ולכך יש יתרונות ברורים. הראשון הוא גמישות הכניסה. אין צורך להוכיח את קיומם של יסודות חוזיים כדי לטעון כי הסדר מסוים הוא מחייב. ברוב המקרים (כפי שנראה בהמשך) יהיה צריך להראות זיקה מסוימת בין הצוואות כדי להפכן להסדר אחד ושלא ייחשבו לצוואות יחידות. יש גם יתרון לכך שההגבלה נוגעת רק לחלק שאותו ירש המוריש השני, ובדרך כלל מדובר במחצית ההון המשפחתי המשותף. דוקטרינה זו מאפשרת למוריש השני לנהוג בחלקו כרצונו וכך לא תוסב פגיעה בקניינו, אך במקביל היא דורשת ממנו להחזיר את החלק שירש אם יפר את התחייבותו. עיקרון זה פותר את אחד מהכשלים המרכזיים בדוקטרינה החוזית – הקיום הדווקני של ההתחייבות.

בקליפת אגוז, החיסרון בנקיטת גישה זו (שיפורט בהמשך, בדיון בדין הישראלי) בתחום הצוואות ההדדיות טמון בחובת ההשבה, אשר היא חזות הכול בדיני עשיית עושר. התכלית של דיני עשיית עושר מסתכמת במניעת עושר שלא כדין ולא יותר מזה. כפי שציין השופט ברק: "דיני עשיית עושר ולא במשפט עומדים על רגליהם הם. הם מעניקים סעד, שבאופיו שונה הוא מהסעדים המוענקים על-ידי דיני החוזים ועל-ידי ודיני הנזיקין. אין הם באים להשיב את המצב לקדמותו, ואין הם באים להעמיד את הצד התמים במצב שבו היה נתון לולא ההפרה. הם באים למנוע התעשרות שלא כדין".⁵³ הכללים שיתוו את הפסיקה בהכרעותיה ייקבעו לאור המטרה והתכלית של העיקרון הכללי האמור, והסעד יהיה תמיד "השבת מה שירש המוריש השני לעזבונו

⁵³ עניין **אדרס**, שם, בעמ' 268; אם כי כפי שגרס השופט ברק בהמשך דבריו, לעתים יש במניעת ההתעשרות שלא כדין משום השבת המצב לקדמותו, ובכך הגנה על אינטרס ההסתמכות. לעתים במניעת התעשרות שלא כדין, יש משום העמדת הצד הנפגע במצב שבו היה נתון אלמלא ההפרה, ובכך הגנה על אינטרס הציפייה. עם זאת, הגנה על אינטרסים אלו אינה מטרתם של דיני ההשבה; ראו לעניין תכלית החוק, בעניין **אדרס**, שם, בעמ' 273, והציטוטים המובאים שם.

של המוריש הראשון". יוזכר, תוצאה זו אינה תואמת את ציפיות הצדדים ומנוגדת למעשה לרעיון הטמון במוסד הצוואות ההדדיות.⁵⁴ ציפיות הצדדים עורכי הצוואות ההדדיות נוגעות להון המשפחתי כולו כפי שהיה בעת שערכו הצדדים את ההסדר, ולא רק לחלקו, באופן שהתוצאה הסופית דומה יותר לדוקטרינת יורש אחר יורש, ולא לדוקטרינת צוואות הדדיות. כך נמצא שדווקא חוזקה של הדוקטרינה הוא חסרונה הגדול ביותר.

3. נאמנות קונסטרוקטיבית

3.1 נאמנות קונסטרוקטיבית מהי?

מוסד הנאמנות עוסק במשולש יחסים: יוצר הנאמנות, הנאמן והנהנה. הנאמן מחזיק את הנכס בנאמנות עבור הנהנה מכוח דרישת יוצר הנאמנות. כך, בעלותו של הנאמן בנכס היא בעלות פורמלית, ולנהנה יש זכות קניינית, בעלות שביורש, וזו הבעלות המהותית.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית מביאה לידי כך שמי שמוחזק כבעלים בנכס, הופך לנאמן בעבור הבעלים האמתיים.⁵⁵ מוסד זה מבקש לייחס את הזכות הקניינית הקרויה "בעלות", למי שאינו נראה כבעלים, ובה בעת מבקש לעקר זכות קניינית הקרויה "בעלות" ממי שנראה כבעלים.⁵⁶ מוסד זה נוצר על ידי דיני היורש, הוא קיים לפחות מהמאה השבע עשרה ושימש במקרים שבהם בית המשפט לא מצא קטגוריה ו/או כלי ו/או דוקטרינה מתאימים אחרים לפתרון הסכסוך שהובא לפניו.⁵⁷ הנאמנות הקונסטרוקטיבית דומה במקצת לשאר סוגי הנאמנויות. מי שנראה כבעלים אינו רשאי לבצע בנכס פעולות ששמורות לבעלים אמתיים והוא חב כלפי

⁵⁴ יתר על כן, דוקטרינה זו אינה מתמודדת בשלמות עם מצבים של שימוש זדוני, או אף שימוש בלתי סביר או מתן מתנות שיביאו לכיליון הרכוש.

⁵⁵ למעשה יש שתי אפשרויות ליצירת נאמנות קונסטרוקטיבית: האחת מתוארת בגוף הטקסט; השנייה היא יצירת יחסי אמן מיוחדים בין מי שנראה כבעלים לבין הנהנה. לרוב ננקטת האפשרות הראשונה.

⁵⁶ לכן ברי שלצורך כינון הנאמנות ברמה הפרטנית, דרוש נכס ו/או רכוש מוגדר בעת יצירת הנאמנות הקונסטרוקטיבית; OAKLEY, CONSTRUCTIVE TRUSTS 2 (3rd ed. בספרו A.J. OAKLEY, ed. 1997), מצייין כי במרבית המקרים דרישה זו מתמלאת; מובן שבצורה השנייה של יצירת נאמנות קונסטרוקטיבית, נכס ו/או רכוש מוגדרים נדרשים פחות.

⁵⁷ OAKLEY; MALCOLM COPE, CONSTRUCTIVE TRUSTS 8 (1992) מצייין במאמרו כי בשלושים השנים האחרונות דיון ער בין כותלי בית המשפט ומחוצה לו נוגע לתנאים שבהם נוצרת ונכפית נאמנות זו וליסודותיה: A.J. Oakley, *The Precise Effect of the imposition of a constructive trust*, in EQUITY AND CONTEMPORARY LEGAL DEVELOPMENTS 427 (S. Goldstein ed., 1992).

הנכס והבעלים.⁵⁸ לטעמי, בכך מסתיים הדמיון בין הנאמנות הקונסטרוקטיבית לבין שאר סוגי הנאמנויות הקיימים בדינים השונים.⁵⁹ השוני העיקרי בין מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית לבין שאר סוגי הנאמנויות הוא בבסיס להיווצרות נאמנות זו. נאמנות קונסטרוקטיבית אינה משקפת או מפרשת את התנהגות הצדדים ואינה מיועדת להגשים את כוונתם המפורשת או המשתמעת,⁶⁰ ויכול שתהא אף מנוגדת לרצון הצדדים,⁶¹ ובוודאי לרצונו של מי שיוכרז "נאמן". הדגש העיקרי במוסד זה נוגע ליצירת הנאמנות באופן עצמאי ובלתי תלוי לחלוטין בצדדים, בכוונתם ובהתנהגותם. שוני נוסף בין הנאמנות הקונסטרוקטיבית לשאר סוגי הנאמנויות קשור בהסכם נאמנות. הראשונה אינה תלויה בקיומו של הסכם נאמנות שיש להצביע עליו. לעומת זאת נאמנות "רגילה" נוצרת מכוח הסכם, ולו משתמע, בין יוצר נאמנות לבין נאמן.⁶² הנאמנות הקונסטרוקטיבית נוצרת כאשר הדין מבקש להשתמש במוסד זה כדי להגיע לתוצאה ראויה ללא תלות בכוונתם של הצדדים.⁶³ פעמים רבות שימוש במוסד זה הוא פיקציה, המביאה להכרעה בסכסוכים שלא בהכרח קשורה לכוונת הצדדים או אף לפרשנות ההסכם שביניהם. היטיב לתאר זאת הייטון: "a fiction which provides a useful remedy where no remedy is available in contract or in tort"⁶⁴.

נאמנות קונסטרוקטיבית אינה מצריכה רכיב צורני או פורמלי כלשהו, ולכן מרבית הכותבים מתארים אותה כמוסד אשר "arises by operation of law rather than from the intention of the parties express or implied. It is a trust imposed by a court as a result of the conduct of the trustee and very often contrary

⁵⁸ לנהנה שמורה הזכות לבחור בין קבלת הנכס לבין קבלת שוויו. יש לציין כי הנהנה גובר על נושי הנאמן אם הנאמן חדל פירעון, ומכאן אנו למדים כי לנאמנות הקונסטרוקטיבית יכולה להיות חשיבות אף בדיני חדלות הפירעון. זאת ועוד, לנהנה נתונה זכות עקיבה וטריפת הנכס מידי צד שלישי, והגנה תינתן בדרך כלל לצד שלישי אם רכש את הנכס בתמורה ובתום לב. שתי הסוגיות ראויות לדיון נפרד; OAKLEY, CONSTRUCTIVE TRUSTS, לעיל ה"ש 56, בעמ' 11; LORD GOFF & GARETH JONES, THE LAW OF RESTITUTION 73–102 (4th ed. 1993).

⁵⁹ סוגי נאמנויות אחרים הם, למשל, הנאמנות המפורשת והנאמנות המשתמעת.

⁶⁰ שלמה כרם חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 258 (מהדורה רביעית, 2004).

⁶¹ הדבר דומה להגדרת ידועים בציבור בדין הישראלי – אין כל חשיבות של ממש אף להגדרת בני הזוג את עצמם, והמבחן להגדרת ידועים בציבור הוא מבחן אובייקטיבי. ראו לעניין זה: רע"א 9755/04 ביטון נ' קצין התגמולים (פורסם כנבו, 31.8.2008); ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337 (1997).

⁶² ולכן ניתן להבין את הקביעה של בית המשפט העליון במיסורי: "the constructive trust is technically not a trust at all" (Brown v. Brown, 152 S.W.3D 911 (Mo. Ct. App. 2005)).

⁶³ OAKLEY, CONSTRUCTIVE TRUSTS, לעיל ה"ש 56, בעמ' 1.

⁶⁴ D. J. Hayton, *Personal Accountability of Strangers as Constructive Trustees*, 27 MAL. L.R. 313, 314 (1985).

65. to the wishes and intention of the constructive trustee”

יצירת הנאמנות על ידי הדין אינה מבטאת את רצון הצדדים, ובוודאי לא את רצון מי שמוכרז על ידי מוסד זה כנאמן, לאחר שרק אתמול היה הבעלים. אולם יצירת הקונסטרוקציה הקרויה נאמנות קונסטרוקטיבית משיגה את המטרה שבבסיס יצירת ה"עסקה" האמורה והמוכחשת על ידי מי שמוכרז כעת כנאמן. כלומר כאשר מי שנראה כבעלים מבקש לבצע דיספוזיציה, בא מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית ומונע ממנו לעשות זאת. אכן, זו אינה הקונסטרוקציה שאליה התכוונו הצדדים, ואולם זו בהחלט המטרה שביקש להגשים יוצר ה"עסקה".⁶⁶

האופן שבו תוארה הנאמנות הקונסטרוקטיבית עד כה במאמר זה, מכונה בספרות המשפטית **הגישה המוסדית**.⁶⁷ גישה זו מבקשת לראות פן מהותי בדרך כינון המוסד, דהיינו שימוש בו במקרים שבהם הוא נחוץ להענקתה של זכות קניינית למי שאינו נראה כבעלים, כדי להגיע לתוצאה הראויה והרצויה. המקרים שבהם הדין משתמש בנאמנות קונסטרוקטיבית הם מקרים ידועים וסדורים, אולם אין עיקרון כללי המשותף לכלל המקרים המוגדרים. המקרים פזורים על פני ענפי המשפט בתחומים ובנושאים מגוונים. הגישה המוסדית הקלסית דורשת התחייבות משפטית ברורה בין הצדדים: אם לא לחוזה אזי לפחות סממנים חוזיים ברורים כלשהם.⁶⁸ את הגישה המוסדית אימץ במידה מרבית הדין האנגלי, כפי שמצוין רבות בספרות ובפסיקה: “English law has always thought of the constructive trust as an institution”⁶⁹

65 ניתן למצוא הגדרות כאלה ודומות להן כמעט אצל כל הכותבים העוסקים בדיני הנאמנויות בכלל ובנאמנות קונסטרוקטיבית בפרט. ראו: JACOB'S LAW OF TRUST IN AUSTRALIA, לעיל ה"ש 23, בע"מ 284.

66 להשוואה: H.A.J. FORD & W.A. LEE, PRINCIPLES OF THE LAW OF TRUSTS 996–995 (1990); ובלא שאקדים את המאוחר אציין כי אף סביר להניח כי זו המטרה שביקש להשיג בן הזוג בהסדר צוואות הדדיות שנפטר ראשון, בשעת כינון ההסדר.

67 להבדיל מהגישה התרופתית. ראו להלן בעמ' 21.

68 פירוט נוסף בהמשך, בגוף הטקסט, עמ' 17, 20–21, ובה"ש 104.

69 R.H. Maudsley, *Proprietary Remedies for the Recovery of Money*, 75 LAW Q. REV. 234, 237 (1959). אמנם הציטוט משנת 1959, אולם הדברים נכונים אף בימינו, בכפוף לנכתב בהמשך.

לא פלא שהמוסד צמח מדיני היושר האנגליים. מוסד זה מבקש להביא לידי כך שהתוצאה אשר תוכרז תהיה התוצאה אשר לה התכוון יוצר העסקה, גם אם בעיני כולי עלמא התוצאה אחרת והדרך לקבלת אינה הדרך שרצו הצדדים, לא מבחינה סובייקטיבית ולא מבחינה אובייקטיבית. כאשר הדין משתמש במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית, הוא מקלף למעשה את הקליפה החיצונית של הנסיבות כפי שהן נראות לכולי עלמא, כדי להגיע לבשר הפרי ולהכריז על הנסיבות אשר צריכות להביא לתוצאה הנכונה. לא בכדי נאמנות זו נקראת "נאמנות קונסטרוקטיבית", כפי ש-Worthington מציינת בהתייחסה לנאמנות זו: "In law, 'constructive' usually means is not [X], but because of the surrounding circumstances will be treated as if it were [X]"⁷⁰.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית, לפי דיני היושר שיצרו אותה, מונעת את העוול אשר היה יכול להיגרם בהיעדרה של הנאמנות. אלמלא המוסד, הכרעות היו מתקבלות על סמך נסיבות חיצוניות וכללים פורמליים אשר היו מונעים השגת תוצאה ראויה ורצויה. ניתן לסיים תת פרק זה באמירה שבמוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית לא הנאמנות היא העיקר אלא דווקא הקונסטרוקטיביות.⁷¹

3.2 מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית במסגרת מוסד הצוואות ההדדיות

לאחר שהובהרה משמעותו של מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית ולאחר שנבחן תחמו ומקומו בעולם המשפט, עלינו לבחון את מקומו בתחום מוסד הצוואות ההדדיות.

כפי שכותבים רבים מציינים, מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית משמש לפתרון כשלים במסגרת הצוואות ההדדיות: "Mutual wills are not irrevocable but they give rise to a constructive trust which is irrevocable"⁷². כבר בראשית הדברים יש לציין את המשותף לשני מוסדות אלו ואת היווצרותם ופיתוחם בדיני היושר.⁷³ Cope מציין, ובצדק, כי מרבית השופטים מחילים את מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית על מצב של צוואות הדדיות, אך בלי לספק קו מנחה ברור להחלת המוסד. בכל זאת ניתן לזהות כמה סוגי מקרים שבהם ייטה בית המשפט להשתמש במוסד זה. למשל, מקרי הטעיה, מקרי היעדר אפשרות לאכוף את ההתחייבות והיווצרות "עושר" למוריש השני. התנאי הבסיסי בדין האנגלי לשימוש בנאמנות

⁷⁰ SARAH WORTHINGTON, EQUITY 69 (Clarendon Law Series, 2nd ed. 2006).

⁷¹ פרידמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 11.

⁷² THOMAS G. FEENEY, THE CANADIAN LAW OF WILLS: vol. 1 (3rd ed. 1987), בעמ' 1, 22

ובה"ש 92; PHILIP H. PETTIT, EQUITY AND THE LAW OF TRUSTS 131 (9th ed. 2001), שם

נכתב כי: "Mutual wills are generally regarded as a case of constructive trust".

⁷³ COPE, לעיל ה"ש 57, בעמ' 526.

קונסטרוקטיבית הוא קיומו של חוזה לכל דבר ועניין.⁷⁴ חוזה זה ניתן להוכחה בדיעבד מכתובים, מעדויות בעל פה ומכל ראייה אחרת.⁷⁵

הדרישה ליסודות חוזיים מעוררת את השאלה מדוע נחוצה אפוא הנאמנות הקונסטרוקטיבית. אנו נזקקים לדיני הנאמנות הקונסטרוקטיבית משום שעל אף קיומם של סממנים חוזיים, הדין האנגלי אינו מספק סעדים חוזיים במקרה זה מכיוון שליורשים כצדדים שלישיים לחוזה אין כל מעמד חוזי.⁷⁶ היורשים אינם צד לחוזה, ולכן אין אפשרות להעניק להם סעד חוזי.⁷⁷ בהיעדר סעד חוזי, ומתוך הכרה ברורה בכך שהמצב הנוצר – הפרת ההתחייבות ההדדית מצד המוריש השני – אינו ראוי ואינו רצוי, דיני היושר מספקים פתרון של נאמנות קונסטרוקטיבית.⁷⁸ כלומר בעקבות אי-מתן סעדים חוזיים במקרים אלה לפי דיני החוזים,⁷⁹ דיני היושר נאלצו לכוון את מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית.

כריתת החוזה נותנת את הכוח בידי היורש לכפות על המוריש השני, שהאריך ימים, בסיוע מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית, למלא את חלקו: היורש הופך לנהנה והמוריש השני – לנאמן. התרופה של דיני היושר אינה ניתנת בגין הפרת החוזה, שכן אין ליורש כל מעמד בעניין זה, וגם לא בגין אי-קיום ההתחייבות או קיום שלא כנדרש, אלא היא ניתנת מכוח העובדה שהנאמן אינו ממלא את תפקידו כיות, כלומר בשל אי-העברת הנכסים ממי שנראה כבעלים למי שהוא הבעלים האמתי. זוהי תמציתה של הגישה המוסדית המבקשת להעניק פן מהותי לכינון המוסד ובו בזמן לשמור על זיקה ברורה לדיני הנאמנויות.

בחירה במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית משמעותה חדה וברורה מחד גיסא, ורבת אפשרויות ובלתי ודאית מאידך גיסא. תרתי דסתרי? אכן כן. בחירה במוסד האמור מביאה לידי כך שהמצב המשפטי בין המורשים לבין עצמם, ובינם לבין היורשים, הוא ברור וחד. בטרמינולוגיה של דיני הנאמנות – המוריש הראשון הוא

⁷⁴ OAKLEY, CONSTRUCTIVE TRUSTS, לעיל ה"ש 56, בעמ' 264.

⁷⁵ ישנן פסיקות אנגליות שבהן לא היו הוכחות מספיקות לכך שהסכם בין הצדדים הוא אכן בלתי הפיך, וממילא לא היה מקום לכינונה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית. ראו, למשל, בעניין *Hadwen*, לעיל ה"ש 40; מנגד, ראו למשל, בעניין *Green*, לעיל ה"ש 40; ראו גם *Birmingham v Renfrew* (1936) 57 CLR 666, שבו בית המשפט חקר וניסה לאתר הסכמה בין הצדדים לכך שלא ישונו הצוואות. השופט דיקסון השתכנע בדבר קיומה של התחייבות בעל פה בין הצדדים שלא לשנות את הצוואות במהלך חיי שני בני הזוג אלא לאחר הודעה לצד השני והתחייבות שלא לשנות צוואה כלל לאחר מות אחד מבני הזוג.

⁷⁶ כאמור, עד שנת 1999 לא הוכר כלל מוסד החוזה לטובת צד שלישי בדין האנגלי, אולם הדברים תקפים גם בהקשרם של דינים שמכירים במוסד זה, אבל ידחו את פרשנותי לעיל בהקשר של חוזה לטובת צד שלישי במקרה של צוואות הדדיות.

⁷⁷ אכיפה או פיצויי קיום.

⁷⁸ COPE, לעיל ה"ש 57, בעמ' 528.

⁷⁹ ובעקבות אי-הכרה בחוזה לטובת צד שלישי.

יוצר הנאמנות, המוריש השני הוא הנאמן והיורשים הם הנהנים, כלומר הבעלים האמתיים. למעשה, בעת כתיבת הצוואות ההדדיות אין אנו יודעים מי יוצר הנאמנות ומי הנאמן, שכן המוריש שניהם בעת ובעונה אחת גם יוצרי הנאמנות וגם הנאמנים. רק לעת פטירת הראשון מתגבשת ומתקבעת הנאמנות בנסיבות העניין ויודעים בדיעבד מי יצר את הנאמנות ומי הנאמן.

לאמיתו של דבר אין צורך לדקדק בטרמינולוגיה האמורה, שהרי כפי שכבר צוין לעיל, יצירת מוסד זה אינה נעשית כדרך שאר מוסדות הנאמנות, ולכן אין חשיבות רבה לזיהוי הדמויות. החשוב הוא שלעת פטירת המוריש הראשון מתקיים הבסיס ליצירת מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית אשר יביא להטלת הגבלה משפטית חדה וברורה על ה"נאמן".

נוסף על כך, לצורך יצירת נאמנות קונסטרוקטיבית יש לזהות בבירור רכוש ו/או נכסים הכפופים למוסד זה. אלו הם הנכסים אשר הנאמן נראה כבעליהם, והנאמנות הקונסטרוקטיבית מבקשת לשרש התחזות זו ולקבוע מי הבעלים האמתיים. שאלת הרכוש המוגבל על ידי ההתחייבות חשובה ביותר לכינונה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית במסגרת הצוואות ההדדיות.⁸⁰ ייתכנו כמה מצבים הקשורים לרכוש והרלוונטיים להסדרים הנובעים מהחלטה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית על מוסד הצוואות ההדדיות.

הבריה התיכון המשותף לכלל המצבים הוא ההבחנה בין נכסי המוריש הראשון לנכסי שני בני הזוג. כאשר רק נכסי המוריש הראשון כפופים לנאמנות הקונסטרוקטיבית, אזי המוריש השני יכול לעשות בנכסיו שלו כרצונו,⁸¹ ורק נכסי המוריש הראשון כפופים למוסד הנאמנות. כאשר נכסי שני בני הזוג כפופים לנאמנות הקונסטרוקטיבית, המוריש השני אינו יכול לנהוג בנכסים כ"בשלו" כי הם אינם "שלו". נכסי המוריש הראשון ונכסי המוריש השני כפופים לנאמנות הקונסטרוקטיבית.

הקושי המתעורר בסוגיית הנכסים אינו מסתכם בכך. גם אם נכריע אילו נכסים כלולים בנאמנות, עדיין תיוותר שאלת משמעותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית: אילו פעולות ברכוש היא מאפשרת. האם הכוונה היא שהמוריש השני יהיה נאמן ככל נאמן במוסדות נאמנות, ולא יהיה רשאי לכלות את הרכוש? שכן כילוי הוני נאסר על נאמן, ולכל היותר מותר לו ליהנות מפירות הנכסים. אם נכריע כך, ונלך לפי הסדר זה, נחטא לתכלית הסדר הצוואות. ראשית, המורישים יכולים לקבוע תניית פירות מפורשת ולהפוך את המוריש השני, מאריך הימים, לנאמן בנאמנות שטיבה מפורש ומוסכם, ולכן אינם צריכים כל הסדר כללי בנושא. שנית, לא ברור כלל אם מורישים

⁸⁰ להשוואה והוספה: Mitchell, לעיל ה"ש 23.

⁸¹ ואזי התוצאות יהיו דומות לאלה שבמקרי החלת דוקטרינת עשיית עושר ולא במשפט על מוסד הצוואות ההדדיות.

רציונליים יבחרו בהסדר שכזה, קל וחומר אם נכריע כי כל הנכסים כפופים להסדר, שכן תניית פירות לא בהכרח תפתור את הבעיות הכלכליות והחברתיות אשר הסדר צוואות הדדיות מבקש לפתור, והנזק ליורש השני שיהיה נתון לכבילה קשיחה ירתיע מפני יצירת הסדר שכזה. מאידך גיסא, קביעה כי בידי הנאמן זכות מוחלטת לכילוי ההון, יכולה להביא לידי מצב שהרכוש יתכלה לגמרי בין אם נאמר כי נכסי המוריש הראשון כפופים לנאמנות הקונסטרוקטיבית ובין אם נאמר כי כלל הנכסים כפופים לנאמנות הקונסטרוקטיבית. קביעה כאמור אינה מתיישבת עם הגדרתה הכללית של נאמנות.

קביעה שמדובר בזכות לפירות בלבד למוריש השני תהפוך את ההסדר לנאמנות רגילה לכל דבר ועניין. קביעה שמדובר בזכות לכילוי ההון או לשימוש בהון תהפוך את ההסדר לשונה מנאמנות רגילה, ומשום כך ברורה התערבות הדין. אולם קביעה כאמור תעורר את השאלות, כיצד נמנע את כילוי כל הנכסים ומה משמעותה של נאמנות המאפשרת את כילוי הנכסים או שימוש בהם.

זאת ועוד, קביעה כי כל הנכסים, של שני המורישים, כפופים לנאמנות, וכי מוענקת לנאמן זכות לפירות בלבד, מעוררת קושי רב. אם כל הנכסים המצויים בידי המוריש השני – הן אלה שירש מן המוריש הראשון הן אלה שלו – מצויים בידי כנאמן, אזי כאשר יבקש המוריש השני לממש את נכסיו שלו או חלקם, למכור, למשכן וכדומה, למשל עקב מצוקה כלכלית, הוא יהיה בבחינת מפר הנאמנות.⁸² לסיכום, תיאור מוסד הצוואות ההדדיות כנאמנות קונסטרוקטיבית אינו מעניק תמונה מלאה וראויה למערכת היחסים שבין הדמויות המעורבות בצוואות ההדדיות. יתר על כן, הוא אינו ממלא את תפקידו ותכליתו של הסדר הצוואות הדדיות, ויכול ויביא אף לידי רתיעה מהסדר זה.

3.3 נאמנות קונסטרוקטיבית צפה – יציר הדמיון של כורח המציאות

ניתן למצוא פתרון בפסק דין אוסטרלי משנת 1936,⁸³ אשר מתוך מודעות לקשיים שהועלו לעיל קבע שמדובר בנאמנות קונסטרוקטיבית צפה. הנאמן אינו כבול למגבלות דיני הנאמנות הקלסיים, אשר מחייבים אותו לשמר את הרכוש הנתון בנאמנות, ואף את הפירות הנובעים ממנו, למען הנהנה, ולמסרם בבוא היום לפי ערכם לנהנה. רוצה לומר, ישנו מרחב תמרון בדיני הנאמנות הקונסטרוקטיבית המביא

⁸² יתר על כן, יש לשאול מה דינו של רכוש שנצבר על ידי המוריש השני, לאחר מות הראשון, ואם גם הוא שייך לנאמנות.

⁸³ עניין Birmingham, לעיל ה"ש 75. עובדות המקרה בקצירת האומר: בני זוג נשואים ערכו צוואות הדדיות. לאחר מות האישה, שינה הבעל את צוואתו פעמים מספר, ובצוואה האחרונה הוריש לקרוביו, ולא לקרובי משפחתה של אשתו כפי שנקבע בהסדר הצוואות ההדדיות. קרובי הבעל טענו שאין להכיר בחיוב שבהסדר הצוואות ההדדיות ואין לאכפו.

לידי כך שהנאמן בנאמנות הצפה יכול בחייו להשתמש בנכסים כאוות נפשו, לבזבזם, לכלותם ולעשות בהם ככל העולה על רוחו.

מה אין המוריש השני יכול לעשות בנכסיו שלו ובאלו שירש? הוא אינו יכול לצוותם למאן דהו אחר. לכשימות המוריש השני, יורדת מעין רשת על המצוי במצבת נכסיו ומייעדת את מצבת הנכסים לנהנה. בעת המיתה הנאמנות הצפה הופכת לנאמנות רגילה. כל הנתפס ברשת, חלים עליו דיני הנאמנות הקלסיים ושייך לנהנה, כלומר לירש השני בהסדר הצוואות ההדדיות.⁸⁴ כך הנאמן יכול ליהנות בחייו מן הרכוש. פסיקה זו אומצה על ידי בתי המשפט באנגליה.⁸⁵ “[I]s an unusual form of trust, since it does not prevent the surviving testator from using the assets during his lifetime. It is a kind of floating trust” עם זאת, חובות מסוימים מוטלים על המוריש השני, כדי שהרשת לא תכסה “שטח ריק”.

כך ניתן להסביר את הגבלת המוריש השני באיסור המוטל עליו לתת מנכסי הנאמנות במתנה. הגבלה זו נדרשת עקב הקושי שהמנגנון יוצר, ובייחוד המנגנון הקשיח האוסר הוצאת נכסים במות המוריש השני, ואשר יכול להמריץ את מאריך הימים מבין שני עושי הצוואות ההדדיות להשתמש במוסד המתנה ובכך להפוך את מוסד הצוואות ההדדיות, ולו ברמה המעשית, לאות מתה.

המשמעות של הנאמנות הצפה היא הגבלת השימוש של המוריש השני ברכוש. הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה בדיני הצוואות ההדדיות אינה כלל מסוגי הנאמנות הרגילים, ואף אינה ככל הנאמנויות הקונסטרוקטיביות האחרות. מטרתה של נאמנות זו היא להעניק סעד בהיעדר סעד אחר, סעד גמיש ויצירתי ככל שניתן. לנאמן יש זכות הונית בנכסי הנאמנות בין שאלו נכסי המוריש הראשון ובין שאלו נכסיו שלו. הנאמנות הצפה מונעת פעולות שפירושן ריקון הירושה (ריקון סל הנכסים שבנאמנות) באמצעות צוואה חדשה או מתן מתנות בחיים. במות המוריש השני מתגבשת זכותו הקניינית של היורש וזכויותיו נוגעות למצבת הנכסים שנותרו.

הסדר הצוואות ההדדיות מניח שהדין מאפשר למוריש השני absolute interest ברכוש, והוא יכול להשתמש בהון ובפירות כאוות נפשו. הנחה זו מותירה שתי שאלות מרכזיות: הראשונה היא אם הוא יכול לכלות הכול, והתשובה על כך חיובית. השנייה היא אם הוא יכול לכלות הכול בכל דרך שהיא, ועל כך התשובה היא כמדומה שלילית. בהינתן תשובה שכזאת, ברי כי ה־absolute interest אינו באמת מוחלט, וצריך לאפשר את כיליון הרכוש על ידי המוריש השני בנאמנות מסוג הפוסל דרכים מסוימות. נאמנות זו היא “[T]rust of an unusual nature”.⁸⁶ המוסד המשפטי אשר הוקצה לטובת עניין זה הוא הנאמנות הצפה, דהיינו נאמנות צפה מעל המוריש השני

⁸⁴ הטרמינולוגיה לא בכדי מזכירה עד מאוד את מוסד השעבוד הצף.

⁸⁵ Cleaver v. Inslay [1981] 2 All E.R. 1018 (Ch.) (Eng.)

⁸⁶ Christine J. Davis, *Floating Rights*, 61 C.L.J. 423, 428 (2002)

ומעל הרכוש שבידיו ובבעלותו במעין רשת. מדובר ב-"new entity", ישות חדשה, הנוצרת עם מותו של המוריש הראשון ו-"[F]loating over all the property which only attaches to any particular item of property on crystallisation"⁸⁷ משמעות רשת זו היא שלמרות ה-"absolute interest", הגבלות מוטלות על השימוש ועל דרך כיליון הנכסים.⁸⁸ הביטוי העיקרי והממשי כיום בדין הוא הגבלה הנוגעת למתן מתנות, מכיוון שמתנות בחיים יכולות לאיין את ההסדר.⁸⁹

לכאורה המוריש השני רשאי לעשות כל שימוש לטובתו, גם כזה המכלה את הרכוש, וזאת גם אם מכירים בהגבלת המתנות, אולם ניתן גם לטעון כי רק כיליון בדרך הרגילה מותר, ואז כמובן תתעורר השאלה כיצד נקבע מהי "הדרך הרגילה". דומה שהדין האנגלי אינו משיב על כך.⁹⁰ אם נשיב בחיוב על השאלה בעניין איסור כיליון בדרך שאינה רגילה, יהיה למוריש השני less absolute ownership. אם כן, התרומה החשובה ביותר של מוסד הנאמנות הצפה היא בכך שבנסותה להסדיר את מערכת היחסים המשפטיים שבין שני המורשים, או ליתר דיוק להתוות את ההגבלות המוטלות על מאריך הימים שביניהם, היא מתווה דרך אשר יכולה לקבוע את מעמדו של הפרט כלפי הרכוש. אולם עדיין דרושה הכרעה בשאלה עד כמה אנו רוצים לשמר את ה"בעלות" של המוריש השני על הרכוש. יצירת הנאמנות הצפה היא אפוא אמנם פורצת דרך אבל טרם השלימה את המלאכה.

מוסד הנאמנות הצפה מרחיק עד מאוד את פתרון הצוואות ההדדיות מדיני הנאמנות. אם עד כה נטען כי בנאמנות קונסטרוקטיבית לא הנאמנות היא העיקר אלא הקונסטרוקטיביות, הרי כעת יש לומר כי בנאמנות צפה לא הקונסטרוקטיביות היא העיקר אלא היותה "צפה", וזו כל התורה כולה.⁹¹ יש שיאמרו כי אין כל זכר למוסד הנאמנות בהסדר זה וייתכן שיש מידה של צדק בדבריהם.

⁸⁷ שם, בעמ' 429.

⁸⁸ הדבר דומה למקרי ציפה אחרים כגון שעבוד צף; ראו דוגמאות נוספות, ידועות פחות, שם, במניעת פעולות מסוימות מצד הבעלים.

⁸⁹ Davis, לעיל ה"ש 86, בעמ' 428; עניין Cleaver, לעיל ה"ש 85, בעמ' 690-689, בעקבות אימוץ עניין Birmingham האוסטרלי, לעיל ה"ש 75.

⁹⁰ Davis, שם, בעמ' 428; ראו גם בה"ש 25 המתארת נכונה את המחלוקת הנורמטיבית בעניין הטלת הגבלות על המוריש השני בהסדר צוואות הדדיות.

⁹¹ יש המתארים את החלטת בית המשפט בעניין Birmingham, לעיל ה"ש 75, בתור: "[A]n illustration of [...] shaping the remedy to meet the circumstances". ראו: C.E.F Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills and its Implications*, 8 ADEL. L. REV. 178, 196 (1982).

4. עשיית עושר ונאמנות קונסטרוקטיבית – שניהם יחד וכל אחד לחוד?

זה זמן רב שהדין האמריקני משתמש במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית כפתרון תרופתי נאה למצבים של עשיית עושר.⁹² שימוש זה מכונה בספרות – הגישה התרופתית, להבדיל מהגישה המוסדית. מרבית הפסיקות בארצות-הברית הפונות אל הנאמנות הקונסטרוקטיבית מושפעות מהגדרתו של השופט קרדו: "A constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder of the legal title may not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee"⁹³.

לפי דוקטרינה זו, מוענקת התרופה במצבים שבהם התעשר הנאמן על חשבון הנהנה התעשרות בלתי צודקת. אין פירוש הדבר שבכל מצבי ההתעשרות הבלתי צודקים תוענק תרופה זו, שכן נאמנות קונסטרוקטיבית היא אחת מן התרופות שהדין האמריקני משתמש בהן במקרי התעשרות בלתי מוצדקת.⁹⁴ לפיכך אין ודאות בכל הנוגע למצבים שבהם ישתמש בית המשפט בדוקטרינה זו. לפי תיאוריה זו, יש לראות בנאמנות הקונסטרוקטיבית מוסד שאינו קשור ומיוחס לנאמנויות הרגילות כגון הנאמנות המפורשת או המשתמעת. ליסודות המוסד אין כל זיקה לדיני הנאמנויות הרגילות. עקרון ההתעשרות הבלתי צודקת הוא שמכונן את מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית.⁹⁵ על פי דוקטרינה זו, אין למעשה כל הבחנה בין טבעו ומאפייניו של המוסד לבין הנסיבות היוצרות אותו. הזיקה המשפטית בין הנסיבות העובדתיות

⁹² להרחבה ולדרך ההתפתחות האמורה: Cope, לעיל ה"ש 57, בעמ' 24-29; לדין הקנדי בסוגיה: Andrew Donovan W.M. Waters, *The Constructive Trust in Evolution: Substantive and Remedial*, in EQUITY AND CONTEMPORARY LEGAL DEVELOPMENTS 457 (S. Goldstein ed., 1992); Andrew Kull, *James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment*, 25 OXFORD J.LEG.ST 297 (2005) תואמת את הפסיקה האמריקנית בסוגיה לרבייה ללא כל סייג: AUSTIN WAKEMAN SCOOT & WILLIAM FRANKLIN FRATCHER, SCOTT ON TRUST 462 (4th ed. 2004).

⁹³ *Beatty v. Guggenheim Exploration Co.*, 225 N.Y 380, 386 (1919); בשים לב לכך שהגדרה זו עולה בקנה אחד אף עם הגדרת הנאמנות הקונסטרוקטיבית בכלל, ואף עם הגדרת שלי, ואינה מיוחדת דווקא למצבי עשיית עושר. קביעה זו של השופט קרדו מופיעה (כנראה) בכל מאמר העוסק בסוגיית הנאמנות הקונסטרוקטיבית; Benjamin C. Hassebrock, *Unnecessary but Proper: The Missouri Court of Appeals Expands the Constructive Trust Doctrine While Ignoring the Recording Act*, 71 MO. L. REV. 513 (2006).

⁹⁴ Grace Murphy Long, *The Sunset of Equity: Constructive Trusts and the Law – Equity Dichotomy*, 57 ALA. L. REV. 875 (2006); Anthony Duggan, *Constructive Trusts from a Law and Economics perspective*, 55 UNIV. OF TORONTO L.J. 217, 219 (2005).

⁹⁵ COPE, לעיל ה"ש 57, בעמ' 25.

לבין התוצאה המשפטית ברורה מאלה.⁹⁶ כדי ליהנות מדוקטרינה זו, על התובע להוכיח כי הוא הפסיד רווח, תועלת או יתרון כלשהם אשר הנתבע זכה להם ולא בצדק. כינונה של הנאמנות יעביר את התועלת (שעליה להיות עניין נכסי או רכושי) לידי התובע. המחזיק ייחשב לנאמן, והבעלים האמתיים יהיה התובע, ובדרך זו תושג תוצאה משפטית נכונה וראויה. בצדק מוזכרת תרופה זו במפורש ב־ Restatement of the Law of Restitution: “Where a person holding title to property is subject to an equitable duty to convey it to another on the ground that he would be unjustly enriched if he were permitted to retain it, a constructive trust arises”⁹⁷. יש לשים לב לא רק למקום אזכורה של הדוקטרינה אלא גם לאופן תיאורה, המרחיק אותה עד מאוד מהנאמנות המתוארת בדין האנגלי, כלומר להדגשת ההיבט התרופתי במצבים של עשיית עושר ולא במשפט. לא זו אף זו, נאמנות קונסטרוקטיבית אינה כלולה כלל בהגדרות של הנאמנויות השונות המפורטות ב־ Restatement of trust ולאור זאת מובנים דבריו של Cope בתארו את הדין האמריקני: “[T]he constructive trustee is not in reality a trustee”.

בגישה זו מודגש השימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית במקרים שבהם אין הסכם ואין אפשרות לפסוק את הסעדים החוזיים הרגילים. היעדר חוזה (משום שלא נכרת או משום שאינו ניתן להוכחה) מחייב יצירת תרופה שאינה חוזית, והיא הנאמנות הקונסטרוקטיבית.

הגישה התרופתית מזנבת בגישה המוסדית מבית היוצר של המשפט האנגלי. כך, למשל, אומצה הגישה, לצד הגישה המוסדית, בדין הקנדי:⁹⁸ “[T]he principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust”⁹⁹.

גם בדין האוסטרלי ניתן לזהות אינדיקציות ברורות לאימוץ גישה תרופתית, אם כי הצעידה בנתיב זה נעשית לאט ובזהירות, ככוונה שלא לזנוח לחלוטין את הגישה המוסדית הרגילה.¹⁰⁰ בקרב הכותבים האנגלים ניתן לזהות הכרה מסוימת במשמעות התרופתית של הנאמנות הקונסטרוקטיבית. כך, למשל, יש הסבורים כי למוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית ישנו ממד של תרופתיות, אולם הכרה זו אינה מביאה לבטלותה המוחלטת של הגישה המוסדית. כמו כן, וכפי שציין Cope, הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינה תרופה רק למקרי עשיית עושר. דומה כי ניטיב לתאר את

⁹⁶ וזו כזכור אינה קיימת בגישה המוסדית שבדין האנגלי.

⁹⁷ Restatement of the Law, Restitution § 160.

⁹⁸ A.H. OOSTERHOFF & EILEEN E. GILLESSE, TEXT, COMMENTARY AND CASES ON TRUSTS

“Although the American style constructive trust is now: 337 (4th ed. 1992) הכותבים כך:

“Although the American style constructive trust is now part of the law of Canada, its adoption has not necessarily ousted the traditional Anglo-Canadian approach to the constructive trust”

⁹⁹ Pettkus v. Becker [1980] 2 S.C.R. 834, 847.

¹⁰⁰ OAKLEY, לעיל ה"ש 56, בעמ' 21; FORD & LEE, לעיל ה"ש 66, בעמ' 998.

התהליך בספרות באמצעות דבריו של Cope המציין כי בשיטה האנגלו-אוסטרלית מרבית המלומדים מאמצים פשרה של חצי הדרך בכל כיוון, שכן גם בשיטה שבה הגישה המוסדית שלטת, מכירים בקיומם של היבטים תרופתיים במצבים מסוימים.¹⁰¹ המחלוקת נוגעת לשאלה באילו מצבים הנאמנות היא מהותית בלבד, כיתר סוגי הנאמנות הקיימים, המפורשת והמשתמעת, ובאילו מצבים היא תרופתית. האפיון החד והברור הנובע מן הדברים האמורים הוא שנאמנות קונסטרוקטיבית ועשיית עושר לפי הגישה תרופתית הם יחד ולא לחוד. עשיית עושר היא העילה, ונאמנות היא התרופה (הקניינית), וכשאין עילה, אין תרופה.

5. הקשיים בשימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית צפה במקרי הסדר צוואות הדדיות

כאמור לעיל הדין האנגלי דורש את קיומם של יסודות חוזיים כדי להשתמש בנאמנות קונסטרוקטיבית, צפה ושאינה צפה. Martyn מיטיב לתאר דרישה זו:

“Equity does not protect the beneficiary under mutual wills merely because they have been made in almost identical terms. There must be a *contract at law*”.¹⁰²

הנאמנות אינה יכולה לתאר היטב את היחסים בין המורישים מכיוון שהיא אינה קובעת את הרמה הנורמטיבית הנחוצה לכניסה להסדר ואף את אפשרות היציאה ממנו. לכן נחוץ שילוב של הדוקטרינה החוזית אשר תקבע את הרמה הנורמטיבית של הכניסה להסדר, כלומר תדרוש קיום יסודות חוזיים מסוימים. בכך טמונים גם הקשיים שתוארו בעניין הדוקטרינה החוזית.

יתרה מזו, הדין האנגלי אף נוקט בדרך כלל את הגישה המוסדית על חסרונותיה, ויש להדגיש שהחיסרון הדוקטרינרי בגישה זו הוא שהיא מבקשת לייחס למוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית את טבעו ומאפייניו של מוסד הנאמנות הכללי, ובכך מתעלמת לחלוטין מהנסיבות שיוצרות את המוסד, כשהמגמה היא להרחיק ולמחוק כל ממד של תרופתיות מן המוסד. גישה זו יוצרת את הרושם – הלא נכון לטעמי – שבכל צורה שהיא, מוסד הנאמנות לא ישמש תרופה ולא יהיו לו השלכות תרופתיות.¹⁰³

¹⁰¹ COPE, לעיל ה"ש 57, בעמ' 17.

¹⁰² JOHN ROSS MARTYN ET AL., THEOBALD ON WILLS (16th ed. 2001).

¹⁰³ להשוואה: OAKLEY, לעיל ה"ש 56, בעמ' 11; ייתכן שהסיבה קשורה לחבל הטבור, אשר לטעמנו אינו קיים כלל, בין הנאמנות הקונסטרוקטיבית בכלל, והנאמנות הקונסטרוקטיבית בהסדר הצוואות הדדיות בפרט, לבין דיני הנאמנויות. בכך הדין האנגלי הולך צעד אחד קדימה ושניים אחורה, ומחמיץ לא פעם את הגישות למושג הנאמנות הצפה אשר דומה שניתן לנקוט.

גם הגישה התרופתית אינה נקייה מתקלות. החיסרון הגדול בגישה התרופתית הוא שהיא מכוננת את הנאמנות הקונסטרוקטיבית רק בהתבסס על דיני ה-restitution, וכל מגמתה ושאיפתה הן להביא לפתרון ראוי ורצוי במקרה של עשיית עושר ולא במשפט, דהיינו השבת הרכוש המורש. נמצא כי בהיעדר צורך בהתערבות לפי דיני ה-restitution, אין כל אפשרות להשתמש במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית, הצפה ושאינה צפה. היתרון הגדול בגישה התרופתית, אולי אפילו המכריע מבחינת עולם הצוואות ההדדיות, הוא שלפיה ניתן להשתמש בנאמנות הקונסטרוקטיבית אף בהיעדר הסכם. לפיכך בנסיבות של עשיית עושר אין כל צורך להוכיח שהיה הסכם כדי לפנות למוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית. עם זאת, אי-אפשר להשתמש בו במצבים שאינם בבחינת עשיית עושר. לכן נקיטת הגישה התרופתית לצורך שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית צפה, משמרת חלק מהבעיות אשר היו בעת השימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית רגילה.¹⁰⁴

דבר זה נוסף כמובן על העובדה שהנאמנות הקונסטרוקטיבית, ככלל, שימשה בידי הדין כלי לתיקון תוצאות או לעידון, ולכן בהחלטה על צוואות הדדיות, עוררה אי-ודאות בנוגע להכרעות קנייניות.¹⁰⁵

אי-אפשר להתעלם מן הפער הרעיוני-נרטיבי בין מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית (אף בהגדרתו ה"צפה") למוסד הצוואות ההדדיות. במוסד הנאמנות לגווניו, לרבות מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית,¹⁰⁶ קיים משולש יחסים

¹⁰⁴ ניתן לנקוט פתרון דוקטרינרי אשר יבקש לטשטש את ההבחנה בין הגישה המוסדית לגישה התרופתית. אחיזת המקל בשני קצותיו או שילוב הגישות אינם צריכים להתיענו. **ראשית**, כפי שכבר ראינו, ההבחנה בין שתיהן אינה כה חדה. אף במקומות שבהם ננקטת גישה מוסדית, ישנה "פזילה" ברורה לעבר הגישה התרופתית, בין לצדה של הגישה המוסדית, ובין כשליטה בלעדית. יתר על כן, ישנם דינים שבהם נקבע כי אל לה לגישה התרופתית להיות ככולה לעקרון עשיית עושר ולא במשפט בלבד. **שנית**, ברטוריקה של הפסיקות השונות בארצות-הברית, אוסטרליה ואף באנגליה המחזיקה בגישה המוסדית הקלסית, ניתן לזהות היבט תרופתי מובהק, שכן קיימים בה יותר היבטים של עשיית עושר ופחות היבטים חוזיים. כלומר השיח בפסיקה האמורה ככל הנוגע לנדרש לצורך כינון הדוקטרינה אינו מבקש דווקא את קיומם של היסודות הפורמליסטים והנוקשים של דיני החוזים, אלא מבקש לבחון אם יש מקום **לתת תרופה** למאן דהו. השיח בעל היבט חוזי פורמליסטי פחות, ובעל היבט מהותי יותר, מבחינת שאלת הפתרון הראוי. להשוואה: Rosalind Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 29 MELBOURNE UNI. L. REV. 390, 409 (2005); הדברים הללו נובעים, כמובן, מכך שלמעשה אין כל הבחנה בין טבעו ומאפייניו של המוסד לבין הנסיבות היוצרות אותו. במילים אחרות, הזיקה המשפטית בין הנסיבות העובדתיות לבין התוצאה המשפטית ברורה מאליה.

¹⁰⁵ להשוואה: כרם, לעיל ה"ש 60, בעמ' 260.

¹⁰⁶ הדין האנגלי משתמש במוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית לצורך פתרון בעיות שונות, וכן במקרי צוואות הדדיות, בהיעדר המוסד של חוזה לטובת צד שלישי. כפי שכבר צוין, מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינו שייך למשפחת דיני הנאמנויות. ראו: TREITEL G.H, THE LAW OF

המורכב ממכונן הנאמנות, הנאמן והנהנה. בעת עריכת הסדר הצוואות ההדדיות, כל אחד מהמורישים הוא מכונן הנאמנות וכל אחד מהמורישים הוא הנאמן. רק לעת פטירת המוריש הראשון נודע בדיעבד מי משני המורישים הוא הנאמן, או ליתר דיוק נקבע שהמוריש שהאריך ימים הוא הנאמן. אשר לזהות הנהנה, אין ספק שבכל שלב משלבי מוסד הצוואות ההדדיות ידוע תמיד מי הנהנה ומה זכויותיו.¹⁰⁷ הטרימינולוגיה הרעיונית של היחס המשולש במוסד הנאמנות צרה מהטרימינולוגיה הרעיונית של מוסד הצוואות ההדדיות. בנאמנות קונסטרוקטיבית (וגם בחוזה לטובת צד שלישי) הקשר המשפטי שבין הנאמן לנהנה (ובין החייב לצד השלישי) ברור בכל הנוגע לרכוש המועבר, ואילו הקשר בין המוריש השני לבין היורש בשלב השני אינו ברור. יתר על כן, ניתן לומר כי הנכסים אשר סומנו בעת יצירת מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית (או החוזה לטובת צד שלישי) הם הנכסים אשר יועברו לנהנה, לצד השלישי. ברי שבצוואות הדדיות אין הדבר כך: אין הכרח שהנכסים שהצוואות ההדדיות ביקשו להסדיר, בהנחה שהכרענו מה הם כוללים, יועברו כמות שהם ליורש בשלב השני. הטרימינולוגיה הרעיונית בצוואות הדדיות מבטאת מהות יחסים מורכבת במשולש היחסים, שבאה לידי ביטוי בכך שאינטרס המורישים הוא כפול: העברת הרכוש למוריש השני להנאתו ולפרנסו, ולאחר מכן העברה ליורשים המוסכמים. המורישים אינם יודעים מי מהם יאריך ימים ממשנהו, וממילא בעת עריכת ההסדר הם שווים ברצונותיהם בכל הנוגע לשלב הראשון, ובוודאי שווים הם לעניין השלב השני. בנאמנות קונסטרוקטיבית (ובחוזה לטובת צד שלישי) דבר זה אינו מתקיים בהכרח. ניתן לסכם ולתאר את הקשיים בהחלת נאמנות קונסטרוקטיבית בכך שזו פרקטיקה המשמשת את הדין כדי להגיע לתוצאה הנכונה כאשר סיבות של אקוויטי עומדות ביסוד העניין, דבר שלא בהכרח מתאר נכונה את מערכת היחסים בהסדר של צוואות הדדיות. עניין זה נוסף על הקושי לפי הגישה התרופתית אשר מכוננת נאמנות זו רק במצבי עשיית עושר ותו לא. מעניין לציין כי אף הדין הישראלי ביקש להשתמש בנאמנות הקונסטרוקטיבית כדי להגיע לתוצאה נכונה ולקבוע כי מי שאינו נראה כבעלים הוא הבעלים. כך, למשל, כתב השופט חשין: "הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא טכניקה משפטית המאפשרת לשאוב הלכות מדיני הנאמנות אל עבר מצבים שההלכה רואה בהם מצבים דמויי-נאמנות, ואופיה הוא אופי

.CONTRACT 595-599 (1999)

¹⁰⁷ מעניין לציין כי הספרות העוסקת בשימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית במקרי הצוואות ההדדיות, רואה אותה כמיועדת לצד שלישי ולעתים אף מכנה אותה כך: J.G. RIDDALL, THE LAW OF TRUST 249 (6th ed. 2002); ודוק, אותו משולש יחסים מופיע אף בניתוח ובתיאור של חוזה לטובת צד שלישי: החייב, הנושה והמוטב. אף כאשר בוחרים לנתח את מוסד הצוואות ההדדיות כחוזה לטובת צד שלישי, יודעים רק בדיעבד מי החייב ומי הנושה, אך עובדה זו אינה צריכה להטריד את הדין. מה שצריך להטריד את הדין הוא זכויותיו של צד שלישי, וזכויות אלו ידועות אף לפני מות המוריש הראשון.

קנייני¹⁰⁸. כלומר מצב של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית מקבע מסגרת ברורה מאוד: פלוני כעת הבעלים של הנכס, ולולא המסגרת פלוני לא היה בעליו של הנכס. זהו מצב בינרי, והנאמנות הקונסטרוקטיבית מסייעת להכרעה בו.

בדין הישראלי שימשה הנאמנות הקונסטרוקטיבית גם להכרעה קניינית בסכסוכי חוזה מכר. כאשר ביקשו להגן על הקונה ולתת לו עדיפות על פני נושי המוכר, קבעו שהמוכר הוא בבחינת נאמן קונסטרוקטיבי של הקונה. שימוש נוסף בנאמנות קונסטרוקטיבית היה בהגנה על קונה ראשון מפני קונה שני, מצב קלסי של עסקאות נוגדות, ושוב תוך הכרזה שהמוכר הוא נאמן קונסטרוקטיבי של הקונה הראשון.¹⁰⁹

אמנם הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה,¹¹⁰ המאפשרת גמישות מחשבתית רבה לעומת הנאמנות הקונסטרוקטיבית הרגילה בהחלטה על צוואות הדדיות, יכולה לתת פתרונות לחלק מן הקשיים שהוצגו לעיל, אולם בכל זאת אינה יכולה לתת את הפתרון לכלל הקשיים שמעוררת החלת נאמנות קונסטרוקטיבית בשל מאפייניה. יתרונה הגדול של מוסד זה הוא בקביעת כללים מסוימים להתנהגות המוריש השני בכל הנוגע לרכוש המוסדר בצוואות ההדדיות בתקופה שבה הנכסים מצויים ב"נאמנות" בידי המוריש השני. המציאות הביאה ליצירת קשר דמיוני בין מוסד זה לבין דיני הנאמנויות. כפי שתואר לעיל, המתבקש ממוסד זה חורג בהרבה מקביעה בינרית אם מאן דהו הוא הבעלים אם לאו. ייתכן שקשר דמיוני זה הוא הבסיס לקשיים בשימוש במוסד זה על אף גמישותו הרבה יותר וההתאמה ההדוקה יותר שלו מהתאמת הנאמנות הקונסטרוקטיבית הרגילה. בין שזו הסיבה ובין לאו, קשיים דוקטריניים ונורמטיביים ברורים צצים אף בשימוש בדוקטרינת הנאמנות הצפה לצורכי הסדר הצוואות ההדדיות.

¹⁰⁸ ע"א 5964/03 עיזבון המנוח ארידור נ' עיריית פתח-תקווה, פ"ד ס(4) 437, פס' 27 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2006); כן ראו דברי השופט מצא בע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49, בעמ' 64 (2003): "אכן, הנאמנות הקונסטרוקטיבית – היא הנאמנות הכפויה מכוח הדין, שעל דבר קיומה מכריז בית-המשפט – היא בגדר "מושג ססתום" בדיני הקניין. היא מאפשרת עשיית צדק [הדגשה הוספה] במקרים רבים שבהם הדינים הרגילים נוקשים מדי".

¹⁰⁹ לגישת הפסיקה: ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' אהרונב, פ"ד נג(4) 199 (1999) וראו דעות השופטים ובייחוד דעת השופט אנגלרד; כרם, ה"ש 60 לעיל, בעמ' 262–265; שלמה ארדמן נאמנות מכוח הדין 31 (2000): "לעיתים באה הנאמנות הקונסטרוקטיבית כדי לתת תוקף לכוונת הצדדים – כגון באכיפת חוזה מכר מקרקעין"; ארדמן, שם, בעמ' 44–49.

¹¹⁰ האנציקלופדיה האנגלית HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND 692 (4th ed. 2000), בסקרה את סוגיית הצוואות ההדדיות, מבארת כי הקונסטרוקציה המשפטית היא של נאמנות קונסטרוקטיבית, ויכולה להיות גם נאמנות קונסטרוקטיבית צפה. תיאור זה תואם למדי את המצב המשפטי בדין האנגלי, מכיוון שכאשר קוראים את הפסיקה האנגלית בנושא, מגלים כי הקונסטרוקציה לתיאור מסגרת הצוואות ההדדיות היא לא בהכרח נאמנות קונסטרוקטיבית צפה, ולדעתי כאמור זה אינו רצוי.

ג. ההסדרה של מוסד הצוואות ההדדיות בדין הישראלי

1. בסיסו של ההסדר בדין הישראלי – דיני עשיית עושר ולא במשפט

סעיף 8א לחוק הירושה קובע כי "בני זוג רשאים לערוך צוואות מתוך הסתמכות של בן הזוג האחד על צוואת בן הזוג האחר; צוואות כאמור יכולות להיעשות בין אם הזוכה על פי כל אחת מהצוואות הוא בן הזוג ובין אם הוא גורם שלישי, בין בשני מסמכים שנערכו באותה עת ובין במסמך אחד".

קריאה פשוטה של הסעיף מלמדת כי המסגרת המשפטית המתארת את מערכת היחסים בין המורישים, אינו חוזי. אין כל דרישה ליסודות חוזיים כדי לבסס טיעון שההסדר מחייב. מה שנדרש הוא להוכיח את קיומה של זיקה ושל הסתמכות הדדית בין שתי הצוואות, במסמך אחד או בשני מסמכים אשר נערכו באותה עת. האמור מלמד על החיבור והשילוב של שתי צוואות לכאורה נפרדות למסגרת אחת משותפת והדדית, אשר אם תופר, תטיל על המפר סנקציה.

אימתי נכריע כי לפנינו צוואות הדדיות במסגרת אחת משותפת והדדית? יש מקום לנקוט את הדרך הפרשנית של פרופ' ברק שלפיה נראה צוואות כהדדיות כאשר ההוראות וההסדרים שקבע כל אחד מן המצווים נסמכים ומבוססים על ההוראות וההסדרים שקבע המצווה האחר בצוואתו, ולא היו נערכים בצורה שבה נערכו לולא ההסדרים הקבועים בצוואה האחרת.¹¹¹

ההסדר בדין הישראלי קובע כי שינוי הצוואה על ידי מי שהאריך ימים (כלומר סטייה מההסדר) יחייב את החזרת הזכויות או השבת הרכוש שירש לעיזבון. בחינת ההסדר מביאה לידי שתי מסקנות: האחת היא כי מערכת היחסים שבין שני המורישים אינה חוזית, שכן לו בחוזה עסקנו, הסעד הרלוונטי היה אכיפת ההסדר או מתן פיצויים בגין הפרת ההסדר. והמסקנה השנייה והחיונית לענייננו היא כי דיני עשיית עושר ולא במשפט הם המעטפת המשפטית המתארת את מסגרת היחסים שבין שני המורישים.

שינוי הצוואה על ידי המוריש השני, מבלי שהמוריש הראשון, שכבר נפטר, שינה את צוואתו, וכאשר אין עוד כמובן באפשרותו לשנות את הצוואה, היא בבחינת עשיית עושר. על כן, וכדי למנוע עשיית עושר על ידי המוריש השני, יופעל מנגנון ההשבה האינהרנטי לדיני עשיית העושר, ועל פיו יחזיר המוריש השני את מה שירש לפי הסדר שממנו התנער.

¹¹¹ ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 69; ניסוח דומה חזר גם בעניין **מלמד**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 709; גם בדברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ה-2005, ה"ח 74: "צוואה הדדית היא צוואה משותפת של שני מצווים כאשר ההסדרים שקבע אחד המצווים מבוססים על ההסדרים שקבע המצווה השני ולא היו נערכים לולא נקבעו הסדרים כאמור".

אבן יסוד בדיני עשיית עושר היא עקרון מניעת ההתעשרות על חשבון הזולת. השבה היא הפתרון לאותה התעשרות בלתי מוצדקת. עיקרון זה בא לידי ביטוי גם בחקיקה הישראלית.¹¹² כלומר גם הכניסה להסדר וגם היציאה ממנו אינם בהכרח בעלי יסוד חוזי. יכולת האכיפה של ההסדר באה לידי ביטוי בכבילת המוריש השני להסדר ובאפשרות היציאה רק בכפוף להשבת מה שירש. ודוק, בשונה מהדין החוזי המאפשר אכיפה, דיני עשיית עושר קובעים מנגנון של השבה בלבד.

לעומת הדוקטרינה החוזית, המצריכה יסודות מהותיים יותר ובעלת הדרישות הקשיחות להתגבשות חוזה, פשטות ההסדר לפי דיני עשיית עושר נראית ראויה יותר, ודאי בכל הנוגע להסדרים משפחתיים, קל וחומר הסדרים זוגיים. עמידה על יסודות חוזיים עלולה להביא לידי כך שהסדרים רבים ייחשבו לבלתי מחייבים, ולא יוכלו את המוריש השני, בשל אי-מילוי הדרישות הצורניות של הדוקטרינה החוזית. אין ספק, במערכות יחסים זוגיות קשה לעמוד בדרישת יסודות חוזיים, ולהביא לידי כך שההסדר יהיה מחייב לפי דיני החוזים. יתר על כן, דרישה כאמור תעמיס עלויות, כולל רגשיות, על בני הזוג ותהפוך את העניין האינטימי והרגשי למסחרי וקר.¹¹³

עם זאת, תיאור תכלית מוסד הצוואות ההדדיות באמצעות דיני עשיית עושר, מעורר גם הוא קשיים. דומה כי הקושי המרכזי הוא הקושי הרעיוני, שכן הרעיון המונח בבסיס מוסד הצוואות ההדדיות הוא הרצון לאפשר תכנון רכושי משותף, דו-שלבי, של שני מורשים (בדרך כלל בני זוג, ובדין הישראלי רק בני זוג). דומה כי הרצון המשווער של הפרטים העורכים צוואות הדדיות, ובייחוד בני זוג, הוא שבסל הנכסים המועבר למוריש שיאריך ימים מבין השניים, יהיו מצויים נכסי שני בני הזוג. ההסדר המתואר באמצעות דיני עשיית עושר למעשה מגדיר מראש את סל הנכסים ככולל את מחצית נכסי בני הזוג, או ליתר דיוק את נכסי בן הזוג שנפטר ראשון בלבד. זאת לעומת הגישה החוזית, הנראית כמשקפת את ציפיות שני הצדדים העורכים את הצוואות ההדדיות. ציפיות המוריש הראשון היא כי כל הרכוש שלו ושל בן זוגו יעבור לאחר מות המוריש השני (לאחר שימוש סביר מצדו ברכוש) לידי היורש המוסכם. ההשבה הצפויה בהסדר המתואר באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט היא לכל היותר נחמה פורתא למוריש הראשון בכך שלפחות רכושו שלו יגיע ליורשים המוסכמים לפי ההסדר.¹¹⁴

ההסדר המתואר באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט דומה בכך (אם כי לא

¹¹² דניאל פרידמן "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ח 22, 26-28 (1982).

¹¹³ Sam Margulies, *The Psychology of Prenuptial Agreements*, 31 J. PSYCHIATRY & LAW (2003) 415, 423 הודן בעלויות הרגשיות של הסכמי טרום נישואים ובכך שהסכמים אלו משקפים בעיות רגשיות במערכת היחסים שבסופו של דבר ישפיעו על הנישואים עצמם.

¹¹⁴ השבה זו תידרש בין שהתגלה דבר צוואת המוריש השני בחייו ובין שבמותו יורשי צוואתו השנייה מבקשים לקיים צוואה זו. אין לקיימה אלא בהשבת מה שירש המוריש השני לעיזבון.

זהה לחלוטין). לדוקטרינת יורש אחר יורש, שבה היורש הראשון מנוע מלצוות את הרכוש שקיבל מהמוריש, ליורשים אחרים שאינם מפורטים בצוואת יורש אחר יורש.¹¹⁵ הבחירה בדיני עשיית עושר ולא במשפט לתיאור המוסד, הגוזרים באופן אוטומטי את סעד ההשבה, מאתגרת רעיונית את מוסד הצוואות ההדדיות.

המרכיב העיקרי בדוקטרינת עשיית עושר ולא במשפט הוא קיומו של "עושר". ללא זיהוי העושר אשר נתון בידי המוריש השני, אין בסיס לדיני עשיית עושר. בדרך כלל, במצבים הקלסיים, כאשר מתקיימים שני שלבים, ניתן לזהות את ה"עושר" בקלות בירושת המוריש הראשון. אולם ישנן צוואות הדדיות שבהן רכוש המוריש עובר הישר לדור הבא בלי שעבר תחילה אצל מי מהמורישים.¹¹⁶ במצב זה לכאורה אין "עושר" למוריש השני שאינו מקבל כל רכוש, נכס או טובת הנאה. Feeney מציין בספרו כי במקרים מוקדמים בדין האנגלי, דוקטרינת הצוואות ההדדיות דרשה כיסוד לקיומה גם התעשרות ממשית בלתי מוצדקת, ואולם בפסיקות מאוחרות יותר נגוזה דרישה זו.¹¹⁷ אך גם Feeney מציין שחלק מן הפסיקות מבקשות להראות כי המוריש השני מקבל הטבה, ולו מזערית. לעתים אין דרישה ממשית לכך, אלא מדובר ברטוריקה בלבד.¹¹⁸ לעומתו, ויליאמס מציין בספרו כי אין צורך להראות הטבה פיננסית ברורה, והוא מסתמך בכך על עניין Dale,¹¹⁹ אם כי דומה שלא לחינם כינה ויליאמס את ההטבה מסוג של personal financial benefit.¹²⁰

נראה שיש מקום לגישה כי אף כאשר אין התעשרות חומרית, ניתן להשתמש בדיני עשיית עושר במקרי צוואות הדדיות. משמעותה של קביעה זו היא כי בין שמדובר בשני שלבים או בשלב אחד, ניתן לפנות לדיני עשיית עושר. עצם קיומן של

¹¹⁵ שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך א 375 (1992); מיכאל קורינאלדי דיני ירושה – צוואות, ירושות ועצבונות 205 (מהדורה שנייה, 2012) (להלן: קורינאלדי דיני ירושה מהדורה שנייה); הדמיון קיים הן מראש, שכן היורש השני בצוואת יורש אחר יורש והמוריש השני בצוואות הדדיות אינם רשאים לצוות מה שירשו למישהו אחר, והן בדיעבד כאשר כתיבת צוואה חדשה תגרור השבת מה שירשו. אולם בצוואת יורש אחר יורש ישיב מה שקיים, ואם כילה, כילה. בצוואות הדדיות ישיב מה שירש.

¹¹⁶ או למשל מקרה של נישואים שניים של שני בני זוג, שבו לכל אחד מבני הזוג ילדים מנישואים ראשונים, וכעת עורכים צוואות הדדיות שבהן רכוש כל אחד מבני הזוג עובר הישר לכל הילדים.

¹¹⁷ FEENEY, לעיל ה"ש 72, בעמ' 26, שם הכותב מציין את עניין Freeman, לעיל ה"ש 40, שבו השופט הביע במפורש דעה הקובעת שהנאמנות קמה אף אם המוריש השני לא קיבל שום חלק בירושת הנפטרת אשתו; עניין Dale, לעיל ה"ש 23; ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, לעיל ה"ש 41, בעמ' 43.

¹¹⁸ עניין Cleaver, לעיל ה"ש 85, שבו ציין בית המשפט את ההטבה שקיבל המוריש השני; FEENEY, לעיל ה"ש 72, בה"ש 116.

¹¹⁹ WILLIAMS, לעיל ה"ש 21, על עניין Dale, לעיל ה"ש 23, שבו קבע בית המשפט האנגלי כי הדוקטרינה אינה דורשת קבלת טובת הנאה דווקא על ידי המוריש השני כדי לחול.

¹²⁰ מעניין לציין כי אף מפסק הדין המכונן בדין האוסטרלי בסוגייתנו, עניין Birmingham, לעיל ה"ש 75, עולה ככל הנראה דרישה להתעשרות חומרית.

התחייבות הדדיות מביא לידי כך שכל צד "מרוויח". הרווח בא לידי ביטוי בעצם הידיעה של שני בני הזוג מה ייעשה ברכושם לאחר מותם. הידיעה והתמורה במתן ההתחייבות הנגדית של כל צד לחברו היא ה"עושר". אם כן, אין צורך בעושר חומרי וניתן להסתפק בעושר מושגי כדי לעמוד בתנאים הדרושים להתגבשות דוקטרינת עשיית עושר:¹²¹ הכרה בתקפות ההסדר שהתגבש ביניהם רעיונית משום שה"עושר" בידי המוריש השני אינו "מה שירש", אלא עצם הידיעה כי ההסדר יקיים. בעת מילוי ההתחייבות הראשונה, המוריש אינו יכול להתכחש להתחייבותו, שהרי בלא ההתחייבות ההדדית, הראשון למות לא היה מקיים את התחייבותו, שממנה נהנה המוריש השני באופן מושגי וחומרי. הפרת ההתחייבות הופכת את העושר שבידי המוריש השני לעושר אשר קיבל שלא כדין.¹²² לפיכך עליו להשיב מה שקיבל.

דומני שהרעיון שבבסיס מוסד הצוואות ההדדיות – תכנון רכושי של שני המורישים בכל הנוגע לרכושם – מחייב הכרה בכך שהמוסד כולל גם מצב של עושר מושגי. הדבר עולה בקנה אחד עם פרשנותו של פרופ' ברק להסדר הצוואות ההדדיות כפי שצוטט לעיל מספרו ואוזכר בעניין מלמד ובדברי הסבר להצעת החוק. העושר המושגי הוא לב הרעיון של הסדר הצוואות ההדדיות ושל הזיקה שבין שני המורישים, ואולם הכרה זו אינה פותרת את הבעיה המעשית.

המנגנון המופעל בעת עשיית עושר ולא במשפט הוא מנגנון השבה. כאשר מדובר במצב של עושר מושגי, המוריש השני בהסדר הצוואות ההדדיות לא קיבל דבר, ואם כך, מה ישיב? זאת ועוד, הסדר הדורש השבה של החלק המורש בעת כתיבת צוואה חדשה יכול לעורר קשיים מעשיים במצבי תכנון דו-שלבי: למשל, בעת שהמוריש השני מאריך ימים לאחר מות המוריש הראשון וכילה את כל רכושו של הראשון ואף חלק ניכר מרכושו שלו מסיבות שונות, וכעת הוא מעוניין לצוות למשפחתו החדשה את רכושו. המוריש השני מחויב להשיב לעיזבון את מה שכילה, אולם הכיצד ישיב את רכושו של המוריש הראשון?

מצב המוריש השני, המתואר לעיל, דומה למצב המוריש השני לפי הדוקטרינה החוזית אשר אינה מאפשרת יציאה מההסדר. המצב דומה אולם אינו זהה. ראשית,

¹²¹ הגדרה זו שלי עולה בקנה אחד עם הסברי בעניין הטובין המועברים בחוזה. ראו לעיל עמ' 9; כן ראו: בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 36.

¹²² פסיקה דומה, אם כי לא זהה, פסק בית המשפט בעניין Dale, לעיל ה"ש 23, והדבר נזכר כבר בדרך אגב בעניין Freeman, לעיל ה"ש 40, ואולם שם הודגש קיומו של חוזה, וליתר דיוק קיומו של אינטרס הסתמכות אשר נפגע, ולכן לא העלתה ולא הורידה השאלה אם המוריש השני קיבל טובת הנאה. אני מתכוון לכך שניתן לזהות "עושר" בלא קשר לפגיעה באינטרס הסתמכות. להשוואה: T.G. Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, 29 UNIVERSITY OF TORONTO L.J. (1979), 390, 415; Mitchell, לעיל ה"ש 23, בעמ' 136-138; כן ראו: עניין אדרס, לעיל ה"ש 48, שם קבע בית המשפט כי ייתכן שצד יתעשר על חשבון חברו, אף בלא שנגרם לאחרון כל חסרון כיס (דעות השופטים בן פורת ולוין).

ברי שבדין הישראלי הפגיעה בחופש הציווי קטנה יותר, שהרי לפני המוריש השני עומדת האפשרות לכתוב צוואה חדשה בטרם הגיע לאותה נקודת זמן שבה אינו יכול מעשית להחזיר את מה שירש לפי הסדר הצוואות ההדדיות. שנית, האפשרות ולו התיאורטית לכתוב צוואה נתונה למוריש השני בכל מקרה. אם כן, ייתכנו מצבים שבהם המוריש השני לא יוכל להשיב את מה שירש מפאת כילוי הנכסים בחלוף השנים. ההסדר בחוק הישראלי אינו מתייחס למצב שבו אין המוריש השני יכול להשיב את מה שירש בעת שהוא מבקש לכתוב צוואה חדשה.

קשיים מעשיים אלו מבטאים שניות משפטית בתיאור מעמדו המשפטי של המוריש השני כלפי נכסים הכלולים בהסדר. האם המוריש השני הוא הבעלים של נכסי בני הזוג או שמא רק נאמן? אם הכול מתנהל על מי מנוחות ואין ברצונו של המוריש השני לכתוב צוואה חדשה, הרי הוא בעלים לכל דבר. ברצותו, יכלה את הנכסים וברצותו, לא יכלה אותם. במצב זה אף אם היורשים המוסכמים לא יקבלו דבר, אין כל טענה כלפי המוריש השני. אולם אם הוא מעוניין לכתוב צוואה חדשה, עליו להשיב את מה שקיבל, ואם השבה בעין אינה אפשרית, עליו להחזיר השווי. ברי שבכך מוסד הצוואות ההדדיות משנה את מעמדו של המוריש השני: לא בעלים הוא אלא נאמן.

כדי לפתור את הבעיה המעשית, וכנגזר מזה את שניות הביטוי, ביקשה הצעת תיקון 12 להעניק לבית המשפט שיקול דעת, לכשיסבור "[...] כי השבה כאמור היא בלתי אפשרית או בלתי סבירה" ואז "יקבע בית המשפט אם ניתן להחזיר את שווי החלק בעזובו, ואם לא ניתן להחזיר את השווי האמור רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שירשמו ובתנאים שיקבע לפטור את בן הזוג הנותר מהשבה כאמור".¹²³ גם הצעת חוק דיני ממונות (הקודקס האזרחי) ביקשה לקבוע הסדר דומה.¹²⁴

2. היחס שבין ההסדר המתווה בדין הישראלי לבין עקרון חופש הציווי

אין ספק כי הקושי העיקרי (וגם ההתנגדות העיקרית) בהסדרי צוואות הדדיות הוא הגבלת המוריש השני והפגיעה בחופש הציווי. כל הגישות המשפטיות המבקשות לתאר את מערכת היחסים, מנסות להתמודד עם הגבלת המוריש שהאריך ימים ולמנוע פגיעה של ממש בחופש הציווי שלו. ניתן ליצור איזון בין שתי שאיפות אלו, אולם אי-אפשר לגבש הסדר של תכנון רכושי אשר לא יפגע ולו במידת מה בחופש הציווי. השניים, במהותם, מוציאים אהדי האחד את חברו.

¹²³ הצעת חוק הירושה, לעיל ה"ש 111.

¹²⁴ "ביהמ"ש רשאי לפטור באופן מלא או חלקי את בן הזוג שנותר בחיים מהחיוב [...] להשיב את חלקו [...] אם מצא כי קיימות נסיבות המצדיקות זאת". בדברי ההסבר צוין כי הכוונה לשינוי נסיבות קיצוני לעומת המצב במועד עריכת הצוואות. ראו: הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595.

ההסדר בדין הישראלי, שבו תיאור היחסים שבין המורישים נעשה על ידי אימוץ ההסדר המוצע בדיני עשיית עושר, ממזער את הפגיעה בחופש הציווי, שכן אין מוטלת כל הגבלה על המוריש השני. ברצותו – לא יכתוב צוואה, וברצותו – יכתוב צוואה חדשה ועקב כך יחזיר לעיזבון את שירש מהמוריש הראשון. הדוקטרינות האחרות המתארות את היחסים המשפטיים שבין המורישים, מושתתות על ההנחה שאין המוריש השני רשאי לכתוב צוואה חדשה כלל. הנה כי כן, דיני עשיית עושר יאפשרו למוריש השני לכלכל צעדיו לפי ההתפתחויות והנסיבות החדשות. שינויים, כאמור, ייתכנו מזמן עריכת הסדר הצוואות ההדדיות ועד למילוי.

מזעור הפגיעה בחופש הציווי על ידי תיאור היחסים המשפטיים באמצעות דוקטרינת עשיית עושר, מאזן את קלות הכניסה להסדר לפי הדין הישראלי. הסדר זה נטול כל דרישות חוזיות. אם כן, קלות הכניסה להסדר מאוזנת על ידי אפשרות המילוט בדרך של כתיבת צוואה חדשה תוך השבת מה שירש המוריש השני מהמוריש הראשון. אפשרות מילוט זו מבטאת את רצון הדין הישראלי לאפשר את הסדר הצוואות ההדדיות מחד גיסא ולצמצם ככל האפשר את הפגיעה בחופש הציווי מאידך גיסא.

נוסף על כך, ההסדר מתייחס רק לכתיבת צוואה חדשה ואינו מתייחס כלל לכילוי הרכוש של המוריש שלא בדרך של צוואה, כגון מתן מתנות אשר יכולות להכשיל את ההסדר כמו גם כילוי בלתי סביר. רק סטייה מההסדר על ידי עשיית צוואה חדשה מביאה להפעלת הסנקציה שבדין. אף בכך הדין הישראלי מאותת כי אינו מעוניין לפגוע יתר על המידה בחופש הקניין ולאסור על המוריש השני לתת מתנות. הגבלה זו מוטלת בשיטות שונות אשר בהן ההסדר נשלט על ידי דוקטרינות אחרות. מהפסיקה ניתן להבין כי כל פעולה בחיי המוריש השני תהא מותרת, ולמעשה המוריש השני רשאי לעשות בנכסים ככל העולה על רוחו. כך עולה בבירור מעניין **זמיר** שבו צוין במפורש "[...] כי בעוד המנוח בחיים [...] במילים אחרות גם בהנחה לה טוענים המבקשים הנחה שאינה מקובלת עלינו שמדובר בירש אחר יורש אין ללמוד מכך מיניה וביה על איסור דיספוזיציה של הנכס בידי בעלה, בחייו". ובמילים ברורות יותר: "[...] חופשי היה המנוח להעביר בחייו את הנכסים שירש כאוות נפשו ולרוקן את עזבונו".¹²⁵

הפגיעה היחידה בחופש הציווי באה לידי ביטוי בדרישה להשבה מוחלטת במקרה של כתיבת צוואה חדשה, וללא תלות במצבו הכלכלי של המוריש השני. ההסדר בדין הישראלי, הדורש השבה ללא תלות במצב המוריש, אינו מתחשב במציאות המשתנה

¹²⁵ עניין **זמיר**, לעיל ה"ש 6; כן ראו: אזכור ע"א 598/75 **רזניק נ' רזניק**, פ"ד (1) 749 (1976) בעניין **זמיר**, שגם בו הייתה רטוריקה ברורה: "יורש ראשון הוא בעלים לכל דבר; יכול הוא להשתמש בירושה, לאכול פירותיה ואף לכלותה או להשמידה"; אם כי ייתכן שפעולת ריקון המאיינת את ההסדר, ושכל מטרתה ותכליתה היא סיכול ההסדר, תיחשב לפסולה על פי הדין. כך לפחות עולה מכמה פסיקות בערכאות נמוכות.

ובכך מזכיר את הדוקטרינה החוזית. אולם כאשר מדובר בדוקטרינה חוזית, היעדר ההתחשבות הוא מוחלט, ואינו מאפשר כל סטייה מההסדר. מנגד, כשמדובר בדוקטרינת עשיית עושר, היעדר ההתחשבות כולל אפשרות לסטות מההסדר בדרך של כתיבת צוואה חדשה והשבת הירושה, אולם אין כל אפשרות לצמצם או לבטל את סעד ההשבה.

במקרה של שינוי נסיבות לאחר עריכת ההסדר, עשוי להתעורר הרצון להימנע מסעד ההשבה. נניח כי בעת עריכת ההסדר נקבע כי היורשים הם ילדי בני הזוג, וכי יחלקו בירושה שווה בשווה. אולם ברבות השנים אחד מן הילדים מתנכר למוריש השני והאחרון מבקש להדירו מהירושה. רצון זה של המוריש השני אינו יכול לחול על כל הרכוש אלא רק על חלקו היחסי של המוריש השני. שינוי הצוואה ההדדית והפרת ההסדר יביאו להשבה לעיזבון של החלק שירש המוריש השני מבן זוגו שנפטר לפניו (ובדרך זו גם להעברת חלק זה לילד שהתנכר למוריש השני). לעומת זאת נניח כי בעת עריכת הצוואות ההדדיות אחד מן הילדים מתנכר לשני בני הזוג ולכן הם מחליטים במשותף להדירו מן הרכוש. ברבות הימים הבן "חוזר למוטב" ומשלים עם המוריש השני באופן שמוריש זה מעוניין להשיבו למצבת היורשים. גם פעולה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההסדר ואמורה להביא להשבה לעיזבון של החלק שירש המוריש השני מבן הזוג שנפטר לפניו.¹²⁶

הצעת תיקון 12 הייתה רגישה לבעייתיות זו, הנובעת ממצואות החיים. הצעת החוק ביקשה לרכך את הפגיעה בחופש הציווי ולהעניק לבית המשפט שיקול דעת בעניין ההשבה. כפי שנכתב בהצעת החוק, "מטעמים מיוחדים שיירשמו ובתנאים שיקבע".¹²⁷ כלומר כתיבת צוואה חדשה עשויה שלא לחייב את המוריש השני בהשבת מה שירש. ניכר כי על פי הצעת החוק הושאר לבית המשפט שיקול דעת מוגבל ומצומצם לבטל את ההסדר. אולם בחינת הדיונים שנערכו בכנסת מלמדת על התנגדות של חברי הכנסת לניסוח זה.¹²⁸ חברי הכנסת ביקשו לקבוע הסדר "קשיח" יותר לעניין האפשרות לכתוב צוואה חדשה. חברי הכנסת ביקשו לחייב המוריש השני, המבקש לכתוב צוואה חדשה, בהשבת הירושה שקיבל מן המוריש הראשון, גם במקרה של שינוי ניכר בנסיבות (כמו הולדת ילד חדש, פשיטת רגל וכיו"ב).

בהצעת חוק דיני ממונות שוב ניכר הניסיון לרכך את ההסדר ולבכר את חופש הציווי. לפי נוסח הקודקס, "בית המשפט יהיה רשאי לפטור באופן מלא או חלקי את בן הזוג שנותר בחיים מהחוב [...] להשיב את חלקו [...] אם מצא כי קיימות נסיבות

¹²⁶ אמנם לפי הדוקטרינה החוזית המצב קשה אף יותר, אולם יתרון זה ניתן לראותו גם כחיסרון מכיוון שלפי דוקטרינת עשיית עושר קל לשורד לחזור בו מההתחייבות ושלא "להיענש", וכך אפקט ההרתעה, אפקט שאמור לצנן ולמנוע פעולה לא רצויה של חזרה מהתחייבות, חסר.

¹²⁷ הצעת חוק הירושה, לעיל ה"ש 111.

¹²⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 516 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 לעניין הצעת חוק הירושה (תיקון מס' 12), התשס"ה-2005, 43-46 (28.6.2005).

המצדיקות זאת". בדברי ההסבר לקודקס מצוין כי הכוונה היא לשינוי נסיבות קיצוני.¹²⁹ חשוב לציין כי אפשרות זו עולה בקנה אחד עם דיני עשיית עושר ועם הדין הישראלי, שכן הקודקס מעניק הגנה כללית מפני תביעת השבה ולבתי המשפט – שיקול דעת לפטור מהשבה.¹³⁰

אולם בכך לא די. נוסח הצעת תיקון 12 ונוסח הצעת חוק דיני ממונות העדיפו הסדר הפוגע באופן מיזערי בחופש הציווי ובמוריש השני, מאריך הימים. ההסדר בהצעות אלה אמנם מאפשר כתיבה של צוואה חדשה ש"סנקציה" בצדה, אך ייתכן שהסנקציה לא תתממש אם יחליט בית המשפט ליתן פטור בנסיבות מיוחדות. כזכור, הכנסת אימצה נוסח אשר אינו פוטר מהשבה אם סוטים מההסדר, ויהיו הנסיבות אשר הביאו לסטייה מההסדר ולכתיבת הצוואה החדשה אשר יהיו.

לעמדת, טוב עשה המחוקק כשהחליט שלא לאמץ את נוסח הצעת תיקון 12. הנוסח שאומץ לבסוף בסעיף 8א לחוק הירושה, ראוי ונכון יותר מהנוסח המופיע בהצעת תיקון 12 ואף בקודקס. הסיבה לכך היא שהנוסח שאומץ פוגע אך מעט בעקרון חופש הציווי ואינו פוגע פגיעה מהותית בהסדר עצמו. ההסדר בהצעת החוק ובקודקס מבקש לאחוז את המקל בשני קצותיו. מצד אחד, הוא מבקש לקבוע הסדר הפוגע מראש בחופש הציווי, ומנגד מבקש למזער את הפגיעה בחופש הציווי בדיעבד. נוסח זה מביא לפגיעה ביציבות ובוודאות של ההסדר. ברי שמתן שיקול דעת לבית המשפט לפטור מהשבה יגדיל לאין שיעור את אי-היציבות ואי-הוודאות של ההסדר, ורבים יירתעו מלבחור בו. כך יתרונו של ההסדר הטמון בגמישותו יהיה גם חולשתו העיקרית.

גם בלי שנאמץ את נוסח הצעת החוק, הדין הישראלי מאותת כי אמנם הכיר נורמטיבית בהסדר של צוואות הדדיות אך הוא מעניק עדיפות לחופש הציווי ונמנע מלפגוע בו. ראשית, ההסדר מוגבל רק לבני זוג. שנית, ניתן להתחמק מההסדר ובלבד שהחוזר בו יחזיר את מה שירש לעיזבון. שלישית, מתן מתנות מותר גם אם יביא לסיכול ההסדר (אם כי ייתכן שייקבע כי מתנות שכל תכליתן ריקון ההסדר ייחסרו). יש להדגיש כי לאור זאת יש מקום אף למתן עדיפות דומה בחיי שני בני הזוג מעת שערכו את ההסדר. קרי, מעת עריכת ההסדר ועד מות המוריש הראשון יהיו רשאים המורשים לחזור בהם מההסדר ולבקש לבטל את הצוואה ההדדית ובלבד שיודיע המוריש האחד לאחר על כך שחזר בו. תניה שתבקש לחסום לחלוטין חזרה מההסדר אף בימי חיי שני המורשים, צריכה להיות בטלה משום פגיעתה בחופש הציווי. כך אכן מצוין בהסדר: "הוראה בצוואה הדדית השוללת את הזכות לבטל את הצוואה –

¹²⁹ הדוגמה המובאת בדברי ההסבר להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 124, היא הדרת יורש עקב התעמרות במצוים ושיפור יחסים ניכר לאחר מות המוריש הראשון.

¹³⁰ להשוואה: ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979; כן ראו: פרידמן, לעיל ה"ש 51, לעניין הגנה ספציפית הקיימת בדין הישראלי.

בטלה".

דומני שההסדר הישראלי – אף שהוא רחוק משלמות בשל הסיבות שמנתי, הן בהקשר של ניסוח הדין הן בהקשר של הדוקטרינה השלטת – טוב מההסדרים האחרים המתוארים על פי דוקטרינות שאינן מבוססות על דיני עשיית עושר ולא במשפט (בשיטות משפט אחרות).

3. החידוש הטמון בתיקון 12 לעומת המצב הנורמטיבי ערב התיקון

3.1 תיקון 12 – חידוש גדול? חידוש קטן? אינו חידוש בכלל?

תיקון 12 חל על צוואות הדדיות שנערכו לאחר חקיקתו. במילים אחרות, רק צוואות הדדיות אשר נערכו על ידי בני זוג (ורק על ידי בני זוג) לאחר התיקון, מגבילות את חופש הציווי של המוריש השני. התיקון אינו חל על צוואות שנערכו על ידי בני זוג לפני התיקון, ולכן חופש הציווי של המוריש השני בצוואות אלה אינו מוגבל. כמוכן, מי שאינם בני זוג, קל וחומר שאינם יכולים לערוך צוואות כאלה באופן המגביל את חופש הציווי של המוריש השני. כלומר תיקון 12 על פניו שינה את המצב הנורמטיבי בכך שאפשר את הגבלת המוריש שנותר בחיים לאחר מות המוריש הראשון, מצב שקודם לכן לא היה אפשרי.

בדיקת פסיקה (שניתנה לאחר תיקון 12) בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי מלמדת כי עמדת בתי המשפט לעניין המצב הנורמטיבי – שונה משלי. בדיקה זו מלמדת כי לפי גישת הפסיקה, הגבלת הנותר בחיים בהסדר הצוואות ההדדיות זהה מבחינה נורמטיבית לפני התיקון ולאחריה. המצב הנורמטיבי לפני התיקון, קרי מעמדן של צוואות הדדיות שנערכו לפני חקיקת תיקון 12, זהה למצב הנורמטיבי לאחר התיקון. מכל מקום, לא היה בתיקון 12 כדי לשנות את המצב הנורמטיבי שינוי של ממש. למעט פסיקה אחת שנהפכה במחוזי,¹³¹ שום פסק דין לא הביא להכרה בצוואות הדדיות לפני התיקון, באופן שיבטל צוואות מאוחרות יותר. אולם הסיבות לכך היו אחרות ולא נבעו מכך שהתיקון נחקק לאחר עריכת הצוואות.¹³² הפסיקה אינה רואה בביטול צוואות מאוחרות בעקבות הסדר צוואות

¹³¹ ת"ע (ת"א) 110040/08 עיזבון המנוחה ב.פ.נ' מ.ב. (פורסם בנבו, 30.1.11).

¹³² לדוגמה, בפרשה אחת נקבע כי מי שנותרה בחיים ושינתה את הצוואה ההדדית, לא פעלה בחוסר תום לב: תמ"ש (ת"א) 45880/06 נ.ר.נ' א.ר. (פורסם בנבו, 30.11.2010); בפרשה אחרת לא הוכר כוח הכבילה של מי שנותר בחיים מכיוון שלא נמצאה כל הוראה השוללת את זכות החזרה, ומכיוון שמדובר בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון, יש להסיק כי זכות החזרה תקפה. לו הייתה הוראה כזאת בצוואה ההדדית, היה נכבד מי שנותר בחיים: ת"ע (ת"א) 5003-11-10 ט.ג.נ' ש.ס. (פורסם בנבו, 29.10.2012). אם כי שם צוין נימוק נוסף: היות המצווה האחר בחיים.

הדדיות שנעשה לפני התיקון תוצאה בלתי אפשרית.

כך, למשל, תואר המצב הנורמטיבי של צוואות הדדיות אשר נערכו לפני התיקון באחת הפרשיות: "השאלה הנשאלת כעת היא האם בפנינו, ונוכח הוראות הצוואה [...] 'אינדיקציה פרשנית אחרת' [ובכך נדון מיד] וזאת מלשון הצוואה או מנסיבות חיצוניות, והאם המוריש הראשון התכוון להגביל את זה שנותר בחיים מלשנות את הצוואה ההדדית". הוזה אומר, אם יש אינדיקציה כזאת, ניתן להגביל את מי שנותר בחיים ולמנוע ממנו לצוות, והגבלה זו תוכל להסתמך על הסדר הצוואות ההדדיות אף אם נערכו לפני התיקון.¹³³

האסמכתה לפסיקה היא הלכת זמיר, ושם דעת הרוב קבעה כי "[...] מעצם ההדדיות בכתבת הצוואות, אין ללמוד על רצון משותף של בני הזוג להגביל זה את כוחו של זה לשנות את הצוואה לאחר מות של מי מהם, והכל, כמובן, באין אינדיקציה פרשנית אחרת. זאת ועוד. חוק הירושה מלמדנו כי עקרון יסוד בדני הירושה הוא כוחו של המוריש לשנות מצוואתו מתי וכפי שיחפוץ [...] בהעדר עיגון לכוונה משותפת אחרת של כותבי צוואות הדדיות, ולו באופן משתמע, אין [...] מקום לסטות מהוראות אלה. דעתי היא, כי אין בהדדיות בצוואות כשלעצמה כדי שניצור פרזומציה, כי כוונת הצדדים היתה להתנות על הוראות הדין (אם אכן ניתנות הן להתנייה)".¹³⁴ הלכת זמיר, כפי שפורשה על ידי הערכאות השונות, לא שללה אפשרות של הסדר צוואות הדדיות לפני התיקון. על פי פרשנות זו, ההלכה קבעה כי המבקש לתת תוקף להסדר צוואות הדדיות, צריך לעמוד בנטל ראיה כבד הרבה יותר אם מדובר בצוואות שנערכו ערב התיקון. עמידה בנטל גוררת הסדר תקף על כל משמעויותיו. לדוגמה, "ראוי להגן על אינטרס ההסתמכות של בן הזוג שנפטר במצב דברים שבו נחתמה צוואה משותפת והדדית. הגנה זו מכילה בתוכה ערכים של הגינות, אמון וצדק. אף לטעמי לא ניתן לפרש את עמדת הרוב בפרשת זמיר כשוללת את ההגנה על אינטרס ההסתמכות במקרים של צוואה משותפת והדדית באופן מוחלט. קביעת הרוב בפרשת זמיר הנ"ל מתייחסת לשאלת הבסיס הראייתי".¹³⁵ כלומר לדעת הפסיקה ההבדל בין הסדר הצוואות ההדדיות ערב התיקון להסדר לאחריו הוא שערב התיקון לא הייתה כבילת ההסדר סופית. ברירת המחלל הראשונית הייתה שההסדר אינו כובל, אך לא

¹³³ בפרשה האמורה אכן הוכרה אינדיקציה שכזאת: "לאחר שבחנתי כלל הנתונים כאמור, נוסח הצוואה המשותפת אשר התייחסה במפורש לכך ששינויה יעשה רק על ידי שני הצדדים [...] עיקרון תום הלב וההסתמכות של המנוח אשר הלך לעולמו קודם לשינוי הצוואה על ידי המנוחה – קובעת כי המנוחה לא היתה רשאית לערוך צוואה המשנה את הצוואה ההדדית אשר נערכה על ידי המנוחים" (ראו עניין **עזבון המנוחה ב.פ.**, לעיל ה"ש 131, בעמ' 15). אמנם לבסוף נהפכה הכרעה זו, אולם לא משום שאין כל אפשרות להגביל את המצווה אלא משום שלא נמצאה במקרה הנדון האינדיקציה לכוונה להגביל.

¹³⁴ עניין **זמיר**, לעיל ה"ש 6.

¹³⁵ ת"ע (ת"א) 106160/06 **עזבון המנוחה ש.ת. נ' ל.מ.** (פורסם בנבו, 10.6.2009).

בלתי אפשרי שבית המשפט יקבע כי ההסדר כובל, וזאת לאור "אינדיקציה פרשנית אחרת". צוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון ייהנו מברירת מחדל שלפיה יוגבל חופש הציווי של מי שנותר בחיים, ורק בנסיבות מסוימות יוכרע שאין הוא מוגבל.¹³⁶ משמעות הדברים היא שתיקון 12 כשלעצמו אינו חידוש גדול בהקשר של צוואות הדדיות, שכן אף לפני התיקון היה ניתן לערוך צוואות הדדיות באופן שיוגבל המוריש השני. יתר על כן, לדעת הפסיקה תיקון 12 אינו חידוש כלל בהקשר של חופש הציווי, שכן אף לפני התיקון היה אפשר לפגוע בחופש הציווי. אני חולק על כך. חופש הציווי הוא ערך קוגנטי בדין הישראלי אשר עד תיקון 12 לא היה ניתן להתנות עליו או לפגוע בו אף לא במקרים חריגים כגון הסדרי צוואות הדדיות. חופש הציווי בא לידי ביטוי בסעיף 27 לחוק הירושה, וכותרתו ותוכנו של סעיף זה מלמדים שעקרון חופש הציווי הוא עיקרון מוגן ובלתי ניתן להתנאה.¹³⁷ על כך יש להוסיף את סעיף 8 לחוק הירושה, על שני תת סעיפיו, אשר לא אפשר עסקה בירושה עתידית ומתן מתנה מחמת מיתה.¹³⁸

אף הלכת זמיר ציינה (אמנם במאמר מוסגר): "אם אכן ניתנות להתניה". עניין זה נעלם לחלוטין מניתוח ההלכה בפסקי הדין שלאחריה, ואלה כבר יצאו מנקודת הנחה ברורה וחד-משמעית "כי ניתנות להתנייה". זאת ועוד, ניתוח דסקריפטיבי נכון של הדין ילמד כי המצב הנורמטיבי של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון היה כי אפשרות כבילת הנוותר בחיים אינה אפשרית. טעות לחשוב כי הדין הישראלי הכיר באפשרות הכבילה.

תכלית תיקון 12, לדעת מתקניו ולדעת מתנגדיו, לחדש ולקבוע לראשונה הצרה של חופש הציווי באמצעות הסדר של צוואות הדדיות. בעיני מתקני התיקון, התכלית נראתה ראויה וחשובה והייתה טמונה בה האפשרות של תכנון רכוש בהסדר של צוואות הדדיות. אולם אף הצרה זו של חופש הציווי נעשתה במשורה ובמידתיות תוך

¹³⁶ כך אירע בעניין זמיר, לעיל ה"ש 6, שבו לא הוכרה כבילת מי שנותר בחיים מכוח הסדר הצוואות ההדדיות על אף הרטוריקה האמורה, וזאת בשל היעדרה של הוראה ברורה השוללת מהמצווים חזרה בהם מהצוואה, וזו הנפקות היחידה לעניין עריכת ההסדר לפני התיקון. לו היה ההסדר הספציפי של עניין זמיר נעשה ונדון אחרי התיקון, אזי הייתה מוכרת הכבילה של מי שנותר בחיים ללא הצורך באותה הוראה מפורשת גם לפי דעת הרוב בעניין זמיר.

¹³⁷ "חופש לצוות

27. (א) התחייבות לעשות צוואה, לשנותה או לבטלה או שלא לעשות אחת מאלה

– אינה תופסת.

(ב) הוראת צוואה השוללת או מגבילה את זכות המצווה לשנות את הצוואה

או לבטלה – בטלה."

¹³⁸ אף הניסיונות בד"נ 39/80 ברדיגו נ' פדרליין, פ"ד לה (4) 197 (1981) ובע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט (2) 757 (1975) לצמצום תחולתו של ס' 8(א) לחוק הירושה רק מלמדים על ביצורו של הערך ועל הצורך בתרגילים משפטיים כדי להתגבר על האיסור שבס' 8(א) בלי להביא לפגיעה ולו קטנה בחופש הציווי.

התחשבות בחלק מטעמי המתנגדים. הדבר בא לידי ביטוי בהסדר עצמו, באמצעות תחימתו לכני זוג בלבד. נוסף על כך בא הדבר לידי ביטוי באמצעות הקונסטרוקציה המשפטית של עשיית עושר ולא במשפט. קונסטרוקציה זו מחייבת השבה, לעומת הדוקטרינה החוזית המחייבת אכיפה. כפי שראינו בהצעת החוק שקדמה לתיקון, ובהצעת חוק דיני ממונות, היו אף שביקשו לצמצם עוד יותר את הפגיעה בחופש הציווי. צמצום זה היה מתבטא בהשארת שיקול דעת לבית המשפט להעניק פטור מהשבה למוריש השני בעת שביקש לסטות מההסדר. אלא שהנוסח הסופי לא אפשר זאת. הייתכן אפוא לומר שההסדר לא חידש דבר, שכן אף לפני התיקון המצב הנורמטיבי אפשר כבילה של המוריש השני? הייתכן שההסדר יימצא פוגע פחות מהפגיעה בחופש הציווי לפי המצב הנורמטיבי לפני התיקון? פרשנות זו אינה הגיונית ואינה קוהרנטית.

3.2 תיקון 12 הוא קו פרשת המים – אינו דומה ערב התיקון לבוקרו של התיקון

3.2.1 ניתוח דסקריפטיבי של הדין הישראלי ערב התיקון

כבר השופט קיסטר ציין כי כל אחד מן המצווים חופשי לשנות את צוואתו עד יום פטירתו, ואין דין מיוחד למקרה ששני אנשים עורכים צוואות האחד לטובת רעהו.¹³⁹ ובעניין וינשנקר הביעה הפסיקה בבירור את דעתה כי אין להגביל את המצווה, שכן הגבלה מסוג זה "היא התחייבות הנוגדת את הוראת סעיף 27 לחוק הירושה [...]" באשר היא מגבילה את זכות המצווה לשנות את הצוואה או לבטלה; ועל כן התחייבות זו בטלה היא".¹⁴⁰

כפי שציין שילה בהתייחסו לסעיף 8: "הסעיף מחמיר מאוד: כל עסקה שכזו בטלה חוץ מאשר צוואה".¹⁴¹ שילה גם ציין כי הנימוק לסעיף, כפי שניתן בפסיקה,¹⁴² "עולה בקנה אחד עם [...] סעיף 27 לחוק [הירושה]. סעיף זה בא להעמיד על נס את החופש לצוות והפוסל התחייבויות הבאות לכבול את ידיו של המצווה. המחוקק קיצוני בהשקפתו שאדם חופשי לצוות כראות עיניו או לשנות צוואתו בכל עת".¹⁴³ אף המחלוקת בספרות בין טדסקי לבין שילה תומכת בטענת. המחלוקת נגעה לשאלת פסלות צוואות הדדיות. השאלה הייתה אם בכלל ניתן לערוך צוואות אלו, בהנחה שהן משיקות לאיסורים בדיני הירושה כגון האיסור המוטל על יורש ליטול חלק בעריכתה של הצוואה. טדסקי סבר כי מדובר בהסדר שלילי ולכן צוואות הדדיות הן

¹³⁹ ע"א 155/73 שרון נ' ליבוב, פ"ד כח(2) 673, 675 (1974).

¹⁴⁰ ע"א 290/78 וינשנקר נ' אדלמן, פ"ד לד(1) 122, 123-122 (1979).

¹⁴¹ שילה, לעיל ה"ש 115, בעמ' 93.

¹⁴² עניין זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 228; דברי השופט קיסטר בעניין שרון, לעיל ה"ש 139.

¹⁴³ שילה, לעיל ה"ש 115, בעמ' 95.

פסולות בגין עילות כגון "נטל חלק בעריכתה"¹⁴⁴ שילה סבר כי ניתן לערוך צוואה הודית. המחלוקת לא נגעה לשאלת הגבלת מי שנותר בחיים, כלומר לנרטיב של הסדר הצוואות ההדדיות. מהבחינה הזאת, היה מוסכם על כולם (אפילו על שילה) שאין אפשרות להגביל את מי שנותר בחיים. הפסיקה שאפשרה עריכת הסדרים אלו לפני התיקון, למרות סעיפים מסוימים בחוק הירושה, לא חשבה שהסדרים אלו יגבילו את המוריש השני אם וכאשר ירצה לכתוב צוואה חדשה.¹⁴⁵

בדומה סבר פרופ' קוריןלאדי כי הגבלה של חופש הציווי נגדה למעשה את הפסיקה אשר הכירה "בלגיטימיות הצורה של צוואות הדדיות, אך אין תוקף להוראה בצוואה בדבר הגבלת יכולת המצווה לשנות את הצוואה"¹⁴⁶ לטעמי, הפסיקה לא הכירה כלל בצוואות הדדיות מכיוון שהכרה בהן מחייבת הכרה בנרטיב הבלעדי של צוואות הדדיות, שהוא כבילת הנותר בחיים. לכל היותר, הפסיקה לא פסלה צוואות שכאלה בגין עילות אשר היה ניתן לפסול אותן בגינן, כגון הטעם שבסעיף 35: "נטל חלק בעריכתה"¹⁴⁷ אולם לכדי הכרה בנרטיב של הגבלת המוריש השני הפסיקה לא הגיעה. ברק ציין בספרו כי "ראוי למחוקק לנקוט בעניין הצוואה המשותפת – ובעיקר זו ההדדית – עמדה ברורה: אם לשלילה – ייאמר הדבר במפורש; אם לחיוב – ייקבעו הוראות התומכות בצורת צוואה זו, והנותנות לה תוקף"¹⁴⁸. לפני התיקון, הוראות שכאלה בוודאי לא היו. לפני התיקון אסרו ההוראות אפשרות הגבלת חופש הציווי ולא התירו שום חריג. הדבר התבטא, ובצדק, בגישת הפסיקה ואף התבטא בסעיף 8 לחוק הירושה. הדין הישראלי, שלא כשיטות אחרות, לא הכיר לפני התיקון בכל אפשרות, הסכמית או אחרת, אשר תגביל את הזכות לכתוב צוואה חדשה עד רגע מותו של המוריש השני. אי-הכרה זו באה לידי ביטוי בשלילת הסכמי ירושה. ברי שהסדר שלילי היה בדין.

אכן, בספרו תמך השופט ברק בגישה הדוגלת בכבילת המוריש השני על אף עקרון חופש הציווי. הוא ביסס זאת על עקרון תום הלב (ובכך אדון בהמשך), אולם בעניין מלמד הדברים נאמרו בהערת אגב והושארו ב"צריך עיון".

בעקבות דברי ברק הושארה הנחה זו ב"צריך עיון" בשני הדיונים בבית המשפט העליון בעניין לרנר. כך אף הוכן הדבר בערכאות הנמוכות.¹⁴⁹ בעניין לרנר ציין ברק:

¹⁴⁴ ס' 35 לחוק הירושה.

¹⁴⁵ גד טדסקי "צוואה משותפת" **עיוני משפט** ו 662 (1979); שילה, לעיל ה"ש 115, בעמ' 325; ע"א 576/72 **שפיר נ' שפיר**, פ"ד כז(2) 373 (1973); עניין **וינשנקר**, לעיל ה"ש 140.

¹⁴⁶ מיכאל קוריןלאדי **דיני ירושה – צוואות, ירושות ועזבונות** 205 (מהדורה ראשונה, 2008) (להלן: קוריןלאדי **דיני ירושה** מהדורה ראשונה).

¹⁴⁷ בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 36.

¹⁴⁸ ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 70.

¹⁴⁹ חלקן אף ציינו כי גם בעניין **לרנר**, לעיל ה"ש 15; בדנ"א 7600/05 **פייר נ' לרנר** (פורסם בנבו, 23.11.2005) הושארה שאלה זו ב"צריך עיון"; רק בתיקון 12 "הרים המחוקק את הכפפה". ראו:

"אבקש לציין כי ניתן גם הפעם להשאיר בצריך עיון את השאלה הנכבדה האם יש להגן על אינטרס ההסתמכות ההדדית של המצווים בצוואה משותפת והדדית [...] בצוואותיהם ההדדיות ביקשו בני הזוג להבטיח כי במות אחד מהם יירש אותו האחר. הם לא ביקשו להסדיר את חלוקת רכושם של בני הזוג לאחר מותם של בני הזוג, במקרה שלא מתו באותו זמן. הם הותירו חירות מלאה לבן הזוג שיאריך ימים לאחר בן הזוג האחר. בכך שמר לעצמו כל מצווה את הכוח לצוות את רכושו, לאחר מות בן הזוג, כראות עיניו. מעת שנערכו הצוואות ההדדיות, איש מבני הזוג לא ביטל ולא שינה את צוואתו. במצב דברים זה, השאלה מה כוחם של המשתתפים בעריכת צוואה משותפת והדדית לחזור בהם ממנה אינה מתעוררת. את הדיון באינטרס ההסתמכות מול שמירת החופש לצוות ניתן, איפוא, להותיר לעת מצוא".¹⁵⁰

לעומת זאת, מדברי השופט טירקל ניתן להבין להיכן נוטה דעתו: "אקדים ואעיר כבר כאן, בלי לקבוע מסמרות בעניין זה כי נוטה אנוכי לדעה שיש להיזהר מאוד שלא להגביל את החופש לצוות – שמולו ניצב גם החופש לבטל את הצוואה – מחמת אינטרס ההסתמכות".¹⁵¹ יש לזכור כאמור, כי הערת אגב זו לא נאמרה בחלל ריק, והפסיקה ביטאה דעתה עוד לפני פסיקות אלו כי אין לפגוע בחופש הציווי.

לא זו אף זו, הצעת חוק הירושה (תשי"ב) כללה אפשרות של הסכמי ירושה אשר להם ניתן היה לצקת תוכן של צוואה הדדית.¹⁵² בחוק הירושה לא בא זכרם של הסדרים אלו, ואין מדובר בלקונה אלא בהסדר שלילי – הדין הישראלי דחה אפשרות קיומם של הסכמים הנוגעים להורשה שלא לפי דיני הירושה.¹⁵³

על הקשר שבין הגבלת כוח המצווה בהסדר צוואות הדדיות לבין הסכמי ירושה עמד השופט ברק בעניין מלמד: "אכן שיטות משפט המכירות בצוואה משותפת והדדית קובעות כי כוח החזרה של המצווה מוגבל הוא [...] עם זאת שיטות אלה מכירות בדרך כלל בהסכם בדבר ירושתו של אדם, ואילו המשפט הישראלי אינו מכיר בכך". יש המפקפקים אם זה נכון וראוי, אולם אין חולק כי זהו הדין הישראלי. לגישת

עניין נר נ' א.ר, לעיל ה"ש 132.

¹⁵⁰ עניין קרנר, שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט ברק.

¹⁵¹ שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט טירקל.

¹⁵² ס' 57 להצעת חוק הירושה.

¹⁵³ הסכמי ירושה הם הסכמים שיכולים להיערך בין המוריש ליורש בנוגע לרכוש העתיד להיות מועבר לאחר מותו של המוריש. הסכמים אלו נשלטים על ידי הדוקטרינה החוזית הן בכניסה להסדר הן באפשרויות היציאה ממנו. הסדרי צוואות הדדיות הנשלטים על ידי דוקטרינה חוזית הם מקרה פרטי של הסכמי ירושה. הסכמי ירושה הושמטו כאמור מהנוסח הסופי של החוק.

ברק, התומך נורמטיבית בכבילת כוחו של המצווה השני,¹⁵⁴ יש קשר בין דין המכיר בהסכמים כאלה לבין דין המבקש לכבול את הנותר בחיים. הדין הישראלי בחר שלא להכיר בהסכמי ירושה, ופועל יוצא מזה (גם לפי גישת ברק) היה אי-הכרה בכבילת המוריש השני. סעיף 8 לחוק הירושה מבטא רעיון זה בכך שהוא אוסר כל עסקה בירושה עתידית.

על הקשר האמור ניתן גם ללמוד מפי תומכי הסדר הצוואות ההדדיות, ועוד יותר מפי תומכי החלת הדוקטרינה החוזית על הסדר הצוואות ההדדיות. לטענת האחרונים, כעת משהוכרה האפשרות של הסדר צוואות הדדיות, אין לנו אלא לדבוק בדוקטרינה חוזית. גם הסדר הצוואות ההדדיות שהתאפשר מכוון תיקון 12 אינו כולל את רעיון ההסכמה החוזית, ולכך מכוונים הדוגלים בדוקטרינה החוזית המבקשים שינוי חקיקתי ברוח הסכמה חוזית.¹⁵⁵ יש אף כאלה המבקשים להסדיר חוזה ירושה כדרך ההסדרה החוזית של חוזים מיוחדים, "כשם שטרם המחוקק והסדיר חוזים מיוחדים אחרים בחקיקה ספציפית".¹⁵⁶ יש צדק בדבריהם לפי גישתם, שהרי יש קשר בין ההכרה בהסדר צוואות הדדיות לבין החלת דוקטרינה חוזית בדיני ירושה בכלל ובדיני צוואות הדדיות בפרט. אם נקרא לילד בשמו, מדובר ב"חוזה ירושה". לכן ברור שבטרם הותר הסדר ספציפי של צוואות הדדיות, האיסור המוחלט שהיה מוטל על כריתת הסכמי ירושה כלל גם צוואות הדדיות, שהן מקרה פרטי של הסכמי ירושה.

3.2.2 תיקון 12: הסדרתו ואופיו כמעידים על חידושו

הנשיאה נאור פסקה כי אין להפוך את אמרת האגב של השופט ברק בעניין מלמד להלכה. לגישת בית המשפט בעניין זמיר, כל ההבדל בין הפסיקה בעניין זמיר לבין אמרת האגב של השופט ברק בעניין מלמד הוא בנטל ההוכחה: לגישת ברק יש לכבול את המוריש השני כשמתבקשת אכיפת הסדר אשר נערך לפני התיקון. כלומר לדעתו ברירת המחל של הסדר צוואות הדדיות אשר נערכו לפני התיקון היא כברירת המחל שנקבעה בדין לצוואות שנערכו לאחר התיקון.¹⁵⁷ כלומר עצם קיומו של ההסדר צוואות הדדיות מעיד על כבילת המוריש השני, והטוען לאי-כבילה – עליו נטל ההוכחה. לעומת זאת לפי הלכת זמיר, ברירת המחל היא שהסדר צוואות הדדיות כשלעצמו אינו מלמד על כבילה. אם יוכח שההסדר התכוון לכבול את

¹⁵⁴ עניין מלמד, לעיל ה"ש 17.

¹⁵⁵ ת"ע (כ"ס) 2990/07 ד.ש נ' א.ג. (פורסם בנבו, 21.4.2010): יש הסבורים כי אף בלא הסדר חקיקתי ברוח דיני החוזים, ניתן להחיל ולו את עקרון תום הלב מכוון היות ההסדר דומה/זהה לחוזה: "צוואות הדדיות הינן מסמך הקרוב במאפייניו לחוזה, ואם כן אפשר שראוי להחיל על מערכת חוזית זו את עקרונות תום הלב שהינן עקרונות יסוד בהתקשרות החוזית".

¹⁵⁶ יוסף מנדלסון ועירית רייך-זיו "היום שאחרי, המחשבה שלפני" עורך הדין 17, 120, 123 (2012).

¹⁵⁷ זו גם דעת המיעוט בעניין זמיר, לעיל ה"ש 6.

המוריש השני, הכבילה תהא אפשרית והיא אינה אסורה כשלעצמה, אף כשמדובר בצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון. נמצא אפוא כי עוד לפני תיקון 12 נסוג חופש הציווי. לכן תיקון 12 אינו מהווה חידוש גדול ודרמטי, ולא זו בלבד אלא שלמעשה אינו מהווה חידוש כלל. זאת לעומת ההנחה כי תיקון 12 צמצם לראשונה את חופש הציווי וביקש לאזן במפורש בין תכלית הפוגעת בחופש הציווי לבין חופש הציווי. להנחה זו טעמים רבים.

עיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה חוק ומשפט ובדברי ההסבר להצעת תיקון 12 מלמד על החידוש. החידוש בתיקון הוא האפשרות לתת הרשאה לבני זוג ורק להם לערוך צוואות באופן שיפגע בחופש הציווי של המוריש השני. עיון כאמור מלמד כי התיקון מביא לידי שינוי ולהיפוך במצב הנורמטיבי. בשל כך נכתב בדברי ההסבר להצעת החוק כי "בשל מרכזיות עקרון החופש לצוות בחוק הירושה, עקרון אשר נפגע בהסדר הצוואה הדדית, מוצע לאפשר לבני זוג בלבד לערוך צוואה הדדית".¹⁵⁸ פרופ' קורין לאדי סבר (במהדורה הראשונה של ספרו),¹⁵⁹ ויש מידה של צדק בדבריו, כי ראוי היה לה להסדרה להופיע בפרק ג לחוק הירושה, העוסק בתוכני הצוואה, ובסמוך לסעיפים העוסקים בתוכני צוואה כמו יורש אחר יורש ויורש במקום יורש. לעומת זאת בחר המחוקק למקם את הסדר הצוואות ההדדיות בסעיף 8 האוסר עסקאות בירושה עתידיה ומתנה מחמת מיתה. זאת לדעתי עשה המחוקק כדי להדגיש את החריג של כבילת המוריש השני, החריג היחיד בדין הישראלי, ואף הוא שמור רק לבני זוג. המיקום שבו בחר המחוקק מלמד יותר מכול על החידוש הגדול הטמון בתיקון האמור.

ולא די בכך אלא יש לשים לב למשמעות המסקנה בדבר המצב הנורמטיבי לפני התיקון. המסקנה שלפיה לפני התיקון היה הסדר צוואות הדדיות אשר אפשר תוצאה של כבילת המוריש השני, מחייבת קונסטרוקציה משפטית למערכת היחסים. הקונסטרוקציה המשפטית (שהפסיקות האמורות הציבו) המתארת את מערכת היחסים בין שני המורישים, או ליתר דיוק הכובלת את המוריש השני להסדר, היא עקרון תום הלב. לפי הגישה הסוברת שערב התיקון היה תוקף לצוואות הדדיות, הן היו תקפות בין שנערכו בין בני זוג ובין שנערכו שלא בין בני זוג.¹⁶⁰ ואילו אחרי התיקון רק צוואות בין בני זוג כובלות את המוריש השני. האם התיקון ביקש לצמצם את הפגיעה בחופש הציווי? כל מטרת התיקון הייתה הפוכה, להתיר פגיעה בחופש

¹⁵⁸ דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 12), לעיל ה"ש 111.

¹⁵⁹ קורין לאדי דיני ירושה מהדורה ראשונה, לעיל ה"ש 146, בה"ש יב בעמ' 317; קורין לאדי דיני ירושה מהדורה שנייה, לעיל ה"ש 115, בעמ' 230 שינה קורין לאדי את נוסח עמדתו בעניין, ואולם דומה שבכל זאת עמדתו הכללית כפי שהובעה בגוף הטקסט שרירה וקיימת.

¹⁶⁰ בעניין מלמד, לעיל ה"ש 17, לא תחם ברק את ההלכה רק לבני זוג עורכי צוואות הדדיות; בדומה גם בספרו לא תחם אותה לבני זוג, אלא כתב: "שניים שערכו צוואה משותפת והדדית": ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 72.

הציווי, ולכן רבים התנגדו לו.

יתר על כן, הוויתור, כפי שתופסים זאת דברי ההסבר להצעת תיקון 12, "העקרון שבבסיס הצוואה ההדדית הוא ההסתמכות ההדדית בין המצווים, שלפיו אין לבטל חד צדדית את הצוואה. עקרון זה עומד בניגוד לעקרון הבסיסי המוגן בחוק הירושה – הוא החופש לצוות, שבשלו ניתן, עד רגע המוות, לשנות את הצוואה. בניסיון לאזן בין שני העקרונות מוצע לקבוע הוראות שונות לעניין ביטול הצוואה בחייהם של שני בני הזוג, שכן אז יכולים שני הצדדים לשנות את הצוואה, ולעניין ביטול הצוואה על ידי בן זוג אחד לאחר מות בן הזוג האחר"¹⁶¹. אבל האמור יחול על בני זוג בלבד ותו לא. ויתור זה על חופש הציווי קשה למחוקק, ולכן הוא מבקש לתחום את ההסדרה לבני זוג בלבד. זאת ועוד, קונסטרוקציה משפטית המבוססת על עקרון תום הלב מחילה את ההסדר על כלל הרכוש של המורישים: הן הרכוש של המוריש הראשון שהורש למוריש השני והן הרכוש של המוריש השני. כלומר המוריש השני אינו יכול לצוות, אף לא את רכושו שלו, למישהו אחר. כך אכן ציינה הפסיקה בפרשה אחת בבית המשפט המחוזי (בהקשר של צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון) במפורש: "עיקרון ההסתמכות מונע מצד לצוואה משותפת, לצוות באופן שונה מאשר ציווה בצוואה המשותפת וזאת אף בהתייחס לרכושו הוא, לאחר פטירת בן/בת-הזוג לצוואה המשותפת"¹⁶².

אין תמה בכך מכיוון שאף הלכת זמיר נקטה גישה דומה.¹⁶³ נמצא אפוא כי התיקון מצמצם את הפגיעה בחופש הציווי, שהרי תיקון 12 מאפשר למוריש השני להשיב את רכוש המוריש הראשון לעיזבונו של המוריש הראשון ולצוות את רכושו שלו למי שירצה. לאור הגישה התומכת בתקפותן של צוואות הדדיות לפני התיקון, ברור לכול כי תיקון 12 אינו קוהרנטי ואינו מתיישב עם תכלית ההסדר. תיקון 12 ביקש בפעם הראשונה לפגוע בחופש הציווי ועוד לעשות זאת במשורה לאור בכורת חופש הציווי. לכן תחם זאת רק לבני זוג ולדוקטרינה של עשיית עושר, ולא להסדר חוזי. יתר על כן, מסיבות אלו אין רכיבים חוזיים בהסדר שנקבע בדין. אין תמה שתומכי הסדר צוואות הדדיות מצאו עצמם וחצי תאוותם בידם. לכן הם מבקשים כעת לתקן שוב את החוק ולהכניס להסדר רכיבים וסעדים חוזיים.

ההסדר בדין הישראלי הוא חידוש גדול וזאת משום שבפעם הראשונה מוכרת פגיעה ממשית בחופש הציווי. לכן הזהירות הרבה שננקטה בקביעתו והניכרת בטיב

¹⁶¹ דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 12), לעיל ה"ש 111, בעמ' 131.

¹⁶² עמ"ש (ת"א) 51823-03-11 פלונית נ' פלוני, פס' 25 לפסק הדין (פורסם בנוב, 9.4.2013) (ההדגשות הוספו); בהמשך, שם, בפס' 31, בהתייחס ספציפית לעובדות פסק הדין: "עתה עלינו לבחון האם צדק בית משפט קמא בקביעתו כי המנוחה לא הייתה רשאית לצוות באופן שונה מאשר ציוותה בצוואה המשותפת וזאת אף בהתייחס לרכושה היא".

¹⁶³ הטענה נוגעת לכל עיזבוננו של המנוח ולא רק לעיזבון שמקורו בירושת אשתו הראשונה, וכבילת כל הרכוש בסד ההסדר מסתמכת על עניין מלמד, לעיל ה"ש 17.

ההסדר שנבחר והקשור לדוקטרינה המתארת את המוסד. כלומר ישנו קשר ברור בין גודל החידוש לבין הזהירות האמורה והבחירה בדוקטרינה של עשיית עושר. ייתכן שלו החידוש לא היה כה גדול בעיני מתקניו ומתנגדיו, הייתה נבחרת דוקטרינה אחרת (בשל מעלות אחרות המצויות בה, כגון הדוקטרינה החוזית) אשר פגיעתה קשה יותר בחופש הציווי.

3.3 המצב הנורמטיבי בעניין צוואות הדדיות לפני התיקון ולאחריו – קווים מקבילים שאינם נפגשים

לאור כל האמור דומה כי פרשנות שלפיה המצב הנורמטיבי ערב התיקון זהה למצב הנורמטיבי לאחר התיקון אינה הגיונית, קל וחומר אם אפשרות הפגיעה בחופש הציווי ערב התיקון גדולה יותר מאפשרות הפגיעה לאחר התיקון. ייתכן שמשום שהפסיקות בדרך כלל לא הכריעו בדבר ביטול הצוואות המאוחרות להסדר הצוואות ההדדיות, פסק השיח המשפטי והציבורי בעניין. יתר על כן, דומה כי נטל הוכחת האינדיקציה הפרשנית (בדבר רצון המצווים לכבול את המוריש השני) אינו קטן והפסיקה אף מכבידה ידה בעניין זה. כך, למשל, באחת הפרשיות, בית המשפט המחוזי הרחיק עוד יותר את אפשרות התוצאה של כבילת המוריש השני לפי הסדר צוואות הדדיות אשר נערכו לפני התיקון. בית המשפט קבע רף הוכחה גבוה לכוונת כבילה בהסדר. בית המשפט ציין ש"כמובן, שלא בכדי ציינה כב' השופטת נאור כי טרם התיקון, המצב המשפטי כפי שעמד בפני מצווים כאמור, היה עיקרון החופש לצוות והחופש לשנות מאשר ציוו, ודומה כי דברים אלו יפים על אחת כמה וכמה בצוואות שנערכו עוד זמן רב, לפני שבתי המשפט נדרשו לשאלת עיקרון ההסתמכות כפרשת מלמד [...] חייב בית המשפט להיות משוכנע באופן חד וברור שאכן זאת הייתה הכוונה המשותפת של שני המצווים"¹⁶⁴. גם אם בשל הנטל הכבד לא יוקנה לעולם תוקף לכבילת המוריש השני בהסדר צוואות הדדיות אשר נערך לפני התיקון, בכל זאת לא אוכל להסכים עם הקביעה הנורמטיבית בעניין טיב ההסדר לפני התיקון. לאור האמור עמדתי היא שצוואות הדדיות אשר נערכו לפני התיקון, והכוללות תניה ברורה המגבילה את המוריש השני, אינן בעלות תוקף לכבול את המוריש השני, וזאת מהשיקולים שפורטו לעיל. צוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון (לאחר שצלחו את רף הכניסה הקל), ושבהן הוראה המותירה למורישים זכות לשנות את הצוואה, מאפשרות את שינוי הצוואה בכל עת, גם לאחר מות המוריש הראשון. צוואות שותקות בין בני זוג (שנעשו לאחר התיקון), שאין בהן כל תניה מלבד מבנה

¹⁶⁴ עניין פלונית, לעיל ה"ש 162, פס' 37; מכיוון שבמקרה הנדון לא הובאו ראיות להנחת תשתית עובדתית שלפיה אין לשנות את הצוואה, אזי הצוואה המאוחרת בת תוקף לפחות מסיבה זו. לבסוף נפסלה הצוואה בגין פגמים ברצון המצווה.

ההסדר עצמו, וקל וחומר צוואות המציינות במפורש ששינוי צוואה לאחר מות המוריש הראשון (דבר מיותר לאור ההכרה בהסדר עצמו) אינו אפשרי, כובלות את המוריש השני. צוואות אלה אינן מאפשרות את שינוי, הן צוואות בעלות יכולת אכיפה, והן כובלות את המוריש השני לפי הוראות תיקון 12.

נשאלת השאלה מה הייתה התועלת בעריכת צוואות הדדיות בין בני זוג לפני התיקון, בשעה שחופש הציווי הוא ערך קוגנטי הגובר על חופש החוזים. לעמדת, אין בעריכת צוואות הדדיות בתקופה שקדמה לתיקון כדי לגרוע מחופש הציווי של המוריש השני. ההדדיות, הדמיון, ותמונת הראי בתניות המסדירות את חלוקת הרכוש בהסדר, נובעים מהיחסים המיוחדים שבין בעל לאשתו. יחסים אלו מבוססים על חיים משותפים ממושכים. כלומר כתיבת הצוואות ההדדיות היא מהלך "ספונטני" טבעי וייתכן שאף משקף את המצב הראוי אצל שני בני הזוג.¹⁶⁵ אולם אין בה מחשבה סדורה (שלא לומר – משפטית) מצדם של בני הזוג בנוגע לאופי המחייב של המוסד, דהיינו כבילת המוריש ומניעתו מלכתוב צוואה חדשה.¹⁶⁶ בכך, כמובן, מוסר הקושי בעצם עריכת צוואות הדדיות. כל עוד הדין אינו מתיר זאת במפורש, ואינו מלמד על הדרך המשפטית לעשות זאת,¹⁶⁷ כל מה שיש בין הצדדים הוא ציפייה המבוססת על אינטימיות וקרבה ביחסים. ייתכן שקרבה זו, ברוב המקרים או לפחות בחלקם, תספיק.¹⁶⁸

¹⁶⁵ להשוואה: Julie Cassidy, *Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills*, 10 DEAKIN. L. REV. 121, 136 (2005).

¹⁶⁶ Rogers v. Rogers, 136 Mich. App. 125, 130, 130–131, 356 N.W.2d 288 (1984); Persson v. Dukes 280 Md. 194, 372 A. 2d 240 (1977).

¹⁶⁷ מה דינן של צוואות הדדיות שנעשו לפני התיקון? הן אינן תקפות, כאמור בגוף הטקסט, אולם האם המוריש השני יכול לעשות ככל העולה על רוחו בנכסים שהוסדרו בצוואות ההדדיות אשר עשו בני זוג לפני התיקון? התשובה על כך נחלקת לשניים ומכל מקום אינה קשורה לנרטיב הצוואות ההדדיות. יש להבחין בין צוואות הדדיות אשר נערכו בדרך של "יורש במקום יורש" ובין צוואות הדדיות אשר נערכו בדרך של "יורש אחר יורש". אם אלמוני ופלוגי ערכו צוואות הדדיות לפני התיקון, ובהן כתבו כי במות אחד מהם, יורש אותו בן הזוג, ואם הוא אינו בין החיים, יורשים אותו ילדי אלמוני ופלוגי, אזי מדובר בדוקטרינת "יורש במקום יורש". במקרה כזה במות אלמוני, פלוגי זוכה ברכושו והיא יכולה לעשות ברכוש זה ככל העולה על רוחה וגם לצוות לכל מי שלבה חפץ ולהדיר את היורשים ה"מוסכמים" בצוואות ההדדיות. אם אלמוני ופלוגי ערכו צוואות הדדיות לפני התיקון, וכתבו בהן כי במות אחד מהם, יורש אותו האחר, ולאחריו יורשים ילדיהם, אזי מדובר בדוקטרינת "יורש אחר יורש". במות אלמוני, פלוגי זוכה ברכושו ולפי הדוקטרינה הנהוגה בדין הישראלי, היא יכולה לעשות ברכוש ככל העולה על רוחה לבזבז, לתתו במתנה, ואולם אין היא יכולה לצוותו למאן דהו אחר למעט היורשים ה"שניים" שבצוואה המקורית. אולם איסור כתיבת צוואה חדשה אינו נובע מכך שמדובר בהסדר של צוואות הדדיות אלא מכך שמדובר ביורש אחר יורש.

¹⁶⁸ בפרפרזה על דברי השופטת נאור בעניין זמיר, לעיל ה"ש 6.

ד. עקרון תום הלב כתשתית נוספת להסדרת יחסי המורישים – הפעם לא

בעניין מלמד רמז הנשיא ברק כי הפתרון יכול להתגבש באמצעות עקרון תום הלב.¹⁶⁹ החלה של עקרון תום הלב הייתה מביאה לידי כך שהנרטיב העיקרי של מוסד הצוואות ההדדיות, כבילת המוריש השני להסדר הראשוני, היה מוחל על צוואות הדדיות ללא כל קשר לתיקון.

כבר דנתי במשמעות הדסקריפטיבית של האמור ובשורות הבאות ברצוני לדון בהיבט הנורמטיבי של החלת עקרון תום הלב על שני מורישים בהסדר צוואות הדדיות.

הדרך שהתווה ברק מבקשת להתחשב באינטרס של הזולת מחד גיסא, ובלי שעל האחר יהיה להקריב את האינטרס שלו מאידך גיסא. דרך זו נדמית מתאימה לצוואות הדדיות. זאת ואף זאת, גם הרטוריקה של עקרון תום הלב, כפי שפותחה בדין הישראלי, מתאימה להסדר של הצוואות ההדדיות. כך, למשל, בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין לסרסון נקבע כי "עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך עשיית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמאליות, שבהן הוא נוסח".¹⁷⁰ יתרה מזו, הטרמינולוגיה שבה גובשו הפתרונות להסדר הצוואות ההדדיות עוד בתחילת דרכה של הדוקטרינה, פתרונות הצדק והישר, דומים עד מאוד לטרמינולוגיה המתארת את עקרון תום הלב.

אין ספק שפתרון זה שובה לב.¹⁷¹ זהו פתרון שיכול למנוע פגיעה במוריש הראשון במניעת חזרת המוריש השני בו מצוואתו. בעניין מלמד ציין ברק כי "ייתכן גם שניתן לקבוע בישראל, כי לאור אינטרס ההסתמכות, ביטול הצוואה השנייה הינו פעולה שלא בתום-לב, בניגוד להוראת סעיף 39 לחוק החוזים [...] החלה גם על פעולה משפטית (כמו צוואה) שאינה בכחינת חוזה".¹⁷² אולם את ההצעה לראות בעקרון תום הלב הסדר ראוי, המתווה את מערכת היחסים שבין המורישים (ובכך להימנע מהסדר פרטני להתווייתם) דומה שיש לדחות על הסף.¹⁷³ ראשית, אין ספק שעקרון תום הלב יכול להצר את צעדיו של המוריש השני. הרי ניתן להצר את התנהגות היורש הראשון בדוקטרינת "יורש אחר יורש". ובכל זאת, בית המשפט מנע מלהשתמש בעקרון תום הלב כדי למנוע את כיליון הירושה על ידי יורשים ראשונים. יתר על כן,

¹⁶⁹ להשוואה: ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 72.

¹⁷⁰ ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 263 (1984).

¹⁷¹ בפתרון זה תומכת בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 36.

¹⁷² עניין מלמד, לעיל ה"ש 17, בעמ' 710.

¹⁷³ ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 70: אולי אף לכך התכוון ברק בספרו, בכותבו: "אם לחיוב – יקבעו הוראות התומכות בצורת צוואה כזו".

אף כאשר החליט בית המשפט לעצור בעדם, עשה זאת באמצעות פתרונות יצירתיים ולא באמצעות עקרון תום הלב.¹⁷⁴ הסיבה לכך היא הקושי העיוני להשתמש בעקרון תום הלב בתחום דיני הירושה.¹⁷⁵

שנית, וזה העיקר, לדעתי אין מקום להשתמש בעקרון על משפטי, בוודאי בעיקרון מלכותי, כאשר ניתן להשתמש בפתרון הנסמך על כלל ברור הצומח מתוך דיני הירושה. המרת כלל משפטי פרטני, גמיש ככל שיהיה, בשיקול דעתו של בית המשפט כפי שהוא נתון בהוראות שסתום למיניהן,¹⁷⁶ ובמיוחד בעקרון תום הלב, אינה מחויבת בסוגיית צוואות הדדיות.¹⁷⁷ הפיתוי להשתמש בעקרון תום הלב ברור: עיקרון זה מבקש לתת שיקול דעת לפוסק – בדומה להוראות שסתום אחרות – מקום שהדין הרגיל לא בהכרח עושה צדק. אין לומר שכל מקרה של צוואה הדדית יהיה בבחינת יש מאין המחייב התחשבות בנסיבות חדשות בלתי ידועות ומצריך הוראת שסתום לטיפול באותן נסיבות. בסופו של דבר הנסיבות של מקרי צוואות הדדיות יהיו דומות אלה לאלה. רוצה לומר, מכיוון שמדובר בנושא החוזר שוב ושוב, אין כל צורך במתן שיקול דעת לבית המשפט. קביעת כלל קבוע וידוע תהיה יעילה יותר, ואין כל צורך שבית המשפט יקבע את הכלל מחדש בכל מקרה לגופו. זאת ועוד, דווקא כלל ברור וידוע יאפשר למורישים לכלכל צעדיהם בתבונה ולהגשים את רצונותיהם, לעתים הסותרים אהדדי,¹⁷⁸ דבר המקשה על התכנון האמור. הוראת שסתום המקנה שיקול דעת לבית המשפט, תביא לידי פגיעה בוודאות התכנון של המורישים או אף תמנע את התכנון כליל.¹⁷⁹

שלישית, כעולה מהלכת זמיר, ייתכנו מקרים שבהם לא יהיה אפשר לייחס

¹⁷⁴ לדוגמה: ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330 (1992), וכן הרחבת הפרשנות של תניות המגבילות יורש ראשון; יתר על כן, השימוש בעקרון תום הלב בדיני ירושה נעשה רק בסוגיה אחת והיא סוגיית ההסתלקות מירושה. ראו: רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97 (1999); ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120 (1995).

¹⁷⁵ להשוואה: שילה, לעיל ה"ש 115, בעמ' 304, 444 בהתייחסו לפרשנות צוואה.

¹⁷⁶ השוו ליחס שבין השימוש בכללי פרשנות, גמישים ככל שיהיו, לבין השימוש בעקרון תום הלב בבצית פרשנית.

¹⁷⁷ זאת ככל הנראה שלא כדעתו של עלי בוקשפן **המהפכה החברתית במשפט עסקי** (2007), המתאר בחיוב את השתלטות נורמת תום הלב על שטחי משפט אחרים. גישתי אחרת ושוללת השתלטות זו, בוודאי כאשר ניתן להשתמש בכללים פרטניים, גמישים ככל שיהיו, משטח המשפט הרלוונטי.

¹⁷⁸ דהיינו, להותיר לדור הבא ולהותיר לבן הזוג שנותר בחיים.

¹⁷⁹ דברי אזהרה על הטמעתו של עקרון תום הלב בדיני החוזים נשמעו מפי הנשיא (כתוארו אז) לנדוי כבר בעניין **ספקטור**: "קיימות סכנות של ממש בנהיה נלהבת מיד, ללא אבחנה, אחרי מושגים של תום-לב". ראו: ע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**, פ"ד לב(1) 231, 244 (1977); אף השופט חשין בעניין **רוקר** הביע את חששו מעניין חופש ההתערבות של בית המשפט בחופש החוזים, לעומת דעתו של הנשיא ברק. ראו: רע"א 6339/97 **רוקר נ' סלומון**, פ"ד נה(1) 199, 251 (1999); ואני מוסיף: קל וחומר בדיני ירושה.

למוריש השני חוסר תום לב, וזאת אף במקרים שבהם לא קיים את התחייבותו. לטעמי, אי-קיום התחייבות צריך תמיד לגרור התערבות משפטית בדמות סנקציה זו או אחרת כלפי המוריש השני. לאי-קיום ההתחייבות צריכה להיות נפקות משפטית.¹⁸⁰

רביעית, עקרון תום הלב מביא להחלה של הדוקטרינה של כל הרכוש, וזאת לעומת דרישת המחוקק הישראלי כפי שבאה לידי ביטוי בחוק הירושה ובדברי ההסבר ובפרוטוקולים. החלת ההסדר על כל הרכוש, ולא רק על רכושו של המוריש הראשון, מחייבת לטעמי שינוי בחקיקה, ובראש וראשונה מחייבת הבנה של כל ההשלכות הנורמטיביות של שינוי זה, ובעיקר פגיעה קשה בחופש הציווי, בדומה לפגיעתה של דוקטרינה החוזית, ויצירת רגיעה מבחירה בהסדר.

יתרה מזו, לפני תיקון 12 חופש הציווי היה מוגן כערך שאינו ניתן לפגיעה. דומה כי הפגיעה ראוי לה שתהיה באמצעות דוקטרינה ממוקדת, ולא באמצעות עיקרון בעל רמת הפשטה גבוהה אשר עלול להרחיב פגיעה זו מעבר לנדרש ולראוי לפי עקרונות הדין הישראלי.

סיכום

מוסד הצוואות ההדדיות הוא הסדר בין שני פרטים המבקשים לתכנן את חלוקת רכושם, בדרך כלל בינם לבין עצמם ובינם לבין יורשים עתידיים. תכנון חלוקת הרכוש כולל אפוא שני שלבים. משמעות הדברים היא כי המוריש השני יהיה כבול להסדר, וממילא ייפגע חופש הציווי שלו.

תיאור מערכת היחסים שבין המוריש הראשון לשני, או ליתר דיוק מעמדו המשפטי של המוריש השני בקשר לנכסים המצויים בסל ההסדר, הוא לב תיאור הסדר הצוואות ההדדיות.

במאמר זה ביקשתי לבחון ולנתח מסגרות משפטיות אפשריות לתיאור מערכת היחסים שבין עורכי צוואות הדדיות בנוגע לנכסים הכלולים בהסדר. ביקשתי לבחון כיצד כל מסגרת מטפלת מבחינה דוקטרינרית בסוגיית הצוואות ההדדיות, ומה מעמדו של המוריש השני כלפי נכסים המצויים בסל הסדר הצוואות ההדדיות. כל המסגרות מבקשות, מחד גיסא, להתמודד עם הפגיעה בעקרון חופש הציווי, ולשמור, מאידך גיסא, על יציבותו וודאותו של הסדר הצוואות ההדדיות. עם זאת, ישנם הבדלים מהותיים ביניהן.

¹⁸⁰ בעניין **זמיר**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 19, ציינה השופטת נאור כי "אבן פינה בניתוח של השופט ברק בפרשת **מלמד** ובספרו הוא כי היורש שנותר בחיים פעל שלא בתום לב [...] אין לדעתי שום נתון ממנו ניתן ללמוד שהמנוח פעל כלפי ילדיו מהנישואים הראשונים שלא בתום לב"; ראו שם, לתשתית העובדתית שלא נפגע תום הלב; כן ראו: דעת השופט ג'ובראן, שם, בעמ' 36.

הדוקטרינה החוזית נראית מתאימה ביותר לתיאור מערכת היחסים האמורה מכמה סיבות: שיח חוזי, פעולה משפטית דו-צדדית, דיני פרשנות לצוואות הדדיות השונים מדיני פרשנות לצוואה רגילה ועוד. עם זאת, לדוקטרינה זו ישנם שני מאפיינים ברורים המכשילים את תיאור יחסי שני המורשים בינם לבין עצמם ויחסיהם עם היורשים העתידיים: הראשון, ההתעקשות והדבקות בקיומו של חוזה. השני, כניסה קשיחה להסדר הדורשת את קיומם והוכחתם של יסודות חוזיים.

דוקטרינה נוספת אשר יכולה לתאר את היחסים שבין המורשים ואת היחסים בינם לבין יורשים עתידיים היא דוקטרינת עשיית עושר ולא במשפט. דוקטרינה זו אינה דורשת את קיומם של יסודות החוזה כדי להביא לתוצאות משפטיות. דוקטרינה זו מאפשרת פתחי יציאה רחבים מההסדר ולכן פגיעתה בחופש הציווי קטנה מפגיעתה של הדוקטרינה החוזית.

השימוש בדוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית, על קשייה, הביא ליצירתה של דוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, המהווה שכלול ושיפור לעומת הפתרון שקדם לה. דוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, כדוקטרינה שממנה צמחה, אינה מציעה פתרון מיטבי מכמה סיבות. ראשית, הדינים השונים מבקשים לשמר זיקה בין מוסד זה לבין דיני הנאמנויות הרגילות ודרישה זו מהווה עקב אכילס תמידי. שנית, מוסד זה יכול לתאר את היחסים המשפטיים שבין המורשים רק אם ניתן להוכיח את קיומו במקרה נתון. כאמור התקיימותו מותנית בקיומם של יסודות חוזיים. ברור שבמקרים שבהם אין אפשרות לעשות זאת בשל קשיי הוכחה, המוסד אינו יכול לבסס את היחסים המשפטיים שבין המורשים, השותפים להסדר הצוואות ההדדיות.

בחינת הדין הישראלי מלמדת, ללא ספק, כי המסגרת המתארת בצורה הטובה ביותר את ההסדר בדין הישראלי היא דוקטרינת עשיית עושר ולא במשפט. היעדר הצורך בהוכחת יסודות חוזיים להסדר אינה מוטלת בספק הן לאחר מות המוריש הראשון הן לפני מותו. אם מי שנותר בחיים משני המורשים רוצה לכתוב צוואה חדשה הסותרת את זו שכתבו שני בני הזוג, עליו להשיב לעיזבון המוריש שנפטר את מה שירש. כלל זה משקף עקרון עשיית עושר. ודוק, עליו להשיב את מה שירש ותו לא. הבחירה של הדין הישראלי בקונסטרוקציה של עשיית עושר, ולא בקונסטרוקציה חוזית, לא נעשתה באקראי. הרציונל שביסוד בחירה זו הוא הסדרת מוסד הצוואות ההדדיות תוך פגיעה מזערית בעקרון חופש הציווי.

ניתוח נכון של הדין הישראלי מלמד כי הדין הישראלי, על אף הכרתו בנרטיב של מוסד הצוואות ההדדיות, מבקש למזער את הפגיעה בעקרון חופש הציווי. הדין הישראלי מבקש לכבד את בכורתו של עקרון חופש הציווי. רוצה לומר, לאחר עריכת ההסדר, בחיי שני המורשים, עקרון חופש הציווי גובר בבירור על ההסתמכות ההדדית של שני עורכי הצוואה ושל שתי הצוואות. בכורה זו נותנת אותותיה אף בהסדר לשלב שלאחר מות המוריש הראשון, המאפשר הסתלקות של המוריש השני

מן ההסדר בכפוף כמובן להחזרת מה שירש מן המוריש הראשון. אף תחימת ההסדר לבני זוג בלבד קשורה לרציונל זה. רגישות זו לעקרון חופש הציווי אינה מובטחת בתיאור היחסים על ידי הדוקטרינות האחרות.

אין ספק שעיצוב הסדר אשר אינו מגשים במלואה את תכליתו לשמר את ההון המשפחתי בכללותו, ירתיע רבים מלבחור בו. אולם זה ה"תשלום" אשר בחר הדין הישראלי לשלם כדי למזער את הפגיעה בחופש הציווי. דין אשר אינו רוצה לפגוע כלל בחופש הציווי, לא יכיר במוסד הצוואות ההדדיות, אשר הנרטיב העיקרי שלו מבקש לכבול את המוריש השני. אני סבור כי עיצוב ההסדר בדין הישראלי הוא הטוב ביותר מקרב העיצובים הקיימים כיום בשיטות המשפט השונות והנשלטים על ידי דוקטרינות שאינן מבוססות על עקרון עשיית עושר ולא במשפט, כפי שתוארו בהרחבה במאמר.

ההתמודדות שבאה לידי ביטוי בתיקון 12 לחוק הירושה בכל הנוגע לחופש הציווי, הביאה לידי חידוש גדול בדין הישראלי, אשר עד התיקון נמנע מלפגוע בחופש הציווי ותפס את חופש הציווי כערך קוגנטי. הפגיעה בחופש הציווי בתיקון 12 היא הפגיעה המזערית ביותר שניתן להשיג בדין המבקש לאמץ את הסדר הצוואות ההדדיות. לכן תמוהה בעיניי ואף שגויה דרכה של הפסיקה הישראלית מאז נכנס לתוקף תיקון 12 בכל הנוגע לצוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון. בכל הנוגע לשאלה המרכזית, אם ניתן להגביל את חופש הציווי של המוריש השני, עולה מהפסיקה כי אין הבדל, או לכל היותר יש הבדל זניח, בין צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון ובין צוואות הדדיות שנערכו לאחריו. לכאורה עולה מפסקי הדין כי לדעת הפסיקה היה ניתן לכבול את המוריש השני אף לפני התיקון. כלומר אף לפני התיקון היה ניתן לפגוע בחופש הציווי.

גישה זו אינה עולה בקנה אחד (בלא קשר לצדקתה הנורמטיבית) עם הדין הישראלי שהיה בתוקף לפני תיקון 12. דין זה לא התיר פגיעה בחופש הציווי, ואף בתיקון עצמו התיר זאת במשורה. גישת הפסיקה, לדעתי, וכאמור במאמר, אינה אפוא נכונה, אינה תואמת את הדין הישראלי ואינה תואמת את תכלית תיקון 12. לדעתי, תיקון 12 ביקש, לראשונה, לפגוע בחופש הציווי לטובת תכלית אחרת, והיא מתן אפשרות לתכנוני רכוש בין בני זוג.

לכן, צוואות הדדיות לפני התיקון לא יכלו לכבול את המוריש השני ואילו צוואות הדדיות לאחר התיקון יכולות לעשות כן. תיקון 12, לראשונה, פגע בקוגנטיות של חופש הציווי, אם כי במשורה. ייתכן, וסביר, כי לאור התיקון רבו המבקשים להחיל דוקטרינה (שמעלותיה בעיניהם טובות יותר) אשר תפגע אף יותר בחופש הציווי. האם זוהי תחילת הדרך לפגיעה חמורה יותר בקוגנטיות של חופש הציווי? האם יש מקום מבחינה נורמטיבית לעיגון בדין של הסכמים אשר יסייעו עוד יותר לתכנונים רכושיים במחיר פגיעה בחופש הציווי? האם השיטה הישראלית בשלה לכך? ימים יגידו.

