

הסכמים זוגיים וצוואות הודיות - כלים שלובים בשירות הפרקטיקה

מאת

יוסף מנדלסון • עירית רייך-זיו

במסגרת מאמר זה נציע פיתרון לדילמה העולה פעמים רבות במסגרת הסכמים בין בני זוג (הן הסכמי טרום זוגיות והן הסכמי פרידה), כאשר בני זוג מבקשים לשלב בהסכמות ביניהם הוראות המתייחסות הן למצב של פרידה והן למצב של פטירת מי מהם, בין באופן כללי ובין באופן פרטני.

כדי להמחיש את הבעיה נביא את הדוגמה הבאה, המוכרת היטב לעוסקים בפרקטיקה - בני זוג המצויים בהליכי משא ומתן לגירושין, מוצאים עצמם במצב של "דד-לוק" בעקבות אי-הסכמות באשר לאופן חלוקת הנכסים ביניהם. למותר לציין, כי ברקע ההיבטיות בין בני הזוג עומדים, בנוסף לפנים ולאיינטרסים הכלכליים, אף פנים ואיינטרסים רגשיים וסבוכים, לרבות חששות כי נכסים או כספים שהיו בעבר משותפים יגיעו בסופו של יום לידי צדדים שלישיים. במקרים רבים, כאמור, הוצאת העוקף מן הסיטואציה נעשית באמצעות פתרונות יצירתיים הקשורים לרוב לילדי בני הזוג (או לבני משפחה אחרים). לעיתים, בני הזוג מוותרים באופן מיידי על נכסים מסוימים לטובת ילדיהם המשותפים, אך לרוב בני הזוג אינם מעוניינים "להתפשט" מנכסיהם בעודם בחיים ולכן הם מבקשים לפתור את המחלוקת ביניהם באמצעות התחייבות להעברת נכסיהם (או חלק מהם) לאחר פטירתם לילדים המשותפים. אלא, שבמקרים כאמור עולה החשש, כי הוראות ההסכם העוסקות בפטירה לא תכובדנה, שכן יש בהסדר משום התנגשות עם הוראת סעיף 8(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: "חוק הירושה"), האוסר על עסקאות בירושה.¹

דילמה דומה מתעוררת בהסכמי טרום נישואין או טרום זוגיות, בהם מבקשים בני הזוג לקבוע הסדרים אשר יחולו במצב של פקיעת הקשר עקב פטירה. בפרט הופכת הבעיה לחמורה, כאשר בני הזוג מבקשים להבחין בין מצב של פקיעת הקשר עקב פרידה לעומת מצב של פקיעת הקשר עקב מוות, ולקבוע הסדרים שונים לכל אחד מהמצבים. גם הסדרים כאלו עשויים להיתפס כמנוגדים להוראות סעיף 8(א) לחוק הירושה.

למעשה, בבסיס הסוגיה בשני המקרים עומד הקונפליקט בין רצונם של בני זוג להסדיר את יחסיהם הרכושיים במצב של פטירה בדרך חוזית ובין המגבלות הקבועות בסעיף 8(א) לחוק הירושה.

1. 8. (א) הסכם בדבר ירושתו של אדם וויתור על ירושתו שנעשו בחייו של אותו אדם - בטלים".

במאמר שפורסם לפני כשנה על-ידי פרופ' שחר ליפשיץ,² מתייחס פרופ' ליפשיץ בין השאר אף לדילמות האמורות. בסיס מאמרו של פרופ' ליפשיץ בעניין זה עוסק בשאלת היחס בין הוראת סעיף 8 לחוק הירושה ובין הוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג.

נקדים את המאוחר ונציין, כי במסגרת רשימה זו נבקש לשכנע, כי את הקונפליקט האמור ניתן לפתור באמצעות שימוש בצוואות הדדיות, על פי הוראת סעיף 8א לחוק הירושה. הפתרון, לעניות דעתנו, הוא שילובם של הסכם ממון וצוואה הדדית יחדיו, באופן בו יוכלו בני הזוג להתגבר על סעיף 8א) לחוק הירושה ולקבוע הוראות הן למקרה של פירוד והן למקרה של מוות. כפי שיפורט בהמשך רשימה זו, הלגיטימיות לפתרון המוצע על ידינו מבוססת הן בחוק יחסי ממון בין בני זוג, התש"ל-ג-1973 (להלן: "חוק יחסי ממון") והן בפסיקתו של בית המשפט העליון באשר לסעיף 8א) לחוק הירושה.

מאמרו של פרופ' ליפשיץ בנקודה זו מבוסס על בע"מ 7468/11 פלוני נ' אלמונית.³ על בסיס עניין פלוני ופסקי דין נוספים⁴ יוצר פרופ' ליפשיץ מספר הבחנות. האחת, בין הסכמים מדירים לבין הסכמים הכוללים הענקות; השנייה, בין הסכמים בין בני זוג נשואים ובין הסכמים בין בני זוג ידועים בציבור. כפי שנפרט בהמשך, הבחנות אלו אינן רלוונטיות לרשימה זו, שכן הפתרון המוצע על-ידינו מתאים לכל סוגי ההסכמים ולכל סוגי הזוגות כאחד.

הנקודה הרלוונטית לרשימה זו, העולה במסגרת מאמרו של פרופ' ליפשיץ, נוגעת בעיקר להמלצותיו הפרקטיות של פרופ' ליפשיץ.

תחילה מתייחס פרופ' ליפשיץ להסכמי ממון מדירים. בקשר להסכמי ממון מסוג זה, המלצותיו של פרופ' ליפשיץ הן ברורות וחד משמעיות - על מנת שהוראות הסכם הממון אשר עוסקות בהדרה תהיינה בעלות תוקף בעת פטירה, יש לערוך בד בבד עם הסכם הממון המדיר אף צוואה "המגבה" את ההוראות האמורות:

"הנה כי כן, פסיקה זו מבהירה כי תכנון כלכלי של המוות מחייב הן הסכם ממון שבו ייקבע בהסכמה היקף העיזבון, והן צוואה, שבה יצווה המנוח כיצד יחולק עזבונו. עורך דין, אשר במקרה הטיפוסי שתואר לעיל (שבו הצדדים מבקשים ליצור

2. שחר ליפשיץ "הסדרה חוזית של יחסי הממון בין בני זוג לעת מוות", הון משפחתי 1א (אפריל 2014) עמוד 33 (להלן: "מאמרו של פרופ' ליפשיץ").

3. בע"מ 7468/11 פלוני נ' אלמונית, נבו (2012) (להלן: "עניין פלוני"). עניין פלוני עוסק בבני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים וערכו הסכם הפרדה רכושית (שלא אושר בבית המשפט). בהסכם נקבע, כי במקרה של פירוד מכל סיבה שהיא, לא תהיינה למי מן הצדדים טענות או תביעות כלשהן כנגד רעהו. באותו מקרה, הבעל לא ערך צוואה בנוסף להסכם הממון ולאחר פטירתו ביקשה האשה לקבל מחצית מעזבונו בעלה המנוח. לאחר שלושה גלגולים דיוניים, קיבל השופט הנדל בבית המשפט העליון את טענות האשה, וזאת לאור ההבחנה שבין זכויותיה מכוח חוק יחסי ממון לעומת זכויותיה מכוח חוק הירושה.

4. פרופ' ליפשיץ מפנה במאמרו בין השאר לתמ"ש (ת"א) 32240/96 פני פרידל בן דרור נ' עו"ד אמנון בן דרור, מנהל עיזבון המנוח בן דרור תק-מש 2)99, 1; ע"א 169/83 שי (שרעבי) נ' שי (שרעבי) פ"ד (לט)3) 776 (1985); ת"ע (י-ם) 289/97 אחרים נ' אחרים, נבו (1999); תמ"ש (ת"א) 37302-02-10 א' נ' ג', תק-מש 2)2012) 248; תמ"ש 5290/07 ר. נ' ר. (לא פורסם); תמ"ש (ת"א) 41530/07 פלוני נ' פלונית, נבו (2007).

הפרדת רכוש מלאה) יסתפק בעריכת הסכם ממון הקובע הפרדה בעת פטירה או מוות ויימנע מלערוך צוואה, יכשיל את מימוש רצונו האמיתי של המנוח.

...

אם כן, בעקבות פסק הדין בעניין פלוני נ' אלמונית הצעתנו החד-משמעית לעורכי הדין האמונים על הפיכת רצון הצדדים למסמכים בעלי תוקף משפטי, היא לגבות "הסכם מדיר" בצוואה.⁵

בהמשך, מתייחס פרופ' ליפשיץ להסכמי ממון הכוללים הענקות, לרבות בעת פטירה. עמדתו של פרופ' ליפשיץ באשר להוראות הענקה בהסכם ממון במקרה של פקיעת הקשר עקב פטירה היא, כי:

"מדובר במקרה מובהק של הסכם המגדיר את היקף העיזבון."⁶

לפיכך לדידו, להוראות המתייחסות להענקות יש תוקף בעת פטירה אף אם לא נערכה צוואה בנוסף להסכם הממון. עם זאת, אף פרופ' ליפשיץ מודה, כי מסקנה זו אינה חפה מספקות והוא מציג עמדות שונות בקשר לכך.⁷ אשר על כן, אנו סבורים, כי אף לפי מאמרו של פרופ' ליפשיץ, גישה פרקטית זהירה ואחראית מחייבת גם במקרה כאמור עריכת צוואה בד בבד עם עריכת הסכם הממון.

המקרה השלישי אליו מתייחס פרופ' ליפשיץ עוסק בהסכמי ממון הכוללים הוראות נפרדות ושונות למצב של פקיעת הקשר עקב פרידה לעומת מצב של פקיעת הקשר עקב פטירה. בקשר להסכמים אלו, עמדתו של פרופ' ליפשיץ, לאחר שהוא מודה כי "התלבטתי רבות", היא כי:

"ההכרה בהסכמים הקובעים הסדר רכושי לעת מוות והסדר אחר לעת פרידה אינה מנוגדת לתכליתו של סעיף 8(א)."⁸

אנו סבורים, במיוחד לאור התלבטותו הרבה של פרופ' ליפשיץ בשאלה זו ולאור העמדות הנוספות שהוא מציג במאמרו,⁹ כי אף בסוג זה של הסכמים, פרקטיקה זהירה ואחראית מחייבת עריכת צוואה "המגבה" את הסכם הממון לגבי ההוראות העוסקות במקרה של פקיעת הקשר עקב פטירה.

לבסוף מתייחס פרופ' ליפשיץ אף להסכמים הנערכים בין בני זוג שאינם נשואים. בעניין זה מגיע פרופ' ליפשיץ, בסופו של יום, לאחר ניתוח מעניין ומפורט, לאותן המסקנות שפורטו

5. עמודים 46-47 למאמרו של פרופ' ליפשיץ.
6. שם, עמוד 48.
7. שם, עמודים 38-41.
8. שם, עמוד 49.
9. שם, עמודים 38-41, 48-51.

לעיל באשר להסכמים בין בני זוג נשואים (הגם שלמסקנות אלו הוא מגיע כמובן מנימוקים שונים, אך לצורך רשימה זו רלוונטיות ההמלצות הפרקטיות בלבד).¹⁰

הנה כי כן, המסקנה הפרקטית העולה ממאמרו של פרופ' ליפשיץ באשר לנקודה זו (בשונה מן המסקנות האקדמאיות) הינה, כי עורך דין אחראי וזהיר, המבקש להבטיח את הוראות הסכם הממון מכל סוג שהוא ולגבי כל סוגי הזוגות, ראוי לו כי יקפיד על עריכת צוואה "המגבה" את הוראות הסכם הממון (הכלליות ו/או הספציפיות) המתייחסות למקרה של פטירה.

בעניין זה יש לציין, כי אף אם עמדתו של פרופ' ליפשיץ היא, כי חלק מן המקרים אינם דורשים "גיבוי" של צוואה על מנת שההוראות הכלולות בהם תהיינה ברות תוקף מבחינה משפטית במקרה של פטירה (ואיננו מביעים עמדתנו במסגרת רשימה זו בקשר לכך), הרי שבעניין אחד ודאי אין חולק - מטרתם של בני זוג הפונים לעורך-דין לשם עריכת הסכם הינה למנוע מראש מחלוקות וליצור ודאות. היעדר צוואה "המגבה" את הוראות ההסכם במקרה של פטירה יוצר, לכל הפחות, מקום להעלאת טענות על-ידי הנוטר בחיים או על-ידי קרובי הנפטר. אף אם בסופו של יום תידחנה הטענות, וההוראות הקבועות בהסכם תיאכפנה כפי שהן, הרי שעד להשגת "היעד המיוחל" יידרשו הנוטר בחיים וקרובי משפחתו של הנפטר להיאבק אלו באלו בבית משפט, על כל העלויות הנפשיות והממוניות הכרוכות בכך. לפיכך, אף אם בסופו של יום יקוים ההסכם כפי שניסח אותו עורך הדין אליו פנו הצדדים בתחילת התהליך, הרי שבדין "המוצר" אותו ביקשו בני הזוג לרכוש - "שקט וודאות" - לא סופק. לפיכך, אף אם עמדתו של פרופ' ליפשיץ נכונה דה-יורה, הרי שעד לקביעת הסדרים ברורים בחקיקה, או לחילופין עד להכרעה משפטית תקדימית ברורה בבית המשפט העליון (כפי שסבור פרופ' ליפשיץ כי ראוי שיעשה¹¹), הרי שדה-פאקטו, מבחינה פרקטית, עורך דין המבקש לספק ללקוחותיו שירות מקצועי אחראי מלא, לרבות מניעת חילוקי דעות עתידיים, מומלץ כי יוודא כי הוראות הסכם הממון המתייחסות לעת פטירה "תגובנה" בצוואה.

אלא, שבעריכת צוואה לא סגי, שכן, כידוע, חופש ההורשה הינו זכות שהועלתה על נס במשפט הישראלי והמצווה ראשי לשנות את צוואתו בכל עת. הדירות הצוואה ואופיה הנייד (דהיינו, היכולת לשנותה ו/או לבטלה בכל עת) הם עקרונות בסיסיים בדיני הירושה.¹²

10. למעט התייחסות מבדילה באשר לסוג השלישי של ההסכמים (דהיינו, הסכמים בהם התייחסות לסיטואציה של פקיעת הקשר עקב פרידה שונה מההתייחסות לסיטואציה של פקיעת הקשר עקב מוות) ואשר לגביהם סבור פרופ' ליפשיץ, כי יש להבחין בין הסכמים כאמור שאושרו בבית המשפט לעומת הסכמים שלא אושרו, כאשר לגבי האחרונים סבור פרופ' ליפשיץ כי הם דורשים עריכת צוואה בד בבד עם עריכת ההסכם (ראו עמוד 52 למאמרו של פרופ' ליפשיץ). מכל מקום, וכפי שפורט לעיל, אנו סבורים, לאור העמדות השונות שהוצגו במאמר, כי פרקטיקה זהירה ואחראית מחייבת בשתי הסיטואציות עריכת צוואה במקביל לעריכת הסכם הממון - בין אם אושר ובין אם לאו.

11. עמוד 59 למאמרו של פרופ' ליפשיץ.

12. ראו למשל: ע"א 4402/98 מלמד נ' סולומון, פ"ד נג(5) 703, 710 (להלן: "הלכת מלמד"); בע"מ 10807/03 זמיר נ' גמליאל, פ"ד סב(1) 601, סי' 16 לפסק דינה של השופטת נאור וסעיף 4 לפסק דינה של השופטת ארבל (להלן: "הלכת זמיר"); קורינאלדי, דיני ירושה צוואות, ירושות ועזבונות, (מהדורה שניה, 2012) 215 (להלן: "קורינאלדי, דיני ירושה"); ראו ש' קריצר, "אי הכרה בחוזי ירושה - האמנם כלל חסר ערך?" חוקים ד', 2012 34-35 (להלן: "קריצר, אי הכרה בחוזי ירושה").

הצוואה אינה מחייבת את המצווה ואין לה תוקף אופרטיבי עד לפטירתו.¹³ המצווה אינו מחויב ואינו כבול להוראות הצוואה והוא רשאי לשנותה לפי שיקול דעתו הבלעדי (כל עוד הוא כשיר לכך) עד ליום פטירתו. אף חוק הירושה קובע (בסעיף 36), כי המצווה רשאי בכל עת לבטל את צוואתו.

אם לא די בכך, הרי שכל ניסיון לכבול את המצווה, בין אם על-ידי ויתור שעשה המצווה על ירושתו ובין אם על-ידי התחייבות של המצווה כי לא ישנה את צוואתו או כי לא יבטלה, אינו בר תוקף (לאור סעיף 8א) לחוק הירושה האוסר על עסקאות בירושה וכן לאור סעיף 27 לחוק הירושה הקובע, כי התחייבות לעשות צוואה אינה תופסת¹⁴. מגבלות אלו מקורן בתפיסה העומדת בבסיס דיני הירושה, לפיה זכותו של אדם לעשות בעזבונו לפי רצונו וזאת עד יומו האחרון.¹⁵ ויתור על ירושתו של אדם או כבילתו בהקשר לירושתו, נתפסת לפי השקפת עולמו של המחוקק הישראלי, כעניין ספקולטיבי ובלתי מוסרי¹⁶ והיא, כאמור, אינה בת תוקף ואינה אכיפה.

לעניינו ברי, כי אף אם הצדדים יתחייבו במסגרת ההסכם כי תיערכנה צוואות אשר "תגבנה" את ההוראות הקבועות בהסכם באשר למקרה של פטירה, הוראות אלו אינן ברות אכיפה, ואף אם הצדדים יפעלו על-פיהן, הרי שכל אחד מהם יוכל בעתיד לשנות את צוואתו לפי רצונו ושיקול דעתו הבלעדי, אף ללא ידיעת הצד השני.¹⁷

אשר על כן, אף הפיתרון של "גיבוי" הסכם הממון בצוואה אינו פותר את הבעיה, שכן הצדדים חופשיים לשנות כל אחד את צוואתו ובכך לאיין (בוודאות לפחות בחלק מן

13. כך למשל, ציין השופט זילברג בע"א 148/52 **כספריוס נ' כספריוס**, פ"ד ח, 1289, 1292: "ומה נשתנתה פעולה זו - הצוואה - מכל הפעולות המשפטיות? השצוואה היא - כפי שנראה להלן בפסקא 11 - מין יצור נייד, 'אמבולטורי', המלווה את המצווה עד יומו האחרון. מפיו (של המצווה) היא חיה, ובהבל פה היא מתה, כל חייו ניזונת היא משתיקתו של יוצרה-מחוללה, והוא - בעצם שתיקתו ואי ביטולה - מחדש כאילו בכל יום תמיד את מעשה היצירה שלו, ועם רגעו האחרון טובע בה את הגושפנקא הסופית, המקנה לה עצמה ועצמאות...". וראו גם, קורניאלדי, **דיני ירושה** 215; קיסטר "מהות הצוואה (לפי המשפט הקיים ולפי הצעת החוק)" **הפרקליט** יז 16, 17; קריצר, **אי הכרה בחוזי ירושה** 12; Atkinson, *Handbook of The Law of Wills*, 2 (2nd ed., 1953).

14. "27. (א) התחייבות לעשות צוואה, לשנותה או לבטלה או שלא לעשות אחת מאלה - אינה תופסת".

15. ראו, י' מנדלסון, "סעיף 8א לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, הדין המצוי - הרצוי" (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, 1998) 7; א' בלכר-פריגת "עוד שהמוות יפריד בינינו" על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי", **ספר מנשה שאוה מחקרים במשפט לזכרו** (א' ברק וד' פרידמן עורכים, תשס"ו) 501-505; קריצר, **אי הכרה בחוזי ירושה** 8-12.

16. כך צוין בדברי ההסבר להצעת חוק הירושה (משרד המשפטים, תמוז התש"ב, יולי 1952) (להלן: "הצ"ח **התשי"ב**") בעמוד 48: "יש לראות כספקולציה בלתי רצויה ואף בלתי מוסרית הסכם בדבר ירושה עתידית וויתור על ירושה כזאת, ויש לאסור עסקאות כאלה".

17. כידוע, פעולת עריכת הצוואה היא סודית. אף אם המצווה הפקיד את צוואתו אצל הרשם לענייני ירושה, קיימת חובת סודיות באשר לקיומה של הצוואה ותוכנה. כך קובעת תקנה 5א לתקנות הירושה, התשנ"ח-1998: "צוואות וזכרונות דברים על צוואות שבעל פה שהופקדו אצל רשם לענייני ירושה, וכל התיקים והרישומים הנוגעים להם, לרבות המרשם הארצי, יישמרו בסוד וכל עוד המצווה בחיים לא תימסר כל ידיעה עליהם". גם עורך הדין אצלו נערכה הצוואה מחויב בחובת סודיות כלפי המצווה, מכוח סעיף 90 לחוק לשכת עורכי הדין: "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, לא יגלה אותם עורך הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסיונותם".

המקרים) את הוראות ההסכם. אף פרופ' ליפשיץ מודע לבעיה זו ומציין מפורשות לגבי הסכמים אשר לדידו דורשים "גיבוי" של צוואה על מנת שההוראות הקבועות בהם לגבי פטירה תהיינה ברורות תוקף, כי:

"... משום כך הצענו לעורכי הדין העוסקים בתחום לגבות הסכמים מסוג זה בצוואות ולהעמיד את הצדדים על ההבחנה בין תוקפן של הוראות הסכמיות, שלא ניתן לחזור מהן ללא הסכמת בן הזוג, לבין תוקפה של הוראה בצוואה, שאותה יכול המצווה לבטל או לשנות באופן חד צדדי"¹⁸ (ההדגשה אינה במקור).

הפיתרון המוצע על-ידי פרופ' ליפשיץ אמנם "מגן" על עורך הדין שייצא ידי חובתו בעת שיבהיר ללקוחותיו את המשמעות המשפטית של עריכת הצוואה כפעולה הניתנת לביטול או לשינוי באופן חד צדדי, אלא שמבחינת בני הזוג, ברי כי מדובר בפיתרון חסר.

כפי שכבר הזכרנו בתחילת רשימה זו, לשיטתנו, הבעיה יכולה לבוא על פתרונה באמצעות שימוש בסעיף 8א לחוק הירושה - דהיינו שילוב של צוואה הודדית עם הסכם הממון. היכולת לפתור את הבעיה באמצעות הצוואה ההודדית נובעת, לדידנו, מהאופי החוזי של הצוואה ההודדית, בניגוד לצוואה "הרגילה".

קודם שנעבור לפירוט הפתרון הפרקטי, ומאחר שהפתרון מבוסס כאמור על האופי החוזי של הצוואה ההודדית, ראינו לנכון לפרט תחילה את הנימוקים להתייחסותנו לצוואה ההודדית כמסמך בעל אופי חוזי.¹⁹

למעשה, קודם להוספת סעיף 8א לחוק הירושה, העוסק בצוואות הודדיות²⁰ על-פי ה"חוק היבשי", החופש לצוות היה מוחלט, והמצווה לא היה רשאי להצר או להגביל את זכותו לשנות את צוואתו, בשום צורה שהיא, גם לא בהסכם או בהתחייבות. למרות זאת, עוד לפני הוספת סעיף 8א לחוק הירושה, הכירה הפסיקה בצוואות הודדיות המהוות (ועל כך ודאי אין חולק) מעין עסקאות בירושה. הנשיא (בדימוס) ברק התייחס לכך בע"א 4402/98 **מלמד נ' סולומון**,²¹ שקדם להוספת סעיף 8א לחוק, וציין, כי לאור אינטרס ההסתמכות שבה, צוואה הודדית דומה לחוזה. גם בע"מ 10807/03 **זמיר נ' גמליאל**²² (שניתן לאחר הוספת סעיף 8א אך דן בצוואה שנעשתה קודם להוספתו) התייחסה השופטת ארבל לאופי ההסכמי בצוואות הודדיות וציינה בקשר לכך, כי על בית המשפט להתייחס, בין שאר השיקולים, אף לערך של קיום התחייבויות. הנה כי כן, השיח החוזי בקשר לצוואות הודדיות "היה על השולחן" אף קודם להוספת סעיף 8א לחוק הירושה.

18. עמוד 58 למאמרו של פרופ' ליפשיץ.

19. ברשימה זו נתייחס לנימוקים האמורים בקצרה, רק לצורך ביסוס הפתרון הפרקטי שיוצג בהמשך הרשימה. נימוקים אלו, לרבות השלכות המסקנה באשר לאופי החוזי של הצוואה ההודדית, פורטו בהרחבה ברשימה אחרת שנכתבה על-ידינו - "היום שאחרי, המחשבה שלפני" **"עורך הדין"** גיליון מספר 17 (אוקטובר 2012), עמוד 120.

20. תיקון מס' 12, התשס"ה-2005 (להלן: **"תיקון תשס"ה"**).

21. הי"ש 12 לעיל.

22. הי"ש 12 לעיל.

תדפיס מתוך
הון משפחתי 3א (יולי 2015) • 43

לאור הכרת הפסיקה בצוואות הודיות ככלי משפטי לגיטימי²³ ונוכח שכיחות השימוש בהן,²⁴ החליט המחוקק "להרים את הכפפה" ולהסדיר את הצוואה ההודית בחוק. כך, למעשה, נולד סעיף 8א. לא לחינם הוכנס הסעיף העוסק בצוואות הודיות, במסגרת חוק הירושה, מיד לאחר סעיף 8 האוסר על עשיית עסקאות בירושה. סעיף 8א לחוק הירושה מהווה, למעשה, חריג חקיקתי לאיסור הגורף על עשיית עסקאות בירושה. המחוקק אמר זאת מפורשות בדברי ההסבר להצעת תיקון התשס"ה²⁵ ובכך גילה דעתו, כי צוואות הודיות הן עסקה בירושתו של אדם, או במילה אחרת - חוזה.

אף בחינה מהותית של הצוואה ההודית מגלה, כי במובנים מסוימים, היא דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה.

היסוד החוזי המובהק הראשון, העולה אף מנוסח סעיף 8א לחוק הירושה, הינו ההסתמכות. ההסתמכות בני הזוג, האחד על צוואת האחר, היא העומדת בבסיס הצוואה ההודית. בעוד שההסתמכות הינה יסוד בסיסי בדיני חוזים, הרי שבצוואות אין אינטרס ההסתמכות ראוי להגנה.²⁶ יסוד ההסתמכות זר לדיני הירושה, וכאמור, לפחות על-פי השקפת עולמו של המחוקק, הוא אינו רצוי בהם והוא נתפס בקשר להם כספקולטיבי ובלתי מוסרי.²⁷ לפיכך, במובן זה, "דינה של צוואה משותפת דומה לחוזה יותר מאשר לצוואה".²⁸

יסוד חוזי מובהק נוסף, הקיים בצוואות הודיות, הינו אומדן הדעת המשותף וגמירות הדעת המשותפת של המצווים הפועלים יחד בצוואה ההודית.²⁹ בפסיקה נקבע, כי בצוואות הודיות יש להתחשב באומדן הדעת המשותף של שני המצווים.³⁰ "גמירות דעת משותפת", "אומדן דעת הצדדים" ו"מפגש רצונות" הינם מושגי מפתח בדיני החוזים. הצוואה, לעומת זאת, הינה פעולה משפטית חד צדדית.³¹ בניגוד לחוזה, שהינו "דואט" לכל הפחות, הצוואה הינה "שירת יחיד - סולו", מסמך משפטי שביסודו עומד היסוד האישי (סעיף 28א) לחוק הירושה). השופט טירקל בע"א 7735/02 **עזבון המנוח ניסים אלבז נ' יהושע ישועה אהל פז**,³² תיאר את הצוואה באופן המלמד בצורה מובהקת על היותה מסמך אישי ולא הדדי :

"הצוואה היא מסמך מיוחד במינו. היא מסמך משפטי, אך מסמך זה אינו חסר נשמה. הוא כמו מכתב אישי אחרון, ביטוי של משאלות, אהבות, רגשות, ואף חשבונות, היוצאים ממעמקי לבו של אדם המהרהר במותו ובמה שיקרה אחרי מותו."

23. ראו, למשל: ע"א 576/72 שפיר נ' שפיר, פ"ד כז (2) 373.
24. 20% מהצוואות בישראל, כך לפי דברי ההסבר להצעת תיקון התשס"ה, בעמוד 130.
25. שם.
26. ראו, למשל: הלכת מלמד; א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ה: פרשנות הצוואה) 53-56 (להלן: "ברק, פרשנות הצוואה").
27. ראו הי"ש 16 לעיל.
28. ברק, פרשנות הצוואה, 68.
29. ראו הלכת מלמד.
30. ראו, השופט ארבל בהלכת זמיר; בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר [21.6.2005] (להלן: "הלכת לרנר").
31. ראו, בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני [2.8.2012].
32. ע"א 7735/02 עזבון המנוח ניסים אלבז נ' יהושע ישועה אהל פז, פ"ד נח(3) 161, 165.

עוד דומה הצוואה ההדדית לחוזה, בהיותה מסמך המשותף ליותר מאדם אחד. החוזה, מטיבו, הינו מסמך בו נוטלים חלק מספר מתקשרים במשותף. בצוואה, לעומת זאת, השתתפות זוכה בעריכתה, בין בפועל ובין בלקיחת חלק אחר בעריכתה, תביא לביטול הוראות הצוואה המזכות אותו (סעיף 35 לחוק הירושה).

דמיונה של הצוואה ההדדית לחוזה בא לידי ביטוי גם במגבלות על ביטולה, ועל כך נרחיב בהמשך. בשלב זה רק נציין, כי סעיף 8א לחוק הירושה, בדומה לסעיפים 7 ו-8 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשלי"א-1970 (להלן: "חוק החוזים תרופות"), קובע תנאים לביטול הצוואה ההדדית. אמנם בחוזה מותנית זכות הביטול בהתנהגות הצד השני (בהפרה) ואילו בצוואה ההדדית מדובר בזכות אוטונומית המותנית (לכאורה ולכך נתייחס בהמשך) בהשבה בלבד, אך מדובר בשוני מהותי לעומת הצוואה "הרגילה", אשר זכות המצווה לשנותה או לבטלה מהווה עקרון יסוד בדיני הירושה.³³

יסוד חוזי נוסף, הבא לידי ביטוי בצוואות הדדיות, הינו תחולת עקרון תום הלב. אין צורך להכביר במילים על היות עקרון תום הלב, עיקרון מרכזי ו"מלכותי" במשפט האזרחי בכלל ובדיני החוזים בפרט.³⁴ לעומת זאת, מקומו בדיני הירושה נותר בסימן שאלה, וללא ספק, לפחות באשר למצווה עצמו, תחולתו מוגבלת. אף הנשיא (בדימוס) ברק, שהעלה על נס את עקרון תום הלב כעיקרון החולש על כלל ענפי המשפט, מסכים, כי "יש בסיס לטענה, כי בעשיית הצוואה על-ידי המוריש אין תחולה לעקרון תום הלב". אמנם, עמדתו היא, כי "גם בדין הצוואות יש לעיקרון זה מקום", אך אף לדידו "מקומו של עקרון תום הלב בצוואות אינו מרכזי כמקומו של עיקרון זה בחוזים".³⁵ גם בעניין זה, הצוואה ההדדית דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה. כך, למשל, ציינה השופטת ארבל בהלכת זמיר, כי במקרים מסוימים ניתן לעשות שימוש בעקרון תום הלב על מנת להגביל את כוחו של מצווה לחזור בו מצוואה הדדית.³⁶

כפי שעולה מהמפורט לעיל, ברי כי הצוואה ההדדית כוללת יסודות חוזיים מובהקים המשפיעים על אופיה ומבדלים אותה מן הצוואה "הרגילה" ומדיני הצוואות.

היסוד החוזי המעניין ביותר לצורך רשימה זו ואשר אליו כבר התייחסנו לעיל בקצרה, הינו המגבלות הקיימות במסגרת סעיף 8א על ביטול הצוואה ההדדית. בעניין זה קובע פרופ' קורניאלדי כי:

"צוואה הדדית שונה במהותה מצוואה רגילה בכך שאין היא נושאת אופי אמבולטורי נייד. לפיכך, רוב התכונות המאפיינות את ניידות הצוואה... אינן חלות על צוואה הדדית."³⁷

33. ראו, סעיף 27 לחוק הירושה וכן עמדתה של השופטת ארבל בהלכת זמיר.
34. ראו, רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פ"ד נה(1) 199, 275 (להלן: "הלכת רוקר"); בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4), 702, 708; ברק, פרשנות החוזה, 213 וכן שלו, דיני חוזים לקראת הקודיפיקציה 411.
35. ברק, פרשנות הצוואה, 76-77.
36. ראו גם הלכת מלמד וכן ברק, פרשנות הצוואה, 72.
37. קורניאלדי, דיני ירושה 230.

ניתן לומר בזהירות, כי על-פי הדין הישראלי, בצוואה ההדדית, בדומה לחוזה, קיים יסוד כבילה מוחלש. על-פי סעיף 8א לחוק הירושה, חזרה מצוואה הדדית בחיי שני המצווים, מחייבת מתן הודעה אודות הביטול (בדומה לביטול חוזה). לחילופין, לאחר פטירת אחד מן הצדדים, חזרה מן הצוואה ההדדית מחייבת "השבה": ככל שטרם חולק העיזבון, חזרה מן הצוואה מחייבת "השבה רעיונית" - הסתלקות, ולאחר חלוקת העיזבון, חזרה מהצוואה מחייבת השבה בפועל. אמנם, בניגוד לחוזה, אשר לצורך ביטולו דרושה למבטל עילת ביטול, ביטול הצוואה ההדדית אינו מותנה בהתנהגות הצד השני או בעילה כלל. עם זאת, מדובר בשוני מהותי לעומת הצוואה "הרגילה", אשר זכות המצווה לשנותה או לבטלה אינה מותנית בדבר (למעט הדרישה כי הביטול ייעשה באחת מן הצורות המנויות בסעיף 36 לחוק). בהקשר לכך, סבור פרופ' קורינאלדי, כי יסוד זה (דהיינו, המגבלות על ביטול הצוואה ההדדית) הוא היסוד המרכזי והעיקרי המשקף את הפן ההסכמי הגלום בצוואה ההדדית.³⁸

ודוק, אמנם בצוואה הדדית, כל אחד מן המצווים יכול לחזור בו מהצוואה, אלא שפעולה זו דורשת אינטראקציה עם הצד השני (מתן הודעת ביטול או השבה). מעורבותו של האחר היא המאיינת את חופש ההורשה בקשר לצוואה ההדדית. ודוק, הרעיון העומד בבסיס חופש ההורשה ואפשרות המצווה לחזור בו אף הוא לכאורה מוגבל באופן מסוים, שכן גם בצוואה "רגילה" המצווה אינו חופשי לבטלה אך ורק לפי רצונו, ועל מנת שהביטול יהא תקף, עליו לעמוד בצורות הביטול הקבועות בסעיף 36 לחוק הירושה. על אף זאת, פעולת הציווי נתפסת כפעולה המאופיינת באופן מובהק בעקרון הניידות. תוכן יסוד הניידות בא לידי ביטוי בכך, שפעולת הביטול אינה דורשת מעורבות של צד שלישי. בכך שונה הצוואה ההדדית מן הצוואה הרגילה.

על הדמיון המהותי והמושגי בין חוזים לצוואות הדדיות בקשר לעקרון הכבילה, ניתן אף ללמוד מסעיף 3 לחוק החוזים תרופות, הקובע חריגים לזכות האכיפה. זכות האכיפה נתפסת כבעלת מעמד בכורה וכזכות המגלמת באופן המובהק ביותר את יסוד הכבילה בדיני חוזים ואת העיקרון, כי "חוזים יש לקיים".³⁹ עם זאת, במקרים מסוימים, צד לחוזה לא יוכל לאכוף את החוזה על הצד השני. סעיף 3 מונה מספר חריגים לזכות האכיפה, במקרים כאמור, יאלץ הצד הנפגע להסתפק בסעדים אחרים (ביטול, פיצויים והשבה).⁴⁰ ברור, כי

38. ש.ס.
39. ראו למשל, דיני"א 2532/13 **בנימיני נ' אזימוב**, נבו (2013), סעיף 13 לפסק הדין (וכן ע"א **אזימוב נ' בנימיני**, נבו (2013) סעיפים 14-15 לפסק הדין); רע"א 1516/05 **למיט אחזקות נ' מנשה ח.אלישר**, נבו (2005); ע"א 9090/10 **שרעבי נ' "עזריאל" מושב עובדים להתיישבות חקלאית**, נבו (2014); די"נ 20/82 **אדרס נ' הרלו**, פ"ד מב(1) 221, 256, 279; הלכת **לרנר** 174, וכן ראו פרידמן וכהן, **חוזים**, כרך ד' (2011) 104-105, 110 (להלן: "**פרידמן וכהן, כרך ד'**"); שלו ואדר, **דיני חוזים - התרופות לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי** (2009) 178-187, 191-194 (להלן: "**שלו ואדר - דיני חוזים - התרופות**"); נ' כהן, "חריג הצדק באכיפת חוזה -מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי", **עיוני משפט** ל"ג (2010) 241; Daniel Friedmann, "Rights and Remedies", in Nili Cohen and Ewan McKendrick (eds), **Comparative Remedies for Breach of Contract** (OUP 2005) 3,3-8.
40. על החריגים לזכות האכיפה ראו פרידמן וכהן, כרך ד' 164-174; שלו ואדר, **דיני חוזים - התרופות** 194-240. פיצויים עשויים להתלוות לאכיפה.

היעדר יכולת האכיפה אינו גורע מסיווגו המשפטי של החוזה או מכוח הזכות החוזית, על אף שהחוזה אינו ניתן לאכיפה.⁴¹

אף באשר למצב שקדם להוספת 8א לחוק הירושה הובעו בפסיקה דעות, כי אלמנט הכבילה (המוחלש) קיים בצוואות הודדיות. כך למשל, העלה הנשיא (בדימוס) ברק בפרשת **מלמד**, את השאלה הבאה:⁴²

”... האין זה ראוי לקבוע כי עם מותו של מצווה אחד בצוואה משותפת והודדית אין המצווה השני יכול לחזור בו מצוואתו המשותפת וההודדית?”

הנשיא (בדימוס) ברק לא קבע במסגרת פסק הדין מסמרות באשר לשאלה זו, עם זאת ברור, כי דעתו אינו נוחה מן המחשבה שכל אחד מן המצווים חופשי לשנות את צוואתו עד ליום פטירתו, וכי “יתוצאה זו קשה היא” לפי תפיסתו.⁴³ בספרו של הנשיא (בדימוס) ברק (שפורסם לאחר שניתן פסק הדין בפרשת **מלמד**) התייחס הנשיא (בדימוס) ברק לסוגיה זו באופן נחרץ יותר וקבע מפורשות, כי כוח החזרה של כל אחד מן המצווים בצוואה ההודדית מוגבל.⁴⁴ אף השופטת ארבל הציגה בפרשת **זמיר** (בדעת מיעוט) עמדה דומה לזו של הנשיא (בדימוס) ברק וקבעה, כי יש מקום להגביל את המצווה מלחזור בו במסגרת צוואה הודדית.⁴⁵

דברים אלו נאמרו באשר לצוואות הודדיות שסעיף 8א אינו חל לגביהן, קל וחומר לגבי צוואות החוסות תחת סעיף 8א הקובע, כאמור, מגבלות מפורשות בקשר לביטול הצוואה ההודדית.

גם בשיטות משפט אחרות בהן מוכרת הצוואה ההודדית, ניתן באופנים שונים ביטוי ליסוד הכבילה (המוחלש) הקיים בצוואה ההודדית ונהוג לראות את כוח החזרה של המצווים כמוגבל.⁴⁶

41. על מעמדה של הזכות החוזית כאשר תרופת האכיפה נשללת, ראו נילי כהן, “תרופות בשל הפרת חוזה - מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי”, **ספר פרידמן** (בעריכת נילי כהן ועופר גרוסקופף, 2008) 57, 78-84.

42. הלכת **מלמד**, סעיף 8 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק.

43. שם.

44. ברק, **פרשנות הצוואה**, 69-70.

45. הלכת **זמיר**, סעיף 20 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראוי לציין, כי עמדת דעת הרוב (שנכתבה על-ידי השופטת נאור) החולקת על עמדה השופטת ארבל נגעה אך ורק לצוואות שנערכו קודם להוספת סעיף 8א לחוק הירושה.

46. ראו למשל:

N.J. Williams **On Wills** (7th ed., vol. I, 1995) 20; Halsbury's **Laws of England/Trusts** (vol. 48 (2007 reissue))/1 Nature and Creation of Trusts/(3) Constructive and Resulting Trusts/(i) Constructive Trusts/A. In general/692. Mutual wills; **Dufour v. Pereria** (1769) 2 Harg. Jurid. Arg. 304; **Birmingham v. Renfrew** (1936) 57 C.L.R. 666; **Pratt et al. v. Johnson et al.** [1959] S.C.R. 102; 1958 S.C.R. Lexis 128, 7

וכן סעיף 2270(1) ל-B.G.B. (ניתן למצוא תרגום לאנגלית באתר:

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p7513)

כאמור, תחולתו של יסוד הכבילה על צוואות הודיות הינה מוגבלת ומוחלטת באופן משמעותי לעומת תחולתו על חוזים. עם זאת, מבחינה מהותית, אפיון הצוואה ההודית אינו נובע מתוכן הכבילה אלא מעצם קיומה ותחולתה על צוואות הודיות (אף אם באופן מוגבל ומוחלט) לעומת היעדר תחולתה על צוואה "רגילה" באופן חד משמעי ומובהק.

אלמנט הכבילה הקיים בצוואה ההודית הינו משמעותי עבור הפתרון הפרקטי המוצע על-ידינו במסגרת רשימה זו, שכן כאמור, היעדר הפתרון ב"גיבוי" הסכם הממון בצוואה נובע מיסוד הניידות וההדירות הקיים בצוואה.

קודם שנעבור לפתרון הפרקטי, אנו מבקשים להעיר הערה נוספת - לא יכול להיות חולק, כי המחוקק, במסגרת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התש"ל-ג-1973 (להלן: "חוק יחסי ממון"), ביקש לאפשר לבני זוג העורכים הסכם ממון לקבוע את שיעשה ברכושם, הן במקרה של פקיעת הזוגיות עקב פרידה והן במקרה של פקיעת הזוגיות עקב פטירת מי מהצדדים. הדברים עולים באופן מפורש מהחוק, שכן סעיף 3(א) לחוק יחסי ממון קובע כדלקמן:

"לא עשו בני הזוג הסכם ממון, ואם עשו - במידה שההסכם אינו קובע אחרת, יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם ממון בעל תוקף שנתמלאו בו הוראות סעיף 2."

דהיינו, במקרה בו בני הזוג לא ערכו ביניהם הסכם ממון, הרי שהחוק רואה בהם כמי שחתמו על הסכם ממון שתוכנו כתוכן הסדר איזון המשאבים הקבוע בפרק השני לחוק יחסי ממון.

עיון בהסדר הקבוע בפרק השני לחוק יחסי ממון מגלה, כי הוא עוסק באיזון נכסים הן במקרה של התרת הנישואין והן במקרה של פקיעת הנישואין עקב פטירתו של אחד מבני הזוג. דהיינו, ברירת המחדל על-פי חוק יחסי ממון עצמו הינה הסדר המתייחס לשני המצבים. במצב דברים זה ברי, כי במסגרת חוק יחסי ממון התכוון המחוקק לאפשר לבני זוג לקבוע בהסכם ממון הסדרים באשר ליחסי הממון ביניהם, הן למקרים של פרידה והן למקרים של פטירה.

התקלה שיצאה תחת ידו של המחוקק הינה היעדר התאמה בין הוראות חוק יחסי ממון ובין הוראת סעיף 8(א) לחוק הירושה. אלא, שאין זה הגיוני ואף לא מתקבל על הדעת, כי היעדר התאמה כאמור יפגע ביכולתם של בני הזוג להתנות על ההסדר הקבוע בחוק יחסי ממון ובמקרה של פקיעת הנישואין עקב פטירת מי מהם - להסדיר את יחסייהם בהסכמה חוזית. פרשנות כזו משמעותה, כי בני הזוג יכולים להתנות על ההסדר הקבוע בחוק יחסי ממון במקרה של פקיעת הנישואין עקב פטירה רק באמצעות עריכת צוואה, שהיא, כמפורט

לעיל, לא מחייבת וניתנת לשינוי בכל עת, אף ללא מתן הודעה לצד השני. זו ודאי לא הייתה כוונת המחוקק.⁴⁷

בעקבות חקיקת סעיף 8א לחוק הירושה, לכאורה ניתן היה לפתור את הבעיה באמצעות עריכת הסכם ממון בד בבד עם עריכת צוואה הודדית, תוך שילוב ו"גיבוי" הוראות ההסכם העוסקות במצב של פטירה בתוך הצוואה ההודדית. אלא (והגם שהצוואה ההודדית כוללת יסודות חוזיים רבים, כפי שפורט לעיל) שיסוד הכבילה הקיים בצוואה ההודדית הינו מוחלש, ועדיין אין בו כדי לפתור את הבעיה באופן שלם, שכן הצדדים אינם יכולים לכלול בצוואה ההודדית הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג.⁴⁸

אשר על כן, לכאורה, הצעתנו לפתרון הבעיה באמצעות צוואה הודדית הינה רלוונטית אך ורק למקרים בהם אחד מבני הזוג הלך לעולמו - שכן רק לגבי סיטואציה זו רשאים הצדדים לקבוע במסגרת הצוואה ההודדית הוראה השוללת את זכותו של הנוטר בחיים לשנות את הצוואה.⁴⁹

לכאורה, לשילוב הצוואה ההודדית עם הסכם הממון, בשלב בו שני בני הזוג עודם בחיים, אין כל עדיפות על-פני הפתרון של עריכת צוואה "רגילה", ואף שהצד השני יהא מודע לביטול (שכן לצורך הביטול כאמור בחיי שני בני הזוג, נדרשת הודעה בכתב, בהתאם לסעיף 8א(ב)(1) לחוק הירושה), הרי שלידיעה זו לכאורה (ולכך נתייחס מיד) אין כל נפקות מבחינתו. דהיינו, לפחות לכאורה, יסוד הכבילה המוחלש הקיים בצוואה ההודדית, הגם שמבחינה מהותית ותפיסתית הוא הופך את הצוואה ההודדית, דה-יורה, לדומה יותר לחוזה מאשר לצוואה, הרי שדה-פאקטו, בשלב בו שני בני הזוג עודם בחיים, אין ביסוד הכבילה המוחלש שבצוואה ההודדית כדי לספק פתרון הולם לבעיה.

כפי שנפרט מיד, הפתרון המוצע על-ידינו נובע ישירות מעקרון הכבילה המוחלש הקיים בצוואה ההודדית - דהיינו, מהצורך במתן ההודעה בכתב, על-פי סעיף 8א(ב)(1) לחוק הירושה לשם ביטולה. בכך טמון הפתרון לבעיה העומדת בפנינו. יתרונה ה"חוזי" של

47. יצוין כי בדו"ח ועדה שבראשה עמד השופט (בדימוס) יעקב טירקל, אשר תפקידה היה לבחון את הוראות חוק הירושה, התייחסה הוועדה לתקלה האמורה. ואכן, בתזכיר חוק דיני ממונות (חלק ירושה), התשס"ו-2006, שפורסם על-ידי משרד המשפטים ואשר במסגרתו אומצו המלצות הוועדה, הצעת החוק תוקנה באופן שסעיפים 8 ו-27 לחוק הירושה אוחדו לסעיף אחד חדש - סעיף 10א(א), אשר לשונו כדלקמן: "פעולה משפטית שבה מתחייב אדם להקנות נכס לאחר, ופטירתו של המתחייב מהווה תנאי או מועד להקניה, לרבות התחייבות לעשות צוואה או להימנע מלעשותה - בטלה". סעיף 10ב(ב) קובע כדלקמן: "הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על הסכם ממון כמשמעותו בחוק יחסי ממון או על יצירת נאמנות".

48. כך קובע מפורשות סעיף 8א(ג) לחוק הירושה: "הוראות סעיף קטן (ב) יחולו אם אין בצוואות ההודדיות הוראה אחרת, ואולם הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג - בטלה".

49. יובהר, הוראת סעיף 8א אינה קובעת מפורשות, כי בני הזוג יכולים לכלול בצוואה ההודדית הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה לאחר פטירת הראשון מביניהם, אלא שמכלל לאו אתה שומע הן - מההוראה המפורשת והספציפית הקבועה בסעיף 8א(ג) לפיה, לא יהיה תוקף להוראה השוללת את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג (והיא למעשה תהא בטלה), אנו לומדים, כי הוראה כאמור, השוללת את הזכות לבטל את הצוואה שלא בחיי שני בני הזוג, דהיינו לאחר פטירת הראשון מבני הזוג - הינה בררת תוקף.

הצוואה ההדדית על-פני הצוואה "הרגילה" הוא בכך שביטולה או שינויה דורשים הודעה בכתב. הצורך במתן הודעה בכתב הוא המאפשר יצירת מנגנון, במסגרת הסכם הממון (שנערך במשולב עם הצוואה ההדדית), הקובע הוראות למקרה של מתן הודעה אודות ביטול הצוואה. ודוק, ההוראות למקרה של ביטול הצוואה ההדדית תוטלנה מכוח דיני החוזים, במסגרת ההסכמות על-פי הסכם הממון, ולפיכך, אין בהן כדי לפגוע בסעיף 8(א) או בסעיף 27 לחוק הירושה (ועל כך עוד נפרט בהמשך).

נבהיר את הדברים: הנחת המוצא היא, כי בני הזוג המבקשים להגיע להסכם ממון, מעוניינים לכבול את עצמם בהסכמות חוזיות מחייבות, באופן שאף אחד מהם לא יוכל לשנותן באופן חד צדדי. לאור זאת ברור, כי אלמלא התקלה שבאי-התאמת חוק יחסי ממון לסעיף 8(א) לחוק הירושה, בני זוג רבים היו עורכים הסכמים הכוללים כבילה הן למקרה של פרידה והן למקרה של פטירה. ודאי אין חולק, כי מקובל על בני הזוג, כי במקרה של הפרת ההסכם על-ידי אחד מהם, הצד הנפגע יהיה זכאי לסעדים הקבועים בחוק החוזים תרופות או לסעדים אחרים, כפי שיוסכם ביניהם במסגרת ההסכם. ודוק, ככל שלא הייתה קיימת אי-התאמה בין חוק יחסי ממון לסעיף 8(א) לחוק הירושה, הרי שסעדים אלו היו עומדים בפני הצד הנפגע מההפרה, הן במקרה של פרידה והן במקרה של פטירה. אלא, שבהיעדר "גיבוי" הסכם הממון בצוואה (או בצוואה הדדית), שההוראות הקבועות בהסכם בטלות במקרה של פטירה, לאור סעיפים 8(א) ו-27 לחוק הירושה.

הרעיון המוצע על-ידינו הינו קביעת הוראות במסגרת הסכם הממון, המתייחסות למצב בו בוטלה הצוואה ההדדית בחיי שני בני הזוג. דהיינו, במסגרת הסכם הממון, הצדדים יהיו מודעים ליכולתו של הצד השני לבטל את הצוואה ההדדית על-פי החוק, כך שהם ייקחו אפשרות זו בחשבון במסגרת עריכת ההסכם ויקבעו בהסכם הוראות ספציפיות וברורות למצב כאמור. הוראות אלו תצאנה אל הפועל במקרה של מתן הודעה מטעם אחד הצדדים אודות ביטול הצוואה ההדדית.

שילוב אלמנט הכבילה המוחלש הקיים בצוואות הדדיות (דהיינו, הצורך במתן הודעה בכתב לצורך ביטול הצוואה בחיי שני המצויים ואפשרות כבילה מוחלטת לאחר פטירת אחד מהם), יחד עם האלמנטים החוזיים הנוספים הקיימים בצוואה ההדדית, כפי שפורט לעיל - ההסתמכות, ההדדיות, אומד הדעת המשותף ותום הלב, הם המאפשרים את שילוב הצוואה ההדדית עם הוראות הסכם הממון, באופן הנותן פתרון מלא להסכמות לגבי מצב של פטירה, הן בשלב ששני בני הזוג בחיים והן בשלב שאחד מהם כבר הלך לעולמו.

למותר לציין, כי ההוראות שייקבעו בהסכם הממון למקרה של ביטול הצוואה ההדדית לא יהיו נוחות לצד המבטל, באופן שירתיע את בני הזוג מלבטל את הצוואה ההדדית. דהיינו, בני הזוג יקבעו במסגרת הסכם הממון, כי אופן חלוקת הרכוש ביניהם, במקרה של מתן הודעה אודות ביטול הצוואה ההדדית, יהיה שונה לרעת הצד המבטל, לעומת אופן חלוקת הרכוש הקבועה למצב אליו כיוונו הצדדים לכתחילה, בו הצוואה ההדדית עומדת בתוקפה בד בבד עם ההסכם הממון.

הפתרון המוצע במסגרת ההסדר האמור אינו נוגד את סעיף 8(א) לחוק הירושה, משום שההוראות הנוגעות למצב של פטירה מוסדרות ו"מגובות" בצוואה ההדדית, והוא אף אינו נוגד את סעיף 27 לחוק הירושה, משום שהוא אינו כולל התחייבות שלא לשנות את הצוואה

או שלא לבטלה; ההיפך הוא הנכון - ההסדר החוזי מביא בחשבון את העובדה כי הצדדים יכולים ורשאים לבטל את הצוואה ההדדית וקובע הוראות ספציפיות מוסכמות למקרה כזה.

יתרה מכך, ההלכה לגבי סעיף 8(א) לחוק הירושה הינה, כי מדובר בסעיף המגביל את חופש החוזים, ולפיכך יש לפרשו "על דרך הצמצום המירבי והקפדנות החמורה"⁵⁰. אנו סבורים, כי אף אם תועלה הטענה כי הצעתנו הינה "ניסיון אלגנטי" לחמוק מהוראות סעיפים 8 ו-27 לחוק הירושה (ואיננו סבורים כך), הרי שעקרון חופש החוזים, אשר הנחה את בית המשפט העליון בפרשנותו המצמצמת את המגבלה הקבועה בסעיף 8, ינחה אותו, כך אנו מאמינים ומקווים, אף בסוגיה זו. עמדתנו זו באשר לאופן הפרשנות המצמצמת של סעיפים 8 ו-27 (כלל שתידרש) מתבססת אף על הוראות חוק יחסי ממון, אשר מהן עולה מפורשות, כי כוונת המחוקק הייתה לאפשר לבני זוג ליצור הסדרים רכושיים והסכמות חוזיות הן למקרה של פרידה והן למקרה של פטירה.

יתרה מכך, על-פי הפסיקה, הסדרים חוזיים הנערכים בקשר לצוואות, אין בהם כל פגם, כל עוד הם אינם פוגעים בזכותו של המצווה לשנות או לבטל את צוואתו. כך למשל, נקבע בפסיקה, כי קבלת תמורה מראש עבור רכוש נשוא צוואה אינה פוסלת את הצוואה ואינה פוגמת בחופשיות רצונו של המצווה אם לשנותה או לבטלה.⁵¹ ביטול הצוואה ההדדית על-ידי מי מבני הזוג - אפשרות הקיימת לשניהם ואשר הינה אף אופציה מפורשת העומדת בפניהם על-פי הוראות הסכם הממון, תביא אמנם לשינוי בתנאי ההסכם בין הצדדים, אך אין בה כדי לחסום מי מהם מלבטל את הצוואה ההדדית או לשנותה. אכן, הוראות הסכם הממון אמורות להרתיע את הצדדים מביטול הצוואה ההדדית, אך בסופו של יום חופש ההורשה נותר בידיהם.

הפתרון המוצע על-ידינו במסגרת רשימה זו רלוונטי כמובן לכל סוגי ההסכמים - הסכמים מדירים, הסכמים הכוללים הענקות, הסכמים הקובעים הוראות שונות למקרה של פרידה לעומת מקרה של פטירה והסכמים המתייחסים אף לזכויות צדדים שלישיים בעת פטירה (כגון ילדים או בני משפחה אחרים).⁵² פתרון זה אף רלוונטי לכלל הזוגות, נשואים וידועים בציבור, שכן הוא אינו נסמך על חוק יחסי ממון.

50. דברי השופט ח' כהן בע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד (2) 757, 762. וראו גם, ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב., פ"ד לד (4) 197; ע"א 390/85 הדרומי נ' אסיאס, פ"ד מא(3) 726; בע"מ 8974/12 פלונית נ' פלוני, נבו (2014).

51. ע"א 760/86 רוזן נ' שולמן, פ"ד מג(3) 586, 589 וראו גם עמדתו של פרופ' שילה בספרו, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, 98-99.

52. לגביהם קובע פרופ' ליפשיץ במאמרו מפורשות, בעמוד 35, כי "... הוראות בהסכם ממון שאינן עוסקות ביחסי הרכוש של בני הזוג לעת מוות אלא קובעות את זהותם של ירשי בני הזוג, כגון - במקרה הנפוץ - הוראות בהסכם ממון הקובעות כי נכסים מסוימים יגיעו ליילדי בני הזוג לעת מוות, אינן תקפות...".