

אוניברסיטת תל-אביב
הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן
מרכז צבי מיתר ללימודי משפט מתקדמים

צוואות הדדיות – התזה החוזית

חיבור זה הוגש כעבודת גמר לאחר קבלת התואר
באוניברסיטת תל-אביב LL.M. - "מוסמך במשפטים"

על-ידי
עירית רייך-זיו

העבודה הוכנה בהדרכת
פרופ' נילי כהן

אוקטובר 2017

צוואות הודדיות – התזה החוזית – תקציר

המשפט האנגלי הכיר בצוואה ההודדית כבר במאה ה-18. על אף זאת, עד היום קיימים קשיים ומחלוקות בכל שיטות המשפט באשר להגדרתה העיונית של הצוואה ההודדית ובאשר לעיצובה הנורמטיבי, והיא נחשבת ככלי משפטי "בעייתי". הקשיים והמחלוקות האמורים נובעים מן הניגוד הטבוע בצוואה ההודדית, המשלבת יסודות מנוגדים: יסודות צוואתיים מחד גיסא ויסודות חוזיים מאידך גיסא. הרעיון העומד בבסיס דיני הצוואות הוא "חופש ההורשה" ו"אי-הגבלת המוריש". בניגוד לכך, הרעיון החוזי מבוסס על כבילה. מדובר בניגוד עמוק עד כדי כך שהצוואה ההודדית הוגדרה כ"אנומלית". ניגוד זה מעורר בעיות ושאלות שונות (עיוניות ומעשיות) הן במערכת היחסים שבין עורכי הצוואה ההודדית, הן במערכת היחסים שבינם לבין היורשים.

הצוואה ההודדית מטבעה מבוססת על עשייה משותפת ועל הודדיות, ולכן לדעתי יש לכלול בה יסודות של כבילה ולעצב אותה כך שיהיה בה ויתור במידה כלשהי על חופש ההורשה. אני סבורה שבדין העכשווי אין פתרונות הולמים לבעיות המעשיות הנובעות מן הניגוד האמור (ועל כך יפורט במסגרת המחקר). בפסיקה ובספרות הוצעו מספר פתרונות במטרה ליישב את הניגוד באמצעות דוקטרינות משפטיות שונות.

במחקר זה אבקש לשכנע כי התזה החוזית היא התזה הראויה להסדרת הצוואה ההודדית. למעשה, ההתייחסות לצוואה ההודדית כאל חוזה אינה אלא חזרה לשורשי של ההסדר. בפסק הדין האנגלי *Dufour v. Pereira* (1769) Dick. – הנחשב לפסק הדין התקדימי בהקשר צוואות הודדיות – קבע הלורד Camden: "A mutual will is a mutual agreement, וכן: "This is a contract". מאז נכתבו תילי תילים של פסקי דין, מחקרים ומאמרים באשר לטיבה ולבסיסה העיונית של הצוואה ההודדית. אך עדיין קיים (הן בדין הישראלי הן בשיטות משפט זרות) חוסר ודאות רב והיעדר עקביות באשר להסדרתה העיונית והמעשית של הצוואה ההודדית. טענתי היא כי יש לחזור לשורשיה של הצוואה ההודדית. במחקר זה אנסה לשכנע כי רק בדוקטרינה החוזית יש כדי לספק איזון נכון לניגוד הטבוע בצוואה ההודדית. כמו כן אנסה להוכיח כי אין בניסיונות לעקוף את דיני החוזים כדי להתמודד עם הבעיה לא במישור העיוני, ואף לא במישור המעשי.

מבחינה עיונית, דחייתה של הדוקטרינה החוזית – על אף היותה הדוקטרינה המתאימה ביותר לתיאורה ולוויסותה של מערכת היחסים בין עורכי הצוואה ההודדית – נובעת מהניגוד שבין דיני החוזים ובין דיני הצוואות, שעיקרו – חופש החוזים (על כל המשתמע ממנו, לרבות החופש להגביל) מול חופש ההורשה (על כל המשתמע ממנו, ובכלל זה החופש לשנות את הצוואה ללא הגבלה). רבות נכתב על התחרות בין חירויות אלו, ועל העדפת המחוקק הישראלי את חופש ההורשה בסעיפים 8(א) ו-27 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. למעשה, סעיף 8 לחוק הירושה (תיקון מספר 12, התשס"ה-2005) – העוסק בצוואות הודדיות – הוא חריג חקיקתי לאיסור הגורף שנקבע בחוק הירושה לעניין עשיית עסקאות בירושה. בחינה מהותית של הצוואה ההודדית מגלה כי במובנים רבים היא דומה מאוד לחוזה, ולעיתים אף דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה.

אני סבורה כי הסדרתה הנורמטיבית של הצוואה ההודדית – שהינה גם חוזה וגם צוואה – מצריכה מלאכה יסודית יותר מזו שעשה המחוקק בהוספת סעיף 8 לחוק הירושה, שלמעשה הינו "חוק חוזה ירושה". אלא שמעצם היותה של הצוואה ההודדית סוג של חוזה, היא אינה מתיישבת עם הוראות שונות בחוק הירושה. לדידי, מן הראוי היה להסדיר את הצוואה ההודדית באופן מפורט ובהיר יותר, וזאת לאחר קבלת החלטה עקרונית באשר לבסיסה העיונית של הצוואה ההודדית.

בהיעדר הסדרה מפורטת ובהירה ייאלצו בתי המשפט בדלית ברירה "לייבא" אל דיני הירושה כלים חוזיים באמצעות סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, כפי שלמעשה כבר נעשה בפועל היום (ועל כך יפורט במסגרת). לכאורה, לאור התזה המוצעת, אין כל פגם בכך שבתי המשפט ינתחו את הצוואה ההודדית בכלים חוזיים (וממילא ניתן להחיל על פעולה משפטית שאינה חוזה את חוק החוזים מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים). אלא שה"כלים" המוצעים בחוק החוזים אינם מותאמים לצוואה ההודדית, שהיא קודם כול צוואה, ולכן השימוש בהם

(כאמור, בהיעדר כלים משפטיים המותאמים במיוחד לצוואה ההדדית) יהיה "מאולץ" ואף ייתכן כי יביא להכרעות שיפוטיות סותרות. מצב משפטי זה אינו רצוי – הוא יוצר חוסר ודאות ועשוי להביא לריבוי התדיינויות, להתערבות יתר בצוואות הדדיות, ל"כתיבה מחודשת" שלהן על ידי בתי המשפט ולעיוות רצונות המצווים (בעוד שכיבוד רצון המצווה הינו עקרון יסוד בדיני הירושה). תוצאות בלתי רצויות אלו עלולות להביא בסופו של יום להימנעות מעשיית שימוש בכלי של הצוואה ההדדית על אף נחיצותו המשפטית (ועל כך יפורט במסגרת המחקר).

אימוץ הדוקטרינה החוזית – אין משמעותו החלת חוק החוזים כמות שהוא על הצוואה ההדדית, כי אם הסדרת הצוואה ההדדית בחוק באמצעות כלים חוזיים המותאמים לה, כלים המשלבים לא אחת הסדרים דיספוזיטיביים עם הסדרים קוגנטיים, בדומה לחוזה עבודה או לחוזה ביטוח, המבוססים אף הם על הדוקטרינה החוזית, אך כל אחד מהם מוסדר ומווסת באמצעות הסדר ייחודי המתאים לו. בדיני עבודה או בדיני ביטוח, הבסיס העיוני להתערבות המחוקק ולקביעת ההסדרים הקוגנטיים הוא בעיקרו מזעור חוסר השוויון בין צדדים לחוזה שאינם שווים. בניגוד לכך, בצוואה ההדדית הבסיס העיוני להתערבות הוא בעיקרו מזעור הפגיעה בחופש ההורשה של המצווים.

בפרק ב למחקר אדון בצורך שיש בצוואה ההדדית ובפתרונות שהיא מספקת במצבים שונים, פתרונות אשר כלים משפטיים אחרים אינם יכולים לספק. בפרק זה אבקש לשכנע כי אף שהצוואה ההדדית היא כאמור כלי משפטי "בעייתי" (כפי שיפורט בפרק ד למחקר), מדובר בכלי משפטי נחוץ וחשוב.

בפרק ג למחקר אסקור את מאפייניה החוזיים של הצוואה ההדדית בהשוואה למאפייניה הצוואתיים, ואבקש להראות כי בצוואה ההדדית גלומים מאפיינים חוזיים בולטים. בפרק זה אבקש לשכנע כי המאפיינים החוזיים של הצוואה ההדדית טבועים בה ומגדירים אותה כך שלא ניתן להתעלם מהם במסגרת עיצובה הנורמטיבי והסדרתה.

בפרק ד למחקר אבקש להראות כיצד הניגוד הקיים בין דיני הצוואות לדיני החוזים בא לידי ביטוי בפועל בצוואה ההדדית, ואילו בעיות מעשיות ושאלות דוקטרינריות ועיוניות נובעות מן הניגוד האמור. במסגרת פרק זה אדון אף בדוגמאות מן הפסיקה בארץ ובמשפט זר. מטרת פרק זה הינה להראות כי אם הצוואה ההדדית לא תוסדר באופן ברור ומדויק "עלול הגולם לקום על יוצרו", ועל אף יתרונותיו של ההסדר ונחיצותו (כפי שיפורט בפרק ב למחקר) יצא שכרו של ההסדר בהפסדו עקב ה"כאוס" המשפטי שההסדר עלול ליצור.

בפרק ה למחקר אבקש לשכנע כי דיני החוזים הם הבסיס העיוני המתאים, הנכון והראוי לעיצוב הצוואה ההדדית, ואציג עקרונות להסדר המבוסס על הדוקטרינה החוזית. בין השאר, אנסה להראות כיצד באמצעות עיצוב הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים ניתן ליצור פתרונות מעשיים הולמים לבעיות שיפורטו בפרק ד למחקר. במסגרת פרק ה למחקר אבקש גם להתמודד עם ביקורות שונות שנמתחו על הצוואה ההדדית על בסיס הדוקטרינה החוזית וכן אדון בדוקטרינות נוספות שהוצעו בספרות ובפסיקה לשם הסדרת הצוואה ההדדית, ואסביר מדוע לדעתי אין בהצעות אלו כדי להסדיר כדבעי את הצוואה ההדדית.

בפרק ו למחקר, הוא פרק הסיום, אציג את מסקנותיו המעשיות של המחקר באמצעות הצעת חוק להסדרת הצוואה ההדדית בהתאם לעקרונות ההסדר שיפורטו בפרק ה למחקר.

המשפט האנגלי הכיר בצוואה ההדדית כבר במאה ה-18¹. על אף זאת, עד היום קיימים קשיים ומחלוקות בכל שיטות המשפט באשר להגדרת העיונית של הצוואה ההדדית ובאשר לעיצובה הנורמטיבי, והיא נחשבת ככלי משפטי בעייתי². הקשיים והמחלוקות האמורים נובעים מן הניגוד הטבוע בצוואה ההדדית, המשלבת יסודות מנוגדים: יסודות צוואתיים מחד גיסא ויסודות חוזיים מאידך גיסא. הרעיון העומד בבסיס דיני הצוואות הוא "חופש ההורשה" ו"אי-הגבלת המוריש"³. בניגוד לכך, הרעיון החוזי מבוסס על כבילה. מדובר בניגוד עמוק עד כדי כך שהצוואה ההדדית הוגדרה כ"אנומלית"⁴. ניגוד זה מעורר בעיות ושאלות שונות (עיוניות ומעשיות) הן במערכת היחסים שבין עורכי הצוואה ההדדית, הן במערכת היחסים שבינם לבין היורשים⁵.

הצוואה ההדדית מטבעה מבוססת על עשייה משותפת ועל הדדיות, ולכן לדעתי יש לכלול בה יסודות של כבילה ולעצב אותה כך שיהיה בה ויתור במידה כלשהי על חופש ההורשה⁶. אני סבורה שבדין העכשווי אין פתרונות הולמים לבעיות המעשיות הנובעות מן הניגוד האמור (ועל כך יפורט בהמשך המחקר). בפסיקה ובספרות הוצעו מספר פתרונות במטרה ליישב את הניגוד באמצעות דוקטרינות משפטיות שונות.

במחקר זה אבקש לשכנע כי התזה החוזית היא התזה הראויה להסדרת הצוואה ההדדית. למעשה, ההתייחסות לצוואה ההדדית כאל חוזה אינה אלא חזרה לשורשי של ההסדר. בפסק דין Dufour (אנגליה) משנת 1769⁷ – הנחשב לפסק הדין התקדימי בהקשר צוואות הדדיות⁸ – קבע הלורד Camden: "A mutual will is a mutual agreement"⁹,

¹ Dufour v. Pereira (1769) Dick. 419 (להלן: "פסק דין Dufour"). פסק הדין ניתן על ידי הלורד Camden בשנת 1769, ופורסם תחילה על ידי Dickens. אלא שהגרסה של Dickens נחשבת למקוצרת וחלקית. גרסה כוללת ומהימנה יותר פורסמה על ידי Hargrave בספרו FRACIS (Vol. 2, 1799). HARGRAVE, JURIDICAL ARGUMENTS AND COLLECTIONS, 304 (Vol. 2, 1799), ונהוג לצטט את פסק הדין ממקור זה. ההפניות במחקר זה הינן לגרסה שפורסמה על ידי Hargrave, אלא אם צוין אחרת. להסבר נוסף על גרסאות פסק הדין ראו, Timothy Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, 29 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 390, 394 (1979) (להלן: "Youdan, The Mutual Wills Doctrine"); וכן, Rosalind F. Croucher, *Flocas v Carlson* [2015] V.S.C. 221, para 100 (להלן: "פסק דין Flocas"); Rosalind F. Croucher, *Mutual Wills – An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, Speech in STEP Qld Annual Trusts and Estates Conference, 1-4 (2 September 2016). <https://www.alrc.gov.au/news-media/speech/mutual-wills> (להלן: "Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth"). בהצאתה של Croucher ניתן למצוא אף פירוט עובדתי נרחב נוסף על העובדות שפורטו בפסק הדין.

² Ying Khai Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, in BIRKE HÄCKER AND CHARLES MITCHELL, CURRENT ISSUES IN SUCCESSION LAW, 99, 99-103 (2016) (להלן: "Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine"); Mary Alice Thompson, *Mutual Wills and Mirror Wills*, Frontenac Law Association, Kingston and the 1000 (2008) (להלן: "Thompson, Mutual Wills"); Julie Cassidy, *Osborne v Estate of* (September 2008) Islands Legal Conference, Gananoque, 1 (September 2008) (להלן: "Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law: Merely a Matter of Nomenclature?"); MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW, 217, 217-218 (2003) (להלן: "Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law").

³ על ההצדקות לחופש הציווי ראו, שלי קרייצר-לוי, "אי הכרה בחוזי ירושה – האמנם כלל חסר ערך?" חוקים ד 5, 39-26, 34-32 (2012) (להלן: "קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזי ירושה").

⁴ ראו, Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, 1216, 1230 (1997) 1 WLR. 1216, 1230, [1997] 3 FCR 601, [1997] 3 All ER 63, [1997] 3 All ER 63, [1997] 3 All ER 63 (להלן: "פסק דין Goodchild"); Rosalind F. Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 29(2) MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW 390, 409 (2005) (להלן: "Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine"); <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2005/12.html> (להלן: "Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation"); ROBERT PEARCE AND WARREN BARR, TRUSTS AND EQUITABLE OBLIGATION, 487 (6th Edition, 2015) (להלן: "Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation").

⁵ על הניגוד והתחרות בין חופש ההורשה ובין חופש החוזים ראו, איילת בלכר-פריגת, "עוד שהמוות יפריד בינינו!" על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי, ספר מנשה שאוה מחקרים במשפט לזכרו (אהרון ברק ודניאל פרידמן עורכים), 497, 504-505 (2006) (להלן: "בלכר-פריגת, עוד שהמוות יפריד בינינו"). יוסף מנדלסון, סעיף 8(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, הדין המצוי – הרצוי? (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1998) (להלן: "מנדלסון, סעיף 8(א) לחוק הירושה"); קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזי ירושה, ה"ש 3 לעיל, 9-15; יעל בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1997), 50-59 (להלן: "בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות"); אלגנית שבת (חלפון) ואורן שבת, ירושה – עסקאות בירושה עתידה וצוואות הדדיות, 163-186 (2006) (להלן: "שבת, עסקאות בירושה").

⁶ לנימוקים מדוע יש מקום לאפשר פגיעה בחופש הציווי במקרה של צוואות הדדיות ראו, בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 59-66.

⁷ ראו, ה"ש 1 לעיל.

⁸ ראו, *Birmingham v. Renfrew* (1937) 57 C.L.R. 666, 667 (להלן: "פסק דין Birmingham"); שם צוין באשר לפסק דין Dufour, כך: "The *Pratt v Johnson* [1959] S.C.R. 102, 109, law was stated with robust simplicity in 1769 by Lord Camden in *Dufour v. Pereira*" (להלן: "פסק דין Pratt"); פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל, פסקה 99; [1994] Ch 31, [1993] 4 All ER 99 (להלן: "פסק דין Dale"); Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 217, 218 (2003) (להלן: "פסק דין Dale"); Croucher, *Mutual Wills – An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, 217, 218 (2003) (להלן: "פסק דין Dale"); Maurizio Lupoi, *Trust and Confidence*, 125 LAW QUARTERLY REVIEW, 253, 275 (2009) (להלן: "Lupoi, Trust and Confidence"); https://www.academia.edu/10632744/Trust_and_Confidence (להלן: "Lupoi, Trust and Confidence").

⁹ פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 307.

ובהמשך: "This is a contract"¹⁰. מאז נכתבו תילי תילים של פסקי דין, מחקרים ומאמרים באשר לטיבה ולבסיסה העיוני של הצוואה ההדדית. אך עדיין קיים (הן בדין הישראלי הן בשיטות משפט זרות) חוסר ודאות רב והיעדר עקביות באשר להסדרתה העיונית והמעשית של הצוואה ההדדית¹¹. טענתי היא כי יש לחזור לשורשיה של הצוואה ההדדית. במחקר זה אנסה לשכנע כי רק בדוקטרינה החוזית יש כדי לספק איזון נכון לניגוד הטבוע בצוואה ההדדית. כמו כן אנסה להוכיח כי אין בניסיונות לעקוף את דיני החוזים כדי להתמודד עם הבעיה לא במישור העיוני, ואף לא במישור המעשי.

מבחינה עיונית, דחייתה של הדוקטרינה החוזית – על אף היותה הדוקטרינה המתאימה ביותר לתיאורה ולוויסותה של מערכת היחסים בין עורכי הצוואה ההדדית – נובעת מהניגוד שבין דיני החוזים ובין דיני הצוואות, שעיקרו – חופש החוזים (על כל המשתמע ממנו, לרבות החופש להגביל) מול חופש ההורשה (על כל המשתמע ממנו, ובכלל זה החופש לשנות את הצוואה ללא הגבלה). רבות נכתב על התחרות בין חירויות אלו, ועל העדפת המחוקק הישראלי את חופש ההורשה בסעיפים 8(א) ו-27 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: "החוק" או "חוק הירושה")¹². למעשה, סעיף 8 לחוק הירושה (תיקון מספר 12, התשס"ה-2005) – העוסק בצוואות הדדיות – הוא חריג חקיקתי לאיסור הגורף שנקבע בחוק הירושה לעניין עשיית עסקאות בירושה. בחינה מהותית של הצוואה ההדדית מגלה כי מבחינה רבים היא דומה מאוד לחוזה, ולעיתים אף דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה.

אני סבורה כי הסדרתה הנורמטיבית של הצוואה ההדדית – שהינה גם חוזה וגם צוואה – מצריכה מלאכה יסודית יותר מזו שעשה המחוקק בהוספת סעיף 8 לחוק הירושה, שלמעשה הינו "חוק חוזה ירושה". אלא שמעצם היותה של הצוואה ההדדית סוג של חוזה, היא אינה מתיישבת עם הוראות שונות בחוק הירושה. לדידי, מן הראוי היה להסדיר את הצוואה ההדדית באופן מפורט ובהיר יותר, וזאת לאחר קבלת החלטה עקרונית באשר לבסיסה העיוני של הצוואה ההדדית.

בהיעדר הסדרה מפורטת ובהירה ייאלצו בתי המשפט בדלית ברירה "לייבא" אל דיני הירושה כלים חוזיים באמצעות סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"), כפי שלמעשה כבר נעשה בפועל היום (ועל כך יפורט בהמשך המחקר). לכאורה, לאור התזה המוצעת כאמור, אין כל פגם בכך שבתי המשפט ינתחו את הצוואה ההדדית בכלים חוזיים (וממילא ניתן להחיל על פעולה משפטית שאינה חוזה את חוק החוזים מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים). אלא שה"כלים" המוצעים בחוק החוזים אינם מותאמים לצוואה ההדדית, שהיא קודם כול צוואה, ולכן השימוש בהם (כאמור, בהיעדר כלים משפטיים המותאמים במיוחד לצוואה ההדדית) יהיה "מאולץ" ואף ייתכן כי יביא להכרעות שיפוטיות סותרות. מצב משפטי זה אינו רצוי – הוא יוצר חוסר ודאות ועשוי להביא לריבוי התדיינויות, להתערבות יתר בצוואות הדדיות, ל"כתיבה מחודשת" שלהן על ידי בתי המשפט ולעיוות רצונות המצווים (בעוד שכיבוד רצון המצווה הינו עקרון יסודי בדיני הירושה¹³). תוצאות בלתי רצויות אלו עלולות להביא בסופו של יום להימנעות מעשיית שימוש בכלי של הצוואה ההדדית על אף נחיצותו המשפטית (ועל כך יפורט בפרק ב למחקר).

אימוץ הדוקטרינה החוזית – אין משמעותו החלת חוק החוזים כמות שהוא על הצוואה ההדדית, כי אם הסדרת הצוואה ההדדית בחוק באמצעות כלים חוזיים המותאמים לה, כלים המשלבים לא אחת הסדרים דיספוזיטיביים עם הסדרים קוגנטיים, בדומה לחוזה עבודה או לחוזה ביטוח, המבוססים אף הם על הדוקטרינה החוזית, אך כל אחד מהם מוסדר ומווסת באמצעות הסדר ייחודי המתאים לו. בדיני עבודה או בדיני ביטוח, הבסיס העיוני

¹⁰ שם, 308.

¹¹ ראו, JULIE CASSIDY, MUTUAL WILLS 1 (2000) (להלן: "Cassidy, Mutual Wills").
¹² ראו לעיל, ה"ש 5.

¹³ ראו, בע"מ 3539/17 פלוגית נ' פלוגי, פסקה ט (פורסם בנבו, 11.6.2017); בע"מ 7094/15 פלוגי נ' פלוגי, פסקה ו (פורסם בנבו, 17.12.2015); ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 334-335 (1992) (להלן: "פסק דין שחם"); ע"א 1900/96 טלמציור נ' האפורטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 825 (1999) (להלן: "פסק דין טלמציור"); בע"מ 9085/16 פלוגית נ' פלוגי, פסקאות יט ו-כ (פורסם בנבו, 2.3.2017); דני"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, פסקאות 6-7 לפסק דינה של השופטת ארבל (2005) (להלן: "פסק דין אהרן"); שמואל שילה, פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965 – כך א, 229 (1992) (להלן: "שילה, פירוש לחוק הירושה א").

להתערבות המחוקק ולקביעת ההסדרים הקוגנטיים הוא בעיקרו מזעור חוסר השוויון בין צדדים לחוזה שאינם שווים. בניגוד לכך, בצוואה ההדדית הבסיס העיוני להתערבות הוא בעיקרו מזעור הפגיעה בחופש ההורשה של המצווים.

בפרק ב למחקר אדון בצורך שיש בצוואה ההדדית ובפתרונות שהיא מספקת במצבים שונים, פתרונות אשר כלים משפטיים אחרים אינם יכולים לספק. בפרק זה אבקש לשכנע כי אף שהצוואה ההדדית היא כאמור כלי משפטי "בעייתית" (כפי שיפורט בפרק ד למחקר), מדובר בכלי משפטי נחוץ וחשוב.

בפרק ג למחקר אסקור את מאפייניה החוזיים של הצוואה ההדדית בהשוואה למאפייניה הצוואתיים, ואבקש להראות כי בצוואה ההדדית גלומים מאפיינים חוזיים בולטים. בפרק זה אבקש לשכנע כי המאפיינים החוזיים של הצוואה ההדדית טבועים בה ומגדירים אותה כך שלא ניתן להתעלם מהם במסגרת עיצובה הנורמטיבי והסדרתה.

בפרק ד למחקר אבקש להראות כיצד הניגוד הקיים בין דיני הצוואות לדיני החוזים בא לידי ביטוי בפועל בצוואה ההדדית, ואילו בעיות מעשיות ושאלות דוקטרינריות ועיוניות נובעות מן הניגוד האמור. במסגרת פרק זה אדון אף בדוגמאות מן הפסיקה בארץ ובמשפט זר. מטרת פרק זה הינה להראות כי אם הצוואה ההדדית לא תוסדר באופן ברור ומדויק "עלול הגולם לקום על יוצרו", ועל אף יתרונותיו של ההסדר ונחיצותו (כפי שיפורט בפרק ב למחקר) יצא שכרו של ההסדר בהפסדו עקב ה"כאוס" המשפטי שההסדר עלול ליצור.

בפרק ה למחקר אבקש לשכנע כי דיני החוזים הם הבסיס העיוני המתאים, הנכון והראוי לעיצוב הצוואה ההדדית, ואציג עקרונות להסדר המבוסס על הדוקטרינה החוזית. בין השאר, אנסה להראות כיצד באמצעות עיצוב הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים ניתן ליצור פתרונות מעשיים הולמים לבעיות שיפורטו בפרק ד למחקר. במסגרת פרק ה למחקר אבקש גם להתמודד עם ביקורות שונות שנמתחו על הצוואה ההדדית על בסיס הדוקטרינה החוזית וכן אדון בדוקטרינות נוספות שהוצעו בספרות ובפסיקה לשם הסדרת הצוואה ההדדית, ואסביר מדוע לדעתי אין בהצעות אלו כדי להסדיר כדבעי את הצוואה ההדדית.

בפרק ו למחקר, הוא פרק הסיום, אציג את מסקנותיו המעשיות של המחקר באמצעות הצעת חוק להסדרת הצוואה ההדדית בהתאם לעקרונות ההסדר שיפורטו בפרק ה למחקר.

בפרק א למחקר דנתי בקצרה בניגוד הפנימי המהותי הטבוע בצוואה ההדדית, לאור מאפייניה החוזיים מחד גיסא ומאפייניה הצוואתיים מאידך גיסא, אשר אינם מתיישבים אלו עם אלו (ועל כך אפרט בפרק ג למחקר). ניגוד זה יוצר בעיות עיוניות ומעשיות שונות (ועל כך אפרט בפרק ד למחקר). הבעיות המעשיות שיוצרת הצוואה ההדדית מביאות לפילוג משפחות ולהתדיינות יתר¹⁴, ובעקבות זאת – לקריאות רבות מצד אנשי אקדמיה, עורכי דין ושופטים לבטל את הסדר הצוואות ההדדיות או להימנע מלעשות בו שימוש¹⁵.

לפיכך, ראיתי לנכון לפתוח את המחקר בשאלה מהותית עקרונית: האם יש צורך בצוואה ההדדית או שמא מגרעותיה רבות ממעלותיה ולכן אין להכיר בה או לעשות בה שימוש.

בפתח הדברים ברצוני להבהיר, הצוואה ההדדית אינה מתאימה לכל הזוגות. היא מגבילה את הנוטר בחיים, מצרה את צעדיו ופוגעת בחופש הציווי שלו. הניגוד שבין דיני החוזים ודיני הצוואות – הגלום בצוואה ההדדית – יוצר בעיות מעשיות קשות (ועל כך יפורט בפרק ד למחקר). אומנם במסגרת המחקר אבקש להראות כיצד ניתן להתמודד עם הבעיות האמורות באמצעות הסדרה נכונה של הצוואה ההדדית על בסיס התפיסה החוזית (ועל כך יפורט בפרק ה למחקר) אך הניגוד האמור עודנו קיים, ופגיעה בחופש הציווי הינה בלתי נמנעת. לפיכך (ואולי בניגוד למצופה), עמדתי היא כי יש לעשות שימוש בצוואה ההדדית במשורה. בני זוג אשר אינם מבקשים להגביל זה את זה ואשר הנחלת הרכוש המשפחתי כמקשה אחת לפי תכנון קבוע מראש אינה מהותית עבורם, אינם זקוקים לצוואה הדדית ומוטב כי יערכו צוואות "רגילות". בני זוג המסרבים "להתחייב" כי לא ישנו בעתיד את צוואותיהם (לאחר פטירת הראשון מביניהם), מוטב כי לא יערכו צוואה הדדית. לצוואה ההדדית יש יתרון מבחינת הנוטר בחיים, שכן היא מגנה עליו ומבטיחה את המשך התנהלותו הכלכלית לאחר פטירת הראשון, כפי שהיה בחייהם של שני בני הזוג. בצד יתרון זה עומדת החובה (חובה ולא חיסרון) לדבוק בתוכנית הכלכלית המשותפת שהסדירו בני הזוג יחד. לצוואה ההדדית אף יש יתרון מבחינת הנפטר הראשון – ודאות מלאה כי לאחר פטירתו לא יוכל הנוטר בחיים לשנות את התוכנית המשותפת שרקמו המצווים יחד, והבטחה כי בסופו של יום יועבר ההון המשפחתי לדור הבא לפי תכנון משותף שנקבע מראש¹⁶. קודם לעריכת צוואה הדדית צריכים בני זוג לבחון היטב אם ההסדר נכון

¹⁴ ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 21-22 למאמר; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 99, 126; Ying Khai Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, 132 LAW QUARTERLY REVIEW, 664, 675-676 (2016) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729756 (להלן: "Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine"); Pawlowski & James Brown, *Problems with mutual wills: a study of probate practice*, 76(6) CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER, 467, 468-469 (2012) (להלן: "Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills"); Albert H. Oosterhoff, *Mutual Will*, 27 ESTATES, TRUSTS; ("Oosterhoff, Mutual Will": להלן: "Oosterhoff, Mutual Will"; CAROLINA SAWYER AND MIRIAM SPERO, SUCCESSION, & PENSIONS JOURNAL, 135, 155 (2007-2008) (להלן: "Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate"; OLINS v WALTERS [2008]; ("Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate" (להלן: "Olins v Walters [2008]"; WILLS AND PROBATE, 107 (3rd Edition, 2015) (להלן: "Olins v Walters [2008]"; WTLR 1449, [2008] EWCA Civ 782, [2009] 2 WLR 1, [2009] Ch 212, para 3.

¹⁵ ראו, Ruth Hughes, *Mutual Wills*, PRIVATE CLIENT BUSINESS 131, 136 (2011) (להלן: "Hughes, Mutual Wills"; SHERRIN, RICHARD WALLINGTON, SUSANNAH MEADWAY, & MICHAEL WATERWORTH, WILLIAMS ON WILLS, 20 (9th Edition) (להלן: "Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills"; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine; Nicky Richardson, *Legislation for mutual wills in New Zealand*, 676-675 לעיל, ה"ש 14 לעיל, Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*; Pawlowski & Brown, "Richardson, Legislation for mutual wills"; Zealand, 24(2) TRUST LAW INTERNATIONAL, 99, 109 (2010) (להלן: "Richardson, Legislation for mutual wills"; Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 468; Jag C. Gandhi, *Estate Planning for Blended Families*, 32(3) ESTATES, TRUSTS, & PENSIONS JOURNAL 258, 277 (2012-2013) (להלן: "Gandhi, Estate Planning for Blended Families";

¹⁶ כך למשל נקבע בפסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 689: "The purpose of an arrangement for corresponding wills must often be, as in this case, to enable the survivor during his life to deal as absolute owner with the property passing under the will of the party first dying. That is to say, the object of the transaction is to put the survivor in a position to enjoy for his own benefit the full ownership so that, for instance he may convert it and expend the proceeds if he choose. But when he dies he is to bequeath what is left in the manner agreed upon". כך גם למשל ציין השופט רובינשטיין בת"א (י-ם) 844/94 שרון נ' ורש, פיסקה ב(5)(ח)3 (פורסם בנבו, 12.6.1996) (להלן: "פסק דין שרון"): "את מכלול הצוואות ההדדיות של המנוח והנתבעת, דבר שאינו בלתי מקובל, יש לראות על רקע זה; שני הצדדים מעוניינים איש בהבטחת עתיד זולתו, שהרי אין אדם יודע את עיתו; הדאגה המרכזית היא זה לזו וזו לזה, ואליה מצטרפת דאגה משנית לרווחת הצאצאים לאחר מכן...". להרחבה על שתי המטרות העומדות בבסיס הצוואה ההדדית (הן הבטחת איכות חייו של הנוטר בחיים הן הבטחת ביצועו של התכנון הרכושי המשותף לאחר פטירת שני המצווים) ראו גם, Oosterhoff, *Mutual Will*, ה"ש 14 לעיל, 411; Hudson Siôn & Sloan Brian, *Testamentary Freedom: Mutual Wills Might Let You Down*, 8 MODERN STUDIES IN PROPERTY LAW, 157, 161 (2015) (להלן: "Hudson & Sloan, Testamentary Freedom"; Julie Cassidy, *Life (or more so death) after Barns v Barns*, 25(1) UNIVERSITY OF TASMANIA LAW REVIEW, 61, 63 (2006) (להלן: "Cassidy, Life after Barns v Barns"); Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*; (Barns v Barns" ה"ש 1 לעיל, 7.

ומתאים להם. במסגרת פרק זה אדון במקרים מיוחדים שבהם אני סבורה כי מעלותיה של הצוואה ההדדית עולים על מגרעותיה, ואנסה להראות כי מדובר בהסדר נחוץ.

במחקר אמפירי שערכו Brown ו-Pawlowski (בשנת 2012) בין עורכי דין העוסקים בעריכת צוואות באנגליה ובוויילס התבקשו הנשאלים לציין את הסיבות לשימוש בצוואה ההדדית בקרב לקוחותיהם¹⁷. התשובה השכיחה ביותר שהתקבלה הייתה הרצון לספק הגנה כלכלית לנותר בחיים, מחד גיסא, ולהבטיח את העברת הרכוש בסופו של יום ליורש סופי מוסכם, מאידך גיסא. תשובה נוספת הייתה (בשילוב התשובה הקודמת) הרצון להבטיח ילדים מזוגיות קודמת, וזאת מחשש שלאחר פטירת הראשון יפלה הנותר בחיים את ילדי הנפטר הראשון או שיעביר את הרכוש לילדיו או למשפחתו שלו. עוד תשובה הייתה נעוצה בחשש כי הנותר בחיים יוריש את הרכוש למשפחה חדשה שיקים לאחר פטירת הראשון. המכנה המשותף של כלל התשובות שניתנו הוא קיומן של נסיבות שבהן המצווים ביקשו לכבול את הנותר בחיים ולהבטיח את התכנון המשותף שנקבע מראש. למעשה, החיסרון הגלום בצוואה ההדדית – היעדר גמישותה (ובפתרונות לבעיה זו אדון בפרק ה למחקר) – הוא אף יתרונה ומקור עוצמתה, והסיבה שבעטייה מבקשים בני זוג לערוך צוואות הדדיות¹⁸ – כבילה הדדית וודאות באשר לאופן שבו יחולק הרכוש המשפחתי לאחר פטירת שני המצווים¹⁹.

המקרה השכיח ביותר שבו בני זוג מבקשים לערוך צוואות הדדיות הוא מצב של זוגיות שנייה (או שלישית) וילדים מזוגיות קודמת²⁰. מחד גיסא, בני הזוג מבקשים להבטיח כי הנותר בחיים יוכל להמשיך לחיות כפי שהמצווים חיו במהלך חייהם המשותפים. מאידך גיסא, בהיעדר כבילה יש למצווים חשש טבעי באשר להבטחתה של העברת הרכוש בסופו של יום לילדיהם של שני המצווים באופן שוויוני (או לפי הסדר מוסכם אחר), לרבות חשש מהעברת רכוש מן הנותר בחיים לילדיו שאינם ילדים משותפים (לאחר פטירת הראשון)²¹. חשש נוסף המתמרץ זוגות לערוך צוואות הדדיות הוא החשש כי הרכוש המשפחתי שנצבר במהלך החיים המשותפים (בין של הנפטר הראשון ובין של הנותר בחיים) יועבר לגורמים זרים כגון בן זוג חדש או ילדים חדשים של הנותר בחיים²².

החשש משינוי הצוואה ההדדית או מהעברת רכוש לצד שלישי לאחר פטירת הראשון אינו קשור רק לבן זוג חדש, אלא לכל גורם אחר שיכול להשפיע על בן הזוג (כגון חבר, שכן, בן משפחה וכיו"ב). אומנם חוק הירושה מגן על המצווה מפני אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית (סעיף 30 לחוק הירושה). אלא שכדי לבטל צוואה (או כדי לבטל פעולה ברכוש באמצעות דיני החוזים או הנזיקין) יצטרכו היורשים לקיים הליכי התדיינויות ארוכים (ויקרים) במטרה להוכיח כי הפעולה או הצוואה נעשו בנסיבות כאמור. בצוואה הדדית יש כדי לייתר את ההליכים האמורים, שכן היא מונעת מראש מן הנותר בחיים לערוך צוואה חדשה המנוגדת לצוואה ההדדית או לעשות פעולות ברכוש המאיינות את ההסדר הקבוע בצוואה ההדדית. במובן זה, הצוואה ההדדית היא מעין

¹⁷ במסגרת המחקר נשלחו שאלונים לכ-200 עורכי דין (ומתוכם השתתפו במחקר 76 עורכי דין) Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 468-469.

¹⁸ ראו, Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 2; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 393.

¹⁹ ראו, Cassidy, Life after Barns v Barns, ה"ש 16 לעיל, 80; Croucher Rosalind, Contract to Leave Property by Will and Family Provision after Barns v Barns [2003] HCA 9, 27(2) SYDNEY LAW REVIEW, 263, 263 (2005) (להלן: "Croucher, Contract to Leave Property by Will"). http://sydney.edu.au/law/slr/docs_pdfs/editions/slr_v27_n2.pdf

²⁰ ראו, רונן קריטנשטיין, "מרבח נכסים מרבה דאגה – ההסדרה הנדרשת להורשה בכלל ולהורשה הבין דורית בפרט", עמ' 12 לטיטה (טיטה, טרם פורסם) (להלן: "קריטנשטיין, מרבח נכסים מרבה דאגה"); Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 1; Cassidy, Life after Barns v Barns, ה"ש 16 לעיל, 80; Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 2-1; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 393; Julie Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, 10(1) Deakin Law Review, 121, 123 (2005) (להלן: "Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills"). <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/271/275>

²¹ עמדתה של Gandhi היא כי בניגוד לנישואין ראשונים, שבהם בני הזוג עשויים להסתפק בהתחייבות מוסרית הדדית כי בסופו של יום יעביר הנותר בחיים את רכושו לילדי הצדדים בחלקים שווים, בנישואין שניים הצדדים מבקשים על פי רוב כי ההתחייבות תהיה בעלת תוקף משפטי. ראו, Gandhi, Estate Planning for Blended Families, ה"ש 15 לעיל, 275. ראו גם, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 158; Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 2-1; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 20 למאמר.

²² ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 392-393; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 20-21 למאמר; קריטנשטיין, מרבח נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 12 לטיטה.

"תעודת ביטוח" מפני השפעה בלתי הוגנת על הנותר בחיים²³, ויתרון זה הופך כמובן למשמעותי יותר ככל שגילם של המצווים הינו מבוגר יותר²⁴. זאת ועוד, לא כל השפעה הינה בלתי הוגנת²⁵. ייתכן כי הנותר בחיים יושפע בהגינות לערוך צוואה חדשה ולהוריש את רכושו באופן שונה מזה שקבעו המצווים או להעביר את רכושו בחייו (לאחר פטירת הראשון) באופן שונה מזה שקבעו המצווים. הצוואה ההדדית מבטיחה את הסכמות המצווים ומונעת מן הנותר בחיים לחזור בו מהן.

למעשה, כל אימת שבני זוג מבקשים להבטיח כי רכושו של הנפטר הראשון יעבור קודם לנותר בחיים, ורק לאחר פטירת השני יועבר כלל הרכוש ליורש שלישי סופי – עליהם לערוך צוואה הדדית²⁶. ודוק, אם אחד מבני הזוג מבקש אך להבטיח כי רכושו שלו יועבר ליורש הסופי, ואין לו עמדה באשר למה שייעשה ברכושו של השני, המצווים אינם זקוקים לצוואה הדדית. באמצעות חוק הירושה ניתן לערוך צוואה "רגילה" ולכלול בה הן תנאי של יורש אחר יורש לפי סעיף 42 לחוק הירושה (דהיינו, היורש הראשון הוא בן הזוג והיורש השני הוא היורש הסופי לפי רצון המצווה); הן תנאי עשה לפי סעיף 45 לחוק הירושה – המורים כיצד יש לפעול ברכוש; הן תנאים להפסקת ההורשה לפי סעיף 44 לחוק הירושה (תנאי מפסיק), אם בן הזוג יעביר את הרכוש שקיבל מכוח הצוואה לצדדים שלישיים או יעשה בו שימוש בניגוד להוראות הצוואה. צוואה הדדית נדרשת רק כאשר המצווים מבקשים לכבול זה את זה לגבי כלל רכושם ולוודא כי גם רכושו של הנותר בחיים יגיע בסופו של יום ליורש סופי מוסכם.

לכאורה ניתן לפתור את כלל המצבים שתוארו לעיל, באמצעות הורשה ישירה ליורש הסופי. אלא שפתרון זה אינו מספק, כמובן, שכן כל אותם מצבים נוצרים בעקבות רצונם של המצווים להעביר את הרכוש "דרך" הנותר בחיים ולאפשר לו תנאי מחיה טובים ונוחים עד פטירתו, וכי רק לאחר פטירת הנותר בחיים ייחנה היורש הסופי מהרכוש²⁷. ודוק, אין המדובר אך בדאגה הדדית של המצווים איש לרעהו, אלא גם בדאגה אישית של כל אחד מבני הזוג לעצמו, שכן לא ניתן לדעת מי משני המצווים יאריך ימים.

סיבה נוספת שבעטייה מבקשים בני זוג לערוך צוואות הדדיות הינה הרצון ליצור תוכנית סדורה ומוסכמת מראש של העברת ההון המשפחתי לדורות הבאים²⁸ (ולכן יש הרואים את הסדר הצוואות ההדדיות כדוקטרינה של "המבוגר האחראי"²⁹). לעיתים תוכנית כאמור כוללת אף "כלים" משפטיים נוספים, כגון הסכמי ממון, הסכמי מתנה, נאמנויות, קרנות, הסכמים פנים-משפחתיים, הסכמים לגבי ניהול עסקים משפחתיים או לגבי החזקת מניות של חברות משפחתיות וכיו"ב. במקרים כאמור הצוואה ההדדית היא רק חלק ממארג שלם של הסדרת ההון

²³ ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 393-392: "It provide a kind of insurance against the fickleness of changing affections"

²⁴ ראו למשל, פסק דין (1929) 831 N.W. 225, 180 A.L.R. 64, 162 Wis. 124-127 (1929) *Allen v. Ross* ("להלן: "פסק דין Allen"). באותו המקרה ערכו את ובת צוואות הדדיות אשר במסגרתן הורישו את כל רכושן זו לזו באופן הדדי ולאחר פטירת האחרונה מביניהן ליורש סופי מוסכם. הבת נפטרה ראשונה ועיבונה עבר לאם בהתאם לצוואה ההדדית. בהמשך, האם שהייתה חולה ומבוגרת (בת 83) ערכה הסכם עם הרופא שטיפל בה ועם שני כירורגים שטיפלו בה, במסגרתו העבירה להם את כל רכושה (לרבות הרכוש שירשה מהבת) בתמורה לטיפול ולתמיכה בה ולתשלום כל הוצאותיה. בסמוך לאחר העברת הרכוש כאמור האם נפטרה. בית המשפט התייחס אמנם לכך שרופאה של האם ניצלו את יחסי התלות ביניהם ואת מצבה של האם (מבחינת בריאותה וגילה) לצורך חתימת ההסכם (שבמסגרתו קיבלו את כל רכושה ללא מתן תמורה הולמת), אך הנימוק המשפטי בגינו בוטל ההסכם ובנינו הוצאו הנכסים מידי הרופאים והועברו לידי היורש הסופי, הוא היות הפעולה מנוגדת לצוואה ההדדית ולפיכך אסורה (לאחר פטירת הראשון) בהתאם לדוקטרינה של הצוואה ההדדית. אמנם ניתן היה לטעון לביטול ההסכם במישור דיני החוזים באמצעות טענות כגון: עושה, תחבולה, חוסר תום לב וכיו"ב. אלא שהוכחתי של טענות כאמור, מבחינה עובדתית – במיוחד כאשר אחד הצדדים להסכם איננו עוד – הינה מסובכת וקשה. ליורש הסופי היה קל הרבה יותר "לתקוף" את ההסכם ואת היעדר התמורה ההולמת שניתנה במסגרתו, באמצעות הצוואה ההדדית אשר מונעת ביצוע פעולות בהעדר תמורה לאחר פטירת הראשון (וראו על כך בהרחבה בתת-פרק (ד)2(א) ו-ה(3)(א) למחקר).

²⁵ ראו, שאול שוחט, נחום פיינברג ויחזקאל פלומין, *דיני ירושה ועיזבון*, 124-127 (מהדורה שביעית, 2014) (להלן: "שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה"); שאול שוחט, *פגמים בצוואות*, 208-219 (מהדורה שלישית, 2016) (להלן: "שוחט, פגמים בצוואות"); ע"א 196/85-196/85 *רוזנפלד נ' סלנט*, פ"ד לט(4) 550, 554 (1958); ע"א 681/77 *מרק נ' שאבי*, פ"ד לג(1) 7, פסקה 6 (1978); ע"א 1099/90 *שוני נ' שרוני*, פ"ד מז(4) 785, 794 (1993).

²⁶ ראו, Cassidy, Life after Barns v Barns, ה"ש 16 לעיל, 81; *Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills*, 15 William & Mary Law Review, 144, 163 (1973) REVIEW (המחבר אינו ידוע) <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol15/iss1/7> ("להלן: "Contracts Not to Revoke"). ראו על כך בהרחבה, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 10-11 לטייטה.

²⁷ לדעת קריטנשטיין, הרעיון המרכזי העומד בבסיס מוסד הצוואות ההדדיות הוא שימור התכנון הרכושי של שני המורשים (בני הזוג) כפי שהיה בעת שערכו את צוואותיהם ההדדיות. ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 2 לטייטה. על הצוואה ההדדית כמכשיר לתכנון רכושי משפחתי ראו, בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 8-12; יוסף מנדלסון ועירית רייך-זיו, "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות – כלים שלובים בשירות הפרקטיקה", *הון משפחתי* 3א, 44-50 (2015) (להלן: "מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות").

²⁹ "a doctrine of the 'older and wiser'" ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 392.

המשפחתי והעברתו לדור הבא, אך יש לה תפקיד מרכזי בתכנון העברת ההון המשפחתי בשלב הקריטי של פטירת "ראשי" המשפחה³⁰. ודוק, הואיל ועל פי סעיף 8(א) לחוק הירושה הסכם בדבר ירושתו של אדם הינו בטל, הצוואה ההדדית היא הכלי המשפטי היחיד – בדין הישראלי – המאפשר תכנון מוסכם מראש של העברת ההון המשפחתי בעת פטירה. אומנם ניתן להבטיח את העברת ההון המשפחתי לדור הבא בהסכמה, באמצעות שימוש ב"כלים" משפטיים כמו נאמנות (trust) או קרן (foundation). אלא ששימוש כאמור מאלץ את בני הזוג "להיפרד" מרכושם עוד בחייהם (על כל הסיכונים הכרוכים בניהול הרכוש על-ידי גורם זר), בעוד שהצוואה ההדדית מאפשרת לבני הזוג הן להמשיך להחזיק בנכסיהם עד פטירתם, הן להבטיח כי התכנון המוסכם יצא אל הפועל בפטירתם. כמו כן הקמת נאמנויות וקרנות כרוכה בעלויות בלתי מבוטלות, וניהול הנכסים באמצעותן (בניגוד לניהול הנכסים באופן פרטי) הינו מסורבל ומורכב מבחינה משפטית³¹. גם מסיבות אלו הצוואה ההדדית עדיפה על פני השימוש בנאמנות או בקרן. ודוק, לשימוש בנאמנויות ובקרנות ישנם יתרונות שונים בנסיבות מסויימות לצורך ארגון ושמירת הרכוש המשפחתי³². במקרים כאמור כאשר בני הזוג מחליטים כי היתרונות הגלומים בנאמנות או בקרן עולים מבחינתם על מגרעותיהן (לרבות הצורך "להיפרד" מן הרכוש בחיים), ייתכן ואין צורך בצוואה ההדדית וניתן להסדיר את העברת הרכוש המשפחתי לדור הבא באמצעות הנאמנות או הקרן שהוקמה. עם זאת, בנסיבות בהן יתר היתרונות הגלומים בנאמנות או בקרן אינם רלוונטיים לבני הזוג, הרי שלאור חסרונותיהן (ובעיקר לאור החסרון המשמעותי של "פרידה" מן הנכסים בחיי בני הזוג) אין מקום להקים נאמנות או קרן – לצורך הבטחת העברת הרכוש המשפחתי לדור הבא לפי תכנון מוסכם – ועדיף לעשות שימוש בצוואה ההדדית שהינה כלי משפטי נוח, פשוט וזול.

זאת ועוד, הצוואה ההדדית יכולה לשמש כמכשיר יעיל להסדרת חלוקת הרכוש המשפחתי – בשילוב הסכמים בין בני זוג – במקרים של פקיעת הקשר עקב פטירה, תוך ניצול עקרון הכבילה הקיים בצוואה ההדדית. ודוק, בני זוג רבים העורכים הסכמי זוגיות מבקשים לכלול במסגרת ההסכם הוראות כלכליות המתייחסות למקרה של פקיעת הקשר עקב פטירת אחד מבני הזוג. הוראות כאמור הנכללות במסגרת הסכמי זוגיות, הינן "בעייתיות" הואיל והן מנוגדות להוראת סעיף 8(א) לחוק הירושה האוסר על עריכת הסכמים בירושתו של אדם. השיח המשפטי העוסק בהסכמים זוגיים הכוללים הוראות כלכליות למקרה של פטירה, מפוצל בין עמדות הסבורות כי סעיף 8(א) אינו חל על הסדרים כלכליים בהסכמי זוגיות לבין עמדות הסבורות כי הסדרה כאמור אינה אפשרית לאור סעיף 8(א) לחוק³³. בפסיקה ובספרות הוצעו הבחנות שונות בין סוגי הסכמי זוגיות שונים, על מנת להסדיר את הסוגיה (כגון: הבחנה בין הסכמי הדרה ובין הסכמי הענקה; הבחנה בין הסכמים הקובעים הוראות ייחודיות למקרה של פקיעת הקשר עקב פטירה ובין הסכמים הקובעים דין אחד לחלוקה הכלכלית בעת פקיעת הקשר – הן עקב פרידה הן עקב פטירה; הבחנה בין הסכמי ממון בין בני זוג נשואים שנערכו בהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973

³⁰ ראו, Cassidy, Life after Barns v Barns, ה"ש 16 לעיל, 81-82.

³¹ לסקירת היתרונות והחסרונות בהקמת נאמנויות וקרנות ראו, Matthew Russo, *Asset Protecting: An Analysis of Domestic and Offshore Trust Accounts*, 23(1) Michigan State International Law Review 265 (2014); DWIGHT F. BICKEL, THE REAL TRUTH ABOUT ; *Offshore Trust Accounts*, 23(1) Michigan State International Law Review 265 (2014); Richard Gould, *The Living Trust: Fact v. Fiction*, DOUG H. MOY, LIVING TRUST, 90-132 (3rd Edition, 2003); LIVING TRUST, 37-39 (1999); Dennis M. Patrick, *Living Trusts: Snake Oil Or Better Than Sliced*, 15 The Quinipiac Probate Law Journal 133 (2000); Michael A. Kirtland, *Use and Misuse of Revocable Living Trusts in Alabama*, ; *Bread?*, 27 William Mitchell Law Review 1083 (2000); Matthew F. Jones, *The Other Family Tree: Leaving Your Legacy in A Private Foundation*, 63 Albany ; 62 The Alabama Lawyer 242 Law Review 567 (1999).

³² כגון: ניהול הרכוש על-ידי גורמים מקצועיים; הגנה על הרכוש המשפחתי מפני העברתו לגורמים זרים למשפחה הגרעינית (בני זוג של הילדים, קשרים מחוץ לנישואים לרבות ילדים מחוץ לנישואים, נושים ועוד); המשך שליטה על העברת הרכוש לאחר המוות לדורות הבאים (חוק הירושה מגביל את האפשרות לשימוש בתנאי של יורש אחר יורש לשני יורשים בלבד, למעט אם מדובר ביורשים שהיו בחיים בעת עשיית הצוואה, ראו סעיף 42(ד) לחוק הירושה); חיסכון במס, לרבות הימנעות ממס ירושה במדינות בהן חל מס על הורשה; הימנעות מהורשה כפויה, במדינות בהן חלק מן העיזבון משורייך לטובת יורשים מסויימים והמצווה אינו רשאי להתנות על כך (ראו ה"ש 90 להלן); הימנעות מהליך של אישור צוואה על מנת למנוע מראש התדיינות משפטיות, מאבקים בין יורשים והתנגדויות לצוואה; הסדרת החזקת הרכוש על-ידי גורם שלישי לפי הוראות שניתנו מראש במקרים של חשש לאובדן כשירות בעתיד, על מנת להימנע מהליך של מינוי אפוטרופוס לרכוש; ועוד. ראו ה"ש 31 לעיל.

³³ ראו למשל, בע"מ 7468/11 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 3.7.2012) (להלן: "בע"מ 7468/11"); ת"ע (י-ם) 289/97 אהירם נ' אהירם (פורסם בנבו, 11.1.1999) תמ"ש (ת"א) 32240/96 פני פרידל בן דרור נ' עו"ד אמנון בן דרור, מנהל עזבון המנוח בן דרור (פורסם בנבו, 8.4.1999); תמ"ש (ת"א) 37302-02-10 א' ואח' נ' ג' (פורסם בנבו, 3.5.2012); תמ"ש 41530/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.10.2007); שחר ליפשיץ, "הסדרה חוזית של יחסי הממון בין בני זוג לעת מוות", הון משפחתי א, 33 (אפריל 2014) (להלן: "ליפשיץ, הסדרה חוזית של יחסי ממון לעת מוות"); אריאל רוזן צבי, יחסי רכוש בין בני זוג, 307-305 (התשמ"ג-1983); פנחס שיפמן, "יחסי ממון בין בני-זוג", קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים 126, 129 (התשל"ה-1975); שילה, פירוש לחוק הירושה א, ה"ש 13 לעיל, 97-98.

(להלן: "חוק יחסי ממון") ובין הסכמי זוגיות בין ידועים בציבור; הבחנה בין הסכמי זוגיות הקובעים את היקף העיזבון במקרה של פטירה ובין הסכמי זוגיות המבקשים אף לקבוע את אופן חלוקת העיזבון וכיו"ב).³⁴

במסגרת מחקר זה לא אתייחס להבחנות האמורות ולמחלוקות באשר לשאלה אילו מן ההסכמים תקפים ואילו אינם תקפים – לאור סעיף 8(א) לחוק הירושה. לצורך הרעיון שברצוני להציג בחלק זה של המחקר, די במסקנה המעשית העולה מהדיון ומהעיסוק המרובה בסוגיה (במיוחד לאור הדעות הרבות השנויות במחלוקת) – כי על מנת להבטיח את הוראותיהם של הסכמי זוגיות (על מגוון סוגיהם וצורותיהם) מומלץ כי בד בבד עם הסכם הזוגיות תיערך צוואה ה"מגבה" את הוראות ההסכם המתייחסות למקרה של פטירה.³⁵

אלא, שבעריכת צוואה לא סגי שכן כאמור הרעיון העומד בבסיס דיני הצוואות הוא "חופש ההורשה" ו"אי-הגבלת המוריש"³⁶. לפיכך, כל אחד מבני הזוג יוכל לבטל את צוואתו (ואף לעשות כן בחשאי) ובכך לסקל את ההסדרים שהמצווים ביקשו לקבוע במקרה של פקיעת הזוגיות עקב פטירה.³⁷ יתרונה של הצוואה ההדדית על הצוואה ה"רגילה" הוא שביטול הצוואה ההדדית מצריך הודעה בכתב (וראו להלן בהרחבה בתת פרק ד(1)(ב) ותת-פרק ה(2)(ב) למחקר). הצורך במתן הודעה בכתב הוא המאפשר יצירת מנגנון במסגרת ההסכם בין בני הזוג (שנערך במשולב עם הצוואה ההדדית), הקובע הוראות למקרה של מתן הודעה על אודות ביטול הצוואה ההדדית בחיי המצווים. ההוראות למקרה של ביטול הצוואה ההדדית תוטלנה מכוח דיני החוזים במסגרת ההסכם הזוגי בין בני הזוג, ולפיכך אין הן נוגדות את הוראות סעיף 8(א) לחוק הירושה.³⁸

ודוק, הנחת המוצא היא כי בני זוג המבקשים להגיע להסכם ביניהם מעוניינים לכבול את עצמם בהסכמות חוזיות מחייבות כך שאף אחד מהם לא יוכל לשנותן באופן חד-צדדי. דברים אלו יפים גם להסכמות לגבי פקיעת הנישואין עקב פטירה. אלא שכאמור, לפי סעיף 8(א) לחוק הירושה, בני הזוג אינם יכולים לכבול את עצמם במסגרת הסכם לגבי מקרה של פטירה. אף הצוואה ההדדית אינה מאפשרת כבילה בחייהם של שני המצווים. לפיכך, במסגרת ההסכם בין בני הזוג ניתן לקבוע הוראות בדבר מצב שבו תבוטל הצוואה ההדדית בחייהם של שני הצדדים. דהיינו, במסגרת הצוואה ההדדית וההסכם בין בני הזוג (שיערכו בד בבד) יהיה כל אחד מהצדדים מודע לכוחו של הצד השני לבטל את הצוואה ההדדית באמצעות הודעה (בחייהם של שני הצדדים) לאור סעיף 8(א) לחוק הירושה (הקובע כי הסכם בדבר ירושתו של אדם – בטל) ולאור סעיף 8(ג) לחוק הירושה (הקובע כי הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחיי שני בני הזוג – בטלה), ובבואם לערוך את ההסכם, יביאו הצדדים בחשבון את אפשרות הביטול כאמור (בחי שניהם) ויקבעו בהסכם הוראות מיוחדות ברורות לעניין זה. הוראות אלו תצאנה אל הפועל במקרה של מתן הודעה על אודות ביטול הצוואה ההדדית מטעם מי מהצדדים. ההוראות שייקבעו בהסכם בין בני הזוג (מכוח דיני החוזים) למקרה של ביטול הצוואה ההדדית לא תהיינה נוחות לצד המבטל, והדבר ייעשה באופן שירתיע את בני הזוג מלבטל את הצוואה ההדדית. כך למשל ניתן לקבוע במסגרת ההסכם בין בני הזוג כי במקרה של ביטול הצוואה ההדדית, חלוקת הרכוש ביניהם תהיה שונה (לרעת הצד המבטל) לעומת חלוקתו במצב שבו הצוואה ההדדית עומדת בתוקפה בד בבד עם ההסכם בין בני הזוג (במצב שאליו כיוונו הצדדים מלכתחילה).³⁹

פתרון זה רלוונטי ביתר שאת להסכמי פרידה, שהרי כל עוד הצדדים לא התגרשו הם נחשבים באופן רשמי כבני זוג לעניין סעיף 8א, ובד בבד עם הסכם הפרידה הם יכולים לערוך צוואה הדדית לגבי כלל רכושם או לגבי רכוש מסוים. ניתן לשלב את הסכם הפרידה בצוואה הדדית, ולהבטיח במסגרת חלוקת הרכוש המשפחתי בין הצדדים כי

³⁴ להרחבה ראו, ליפשיץ, הסדרה חוזית של יחסי ממון לעת מוות, ה"ש 33 לעיל.
³⁵ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל, 40: ".... הנה כי כן המסקנה הפרקטית העולה ממאמרו של פרופ' ליפשיץ באשר לנקודה זו (בשונה מן המסקנות האדקמאיות) 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 ה"מגבה" את הוראות הסכם הממון (הכלליות ו/או הספציפיות) המתייחסות למקרה של פטירה".

³⁶ ראו, ה"ש 3 לעיל.

³⁷ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל, 40-42.

³⁸ ראו, שם, 49-50.

³⁹ ראו, שם.

לאחר פטירת הצדדים יגיעו נכסים מסוימים לילדיהם או לבני משפחה אחרים. פתרון זה הינו משמעותי עבור בני זוג בעת פירוד, הואיל ובמקרים רבים הפתרון למחלוקות בפרידה (שהיא ממילא קשה מבחינה רגשית) טמון בהבטחת העברתם של נכסים לאחר פטירה לילדי הצדדים. הבטחה כאמור אינה אפשרית הן לפי סעיף 8(א) לחוק הירושה הן לפי סעיף 8א(ג) לחוק הירושה. שילוב הסכם הפרידה בצוואה הודדית הינו פתרון לבעיה.

בפרק זה ביקשתי להראות את נחיצות הצוואה ההודדית במצבים שונים. לשיטתי, כפי שצוין בפתח הדברים, מן הראוי לעשות שימוש בצוואה ההודדית בזהירות ובמשורה. אי-הכרה בצוואה ההודדית עקב מגרעותיה (כפי שמציעים המתנגדים לה) תשאיר "חלל" משפטי ריק והיעדר פתרון כולל ושלם לנסיבות ולמצבים שתוארו לעיל. טענתם העיקרית של המתנגדים לצוואה ההודדית הינה כי יש להשאיר לנותר בחיים שיקול דעת מלא באשר לחלוקת עיזבונו⁴⁰. לדידי, המבקשים להשאיר לעצמם שיקול דעת מלא באשר לחלוקת עיזבונם רשאים שלא לערוך צוואה הודדית ואף מוטב כי לא יעשו כן. הבעיות העיוניות והמעשיות המאפיינות את הצוואה ההודדית אינן מאיינות את נחיצותה. לעומת הטוענים כי יש לבטל את הצוואה ההודדית יש הטוענים כי שכחות השימוש בצוואה ההודדית רק תלך ותגדל, הן בשל התפשטות התופעה של משפחות שניות ושלישיות, הן בשל עליית תוחלת החיים, הן בשל המגמה הגוברת של תכנון העברת ההון המשפחתי לדור הבא⁴¹. כעורכת דין העוסקת בעריכת צוואות וצוואות הודדיות, אף אני שותפה לתפיסה זו, שלשיטתי הינה רלוונטית ביתר שאת למצב בישראל, וזאת בהתחשב בדין הישראלי האוסר על עריכת הסכמים בירושה. במצב דברים זה אני סבורה כי במקום "להרים ידיים" ולוותר על הצוואה ההודדית יש להתמודד עם אתגר הסדרתה ועיצובה הנורמטיבי של ה"מפלצת" – "The Beast"⁴². במסגרת המחקר אבקש להתמודד עם אתגר זה.

⁴⁰ ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 393. כנגד הצגתה של Croucher את הסדר הצוואה ההודדית כדוקטרינת "המבוגר האחראי" (ראו, שם, 392) נטען כי יש להציג את ההסדר כדוקטרינה של "התבצרות בלתי רצויה" ("Undesirable entrenchment") ראו Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 158.

⁴¹ ראו, Padraic Courtney, Wills, Probate and Estates, 47 (4th Edition 2014) (להלן: "Padraic, Wills, Probate and Estates"); Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 21 למאמר; קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 10-12 לטיוטה.

⁴² כהגדרתה של Thompson. ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 21 למאמר.

ג. מאפייניה הצוואתיים והחוזיים של הצוואה ההדדית

בפרק זה אעמוד על המאפיינים הצוואתיים והחוזיים שבצוואה ההדדית, אשר כאמור אינם מתיישבים אלו עם אלו. בין השאר, אייחד את הדיבור על עריכת הצוואה ההדדית כפעולה משפטית משותפת, על כל המשתמע מכך, לרבות הצורך בגמירות דעת משותפת וקיום של אינטרס הקיום ואינטרס ההסתמכות (מושגים הזרים לדיני הצוואות). כמו כן אדון בעקרונות של כבילה (עקרונות חוזיים הבאים לידי ביטוי בצוואה ההדדית), המנוגדים לחופש הציווי (מאפיין יסוד בדיני הצוואות). עוד אדון בעקרון תום הלב ותחולתו בהקשר הצוואה ההדדית (בניגוד להיעדר תחולתו או לתחולתו המוחלשת בהקשר המצווה ה"רגיל"). אקדים ואבהיר כי מטרתי היא להראות כי לצוואה ההדדית יש מאפיינים חוזיים בולטים הטבועים בה באופן כה עמוק, עד אשר לא ניתן להתעלם מהם במסגרת עיצובה הנורמטיבי והסדרתה.

ג.1. הצוואה ההדדית – יסוד ההדדיות

יסוד חוזי בסיסי הקיים בצוואה ההדדית הוא היותה פעולה משפטית הקובעת תוכנית פעולה משותפת הנקבעת בין שניים. בכך דומה הצוואה ההדדית לחוזה – פעולה משפטית הקובעת תוכנית פעולה אשר מטיבה ומטבעה מספר מתקשרים נוטלים בה חלק פעיל. על פי רוב, תוכנית הפעולה ההדדית הגלומה בחוזה היא מהות החוזה – היא המגדירה אותו, היא ההופכת אותו ל"חוזה", והיא המקנה לו תוקף כחוזה (על כל המשתמע מכך, לרבות הסעדים אשר להם זכאים הצדדים לחוזה)⁴³. חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול (סעיף 1 לחוק החוזים). הצעה הינה "פנייתו של אדם לחברו" (סעיף 2 לחוק החוזים). דהיינו, לפי לשון החוק, חוזה אינו התחייבות חד-צדדית, אלא הסכמה המשותפת לשניים לפחות. אומנם ייתכן כי במקרים מסוימים יינתן תוקף להתחייבות חד-צדדית, אך לפי הדין הישראלי, התנאי הבסיסי לכך הוא שההתחייבות תימסר לצד שלטובתו נעשתה, וכי הלה לא יתנגד לכך. דהיינו, הרצון החד-צדדי לבדו אינו יוצר הסכם, ולכל הפחות נדרשת הסכמה שבשתיקה של הצד השני כדי שיווצר חוזה מחייב⁴⁴. זהו גם דינה של התחייבות למתנה, אשר אף כי במהותה היא חוזה "חד-צדדי" – שהינו חריג לעקרון ההדדיות – היא נחשבת כפעולה משפטית דו-צדדית המצריכה מפגש רצונות⁴⁵.

החוזה והצוואה, שניהם פעולות משפטיות⁴⁶. אלא שהחוזה משקף הסכמה המשותפת לפחות לשניים, ואילו הצוואה היא פעולה משפטית חד-צדדית⁴⁷, שבבסיסה עומד היסוד האישי⁴⁸. כך למשל ציין השופט הנדל: "חוזה הוא הסכם, מפגש של רצונות בין שני צדדים לפחות. צוואה, לעומת זאת, איננה הסכם, אלא פעולה משפטית חד-צדדית"⁴⁹. חוק הירושה קובע מפורשות כי הצוואה היא "מעשה אישי" (סעיף 28): "אין צוואה נעשית אלא על ידי המצווה עצמו". הצוואה היא פעולה משפטית שיסודה באוטונומיה של היחיד, המצווה, "הוא לבדו ללא

⁴³ ראו, גבראלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי, 14 (2005) (להלן: "שלו, דיני חוזים"); "מקביעת יסוד ההסכם כמאפיין את התופעה החוזית משתמעת בדרך כלל דרישת ההדדיות: החוזה הטיפוסי הוא הדדי וכולל הבטחה או מעשה של צד אחד כנגד הבטחה או מעשה של הצד השני". ודוק, החוזה השכיח והמקובל הינו חוזה הדדי הכולל מחויבות הדדית. (על חריג של חוזה המתנה, ראו להלן, ה"ש 45).

⁴⁴ ראו, סעיף 7 לחוק החוזים, המדבר בהצעה שקיבולה בשתיקה. אלא שהפרשנות המקובלת היא כי אין בסעיף ויתור על ידיעת הניציע ועל הסכמתו להצעה. ראו, דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים – כרך א, 25-29, 143-144 (1991) (להלן: "פרידמן וכהן, כרך א"); פבלו לרנר, ההתחייבות החד צדדית, 320-339 (2001) (להלן: "לרנר, ההתחייבות החד-צדדית").

⁴⁵ ראו, סעיפים 2-4 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 (להלן: "חוק המתנה"). כן ראו, קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 12; מרדכי אלפרדו ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח-1965, פירוש לחוקי החוזים 30-32 (בעריכת גד טדסקי, מהדורה שנייה, 1996) (להלן: "ראבילו, חוק המתנה"); פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, פרק 11; לרנר, ההתחייבות החד-צדדית, ה"ש 44 לעיל, 319; ע"א 495/80 ברקוביץ' נ' קלימר, פ"ד (4) 57, 61 (1982); ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 158 (1990); קורינאלדי, דיני ירושה צוואות, ירושות ועזבונו, 210 (מהדורה שנייה מורחבת, 2012) (להלן: "קורינאלדי, דיני ירושה").

⁴⁶ על הצוואה כפעולה משפטית ראו, למשל ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772, 783-785 (1989) (להלן: "פסק דין אנגלמן").
⁴⁷ ראו, אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך חמישי – פרשנות הצוואה, 51-53 (2001) (להלן: "ברק, פרשנות הצוואה"). על ההשוואה בין חוזה לצוואה בעניין זה, ראו קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 12.

⁴⁸ על היסוד האישי בצוואה ראו, ע"א 119/89 טורנר נ' טורנר, פ"ד מה(2) 81, 87 (1991) (להלן: "פסק דין טורנר"); בע"מ 2035/13 פלוני נ' חסויה, פסקאות 6 ו-8 (פורסם בנבו, 8.8.2013) (להלן: "בע"מ 2035/13"); ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88, 97-98, 114 (1999). ראו גם דבריו של השופט טירקל בבע"מ 7735/02 עזבון המנוח ניסים אלבז נ' יהושע ישועה אהל פז, פ"ד נח(3) 161, 165 (2004): "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 חשבונו, היוצאים ממעמקי לבו של אדם המהרהר במותו ובמה שיקרה אחרי מותו".

⁴⁹ ראו, בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני, עמ" 9 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.8.2012).

שותפים⁵⁰. המרכיב האישי בצוואה בא לידי ביטוי בסעיפים שונים בחוק הירושה. כך למשל אין תוקף להוראה בצוואה התולה את תוקף הצוואה ברצונו של אחר (סעיף 28(ב)), והמצווה מנוע מלמסור לאחר את שיקול דעתו לקבוע מי יזכה בעיזבון או איזה מנה או חלק יחסי יקבל זוכה (סעיף 29)⁵¹.

בניגוד לחוזה, שלצורך שכלולו נדרש קיבול של הצד השני, תוקפה של צוואה כפעולה משפטית בת תוקף אינו מותנה בהסכמת גורם נוסף לבד מהמצווה. הצוואה מתגבשת ומשתכללת עם עריכתה, בלא שהמצווה צריך לתת הודעה על אודות עריכתה לאיש ומבלי שדרושים לשם כך קיבול או קליטה⁵². אומנם לא ניתן לכפות על יורש לקבל את חלקו בעיזבון ויורש המבקש שלא לרשת רשאי להסתלק מחלקו בעיזבון (סעיף 6 לחוק הירושה), אלא שלצורך ביטול תוקף הצוואה כלפיו (וכלפיו בלבד) נדרש היורש לנקוט פעולה אקטיבית עד חלוקת העיזבון. דהיינו, מלכתחילה תוקף הצוואה אינו מותנה בפעולה אקטיבית, בהסכמה או בשיתוף פעולה של צד שלישי.

יתרה מזו, השתתפות זוכה בעריכת הצוואה בפועל או לקחת חלק אחר בעריכתה יביאו לביטול הוראות הצוואה המזכות אותו (סעיף 35 לחוק הירושה), וזאת בניגוד לדיני החוזים, המחייבים מעורבות של שני הצדדים לחוזה. אומנם הטעם לכך אינו ה"מונופול" של המצווה על הצוואה, אלא החשש מהשפעה בלתי הוגנת ומובן כי השפעה בלתי הוגנת יכולה לפגום גם בתוקפו של הסכם (וראו למשל סעיפים 15, 17 ו-18 לחוק החוזים), אך ברור כי הרחקתם מראש של גורמים בעלי עניין בצוואה מדגישה את היסוד האישי בצוואה, וזאת בשונה מחוזה.

הצוואה ההדדית – כמו החוזה – היא פעולה של שיתוף ולא ביטוי פרטי⁵³. בהיותה הדדית, היא איננה "מעשה אישי". בניגוד לצוואה, שהיא "שירת יחיד – סולו", הצוואה ההדדית (כמו החוזה) היא "דואט", מסמך בין בני זוג המשותף לשני עורכיו⁵⁴, ובבסיסו תוכנית ומטרות משותפות של שני המצווים⁵⁵. אף מעורבות בני הזוג בעריכת הצוואה ההדדית נוגדת מניה וביה את סעיף 35 לחוק הירושה, האוסר על הזוכה לקחת חלק בעריכת הצוואה (שכן על פי רוב בני הזוג הם אף הזוכים על פי הצוואה ההדדית). מעורבות בני הזוג בעריכת הצוואה ההדדית תואמת את מאפייני ההסדר החוזי (המדבר בשיתוף פעולה והדדיות בין שניים), ומנוגדת לעקרונות בסיסיים בדיני הירושה⁵⁶.

לפני תיקון מספר 12 לחוק הירושה (סעיף 8א) עסקו הכתיבה והמחקר בהקשר הצוואה ההדדית בעיקר בשאלת תוקפן של צוואות הדדיות (בהתחשב באיסור על הסכמים בירושה – סעיף 8א)) ובשאלה האם מדובר בהסדר רצוי⁵⁷. עמדתו של טדסקי בדיון הייתה (לאור המצב המשפטי דאז) כי אין להכיר בתוקפה של הצוואה ההדדית⁵⁸. בין השאר, נימק טדסקי את עמדתו על בסיס סעיף 28 לחוק, שכן לשיטתו, העיקרון שלפיו הצוואה היא מעשה אישי שולל את האפשרות לערוך צוואה משותפת⁵⁹. טדסקי ביסס את עמדתו אף על סעיף 35 לחוק, הקובע כי יש במעורבות של זוכה כדי לשלול את זכיותו. לדעתו, סעיף זה כשלעצמו מגביל את האפשרות לערוך צוואה הדדית, למעט מקרים זניחים שבהם הצדדים לצוואה ההדדית אינם זוכים במסגרתה⁶⁰. עמדה זו מחדדת את הטענה כי

⁵⁰ ראו, בע"מ 7468/11, ה"ש 33 לעיל, עמ' 8 לפסק הדין (פורסם בנבו, 3.7.2012).

⁵¹ זאת, למעט הוראת צוואה הכוללת הסמכה לבחור בזוכה מתוך קבוצת אנשים מסוימת או לבחור במנה או בחלק היחסי מתוך קבוצה מסוימת של נכסי העיזבון. ראו, ע"א 433/88 ישפה נ' בן דוב, פ"ד מב(4) 601 (1989). באותו עניין הורתה המנוחה בצוואתה כי היא מותרת את כל רכושה "לצרכי צדקה שינתנו על שם בעלי המנוח יוסף ישפה ז"ל ועל שמי לפי מיטב שיקוליו של בני יחיאל ישפה". בית המשפט לא אישר את הצוואה, מאחר שהצוואה כללה אך ורק מטרות, וזאת ללא פירוט מועמדים לזכייה.

⁵² ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 52.

⁵³ ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 510; רונן קריטנשטיין, "מוסד הצוואות ההדדיות: בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט – עיון דוקטרינרי על רקע תיקון 12 לחוק הירושה", הפרקליט נד, 317, 323-322 (2016) (להלן: "קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות").

⁵⁴ ראו, יוסף מנדלסון ועיריית רייך-זיו, "היום שאחרי המחשבה שלפני", עורך הדין, גיליון מספר 17, 120, 122 (2012) (להלן: "מנדלסון ורייך-זיו, היום שאחרי המחשבה שלפני").

⁵⁵ ראו, בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר, פסקה 7 לפסק דינו של השופט טירקל (פורסם בנבו, 21.6.2005) (להלן: "פסק דין לרנר").

⁵⁶ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל, 44.

⁵⁷ ראו למשל, ג' טדסקי, "צוואה משותפת – (תי"ע (תי"א) 2150/74, נדבי נ' נדבי)" עיוני משפט ו 662 (1979) (להלן: "טדסקי, צוואה משותפת"); שילה, פירוש לחוק הירושה א, ה"ש 13 לעיל, 325-327; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 81-94; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 497.

⁵⁸ ראו, טדסקי, צוואה משותפת, ה"ש 57 לעיל. ראו לעומת זאת עמדתו של שילה בסוגיה זו, שילה, פירוש לחוק הירושה א, ה"ש 13 לעיל, 326-325.

⁵⁹ ראו, טדסקי, צוואה משותפת, ה"ש 57 לעיל, 668.

⁶⁰ ראו, שם, 669-668. על היחס בין צוואה הדדית לסעיף 35 לחוק הירושה ראו, שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 309-316.

יסוד השיתוף המובנה בצוואה ההדדית – כמו בחוזה – נוגד את היסוד האישי בצוואה, שהינו אחד העקרונות הבסיסיים בדיני הצוואות (המשתקף, בין השאר, באיסור הקיים בסעיף 35)⁶¹.

בהתחשב ברקע המשפחתי העומד בבסיס עריכתה של הצוואה ההדדית, במובנים מסוימים יסוד השיתוף הקיים בצוואה ההדדית הינו בולט ומשמעותי יותר מן השיתוף הקיים בחוזה. כך למשל, לדעת בלכר-פריגת, "בעריכת צוואות הדדיות בני זוג מגלים פעמים רבות את דעתם כי הם עצמם ראו את מערכת היחסים ביניהם כמערכת שיתופית" וכי "הצוואה ההדדית מהווה הצהרת שיתוף והבעת רצון להחליט החלטה משותפת על מה שיעשה ברכושם לאחר מותם"⁶². מטבע הדברים, קיומו הבולט של יסוד ההדדיות והשיתוף בצוואה ההדדית מדגיש את הפן החוזי של הצוואה ההדדית ומחליש את הפן הצוואתי שבה.

2.ג. הצוואה ההדדית – אומד דעת משותף וגמירות דעת משותפת

יסוד חוזי נוסף הקיים בצוואה ההדדית (ונובע מהיסוד הראשון) הוא אומד דעת משותף וגמירות דעתם של המצווים. אומד דעת משותף הינו יסוד בסיסי בדיני החוזים. חוק החוזים מדבר הן בגמירות דעתו של המציע (סעיף 2 לחוק החוזים), הן בגמירות דעתו של הניצע (סעיף 5 לחוק החוזים). כדי שייכרת חוזה נדרשת גמירות דעת תואמת של שני הצדדים – של המציע ושל הניצע – והחוזה יפורש לפי אומד דעתם המשותפת של הצדדים (סעיף 25א) לחוק החוזים). גמירות הדעת המשותפת עומדת ביסוד החוזה, היא שורשו, מטרתו ותכליתו⁶³. כלל יסוד הוא שאין די באומד דעתו של צד אחד לחוזה כדי לחייב את רעהו. תוקפו המשפטי המחייב של ההסכם הוא תולדה של גמירות דעת משותפת⁶⁴.

הצירופים "גמירות דעת משותפת", "אומד דעתם של הצדדים" ו"מפגש רצונות" מבטאים כולם רעיון מרכזי העומד ביסוד החוזה בדין הישראלי ובשיטות משפט אחרות⁶⁵. תכליתו הפרשנית של החוזה היא ירידה לעומקם של גמירות דעתם, אומד דעתם ורצונם המשותף של הצדדים⁶⁶.

אף לאחר תיקון מספר 2 לחוק החוזים⁶⁷ (שעניינו סעיף 25, הוא סעיף הפרשנות) נותרה בעינה הגישה הפרשנית לפיה יש להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים ואחר המטרות, היעדים, האינטרסים והתוכניות המשותפות של הצדדים (בין שהדברים עולים מלשון החוזה, ובין שלשון החוזה אינה ברורה ויש לבוחנה לפי נסיבות כריתתו)⁶⁸.

בניגוד לכך, הצוואה היא פעולה משפטית העוסקת ברצונו, בכוונותיו ובגמירות דעתו של המצווה לבדו. סעיף 54 לחוק הירושה (העוסק בפרשנות צוואה) מדבר ב"אומד דעתו של המצווה", וזאת לפי מבחן סובייקטיבי-אישי. ציפיותיהם או אומד דעתם של צדדים שלישיים (לרבות יורשים פוטנציאליים) אינם רלוונטיים⁶⁹.

גם בעניין זה דומה הצוואה ההדדית לחוזה. בצוואה הדדית, מעצם היותה מסמך משותף, ממילא לא ניתן להסתפק באומד דעתו של המצווה בלבד, אלא יש לבדוק את אומד דעתם המשותף של שני המצווים ואת גמירות דעתם

⁶¹ לניתוח הדין הישראלי בהקשר נקודה זו לפני התיקון והעמדות השונות באשר למצב המשפטי אותה העת ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 361-364.

⁶² ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 510.

⁶³ עמד על כך השופט ברק בע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל נ' עיזבון המנוח זולוטוב, פ"ד מא(1) 282, 305 (1987): "אומד דעתם של הצדדים הוא המטרה או התכלית שעמדו לנגד עיני הצדדים בעת כריתת החוזה. מטרה או תכלית אלו הן 'של הצדדים'. חוזה הוא פעולה משפטית דו-צדדית, ועל כן יש להתחשב במטרה או בתכלית שהן משותפות לצדדים".

⁶⁴ ראו, ע"א 7591/13 פלונים נ' פלונית, פסקאות 11-14 (פורסם בנבו, 25.1.2016); ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן, פסקאות 12-14 (פורסם בנבו, 24.7.2013); ע"א 226/80 כאהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 463, 469 (1981); ע"א 4541/91 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד מח(3) 397, 407-409 (1994).

⁶⁵ לניתוח משפט משווה בסוגיה זו ראו, אהרון ברק, פרשנות במשפט, כך רביעי – פרשנות החוזה, 418-419 (2001) (להלן: "ברק, פרשנות החוזה").

⁶⁶ ראו, דני"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום נ' מדינת ישראל, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (פורסם בנבו, 4.7.1995); רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281, 296 (1996); ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811, 818 (1992); ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177, 186 (1993).

⁶⁷ חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מספר 2), התשע"א-2011, ס"ח 202.

⁶⁸ ראו, רע"א 6565/11 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' EMI MUSIC PUBLISHING, פסקה 12 (פורסם בנבו, 22.7.2014).

⁶⁹ ראו, שילה, פירוש לחוק הירושה א, ה"ש 13 לעיל, 446; ברק, פרשנות החוזה, ה"ש 65 לעיל, 190.

המשותפת⁷⁰. הדרישה לאומד דעת משותף בצוואות הודיות מלמדת על השוני המהותי בין הצוואה ההודית לצוואה ה"רגילה". ודוק, לשוני האמור יש משמעויות תפיסתיות מהותיות, והן מחדדות את הרעיון השיתופי בצוואה ההודית (כמו בחוזה) בניגוד לרעיון הפרטני-אישי בצוואה ה"רגילה"⁷¹.

3.ג. הצוואה ההודית – אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום

מטרתם העיקרית של דיני החוזים היא הגשמת ציפיותיהם הסבירות של הצדדים⁷² – דהיינו, אינטרס הקיום. מטרה זו מיועדת להגשים את כוונת הצדדים ולקיים את החוזה. היא משתקפת הן בחוק החוזים הן בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 (להלן: "חוק החוזים תרופות")⁷³. עם זאת, אף אינטרס ההסתמכות המניע צד לכרות חוזה, זוכה להגנה. לכן, אם כריתת חוזה אינה מתגשמת בשל אשם, או אם חוזה מתבטל בשל פגם בכריתתו, מעמיד חוק החוזים הגנה בשל הפגיעה באינטרס ההסתמכות⁷⁴.

כאמור, לעקרון ההסתמכות נודעת חשיבות בכל הנוגע ליצירת הקשר החוזי. לפי תיאוריית ההסתמכות, החיוב החוזי מבוסס על הסתמכות הצד האחד על התחייבותו או על התנהגותו של הצד השני לקראת ההתקשרות ובמהלכה⁷⁵. אופייה המחייב של ההתקשרות נלמד לא רק מהחוזה, אלא גם מהנסיבות שנלוו לו ומשינוי מצבו של מקבל ההתחייבות⁷⁶. עקרון הכבילה הוא תולדה של רצון משותף, המבוסס על אינטרס ההסתמכות⁷⁷. יש הרואים באינטרס ההסתמכות את היסוד המרכזי המצדיק את המחויבות החוזית (או לכל הפחות את אחד היסודות המרכזיים המצדיקים אותה)⁷⁸. אחרים מבקרים השקפה זו, ורואים בהסתמכות רק כלי המכשיר את התביעה למימוש אינטרס הקיום, אשר הוא האינטרס החוזי המרכזי⁷⁹.

⁷⁰ ראו עמדתו של השופט ברק בע"א 4402/98 מלמד נ' סלומון, פ"ד נג(5) 703, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק (1999) (להלן: "פסק דין מלמד"): "בצוואה משותפת והודית עניין לנו במירת דעת של שני מצויים הפועלים במשותף ובאופן הודי". ברק אף דן במפורש בדברים בספרו. ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 73: "... בצוואה משותפת והודית יש להתחשב – שעה שמפרשים את הוראות הצוואה – באומד הדעת המשותף של המצויים כולם. מבחינה זו דומה צוואה משותפת והודית לחוזה יותר משהיא דומה לצוואה". ראו גם, בע"מ 10807/03 זמיר נ' גמליאל, פ"ד סב(1) 601 פסקה 18 לפסק דינה של השופטת ארבל (2007) (להלן: "פסק דין זמיר"); ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר נ' אבן טוב, פ"ד נו(5) 145, 156 (2003); פסק דין לרנר, ה"ש 55 לעיל, פסקה 7 לפסק דינו של השופט טירקל ופיסקה 3 לפסק דינו של השופט ברק; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 510-511; תמ"ש (קריות) 6089-11-13 א.ע. נ' ע' (המנוח) ואח', פסקה 11 (פורסם בנבו, 9.9.2015) (להלן: "תמ"ש 6089-11-13"); קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההודיות, ה"ש 53 לעיל, 323; שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 224-235.

⁷¹ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הודיות, ה"ש 28 לעיל, 43.

⁷² ראו, שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 16.

⁷³ בחוק הישראלי אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום בדיני החוזים באים לידי ביטוי בסעיף 12 לחוק החוזים, החל על נזק בגין אי-כריתת חוזה או על נזק בשל ביטול החוזה עקב פגם בכריתתו, וכן בחוק החוזים תרופות. לשאלה האם במסגרת חוק החוזים תרופות ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות והאם אינטרס זה יכול לגבור על אינטרס הקיום ראו, ע"א 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מ"ו(4) 45 (1992); דניאל פרידמן וניל כהן, חוזים – כרך ד, 549-553 (2011) (להלן: "פרידמן וכהן, כרך ד").

⁷⁴ ראו, שירלי רנר, "דיני חוזים – נגמנות והערכה", משפטים כא 33, 64 (1991) (להלן: "רנר, דיני חוזים"); שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 246-248.

⁷⁵ ראו, פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 69-71.

⁷⁶ ראו, שם, 374-373.

⁷⁷ ראו, ברק, פרשנות החוזה, ה"ש 65 לעיל, 292.

⁷⁸ ראו, Lon Luvois Fuller and William R Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46(1) THE YALE LAW JOURNAL, 52 (1936); PATRICK S. ATIYAH THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (Oxford University Press, 1979); PATRICK S. ATIYAH, PROMISES, MORALS AND LAW (Oxford University Press, 1981); Patrick S. Atiyah, *Promises, Morals and Law Contracts, Promises, and the Law of Obligation*, ESSAYS ON Mark Pettit, *Private Advantage and Public Powers: Reexamining the* CONTRACT (Oxford University Press, 1986); Expectation and Reliance Interests in Contract Damages, 38 HASTINGS LAW JOURNAL 417 (1986) מאלו של Atiyah ושל Pettit. Fuller ו-Perdue ביססו את טיעונם על עקרונות של צדק מתקן; Atiyah ביסס את טיעונו על יסודות של הסתמכות (יסודות נזיקיים) ושל התעשרות שלא כדין; Pettit ביסס את טיעונו על עקרונות של צדק חלוקתי. עם זאת בסופו של יום, הדמיון בעמדותיהם הוא שכולם רואים באינטרס ההסתמכות אינטרס מרכזי בדיני החוזים.

⁷⁹ ראו, Richard Craswell, *How We Got This Way: Further Thoughts on Fuller and Perdue* (Symposium on Fuller and Perdue), 1(1) Richard Craswell, *Against Fuller and Perdue*, 67 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW; ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP, Article 2 (2001) (להלן: "פרידמן, אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים"); דניאל פרידמן, "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים", ספר יזכרון לגואלטריו פרוקצ'יה, 337 (אהרון ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה, מרדכי אלפרדו ראבילו, עורכים, 1996) (להלן: "פרידמן, אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים"); Daniel Friedmann, *The Performance Interest in Contract Damages*, 111 LAW QUARTERLY REVIEW 628 (1995); Michael B. Kelly, *The Phantom Reliance Interest in Contract Damages*, Wisconsin Law Review 1755 (1992); David W. Barnes, *The Net Expectation Interest in Contract Damages*, 48 EMORY LAW JOURNAL 1137 (1999); Eric G. Andersen, *The Restoration Interest and Damages for Breach of*; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899798; <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol53/iss1/4> Contract, 53(1) MARYLAND LAW REVIEW, 1 (1994)

מכל מקום, לאינטרס ההסתמכות יש מקום חשוב בתיאוריה החוזית⁸⁰, והוא אף מהווה צידוק להענקת תוקף להתחייבויות שלא גמלו לחוזה (promissory estoppel)⁸¹.

בניגוד לכך, בדיני הצוואות השיקול הרלוונטי היחיד הוא קיום רצונו של המצווה. כנגד רצון המצווה אין עומד אינטרס הסתמכות או אינטרס קיום של אחר⁸². הצוואה נועדה להגשים את רצונו של המצווה בלבד⁸³. על פי הדין הישראלי, אין לצד שלישי כלשהו זכות מוקנית לרשת אפילו אם הוא יורשו ה"טבעי" של המנוח. בפסיקה הישראלית נקבע כי צוואה "רגילה" אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום אינם ראויים להגנה⁸⁴.

אף אם ניתן לומר, כי ליורשים הפוטנציאליים (דהיינו ליורשים הטבעיים על-פי דין) קמה ציפייה סבירה לרשת, מכוח התפיסה החברתית הרווחת באשר לאופן סדרי ההורשה (דהיינו, מתוך "ההסכמה החברתית בדבר אורחות בני-אדם, שבמותם מותירים הם את עיזבונם לשאירי בשרם הקרובים"⁸⁵), ציפייה סבירה זו אינה מקימה ליורשים הפוטנציאליים כל אינטרס הסתמכות ואין לה כל תוקף או הגנה משפטית⁸⁶. ודוק, כאמור, בניסבות מסוימות תיתכן הסתמכות סבירה בת הגנה אף אם היא מבוססת על הבטחה שלא התגבשה לכדי חוזה או על התנהגות היוצרת הסתמכות⁸⁷. לפי תורת ההסתמכות ניתן היה לטעון כי אף הציפייה הסבירה לרשת מקימה אינטרס הסתמכות ליורשים הפוטנציאליים. אלא שכאמור, לציפייה זו אין תוקף משפטי, היא אינה מקנה זכויות והיא אינה בת הגנה⁸⁸. בפסיקה עלתה פעמים רבות ההבחנה בין צוואה לחוזה בהקשר זה⁸⁹.

יתרה מזו, בניגוד לשיטות משפט אחרות – שבהן משוריינים חלקים מסוימים מהעזיבון לטובת יורשים מסוימים (בין מבחינה קניינית ובין מבחינה אובליגטורית)⁹⁰ באופן המקנה להם אינטרס ציפייה מכוח הדין לקבל חלק מהעזיבון עם פטירת המנוח – בדין הישראלי חוק הירושה (למעט סעיף 56, הקובע זכות למזונות מן העזיבון)

⁸⁰ ראו, איל זמיר, "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' - חברה קבלנית)", **משפטים** (לד), 91 (2004); נילי כהן, "דפוס החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמאלי לעקרונות הצדק", **הפרקליט** לו, 13 (1986) (להלן: "כהן, דפוס החוזים ותום הלב במשא ומתן"); רנר, דיני חוזים, ה"ש 74 לעיל, 63; פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 69-74, 151-154; גבריאלה שלו ויהודה אדר, **דיני חוזים – התרופות לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי**, 46-60 (2009) (להלן: "שלו ואדר, דיני חוזים – התרופות"); שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 134-136.

⁸¹ ראו, כהן, דפוס החוזים ותום הלב במשא ומתן, ה"ש 80 לעיל; גבריאלה שלו, "הבטחה, השתק ותום לב", **משפטים** טז, 295 (1986); ברק מדינה, "החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן בראי הגישה הכלכלית", **משפטים** ל, 513 (1999); מיכל אגמון גונן, **ההשבה בהקשרים חוזיים: דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט**, 111 (2001); John J. Chung *Promissory Estoppel and the Protection of* <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstrev/vol156/iss1/4>, *Interpersonal Trust*, 56 CLEVELAND STATE LAW REVIEW, 37 (2008).

⁸² ראו, קריטנסטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 8 לטיוטה.

⁸³ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 53-56, 354; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 523.

⁸⁴ ראו למשל, פסק דין טורנר, ה"ש 48 לעיל, 85: "אין לבנו של יורש לכלל אדם אחר כל זכות לדרוש כי המוריש יצווה לו משהו מהעזיבון". כן ראו, פסק דין מלמד, ה"ש 70 לעיל, 710; פסק דין אנגלמן, ה"ש 46 לעיל, 782-781; פסק דין טלמציין, ה"ש 13 לעיל, 826; קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 215-216.

⁸⁵ ראו, רע"א 5103/95 **דשת נ' אליהו**, פ"ד נג(3), 97, 116 (1999) (להלן: "פסק דין דשת").

⁸⁶ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 53-58; ע"א 1212/91 **קרן לב"י נ' בינשטוק**, פ"ד מח(3), 705, 723 (1994) (להלן: "פסק דין בינשטוק"); שוחט, פגמים בצוואות, ה"ש 25 לעיל, 248; פסק דין טלמציין, ה"ש 13 לעיל, 826; קריטנסטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 8 לטיוטה. אומנם יש בפסיקה גישות שלפיהן במקרה של הדרת יורש פוטנציאלי הציפייה הסבירה מקימה למצווה חובה (לפחות מבחינה מוסרית) לדון בכך מפורשות בצוואה (ראו למשל, פסק דין דשת, ה"ש 85 לעיל, 117: "... בשל הפגיעה המיוחדת ביורש הכרוכה בהדרתו מזכות הירושה – פגיעה שאינה רק חומרית אלא גם רגשית ומוסרית – מוצדק להתנות את יכולתו של המוריש להדיר את יורשו בכך שההדרה תיעשה בהוראה מפורשת..."), אך זו אינה ההלכה, ועמדות אלו רלוונטיות רק במקרים של הסתלקות לטובת יורש שהודר או שנושל. (על ההבחנה בין הדרה לנישול ראו, פסק דין בינשטוק).

⁸⁷ ראו פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 71. כן ראו, ה"ש 81 לעיל.

⁸⁸ בהקשר זה מעניין לציין כי אחת הביקורות על התיאוריה של Perdue ו-Fuller, היא כי יש בה "רידוד" של הזכות החוזית למעין משהו עתידי שאינו שייך למקבל ההתחייבות. להרחבה ראו, ה"ש 78 וה"ש 79 לעיל. מכאן גם הביקורת של פרידמן על המינוח "אינטרס ציפייה", והחלפת הביטוי ל"אינטרס הקיום", ראו פרידמן, אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים, ה"ש 79 לעיל.

⁸⁹ כך למשל ציין השופט חשין בפסק דינו בפרשת בינשטוק, ה"ש 86 לעיל, 722: "בכל שאר ענפי משפט שהזכרנו יש זיקת גומלין אם תרצה: מגע ומשא, במובנו הרחב של המושג - בין שניים (או יותר): כך בחוזים, כך בעשיית עושר ולא במשפט, כך בנוזיקין וכך במשפט העונשין. ואילו במשפט הצוואות המצווה הוא לעצמו: הוא לא השלה איש, ואיש לא הסתמך - ולא רשאי היה להסתמך - על מעשה צוואה שיעשה; הוא לא הזיק לאיש; אין הוא מחזיק תחת ידו רכושו של הזולת; והרי רצונו - ורצונו בלבד - הוא שיכריע: 'בחוק שלנו, מוסד הצוואה כולו בנוי על העיקרון של כיבוד רצון המצווה: ברצותו מוריש וברצותו מנשל. בנגוד לדיני החוזים, מדובר כאן ברצון חד-צדדי, שאינו מושפע כלל מרצונם או ממאווייהם של היורשים בכוח': ... אכן, לעשייתה של צוואה לא נדרוש הסכמתם של יורשים - אפשר אף שלא ידעו כלל, לא על קיומה של צוואה ולא על תוכנה - ויורשים 'טבעיים' לא קנו כל זכות בעזיבון".

⁹⁰ למשל בצרפת, בגרמניה, באנגליה, בסקנדינביה, בשוויץ, ובחלק ממדינות ארצות הברית. ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 503; מנדלסון, סעיף 8(א) לחוק הירושה, ה"ש 5 לעיל, 14; קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזי ירושה, ה"ש 3 לעיל, 16; שילה, **פירוש לחוק הירושה, כרך ב**, 19-20 (1995) (להלן: "שילה, פירוש לחוק הירושה ב"); Terry L. Turnipseed, *Why Shouldn't I Be Allowed to Leave My Property to Whomever I Choose at My Death? (or How I Learnt to Stop Worrying and Start Loving the French)*, COLLEGE OF LAW FACULTY SCHOLARSHIP 737, 756-762 (2006); <http://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=lawpub>; K.S. Wang & Adam J. Hirsch, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 INDIANA LAW JOURNAL, 1, 12-13 (1992); http://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1778&context=faculty_scholarship.

משאיר בידי המצווה חופש מוחלט לקבוע את אופן חלוקתו של כלל עיזבונו⁹¹. עמדה זו של המחוקק מדגישה את התפיסה בדין הישראלי באשר להיעדר אינטרס הסתמכות של יורשים פוטנציאליים⁹².

אף בעניין זה דומה הצוואה ההדדית לחוזה⁹³. בפסק דין מלמד אשר ניתן לפני הוספת סעיף 8א לחוק הירושה, הביע השופט ברק את עמדתו כי לאור אינטרס ההסתמכות הראוי להגנה, דומה הצוואה ההדדית לחוזה⁹⁴. בפסק דין זמיר, שניתן לאחר הוספת סעיף 8א, אך שעסק בצוואה שנערכה קודם לתיקון (ולפיכך, התיקון לא חל לגביה) קבעה השופטת נאור בדעת רוב (לגבי צוואות הדדיות שנערכו לפני התיקון) כי בהעדר מגבלה מפורשת בצוואה הדדית, אין מקום להגביל את הנותר בחיים מכוח הצוואה ההדדית עצמה⁹⁵. לעומתה השופטת ארבל קבעה (בדעת מיעוט) כי ייחודה של הצוואה ההדדית הוא ההדדיות הגלומה בה, אשר מכוחה יש להגן על אינטרס ההסתמכות של המצווים, אף ללא הוראה מפורשת. השופטת ארבל עסקה בקושי המתעורר מכך שדיני הירושה אינם מגנים על אינטרס ההסתמכות בצוואה ההדדית⁹⁶. קריאה קפדנית בפסק דינה של השופטת נאור מלמדת, כי אף היא אינה שוללת את קיומם של אינטרס ההסתמכות ושל אינטרס הקיום בצוואות ההדדיות שנערכו לפני כניסתו לתוקף של סעיף 8א, בתנאי שהמצווים ציינו מפורשות כי הם מגבילים את עצמם לעניין ביטול הצוואה. אלא שלשיטתה, אין בהדדיות בצוואות כשלעצמה כדי ללמד על כוונה להגבלה⁹⁷. מכל מקום, לאחר הוספת סעיף 8א לחוק ברור כי על פי הדין הישראלי, עקרון ההסתמכות הינו עקרון יסוד בצוואה ההדדית⁹⁸. הדברים עולים מלשון החוק עצמו: "בני זוג רשאים לערוך צוואות מתוך הסתמכות של בן הזוג האחד על צוואת בן הזוג האחר..." [ההדגשה אינה במקור]⁹⁹. זוהי התפיסה אשר לפיה פועלים בתי המשפט בהקשר צוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון¹⁰⁰. אף בדברי ההסבר להצעה לתיקון החוק נקבע מפורשות כי בבסיס הצוואה ההדדית עומד עקרון ההסתמכות¹⁰¹.

כאמור, עקרון הקיום (הציפייה) ועקרון ההסתמכות הינם עקרונות יסוד בדיני החוזים. מאידך גיסא, היעדרותם או ליתר דיוק, אי-תחולתם בהקשר הצוואה "רגילה", הינה עקרון יסוד בדיני הירושה. עקרון הקיום (הציפייה) ועקרון ההסתמכות עומדים בבסיס הצוואה ההדדית¹⁰², ותחולתם בהקשר הצוואה ההדדית מלמדת על היסודות החוזיים הבולטים המושרשים בה.

4.ג. הצוואה ההדדית – עקרון החירות הצוואתי לעומת עקרון הכבילה החוזי

עקרון הכבילה, המאפיין את החוזה, ויסוד החירות (היסוד האמבולטורי, הנייד), המאפיין את הצוואה – נובעים באופן ישיר (בהתאמה) מתחולת אינטרס הקיום ואינטרס ההסתמכות בדיני החוזים ומאי-תחולתם בדיני הירושה.

⁹¹ יש להבהיר כי אף מזונות מן העיזבון אינם זכות לרשת, כי אם חוב של העיזבון. אין המדובר בהגבלה המוטלת על זכויות ההורשה של המצווה. ראו שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 166. ודוק, כשם שהמצווה אינו רשאי לגרוע בצוואתו מזכויותיהם של נושים אחרים של העיזבון, כך המצווה אינו רשאי לגרוע מזכויותיהם של הזכאים למזונות ממנו על פי דין. על ההבחנה והשוני בין שריון חלק מן העיזבון לטובת זוכים ספציפיים ובין הזכות למזונות מן העיזבון ראו, שילה, פירוש לחוק הירושה ב, ה"ש 90 לעיל, 20-19.

⁹² לעמדה שונה ראו, קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 31.

⁹³ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל, 43.

⁹⁴ ראו, פסק דין מלמד, ה"ש 70 לעיל, 135. ראו גם, תמ"ש 13-11-6089, ה"ש 70 לעיל, פסקה 9; שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 209-211; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 77.

⁹⁵ ראו, פסק דין זמיר, ה"ש 70 לעיל, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת נאור.

⁹⁶ עמדתה של השופטת ארבל היא כי יישומם של סעיפים 8 ו-27 לחוק הירושה בהקשר צוואות הדדיות עלול להביא לתוצאות קשות שהמצווים לא התכוונו אליהן, והן אף מנוגדות להסכמות ביניהם. ראו, שם, פסקאות 8 ו-11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

⁹⁷ ראו, שם, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת נאור. ראוי להבהיר, כי השופטת נאור מביאה את עמדתה זו בזירות תוך שהיא נמנעת מלהכריע האם ניתן להתנות על הוראות סעיף 8א לחוק הירושה (האוסר על עסקאות בירושה)

⁹⁸ ראו, קוריאנאלי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 229; שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 273-275, 291, 309; ת"ע (כ"ס) 2990/07 ד' ש' נ' א' ג', פסקה 24 (פסקה שנייה) (פורסם בנבו, 21.4.2010) (להלן: "ת"ע 2990/07").

⁹⁹ לעניין היעדר אינטרס ההסתמכות בצוואה "רגילה" וקיומו בצוואה ההדדית לפי לשון החוק ראו, עמדתו של השופט הנדל בבע"מ 2035/13, ה"ש 48 לעיל, פסקה 6.

¹⁰⁰ ראו למשל, ת"ע (חי) 13-02-15472-02-13 פלוגיות נ' פלוגיות, פסקה 11 (פורסם בנבו, 22.7.2014) (להלן: "ת"ע 15472-02-13"), שם קבע השופט ברגר כי "מטרת סעיף 8א לחוק הירושה שהוסף בתיקון 12 לחוק זה (8/2005) הייתה להגן על עיקרון ההסתמכות של המצווים הדדית"; ת"ע (תי"א) 13-12-62398-12-13 פלוגיות נ' אלמונית פסקה 16 (7.7.2014) (להלן: "ת"ע 62398-12-13 פלוגיות"); תמ"ש (ראשל"צ) 12-03-4111 א.ס. נ' ת.ס., עמ' 6-7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.3.2014) (להלן: "תמ"ש 4111-03-12").

¹⁰¹ דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מספר 12), התשס"ה-2005, הצ"ח 74 ד' באדר ב' התשס"ה, 15.3.2005 (להלן: "דברי ההסבר להצעת התיקון לחוק"): "צוואה הדדית היא צוואה משותפת של שני מצווים כאשר ההסדרים שקבע אחד המצווים מבוססים על ההסדרים שקבע המצווה השני ולא היו נערכים לולא נקבעו ההסדרים כאמור. ... כאמור, העקרון שבבסיס הצוואה ההדדית הוא ההסתמכות בין המצווים, שלפיו אין לבטל חד צדדית את הצוואה..."

¹⁰² ראו, Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 14 לעיל, 675-674; קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 324-323. כמו כן ראו, ה"ש 94, 98, 99, 100, ו-101 לעיל.

ודוק, אינטרס הקיום ואינטרס ההסתמכות – שהם כאמור עקרונות יסוד בדיני החוזים – באים לידי ביטוי באמצעות עקרון הכבילה. בניגוד לכך, היעדר אינטרס הקיום והיעדר אינטרס ההסתמכות בדיני הצוואות – באים לידי ביטוי באמצעות עקרון חירות ההרשה.

הדירות הצוואה ויסוד החירות (היכולת לשנותה או לבטלה בכל עת ללא מעורבותו של צד שלישי כלשהו) הם עקרונות יסוד בדיני הירושה¹⁰³. הצוואה אינה מחייבת את המצווה ואין לה תוקף אופרטיבי עד פטירתו¹⁰⁴. חוק הירושה קובע מפורשות (בסעיף 36) כי המצווה רשאי בכל עת לבטל את צוואתו. "מגבלה" היחידה המוטלת על המצווה היא מגבלה טכנית לגבי צורת הביטול, שצריכה להיות באחת הדרכים המנויות בסעיף 36¹⁰⁵.

יתרה מזו, כבילת המצווה – בין באמצעות ויתור על ירושתו ובין באמצעות התחייבות שלא לבטל את צוואתו – היא חסרת תוקף (סעיפים 8 ו-27 לחוק הירושה). מגבלות אלו – מקורן בתפיסה העומדת בבסיס דיני הירושה, אשר לפיה אין להגביל את זכותו של אדם לעשות בעיזבונו כרצונו¹⁰⁶. ויתור על ירושתו של אדם או כבילתו בהקשר חלוקת עיזבונו נתפסת, לפי השקפת עולמו של המחוקק, כעניין ספקולטיבי ובלתי מוסרי¹⁰⁷. בתי המשפט ראו שני פנים של הרעיון העומד בבסיס האיסור האמור: האחד פטרנליסטי-סוציאלי (החשש כי אדם ברגע של חולשה או מצוקה יקשור עצמו באשר לעיזבונו), והשני הוא ההכרה בחופש הציווי כעיקרון-על¹⁰⁸.

העקרונות העומדים בבסיס דיני החוזים מנוגדים לחלוטין לרעיון החירות העומד בבסיס דיני הצוואות¹⁰⁹. כאמור, בבסיס דיני החוזים עומד עקרון הכבילה. הכלל הוא כי אף צד אינו חופשי לשנות את תנאי החוזה אלא בהסכמת הצד השני¹¹⁰. אומנם שינוי החוזה לאחר כריתתו אינו חייב להיעשות בכתב או בהסכמה מפורשת, ובמקרים מסוימים אף יינתן תוקף לשינוי חוזה שנעשה בהתנהגות. עם זאת, אף במקרים כאמור התנהגות הצד השני – צריכה ללמד על הסכמתו לשינוי¹¹¹. דהיינו, אף במקרה של שינוי חוזה בהתנהגות יש תוקף לעקרון הכבילה, שכן התנהגותו של הצד השני המעידה על ההסכמה לשינוי היא שאפשרה את השינוי.

דיני החוזים כוללים הוראות ברורות גם באשר למגבלות לעניין הזכות לביטול החוזה, הן באשר לנסיבות שבהן רשאי צד לבטל חוזה, הן באשר לדרך שבה רשאי צד לעשות כן¹¹². בהיעדר זכות ביטול בחוזה או בהיעדר הסכמה לביטול, על פי רוב מותנית זכות הביטול בהתנהגות הצד השני (הפרה או פגם ברצון). כמו כן, לצורך מימוש זכות הביטול (בהתקיים עילת ביטול) המבקש לבטל את החוזה נדרש לשלוח הודעת ביטול¹¹³. עקרון הכבילה – המגלם את מגבלות שינוי החוזה וביטולו – בא לידי ביטוי בדין הישראלי אף בעליונותו ובראשוניותו של סעד האכיפה¹¹⁴.

¹⁰³ ראו למשל, פסק דין מלמד, ה"ש 70 לעיל, 710; פסק דין זמיר, ה"ש 70 לעיל, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת נאור ופיסקה 4 לפסק דינה של השופטת ארבל; קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 215; קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 35-34. ¹⁰⁴ כך למשל ציין השופט זילברג בע"א 148/52 **כספריוס נ' כספריוס**, פ"ד ח, 1289, 1292 (1954): "ומה נשתנתה פעולה זו – הצוואה – מכל הפעולות המשפטיות? שהצוואה היא ... 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, עם רגעו האחרון טובע בה את הגושפנקא הסופית, המקנה לה עצמה ועצמאות..." ראו גם, קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 215; יצחק קיסטר, "מהות הצוואה (לפי המשפט הקיים ולפי הצעת החוק)" **הפרקליט** יז 16, 17 (1961); קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 12.

¹⁰⁵ לפי סעיף 36 לחוק הירושה, ביטול צוואה יכול להתבצע באחת מצורות עשייתה של הצוואה (דהיינו, צוואה בכתב יד, צוואה בעדים, צוואה בפני רשות או צוואת שכ"ב מרע), בהסמדת הצוואה או בעריכת צוואה חדשה.

¹⁰⁶ ראו, מנדלסון, סעיף 8(א) לחוק הירושה, ה"ש 5 לעיל, 7; קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 8-12; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 501-505.

¹⁰⁷ כך צוין בדברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תמוז תשי"ב, יולי 1952), 48: "יש לראות כספקולציה בלתי רצויה ואף בלתי מוסרית הסכם בדבר ירושה עתידית וויתור על ירושה כזאת, ויש לאסור עסקאות כאלה".

¹⁰⁸ ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 501-504. לביקורת ראו, מנדלסון, סעיף 8(א) לחוק הירושה, ה"ש 5 לעיל.

¹⁰⁹ ראו, קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזה ירושה, ה"ש 3 לעיל, 16-17; Lee. T. Nutini, *Estate, Gift and Trust Law – Joint and Mutual Wills* – 17-16; ¹¹⁰ *Proper Jurisdictional Vehicles for Contract-Based Mutual Wills Claims*, 80(4) TENNESSEE LAW REVIEW, 883, 888 (2013) **Nutini, "להלן: "**

("Estate, Gift and Trust Law

¹¹⁰ ראו, פרידמן וכהן, **דיני חוזים – כרך ג'**, 27 (2003) **(להלן: "פרידמן וכהן, כרך ג'")**.

¹¹¹ ראו, ע"א 4956/90 **פזגז חברה לשיוק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ**, פ"ד מו(4) 35, 41-40 (1992); פרידמן וכהן, כרך ג', ה"ש 110 לעיל, 27-29; שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 221.

¹¹² ראו, פרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), העוסק בפגמים ברצון וכן סעיפים 7 ו-8 לחוק החוזים תרופות. ¹¹³ למעט במקרה של טעות שאינה ידועה לצד השני (סעיף 14(ב) לחוק החוזים), שאז טעונה זכות הביטול הכרעה שיפוטית (ראו שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 361-362), וכן למעט חוזים מיוחדים, כגון: חוזה מתנה וחוזה צרכנות.

¹¹⁴ ראו, סעיף 3 לחוק החוזים תרופות. כמו כן ראו, דני"א 2532/13 **בנימיני נ' אזימוב**, פסקה 13 (פורסם בנבו, 21.5.2013); ע"א 5131/10 **אזימוב נ' בנימיני**, פסקאות 14-15 (פורסם בנבו, 7.3.2013); רע"א 1516/05 **למיט אחזקות נ' מנשה ח. אלישר**, פסקה 5 (פורסם בנבו,

מדובר בשוני מהותי בין החוזה לצוואה. כך למשל ציין השופט חשין כי "מסמכים משפטיים... יוצרים על הרוב יחסים משפטיים, קבועים ועומדים, ביניהם לבין בני אדם אחרים. יחסים אלה מקשרים ומחייבים את הצדדים על פי התנאים האמורים במסמך, והפרתם או התרתם ללא הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר כרוכות בסכנה של חיוב לשלם דמי נזק. יוצאת מן הכלל היא ה'צוואה', שעשייתה אינה יוצרת יחסים משפטיים קבועים ומסוימים בין בני אדם, וכל עוד עושה הצוואה חי מותר לו, לפי רוב שיטות המשפט, לשנות את צוואתו, להוסיף עליה, לגרוע ממנה, ואף לבטלה לחלוטין ולכתוב אחרת תחתיה"¹¹⁵.

ברוב שיטות המשפט המכירות בצוואה ההדדית, הכבילה הינה אחד ממרכיבי היסוד של הצוואה ההדדית¹¹⁶. על פי רוב, הכבילה באה לידי ביטוי בצורך במתן הודעת ביטול בחייהם של שני המצווים ובהיעדר יכולת לבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון¹¹⁷. (על יסוד הכבילה ותוכנו בשיטות משפט אחרות אפרט בפרקים ד ו-ה למחקר). למעשה, עקרון הכבילה הוחל כבר בשנת 1769 בפסק דין Dufour, הנחשב לפסק הדין התקדימי בהקשר צוואות הדדיות¹¹⁸, בו קבע הלורד Camden כי: "If not revoked during the joint lives by any open act,... It is too late afterwards : for the survivor to change his mind; because the first die's will is then irrevocable"¹¹⁹.

אף לפי הדין הישראלי קיים בצוואה ההדדית יסוד כבילה, או לכל הפחות יסוד כבילה מוחלש¹²⁰. על פי סעיף 8 לחוק הירושה חזרה מצוואה הדדית בחיי שני המצווים מצריכה מתן הודעת ביטול (בדומה לביטול חוזה). לחלופין, לאחר פטירת הראשון, חזרה מהצוואה ההדדית מחייבת "השבה" (לפני חלוקת העיזבון "השבה רעיונית" – הסתלקות; ולאחר חלוקת העיזבון, "השבה" בפועל). בניגוד לדיני חוזים, ביטול הצוואה ההדדית אינו מותנה בהתנהגות הצד השני או בקיום עילת ביטול. עם זאת, מדובר בשוני מהותי בהשוואה לצוואה "רגילה", שבה זכות המצווה לשנות את צוואתו או לבטלה אינה מותנית בדבר (למעט, כאמור, הדרישה הטכנית לגבי צורת הביטול לפי סעיף 36 לחוק). לדעת קורינאלדי, יסוד זה (דהיינו, המגבלות לעניין ביטול הצוואה ההדדית) הוא היסוד ה"מעין חוזה" הגלום בצוואה ההדדית¹²¹.

אומנם בידי כל אחד מהמצווים האפשרות לבטל את הצוואה ההדדית, אך פעולה זו מצריכה התנהלות אל מול המצווה השני או עיזבון (מתן הודעת ביטול או השבה). מעורבות הצד האחר היא המאיינת את יסוד החירות. ודוק, הרעיון העומד בבסיס עיקרון חירות המצווה לחזור בו אינו מוחלט מבחינה טכנית. גם בביטול צוואה "רגילה", המצווה אינו חופשי לבצע את פעולת הביטול בכל דרך שיבחר. על מנת שהביטול יהא תקף, עליו להיעשות בצורות הביטול הקבועות בסעיף 36 לחוק הירושה. על אף זאת, מבחינה מהותית נתפסת פעולת הציווי כפעולה המאופיינת באופן מובהק בעקרון החירות. תוכנו של עקרון החירות אינו בא לידי ביטוי בחופש הטכני בקשר לדרך ביטול הצוואה, אלא בחופש המהותי – בכך שפעולת הביטול אינה מצריכה מעורבות של גורם נוסף מלבד המצווה (הסכמה, אישור, קליטה או קיבול וכיו"ב). בכך שונה הצוואה "רגילה" מן הצוואה ההדדית.

22.2.2005; ע"א 9090/10 שרעבי נ' "עזריאל" מושב עובדים להתיישבות חקלאית, פסקה 15 (פורסם בנבו, 9.7.2014); ד"ר 20/82 אדרס נ' הרלו, פ"ד מב(1) 221, 256, 279 (1988); פרידמן וכהן, כרך ד, ה"ש 73 לעיל, 104-105, 110; שלו ואדר, דיני חוזים - התרופות, ה"ש 79 לעיל, 187-178, 194-191; נילי כהן, "חריג הצדק באכיפת חוזה - מוסר ועילות כשיקולים של צדק חלוקתי", עיוני משפט לג 241 (2010); Daniel Friedmann, *Rights and Remedies*, in NILI COHEN AND EWAN MCKENDRICK (EDS), *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH*; (2010) OF CONTRACT, 3, 3-8 (2005). <http://aslea.org/paper/khong2.pdf> (להלן: "Khong, *The Economics of Mutual Wills*"); Dennis W. K. Khong, *The Economics of Mutual Wills*, Preliminary draft; 4, לעיל, ה"ש 1 לעיל, עמי 6 לטיוטה. ¹¹⁵ ראו, שניאור זלמן חשין, *דמויות מבית המשפט* 239 (1953). ראו גם, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 57; קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 230.

¹¹⁶ Cassidy, *Mutual Wills*, ראו, Cassidy, *Mutual Wills*, ה"ש 11 לעיל, 1; Pawlowski & Brown, *Problems with mutual wills*, ה"ש 14 לעיל, 468; Cassidy, *Life after Bars v Bars*, ה"ש 16 לעיל, 61; Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, ה"ש 14 לעיל, 667-668; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, ה"ש 1 לעיל, 4; Dennis W. K. Khong, *The Economics of Mutual Wills*, עמי 6 לטיוטה. ¹¹⁷ *Lewis v Cotton* [1981] 2 All E.R. 939, 945 (1981); פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 683-684. ¹¹⁸ פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 308; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 676, 682-684; פסק דין Pratt, ה"ש 8 לעיל, 109-113; *Stone v Hoskins* [1905] 74 L.J.P. 110, 93 LT 441, 54 WR 64, 21 TLR 64, 197 (1905) P 194, 197 (להלן: "Stone"). ¹¹⁹ ראו, ה"ש 8 לעיל.

¹²⁰ ראו, פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 308. ¹²¹ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל, 44-47; ת"ע (בי"ש) 1994-12-12 פלונית נ' אלמוני, פסקה 28 (פורסם בנבו, 17.4.2016). (להלן: "ת"ע 1994-12-12"). ¹²² ראו, קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 229.

על הדמיון המהותי והמושגי בין החוזה לצוואה ההדדית בהקשר עקרון הכבילה ניתן ללמוד אף מסעיף 3 לחוק החוזים תרופות, הקובע חריגים לזכות האכיפה. זכות האכיפה נתפסת כבעלת מעמד בכורה וכזכות המגלמת באופן המובהק ביותר את יסוד הכבילה בדיני החוזים ואת העיקרון כי חוזים יש לקיים¹²². עם זאת, במקרים חריגים (הקבועים בסעיף 3 לחוק החוזים) לא יוכל צד לחוזה לאכוף את החוזה על הצד השני. במקרים כאמור, ייאלץ הצד הנפגע להסתפק בסעדים אחרים (ביטול, פיצויים והשבה)¹²³. על אף זאת ברור כי היעדר יכולת האכיפה אינו גורע מסיווג המשפטי של חוזה שאיננו בר אכיפה כ"חוזה"¹²⁴. על הדמיון בין החוזה לצוואה ההדדית לעניין עקרון הכבילה ניתן אף ללמוד מחוזים מיוחדים כגון חוזי מתנה וחוזי צרכנות, אשר גם בהם קיים עקרון כבילה מוחלט. בחוזים אלו רשאים המתקשרים לחזור בהם מהחוזה בתנאים ובנסיבות מסוימים¹²⁵. אפשרות החזרה של המתקשרים בחוזים אלו – המשקפת את עקרון הכבילה המוחלט הקיים בהם – אינה גורעת מסיווג המשפטי של חוזים אלו כ"חוזה"¹²⁶.

אף באשר למצב שקדם להוספת סעיף 8 לחוק הירושה הובעו בפסיקה דעות כי עקרון הכבילה קיים בצוואות הדדיות. כך למשל בפסק דין מלמד העלה השופט ברק את השאלה: "... האין זה ראוי לקבוע כי עם מותו של מצווה אחד בצוואה משותפת והדדית אין המצווה השני יכול לחזור בו מצוואתו המשותפת וההדדית"¹²⁷. השופט ברק לא קבע בפסק הדין מסמרות באשר לשאלה זו. עם זאת, ברור כי דעתו לא הייתה נוחה מן התפיסה שלפיה כל אחד מן המצווים חופשי לשנות את צוואתו עד יום פטירתו וכי "תוצאה זו קשה היא" לפי תפיסתו¹²⁸. בספרו (שפורסם לאחר שניתן פסק דין מלמד) הביע השופט ברק עמדה נחרצת יותר, וקבע מפורשות כי כוח החזרה של כל אחד מן המצווים בצוואה ההדדית הינו מוגבל¹²⁹. אף השופטת ארבל הציגה בפסק דין זמיר (בדעת מיעוט) עמדה דומה, וקבעה כי יש מקום להגביל את המצווה מלחזור בו במסגרת צוואה הדדית¹³⁰. כאמור, דברים אלו נאמרו באשר לצוואות הדדיות שסעיף 8 אינו חל עליהן, וקל וחומר שיפים הם לעניין צוואות הדדיות שעליהן חל סעיף 8א, הקובע כאמור מגבלות מפורשות בקשר לביטול הצוואה ההדדית.

אומנם תחולתו של עקרון הכבילה בהקשר הצוואה ההדדית הינו מוגבל ומוחלט לעומת תחולתו בהקשר דיני החוזים, אך מבחינה מהותית אפיון הצוואה ההדדית אינו נובע מתוכן הכבילה, אלא מעצם תחולתה בהקשר הצוואה ההדדית (אף באופן מוחלט) לנוכח היעדר תחולתה באופן חד-משמעי ומובהק בהקשר הצוואה ה"רגילה".

5.ג. הצוואה ההדדית – עקרון תום הלב

עקרון תום הלב נחשב כעיקרון מרכזי, "מלכותי" וראשון במעלה במשפט הישראלי¹³¹. הדרישה המקובלת הינה הגינות, יושר ואמון, תוך שמירה על האינטרס האישי, בבחינת "אדם לאדם – אדם"¹³². עקרון תום הלב נתפס

¹²² ראו, הי"ש 114 לעיל.

¹²³ על החריגים לזכות האכיפה ראו, פרידמן וכהן, כרך ד, הי"ש 73 לעיל, 164-174; שלו ואדר, דיני חוזים - התרופות, הי"ש 79 לעיל, 194-240.

¹²⁴ על מעמדה של הזכות החוזית כאשר תרופת האכיפה נשללת ראו, נילי כהן, "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי", ספר פרידמן 57, 84-78 (בעריכת נילי כהן ועופר גרוסקופף, 2008).

¹²⁵ ראו, סעיפים 5(ב) ו-5(ג) לחוק המתנה וכן סעיפים 13-14 לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981; כמו כן ראו, ראבילו, חוק המתנה, הי"ש 45 לעיל, 388-357; פרידמן וכהן, כרך א, הי"ש 44 לעיל, 483-493; שמואל בכר וטל זירסקי, "זכות הביטול בעסקאות צרכניות, רגישות מוצדקת או ניצחון פירוס? עיוני משפט לב(1), 127 (2010).

¹²⁶ Luxton טען כי הצוואה ההדדית היא חוזה בלתי שגרתי ("unusual contract"), משום שהיא ניתנת לביטול באמצעות הודעה, מבלי שהדבר יבוא בגדר הפרה. ראו, Peter Luxton, *Walter v Olin: uncertainty of subject matter – an insoluble problem in mutual wills?*, 73(6) THE CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 498, 502 (2009) (להלן: "Luxton, Walter v Olin"). איני מסכימה עם טענה זו. כאמור, ישנם חוזים שגרתיים הניתנים לביטול באמצעות הודעה, וזאת מבלי שהדבר יהווה הפרה של החוזה, ראו הי"ש 125 לעיל.

¹²⁷ ראו, פסק דין מלמד, הי"ש 70 לעיל, פסקה 8 לפסק דינו של השופט ברק.

¹²⁸ ראו, שם.

¹²⁹ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, הי"ש 47 לעיל, 69-70.

¹³⁰ ראו, פסק דין זמיר, הי"ש 70 לעיל, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל. מן הראוי לציין כי עמדת הרוב (שנכתבה על ידי השופטת נאור), החולקת על עמדתה של השופטת ארבל, נוגעת אך ורק לצוואות שנערכו קודם להוספת סעיף 8 לחוק הירושה.

¹³¹ ראו, רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון פ"ד נה(1) 199, 275 (1999) (להלן: "פסק דין רוקר"); בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4), 702, 708 (1993); ברק, פרשנות החוזה, הי"ש 65 לעיל, 213; שלו, דיני חוזים, הי"ש 43 לעיל, 411.

¹³² ראו, פסק דין רוקר, הי"ש 131 לעיל, 280: "תום הלב אינו דורש כי האחד לא יתחשב באינטרס העצמי שלו. בכך שונה עקרון תום הלב מעקרון הנאמנות... עקרון תום הלב קובע רמת התנהגות של אנשים הדואגים, כל אחד לאינטרס שלו עצמו. עקרון תום הלב קובע, כי השמירה על האינטרס העצמי צריכה להיות הוגנת ותוך התחשבות בציפיות מוצדקות ובהסתמכות ראויה של הצד השני. אדם לאדם – לא

כ"כלל ההתנהגות האוניברסאלי הנדרש בין אדם לחברו"¹³³, המשקף אמת מידה להתנהגות ראויה¹³⁴. עקרון תום הלב חל " על כלל המערכת המשפטית בישראל" ועל כלל ענפי המשפט¹³⁵, והוא אינו "נעצר" בגבולות דיני החוזים¹³⁶. על אף התפיסה האמורה, דיני החוזים הם "המעגל הפנימי" והראשוני של תחולת עקרון תום הלב¹³⁷. הם העוגן והמקור הנורמטיבי של העיקרון, וההוראות המרכזיות לעניין זה קבועות בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים¹³⁸. מטרתו של עקרון תום הלב בדיני החוזים הינה, בין השאר, להגן על האינטרסים של הצדדים לחוזה¹³⁹. לדעת בוקשפן, פסקי דינו של השופט שמגר מאששים את הטענה כי עקרון תום הלב הינו חלק בלתי נפרד מדיני החוזים, וכי הוא ניתן לשימוש ככלי משלים לשם שמירה על האמון והגנה על ציפייתם הסבירה של הצדדים¹⁴⁰. אף עמדתו של מאוטנר היא כי אחת מהדרישות שהציבו בתי המשפט – בניסיון להגדיר את מאפייני ההתנהגות שיש בה כדי לקיים את חובת תום הלב – היא "הגשמת הציפיות הסבירות של הצד האחר"¹⁴¹.

על אף תחולתו הרחבה של עקרון תום הלב, מקומו בדיני הירושה עומד בסימן שאלה ולפחות באשר למצווה עצמו – תחולתו מוגבלת. בפסיקה נקבע בהקשרים שונים כי במסגרת דיני הצוואות מוטלת על היורש חובת תום לב. כך למשל נקבע כי יורש המבקש לעשות שימוש בזכותו להסתלק מחלקו בעיזבון (לפי סעיף 6 לחוק הירושה) חייב לעשות כן בתום לב, והוא אינו יכול, לעשות שימוש בזכות זו כאשר מטרתו להתחמק מנושים¹⁴², או כאשר מטרתו לאיין את הוראות הצוואה¹⁴³. כך גם נקבע למשל כי יורשים מחויבים לנהוג זה כלפי זה בתום לב במסגרת קיום הוראות צוואה¹⁴⁴, וכן כי הם מחויבים לנהוג זה בזה בהגינות עוד קודם לפטירת המצווה, בהתאם לכללי תחרות הוגנת בין מועמדים לירושה¹⁴⁵. באופן דומה חל עקרון תום הלב אף על פעולותיו של מנהל עיזבון¹⁴⁶.

השאלה המעניינת ב"חיבור" בין דיני הירושה ובין עקרון תום הלב אינה מתעוררת בהקשר חובת תום הלב החלה על יורשים (אשר נתפסת כמובנת מאליה¹⁴⁷), אלא בהקשר תחולתה על המצווה. באשר למצווה, אף השופט ברק – שהעלה על נס את עקרון תום הלב כעיקרון-על החולש על כלל ענפי המשפט בישראל – הסכים כי "יש בסיס לטענה, כי בעשיית הצוואה על ידי המוריש אין תחולה לעקרון תום הלב". אומנם עמדתו היא כי "גם בדין הצוואות יש לעיקרון זה מקום", אך אף לשיטתו, מקומו בדיני הצוואות אינו מרכזי כמקומו בדיני החוזים¹⁴⁸. השופט ברק קשר את עמדתו זו במטרה העומדת בבסיס עקרון תום הלב: קיום איזון והגן בין אינטרסים נוגדים שיש להתחשב בהם.

זאב, ולא מלאך; אדם לאדם – אדם". ראו גם, ד"נ 22/82 בית יוליס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441, 484 (1989); שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 104-103, 97.

¹³³ ראו ע"א 402/76 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 270, 274 (1976). לסקירת משפט משווה באשר לעקרון תום הלב בשיטות משפט שונות ראו, פרידמן וכהן, כרך ג, ה"ש 110 לעיל, 316-327.

¹³⁴ ראו, ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673, 689 (1983) (להלן: "פסק דין פנידר"); ברק, פרשנות החוזה, ה"ש 65 לעיל, 213.

¹³⁵ ראו, ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742 (1984); פסק דין פנידר, ה"ש 134 לעיל, 687; פרידמן וכהן, כרך ג, ה"ש 110 לעיל, 327-328.

¹³⁶ מקורו של עקרון תום הלב הוא בסעיף 242 ל-BGB, החולש היום על תחומים רבים במשפט הגרמני. למעשה, תהליך "התרחבות" תחולתו של סעיף 39 לחוק החוזים בדין הישראלי דומה מאוד לתהליך שהתרחש בדין הגרמני. ראו, שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 89-90; יואל זוסמן, "תום לב" בדיני החוזים – הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו 485 (1978); זאב צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשי"ל – 1970" עיוני משפט ג 121, 122 (1973); דרורה לפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו 53, 58 (1984-1985).

¹³⁷ שלו, דיני חוזים, ה"ש 43 לעיל, 90-91.

¹³⁸ ברק, פרשנות החוזה, ה"ש 65 לעיל, 214-215.

¹³⁹ ראו, ע"א 6370/00 קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה, פ"ד נו(3) 289, 297-298 (2002). אף בפסק דין זה עשה השופט ברק שימוש במטבע הלשון "אדם לאדם – אדם" לצורך הגדרת המסגרת הנורמטיבית של החיוב לנהוג בתום לב.

¹⁴⁰ ראו, עלי בוקשפן, "תם ומושלם – על אמון כתיאורית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר", עיוני משפט כג 11, 61 (2000).

¹⁴¹ ראו, פרידמן וכהן, כרך ג, ה"ש 110 לעיל, 337-338; מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, עיוני משפט יז 503, 550-551 (1993) (להלן: "מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים").

¹⁴² ראו, ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120, 129-132 (1995); ת"ע (ת"א) 8670/99 מוטולה נ' בנק דיסקונט, פסקאות 7-14 (פורסם בנבו, 25.10.2001); שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה ה"ש 25 לעיל, 43.

¹⁴³ ראו פסק דין דשת, ה"ש 85 לעיל, 111: "... אין ליתן תוקף להסתלקות שכל מטרתה להכשיל את רצונו [של המצווה – ע.ר.ז.]. ולשחרר את המנה נושא הצוואה מתנאי סביר. המכשיר המשפטי שבאמצעותו אפשר להגיע לתוצאה האמורה הוא השימוש שלא בתום-לב בזכות, לפי סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), או פסילת ההסתלקות בהיותה נוגדת את תקנת הציבור...". ראו גם, ע"א 5717/95 וינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792, 811-813 (2000); שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 50-51.

¹⁴⁴ ראו, ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104, 115 (1990).

¹⁴⁵ על כללי תחרות הוגנת בין מועמדים לירושה ראו, עופר גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט, 209-198 (2002); עמ"ש (ת"א) 63262-01-14 ע"נ ל' ע"נ, פסקאות 42-45 (פורסם בנבו, 16.11.2015); תמ"ש (ת"א) 49950/96 שרון נ' רוזנפלד, פסקה ב (פורסם בנבו, 20.12.2000); ת"ע (כ"ס) 3791/08 ד. ב. נ' ר.פ., פסקאות 37-42 (פורסם בנבו, 8.2.2011).

¹⁴⁶ ראו ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 76.

¹⁴⁷ ראו, שם, 75-76.

¹⁴⁸ ראו, שם, 76-77, 79-80.

אלא שבצוואה קיים בעל אינטרס יחיד – המצווה – ולכן אין בעלי אינטרסים נוגדים שיש להתחשב בהם¹⁴⁹. עם זאת, בסופו של דבר סירב השופט ברק לקבוע כי עקרון תום הלב אינו חל באשר למצווה. לדעתו, לא אינטרס היורשים הוא שעומד מול אינטרס המצווה, אלא אינטרס הציבור. עמדתו של השופט ברק היא כי "הגבלה [של המצווה – ע.ר.ז.] על פי עקרונות של תום לב" תהא "לתכלית ראויה ושלא מעבר למידה הדרושה". דהיינו, ניתן "לבטל קביעות מסוימות בצוואה בשל היותן נוגדות את תום הלב". השופט ברק "הודה" כי ברוב המקרים מדובר במצבים שבהם קיימת חפיפה בין עקרון תום הלב לתקנת הציבור, אך לדעתו "בין שני אלה אין חפיפה מלאה" ו"ייתכנו מצבים בהם הוראה בצוואה לא תהא בניגוד לתקנת הציבור, אך הוראותיה ינגדו את עקרון תום הלב"¹⁵⁰. השופט ברק לא הביא דוגמאות לכך, וייתכן כי לא בכדי נמנע מלעשות כן. קשה להעלות על הדעת מצב שבו יתבקש בית המשפט לבטל הוראת צוואה מכוח עקרון תום הלב, לצורך "תכלית ראויה" (מבחינת אינטרס הציבור) אשר אינה עונה על הגדרת תקנת הציבור. מכל מקום, אף אם נקבל את העמדה כי עקרון תום הלב חל על המוריש במסגרת פעולת הציווי, אף השופט ברק הסכים כי בהקשר המוריש תחולתו של העיקרון הינה מוגבלת, מצומצמת ושונה באופן מהותי מהעיקרון הכללי של תום הלב, החולש על כלל ענפי המשפט בכלל ועל דיני החוזים בפרט.

לעומת השופט ברק – שביקש להחיל את עקרון תום הלב (לפחות באופן מוחלש) על פעולת הציווי – שילה סבר כי אף שמבחינה עיונית-פילוסופית מדובר בגישה קשה, חובת תום הלב אינה חלה לכאורה על המצווה, ואם נחייב את המוריש לצוות בתום לב, תהיה זו הגבלה קשה על חופש הציווי¹⁵¹. בהמשך ספרו קבע שילה באופן נחרץ (ולא רק לכאורה) כי "בחזרה יש דרישה לתום-לב – דבר שלא נדרש בירושה"¹⁵².

גם באשר לתחולת עקרון תום הלב, הצוואה ההדדית דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה. תחולתו של עקרון תום הלב על צוואות הדדיות הוכרה עוד בפסק דין Dufour, שם עמד הלורד Camden על מרכזיות העיקרון בהקשר הצוואה ההדדית: "GOOD faith and conscience are the rules, by which every transaction is judged in this court; and there is not an instance to be found since the jurisdiction was established, where one man has ever been released from his engagements, after the other has performed his part"¹⁵³.

גם בדין הישראלי התפיסה הרווחת היא כי על הצדדים לצוואה הדדית חלה החובה לנהוג בתום לב¹⁵⁴. תפיסה זו נכונה באשר לצוואות הדדיות שנערכו קודם להוספת סעיף 8א לחוק הירושה (כך קבע השופט ברק (בהיסוס) בפסק דין מלמד¹⁵⁵, ובהמשך (באופן נחרץ) בספרו¹⁵⁶. כך גם קבעה השופטת ארבל (בדעת יחיד) בפסק דין זמיר¹⁵⁷), קל

¹⁴⁹ ראו, שם, 77. ¹⁵⁰ ראו, שם, 78. בעניין זה ייתכן כי השופט ברק "מתח" את גבולות לשון החוק יתר על המידה. ודוק, הוראת סעיף 34 לחוק הירושה קובעת את בטלותה של הוראת צוואה שביצועה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי. סעיף 34 לחוק הירושה (בניגוד לסעיף 30 לחוק החוזים) אינו כולל את המונח "תקנת הציבור". בפסק דין אנגלמן, הי"ש 46 לעיל, עלתה השאלה האם הוראת צוואה שיש בה פגיעה בתקנת הציבור נמנית עם ההוראות הבטלות מכוח סעיף 34 לחוק הירושה. דעותיהם של שלושת השופטים היו חלוקות בשאלה זו. לשיטתו של השופט מלץ, הוראה בצוואה שיש בה פגיעה בתקנת הציבור איננה בטלה מכוח סעיף 34 לחוק הירושה, אלא אם כן הפגיעה חמורה עד כדי כך שהיא מגיעה לדרגת אי-חוקיות או אי-מוסריות. עמדתו של השופט ברק הייתה הפוכה, ולפיה סעיף 30 לחוק החוזים חל אף על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה מכוח סעיף 61(ב), ויש לפרש את סעיף 34 לחוק הירושה באופן הכולל אף את תקנת הציבור. עמדתו של השופט בייסקי לכאורה הייתה דומה לעמדתו של השופט מלץ, שלפיה סעיף 34 לחוק הירושה אינו כולל את המונח "תקנת הציבור", אך למעשה עמדתו הייתה זהה לזו של השופט ברק, שכן לשיטתו, עקרון תקנת הציבור קנה שביתה בשיטת המשפט הישראלית והוא חלק ממנה אפילו אם אין הוא כתוב בספר החוקים. בע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל אביב, פ"ד מד(2) 476 (1990), שניתן כשנה לאחר מכן, סקר השופט שמגר את המחלוקת האמורה בפסק דין אנגלמן והביע את עמדתו, שלפיה ניתן לבטל הוראת צוואה הנוגדת את תקנת הציבור (ראו, שם, 483-484). המחלוקת בין השופטים בפסק דין אנגלמן (כמו העובדה כי השופט שמגר ראה לנכון לסקור את המחלוקת בפסק הדין האמור ולהביע את עמדתו בקשר אליה) מלמדת כי ביטול הוראת צוואה לפי המבחן של תקנת הציבור אינו דבר של מה בכך ואינו מובן מאליה, אף שזו ההלכה שנפסקה בסופו של יום. מכל מקום, ייתכן כי "הרחבת הגבול" מתקנת הציבור אל תום הלב היא "צעד גדול מדי". ראו לעומת זאת ההשוואה והמעבר שמציעה בלכר פריגת, מתקנת הציבור לעקרון תום הלב, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, הי"ש 5 לעיל, 527-525. ¹⁵¹ שילה, פירוש לחוק הירושה א, הי"ש 13 לעיל, 304.

¹⁵² ראו, שם, 444. ¹⁵³ ראו, פסק דין Dufour, הי"ש 1 לעיל, 310-311. עמדה זו מעניינת במיוחד לנוכח רתיעתו של המשפט האנגלי בעבר מלקבוע חובת תום לב של מתקשרים בחוזה. להרחבה ראו, פרידמן וכחן, כרך ג, הי"ש 110 לעיל, 319-326. ¹⁵⁴ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, הי"ש 47 לעיל, 72; פסק דין זמיר, הי"ש 70 לעיל, פיסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, הי"ש 5 לעיל, 524-523; מנדלסון ורייד-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, הי"ש 28 לעיל, 44. ¹⁵⁵ ראו, הי"ש 70 לעיל, 710: "... ייתכן גם שניתן לקבוע בישראל, כי לאור אינטרס ההסתמכות, ביטול הצוואה השנייה הינו פעולה שלא בתום-לב, בניגוד להוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, החלה גם על פעולה משפטית (כמו צוואה) שאינה בבחינת חוזה (סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי))."

וחומר לגבי צוואות הודיות החוסות תחת סעיף 8א (הקובע כי צוואה הודית נערכת "מתוך הסתמכות של בן הזוג האחד על צוואת בן הזוג האחר"). כאמור, "עקרון תום הלב נועד לקיים איזון הוגן בין אינטרסים נוגדים שיש להתחשב בהם"¹⁵⁸. דהיינו, בצוואה הודית שסעיף 8א חל עליה יש לאזן בין אינטרס ההסתמכות של כל אחד מהמצווים על פעולת רעהו, ומכאן כמה חובת תום הלב של המצווים (לכל הפחות) זה כלפי זה. לשיטתה של בלכר-פריגת, לא זו בלבד שחלה על המורשישים בצוואה הודית חובת תום לב זה כלפי זה, אלא מדובר בחובת תום לב מוגברת (על רקע יחסי המשפחה שבין שני המצווים), שיש בה כדי להטיל חובות ומגבלות על המצווים¹⁵⁹.

תחולת עקרון תום הלב בהקשר הצוואה ההודית וההכרה בו כמקור חובות ומגבלות על המצווים הם המעידים על השוני המהותי הקיים בין הצוואה ההודית לצוואה ה"רגילה" ועל הדמיון שבין הצוואה ההודית לחוזה.

ג.6. סיכום ביניים

בפרק זה עמדתי על המאפיינים הצוואתיים והחוזיים בצוואה ההודית, וניסיתי לשכנע כי לצוואה ההודית יש מאפיינים חוזיים בולטים. כפי שאבקש להראות בהמשך המחקר, לסיווג העיוני האמור יש נפקויות מעשיות רבות, אשר לא ניתן להתעלם מהן במסגרת עיצובה הנורמטיבי והסדרתה של הצוואה ההודית. פרק זה הינו הבסיס לפרק הבא, שבמסגרתו אבקש לעמוד על הבעיות המעשיות והשאלות הדוקטרינריות והעיוניות הנובעות מן הניגוד הקיים בין מאפייניה החוזיים למאפייניה הצוואתיים של הצוואה ההודית, כפי שפורטו בפרק זה.

¹⁵⁶ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 72: "שניים שערכו צוואה משותפת והודית יצרו אינטרס הסתמכות הדדי. עקרון תום הלב צריך למנוע מהמצווה שנותר בחיים לבטל (באופן חד-צדדי) את הצוואה".

¹⁵⁷ ראו, ה"ש 70 לעיל, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל. מעמדת השופטת נאור (דעת הרוב) בפסק דין זמיר ומעמדת השופט גיבראן (שצידד בעמדת השופטת נאור) עולה כי אף הם לא שללו את העמדה שלפיה חובת תום הלב חלה גם על המצווים בצוואה הודית שלא חל עליה סעיף 8א. אלא שלדעתם המנוח באותן הנסיבות לא פעל בחוסר תום לב. ראו, שם, פסקה 16 לפסק דינה של השופטת נאור ופסקה 6 לפסק דינו של השופט גיבראן.

¹⁵⁸ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 77.

¹⁵⁹ ראו בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 523-525.

ד. בעיות מעשיות ושאלות דוקטרינריות הנובעות מן הניגוד בין היסודות החוזיים

ליסודות הצוואתיים בצוואה ההדדית

בפרק הקודם עמדתי על הניגוד הקיים בצוואה ההדדית בין היסודות החוזיים ליסודות הצוואתיים הגלומים בה, וביקשתי להראות כי במובנים מסוימים הצוואה ההדדית דומה יותר לחוזה מאשר לצוואה. בפרק זה אבקש להראות כיצד הניגוד האמור בא לידי ביטוי בפועל בצוואה ההדדית, ואילו בעיות מעשיות ושאלות דוקטרינריות נובעות מן הניגוד האמור. בשלב זה אבקש לעמוד על הבעיות ועל השאלות האמורות ולהציגן באופן עקרוני, וזאת מבלי לעסוק בהכרח בפתרונות או – ליתר דיוק – מבלי לבקר או להביע עמדה באשר לפתרונות הקיימים בשיטות משפט שונות. מטרתי בפרק זה הינה להמחיש את חשיבות סיווג העיוני של הצוואה ההדדית, את התוצאות, ההשפעות והנפקויות המעשיות של סיווג זה. על מנת להמחיש את הדברים אדרש בפרק זה לדוגמאות מעשיות שונות, לרבות דוגמאות מפסיקה ישראלית ומפסיקה זרה.

1.1. האם ניתן לבטל את הצוואה ההדדית?

בפרק ג למחקר עסקתי בהבחנה שבין האופי האמבולטורי (הנייד) של הצוואה ה"רגילה" לעומת יסוד הכבילה הגלום בחוזה, והגעתי למסקנה כי אומנם תחולתו של יסוד הכבילה בהקשר הצוואה ההדדית מוגבל ומחלש באופן משמעותי לעומת תחולתו בהקשר החוזה, אך עם זאת אפיון הצוואה ההדדית אינו נובע מתוכן הכבילה מבחינה מהותית, אלא מעצם קיומה ותחולתה בהקשר הצוואה ההדדית (גם אם באופן מוגבל ומחלש) לנוכח היעדר תחולתה באופן חד-משמעי ומובהק בהקשר הצוואה ה"רגילה".

בקשר לכך עולה השאלה האם אכן יש לצקת תוכן כובל לצוואה ההדדית, ואם כן – מהו אופיו. בשלב זה לא אעסוק כאמור בשאלה כיצד יש לעצב את תוכן הכבילה, אלא רק אציג את הבעיות הנובעות מקיומו או מהיעדרו של יסוד הכבילה כאמור, וזאת כדי לשכנע בחשיבותם המעשית של הדברים.

הבעיות המעשיות המורכבות והקשות ביותר בקשר לצוואה ההדדית נובעות מן השאלה האם כל צד לצוואה ההדדית רשאי לבטל את הצוואה ההדדית ללא הסכמת משנהו. אם נראה בצוואה ההדדית קודם כול צוואה, אזי האופי הנייד הוא שיגבר. מאידך גיסא, אם נסווג את הצוואה ההדדית כחוזה, יש לבחון מהו תוכן הכבילה הנובע מסיווג כאמור, באיזו מידה כבולים המצווים ומהן נפקויותיה של הפרת הכבילה.

בפסיקה הישראלית קיימת הבחנה בין צוואות הדדיות שנערכו קודם לתיקון מספר 12 לחוק הירושה (סעיף 8 לחוק הירושה) ובין צוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון. בצוואות הדדיות שנערכו קודם לתיקון, ברירת המחדל היא היעדר קיומו של עקרון הכבילה, ויש צורך בהוכחה מפורשת של כוונה להגבלה (בין שהיא כתובה מפורשות בצוואה ובין שהיא נלמדת מהנסיבות) על מנת שהצוואה ההדדית תגביל את המצווים לעניין שינויה או ביטולה¹⁶⁰.

¹⁶⁰ תפיסה זו תואמת את הדין בשיטות משפט רבות (כגון הדין האנגלי, הדין האוסטרלי, הדין הקנדי והדין האמריקני), שלפיו כדי להחיל את הסדר הצוואה ההדדית יש להוכיח תחילה קיומו של חוזה (דהיינו להוכיח את כוונתם ואת רצונם של המצווים להגביל זה את זה). ראו למשל, Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 5; Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 409-407; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 4 למאמר; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 137; C.E.F. Rickett, A Rare Case of Mutual Wills and Its Implications, 8(2) ADELAIDE LAW REVIEW 178, 182 (1982); 152, 148, 140 Keith B. ("Rickett, A Rare Case of Mutual Wills" (להלן: <http://www3.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/1982/10.pdf>); Farquhar, Mutual Wills – Some Questions Recently Answered, 19 ESTATES, TRUSTS & PENSIONS JOURNAL, 327, 328 (2000) (להלן: "Farquhar, Mutual Wills"; Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 481, 474-469; Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 14 לעיל, 665; Richardson, Legislation for mutual wills, ה"ש 15 לעיל, 106-103; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, ה"ש 15 לעיל, 22-23; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 487-484; Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 133; Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 50-11; Contracts Not to Revoke, ה"ש 2 לעיל, 245-222; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law Gerwyn LI. H., Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 402; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 160-158; Griffiths, At best inconvenient and at worst little short of disastrous: Recent considerations on mutual wills, CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER, 511, 514 (2011) (להלן: "Griffiths, At best inconvenien"; Padraic, WILLS, PROBATE AND ESTATES, ה"ש 41 לעיל, Nicola Peart, Where There is a Will There is a Way – A New Wills Act for New Zealand, 15 WAIKATO LAW REVIEW, 26, 44; 46-45 Paul E. Trudelle, Mutual; ("Peart, Where There is a Will" (להלן: <http://www.nzlii.org/nz/journals/WkoLawRw/2007/4.html>)). (2007)

כך למשל בפסק דין זמיר¹⁶¹ ערכו בני זוג צוואה הדדית (לפני התיקון לחוק) שבה הורישו את רכושם זה לזה. כמו כן קבעו בני הזוג בצוואה ההדדית הוראת יורש במקום יורש לילדיהם. (הצוואה לא כללה הוראת יורש אחר יורש). לאחר פטירת האישה ערך הבעל צוואה חדשה, במסגרתה ציווה את מרבית נכסיו לזוגתו החדשה ולבתם המשותפת. בית המשפט העליון קבע (בדעת רוב מפי השופטת נאור) כי הואיל והצוואה ההדדית "שותקת" (דהיינו, אין בה הוראה מפורשת המלמדת על רצון המצווים לכבול זה את זה), רשאי היה הבעל (הנותר בחיים) לשנות את הצוואה או לבטלה לפי שיקול דעתו, וזאת אף לאחר פטירת האישה (הנפטר הראשון)¹⁶².

בניגוד לכך, בצוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון ברירת המחדל היא קיומו של עקרון הכבילה (המוחלש), הבא לידי ביטוי בחובת מתן הודעה לצורך ביטול הצוואה ההדדית בחיי המצווים (והיעדר תוקף לביטול בהיעדר הודעה), ובחובה להסתלק מהעזיבון או להשיב את שהתקבל מהעזיבון לצורך ביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון (והיעדר תוקף לביטול בהיעדר הסתלקות או השבה)¹⁶³. כמו כן המצווים יכולים בהסכמה לכבול עצמם מלשנות את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון. על פי הוראת סעיף 8א(ג) לחוק הירושה "הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה בחי שני בני הזוג – בטלה" (ההדגשה אינה במקור). מכלל הן אתה שומע לאו. דהיינו, הוראה השוללת את הזכות לבטל את הצוואה לאחר פטירת הראשון אינה בטלה (יש לה תוקף).

מכל מקום, עמדתי היא כי אין המדובר בהכרח בשוני מהותי (מבחינת "מבחן הכניסה" לקיומו של ההסדר או לייתר דיוק מבחינת ההבחנה האם צוואות שנעשו יחד חל בהן עקרון הכבילה). ודוק, בצוואות שנערכו לפני התיקון לחוק, תהא תחולה לעקרון הכבילה (או לעקרון המוחלש), כאשר ישנה הוכחה כי המצווים התכוונו להגביל זה את זה מלשנותן לאחר פטירת הראשון. בצוואות שנערכו לאחר התיקון לחוק אמנם, אין צורך בהוכחה כי המצווים התכוונו להגביל זה את זה על מנת שתהא תחולה לעקרון הכבילה (המוחלש), אך יש צורך בהוכחה כי המדובר בצוואות הדדיות. דהיינו, כי הצוואות נערכו תוך שהמצווים הסתמכו האחד על צוואת רעהו¹⁶⁴. ודוק, סעיף 8א לחוק הירושה קובע כי "בני זוג רשאים לערוך צוואות מתוך הסתמכות של בן הזוג האחד על צוואת בן הזוג האחר..." דהיינו, גם היום (לאחר תיקון החוק) אין הוראה חד-משמעית כי צוואות שנעשו במשותף מעידות בהכרח כי נערכו מתוך הסתמכות כל אחד מבני הזוג על צוואתו של משנהו. כך אף לגבי "צוואות מראה" ואפילו לגבי צוואות משותפות שנערכו במסמך אחד¹⁶⁵. למעשה, כל עוד לא הוכח כי הצוואות נעשו מתוך הסתמכות, יתר

Trudelle, " Wills – A Review (2007) עמ' 7-5 למאמר <https://hullandhull.com/wp-content/uploads/2015/01/oct-2007-wills.pdf> (להלן: "Trudelle, L.A. "; ("Burrows, English Private Law": (להלן: ANDREW BURROWS, ENGLISH PRIVATE LAW, 447 (3rd Edition, 2013); ("Mutual Wills Sheridan, The Floating Trust": (להלן: Sheridan, The Floating Trust: Mutual wills, 15 ALBERTA LAW REVIEW 211, 213-216 (1977); RICHARD CLEMENTS & ADEMOLA ABASS, COMPLETE EQUITY & TRUSTS: TEXT, CASES, AND MATERIALS, 220-222 (3rd Edition 2013) (להלן: "Clements & Abass, Complete Equity & Trusts"; פסק דין Pratt, ה"ש 8 לעיל, 120; פסק דין Lord Walpole, ה"ש 168 לעיל, 419; פסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל, 947-948; פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 10 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש Goodchild, ה"ש 4 לעיל, 1229-1230; פסק דין Olins, ה"ש 3; [2010] EWCA Civ 1410, para 3; [2010] WTLR. 1489, para 59; Charles v Fraser [2010] EWHC 2154 (Ch); (להלן: "פסק דין Charles"; פסק דין Goodchild, ה"ש 14 לעיל, פסקאות 38-39; פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל, פסקה 97; [2002] B.C.J. No. 432, 2002 BCSC 1075 para 24; ("Burnell": (להלן: "פסק דין Burnell v. Rolph Estate [2002] B.C.J. No. 432, 2002 BCSC 1075 para 24; (להלן: "פסק דין Birch"; ("Osborne": (להלן: Osborne v. Estate of Frederick Osborne and Daisy Osborne [2001] VSCA 228, para 17-18; ("Atha Lloyds Bank Plc. v. Rosset, [1990] 2 WLR 867, [1990] 1 All ER 1111; v Curtis [2002] EWHC 1158 (Ch), [2003] 2 FLR 847, para 75 Hiroto Watanabe v Law Yen Yen & Lavoie v. Trudel [2016] O.J. No. 3458, 2016 ONSC 4141 para 20-22; [1991] 1 A.C. 107, 132 Re Gillespie [1968] O.J. No. 1337, [1969] 1 O.R. 585, 3 D.L.R. (3d) 317, ; ("Hiroto": (להלן: "פסק דין Hiroto Anor [2012] 8 MLJ 202, para 14 para 4 (להלן: "פסק דין Gillespie"; [1979] 3; ("Grisor": (להלן: "פסק דין Grisor A.C.W.S. 403, para 7 ("Grisor": (להלן: "פסק דין Grisor").

¹⁶² ליישום ההלכה ראו למשל, ת"ע (אשדוד) 19359-05-14 ב' נ' י' ואח' (פורסם בנבו, 4.1.2017); ת"ע (ת"א) 8541-02-13 עזבון המנוחה נ' ת' ז'ל נ' ד' מ' (פורסם בנבו, 2.8.2015); ת"ע (ת"א) 5003-11-10 ט.ג. נ' ש.ס. (פורסם בנבו, 29.10.2012) (להלן: "ת"ע 5003-11-10"). לניתוח ההבחנה בין המצב המשפטי לפני תיקון 12 לחוק והוספת סעיף 8א ואחריו בהקשר אפשרותו של הנותר בחיים לבטל את הצוואה ההדדית, ראו עמ"ש (ת"א) 51823-03-11 פלונית נ' פלוני, פסקאות 36-37 לפסק דינו של השופט שנלר (פורסם בנבו, 9.4.2013). בקשת רשות ערעור על פסק הדין נדחתה בע"מ 3230/13 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.6.2013); ת"ע 2990/07, ה"ש 98 לעיל, פסקאות 24-25 (פורסם בנבו, 21.4.10). ראו גם, שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 211-216. לניתוח המצב המשפטי (הדין והפסיקה) שקדם לתיקון לחוק, ראו בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 80-105.

¹⁶⁴ לתפיסה שונה של ההבחנה בין המצב המשפטי שקדם לתיקון מספר 12 ולהוספת סעיף 8א לחוק הירושה ובין המצב המשפטי הקיים היום ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 358-368.

¹⁶⁵ התפיסה המקובלת בפסיקה ובספרות היא כי העובדה שצוואות נערכו על ידי בני זוג במשותף (לרבות "צוואות מראה" וצוואות שנערכו במסמך אחד) אינה מספיקה כדי לשמש כראיה לכך שמדובר בצוואה הדדית – דהיינו, כי בני הזוג התכוונו להגביל זה את זה והסתמכו זה על צוואתו של זה. כך קבע השופט Latham בפסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 675: "The mere fact that two persons make what may be called corresponding wills in the sense that the existence of each will is naturally explained by the existence of the other will is not

הוראות סעיף 8א – הנוגעות לביטול הצוואה ההדדית – אינן תקפות, ושוב (אף לאחר התיקון) הדיון המשפטי בצוואה ההדדית חוזר לשאלה העובדתית האם מלכתחילה הסתמכו המצווים זה על צוואתו של זה, שהיא שאלה הדומה במהותה לשאלה האם המצווים התכוונו להגביל זה את זה¹⁶⁶. לפיכך עמדתי היא כי אין המדובר בהבדל מהותי הן מן הפן העיוני הן מן הפן המעשי.

על אף שבספרות ובפסיקה ניתן למצוא הכרה בדרישה להוכחה עובדתית של רכיב ההסתמכות קודם להחלת הכללים החלים על צוואות הדדיות¹⁶⁷, למעשה במקרים רבים בתי המשפט מתייחסים לצוואות משותפות שנערכו על ידי בני זוג לאחר התיקון לחוק כאל צוואות הדדיות (כמעט כברירת מחדל), ללא בדיקה עובדתית האם אכן הייתה הסתמכות בנסיבות המקרה. התנהלות זו (שאינה תואמת את הוראות החוק), הביאה לדידי לתפיסה הרווחת כי קיים הבדל מהותי (עיוני ומעשי) בין צוואות הדדיות שנערכו קודם לתיקון לחוק לבין אלו שנערכו לאחריו, לעניין "הכניסה" להסדר, דהיינו לעניין השאלה האם המדובר בצוואה הדדית.

ד.1.א. ביטולה ושינויה של הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון

הניגוד העיוני הקיים בין יסוד הכבילה החוזי ובין יסוד הניידות הצוואתית, בא לידי ביטוי בשיאו, בבעיות המעשיות הנוגעות למצבים של שינוי או ביטול הצוואה ההדדית על ידי הנותן בחיים לאחר פטירת הראשון מבין בני הזוג¹⁶⁸. מחד גיסא, הצוואה ההדדית אמורה להבטיח את קיומו וכיבודו של רצון הנפטר הראשון (ועל האינטרס האמור מגן עקרון הכבילה); מאידך גיסא, הצוואה ההדדית אינה אמורה "לשתק" את הנותן בחיים ולפגוע בדינמיותם של החיים (ועל אינטרס זה מגן עקרון הניידות).

המקרים השכיחים אשר בהם נוצרות בעיות מעשיות הם כאשר מתרחש שינוי נסיבות אשר המצווים לצוואה ההדדית לא צפו. הצוואה ההדדית נערכת לרוב בתנאים של חוסר ודאות: בני הזוג אינם יודעים מה צופן עתידם, מתי יחול יום פקודתם, מה יהא הפרש הזמנים בין מועדי פטירתם, והאם יחולו שינויי נסיבות בין פטירת הראשון

"Canada v. sufficient to establish a binding agreement not to revoke wills so made". ראו גם, פסק דין Lewis, ה"ש 116 לעיל, פסקה 49; *Canada v. Ihmsen*, 33 Why. 394, 240 P. 927, 43 A.L.R. 1010 (1925) para 3; פסק דין Hiroto, ה"ש 160 לעיל, פסקה 15; פסק דין Sheridan, 160-159; Nutini, Estate, Gift and Trust Law; ה"ש 116 לעיל, 891; *Hudson & Sloan, Testamentary Freedom*; ה"ש 14 לעיל, 139; *Oosterhoff, Mutual Will*; ה"ש 213; *Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in*; ה"ש 14 לעיל, 139; *Trudelle, Mutual Wills*; ה"ש 241-239; *Law*, ה"ש 2 לעיל, 241-239; *Richardson, Legislation for mutual wills*; ה"ש 15 לעיל, 104-105; *Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate*; ה"ש 14 לעיל, 107-108; *Croucher, An Ancient Doctrine with Modern*; ה"ש 2 לעיל, 104-105; *Nuala Casey, Anne McKenna, Annette O'Connell B.L., Anne Stephenson, Wills, Probate & Estates*, 42; ה"ש 1 לעיל, 4; *Teeth Pearce & Barr, Trusts and*; ה"ש 4 לעיל, 484, 479; *Equitable Obligation*; ה"ש 4 לעיל, 484, 479; *Burrows, English Private Law*; ה"ש 160 לעיל, 446; *Khong, The Economics of Mutual*; ה"ש 2 לעיל, 446; *Thompson, Mutual Wills*; ה"ש 46-45 לעיל, 41; *Padraic, Wills, Probate and Estates*; ה"ש 3 לטייטה; ה"ש 116 לעיל, עמ' 3 לטייטה; *Wills*, עמ' 2 ו-18 למאמר. מן הראוי לציין כי אף שזו העמדה המקובלת, היא מנוגדת לפסק דין Dufour, שם נקבע כי הצוואה ההדדית כשלעצמה היא ראייה לחוזה ולכוונת כבילה (Dufour, ה"ש 1 לעיל, 142): "The instrument itself is the evidence of the agreement...". ראו גם, A.H.R. *Brierley, Mutual Wills*; ה"ש 97, 97 (1995) *THE MODERN LAW REVIEW*, 95, 97 (1995) *Blackpool Illuminations*; ה"ש 58(1) *Brierley, Mutual Wills* – *Blackpool Illuminations*, 58(1) *THE MODERN LAW REVIEW*, 95, 97 (1995). ראו גם עמדתו של Hargrave באשר לפסק דין Lord Walpole, ה"ש 168 לעיל, אשר לפיה "צוואות מראה" שנערכו באותו היום ונחתמו על ידי אותם עדים הינן ראייה מספיקה לכך שמדובר בצוואה הדדית, Hargrave, *Juridical Arguments*, ה"ש 1 לעיל, 278-279. מעניין לציין כי הדיון בפסק דין Lord Walpole נכתב בספר עוד קודם שניתן פסק הדין והוא אך ורק עמדתו המשפטית של Hargrave ולא גרסה של פסק הדין. בסופו של דבר הגיע הלורד Loughborough בפסק דינו למסקנות שונות מאלו שאליהן הגיע Hargrave (השוני נבע בעיקר לאור מסקנות עובדתיות שונות. ראו, פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל, פסקה 113). הבלבול וההתייחסות לעמדתו של Hargrave בספר כאל גרסה של פסק הדין נובעים ככל הנראה מכך שבאותו הספר פורסמה אף הגרסה הכוללת והמהימנה של פסק דין Dufour שאותה נהוג לצטט. (להסבר ראו, ה"ש 1 לעיל). לעמדה לפיה "צוואות מראה" אינן מהוות ראייה לכוונת הגבלה, אך צוואות שנערכו במסמך אחד מהוות ראייה כאמור, ראו פסק דין Gillespie, ה"ש 160 לעיל, פסקה 4 ו-7. לעמדה אחרת לפיה חזקה כי צוואות "תאומות" הן צוואות הדדיות ראו, ת"ע 16-09-11845-א. נ.א. פסקה 10 (לא פורסם, 10.10.2017).

¹⁶⁶ ראו, שוחט, פיניברג ופולומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 148: "... מבחינה מהותית, מבחן ההסתמכות הוא שהופך את הצוואה להדדית... זיהויה של צוואה הדדית רק על סמך מבחן מהותי יכול לעורר בעיות, ולא מן הנמנע שבית המשפט יידרש לפרשנותם של המסמכים המוצגים בפניו כדי לבחון את אומדן הדעת של המצווים או מי מהם ולקבוע אם אכן להדדיות הייתה הכוונה...". ראו גם ת"ע (תי"א) 13-11-51223-פלוני נ' אלמונים, פסקה 18 (פורסם בנבו, 12.3.2015). (להלן: "ת"ע 13-11-51223"). ... אין די בכך שהצוואות נערכו באותו מועד ובפני אותם עדים כדי להפכן לצוואות הדדיות. לצורך היות הצוואות "צוואות הדדיות" נדרש, מעבר לכך שהצוואות תערכנה על ידי בני זוג, כי הן תערכנה מתוך הסתמכות הדדית...". [ההדגשה במקור], וכן ת"ע (י-ם) 10-07-32061-מ.ל. נ.ר. ו, עמ' 11 לפסק הדין (פורסם בנבו, 19.3.2012). (להלן: "ת"ע 10-07-32061"). ... השאלה האם מדובר בצוואות הדדיות אם לאו, תוכרע בהתייחס להסתמכות ולתלות שהן יוצרות...". ראו לעומת זאת עמדתו של קריטנשטיין, הסבור כי "אין כל דרישה ליסודות חוזיים כדי לבסס טיעון שההסדר מחייב". קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 350.

¹⁶⁷ ראו, ה"ש 166 לעיל. ¹⁶⁸ ראו למשל הנסיבות בפסקי הדין הבאים: פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל; *Lord Walpole v Lord Bigg v. Queensland Trustees Ltd* [1989] QSC 422; [1990] 2 Qd R 11; ("פסק דין Lord Walpole") *Orford* (1797) 3 Ves 402 (להלן: "פסק דין Bigg"); פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל.

לפטירת השני. טלו לדוגמה מקרה של צוואה הדדית "קלאסית" (הורשה הדדית ולאחר פטירת השני הורשה לילדי המצווים), שבו לאחר פטירת הראשון אירע שינוי נסיבות לא צפוי בקשר לאחד מילדי הזוג (למשל: נפטר, חלה, התמכר לסמים או להימורים, הצטרף לכת או החל להתעמר בנותר בחיים, והרשימה ארוכה כיד הדמיון) או לחילופין שינוי נסיבות שהמצווים לא צפו בקשר לנותר בחיים (כגון: משפחה וילדים חדשים, תמיכה וסיוע מגורם שלישי שהנותר בחיים מבקש לגמול לו וכיו"ב). עקב השינוי מבקש הנותר בחיים לשנות את הצוואה ההדדית. ככל שניתן משקל רב יותר לעקרון כבילה (על פני עקרון חופש ההורשה), בהעדר הוראות בצוואה ההדדית באשר לאפשרותו של הנותר בחיים לשנותה או לבטלה לאחר פטירת הראשון, הנותר בחיים לא יוכל לעשות כן¹⁶⁹. אחת הביקורות הקשות כנגד עריכת צוואות הדדיות נוגעת לשינוי נסיבות עתידי שאינו צפוי, הכובל את הנותר בחיים לצוואה שאינה גמישה¹⁷⁰, ובסופו של יום מביא לידי ריבוי התדיינות¹⁷¹.

כך למשל בתמ"ש (נצ') 17241725-02-13 ערכו בני זוג צוואה הדדית, במסגרתה הורישו את רכושם זה לזו (ולהפך). עוד נקבע בצוואה ההדדית כי לאחר פטירת שני המצווים יעבור מרבית רכושם (לפי הוראת יורש אחר יורש) לאחת מבנותיהם (להלן: "הבת היורשת"). המצווים התנו את ירושת הבת היורשת בכך שתטפל ותסעד את אחותה. הבעל הלך לעולמו, הצוואה ההדדית קוימה ועיזבונו עבר לאישה. לאחר כארבעה חודשים נרצחה הבת היורשת, והאישה ערכה צוואה חדשה. ברי כי מדובר בתרחיש אשר בני הזוג לא צפו בעת עריכת הצוואה ההדדית, וממילא הצוואה ההדדית לא עסקה בו. בית המשפט קבע כי מאחר שקיום הצוואה ההדדית חוטא לרצון העולה מאומד דעתם של המצווים, אין תחולה לסעיף 8א(ב)(2) לחוק הירושה (הקובע כי לביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון, לא יהא תוקף אלא אם ישיב הנותר בחיים את שירש מן הנפטר הראשון לעיזבונו) והורה על קיום צוואתה החדשה של האישה. בית המשפט הגיע לתוצאה זו באמצעות שימוש בכלים של פרשנות צוואה ודיני תום הלב¹⁷³.

בת"ע (י-ם) 17441010/07 נדונה צוואה הדדית "קלאסית" של בני זוג: הורשה הדדית, ולאחר פטירת השני – הורשה לבן ולבת. לאחר פטירת הבעל (האב) הלכה הבת לעולמה. בעקבות זאת שינתה האישה (האם) את צוואתה, והורשה את כל רכושה לבן. אומנם באותו המקרה דובר בצוואה הדדית שנערכה קודם לתיקון החוק, אך נקבע בה מפורשות כי הנותר בחיים אינו רשאי לשנותה לאחר פטירת הראשון, וכי אם יעשה כן – תבטל הוראת הצוואה המזכה אותו. על פי פסק דין זמיר¹⁷⁵, האישה הייתה מנועה מלשנות את הצוואה ההדדית, ועריכת הצוואה החדשה הייתה פעולה שתוצאתה ביטול ירושתה. אלא שבהתחשב בנסיבות הבלתי צפויות שנוצרו, קבע בית המשפט כי לאור סעיף 42(ג) לחוק הירושה (העוסק בהוראת יורש אחר יורש), הואיל והבת – שהינה היורשת השניה בהסדר של יורש אחר יורש מבחינת צוואת הבעל (האב) – נפטרה קודם שהגיע מועד זכייתה, על פי צוואת הבעל (האב)

¹⁶⁹ ראו, מנדלסון ורייך-זיי, היום שאחרי המחשבה שלפני, ה"ש 54 לעיל, 123.
¹⁷⁰ ראו למשל, הביקורת שהובעה בפסק דין Lewis, ה"ש 116 לעיל, פסקה 48: "Any such commitment is unlikely and undesirable in modern times, which explains why true 'mutual wills' are now so very infrequently found. Indeed, they have never been at all common. There are preferable ways of achieving the intended result without the unfortunate inflexibility which might, if found to exist, fail to allow for significant changes in circumstances, including the impost of changes to duties and taxes".
גמישות בצוואות הדדיות ראו, Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 133; Richardson, Legislation for mutual wills, ה"ש 15 לעיל, 108; Kevin M. O'Donnell, *Trusts and Estates Law: Contract to Make Joint or Mutual Wills*, 55(1) MARQUETTE LAW REVIEW, 103, 113; (1972) "O'Donnell, Trusts and Estates: (להלן: <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2338&context=mulr>).
J.D.B. Mitchell, *Some Aspects of Mutual Wills*, 14 THE ; 163-165 לעיל, ה"ש 16 לעיל, 163-165; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom (Law) (1951) 136, 143; MODERN LAW 136, 143 (1951) <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1951.tb00195.x/pdf> (להלן: "Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills"); Khong, The Economics of Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, עמ' 1 לטייטה. יש לציין כי הבעיות האמורות קיימות גם על פי ההסדר הקיים היום לפי סעיף 8א, שכן הנותר בחיים יכול לבטל את הצוואה ההדדית רק לאחר השבת הרכוש שקיבל על פיה לעיזבונו של בן הזוג המנוח (סעיף 8א(ב)(2) לחוק הירושה). זאת ועוד, בעניין זה ישנה לאקונה בחוק. החוק אינו קובע האם בפעולת הביטול מתבטלת אף צוואת בן הזוג המנוח ועיזבונו יחולק על פי דין או שמא צוואתו נותרת בתוקף באופן שעזיבונו עובר אל "היורש הסופי". מכל מקום, ביטול הצוואה ההדדית יביא לכך שהיורש אשר ממנו ביקש הנותר בחיים למנוע את הירושה (במקרה של שינוי נסיבות הקשור לירוש הסופי) הוא שירש מייד את בן הזוג המנוח.
¹⁷¹ ראו, ה"ש 14 לעיל.

¹⁷² תמ"ש (נצ') 41725-02-13 מ.פ. ז"ל נ' א.א. (פורסם בנבו, 17.2.2015).
¹⁷³ לנסיבות דומות ראו, ת"ע (ת"א) 44975-09-13 עזבון המנוח מ.ש. ז"ל נ' ל.ה. (פורסם בנבו, 10.2.2015) (להלן: "ת"ע 44975-09-13"). אלא שבאותו מקרה נערכה הצוואה ההדדית קודם לתיקון החוק ולא נקבעה בה הוראה של יורש אחר יורש, אלא של יורש במקום יורש. לפיכך, בית המשפט קבע כי המנוח היה יכול לשנות את צוואתו ללא קשר לשינוי הנסיבות. נוסף על כך, באותו מקרה מבקשת הקיום של הצוואה ההדדית ממילא לא הייתה יורשת דבר אף לו הייתה הצוואה ההדדית מקוימת, ולכן ממילא לא הייתה בעלת "מעמד" משפטי שיש בו כדי לתקוף את הצוואה החדשה.

¹⁷⁴ ת"ע (י-ם) 41010/07 א.ב. נ' ש.צ., (פורסם בנבו, 31.5.2012).
¹⁷⁵ ראו, ה"ש 70 לעיל.

ההוראה לטובתה התבטלה¹⁷⁶, ולכן מבחינת צוואת הבעל (האב) ממילא הבן היה זוכה בכל יתרת עיזבונו. הבעיה שנוצרה הייתה לגבי צוואת האישה (האם), שכן שינויה הביא לשינוי חלוקת עיזבונה שלה, פעולה הפוגעת בהעדויות ובהסכמות המצויות. ודוק, מאחר שהבת נפטרה לפני האישה (האם), סעיף 42(ג) לחוק הירושה אינו רלוונטי, אלא סעיף 49 – הקובע כי צאצאיה של הבת המנוחה הם שהיו צריכים לרשת את חלקה בעיזבון האישה (האם)¹⁷⁷. בית המשפט קבע כי בהתחשב בשינוי הנסיבות – שהביא בפועל לביטול הוראת יורש אחר יורש לענין הבת – "כבר אין כל היגיון בהחלת המגבלות של אותה תוכנית" בקשר לעיזבון האישה (האם).

בתמ"ש (י-ם) 20512/01¹⁷⁸ נדונה צוואה הודנית שבה הורישו בני זוג את רכושם זה לזה, ולאחר פטירת השני – ליורשים שונים. בצוואה ההודנית נקבע כי לאחר פטירת בן הזוג השני יעבור נכס מסוים לכלתם (שניהלה בו מכוון קוסמטיקה). לאחר פטירת הבעל קוימה הצוואה ועיזבונו עבר לאישה (לרבות הנכס האמור). לאחר פטירת הבעל נפרדו הבן והכלה ובהמשך התגרשו בהסכם. כעבור שנה דרשה האישה מן הכלה כי תפנה את הנכס. במסגרת הדיון במחלוקת עסק בית המשפט בשאלה האם האישה הייתה רשאית לשנות את צוואתה. מאחר שדובר בצוואה "שותקת" שנערכה קודם לתיקון, ומאחר שלא הובאו ראיות על רצון הבעל המנוח להגביל את האישה מלשנות (או מלבטל) את הוראות הצוואה ההודנית, נקבע כי האישה הייתה חופשייה לשנות את הצוואה ההודנית. השאלה המעניינת היא כיצד היה נוהג בית המשפט לו היה מדובר בצוואה הודנית שנערכה לאחר התיקון או בצוואה הודנית הכוללת הגבלה על זכותם של בני הזוג לשנות את ההוראות הקבועות בה.

בפסק דין Dufour (אנגליה)¹⁷⁹, נדונה צוואה הודנית שערכו בני זוג, רנה וקמילה, ובה הורישו את רכושם זה לזו (לרבות רכוש שקמילה ירשה מדודתה), ולאחר פטירת השני – לנאמנות, שבה המוטבות יהיו בתם מרי ובנותיה (לפי תנאים שנקבעו בצוואה). לאחר פטירתו של רנה עבר רכושו לקמילה בהתאם לצוואה ההודנית. כ-15 שנה לאחר פטירתו של רנה הגישו שתי הנכדות תביעה כנגד מרי (אימון) ובעלה (אביהן החורג). הן טענו כי האב החורג פעל ברכושו של רנה (סבן), והונה אותן באשר לירושה. בעקבות זאת שינתה קמילה סבתן את צוואתה, וקבעה כי רכושה יעבור לבתה מרי¹⁸⁰. הלורד Camden קבע כי צוואה הודנית היא חוזה, כי מדובר בהונאה וכי הנוטר בחיים אינו רשאי לשנות את צוואתו לאחר פטירת הראשון. עוד קבע הלורד Camden כי הנוטר בחיים הופך לנאמן, וכי על הרכוש חלה נאמנות עבור היורשים הסופיים על פי הצוואה ההודנית.

התפיסה המקובלת ברוב שיטות המשפט היא שכאשר ישנה ראייה להסכמה שלא לשנות את הצוואה לאחר פטירת הראשון, הנוטר בחיים מחויב להסדר שנקבע בצוואה ההודנית¹⁸¹. ודוק, העמדה המקובלת היא כי אומנם הנוטר בחיים רשאי לשנות את צוואתו, שכן לא ניתן להתנות על חופש ההורשה, אך על הנכסים תחול נאמנות קונסטרוקטיבית (כפי שיפורט בתת-פרק ד(3)(א)), והצוואה ההודנית תקוים מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית¹⁸².

¹⁷⁶ סעיף 42(ג) לחוק הירושה: "השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצווה בשעת זכייתו, אף אם לא היה כשר לכך במות המצווה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת".
¹⁷⁷ סעיף 49 לחוק הירושה: "זוכה על פי צוואה שמת לפני המצווה, ולא קבע המצווה אדם אחר שיזכה במקומו – אם בשעת מות המצווה נשארו צאצאים של אותו זוכה, יזכו הם לפי כללי החלוקה שבירושה על פי דין"; בכל מקרה אחר הוראת הצוואה לטובת אותו זוכה מתבטלת [ההדגשה אינה במקור]."

¹⁷⁸ תמ"ש (י-ם) 20512/01 מ.ל. נ' מ.מ. (פורסם בנבו, 12.2.2007).

¹⁷⁹ ראו, ה"ש 1 לעיל. שהוא כאמור פסק הדין התקדימי בתחום. ראו, ה"ש 8 לעיל.

¹⁸⁰ עובדות פסק הדין המפורטות הובאו הן מתוך גרסת פסק הדין שפורסמה על ידי HARGRAVE (הגרסה הנחשבת למהימנה יותר), הן מתוך הרצאתה של Croucher, אשר כוללת פירוט עובדתי נרחב מעבר לעובדות שפורטו בגרסה של HARGRAVE, ראו ה"ש 1 לעיל.
¹⁸¹ ראו למשל, פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל; פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל; פסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל; פסק דין Gillespie, ה"ש 160 לעיל; פסק דין Grisor, ה"ש 160 לעיל; University of Manitoba v. Sanderson Estate, 155 D.L.R. (4th) 40, 7 W.W.R. 83, 102 B.C.A.C.; פסק דין להלן: "פסק דין University of Manitoba"; Thomas and Richardson, Legislation for mutual wills, 25 E.T.R. (2d) 148, 76 A.C.W.S. (3d) 1052 (1998); פסק דין להלן: "פסק דין Carvel and another" [2007] EWHC 1314 (Ch), [2007] 4 All ER 81 In re Estate of; פסק דין להלן: "פסק דין Carvel"; פסק דין להלן: "פסק דין Brown", 402 S.W.3d 193 Tenn. (2013).

¹⁸² ראו, Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 16, 94, Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 138, 141-142; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 480-481; Clements & Abass, Complete Equity & Trusts, ה"ש 160 לעיל, 223; Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate, ה"ש 14 לעיל, 110; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, ה"ש 15 לעיל, 20; Burrows, English Private Law, ה"ש 160 לעיל, 447; Kaplan, Wills -- Revocability of Mutual Wills -- Jurisdiction of the Probate Court if Florida, 16 UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW 331, Christine J.; "Kaplan, Revocability of Mutual Wills" להלן: <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol16/iss2/10>. 332-333 (1961); Hudson & Sloan, "Davis, Floating Right" להלן: Davis, Floating Right, 61(2) CAMBRIDGE LAW JOURNAL 423, 427 (2002); Croucher, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 166; Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 4.

אך כאמור, הבעיה מתעוררת כאשר לאחר פטירת הראשון מתרחש שינוי נסיבות אשר בעקבותיו מבקש הנותן בחיים לשנות את הצוואה ההדדית או לבטלה. בפסק דין ¹⁸³Cassin (קנדה) נדונה צוואה "הדדית" "קלאסית" שערכו בני זוג, הכוללת הורשה הדדית ולאחר פטירת השני – הורשה לילדים בחלקים שווים. לאחר פטירת הבעל נמנע אחד הבנים (שהיה בנתק עם בני הזוג) מלהגיע להלווייתו. האישה (האם), שנפגעה מהתנהגותו, שינתה את צוואתה והפחיתה את חלקו משליש לתשיעית. לאחר פטירתה טען הבן כי האם לא הייתה רשאית לשנות את הצוואה ההדדית. בית המשפט קבע כי הצוואה ההדדית לא כללה הוראה המעידה על הסכמה שלא לשנותה וכי לא הובאה כל ראיה אחרת להסכמה כאמור. לפיכך, לא מדובר בצוה הדדית והאישה (האם) הייתה רשאית לשנות את צוואתה¹⁸⁴. השאלה המעניינת היא כיצד היה פוסק בית המשפט לו כללה הצוואה הוראה האוסרת על בני הזוג לשנותה לאחר פטירת הראשון מביניהם. יש הסוברים שבמקרה של התנהגות מחפירה ובלתי נסלחת מצד היורש הסופי לאחר פטירת בן הזוג הראשון רשאי הנותן בחיים לשנות את הסדר ההורשה שנקבע בצוואה ההדדית¹⁸⁵.

בפסק דין ¹⁸⁶Fiegehen (קנדה) נדונה צוואה הדדית שערכו בני זוג, ובה הורישו את רכושם זה לזו ולאחר פטירת השני מביניהם לארגון מסוים. לאחר פטירת הבעל הוכרז הארגון כבלתי חוקי, והאישה שינתה את צוואתה. בעת פטירת האישה עדיין נחשב הארגון כבלתי חוקי, ולכן נדחו הטענות כי האישה פעלה בניגוד לצוואה ההדדית.

למותר לציין כי הבעיות שפורטו לעיל הולכות ונהיות קשות יותר מבחינה משפטית ואנושית, ככל שהנסיבות המשפחתיות החדשות שנוצרו מורכבת יותר, כגון: בני זוג חדשים, נישואים שניים, ילדים נוספים, סכסוכים בתוך המשפחה וכיו"ב¹⁸⁷. כך למשל, בפסק דין ¹⁸⁸Brewster (קנדה) נדונה צוואה הדדית שערכו בני זוג אשר היו נשואים בנישואין שניים, ועניינה בית מגוריהם המשותף. בצוואה נקבע כי עם פטירת הראשון יעבור חלקו לנותן בחיים, ולאחר פטירת השני יתחלק בית המגורים בין בתו של הבעל לשתי אחייניותיה של האישה¹⁸⁹. שנים אחדות לאחר פטירת הבעל גילתה האישה כי הבעל הציג לפניו מצג חלקי בלבד לגבי כלל רכושו. לאחר התלבטות אם לתבוע את עיזבון בעלה באשר לזכויותיה ברכוש שהוסתר חתמה האישה על הסכם פשרה עם בתו של הבעל המנוח, ובו ויתרה האישה על טענותיה כנגד סך של \$15,000. לאחר מכן פנתה האישה לעורך דין חדש וערכה צוואה חדשה, אשר

¹⁸³ Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 395, 405; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 683, 689; 19 EG 147, para 8 (2002), 4 ITEL 894, 1405 EWHC (Ch), 4 ITEL 894, (2002) EWHC 1405 (Ch); פסק דין Lewis, ה"ש 116 לעיל, פסקה 42; פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 4 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש LexisNexis); פסק דין Hiroto, ה"ש 160 לעיל, פסקאות 8 ו-51.

¹⁸⁴ *Cassin v. Cassin* [2007] O.J. No. 652, 30 E.T.R. (3d) 289, 156 A.C.W.S. (3d) 1219; החלטה דומה ניתנה בנסיבות דומות בפסק דין *Edell v. Sitzer* [2001] O.J. No. 2909, 55 O.R. (3d) 198, 40 E.T.R. (2d) 10, 106 A.C.W.S. (3d) 1136, affirmed [2004] S.C.C.A. No. 372 ("פסק דין Edell").
¹⁸⁵ ראו Mutual Wills Doctrine (3d) 1136, affirmed [2004] S.C.C.A. No. 372 ("פסק דין Edell").
¹⁸⁶ *Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, ה"ש 14 לעיל, 670. כמו כן ראו עמדתו של השופט Leggett L.J. בפסק דין *Goodchild*, ה"ש 4 לעיל, 1225.

¹⁸⁷ *Re Fiegehen* 1942 CarswellOnt 340; [1942] O.W.N. 575.
¹⁸⁸ ראו, *Hughes, Mutual Wills*, ה"ש 15 לעיל, 133; *Thompson, Mutual Wills*, ה"ש 2 לעיל, עמ' 18 למאמר; *Oosterhoff, Mutual Will*, ה"ש 14 לעיל, 155; *Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills*, ה"ש 14 לעיל, 477, 480. במסגרת מחקרם של *Brown ו-Pawlowski*, 35% מהנשאלים שהשתתפו במחקר (עורכי דין העוסקים בעריכת צוואות) השיבו כי בעיות שנוצרו לאחר פטירת הראשון בקשר לצוואה ההדדית נבעו בשל נישואין או בשל מערכת יחסים חדשה של הנותן בחיים. מהמחקר עלה כי ככל שמערכת היחסים של הנותן בחיים עם בן זוג חדש (לאחר פטירת הראשון) הינה ארוכה יותר, הנותן בחיים חש מחויב פחות לקיים את הצוואה ההדדית (דבר שבאופן טבעי אף יוצר בעיות משפטיות מעשיות). כמו כן ראו את הנסיבות בפסקי הדין הבאים: פסק דין זמיר, ה"ש 70 לעיל; ת"ע 13-09-44975, ה"ש 173 לעיל; [2006] O.T.C. 652, 2006; *Hall v. McLaughlin Estate*, [2006] O.J. No. 2848, 25 E.T.R. (3d) 198, 149 A.C.W.S. (3d) 1173; [2008] A.J. NO. 961, 2008 ABQB 532, 95; ("פסק דין Hall")
Powell v. Glover (2008), 42 E.T.R. (3d) 298, [2008] Alta. L.R. (4th) 235, 467 A.R. 296, 2008 CarswellAlta 1161, 172 A.C.W.S. (3d) 1085; *Price v. Aylor* 258 Ky.; ("פסק דין Price") 1, 79 S.W. (2d) 350 (1935).

¹⁸⁹ *Brewster v. Lenzi*, [2010] B.C.J. No. 2060, 2010 BCSC 1488, 2012 CarswellBC 2847, 193 A.C.W.S. (3d) 1376.
¹⁸⁹ בניגוד לדין הישראלי, המאפשר במקרה כאמור ליצור צוואה רגילה עם הוראת יורש אחר יורש (הבעל יכול היה להוריש את חלקו בבית אישה ולאחר פטירתה בהוראת יורש אחר יורש לבתו); והאישה הייתה יכולה להוריש את חלקה בבית לבעל ולאחר פטירתה בהוראת יורש אחר יורש לאחיניותיה), לא ניתן היה ליצור פתרון כאמור בחוק הקנדי, וזאת לנוכח הכלל של "The right of survivorship". (מדובר בזכות במשפט המקובל ובמשפט האמריקני, שלפיה בנסיבות ובתנאים מסוימים, עם פטירת אחד מן הבעלים המשותפים בנכס, עובר הנכס לבעלותם של שאר השותפים. זוהי זכות משפטית חזקה הגוברת על זכויות של צדדים שלישיים כגון יורשים, בעלי חוב וכיו"ב. להרחבה על אודות הזכות ראו, *Ratner, James R., Community Property, Right of Survivorship, and Separate Property Contributions to Marital Assets: an Interplay*, 41 ARIZONA LAW REVIEW, 993 (1999); Charles P. Sacher, *Estate Planning and Joint Tenancy with Right of Survivorship*, 50(4) NORTH DAM LAW REVIEW, 618 (1975); Anne L. Spitzer, *Joint Tenancy with Right of Survivorship: A Legacy Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams*; *from Thirteenth Century England*, 16 TEXAS TECH LAW REVIEW 629 (1985) on Wills, ה"ש 15 לעיל, 19). לענייננו, לפי הכלל של "The right of survivorship", הואיל והבית היה בבעלות משותפת, עם פטירת הראשון, היה הנותן בחיים הופך לבעליו של הבית כולו, ולצוואתו של הנפטר הראשון לא הייתה כל משמעות לגבי חלקו בבית. לפיכך, כדי להבטיח את הגעת חלקו של הנפטר הראשון ליורש הסופי לאחר פטירת השני היה צורך לערוך צוואה הדדית, הכובלת את הנותן בחיים באופן שלאחר פטירת הנותן בחיים הבית יעבור לבתו של הבעל ולשתי האחייניות של האישה – ללא קשר לסדר פטירת המצווים.

במסגרתה שינתה את ההסדר שנקבע בצוואה ההדדית לגבי הורשת הבית המשותף. כשנודע הדבר לבתו של הבעל המנוח, היא פנתה לבית המשפט. בית המשפט קבע כי הואיל ובין המצווים היה הסכם מחייב שלא לשנות את הצוואה ההדדית והואיל והבעל נפטר בלי לשנות את צוואתו, האישה מחזיקה במחצית מהבית בנאמנות קונסטרוקטיבית עבור הבת. באשר לרכוש שהוסתר נקבע כי העניין הוסדר במסגרת הסכם הפרשה. השאלה המעניינת היא האם בית המשפט היה קובע אחרת אילו לא היה נחתם הסכם פרשה והיה מוכח כי הצוואה ההדדית נחתמה בהסתמך על מצג השווא שהוצג לאישה בעניין הרכוש. ברי כי על פי התפיסה החוזית יש מקום "לשחרר" את הנותר בחיים מצוואה הדדית שנחתמה על בסיס מצג שווא.

בפסק דין ¹⁹⁰Brown (טנסי) נדונה צוואה הדדית שערכו בני זוג אשר היו נשואים בנישואין שניים (ולכל אחד מהם היו ילדים משלו מנישואיו הראשונים). במסגרת הצוואה ההדדית בני הזוג הורישו את רכושם זה לזה ולאחר פטירת השני מביניהם – לילדיהם בחלקים שווים. בשלב מסוים חלה הבעל ואחד מבניו ואשתו (של אותו הבן) עברו להתגורר עם בני הזוג כדי לסייע בטיפול בו. בעת שהבעל נפטר הייתה האישה מאושפזת בבית חולים. עקב סכסוך שנתגלע בין בנה של האישה ובין בנו של הבעל שהתגורר בבית, לא חזרה האישה להתגורר בבית לאחר שחרורה מבית החולים, ובהמשך ערכה צוואה חדשה המנוגדת לצוואה ההדדית, ובה הורשה את כל רכושה לבנה. בית המשפט קבע כי הואיל והייתה הוכחה להגבלת המצווים זה את זה מלשנות את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון, האישה לא הייתה רשאית לערוך צוואה חדשה המנוגדת להוראות הצוואה ההדדית.

אשר לבעיות שהוצגו לעיל, נראה כי מתן מקום וביטוי ליסוד הכבילה במסגרת ההסדר של צוואות הדדיות עשוי ליצור מצבים שבהם – אם לא נקבעו בצוואה ההדדית הוראות מפורשות המאפשרות לנותר בחיים לשנותה או לבטלה לאחר פטירת הראשון – ידיו של הנותר בחיים תהיינה כבולות והוא לא יהא רשאי לערוך בה כל שינוי, לרבות שינויים שאינם מהותיים או קיצוניים, כמו לעניין אופן ההורשה (בהקמת קרן נאמנות למשל), מועד ההורשה, קביעת תנאים אחרים להורשה, הוספת ילד חדש או בן זוג חדש ליורשי חלקו של הנותר בחיים וכיו"ב. מאידך גיסא, הותרת מלוא החירות בידי הנותר בחיים לשנות את הצוואה ההדדית או לבטלה לפי רצונו ושיקול דעתו הבלעדי עשויה להביא לאיזון הצוואה ההדדית ולסיכול ההסכמה המשותפת באשר להנחלת ההון המשפחתי.

ד.1.ב. ביטולה ושינויה של הצוואה ההדדית בחיי שני המצווים

השאלה האם בני הזוג יכולים לשנות את צוואתם ההדדית בחיי שניהם נוגעת אף היא לניגוד שבין דיני הצוואות לדיני החוזים. ככל שניתן משקל רב לפן החוזי, ניטה לקבוע כי אין מקום לאפשר את שינוי הצוואה ההדדית אף בחיי המצווים.¹⁹¹ אלא שעמדה כאמור נתפסת כקיצונית, והעמדה הרווחת היא כי יש לאפשר לצדדים לשנות את הצוואה ההדדית לפחות כל עוד שניהם בחיים.¹⁹² זהו הדין הנוהג היום בישראל על פי סעיף 8 לחוק הירושה.

אלא שאף ביטול הצוואה ההדדית בחיי המצווים עלול ליצור בעיות מעשיות. ראשית, ייתכן ביטול ללא ידיעת הצד השני. במקרה כאמור מדובר בשימוש לרעה ובחוסר תום לב בהסדר המשפטי של הצוואה ההדדית. בעיה זו באה על פתרונה באמצעות הדרישה למתן הודעה על אודות הביטול, ואי-תחולתו של הביטול עד למתן הודעה.¹⁹³ אלא

¹⁹⁰ ראו, הי"ש 181 לעיל.

¹⁹¹ תפיסה חוזית מלאה של צוואות הדדיות אכן מחייבת כי ביטול הצוואה ההדדית ייעשה בהסכמה בלבד. ראו למשל, *Stewart v. Todd*, 158 U.S. 278, 288-289 (1920), 20 A.L.R. 1272, 619 N.W. 173, *Contracts Not to Revoke*, הי"ש 26 לעיל, 158. לעמדות נוספות שלפיהן יש לאפשר לצדדים להגביל את עצמם בהסכמה משותפת אף בחייהם של שני המצווים ראו, *Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, הי"ש 14 לעיל, 669; פסק דין *Lewis*, הי"ש 116 לעיל, פסקה 43; *Re Newey (Deceased)* [1994] 2 NZLR 590, 593; **להלן: "פסק דין Newey"**.

¹⁹² ראו, *Contracts Not to Revoke*, הי"ש 26 לעיל, 154, 156; וכן *Sheridan, The Floating Trust*, הי"ש 160 לעיל, 218-219; *Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills*, הי"ש 170 לעיל, 137; *Harold Austin Dall, Joint and Mutual Wills*, 38 MARQUETTE LAW REVIEW, 238, 238-239; *Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, הי"ש 4 לעיל, 395-397; *"Dall, Joint and Mutual Wills" (להלן: *"Dall, Joint and Mutual Wills"*), הי"ש 20 לעיל, עמ' 36 לטייטה; שבת, עסקאות בירושה, הי"ש 5 לעיל, 217-218. ¹⁹³ ראו סעיף 8א(ב)(1) לחוק הירושה. ראו גם, *Oosterhoff, Mutual Will*, הי"ש 14 לעיל, 135, 141; *Farquhar, Mutual Wills*, הי"ש 160 לעיל, 334; *Dall, Joint and Mutual Wills*, הי"ש 192 לעיל, 238; *C.E.F. Rickett, Extending Equity's Reach through the Mutual Wills Doctrine*, 54(4) THE MODERN LAW REVIEW, 581, 583 (1991); *Youdan, The Mutual Wills Doctrine*, הי"ש 1 לעיל, 396; *Sheridan, The Floating Trust*, הי"ש 160 לעיל, 218; *Cassidy, Mutual Wills*, הי"ש 11 לעיל, 1; *Liew, The**

שסוגיית ההודעה יוצרת אף היא בעיות מעשיות. כך למשל עולה השאלה האם ידיעת הצד השני אודות עריכת צוואה סותרת או אודות ביטול הצוואה ההדדית, מייתרת את הצורך בהודעה רשמית. שאלה זו עולה בשני מצבים:

המצב האחד, כאשר הצד השני מגלה על אודות הביטול או על אודות הצוואה הסותרת בחיי בן הזוג המבטל. כך למשל בת"ע (ח"י) 13-02-15472-194 נדון מקרה שבו ערך הבעל צוואה המנוגדת לצוואה ההדדית שערך עם אשתו. האישה נכחה בבית הן בעת שעורך הדין הגיע לשוחח עם הבעל על הצוואה הסותרת, הן בעת חתימתה. אומנם האישה לא נכחה בסלון בעת הפגישות ואף נדרשה לצאת מן החדר, אך בית המשפט קבע כי היה בנסיבות החריגות כדי להעלות שאלות ותהיות אצל האישה וכי יש לראותה כמי שידעה על אודות הצוואה החדשה. לפיכך, נקבע כי הבעל לא נדרש לתת לאישה הודעה בכתב לשם ביטול הצוואה ההדדית. ייתכן שהתוצאה אינה צודקת בנסיבות הייחודיות של המקרה, וזאת בהתחשב בפערי הכוחות בין גברים לנשים בתוך המשפחה¹⁹⁵. מאידך גיסא, בעידן המודרני תלותן של נשים בבעליהן הולכת ופוחתת¹⁹⁶. מכל מקום, מדובר בפסק דין חשוב, שממנו ניתן ללמוד כי אין צורך במתן הודעה רשמית לשם ביטול הצוואה ההדדית, אלא ידיעת הצד השני מספיקה.

גם בדין יש הסוברים כי ידיעת הצד השני על אודות הביטול הינה תחליף מספיק להודעה בכתב¹⁹⁷. הרעיון העומד בבסיס התפיסה כי ידיעה מחליפה הודעה רשמית בכתב הוא שמרגע הידיעה ואילך אין עוד לצד השני כל הצדקה להסתמך על הצוואה ההדדית ואף הוא יכול לשנות את צוואתו שלו. אף שורשי ההסדר, כפי שהוצגו בפסק דין Dufour, מדברים ב"מעשה גלוי" המלמד על ביטול הצוואה ההדדית ולא דווקא בהודעה פורמאלית¹⁹⁸.

לעניין זה ניתן אף להקיש מדרישת ההודעה על פי דיני החוזים במצב של חזרה מהצעה. ודוק, סעיף 3(א) לחוק החוזים קובע כי המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שההודעה נמסרה לניצע לפני שניתנה הודעת קיבול. כמו בענייננו, גם בדיני החוזים עולה השאלה האם ידיעת הניצע על חזרת המציע מן ההצעה, וזאת בלא שניתנה הודעה רשמית, יכולה להחליף את דרישת ההודעה על פי סעיף 3(א) לחוק החוזים. העמדה המקובלת היא כי ידיעה כאמור הינה תחליף למתן הודעה והיא מפקיעה מן הניצע את זכות הקיבול¹⁹⁹.

שאלה נוספת המתעוררת בהקשר זה היא האם יש בפעולותיהם של המצווים כדי להביא לביטול מכללא של הצוואה ההדדית, ללא הודעה. למשל, האם גירושין או פרידה או פנייה לערכאות לצורך כך – באים בגדר הודעת ביטול מכללא. בהקשר זה מעניין כי דווקא בשיטות משפט שבהן שינוי נסיבות (כגון ילד נוסף, נישואין או גירושין) מביא באופן מיידי לביטול צוואה "רגילה", שינוי הנסיבות אינו נחשב כביטול של צוואות הדדיות או חוזי ירושה²⁰⁰.

Ambit of the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 14 לעיל, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom ; 673, ה"ש 16 לעיל, Burrows, English ; Private Law, ה"ש 160 לעיל, 447.

¹⁹⁴ ראו, ה"ש 100 לעיל.

¹⁹⁵ לביקורת על פסק הדין ראו, שוחט, פגמים בצוואות, ה"ש 25 לעיל, 356-355.

¹⁹⁶ מעניין להשוות את המצב האמור ולהקיש לגביו מפסיקה בדבר ערבויות שעליהן חתמו נשים לטובת בעליהן. ראו למשל, *Barclays Bank Royal Bank of Scotland v. Etridge* [2001] ; *v. O'Brien* [1993] 3 WLR 786, [1994] 1 AC 180, [1993] 4 All ER 417, [1993] UKHL 6, [2001] 2 FLR 1364, [2001] 4 All ER 449, [2001] HLR 4, [2002] 2 AC 773, [2002] 3 WLR 1021, [2001] 3 UKHL 44, ת"א (ת"א) 3079/00 בנק המזרחי המאוחד נ' צול ניהול פרוייקטים בע"מ, (פורסם בנבו, 3.3.2014); ה"פ (ת"א) 200311/98 גולדשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ, (פורסם בנבו, 24.2.2004); רוי בר-קהן, ערבות, 292-283 (2006).

¹⁹⁷ כך למשל נקבע בפסק דין *Lally v. Cronen*, 247 N.Y. 58, 159 N.E. 723, Para 8 (1928). "knowledge" being equivalent of "notice" ... ראו גם, *Dall, Joint and Mutual Wills*, ה"ש 192 לעיל, 239.

¹⁹⁸ אמנם בתחילה הלורד Camden מתייחס לכך שביטול יכול להתבצע בהודעה בלבד, אך בהמשך הוא מבהיר כי הביטול יכול להיעשות ב"מעשה גלוי". ראו, בפסק דין *Dufour*, ה"ש 1 לעיל, 308. "A Mutual will is a revocable act – It may be revoked by joint consent clearly – : 308. **By one only, if he give notice**, I can admit... If not revoked during the joint lives **by any open act**... It is too late afterwards for the survivor to change his mind; because the first die's will is then irrevocable".

¹⁹⁹ ראו, פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 244-243.

²⁰⁰ ראו, *Contracts Not to Revoke*, ה"ש 26 לעיל, 155-156, *Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills*; *Farquhar, Mutual Wills*; 26, ה"ש 160 לעיל, 333, 330-328, *Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation*; ה"ש 4 לעיל, 484; *Burrows, English Private Law*, ה"ש 160 לעיל, 447, *Dall, Joint and Mutual Wills*; ה"ש 192 לעיל, 242. כך, למשל, החוק הקנדי קבע בעבר כי נישואין מביאים לביטול צוואות שהיו לבני הזוג קודם לנישואין. אם בני הזוג מבקשים כי עיזבונם יחולק שלא על פי דין, עליהם לערוך צוואות חדשות לאחר החתונה. (כאמור, אין זה החוק העדכני. לעניין החוק הקנדי העדכני ראו, סעיפים 54 ו-55 ל- *Wills, Estates and Succession Act, SBC 2009, c 13* (<http://canlii.ca/t/8mbj>)). מכל מקום, אף כאשר החוק קבע כי נישואין מביאים לביטול כל צוואה שקדמה להם, בהקשר צוואות הדדיות קבעה הפסיקה הקנדית כי אין בנישואין חדשים (לאחר פטירת הראשון) כדי לבטל את הצוואה ההדדית. ראו גם, *Hudson & Sloan, Testamentary Freedom*, ה"ש 16 לעיל, 160.

עם זאת, יש הסבורים כי גירושין ונישואין מחדש בחיי המצווים נחשבים כהודעה על ביטול הצוואה ההדדית²⁰¹. דהיינו, ההתנהגות (הנישואין מחדש) מייתרת את הודעת הביטול. בפסק דין Birmingham²⁰² (אוסטרליה) הוצע כי נישואין של צד לצוואה ההדדית שנערכו בחיי המצווה השני ובידיעתו מייתרים את הצורך במתן הודעת ביטול²⁰³.

שאלות נוספות בקשר לפעולות המצווים נוגעות להיבטים של אשם – האם פעולות שיש בהן משום אשם, כגון בגידה או אלימות, יכולות לשמש כהודעת ביטול מכללא. שאלה זו מעניינת במיוחד לנוכח ההלכה במשפט הישראלי שלפיה אין באשם כדי להשפיע על חלוקת רכוש בין בני זוג²⁰⁴. אלא שבדיני הירושה – בניגוד לדיני המשפחה – ייתכן כי יש מקום להביא בחשבון היבטים של אשם: ראשית, משום שבניגוד לדיני המשפחה – שבהם לבן זוג שמורה זכות עקרונית על פי הדין לקבלת מחצית מהרכוש שנצבר בחיים המשותפים, וזאת ללא קשר להתנהגותו – בדיני הירושה אין לאף אדם זכות קנויה לרשת (אף לא לבן זוגו של המוריש), והחוק משאיר בידי המצווה חופש מוחלט לקבוע את אופן חלוקתו של כלל עיזבונו²⁰⁵; שנית, משום שחוק הירושה עצמו שולל את זכות הירושה במקרים בעלי גוון מובהק של אשם²⁰⁶.

בהקשר זה עשויה לעלות השאלה מה ההבדל בין צוואה "רגילה" לצוואה הדדית, דהיינו מדוע לצוואה ההדדית צריך להיות דין שונה מזה של הצוואה ה"רגילה". ראשית, ייתכן שבמקרים כאמור ניתן לבטל אף הוראה בצוואה "רגילה" באמצעות סעיף 30(ב) לחוק הירושה (מכוח טעות). שנית, ייתכן כי יש מקום להבחנה בעניין זה בין הצוואה ה"רגילה" לצוואה ההדדית, וזאת בהתחשב ביסוד ההדדיות וההסתמכות הגלומים בצוואה ההדדית. לדידי, לא מופרך לטעון כי יש מקום לראות בהתנהגויות מסוימות בין בני הזוג התנהגויות המביאות לביטול היסודות שעל בסיסם נערכה הצוואה ההדדית ולביטולה מכללא ללא צורך בהודעה מפורשת בכתב.

אחזור לשאלה האם ידיעה מייתרת את הצורך במתן הודעה. המצב הראשון, שבו דנתי, הינו כאשר צד גילה אודות הביטול בחיי הצד המבטל. המצב השני הינו כאשר הנותר בחיים גילה אודות הביטול רק לאחר פטירת הראשון, עם חשיפתה של צוואה סותרת שערך בסתר²⁰⁷. מחד גיסא, לפי תפיסה צוואתית, הנותר בחיים לא נפגע, שכן יש באפשרותו לשנות את צוואתו²⁰⁸. בפסק דין Canada²⁰⁹ (ויומינג, ארה"ב) נקבע כי צוואה סותרת שהשאיר הנפטר הראשון הינה הודעת ביטול מספקת, לפחות במקרים שבהם בין פטירת הראשון לפטירת השני הייתה לנותר בחיים שהות מספקת לערוך צוואה חדשה²¹⁰. מאידך גיסא, על פי תפיסה חוזית, לפנינו הפרת חוזה – לא ניתנה הודעת ביטול, ולכל הפחות מדובר במעין "הונאה", בניגוד לאחד הרעיונות העיוניים העומדים בבסיס הצוואה ההדדית²¹¹. יש הסבורים כי במקרה כאמור לנותר בחיים קמה אף זכות תביעה כנגד עיזבון הנפטר הראשון בגין הפרת חוזה²¹².

²⁰¹ ראו, Farquhar, Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 334 וכן Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, ה"ש 15 לעיל, 26. בהקשר זה מעניין לציין את ת"ע (אי) 1072-07 פלונית נ' אלמונית (פורסם בנבו, 5.9.2011) שם נדון מקרה שבו ציווה המנוח את כל רכושו לאשתו (בצוואה "רגילה"). לימים חתמו המנוח ואשתו (דאז) על הסכם גירושין. השאלה המרכזית שנדונה בפסק הדין הייתה האם הוראות צוואה המזכות את הגרושה בטלות לנוכח הסכם הגירושין. בית המשפט השיב על שאלה זו בשלילה.

²⁰² ראו, ה"ש 8 לעיל.
²⁰³ ראו לסייג כי פסק דין Birmingham ניתן באוסטרליה, שם קובע החוק כי למעט מקרים מסוימים, נישואין מבטלים צוואה שנערכה לפנייהם (http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/sa2006138/s12.html) Succession Act 2006 Sect 12. ראו גם Farquhar, Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 334.

²⁰⁴ ראו בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני, (פורסם בנבו, 7.1.2014).
²⁰⁵ זאת, בניגוד לשיטות משפט אחרות – שבהן משוריינים חלקים מסוימים מהעיזבון לטובת יורשים מסוימים (בין מבחינה קניינית ובין מבחינה אובליגטורית) ראו ה"ש 90 לעיל.

²⁰⁶ ראו סעיף 5 לחוק הירושה, השולל את זכותו לרשת של "מי שהורשע על שגרם במתכוון למותו של המוריש או שניסה לגרום למותו" וכן את זכותו לרשת של "מי שהורשע על שהעלים או שהשמיד את צוואתו האחרונה של המוריש, או שזייף אותה, או שתבע על פי צוואה מזויפת".

²⁰⁷ להצגת הבעיה ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 12 למאמר. כן ראו, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16
לעיל, 161-160.

²⁰⁸ ראו, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 137; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, ה"ש 15 לעיל, 24. לביקורת על עמדה זו ראו, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 406.

²⁰⁹ ראו, ה"ש 165 לעיל.

²¹⁰ ראו, שם, 456: "We think that the death of one of the parties who has revoked the will should be held to convey sufficient notice to the other, at least where enough time elapses after such death to apprise the survivor of such revocation, enabling him to revoke his own will".

²¹¹ לעמדה לפיה אחד הרעיונות העומדים בבסיס ההסדר של הצוואה ההדדית הוא מניעת הונאה ראו, פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 10 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש LexisNexis): "... the aim of the principle is to prevent T1 from being defrauded...". ראו גם, University of Manitoba, ה"ש 181 לעיל, פסקה 46; פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 310. ראו גם, ניתוחה של Croucher את פסק דין Dufour

בת"ע 104581/05²¹³ נדון מקרה דומה, בו ערכה המנוחה ארבע צוואות. הצוואה השנייה הייתה צוואה הודעת שנערכה עם בעלה והשלישית והרביעית – צוואות "רגילות" שערכה לבדה. המנוחה לא נתנה לבעל הודעה אודות ביטול הצוואה ההודעת. בית המשפט קבע כי מאחר שהצוואה ההודעת נערכה לפני התיקון לחוק, סעיף 8 אינו חל עליה והמנוחה לא הייתה מחויבת במתן הודעת ביטול. בית המשפט לא דן בשאלה האם הצוואות החדשות שנחשפו לאחר פטירת המנוחה נחשבות כהודעה אודות ביטול הצוואה ההודעת.

תיתכנה אף בעיות מורכבות יותר מבחינה מעשית במקרים של שינוי הצוואה ההודעת בחיי שני המצווים. לדוגמה, כאשר בני הזוג עשו פעולות בהסתמך על הצוואה ההודעת (כגון העברת רכוש מתוך הסתמכות על הצוואה ההודעת). במקרים כאמור ניתן לטעון כי המצווים לא יכלו להסתמך על כך שהצוואה ההודעת לא תבוטל בחיי שניהם, וכי אם פעלו בהסתמך על כך, הם קיבלו על עצמם את הסיכון. אלא שגישה זו מתעלמת מרעיון ההודעות והשיתוף שבצוואה ההודעת, ואף נוגדת את אחד הרעיונות העומדים בבסיסה – הימנעות מהונאת הצד השני²¹⁴. לפי התפיסה החוזית, ייתכן שיש לעסוק במצב של ביטול הצוואה ההודעת גם בחיי המצווים (בהיעדר הסכמה), כפעולה המנוגדת להסכמת המצווים והמצריכה הסדרה נורמטיבית²¹⁵.

בפסק דין Bigg²¹⁶ (אוסטרליה) נדונה צוואת אישה שהייתה מנוגדת לצוואות הודעות שנערכו (בהתאם להסכם) על ידי האישה ובעלה. הצוואה הסותרת נתגלתה לבעל רק לאחר פטירת האישה, והיא נתפסה כהודעת ביטול הואיל והבעל עדיין היה בחיים²¹⁷. למרות זאת, ולמרות אפשרות הבעל לשנות את צוואתו (שכן "הודעת הביטול" ניתנה לו בחייו) – ובהתחשב הן בפעולות שעשה הבעל בהסתמך על הצוואה ההודעת בחיי שני המצווים (מתוך מחשבה כי הצוואה ההודעת עודנה תקפה), הן בנוק שנגרם לבעל – קבע בית המשפט כי על נכסי האישה חלה נאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הבעל²¹⁸. באופן דומה, בפסק דין Stone²¹⁹ (אנגליה) נקבע כי צוואה מאוחרת (הסותרת צוואה הודעת), שנערכה בחשאי על ידי הנפטר הראשון והתגלתה לנותר בחיים רק עם פטירתו הינה הודעת ביטול מספקת²²⁰. גם בת"ע (ת"א) 10-11-5003-221 נקבע (בשולי פסק הדין) כי היות שהנותר בחיים יכול לערוך צוואה חדשה, אין לו אינטרס הסתמכות שמן הראוי להגן עליו²²².

מאידך גיסא, עמדה זו אינה מתיישבת עם הקביעה בפסק דין Dufour, אשר לפיה המצווים אינם רשאים לשנות או לבטל את הצוואה ההודעת בחשאי²²³. זו גם העמדה העולה מפסק דין Birmingham²²⁴. זאת ועוד, יש הטוענים כי

בנקודה זו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 399. כן ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 12 למאמר.

²¹² ראו, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 406; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 484; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 161.

²¹³ ת"ע (ת"א) 104581/05 עזבון המנוחה ה.מ. נ' י.ה. (פורסם בנוב, 20.2.2008).

²¹⁴ ראו, ה"ש 211 לעיל.

²¹⁵ ראו Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 145, 147. בשיטות משפט המכירות בחוזי הורשה הפרת הצוואה ההודעת בחיי שני המצווים עשויה להקים עלילת תביעה בגין הפרת החוזה העומד בבסיס הצוואה ההודעת. ראו, Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 467; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 487.

²¹⁶ ראו, ה"ש 168 לעיל.

²¹⁷ לניתוח פסק הדין ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 400.

²¹⁸ לתוצאה זהה בנסיבות כמעט זהות הגיע גם בית המשפט העליון בקנדה (כמעט 40 שנה לפני פסק דין Bigg), בפסק הדין *Pahara v. Rickett*, Extending Equity's Reach, ראו, Bigg (1945) S.C.J. No. 46; [1946] S.C.R. 89; [1946] D.L.R. 433. ה"ש 193 לעיל.

²¹⁹ ראו, ה"ש 117 לעיל.

²²⁰ לעמדות שונות באשר לפסק דין Stone, ראו, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 160; Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 137.

²²¹ ראו, ה"ש 162 לעיל.

²²² באותו המקרה דובר בצוואה הודעת שנערכה בשנת 1985 ובצוואה סותרת שנערכה בשנת 1995, דהיינו הן הצוואה ההודעת הן הצוואה הסותרת נערכו קודם לתיקון החוק. בית המשפט קבע כי המדובר בצוואה "שותקת" ללא כל הוראה בדבר זכותם של המצווים לחזור בהם מהוראות הצוואה (לא הוראה השוללת זכות זו ולא הוראה הקובעת זכות זו). בית המשפט אף קבע כי לא ניתן להסיק מהנסיבות כי בני הזוג התכוונו לשלול את זכותם לחזור בהם מהוראות הצוואה ההודעת. במצב עובדתי זה התבסס פסק הדין על ההלכה שנקבעה בפסק דין זמיר, ה"ש 70 לעיל, אשר לפיה במקרה של צוואה "שותקת" שנערכה קודם לתיקון לחוק, ברירת המחל היא כי המצווים רשאים לחזור בהם מהצוואה ההודעת. עם זאת, בשולי פסק הדין הוסיף בית המשפט את ההערה הבאה (בפיסקה 20): "זאת ועוד, יש לתת את הדעת לכך שהמקרה שבפניי שונה מהמקרה שנדון בפסק דין זמיר, בכך שהנתבע שלפניי עודו בחיים ויכול הוא לערוך צוואה חדשה ובמסגרתה לשנות את הוראות הצוואה ההודעת. משכך, נראה כי במקרה שלפניי אין למצווה השני – הנתבע – אינטרס הסתמכות עליו יש להגן, קל וחומר במחיר פגיעה בזכותה של המנוחה לשנות את צוואתה, זכות אשר עוגנה כאמור בחוק הירושה"

²²³ ראו, ה"ש 1 לעיל. לפי הגרסה שפורסמה על ידי Dickens (הגרסה הנחשבת לפחות אמינה), 420: "but I cannot be of opinion that either of them, could, during their joint lives, do it secretly" 308.

הודעת ביטול אינה יכולה להתקבל (כרונולוגית) לאחר פטירת הראשון²²⁵. עמדה זו מבוססת על התפיסה העיונית לגבי מועד "התגבשות" הצוואה ההדדית והפיכתה למחייבת עם פטירת הראשון. התפיסה המקובלת היא כי "הרגע המכונן" שבו הופכת הצוואה ההדדית למחייבת הוא במועד פטירת הראשון, אלא אם כן קודם לפטירתו ביטל הנפטר הראשון את הצוואה ההדדית²²⁶ (להלן: "אירוע הביטול").

השאלה היא: האם אירוע הביטול מתרחש רק כאשר התבצע ביטול **כדין** בחיי המצווים (דהיינו ביטול באמצעות הודעה בכתב), או שמא אירוע הביטול מתקיים אף במקרה בו הנפטר הראשון ביטל את הצוואה ההדדית לפני פטירתו **שלא כדין** (דהיינו בסתר) ו"הודעת הביטול" (הצוואה החדשה או הצוואה המבטלת) ניתנה לנותר בחיים לאחר פטירתו של הצד המבטל. לתשובה על שאלה זו יש משמעויות מעשיות כבדות משקל.

ודוק, אם רק ביטול כדין (באמצעות הודעה) בחיי שני המצווים נחשב כאירוע הביטול (דהיינו, רק ביטול כדין בהודעה בחיי שני המצווים שולל את "התגבשות" הצוואה ההדדית), במקרה שבו הראשון הלך לעולמו מבלי שנתן בחייו הודעת ביטול כדין, לא התרחש אירוע הביטול ועם פטירתו מתקיים "הרגע המכונן" והצוואה ההדדית הופכת לתקפה ולמחייבת. לפי עמדה זו, מתן "הודעת ביטול" בעת חשיפת הצוואה הסותרת לאחר "הרגע המכונן" (דהיינו לאחר פטירת הראשון) לא יכולה להיחשב כאירוע הביטול ואין לה משמעות משפטית, שכן הצוואה ההדדית כבר "התגבשה" והפכה למחייבת עם פטירת הראשון. מאידך גיסא, אם גם ביטול שאינו כדין (שנעשה בסתר ללא הודעה) נחשב כאירוע הביטול (דהיינו אם גם ביטול בסתר שולל את "התגבשות" הצוואה ההדדית), במקרה שבו הנפטר הראשון ביטל בסתר את הצוואה ההדדית, אירוע הביטול התקיים (על אף שהודעה ניתנה רק בדיעבד), ולכן בפטירת הראשון לא מתרחש "הרגע המכונן" והצוואה ההדדית ממילא אינה מחייבת. לפי העמדה האחרונה, ניתן לראות בצוואה סותרת שנערכה בסתר והתגלתה לאחר פטירת הראשון – הודעה בדיעבד.

במילים אחרות, השאלה המשפטית היא האם ביטול שלא כדין בחיי שני המצווים (ללא מתן הודעה) הינו חסר תוקף משפטי (void) – ואז ממילא לא נעשה דבר, ונראה בצוואה ההדדית צוואה תקפה ומחייבת עם פטירת הראשון²²⁷ – או שמא ביטול שאינו כדין (ללא מתן הודעה) בחיי שני המצווים, יש לו תוקף משפטי בדיעבד (עם מתן ההודעה), וזאת אף על פי ש"הודעה אודות הביטול" ניתנה רק לאחר פטירת הראשון. כאמור, לשאלות עיוניות אלו יש השפעה מעשית משמעותית מבחינת עיצובה הנורמטיבי של הצוואה ההדדית.

מעניין להשוות את השאלה האמורה לשאלה דומה המתעוררת בדיני החוזים: האם חזרה שלא כדין מהצעה ללא חזרה הינה חסרת תוקף משפטי, או שמא ההצעה פוקעת (על אף החזרה שאינה כדין), וזאת בכפוף לתשלום

"But to affirm, that the survivor... may legally recall his contract, either secretly during the joint lives, or after at his pleasure; I can-not allow". ראו גם Sheridan, The Floating Trust, הי"ש 160 לעיל, 218.

²²⁴ ראו, הי"ש 8 לעיל, 684. ראו גם, פסק דין Lewis, הי"ש 116 לעיל, פסקה 43. כמו כן ראו עמדתו של Hargrave באשר לפסק דין Lord Walpole, הי"ש 168 לעיל, Hargrave, Juridical Arguments, הי"ש 1 לעיל, 285-286. מן הראוי לציין כי מפסק דין Lewis ומעמדתו של Hargrave עולה כי בבסיס האיסור על ביטול הצוואה ההדדית בחשאי בחיי המצווים עומד הרצון למנוע מצב שבו תישלל מן הצד השני האפשרות לשנות את צוואתו שלו. מכך ניתן אולי להסיק, כי על פי עמדות אלו, הואיל ובמקרים של גילוי על אודות ביטול שנעשה בחשאי, עם פטירת הצד המבטל (עקב חשיפת הצוואה החדשה), לא נשללת מן הצד השני האפשרות לשנות את צוואתו שלו (שכן הוא עודנו בחיים), ולכאורה אין סיבה שלא להכיר בביטול.

²²⁵ ראו למשל, עמדתו של השופט McPherson בפסק דין Bigg, הי"ש 168 לעיל.

²²⁶ ראו, פסק דין Dufour, הי"ש 1 לעיל, 310; פסק דין Cleaver, הי"ש 116 לעיל, 947; פסק דין Bigg, הי"ש 168 לעיל, 13 ו-16; פסק דין Canada, הי"ש 165 לעיל, פסקה 4; (1966) 428, 425 N.W.2d 648, 31 Wis. 2d 648, 143 N.W.2d 425, 428 (1966); פסק דין Carvel, הי"ש 181 לעיל, פסקה 27; Rickett, Extending Equity's Reach, הי"ש 193 לעיל, 581-583; Khong, The Economics of Mutual Wills, הי"ש 116 לעיל, עמ' 5 לטיוטה; (1989) 534, 538 Law Quarterly Review 534, 538 (1989); C.E.F. Rickett, Mutual Wills and the Law of Restitutio, 105 Law Quarterly Review 534, 538 (1989); Cassidy, Mutual Wills, Case of Mutual Wills, הי"ש 160 לעיל, 180-181; Youdan, The Mutual Wills Doctrine, הי"ש 1 לעיל, 396, 416; Cassidy, Mutual Wills, הי"ש 11 לעיל, 1, 6, 51, 54; O'Donnell, Trusts and Estates Law, הי"ש 170 לעיל, 116-121; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, הי"ש 16 לעיל, 160-161; Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, הי"ש 20 לעיל, 122; Clements & Abass, Complete, Equity & Trusts, הי"ש 160 לעיל, 220; Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate, הי"ש 14 לעיל, 108-109; Sherrin, Wallington, Equity & Trusts, הי"ש 160 לעיל, 447; Padraic, Wills, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, הי"ש 41 לעיל, 45, 47; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, הי"ש 16 לעיל, 160-161; קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, הי"ש 53 לעיל, 324-326.

²²⁷ ניתן להבין עמדה זאת במשתמע מפסק דין Birmingham, הי"ש 8 לעיל, 683: "...But the agreement really assumes that neither party will alter his or her will without the knowledge of the other". ראו גם Youdan, The Mutual Wills Doctrine, הי"ש 1 לעיל, 407; Sheridan, The Floating Trust, הי"ש 160 לעיל, 218.

פיצויים לניצע בשל הנזק שנגרם לו עקב ההפרה. הדעה המקובלת היא כי חזרתו הבלתי מורשית של המציע מהצעה ללא חזרה הינה חסרת תוקף²²⁸.

בפסק דין Hobley²²⁹ (אנגליה) נדון מקרה שבו לפני פטירתו ערך הבעל בצוואתו שינוי קטן אך בעל משמעות, בניגוד לצוואה החדית שערך עם אשתו. בית המשפט פסק כי האישה אינה מחויבת לצוואה החדית. דהיינו, בית המשפט ראה בשינוי שינוי בר תוקף, אף שנעשה ללא מתן הודעה. אני סבורה כי הדיון המשפטי שנערך בפסק הדין לא היה הדיון ה"נכון". ודוק, בית המשפט התמקד בשאלת משמעותו של השינוי. לדידי, לפני בחינת מהות השינוי היה על בית המשפט לערוך דיון עקרוני באשר לשאלה האם לשינוי ללא הודעה יש תוקף משפטי (מבחינת שני המצווים). בעניין זה מן הראוי להעיר כי השאלה האם לשינוי יש נפקות תלויה כמובן גם בשאלת אופייה של ההפרה כלפי הצד השני, אך קודם לבדיקת הנסיבות הספציפיות ומהות ההפרה באותו המקרה נראה לי כי ראוי היה לבחון את השאלה העקרונית באשר לתוקפו של שינוי שנעשה ללא מתן הודעה.

בניגוד לכך, בפסק דין Hiroto²³⁰ (מלזיה) הגיע בית המשפט למסקנה שונה. באותו המקרה הבעל, שהיה אדם מבוסס, פרנס את האישה וילדיה מנישואיה הקודמים. לבני הזוג היו נכסים משותפים אחדים (נוסף על נכסיו הנפרדים של הבעל), שנרכשו בכספי הבעל. לאחר נישואיהם – בהתחשב בחששות האישה לגבי מצבה הכלכלי במקרה של פטירת הבעל או באשר למצבם הכלכלי של ילדיה עם פטירתה שלה – ערכו בני הזוג צוואות חדיות, הכוללות התחייבות שלא לשנותן לאחר פטירת הראשון ובמסגרתן הורישו את רכושם המשותף זה לזה, ולאחר פטירת השני מביניהם – לילדי האישה. בהמשך שכנעה האישה את הבעל להעביר את חלקו בנכסים המשותפים לבעלותה, והבעל הסכים (מסיבות שהיו שנויות במחלוקת בין הצדדים). מכל מקום, הנכסים המשותפים עברו לבעלותה הבלעדית של האישה. לאחר העברת הנכסים על שמה, ערכה האישה צוואה חדשה בחשאי והוריש את כל רכושה לילדיה באופן ישיר. האישה נפטרה ונוצרה מחלוקת בין הבעל לילדי האישה באשר לתוקפה של הצוואה החדית שבוטלה כאמור בחשאי. בית המשפט במלזיה קבע כי האישה הפרה את הצוואה החדית וכי ילדיה מחזיקים בנכסים בנאמנות קונסטרוקטיבית עבור הבעל, בהתאם להוראות הצוואה החדית²³¹.

מצב נוסף שבו עלולות להיווצר בעיות מעשיות בקשר לצוואה החדית בעוד ששני המצווים חיים הינו כאשר אחד המצווים אינו מסוגל עוד לשנות את צוואתו מאחר שאיבד את כושרו הפיזי או הנפשי וכיו"ב. במקרה כאמור, אף אם תינתן הודעה על אודות ביטול הצוואה החדית (על ידי הצד שיכול לשנות את צוואתו), ברור כי אין בהודעה כל תועלת מבחינת מקבל ההודעה, שאינו יכול לשנות עוד את צוואתו.

יש הסבורים כי עמדתו של הלורד Camden בפסק דין Dufour²³², נסמכה על מקורות משפטיים צרפתיים, שלפיהם ביטול הצוואה החדית על ידי מצווה אחד כאשר המצווה השני נמצא על ערש דווי הינו הונאה²³³. התפיסה שלפיה מצווה אחד אינו יכול לשנות את הצוואה החדית (אף לא בהודעה) כאשר המצווה השני אינו יכול לקבל את ההודעה בגלל מצבו הפיזי או הנפשי באה לידי ביטוי בפסיקה בשיטות משפט שונות. כך למשל בפסק דין Low²³⁴ (אוסטרליה) נדון מקרה שבו שינה הבעל את הצוואה החדית לאחר שהאישה לקתה במחלת נפש. בית המשפט קבע כי הבעל הפר את ההסכמות שנקבעו בצוואה החדית, ולכן הורה כי על הנכסים תחול נאמנות קונסטרוקטיבית על מנת שניתן יהיה לקיים את הוראות הצוואה החדית לאחר פטירת הבעל.

²²⁸ ראו פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 249-247.

²²⁹ *Re Hobley (Deceased)* [2006] W.T.L.R. 467, *The Times* (1997).

²³⁰ ראו, ה"ש 160 לעיל.

²³¹ עמדת בית המשפט הייתה, כי הואיל ולא ניתן לפגוע בחופש ההורשה, צוואתה האחרונה של האישה תהא תקפה, אך הילדים יחזיקו בנכסים בנאמנות קונסטרוקטיבית עבור הבעל ועליהם לפעול בנכסים בהתאם להוראות הצוואה החדית. ראו, פסק דין Hiroto, ה"ש 160 לעיל, פסקה 51.

²³² ראו, ה"ש 1 לעיל.

²³³ ראו, *Lupoi, Trust and Confidence*, ה"ש 8 לעיל, 277.

²³⁴ ראו, *Low v Perpetual Trustees WA Ltd* (1995) 14 WAR 35.

כך למשל גם נקבע בפסק דין Hall²³⁵ (קנדה) כי צוואה הדדית הופכת לבלתי ניתנת לשינוי לא רק במקרה של פטירה, אלא גם במקרה שבו מי מבני הזוג אינו יכול עוד לשנות את צוואתו עקב היעדר כשרות. באותו מקרה ערכו בני הזוג צוואה הדדית, ובמסגרתה הורישו את רכושם זה לזה, ולאחר פטירת האחרון מביניהם – מחצית לילדי האישה ומחצית לילדי הבעל. בשלב מסוים אובחנה האישה כחולת אלצהיימר, והבעל שינה את צוואתו – את רכושו שלו הוא הוריש לילדיו בלבד, וזאת בתנאי שלא תהיינה להם כל תביעות בקשר לרכוש האישה. האישה הלכה לעולמה והבעל ירש את כל רכושה לפי הצוואה ההדדית (כך שלמעשה לא הייתה משמעות לתנאי בצוואתו החדשה). בית המשפט קבע כי הבעל הפר את ההסכמות בין הצדדים ולפיכך על מחצית מעיזבונו תחול נאמנות קונסטרוקטיבית לטובת ילדי האישה בהתאם לצוואה ההדדית.

מצבים אלו מעלים שאלה עיונית מעניינת נוספת (שעשויה להצמיח בעיות מעשיות שונות): האם המצווים רשאים להגביל את עצמם מלשנות את הצוואה ההדדית אף בחייהם גם במקרה שבו שניהם כשירים לערוך צוואה חדשה. על פי החוק הישראלי, אין להגבלה כזו תוקף²³⁶. אך ככל שניתן משקל רב יותר ליסוד החוזי בצוואה ההדדית (על פני חופש הציווי), ייתכן כי יש מקום לאפשר הגבלה כאמור. בפסק דין Aslan²³⁷ (אוסטרליה) העלה השופט Gleeson (נשיא בית המשפט העליון דאז) את האפשרות כי ייתכנו מקרים שבהם יהא תוקף להוראה בצוואה הדדית אשר לפיה לא ניתן לבטל את הצוואה כלל, כחלק מתנאי החוזיים של הצוואה ההדדית. הבעיה המעשית הקלאסית שעלולה לצמוח במצב כאמור הינה במקרה של פרידת המצווים או במקרים דומים של שינוי נסיבות. על אף זאת כאמור, יש הסבורים כי מן הראוי לאפשר לצדדים לשלול כליל את יכולתם לבטל את הצוואה ההדדית²³⁸.

בעיה נוספת עלולה להתעורר כאשר אחד מן המצווים עזב, ברח, נעדר או נעלם, ולא ניתן למסור לו הודעת ביטול. השאלה היא האם במקרה כאמור הצד שנותר רשאי לבטל את הצוואה ההדדית ללא מתן הודעה. בספרות הובעו עמדות שונות בעניין זה. יש הסבורים כי בנסיבות מסוימות ראוי לאפשר את הביטול תוך ביצוע תחליף הודעה (כגון פרסום בעיתון)²³⁹. אחרים סבורים כי בעריכת צוואה הדדית ובהנאה מהיתרונות הגלומים בה יש אף להביא בחשבון את הסיכונים הסבירים הנלווים לה, לרבות מצב שבו המצווה השני נעלם²⁴⁰. ייתכן כי יש מקום להבחין בין מצבים שבהם מצווה נעדר בעל כורחו (לדוגמה, שבוי מלחמה) ובין מצבים שבהם מצווה בחר "להיעלם" מסיבות שונות (לדוגמה, אדם המנסה להתחמק מנושים או מרשויות החוק וכיו"ב). אומנם לא תמיד ההבחנה בין המקרים ברורה או ידועה (מבחינה עובדתית, דהיינו מבחינת דיני הראיות), אך ההיגיון העומד בבסיס ההבחנה הינו ברור.

ד.1.ג. ביטולה ושינויה של צוואה הדדית שאינה כוללת הורשה הדדית

שאלה מעניינת נוספת בקשר לסוגיית הביטול היא מה דינן של צוואות הדדיות שאינן כוללות הוראות המיטיבות עם המצווים עצמם. דהיינו, צוואות הדדיות שבהן היורש הוא צד שלישי בלבד, אשר הופך לזוכה מייד עם פטירת הראשון, ללא הוראה של הורשה הדדית. לפי סעיף 8א, בני זוג רשאים לערוך צוואות הדדיות שבהן הזוכה הוא צד שלישי, וזאת ללא הורשה הדדית²⁴¹. לפי החוק הישראלי, במקרה כאמור אין משמעות להדדיות שבצוואה, שכן אין כל "סנקציה" עקב הביטול. ודוק, לפי סעיף 8א(ב)(2), אם הנותר בחיים מבקש לבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון, עליו להשיב (רעיונית או בפועל) את חלקו בעיזבונו הנפטר הראשון. במצב דברים זה (דהיינו, בצוואה הדדית שאינה כוללת הורשה הדדית) אם הנותר בחיים מבקש לבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירת

²³⁵ ראו, ה"ש 187 לעיל.

²³⁶ זאת, הן על פי התיקון לחוק (סעיף 8א(ג) לחוק הירושה), הן על פי הדין שקדם לתיקון החוק. ראו למשל, ע"א 290/78 וינסקער נ' אדלמן, פ"ד לד(1) 122 (1979).

²³⁷ 1995 NSW LEXIS 11383, BC9504562, CA 40114 of 1993 (1995) *Aslan v. Kopf*.

²³⁸ בעניין זה ראו למשל עמדתו של Sheridan במאמרו, Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 219: "... there is no reason to believe that a contract for mutual wills could not exclude the right of one party to revoke on notice to the other". של התפיסה המצדדת באכיפת חוזה לעריכת צוואה הדדית בחיי שני המצווים, ראו O'Donnell, Trusts and Estates, ה"ש 170 לעיל, 112-114. תפיסה זו מנוגדת לתפיסה המקובלת כי "הרגע המכונן" שבו הצוואה הופכת למחייבת הוא פטירת הראשון מבלי ששינה את צוואתו, ראו ה"ש 226 לעיל.

²³⁹ ראו שוחט, פגמים בצוואות, ה"ש 25 לעיל, 356.

²⁴⁰ ראו, שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 284.

²⁴¹ על האפשרות לערוך צוואות הדדיות ללא הורשה הדדית ראו, ת"ע 10-07-32061, ה"ש 166 לעיל, עמ' 11 לפסק הדין.

הראשון, הוא למעשה אינו נדרש להסתלק מחלקו בעיזבון בן זוגו או להשיב דבר, שכן הוא ממילא אינו יורש דבר על פי הצוואה ההדדית. לפיכך, לא תהא לו כל "רתיעה" מלעשות כן לאחר פטירת הראשון.

השאלה העיונית היא האם אין מקום לתת ביטוי להדדיות בצוואות מסוג זה. אם הצוואה ההדדית חייבת לכלול הנאה של המצווים על מנת ליצור מחוייבות של המצווים שלא לשנותה, בצוואות שאינן כוללות הורשה הדדית אין משמעות להדדיות שבצוואה, ולמעשה אין כמעט שוני בינן לבין צוואות "רגילות". אומנם לצורך הביטול בחיי שני המצווים יש צורך במתן הודעה, אך ברגע המשמעותי לאחר פטירת הראשון אין כל משמעות להדדיות²⁴².

לשם הבהרת חומריתה של הבעיה אביא את הדוגמה הבאה: בני זוג – שלכל אחד מהם יש ילד נפרד מזוגיות קודמת – ערכו צוואה הדדית וקבעו בה כי עם פטירתו של כל אחד מהם יעבור רכוש הנפטר לשני ילדיהם בחלקים שווים. לאחר פטירת הראשון וחלוקת עיזבונו בין שני הילדים שינה הנוטר בחיים את צוואתו, והוריש בה את כל רכושו לילדו שלו. על פי סעיף 8 לחוק הירושה, במקרה כאמור הנוטר בחיים אינו נדרש להשיב דבר כדי לבטל את הצוואה ההדדית, שכן הוא לא ירש דבר מכוחה. תוצאה זו אינה סבירה כמובן.

בדין הזר נערכו דיונים דומים בקשר לשאלה האם לצורך תחולת ההסדר של הצוואה ההדדית, יש צורך כי המצווים יהיו נהנים על פיה²⁴³. הגישה בעבר הייתה כי שאלת ההנאה – דהיינו, קבלת טובת הנאה מכוח הצוואה ההדדית על-ידי הנוטר בחיים – הינה סוגיה משמעותית בהקשר הצוואה ההדדית והסעד הניתן מכוחה. אמנם אין אחידות דעים באשר לכובד המשקל שניתן בעבר לסוגיית טובת ההנאה²⁴⁴, עם זאת אין מחלוקת כי סוגיה זו היוותה (על פי הגישה שהייתה מקובלת בעבר) נדבך משמעותי בהקשר הסדר הצוואה ההדדית, ולכל הפחות תנאי להקמתה של נאמנות קונסטרוקטיבית (שהיא – כפי שיפורט בתת-פרק ד(3)(א) להלן – הפתרון המקובל בשיטות משפט רבות לצורך אכיפת הצוואה ההדדית).

הרעיון העיוני החוזי העומד ביסודה של תפיסה זו הוא כי פטירתו של הראשון ללא שינוי הצוואה ההדדית הינו הצעת חוזה, וקבלת טובת ההנאה (כספים, רכוש וכיו"ב) מכוח הצוואה ההדדית הינה קיבול. לפי גישה זו, רק עם הקיבול נוצר חוזה מחייב²⁴⁵. הסבר נוסף שהובא בפסיקה קשור לתורת התמורה (consideration)²⁴⁶. כך למשל

²⁴² לניתוח המצב האמור לפי תיאוריה של הסדרת צוואות הדדיות על בסיס ההשתק הקנייני, ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 118-125. מעניין לראות כי בסופו של דבר גם לדעת Liew, זכויותיו של היורש הסופי בצוואות שאינן כוללות הורשה הדדית מבוססות על החוזה בין המצווים (ראו, שם, 122-123). מסקנה זו מחזקת את טענתי (כפי שאבהיר בהמשך המחקר) כי בסופו של יום לא ניתן להתחמק מן השיח החוזי העומד בבסיס הצוואה ההדדית. לאחר ההסבר החוזי עסק Liew בהסבר נוסף מכוח ההשתק הקנייני. לשיטתו, ההסתמכות המקימה את ההשתק הקנייני היא המקנה ליורש הסופי זכויות אף בהיעדר הורשה הדדית. לדידו של Liew הנפטר הראשון זכאי לסעד בגין פעולתו שנעשתה בהסתמך על הצוואה ההדדית, וזאת אף בהעדר קיומו של חוזה ובהעדר הורשה הדדית, לאור ההסתמכות עצמה. לדידי, ההסבר מכוח ההשתק הקנייני (בעניין זה) לוקה בחסר. כך למשל, אין בהסבר האמור מענה למצבים בהם ניתן לטעון כי לא קיימת הסתמכות הואיל והנפטר הראשון היה קובע ממילא בצוואתו (אף אם היה עורך צוואה "רגילה") את אותם התנאים וההוראות שנקבעו בצוואה ההדדית. כך גם למשל, אין בהסבר האמור מענה למצבים בהם ישנה הסתמכות חד צדדית (לדוגמה כאשר ישנם פערים משמעותיים בין נכסי המצווים). לפי ההסבר האמור, במקרה של הסתמכות חד צדדית, הצד שעל צוואתו לא הסתמך הצד השני, משוחרר ממחוייבות לצוואה ההדדית. לביקורת נוספת על יצירת הסדר בהתבסס על דוקטרינת ההשתק הקנייני ראו להלן תת-פרק ה(8)(ב) למחקר.

²⁴³ ראו למשל, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 415-416; Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 185-186; Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 149-150, 157-158; Brierley, Mutual Wills, ה"ש 165 לעיל, 97-98; Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 220; Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 43-46.

²⁴⁴ בעוד יש הסבורים כי הגישה בעבר הייתה כי על מנת שצוואה תיחשב לצוואה ההדדית מחייבת, המצווים צריכים להיות נהנים על פיה, ובמקרה שבו הנוטר בחיים לא קיבל כל טובת הנאה מכוח הצוואה ההדדית, הוא אינו מחוייב לה, אחרים סבורים כי קבלת טובת ההנאה היוותה אך אישורו של הצוואה ההדדית על-ידי הנוטר בחיים והצדקה למתן סעד מכוחה. לעמדות שונות בקשר לסוגיית ההנאה (כפי שנתפסה בעבר) ראו, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 158-159; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 11 למאמר; Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 130-133; Dall, Joint and Mutual Wills, ה"ש 192 לעיל, 241-242; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 138; Farquhar, Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 340-334; Williams on Wills, ה"ש 15 לעיל, 27; Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 229-230; 108; 66; Rastetter v. Hoenninger, 214 N.Y. 66; 1915) 212, 210 N.E.; Dufour דין לעיל, 1 לעיל, 311; פסק דין stone, ה"ש 117 לעיל, 197; Sherman v. Goodson's Heirs 219 S.W. 2 (1920) 839, 841 (להלן: "פסק דין Sherman"); (1924) 763, 765 N.W. 198, 33 A.L.R. 733, 599 Wis. 183; Doyle v. Fischer; Notten v. Mensing, 3 Cal. 2d 469, 45 P.2d 198, 201-202 (1935) (להלן: "פסק דין Notten"); פסק הדין אושר בערעור, Notten v. Mensing 20 Cal. 2d 469, 45 P.2d 198, 201-202 (1935); App. 2d 694, 67 P.2d 734 (1937); Allen, ה"ש 24 לעיל, 832; 409-408, 33 Mad WLR (1909) 406; Ammal v. Aiyar; פסק דין University of Manitoba, ה"ש 181 לעיל, פסקה 51; פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 6-7 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש LexisNexis). אף לפי המשפט הרומי-הולנדי, אחד הרכיבים הנדרשים לצורך חלוקתה של הצוואה ההדדית הוא היותם של בני הזוג נהנים על פיה. ראו, Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 186; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 403 (שם בה"ש 78).

²⁴⁵ ראו O'Donnell, Trusts and Estates Law, ה"ש 170 לעיל, 125-127.

במקרה שנדון בפסק דין Johnson's²⁴⁷ (איווה) היה רכושו של הבעל רב, בעוד שרכושה של האישה היה מועט מאוד. בפסק הדין נקבע כי האישה לא נתנה תמורה הולמת או הוגנת, ולכן אין מקום לאכוף את ההסכמה שלא לבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון. בהתאם לאותו ההיגיון (ובדומה לחוק הישראלי) נקבע בפסק דין Sherman²⁴⁸ (טקסס) כי ההתחייבות שלא לשנות את הצוואה ההדדית הופכת למחייבת רק לאחר שהצוואה ההדדית קוימה והנותר בחיים נהנה מעיזבונו של הנפטר הראשון לפיה (ולא מייד עם פטירת הראשון).

כנגד תפיסה זו נטען כי היא חותרת תחת הרעיון העומד בבסיס ההסדר²⁴⁹, ומעניקה כוח בידי הנותר בחיים "להשתחרר" מהתוכנית המשותפת שרקמו הצדדים להנחלת ההון המשפחתי (באמצעות הימנעות מקבלת טובת ההנאה), כאשר הנותר בחיים אינו יכול עוד לשנות את צוואתו²⁵⁰. זהו למעשה הדין החל בישראל לפי סעיף 8א.

גישה זו השתנתה עם השנים בדין הזר, והסכמות שלא לשנות צוואות הדדיות (בין שנכללו בצוואה ההדדית ובין שהובאו להן הוכחות אחרות) נאכפו ללא קשר למתן תמורה או לקבלת טובת הנאה על ידי הנותר בחיים. עם השנים נקבע בפסיקה ובספרות כי הסכמה בין הצדדים לצוואה ההדדית שלא לשנותה מספיקה לצורך אכיפתה, וכי התמורה אינה עוד תנאי לקיומה²⁵¹ (כאמור, אין זה הדין הנוהג היום בפועל בישראל). במסגרת מגמה זו נקבע בפסקי דין שונים כי עצם פטירתו של הראשון מבלי ששינה או ביטל את צוואתו הינה כלשעצמה "תמורה" או טובת הנאה המספיקה לצורך ביסוס החוזה²⁵², ובמילים אחרות – התמורה שהמצווים נותנים זה לזה היא ההגבלה על חופש הציווי שכל אחד מהם מקבל על עצמו²⁵³.

בפסק דין Dale²⁵⁴ (אנגליה) נדונה צוואה הדדית שערכו בני זוג, ובה הורישו את כלל רכושם ישירות לבנם ולבתם בחלקים שווים, ללא הורשה הדדית. לאחר פטירת הבעל שינתה האישה את צוואתה, והורישה כמעט את כל רכושה לבן בלבד. בית המשפט דחה את הטענה כי אין המדובר בצוואה הדדית רק משום שהמצווים אינם נהנים על פיה, וקבע כי מדובר בצוואה הדדית שהינה מחייבת ככל צוואה הדדית אחרת²⁵⁵.

²⁴⁶ ראו למשל, פסק דין Canada, ה"ש 165 לעיל, פסקה 5. ההסבר קשור אף לדרישה שנקבעה בפסיקה להוכחת קיומו של חוזה כדי שתהיה תחולה לצוואות הדדיות. התפיסה בעבר הייתה כי כחלק מהוכחת קיומו של חוזה יש אף להוכיח קבלת "תמורה". ראו למשל, *Carmichael v. Carmichael* 72 Mich. 76, 40 N.W. 173, 176-177 (1888). על תורת התמורה (consideration), אשר לפיה יסוד התמורה הוא הבסיס לקיומו של חוזה מחייב ראו, פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 471-474, 479-474; אסף גולדברג, "על התמורה (התפתחות מושג הקונסידרשיון באנגליה)", *הפרקליט* ד 145 (1947); דניאל פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", *עיוני משפט* ג 153 (1973); דניאל פרידמן, "מושג התמורה בחקיקה הישראלית" *קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה* 38 (שמעון שטרית עורך, 1976).

²⁴⁷ In re Johnson's Estate, 233 Iowa 782, 10 N.W.2d 664 (1943).

²⁴⁸ ראו, פסק דין Sherman ה"ש 244 לעיל, 841.

²⁴⁹ ראו למשל עמדתו של Youdan, אשר לפיה דרישה כי הנאת המצווים תהא תנאי לכך שצוואה תיחשב כהדדית, יש בה כדי להחטיא את מטרתה של הצוואה ההדדית. Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, ה"ש 1 לעיל, 415-416. ראו גם, עמדתו של השופט Gorell Barnes P. בפסק דין stone, ה"ש 117 לעיל, 197 (באוביטר).

²⁵⁰ ראו, *Contracts Not to Revoke*, ה"ש 26 לעיל, 158-159, Mitchell, *Some Aspects of Mutual Wills*; ה"ש 170 לעיל, 138.

²⁵¹ ראו למשל, *Geiger v. Geiger*, 185 Neb. 700, 178 N.W. 2d 575, 576 (1970): "The mutual promises of the testators were adequate: consideration for the agreement. ..." פסק דין Osborne, ה"ש 160 לעיל, פסקה 24; פסק דין Charles, ה"ש 160 לעיל, פסקה 59; *Tooker v. Maple*, 93 (פסק הדין אושר בבית המשפט לערעורים בניו ג'רזי *Tooker v. Vreeland*, 92 N.J. Eq. 340, 112 A. 665, 668 (1921)) פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 4 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש (להלן: "פסק דין Tooker"); פסק דין Youdan, ה"ש 8 לעיל, עמ' 4 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש); *Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation*; ה"ש 4 לעיל, 481-483; *Farquhar, Mutual Wills*; ה"ש 160 לעיל, 334-340; *Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine*; ה"ש 141, 141, 143; *Oosterhoff, Mutual Will*; ה"ש 14 לעיל, 131; *Hughes, Mutual Will*; ה"ש 15 לעיל, 131; *Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate*; ה"ש 14 לעיל, 109; *Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills*; ה"ש 20 לעיל, 110-109; *Ambit of the Mutual Wills Doctrine*; ה"ש 14 לעיל, 666; *Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills*; ה"ש 45-46; *Burrows, English Private Law*; ה"ש 160 לעיל, 446; *Cassidy, Mutual Wills*; ה"ש 11 לעיל, 51-52; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 18-22. מן הראוי לציין כי אף שזו המגמה, עדיין ניתן למצוא גם בפסיקה מאוחרת יותר "שרידים" של הדרישה לקבלת טובת הנאה. ראו למשל, *Estate of Chayka* 47 Wis.2d 102, 176 N.W. 2d 561, 565 (1970).

²⁵² ראו, פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 4 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש (LexisNexis): "It is to be assumed that T1 and T2 had agreed to make and not to revoke the mutual wills in question. The performance of that promise by the execution of the will by T1 is in my judgment sufficient consideration by itself. ... Thus it is to be assumed that T1 did not revoke the mutual will notwithstanding his legal right to do so. In my judgment, this too is sufficient detriment to T1 to constitute consideration. ..." פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 688; *O'Donnell, Trusts and Estates Law*; ה"ש 170 לעיל, 128-129; *Rickett, Extending Equity's Reach*, ה"ש 193 לעיל, 581.

²⁵³ ראו, בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 65-66; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 497; קריטשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 329; *Khong, The Economics of Mutual Wills*; ה"ש 116 לעיל, עמ' 3 לטיוטה.

²⁵⁴ ראו, פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל.

²⁵⁵ ראו, שם, עמ' 10 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש (LexisNexis): "I am unable to see why it should be any the less a fraud on T1 if the agreement was that each testator should leave his or her property to particular beneficiaries, for example their children, rather

בפסק דין Osborne²⁵⁶ (אוסטרליה) נדונה צוואה הודדית שבה קבעו בני הזוג כי כל אחד מהם יוריש את רכושו ישירות לילדיהם. לאחר פטירת האישה עבר מרבית רכושה לבעל, מכוח הכלל של "The right of survivorship", ולא מכוח דיני הירושה²⁵⁷. לאחר פטירת האישה שינה הבעל את צוואתו וכן עשה דיספוזיציות ברכוש לטובת אשתו החדשה. לאחר פטירת הבעל טען הבן הצעיר כי הבעל (אביו) הפר את הצוואה ההודדית. במסגרת הדיון עלתה הסוגיה האם כדי שצוואה תיחשב כצוואה הודדית צריכים המצווים להיות נהנים על פיה. בית המשפט לערעורים קבע כי הסדר הצוואות ההודדיות יכול להתקיים גם בצוואה שבה המצווים אינם נהנים על פיה²⁵⁸.

בפסק דין University of Manitoba²⁵⁹ (קנדה) הובהר ההיגיון העומד בבסיס הגישה כי אין צורך בהנאה. באותו מקרה הורישו בני זוג את רכושם לאוניברסיטת מניטובה ללא הורשה הודדית. מאחר שבני הזוג היו שותפים כמעט בכל רכושם, עבר רכוש האישה לאחר פטירתה לידי הבעל, וזאת שלא מכוח דיני הירושה, אלא לפי הכלל של "The right of survivorship"²⁶⁰. לאחר פטירת האישה שינה הבעל את צוואתו, והוריש חלק מהרכוש לחברים ולבני משפחה (ואת היתר – לאוניברסיטה). לאחר פטירת הבעל טענה האוניברסיטה כי הבעל הפר את ההסכמות המשותפות. יורשיו של הבעל לפי הצוואה החדשה טענו כי הבעל לא היה מחויב לצוואה ההודדית הואיל ולא היה בגדר "נהנה" על פיה. הטענה התקבלה בערכאה הראשונה. ערכאת הערעור הפכה את פסק הדין וקבעה כי השאלה הרלוונטית אינה שאלת ה"הנאה", אלא שאלת ה"הונאה" – האם הנוטר בחיים הפר את ההסכמה שלא לבטל את הצוואה ההודדית. משהוסכם שלא לשנות את הצוואה ההודדית והאישה נפטרה מבלי ששינתה את צוואתה, הכלל שחל הוא כי אכיפת ההסכמות – מטרתה למנוע הונאה. שינוי הצוואה על ידי הבעל לאחר פטירת האישה נעשה "שלא במצפון נקי" ("against good conscience") ובניגוד להסכמה בין המצווים, ולכן – שלא כדין²⁶¹.

הדגשת ה"הונאה" ולא ה"הנאה" נובעת (בין השאר) מהתפיסה שהצוואה ההודדית אינה עומדת בחלל ריק. ביטול הצוואה ההודדית לאחר פטירת הראשון בנימוק של היעדר הנאה, מקורו ב"ראייה צרה" של הנסיבות, בהתעלם מכך שהצוואה ההודדית הינה חלק ממארג שלם של יחסים כלכליים בין בני זוג ובין בני משפחה. ביטול הצוואה ההודדית לאחר פטירת הראשון, בנימוק של היעדר הנאה, פוגע ברצון הנפטר הראשון, לא רק משום שהוא אינו יכול עוד לערוך צוואה חדשה. בעיה זו פתירה (לפחות בחלק מהמקרים). ניתן לתקן את צוואת הנפטר הראשון באמצעות דיני הטעות, על-פי סעיף 30(ב) לחוק הירושה (העוסק בצוואה שנעשתה מחמת טעות) ולשנותה בהתאם לנסיבות ולרצון העולה מן הצוואה ההודדית – אלמלא הטעות. דהיינו, אלמלא היה הנוטר בחיים משנה את צוואתו לאחר פטירת הראשון. ביטול הצוואה ההודדית לאחר פטירת הראשון, פוגע ברצון הנפטר הראשון גם משום שהוא אינו יכול עוד לבצע או לשנות פעולות משפטיות (לבר-צוואתיות) או פעולות כלכליות או משפטיות אחרות, אשר ייתכן כי ברקע להן נערכה הצוואה ההודדית, כפי שנערכה²⁶².

ד.1.ד. משמעות ההודדיות בצוואות משותפות ללא יורש סופי

סוגיית ביטול הצוואה ההודדית ושינויה מעלה שאלה נוספת לגבי המקרה ההפוך מזה שבו דנתי בתת-פרק ד(1)(ג) למחקר – מה דינן של צוואות הודדיות הכוללות הורשה הודדית בלבד, ללא יורש סופי. בהקשר זה עולה השאלה

than to each other. ... In each case there is the binding contract. In each case it has been performed by T1 on the faith of the promise of T2 and in each case T2 would have deceived T1 to the detriment of T1 if he, T2, were permitted to go back on his agreement. I see no reason why the doctrine should be confined to cases where T2 benefits when the aim of the principle is to prevent T1 from being defrauded. A fraud on T1 will include cases where the T2 benefits, so I see no reason why the principle should be confined to such cases". לניתוח פסק דין Dale לגבי סוגיית התמורה, ראו Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 110-109.

²⁵⁶ ראו, ה"ש 160 לעיל.

²⁵⁷ להסבר על הכלל של "The right of survivorship" ראו, ה"ש 189 לעיל.

²⁵⁸ לניתוח פסק הדין ראו, Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, ה"ש 2 לעיל (כותבת המאמר הינה אשת הבן הצעיר שטען להפרת הצוואה ההודדית, וכן היא שהגישה בשמו את הערעור. ראו, שם, 218).

²⁵⁹ ראו, ה"ש 181 לעיל.

²⁶⁰ להסבר על הכלל של "The right of survivorship", ראו, ה"ש 189 לעיל.

²⁶¹ בית המשפט הקנדי חזר על הלכה זו בפסק דין Edell, ה"ש 184 לעיל. ראו גם עמדתו של Rickett בעניין זה, Rickett, Extending Equity's Reach, ה"ש 193 לעיל, 581.

²⁶² ראו, Brierley, Mutual Wills, ה"ש 165 לעיל, 98-97.

האם יש תחולה להסדר לאחר פטירת הראשון (דהיינו האם הנותר בחיים רשאי לערוך צוואה חדשה ללא הגבלה), וכן שאלה נוספת, מיהו היורש הסופי במצב האמור אם הנותר בחיים לא ערך צוואה חדשה לאחר פטירת הראשון.

בפסק דין לרנר²⁶³ נדונה צוואה הודדית שערכו בני זוג, ובמסגרתה הורישו את רכושם זה לזה. עוד נקבע בצוואה ההודדית כי אם שני המצווים ילכו לעולמם יחד באותה העת, יירש אותם בנם המשותף, וזאת בכפוף להעברת סכום מסוים לבתה ולנכדה של האישה מנישואיה הקודמים. המצווים לא קבעו בצוואה ההודדית הוראות לגבי העברת הרכוש לאחר פטירת הנותר בחיים, אם לא ילכו לעולמם יחד באותה העת, אלא זה אחר זה. הבעל הלך לעולמו ראשון, ולפי הצוואה ההודדית ירשה האישה את רכושו. האישה הלכה לעולמה מבלי ששינתה את צוואתה.

באשר לשאלה הראשונה – דהיינו האם הנותר בחיים רשאי לערוך צוואה חדשה – קבע השופט ברק (בדעת רוב) כי שתיקת המצווים מלמדת על הותרת חירות מלאה לנותר בחיים לצוות את הרכוש כרצונו. השופט טירקל (בדעת מיעוט) קבע כי בנסיבות המקרה קיימת אמירה משותפת ברורה ואין מקום לייחס למצווים כוונה להשתחרר מן החובה לקיים את ההוראה רק משום שאחד מהם נפטר לפני משנהו. השופט גרוניס קבע כי שתי הפרשנויות סבירות. ברור כי המחלוקת נוצרה לאור נסיבותיה הייחודיות של הצוואה באותו המקרה (אשר נקבעה בה הוראה רק למקרה החריג שסיכויי קלושים – פטירת שני בני הזוג יחד באותה העת, ואשר לא נקבעה בה הוראה למקרה השכיח והרגיל – פטירת בני הזוג זה אחר זה, וקשה שלא לתהות האם הדבר לא נבע בשל טעות קולמוס של עורך הצוואה). מכל מקום, מעמדות שלושת השופטים ברור כי אם הצוואה ההודדית הייתה כוללת הורשה הודדית בלבד (ללא הוראה בעניין יורש חלופי במקרה שבו שני המצווים ילכו לעולמם יחד באותה העת), שלושת השופטים היו מסכימים כי הנותר בחיים רשאי לצוות את הרכוש לפי רצונו והוא לא היה כבול לצוואה ההודדית²⁶⁴.

השאלה השנייה כאמור הינה: אם הנותר בחיים לא שינה את הצוואה ההודדית, מי הם היורשים הסופיים לאחר פטירת השני. בעניין זה קיימות שתי אפשרויות:

האפשרות האחת, כי היורשים הסופיים הינם צאצאי הנפטר הראשון. ההגיון העומד בבסיס אפשרות זו הוא כדלקמן: במקרה של צוואה הודדית ללא יורש סופי, יורשו של הנותר בחיים לפי הצוואה ההודדית הוא הנפטר הראשון. הואיל והנפטר הראשון אינו בחיים בעת פטירת הנותר בחיים, חל על המקרה סעיף 49 לחוק הירושה. סעיף 49 קובע, כי אם הזוכה נפטר לפני המצווה ולא נקבע בצוואה יורש במקומו, יזכו צאצאיו של הזוכה שנפטר. דהיינו, על פי סעיף 49 היורשים הם צאצאיו של הזוכה – דהיינו, צאצאיו של הנפטר הראשון.

האפשרות השנייה, כי היורשים הסופיים הינם יורשיו על פי דין של הנותר בחיים. ההגיון העומד בבסיס אפשרות זו הוא כדלקמן: הואיל והצוואה ההודדית מלמדת על כוונה של בני הזוג להיטיב זה עם זה, ולא עם צאצאיו של מי מבני הזוג כחליפיו, יש להעדיף את הרצון המשתמע – כי הרכוש יעבור לנותר בחיים ולאחר פטירתו ליורשיו – על פני קביעה כללית של המחוקק (בסעיף 49 לחוק).

בפסק דין לרנר נקבע כי האפשרות השנייה היא הנכונה²⁶⁵. כלומר, במקרה של צוואה הודדית ללא יורש סופי אין תחולה לסעיף 49 לחוק הירושה²⁶⁶. זוהי אף התפיסה המקובלת בשיטות משפט נוספות. דהיינו, במקרה שבו צוואה הודדית כוללת הורשה הודדית בלבד, לאחר פטירת הראשון תקוים הצוואה ההודדית. דהיינו, הרכוש יועבר לנותר

²⁶³ ראו, הי"ש 55 לעיל.

²⁶⁴ לפסיקה נוספת בעקבות פסק דין לרנר, הי"ש 55 לעיל, בהתאם לכלל האמור (כי במקרה של צוואה הודדית הכוללת הורשה הודדית בלבד והסדר של יורש במקום יורש ללא הסדר של יורש אחר יורש (דהיינו ללא יורש סופי) הנותר בחיים חופשי לערוך צוואה חדשה) ראו, ת"ע 44975-09-13, הי"ש 173 לעיל; ת"ע (ת"א) 101160/06 עזבון המנוחה סטלה גרוסמן ז"ל נ' קרמר (פורסם בנבו, 15.2.2015) (להלן: "פסק דין עזבון המנוחה גרוסמן").

²⁶⁵ ראו, הי"ש 55 לעיל.

²⁶⁶ בפסק דינו הסתמך השופט ברק על עמדתו של שילה, שלפיה יש להעדיף את רצונו של המצווה, כפי שהוא משתמע מן הצוואה, על פני קביעתו הכללית של המחוקק בסעיף 49 (פיסקה 4 לפסק דינו של השופט ברק). ראו, שילה, פירוש לחוק הירושה א, הי"ש 13 לעיל, 422. ראו אף פסק דין, עזבון המנוחה גרוסמן, הי"ש 264 לעיל. לעניין החלת הכלל האמור אף על צוואות (שאינן צוואות הודדיות) הכוללות הוראת הנחלה לאדם אחד בלבד באופן הודדי, וזאת מבלי לכלול הוראה נוספת באשר לחליף ראו, ת"ע (ראשלי"צ) 28675-02-10 עזבון המנוחה א.מ. ז"ל נ' ש.א. (פורסם בנבו, 15.2.2015). שם דובר בצוואות זהות שנערכו על ידי אם ובן באותו היום ולפני אותם העדים. בית המשפט קבע כי גם במקרה כאמור יש להנחיל את עיזבונו של המנוח שנפטר שני (מבחינה כרונולוגית) על פי הוראותיו הכלליות של חוק הירושה (דהיינו ליורשיו על-פי דין של הנפטר השני) ולא על פי הוראת סעיף 49 לחוק הירושה.

בחיים, ולאחר מכן לא יהיה לה עוד תוקף לגבי עיזבונו של הנוטר בחיים. מבחינה רעיונית, עם פטירת הראשון רואים בצוואה ההדדית צוואת יחיד של הנפטר הראשון²⁶⁷. אם הנוטר בחיים לא ערך צוואה חדשה, עיזבונו (לרבות הרכוש שירש מן הנפטר הראשון) יעבור ליורשיו על פי דין²⁶⁸.

2.ד. פעולות שמשמעותן דה פאקטו היא איון הצוואה ההדדית

2.ד.א. האם הנוטר בחיים מוגבל באשר לשימוש ברכוש?

הניגוד בין דיני החוזים לדיני הצוואות בצוואה ההדדית יוצר שאלות הנוגעות להתנהלותו ולהתנהגותו של הנוטר בחיים לאחר פטירת הראשון הן בקשר לרכוש שירש מן הנפטר הראשון הן בקשר לרכושו שלו. דהיינו, האם הנוטר בחיים חופשי – ככל יורש ראשון בצוואה הכוללת הוראת יורש אחר יורש – "לעשות במה שקיבל כבתוך שלו"²⁶⁹, או שמא מכוח היסוד החוזי שבצוואה ההדדית מנוע הוא מלעשות פעולות שמשמעותן איון הצוואה ההדדית או פעולות שיש בהן כדי לפגוע ברצון המשותף שהובע בה, לרבות בקשר לרכושו שלו. ודוק, אם המצווים קבעו מגבלות על הנוטר בחיים, ברור כי הנוטר בחיים מוגבל בפעולותיו לגבי הרכוש שירש מהנפטר הראשון (בדיוק כפי שבצוואה "רגילה" ניתן לקבוע הוראות להגבלת היורש הראשון²⁷⁰). השאלה היא האם היסוד החוזי שבצוואה ההדדית, יש בו כשלעצמו כדי להגביל את הנוטר בחיים אף במקרה שבו הצוואה ההדדית שותקת, וכן האם היסוד החוזי שבצוואה ההדדית, יש בו כדי להגביל את הנוטר בחיים אף בקשר לרכושו שלו.

הבעיה ה"אנושית" שיוצר הניגוד האמור נובעת משתי המטרות שאותן מבקשים המצווים להשיג באמצעות הצוואה ההדדית, מטרות שאינן בהכרח מתיישבות זו עם זו. האחת, להבטיח את המשך התנהלותו הכלכלית של הנוטר בחיים עד אריכות ימיו כפי שהיו רגילים בני הזוג בחייהם, וזאת מבלי שיידרש להתחלק ברכוש עם היורשים לאחר פטירת הראשון, ומבלי שיידרש לתת דין וחשבון בגין פעולותיו; והשנייה, להבטיח את הגעת הרכוש בסופו של יום ליורשים הסופיים²⁷¹. בהתאם לכך, מחד גיסא, יש לתת משקל לרצון המצווים שלא להגביל את הנוטר בחיים ולאפשר לו לנהוג ברכוש מנהג בעלים כך שיוכל ליהנות מהרכוש בחייו. מאידך גיסא, יש לתת משקל לרצון המצווים כי הרכוש יגיע בסופו של יום ליורשים הסופיים, ולכן מן הראוי להגביל את הנוטר בחיים מלבצע פעולות שמשמעותן המעשית היא איון הצוואה ההדדית²⁷². זהו אחד הקונפליקטים המעשיים המובהקים הנוצרים עקב הניגוד בין דיני הצוואות ודיני החוזים בצוואה ההדדית.

בפסק דין עינב²⁷³ נדונה צוואה הדדית שנערכה לפני תיקון החוק, ובה הורשה הדדית ולאחר פטירת השני, הורשה לילדי המצווים. הצוואה לא כללה הגבלה לגבי שימוש שיכול הנוטר בחיים לעשות ברכוש. לאחר פטירת הבעל ביקשה האישה, עקב יחסיה העכורים עם הילדים, להעביר את רכושה לצדדים שלישיים²⁷⁴. בית המשפט קבע כי האישה הינה יורש ראשון בהסדר של יורש אחר יורש (סעיף 42 לחוק הירושה), ולכן רשאית היא להעביר את

²⁶⁷ ראו, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 168-166, Dall, Joint and Mutual Wills; ה"ש 192 לעיל, 240-241; פסק דין לרנר, ה"ש 55 לעיל, פסקה 8 (סיפא) לפסק דינו של השופט טירקל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט ברק ופסקה 2 לפסק דינו של השופט גרוניס. ²⁶⁸ Dall, Joint and Mutual Wills, ה"ש 192 לעיל, 241-240.

²⁶⁹ סעיף 41(ב) לחוק הירושה.

²⁷⁰ וזאת באמצעות שימוש בתניות מכוח סעיפים 43-45 לחוק הירושה.

²⁷¹ ראו, ה"ש 16 לעיל.

²⁷² ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 8 למאמר; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 142, 153-152; Pawlowski & Rickett, A Rare Case of, ה"ש 14 לעיל, 482, 476, Dall, Joint and Mutual Wills; ה"ש 192 לעיל, 240; Mutual Wills, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 194-196; Cassidy, Mutual Wills; ה"ש 11 לעיל, 67-72; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 689. זאת, בניגוד למתנות קטנות או להעברות של סכומים נמוכים, שאין בהן כדי לפגוע במהות הצוואה ההדדית. בעניין זה ראו עמדתו של השופט Dixon J. בפסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל, 947. ראו גם, Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 69; Davis, Floating Right, ה"ש 182 לעיל, 427; קרייטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 22-23 לטיוטה. עם זאת, ברור כי גם בעניין זה עשויות להתעורר בעיות מעשיות, שכן המונחים "מתנות קטנות" או "סכומים נמוכים" הם מושגים יחסיים הניתנים לפרשנות ומשתנים ממקרה למקרה.

²⁷³ ת"א (י-ם) 50891-07-11 עינב נ' קרן (פורסם בנבו, 25.11.2013). ערעור שהוגש על פסק הדין לבית המשפט העליון נדחה בהסכמה (ע"א 8844/12 עינב נ' קרן, (פורסם בנבו, 5.3.2014).

²⁷⁴ האישה חתמה, בין היתר, על יפוי כוח לעורך דין לשם מכירת זירתה, הורתה להעביר את תמורת הדירה לעורך הדין, וכן הורתה להעביר את כספי התמורה – לאחר ניכוי שכר טרחתו של עורך הדין – למטפלת שטיפלה בה בערוב ימיה ולגופים שונים.

הרכוש כרצונה²⁷⁵. בניגוד לכך, בתמ"ש 2764111-03-12 שם נערכה הצוואה ההדדית לאחר הוספת סעיף 8 לחוק – נקבע כי פעולה שמשמעותה הדרה של היורש הסופי מנוגדת לעקרון ההסתמכות שעליו מבוססת הצוואה ההדדית, וכי מדובר בתוצאה לא רצויה המנוגדת לאומד דעת המצווים. עוד נקבע כי יש להחיל כלל (אף בהיעדר הוראה בצוואה ההדדית) כי הנותר בחיים רשאי לנהוג מנהג בעלים ברכוש, אך מוטלת עליו חובת תום לב וחובה מוסרית לשמור על הרכוש. כמו כן נקבע כי ברירת המחדל היא כי אומד דעתם של המצווים הינו שהנותר בחיים ישייר את הרכוש ליורש הסופי, אלא אם כן המצווים קבעו אחרת²⁷⁷. ההבחנה בין הגישות, מקורה בהבדל בין ברירת מחדל של אי-כבילה, אלא אם כן נקבע אחרת (במפורש או במשתמע) בצוואות שנערכו לפני התיקון לחוק²⁷⁸, ובין ברירת מחדל של כבילה בצוואות הדדיות שנערכו לאחר התיקון. אלא שכאמור, קודם שיחולו הוראות סעיף 8 וההלכות החלות בהקשר צוואות הדדיות, יש לקבוע כי מדובר בצוואה הדדית. דהיינו, יש להוכיח הסתמכות²⁷⁹.

התפיסה הרווחת ברוב שיטות המשפט היא כי כאשר מדובר בצוואה הדדית (דהיינו כאשר ישנה הסכמה שלא לשנות את הצוואה לאחר פטירת הראשון) מתן מתנות ודיספוזיציות שלא בתמורה מהוות הפרה של ההסדר²⁸⁰. כך למשל, בפסק דין Osborne²⁸¹ (אוסטרליה) נקבע כי הבעל היה רשאי לשנות את צוואתו ולהעביר את הרכוש כרצונו, היות שלא דובר בצוואה הדדית הואיל והיא לא כללה התחייבות שלא לשנותה²⁸². באותו האופן, בפסק דין Powell²⁸³ (קנדה) נקבע כי הואיל ודובר בצוואה ההדדית שכללה הוראת הגבלה, האישה הייתה רשאית לעשות שימוש ברכוש כרצונה לאחר פטירת הבעל, ובלבד שלא תפעל באופן שיביא לאיין הצוואה ההדדית²⁸⁴.

²⁷⁵ כך גם נקבע בפסקי דין נוספים שעסקו בנסיבות דומות. ראו למשל, עמ"ש (מרכז) 9688-06-10 ד. ש. נ' א. ג. (פורסם בנבו, 7.4.2011). (אומנם באותו מקרה בסופו של יום המתנה בוטלה מכוח סעיף 8(ב) לחוק הירושה – מאחר שנקבע כי המתנה ניתנה על מנת שתוקנה לאחר מות הנותנת – אך בפסק הדין נקבע מפורשות כי המנוחה, כיורשת ראשונה בצוואה הדדית שנערכה לפי התיקון לחוק והוספת סעיף 8, הייתה רשאית להעביר במתנה את הזכויות שירשה). עוד ראו תמ"ש (ת"א) 2191-06-12 ת.צ. נ' ח.פ. (פורסם בנבו, 17.6.2015) (להלן: "תמ"ש 2191-06-12"); תמ"ש (ת"א) 45880/06 נ.ר. נ' א.ר. (פורסם בנבו, 30.11.2010); ת"ע (ת"א) 108082/05 צ' נ' א' מ' (פורסם בנבו, 11.2.2008) (להלן: "ת"ע 108082/05"); תמ"ש (ת"א) 37823/98 מ. ר. נ' מ. ש. ז"ל (פורסם בנבו, 25.12.2007) (להלן: "תמ"ש 37823/98").

²⁷⁶ ראו, ה"ש 100 לעיל.

²⁷⁷ באותו עניין לא בוטלה המתנה בסופו של יום, וזאת בהתחשב בנסיבות העובדתיות המיוחדות של המקרה: בית המשפט קבע כי התנהגות התובע בחוסר תום לב הצדיקה את פעולותיה של הנותנת בחיים, שפעלה במטרה להבטיח את עצמה ואת עתידה ולא במטרה מובהקת להדירו. לפסיקה דומה ראו, פסק דין שרון, ה"ש 16 לעיל. באותו המקרה נקבע בצוואת הבעל – אשר נערכה כצוואה הדדית במקביל לצוואה דומה שערכה האישה – כי אם הבעל ילך לעולמו לפני האישה, תשמור האישה את עיזבונה של הבעל בידיה ולאחר פטירתה יחולק עיזבון הבעל בין היורשים הסופיים (בנו של הבעל, בתה של האישה ובנם המשותף של המצווים). אמנם דובר בצוואות הדדיות שנערכו קודם להוספת סעיף 8 לחוק אך נקבע בצוואת הבעל כי האישה, כיורשת ראשונה, מנועה מלעשות בעיזבון פעולות העלויות לפגוע בזכויות היורשים הסופיים. (עם זאת, נקבע גם כי ניתן לממש נכסים כאשר יש בכך צורך, ובלבד שתינתן לכך הסכמת רוב היורשים הסופיים). לאחר פטירת הבעל שינתה האישה את צוואתה, וכן מכרה את אחת הדירות (שמחציתה הועברה לה מעיזבון הבעל), וזאת בהסכמת שניים מהיורשים הסופיים (בתה של האישה ובנם המשותף של המצווים). בנו של הבעל טען כי על האישה להעביר לו 1/6 מתמורת מכירת הדירה (1/3 מהחלק בדירה (מחצית) שהועבר לאישה מעיזבון הבעל). במסגרת הניתוח המשפטי קבע השופט רובינשטיין כי (פיסקה (5)(ח)(4)): "לא הייתי קורא אפוא לתוך הצוואות ההדדיות רצון הדדי לאפשר לצד האחר יעשה כבתוך שלו כיוורש ראשון; לדעתי, באותו שלב הביעו המצווים אמון בכך, שהצד שיוותר בחיים יכבד את ההדדיות; אמון זה כלל גם את ההתחייבות כלפי דור הצאצאים, וכל אלה התבטאו בסעיפים 5 ו-6. אמון זה אין להפר טרואקטיבית על ידי הנותר בחיים מבין בני הזוג... דומה שעל הנותר בחיים, בהקשר דני, לשוות בנפשו כיצד היה הוא מבקש שיעשה לו נפטר הוא תחילה". ראו גם, תמ"ש (חי) 1360/07 י.ה. נ' ת.ש. (פורסם בנבו, 23.5.2012) מבחינה עובדתית לא הוכרע האם המדובר בצוואות הדדיות (הצוואות נערכו קודם להוספת סעיף 8 לחוק). בית המשפט קבע כי צוואה הדדית אינה מלמדת מעצם היותה צוואה הדדית על רצון להגביל את היורש בשימוש בנכסים, אך מבחינה מוסרית פעולה ברכוש שהינה מעבר לשימוש סביר ושכוונתה להדיר את היורש הסופי נגועה בחוסר תום לב ומנוגדת לרצון הנפטר הראשון.

²⁷⁸ כך למשל, בתמ"ש 6089-11-13, ה"ש 70 לעיל, נקבע לגבי צוואה הדדית שנערכה לפני התיקון לחוק, כי לשון ההוראה " ... ואיש בל יעשה לא ישירות ולא התבטאו בסעיפים 5 ו-6. אמון זה אין להפר טרואקטיבית על ידי הנותר בחיים מבין בני הזוג... דומה שעל הנותר בחיים, בהקשר דני, לשוות בנפשו כיצד היה הוא מבקש שיעשה לו נפטר הוא תחילה". ראו גם, תמ"ש (חי) 1360/07 י.ה. נ' ת.ש. (פורסם בנבו, 23.5.2012) מבחינה עובדתית לא הוכרע האם המדובר בצוואות הדדיות (הצוואות נערכו קודם להוספת סעיף 8 לחוק). בית המשפט קבע כי צוואה הדדית אינה מלמדת מעצם היותה צוואה הדדית על רצון להגביל את היורש בשימוש בנכסים, אך מבחינה מוסרית פעולה ברכוש שהינה מעבר לשימוש סביר ושכוונתה להדיר את היורש הסופי נגועה בחוסר תום לב ומנוגדת לרצון הנפטר הראשון.

²⁷⁹ ראו, ה"ש 166 לעיל. כמו כן ראו הדיון בתת פרק ד(1)(א).

²⁸⁰ ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 12 למאמר; Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 411; Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 230-240; Davis, Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, 239; קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 18 לטיטה.

²⁸¹ ה"ש 160 לעיל.

²⁸² כאמור, באותו מקרה דובר בבני זוג שערכו צוואה הדדית, ולאחר פטירת האישה בוצעה על ידי הבעל העברת רכוש לאשתו החדשה (נוסף על שינוי הצוואה), שמשמעותה למעשה הייתה איין הצוואה ההדדית.

²⁸³ ראו, ה"ש 187 לעיל.

²⁸⁴ דברים דומים נקבעו בפסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 689: "... gifts and settlements, inter vivos, if calculated to defeat the intention of the compact, could not be made by the survivor and his right of disposition, inter vivos, is, therefore, not unqualified..."

ראו גם Nowell v Palmer (1993) 32 NSWLR 574, 578 (להלן: "פסק דין Nowell"); Gregor v Kemp (1722) 3 Swan 404, 36 ER 926, 927; Jones v Martin (1798) 2 ER 1184, 1200 (להלן: "פסק דין Gregor").

כאמור, התפיסה המקובלת היא כי פעולה המאיינת את הצוואה ההדדית – הינה אסורה. המבחן הוא אינו מבחן התוצאה, אלא מבחן הכוונה: האם מטרת הנוטר בחיים הינה להפר את ההסכמות²⁸⁵. אותה הפעולה ממש יכולה להיחשב בנסיבות מסוימות כמפרה את הצוואה ההדדית ובנסיבות אחרות כתואמת אותה. כך למשל, בפסק דין Heller²⁸⁶ (טקסס) נדונה צוואה הדדית שבה נקבע כי הנוטר בחיים רשאי למכור את הנכסים ולהשקיע את התמורה או להשקיע את הנכסים לפי שיקול דעתו. הבעל נפטר, וכעבור שנים העבירה האישה חלק ממגרש שהיה בבעלותה לאחד הבנים. לאחר פטירת האישה נטען כי לפי הצוואה ההדדית היא לא הייתה רשאית לעשות כן. בית המשפט לערעורים החזיר את התיק לערכאה הראשונה כדי שתבחן אם ההעברה לבן נעשתה במסגרת הסדר אשר לפיו הבן ינהל את המגרש בתמורה לחלק שהועבר לו – ולכן הפעולה מותרת – או שמא מדובר בהענקה, ולכן הפעולה אסורה. כך גם נקבע למשל בפסק דין Healey²⁸⁷ (אנגליה) כי הנוטר בחיים היה רשאי למכור את ביתו כדי לממן מגורים בדיוור מוגן (פעולה שתאמה את כוונת המצווים), אך הוא היה מוגבל מלהעביר לבנו זכויות בבית²⁸⁸.

היקף הרכוש שלגביו בוצעה הפעולה אינו רלוונטי. על פי מבחן הכוונה, פעולה הנוגעת לחלק קטן מהרכוש יכולה להיחשב כמנוגדת לצוואה ההדדית, בעוד שפעולה הנוגעת לכלל הרכוש יכולה להיחשב כתואמת את הצוואה ההדדית²⁸⁹. ככלל, התפיסה לגבי צוואות הדדיות היא כי טיב הצוואה ההדדית ותוכנה (כפי שהסכימו ביניהם המצווים) הם שקובעים את המגבלות המוטלות על הנוטר בחיים²⁹⁰. עם זאת, נדמה כי הכלל משתנה – או ליתר דיוק הופך גמיש – בהתאם לנסיבות ולתחושת הצדק של בית המשפט בנסיבות המקרה, ובאמצעות כלים של פרשנות הטקסט, פרשנות הנסיבות, הסכמים מכללא, הסכמות שבהתנהגות, תום לב וכיו"ב²⁹¹.

ד.2.ב. האם המצווים מוגבלים בחייהם בעשיית פעולות ברכושם?

השאלות שפורטו לעיל עלולות להתעורר אף בחיי המצווים²⁹². כשם שהנוטר בחיים עלול לעשות פעולה שיש בה כדי לאיין את הצוואה ההדדית, כך גם כל אחד מן המצווים עלול לפעול בחיי שניהם באופן שיפגע בעתיד באפשרות לקיים את הצוואה ההדדית. כך למשל, אחד המצווים יכול להעביר את רכושו לנאמנות או לצד שלישי. במקרה כאמור, אם המצווה שפעל ברכוש ילך לעולמו ראשון, הנוטר בחיים לא יקבל דבר (שכן הנכסים לא יהיו חלק מעיבונו הנפטר הראשון). מאידך גיסא, ובאופן לא הגון אם המצווה שפעל ברכוש ילך לעולמו אחרון, הוא ייחנה מרכושו של הנפטר הראשון (מכוח הצוואה ההדדית) על אף שפעל לאיונה ולאחר פטירתו ההסדר שקבעו המצווים

²⁸⁵ ראו עמדתו של השופט Dixon J. בפסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל, 947. גם בפסיקה הישראלית אומץ מבחן הכוונה. כך למשל ציין השופט נאמן בתמ"ש 6089-11-13, ה"ש 70 לעיל, פסקה 36: "... והיורש הראשון בצוואה הדדית אינו רשאי לעשות פעולה שהכוונה העומדת מאחוריה היא למעשה להדיר את היורש השני מירושתו".

²⁸⁶ Heller v. Heller 233 S.W. 870 (1921).

²⁸⁷ ראו, ה"ש 182 לעיל.

²⁸⁸ באותו המקרה ערכו בני הזוג צוואות יחד, שבהן קבעו, בין השאר, כי כל אחד מהם מוריש את חלקו בנכס מסוים לצד השני, וכי לאחר פטירת השני מביניהם יעבור הנכס לאחייניתה של האישה. לאחר פטירת האישה העביר הבעל את הנכס לבעלות משותפת שלו ושל בנו. העברת הזכויות לבן יצרה מצב של שותפות בין האב לבן בנכס באופן שהבן עתיד היה לקבל זכויות בנכס לאחר פטירת האב, וזאת מכוח הכלל של "The right of survivorship". (להסבר על הכלל ראו, ה"ש 189 לעיל). בית המשפט קבע כי אין המדובר בצוואות הדדיות, משום שלא הובאו מספיק ראיות לחוזה מחייב בין המצווים שלא לשנות את הצוואה. עם זאת, בית המשפט החיל הסדר של נאמנות סודית (secret trust) אשר לצורך החלתו מספיקות הבנות בין המצווים ואין צורך בחוזה ממש – וקבע כי הנכס הוחזק בידי הבעל בנאמנות קונסטרוקטיבית.

²⁸⁹ ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 113-112; Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 135.

²⁹⁰ ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 405; Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 410; Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 21; 232; E. Bragiel, Mutual Will: Where There's a Will There's a Way – Or is There?, 3, 5 (2002) TRUST QUARTERLY REVIEW, ASSOCIATION OF CORPORATE TRUSTEES; Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 481; Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 14 לעיל, 666, 669-668.

²⁹¹ להרחבה ראו תת-פרק ה(1) להלן. לביקורת ודוגמאות ראו, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 148-147; Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 134-133; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 487-485; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 140; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 160-159; Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 191-192; Richardson, Legislation for mutual wills, ה"ש 15 לעיל, 106-103; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 11-10; למאמר; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, ה"ש 2 לעיל, 245-222; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 101-102; Davis, Mutual wills, ה"ש 116 לעיל, 243; פסק דין Charles, ה"ש 160 לעיל; פסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל; פסק דין Goodchild, ה"ש 4 לעיל; פסק דין Fry, ה"ש 160 לעיל; פסק דין Atha, ה"ש 160 לעיל; פסק דין Edell, ה"ש 184 לעיל; פסק דין Allen, ה"ש 24 לעיל; פסק דין Price, ה"ש 187 לעיל. ראו גם קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 25 לטיטה: "... ה"משחק" בין גמישות לקשיחות הדרוש כתרופה לבעיית הפגיעה בחופש הציווי לא רק שאינו משיג את מטרתו אלא שמיציר אי וודאות בעבור עורכי ההסדר, אימתת ההסדר מחייב ואימתת לא...".

²⁹² ראו, O'Donnell, Trusts and Estates Law, ה"ש 170 לעיל, 110.

בצוואה ההדדית יחול רק לגבי רכושו של הנפטר הראשון. זוהי כמובן רק דוגמא, ניתן לחשוב על מצבים נוספים, כגון: כילוי הרכוש, נטילת הלוואות, משכנתאות או התחייבויות אחרות וכיו"ב.

כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(2)(א) למחקר, לאחר פטירת הראשון הנוותר בחיים אינו רשאי לבצע פעולות ברכוש המאיינות את הצוואה ההדדית או הפוגעות בהסכמות הקבועות בה. השאלה היא האם המצווים מוגבלים בעשיית פעולות כאמור אף בחייהם. דהיינו, השאלה העיונית היא האם באופן עקרוני תיתכן הפרה בחיי שני המצווים²⁹³.

התפיסה המקובלת כאמור היא כי הצוואה ההדדית הופכת למחייבת רק בהתקיים "הרגע המכונן" – פטירת הראשון, ובלבד שנפטר מבלי שביטל את הצוואה ההדדית לפני פטירתו²⁹⁴. בפסק דין *Glen*²⁹⁵ (ניו יורק) נדונה צוואה הדדית שבה הורישו בני זוג זה לזה 4/5 מרכושם. לאחר עריכת הצוואה פתח הבעל חשבון משותף עם אחיו. לאחר פטירת הבעל, טען אחיו לבעלות בחלקו של הבעל בכספי החשבון מכוח הכלל של "The right of survivorship"²⁹⁶ ואילו האישה טענה כי בהעברת הכספים לחשבון משותף פעל הבעל בניגוד לצוואה ההדדית. בערכאה הראשונה נקבע כי הכספים הועברו לחשבון המשותף שלא כדין – בניגוד להסכמות בין הבעל והאישה. פסק הדין נהפך בערכאת הערעור שם נקבע כי הצוואה ההדדית לא הקנתה לאישה שליטה או זכויות ברכוש הבעל בחייו²⁹⁷.

יש הטוענים כי השאלה האם המצווים מוגבלים בעשיית פעולות ברכושם בחיי שניהם, תלויה בהסדר שקבעו²⁹⁸. דהיינו, פעולות הנעשות בניגוד להסתמכות המצווים על מה שנקבע בצוואה ההדדית נחשבות כהפרה. עמדתו של קוריאנאדי היא כי המצווים אינם רשאים למכור נכס או להעניק מתנות בחיי שניהם, שלא על דעת המצווה השני, שאם לא כן בידי כל אחד מהם תהא האפשרות לאיין את הצוואה ההדדית²⁹⁹. לשיטתו של קוריאנאדי במקרים כאמור ייתכן ויחול עקרון התחלוף והנוותר בחיים יזכה לא רק בנכסים מושא הצוואה ההדדית אלא אף בתחליפיהם ובגלגוליהם. אלא שתוצאה זו כמעט מובנית מאליה, לאור תורת העקיבה המוכרת בדיני הצוואות³⁰⁰. השאלה המעניינת היא, היא האם העברת נכסים לצדדים שלישיים שלא על דעת המצווה השני יכולה להביא בסופו של דבר למצב שבו הצוואה ההדדית תחול לא רק על הנכסים שיוותרו בעיזבון הצד שפעל ברכושו (לרבות תחליפיהם וגלגוליהם), אלא אף על נכסים שהועברו לצדדים שלישיים שלא על דעת המצווה השני. דהיינו, השאלה היא האם הצוואה ההדדית יכולה לחול על נכסים שהוצאו מחוץ לעיזבון המצווים.

על השאלה האמורה ניתן ללמוד בהקשה מפסקי דין זרים העוסקים בהסכמי ירושה (בשיטות משפט המכירות בהסכמי ירושה). אלא שהפסיקה הזרה בעניין אינה עקבית. בפסק דין *Fortescue* (אנגליה) נדון מקרה שבו התחייב אב – במסגרת תנאים שסוכמו בקשר לנישואי בתו – כי יוריש מחצית מרכושו לבת, לבעלה ולילדיהם³⁰¹. לימים העביר האב את רכושו לנאמנויות, אשר בכולן (למעט אחת) אף הוא היה נהנה. בית המשפט באנגליה פסק כי הנכסים שהועברו לנאמנויות שבהן אף האב היה נהנה נחשבים לחלק מעיזבונו לעניין התחייבותו כאמור. כך גם למשל בפסק דין *Gregor*³⁰² (אנגליה) נדון מקרה שבו התחייבה אם – במסגרת תנאים שסוכמו בקשר לחתונת בנה – כי תוריש לו רבע מרכושה. בסמוך לפטירתה העבירה האם כספים לבתה ולנאמנות עבור נכדיה (מחשש כי במקרה

²⁹³ ראו, *Cassidy, Mutual Wills*, ה"ש 11 לעיל, 3.

²⁹⁴ ראו ה"ש 226 לעיל.

²⁹⁵ *Re Glen* 247 A.D. 518, 288 N.Y.S. 24 (1936).

²⁹⁶ להסבר על הכלל של "The right of survivorship" ראו, ה"ש 189 לעיל.

²⁹⁷ ראו, פסק דין *Glen*, ה"ש 295 לעיל, 521: "The contract embodied in the instrument of August 8, 1912, has been fully executed by the decedent. Furthermore, **it did not give the respondents any interest in or control of the decedent's property during his lifetime, or restrict in any way his right to use or dispose of it as he might wish while he lived**" (ההדגשה אינה במקור).

²⁹⁸ ראו, למשל, *Cassidy, Mutual Wills*, ה"ש 11 לעיל, 54; פסק דין *Bigg*, ה"ש 168 לעיל, 15.

²⁹⁹ ראו, קוריאנאדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 232. עמדתו זו של קוריאנאדי מעניינת במיוחד נוכח סעיף 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג הקובע כי "אין בכריתת הנישואין או בקיומם כשלעצמם כדי לפגוע בקניינם של בני הזוג, להקנות לאחד מהם זכויות בנכסי השני או להטיל עליו אחריות לחובות השניים".

³⁰⁰ ראו, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 338; שילה, פירוש לחוק הירושה א, ה"ש 13 לעיל, 433-434; שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 165; קוריאנאדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 227-224; ע"א 360/93 **אוברזנסקי נ' גרין**, פסקאות 3-4 לפסק דינו של השופט שמגר (פורסם בנבו, 10.8.1995); ע"א 37/80 **באומן נ' נתן**, פ"ד לח(4) 320, 328.

³⁰¹ *Fortescue v Hennah* (1812) 34 ER 443. לניתוח פסק הדין ראו, *Cassidy, Mutual Wills*, ה"ש 11 לעיל, 54, 68-70-71. דיווח על פסק הדין ניתן למצוא גם בספר, FRANCIS VESEY, REPORTS OF CASES ARGUED AND DETERMINED IN THE HIGH COURT OF CHANCERY 67-72 (Vol. 19, 1845).

³⁰² ראו, ה"ש 284 לעיל.

שבו ימות בנה רכושה יעבור לזרים). בית המשפט באנגליה פסק כי האם הייתה רשאית לפעול ברכושה כרצונה, אך אסור היה לה לעשות פעולות שמטרתן איון ההסכם או פגיעה בו. לעומת זאת, בפסק דין Palmer³⁰³ (אוסטרליה) נדונה צוואה שבה קבע המנוח כי רכושו יעבור לבני הזוג פלמר. המנוח התחייב כי לא ישנה את צוואתו אם בני הזוג יעברו להתגרר עימו ויסעדו אותו עד פטירתו. בני הזוג מילאו את התנאי, והמנוח עמד בהתחייבותו ולא שינה את הצוואה. עם זאת במהלך חייו פתח המנוח חשבון בנק עם צד שלישי והפקיד בו סכום משמעותי. לפי תנאי החשבון, עם פטירת אחד מבעלי החשבון הופך משנהו לבעל החשבון באופן בלעדי. בית המשפט קבע כי אין המדובר בהפרת חוזה, שכן ההסכם בין הצדדים לא מנע מן המנוח לעשות פעולות ברכושו בחייו. מאחר שמדובר בהסדר חוזי, החוזה הוא שקובע את היקף מחויבותם של הצדדים. אומנם דוגמאות אלו אינן מדברות בצוואות הדדיות, אך אותן הבעיות עשויות להתעורר בהקשר צוואות הדדיות.

בפסק דין Synges³⁰⁴ (אנגליה) נדון מקרה שבו התחייב הבעל בהסכם טרום-נישואין כי אם האישה תינשא לו, הוא יוריש לה בית וחלקת אדמה. לאחר שנישאו הצדדים העביר הבעל את הבית וחלקת לבתו, וברור היה כי הוא אינו יכול לקיים את התחייבותו. בית המשפט קבע כי הבעל פעל באופן שאיין את אפשרותו לעמוד בהסכם ההורשה וכי מדובר בהפרה. עוד נקבע בפסק הדין כי אף שטרם הגיע מועד ביצוע החיוב החוזי (שכן הבעל טרם נפטרה), הואיל והתוצאה של פעולות הבעל הינה כי הוא לא יוכל לקיים את החוזה, מדובר בהפרה צפויה. גם פרשה זו אינה עוסקת בצוואות הדדיות, אלא בהתחייבות להוריש, אך ברור כי ניתן להקיש מכאן אף לגבי צוואות הדדיות³⁰⁵.

³⁰³ *Palmer v. Bank of New South Wales* (1975) 133 CLR 150.

³⁰⁴ *Synges v. Synges*, [1894] 1 Q.B. 466, All ER Rep 1164 (להלן: "פסק דין Synges").

³⁰⁵ לניתוח פסק הדין ראו, Mary M. Bartelme, *Department of Wills, Executors and Administrators*, 42(10) THE AMERICAN LAW REGISTER, AND REVIEW, 721, 727-728 (1894). http://www.jstor.org/stable/pdf/3305878.pdf?_seq=1464970517288

3. ד. משמעות ההסתמכות בצוואות הודדיות – סעדים בהקשר צוואות הודדיות

תת-פרק זה יעסוק בשאלה מהי נפקותו של ביטול הצוואה ההודדית שלא כדין, ומה נפקותן של פעולות שיש בהן כדי לאיין את הצוואה ההודדית. לסיווגה העיוני של הצוואה ההודדית יש משמעות מהותית באשר לעניין זה. את הדין אחלק לשני מצבים: האחד – פעולות בניגוד לצוואה ההודדית שנעשו לאחר פטירת הראשון; השני – פעולות בניגוד לצוואה ההודדית שנעשו בחיי שני המצווים בלא הסכמה משותפת.

ד.3.א. סעדים עקב שינוי או ביטול הצוואה ההודדית או ביצוע פעולות לאיונה לאחר פטירת הראשון

לפי סעיף 8א(ב)(2) לחוק הירושה, "הסעד" או ליתר דיוק הדרישה על-פי החוק – על מנת שיהיה תוקף לביטולה של צוואה הודדית לאחר פטירת הראשון – היא השבה. כפי שפורט לעיל בפרק ג למחקר, מדובר בהשבה רעיונית במקרה שטרם חולק העיזבון או בהשבה בעין (או השבת שווה ערך) לאחר שכבר חולק העיזבון.

אף שלפי סעיף 8א הבסיס הרעיוני לשאלה האם נערכה צוואה הודדית הוא בסיס חוזי (מבחן ההסתמכות³⁰⁶), הבסיס הרעיוני ל"סעד" ההשבה לפי סעיף 8א – מקורו בדיני הירושה ובדיני עשיית עושר ולא במשפט³⁰⁷, ולא בדיני החוזים³⁰⁸. על פי חוק החוזים, הצדדים כבולים לחוזה ואינם רשאים לבטלו בהיעדר עילת ביטול. השבה הינה אחד הסעדים שמעניק חוק החוזים לצדדים במקרה של ביטול החוזה, אך השבה אינה "מכשיר" לביטול החוזה. דהיינו, בהיעדר עילת ביטול, אף צד אינו רשאי לבטל את החוזה על דעת עצמו באמצעות השבה. בניגוד לחוק החוזים, על פי סעיף 8א המצווים רשאים לבטלה בכל עת, אף לאחר פטירת הראשון, בכפוף לביצוע פעולת השבה (רעיונית או ממשית). לפיכך, מדויק יותר לומר כי חוק הירושה אינו מעניק סעד של השבה בעת ביטול, אלא הוא נותן כלי בידי המצווים לבטל את הצוואה ההודדית. עם זאת להסדר האמור אף פן חוזי מבחינה תוצאתית, שכן משמעות הדברים היא שבהיעדר ביטול על פי תנאי החוק (באמצעות השבה), מעניק החוק סעד של אכיפה (שהוא סעד חוזי). ההשבה היא תנאי לביטול, ובהיעדרה אין לביטול תוקף. כלומר, התוצאה היא שהצוואה ההודדית נשארת על מכונה. תוצאה זו משמעותה "ביטול הביטול", דהיינו אכיפה. כך למשל, נקבע בת"ע 13-12-62398-309 כי כל עוד לא הסתלק בן הזוג מחלקו בעיזבון, אין הוא רשאי לבטל את צוואתו ההודדית, והוא כבול בצוואה ההודדית³¹⁰.

ככל שהסדר הצוואה ההודדית יכלול סעד של אכיפה, השאלה היא מה משמעותו של הסעד. הכוונה היא למצב שבו לאחר פטירת הראשון ביטל הנותר בחיים את הצוואה ההודדית, או שהוא ביצע פעולות להפרתה או לאיונה. הפתרון המקובל בשיטות משפט שונות הוא יצירת נאמנות קונסטרוקטיבית על הנכסים שלגביהם חלה הצוואה ההודדית³¹¹. יש הטוענים, כי אכיפת הצוואה ההודדית (או ליתר דיוק אכיפת ההתחייבות הגלומה בצוואה ההודדית), באמצעות המכשיר של הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא לב ליבו של ההסדר³¹².

³⁰⁶ ראו, ה"ש 166 לעיל.

³⁰⁷ ראו, שם, 350.

³⁰⁸ על הבסיס הרעיוני של חובת ההשבה ועל ההבחנה בין השבה מכוח דיני החוזים ובין השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים – כרך ב, 1149-1154 (1992) (להלן: "פרידמן וכהן, כרך ב").

³⁰⁹ ראו, ה"ש 100 לעיל

³¹⁰ שם, פסקה 19.

³¹¹ כך למעשה כבר נקבע בפסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 310: "...and 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 a fraud, can never unbind himself, and become a trustee of course. ...". אינה במקור]. ראו גם, פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 683; פסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל, 947; פסק דין Lord Walpole, ה"ש 168 לעיל, 419; פסק דין Charles, ה"ש 160 לעיל, פסקה 59; פסק דין Olins, ה"ש 14 לעיל, פסקאות 37-38; פסק דין Healey, ה"ש 182 לעיל, פסקה 8; פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל, פסקה 297; 143 LT, 2 Ch 190, 99 LJ Ch 492, 2 Ch 190, All ER 620, [1930] All ER 620, 2 Ch 190, 99 LJ Ch 492, 143 LT; (LexisNexis) (להלן: "פסק דין Hagger"); Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 482-484; Burrows, English Private Law, ה"ש 160 לעיל, 446; Rickett, A Rare Case, ה"ש 170 לעיל, 136; Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 131; Rickett, Mutual Wills, ה"ש 226 לעיל, 537; Rickett, Extending Equity's Reach, ה"ש 160 לעיל, 187-191; Brierley, Mutual Wills, ה"ש 165 לעיל, 101-99; Dall, Joint and Mutual Wills, ה"ש 192 לעיל, 245-244; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 163-162; Croucher, Contemporary, ה"ש 160 לעיל, 240-213; Farquhar, Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 340-334; Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 467, 478-475; Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 391-390; Padraic, Wills, Probate and Estates, ה"ש 41 לעיל, 47-45; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 2 למאמר; Griffiths, At best, ה"ש 160 לעיל, 512-511; Peart, Where There is a Will, ה"ש 160 לעיל, 43; Davis, Mutual wills, ה"ש 116 לעיל, 245-238.

³¹² ראו, Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 2.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית הינה כלי מכוח דיני היושר, אשר נעשה בו שימוש במצבים שונים כדי "לעשות צדק" כאשר הדין המצוי נוקשה מדי. בניגוד לנאמנות מפורשת, שמקורה בכוונת הצדדים, הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא נאמנות כפויה מכוח הדין, ומקורה בנסיבות המחייבות בעלים של נכס להחזיק בו בנאמנות עבור הזולת, מכוח דיני היושר³¹³. הרעיון העיוני שביסוד הנאמנות הקונסטרוקטיבית הקמה מכוח הצוואה ההדדית הוא שדיני היושר אינם מאפשרים לנותר בחיים לחזור בו מההסדר שקיבל על עצמו במסגרת הצוואה ההדדית³¹⁴.

לפי התפיסה החוזית, מטרת הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא להבטיח את יסוד הכבילה. כפי שיפורט בפרק ה למחקר, התפיסה המקובלת היא כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה מכוח דיני היושר, רק כאשר ישנה הסכמה שלא לשנות את הצוואה ההדדית³¹⁵. לעומת זאת, לפי תפיסה ירושתית, הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, ומטרתה למנוע התעשרות שלא כדין של הנותר בחיים³¹⁶. דהיינו, הנאמנות הקונסטרוקטיבית משמשת כסעד של השבה (ראו להלן בהרחבה בתת-פרק ה(8)(א) למחקר).

ניתן לחלק את הגישה בפסיקה ובספרות בהקשר הנאמנות הקונסטרוקטיבית לשתי "אסכולות" לא רשמיות:

האחת, כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה רק בקרות אירוע המהווה הפרה של ההסכמות הקבועות בצוואה

ההדדית. דהיינו **הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא הסעד**³¹⁷. בפסק דין Bigg³¹⁸ (אוסטרליה) נקבע כי נכסי אישה יוחזקו בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הבעל כדי "לאכוף" את הצוואה ההדדית³¹⁹. בפסק דין Hall³²⁰ (קנדה) נקבע כי בעקבות פעולות שעשה הבעל להפרת הצוואה ההדדית, וכדי להבטיח את קיומה, מחצית מהנכסים יוחזקו בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת ילדי האישה³²¹. בפסק דין Charles³²² (אנגליה) השתמש בית המשפט בסעד של נאמנות קונסטרוקטיבית כדי לאכוף צוואה הדדית שערכו אחיות. האחיות קבעו בצוואה הדדית כי הן מורישות את רכושן זו לזו, ולאחר פטירתן – ליורשים שונים. לאחר פטירת הראשונה, ערכה הנותרת בחיים צוואה חדשה.

³¹³ ראו, נילי כהן, **התערבות ביחסים חוזיים**, 35 (1982) (להלן: "כהן, התערבות ביחסים חוזיים"); דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור, **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, 11 (ה"ש 44 שם) (מהדורה שלישית, 2015) (להלן: "פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר").
להרחבה על הנאמנות הקונסטרוקטיבית, ראו, Pearce & Barr, *Trusts and Equitable Obligation*, ה"ש 4 לעיל, 274-244; PHILIP H. PETTIT, ALASTAIR HUDSON, **"Pettit, Equity and The Law of Trust"** (להלן: **"Pettit, Equity and The Law of Trust"**) EQUITY AND THE LAW OF TRUST, 193-206 (12th Edition, 2012); UNDERSTANDING EQUITY & TRUSTS, 103-120 (4th Edition, 2013); GART WATT, *TRUSTS & EQUITY*, 242-250 (6th Edition, 2014); ע"א 1559/99 **צימבלר נ' תורג'מן**, פ"ד נו(5) 49 (2003).
³¹⁴ כאמור, כך כבר נקבע בפסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל (וראו הציטוט בה"ש 311 לעיל). כן ראו, Pearce & Barr, *Trusts and Equitable Obligation*, ה"ש 4 לעיל, 480-481; Pawlowski & Brown, *Problems with mutual wills*, ה"ש 14 לעיל, 475; Davis, *Floating Right*, ה"ש 182 לעיל, 427, 430; פסק דין Dale, ה"ש 8 לעיל, עמ' 6, 9-10 לפסק הדין (כפי שפורסם במאגר החיפוש LexisNexis); פסק דין olins, ה"ש 14 לעיל, פסקאות 37-38; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 36-39.

³¹⁵ ראו, ה"ש 160 לעיל.
³¹⁶ ראו למשל, Croucher, *Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, ה"ש 4 לעיל, 401; Rickett, *Extending Equity's Reach*, ה"ש 193 לעיל, 584; Richardson, *Legislation for mutual wills*, ה"ש 15 לעיל, 100; Croucher, *An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, ה"ש 1 לעיל, 7.

³¹⁷ ראו, Trudelle, *Mutual Wills*, ה"ש 160 לעיל, עמ' 1 למאמר; Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills*, ה"ש 160 לעיל, 189-190; Robert Burgess, *A Fresh Look at Mutual Wills*, 34 CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 230, 536-535; Mutual Wills 226 לעיל, 536-535; (1970) 235 (להלן: **"Burgess, A Fresh Look at Mutual Wills"**); Oosterhoff, *Mutual Will*, ה"ש 14 לעיל, 135, 138, 142-144; Brierley, *Mutual Wills*, ה"ש 165 לעיל, 99, 101; Dall, *Joint and Mutual Wills*, ה"ש 192 לעיל, 244; Rickett, *Extending Equity's Reach*, ה"ש 193 לעיל, 581; Mitchell, *Some Aspects of Mutual Wills*, ה"ש 170 לעיל, 136; Pawlowski & Brown, *Problems with mutual wills*, ה"ש 14 לעיל, 475; Clements & Abass, *Complete Equity & Trusts*, ה"ש 160 לעיל, 224; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, *Williams on Wills*, ה"ש 15 לעיל, 20, 24-25; Khong, *The Economics of Mutual Wills*, ה"ש 116 לעיל, עמ' 6 לטייטה; Farquhar, *Mutual Wills*, ה"ש 160 לעיל, 334; פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 310; Cleaver, ה"ש 116 לעיל, 939; פסק דין Tooker, ה"ש 251 לעיל, 668; פסק דין Newey, ה"ש 191 לעיל, 593, 602; פסק דין Lewis, ה"ש 116 לעיל, פסקה 42; פסק דין Hall, ה"ש 187 לעיל, פסקה 97; פסק דין Pratt, ה"ש 8 לעיל, 104, 107, 109, 119; פסק דין Notten, ה"ש 244 לעיל, 201.

³¹⁸ ראו, ה"ש 168 לעיל.
³¹⁹ כאמור, בפסק דין Bigg, ה"ש 168 לעיל, נדון מקרה שבו האישה ערכה צוואה מאוחרת המנוגדת להסכמות בכתב שנערכו בינה לבין בעלה באשר לירושתם ושבעקבותן נערכה צוואה הדדית. עם פטירת האישה, נודע לבעל על אודות הצוואה הסותרת, והצוואה הסותרת נתפסה כהודעה שניתנה לבעל בעודו בחיים. למרות זאת, ולמרות אפשרותו של הבעל לשנות את צוואתו שלו (שכן "ההודעה" על אודות שינוי הצוואה נתפסה כהודעה שניתנה לו עוד בחייו) בהתחשב בפעולות שעשה הבעל בהסתמך על הצוואה ההדדית (מתוך מחשבה כי הצוואה ההדדית תקפה), ומאחר שנגרם לבעל נזק, בית המשפט קבע כי הבעל זכאי לסעד וכי נכסיה של האישה יוחזקו בנאמנות לטובתו.

³²⁰ ראו, ה"ש 187 לעיל.
³²¹ כאמור, בפסק דין Hall, ה"ש 187 לעיל, נדון מקרה שבו המצווים ערכו צוואה הדדית, ובה הורישו את רכושם זה לזה. בני הזוג קבעו בצוואה ההדדית כי לאחר פטירת השני מביניהם יחולק כלל רכושם לשני חלקים שווים. מחצית תועבר לילדיה של האישה ומחצית – לילדיו של הבעל. בהמשך האישה אובחנה כחולת אלצהיימר. הבעל שינה את צוואתו באופן שאת רכושו שלו הוריש הוא לילדיו בלבד, בתנאי שלא תהיינה להם כל תביעות בקשר לרכושה של האישה. האישה הלכה לעולמה, והבעל ירש את כלל רכושה בהתאם לצוואה ההדדית (כך שלמעשה לא היה כל משמעות לתנאי שקבע בצוואתו החדשה).

³²² ראו, ה"ש 160 לעיל.

לאחר פטירת השנייה, הועברו נכסיה ליורשים על פי צוואתה האחרונה. בית המשפט פסק כי על הנכסים שהועברו תחול נאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הזוכים בהתאם לצוואה ההדדית.

השנייה, כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינה סעד הניתן בשל הפרה, אלא היא קמה מייד עם פטירת הראשון (בתנאי שלא ביטל את הצוואה ההדדית קודם לפטירתו)³²³. על פי עמדה זו, **הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה מכוח יסודותיה החוזיים של הצוואה ההדדית³²⁴, והיא אינה סעד, אלא כלי למתן סעדים להגנה על הצוואה ההדדית.** בפסק דין Olins³²⁵ (אנגליה), פנה נכד לבית המשפט בבקשה למתן צו הצהרתי כנגד סבו, לפיו סבתו המנוחה וסבו חתמו על צוואה הדדית המחייבת את הסב. לא נטען כי הסב פעל בניגוד לצוואה ההדדית או כי עשה פעולות לאיונה, אלא אך התבקש צו הצהרתי לנוכח התכחשות הסב לצוואה ההדדית. בית המשפט קבע כי קיימת צוואה הדדית בת תוקף וכי הסב מחזיק בנכסים בנאמנות קונסטרוקטיבית עבור היורשים הסופיים³²⁶. כמו כן נקבע כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה מייד עם פטירת הראשון ללא כל קשר להפרה³²⁷.

יובהר, אין המדובר בשתי "אסכולות" רשמיות. בפסיקה ובספרות ישנם בלבול וחוסר אחידות ביישום הנאמנות הקונסטרוקטיבית בהקשר הצוואה ההדדית. כך למשל, יש הטוענים מחד גיסא כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית הינה סעד, אך מאידך גיסא טוענים במקביל כי היא קמה מייד עם פטירת הראשון³²⁸. אלא שברור כי שתי עמדות אלו אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. אם הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא סעד, היא קמה עקב הפרה ולא בעת פטירת הראשון. אומנם תחולתה רטרואקטיבית (מיום הפטירה), אך אם היא מהווה סעד, היא בוודאי אינה קמה אלא בהתקיים הפרה. בספרות ניתן למצוא ביקורת רבה על אודות היעדר קו מנחה ברור בפסיקה באשר לתוכנה ובאשר לאופן החלתה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית בהקשר הצוואה ההדדית³²⁹. אך לדידי, כפי שיפורט בפרק ה למחקר, זו אינה סיבה מספקת להימנע מהשימוש בה, אלא מדובר באתגר שיש להתמודד עימו.

השאלה היא, מה כוחה, מה תוכנה ומה משמעותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית ועד כמה היא מגבילה את הנותן בחיים. היעדר הגדרה (נורמטיבית או פסיקתית) ברורה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הנוצרת מכוח הצוואה ההדדית מעורר שאלות שונות באשר לחובות ולמגבלות המוטלות על הנותן בחיים בקשר לנכסים אשר עליהם חלה הצוואה ההדדית: האם הנותן בחיים חייב בדיווח על אודות הנכסים וניהולם; האם ניתן לרשום על הנכסים הערות אזהרה, עיקולים, הערות בבנקים ורישומים אחרים³³⁰; האם – ואם כן, באיזו מידה – ניתן להתערב בניהול הנכסים המוחזקים על-ידי הנותן בחיים; האם הנותן בחיים חב חובת זהירות בקשר לנכסים אשר לגביהם חלה הצוואה ההדדית וכיו"ב. התשובות לשאלות אלו – מקורן קודם כול בניסוח הצוואה ההדדית

³²³ ראו, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 416; Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 212; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 110-112; Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 467; Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 14 לעיל, 664; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 160-162; Casey, McKenna, Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, 43 לעיל, 165; O'Connell, & Sphenson, Wills, Probate & Estates, ה"ש 15 לעיל, 19; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 488-487; Davis, Floating Right, ה"ש 182 לעיל, 427; Davis, Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, 239; Gandhi, Estate Planning for Blended Families, ה"ש 15 לעיל, 276; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 39-40; פסק דין Carvel Foundation, ה"ש 181 לעיל, פסקה 27; פסק דין Olins, ה"ש 14 לעיל, פסקאות 38-37; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 690; Fundel v wall (2009) 10 NZCPR 153, [2009] BCL 332, para 26, 31; פסק דין Fundel ("Fundel").

³²⁴ כך למשל נקבע בפסק דין Carvel, ה"ש 181 לעיל, כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינה קמה מכוח הצוואה ההדדית, אלא מכוח החוזה בין המצווים, שלפיו אין לשנות את הצוואה ההדדית (פיסקה 27): "...the trust does not arise under the will of the surviving testator. Nor does it arise under any previous will of the surviving testator. It arises out of the agreement between the two testators not to revoke their wills, and the trust arises when the first of the two dies without having revoked his will..."

³²⁵ ראו, ה"ש 14 לעיל.
³²⁶ בפסק הדין לא נקבע מה היקף הנאמנות, האם היא חלה רק על הנכסים שקיבל הסב מאשתו בירושה או שמא על כלל נכסיו.
³²⁷ פסק דין Olins, ה"ש 14 לעיל, פסקה 37: "The obligation on the surviving testator is equitable. It is in the nature of a trust of the property affected, so the constructive trust label is attached to it. The equitable obligation is imposed for the benefit of third parties, who were intended by the parties to benefit from it. It arises by operation of law on the death of the first testator to die so as to bind the conscience of the surviving testator in relation to the property affected".

³²⁸ ראו למשל, Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 60, 93; Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 467-475; MALCOLM COPE, CONSTRUCTIVE TRUSTS 526-528 (1992); Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 193; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, ה"ש 4 לעיל, 487; קריטנטשטין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 338-341.

³³⁰ ראו, Dall, Joint and Mutual Wills, ה"ש 192 לעיל, 244. ראו גם פסק דין Fundel, ה"ש 323 לעיל, שם עלתה השאלה האם היורשת הסופית זכאית לרשום הערה לטובתה על נכס שהיה בבעלות הנפטרת הראשונה והנותן בחיים ואשר עבר לבעלות הנותן בחיים בהתאם לצוואה ההדדית.

ובתוכנה, אך ברי כי התשובות תיגזרנה מסיווג בסיסה הנורמטיבי של הצוואה ההדדית. ככל שניתן משקל רב יותר לאופייה החוזי של הצוואה ההדדית, כך ניתן להטיל מגבלות וחובות נרחבות יותר על הנותר בחיים.

שאלה מעניינת נוספת היא, האם מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית, ניתן להעניק סעדים שמהותם אינה רק שמירה על המצב הקיים, אלא אף השבת המצב לקדמותו. דהיינו, סעד של השבת הנכסים לבעלות הנותר בחיים (במקרה של העברת נכסים), או של "שיקום" הצוואה ההדדית (במקרה של ביטול).

באשר לנכסים שהועברו בניגוד לקבוע בצוואה ההדדית, התפיסה המקובלת היא כי בעל הנכסים ה"חדש" הופך לנאמן, והוא מחזיק בהם בנאמנות קונסטרוקטיבית³³¹. משמעות תוצאה זו הינה כי הפעולה שעשה הנותר בחיים בניגוד לצוואה ההדדית אינה מבוטלת, אלא "מוחלשת" מבחינת תוצאותיה ומשמעותה המשפטית. בתת פרק ה(3)(א) למחקר אתיחס לבעייתיות שבתוצאה זו.

באשר ל"שיקום" הצוואה ההדדית, התפיסה המקובלת היא כי בית המשפט אינו יכול לכפות על הנותר בחיים להימנע מביטול הצוואה ההדדית – וזאת לנוכח עקרון חופש הציווי³³² – וכי סעד הנאמנות הקונסטרוקטיבית הוא הסעד הקרוב ביותר שניתן להעניק כדי להגיע לתוצאה של "אכיפה". מאידך גיסא, אם ניתן משקל רב יותר לפן החוזי של הצוואה ההדדית (על פני הפן הצוואתי), יש לבחון את האפשרות כי בנסיבות מסוימות מן הראוי כי הפן החוזי יגבר כך שפעולה בניגוד לצוואה ההדדית – לרבות עריכת צוואה חדשה – תיחשב כחסרת תוקף (void).

ד.3.3. ב. סעדים עקב שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית או עקב ביצוע פעולות לאינה בהיעדר

הסכמה בחיי שני המצווים

התפיסה המקובלת היא כי ביטול הצוואה ההדדית בהודעה שלא בהסכמת הצד השני בחיי שני המצווים אינה מקנה לצד השני סעד³³³. עם זאת, יש הסבורים כי במקרים כאמור, ובנסיבות מסוימות, יש מקום להעניק סעד של פיצויים, מכוח הפן החוזי ואינטרס ההסתמכות הגלומים בצוואה ההדדית³³⁴. על פי עמדה זו, אם המצווים הסכימו כי הצוואה ההדדית לא תבוטל אלא בהסכמה משותפת, אזי במקרה של ביטול הצוואה בהיעדר הסכמה יש להעניק סעד של פיצויים³³⁵. זאת ועוד, יש הסבורים כי מן הראוי לאפשר הענקת סעדים בחיי שני המצווים אף במצב של הפרה צפויה³³⁶. מעניין להקיש לעניין סוגיה זו מפסיקה לגבי הסכמי ירושה בשיטות משפט המכירות בהסכמים מסוג זה. כך למשל, בפסק דין Syngé³³⁷ (אנגליה) קבע בית המשפט כי מאחר שהבעל פעל באופן שאיין את אפשרותו לעמוד בהסכם ההורשה, מדובר בהפרה צפויה ולאישה עומדת זכות לסעד מייד³³⁸.

נוסף על השאלה העיונית האם מן הראוי לאפשר לצדדים לכבול את עצמם בחייהם, עולה אף השאלה מהו הסעד הראוי במקרים כאמור: פיצויים או השבה (או שני אלה גם יחד), או שמא אכיפה.

³³¹ ראו, Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 76-72, 93, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 247-248.
³³² ראו Kaplan, Revocability of Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 94; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 138, 141-142; Sawyer & Spero, Succession, Wills and Testamentary Freedom, ה"ש 160 לעיל, 223; Clements & Abass, Complete Equity & Trusts, ה"ש 182 לעיל, 332; Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, ה"ש 14 לעיל, 110; Probate, ה"ש 15 לעיל, 20, 25; Legislation for mutual wills, ה"ש 15 לעיל, 105; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 683; פסק דין Healey, ה"ש 182 לעיל, פסקה 8.
³³³ ראו למשל, פסק דין stone, ה"ש 117 לעיל, 197; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 682-683; פסק דין Pratt, ה"ש 8 לעיל, 110-111.
³³⁴ ראו, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 169; Trudelle, Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, עמ' 1 למאמר; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 145, 147, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 484, 487; פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל, פסקה 189.

³³⁵ ראו, Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 474; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 160-161; Khong, The Economics of Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, עמ' 6 לטיוטה.

³³⁶ ראו למשל, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 406: "There is no reason, in principle, why one party to a mutual will agreement should not be able to sue the other for an anticipatory breach committed during their joint lifetime" ראו גם, Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 474-475.

³³⁷ ראו, בפסק דין Syngé, ה"ש 304 לעיל.
³³⁸ כאמור בפסק דין Syngé, ה"ש 304 לעיל, נדון מקרה שבו התחייב הבעל בהסכם טרום-נישואין כי אם האישה תינשא לו, הוא יוריש לה לאחר פטירתו בית מסוים וחלקת אדמה. לאחר שהצדדים נישאו העביר הבעל את הבית והחלקה לצד שלישי (לבתו), וכך למעשה היה ברור כי הוא לא יוכל לקיים את התחייבותו.

במקרה שנדון בפסק דין Bigg³³⁹, כפי שפורט לעיל, האישה הלכה לעולמה לאחר ששינתה את הצוואה ההדדית בסתר. בית המשפט פסק כי נכסי האישה (שנפטרה ראשונה) יוחזקו בנאמנות קונסטרוקטיבית לטובת הבעל. הנימוק לפסיקה כאמור היה שהבעל עשה בחיי המצווים פעולות כלכליות והשקעות על שם האישה, בהסתמך על הצוואה ההדדית. דהיינו הסעד ניתן מאחר שלבעל נגרם נזק. בביקורת על פסק דין Bigg נטען כי לא היה מקום לתת לבעל סעד של נאמנות קונסטרוקטיבית (דהיינו של אכיפה), שכן הצוואה ההדדית לא "התגבשה", וכי היה ראוי להעניק לבעל סעד של פיצויים לפי הנזק שנגרם לו בפועל³⁴⁰. לדעתי, ספק אם בית המשפט באותן הנסיבות שנדונו בפסק דין Bigg היה מעניק לבעל סעד של נאמנות (דהיינו, סעד של אכיפה) לו הייתה האישה מודיעה לבעל בסמוך לפני פטירתה על ביטול הצוואה ההדדית. לשיטתי, אילו הייתה ניתנת הודעת ביטול לפני פטירת האישה, בית המשפט היה מעניק לבעל סעד של פיצויים³⁴¹ או של השבה³⁴². אלא שבפועל לא ניתנה הודעת ביטול, ולכן ניתן לטעון (כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(ב) למחקר) כי הצוואה לא בוטלה כדין. אם התפיסה העיונית היא כי לא ניתן לתת הודעת ביטול לאחר פטירת הראשון, הרי שהצוואה ההדדית לא בוטלה כדין ולכן מדובר בסעד הולם. לדעתי, הביקורת על פסק הדין נובעת מנימוקי בית המשפט, אשר השתית את פסק הדין על בסיס שאלת הנזק שנגרם לבעל עקב הפעולות הכלכליות שעשה בחיי המצווים (בהסתמך על הצוואה ההדדית) – חלף דיון בשאלה האם הצוואה ההדדית בוטלה כדין. מכל מקום – לענייננו – בהסתמך על הביקורת כנגד פסק דין Bigg (כמפורט לעיל), ניתן לטעון כי אין מקום להעניק סעד של אכיפה במקרה של ביטול שנעשה כדין בחיי שני המצווים.

שאלת הסעד נובעת באופן ישיר מהשאלה העיונית לגבי מועד "התגבשות" הצוואה ההדדית (כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(ב) למחקר). ודוק, אם "התגבשות" הצוואה ההדדית לכדי מסמך מחייב מתרחשת בשלב מוקדם (מבחינה כרונולוגית) לפטירת הראשון (לדוגמה, בעת חתימת הצוואה ההדדית או בעת ביצוע פעולה על סמך הצוואה ההדדית), אף הסעד ישתנה בהתאם (ולחפך). שאלת הסעד בחיי שני המצווים, שהיא לכאורה שאלה מעשית במהותה, הינה מורכבת ותלויה בשאלות דוקטרינריות הנוגעות לסיווג העיוני של הצוואה ההדדית. בהיעדר הגדרה וסיווג עיוני ברורים, ברי כי קיים קושי אף בהסדרתם הנורמטיבית של הסעדים, מבחינה מעשית.

³³⁹ ראו, הי"ש 168 לעיל.

³⁴⁰ ראו, Rickett, Extending Equity's Reach, הי"ש 193 לעיל, 585-584.

³⁴¹ טענתם העיקרית של המתנגדים לפיצויים במקרה כאמור נוגעת לקושי בהערכת הנזק. ראו למשל, Burgess, A Fresh Look at Mutual Wills, הי"ש 317 לעיל, 230. לעניין ביקורת על עמדה זו ראו Youdan, The Mutual Wills Doctrine, הי"ש 1 לעיל, 409-410. לעניין גובה הפיצויים ראו גם Cassidy, Mutual Wills, הי"ש 11 לעיל, 93; פסק דין Synges, הי"ש 304 לעיל, פסקה אחרונה לפסק הדין (עמ' 5 לפסק הדין, כפי שפורסם במאגר החיפוש LexisNexis).

³⁴² לעמדה אחרת המצדדת בפסק דין Bigg ראו, Cassidy, Mutual Wills, הי"ש 11 לעיל, 55.

שאלה מעשית מעניינת נוספת היא מה מעמדו ומהן זכויותיו של היורש הסופי. כאשר שני המצווים עודם בחיים, אין מחלוקת כי ליורש הסופי אין כל זכויות או מעמד³⁴³ (למעט במקרים שבהם אחד המצווים אינו מסוגל עוד לשנות את צוואתו מכל סיבה שהיא). השאלה מתעוררת בעיקר לאחר פטירת אחד מן המצווים.

התפיסה המקובלת היא כי לאחר פטירת הראשון, עם "התגבשות" הצוואה ההדדית, קמות ליורש הסופי זכויות³⁴⁴. בהתאם לכך, במקרה של ביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון או במקרה של ביצוע פעולות לאיונה לאחר פטירת הראשון, יכול היורש הסופי לפנות לבית המשפט לשם קבלת סעדים³⁴⁵. תפיסה זו מבוססת על הרעיון שבהיעדר התערבות יצא חוטא נשכר. דהיינו, בהיעדר סעדים שיוענקו ליורש הסופי עוד בחיי הנוטר בחיים, יוכל האחרון ליהנות מההסדר במשך כל חייו, ובכל זאת להתחמק ממילוי מחויבויותיו על פיו³⁴⁶. השאלה היא לאילו סעדים זכאי היורש הסופי בתקופה שבין פטירת הראשון לפטירת השני. מעמדו והיקף זכותו לסעדים של היורש הסופי מושפעים באופן מובהק מסיווגה הנורמטיבי של הצוואה ההדדית: כצוואה או כחוזה.

מנקודת המבט של דיני הירושה יש לסווג את זכויותיו של היורש הסופי כזכויותיו של יורש אחר יורש (סעיף 42 לחוק הירושה). דהיינו, כבעל זכויות מוגבלות המתמצות "במה ששייר הראשון", ובהיעדר יכולתו של היורש הראשון (הנוטר בחיים) להוריש לאחרים את מה שירש מהנפטר הראשון. מעבר לכך, לפי החוק והפסיקה אין ליורש הסופי זכויות נוספות מכוח הוראת סעיף 42. החוק קובע מפורשות כי "הראשון רשאי לעשות במה שקיבל כבתוך שלו". דהיינו, הנוטר בחיים יכול לעשות כל פעולה כרצונו בנכסים שקיבל מהנפטר הראשון (להעבירם לצד שלישי, לכלותם וכיו"ב)³⁴⁷, אלא אם כן נקבעו בצוואה ההדדית תנאים ומגבלות. כך למשל, בתמ"ש 2191-06-12³⁴⁸ נדונה צוואה הדדית (שנערכה לפני תיקון החוק) במסגרתה בני זוג הורישו את רכושם זה לזה, ולאחר פטירת השני – לילדיהם. לאחר פטירת הבעל העבירה האישה את הדירה לבן (בהמשך האם אף שינתה את צוואתה, אך נתון זה אינו רלוונטי לענייננו). הואיל ובצוואה ההדדית לא נכללה כל הגבלה, נקבע (בהתאם לסעיף 42 לחוק הירושה) כי האישה הייתה רשאית לפעול ברכוש ללא הגבלה.

בפסיקה שעסקה בצוואות הדדיות שנערכו קודם לתיקון, אשר לגביהן כאמור התפיסה היא היעדר תחולה לעקרונ הכבילה, אלא אם כן הוכח אחרת, נבחנה הצוואה ההדדית ב"עניינים צוואתיות" ולא ב"עניינים חוזיות". דהיינו, בהיעדר הגבלה מפורשת או משתמעת בצוואה ההדדית, אין מוטלות על היורש הראשון (הנוטר בחיים) מגבלות והוא רשאי לשנות או לבטל את הצוואה ההדדית וכן לפעול ברכוש באופן שיש בו כדי לאיין את הצוואה ההדדית או לפגוע בה³⁴⁹. מאידך גיסא, אם הצוואה ההדדית תסווג מבחינה נורמטיבית כחוזה או כדמוית חוזה, מעמדו של היורש הסופי ישתנה באופן משמעותי בהשוואה למעמדו של היורש השני לפי סעיף 42 לחוק הירושה³⁵⁰.

כאמור, הנטייה בספרות ובפסיקה הינה להכיר בזכויות היורש הסופי בצוואה הדדית, אלא שסיווגה העיוני של הצוואה ההדדית – יש בו כדי להשפיע על מהותן, תוכןן והיקפן של הזכויות. כאמור, תפיסה חוזית של הצוואה

³⁴³ ראו למשל, Dall, Joint and Mutual Wills, הי"ש 192 לעיל, 238.

³⁴⁴ ראו, Luxton, Walter v Olin, הי"ש 126 לעיל, 498; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, הי"ש 2 לעיל, 104.

³⁴⁵ ראו, Cassidy, Mutual Wills, הי"ש 11 לעיל, 66; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, הי"ש 2 לעיל, 114-116.

³⁴⁶ ראו, Margo E. K., *Mutual wills enforceable upon repudiation during recalcitrant promisor's lifetime*, 20(2) SUFFOLK UNIVERSITY LAW, 328-329 (1986). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1495112, REVIEW 326, 328-329 (1986).

³⁴⁷ היורש הראשון חופשי לפעול בנכסים שירש, ואפילו ידיעתו כי המצווה ביקש שהנכסים יגיעו לידי של היורש השני – אין בה כדי להטיל מגבלה משפטית על כוחו לעשות במה שירש "כבתוך שלו". ראו, שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, הי"ש 25 לעיל, 151. ראו גם, ע"א 598/75 רזניק נ' רזניק, פ"ד ל(1) 749, 755 (1976); פסק דין שחם, הי"ש 13 לעיל, 337; ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן פ"ד מג(1) 278, 286-287 (1989); ע"א 46/89 רוזן נ' בהט פ"ד מד(2) 765, 765 (1990).

³⁴⁸ ראו, תמ"ש 2191-06-12, הי"ש 275 לעיל.

³⁴⁹ ראו, ת"ע 108082/05, הי"ש 275 לעיל, עמ' 6-9 לפסק הדין; תמ"ש 1360-07 י.ה. נ' ת.ש., פסקאות 24-32 (פורסם בנבו, 23.5.2012); תמ"ש 37823/98, הי"ש 275 לעיל, עמ' 9-14 לפסק הדין; תמ"ש 4111-03-12, הי"ש 100 לעיל, עמ' 7-8 לפסק הדין.

³⁵⁰ לניתוח הפסיקה באשר להבחנה בין הסדר של יורש אחר יורש בצוואה "רגילה" ובין הסדר של יורש אחר יורש בצוואה הדדית, ראו, שבת, עסקאות בירושה, הי"ש 5 לעיל, 238-249.

ההדדית מעניקה ליורש הסופי מעמד זכויות בהיקף נרחב מאלו שמעניקה לו תפיסה צוואתית שלה³⁵¹. המצדדים בדוקטרינה החוזית מנמקים את עמדתם בכך שהדרך היחידה להבטיח את זכויות היורש הסופי היא חוזה³⁵².

בפסק דין ³⁵³Dufour, מעמדו של היורש הסופי כלל לא עמד על הפרק, ולא היה חלק מהדיון המשפטי אשר התמקד בצדדים לצוואה ההדדית – כצדדים לחוזה³⁵⁴. ודוק, בפסק הדין לא נקבע כי היורש הסופי אינו בעל מעמד, אך גם לא נקבע באופן פוזיטיבי כי היורש הסופי הוא בעל מעמד. בית המשפט התרכז בחוזה בין המצווים ובהתנהגותם זה כלפי זה וקבע כי התנהגות האישה (שינוי הצוואה לאחר פטירת הבעל) הינה מעשה הונאה³⁵⁵. ניתוח דומה בהתעלם ממעמדו של היורש הסופי נעשה אף בפסק דין ³⁵⁶Birmingham ובפסק דין ³⁵⁷Lord Walpole, הנחשבים אף הם לפסקי דין תקדימיים בתחום הצוואות ההדדיות³⁵⁸.

לשיטתי, היעדר שיח משפטי (או קיומו של שיח משפטי צר) באשר לזכויות היורש הסופי נובע מסיבות פסיכולוגיות ומבוסס על רעיונות העומדים בבסיס דיני הירושה, אך אינו מותאם לצוואה ההדדית. ודוק, תוצאה משפטית מעשית שלפיה בן (היורש הסופי) יוכל לאכוף על מי מהוריו (המצווים) צוואה לטובתו – או להגבילו מלפעול ברכושו לפי רצונו בחייו – נתפסת כבלתי ראויה מבחינה מוסרית-חברתית. דיני הירושה מבוססים על התפיסה שלפיה עד פטירת המצווה אין ליורש פוטנציאלי כל זכויות או מעמד כלפי המצווה. על פי דיני הירושה, ציפייה לרשת אינה בת הגנה ואף נתפסת כבלתי סבירה (ראו הדיון בתת-פרק ג(3) לעיל). עמדה אשר לפיה יש להקנות ליורש הסופי מעמד זכויות לאחר פטירת אחד המצווים – בחיי המצווה השני – אינה "פופולרית", ומבחינה פסיכולוגית-חברתית "נוח" יותר לבחון את הצוואה ההדדית במסגרת מערכת היחסים שבין המצווים לבין עצמם בלבד.

אלא, שהתעלמות ממעמדו ומזכויותיו של היורש הסופי לאחר פטירת אחד המצווים יוצרת שיח משפטי חסר. אין חולק כי הצוואה ההדדית מקימה חובות לנותר בחיים. על פי טבלת הזכויות של Hohfeld, כנגד חובה של צד אחד, עומדת לצד האחר זכות³⁵⁹. השאלה היא מיהו בעל הזכות העומד מול הנותר בחיים: הנפטר הראשון, היורש הסופי או אולי שניהם. עם פטירת הראשון, באופן טבעי הוא חדל מלהיות בעל זכויות משפטיות, וזכויותיו עוברות ליורשיו. אמנם רצון המצווה וכבודו הם עקרונות יסוד בדיני הירושה³⁶⁰, אך אין בכך כדי להפוך את המצווה לאחר פטירתו (דהיינו, את המת) לבעל זכויות³⁶¹. זכותו של הנפטר מכוח הצוואה ההדדית ממילא אינה שייכת לו עוד, אלא ליורשיו. אם נקבע כי יורשו של הנפטר הראשון הוא בעל הזכות, המשמעות תהא ברוב המקרים כי הנותר בחיים הוא שירש את הזכות. תוצאה זו אינה הגיונית ומעקרת מתוכן את ההסדר. לפיכך, השכל הישר מחייב כי עם פטירת הראשון "נכנס לנעליו" מי שאמור ליהנות מהזכות – היורש הסופי. ניתן לעגן תפיסה זו מבחינה משפטית אף לפי דיני הירושה ופרשנות הצוואה (סעיף 54 לחוק הירושה). ודוק, ברי כי כוונת הנפטר הראשון אינה להקנות לנותר בחיים את זכויותיו מכוח הצוואה ההדדית (לרבות הזכות לבטלה), שהרי בכך יתאפשר איונה בידי

³⁵¹ לתפיסות שונות לגבי מעמדו והיקף זכויותיו של היורש הסופי ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, Rickett, Mutual Wills; 407-406, ה"ש 226 לעיל, 539; Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, Oosterhoff, Mutual Will; 171-170, ה"ש 14 לעיל, 147, 154-153, Brierley, Mutual Wills; 96, ה"ש 165 לעיל, Thompson, Mutual Wills; 96, ה"ש 2 לעיל, עמ' 14 למאמר; Dall, Joint and Mutual Wills, ה"ש 192 לעיל, 241, 244-243.

³⁵² ראו למשל, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 163.

³⁵³ ראו, ה"ש 1 לעיל.

³⁵⁴ כך ציין הלורד Camden בפסק דין Dufour, שם, 421: "it is a contract between the parties, which cannot be rescinded, but by the consent of both. 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". (הציטוט נלקח מתוך הגרסה של פסק הדין שפורסמה על ידי Dickens, ונחשבת לגרסה המקוצרת והפחות מהימנה של פסק הדין. הציטוט אינו מופיע בגרסה שפורסמה על ידי Hargrave. להסבר על גרסאות פסק הדין ראו, ה"ש 1 לעיל).

³⁵⁵ פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 307.

³⁵⁶ ראו, ה"ש 8 לעיל.

³⁵⁷ ראו, ה"ש 168 לעיל.

³⁵⁸ לניתוח שני פסקי הדין בהקשר זה ראו, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 397.

³⁵⁹ ראו, Hohfeld, Wesley N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26(8) THE YALE LAW JOURNAL (1917) http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss_papers.

³⁶⁰ ראו ה"ש 13 לעיל.

³⁶¹ לקושי ולניגוד שבין הזכות לכבוד המת לבין הענקתה למי שאינו כשיר עוד לזכויות, ראו עמדתה של השופטת מלר בת"ע (חי) 55093-08-17 פלוגית נ' אלמוני, פיסקאות 23-24 (פורסם בנבו, 31.8.2017). לבחינת זכויותיו של המת ולשאלה "האם למתים יש זכויות" ראו, מיכאל בירנהק, "זכויות המתים וחופש החיים", *עיוני משפט* לא(1) 57 (2008) (להלן: "בירנהק, זכויות המתים וחופש החיים").

הנותר בחיים. לפיכך, אף אם הדברים אינם מצוינים מפורשות בצוואה ההדדית, ברור כי אומד דעתם של המצווים – כפי שהוא משתמע "מתוך הנסיבות"³⁶² – הינו להוריש את זכויותיהם מכוח הצוואה ההדדית ליורש הסופי³⁶³.

השאלה היא האם זכויותיו של היורש הסופי יונקות אך מזכויותיו של הנפטר הראשון, או שמא עם פטירת הראשון ו"התגבשות" הצוואה ההדדית קמים ליורש הסופי זכויות ומעמד עצמאיים. לשאלה עיונית זו יש השפעה על היקף זכויותיו של היורש הסופי. בעניין זה העמדות שונות והדעות חלוקות³⁶⁴.

אם מבחינה עיונית ליורש הסופי אין מעמד עצמאי וזכויותיו מוגבלות ויונקות מזכויות הנפטר הראשון בלבד, לכל היותר זכויותיו הן לסעד של השבה (כפי שקובע הדין הישראלי) ואולי אף לסעד של פיצויים, אך הוא לא יהיה זכאי לסעד של אכיפה. ודוק, קודם לפטירתו לא היו לנפטר הראשון זכויות מכוח הצוואה ההדדית, למעט זכותו כי הצוואה ההדדית לא תבוטל מבלי שתיתן לו הודעה על כך (כאמור, העמדה המקובלת היא כי ביטול הצוואה ההדדית בחיי המצווים, אינו מקנה סעדים למצווה השני וראו על כך בהרחבה בתת-פרק ד(3)(ב)). הזכות לאכיפת הצוואה ההדדית (ככל שהיא קיימת) נולדת רק עם "התגבשות" הצוואה ההדדית, דהיינו רק לאחר פטירת הראשון (ובלבד שנפטר מבלי שביטל את הצוואה ההדדית לפני פטירתו). לפיכך, הנפטר הראשון מעולם לא היה בעלים של הזכות לאכיפה. במצב דברים זה, אם נקבל את התפיסה לפיה היורש הסופי "נכנס לנעליו" של הנפטר הראשון וזכויותיו מוגבלות לזכויות שהיו בידי הנפטר הראשון, הוא יהיה זכאי לסעד של השבה (שכן ברי כי בעת ביטול ההסדר יידרש הנותר בחיים להשיב את שקיבל מכוח ההסדר שבוטל, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט), וייתכן שאף יהיה זכאי לסעד של פיצויים (מכוח דיני הנזיקין) אך הוא לא יהיה זכאי לסעד של אכיפה.

בעניין זה שונה הצוואה ההדדית מחוזה "רגיל" – חוזה "רגיל" הינו בר אכיפה כבר בחיי המנוח והזכות לסעד האכיפה עוברת בירושה מהמנוח ליורשיו. בצוואה ההדדית לעומת זאת, ה"חוזה" אינו אכיף בחיי המצווים (למעט אם נקבל את הגישה כי המצווים יכולים להגביל עצמם משינוי הצוואה ההדדית בחיי שניהם, וכמפורט בתת-פרק ד(1)(ב) למחקר זוהי אינה העמדה המקובלת). הזכות לאכיפת הצוואה ההדדית (ככל שהיא קיימת) אינה יכולה לעבור מהנפטר הראשון ליורש הסופי ש"נכנס בנעליו", שכן היא "מתגבשת" רק בפטירתו³⁶⁵ (והיא אינה קיימת כל עוד שני המצווים חיים). כלל בסיסי הוא בדיני הירושה שאדם אינו יכול להוריש יותר ממה שיש לו³⁶⁶. דהיינו, הנפטר הראשון אינו יכול להוריש ליורש הסופי את הזכות לסעד האכיפה – שלא הייתה מעולם בבעלותו. ויובהר, אף אין המדובר בזכות עתידה המתגבשת בפטירת הראשון, שכן זכות עתידה הינה זכות שהתגבשה בעתיד הינה וודאית³⁶⁷. אמנם אירוע פטירת המצווים הינו אירוע וודאי (שכן אף אחד אינו חי לנצח), אך הואיל וכל אחד מהמצווים רשאי לבטל את הצוואה ההדדית בחיי שניהם אין וודאות כי הזכות תתגבש בעתיד. דהיינו, הזכות

³⁶² להרחבה על פרשנות צוואה על פי אומד דעתו של המצווה כפי שהוא משתמע מתוך הנסיבות ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 268-224.

³⁶³ Liew הסביר את מעבר הזכויות (בהקשר הצוואה ההדדית) מהנפטר הראשון אל היורש הסופי בעצם העובדה כי היורש הסופי הוא שהיה אמור ליהנות בסופו של דבר מההסדר בין המצווים. ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 118-117. ³⁶⁴ לניתוח זכויותיו ומעמדו של היורש הסופי בהתאם להסדרים משפטיים ולסיווגים עיוניים שונים ראו Rickett, Mutual Wills, ה"ש 226 לעיל, 536-539.

³⁶⁵ בעניין זה ציין בירנהק כי "ככל שנכיר בזכות החי שמת, מדובר בזכות שקמה בעת חיי האדם אולם מימושה... בא לאחר המוות". ראו, בירנהק, זכויות המתים וחופש החיים, ה"ש 361 לעיל, 60. ברי כי אין זה המקרה בצוואות הדדיות, שכן הזכות קמה רק בעת הפטירה. לעמדה שונה ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 117-118. לשיטתו של Liew, אף זכויותיו של היורש הסופי יונקות מזכויותיו של הנפטר הראשון, הוא עדיין בעל זכות לאכיפת הצוואה ההדדית, בהסתמך על זכויות אלו. לדידי, בעניין זה קיימת לאקונה בתיאוריה של Liew (אשר לפיה הבסיס המשפטי העיוני הראוי והמתאים להסדרת הצוואה ההדדית הינו ההשתק הקנייני). Liew טען כי זכויותיו של הנפטר הראשון מכוח ההשתק הקנייני אינן "מתות" עימו, אלא הן עוברות אל היורש הסופי (שכן הוא שהיה אמור ליהנות בסופו של דבר מההסדר בין המצווים). אלא שאף Liew "הודה" כי בחיי הנפטר הראשון (אף במצב שבו הנפטר הראשון כבר אינו יכול לשנות את צוואתו) טרם התגבשה זכותו של הנפטר הראשון לקבלת סעד מכוח הצוואה ההדדית, אלא במצבים ספציפיים – כמו למשל שינוי הצוואה בחיי המצווים ללא הודעה, או ביצוע דיספוזיציות בנכסים בניגוד למה שהוסכם בצוואה ההדדית – ואף אז לא קמה לצדדים הזכות לסעד של אכיפה (אלא להשבה ופיצויים בלבד). Liew לא הסביר כיצד, בהיעדר קיומה של זכות האכיפה בחיי הנפטר הראשון, עוברת הזכות (שאינה קיימת) בירושה לידי היורש הסופי.

³⁶⁶ ראו, בע"מ 612/16 פלונית נ' פלוני, פסקה 14 (פורסם בנבו, 30.3.2016); בע"מ 3872/14 פלונית נ' פלוני, פסקאות י"ב-י"ג (פורסם בנבו, 8.9.2014); בע"מ 6678/10 פלונית נ' פלוני, פסקה 10 (פורסם בנבו, 24.11.2010); ע"א 2698/92 יונה נ' אדלמן, פ"ד מח(3) 275, פסקה 13 (1994); ע"א 2698/00 חורי נ' לולו, פסקה 5 (פורסם בנבו, 23.4.2001).

³⁶⁷ כך למשל נקבע ברע"א 8622/13 המוסד לביטוח לאומי נ' שחר, פסקה 14 (פורסם בנבו 7.9.2016): "המונח 'זכות עתידה'... פירושו זכות שהתגבשה בעתיד הינה וודאית, בין בתאריך קבוע ובין כאשר יקרה אירוע שהתרחשותו אינה מוטלת בספק". ראו גם, ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערוכת, פ"ד נז(3) 577, 590 (2003); ע"א 36/11 חברת דואר ישראל נ' הפציבה שיכון ופיתוח, פסקה 14 (פורסם בנבו, 3.9.2015).

לאכיפה אינה זכות עתידה העוברת בירושה מהנפטר הראשון לירש הסופי. לפיכך, ככל שזכויותיו של הירש הסופי יונקות מזכויותיו של הנפטר הראשון בלבד, הרי שהוא לא יהיה זכאי לסעד של אכיפה.

מאידך גיסא, אם הצוואה ההדדית מקימה לירש הסופי זכויות ומעמד עצמאיים, אזי הירש הסופי – וזאת מכוח מעמדו העצמאי (ולא מכוח זכויות הנפטר הראשון) – זכאי לדרוש את אכיפת הצוואה ההדדית. ככל שזכויות הירש הסופי הן זכויות עצמאיות³⁶⁸, ברור כי מעמדו העצמאי של הירש הסופי מעניק לו זכויות נרחבות יותר של אכיפת ההסדר הקבוע בצוואה ההדדית, לרבות לעניין רכושו של הנוטר בחיים (נוסף על הרכוש שירש מהנפטר הראשון). יש הטוענים כי מעמדו של הירש הסופי הוא מעמד עצמאי כשל נושה (על כל המשתמע מכך)³⁶⁹.

סיווג הנורמטיבי של הצוואה ההדדית והשיקולים העומדים בבסיס ההסדר משפיעים באופן ישיר על השאלה האמורה. ודוק, צוואה הדדית המבוססת על רעיון חוזי מקימה מכוח דיני החוזים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית המקנה לירש הסופי מעמד עצמאי וזכויות בעלות גוון קנייני. הנאמנות הקונסטרוקטיבית אף מקנה לירש הסופי מעמד עצמאי כנהנה (לפירוט על כך ראו להלן תת-פרק ה(4) למחקר). על פי דיני הנאמנות, הנהנה זכאי לתבוע את זכויותיו מהנאמן באופן עצמאי, וזאת מכוח זכויותיו שלו³⁷⁰. יתרה מזו, סיווג הצוואה ההדדית כחווה או כדמוית חווה הופך אותה לחווה לטובת צד שלישי על כל המשתמע מכך, לרבות עצמאות מעמדו של הצד השלישי³⁷¹ זאת ועוד, סיווג הצוואה ההדדית כחווה או כדמוית חווה מעניק לירש הסופי – כצד שלישי שלטובתו נערך החווה – מעמד עצמאי (אך מוגבל) גם מול צד שלישי שהיה מעורב בהפרת הצוואה ההדדית, וזאת מכוח העוולה של גרם הפרת חווה³⁷². כך, למשל, במקרה שבו הנוטר בחיים ערך צוואה הדדית חדשה עם בן זוג חדש שידע על אודות הצוואה ההדדית הקודמת או במקרה שבו הנוטר בחיים פעל לאיזנה של הצוואה ההדדית באמצעות העברת הרכוש לצד שלישי שידע על אודות הצוואה ההדדית³⁷³.

מאידך גיסא, ביסוס הצוואה ההדדית על יסודות צוואתיים אינו יכול להעניק לירש הסופי זכויות עצמאיות, אלא לכל היותר זכות להשבה ולפיצויים מכוח זכויותיו של הנפטר הראשון, וזאת בהתבסס על כללים משפטיים של מניעת עשיית עושר ולא במשפט, דיני הנזיקין או עקרון תום הלב. באותו האופן, צוואה הדדית המבוססת על רעיון של הגנת חופש הציווי של הנפטר הראשון³⁷⁴, מעניקה לירש הסופי זכויות המוגבלות להיקף זכויותיו של הנפטר הראשון (כפי שהיו לו קודם לפטירתו). כנגד טיעון זה ניתן לטעון כי בפסקי דין שונים מבוסס ההסדר על הרעיון של תום לב ומניעת הונאה³⁷⁵, ובכל זאת, כאשר נקבע כי המדובר בצוואה הדדית (דהיינו, כאשר יש ראייה לכוונת המצווים לכבילה הדדית), ניתנו סעדים של אכיפה. טענה זו אינה נכונה. אומנם באותם מקרים השתמשו בתי המשפט בצידוקים של מניעת הונאה, אך בסופו של יום הם ביססו את הצוואה ההדדית על דיני החוזים אשר

³⁶⁸ ראו, Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, ה"ש 20 לעיל, 132.

³⁶⁹ ראו, Cassidy, Life after Barns v Barns, ה"ש 16 לעיל, 69.

³⁷⁰ ראו, פרידמן וכהן, כך ג, ה"ש 110 לעיל, 111, 136; שלמה כרם, חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, 78, 82 (מהדורה 4, 2004) (להלן: "כרם, חוק הנאמנות").

³⁷¹ אף עמדתו של קריטנשטיין, אשר מתנגד לתפיסה החוזית, הינה כי אם מדובר בהסדר חוזי, לפנינו חווה לטובת צד שלישי. ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 328-329: "לאור כל האמור דומה כי אין מנוס מקביעה כי בהנחה שהצוואות ההדדיות הן חווה, יש מקום לטענה כי לפנינו חווה 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 חווה לטובת צד שלישי, למשל ביטוח חיים. הוא הדין בצוואה הדדית. מכיוון שישנה הנחת יסוד ששני המצווים, שני הצדדים לחווה, רוצים להיטיב עם המוטב, קרי הירש הסופי, אין כל בעיה לקבוע כי מדובר בחווה לטובת צד שלישי". ראו גם, Davis, Floating Right, ה"ש 182 לעיל, 430; Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 401. לדיון על זכויותיו של הירש הסופי כמוטב בחווה לטובת צד שלישי, ראו Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate, ה"ש 14 לעיל, 106-107. לאפשרות לאכוף צוואה הדדית כחווה לטובת צד שלישי, ראו שם, 110.

³⁷² על זכויותיו של צד שלישי כנגד מעוול בגרם הפרת חווה, ראו פרידמן וכהן, כך ג, ה"ש 110 לעיל, 117-128.

³⁷³ על האפשרות לחייב צד שלישי בפיצויים עקב מעורבותו בהפרת חובת אמון או עקב נטילה מרכוש הנאמנות, ראו פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 668-670.

³⁷⁴ ראו בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 505-506.

³⁷⁵ ראו למשל, פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, 307-308; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 672-673, 688-689; פסק דין Edell, ה"ש 184 לעיל, פסקאות 61-62; פסק דין Burnell, ה"ש 160 לעיל, פסקה 35.

מכוחם קמה הנאמנות הקונסטרוקטיבית³⁷⁶. ודוק, אומנם פסקי הדין עסקו ברעיון של מניעת הונאה, אך המדובר בהונאה עקב הפרת ההסכמות החוזיות העומדות בבסיס הצוואה ההדדית, ולכן מהות הזכות היא חוזית³⁷⁷.

ייתכן שלסיווגה של הצוואה ההדדית כחווה לטובת צד שלישי (היורש הסופי) יש נפקויות אף בחייהם של שני המצווים. כך למשל, במקרה שבו המצווים עדכנו את היורש על אודות הצוואה ההדדית, ייתכן שכבר בחיי המצווים מקנה לו ההודעה האמורה את הזכות שלא להסכים לשינוי הצוואה ההדדית או לגרעה מזכויותיו על פי הצוואה ההדדית³⁷⁸. עם זאת, אף בקרב המצדדים בתיאוריה החוזית התפיסה הרווחת היא כי זכויותיו של היורש הסופי קמות רק בעת "התגבשות" הצוואה ההדדית, דהיינו רק בעת פטירת הראשון³⁷⁹. ודוק, הואיל ועד לפטירת הראשון המצווים רשאים לבטל או לשנות את הצוואה ההדדית במתן הודעה, הרי שזכותו של היורש הסופי – כצד שלישי שלטובתו נערך ה"חווה" – קמה רק בעת ש"החווה" הופך מחייב – בעת פטירת הראשון.

לסיום תת-פרק זה, אציג דוגמה מעשית מעניינת שהעלה Rickett (בהקשר לפסק דין Bigg³⁸⁰) העוסקת במעמדו ובזכויותיו של היורש הסופי³⁸¹: בצוואה הדדית נקבעה הורשה הדדית ולאחר פטירת השני – הורשה ליורש הסופי. קודם לפטירתו ערך הנפטר הראשון צוואה חדשה בסתר במסגרתה הוריש את כל רכושו לבן הזוג, וביטל את ההוראה לטובת היורש הסופי. לאחר פטירת הראשון, נודע לנותר בחיים על אודות השינוי. הואיל ולשינוי לא היה מבחינתו כל נפקות מעשית, לא הייתה לו כמובן כל התנגדות לשינוי הצוואה ההדדית. Rickett העלה את שאלת מעמדו של היורש הסופי במקרה כאמור. אם עריכת צוואה בסתר המתגלה לאחר פטירת הראשון נחשבת כהודעת ביטול כדין, ברי כי ליורש הסופי אין מעמד במצב האמור. מאידך גיסא, אם לא ניתן לתת הודעת ביטול לאחר פטירת הראשון – דהיינו, אם כאשר צד הלך לעולמו מבלי לתת הודעת ביטול כדין, יש לקיים את הצוואה ההדדית, וצוואה סותרת אינה יכולה להיחשב כהודעת ביטול לאחר פטירת הראשון – ייתכן שיש מקום להעניק ליורש הסופי במקרה כאמור מעמד וזכויות. עמדתו של Youdan היא כי היורש הסופי אינו יכול לדרוש את אכיפת הצוואה ההדדית במקרה שבו הנפטר הראשון ביטל את הצוואה בחיי שני המצווים³⁸². אך Youdan לא עסק בשאלה העיונית בדבר נפקותו המשפטית של ביטול שאינו כדין³⁸³. תוצאה לפיה במקרה האמור יוענקו ליורש הסופי זכויות אינה חסרת בסיס. מכל מקום, ברור כי בהיעדר סיווג עיוני של הצוואה ההדדית, זכויותיו ומעמדו של היורש הסופי אינם ברורים³⁸⁴. ביקורתו של Rickett על הסדר הצוואה ההדדית נוגעת בין השאר, להיעדר הסדרה עיונית ברורה לגבי מעמדו וזכויותיו של היורש הסופי. Rickett הביא את הדוגמה האמורה כדי להמחיש את הטענה לפיה בהיעדר הסדרה עיונית ברורה תתעוררנה מחלוקות מעשיות באשר לסעדים להם זכאי היורש הסופי.

³⁷⁶ ראו בעניין זה עמדתם של Brown ו-Pawlowski, Problems with mutual wills, Pawlowski & Brown, ה"ש 14 לעיל, 475: "Although the rationale for imposing such a trust is to prevent equitable fraud ... it should not be forgotten that the arrangement giving rise to the trust is essentially contractual (and not voluntary) in character. To this extent, therefore, whilst the doctrine of mutual will may well be grounded in a desire to prevent fraud, the more logical explanation is that it rests on the 'imposition of a constructive trust on the receipt of property subject to a prior agreement'".

³⁷⁷ כך למשל נקבע, בפסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 672: "In the case of mutual wills equity will restrain the parties doing anything in fraud of the agreement".

³⁷⁸ סעיף 36(א) לחוק החוזים. לניתוח זכויותיו של היורש הסופי במקרה כאמור, ראו O'Donnell, Trusts and Estates, ה"ש 170 לעיל, 115.
³⁷⁹ ראו למשל Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, כ-12 שנה לפני פרסום מאמרו של Rickett בשנת 1991. עם זאת, ייתכן כי במקרים מסוימים, כפי שתואר לעיל בתת-פרק ד(1)(ב) למחקר, האינטרס של היורש הסופי מתגבש אף קודם לפטירת שני המצווים, לדוגמה במקרים שבהם אחד המצווים אינו יכול לשנות את צוואתו עקב מגבלות פיזיות או נפשיות.

³⁸⁰ ראו, ה"ש 168 לעיל.
³⁸¹ ראו, Rickett, Extending Equity's Reach, ה"ש 193 לעיל, 585.

³⁸² ראו, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ה"ש 1 לעיל, 407. עמדתו של Youdan לא הובעה לגבי הדוגמה של Rickett (מאמרו של Youdan פורסם בשנת 1979, כ-12 שנה לפני פרסום מאמרו של Rickett בשנת 1991). עם זאת, Youdan הביע במאמרו עמדה ברורה מאוד לגבי מצב כאמור (עמ' 407): "a third party beneficiary would have no right to sue where there is a breach by either party during the joint lifetime of the parties or where there is a breach on the death of the first to die...".

³⁸³ ראו לעיל הדיון בתת-פרק ד(1)(ב) למחקר.

³⁸⁴ ראו, Rickett, Mutual Wills, ה"ש 226 לעיל, 537.

5.ד. היקף הנכסים אשר עליהם חלה הצוואה ההדדית

הדרך הנכונה והפשוטה לפתור מראש מחלוקות בקשר להיקף הנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית, היא הסכמה בין המצווים (בצוואה ההדדית עצמה או בחוזה הנלווה לה)³⁸⁵, שכן עקרונית הצוואה ההדדית היא הקובעת את היקף תכולתה³⁸⁶. אלא, שבפועל מרבית הצוואות ההדדיות אינן כוללות התייחסות לשאלת היקף תכולתן מבחינת הרכוש³⁸⁷, ואין בחוק או בפסיקה (ואף לא במשפט המשווה), תפיסה מוסדרת באשר לברירת המחלוקת לגבי היקף תכולת הצוואה ההדדית (מבחינת הרכוש) ובעניין זה הדעות חלוקות³⁸⁸. זאת ועוד, אף אם הצוואה ההדדית כוללת התייחסות להיקף תכולתה (מבחינת הרכוש), עולה השאלה האם המצווים יכולים לכבול זה את זה אף לגבי רכושו של הנוטר בחיים. דהיינו, האם הצוואה ההדדית מגבילה את הנוטר בחיים רק לגבי הנכסים שירש מהנפטר הראשון, או שמא היא יכולה לחול על כלל נכסי המצווים וניתן להגביל מכוחה את הנוטר בחיים אף לגבי נכסיו שלו. אף בעניין זה הדעות חלוקות³⁸⁹.

אם נראה בצוואה ההדדית צוואה, אזי כל אחד מן המצווים רשאי לקבוע מגבלות והוראות באשר לרכושו שלו בלבד³⁹⁰. במקרה כאמור לא תהא משמעות להוראות הנוגעות לרכוש הנוטר בחיים. אומנם באמצעות תנאי מפסיק ניתן להורות כי ירושת הנוטר בחיים תופסק אם ישנה הוא את צוואתו או אם יפעל ברכושו שלו בניגוד לתנאים שנקבעו בצוואה. אך בכך לא סגי, שכן בסופו של יום אין בפתרון האמור כדי להבטיח את קיום הצוואה ההדדית ואת קיום התכנון המשותף להנחלת ההון המשפחתי. כמו כן אין בהוראה כאמור משום פתרון לצוואות הדדיות שאינן כוללות הורשה הדדית, אלא אך הורשה ישירה לצד שלישי (כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(ג) למחקר).

מאידך גיסא, אם הצוואה ההדדית תסווג כחוזה, אין קושי בכבילת המצווים לגבי כלל הרכוש – הן לגבי רכושו של הנפטר הראשון (שהועבר לנוטר בחיים) הן לגבי רכושו של הנוטר בחיים³⁹¹. המצדדים בגישה זו טוענים כי הטעם העומד בבסיס עריכת הצוואה ההדדית הינו הרצון להבטיח כי כלל רכושה של המשפחה יועבר בסופו של יום לפי התכנון המשותף שנקבע בצוואה ההדדית. ודוק, אם הצוואה ההדדית חלה רק על נכסי הנפטר הראשון, אין בצוואה ההדדית כל רבותא בהשוואה לצוואת יחיד הכוללת הוראת יורש אחר יורש, תניות והוראות מגבילות³⁹².

זו אינה הבעיה היחידה הנוגעת להיקף תכולתה של הצוואה ההדדית. אף אם הצוואה ההדדית חלה על נכסיהם של שני המצווים, עדיין עולה השאלה מה דינם של נכסים שנוצרו או שנצברו לאחר פטירת הראשון. בפסק דין University of Manitoba נקבע כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית חלה על כל נכסיו של הנוטר בחיים, לרבות נכסים

³⁸⁵ ראו, Clements & Abass, Complete Equity & Trusts, ח"ש 160 לעיל, 228-227 והפסיקה שם. כן ראו, Gandhi, Estate Planning for Blended Families, ח"ש 15 לעיל, 276.

³⁸⁶ ראו, Sheridan, The Floating Trust, ח"ש 160 לעיל, 224, 241; Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills; 139 לעיל, 139; Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ח"ש 14 לעיל, 476-477, 481; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom; 481, 476-477 לעיל, ח"ש 16 לעיל, 170; Oosterhoff, Mutual Will; ח"ש 14 לעיל, 154; Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine; ח"ש 14 לעיל, 668-669; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ח"ש 4 לעיל, 488; קורינאלדי, דיני ירושה, ח"ש 45 לעיל, 231; פסק דין Edell, ח"ש 184 לעיל, 64.

³⁸⁷ ראו, Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ח"ש 1 לעיל, 414, 417; Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ח"ש 170 לעיל, 139; Thompson, Mutual Wills, ח"ש 2 לעיל, עמ' 13 למאמר; Contracts Not to Revoke, ח"ש 26 לעיל, 161.

³⁸⁸ ראו למשל, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ח"ש 170 לעיל, 140; Trudelle, Mutual Wills; ח"ש 160 לעיל, עמ' 11 למאמר; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ח"ש 4 לעיל, 404; Contracts Not to Revoke, ח"ש 26 לעיל, 161-163; Oosterhoff, Mutual Will Explaining the Mutual Wills Doctrine, ח"ש 2 לעיל, 100-101; Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine; ח"ש 14 לעיל, 669-666; Luxton, Walter v Olin; ח"ש 126 לעיל, 503; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ח"ש 5 לעיל, 40-43; Goodchild, ח"ש 4 לעיל, 1230; פסק דין Murphy v. Slaton, 154 Tex. 35, 273 S.W. (2d) 588, 594-597 (1954); Schefe v. Crowley, 261 Wis. 113, 52 N.W. (2d) 375, 40-43; Allen, ח"ש 24 לעיל, 833.

³⁸⁹ כך למשל, בפסק דין Gillespie, ח"ש 160 לעיל, פסקאות 7-9, 20-22, נקבע כי המצווים יכולים לקבוע בצוואה ההדדית כי היא חלה על כלל רכושם של שני המצווים. בשונה מכך, בפסק דין Grisor, ח"ש 160 לעיל, פסקאות 12-13, נקבע כי הצוואה ההדדית אינה יכולה לכבול את הנוטר בחיים, אלא באשר לרכוש שקיבל מן הנפטר הראשון. לעמדות שונות ראו, Hughes, mutual will, ח"ש 15 לעיל, 135; Youdan, The Mutual Wills Doctrine, ח"ש 1 לעיל, 415; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom; ח"ש 16 לעיל, 161.

³⁹⁰ זאת, מכוח סעיפים 41-45 לחוק הירושה, לרבות הוראות יורש אחר יורש, תנאים מפסיקים, תנאים דוחים וכיו"ב. ראו, Cassidy, Mutual Wills, ח"ש 11 לעיל, 61-59; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation; ח"ש 4 לעיל, 488-489. מסקנה זו עולה מפסק דין Doherty v. Berry (Estate of), [1999] A.J. No. 1315, 1999 ABQB 312, 82 Alta. L.R. (3d) 303, 252 A.R. 339, 34 E.T.R. 226 (2d), שם נקבע בפסקה 21 כי: **belonging to two** and to provide by their wills for its disposal **testators** (usually husband and wife), **who have agreed to pool their mutual property** according to an **agreed scheme**. ... [ההדגשות אינן במקור].

³⁹² ראו, Contracts Not to Revoke, ח"ש 26 לעיל, 163.

שנוצרו או שנצברו לאחר פטירת הראשון³⁹³. לעומת זאת, בפסק דין Hagger נקבע כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית חלה רק על הנכסים שהיו בידי הנוטר בחיים ביום פטירתו של הראשון³⁹⁴. השאלה הופכת לקשה יותר בהקשר נכסים חדשים שהתקבלו בירושה או במתנה (בניגוד, למשל, לפירות או להשבחה של נכסים קודמים)³⁹⁵.

התשובות על שאלות אלו מתקשרות אף הן לסיווג העיוני של הצוואה ההדדית. תפיסה צוואתית תתקשה להכיר במגבלות על הנוטר בחיים לגבי נכסיו שלו, קל וחומר לגבי נכסים שנוצרו או התקבלו (במתנה או בירושה) לאחר פטירת הראשון. בניגוד לכך, תפיסה חוזית תאפשר להכיר בהטלת מגבלות על כלל הנכסים, לרבות נכסים חדשים.

ד.6. השפעת ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים על תוקף צוואתו של המצווה השני

שאלות מעשיות נוספות הטעונות פתרון ונובעות אף הן מסיווג העיוני של הצוואה ההדדית נוגעות להשפעת ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים, על תוקף צוואתו של המצווה השני. ודוק, השאלה העיקרית היא האם ביטול הצוואה ההדדית על-ידי צד אחד גורר באופן מיידי אף את ביטולה של צוואת הצד השני.

שאלה זו נובעת מסיווגה של הצוואה ההדדית כצוואה או כחווה. על פי דיני הצוואות, לביטול על ידי צד אחד לא אמורה להיות השפעה על תוקף צוואתו של האחר. צוואה הינה מעשה אישי (סעיף 28 לחוק הירושה), ולכאורה כפי שבעת עריכת הצוואה ההדדית שני בני הזוג נדרשים להיות מעורבים אישית בעריכתה על מנת שיהיה לה תוקף מבחינת כל אחד מהם, היה מצופה, כי אף ביטול צוואתו של כל אחד מן המצווים יידרוש מעורבות אישית של כל אחד מהם. דהיינו כי כל צד יוכל לבטל את צוואתו שלו במתן הודעה לצד השני, אך לא יהיה בכך כדי להשפיע על צוואת האחר או כדי לבטלה (בשונה משנקבע בסעיף 8א(ב) לחוק). בניגוד לכך, על פי דיני החוזים, היות שמדובר במסמך משותף אשר נערך מתוך הסתמכות המצווים איש על צוואת רעהו³⁹⁶, אך הגיוני הוא כי בעת ביטול כדן (בהודעה) מתבטל "החווה כולו" וכמו "מגדל קלפים" שתי הצוואות "נופלות" (מתבטלות).

על פי סעיף 8א(ב)1 לחוק הירושה, מתן הודעת ביטול בחיי שני המצווים מביא באופן מיידי ושיר לביטול הצוואה ההדדית מבחינת שני המצווים. דהיינו, בעניין זה אימץ החוק את הגישה החוזית³⁹⁷. כנגד גישה זו נטען כי המחוקק איפשר לכל אחד מהמצווים לכפות על משנהו את ביטול הצוואה, בעוד שמהמצווה השני נשללו שיקול הדעת והזכות להחליט אם לבטל את צוואתו שלו³⁹⁸. מצב זה עשוי להיות בעייתי כאשר המצווה השני אינו יכול לשנות את צוואתו, למשל משום שאינו כשיר או במקרה שנפטר לפני שהספיק לערוך צוואה חדשה³⁹⁹.

על פי החוק הישראלי, הנוטר בחיים יכול לבטל את צוואתו לאחר פטירת הראשון אם הדבר לא הוגבל בה מפורשות. סעיף 8א(ג) קובע כי "הוראה השוללת לחלוטין את הזכות לבטל את הצוואה **בחיי שני בני הזוג** – בטלה" (ההדגשה אינה במקור). מכלל הן אתה שומע לאו. דהיינו, הוראה השוללת את הזכות לבטל את הצוואה **לאחר פטירת הראשון** אינה בטלה (יש לה תוקף). מכל מקום, כאשר לא נקבעה הגבלה לגבי אפשרות הביטול לאחר פטירת הראשון, עולה השאלה האם ביטול על ידי הנוטר בחיים מביא אף לביטול צוואת הנפטר הראשון. על פי סעיף 8א(ב)2, ביטול לאחר פטירת הראשון מותנה בהשבת הרכוש שירש הצד המבטל או בהסתלקות (אם הביטול קדם לחלוקת העיזבון). אלא שבחוק ישנה לאקונה, ולא ברור כיצד מתחלק הרכוש שהיה אמור לרשת הנוטר בחיים. האם הביטול על ידי הנוטר בחיים אינו פוגע בצוואת הנפטר הראשון כך שחלקו של הנוטר בחיים עובר ליורשים הסופיים בהתאם לצוואה ההדדית, או שמא הביטול גורר אף את ביטול צוואת הנפטר הראשון כך

³⁹³ ראו, ה"ש 181 לעיל, פסקה 58. ראו גם, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, Cassidy, Mutual Wills ; 140-139, ה"ש 11 לעיל, 61-60.

³⁹⁴ ראו, פסק דין Hagger, ה"ש 311 לעיל, עמ' 3 לפסק הדין כפי שפורסם במאגר החיפוש LexisNexis. ראו גם, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills ; 165-164, ה"ש 15 לעיל, 25.

³⁹⁵ לניתוח השאלות והבעיות באשר לנכסים שנוצרו או שנצברו לאחר פטירת הראשון ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 106-107, 115, Testamentary Freedom ; Hudson & Sloan, ה"ש 16 לעיל, 161.

³⁹⁶ ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 73.

³⁹⁷ ראו, שוחט, פגמים בצוואות, ה"ש 25 לעיל, 355.

³⁹⁸ ראו, ת"ע 12-12-19940, ה"ש 120 לעיל, פסקה 29.

³⁹⁹ ראו, שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 149.

שעיזבונו יחולק בהתאם להוראות סעיפים 10-17 ו-55 לחוק הירושה (ירושה על פי דין)⁴⁰⁰. אם התוצאה הינה כי צוואת הנפטר הראשון בטלה ועיזבונו יחולק על פי דין, אזי הנותר בחיים, שביטל את הצוואה ההדדית, ישוב באופן לא הגיוני למעגל הירושים כבן זוגו של הנפטר הראשון (מכוח סעיף 11 או מכוח סעיף 55 לחוק הירושה).

זאת ועוד, לא ברור מה דינו של יורש ראשון שירש באופן ישיר יחד עם הנותר בחיים. אם צוואת הנפטר הראשון נותרת תקפה למעט זכייתו של הנותר בחיים שביטל את הצוואה, אזי הרכוש שקיבל היורש הנוסף ייוותר ברשותו. מאידך גיסא, אם ביטול הצוואה ההדדית על ידי הנותר בחיים מביא לביטול צוואתו של הנפטר הראשון, אף היורש הנוסף יידרש להשיב את הרכוש שקיבל לעיזבונו הנפטר הראשון כדי שיחולק ליורשים על פי דין⁴⁰¹.

סיווגה הנורמטיבי של הצוואה ההדדית משפיע אף על משמעותו ותוצאותיו של ביטול חד צדדי, ואף סוגיה זו טעונה הסדרה.

7.ד. סיכום ביניים

בפרק זה ביקשתי להראות כיצד הניגוד בין דיני הצוואות לבין דיני החוזים בא לידי ביטוי בפועל בצוואה ההדדית, ואילו בעיות מעשיות ושאלות עיוניות נובעות מן הניגוד האמור. במסגרת זו העליתי דוגמאות ושאלות שונות, למשל: האם ניתן לבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון או בחיי שני המצווים, ואם כן – כיצד; האם ידיעה או התנהגות יכולות להחליף את הודעת הביטול; מה דינה של צוואה ההדדית שאינה כוללת הורשה הדדית או שכוללת הורשה הדדית בלבד; מה משמעותן של פעולות לאיון הצוואה ההדדית; אילו סעדים ניתן להעניק מכוח הצוואה ההדדית; מה מעמדו וזכויותיו של היורש הסופי; על אילו נכסים חלה הצוואה ההדדית; כיצד משפיע ביטול של אחד המצווים על תוקפה של צוואת האחר בחיי שני המצווים או לאחר פטירת הראשון.

בפרק זה ניסיתי להראות כי לסיווגה העיוני של הצוואה ההדדית יש השפעה ישירה או עקיפה על כל השאלות המעשיות שהוצגו בו. מטרתי בפרק זה הייתה לשכנע כי קודם להסדרתה הנורמטיבית של הצוואה ההדדית ועיצוב ההסדר, יש להכריע תחילה מהו סיווגה העיוני הנכון, הראוי והרצוי. רק לאחר הכרעה כאמור ניתן יהיה ליצור הסדר נורמטיבי מסודר וקוהרנטי.

⁴⁰⁰ להצגת הבעיה ראו, שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 288-292.

⁴⁰¹ עמדתו של קורינאלדי היא כי ביטול לאחר פטירת הראשון אינו יכול להביא לביטול זכייה ישירה של צד שלישי שנכנסה מייד לתוקף עם פטירת הראשון. ראו, קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 233.

ה. הצגת התפיסה החוזית כבסיס עיוני להסדר הצוואה ההדדית ופתרונות

מעשיים לבעיות שהועלו במסגרת המחקר

בפרק זה אציג את הסדר הצוואה ההדדית כמבוסס על דיני החוזים ואנסה להראות כי דיני החוזים הם הבסיס המתאים, הנכון והראוי לעיצובה העיוני והמעשי של הצוואה ההדדית. בין השאר אנסה להראות כיצד ניתן באמצעות דיני החוזים ליצור פתרונות מעשיים הולמים לבעיות שהוצגו לעיל בפרק ד למחקר. במסגרת פרק זה אעסוק גם בביקורות על התפיסה החוזית ואנסה להתמודד עימן, וכן אדון בסוף הפרק בהצעות אחרות לביסוסה העיוני של הצוואה ההדדית ואבקש להראות כי בסופו של יום, כדי להבטיח את המטרות העומדות בבסיס ההסדר (כפי שפורטו בפרק ב למחקר), לא ניתן "להתחמק" מן הפן החוזי.

בפתח הדברים יש להבהיר כי אימוץ הדוקטרינה החוזית, אין משמעותו החלת חוק החוזים כמות שהוא על הצוואה ההדדית, אלא הסדרת הצוואה ההדדית באמצעות כלים חוזיים המותאמים לה, כלים המשלבים הסדרים קוגנטיים עם הסדרים דיספוזיטיביים. דהיינו שורה של "תנאים מכללא מכוח הדין" – הוראות שרואים אותן כנכללות בצוואה ההדדית אם לא הוסכם אחרת בין המצווים, ממש כמו ההסדר הקיים בחוק החוזים⁴⁰².

ה.1. עקרון הכבילה כנגד חופש הציוויו

כפי שפורט בתת-פרק ד(1)א למחקר, התפיסה המקובלת היא כי כדי שצוואה תיחשב כצוואה הדדית, יש צורך בראיה המלמדת על כוונת המצווים להגביל זה את זה⁴⁰³. דהיינו, העובדה שהמצווים עשו צוואה משותפת אינה מלמדת בהכרח שהמדובר בצוואה הדדית⁴⁰⁴. אלא שהמגמה היום ברוב שיטות המשפט (הדורשות כאמור ראייה לצורך החלת הצוואה ההדדית) הינה הגמשת הראיה הנדרשת. הראיה יכולה לבוא לידי ביטוי בצוואה עצמה (במפורש או במרומז), בחוזה נפרד או בנסיבות המלמדות על כוונת כבילה (כגון תזכיר או תרשומת, לרבות אלו של עורך הדין שערך את הצוואה ההדדית, דברים שנאמרו לעורך הדין, שיחות משפחתיות, אמירות או הצהרות לפני חברים, רקע היחסים בין המצווים, התנהגות הנותר בחיים לאחר פטירת הראשון, ועוד)⁴⁰⁵. הבעיה היא שאימוץ גישה "גמישה" כאמור "מסרב" את ההסדר מבחינה מעשית, יוצר חוסר ודאות ועשוי להביא להתדיינות יתר⁴⁰⁶. ניתן ללמוד זאת באופן מובהק מן המשפט המשווה. אחת הסוגיות המשמעותיות ביותר והנדונות ביותר בפסיקה ובספרות בשיטות משפט המצריכות ראייה להוכחת הסכם (דהיינו, ראייה לכבילה) לצורך החלת הצוואה ההדדית, היא סוגיית הראיה עצמה: מה נחשב לראיה; האם יש צורך בראיה ישירה או עקיפה; האם יש צורך בראיה בכתב או שמא ניתן להסתפק בחוזה בעל פה וכיו"ב. בספרות נכתבו על כך תילי תילים של פרשנויות והסברים, ובתי המשפט בעולם נאלצו להתמודד עם מקרים רבים שבהם מרבית הדיון נסב סביב השאלה העובדתית-ראייתית – האם הובאה ראייה מספקת לחוזה, לצורך החלת הצוואה ההדדית⁴⁰⁷.

הבעיה האמורה קיימת אף בדין הישראלי העכשווי. ודוק, כדי שסעיף 8א יחול על צוואות של בני זוג יש להראות כי המדובר בצוואה הדדית, ובלשון החוק – יש להראות כי מדובר בצוואות שנערכו "מתוך הסתמכות של בן הזוג

⁴⁰² ראו, פרידמן וכהן, כרך א, ה"ש 44 לעיל, 59. בעניין זה עמדתי דומה לעמדתו של קריטנשטיין. דהיינו כי החוק צריך לכלול הסדר של ברירת מחדל, אשר המצווים יהיו רשאים להתנות על הוראותיו, למעט התנאה על רכיבו הקוגנטיים. ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 29 לטייטה. לעמדה דומה ראו גם, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 8 למאמר.

⁴⁰³ ראו, ה"ש 160 לעיל.

⁴⁰⁴ ראו, ה"ש 165 לעיל.

⁴⁰⁵ ראו, Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 148-147; Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 134-133; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 487-485; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 140; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 160-159 בעמ' 4-5 למאמר; Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 192-191; Richardson, Legislation for mutual wills, ה"ש 15 לעיל, 106-103; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 11-10 למאמר; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, ה"ש 2 לעיל, 222-245; פסק דין Charles, ה"ש 160 לעיל, פסקאות 64-69; פסק דין Goodchild, ה"ש 4 לעיל, 1221-1226; פסק דין Fry, ה"ש 160 לעיל, פסקאות 38-29; פסק דין Burnell, ה"ש 160 לעיל, פסקאות 51-37; פסק דין Atha, ה"ש 160 לעיל, פסקאות 43-33; פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל, פסקאות 94-36; קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 21-19 לטייטה.

⁴⁰⁶ ראו, ה"ש 14 לעיל.

⁴⁰⁷ ראו, ה"ש 160 לעיל.

האחד על צוואת בן הזוג האחר". דהיינו, סעיף 8 אינו חל באופן מיידי בצוואות משותפות של בני זוג, אלא רק במקרים שבהם מוכחת הסתמכות⁴⁰⁸. אני סבורה כי בחלוף השנים, לכשיגיעו לפתחו של בית המשפט יותר ויותר מחלוקות בקשר לצוואות הדדיות שנערכו לאחר הוספת סעיף 8א, גם בתי המשפט בישראל ייאלצו להתמודד עם שאלת הראיה הנדרשת להוכחת הסתמכות, שאלה שהיא בסופו של יום עובדתית-ראייתית בעיקרה, וכאמור יוצרת חוסר ודאות ומביאה לריבוי התדיינויות.

ראוי להבהיר, אין המדובר בשאלה של פרשנות הטקסט (דהיינו, של פרשנות הצוואה ההדדית). על פי ההלכה במשפט הישראלי, כאשר לשון החוזה מצביעה באופן ברור על כוונת המצווים, אין צורך ואין הצדקה לחרוג ממנה⁴⁰⁹. הדברים נכונים במיוחד בהתחשב בשינוי סעיף 25 לחוק החוזים⁴¹⁰. לו היה מדובר בשאלה של פרשנות, ניתן היה לטעון כי ככל שהדברים ברורים מהטקסט, אין מקום "לתור" אחר ראיה להסתמכות נוסף על הקבוע בצוואה ההדדית עצמה. אלא שהדרישה לראיה אינה עניין של פרשנות. התפיסה המקובלת ברוב שיטות המשפט (כפי שפורט לעיל) היא, שלכתחילה אין דרישה כי הראיה להגבלה (ובהקשה לדין הישראלי – הראיה להסתמכות) תבוא לידי ביטוי בצוואה ההדדית עצמה. דהיינו, לכתחילה ההגבלה יכולה לבוא לידי ביטוי באופנים שונים שהינם חיזוניים לטקסט (לצוואה ההדדית). לפיכך, בניגוד לתורת הפרשנות הנוהגת – ה"נעצרת" בטקסט – החיפוש אחר הראיה להגבלה או להסתמכות אינו "נעצר" בטקסט.

לשיטתי, הדיון על שאלת הראיה לכבילה (בשיטות משפט הדורשות זאת), שהוא דיון עובדתי-ראייתי בעיקרו⁴¹¹, הסב את תשומת הלב מן המהות והפך את הצוואה ההדדית – ואת התפיסה החוזית בפרט – למטרה לביקורת בשל היותה אבן שואבת להתדיינויות משפטיות ולמחלוקות פנים-משפחתיות⁴¹². כנגד מגמת ההגמשה נטען (נוסף על הטענה של ריבוי התדיינויות) כי הגמישות הביאה למדרון חלקלק, שבסופו (מבחינה מעשית) הצוואה ההדדית אינה חוזית עוד (אף שהיא מוצגת כך על ידי בתי המשפט). הטענה היא כי לאור מגמת ההגמשה, דרישת הראיה לחוזה ולכוונת כבילה אינה נאכפת בפועל וכי בתי המשפט מחילים את ההסדר לפי עקרונות של צדק בהתאם לנסיבות המקרה, אף בהיעדר הסכם ברור הנחשב כאכיף במשפט המקובל⁴¹³.

אני סבורה כי מדובר בביקורת ראויה. עלי להודות כי בעת קריאת פסקי הדין והמאמרים לצורך המחקר חשתי חוסר נוחות עקב היעדרו של קו מנחה וברור בנקודה זו, ובשל התחושה כי בתי המשפט (במדינות שונות) יוצרים צדק קונקרטי (באמצעות הקשחה והגמשה לפי הנסיבות), ואינם פועלים בהכרח לפי כללים סדורים⁴¹⁴. התנהלות זו מביאה לחוסר ודאות, לתוצאות שונות בהתאם לנסיבות השונות, ובעקבות זאת – לריבוי התדיינויות⁴¹⁵. אלא שלדידי, ביקורת זו אינה ביקורת על התפיסה החוזית, על תוכנה או על מהותה, אלא ביקורת הנוגעת לפרקטיקה הנוהגת ולשימוש השגוי של בתי המשפט בתפיסה החוזית ובהסדר של הצוואה ההדדית.

⁴⁰⁸ ראו, ה"ש 166 לעיל. כמו כן ראו הדיון בתת פרק ד(1)(א)

⁴⁰⁹ ראו, נילי כהן, "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587, 619 (2013) (להלן: "כהן, נאמנות הפרשן"); ע"א 7378/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 נ' טהוליאן, פיסקה 1 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 10.9.2001); ע"א 8918/09 קמחי נ' מנהל מרקעי ישראל, פיסקה י"ד (פורסם בנבו, 14.1.2009); ע"א 2568/98 פטר נ' חממי, פ"ד נו(4) 796, 801-800 (2003); ע"א 3196/01 גלמן פינץ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נח(2) 682, 689 (2004); ע"א 9551/04 אספן בניה נ' מדינת ישראל, פיסקה 24 (פורסם בנבו, 12.10.2009); ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט, פיסקה 27 (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים, פיסקות 43-44 (פורסם בנבו, 13.2.2008); ע"א 2232/12 הפטריארכיה הלטינית בירושלים נ' פארוואג'י, פיסקה 14 (פורסם בנבו, 11.5.2014); ע"א 2502/16 ג'יאקומו נגריין נ' RWL WATER' LLC, פיסקה 20 (פורסם בנבו, 26.3.2017); רע"א 5487/16 עיריית קרית אתא נ' תלמוד תורה, פיסקה ט"ו (פורסם בנבו, 7.11.2016).

⁴¹⁰ תיקון מספר 2 לחוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מספר 2), התשע"א-2011, ס"ח 202. באשר להשפעת תיקון החוק על פרשנות החוזה ראו, כהן, נאמנות הפרשן, ה"ש 409 לעיל, 621-626.

⁴¹¹ כך פתח השופט Leggatt L.J את דבריו לעניין ניתוח המשפטי העיוני של הצוואה ההדדית, בפסק דין Goodchild, ה"ש 4 לעיל, 1221: "... Crucial to this topic is the evidence."

⁴¹² ראו, ה"ש 14 לעיל.

⁴¹³ ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 102; Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 11-12; Davis, Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, 243.

⁴¹⁴ לביקורת ודוגמאות ראו, ה"ש 291 לעיל.

⁴¹⁵ היטיב להגדיר זאת השופט Maloney בפסק דין Grisor, ה"ש 160 לעיל, פיסקה 11: "... Thus, the presence, or absence, of an agreement not to revoke is a matter that falls to be determined on the facts of each case. A door is left open to the court to decide, in an appropriate instance, that a given will does not infer such an agreement by its terms alone..." הדרישות כאשר הם סבורים כי בנסיבות המקרה מן הראוי לקבוע כי קיימת צוואה הדדית. ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 19-21 לטיטה.

אומנם הצוואה ההדדית אינה "בן יחיד" בהקשר הבעיה של היעדר כללים סדורים, ולמעשה מדובר בבעיה כללית, שהיא "תוצר לוואי" של שיקול הדעת השיפוטי⁴¹⁶. אלא שבהקשר הצוואה ההדדית נראה כי מדובר בהיעדר ודאות חמור עד כדי כך שמבקרים רבים ממליצים לבטל את ההסדר או להימנע מלעשות בו שימוש⁴¹⁷. ודוק, בהתנגשות שבין העמדה הרשמית לעמדה המהותית מתעורר במקרים רבים מתח בין הצדק הפרטי של הצדדים לבין הצדק הכללי וההשלכות הצופות פני עתיד⁴¹⁸. ברי כי אין המדובר בבעיה שהינה ייחודית לצוואה ההדדית. אלא שלשיטתי הצוואה ההדדית לא תוכל "לשרוד" בלא יצירת סדר ובהירות ב"כאוס" הקיים היום. הרשמיות והודאות – מטרתן לא רק ליצור יציבות משפטית בתחום (בדומה לדרישות הצורה בהסדרים אחרים⁴¹⁹), אלא מטרתן להגן על ההסדר עצמו על כלל הערכים שהוא משקף. ודוק, כמפורט בפרק ב למחקר, הצוואה ההדדית מהווה תכנון משותף של העברת ההון המשפחתי לדור הבא והגנה על הנותר בחיים. מדובר בהסדר המשקף ערכים הנתפסים כראויים לחברה בכללותה ולהקשר המשפחתי בפרט: מחויבות, אחריות, דאגה, אמון, אלטרואיזם ושיתוף⁴²⁰. תנאים ברורים לתחולת ההסדר ייצרו ודאות באשר להסדר ולשאלת תחולתו ויעודדו את השימוש בו. היעדר ודאות לאחר פטירת הראשון, יביא להימנעות משימוש בהסדר (כפי שכאמור מבקרים רבים ממליצים לעשות) תוצאה זו תביא לאיון ההסדר על כלל הערכים הגלומים בו⁴²¹. זאת ועוד, לבד מההגנה על ההסדר עצמו, לתנאים הדווקניים (היוצרים ודאות) יש יתרון נוסף בהקשר המשפחתי. התדיינות בענייני ירושה, נוסף על העלויות הכספיות שיש בניהולן (לצדדים ולציבור), יש להן עלויות רגשיות הרסניות והן מביאות לקרעים בתוך המשפחה. לוודאות יש יתרון מן הבחינה החברתית – היא מגנה על כלל חברי המשפחה מפני מחלוקות עתידיות. הצורך בוודאות (מעבר לכך שיש בו כדי להגן על ההסדר עצמו) נובע גם מכך שברוב המחלוקות באשר לצוואה ההדדית לפחות אחד מן הצדדים להסדר – ולעיתים אף שניהם – אינם נמצאים עוד, ואינם יכולים "להגן" על רצונם ועל עמדתם בהקשר ההסדר. לפיכך, חשוב לשיטתי ליצור הסדר בעל מאפייני ודאות רבים ככל הניתן.

הקושי (והאתגר) הוא ליצור הסדר אשר יכלול שלושה יסודות מצטברים שאינם בהכרח מתיישבים זה עם זה: האחד, יסוד של כבילה כך שההדדיות וההסתמכות הגלומים בצוואה ההדדית יובאו לידי ביטוי; השני, יסוד של חופש הציווי, דהיינו יצירת הסדר אשר לא יפגע יתר על המידה בחופש הציווי; השלישי, יסוד של וודאות, דהיינו יצירת הסדר ברור באופן שלא יביא לריבוי התדיינות⁴²². לשיטתי, הגנה על שלושת היסודות האמורים מצריכה הסדר הכולל דרישות נוקשות לעניין "כניסה" להסדר ו"יציאה" ממנו. הדרישות הנוקשות באשר ל"כניסה" תבטחנה כי הבאים בשערי ההסדר יהיו מודעים היטב ליסוד הכבילה הגלום בו והמחייב אותם, וכך תצומצם הפגיעה בחופש הציווי⁴²³; הדרישות הנוקשות באשר ל"יציאה" תבטחנה את יסוד הכבילה, וכך יבוא לידי ביטוי ההדדיות וההסתמכות הגלומים בהסדר; הדרישות הנוקשות לצורך "כניסה" להסדר ולצורך "יציאה" ממנו תבטחנה ודאות שתצמצם התדיינות ותגן על הערכים ועל המהות העומדים בבסיס הצוואה ההדדית.

ניתן לטעון כי הדרישות הנוקשות תבאנה להחלה מוגברת של מנגנונים מרכזיים בפסיקה (כגון עקרון תום הלב), ובכך יאבד רעיון הוודאות מתוכנו. אכן, מדובר בחשש מתקבל על הדעת, במיוחד בהתחשב במגמת הפסיקה להדגשת המהות ולא הפרוצדורה, ובאופיו הלא רשמי של המשפט הישראלי⁴²⁴. אלא שלדידי, אם ייקבע בחוק הסדר דיכוטומי ברור, לא יהיה ניתן להקל בדרישות הצורה באמצעות המהות.

⁴¹⁶ ראו, דניאל פרידמן, "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי", המשפט יא, 9 (2007) (להלן: "פרידמן, פורמליזם וערכים").

⁴¹⁷ ראו, ה"ש 15 לעיל.

⁴¹⁸ ראו, נאמנות הפרשן, ה"ש 409 לעיל, 631-632.

⁴¹⁹ שם, 595-596, 632-634.

⁴²⁰ ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 509, 512, 528.

⁴²¹ ראו, שם, 512.

⁴²² זוהי אף עמדתו של קריטנשטיין: "... ברי כי הסדר ראוי הינו הסדר שיצליח למזער את הפגיעה [בחופש הציווי – ע.ר.ז.] ולהגביר את יציבות וודאות ההסדר..." קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 10 לטיוטה, ובהמשך עמ' 18-19 לטיוטה.

⁴²³ ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 16-17 לטיוטה.

⁴²⁴ ראו, מיכל אלברשטיין, "מרד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית", מחקרי משפט כז 349, 380 (2011); מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, ה"ש 141 לעיל, 544-549; שחר ליפשיץ, הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה, 47 (2005); עלי בוקשפן, המהפכה החברתית במשפט העסקי, 12 (בה"ש 15 שם) (2007).

לעניין זה ניתן ללמוד מן התהליך בדין הישראלי שהתרחש בקשר לדרישות לעניין צורתה של הצוואה. מטרתן של הדרישות הצורניות היא לוודא כי המצווה הבין את תוצאת פעולתו – עריכת צוואה⁴²⁵, וכי רצונו של המצווה יכובד⁴²⁶. סעיף 25 לחוק הירושה מקנה לבית המשפט את הכוח לקיים צוואה חרף פגמים צורניים שנפלו בה, וזאת על מנת לקיים את דברי המת⁴²⁷. נוסחו של סעיף 25 בעבר לא היה בהיר דיו ובעקבות זאת נוצרו בפסיקה חוסר בהירות ומחלוקות באשר לאפשרות להכיר בצוואות (על צורותיהן השונות) על אף פגמים וחוסרים צורניים שנפלו בהן. בעקבות זאת (ולאור ביקורות וקריאות בפסיקה ובספרות) תוקן סעיף 25 פעמיים⁴²⁸. מכל מקום, נוסחו של סעיף 25 דהיום הנו חד וברור והוא מחד גיסא מקנה לבית המשפט שיקול דעת למחול על אי-קיומן של דרישות צורניות בצוואה, במקרה בו אין "לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה", אך מאידך גיסא – והוא החשוב לעניינו – הוא מגביל את בית המשפט מלקיים צוואות שלא התקיימו בהן דרישות סף צורניות כפי שנקבע בחוק⁴²⁹. מדובר ב"מרכיבי יסוד אשר אין בית המשפט רשאי להתגבר על העדרם, שכן בהעדרם כלל לא ניתן לראות במסמך או בדיבור משום צוואה"⁴³⁰. כך למעשה נוהגים היום בתי המשפט⁴³¹.

טענתי היא כי על אף המנגנונים המרכזיים הקיימים בפסיקה – ככל שייקבע בחוק תנאי סף צורני קוגנטי נוקשה לא ניתן יהיה להתגבר עליו באמצעות תחליפים ראייתיים אחרים. עמדה זו נשמעת קיצונית אולי, אך כפי שאסביר להלן – הדברים אינם מרחקי לכת, כפי שהם נשמעים.

באופן פרדוקסלי, דרישות צורניות או רשמיות מיועדות בדרך כלל לבטא ערכים ולהגן עליהם, אלא שתמיד קיים הסיכון, כי במקום להבטיח את הערך עליו מבקשות הדרישות הפורמאליות להגן, הן תבאנה לסיכולו⁴³². כאמור, הדרישות הצורניות לעניין צורתה של הצוואה, מטרתן להבטיח את כיבוד רצון המת. לפיכך, טענתם של המצדדים בסטייה מן הכלל הרשמי היא כי כאשר הכוונה לצוות ברורה – דהיינו, כאשר קיים תחליף ראייתי משכנע באשר לרצון המצווה – יש לוותר על כללי הצורה על מנת להביא לידי ביטוי את רצונו וכוונתו האמתית של המצווה⁴³³. אף המצדדים בגישה הפורמאלית מסכימים, כי יש להכיר בקיומו של היוצא מן הכלל שבמסגרתו לא תופעל הדרישה הפורמאלית בכל חומרתה על מנת למנוע עוול⁴³⁴.

באשר לצוואה ההדדית – הדרישה הצורנית מטרתה להגן על הערך של חופש הציווי, להבטיח כי המצווים התכוונו והסכימו לוותר על זכות ההורשה שלהם ולפגוע בחופש הציווי שלהם. הדרישה הצורנית נכונה ליסוד הכבילה בלבד (בהתחשב בפגיעה בחופש הציווי של המצווים). על פי ההסדר המוצע, בהיעדר קיום הדרישה הצורנית, **הצוואות**

⁴²⁵ ראו, שילה, פירוש לחוק הירושה א, ה"ש 13 לעיל, 228.

⁴²⁶ ראו, פרידמן, פורמליזם וערכים, ה"ש 416 לעיל, 10.

⁴²⁷ ראו, שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 102; שוחט, פגמים בצוואות, ה"ש 25 לעיל, 56-55.

⁴²⁸ לסקירת ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 25 לחוק הירושה ראו, שוחט, פגמים בצוואות, ה"ש 25 לעיל, 57-67. להבחנה בין סעיף 25 בנוסחו הישן לבין סעיף 25 בנוסחו החדש ולרקע הפסיקטי שהביא לשינוי החוק, ראו, שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 106-102.

⁴²⁹ הוראת החוק החדשה למעשה אימצה את מרכיבי היסוד השונים שנקבעו בפסיקה ויצרה בהם סדר. ראו למשל, ע"א 869/75 בריל נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(1) 98; פסק דין אהרן, ה"ש 13 לעיל (סעיף 25 תוקן לפני שניתן פסק הדין, אך התיקון אינו חל על הפרשה, ופסק הדין ניתן בהתאם לסעיף 25 לפי נוסחו הישן. עם זאת, במסגרת פסק הדין נדרשים השופטים בעמדותיהם השונות אף להוראת 25 בנוסחה החדש); ד"ר 40/80 קניג נ' כהן פ"ד לו(3) 701 (1982); ע"א 689/71 לוי נ' לוי, פ"מ כו(2) 681 (1972); ע"א 1978/05 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.1.2007).

⁴³⁰ ראו, דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 11) (קיום צוואה על אף חסר בצורתה), התשס"ד-2003, הצעות חוק – הכנסת 30, י"ד בכסלו, התשס"ד, 9.12.2003.

⁴³¹ ראו למשל: ת"ע (י-ם) 38127-02-11 ט.פ. נ' **האפוטרופוס הכללי** (פורסם בנבו, 3.8.2011) שם סירב בית המשפט לתת תוקף של צוואה למסמך מודפס שנחתם על-ידי המנוח ורעייתו אך שלא נחתם בפני שני עדים מן הטעם שהוא חסר את מרכיבי היסוד של צוואה בעדים (וזאת על אף הסכמתם של כל הירשים על פי דין לקיים את ה"צוואה"); תמ"ש (י-ם) 18211-04-13 א.ג. נ' מ.ש. (פורסם בנבו, 11.3.2015) שם סירב בית המשפט לקיים "צוואה" בפני רשות, בין השאר משום שהיא לא נאמרה ולא הוגשה על יד המצווה עצמו לנוטריון ולפיכך אינה עומדת בתנאי הסף של צוואה בפני רשות; ת"ע (ראשלי"צ) 4450-08 ז.ב.ע. נ' א.ב.ע., (פורסם בנבו, 23.7.2013) שם סרב בית המשפט לתת תוקף של צוואה למסמך הנחזה לצוואה ונחתם על ידי המנוח ושני עדים, הואיל ולא ניתן היה לקבוע כי המנוח אכן חתם על הצוואה בפני העדים או שוחח עמם כלל ולפיכך לא התקיימו בה תנאי הסף של צוואה בעדים.

⁴³² ראו, פרידמן, פורמליזם וערכים, ה"ש 416 לעיל, 10-11.

⁴³³ להצגת המתח שבין הדרישות הצורניות שבחוק ובין מצווה המתיימר לצוות שלא על פי דרישת החוק ראו, כהן, נאמנות הפרשן, ה"ש 409 לעיל, 634-633. מהצגתה של כהן את הדילמה עולה כי עמדתה היא שכאשר קיים תחליף ראייתי משכנע יש לוותר על דרישות החוק. כהן אמנם מתייחסת לפסיקה שהינה נכונה להוראת סעיף 25 בנוסחה הקודם (פסק דין אהרן, ה"ש 13 לעיל (סעיף 25 תוקן לפני שניתן פסק הדין, אך התיקון אינו חל על העניין, ופסק הדין ניתן בהתאם לסעיף 25 לפי נוסחו הישן) ופסק דין קניג, ה"ש 429 לעיל), אך הדיון שכהן עורכת נכון לדרישות הצורניות באופן כללי והינו רלוונטי לסעיף 25 על נוסחיו השונים (הקודמים והנוכחי). לטענה כי דווקא כיבוד רצון המצווה יזכה להגנה טובה יותר באמצעות הקפדה על הכלל הצורני, ראו פרידמן, פורמליזם וערכים, ה"ש 416 לעיל, 12-13.

⁴³⁴ ראו, פרידמן, פורמליזם וערכים, ה"ש 416 לעיל, 16.

עצמן תהיינה תקפות כצוואות משותפות "רגילות" אך לא יחול בהן יסוד הכבילה. דהיינו, ככל שהדרישה הצורנית הנדרשת לצוואה החדית לא תתקיים, "העוול" שייגרם לצדדים הוא – כי לא יחול על צוואותיהם עקרון הכבילה. אכן – ייתכן כי עבור מי מהמצווים מדובר בעניין חשוב ועקרוני וכי עבורו הנחלת הרכוש המשפחתי בהתאם להסכמות שקבעו המצווים בצוואה ההדדית (על הכבילה הגלומה בה) הינה מהותית עבורו, ומבחינת תפיסת עולמו הסובייקטיבית אי כיבוד הצוואה ההדדית כמסמך מחייב לאחר פטירתו מהווה עוול. אך ברי, כי זהו אינו סוג העוול המצדיק הכרה בקיומו של היוצא מן הכלל וזהו אינו סוג העוול המצדיק אי הפעלה של הדרישה הפורמאלית⁴³⁵.

לתנאי הצורני מטרה כפולה: **האחת**, להרתיע את המצווים מכבילה פזיזה, להבטיח את רצינותם והבנתם את ההסדר שהם מקבלים על עצמם, ובכך להביא לצמצום הפגיעה בחופש הציווי. הרעיון הוא שיש לחייב את המצווים להקדיש מחשבה נוספת באשר לכבילה הגלומה בצוואה ההדדית ולהסדרים הקבועים בה. ודוק, לדרישות הצורניות יש יסודות מהותיים היורדים לשורש הצוואה ההדדית: רצינות, גמירות דעת, הבנת מהות ההסדר והסכמה לכבילה. התנאים הנוקשים נועדו להביא לידי ביטוי את ההדדיות שבצוואה ההדדית ולהגן על יסוד ההסתמכות העומד בבסיס ההסדר. "כניסה" נוקשה תגן על מצווים מפני התחייבות מתוך קלות דעת ותחייב אותם לבחון את כלל פרטי ההסדר באופן רציני ומעמיק.

השנייה, להפחית התדיינויות באמצעות יצירת מצב בו השאלות – האם מדובר בצוואה ההדדית; האם המצווים התכוונו לכבול את עצמם; והאם המצווים הסתמכו זה על צוואת רעהו – לא תוכלנה להיות שנויות במחלוקת. כאמור, אחת הסוגיות הבעייתיות במשפט המשווה היוצרת התדיינויות מרובות, הינה סוגיית הראיה להוכחת כוונתם של המצווים לכבול את עצמם – הראיה לחוזה⁴³⁶. דרישות סף נוקשות תייתרנה התדיינויות והכרעה עובדתית שיפוטית בשאלה האם הובאה ראיה מספקת לשם החלת הצוואה ההדדית. התנאים שייקבעו בחוק הם שיכריעו – לפי מבחן דיכוטומי – האם המדובר בצוואה החדית⁴³⁷.

לשיטתי, התנאי הנכון והראוי לתחולת הצוואה ההדדית צריך להיות דומה לתנאי לתחולת הסכם ממון בין בני זוג⁴³⁸. דהיינו בדין הישראלי בהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג – אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט. במסגרת הליך האישור יבחן בית המשפט אם המצווים מבינים את ההסדר שהחילו על עצמם, לרבות משמעות יסוד הכבילה ותוצאותיו. לכאורה נראה כי מדובר במנגנון מסורבל. אלא שבפועל מדובר במנגנון פשוט וקל, אשר בפועל נעשה בו שימוש יומיומי בהקשר הסכמי ממון. יתרה מזו, לשיטתי הואיל ומדובר בהסדר בין בני זוג, מדובר בדרישה מתבקשת. ודוק, הצוואה ההדדית היא סוג של הסכם ממון הקובע כיצד יחולק רכושם של בני הזוג בפקיעת הקשר עקב פטירה. בהתאם לכך, אותם הרעיונות העומדים בבסיס ההצדקה לאישור הסכם ממון בבית המשפט הם שעומדים אף בבסיס ההצדקה לאישור הצוואה ההדדית בבית המשפט.

יתרה מזו, במובנים רבים דומה תהליך עריכת הצוואה ההדדית לתהליך עריכת הסכם ממון, ואותם הרעיונות הם שעומדים בבסיס שני ההסדרים⁴³⁹. אלא שבניגוד להסכם ממון – אשר בעת עריכתו הצדדים אופטימיים (לרוב) ומקווים ומאמינים כי לא יידרשו לממשו – מימוש הצוואה ההדדית (ובלבד שהמצווים לא יבטלו אותה לפני פטירת הראשון) הוא תרחיש מובטח, שהרי איש אינו חי לנצח. בעריכת הצוואה ההדדית נדרשים בני הזוג להתמודד עם שאלות תיאורטיות לא פשוטות, שהמחשבה עליהן לא תמיד נעימה (ממש כמו בהסכם ממון), כגון: האם הנוטר בחיים רשאי להעביר רכוש לבן זוג חדש או לילדים חדשים; האם הנוטר בחיים רשאי לשנות את

⁴³⁵ ויתור על הכלל הפורמאלי בסוגיות מסוג זו, מצדיק לדידי את החשש של פרידמן מפני הכרסום המופרז בדרישות הפורמאליות אשר עלול לפגוע במהות (ראו, שם) ואת הביקורת של פרידמן באופן כללי על האקטיביזם השיפוטי (שם, 24-25).

⁴³⁶ ראו הפסיקה בה"ש 160 לעיל.

⁴³⁷ להשפעת ויתור על הכלל הפורמאלי (באופן כללי) על יצירת הער וודאות משפטי וריבוי התדיינויות ראו, פרידמן, פורמליזם וערכים, ה"ש 416 לעיל, 13.

⁴³⁸ ראו, Thompson, Mutual Wills, 276; Gandhi, Estate Planning for Blended Families, ה"ש 15 לעיל, 276; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 19 למאמר. עמדתה של Thompson אף "יקצינונית" יותר מעמדת שלי. לשיטתה, יש להחיל על צוואות הדדיות את כל אותם העקרונות החלים על הסכמים בין בני זוג, כגון ייעוץ משפטי נפרד לבני הזוג, גילוי כלכלי מלא (disclosure) וכיו"ב.

⁴³⁹ ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 19 למאמר; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 393-392.

צוואתו ולכלול בה בן זוג חדש או ילדים חדשים; האם הנוטר בחיים רשאי להדיר את אחד הילדים עקב התנהגות לא ראויה; האם הנוטר בחיים רשאי "לאכול" מהרכוש ואף לכלותו "על חשבון" ירושת הילדים (ואם כן – עד כמה) וכיו"ב. כל אלו ועוד, הן שאלות עדינות, אינטימיות וקשות, המצריכות דיון כן ואף מעלות לעיתים מחשבות ורגשות חבויים, שבני הזוג לא נדרשו "להתעמת" עימם במהלך שגרת היומיום. שאלות אלו – לעיתים יש להן פנים מגדריים וחברתיים, ואף לפערי הכוחות בין בני הזוג יש השפעה על ההכרעה בהן ועל עיצוב תוכן ההסדר הייחודי של כל זוג זוג. בדברי ההסבר להצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג⁴⁴⁰ צוין כי הרעיון העומד בבסיס הדרישה לאישור ההסכם הוא שיש "להעמיד את בני הזוג על רצינות ההסכם ותוצאותיו". לשיטתי, אותה המטרה עומדת בבסיס הדרישה לאישור הצוואה ההדדית בבית המשפט. אלא שלגבי הצוואה ההדדית מדובר בצידוק חזק יותר, שכן בית המשפט צריך לבחון את הבנת המצווים הן בדבר משמעות פרטי ההסדר שנטלו על עצמם, הן בדבר יסוד הכבילה שהם מקבלים על עצמם ותוצאות הצוואה ההדדית מבחינת הפגיעה בחופש הציווי.

ניתן לטעון כנגד הצעתי זו כי מדובר בתנאי נוקשה מדי, משום שהוא מחייב בני זוג המבקשים לערוך צוואה הדדית לערב את המדינה בהסדר שהוא במהותו אישי ופרטי. ודוק, אין המדובר בביקורת כנגד נוקשות התנאי (ובביקורת זו אדון בהמשך המחקר). המדובר בביקורת על המנגנון המוצע של אישור ההסכם בבית המשפט, הואיל והוא פוגע בפרטיות המצווים ובזכותם לנהל את ענייניהם ללא מעורבות יתר של המדינה.

לשיטתי, על אף חוסר הנוחות שההסדר עלול להסב לצדדים אין לקבל טענה זו. ודוק, את אותה הטענה ניתן לטעון אף לגבי הדרישה לאישור הסכם ממון בבית המשפט⁴⁴¹. למרות זאת ראה המחוקק לנכון להתערב ולכפות את "נוכחות" המדינה בהסדרים פרטיים בין בני זוג מן הטעמים שפורטו לעיל – ולא בכדי. מבחינה מעשית, ייתכן כי הסדר הצוואה ההדדית דורש את "נוכחות" המדינה ואת אישור בית המשפט אף מעבר לצורך הקיים בהסכם ממון. ודוק, בעת עריכת הסכם ממון (וודאי כאשר מדובר בהסכם ממון לצורך פרידה, אך הדבר נכון גם בהסכמי ממון לפני הנישואין ובמהלכם) הגישה היא גישה "לעומתית" – כל אחד מן הצדדים מבין כי עליו להבטיח את זכויותיו (ובהתאם במקרים רבים נעזרים הצדדים ביעוץ משפטי נפרד). צוואות הדדיות לעומת זאת, על אף האופי ההסכמי שלהן נערכות מנקודת מבט של שיתוף ולא מנקודת מבט היחידנית של כל אחד מן המצווים⁴⁴². אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט מטרתו להבטיח כי כל אחד מן המצווים שקל את תוצאות והשלכות ההסדר לא רק מנקודת המבט הזוגית משפחתית, אלא גם מתוך ראיית טובתו שלו, לרבות הפגיעה בחופש הציווי.

צדדים המעוניינים בהסדר פרטי ללא מעורבות בית המשפט, יכולים לערוך צוואה משותפת שאינה כוללת יסודות של כבילה. לצוואה כזו יהא תוקף ככל צוואה "רגילה", אך לא יחול לגביה ההסדר של הצוואה ההדדית, לרבות עקרון הכבילה הגלום בו⁴⁴³. ודוק, צוואה הדדית שאינה כוללת רכיב של כבילה – אין בה פגיעה בחופש הציווי, וממילא ניתן לבטלה לאחר פטירת הראשון. לפיכך, ההיגיון של אישור הצוואה ההדדית (היותה סוג של הסכם ממון וצמצום הפגיעה בחופש הציווי) אינו רלוונטי לגביה. כך למשל, צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד (ללא יורשים סופיים) אינה טעונה אישור של בית המשפט. כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(ד) למחקר, צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד לאחר פטירת הראשון (של הנפטר הראשון), ואין לה עוד תחולה לאחר העברת עיזבונו לידי הנוטר בחיים⁴⁴⁴; צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד אינה כוללת יסוד של כבילה לאחר פטירת הראשון או יסוד של פגיעה בחופש הציווי, אלא רק יסוד כבילה מוחלש בחיי המצווים,

⁴⁴⁰ תשכ"ט-1969 849 (14.7.1969)

⁴⁴¹ יוזכר כי הדרישה לאישור הסכם ממון בהתאם לחוק יחסי ממון בין בני זוג תקפה הן לעניין הסכם ממון הנחתם לפני הנישואין (ואו ניתן לאשר את ההסכם אף לפני רושם הנישואין או נוטריון), הן לעניין הסכם ממון שנחתם לאחר הנישואין (ואפילו שנים לאחר הנישואין), הן לתיקון של הסכם ממון, הן לעניין הסכם ממון שנחתם בהקשר להסדרת פרידתם של בני הזוג. ראו סעיפים 1-2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

⁴⁴² למעט כאשר מדובר בצוואה הדדית שנערכת כחלק מהסדר גירושין, אז באופן טבעי נערכת הצוואה ההדדית מנקודת מבט שונה כמובן.
⁴⁴³ באשר לצוואות משותפות שאינן כוללות הסדר של כבילה (דהיינו, צוואות הדדיות שבהן המצווים הותירו לעצמם את החירות לשנותן), קבע השופט שילה בת"ע (ת"א) 550-11-12 א' נ' ז' (פורסם בנבו, 12.11.2014), כי "לא מדובר בצוואות הדדיות כמשמעותן בסעיף 8 לחוק הירושה".

⁴⁴⁴ ראו, הי"ש 267 לעיל.

בדמות הצורך במתן הודעת ביטול בכתב (ועל כך ראו לעיל תת-פרק ג(4) למחקר) – לפיכך, בהקשר צוואות אלו אין כל תוקף לנימוקים ולהיגיון העומדים בבסיס הצורך באישור הצוואה ההדדית בבית המשפט, כפי שפורטו לעיל.

בניגוד לכך, לשיטתי בצוואות הדדיות הכוללות כבילה, על מנת ליצור הסדר שיכלול את שלושת היסודות – כבילה, פגיעה מצומצמת בחופש הציווי והפחתת התדיינות – יש לקבוע "כללי כניסה" נוקשים באמצעות אישור בבית המשפט. האינטרס הציבורי של ודאות, הפחתת התדיינות, פגיעה מצומצמת בחופש הציווי, והבטחת הערכים הגלומים בצוואה ההדדית⁴⁴⁵, מצריך הסדר ברור ונוקשה אשר יבטיח כי המצווים מבינים את מהותו ותוצאותיו.

בשונה מן הביקורת שתוארה לעיל (שעניינה ההסדר המסויים שהוצע לעיל – האישור בבית המשפט), נטען כנגד הדרישה לתנאים דווקניים כי היא אינה עולה בקנה אחד עם אופי היחסים של השותפים לצוואה ההדדית, המתאפיינים ברגישות, באינטימיות, באהבה ובקרבה, ולכן דרישות דווקניות תכשלנה את תכלית ההסדר ותמנענה מבני זוג לערוך צוואות הדדיות בשל העלויות הרגשיות הכרוכות בעריכתן⁴⁴⁶.

איני מסכימה עם טענה זו. אכן, עריכת צוואה הדדית – כרוכה לעיתים בעלויות רגשיות. כאמור, עריכת הצוואה ההדדית דומה במובן מסוים לעריכת הסכם ממון. אלא שהעלויות הרגשיות הכרוכות בעריכת הצוואה ההדדית אין להן כל קשר לפרוצדורה או לתנאים דווקניים, ולא הם היוצרים את ההיבט הרגשי הנלווה לעריכתה. מדובר בתהליך טבעי שהינו חלק מהשיח המתבקש בין המצווים, הנדרש לצורך עיצוב ההסדרים המתאימים להם. מדובר בתהליך הנדרש אף כדי להבטיח את רצינות המצווים ונכונותם לקבל על עצמם את ההסדרים הקבועים בצוואה ההדדית, לרבות הכבילה הגלומה בה. הדרישה לתנאים ברורים ונוקשים אינה מעלה ואינה מורידה לעניין העלויות הרגשיות הכרוכות בצוואה ההדדית ולעניין השיח הנדרש לצורך עיצוב ההסדר בהתאם לרצונותיהם ולנסיבותיהם של המצווים. רק שיג ושיח כאמור (על אף הקושי הנלווה לו) הוא המבטיח כי המצווים יהיו מודעים להסדר שאותו קיבלו על עצמם ולתוצאת הפעולה המשפטית שהם מבצעים – פגיעה בחופש הציווי.

זאת ועוד, אף אם היה בויתור על התנאים הנוקשים כדי להקל את התהליך האמור, תוצאה זו אינה רצויה. דיון כן ופתוח בין המצווים באשר למצבים התיאורטיים האמורים (הגם שאינו בהכרח נעים) – לרבות הבנת המצווים את הסדר ברירת המחדל, בהיעדר הסדרה אחרת שיקבעו – הוא המביא בסופו של יום את המצווים לייצר הסדר המתאים להם ולנסיבות חייהם, והוא המונע (או לכל הפחות מצמצם) "תקלות" מיותרות לאחר פטירת הראשון⁴⁴⁷.

יתרה מזו, תנאים ברורים ודווקניים לתחולת ההסדר יוצרים ודאות באשר לתחולתו⁴⁴⁸. היעדר ודאות לאחר פטירת הראשון פוגע בערכים הגלומים בהסדר ומביא להתדיינות יתר באופן הפוגע במערכת היחסים במשפחה. לפיכך, התנאים הדווקניים לתחולת ההסדר לא רק שאינם פוגעים בערכים המשפחתיים, אלא הם אף מגנים עליהם באמצעות הפחתת התדיינות פנים משפחתיות.

כפי שיפורט להלן, לשיטתי נוסף על התנאים הקוגנטיים של הכניסה להסדר ותוכנו צריך לכלול בהסדר תנאים דיספוזיטיביים אשר המצווים יוכלו לסטות מהם ולעצב לפי רצונם את ההסדר הנכון להם. בהיעדר הסדרה שונה מברירות המחדל שייקבעו בהסדר, יחולו ההסדרים הקבועים בחוק. אישור בית המשפט, מטרתו להבטיח כי

⁴⁴⁵ ערכים כגון מחויבות, אחריות, דאגה, אמון, אלטרואיזם ושיתוף. ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 509.

⁴⁴⁶ ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 331.

⁴⁴⁷ אף קריטנשטיין "מודה" כי "... לקשיחות בכניסה יכול ויהיה תפקיד נוסף והוא לסייע למזעור הבעיה שאנשים ייכנסו להסדר ממקום לא רציונאלי שבו הם בטוחים כי לאחר מות בן זוגם חייהם חרבו ובוודאי שלא יעלו בדעתם לפתוח בזוגיות חדשה. הנקודה שבה נערכות הצוואות ההדדיות אמורה לשרת בצורה הטובה ביותר את בני הזוג ואולם יתכן והם נמצאים במצב שאינו רציונאלי באופן הנדרש ונוטים לאידיאליזציה. נטיה זו יכול ותביא לאי שיקול דעת מספיק באשר לסיכונים בכניסה להסדר ולסיכויים של הקמת תא משפחתי חדש שהסדר צוואות הדדיות יכול ויקשה עליו. לכן, קשיחות בכניסה יכול ותמזער מצבים אלו". ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 17 לטייטה.

⁴⁴⁸ באשר לבעייתיות שבהיעדר דרישה צורנית ייחודית לצוואה ההדדית ראו, שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 148: "... זיהויה של צוואה הדדית רק על סמך מבחן מהותי יכול לעורר בעיות, ולא מן הנמנע שבית המשפט יידרש לפרשנותם של המסמכים המוצגים בפניו כדי לבחון את אומדן הדעת של המצווים או מי מהם ולקבוע אם אכן להדדיות הייתה הכוונה.... מבחינה זו נודעת חשיבות לפן הצורני. המחוקק ויתר כאן על דרישות הצורה ולמעשה הותיר על כנו את דרישות הצורה הרגילות שבחוק הירושה גם בהקשר עריכת הצוואה ההדדית או הצוואות ההדדיות. מבחינה זו – היסוד הצורני הנדרש 'בין בשני מסמכים שנערכו באותה עת ובין במסמך אחד', אין בו כדי להקנות נופך צורני מיוחד לסוג זה של צוואות (למעט הדרישה של 'אותה עת')..."

המצווים מודעים לברירות המחדל בהסדר שהתחייבו לקיימו. הדרישות הקוגנטיות העיקריות שיכלול ההסדר הן "כללי הכניסה" אליו כמפורט לעיל, ו"כללי היציאה" ממנו, כפי שיפורט בהמשך המחקר.

ה.2. עיצוב הסדר הכבילה: ביטול ושינוי – הכיצד?

אם יאומץ הסדר בעל דרישות "כניסה" נוקשות, שאלת תוכנה של הכבילה תהפוך לשאלה המרכזית – וכך ראוי לדעתי, שכן זוהי מהות ההסדר. ודוק, אם הכניסה להסדר היא הראיה הברורה והחד-משמעית לרצון המצווים בכבילה החדדית (או אם תרצו – הראיה להסתמכות החדדית), אין עוד צורך לעסוק במבחנים לבדיקת השאלה האם המצווים התכוונו להגביל זה את זה (או האם קיימת הסתמכות החדדית), וניתן להתמקד בשאלת תוכן הכבילה. להלן אבחן את שאלת תוכן הכבילה במצב שבו אחד המצווים נפטר ובמצב שבו שני המצווים עודם בחיים.

ה.2.א. ביטולה ושינויה של הצוואה החדדית לאחר פטירת הראשון

כאמור, כדי לתת ביטוי להדדיות ולהסתמכות המצווים, ברירת המחדל צריכה להיות כי לאחר פטירת הראשון מנוע הנותר בחיים מלבטל את צוואתו. דהיינו, בהיעדר הוראה מפורשת בצוואה החדדית המלמדת על רצון המצווים שלא לכבול זה את זה, לאחר פטירת הראשון הנותר בחיים אינו רשאי לבטל את צוואתו.

הואיל וכאמור דרישות "הכניסה" להסדר הינן נוקשות, יש מקום לאפשר הסדר כבילה "חזק" יותר מזה הקיים היום במסגרת סעיף 8 לחוק הירושה. דהיינו, בהיעדר הוראות אחרות בצוואה החדדית, הנותר בחיים לא יוכל לשנות את הצוואה החדדית או לבטלה לאחר פטירת הראשון – אף לא בהסתלקות או בהשבה. זהו למעשה ההסדר הקיים כיום בשיטות משפט רבות (כאשר ישנה ראייה לכבילה), באמצעות הכלי של נאמנות קונסטרוקטיבית המביאה בפועל לאכיפה של הצוואה החדדית ול"נעילתה" לאחר פטירת הראשון⁴⁴⁹.

האפשרות שמקנה סעיף 8 לנותר בחיים לבטל את צוואתו באמצעות השבה רעיונית או באמצעות השבה בפועל לאחר פטירת הראשון פוגעת באחת המטרות המהותיות העומדות בבסיס הצוואה החדדית: הסדרתה ותכנונה של העברת ההון המשפחתי לדורות הבאים (ועל כך ראו לעיל בהרחבה בפרק ב למחקר). לשיטתי, הסדר המאפשר לנותר בחיים לבטל את צוואתו לאחר פטירת הראשון באמצעות השבה, מחטיא את מטרתה של הצוואה החדדית, משום שאין בו ודאות והבטחה כי התכנון המשותף אכן יצא אל הפועל בסופו של יום⁴⁵⁰.

לשיטתי, היעדר הודאות אף יחריף אם תתקבל הצעת חוק דיני ממונות, הקובעת (בסעיף 703(ד)) כי בית המשפט רשאי לפטור באופן מלא או חלקי את הנותר בחיים מהחיוב להסתלק או להשיב את חלקו (או את מנתו) בעיזבון לצורך שינויה או ביטולה של הצוואה החדדית אם מצא כי קיימות נסיבות המצדיקות זאת⁴⁵¹. הסדר כאמור יקצין את הרתיעה מהשימוש בצוואה החדדית ואף יביא לריבוי התדיינויות לגבי שאלת הפטור מהשבה⁴⁵².

הסדר הכולל כבילה ללא אפשרות חזרה לאחר פטירת הראשון הוא אף הפתרון לבעיה הקיימת כיום לפי ההסדר של סעיף 8 לגבי צוואות החדדיות שאינן כוללות הורשה חדדית. כפי שפורט בתת פרק ד(1)(ג) למחקר, על-פי ההסדר הקבוע בסעיף 8א, בצוואה החדדית שאינה כוללת הורשה חדדית, אין לנותר בחיים כל תמריץ שלא לבטל את צוואתו (לאחר פטירת הראשון), שכן הוא ממילא אינו נדרש להשיב דבר. בהסדר האמור אין משמעות להדדיות בצוואה החדדית, שכן ההסדר אינו כולל כל הוראה המונעת מן הנותר בחיים את הביטול, ואף אין כל "סנקציה" עקב הביטול. אימוץ ההסדר כפי שהוצע לעיל מבטיח את עקרונות החדדיות וההסתמכות ללא קשר לשאלה האם המצווים נהנים זה מעיזבונו של זה.

⁴⁴⁹ ראו, ה"ש 311 לעיל.

⁴⁵⁰ מעניין לציין כי במסגרת המחקר האמפירי שערכו Brown ו-Pawlowski (במסגרתו נשלחו שאלונים לכ-200 עורכי דין העוסקים בעריכת צוואות באנגליה ובוויילס ומתוכם השתתפו במחקר 76 עורכי דין), המכנה המשותף של כלל הסיבות שניתנו בקשר לשימוש בצוואה החדדית, היה נסיבות אשר בהן המצווים ביקשו ליצור מצב הכובל את הנותר בחיים כדי להבטיח את ביצועו של התכנון המשותף שנקבע מראש. ראו, Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, 468-469.

⁴⁵¹ הצי"ח דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, סעיף 703(ד), 999.

⁴⁵² ראו גם עמדתו של קריטנשטיין בעניין זה, קריטנשטיין, מוסד הצוואות החדדיות, ה"ש 53 לעיל, 357.

זאת ועוד, אימוץ ההסדר האמור ימנע מהנותר בחיים לחמוק ממחויבותו לצוואה ההדדית, לאחר פטירת הראשון, באמצעות הימנעות מקבלת טובת ההנאה המגיעה לו על פיה. הסדר כאמור תואם את הגישה, המקובלת ברוב שיטות המשפט, כי הסכמה שלא לשנות את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון הינה תקפה ללא קשר לשאלה האם הנותר בחיים קיבל "תמורה". התמורה במסגרת הסדר הצוואה ההדדית היא ההגבלה על חופש הציווי שכל אחד מהמצווים מקבל על עצמו – עצם פטירת הראשון מבלי שביטל את צוואתו כלשעצמו הינו "תמורה"⁴⁵³.

באשר לצוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד ללא יורש שלישי סופי (כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(ד) (למחקר), התפיסה המקובלת היא כי מבחינה רעיונית, עם פטירת הראשון רואים בצוואה ההדדית צוואת יחיד של הנפטר הראשון, והנותר בחיים חופשי לערוך צוואה חדשה לפי ראות עיניו⁴⁵⁴. לפיכך, אף לפי התפיסה החוזית אין מקום לכבול את הנותר בחיים יותר ממה שקבעו המצווים.

כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(א) (למחקר, אחת הביקורות כנגד עקרון הכבילה נוגעת לשינוי נסיבות שהתרחש לאחר פטירת הראשון וכבילת הנותר בחיים לצוואה שאינה גמישה⁴⁵⁵, אשר מביא בסופו של יום לריבוי התדיינות⁴⁵⁶. כאמור, בני זוג אינם יכולים לצפות את כל שינויי הנסיבות שעשויים להתרחש לאחר פטירת הראשון. אם בני הזוג לא יקבעו בצוואה ההדדית הוראות באשר לאפשרות הנותר בחיים לשנותה או לבטלה לאחר פטירת הראשון, על פי ההסדר המוצע לעיל הנותר בחיים יוותר כבול על אף שינוי הנסיבות⁴⁵⁷. יש הרואים בכבילה כאמור חסרון כה משמעותי, עד שהם ממליצים להימנע מעריכת צוואות הדדיות⁴⁵⁸.

לדעתי, מדובר בביקורת ראויה. כאמור לעיל בפרק ב למחקר, הצוואה ההדדית אינה מתאימה לכל הזוגות, שכן היא מגבילה את הנותר בחיים ומצרה את צעדיו. בני זוג אשר הנחלת כלל הרכוש המשפחתי כמקשה אחת בהתאם לתכנון קבוע מראש אינה מהותית עבורם אינם זקוקים לצוואה ההדדית. בני זוג אשר מסרבים "להתחייב" מראש (לפחות מבחינה עקרונית) כי לא יבקשו בעתיד לשנות את צוואותיהם (לאחר פטירת הראשון), מוטב כי לא יערכו צוואה הדדית. לצוואה ההדדית יש יתרון מבחינת הנותר בחיים: היא מגנה עליו ומבטיחה את המשך התנהלותו הכלכלית לאחר פטירת הראשון, כפי שהיה בחייהם של שני בני הזוג. בצד יתרון זה עומדת אף החובה (חובה ולא חיסרון) לדבוק בתוכנית הכלכלית המשותפת שהסדירו בני הזוג יחד. בהקשר זה טען קריטנשטיין כי "... פרטים רציונליים יהססו לבחור בהסדר צוואות הדדיות הנשלט על ידי דיני החוזים. כלומר הסדר שכזה ירתיע פרטים מלבחור בו מלכתחילה, וכך יצא שכרנו בהפסדנו"⁴⁵⁹. עם כל הכבוד, לדידי זוהי בדיוק המטרה – להרתיע צדדים מלהיכנס בפזיזות להסדר, לגרום להם לשקול, לחשוב ולבדוק האם ההסדר נכון ומתאים להם. הלוא אין קל מלהיכנס להסדר כאשר "כרטיס היציאה מונח בכיס". כאמור, הסדר הצוואה ההדדית אינו מתאים לכול. אין סיבה כי צדדים ייכנסו להסדר אם בכוונתם לשנותו בעתיד או אם יש סבירות גבוהה כי ישנו אותו בעתיד. בהיעדר כבילה ובהינתן אפשרות "להתנער" מן ההסדר לאחר פטירת הראשון, צדדים יבחרו בהסדר בקלות דעת מבלי לבחון היטב אם ההסדר אכן נכון עבורם. במצב כזה יתרחשו מקרים רבים שבהם הנותר בחיים – הואיל ולא שקל מראש ובכובד ראש את הכניסה להסדר, את תוכנו ואת ההגבלות שההסדר מטיל עליו – ינצל את האפשרות להשתחרר מן ההסדר, כך שבסופו של יום ייפגע הרעיון העומד בבסיס ההסדר – הבטחת התכנון המשותף להעברת הרכוש המשפחתי לדור הבא. לשיטתי, דווקא במצבים אלו "יצא שכרנו בהפסדנו"⁴⁶⁰. ראוי, נכון ועדיף כי מצווים "יירתעו" מכניסה להסדר ויכלכלו מראש את צעדיהם בחוכמה ובזהירות. לא למותר לציין כי "הרתעה" כאמור תבטיח כי המצווים אף יעצבו את תוכן ההסדר הפרטי שלהם בזהירות ובמחשבה תחילה, וגם כך תימנענה מראש "תקלות" מיותרות.

⁴⁵³ ראו, הי"ש 251, 252 ו-253 לעיל.

⁴⁵⁴ ראו, הי"ש 267 לעיל.

⁴⁵⁵ ראו, הי"ש 170 לעיל.

⁴⁵⁶ ראו, הי"ש 14 לעיל.

⁴⁵⁷ ראו, מנדלסון ורייך-זיו, היום שאחרי המחשבה שלפני, הי"ש 54 לעיל, 123.

⁴⁵⁸ ראו למשל, Sherrin, Wallington, Meadway, & Waterworth, Williams on Wills, הי"ש 15 לעיל, 20.

⁴⁵⁹ ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, הי"ש 53 לעיל, 332.

⁴⁶⁰ ראו בעניין זה גם Khong, The Economics of Mutual Wills, הי"ש 116 לעיל, עמוד 6 לטיוטה.

על אף עמדתו זו, כאמור אני סבורה כי הביקורת על אודות כבילת הנותר בחיים במקרה של שינוי נסיבות (לרבות מקרים של התנהגות מחפירה מצד היורש הסופי), הינה ביקורת ראויה, אלא שיש להתמודד עימה בזהירות. ודוק, לא ייתכן כי החשש מכבילת הנותר בחיים במקרים חריגים יביא ליצירת כלל של התרת הכבילה. בכך למעשה, יסוכל הרעיון שבבסיס ההסדר וייצא אפוא כי החריג הוא שיכתוב את הכלל ולא להפך. לבעיות האמורות ניתן למצוא פתרונות במסגרת דיני החוזים, וזאת מבלי לפגוע בעקרון הכבילה. ודוק, ניתן "לרכך" את תוצאות הכבילה באמצעות כלים חוזיים, ואף בנסיבות חריגות לפתוח פתח לשינוי מדוד ומצומצם של הצוואה ההדדית, על פי כללים ברורים ומוגבלים.

לשיטתי, הפתרון צריך להיות מתן אפשרות לנותר בחיים לפנות לבית המשפט בבקשה לשינוי צוואתו, וזאת בהתחשב בשינוי הנסיבות⁴⁶¹. אפשרות זו תהא מוגבלת באופן הבא: ראשית, אפשרות הפנייה לבית המשפט תוקנה לנותר בחיים בלבד (ולא ליורשים או ליורשים פוטנציאליים); שנית, שינוי כאמור יתאפשר רק בהתקיים נסיבות חריגות⁴⁶². סמכותו של בית המשפט תוגבל לשינוי הצוואה ההדדית באופן צר במידה שאינה עולה על הנדרש בהתאם לנסיבות שנוצרו. האפשרות להורות על ביטול הצוואה ההדדית (או צוואת הנותר בחיים) תהא רק במקרים חריגים, כאשר לא ניתן להתאים את הצוואה ההדדית לנסיבות שנוצרו.

במסגרת תת-פרק זה מתחתי ביקורת על סעיף 703(ד) להצעת חוק דיני ממונות, המעניק לבית המשפט סמכות, בנסיבות מתאימות, לקבוע פטור מהשבה במקרה של ביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון. במסגרת הביקורת שהעליתי טענתי כי הסדר כאמור יביא להתדיינות יתר. על אף הביקורת האמורה, אני מציעה הסדר דומה של פנייה לבית המשפט כדי ליצור גמישות בנסיבות חריגות לאחר פטירת הראשון. אני סבורה כי ההסדר המוצע כאן – בניגוד להסדר המוצע בסעיף 703(ג) – לא יביא להתדיינות יתר, וזאת ממספר סיבות:

האחת, על פי ההסדר המוצע לעיל – וכאן לדעתי טמון ההבדל המהותי בין ההצעות – ברירת המחדל היא היעדר אפשרות לבטל את הצוואה ההדדית. פנייה לבית המשפט בהתקיים שינוי נסיבות (או בהתנהגות מחפירה) עשוי להסתיים בביטול הצוואה ההדדית רק במקרים חריגים, כאשר לרוב (כאשר קיים שינוי נסיבות או כאשר ישנה התנהגות מחפירה המצדיקים את התערבות בית המשפט) התוצאה תהא התאמת הצוואה ההדדית לנסיבות. בניגוד לכך, ברירת המחדל לפי סעיף 703(ג) להצעת החוק היא כי ביטול הצוואה ההדדית הינו אפשרי וכי הפנייה לבית המשפט נעשית לצורך ההכרעה בשאלה האם הנותר בחיים יוכל (נוסף על הביטול) לזכות בפטור מהשבה. במצב דברים זה ברי כי כל (או כמעט כל) מקרה של ביטול יגרור פנייה לבית המשפט לשם קבלת פטור מהשבה, שכן ממילא יש ביכולתו של הנותר בחיים לבטל את הצוואה ההדדית, וכעת יכול הוא רק להרוויח מעצם הפניה לבית המשפט בניסיון לקבל אף פטור מהשבה⁴⁶³.

השנייה, על פי ההסדר המוצע לעיל – התערבות בית המשפט תוכל להיעשות רק לפי פנייה של הנותר בחיים. יורשים או יורשים פוטנציאליים לא יוכלו לפנות לבית המשפט לאחר פטירתו של הנותר בחיים.

השלישית, על פי ההסדר המוצע לעיל – מעורבות בית המשפט תהא מוגבלת ומצומצמת. במקרים של שינוי נסיבות או התנהגות מחפירה המצדיקים את התערבות בית המשפט, סמכותו תוגבל לשינוי הצוואה ההדדית באופן שלא יעלה על הנדרש – על מנת להתאימה לנסיבות⁴⁶⁴. האפשרות להורות על ביטול הצוואה ההדדית (או צוואת הנותר בחיים) תהא מוגבלת למקרים חריגים בהם לא ניתן להתאים את הצוואה ההדדית לנסיבות שנוצרו.

⁴⁶¹ ראו גם עמדתו של קריטנשטיין לפיה: "... פתרון של התאמת החוזה לשינוי הנסיבות מציב פתרון אלטרנטיבי ראוי וטוב". ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 22 לטיוטה.

⁴⁶² זוהי אף עמדתו של קריטנשטיין. ראו, שם, עמ' 35 לטיוטה. עם זאת, איני מסכימה עם קריטנשטיין כי יש להגביל את התערבותו של בית המשפט רק לדמויות ההסדר, דהיינו לדמויות היורשות או המודרות לפי הצוואה ההדדית. לדעתי, ייתכנו מקרים חריגים המצדיקים הדרת נהנה הנזכר בצוואה ההדדית (לפחות הדרה מחלקו של הנותר בחיים) או השבת נהנה שהודר למעגל היורשים (לפחות לגבי חלקו של הנותר בחיים), ואין מקום לקבוע מראש מסמרות בעניין זה.

⁴⁶³ בהקשר זה מן הראוי להעיר כי ייתכן שזהו המצב המשפטי כיום (אף ללא התיקון לחוק), שכן על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט ממילא יש לבית המשפט שיקול דעת לפטור מהשבה לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

⁴⁶⁴ ראו גם עמדתו של קריטנשטיין בעניין זה. קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 23 לטיוטה.

הרביעית, על פי ההסדר המוצע לעיל – תהא למצווים האפשרות להגדיר מראש מהן הנסיבות שתיחשבה כנסיבות חריגות או כהתנהגות מחפירה (או שלא תיחשבה כנסיבות חריגות או כהתנהגות מחפירה). באופן זה יפתחו ההתדיינויות בשאלת התקיימותן של נסיבות המצדיקות את התערבות בית המשפט. אומנם לבית המשפט יהא מסור שיקול דעת לקבוע כי נסיבות מסוימות נחשבות כחריגות או כי התנהגות מסוימת נחשבת כמחפירה אף אם לא פורטו בצוואה ההדדית, אך ברי כי פירוט כאמור יביא להפחתת התדיינויות. כמו כן, בהסדר המוצע לעיל יוכלו המצווים להתנות על אפשרות של שינוי הצוואה ההדדית עם פטירת הראשון אף בהתקיים נסיבות חריגות או התנהגות מחפירה. גם בכך כמובן יש כדי להביא להפחתת התדיינויות משפטיות.

מבחינה עיונית, ניתן לבסס את ההצדקה למעורבותו של בית המשפט בצוואה ההדדית בהקשה לחוזה יחס. ודוק, כמו חוזה היחס, הצוואה ההדדית מאופיינת ביחסים מורכבים וארוכי טווח, בנסיבות עתידיות לא ידועות שלא תמיד הוסדרו מראש, ובניסיון לאזן בין ודאות לגמישות בתנאים משתנים⁴⁶⁵. חוזה היחס נתפס כ"פרויקט משותף" של הצדדים לו, והסכמותיהם המשותפות אינן בהכרח ההוראות הייחודיות שנקבעו בו בעת כריתתו, אלא מסגרת רחבה יותר הבאה לידי ביטוי ביעדים העומדים בבסיסו. לפיכך, במקרים של שינוי נסיבות חריג, התחייבויות הצדדים לחוזה היחס צריכות להיות מותאמות לכל המתחייב מהשינוי. חוזה היחס (וכמוהו הצוואה ההדדית) מאופייין במערכת יחסים מיוחדת הנמשכת במהלך קיום החוזה. מכאן ההצדקה להכרה בסמכותו של בית המשפט לשנות את תנאי החוזה בלא שהדבר ייחשב לפגיעה בחופש החוזים⁴⁶⁶. דברים אלו יפים אף לעניין הצוואה ההדדית. בדומה להסדר הקיים לגבי חוזה יחס, ההסדר המוצע לעיל מדבר בהתערבות במקרים של נסיבות חריגות או התנהגות מחפירה, שבהן ייעשה שינוי בצוואה ההדדית באופן צר, במידה שאינה עולה על הנדרש לאור הנסיבות שנוצרו, והכול – מבלי לגרום בכך לשינוי החורג ממה שניתן לייחס לצדדים לצוואה ההדדית, ומבלי להביא לכתיבת צוואה חדשה שלא עלתה בדעתם של המצווים⁴⁶⁷. התאמת חוזה היחס לשינוי נסיבות מצריכה זהירות רבה⁴⁶⁸. בהקשר צוואות הדדיות נדרשת זהירות כפולה ומכופלת, שכן אחד מהצדדים איננו עוד, ולא ניתן לשמוע את עמדתו באשר לשינוי.

לשיטתי, ההסדר המוצע מאפשר הן גמישות במקרים מתאימים הן הגנה על יסודות ההדדיות וההסתמכות, הן צמצום הפגיעה בחופש הציווי, הן צמצום ההתדיינויות סביב ההסדר.

ה.2.ב. ביטולה ושינויה של הצוואה ההדדית בחיי שני המצווים

השאלה האם מן הראוי לאפשר לצדדים להגביל את עצמם מלשנות את הצוואה ההדדית בחיי שניהם (גם במקרה שבו שניהם כשירים לכך) הינה רחבה מנושא המחקר דן ויסודה בשאלה האם מן הראוי לאפשר עסקאות בירושה. שאלה זו נדונה רבות בפסיקה ובספרות והדעות בעניין חלוקות⁴⁶⁹. מכל מקום, הואיל והדין הישראלי אינו מכיר בהסכמי ירושה (סעיף 8א) (לחוק הירושה), לשיטתי אין מקום להרחיב את אפשרות הפגיעה בחופש הציווי במסגרת הצוואה ההדדית מעבר לנדרש לצורך ההסדר, ואין מקום לאפשר לצדדים להגביל את עצמם מלשנות את הצוואה ההדדית בחיי שניהם (לפחות כל עוד לא ישונה הדין הישראלי). אף בדין הזר – המכיר בהסכמי ירושה – העמדה המקובלת היא כי יש לאפשר לצדדים לבטל בחיי שניהם את הצוואה ההדדית⁴⁷⁰, וכי התחייבות שלא לבטל את הצוואה ההדדית בחיי שני המצווים אינה תקפה. קל וחומר בדין הישראלי שאינו מכיר בהסכמי ירושה.

⁴⁶⁵ ראו, רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145, 160-161 (1998).
⁴⁶⁶ ראו, פרידמן וכהן, כרך ג, ה"ש 110 לעיל, 464-463. ראו גם, דוד רונן, התאמת חוזים לנסיבות משתנות, 48-27, 86-65, 132-103 (תשס"א-2001).

⁴⁶⁷ זאת, בדומה לדין באשר לחוזה יחס. ראו, פרידמן וכהן, כרך ג, ה"ש 110 לעיל, 466-465.
⁴⁶⁸ ראו, שם.

⁴⁶⁹ ראו, מנדלסון, סעיף 8א) לחוק הירושה, ה"ש 5 לעיל; רונן קרייטנשטיין, "מתנה מחמת מיתה – עיון מחדש" הפרקליט מט 403 (2007); קרייצר-לוי, אי הכרה בחוזי ירושה, ה"ש 3 לעיל. לפרשנות מצמצמת של סעיף 8א) עקב הביקורת על אי-הכרה בעסקאות בירושה, ראו למשל, ד"ר 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 197, 214-216 (1981); ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757, 762-763 (1975).
⁴⁷⁰ ראו, ה"ש 192 לעיל.

לשיטתי, הסדר הכבילה בחיי המצווים צריך להיות מוחלש בדומה לזה הקיים בחוק. דהיינו, מתן אפשרות לביטול הצוואה ההדדית באמצעות הודעה בכתב לצד השני. היות שההסדר המוצע מדבר בדרישות "כניסה" נוקשות, אף ה"יציאה" מן ההסדר צריכה להיות נוקשה וקוגנטית (דהיינו, שאינה בת התנאה), במטרה להבטיח ודאות ויציבות. דהיינו הדרישה הקוגנטית לביטול הצוואה ההדדית בחיי המצווים צריכה להיות הודעה בכתב. ככל שמי מהמצווים יחפוץ בכך, הוא יוכל אף להגיש את הודעת הביטול לבית המשפט (נוסף על מסירתה לצד השני).

בהחלת הסדר הכולל דרישות "יציאה" נוקשות – מתן הודעה בכתב בלבד, תיפתרנה הבעיות המעשיות שהוצגו לעיל בפרק ד למחקר בעניין סוגיית הביטול, למשל: האם צוואה סותרת אשר המצווה השני מודע לה מייתרת את הצורך במתן הודעת ביטול בכתב; האם צוואה סותרת שהתגלתה לאחר פטירת הראשון באה בגדר הודעת ביטול; האם ניתן לבטל את הצוואה ההדדית בהתנהגות וכיו"ב. על פי ההסדר המוצע, בעיות כאמור לא תיווצרנה כלל, שכן ללא הודעה רשמית בכתב לא יהיה תוקף לביטול, והצוואה ההדדית תיוותר על כנה. בהתאם להסדר המוצע, לא יהיה בפעולות של המצווים או בהתנהגותם כדי להביא לביטול מכללא של הצוואה ההדדית. המטרה הינה כאמור ליצור ודאות ובהירות⁴⁷¹. לפיכך, בהיעדר קיומו של התנאי הצורני – הודעה בכתב – אפילו התנהגויות ברורות ובוטות ככל שתהיינה (גירושין, פרידה, פנייה לערכאות לצורך גירושין, הודעה בעל פה, כתיבת צוואה סותרת בידיעת הצד השני וכיו"ב) לא יהיה בהן כדי להוות הודעת ביטול מכללא. באותו האופן, אף התנהגויות שיש בהן מרכיב של אשם (כגון בגידה, אלימות וכיו"ב), לא ייחשבו להודעת ביטול מכללא⁴⁷².

בעניין זה מן הראוי להבהיר כי במקרה כאמור חופש הציווי של הנפטר הראשון לא נפגע, שכן אם הוא ביקש לשנות את צוואתו, הוא היה יכול לעשות כן על פי הוראות הדין. אם הנפטר הראשון בחר בביטולה או בשינויה של הצוואה ההדדית שלא על פי הוראות הדין, אין תוקף לביטול או לצוואה החדשה שערך, ונראה אותו כמי שלמעשה בחר שלא לעשות שימוש בחופש הציווי שלו.

בעניין זה שוב עולה המתח שבין פורמליזם וערכים – צורה ומהות. כאמור, טענתם של המצדדים בסטייה מן הכלל הרשמי היא כי כאשר הכוונה לצוות ברורה (ולעניינו הכוונה לבטל) – כאשר קיים תחליף ראייתי משכנע – יש לוותר על כללי הצורה על מנת להביא לידי ביטוי את רצונו וכוונתו האמתית של המצווה⁴⁷³. מאידך יש הטוענים כי דווקא כיבוד רצון המצווה יזכה להגנה טובה יותר באמצעות הקפדה על הכלל הצורני⁴⁷⁴. מכל מקום, בניגוד לביטול הצוואה הרגילה – אשר בה ייתכן כי יש מקום להקל במרכיבי הצורה (ויש אף הטוענים כי אין דין ביטול צוואה "ירגילה") כדין עריכתה, מבחינת האפשרות להקל בדרישות הצורניות⁴⁷⁵ – הצוואה ההדדית (לאחר שאושרה בבית המשפט וניתן תוקף לרכיב הכבילה, בהתאם להסדר המוצע) אינה "שייכת" עוד לכל אחד מן המצווים בנפרד – היא מהווה יצירה משותפת, ומשמעותה כאמור: ויתור במידה מסויימת על חופש הציווי. ליתור האמור ישנה נפקות מעשית הן בחיי המצווים הן לאחר פטירת הראשון. בחיי המצווים הויתור על חופש הציווי – הינו ויתור מוחלש, אשר בא לידי ביטוי בדרישה למתן הודעה לשם ביטול הצוואה ההדדית.

ודוק, אין המדובר בדרישה צורנית פרוצדוראלית, אלא דווקא במהות. המהות בצוואה ההדדית אינה רצונו וחופש הציווי של כל אחד מן המצווים בנפרד, אלא דווקא הביחד – ההדדיות, השיתוף וההסתמכות. הדרישה למתן הודעה, אינה רק כלי, היא לא נועדה רק על מנת להגן על הערכים העומדים בבסיס הצוואה ההדדית – אלא היא חלק מן המהות וחלק מיסודותיה החוזיים של הצוואה ההדדית. כפי שהמצווים לא יכולים לערוך את הצוואה ההדדית – שהיא פעולה משותפת – באופן יחידני, כך אף הביטול (בחיי הצדדים) דורש פעולה הדדית – מתן הודעה בכתב.

⁴⁷¹ לעמדה שלפיה תפיסת הידיעה כתחליף לצורך במתן הודעה הופכת את הדרישה להודעה לחסרת משמעות ופותרת פתח למחלוקות, ראו, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, הי"ש 16 לעיל, 161-160.

⁴⁷² עם זאת, עדיין יחול סעיף 5 לחוק הירושה, הקובע פסלות לרשת במקרים שונים של אשם (כגון הרשעה ברצח המוריש או בניסיון לרצוח אותו, או הרשעה על העלמתה או השמדתה או זיופה של צוואתו האחרונה).

⁴⁷³ ראו, כהן, נאמנות הפרשן, הי"ש 409 לעיל, 633-634.

⁴⁷⁴ ראו, פרידמן, פורמליזם וערכים, הי"ש 416 לעיל, 12-13.

⁴⁷⁵ ראו, פסק דין אהרן, הי"ש 13 לעיל, פסקאות 14-18 לפסק דינה של השופטת ארבל (דעת הרוב); ע"א 719/97 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נד(3) 469, פסקאות 9-11 (2000); בע"מ 11116/08 פלוני נ' אלמוני, פסקה 23 (נבו 5.7.2012). לעמדה כי דין עריכת צוואה ודין ביטול צוואה שווים הם ראו, פסק דין אהרן, הי"ש 13 לעיל, פסק דינו של השופט ריבלין וכן פסקאות 16-9 לפסק דינו של השופט מצא.

בניגוד לעריכת הצוואה ההדדית, איני סבורה כי ביטולה מצריך את מעורבותו של בית המשפט. ודוק, בשונה מהחלת הכבילה, המחייבת לוודא כי המצווים גמרו בדעתם להגביל את חופש הציווי שלהם, השחרור מהכבילה אינו מצריך בדיקה. עם זאת, הואיל ואחד הטעמים שצויינו לעיל באשר לדרישה לאישור הצוואה ההדדית בבית המשפט, הינו היות הצוואה ההדדית מעין הסכם ממון (הקובע את חלוקת הרכוש עם פקיעת הקשר עקב פטירה), ניתן לטעון (בהתחשב בטעם זה) כי יש צורך אף באישור בית המשפט לשם ביטול הצוואה ההדדית (בדומה לצורך באישור ביטולו של הסכם ממון). אלא שבעניין זה יש שוני מהותי בין הצוואה ההדדית להסכם הממון. ודוק, יסוד הכבילה בהסכם הממון חל מייד עם אישורו. בהתאם לכך, אף ביטולו מצריך את אישור בית המשפט. בשונה מכך, בצוואה ההדדית כל עוד שני המצווים חיים, חל יסוד כבילה מוחלש (שכן המצווים עדיין יכולים להשתחרר מההסדר אף שלא בהסכמה). רק עם פטירת הראשון בא לידי ביטוי יסוד הכבילה במלוא עוצמתו. לפיכך, כל עוד מדובר ביסוד כבילה מוחלש בלבד, אין מקום לדרוש את אישור הביטול בבית המשפט.

הסדרת הבעיות הנוצרות עקב פעולות שנעשו בהסתמך על הצוואה ההדדית, אין מקומה בצוואה ההדדית. כאמור, בחיי המצווים חל עיקרון הכבילה המוחלש, המתמצה בזכות המצווים כי הצוואה לא תבוטל ללא הודעה (אך לא מעבר לכך). פעולות הנעשות בהסתמך על הצוואה ההדדית, נעשות תוך נטילת סיכון, אשר כדי להתמודד עמו יש לערוך במקביל לצוואה ההדדית הסכם ממון או הסכם אחר שיש לו תוקף בין המצווים⁴⁷⁶. בהתאם לכך, לשיטתי אין מקום לטענה כי ביטול הצוואה ההדדית כדן בחיי המצווים עשוי להקים עילת תביעה בגין הפרת החוזה העומד בבסיס הצוואה ההדדית⁴⁷⁷. העמדות המצדדות במתן פיצוי כאמור מבוססות על הדין בשיטות משפט המכירות בחוזי ירושה⁴⁷⁸ ואינן רלוונטיות לשיטת המשפט הישראלית.

הטענה שלפיה גישה כאמור אינה תואמת את התפיסה החוזית ואינה מתיישבת עם הרעיון העומד בבסיס הצוואה ההדדית – הימנעות מהונאת הצד השני⁴⁷⁹ – אינה נכונה. כאמור, עיצוב הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים, אין משמעותו כי הצוואה ההדדית היא חוזה ככל חוזה "רגיל", אלא כי יש לעצבה באמצעות כלים חוזיים בהסדר המתאים לדיני הצוואות, תוך ניסיון לצמצם את הפגיעה בחופש הציווי. מתן אפשרות לצדדים לבטל את הצוואה ההדדית בחיי שניהם – כאשר דרישות "היציאה" הנוקשות מבטיחות כי הצד השני מודע לביטול הצוואה וביכולתו לשנות אף הוא את צוואתו שלו – מבטיח הן את ההימנעות מהונאה הן את צמצום הפגיעה בחופש הציווי. זאת ועוד, הואיל והמצווים ממילא אינם יכולים להתחייב שלא לשנות או שלא לבטל את הצוואה ההדדית בחיי שניהם, הרי שאף אחד מבני הזוג לא יוכל לטעון להונאה, במקרה בו פעל "בהסתמך" על הצוואה ההדדית.

באשר למקרים שבהם אחד המצווים אינו מסוגל עוד לשנות את צוואתו מאחר שאיבד את כושרו הפיזי או הנפשי וכיו"ב, הואיל והמצב דומה למצב שבו אחד המצווים נפטר, לשיטתי יש להחיל על מצב זה את אותו הדין כמו במקרה שבו אחד המצווים נפטר. כנגד ההסדר האמור ניתן לטעון כי הוא מצריך מעורבות שיפוטית, שכן מי שיצטרך להכריע באשר לשאלת כושרו של הצד מקבל ההודעה יהיה בסופו של יום בית המשפט. טענה זו נכונה, אך בסופו של יום כל הסדר משפטי גורר התדיינות במידה מסוימת. הרעיון הוא ליצור הסדר שיצריך התערבות שיפוטית מעטה ככל האפשר. כשם שהטענה כי מצווה לא היה כשיר לערוך צוואה טעונה הכרעה שיפוטית (במקרה של התנגדות לקיום צוואה "רגילה"), כך גם טענה כי ניתנה הודעת ביטול בעת שהמצווה השני לא היה כשיר תצריך הכרעה שיפוטית. לשיטתי, לא יהיה ניתן לחמוק מהתדיינות במקרים כאמור. עם זאת, בשונה מטענה כי מצווה לא היה כשיר לערוך צוואה בהתנגדות לקיומה של צוואה "רגילה", כאשר תועלה טענה כי מצווה לא היה כשיר בעת

⁴⁷⁶ לאפשרויות לשילוב הסכמים בין בני זוג עם צוואות הדדיות ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל, 47-50.

⁴⁷⁷ ראו, Pawlowski & Brown, Problems with mutual wills, ה"ש 14 לעיל, O'Donnell, Trust and Estates Law ; 467, ה"ש 161 לעיל, 110 ; Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 154, 158 ; Khong, The Economics of Mutual Wills ; 116 לעיל, עמ' 6 לטייטה.

⁴⁷⁸ ראו, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 484 ; Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 169 ; Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, עמ' 1 למאמר ; Oosterhoff, Mutual Will ; ה"ש 14 לעיל, 145.

⁴⁷⁹ ראו ניתוחה של Croucher את פסק דין Dufour, ה"ש 1 לעיל, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 399. כמו כן ראו, Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 12 למאמר ; Cassidy, Life after Barns v Barns ; ה"ש 16 לעיל, 64 ; Contracts Not to Revoke, ה"ש 26 לעיל, 169 ; Brierley, Mutual Wills ; ה"ש 165 לעיל, 97 ; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law ; ה"ש 2 לעיל, 247.

שקיבל הודעת ביטול, התנהלותו של מקבל ההודעה עשויה לשמש במקרים רבים כראיה באשר למצבו. ודוק, התגובה הטבעית המתבקשת לקבלת הודעת ביטול הינה עריכת צוואה חדשה. הימנעות מעריכת צוואה חדשה מטעם מקבל ההודעה יכולה להוות אחד המדדים באשר לכשירותו של מקבל הודעת הביטול.

במקרים שבהם אחד המצווים לצוואה ההדדית עזב, ברח, נעדר או נעלם, ולא ניתן למסור לו הודעת ביטול, לשיטתי ראוי לאפשר לנותר בחיים לפנות לבית המשפט לצורך שינויה או ביטולה, תוך השארת ההחלטה לשיקול דעתו של בית המשפט, לפי הנסיבות. בית המשפט יבחן האם בנסיבות העניין מן הראוי לאפשר את השינוי או את הביטול, וזאת בהתחשב בנסיבות העניין ובאפשרות לשנות את הצוואה ההדדית באופן חלקי מבלי לבטלה. הואיל ומדובר במקרים שאינם שכיחים, החשש מריבוי התדיינויות אינו רלוונטי, ומכיוון שמדובר בעניין עובדתי משתנה, נכון וראוי לדעתי להשאירו לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות המקרה.

ה.3. ה. עיצוב הסדר הכבילה לעניין פעולות ברכוש

ה.3.א. הגבלת הנותר בחיים באשר לשימוש ברכוש

הואיל והצוואה ההדדית אינה צוואה "רגילה" ויש להסדירה באופן ייחודי המתאים לה, על בסיס דיני החוזים, ברי כי לפחות כברירת המחדל אין מקום לראות בנותר בחיים יורש ראשון בהסדר של יורש אחר יורש, הרשאי "לעשות במה שקיבל כבתוך שלו" 480. לשיטתי, ברירת המחדל צריכה להיות הפוכה, דהיינו, כי הנותר בחיים אינו רשאי לעשות ברכוש כבתוך שלו באופן שיביא לאיון הצוואה ההדדית או לפגיעה בה, אלא אם המצווים אפשרו זאת מפורשות. קביעה אחרת, שלפיה הנותר בחיים אינו מוגבל, תביא למצב שבו הנותר בחיים יוכל לפגוע באחד הרעיונות העומדים בבסיס הצוואה ההדדית: העברת ההון המשפחתי בהתאם לתכנון המשותף.

במצבים שבהם הנותר בחיים ביצע פעולות לאיון הצוואה ההדדית, אין המדובר עוד במישור היחסים שבין הנותר בחיים ובין היורש הסופי בלבד, אלא מעורב בעניין אף צד שלישי, שעשוי לרכוש זכויות בנכסים. כדי להגן על הצוואה ההדדית ולהקנות מכוחה זכויות הגוברות על זכויותיו של צד שלישי אין די במישור החוזי, אלא יש צורך בזכויות בעלות היבטים קניינים 481. התפיסה המקובלת היא כי מכוח דיני היורש ומכוח החוזה העומד בבסיס הצוואה ההדדית קמה נאמנות קונסטרוקטיבית החלה על הרכוש המוסדר בצוואה ההדדית 482. הנאמנות הקונסטרוקטיבית יוצרת אינטרס קנייני לטובת הנהנה 483 ומקימה ליורש הסופי זכויות הגוברות על אלו של צד שלישי. אף שהבסיס החוזי, אין בו לבדו כדי ליצור פתרון במקרה של העברת נכס לצד שלישי (באופן המאייץ את הצוואה ההדדית), היסוד החוזי הוא הבסיס העיוני להקמת הנאמנות הקונסטרוקטיבית. התפיסה המקובלת בפסיקה ובספרות היא שבהיעדר חוזה לפיו הצוואה ההדדית לא "תופר" על ידי הנותר בחיים, לא תקום נאמנות קונסטרוקטיבית 484. דהיינו, אף שבנקודה זו הפתרון הינו פתרון קנייני, הוא מושתת על התזה החוזית 485. הנאמנות הקונסטרוקטיבית מאפשרת להתגבר על פעולות שבוצעו בנכסים בניגוד למה שנקבע בצוואה ההדדית, וזאת אף כאשר הנכסים כבר הועברו לצד שלישי. על הנאמנות הקונסטרוקטיבית יכול להתגבר רק צד שלישי אשר השלים את הקניין בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק 486.

מוסד הנאמנות הקונסטרוקטיבית מוכר אף בדין הישראלי 487. כך למשל במקרה של מכירת נכס נשאר המוכר בעליו של הנכס כל עוד לא הושלם הקניין, אך אין הוא חופשי לנהוג בו כרצונו, אלא מוטל עליו לשמור על הנכס כך שיוכל להעבירו לרוכש בהתאם לחוזה המכר. אם יפר המוכר את החוזה וימכור את הנכס לצד שלישי, פעולה זו תיחשב כמעילה באמון הרוכש. אף שברור כי אין המדובר ביחסי נאמנות במובנם הרגיל, המוכר נחשב כ"נאמן"

480 סעיף 42(ב) לחוק הירושה.

481 בבחינת "רק קניין יכה קניין ואילו זכות חיובים אין בכוחה להכות זכות קניין". ראו, רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854, 869 (1995).

482 ראו, ה"ש 324 לעיל.

483 ראו, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 247.

484 ראו למשל, פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 683; פסק דין Cleaver, ה"ש 116 לעיל, 947; פסק דין Lord Walpole, ה"ש 168 לעיל, 419; פסק דין Charles, ה"ש 160 לעיל, פסקה 59 לפסק הדין; פסק דין Olins, ה"ש 14 לעיל, פסקה 34-43; פסק דין Healey, ה"ש 182 לעיל, פסקה 8; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 484-482; Burrows, English Private Law, ה"ש 160 לעיל, 446; Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 136; Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 131; Rickett, Mutual Wills, ה"ש 226 לעיל, 537; Sheridan, The Floating Trust, ה"ש 160 לעיל, 213; Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 180-185; Farquhar, Mutual Wills, ה"ש 160 לעיל, 334-328; Richardson, Legislation for mutual wills, ה"ש 15 לעיל, 100-99; Thompson, Mutual Wills, ה"ש 2 לעיל, עמ' 14 למאמר; קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 337.

485 ראו, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 136. אף אלו הקוראים לבחון מחדש את הסדר הצוואות ההדדיות מודים: "For the moment, it is still correct to say that a contract is required for the doctrine of mutual wills to apply in its orthodox sense". ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 408.

486 ראו, רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן, פ"ד נג(1) 481, 498-497 (1999); נילי כהן, "חוזה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא 161, 172 (1993) וההפניות שם בה"ש 37 (להלן: "כהן, חוזה של קטינה").

487 ראו למשל, פסק דינו של השופט אנגלרד בדעת יחיד בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999). יתר השופטים לא הכריעו בסוגיה, והותירו אותה בצריך עיון; ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נז(5) 49, פסקאות 12-16 לפסק דינו של השופט מצא (2003); ע"א 6906/00 ענבטאוי נ' דר, פ"ד נו(5) 280, פסקאות 15-16 לפסק דינו של השופט אנגלרד (2002); ע"א 7231/10 תלמוד תורה בית יהודה נ' עיריית קרית אתא, פסקאות 21-23 (פורסם בנבו, 17.10.2012); ע"א 9555/10 הופמן נ' יפה, פסקה 20 (פורסם בנבו, 15.7.2013); ע"א 2907/04 סופיוב נ' עזבון המנוח בכור סופיוב ז"ל, עמ' 6-7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.06.2007); ע"א 1249/03 חנא נ' ח'אזן, פסקה 29 (פורסם בנבו, 22.10.2003); ע"א 1217/03 קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ נ' ח'אזן, פ"ד נח(1) 224, 238 (2003); ת"א (חי') 2028-12-12 בשארה נ' ג'רייס פסקה 30 (פורסם בנבו, 27.11.2014); פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 41, 628; כהן, חוזה של קטינה, ה"ש 486 לעיל, 183-184.

קונסטרוקטיבי של הרוכש, ולרוכש קמות זכויות שביישר בנכס⁴⁸⁸. ניתן להקיש לעניין מעמדו של הנותן בחיים ממעמדו של מוכר נכס. כמו המוכר, אף הנותן בחיים הינו בעלים שבעלותו מוגבלת – בהקשר זה, בהתאם לתנאי הצוואה ההדדית – והוא אינו יכול לבצע פעולות שיש בהן כדי לאיינה. כמו בדיני העסקאות הנוגדות, עם פטירת הראשון (מועד התגבשות הצוואה ההדדית), הצוואה ההדדית (שהיא דמוי חוזה) היא ה"עסקה" הראשונה בזמן, ולפיכך גוברת היא על כל עסקה "נוגדת" אחרת – דהיינו עסקה שיש בה כדי לאיין את הצוואה ההדדית או לפגוע בה ושנעשתה לאחר פטירת הראשון – אלא אם כן נעשתה בתמורה ובתום לב או בתנאי תקנת השוק.

סעיף 2 לחוק הנאמנות קובע כי הנאמנות נוצרת על פי חוק, חוזה, או כתב הקדש. עמדתם של פרידמן ושפירא בר-אור היא כי אין הכוונה לחוזה או לחוק המורים במפורש כי נוצרה נאמנות, ודי בכך שאופי החיוב מלמד זאת⁴⁸⁹. היחסים בין הצדדים לצוואה ההדדית וכן נסיבות עריכתה יוצרים חובות אמון בין המצווים. אם נראה בצוואה ההדדית חוזה, מדובר בחוזה של יחסי אמון, אינטימיות ויחסים מיוחדים בהקשר המשפחתי, יחסים היוצרים חובות משפטיות נרחבות מאלו שיוצר חוזה מסחרי. כבר מעצם נסיבות אלו ברי כי הצוואה ההדדית מקימה חובות אמון לשני המצווים. זאת, נוסף על כך שבין בני משפחה – ובפרט בין בני זוג – קיימים יחסים המקימים חובות אמון מיוחדות⁴⁹⁰. הדין האנגלי אף רואה בהסכמים משפחתיים חוזי "אמון מרבי"⁴⁹¹.

אף תוצאותיה המעשיות של הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון מקימות חובות אמון הן בין המצווים לבין עצמם, הן בינם לבין היורש הסופי. ודוק, אם נראה בצוואה ההדדית הסדר דמוי חוזה ונכיר בזכויותיו של היורש הסופי כבעל מעמד עצמאי (ועל כך פורט בפרק ד(4) למחקר ויפורט בתת-פרק ה(4) למחקר), הנותן בחיים למעשה ינהל רכוש אשר שייך לו, אך אשר ליורש הסופי יש בו אינטרס. מטבע הדברים, כוח זה הנתון בידי הנותן בחיים מצריך אמון בדרגה גבוהה⁴⁹². השיקול האמור וכוונת המצווים (הברורה מאליה) כי הנותן בחיים לא יעשה שימוש לרעה בכוח הנתון בידו לאיון הצוואה ההדדית, מחייבים לראות בחובתו של הנותן בחיים כלפי היורש הסופי (כמי שאמון על האינטרס של היורש הסופי) חובת אמון⁴⁹³.

חובת האמון החלה בין המצווים מלמדת כי יש מקום להכיר בנאמנות הקונסטרוקטיבית מכוח אופייה החוזי של הצוואה ההדדית ומכוח היחסים המיוחדים שבין המצווים⁴⁹⁴. כפי שיפורט להלן, החוזה העומד בבסיס הצוואה ההדדית או המאפיינים החוזיים העומדים בבסיס הצוואה ההדדית בשילוב עם דיני היורש הם המעניקים ליורש הסופי את מעמדו ואת זכותו העצמאית אל מול הנותן בחיים.

אלא שהנאמנות הקונסטרוקטיבית מגבילה את הנותן בחיים מלעשות **כל** שימוש שיש בו כדי לגרוע מהנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית, באופן המאיין את אחת המטרות העומדות בבסיסה. ודוק, כאשר הצוואה ההדדית מגבילה את הנותן בחיים כך שהוא רשאי אך להשתמש ברכוש, אכן תקום נאמנות קונסטרוקטיבית "קבועה" אשר תגביל את הנותן בחיים כאמור עם פטירת הראשון⁴⁹⁵. אלא שהסדר כאמור אינו שכיח. על פי רוב, מטרת הצוואה ההדדית הינה להגן על שני אינטרסים נוגדים: האחד, מתן אפשרות לנותן בחיים להמשיך ולהתנהל ברכוש באופן חופשי כפי שהמצווים היו רגילים בחיי שניהם, מבלי שידרש לתת דין וחשבון בגין פעולותיו ברכוש; והשני, הבטחת העברת ההון המשפחתי בהתאם לתכנון המשותף לדור הבא⁴⁹⁶. אומנם הנאמנות הקונסטרוקטיבית מגנה על האינטרס האחרון, אך פוגעת באינטרס הראשון.

⁴⁸⁸ ראו, פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 625-630; מיגל דויטש, "נפילתה (!) ועלייתה של הזכות שביישר במשפט הישראלי - המשפט בעקבות המציאות" **עיוני משפט** כד 313, 321-324 (2000); עופר גרוסקופף, "יחסי קונה מוכר וזכויות הבעלים המקוריים" **המשפט** ד 202, 212-213 (1998).

⁴⁸⁹ ראו, פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 614.

⁴⁹⁰ ראו, שם, 624-625.

⁴⁹¹ ראו, פרידמן וכהן, כרך ב, ה"ש 308 לעיל, 841.

⁴⁹² ראו, שם, 825.

⁴⁹³ באשר לכוח ולסמכות המקימים חובות אמון ראו, פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 615-618.

⁴⁹⁴ על חובות האמון והנאמנות הקמות מכוח יחסים מיוחדים בין צדדים לחוזה ראו, כהן, התערבות ביחסים חוזיים, ה"ש 313 לעיל, 96-

99.

⁴⁹⁵ ראו, Davis, Floating Right, ה"ש 182 לעיל, 427-428.

⁴⁹⁶ ראו, ה"ש 16 לעיל.

כדי לפתור את הבעיה האמורה פותחה בספרות ובפסיקה הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה⁴⁹⁷. מחד גיסא, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מאפשרת את הנאת הנותר בחיים מהרכוש שעליו חלה הצוואה ההדדית (בכפוף להוראות ולמגבלות המפורטות בצוואה ההדדית), ומאידך גיסא מונעת ממנו לבצע פעולות לאיונה של הצוואה ההדדית או בניגוד לקבוע בה. למעשה אלה הן שתי המטרות העומדות בבסיס ההסדר⁴⁹⁸.

הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה נוצרת עם פטירת הראשון, אך מתגבשת רק עם פטירת השני⁴⁹⁹. הרעיון דומה לשעבוד צף עם הגבלה⁵⁰⁰. השעבוד הצף מקנה לחברה החייבת חופש פעולה עסקי⁵⁰¹. מאידך גיסא, כדי להגביר את יעילותו, נוהגים הנושים לכלול באיגרות החוב תניות המגבילות את החברה מלבצע עסקאות שאינן במהלך העסקים הרגיל. תניות אלו מקנות לנושים אפשרות פיקוח ושליטה על היקף הנכסים שיעמדו לרשותם בעת התגבשות השעבוד הצף, ומונעות מצב שבו החברה תקנה לנושה מאוחר זכות עדיפה אשר תרוקן מתוכן את השעבוד הצף. ההקשה לענייננו ברורה – לשני ההסדרים מאפיינים דומים (מבחינה טכנית):

האחד – שעבוד צף עם הגבלה מאפשר לחברה לשמור על גמישות עסקית ואינו גורע מכוחה לסחור ולהתנהל באופן שוטף במהלך העסקים הרגיל⁵⁰². בהקשה לעניין הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, הנותר בחיים חופשי להתנהל בנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית ולהמשיך לחיות את חייו בנחות, כפי שנהגו המצווים בחייהם;

השני – ההגבלה הקבועה בהסכם השעבוד הצף מונעת מן החברה לעשות שימוש בנכסים בניגוד לקבוע בה⁵⁰³. באותו האופן, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מונעת מן הנותר בחיים לפעול בנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית בניגוד למגבלות הקבועות בה או באופן שיש בו כדי לאיינה;

השלישי – השעבוד הצף מתגבש באחד משלושה מצבים: האחד, כאשר נוצרו הנסיבות הקבועות באגרת החוב, לרבות בעת הפרת ההגבלות הקבועות בה; השני, כאשר מונה לחברה כונס נכסים; והשלישי, כאשר החל פירוקה של החברה⁵⁰⁴. כללו של דבר, השעבוד הצף למעשה מתגבש בעת שהחברה "סיימה את חייה" או בעת ביצוע פעולה בניגוד להגבלה שבאיגרת החוב. בהקשה לענייננו, אף הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מתגבשת עם פטירת הנותר בחיים או בעת שהנותר בחיים מבצע פעולה בניגוד לצוואה ההדדית או לאיונה⁵⁰⁵.

באשר להתגבשות הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה בעת ביצוע פעולה בניגוד לצוואה ההדדית נטען כי יש בכך כדי לסתור את הרעיון העומד בבסיס ההסדר, משום שממועד ההתגבשות מאבד הנותר בחיים את זכותו לעשות שימוש

⁴⁹⁷ ראו, Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 72-59, Clements & Abass, Complete Equity & Trusts; ה"ש 160 לעיל, 225-223, Sheridan, The Floating Trust ה"ש 160 לעיל, 242-240, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation; ה"ש 4 לעיל, 492-491, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 162-161, Burrows, English Private Law; ה"ש 160 לעיל, 448, Hughes, Mutual Wills; ה"ש 15 לעיל, 135, Farquhar, Mutual Wills; ה"ש 160 לעיל, 332-331, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine; ה"ש 4 לעיל, 398, Davis, Floating Right; ה"ש 182 לעיל, 431-427, Davis, Mutual Wills; ה"ש 116 לעיל, 246; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 47-43; פסק דין Goodchild, ה"ש 4 לעיל, 1226-1225; פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 689; פסק דין Healey, ה"ש 182 לעיל, פיסקה 13; פסק דין Fundel, ה"ש 323 לעיל, פסקאות 26-31; פסק דין Lewis, ה"ש 116 לעיל, פיסקה 50.

⁴⁹⁸ ראו, ה"ש 16 לעיל.

⁴⁹⁹ פסק דין Birmingham, ה"ש 8 לעיל, 689; "It is only by the special doctrines of equity that such a floating obligation, suspended, so to speak, during the lifetime of the survivor can descend upon the assets at his death and crystallize into a trust". Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 162-161, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation; ה"ש 4 לעיל, 490.

⁵⁰⁰ ראו, JOHN GRAHAM GOLDSWORTH, LEXICON OF TRUST & Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation; ה"ש 4 לעיל, 491; Barns v Barns [2003] HCA 9, 214 CLR 169; Hughes, Mutual Wills; FOUNDATION PRACTICE, 144 (1st Edition, 2016); ה"ש 15 לעיל, 135; Davis, Floating Right; 77 ALJR 734, 196 ALR 65 para 29, 85, 169 (להלן: "פסק דין Barns"); ה"ש 182 לעיל, 429.

⁵⁰¹ ראו, ע"א 10907/03 בנק לאומי לישראל נ' מדינת ישראל, פיסקה 10 (פורסם בנבו, 22.6.2005) (להלן: "פסק דין בנק לאומי נ' מדינת ישראל"); בש"א (י-ם) 6382/09 Hercules Technology Growth Capital Inc נ' פרופישנסי בע"מ, פיסקה 31 (פורסם בנבו, 3.3.2009); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, מישכון זכויות 217-216 (2005).

⁵⁰² ראו, פסק דין בנק לאומי נ' מדינת ישראל, ה"ש 501 לעיל, פיסקה 9; ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס (ישראל) נ' אלסינט, פ"ד כט(1) 121 (1974) (להלן: "פסק דין אלקטרוניקס"); ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק ארץ-ישראל בריטניה בע"מ, פ"ד כו(2) 468, 473 (1972) (להלן: "בנק לאומי נ' בנק ארץ ישראל בריטניה"); שלום לרנר, שעבוד נכסי חברה (ישראל) 56-57, 65-69, 80-81 (1996) (להלן: "לרנר, שעבוד נכסי חברה").

⁵⁰³ ראו, פסק דין בנק לאומי נ' מדינת ישראל, ה"ש 501 לעיל, פיסקה 10; פסק דין אלקטרוניקס, ה"ש 502 לעיל, פיסקה 7; פסק דין בנק לאומי נ' בנק ארץ ישראל בריטניה, ה"ש 502 לעיל, 474; לרנר, שעבוד נכסי חברה, ה"ש 502 לעיל, 93-96.

⁵⁰⁴ ראו, ע"א 353/62 הארט נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד יז(1) 496, 501 (1963), 501; פסק דין בנק לאומי נ' מדינת ישראל, ה"ש 501 לעיל, פיסקה 6; לרנר, שעבוד נכסי חברה, ה"ש 502 לעיל, 133-174.

⁵⁰⁵ ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 112-113. כמו כן ראו הערתו של השופט Donaldson בפסק דין Healey, ה"ש 182 לעיל, באוביטר, פיסקה 13: "... where the fiduciary duty is breached by such a voluntary disposition inter vivos of the property in question, the "crystallisation" of the floating obligation must occur at the moment of that disposition".

בנכסים⁵⁰⁶. איני מסכימה עם טענה זו. התגבשות הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה אין משמעה הוצאת הנכסים מידי הנותן בחיים, אלא אך הטלת פיקוח ומגבלות על שימוש בנכסים, כפי שיפורט בהמשך תת-פרק זה. ברור כי ההקשה מן השעבוד הצף והשימוש בו לעניין הצוואה ההדדית אינם מצריכים יצירת הסדר זהה לזה הקיים בשעבוד הצף⁵⁰⁷, אלא יש בהם רק כדי לסייע מבחינה רעיונית טכנית ליצירת הסדר המתאים לצוואה ההדדית.

כנגד ההקבלה בין הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה ובין השעבוד הצף נטען כי מדובר בהסדר שגוי מבחינה עיונית, שכן לא ניתן להטיל שעבוד צף על נכסי היחיד⁵⁰⁸. זהו אף הדין הישראלי⁵⁰⁹. אלא שההיגיון העומד בבסיס ההלכה האמורה אינו רלוונטי בהקשר צוואות הדדיות. ודוק, כנגד תחולת ההסדר של השעבוד הצף על נכסי היחיד הועלו בספרות ובפסיקה נימוקים שונים שאינם רלוונטיים לצוואה ההדדית⁵¹⁰. הרעיון העומד בבסיס הצוואה ההדדית והמטרה שלשמה נוצרה שונים במהותם מאלו העומדים בבסיס השעבוד הצף. הדמיון בין הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה ובין השעבוד הצף הינו דמיון צורני, הנוגע אך ורק ל"מנגנון" ול"טכניקה" שלפיהם שני ההסדרים פועלים. אין דמיון בין המטרות והערכים העומדים בבסיס כל אחד מן ההסדרים⁵¹¹. זאת ועוד, העמדה כי אין מקום להטיל שעבוד צף על נכסי היחיד אינה נקייה מספקות. ראשית, יש הסבורים כי על אף חסרונות ההסדר יש מקום לאפשרו⁵¹². שנית, פסק דין בר לבב⁵¹³ – פסק הדין הישראלי המנחה, הקובע כי אין מקום להטיל שעבוד צף על נכסי יחיד – אינו מבוסס על נימוקים מהותיים כנגד תחולת ההסדר, אלא על נימוקים של הימנעות מהתערבות בעמדת המחוקק שלא לעגן הסדר כאמור, לנוכח היעדר יכולתם של בתי המשפט ליצור הסדר פסיקטי כולל ומקיף⁵¹⁴. לפיכך, לשיטתי אין מקום להקיש בין ההסדרים בהקשר תחולתם על נכסי היחיד.

באשר לשאלה כיצד יש לעצב את מגבלות השימוש החלות על הנותן בחיים במסגרת הנאמנות הקונסטרוקטיבית, לשיטתי יש לאמץ הן את התפיסה המקובלת באשר למטרת הצוואה ההדדית הן את התפיסה המקובלת באשר למבחן הכוונה. כפי שפורט בתת-פרק ד(2)(א) למחקר, התפיסה המקובלת היא כי בבסיס הצוואה ההדדית עומדים

⁵⁰⁶ ראו, Davis, Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, 246-247.

⁵⁰⁷ כך למשל, בניגוד לשעבוד הצף הכולל הגבלה, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה אינה מחייבת רישום. ודוק, תכלית רישום השעבוד הצף וההגבלה הינה פומביות אשר תאפשר חיי מסחר מהירים ותקינים. ראו, ע"א 2070/06 **תשתית ציוד ובינוי בע"מ נ' עו"ד יעקב גרינוולד - כונס נכסים**, פסקה 29 לפסק דינה של השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 9.9.2008). עתירה לדיון נוסף בפסק הדין נדחתה; דנ"א 9048/08 **עו"ד יעקב גרינוולד-כונס נכסים נ' תשתית ציוד ובינוי בע"מ** (פורסם בנבו, 15.6.2009). בניגוד לכך, תכלית הפומביות אינה קיימת בהקשר הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה. הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה לא נועדה למנוע פעולות בנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית, אלא למנוע העברה של הנכסים ללא תמורה באופן המאייץ את הוראות הצוואה ההדדית או פוגע בתכליתה. הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה אינה גורעת מסחירותם של הנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית, וממילא נאמנות זו אינה יכולה לפגוע בחיי המסחר או בצדדים שלישיים שעומדים בהקשר הנותן בחיים בעסקת מכר (להבדיל מעסקת מתנה). לפיכך, ברור כי סוגיית הפומביות אינה רלוונטית לנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה. אף באשר לנאמנות קונסטרוקטיבית "קבועה" הקמה לאחר פטירת הראשון, (במקרה בו הצוואה ההדדית מגבילה את הנותן בחיים מלעשות פעולות בנכסים ולכן הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא קבועה, וחלה על הנכסים המסוימים שהיו קיימים בעת פטירת הראשון) אין צורך ברישום כדי שתהיה לה תחולה כלפי צדדים שלישיים. ודוק, כמו במקרה של הסכם מכר, הנאמנות הקונסטרוקטיבית על נכסי הנותן בחיים נסוגה מפני זכותו של רוכש בתום לב ובתמורה או רוכש בתנאי תקנת השוק, ולכן אין חשש לפגיעה בחיי המסחר. עם זאת, במקרה של נאמנות קונסטרוקטיבית "קבועה" ניתן לרשום הערה מגבילה לעניין נכס מקרקעין (אף שאין חובת רישום) כדי לשלול מראש אפשרות של השלמת קניין בתום לב על ידי צד שלישי.

⁵⁰⁸ ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 101.

⁵⁰⁹ ראו, ע"א 65/06 **עזבון המנוח דוד בר לבב נ' מנחם עצמון, עו"ד** (פורסם בנבו, 27.3.2008) (להלן: "**פסק דין בר לבב**"). פסק הדין אושר בדנ"א 3276/08 **עו"ד מנחם עצמון נ' עזבון המנוח דוד בר לבב** (פורסם בנבו, 18.1.2009). כן ראו, ע"א 689/68 **חברת מגדלי פרי-זה בע"מ נ' הנאמן על נכס פאול שטראוס בפשיטת-רגל**, פ"ד כ"ג(1), 715 (1969).

⁵¹⁰ כך למשל נטען כי אם יהיה ניתן להטיל שעבוד צף על נכסי היחיד, אזי בנקים ומלווים מקצועיים ינצלו את אפשרותם לעשות שימוש בהסדר זה כדבר שבשגרה, וכך ייפגעו הנושים ה"רגילים", אשר ייוותרו ללא בטוחה ריאלית למימונם – ראו, Joshua Weisman, Floating Charges on Assets of Individuals, 21 Israel L.R. 129, 139 (1986) (להלן: "**Weisman, Floating Charges**"); כך גם למשל נטען כי שעבוד צף על נכסי היחיד יביא למצב שבו הסדר פשיטת הרגל יאבד מעילותו (בהתחשב בתחולת השעבוד הצף על נכסים עתידיים אף לאחר ההכרזה על פשיטת הרגל), ופושט הרגל לא יוכל להשתקם מבחינה כלכלית לאחר מיצוי הליכי פשיטת הרגל. ראו, שם, 139-140; כך גם למשל נטען כי אין צורך בהסדר כאמור, וזאת עקב היעדר דרישה בשוק המימון. ראו, שם, 133-134; כך גם למשל נטען כי יש בהסדר כדי להטיל על הנושה סיכון עסקי גדול מדי. טענה זו מבוססת על כך שהחברה (בניגוד ליחיד) מוגבלת בהפחתת ההון העצמי שלה, ולכן לא דרושה לנושה ערובה ייחודית של נכס כלשהו (שכן כולו של הנכסים נותר קבוע). בניגוד לכך, על היחיד לא מוטלת מגבלה כאמור, והנושה עלול למצוא כי אין בממצא נכסים להיפרע מהם. ראו, אירית חביב סגל, **דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב**, 171-179 (2004); כך גם למשל נטען כי הסדר כאמור מטיל סיכון רב על הנושה, משום שחברה – בניגוד ליחיד – מחויבת לנהל חשבונות, לערוך דו"חות כספיים ולמנות רואה חשבון. חובות אלו מבטיחים כי המידע על אודות החברה משקף נכונה את מצבה הכלכלי באופן המאפשר לנושה ליטול סיכון מושכל בעת שהוא מעניק לחברה הלואה או אשראי כנגד השעבוד הצף. חובות אלו אינם מוטלים על היחיד, ואין ערבות לדיוק המידע שהוא מוסר לנושה. ראו פסק דין בר לבב, ה"ש 509 לעיל, פסקה 20 לפסק דינו של השופט גיורבראן.

⁵¹¹ ראו לעניין זה גם עמדתה של בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 44-46.

⁵¹² ראו, עמדתו של השופט גיורבראן בפסק דין בר לבב, ה"ש 509 לעיל; לרנר, שעבוד נכסי חברה, ה"ש 502 לעיל, 179-184 (לדעת לרנר, לכל הפחות יש לאפשר ליחיד לשעבד את נכסיו המסחריים בשעבוד צף, וזאת בדומה לדין האמריקני והקנדי); מיגל דויטש **קניין כרך ב**, 110-112 (1999), יוסי כהן, **דיני חברות חלק א**, 68 (בה"ש 1 שם) (2007); Weisman, Floating Charges; ה"ש 510 לעיל, 130-132.

⁵¹³ ראו, ה"ש 509 לעיל.

⁵¹⁴ ראו, שם, פסקי הדין של השופט ריבלין והשופט אלון.

שני אינטרסים מנוגדים: האחד, לאפשר לנותר בחיים להמשיך לחיות את חייו בנוחות; והשני, להבטיח את קיומו של התכנון המשותף להעברת ההון המשפחתי לדור הבא⁵¹⁵. מבחן הכוונה יוצר את האיזון הראוי בין שני האינטרסים: אם מטרת פעולתו של הנותר בחיים הינה לאיין את הצוואה ההדדית או לפגוע בה, מדובר בפעולה אסורה על פי הצוואה ההדדית, מאידך גיסא אם פעולתו של הנותר בחיים נעשית לתועלתו האישית במטרה להיטיב עם עצמו היא מותרת⁵¹⁶. אלא שכפי שתואר לעיל בפרק ד(2)(א) למחקר, ייתכן כי אותה הפעולה תיתפס בנסיבות מסוימות כמפרה את הצוואה ההדדית, ובנסיבות אחרות – כתואמת אותה. העדר ודאות כאמור עלול ליצור התדיינות יתר. על מנת ליצור ודאות (ככל הניתן) ניתן לקבוע חזקות הניתנות לסתירה לגבי פעולות הבאות בגדר הפרה של הצוואה ההדדית. כך למשל, ראוי לקבוע חזקה כי הענקת זכויות או דיספוזיציות ברכוש שלא בתמורה או בתמורה שאינה סבירה (למעט תרומות או מתנות קטנות⁵¹⁷ כפי שנהגו המצווים בחייהם) נחשבות כפעולות הנעשות לשם איון הצוואה ההדדית או פגיעה בה, ולכן הן אסורות. אם הנותר בחיים יבקש לבצע פעולה אשר תיקבע לגביה חזקה כי היא באה בגדר הפרה של הצוואה ההדדית, ולמרות זאת לעמדתו הפעולה אינה פוגעת בצוואה ההדדית, בהעדר הסכמה בין הנותר בחיים ובין היורש הסופי, יהיה על הנותר בחיים לקבל קודם לביצוע הפעולה את אישור בית המשפט (אלא אם כן הצוואה ההדדית קובעת מפורשות כי הפעולה מותרת).

כנגד האיסור על העברת מתנות ועל ביצוע פעולות בנכסים באופן המביא לאיונה של הצוואה ההדדית הועלתה הביקורת כי יש בכך כדי לפגוע בחופש הקניין של הנותר בחיים⁵¹⁸. אני מסכימה עם טענה זו. אדם יכול להתחייב לפעול בחייו בנכסיו לפי רצונו. הוא יכול להתחייב למכור נכס, להשכירו, לשעבדו, להעבירו לנאמנות, להשאילו וכיו"ב. בשפה משפטית אנו מכנים זאת "חופש החוזים". אדם יכול להגביל את עצמו בחוזה באשר לנכסיו – אין בכך כל פגיעה בחופש הקניין. כשם שלא נראה בהטלת נאמנות קונסטרוקטיבית על מוכר נכס ובאיסור שחל עליו למכור את הנכס לצד שלישי (לאחר שהתחייב למכור את הנכס לרוכש מסוים), כפגיעה בחופש הקניין, כך אין לראות במגבלות שקיבל על עצמו הנותר בחיים במסגרת הצוואה ההדדית כפגיעה בחופש הקניין.

השאלה האם יש מקום להגביל את הנותר בחיים (כברירת המחדל) באשר לשימוש ברכוש לצרכיו, לטובתו, לתועלתו ולהנאתו האישית (להלן: "הוצאותיו האישיות של הנותר בחיים") מעוררת מחלוקות, ואין לגביה הכרעה ברורה⁵¹⁹. בהתייחסותו לסוגיה האמורה שאל Davis (באופן מתריס): האם הנותר בחיים רשאי למשל לכלות את הרכוש בשיט סביב העולם?⁵²⁰ המצדדים בעמדה כי אין להגביל את הנותר בחיים טוענים כי בהיעדר הגבלה בצוואה ההדדית, ברירת המחדל היא כי הנותר בחיים רשאי להשתמש ברכוש להוצאותיו האישיות לפי שיקול דעתו⁵²¹ (כל עוד מטרת פעולתו אינה איון הצוואה ההדדית או פגיעה בה), לרבות אפשרות הנותר בחיים לכלות את הרכוש. מנגד יש הטוענים כי על הנותר בחיים לנהוג ברכוש בדרך סבירה ומקובלת ובהתאם לאמצעים העומדים לרשותו ולנסיבות, וכי אין הוא רשאי לכלות את הרכוש באופן בלתי סביר⁵²². כל אחת מהעמדות מבוססת על מטרה אחרת העומדת ביסוד הצוואה ההדדית. נימוקי העמדה הראשונה יסודם במטרה לאפשר לנותר בחיים לחיות את חייו בנוחות, ואילו נימוקי העמדה השנייה יסודם במטרה להבטיח את ביצוע התכנון המשותף להנחלת ההון המשפחתי.

לדידי, אין מקום להגביל את הנותר בחיים, כל עוד מדובר בהוצאותיו האישיות. בניגוד להעברה לצדדים שלישיים – המנוגדת לכוונת המצווים – שימוש ברכוש להוצאותיו האישיות של הנותר בחיים תואם את כוונת המצווים. בחינת אופן התנהלותו של הנותר בחיים באשר להוצאותיו האישיות הינה "מסוכנת" ואף לא מעשית. השאלה "מהי הוצאה מקובלת או סבירה" היא שאלה סובייקטיבית הנתונה לפרשנות ומושפעת מגורמים שונים כגון מעמד

⁵¹⁵ ראו, הי"ש 16 לעיל.

⁵¹⁶ ראו עמדתו של השופט Dixon J. בפסק דין Cleaver, הי"ש 116 לעיל, 947.

⁵¹⁷ ראו, שם וכן Cassidy, Mutual Wills, הי"ש 11 לעיל, 69.

⁵¹⁸ ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, הי"ש 20 לעיל, עמ' 18 לטיוטה.

⁵¹⁹ ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, הי"ש 53 לעיל, 343.

⁵²⁰ ראו, Davis, Floating Right, הי"ש 182 לעיל, 428.

⁵²¹ ראו למשל, פסק דין Birmingham, הי"ש 8 לעיל, 689.

⁵²² ראו, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, הי"ש 4 לעיל, 491; קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, הי"ש 20 לעיל, עמ' 34 ו-43 לטיוטה.

סוציו-אקונומי, תרבות, חברה, אזור מגורים, מקצוע, תחביבים, חינוך, אופי וכמובן נקודת מבטו של הנשאל, שהרי לא דומה נקודת מבטו של הנהנה מן ההוצאה (הנותר בחיים) לנקודת מבטו של מי ש"קופתו" העתידית נגרעת בגין ההוצאה (היורש הסופי). מתן כוח ליורש הסופי להתערב באופן ניהול חייו והוצאותיו האישיות של הנותר בחיים, הינו "מתכון בטוח" להתדיינויות יתר ולהתערבות יתר בחייו של הנותר בחיים באופן שיאיין את אחת המטרות הבסיסיות של הצוואה ההדדית כפי שפורט לעיל (שמירה על רמת חייו ועל רווחתו האישית של הנותר בחיים מבלי שיידרש לתת דין וחשבון ליורש הסופי באשר להוצאותיו ואורחות חייו). אם המצווים מבקשים להבטיח כי הנותר בחיים לא יכלה את הרכוש או כי הנותר בחיים יוגבל באשר לשימוש ברכוש, עליהם לציין זאת מפורשות בצוואה ההדדית. לדידי, בהיעדר הוראה מפורשת המגבילה זאת, רשאי הנותר בחיים לעשות שימוש ברכוש להוצאותיו האישיות כרצונו, ובכלל זה (בתשובה על שאלתו של Davis) כילוי הרכוש בעבור שיט תענוגות סובב עולם.

באשר לצוואה הכוללת הורשה הדדית ללא יורש סופי, כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(1)(ד) למחקר, התפיסה המקובלת היא כי מבחינה רעיונית, עם פטירת הראשון רואים בצוואה ההדדית צוואת יחיד של הנפטר הראשון⁵²³, ולכן אין מקום להגביל את הנותר בחיים מלפעול ברכוש אם לא נקבע אחרת בצוואה ההדדית. ממילא במצב כאמור אין תכנון רכושי הטעון הגנה ואין יורש סופי בעל זכויות.

ה.3.ב. המצווים אינם מוגבלים בעשיית פעולות ברכושם בחייהם

כפי שצוין בתת-פרק ד(2)(ב) למחקר, לכאורה, ככל שניתן משקל רב יותר לפן החוזי של הצוואה ההדדית (על פני הפן הירושתית), יש מקום למנוע מהמצווים לבצע פעולות לאיונה אף בחיי שניהם. השאלה העיונית העקרונית שבה דנתי לעיל בתת-פרק ד(2)(ב) למחקר היא האם מבחינה רעיונית תיתכן הפרה של הצוואה ההדדית עוד בחייהם של שני המצווים. כאמור לעיל, הכרה בסעדים בגין ביטול הצוואה ההדדית או בגין ביצוע פעולות לאיונה בחיי המצווים נובעת בדין הזר מתפיסה המכירה בחוזי ירושה⁵²⁴. תפיסה זו שונה מתפיסת הדין הישראלי לפיה – הסכם בדבר ירושתו של אדם הינו בטל (סעיף 8(א) לחוק הירושה), ולכן אינה רלוונטית למשפט הישראלי.

לשיטתי, פעולות ברכוש הנעשות בחיי המצווים – אף אם יש בהן כדי לפגוע בצוואה ההדדית או לאיינה – אינן הפרה של הצוואה ההדדית ואינן חלק מהסוגיות שהצוואה ההדדית נועדה להסדיר. לפיכך, אף השאלה האם לפי כוונת המצווים הן פוגעות בצוואה ההדדית אינה רלוונטית. פעולות ברכוש הנעשות בחיי המצווים, ניתן להסדירן באמצעות הסכם. לא מן הראוי כי נרחיב את גבולותיה החוזיים של הצוואה ההדדית למעלה מן הנדרש לצורך ההסדר שלשמו היא נועדה. ודוק, הצוואה ההדדית נחשבת כחריגה בדיני הצוואות וכפוגעת בחופש הציווי. אך כאמור, זהו הרע במיעוטו: איזון עדין בין יסוד הכבילה לחופש הציווי, כדי שלא לפגוע ברעיון העומד בבסיס ההסדר. הואיל וישנם כלים נוחים, מתאימים ופשוטים יותר להסדרת פעולות המצווים ברכוש בחיי שניהם, לשיטתי אין מקום להרחיב את יסוד הכבילה מכוח הצוואה ההדדית ולהחילו אף בשלב שבו שני המצווים עודם בחיים. אם המצווים מעוניינים בכך, יתכבדו הם ויערכו הסכם חוזי להסדרת פעולותיהם בחיי שניהם.

ה.4. עצמאות מעמדו של היורש הסופי ואופי זכויותיו

בתת-פרק ד(4) למחקר דנתי בשאלה האם זכויותיו של היורש הסופי יונקות אך מזכויות הנפטר הראשון או שמא עם פטירת הראשון ו"התגבשות" הצוואה ההדדית יש ליורש הסופי זכויות ומעמד עצמאיים. לשאלה עיונית זו יש השפעה על היקף זכויותיו של היורש הסופי ועל הסעדים אשר להם הוא זכאי.

לשיטתי, אם מבחינה עיונית זכויות היורש הסופי מוגבלות ויונקות אך מזכויות הנפטר הראשון, זכותו מוגבלת לסעד של השבה (כפי שקובע החוק הישראלי כיום) – או לכל היותר לסעדים של השבה ופיצויים – אך לא לסעד של אכיפה (ועל כך ראו בהרחבה בדיון בתת-פרק ד(4) למחקר). מאידך גיסא, אם הצוואה ההדדית מקימה ליורש

⁵²³ ראו, הי"ש 267 לעיל.
⁵²⁴ ראו, הי"ש 478 לעיל.

הסופי מעמד עצמאי וזכויות משלו, היורש הסופי – מכוח מעמדו העצמאי (ולא מכוח זכויות הנפטר הראשון) – זכאי אף לסעד של אכיפה. לשיטתי, זכויות נרחבות של אכיפה לרבות באשר לרכושו של הנוטר בחיים (נוסף על הרכוש שירש מן הנפטר הראשון)⁵²⁵, יכולות לקום רק מכוח מעמדו העצמאי של היורש הסופי. דהיינו, רק ככל שזכויותיו של היורש הסופי הן עצמאיות⁵²⁶. כפי שאבהיר להלן, לשיטתי ביסוסה העיוני של הצוואה ההדדית על יסודות חוזיים מקים ליורש הסופי מעמד עצמאי וזכויות בעלות גוון קנייני מכוח דיני היורש, באופן המאפשר להגן על ההסדר שנקבע בצוואה ההדדית גם לאחר פטירת הראשון.

כאמור, הפתרון המקובל בשיטות משפט שונות הוא יצירת נאמנות קונסטרוקטיבית על נכסי הנוטר בחיים, וזאת באופן שיבטיח את קיום הצוואה ההדדית⁵²⁷. אלא שהשימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית אינו ברור, וכאמור לעיל בתת-פרק ד(3)(א) למחקר, ניתן לחלקו לשתי "אסכולות" לא רשמיות: לפי האחת, הנאמנות הקונסטרוקטיבית בפני עצמה היא הסעד⁵²⁸, ולפי השנייה, הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה מייד עם פטירת הראשון (ללא קשר לביצוע פעולה לאיון הצוואה ההדדית או לפגיעה בה)⁵²⁹, והיא משמשת ככלי משפטי להענקת סעדים כנגד ההפרה.

כאמור, עמדתי תואמת את האסכולה השנייה, שלפיה הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינה סעד הניתן בעת הפרת הצוואה ההדדית, אלא היא קמה מייד עם פטירת הראשון, וזאת מכוח היסודות החוזיים הטבועים בה. דהיינו – הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה קמה עם פטירתו של הראשון, והיא מתגבשת בעת פטירת הנוטר בחיים או במקרה של ביצוע פעולות לאיון הצוואה ההדדית או לפגיעה בה. לשיטתי, כשם שעסקה למכירת נכס מקימה נאמנות קונסטרוקטיבית על הנכס מכוח החוזה מייד עם גיבוש העסקה לכדי חוזה מחייב, וזאת ללא קשר לשאלת ההפרה, כך קמה הנאמנות הקונסטרוקטיבית עם הפיכתה של הצוואה ההדדית למחייבת – דהיינו, בעת פטירת הראשון – וזאת ללא קשר לשאלה האם הנוטר בחיים פעל בניגוד לצוואה ההדדית.

כפי שצינתי לעיל בתת-פרק ד(3)(א) למחקר, עמדת המתנגדים לנאמנות הקונסטרוקטיבית מתמקדת בעיקר בכך שאין בפסיקה קו מנחה ברור באשר לאופן החלטה ולתוכנה⁵³⁰. ודוק, אף שהמונח "נאמנות קונסטרוקטיבית" מוכר בשיטות משפט שונות ובהקשרים שונים, תוכן המונח, משמעותו ומהותו אינם זהים בכל שיטות המשפט ובכל ההקשרים. ההבחנה המקובלת לגבי תפיסות שונות של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הינה הבחנה בין נאמנות קונסטרוקטיבית מוסדית ובין נאמנות קונסטרוקטיבית תרופתית. הראשונה (המוסדית), קמה בקרות אירוע מסוים, וזאת ללא צורך בהחלטה שיפוטית. דהיינו, החלטת בית המשפט הינה הצהרתית ולא מכוונת. בהתאם לכך, משניתנה הכרעה שיפוטית כי התקיימו נסיבות המקימות את הנאמנות הקונסטרוקטיבית, יש לה תחולה רטרואקטיבית מיום קרות "האירוע המכוון". בשונה מכך, השנייה (התרופתית) משמשת כסעד במקרים של התעשרות שלא כדין והיא קמה מכוח החלטה שיפוטית. דהיינו, להחלטה השיפוטית יש כוח מכוון, ותחולתה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הינה מיום החלטה. לכן אין בכוחה להעניק לנהנה עדיפות (לפחות לא באופן מיידי) על פני צד שלישי שרכש זכויות בנכס קודם שניתנה החלטה⁵³¹.

בהקשר הצוואה ההדדית, אם הנאמנות הקונסטרוקטיבית משמשת אך כסעד בעת הפרה, מדובר בנאמנות קונסטרוקטיבית תרופתית מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט שכוחה מוגבל, ואין בה כדי להעניק ליורש הסופי

⁵²⁵ ראו, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 139; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 100-101.

⁵²⁶ ראו בעניין זה עמדתה של Cassidy, במאמרה Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, ה"ש 20 לעיל, 132.

⁵²⁷ ראו, ה"ש 311 לעיל.

⁵²⁸ ראו, ה"ש 317 לעיל.

⁵²⁹ ראו, ה"ש 323 לעיל.

⁵³⁰ ראו, ה"ש 329 לעיל.

⁵³¹ Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 245-246, 263, 269. להבחנות נוספות בין הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית לנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית ראו, שם, 245-270.

זכויות מול הנותר בחיים⁵³². בניגוד לכך, אם הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה עם פטירת הראשון, מדובר בנאמנות מוסדית המעניקה ליורש הסופי זכויות נרחבות ויש לה תחולה רטרואקטיבית מיום פטירת הראשון⁵³³.

מגבלות השימוש ברכוש החלות על הנותר בחיים מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית מלמדות כי לנותר בחיים אין בעלות מלאה ברכוש⁵³⁴. היעדר בעלות מלאה נובע בהכרח מקיום זכויות של צד שלישי בנכס – היורש הסופי.

היסודות החוזיים העומדים בבסיס הצוואה ההדדית בצירוף יחסי האמון המיוחדים שבין המצווים הם המעניקים ליורש הסופי מעמד עצמאי והם המקימים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית (המוסדית) הצפה עם פטירת הראשון. נאמנות זו מקנה ליורש הסופי זכויות נרחבות בעלות גוון קנייני. מעמדו העצמאי של היורש הסופי בשילוב זכויותיו בעלות הגוון הקנייני הם המקימים את זכויותיו לסעדים, כפי שיפורט בהמשך פרק זה.

כאמור, התפיסה המקובלת היא כי כדי שתקום נאמנות קונסטרוקטיבית נדרשים חוזה או סממנים חוזיים באשר לכוונת המצווים ליצור כבילה⁵³⁵. ההסדר המוצע לעיל של אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט – במסגרתו יוכל בית המשפט לוודא את גמירות דעתם של המצווים לעניין יסוד הכבילה – יוצר ודאות באשר לקיומו של חוזה או של יסוד חוזי, ומאפשר כאמור את יצירתה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית באופן מיידי עם פטירת הראשון והתגבשות הצוואה ההדדית, ללא צורך בבדיקות ראייתיות בדיעבד באשר לנסיבות בכל מקרה ומקרה.

לדעת קריטנשטיין, השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית מעורר את השאלה "באם נדרשים אנו לחוזה מדוע יש צורך אף בנאמנות הקונסטרוקטיבית". תשובתו של קריטנשטיין היא שהואיל והיורש הסופי אינו צד לצוואה ההדדית (לחוזה) – על אף קיומם של סממנים חוזיים – הדין האנגלי (שלא הכיר בעבר בחוזה לטובת צד שלישי) לא הצליח ליצור סעדים חוזיים ליורש הסופי, וזאת בשל היותו צד שלישי לחוזה. הואיל והתנהגות הנותר בחיים נתפסת כלא ראויה ולא רצויה ובהיעדר פתרון בדיני החוזים, נמצא בדיני היורש פתרון בדמות הנאמנות הקונסטרוקטיבית⁵³⁶. מתשובתו של קריטנשטיין עולה כי לשיטתו, הואיל והדין הישראלי מכיר בחוזה לטובת צד שלישי (וכיום זה אף המצב המשפטי באנגליה⁵³⁷), אין עוד צורך בנאמנות הקונסטרוקטיבית.

בעניין זה איני מסכימה עם קריטנשטיין. לשיטתי, הצורך בנאמנות הקונסטרוקטיבית (הקמה מכוח היסוד החוזי בצוואה ההדדית) עודנו קיים על אף קיומו של חוזה לטובת צד שלישי. ודוק, הבסיס החוזי מקנה ליורש הסופי זכויות אובליגטוריות בלבד. בשונה מכך, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מעניקה ליורש הסופי זכויות שביורש בעלות גוון קנייני, הגוברות על זכויותיו של צד שלישי שאליו הועבר רכוש בניגוד לצוואה ההדדית⁵³⁸ (למעט רכוש

⁵³² לביקורת על הנאמנות הקונסטרוקטיבית התרופתית והיעדר יכולתה להסדיר את זכויות הצדדים בצורה ראויה וברורה, ראו Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 102.

⁵³³ ניתן לטעון כי בהקשר הצוואה ההדדית, גם הנאמנות הקונסטרוקטיבית שהינה סעד יכולה להיחשב כנאמנות קונסטרוקטיבית מוסדית, וכי האירוע המביא לכינונה הוא הפרתה של הצוואה ההדדית או ביצוע הפעולה לאיונה. לדידי, גישה זו אינה נכונה ואין לה בסיס משפטי מבחינה עיונית. ודוק, כפי שפורט לעיל, נסיבות עריכתה של הצוואה ההדדית יוצרות חובות אמון מיוחדות בין השותפים לה, המבססות את ההכרה בנאמנות הקונסטרוקטיבית בהקשר של צוואות הדדיות. חובות האמון באות לידי ביטוי עם פטירת הראשון – מועד "התגבשותה" של הצוואה ההדדית – המועד ממנו הופכת הצוואה ההדדית למחייבת. ראו, ה"ש 226 לעיל. לפיכך מן הראוי לראות באירוע זה את "האירוע המכוון" המקים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית. בדומה לחוזה לרכישת נכס, הנאמנות הקונסטרוקטיבית קמה עם הפיכת החוזה למחייב, ובהתאמה לצוואה ההדדית – עם פטירת הראשון. לשיטתי, זהו הבסיס המשפטי העיוני, המצדיק לראות באירוע של פטירת הראשון, כאירוע המקים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית. בניגוד לכך, אין כל בסיס משפטי לראות באירוע של הפרת הצוואה ההדדית או באירוע של ביצוע פעולה לאיונה כאירוע המקים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית. ההפך הוא הנכון: האירוע של הפרת הצוואה ההדדית או של ביצוע פעולה לאיונה הינו אירוע של "שבירת" חובות האמון. הטענה כי דווקא אירוע כאמור הוא שיקים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית המוסדית, אין בה כל היגיון. לדידי, אם הפרת הצוואה ההדדית היא האירוע המקים את הנאמנות הקונסטרוקטיבית, אין המדובר בנאמנות קונסטרוקטיבית מוסדית, אלא בנאמנות קונסטרוקטיבית המשמשת כסעד בלבד ויש לסווגה כנאמנות קונסטרוקטיבית תרופתית.

⁵³⁴ ראו, Davis, Floating Right, ה"ש 182 לעיל, 428: "The fact that the survivor can use capital means that he has more than a life interest, but **the restriction on his use of the property clearly indicate that he has less than absolute ownership**" [ההדגשה אינה במקור].

⁵³⁵ ראו, ה"ש 485 לעיל.

⁵³⁶ ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 339. זו אכן הייתה אחת ההנמקות בעבר לשימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית. ראו, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, ה"ש 170 לעיל, 136.

⁵³⁷ בשנת 1999 חוקק באנגליה חוק החוזים (זכויות של צדדים שלישיים) Contracts (Rights of Third Parties) Act, אשר הפך את התפיסה שהייתה שלטת שנים רבות בדין האנגלי, והעניק לצד שלישי (אשר לטובתו נערך החוזה) את האפשרות ואת המעמד המשפטי לתבוע את אכיפתן של הזכויות שהוענקו לו במסגרת חוזה, וזאת אף שהינו זר לחוזה. ניתן למצוא את החוק באתר הבא: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents>

⁵³⁸ ראו, Davis, Floating Right, ה"ש 182 לעיל, 430. Davis הסביר כי ניתן להגיע לתוצאה זו בהקשה מהשעבוד הצף. לשיטתו, היורש הסופי, כמו בעל השעבוד הצף (הכולל הגבלה), הינו בעל זכויות הגוברות על אלו של צד שלישי. אלא שעמדתו של Davis היא כי זכויות אלו

בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק). כשם שאין בדיני החוזים כדי לסייע לרוכש להתמודד עם עסקה נוגדת מול צד שלישי – והוא נדרש לשם כך לזכויות שביושר ולדיני העסקאות הנוגדות – כך אין בדיני החוזים כדי לסייע ליורש הסופי להתמודד עם פעולות שעשה הנותר בחיים כלפי צד שלישי (בניגוד לצוואה ההדדית), והוא נזקק לנאמנות הקונסטרוקטיבית (הקמה מכוח החוזה). הזכות החוזית שמעניקה הצוואה ההדדית ליורש הסופי אינה גוברת על זכויות שרכש צד שלישי, והיא חלה רק ביחסים שבינו לבין הנותר בחיים. הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא היוצרת הגנה חזקה ומקיפה על זכויות היורש הסופי. ההגנה הדמוי קניינית שמעניקה הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה ליורש הסופי, היא המקנה לו מעמד עצמאי אל מול הנותר בחיים⁵³⁹ ואל מול צד שלישי שרכש זכויות ברכוש לגביו חלה הצוואה ההדדית (למעט רוכש בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק).

אף Davis דן בשאלה האם עקב הכרת הדין האנגלי (בשנת 1999) בחוזה לטובת צד שלישי⁵⁴⁰, אין עוד צורך בנאמנות הקונסטרוקטיבית כדי להגן על היורש הסופי⁵⁴¹. Davis השיב על שאלה זו בחיוב (באופן חלקי). אלא שעמדתו לא התבססה רק על הכרת הדין האנגלי בחוזה לטובת צד שלישי, אלא אף (ובעיקר) על סעיפים 423-425 לחוק פשיטת הרגל האנגלי (Insolvency Act 1986)⁵⁴², שבאמצעותם יכול היורש הסופי לטעון לביטול מתנה שהעניק הנותר בחיים לצד שלישי, בשל היותה בגדר עסקה ללא תמורה ראויה (undervalue), שנעשתה במטרה להבריא את הנכס. בהיעדר חקיקה דומה בדין הישראלי, יש צורך בנאמנות הקונסטרוקטיבית כדי להתגבר על זכויות שרכש צד שלישי בנכס בניגוד לצוואה ההדדית (דהיינו בהעדר תמורה)⁵⁴³. מכל מקום, Davis חתם את ניתוחו המשפטי בהשוואה בין זכויות היורש הסופי ובין זכויותיו של רוכש נכס. לשיטתו של Davis מעמדם של השניים דומה – היורש הסופי, כמו הרוכש, הינו בעל זכויות מעין-קנייניות מכוח העיקרון הבסיסי שבדיני היורש, הרואים כנעשה את מה שצריך היה להיעשות⁵⁴⁴. על פי הדין הישראלי, עסקת מכר מקימה לטובת הרוכש נאמנות קונסטרוקטיבית, וזוהי אף ההגנה שיש להעניק ליורש הסופי. בסופו של יום אף Davis "הודה" כי גם לפי הדין האנגלי עדיין יש צורך בנאמנות הקונסטרוקטיבית אם הרכוש כולל נכסי מקרקעין. Davis הסביר כי הואיל ולפי סעיף 2 לחוק הקניין האנגלי

קמות רק לאחר פטירת הנותר בחיים. בעניין זה איני מסכימה עם Davis. לדידי, ליורש הסופי קמות זכויות דמוי קנייניות מייד עם פטירת הראשון, דהיינו מייד עם היווצרות הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, ולא רק בעת התגבשותה. באשר לשעבוד הצף, אף Davis הסכים כי לבעל איגרת החוב יש זכויות קנייניות כנגד צד שלישי אף קודם להתגבשות השעבוד הצף, שאם לא כן לא תהיה לו האפשרות להתמודד עם העברת נכסים שלא כדין בניגוד לאיגרת החוב או שלא במהלך העסקים הרגיל (שם, 434). לדעות נוספות התומכות בעמדה כי לבעל איגרת החוב עומדות זכויות קנייניות או זכויות שביושר עוד קודם להתגבשות השעבוד הצף ראו, Uwadineke C. KALU, Ejike Francis Okaphor, Bryan Olekanma, *Floating Charge: A Child Of Equitable Circumstance And Its Hybrid Disposition*, Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence, 155, 160 (Vol 3, 2012) ("Charge Kalu, Okaphor & Olekanma, Floating " להלן: <https://www.ajol.info/index.php/naujilj/article/view/136359/125850>); DEREK FRENCH, STEPHEN MAYSON & CHRISTOPHER, *Charge DAN PRENTICE & ARAD REISBERG, CORPORATE FINANCE LAW IN THE UK AND; RYAN, COMPANY LAW, 326-329 (28th Edition 2011-2012)* (2012), 219-223. זאת ועוד, כשם שהשעבוד הצף מתגבש לא רק בעת פירוק החברה, אלא אף בעת ביצוע פעולה בניגוד לאיגרת החוב – באופן שהוא חל למפרע (באופן רטרואקטיבי) מיום רישום ההגבלה (סעיף 169(ב) לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983) וגובר על עסקאות שנעשו בניגוד להגבלה אף קודם להתגבשות – כך הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה אינה מתגבשת רק בפטירת הראשון, אלא גם במקרה של העברת נכסים לצדדים שלישיים במתנה באופן המאייץ את הצוואה ההדדית (ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills, Doctrines, 101), ובמקרה כאמור אף היא חלה למפרע (באופן רטרואקטיבי).

⁵³⁹ ראו, Cassidy, Mutual Wills, 11 לעיל, 66, Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills, 170 לעיל, 141, Rickett, A Rare Case of Mutual Wills, 160 לעיל, 195, Rickett, Mutual Wills, 226 לעיל, 539-538; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrines, 407-406 לעיל, 407-406.

⁵⁴⁰ ראו, הי"ש 537 לעיל.

⁵⁴¹ Davis, Floating Right, הי"ש 182 לעיל, 431-430.

⁵⁴² ניתן למצוא את סעיפי החוק באתר הבא: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/part/XVI>.

⁵⁴³ אמנם גם על פי סעיף 96 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס-1980, ניתן לבטל הענקות בתנאים מסויימים. אלא שסעיף 96 עוסק בהענקות שביצע פושט רגל ואילו החוק האנגלי רחב יותר והוא עוסק באופן כללי בעסקאות בהעדר תמורה שנעשו על מנת להבריח נכסים שלא כדין ולא דווקא בעסקאות שנעשו על-ידי פושט רגל. אף סעיף 98 לפקודת פשיטת הרגל אינו רלוונטי לעניינו שכן תחולתו צרה לגבי "מי שאינו יכול לפרוע מכספו את חובותיו כשמגיע זמן פרעונם". אף סעיף 34(ב) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, המאפשר לבית המשפט להצהיר כי מקרקעין שאינם רשומים על שם החייב הם של החייב, אינו רלוונטי לעניינו, שכן הוא מדבר בנכס שהוצא מן החייב על מנת להעלימו מן הנושה, כאשר בסופו של יום מטרת ההברחה היא כי הנכס (או תחליפו) יושב לידי החייב. במקרה כאמור הצהרת בית המשפט היא דקלרטיבית בלבד – לאחר שבית המשפט נוכח כי הרישום אינו תואם את המציאות, הוא מצהיר אודות המצב העובדתי לאשורו. זה אינו המקרה בעניינו. בהקשר הצוואה ההדדית, הרישום תואם את המציאות – הנכס הוצא מן הנותר בחיים על מנת שיוותר בדין הצד השלישי. בית המשפט אינו יכול בהחלטה הצהרתית להצהיר כי הנכס שייך לנותר בחיים, אלא עליו לתת החלטה מהותית המורה על ביטול פעולת הקניין של העברת הנכס. סעיף 34(ב) אינו מעניק לבית המשפט את הסמכות לעשות כן.

⁵⁴⁴ Davis, Floating Right, הי"ש 182 לעיל, 431: "This is not so different from a contract for sale, which undoubtedly does create proprietary rights on the basis that equity looks upon as done that which ought to be done, except that the property affected by the mutual wills may change over time"

(הוראות שונות)⁵⁴⁵, בהיעדר כתב אין תוקף לעסקה במקרקעין (בדומה לסעיף 8 לחוק המקרקעין), לגבי נכסי מקרקעין רק הנאמנות הקונסטרוקטיבית תוכל להגן על היורש הסופי ולהעניק לו זכויות דמוי קנייניות בנכס. הנאמנות הקונסטרוקטיבית מקנה ליורש הסופי מעמד עצמאי אל מול הנותר בחיים, וזאת אף מכוח היותו נהנה. על פי דיני הנאמנות, הנהנה זכאי לתבוע את זכויותיו מהנאמן באופן עצמאי מכוח זכויותיו שלו⁵⁴⁶.

בנוסף לזכויות המעין-קנייניות שמקנה הנאמנות הקונסטרוקטיבית ליורש הסופי, סיווג הצוואה ההדדית כחוזה או כדמוית חוזה הופך אותה כאמור לחוזה לטובת צד שלישי⁵⁴⁷ על כל המשתמע מכך, לרבות עצמאות מעמדו של היורש הסופי מול הנותר בחיים⁵⁴⁸. סיווג הצוואה ההדדית כחוזה או כדמוית חוזה עשוי להעניק ליורש הסופי – כצד שלישי שלטובתו נערך החוזה – מעמד עצמאי (אך מוגבל) גם מול צד שלישי (מעוול) שהיה מעורב בהפרת הצוואה ההדדית, וזאת מכוח העולה של גרם הפרת חוזה (להרחבה ראו תת פרק ד(4) למחקר).

כאמור, אחת הביקורות כנגד הנאמנות הקונסטרוקטיבית עוסקת בהיעדר תוכן ברור שלה בהקשר צוואות הדדיות⁵⁴⁹: מה כוחה? עד כמה היא מגבילה את הנותר בחיים? ומה משמעותה ותוכנה? לדעת, הרואים בנאמנות הקונסטרוקטיבית סעד נתקלים בחוסר בהירות. ודוק, ההתייחסות לנאמנות הקונסטרוקטיבית כאל סעד (שלמעשה הינו חסר תוכן) עלולה ליצור בלבול ובעיות מעשיות. לשיטתי, ההתייחסות לנאמנות הקונסטרוקטיבית צריכה להיות כאל כלי המעניק סעדים. האתגר הוא לעצב את תוכן הכלי (ובהתאם לכך גם את הסעדים המוענקים מכוחו) באופן ייחודי ומותאם לצוואה ההדדית. במסגרת המחקר אבקש להתמודד עם אתגר זה, ולכך אתייחס במסגרת תת-הפרק הבא.

⁵⁴⁵ The Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989. ניתן למצוא את סעיף החוק באתר הבא: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/34/section/2>

⁵⁴⁶ ראו, פרידמן וכהן, כרך ג, ה"ש 110 לעיל, 111, 136; כרם, חוק הנאמנות, ה"ש 370 לעיל, 78, 82.
⁵⁴⁷ ראו, ה"ש 371 לעיל.

⁵⁴⁸ כך למשל נקבע בפסק דין 344, 85, 1 Ill. Dec. 532, 1 Ill. 2d 491, 356 N.E. (2d) 532, *First United Presbyterian Church v. Christenson* 64 Ill. 2d 491, 356 N.E. (2d) 532, 1 Ill. Dec. 344, 85 (1976), A.L.R. 3d 1 (להלן: "פסק דין First United Presbyterian Church"), כי היורש הסופי – כצד שלישי שלטובתו נעשה החוזה הכלול בצוואה ההדדית – הינו בעל זכות לאכיפתו (עי 535): "... and plaintiff, as the third party beneficiary of the contract contained in Tontz v. Heath, 20 Ill. (2d) 286, 170 N.E. (2d) 153, 158, 1960). לדיון על זכויותיו של היורש הסופי מכוח סיווג הצוואה ההדדית כחוזה לטובת צד שלישי, ראו Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate, ה"ש 14 לעיל, 106-107. לאפשרות לאכוף צוואה הדדית כחוזה לטובת צד שלישי ראו שם, 110.
⁵⁴⁹ ראו, ה"ש 329 לעיל.

ה.5. סעדים ותופות

לאור ניתוח הצוואה ההדדית והסדרתה העיונית על בסיס דיני החוזים כמפורט לעיל, אציג להלן את הסעדים (או את היעדרם) במצבים השונים, וזאת בהתאם לתפיסה החוזית ולבסיס העיוני שהוצעו לעיל. לשם הנוחות אציג את המקרים שלא על פי סדר הצגתם לעיל, אלא "מן הקל אל הכבד" מבחינת ניתוחם המשפטי.

ה.5.א. פעולות ברכוש בחיי שני המצווים שיש בהן כדי לאיין את הצוואה ההדדית

כפי שפורט בתת-פרק ה(3)(ב) למחקר, הסדרת פעולות ברכוש בחיי שני המצווים הפוגעות בצוואה ההדדית או המביאות לאיונה – מקומה אינו במסגרת הצוואה ההדדית. פעולות כאמור ניתן להסדיר באמצעות חוזה. אם הצדדים הסדירו את הדברים בהסכם, יחולו סעדים מכוח דיני החוזים. בהיעדר הסדרה חוזית נפרדת, לא יהיו המצווים זכאים לסעדים מכוח הצוואה ההדדית.

ה.5.ב. שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית בחיי המצווים

(I) שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית כדין בחיי המצווים

בהתחשב בהסדר המוצע לעיל, שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית כדין בהודעה בכתב לא יגררו סעדים בכל מקרה. דהיינו, פעולות שנעשו בהסתמך על הצוואה ההדדית (לדוגמה, העברת רכוש) לא יזכו את הצד שפעל בהסתמך על הצוואה ההדדית בסעדים מכוחה. המצווים אינם יכולים להסתמך על כך שהצוואה ההדדית לא תשונה באמצעות מתן הודעה בחיי שניהם. אין המדובר בציפייה סבירה. ודוק, הואיל ובהתאם להסדר שהוצע לעיל, המצווים אינם רשאים לכבול זה את זה לעניין שינוי הצוואה ההדדית בחיי שניהם (בכפוף למתן הודעה), אין כל מקום להענקת סעדים בגין שינוי כאמור. בדומה למצב שנדון לעיל בתת-פרק ה(5)(א) למחקר, אם המצווים מבקשים כי פעולות שבוצעו בהסתמך על הצוואה ההדדית תבוטלנה במקרה של ביטול הצוואה ההדדית כדין בחיי שני המצווים וכי המצב יושב לקדמותו (למשל, כי תבוצע השבה של רכוש שהועבר לאור ההסדר שנקבע בצוואה ההדדית) או כי תהיינה לביטול הצוואה ההדדית תוצאות אחרות בחיי המצווים (ובלבד שאין בכך להתנות על זכות המצווים לבטל את הצוואה ההדדית בחיי שניהם) – עליהם להסדיר את הדברים בהסכם או בהסכם ממון, או אז יחולו סעדים מכוח דיני החוזים, אך לא מכוח הצוואה ההדדית⁵⁵⁰.

(II) שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית שלא כדין בחיי המצווים

על פי ההסדר המוצע כמפורט בתת-פרק ה(2)(ב) למחקר, שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית שלא כדין (דהיינו בהיעדר הודעה בכתב) יהיה חסר תוקף (void). ודוק, אין המדובר בסעד של אכיפת הצוואה ההדדית מכוח דיני החוזים, אלא בהיעדר הכרה בביטול הצוואה ההדדית או בצוואה חדשה, הואיל ונערכו שלא כדין. על פי העמדה האמורה, אם לאחר פטירת הראשון יתגלה כי ערך צוואה חדשה מבלי שהצוואה ההדדית בוטלה כדין, לא יהיה תוקף לצוואה החדשה והיא לא תיחשב כהודעה על ביטול הצוואה ההדדית.

ה.5.ג. פעולות ברכוש על ידי הנותר בחיים שיש בהן כדי לאיין את הצוואה ההדדית

כאמור, הסעד המקובל בשיטות משפט שונות בהקשר צוואות הדדיות הוא סעד של יצירת נאמנות קונסטרוקטיבית על נכסי הנותר בחיים⁵⁵¹. כפי שפורט לעיל בתת-פרק ד(3)(א) למחקר, עמדתי היא כי הנאמנות הקונסטרוקטיבית אינה סעד בפני עצמו (המוענק לצד הנפגע עקב הפרת הצוואה ההדדית), אלא מייד עם פטירת הראשון קמה נאמנות קונסטרוקטיבית צפה, וזאת ללא קשר לשאלה האם הופרה הצוואה ההדדית. לשיטתי, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה היא הכלי המשפטי (הקם מכוח אופייה החוזי של הצוואה ההדדית) שבאמצעותו ניתן

⁵⁵⁰ לשילוב מעשי של הסכמים בין בני זוג וצוואות הדדיות לשם פתרון בעיות כאמור ראו, מנדלסון ורייך-זיו, הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות, ה"ש 28 לעיל.
⁵⁵¹ ראו, ה"ש 311 לעיל.

להעניק סעדים מעשיים כנגד צדדים שלישיים⁵⁵² (למעט רוכש בתום לב ובתמורה או רוכש בתנאי תקנת השוק⁵⁵³) במטרה להגן על הצוואה ההדדית מפני פעולות לאיונה. כאמור, האתגר הינו לצקת תוכן מעשי וסעדים מעשיים לנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה.

כאמור בתת-פרק ה(3)(א) למחקר הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מתגבשת בפטירת הראשון או בעת ביצוע פעולה לאיון הצוואה ההדדית או לפגיעה בה. לשיטתי, במקרה של מעורבות צדדים שלישיים (למעט רוכש בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק) מן הראוי להשיב את המצב לקדמותו, דהיינו לתת סעדים כנגד אותם צדדים שלישיים – מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה (שהתגבשה) – לשם השבת רכוש שהועבר בניגוד לצוואה ההדדית (או תחלופו) בחזרה לבעלותו של הנותר בחיים.

כאמור לעיל בתת-פרק ד(3)(א) למחקר, התפיסה המקובלת היא כי הצד השלישי הופך לנאמן והנכסים שהועברו לידי אינם בבעלותו, אלא הם מוחזקים בידי בנאמנות קונסטרוקטיבית עבור היורש הסופי עד לפטירת הנותר בחיים⁵⁵⁴. גישה זו, מקורה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. ודוק, דיני עשיית עושר ולא במשפט מכירים בחובת ההשבה של מי שקיבל ביודעין או ללא תמורה רכוש השייך לנאמנות. במקרים כאמור, הנעבר נתפס כנאמן קונסטרוקטיבי ועליו להשיב את הרכוש לידי הנהנה (אף אם לא היה שותף להפרת חוזה הנאמנות), מאחר שאין הוא זכאי להתעשר שלא כדין על חשבון הנהנה⁵⁵⁵. הואיל ועל פי הצוואה ההדדית, הרכוש אמור לעבור לידי היורש הסופי רק בפטירת הנותר בחיים, אזי רק בעת פטירתו של זה האחרון קמה חובת ההשבה⁵⁵⁶.

לעומת זאת, גישה חוזית קניינית מחייבת לשיטתי להורות על השבת הנכסים באופן מיידי לידי הנותר בחיים. ודוק, על פי דיני הקניין ודיני החוזים, עסקה נוגדת שנעשתה שלא בתמורה ובתום לב או שלא בתנאי תקנת השוק אינה יכולה "להנות" מהגנתם של דיני העסקאות הנוגדות⁵⁵⁷. הצוואה ההדדית (מכוח מאפייניה החוזיים) נחשבת כ"עסקה" הראשונה בזמן, ואילו ההעברה באופן המאין את הצוואה ההדדית נחשבת לעסקה השנייה בזמן. הואיל והעסקה המאוחרת אינה עומדת בתנאים של דיני העסקאות הנוגדות (דהיינו לא נעשתה בתום לב ובתמורה או שלא נעשתה בתנאי תקנת השוק), העסקה הראשונה – הצוואה ההדדית – גוברת על העסקה השנייה (ההעברה), ולכן העסקה השנייה ניתנת לביטול באופן מיידי. בכך באים לידי ביטוי הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה (שהתגבשה עקב הפרת הצוואה ההדדית) ודיני היורש (הקמים מכוח אופייה החוזי של הצוואה ההדדית). יתרה מזו, ספק אם ניתן מכוח דיני היורש להטיל על הצד השלישי חובות כנאמן קונסטרוקטיבי. הצד השלישי "רחוק מדי" מהיורש הסופי ומהצוואה ההדדית מכדי שיהיה ניתן להטיל עליו חובות מכוחה. ודוק, במצב "רגיל" של נאמנות, הפיכת הנעבר (הצד השלישי, שאליו הגיע רכוש הנאמנות) לנאמן קונסטרוקטיבי מסתכמת בחיובו להשיב את הרכוש. במקרה "הרגיל" הנאמנות הקונסטרוקטיבית למעשה משמשת כתבנית עיונית וכהצדקה משפטית לחובת ההשבה. לדידי, הפיכת הנעבר לנאמן קונסטרוקטיבי עשויה להטיל עליו חובות נרחבות וארוכות טווח, אשר ספק אם יש מקום להטילן במקרה הייחודי של צוואות הדדיות.

בעניין זה מעניין לציין שסעיף 14 לחוק הנאמנות מורה כי "פעולה שנעשתה בהפרת חובת הנאמנות והצד השלישי ידע או היה עליו לדעת על ההפרה, או שנעשתה ללא תמורה, רשאי בית המשפט לבטלה, ועל הצד השלישי יחולו אחריות וחובות כשל נאמן..." דהיינו, לפי חוק הנאמנות, הגישה שלפיה הנעבר הופך לנאמן קונסטרוקטיבי היא הנכונה. לשיטתי, במקרה של צוואות הדדיות ראוי להתמקד בסמכות בית המשפט לבטל את הפעולה ולהגביל את

⁵⁵² זוהי אף עמדתה של Croucher: "What a party to mutual will agreement, or at least the first party to die, wants is for the property to go to the intended beneficiaries. **As a trust is the vehicle for achieving it, ...**" Croucher, Contemporary, ראו, [ההדגשה אינה במקור]. ראו, Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 408.

⁵⁵³ על עדיפותו של רוכש בתמורה ובתום לב על הנהנה בנאמנות הקונסטרוקטיבית, ראו Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 247-248.

⁵⁵⁴ ראו, ה"ש 331 לעיל.

⁵⁵⁵ ראו, פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 532, 668-670.

⁵⁵⁶ ראו למשל, פסק דין First United Presbyterian Church, ה"ש 548 לעיל, 536-537.

⁵⁵⁷ ראו, סעיפים 9-10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971; סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968. לניתוח מצבו של רוכש בתמורה במקרה כאמור, אך בהיעדר תום לב ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל, 115-116; ראו גם Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 14 לעיל, 664.

נאמנות הנעבר להשבה בלבד. תוצאה זו מתבקשת לדעתי אף בשל הקושי להחיל על הנעבר את אותן החובות החלות על הנותר בחיים. ודוק, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מוגבלת להעברת הרכוש או לעשיית פעולות ברכוש באופן המאיים את הצוואה ההדדית, אך הנותר בחיים רשאי "לאכול" מהרכוש ואף לכלותו לטובתו שלו (וראו לעיל בתת-פרק ה(3)(א) למחקר). הטלת אותן חובות על הנעבר תיצור מצב לא הגיוני, אשר לפיו אף הנעבר רשאי להשתמש ברכוש באותו האופן. ברי כי תוצאה כאמור אינה סבירה. לפיכך, הגישה שלפיה הנעבר הופך לנאמן קונסטרוקטיבי במקום הנותר בחיים מחייבת להטיל עליו מגבלות נוספות לבד מאלו המוטלות על הנותר בחיים. איני סבורה כי יש לכך בסיס עיוני משפטי. עמדתי היא כי אומנם ניתן מכוח הצוואה ההדדית והנאמנות הקונסטרוקטיבית (הקמה מכוח הצוואה ההדדית והמתגבשת עם ביצוע פעולה להפרתה), להוציא מן הנעבר נכסים שהועברו אליו בניגוד לצוואה ההדדית (ולהשיבם לידי הנותר בחיים), אך לא ניתן באמצעות הצוואה ההדדית להטיל על הנעבר חובות שאינן חלות על הנותר בחיים. לפיכך, לשיטתי במקרה של העברת הרכוש לצדדים שלישיים (למעט כאמור במקרה של השלמת הקניין בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק) הסעד הראוי מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה (שהתגבשה) הוא מתן צווים להשבת הרכוש (או תחלופו) לידי הנותר בחיים.

לאחר השבת הרכוש לידי הנותר בחיים – או במקרים שבהם הנותר בחיים פעל באופן שממנו עולה כי התכוון לעשות פעולות שיש בהן כדי לאיים את הצוואה ההדדית (הפרה צפויה)⁵⁵⁸ – יש מקום להעניק סעדים מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה שהתגבשה, כגון צווי מניעה, עיקולים, רישום הערות אזהרה, צווים האוסרים על דיספוזיציה, צווים כלפי גופים מחזיקים, ובנסיבות מתאימות – גם מינוי כונס נכסים. הצווים האמורים צריכים להינתן בהתאם לצורך, לנסיבות ולסוג הרכוש ולפי שיקול דעת בית המשפט. ברי כי ככל שמדובר בהפרה קשה יותר וברכוש מורכב יותר (כגון חברה, עסק וכיו"ב) יהיה צורך בהגבלות חמורות יותר ובפיקוח נרחב יותר.

השאלה היא האם בצד הסעדים האמורים מן הראוי להטיל על הנותר בחיים חובות דיווח כלפי היורש הסופי ולהעניק ליורש הסופי אפשרויות פיקוח ומניעת פעולות לאיון הצוואה ההדדית. לשיטתי, כל עוד לא נעשתה פעולה שהינה הפרה של הצוואה ההדדית או פעולה המלמדת על הפרה צפויה וכל עוד הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה לא התגבשה, אין מקום להעניק ליורש הסופי זכויות פיקוח (או מניעה) או להטיל על הנותר בחיים חובות דיווח. כך למשל, בפסק דין Fundel⁵⁵⁹ (ניו זילנד) סרב בית המשפט לרשום הערה על נכס הואיל ולא נעשתה כל פעולה להפרת הצוואה ההדדית או המלמדת על כוונה להפרתה. פסק הדין עסק בצוואה הדדית אשר במסגרתה הורישו בני זוג את רכושם זה לזה ולאחר פטירתם – לילדיהם (50% לילדי האישה ו-50% לילדי הבעל). לאחר פטירת האישה עמד הבעל להינשא שוב, ובתה של האישה שנפטרה פנתה לבית המשפט בבקשה לרישום הערה על נכס שהיה בבעלות אימה המנוחה והבעל. בית המשפט כאמור דחה את התביעה, בין השאר משום שהבעל לא עשה כל פעולה שיש בה כדי ללמד על כוונתו לפעול בניגוד לצוואה ההדדית⁵⁶⁰.

מאידך גיסא, משבוצעה הפרה או פעולה המלמדת על הפרה צפויה והנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה התגבשה, יש מקום לפקח על פעולות הנותר בחיים ולוודא כי לא תבוצענה פעולות לאיון הצוואה ההדדית. בדומה לשעבוד הצף (הכולל הגבלה) – המתגבשת בעת ביצוע פעולה בניגוד להסכם השעבוד – הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה (הנוצרת בעת פטירת הראשון) מתגבשת בעת ביצוע פעולה הבאה בגדר הפרה של הצוואה ההדדית או בעת ביצוע פעולה המלמדת על הפרה צפויה. לשיטתי, התגבשותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה, משמעותה היא (בין השאר) הטלת חובות דיווח ופיקוח על הנותר בחיים.

אומנם על פי ההסדר האמור עלולים להיווצר מקרים שבהם הנותר בחיים יפעל לאיון הצוואה ההדדית ללא ידיעת היורש הסופי, והדבר יתגלה ליורש הסופי רק לאחר פטירת הנותר בחיים ולאחר שהנכסים הוצאו מבעלותו. עם זאת, אני סבורה כי ההסדר האמור הוא ההסדר הראוי, וזאת משלושה טעמים:

⁵⁵⁸ בהקשה מסעיף 17 לחוק החוזים תרופות. על הפרה צפויה בהקשר הצוואה ההדדית ראו, תת-פרק ד(3)(ב) למחקר.

⁵⁵⁹ ראו, הי"ש 323 לעיל.

⁵⁶⁰ מן הראוי לציין כי טעם נוסף לדחיית התביעה היה שהצוואה ההדדית לא עסקה בנכסים מסויימים. ראו, שם, פסקה 34.

האחד – בהקשה מדיני החוזים – גם במצב של חוזה "רגיל" לצדדים יש אפשרות מעשית להפר את החוזה. יכולתם המעשית של הצדדים להפר את החוזה, אין בה כדי להצדיק מלכתחילה הטלת מגבלות, סעדים זמניים או חובות דיווח על הצדדים לחוזה (אלא במקרי הפרה צפויה). הצדדים יכולים להסכים במסגרת החוזה ביניהם על הטלת מגבלות או חובות כאמור או על ביטחונות וערבויות לביצוע החוזה (וכך אף המצווים יכולים לקבוע במסגרת הצוואה ההדדית). אך בהיעדר קביעה בהסכם, אין מקום מראש – על פי דיני החוזים – להטיל על הצדדים לחוזה מגבלות, צווים זמניים וחובות דיווח כדי להבטיח מניעת פעולות להפרת החוזה⁵⁶¹.

השני – בהתבסס על הרעיון העומד ביסוד הצוואה ההדדית – מחד גיסא, יש להגן על הנותן בחיים ולאפשר לו להמשיך לחיות את חייו בנוחות כפי שהיו רגילים בני הזוג בחיי שניהם, וזאת מבלי שיידרש להתחלק ברכוש עם היורש הסופי מייד עם פטירת הראשון ומבלי שיידרש לתת דין וחשבון בגין פעולותיו ברכוש. מאידך גיסא, יש להבטיח את התכנון המשותף של העברת ההון המשפחתי לאחר פטירתו של הנותן בחיים⁵⁶². ההסדר המוצע יוצר את האיזון הראוי בין שתי המטרות האמורות: לכתחילה אין מקום להכביד על הנותן בחיים ולהטיל עליו חובות דיווח ופיקוח, אך בדיעבד – אם "הוכיח" היורש הסופי כי "אין לסמוך עליו" שלא יפעל לאיון הצוואה ההדדית – יש מקום לפקח על פעולותיו ולהטיל עליו חובות דיווח.

השלישית – באשר למבחן התוצאה – אף במקרה שבו הנותן בחיים פעל באופן שיש בו כדי לאיין את הצוואה ההדדית והדבר נודע ליורש הסופי רק לאחר פטירת הנותן בחיים, עדיין עומדת ליורש הסופי האפשרות לזכות בסעדים כנגד צד שלישי שאליו הועבר הרכוש, לשם השבת הרכוש או תחלופו (למעט רוכש בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק). פתרון זה אינו מושלם – שכן עדיין נותר החשש כי צד שלישי יכלה את הרכוש או יברחו עד פטירת היורש הסופי – אך עמדתנו היא כי החשש האמור אינו מצדיק להטיל מלכתחילה חובות דיווח ופיקוח.

מבחינה מעשית, הטלת חובות דיווח ופיקוח צריכה להיעשות בהתאם לנסיבות ולסוג הרכוש, ובהתחשב בחומרת המשבר האמון. ככל שהנכסים מורכבים יותר והיחסים בעייתיים יותר, יש מקום להטיל חובות דיווח כבדים יותר ואף למנות גורם שלישי לצורך פיקוח. אך כאשר מדובר בנכסים "פשוטים" שהגבלה עליהם "קלה" באמצעות צווי מניעה פשוטים, ייתכן שאין צורך בדיווח או בפיקוח כלל או שיש מקום להטיל חובות דיווח כלפי היורש הסופי בלבד, מבלי לערב גורם זר (לדוגמה העברת תדפיסי בנק, אישור מר"ח או מעו"ד בתדירות קבועה וכיו"ב).

ה.5.ד. סעדים עקב שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון או לאחר שמי מהמצווים אינו יכול לשנות את צוואתו

על פי ההסדר המוצע, לשינויה או לביטולה של הצוואה ההדדית לא יהיה תוקף לאחר פטירת הראשון או לאחר שהראשון אינו יכול לשנות את צוואתו מכל סיבה שהיא, אלא באישור בית המשפט לנסיבות חריגות, בצמצום ובמידה שאינה עולה על הנדרש בהתאם לנסיבות החריגות שנוצרו.

התפיסה המקובלת היא כי לאור עקרון נידודת הצוואה וחופש הציווי לא ניתן לכפות על הנותן בחיים שלא לשנות את הצוואה ההדדית או שלא לבטלה. על פי גישה זו, השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה יוצר מעין אכיפה,

⁵⁶¹ בעניין זה ראוי לציין, כי בעת עריכת הסכם מכר רשאי הרוכש לרשום הערת אזהרה להבטחת זכויותיו בנכס (כאשר מדובר בנכס מקרקעין). על אף זאת (ועל אף שלדידי יש לערוך הקשה בין חוזה מכר ובין צוואות הדדיות), אין לשיטתי לאפשר לכתחילה רישום הערות על הנכסים לגביהם חלה הצוואה ההדדית (כל עוד לא בוצעה הפרה או הפרה צפויה). בעניין זה אין לדעתי להקיש בין הצוואה ההדדית לחוזה המכר. ודוק, כאשר הצוואה ההדדית מגבילה את הנותן בחיים כך שהוא אינו רשאי לעשות דיספוזיציות ברכוש, אלא להשתמש בו ובפירותיו בלבד, תקום נאמנות קונסטרוקטיבית קבועה ה"נצמדת" לנכסי הצוואה ההדדית. במקרה כאמור, ליורש הסופי קם אינטרס בנכסים המסויימים עליהם חלה הצוואה ההדדית (בדיוק כמו הרוכש בחוזה המכר) ולכן מוצדק להבטיח את זכויותיו ברישום הערה מתאימה. אלא שהסדר כאמור אינו שכיח. ההסדר השכיח הינו הסדר אשר לפיו הנותן בחיים רשאי לפעול ברכוש לפי רצונו ולבצע בו דיספוזיציות, אך הוא מנוע מלפעול בו באופן הפוגע בצוואה ההדדית. במקרה כאמור תקום הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה. אמנם במקרים אלו, ניתן עדיין למנוע פעולות בניגוד לצוואה ההדדית (דהיינו, פעולות בהעדר תמורה) באמצעות רישום הערה מתאימה (לגבי נכסי מקרקעין) אלא שלדידי מדובר בהכבדה מוגזמת על הנותן בחיים, באופן שייפגע באחת המטרות העומדות בבסיס ההסדר – לאפשר לנותן בחיים לפעול ברכוש באופן חופשי. ודוק, אמנם מבחינה "רישומית" ההערה תמנע אך ורק פעולות שאינן בתמורה, אך בפועל, אין לרשם המקרקעין את האפשרות לבדוק האם התמורה ששולמה היא אכן תמורה ראויה או תמורה הולמת, כך שבפועל תידרש לכל עסקה הסכמת היורש הסופי או אישור בית המשפט. תוצאה זו מבחינת המצב לכתחילה – כל עוד לא בוצעה הפרה או הפרה צפויה – אינה ראויה לשיטתי. לעמדה שונה ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 407.

⁵⁶² ראו, ה"ש 16 לעיל.

מבלי לפגוע בחופש הציווי. דהיינו, הנותר בחיים רשאי לבטל או לשנות את צוואתו, אך על הנכסים חלה נאמנות קונסטרוקטיבית צפה והצוואה ההדדית מקוימת בסופו של יום מכוח הנאמנות הקונסטרוקטיבית (הקמה מכוח החוזה), ולא מכוח החיוב החוזי האוסר על שינוי הצוואה – שהיא מטבעה לעולם ניתנת לשינוי⁵⁶³.

לדידי, השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית במקרה האמור אינו נכון (בניגוד לשימוש בה במקרה של פעולות לאיון הצוואה ההדדית, כמפורט לעיל בתת-פרק ה(3)(א) (למחקר). ודוק, הכרה בצוואה ההדדית ויצירת הסדר המאפשר לצדדים להבטיח מנגנון של חלוקת ההון המשפחתי כפי שהוסכם ביניהם מראש מצריך שימוש בעקרון הכבילה. מטרת עקרון הכבילה היא להבטיח וודאות כי אכן ההסדר יקום בסופו של יום⁵⁶⁴. הטענה לפיה השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית מונע את הפגיעה בחופש הציווי של הנותר בחיים, אין לה כל משמעות דה פקטו. מדובר ב"פתרון" שמטרתו להתחמק מההתמודדות עם הפגיעה בחופש הציווי. יתרה מזו, היסוד המשמעותי ביותר בהסדר של הצוואה ההדדית הינו רכיב הכבילה⁵⁶⁵, שמשמעותו המעשית היא פגיעה בחופש הציווי⁵⁶⁶. תפיסה אשר לפיה אין מקום לפגוע בחופש הציווי אינה מתיישבת עם הסדר הצוואה ההדדית. הטענה כי השימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית מונע את הפגיעה בחופש הציווי הינה התחכמות שאין לה משמעות מעשית ואשר אינה מתמודדת עם הפגיעה בחופש הציווי⁵⁶⁷.

במישור המשפטי המהותי אין צורך להשתמש בנאמנות הקונסטרוקטיבית לצורך אכיפת הצוואה ההדדית במקרה של עריכת צוואה חדשה. ודוק, במקרה של ביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון, מישור היחסים הינו בין הנותר בחיים ובין היורש הסופי בלבד, ללא מעורבות של צד שלישי (שרכש זכויות בנכסים). לפיכך, אין צורך בנאמנות הקונסטרוקטיבית ובזכויות מעין-קנייניות על מנת לבטח את קיום הצוואה ההדדית, וניתן ליצור פתרון מכוח דיני החוזים: אכיפה. דהיינו, היעדר מתן תוקף לצוואה חדשה או היעדר מתן תוקף לביטול הצוואה, כאכיפה מכוח דיני החוזים. אשר על כן, עמדתי היא כי במקרים כאמור, בהתאם להסדר המוצע, מן הראוי כי הפן החוזי יגבר על חופש הציווי כך שעריכת צוואה חדשה או שינויה של הצוואה ההדדית (שלא באישור בית המשפט), ייחשבו כחסרי תוקף (void) – דהיינו, יינתן סעד של אכיפה באמצעות דיני החוזים.

ה.6. היקף הנכסים שעליהם חלה הצוואה ההדדית

כאמור בתת-פרק ד(5) למחקר, הצוואה ההדדית היא הקובעת את היקף תחולתה⁵⁶⁸ (מבחינת היקף הנכסים שעליהם היא חלה) על פי הסכמת המצווים מראש⁵⁶⁹. עם זאת, הואיל ומרבית הצוואות ההדדיות אינן דנות בשאלת היקף תחולתן מבחינת הרכוש⁵⁷⁰, יש לקבוע במסגרת ההסדר ברירת מחדל. כאמור לעיל בתת-פרק ד(5) למחקר, אין בחוק או בפסיקה (ואף לא במשפט המשווה) משנה סדורה בסוגיה זו, ומדובר בעניין השנוי במחלוקת⁵⁷¹.

הסדרת הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים מאפשרת למצווים לכבול זה את זה אף לגבי רכושו של הנותר בחיים (ראו על כך בתת-פרק ד(5) למחקר). לרוב, בצוואה ההדדית נתפסים כלל נכסי בני הזוג כמתגבשים לאחר

⁵⁶³ ראו, הי"ש 182 לעיל.

⁵⁶⁴ ראו, Croucher, Contract to Leave Property by Will, הי"ש 19 לעיל, 263.

⁵⁶⁵ ראו, Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, הי"ש 20 לעיל, 122-121: "...the most crucial attribute of mutual wills is their legally binding nature". ראו גם, Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, הי"ש 2 לעיל, 244.

⁵⁶⁶ עמדתה של Hughes היא כי צוואה הדדית היא מיוחדת דווקא משום שהיא פוגעת בחופש הציווי. ראו, Hughes, Mutual Wills, הי"ש 15 לעיל, 133. יש הטוענים כי למעשה הצוואה ההדדית היא המסמך המשפטי הקרוב ביותר לצוואה בלתי חוזרת. ראו, Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate, הי"ש 14 לעיל, 106.

⁵⁶⁷ אף קריטנשטיין (המתנגד לתפיסה החוזית) מסכים כי "... אי-אפשר לגבש הסדר של תכנון רכושי אשר לא יפגע וולו במידת מה בחופש הציווי. השניים, במהותם, מוציאים אהדדי האחד את חברו". ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, הי"ש 53 לעיל, 354. כך גם טוען קריטנשטיין כי "הרעיון המרכזי בבסיס מוסד הצוואות ההדדיות הינו שמירת התכנון הרכושי לאחר מות בן הזוג הראשון כפי שנקבע ע"י בני הזוג ואי סיכול התכנון האמור ע"י בן הזוג השני, הנותר בחיים. משמעותו העיקרית של הסדר זה הינה פגיעה קשה בעקרון חופש הציווי...". ראו, שם, עמ' 6 לטייטה. אף לשיטתו של קריטנשטיין מדובר ב"לוליינות טרמינולוגית", ב"משחק מילים" וב"סמנטיקה ריקה מתוכן". ראו, שם, עמ' 24-25 לטייטה. ראו גם, Hughes, Mutual Wills, הי"ש 15 לעיל, 133.

⁵⁶⁸ ראו, הי"ש 386 לעיל.

⁵⁶⁹ ראו, הי"ש 385 לעיל.

⁵⁷⁰ ראו, הי"ש 387 לעיל.

⁵⁷¹ ראו, הי"ש 389 לעיל.

פטירת הראשון למקור הון אחד, האמור לשמש את הנותר בחיים, ולאחר פטירתו – לעבור ליורשים הסופיים.⁵⁷² לשיטתי עמדה כאמור מחייבת להתייחס, לפחות כבריית מחדל, לנכסי המצווים יחד כאל מקשה אחת.⁵⁷³ יתרה מכך, אם הצוואה ההדדית חלה אך על נכסי הנפטר הראשון, אין בה כל רבותא בהשוואה לצוואת יחיד הכוללת תניות של יורש אחר יורש והוראות מגבילות אחרות.⁵⁷⁴ (למעט הצורך במתן הודעה על ביטולה בחיי המצווים)⁵⁷⁵.

יתרה מזו, יתרונה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה הוא שמתקיים בה עקרון העקיבה. דהיינו, היא חלה אף לגבי תחלופיהם של הנכסים⁵⁷⁶ ואף לגבי רכוש שנצבר לאחר פטירת הראשון, אף אם נוצר באופן שאינו קשור לרכוש המצווים (כפי שהיה בעת פטירת הראשון)⁵⁷⁷. הסדר כאמור מתבקש הואיל ודיני העקיבה ממילא מוכרים בדיני הירושה⁵⁷⁸, וצוואה "רגילה" חלה על כלל נכסי המצווה כפי שהיו בידי בעת פטירתו (לרבות נכסים שנצברו לאחר עריכת הצוואה)⁵⁷⁹ ולא רק על הנכסים שהיו בידי בעת עריכת הצוואה⁵⁸⁰ (למעט אם הצוואה מדברת בנכסים מסויימים וגם אז ייתכן ויחול עקרון העקיבה). אין סיבה כי דין שונה יחול בצוואה ההדדית. הסדר כאמור אף מתבקש בהקשה מדיני השעבוד הצף, החל אף על נכסים עתידיים שנצברו על ידי החברה לאחר חתימת איגרת החוב⁵⁸¹. לפיכך, בהיעדר הוראה אחרת בצוואה ההדדית לשיטתי ברירת המחל צריכה להיות כי הצוואה ההדדית חלה אף על נכסים חדשים שנוצרו, נצברו או התקבלו (לרבות בירושה או במתנה) לאחר פטירת הראשון⁵⁸².

עמדה זו אף תואמת את הרעיון העומד בבסיס הצוואה ההדדית – תכנון מוסכם מראש להעברת ההון המשפחתי לדורות הבאים. באופן טבעי, ההון המשפחתי כולל ירושות, מתנות ונכסים הנוצרים במהלך חיי המצווים, ולעיתים אף לאחר פטירת הראשון. לפיכך, בהתחשב ברעיון ובמטרה העומדים בבסיס הצוואה ההדדית, לשיטתי בהיעדר הוראה אחרת בצוואה ההדדית, ראוי כי הצוואה ההדדית תחול על כלל רכושם של המצווים⁵⁸³.

ה.7. תוצאת ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים

השאלה הטעונה ליבון במסגרת תת-פרק זה היא האם ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים גורר אף את ביטול צוואתו של הצד השני. השאלה דן נוגעת אך ורק למצב של ביטול הצוואה ההדדית כדין (דהיינו, בהודעה) בחיי שני המצווים, וזאת בשלב ששניהם עדיין יכולים לשנות את צוואותיהם, שכן בכל מצב אחר שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית הינם חסרי תוקף על פי ההסדר המוצע (וראו לעיל תת-פרק ה(2)(ב) למחקר).

⁵⁷² זוהי אף עמדתו של קריטנשטיין. ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, הי"ש 20 לעיל, עמ' 34 לטיוטה.

⁵⁷³ לעמדה דומה ראו, Liew, The Ambit of the Mutual Wills Doctrine, הי"ש 14 לעיל, 667.

⁵⁷⁴ ראו Contracts Not to Revoke, הי"ש 26 לעיל, 163.

⁵⁷⁵ לעמדה אחרת, אשר לפיה הצוואה ההדדית יכולה לחול על רכושו של הנותר בחיים רק כאשר ישנה הסדרה מפורשת של עניין זה

בצוואה ההדדית או בחוזה בין הצדדים ראו, Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, הי"ש 16 לעיל, 161.

⁵⁷⁶ ראו, פסק דין Nowell, הי"ש 284 לעיל, 580-581.

⁵⁷⁷ ראו, Cassidy, Mutual Wills, הי"ש 11 לעיל, 60-61; קוריןאלדי, דיני ירושה, הי"ש 45 לעיל, 231; פסק דין Edell, הי"ש 184 לעיל, 64.

לדעת Barr ו-Pearce, הואיל והצוואה ההדדית מבוססת על חוזה, הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה יכולה אף לכלול "windfall profit" (כגון כספי זכייה בהימורים), אם יש לכך ביסוס בצוואה ההדדית. ראו, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, הי"ש 4 לעיל, 488.

ראו גם, Clements & Abass, Complete Equity & Trusts, הי"ש 160 לעיל, 227-228.

⁵⁷⁸ ראו הי"ש 300 לעיל.

⁵⁷⁹ ראו, שילה, פירוש לחוק הירושה א, הי"ש 13 לעיל, 435-434; שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, הי"ש 25 לעיל, 6, 159; ברק, פרשנות

הצוואה, הי"ש 47 לעיל, 302-301; קוריןאלדי, דיני ירושה, הי"ש 45 לעיל, 217; ע"א 357/61 מנהל עזבון דב בוגייר נ' מנהל עזבון איטה

בוגייר, פ"ד טז 150, 157 (1962).

⁵⁸⁰ לשיטתו של השופט ברק: "חזקה כי תכלית הצוואה היא לתחולה על כל עיזבונו של המוריש ולא על מנה בו". ראו, ברק, פרשנות

הצוואה, הי"ש 47 לעיל, 303-302.

⁵⁸¹ ראו, לרנר, שעבוד נכסי חברה, הי"ש 502 לעיל, 60-65; KALU, OKAPHOR & OLEKANMA, Floating Charge; הי"ש 538 לעיל, 159-160.

⁵⁸² זוהי התפיסה המקובלת. ראו, Sheridan, The Floating Trust, הי"ש 160 לעיל, 235; Mitchell, Some Aspects of Mutual Wills; הי"ש 170

לעיל, Cassidy, Mutual Wills; 140-139; הי"ש 11 לעיל, 60-61; Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, הי"ש 2 לעיל, 104-105.

⁵⁸³ לעמדה אחרת, ראו, Contracts Not to Revoke, הי"ש 26 לעיל, 161-164. המתנגדים להחלת הצוואה ההדדית על רכוש שנצבר לאחר

פטירת הראשון טוענים כי בהיעדר הגבלה ברורה אין מקום להטיל מגבלות שלא נקבעו מפורשות בצוואה ההדדית. הואיל והנותר בחיים

עשוי לחיות עוד שנים רבות לאחר פטירת הנפטר הראשון, יש להיזהר במגבלות שמטילים עליו. יש הסבורים כי הימנעות מהחלת הצוואה

ההדדית על רכוש שנצבר לאחר פטירת הראשון יכולה לשמש כפתרון לשינויי נסיבות שנוצרו לאחר פטירת הראשון. ראו, Khong, The

Economics of Mutual Wills, הי"ש 116 לעיל, עמ' 5 לטיוטה (כמפורט לעיל בתת-פרק ה(2)(א) למחקר, לדידי, הפתרון לבעיית שינוי

הנסיבות צריך להיות מותאם באופן פרטני לנסיבות שנוצרו).

לשיטתי, ההסדר בנקודה זו צריך להיות מורכב הן מדיני הירושה (באופן שהיסודות של "מעשה אישי" ו"רצון המצווה" יובאו בחשבון), הן מדיני החוזים (באופן שהיסודות של הדדיות והסתמכות יובאו בחשבון). אשר על כן, אני סבורה כי במקרה של ביטול הצוואה ההדדית **כדין**, צריך לחול ההסדר הבא:

ראשית, צוואתו של הצד שביטל תהא בטלה;

שנית, צוואת הצד שלא ביטל תהא בטלה באופן חלקי – ההוראות המיטיבות עם הצד שביטל ובני משפחתו שאינם בני משפחה ישירים של הצד שלא ביטל (כגון: ילדים מזוגיות קודמת של הצד שביטל, הורים, אחים או אחיינים של הצד שביטל וכיו"ב) (**להלן**: "**בני משפחת הצד שביטל**") תבוטלנה⁵⁸⁴. יתר הוראות צוואתו של הצד שלא ביטל (שאינן בקשר לצד שביטל ולבני משפחתו של הצד שביטל) תיוותרנה בתוקף.

שלישית, עם ביטול הצוואה ההדדית על ידי הצד שביטל, תהפוך צוואת הצד שלא ביטל לצוואת יחיד "רגילה". לפיכך, לשם ביטולה לא יהיה צורך במתן הודעה לצד השני, אלא יספיק ביטול על פי סעיף 36 לחוק הירושה⁵⁸⁵.

דהיינו, על פי ההסדר המוצע, אם הצד שלא ביטל ילך לעולמו מבלי שביטל או שינה בעצמו את הצוואה ההדדית, עיזבונו יחולק ליורשים הסופיים הקבועים בה, למעט הצד שביטל ובני משפחת הצד שביטל. אם הצוואה ההדדית כוללת הורשה הדדית בלבד או שכל היורשים הסופיים הינם בני משפחת הצד שביטל, יחולק עיזבונו של הצד שלא ביטל על פי כללי הירושה שבדין, למעט בן הזוג המבטל, שלא יוכל לשוב למעגל היורשים (אלא מכוח פעולה יזומה של הצד שלא ביטל – ביטול הצוואה (שהינה למעשה החזרת המצב לירושה על פי דין לפי סעיפים 10-17 ו-55 לחוק הירושה) או בהוראה מפורשת לטובתו בצוואה חדשה).

מדובר בהסדר בר התנאה, והמצווים רשאים לקבוע הסדרים אחרים. לדוגמה, הסדר שלפיו שתי הצוואות תתבטלנה באופן מיידי עם ביטול כדין על ידי אחד המצווים; הסדר שלפיו ביטול כדין על ידי אחד המצווים אינו מביא לביטול צוואת השני כלפי המבטל ובני משפחתו; הסדר שלפיו עם ביטול כדין על ידי אחד המצווים משתנה צוואת הצד שלא ביטל כלפי יורשים סופיים שונים, והאפשרויות הן כיד הדמיון הטובה על המצווים, לפי רצונם.

ההסדר המוצע מתאים לסיווגה הכפול של הצוואה ההדדית כצוואה מזה וכחווה מזה. מחד גיסא, מכוח אופייה האישי-צוואתי, הוראות צוואת הצד שלא ביטל אינן מתבטלות (למעט בקשר לצד המבטל ובני משפחתו), ורק הצד שלא ביטל הוא בעל הכוח לעשות את המעשה האישי של ביטול הצוואה (סעיף 28 לחוק הירושה); מאידך גיסא, מכוח אופייה הזוגי-חוזי של הצוואה ההדדית – עם ביטולה על ידי צד אחד, הצוואה ההדדית (כמסמך משותף) מתבטלת באופן מיידי כלפי הצד המבטל, אשר על צוואתו שבוטלה הסתמך הצד השני (שלא ביטל).

ההיגיון העומד בבסיס ההצעה לברירת המחדל האמורה נובע משני טעמים: **האחד**, למנוע ממבטל הצוואה ההדדית ליהנות מירושה על פי דין (כבן זוג) במקרה שבו הצד שלא ביטל נפטר לאחר הביטול ובטרם הספיק לערוך צוואה חדשה; **השני**, למנוע ממבטל הצוואה ההדדית לכפות על משנהו את ביטול צוואתו, ולהותיר בידי הצד שלא ביטל את שיקול הדעת והזכות להחליט אם לבטל את צוואתו שלו⁵⁸⁶.

מעניין לציין כי בהצעת חוק דיני ממונות נקבע (לעניין צוואה הדדית שבוטלה בחיי שני בני הזוג) כי עם מסירת הודעת הביטול, בטלה גם צוואתו ההדדית של המצווה השני "אלא אם כן קבע בית המשפט כי המצווה השני לא היה רוצה בביטולה". בדברי ההסבר להצעת החוק הוסברה התוספת האמורה ברצון לאפשר לבית המשפט גמישות כדי "למנוע מצבים בלתי צודקים של ביטול אוטומטי של צוואת בן הזוג השני. מצב בלתי צודק עלול להיווצר כאשר תוצאת ביטול הצוואה של הצד שלא ביטל נראית כסותרת את רצונו, אך הוא מנוע מלשנות את צוואתו שלו

⁵⁸⁴ עניין זה עשויה לעלות שאלה באשר למעמדו של ילד ביולוגי של הצד שביטל, אשר אומץ על ידי הצד שלא ביטל. חוק הירושה מכיר בזכותו של ילד מאומץ לרשת את ההורה המאמץ כאילו היה ילדו הביולוגי (סעיף 16א) לחוק הירושה: "מי שאומץ כדין יורש את מאמצו כאילו היה ילדו, וכן יורשים את המאמץ צאצאי המאומץ". לפיכך, אני סבורה כי ילד מאומץ ראוי להיחשב כבן משפחה של שני המצווים ולא רק של הצד שביטל.

⁵⁸⁵ זאת, באחת הצורות לעריכת צוואה, בהשמדה או בעריכת צוואה חדשה.
⁵⁸⁶ ראו, ת"ע 12-12-19940, ה"ש 120 לעיל, פסקה 29; שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 149.

בשל קושי אובייקטיבי ברור (למשל, היעדר כשרות)⁵⁸⁷. עם כל הכבוד לשיטתי הניתוח שערך המחוקק הינו מוטעה. מעניין שדווקא בנקודה זו בחר המחוקק להסתכל בצוואה ההדדית ב"משקפיים חוזיים" (אף שהסדר הקבוע בהצעת החוק אינו מבוסס, מבחינה עיונית, על דיני החוזים). ודוק, הסדר שלפיו ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים בחיי שניהם מביא באופן מיידי אף לביטול צוואתו של הצד השני הינו הסדר חוזי מובהק, המעוגן בכונה ההתחלתית הלכאורית של שני המצווים – הדדיות. פתרון כאמור מבוסס על היסודות החוזיים שבצוואה ההדדית: מסמך משותף, הסתמכות, הדדיות, תוכנית משותפת וכיו"ב. פתרון שלפיו ביטול הצוואה האחת גורר באופן מיידי את ביטול רעותה – כאילו הן אינן יכולות להתקיים זו ללא זו – הינו הסדר חוזי ולא הסדר צוואתי. מאידך גיסא, בחינת הסוגיה מנקודת מבט צוואתית מחייבת שלא לאפשר לצד אחד לבטל את צוואת רעהו – שכן צוואה (בניגוד לחוזה) הינה מסמך אישי ולא מסמך משותף, היא אינה כוללת הסתמכות ואינה כוללת הדדיות. עמדתי היא כי דווקא במצב שבו הצוואה ההדדית "מתפרקת" מהיסודות החוזיים שבה ומן ההדדיות שבה, מן הראוי להסדירה בכלים צוואתיים ולא בכלים חוזיים.

יתרה מזו, אני סבורה כי הצעת המחוקק לאפשר פנייה לבית המשפט באופן נרחב ולא באופן מדוד לפי אמות מידה ומבחנים ברורים עלולה ליצור מצב של התדיינות יתר. כאמור, הסבר המחוקק להוספת הפתרון של פנייה לבית המשפט הינו הצורך למנוע עיוותים ואי-צדק במקרה של ביטול הצוואה ההדדית על ידי אחד המצווים (המביא על פי הצעת החוק אף לביטול צוואת השני) כאשר הצד השני אינו יכול עוד לשנות את צוואתו. לשיטתי פתרון זה אינו הפתרון הנכון לבעיה האמורה. כפי שפורט בתת-פרק ה(2)(א) ובתת-פרק ה(2)(ב) למחקר, לדידי, מן הראוי להתייחס למצב באופן הפוך. דהיינו, כי ברירת המחדל תהא שבמקרה בו צד מנוע מלשנות את צוואתו נראה אותו כאילו הוא "נפטר" והצד השני לא יוכל לשנות את הצוואה או לבטלה, אלא בנסיבות חריגות ובאישור בית משפט (וגם זאת באופן מצומצם ובמידה שאינה עולה על הנדרש בהתאם לנסיבות).

⁵⁸⁷ הצ"ח דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, סעיף 703(ב)(1), 998.

ה.8. דיון בתזות אחרות המוצעות כבסיס עיוני להסדרתה הנורמטיבית של הצוואה ההדדית

לפני הצגת סיכום עקרונית של ההסדר המוצע על בסיס התפיסה החוזית, לא אוכל לחתום את הפרק מבלי שאדון בתפיסות וברעיונות אחרים להסדרת הצוואה ההדדית שהוצעו על בסיס עיוני שונה. במסגרת תת-פרק זה אבקש להראות מדוע התפיסה החוזית עדיפה עליהן ומדוע הן אינן מתאימות להסדרת הצוואה ההדדית.

ה.8.א. עשיית עושר ולא במשפט – הסדרת הסעד ולא המהות

יסודם של דיני עשיית עושר ולא במשפט הוא ברעיון השולל התעשרות של אדם אחד על חשבון רעהו⁵⁸⁸. שינוי הצוואה ההדדית על ידי הנותר בחיים (או ביצוע פעולות לאיונה) לאחר פטירת הראשון, ולאחר שהנותר בחיים נהנה מעיזבון הנפטר הראשון מהווה התעשרות שלא כדין של הנותר בחיים⁵⁸⁹.

אלא שדיני עשיית עושר ולא במשפט בהקשר הצוואה ההדדית מבססים אך את הסעד ואין בהם כדי לבסס את מהות הזכות. ודוק, השאלה היא מדוע שינוי הצוואה ההדדית (או ביצוע פעולות לאיונה) לאחר פטירת הראשון מהווים פעולה "שלא על פי זכות שבדין"⁵⁹⁰? התשובה על שאלה מהותית זו נעוצה באחד משניים: דיני החוזים או דיני הירושה. אין בדיני עשיית עושר ולא במשפט כדי לבסס את מהות הזכות בהקשר הצוואה ההדדית, אלא כדי לבסס את הסעד בלבד. אומנם דיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים להיות בנסיבות מסוימות מקור חיוב בפני עצמם, והם אינם משמשים רק כענף של דיני התרופות⁵⁹¹, אלא שבהקשר הצוואה ההדדית אין בהם כדי לשמש מקור עצמאי לעניין מהותה של הזכות. אם מהות הזכות היא חוזית, אזי מקורו ה"מיידית" של סעד ההשבה (בהיעדר אכיפה) הוא בדיני החוזים (אף שמבחינה עיונית, השבה חוזית היא למעשה ביטוי לרעיון של עשיית עושר ולא במשפט וניתן לתבוע השבה בגין שתי העילות, ובלבד שלא יהא כפל תשלום בגינן⁵⁹²). אם מהות הזכות (דהיינו הצוואה ההדדית) היא ירושתית, אזי אין תוקף ליסוד הכבילה (וכל אחד מן המצווים רשאי לפעול לביטול הצוואה ההדדית או לאיונה). במקרה כאמור, ככל שהנותר בחיים מבטל את הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון, עליו להשיב את הרכוש שקיבל על-פי ההסדר. המדובר בסעד מכוח דיני עשיית עושר שלא כדין⁵⁹³.

בהקשר זה מן הראוי לציין כי בתת-פרק ה(3)(א) למחקר דנתי לעיל בחובת האמון שהצוואה ההדדית יוצרת באשר לשני המצווים, לרבות כלפי הירש הסופי, לאחר פטירת הראשון. על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, הפקת רווח עקב הפרת חובת אמון מקימה חובת השבה⁵⁹⁴. אלא שגם בהקשר זה מקור הזכות הוא חוזי. חובת האמון קמה רק במקרה שבו המצווים הסכימו לכבילה הדדית. לפיכך, גם במישור של הפרת חובת האמון דיני עשיית עושר ולא במשפט הם בסיסו העיוני-משפטי של הסעד בלבד (השבה, כפי שיפורט להלן), אך לא מקור הזכות.

הסעד המקובל המוענק במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט הוא השבת הרווח שהפיק המתעשר על חשבון חברו⁵⁹⁵. לפיכך, אם הצוואה ההדדית תוסדר על בסיס דיני הירושה בשילוב סעד מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, הסעד עקב ביטול הצוואה ההדדית (או ביצוע פעולות לאיונה) הינו סעד של השבת הרכוש (שירש הנותר בחיים) לעיזבונו של הנפטר הראשון⁵⁹⁶ (בדומה למצב המשפטי הקיים היום בישראל לפי סעיף 8 לחוק הירושה).

⁵⁸⁸ ראו, פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, הי"ש 313 לעיל, 23.
⁵⁸⁹ ראו, Oosterhoff, Mutual Will, הי"ש 14 לעיל, Rickett, Mutual Wills; 144, הי"ש 226 לעיל, Croucher, Contemporary ; 539-536, Richardson, Legislation for ; 584, הי"ש 193 לעיל, Rickett, Extending Equity's Reach ; 401, הי"ש 4 לעיל, Reflections on an Old Doctrine of mutual wills, הי"ש 15 לעיל, 100; פסק דין Newey, הי"ש 191 לעיל, 593. להרחבה על הסדרת הצוואה ההדדית על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט, ראו, קריטנסטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, הי"ש 53 לעיל, 332-334.
⁵⁹⁰ סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט: "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה". השאלה היא מהי מהות הזכות ומכוח מה קמה הזכות.
⁵⁹¹ ראו פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, הי"ש 313 לעיל, 23-32.
⁵⁹² ראו, שם, 142-143.
⁵⁹³ על השבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט מכוח הסדרים בחוקים אחרים, ראו, שם, 56-65.
⁵⁹⁴ על חובת ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו, שם, 531-593.
⁵⁹⁵ ראו, שם, 23.
⁵⁹⁶ ראו, Oosterhoff, Mutual Will, הי"ש 14 לעיל, 144.

בדומה לתפיסה החוזית, גם במסגרת הדוקטרינה של עשיית עושר ולא במשפט כולל ההסדר שימוש בנאמנות הקונסטרוקטיבית. אלא שמדובר בנאמנות קונסטרוקטיבית השונה מזו הקמה מכוח התפיסה החוזית, הן בהיקפה הן במהותה. הנאמנות הקונסטרוקטיבית על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט חלה אך לגבי הנכסים שקיבל הנותר בחיים מהנפטר הראשון (שכן מטרתה להבטיח את השבת ההתעשרות שלא כדין, ולא לאכוף את הצוואה ההדדית). נוסף על כך, וכפי שפורט לעיל בתת-פרקים ד(3)(א) ו-ה(4) למחקר, הנאמנות הקונסטרוקטיבית על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט הינה סעד בפני עצמו – הניתן רק בעת הפרת הצוואה ההדדית – ובמהותה היא נאמנות קונסטרוקטיבית תרופתית (ולא מוסדית) ולכן היא מוגבלת מבחינת הזכויות שהיא מעניקה ליורש הסופי. לשיטתי, אין בתפיסה האמורה כדי להסדיר נכונה את הצוואה ההדדית, וזאת מכמה היבטים:

האחד, השבת הרכוש לעיזבון הנפטר הראשון אמנם פותרת את בעיית ההתעשרות שאינה כדין, אך היא פוגעת במימושו של אחד הרעיונות העומדים בבסיס ההסדר: הבטחת העברת ההון המשפחתי בהתאם לתכנון המשותף. השבת הרכוש פותרת את הבעיה רק באשר לרכוש הנפטר הראשון, אך לא באשר לרכושו של הנותר בחיים⁵⁹⁷. מתן סעד של השבה חלף אכיפה פוגע אף בערכים העומדים בבסיס הצוואה ההדדית כפי שכבר פורט לעיל – הסתמכות, הדדיות, אמון, קיום הבטחות, מחוייבות, דאגה הדדית, שיתוף וכיו"ב.

השני, הסדר שלפיו הפרת הצוואה ההדדית גוררת השבה, משמעותו היא למעשה מתן כוח בידי הנותר בחיים לכפות את שינוי ההסדר המוסכם באמצעות השבה, לאחר פטירת הראשון⁵⁹⁸. תוצאה כאמור, יש בה מסר לציבור שלפיו ההסדר אינו זוכה להגנה משפטית וכי בני זוג אינם יכולים להיות בטוחים כי רכושם אכן יונחל בסופו של יום על פי התכנון שקבעו והסדירו מראש במחשבה משותפת. מדובר בתוצאה אשר הופכת את ההסדר ללא יעיל ולחסר היגיון. היטיב להציג זאת הלורד Camden בפסק דין Dufour: "It was argued however, that the parties, knowing that all testament were in their nature revocable, were aware of this consequence, and must therefore be presumed to contract upon this hazard. There cannot be a more absurd presumption than to suppose two persons, while they are contracting, to give each a licence to impose upon the other"⁵⁹⁹. תוצאה כאמור עלולה להביא למצב של אי-אמון בהסדר ולהימנעות מן השימוש בו⁶⁰⁰.

השלישי, הסדרת הצוואה ההדדית על פי התפיסה האמורה – אין לה כל רבותא בהשוואה לצוואה "רגילה" הכוללת תניות, ודוק, באמצעות סעיפים 41-45 לחוק הירושה ניתן לקבוע תנאים שונים בצוואה. כך למשל ניתן לקבוע בצוואה "רגילה" כי הרכוש יועבר לבן הזוג ולאחר פטירתו – בהוראת יורש אחר יורש לפי סעיף 42 לחוק הירושה – ליורש הסופי; כך למשל ניתן לשלב בצוואה "רגילה" תנאי דוחה – לפי סעיף 43 לחוק הירושה – אשר לפיו ירושת בן הזוג תידחה עד אשר יערוך הוא צוואה שבה יוריש את כל רכושו ליורש הסופי; כך למשל ניתן לשלב בצוואה "רגילה" תנאי מפסיק – לפי סעיף 44 לחוק הירושה – אשר לפיו ירושתו של בן הזוג תיפסק והוא (ולחלופין, עיזבון) יידרש להשיב את הרכוש שקיבל מכוח הצוואה, אם ישנה את צוואתו כאמור. דהיינו, בהיעדר רכיב של כבילה אין כל משמעות למונח "צוואה הדדית", שיישאר ללא תוכן שונה מזה של צוואה "רגילה".

הרביעי, הצוואה ההדדית אינה כוללת בהכרח הורשה הדדית בין שני המצווים (ועל כך ראו לעיל בתת-פרק ד(1)(ב) למחקר). לעיתים ההסדר הוא הורשה ישירה ליורש הסופי מייד עם פטירתו של כל אחד מהמצווים. בהיעדר הורשה הדדית במקרים כאמור, אין גם כל התעשרות של הנותר בחיים, וממילא לא תיתכן התעשרות שאינה כדין. הואיל

⁵⁹⁷ ראו בעניין זה עמדתו של השופט Rowles J.A. בפסק דין University of Manitoba, הי"ש 181 לעיל, פסקה 58: "It is also my respectful view that the remedy of constructive trust founded on the principle of unjust enrichment is not analogous to the principles enunciated in Dufour v. Pereira, supra, and that the trial judge erred when he concluded that an unjust enrichment was required. A constructive trust arising from an unjust enrichment is imposed on property gained at the expense of another for no juristic reason, whereas the obligation created by an agreement not to revoke mutual wills binds not only that portion of the survivor's estate which may have come from the estate of the first to die, but also his or her own property" (בהדגשה אינה במקור).

⁵⁹⁸ אותה הביקורת הועלתה כנגד הטענה כי הצוואה ההדדית הופכת למחייבת רק לאחר קבלת טובת ההנאה מכוחה. ראו הדיון בתת פרק ד(1)(ג) וההפניות שם.

⁵⁹⁹ ראו, הי"ש 1 לעיל, 309.

⁶⁰⁰ ראו, Khong, The Economics of Mutual wills, הי"ש 116 לעיל, עמ' 6 לטייטה; בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, הי"ש 5 לעיל, 512; קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, הי"ש 20 לעיל, עמ' 31 לטייטה.

ובצוואה הודדית ללא הורשה הודדית אין לנותר בחיים מה להשיב, אם ההסדר יכלול רכיב של השבה בלבד ללא רכיב של כבילה, לא תהא כל משמעות להודדיות שבצוואה. צד המבקש לבטל את הצוואה ההודדית לאחר פטירת הראשון לא ידרש להשיב דבר במקרים כאמור, שכן הוא ממילא אינו יורש על פי הצוואה ההודדית, ולא תהא לו כל "רתיעה" מלבטל את הצוואה ההודדית בכל עת⁶⁰¹.

ה.8.ב. השתק קנייני – דוקטרינה מכוח דיני היושר

יש הסבורים כי מן הראוי להסדיר את הצוואה ההודדית על בסיס ההשתק הקנייני, השתק מכוח דיני היושר⁶⁰². בבסיס ההשתק הקנייני עומד הרעיון הבא (באופן הכללי והמופשט ביותר): בעלים של נכס אשר נהג באופן שגרם לצד שני לחשוב כי יש לו (לאותו צד שני) זכויות בנכס האמור – או כי יוענקו לו זכויות כאלו – והאחרון פעל בהסתמך על התנהגות זו ושינה את מצבו לרעה (במובן הרחב של הביטוי), יהיה זה אי-מוסרי כי הבעלים יעמוד באופן דווקני על זכויותיו בנכס, ולכן דיני היושר יתערבו כדי שיעשה צדק⁶⁰³.

אחת התומכות המרכזיות בהסדרת הצוואה ההודדית על בסיס דיני היושר היא Cassidy⁶⁰⁴. עמדתה של Cassidy היא כי פסקי הדין המדברים בצורך בראיה לכבילה אינם מדברים בכבילה חוזית, אלא בהסדר, בכוונה משותפת, בהבטחה, בהבנה או בהסכמה, שאינם עולים לכדי חוזה מחייב על פי דיני החוזים. עמדתה של Cassidy היא כי דרישה דקדקנית לחוזה תפגע ברצונם האמיתי של המצווים ותאפשר לנותר בחיים להשתחרר באופן שאינו צודק מאותו הסדר, כוונה משותפת, הבטחה, הבנה או הסכמה⁶⁰⁵.

עמדתי היא כי ההשתק הקנייני אינו מתאים לשמש כבסיס עיוני להסדר הצוואה ההודדית, וזאת מכמה היבטים:

ראשית, כדי שיקום השתק קנייני מספיקה התנהגות של צד אחד, אשר יוצרת ציפייה אצל הצד השני⁶⁰⁶. מדובר בהסדר שאינו מתאים מבחינה רעיונית לבסיסה המהותי של הצוואה ההודדית (כפי שפורט לעיל בפרק ב למחקר) המושתת על כוונה משותפת ותוכנית משותפת באשר להעברת ההון המשפחתי ועל ערכים של הודדיות ושיתוף.

שנית, כדי שיקום השתק קנייני אין צורך בראיה "מוצקה" לכוונת הצדדים⁶⁰⁷. נוסף על היעדר הודאות שיש בהסדר המבוסס על דיני ההשתק באופן שעשוי לפגוע ביציבות ההסדר (עד כדי קריאות לביטולו והמלצות להימנע מלעשות בו שימוש⁶⁰⁸), אין זה נכון לשיטתי לפגוע בחופש הציווני, בהיעדר ראיה ברורה לרצון המצווים לכבול את עצמם⁶⁰⁹ (ועל כך ראו לעיל בהרחבה בתת-פרק (1) למחקר).

שלישית, גמישות ההשתק הקנייני אינה "נעצרת" בראיה הדרושה לשם החלתו, והיא נכונה אף לגבי הסעדים שהוא מקים. ודוק, לאחר שבית המשפט קובע כי קם השתק קנייני, הוא נדרש לקבוע מהו הסעד הראוי על פי הנסיבות, לעיתים אף נקבע כי אין מקום ליתן סעד כלל⁶¹⁰. זאת ועוד, הרעיון העומד ביסוד דיני ההשתק הינו כאמור הסתמכות. כאשר לא נכרת חוזה, התפיסה המקובלת היא כי הסעד הראוי הינו פיצויי הסתמכות. מכל מקום הסעד

⁶⁰¹ לביקורת נוספת על הסדרת הצוואה ההודדית על בסיס דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו, בלכר (בן-דחן), הדוקטרינה של צוואות הודדיות, ה"ש 5 לעיל, 151-146; קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההודדיות, ה"ש 53 לעיל, 335-334.

⁶⁰² ראו, Liew, Explaining the Mutual Wills Doctrine, ה"ש 2 לעיל; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 172-166; Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 6-3, 20-11, 46-43; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, ה"ש 2 לעיל, 231-229; Oosterhoff, Mutual Will, ה"ש 14 לעיל, 145; פסק דין Floca, ה"ש 1 לעיל, פסקאות 267-246.

⁶⁰³ להרחבה על הדוקטרינה של השתק קנייני ראו, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 364-333; Pettit, Equity and The Law of Trust, ה"ש 313 לעיל, 219-206; ALASTAIR HUDSON, EQUITY & TRUSTS 651-675 (7th Edition, 2013); Watt, Trusts & Equity, ה"ש 313 לעיל, 282-287; פרידמן ושפירא בר-אור, דיני עשיית עושר, ה"ש 313 לעיל, 254-245. ליישום ההשתק הקנייני במשפט האנגלי במסגרת דיני הירושה, ראו שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 349-346.

⁶⁰⁴ ראו, Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 6-3, 20-11, 46-43; Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, ה"ש 2 לעיל, 231-229; Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, ה"ש 20 לעיל, 138-137.

⁶⁰⁵ ראו, ה"ש 604 לעיל.

⁶⁰⁶ ראו, Pettit, Equity and The Law of Trust, ה"ש 313 לעיל, 216.

⁶⁰⁷ ראו, שם. למעשה, המצדדים בשימוש בהשתק הקנייני בהקשר הצוואה ההודדית טוענים כי יתרונו נעוץ ביכולתו להתגבר על אי-קיומה של ראיה להסכם בין המצווים. ראו, שם, 216-215; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 170-169; Cassidy, Mutual Wills, ה"ש 11 לעיל, 13-12; Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 408.

⁶⁰⁸ ראו, ה"ש 15 לעיל.

⁶⁰⁹ ראו בעניין זה עמדתם של Barr ו-Pearce, Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 483.

⁶¹⁰ ראו, Pettit, Equity and The Law of Trust, ה"ש 313 לעיל, 213-212; Pearce & Barr, Trusts and Equitable Obligation, ה"ש 4 לעיל, 352; Hudson & Sloan, Testamentary Freedom, ה"ש 16 לעיל, 168; Davis, Mutual Wills, ה"ש 116 לעיל, 246.

מוגבל "כפי שהצדק דורש", ואכיפה תינתן רק כדי למנוע את אי-הצדק⁶¹¹. גמישותו של הסעד יוצרת אי-ודאות והיעדר הבטחה באשר לקיום ההסדר (על כך ראו בהרחבה בביקורת שהובאה לעיל בתת-פרק ה(8)(א) למחקר).

ה.8.ג. זוקטרינה המבוססת על הגנה על חופש הציווי של הנפטר הראשון מכוח עקרון תום הלב

בלכר-פריגת מתנגדת להסדרת הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים. עמדתה היא כי יש להסדיר את הצוואה ההדדית מבחינה עיונית על בסיס דיני הירושה, מכוח רעיון ההגנה על חופש הציווי של הנפטר הראשון⁶¹². לשיטתה של בלכר-פריגת, התפיסה החוזית אינה מתאימה להסדרת הצוואה ההדדית, הואיל והעיקרון העומד בבסיסה הינו עקרון חופש הציווי של הנפטר הראשון, ולא העיקרון שלפיו "חוזים יש לקיים". לדעת בלכר-פריגת, השאלה מתי יוגבל הנותר בחיים ומתי יינתנו סעדים עקב פעולות שביצע צריכות להיקבע מכוח ההגנה על חופש הציווי (עיקרון ירושתי), ולא מכוח ההגנה על קיום התחייבויות (עיקרון חוזי)⁶¹³. עמדתה של בלכר-פריגת היא כי יש להדגיש את עקרון חופש ההורשה כך שמכוחו יחולו המגבלות על הנותר בחיים ולא מכוח החיוב החוזי.

איני מסכימה עם בלכר פריגת בשני מישורים – האחד "טכני" והשני מהותי:

במישור "הטכני" – הטענה כי הטלת מגבלות על שינוי חד-צדדי של הצוואה ההדדית מטרתה המרכזית להגן על עקרון "חופש הציווי" שהינו עיקרון נעלה לעומת העיקרון כי "חוזים יש לקיים" ולפיו יש להכתיב את הטלת המגבלות (טענה שאינה מקובלת עלי, כפי שאסביר במישור המהותי), אינה מפחיתה מכוחם החוזי של ההתחייבות ומהיחסים החוזיים בין המצווים. טלו למשל יחסי עובד-מעביד. הבסיס העיוני להתערבות המחוקק ביחסים אלו ולקביעת הסדרים קוגנטיים באשר להם, הינו מזעור חוסר השוויון הקיים בין צדדים לחוזה שבדרך כלל אינם שווים, והעיקרון של הגנה על זכויות העובדים (הנחשבים כקבוצה מוחלשת)⁶¹⁴. התערבות המחוקק והגבלת המעביד, יסודם בעיקרון הנעלה של הגנה על זכויות העובד. עם זאת, אין בכך כדי לפגוע במסגרת המשפטית של היחסים, שהיא מסגרת חוזית. אכן, העקרון האמור מחייב יצירת הסדר מיוחד הכולל הוראות קוגנטיות להגנה עליו, אך אין בכך כדי לפגוע באופיים החוזי של היחסים. באותו האופן, אף אם ההגבלות על הנותר בחיים וקביעת סעדים להגבלתו מוכתבים לאור עיקרון ההגנה על חופש הציווי של הנפטר הראשון (וכאמור כפי שיוסבר להלן, טיעון זה אינו נקי מספקות), אין בהגנה על העקרון האמור ובהוראות הקוגנטיות שמטרתן להגן עליו, כדי לפגוע ביסודות החוזיים העומדים בבסיס הצוואה ההדדית וביסוד היחסים החוזיים בין המצווים.

במישור המהותי – לשיטתי, הטענה כי מטרת ההסדר הינה להגן על חופש הציווי של הנפטר הראשון בטעות יסודה. ודוק, על-פי עמדה זו הואיל והנפטר הראשון ערך את צוואתו בהסתמך על ההסדר שנקבע בצוואה ההדדית, שינוי או ביטול הצוואה על ידי הנותר בחיים, פוגע בחופש ההורשה של הנפטר הראשון (שהיה עורך את צוואתו באופן שונה לו היה יודע כי הנותר בחיים יעשה כן לאחר פטירתו)⁶¹⁵. בחינת הצוואה ההדדית באספקלריה זו אינה מביאה לשיטתי לתוצאה של פגיעה בחופש הציווי של המצווה הראשון, אלא לצוואה שנעשתה מחמת טעות. חוק הירושה מכיר בבעיה כאמור ובמסגרת סעיף 30 לחוק מאפשר את "תיקון" הטעות כדלקמן: "... אם אפשר לקבוע בבירור מה היה המצווה מורה בצוואתו אילמלא הטעות, יתקן בית המשפט לפי זה את דברי הצוואה; אם אי-אפשר לעשות כן - בטלה הוראת הצוואה". הנה כי כן הסדרת הצוואה ההדדית על בסיס דיני הירושה, אינה דורשת (כפי שטוענת בלכר-פריגת) סעדים מכוח עקרון תום הלב ותקנת הציבור והיא אף אינה קשורה לחופש ההורשה של הנפטר הראשון, אלא היא דורשת תיקון מחמת טעות, בהתאם לסעיף 30 לחוק הירושה.

⁶¹¹ פרידמן, אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים, ה"ש 79 לעיל, 167-168.

⁶¹² ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 505-506.

⁶¹³ ראו, שם, 521.

⁶¹⁴ ראו למשל, בג"צ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 30.8.2015).

⁶¹⁵ לעמדה דומה ראו גם, בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 59-66. ראו גם, פסק דין זמיר, ה"ש 70 לעיל, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת ארבל.

לשיטתי, לא חופש הציווי הוא העומד בבסיס הצוואה ההדדית. ההפך הוא הנכון – היסוד המשמעותי ביותר בהסדר של הצוואה ההדדית הינו רכיב הכבילה⁶¹⁶, שמשמעותו המעשית היא פגיעה בחופש הציווי⁶¹⁷. יסוד הכבילה (המגן על ערכים של הסתמכות, קיום הבטחות וקיום התחייבויות הדדיות) מטרתו להבטיח בסופו של יום את קיום ההסדר המשותף שגיבשו המצווים יחד בהסכמה משותפת. כפי שפורט לעיל בפרק ב למחקר, הצוואה ההדדית מגלמת הסדר כולל ותכנון משותף של העברת ההון המשפחתי לדור הבא. מטרתה להגן על ההסכמות המשותפות – זוהי מהות ההסדר⁶¹⁸ (ולא חופש הציווי). כך אף הוצג ההסדר בפסק דין Dufour התקדימי⁶¹⁹. לקיום ההסדר המשותף (להבדיל מקיום רצון הנפטר הראשון) יש ערך מהותי בפני עצמו. כפי שצוין לעיל – זוהי אף עמדתה של בלכר-פריגת – ההסדר מגלם ומשקף ערכים של מחויבות, אחריות, דאגה, אמון, אלטרואיזם ושיתוף⁶²⁰. זוהי דוגמה קלאסית למצב שבו "השלם גדול מסך חלקיו". "השלם" – הצוואה ההדדית והערכים הגלומים בה (ואין חולק כי המשפט צריך לעודד התנהגויות והסדרים המשקפים ערכים כאמור); גדול מ"סך חלקיו" – חופש הציווי של כל אחד מהמצווים. אומנם כל עוד שני המצווים חיים, ההסדר החוזי והערכים שעליהם הוא מגן ייסוגו מפני עקרון חופש הציווי של המצווים. אך עם פטירת הראשון ו"התגבשות" הצוואה ההדדית, העקרונות החוזיים – לרבות העיקרון כי חוזים יש לקיים ועקרון ההסתמכות – הם העומדים בבסיס הצוואה ההדדית ועליהם יש להגן.

זאת ועוד, הסדר ירושתי המושתת על עקרון ההגנה על חופש הציווי של הנפטר הראשון, מעניק ליורש הסופי זכויות המוגבלות להיקף זכויותיו של הנפטר הראשון (ועל כך ראו לעיל בהרחבה בתת-פרק ד(4) למחקר), ואין בו כדי להגשים את אחת המטרות הבסיסיות של ההסדר – להבטיח את העברת רכושם של שני המצווים לדור הבא בהתאם לתכנון משותף (על כך ראו בהרחבה בביקורת שהובאה לעיל בתת-פרק ה(8)(א) למחקר).

עמדתה של בלכר-פריגת היא כי יש להטיל על המצווים מגבלות מכוח עקרון תום הלב ותקנת הציבור⁶²¹. לשיטתה, גישה כאמור תקנה לבית המשפט גמישות ותאפשר לו להורות על מתן סעדים שונים, לרבות בטלות צוואה חדשה⁶²². לשיטתי, אין בדיני הירושה כדי להקים סעד של בטלות צוואה חדשה – שהוא במהותו סעד של אכיפה. רק התזה החוזית יש בה כדי להצדיק מבחינה עיונית, מתן סעד של ביטול צוואה חדשה. אף גמישותו של ההסדר – שהוצגה כיתרונו – היא לשיטתי דווקא חסרונו, הסדר שאינו ברור דיו ייצור הן התדיינות יתר, הן חוסר ודאות אצל המבקשים לערוך צוואה הדדית (באשר לשאלה האם אכן יתקיים ההסדר המשותף שקבעו יחד). תוצאה זו תרתיע בסופו של יום מצווים מלערוך צוואות הדדיות⁶²³, ויפגע בערכים המשפחתיים⁶²⁴, שעליהם ההסדר אמור להגן⁶²⁵.

ה.8.ד. הדוקטרינה של קריטנשטיין – האומנם דוקטרינה חדשה?

במאמר מקיף ומעניין שטרם פורסם, שלל קריטנשטיין את התפיסות השונות המוכרות באשר להסדרת הצוואה ההדדית (לרבות התזה החוזית המוצעת במסגרת מחקר זה⁶²⁶). והציע להסדיר את הצוואה ההדדית על בסיס

⁶¹⁶ ראו, Cassidy, Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills, ה"ש 20 לעיל, 122-121: "...the most crucial attribute of mutual wills is their legally binding nature". ראו גם, Cassidy, An Equitable Agreement or a Contract in Law, ה"ש 2 לעיל, 244.

⁶¹⁷ עמדתה של Hughes היא כי צוואה הדדית היא מיוחדת דווקא משום שהיא פוגעת בחופש הציווי. ראו, Hughes, Mutual Wills, ה"ש 15 לעיל, 133. יש הטוענים כי למעשה הצוואה ההדדית היא המסמך המשפטי הקרוב ביותר לצוואה בלתי חוזרת. ראו, Sawyer & Spero, Succession, Wills and Probate, ה"ש 14 לעיל, 106.

⁶¹⁸ ראו למשל, Peart, Where There is a Will, ה"ש 160 לעיל, 43: "The essence of a mutual will is the agreement between the two parties... that they will not revoke their wills or deal with the subject matter of the mutual will in breach of their agreement...".

⁶¹⁹ ראו, ה"ש 1 לעיל, 308-307: "A Mutual will is a mutual agreement. ... The mutual will is in the whole and every part mutually upon condition, that the whole shall be the will. There is a reciprocity, that runs throughout the instrument. The property of both is put into common fund, and every devise is the joint devise of both. It is a contract. If not revoked during the joint lives by any open act, he that dies first dies with the promise of the survivor, that the joint will shall stand".

⁶²⁰ ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 509.

⁶²¹ ראו, שם, 523-528. כן ראו עמדתו של השופט ברק בפסק דין מלמד, ה"ש 70 לעיל, 710: "...ייתכן גם שניתן לקבוע בישראל, כי לאור אינטרס ההסתמכות, ביטול הצוואה השנייה הינו פעולה שלא בתום-לב, בניגוד להוראת סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, החלה גם על פעולה משפטית (כמו צוואה) שאינה בבחינת חוזה (סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי))".

⁶²² ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 527.

⁶²³ ראו, קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 31 לטיטה.

⁶²⁴ מחויבות, אחריות, דאגה, אמון, אלטרואיזם ושיתוף. ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 509, 512, 528.

⁶²⁵ לביקורת נוספת על ביסוס הדוקטרינה על יסוד עקרונות תום הלב ותקנת הציבור ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 367-371; בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות, ה"ש 5 לעיל, 137-146.

⁶²⁶ לעניין עמדתו באשר לביקורות של קריטנשטיין ראו לעיל תת-פרק ה(2)(א) למחקר.

דוקטרינה חדשה במסגרת דיני הירושה⁶²⁷. לשיטתו של קריטנשטיין, האיזון בין מטרת ההסדר (תכנון העברת הרכוש לאחר המוות) ובין הפגיעה בחופש הציווי – העומד בבסיס מסגרת היחסים בין המצווים – יוכל להתבצע על בסיס דיני הירושה בלבד⁶²⁸. קריטנשטיין מבקש ליצור דוקטרינה המסדירה מסגרת משפטית בעבור שני פרטים העורכים צוואה במשותף בעלת התחייבויות הדדיות, במסגרת דיני הירושה.

עקרונות ההסדר שהוצעו על ידי קריטנשטיין הם (בקצירת האומר) כדלקמן⁶²⁹:

האחד, דרישות "כניסה קלה" להסדר ללא היזקקות ליסודות חוזיים ולדרישות נוקשות;

השני, הסדר דיספוזיטיבי שיסודו בהנחה כי סביר שרוב הזוגות יבחרו בו: (א) הסדר החל על כלל הרכוש של המצווים; (ב) איסור לכלות את הרכוש בדרך צוואתית או במתנה או באופן זדוני או באופן בלתי סביר, לרבות כללים ברורים למניעת פעולות שיש בהן כדי לעקוף את ההסדר; (ג) מתן שיקול דעת לבית המשפט להתערבות בשל שינוי נסיבות משמעותי בלבד (וגם זאת רק בקשר לדמויות ההסדר);

השלישי, שני רכיבים קוגנטיים: (א) הסכמה שלא לחזור מהצוואה ההדדית בחיי שני המצווים – אין לה תוקף; (ב) הסכמה על תנאי לגבי כילוי הרכוש בצורה סבירה – אין לה תוקף.

קריטנשטיין אינו דן באופן ישיר בשאלת אפשרותו של הנוטר בחיים לשנות את צוואתו או לבטלה לאחר פטירת הראשון, אך מתוך דבריו על התערבות בית המשפט בנסיבות חריגות עולה כי עמדתו היא שהנוטר בחיים כבול לצוואה ההדדית. הדברים גם עולים מן האופן שבו הסביר קריטנשטיין את יסודות הדוקטרינה המוצעת⁶³⁰. דהיינו, על פי ההסדר שהוצע על ידי קריטנשטיין, ברירת המחדל היא כי הנוטר בחיים אינו יכול להשתחרר מן הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון באמצעות השבה.

עם כל הכבוד, איני סבורה כי המדובר בדוקטרינה חדשה, כי אם בהסדר חוזי מובהק (למעט הכניסה להסדר). ודוק, בהסבירו את עקרונות הדוקטרינה, קריטנשטיין לא נימק ולא הסביר מבחינה רעיונית את יסודותיה העיוניים של הכבילה הגלומה בהסדר המעשי שהוצע על ידו. לדידי, הסדר המבוסס על דיני הירושה אינו יכול לקיים את הכבילה שאליה שואף קריטנשטיין. יתרה מזו, בדונו בעקרונות הדוקטרינה השתמש קריטנשטיין במינוח חוזי. הוא דיבר על "כריתת הסכס", "התחייבות הדדית", "הסכמה", "עסקה", "אכיפה", "הסתמכות", "קיום הבטחות" ועוד. כל אלו הם מושגים חוזיים מובהקים. אם כן, לא פלא כי בסופו של יום ההסדר המעשי המוצע במסגרת מחקר זה (המבוסס על דיני החוזים), דומה ברכיבים רבים להסדר המוצע על ידי קריטנשטיין.

באשר ל"כניסה הקלה" להסדר, לדידי – וכפי שפורט לעיל בתת-פרק ה(1) למחקר – הסדר הכולל עקרונות של כבילה אינו יכול לכלול "כניסה קלה" כפי שמציע קריטנשטיין. בהקשר זה מעניין לציין שתי עמדות חשובות של קריטנשטיין: האחת, כי בחירה בצוואה ההדדית משמעה ויתור על חופש הציווי⁶³¹; והשנייה, כי חופש הציווי הינו עיקרון בעל ערך ציבורי-חברתי⁶³². לפיכך, היה מצופה כי אף קריטנשטיין יהיה בדעה כי הסדר המאפשר פגיעה בעיקרון החשוב של חופש הציווי יכלול דרישות נוקשות ל"כניסה" להסדר, ולא תהיה לו תחולה לגבי מצווים שלא הביעו את רצונם המפורש לבחור בו באופן הברור ביותר.

ה.9. סיכום עקרונות ההסדר המוצע

במסגרת פרק ה – הוא הפרק העיקרי והמרכזי במחקר, הצגתי הצעה להסדרה נורמטיבית של הצוואה ההדדית כמבוססת (מבחינת הסיווג העיוני) על דיני החוזים. מטרתי הייתה להראות כי דיני החוזים הם הבסיס העיוני

⁶²⁷ קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 27-39 לטייטה.

⁶²⁸ ראו, שם, עמ' 28 לטייטה.

⁶²⁹ ראו, שם, עמ' 34-37 לטייטה.

⁶³⁰ כך למשל ציין קריטנשטיין כי כדי לחזק את מוסד הצוואות ההדדיות יש לשאוף לאכיפה אשר תגביר את יעילות ההבטחות ההדדיות ותגדיל את אמון המצווים בהסדר הצוואה ההדדית. ראו, שם, עמ' 33 לטייטה.

⁶³¹ ראו, שם, עמ' 29 לטייטה.

⁶³² ראו, שם, עמ' 30 לטייטה.

המתאים, הנכון והראוי ביותר לעיצוב הצוואה ההדדית, וכי באמצעות עיצוב הצוואה ההדדית על בסיס דיני החוזים ניתן ליצור פתרונות הולמים לבעיות המעשיות שהוצגו לעיל במסגרת פרק ד למחקר.

לסיכום, אלו הם עקרונות ההסדר המוצע, כפי שפורטו לעיל בהרחבה:

(1) סיווג הצוואה ההדדית ועיצובה על בסיס דיני החוזים על רקע דיני הצוואות, והצעת הסדר הכולל יסוד של כבילה בניסיון ליצור איזון בין חופש הציווי לעקרון הכבילה, תוך שמירה על עקרונות היציבות והודאות.

(2) ההסדר המוצע כולל "כללי כניסה" ברורים ונוקשים באופן המבטיח כי הבאים בשערי ההסדר יהיו מודעים היטב ליסוד הכבילה הגלום בו והמחייב אותם – אישור הצוואה ההדדית בבית המשפט. מדובר בתנאי קוגנטי, שבלעדיו אין תוקף לצוואות הצדדים כצוואות הדדיות, והן תיחשבנה כצוואות "רגילות". כך מובטחים הן יסוד הכבילה הן צמצום הפגיעה בחופש הציווי.

(3) כדי להבטיח ודאות ויציבות, אף ה"יציאה" מן ההסדר עד לפטירת הראשון תהא נוקשה וברורה, ותיעשה במתן הודעה בכתב לצד השני. אף כאן מדובר בתנאי קוגנטי אשר המצווים אינם יכולים להתנות עליו. שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית שלא בהודעה בכתב יהיה חסר תוקף. פעולות המצווים או התנהגותם – לרבות ידיעה בפועל על ביטול הצוואה או שינויה ואף התנהגויות שיש בהן מרכיב של אשם – לא יהיה בהן כדי להביא לביטול מכללא של הצוואה ההדדית או כדי לשמש כהודעת ביטול מכללא.

(4) עד פטירת הראשון רשאים המצווים "לצאת" מן ההסדר באופן חופשי (בכפוף למתן הודעה בכתב), והם אינם רשאים להגביל זה את זה בעניין האמור (הוראה קוגנטית). שינויה או ביטולה של הצוואה ההדדית כדין לא יגרור סעדים בגינו מכוח הצוואה ההדדית, אם כי המצווים רשאים להסדיר בהסכם נפרד את תוצאותיו של ביטול הצוואה ההדדית מבחינה חוזית.

(5) במקרה של ביטול הצוואה ההדדית כדין בחיי המצווים (דהיינו במתן הודעה בכתב) יחול ההסדר הבא, אלא אם כן קבעו המצווים אחרת בצוואה ההדדית:

(א) צוואתו של הצד שביטל תבוטל.

(ב) צוואת הצד שלא ביטל תיוותר בתוקף למעט ההוראות לטובת הצד שביטל ובני משפחתו.

(ג) לאחר ביטול הצוואה כדין על ידי צד אחד תהפוך צוואת השני לצוואת יחיד, וביטולה ייעשה על פי סעיף 36 לחוק הירושה (ללא צורך במתן הודעה לצד השני).

(ד) בצוואה ההדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד או כאשר היורשים לפי צוואת הצד שלא ביטל הם הצד שביטל או בני משפחתו של הצד שביטל בלבד, אם הצד שלא ביטל לא ערך צוואה חדשה ולא ביטל את צוואתו ההדדית, עיזבונו יחולק על פי דין, אך בן הזוג שביטל לא יהיה זכאי לרשת.

(6) הצוואה ההדדית מתגבשת עם פטירת הראשון, מאותו המועד הנוטר בחיים מנוע מלשנות את צוואתו בהיעדר הוראה מפורשת בצוואה ההדדית. ה"יציאה" לאחר פטירת הראשון אינה אפשרית אפילו על דרך הסתלקות או השבה. צוואה חדשה או ביטול יהיו חסרי תוקף (void) לאחר פטירת הראשון.

(7) במקרים שבהם אחד המצווים איבד את כשרותו לצוות (על פי סעיף 26 לחוק הירושה) – יחול אותו הדין שחל לאחר פטירת הראשון כאילו הצד שאינו יכול לשנות את צוואתו נפטר.

(8) במקרה של שינוי נסיבות לא צפוי או בנסיבות חריגות שנוצרו לאחר פטירת הראשון (לרבות התנהגות מחפירה של היורש הסופי) רשאי הנוטר בחיים לפנות לבית המשפט בבקשה לשנות את הצוואה ההדדית בהתחשב בנסיבות. הדבר ייעשה בהתאם לכללים הבאים:

(א) לנוטר בחיים בלבד תהא שמורה הזכות לפנות לבית המשפט לצורך שינוי הצוואה ההדדית. אם הנוטר בחיים הלך לעולמו ולא פנה לבית המשפט לצורך שינוי הצוואה ההדדית כאמור, לא יוכלו

היורשים על פי הצוואה ההדדית או יורשים פוטנציאליים לפנות בשמו בבקשה לשינוי הצוואה ההדדית בטענה לשינוי נסיבות. צוואה סותרת או ביטול שיערוך הנותר בחיים לאחר פטירת הראשון ללא אישור בית המשפט יהיו חסרי תוקף, ולירשים הסופיים או ליורשים הפוטנציאליים לא תהא אפשרות לטעון לבטלותה או לשינויה.

(ב) מעורבות בית המשפט תהא מוגבלת והוא יוכל להורות על שינוי הצוואה ההדדית רק באופן צר שאינו עולה על הנדרש לשם התאמתה לשינוי הנסיבות. בית המשפט יהיה מוסמך להורות על ביטול הצוואה ההדדית רק במקרים חריגים, כאשר אין אפשרות לשנותה כדי שתתאים לנסיבות החריגות, ובלבד שהמצווים לא הורו אחרת בצוואה ההדדית.

(ג) המצווים רשאים להגדיר מראש נסיבות חריגות (או התנהגות מחפירה) שיהוו עילה – או שלא יהוו עילה – לשינוי הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון. בית המשפט לא יהיה מוגבל בשיקול דעתו לנסיבות שייקבעו בצוואה ההדדית, אך לנותר בחיים יהיה קל יותר להוכיח כי מדובר בנסיבות חריגות (או בהתנהגות מחפירה) כאשר יתקיימו הנסיבות שהוגדרו בצוואה ההדדית.

(ד) המצווים יהיו רשאים להתנות בצוואה ההדדית על אפשרות התערבות בית המשפט אף בהתקיים נסיבות חריגות (או התנהגות מחפירה).

(9) פעולות שיעשה מי מן המצווים בהסתמך על הצוואה ההדדית – כמו למשל העברת רכוש על ידי אחד המצווים למשנהו, בהנחה כי בסופו של יום הרכוש יועבר בהתאם לקבוע בצוואה ההדדית – אינן גוררות הענקת סעדים עקב ביטול הצוואה בחיי המצווים ויש להסדירן בהסכם או בהסכם ממון לפי דיני החוזים.

(10) במקרה שבו אחד מן המצווים עזב, ברח, נעדר או נעלם מסיבה כלשהי, ולא ניתן למסור לו הודעה על אודות ביטול הצוואה ההדדית, יהיה מסור לבית המשפט שיקול הדעת אם לאפשר את ביטולה או את שינויה של הצוואה ההדדית בהתאם לנסיבות. בהחלטתו יביא בית המשפט בחשבון את נסיבות העלמותו של הצד השני ואת האפשרות לשנות את הצוואה באופן חלקי מבלי לבטלה.

(11) הנותר בחיים יהיה מנוע מלבצע פעולות שמטרתן לאיין את הצוואה ההדדית או לפגוע בה. בחוק ייקבעו חזקות (הניתנות לסתירה) לגבי פעולות אשר חזקה עליהן כי מטרתן לפגוע בצוואה ההדדית או לאינה ולפיכך הן אסורות (אלא אם כן נקבע אחרת בצוואה ההדדית). המצווים יהיו רשאים לקבוע בצוואה ההדדית כי פעולות מסויימות תהוונה פעולות שחזקה עליהן כי מטרתן לאיין את הצוואה ההדדית או לפגוע בה. אם הנותר בחיים יבקש לבצע פעולה אשר ייקבע (בחוק או בצוואה ההדדית) כי חזקה עליה שהיא נועדה לפגוע בצוואה ההדדית או לאינה, ולמרות זאת לשיטתו היא אינה פוגעת בצוואה ההדדית ואינה מנוגדת לה, יהיה עליו לקבל תחילה את אישור בית המשפט.

(12) היחסים בין המצווים ונסיבות עריכתה של הצוואה ההדדית יוצרים חובות אמון בין השותפים לצוואה ההדדית. לפיכך, עם פטירת הראשון קמה נאמנות קונסטרוקטיבית או נאמנות קונסטרוקטיבית צפה (לפי הוראות הצוואה ההדדית) לגבי הנכסים אשר עליהם חלה הצוואה ההדדית. משמעות הנאמנות הקונסטרוקטיבית או הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה היא כי הצוואה ההדדית גוברת על כל עסקה אחרת שנערכה לאחר פטירת הראשון ויש בה כדי לפגוע בצוואה ההדדית או לאינה (למעט רכישה בתום לב ובתמורה או בתנאי תקנת השוק). במקרים אלו ניתן לחייב צד שלישי להשיב נכסים לידי הנותר בחיים.

(13) במקרה של ביצוע פעולה לפגיעה בצוואה ההדדית או לאינה – או כאשר קיים מצב של הפרה צפויה – הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה מתגבשת, ובית המשפט מוסמך להעניק סעדים שונים ליורש הסופי, על מנת להגן על הצוואה ההדדית, כגון: צווי מניעה, עיקולים, רישום הערות אזהרה, צווים האוסרים על דיספוזיציה, צווים כלפי גופים מחזיקים, ובנסיבות חריגות מתאימות – מינוי כונס נכסים. הצווים יינתנו בהתאם לנסיבות ולסוג הרכוש, וזאת על פי שיקול דעתו של בית המשפט ולפי הצורך בכל מקרה ומקרה.

- (14) במקרה של ביצוע פעולות לפגיעה בצוואה ההדדית או לאיונה, או בהתקיים הפרה צפויה, יוכל בית המשפט (בנסיבות מתאימות וככל שנדרש) להטיל חובות דיווח ופיקוח למניעתן של פעולות כאמור.
- (15) התגבשותה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית הצפה משמעותה הטלת חובות דיווח ופיקוח על הנכסים, אך הנותר בחיים יוכל להמשיך לפעול ברכוש (תחת הפיקוח) ולעשות בו שימוש לתועלתו האישית ולצרכיו.
- (16) פעולות ברכוש הנעשות בחיי המצווים, אף אם למעשה יש בהן כדי לפגוע בצוואה ההדדית או לאיינה, אינן הפרה של הצוואה ההדדית ואינן גוררות סעד (אם כי המצווים יוכלו למנוע פעולות כאמור באמצעות הסכם או הסכם ממון לפי דיני החוזים).
- (16) בהיעדר הוראה אחרת בצוואה ההדדית, ברירת המחדל היא כי הצוואה ההדדית (על הגבלותיה) חלה על נכסיהם של שני המצווים, לרבות נכסים חדשים שנוצרו, נצברו או התקבלו לאחר פטירת הראשון.
- (17) על צוואה הדדית שאינה כוללת הורשה הדדית, אלא הורשה ישירה לצד שלישי עם פטירת כל אחד מהמצווים יחולו אותם עקרונות ההסדר החלים על צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית.
- (18) על צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד (ללא הוראות המיטיבות עם צדדים שלישיים) לא יחולו עקרונות ההסדר, למעט הצורך במתן הודעה בכתב לשם ביטול הצוואה ההדדית ושאר העקרונות הקשורים במתן ההודעה. עם פטירת הראשון והעברת עיזבונו לנותר בחיים, הצוואה ההדדית תהפוך לצוואת יחיד של הנפטר הראשון והנותר בחיים יהיה רשאי לערוך צוואה חדשה (אלא אם כן נקבע אחרת בצוואה ההדדית). בהיעדר צוואה חדשה יעבור עיזבונו של הנותר בחיים ליורשיו על פי דין.
- אלו הם כאמור עקרונות ההסדר המוצע מן הבחינה המעשית. עקרונות אלו מבוססים מבחינה עיונית על דיני החוזים באופן ייחודי המותאם לצוואה ההדדית, בשילוב דיני הירושה. לשיטתי, עקרונות אלו יוצרים הסדר מעשי, שבמסגרתו, מחד גיסא, יסוד הכבילה בא לידי ביטוי באופן מידתי השומר על המטרות שבבסיס ההסדר, ומאידך גיסא, חופש הציווי אינו נפגע במידה העולה על הנדרש לצורך הבטחת המטרות העומדות בבסיס ההסדר. בפרק הבא אציג הצעת חוק המבוססת על העקרונות שפורטו לעיל.
- הערה לסיום – במסגרת המחקר לא התייחסתי לשאלת זהותם של המצווים לצוואה ההדדית. דהיינו, האם נכון לאפשר את השימוש בהסדר לבני זוג בלבד או שמא ראוי לאפשר את השימוש בהסדר אף לפרטים נוספים שאינם בני זוג, כגון: אחים, הורים וילדיהם, בני משפחה ואף חברים. סעיף 8 לחוק הירושה עוסק בצוואות הדדיות בין בני זוג ואין בו התייחסות לצוואות הדדיות בין שני פרטים שאינם בני זוג ("בני זוג" רשאים לערוך צוואות מתוך הסתמכות... "[ההדגשה אינה במקור]). בספרות ובפסיקה ישנה מחלוקת האם לאחר תיקון החוק והוספת סעיף 8 לחוק הירושה רשאים מי שאינם בני זוג לערוך צוואות הדדיות, או שמא סעיף 8 אינו הסדר ממצא המונע ממי שאינם בני זוג לערוך צוואות הדדיות⁶³³.
- מעניין לציין כי בתי המשפט בישראל הכירו בצוואות הדדיות בין בני משפחה שאינם בני זוג שנערכו קודם לתיקון החוק והוספת סעיף 8 לחוק הירושה – אך זאת רק לצורך הקביעה כי אין המדובר במעורבות המצווים זה בצוואתו של זה באופן המביא לביטול הצוואה ההדדית (לאור סעיף 35 לחוק) – אך לא לצורך עקרון הכבילה⁶³⁴.
- שיטות משפט אחרות מאפשרות עריכתן של צוואות הדדיות בין צדדים שאינם בני זוג⁶³⁵, אך הואיל ומדובר בשיטות משפט המכירות בהסכמי ירושה, ממילא אין במסגרתן סיבה להגביל את ההסדר לבני זוג בלבד.

⁶³³ לעמדה לפיה מי שאינם בני זוג רשאים לערוך צוואות הדדיות אף לאחר הוספת סעיף 8 ראו, עמ"ש (מרכז) 15-03-66014 י. ס. נ' ש. א, פסקה 20 (פורסם בנבו, 14.4.2016); שבת, עסקאות בירושה, ה"ש 5 לעיל, 265. לעומת זאת לעמדה לפיה לאחר התיקון ההרשאה לעריכת צוואות הדדיות מוגבלת לבני זוג בלבד, ראו, קריטנשטיין, מוסד הצוואות ההדדיות, ה"ש 53 לעיל, 365; קורינאלדי, דיני ירושה, ה"ש 45 לעיל, 229; ת"ע 13-11-51223, ה"ש 166 לעיל, פסקאות 14-16. בת"ע (ת"א) 101750/06 עיזבון המנוחה וקסמן סימה ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 8 (פורסם בנבו, 13.9.2006) (להלן: "פסק דין וקסמן") השאלה הושארה בצריך עיון.

⁶³⁴ ראו, ע"א 576/72 שפיר נ' שפיר פ"ד כז(2) 373, 379 (1973): "... אין מניעה ששני בני-אדם יעשו צוואות. האחד לטובת חברו ובעיקר מקובל הדבר בין בני-זוג. אין פסול בעריכת צוואות כאלה, אך כל אחד מן המצווים חפשי לשנות את צוואתו עד ליום פטירתו...". ראו גם, פסק דין וקסמן, ה"ש 633 לעיל, פסקאות 5-7.

לשיטתי ראוי כי המחוקק יאפשר אף לבני משפחה נוספים לעשות שימוש בהסדר ולא רק לבני זוג. עמדתי מבוססת על הנימוקים שפורטו בפרק ב למחקר, ובפרט הנימוק כי הצוואה ההדדית הינה מכשיר יעיל להסדרת חלוקת הרכוש המשפחתי ולתכנון העברת ההון המשפחתי⁶³⁶. נימוק זה יפה לכלל בני משפחה ולא רק לגבי בני זוג (לדוגמא כאשר קיימת חברה משפחתי, שותפות משפחתי, נכסי נדל"ן משפחתיים וכיו"ב). הצוואה ההדדית יכולה לשמש כמכשיר יעיל להסדרת העברת ההון המשפחתי לדורות הבאים גם מבחינת המשפחה המורחבת⁶³⁷. כפי שפורט לעיל ההסדר של הצוואה ההדדית משקף ערכים כגון: מחויבות, אחריות, דאגה, אמון, אלטרואיזם ושיתוף⁶³⁸. ערכים אלו נתפסים כראויים להקשר המשפחתי באופן כללי ולא רק לבני זוג, ולפיכך נכון לדעת לאפשר את השימוש בהסדר בין בני משפחה באופן כללי ולא רק בין בני זוג.

⁶³⁵ ראו למשל, פסק דין Flocas, ה"ש 1 לעיל; פסק דין Charles, ה"ש 160 לעיל; פסק דין Allen, ה"ש 24 לעיל. ראו גם פסק דין Barns, ה"ש 500 לעיל, שם אמנם דובר בצוואות הדדיות בין בני זוג, אך ההסכם שעמד בבסיס הצוואות ההדדיות, נערך בין בני הזוג ואחד מילדיהם.

⁶³⁶ ראו, Padraic, Wills, Probate and Estates, ה"ש 41 לעיל, 47; Thompson, Mutual Wills; ה"ש 2 לעיל, עמ' 21 למאמר; קריטנשטיין, מרבה נכסים מרבה דאגה, ה"ש 20 לעיל, עמ' 10-12 לטיוטה.

⁶³⁷ ראו, Croucher, Contemporary Reflections on an Old Doctrine, ה"ש 4 לעיל, 405-404; Croucher, An Ancient Doctrine with Modern Teeth, ה"ש 1 לעיל, 7.

⁶³⁸ ראו, בלכר-פריגת, עד שהמוות יפריד בינינו, ה"ש 5 לעיל, 509, 512, 528.

את המחקר בחרתי שלא לסיים בפרק סיכום "סטנדרטי". אני סבורה כי טענותיי הובהרו וסוכמו בפרק ה למחקר וכי אין טעם לחזור על הדברים. חלף פרק סיכום כמקובל, בחרתי לסיים את המחקר בהצעה לתיקון חוק הירושה, הכוללת הסדרה של הצוואה ההדדית. תיקון החוק המוצע נוסח בהתאם לעקרונות ההסדר המוצע שפורטו בפרק ה למחקר, ולפיכך הינו סיכום מעשי של המחקר. סברתי כי הדבר נכון גם בהתחשב בנקודת המוצא שממנה התחלתי את כתיבת המחקר: נקודת מבט מעשית, כעורכת דין העוסקת בפרקטיקה של עריכת צוואות וצוואות הדדיות.

תיקון החוק המוצע כולל הצעה להוספת פרק חדש נפרד לחוק הירושה, העוסק בצוואה ההדדית ומסדיר אותה באופן פרטני ומפורט. כוונתי היא שפרק זה יחליף את סעיף 8 לחוק הירושה. כפי שצינתי לעיל בפרק א למחקר, לדעתי, הסדרת הצוואה ההדדית צריכה להיעשות באופן מפורט ובהיר, תוך בידולה מן הצוואה ה"רגילה". הצעת החוק הינה מפורטת, בדומה לחוקים אחרים העוסקים בחוזים מיוחדים וטעונים הסדרים מפורטים ופרטניים⁶³⁹. המקום ה"גיאוגרפי" אשר לדעתי נכון יהיה "לשבץ" בו את התיקון המוצע הוא סוף הפרק השלישי לחוק הירושה – "ירושה לפי צוואה", בסימן נפרד: "סימן ד": צוואה הדדית".

⁶³⁹ ראו למשל חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981; חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; חוק חוזה סוכנות (סוכן מסחרי וספק), תשע"ב-2012; חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.

סימן ד': צוואה הודדית

א.55. הגדרות –

צוואה הודדית	צוואות שנערכו במשותף על-ידי בני זוג, 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 אם נקבע בהן הסדר זהה לגבי עיזבונם של בני הזוג ובין אם נקבע בהן הסדר שונה לגבי כל אחד מן העיזבונות; בין שנערכו בשני מסמכים ובין שנערכו במסמך אחד.
הנפטר הראשון	בן הזוג מבין המצווים בצוואה ההדדית שנפטר ראשון מבחינה כרונולוגית.
הנותר בחיים	בן הזוג מבין המצווים בצוואה ההדדית שנפטר שני מבחינה כרונולוגית.
היורש הסופי	היורש השני לאחר הנותר בחיים בצוואה הודדית הכוללת הורשה הודדית והסדר של יורש אחר יורש.

ב.55. צורה

- (א) צוואה הודדית נעשית בכתב יד, בעדים ובפני רשות לפי סעיפים 19, 20 ו-22 בהתאמה.
- (ב) צוואה הודדית שתיעשה בכתב יד לפי סעיף 19, תיעשה בשני מסמכים נפרדים וכל אחד מן המצווים יכתוב את צוואתו שלו בכתב ידו ויחתום על צוואתו שלו או שתיעשה במסמך אחד בכתב ידו של אחד המצווים, ושני המצווים יחתמו עליה⁶⁴⁰. על אף האמור בסעיף זה, צוואה הודדית על פי סעיף 55ג(ד) תיעשה בשני מסמכים נפרדים וכל אחד מן המצווים יכתוב את צוואתו שלו בכתב ידו ויחתום על צוואתו שלו.
- (ג) צוואה הודדית שתיעשה בפני רשות לפי סעיף 22, תיעשה במסגרת הליך האישור והאימות כמפורט בסעיף 55ג ועל פי הוראות סעיף 22.

ג.55. אישור ואימות

- (א) צוואה הודדית טעונה אישור בית המשפט לענייני משפחה (להלן – בית המשפט) או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין של בני הזוג (להלן – בית הדין), וכן כל שינוי של צוואה הודדית טעון אישור כאמור.
- (ב) צוואה הודדית שלא אושרה בבית המשפט או בבית הדין, יהיה לה תוקף כצוואת יחיד, ויחולו עליה הוראות חוק הירושה, למעט הוראות פרק זה. על אף האמור בסעיף זה, הוראות סעיף 55א יחולו גם על צוואה הודדית שלא אושרה בבית המשפט או בבית הדין.

⁶⁴⁰ בהקשר זה מן הראוי לציין כי ההלכה היא שצוואה הודדית בכתב יד אינה יכולה להיעשות במסמך אחד (בכתב ידו של אחד המצווים ובחתימת שניהם), וכי נדרש כי כל אחד מן המצווים יכתוב את צוואתו בכתב ידו שלו. כך למשל, בפסק דין ת"ע (ת"א) 2150/74 נדבי נ' נדבי, פ"מ תשל"ז(1) 309, 312 (1976) נקבע כי צוואה משותפת שנערכה בכתב ידו של אחד מבני הזוג ונחתמה על ידי שניהם, יהא לה תוקף רק כלפי בן הזוג שערך את הצוואה בכתב ידו (מן הראוי להבהיר כי בפסק הדין דובר בצוואה משותפת ולא בצוואה הודדית). ראו גם ת"ע (ת"א) 7201/00 עזבון המנוח חיים נקדימון ז"ל נ' דב נקדימון (פורסם בנבו, 8.4.2002). נראה כי תפיסה זו עודנה תקפה אף לאחר תיקון החוק והוספת סעיף 8א לחוק הירושה. כך למשל דחה רשם הירושה בקשה למתן צו קיום צוואה למסמך שכותרתו "צוואה" (ומהותו צוואה הודדית), שנערך בכתב ידה של אשת המנוח ונחתמה על ידי שני בני הזוג, "הואיל והמסמך שהוגש לקיום איננו צוואתו של המנוח". ראו, (ב"ש) 30751 עזבון המנוח נ.י. (פורסם בנבו, 22.10.2013). ראו גם שוחט, פיינברג ופלומין, דיני ירושה, ה"ש 25 לעיל, 92 (ההפניה הינה למהדורה שפורסמה בשנת 2014, דהיינו לאחר התיקון). לעומת זאת, ראו עמדתו של השופט ברק כי "ידי בחתימה של בן-זוג על צוואה [משותפת – ע.ר.ז.] בכתב ידו של בן הזוג האחר". ראו, ברק, פרשנות הצוואה, ה"ש 47 לעיל, 69. מכל מקום, הואיל ועל פי הצעת החוק המפורטת במחקר זה ישנה דרישה צורנית נוספת לאימותה ולאישורה של הצוואה ההודדית לפני ערכאה שיפוטית (סעיף 55ג הצעת החוק), עמדתה היא כי אין צורך בכתב ידם של שני המצווים.

(ג) האישור לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית המשפט או בית הדין, שבני הזוג ערכו את הצוואה ההדדית בהסכמה חופשית והבינו את משמעות ההסדרים הקבועים בו ואת תוצאותיו, לרבות הפגיעה בחופש הציווי של הנותר בחיים ומגבלותיו על פי הוראות הצוואה ההדדית ועל פי הוראות פרק זה.

(ד) על אף הקבוע בסעיף 55ג(א), צוואה הדדית שבה נקבע במפורש כי הנותר בחיים רשאי לשנות את צוואתו לאחר פטירת הראשון וכן צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד בין בני הזוג (ללא הסדר של יורש אחר יורש וקביעת יורש סופי) אינן טעונות אישור בית המשפט או בית הדין.

755. ביטולה ושינויה של צוואה הדדית בחיי המצווים

(א) בחייהם של שני בני הזוג – המצווה המבקש לבטל את צוואתו (להלן – הצד המבטל) ימסור הודעה בכתב על ביטול הצוואה למצווה השני (להלן – הודעת ביטול).

(ב) הצד המבטל רשאי (אך לא חייב) להגיש עותק מן ההודעה ואישור המסירה לבית המשפט או לבית הדין שבו אושרה הצוואה ההדדית.

(ג) אם נמסרה הודעה כאמור בסעיף 55ד(א), בטלה צוואת הצד המבטל. צוואת הצד השני לא תהא בטלה, למעט הוראותיה שהן לטובת הצד המבטל או לטובת בני משפחתו של הצד המבטל שאינם בני משפחתו של הצד אשר לא ביטל (להלן – בני משפחתו של הצד המבטל).

(ד) ילדו של הצד המבטל שאומץ כדין על ידי הצד שלא ביטל לא ייחשב כבן משפחתו של הצד המבטל והוראות לטובתו לא תבוטלנה.

(ה) נמסרה הודעה כאמור בסעיף 55ד(א) רשאי הצד השני לבטל את צוואתו בדרכים המנויות בסעיף 36 לחוק זה והוא לא יידרש לתת הודעה לצד המבטל לצורך ביטול צוואתו.

(ו) לא ביטל הצד השני את הצוואה ההדדית ולא ערך צוואה חדשה, וכלל היורשים על פי הצוואה ההדדית הם הצד המבטל ובני משפחתו של הצד המבטל בלבד, יחולק עיזבונו של הצד השני על פי כללי הירושה על פי דין הקבועים בסעיפים 10-17 ו-55, אך הצד המבטל לא יהיה זכאי לרשת ודינו יהיה כמי שהסתלק מחלקו בעיזבונו על פי סעיף 6.

(ז) ביטול הצוואה ההדדית שלא בהודעה בכתב – לא יהיה לו תוקף; ביטול בעל פה או בהתנהגות או בכל צורה שאינה בהודעה בכתב – לא יהיה לו תוקף. צוואה חדשה שערך הנפטר הראשון או ביטול הצוואה ההדדית על ידי הנפטר הראשון, שהגיעו לידי המצווה השני עקב פטירת הראשון, לא ייחשבו כהודעת ביטול.

(ח) במקרה שבו אחד מבני הזוג איבד את כשירותו לעריכת צוואה בהתאם לסעיף 26 לחוק זה, לא יחולו הוראות סעיף זה לעניין ביטול הצוואה ההדדית, אלא יחולו הוראות סעיף 55ה.

(ט) התחייבות שלא לשנות את הצוואה ההדדית או שלא לבטלה בחיי שני בני הזוג – לא יהא לה תוקף (למעט במקרה של היעדר כשרות כמפורט בסעיף 55ד(ח)). ביטול הצוואה ההדדית לא יגרור סעדים מכוח הצוואה ההדדית. המצווים רשאים להסדיר בהסכם נפרד את תוצאות ביטולה של הצוואה ההדדית בחיי שניהם.

555. ביטולה ושינויה של צוואה הדדית לאחר פטירת בן הזוג הראשון

(א) עם פטירתו של בן הזוג הראשון, הנותר בחיים אינו רשאי לבטל את צוואתו או לשנותה או לערוך צוואה חדשה, אלא אם כן המצווים קבעו אחרת מפורשות בצוואה ההדדית.

(ב) במקרה של שינוי נסיבות חריג ולא צפוי, או במקרה של התנהגות מחפירה של היורש הסופי, רשאי הנותן בחיים לפנות לבית המשפט או לבית הדין בו אושרה הצוואה ההדדית בבקשה לשינוי הצוואה ההדדית בהתאם לסעיף 55(ד), אלא אם כן המצווים קבעו אחרת בצוואה ההדדית.

(ג) המצווים יוכלו לקבוע בצוואה ההדדית נסיבות אשר תיחשבנה כשינוי נסיבות חריג ולא צפוי או כהתנהגות מחפירה – או לחלופין נסיבות אשר לא תיחשבנה כשינוי נסיבות חריג ולא צפוי או שלא תחשבנה כהתנהגות מחפירה – לצורך סעיף 55(ב).

(ד) במקרה של שינוי נסיבות חריג ולא צפוי או במקרה של התנהגות מחפירה יוכל בית המשפט לפי שיקול דעתו להורות על שינוי הצוואה ההדדית, הן של הנותן בחיים הן של הנפטר הראשון או של מי מהם, כדי להתאימה לנסיבות, וזאת אך ורק במידה שאינה עולה על הנדרש לצורך התאמת הצוואה ההדדית לנסיבות החדשות. ביטול הצוואה ההדדית במקרה של שינוי נסיבות חריג ולא צפוי או במקרה של התנהגות מחפירה ייעשה רק במקרים חריגים, וזאת בהיעדר אפשרות להתאים את הצוואה ההדדית לנסיבות ומטעמים שיירשמו.

(ה) הזכות לפנות לבית המשפט או לבית הדין לשינוי הצוואה ההדדית מוקנית לנותן בחיים בלבד. נפטר הנותן בחיים מבלי שפנה לבית המשפט בבקשה לשינוי הצוואה ההדדית, לא יוכל היורש הסופי או יורש פוטנציאלי או כל אדם אחר לפנות לבית המשפט או לבית הדין בבקשה לשינוי הצוואה ההדדית עקב קיום נסיבות חריגות או עקב התנהגות מחפירה.

(ו) לא יהא תוקף לצוואה חדשה שיערוך הנותן בחיים או לביטול הצוואה ההדדית לאחר פטירת הראשון, אלא אם כן הצוואה ההדדית בוטלה או שונתה באישור בית המשפט או בית הדין.

(ז) צוואה הדדית הכוללת הורשה הדדית בלבד הופכת עם פטירת הראשון לצוואת יחיד (של הנפטר הראשון), והנותן בחיים רשאי לערוך צוואה חדשה. לא ערך הנותן בחיים צוואה חדשה, יעבור עיזבונו ליורשיו על פי דין בהתאם לסעיפים 10-17 ו-55 לחוק זה, ולא תחול הוראת סעיף 49 לחוק זה⁶⁴¹.

155. ביטולה ושינויה של צוואה הדדית במקרה של היעדרות

(א) צד לצוואה הדדית אשר נעדר ולא ניתן למסור לו הודעת ביטול, רשאי הצד השני לפנות לבית המשפט או לבית הדין שאישר את הצוואה ההדדית לשם ביטולה או שינויה. לבית המשפט או לבית הדין יהא מסור שיקול הדעת אם לאפשר את ביטולה או את שינויה של הצוואה ההדדית בהתאם לנסיבות. בהחלטתו ידון בית המשפט או בית הדין בנסיבות ההיעדרות ויבחן אם ניתן לשנות את הצוואה באופן חלקי מבלי לבטלה.

(ב) לא יהא תוקף לצוואה חדשה שיערוך הצד השני (שאינו נעדר) או לביטול הצוואה ההדדית (בהיעדר הודעה כדין) או לשינויה, אלא אם כן הצוואה ההדדית בוטלה או שונתה באישור בית המשפט או בית הדין.

155. פעולות לאינן הצוואה ההדדית או לפגיעה בה

(א) הנותן בחיים מנוע מלבצע פעולות שמטרתן לאיין את הצוואה ההדדית או לפגוע בה (להלן – פעולה שמטרתה לפגוע בצוואה ההדדית), אלא אם כן נקבע מפורשות אחרת בצוואה ההדדית.

(ב) אלו הן פעולות שחזקה עליהן כי הן פעולות שמטרתן לפגוע בצוואה ההדדית:

(1) פעולות שנקבע בצוואה ההדדית כי הן פעולות שמטרתן לפגוע בצוואה ההדדית.

⁶⁴¹ סעיף 49: "זוכה על פי צוואה שמת לפני המצווה, ולא קבע המצווה אדם אחר שיזכה במקומו - אם בשעת מות המצווה נשארו צאצאים של אותו זוכה, יזכו הם לפי כללי החלוקה שבירושה על פי דין; בכל מקרה אחר הוראת הצוואה לטובת אותו זוכה מתבטלת".

(2) העברת רכוש ללא תמורה או בתמורה סמלית או בתמורה שאינה ממשית. תרומות ומתנות כפי שנהגו לתת בני הזוג בחייהם לא ייחשבו כהעברת רכוש ללא תמורה.

(ג) ביקש הנותר בחיים לבצע פעולה שחזקה עליה כי היא פעולה שמטרתה לפגוע בצוואה ההדדית, יפנה הנותר בחיים קודם לביצוע הפעולה לבית המשפט או לבית הדין שאישר את הצוואה ההדדית בבקשה לאישור הפעולה. בית המשפט או בית הדין יאשר את הפעולה רק לאחר שנוכח כי מטרת הפעולה אינה פגיעה בצוואה ההדדית.

(ד) בוצעה פעולה שמטרתה לפגוע בצוואה ההדדית ללא אישור בית המשפט או בית הדין, רשאי היורש הסופי לפנות לבית המשפט או לבית הדין בבקשה להורות על ביטול הפעולה. מונה מנהל עיזבון לעיזבון הנפטר הראשון או נקבע בצוואה ההדדית מנהל עיזבון שימונה לאחר פטירת הנותר בחיים, יוכל גם מנהל עיזבון שמונה או מנהל העיזבון שנקבע בצוואה ההדדית לפנות לבית המשפט או לבית הדין שבו אושרה הצוואה ההדדית.

(ה) בית המשפט או בית הדין יורה על ביטול פעולה שבוצעה במטרה לפגוע בצוואה ההדדית ועל השבת נכסים לבעלות הנותר בחיים במקרה שבו הם הועברו תוך כדי ביצוע פעולה שנועדה לפגוע בצוואה ההדדית. זאת, למעט מקרה שבו העברת הנכס הושלמה בתמורה ובתום לב (ואם מדובר בנכס הניתן לרישום – אף ברישום) או מקרה שבו נמכר הנכס בתנאים הקבועים בסעיף 34 לחוק המכר. לא ניתן להורות על השבת נכס לבעלותו של הנותר בחיים, יורה בית המשפט או בית הדין על השבת תחלופו – אם קיים כזה – או על השבת סכום שווה ערך.

(ו) גילה הנותר בחיים את דעתו שבכוונתו לעשות פעולה שמטרתה לפגוע בצוואה ההדדית, או שנסתבר מנסיבות הענין שבכוונת הנותר בחיים לבצע פעולה שמטרתה לפגוע בצוואה ההדדית (להלן – פגיעה צפויה), רשאי היורש הסופי לפנות לבית המשפט או לבית הדין שאישר את הצוואה ההדדית ולבקש סעד למניעת הפעולה. מונה מנהל עיזבון לעיזבון הנפטר הראשון או נקבע בצוואה ההדדית מנהל עיזבון שימונה לאחר פטירת הנותר בחיים, יוכל גם מנהל עיזבון שמונה או מנהל העיזבון שנקבע בצוואה ההדדית לפנות לבית המשפט או לבית הדין.

(ז) קבע בית המשפט או בית הדין כי בוצעה פעולה שמטרתה לפגוע בצוואה ההדדית או כי התקיימו נסיבות של פגיעה צפויה, רשאי בית המשפט או בית הדין להורות כדלקמן:

(1) להטיל צווים לפי שיקול דעתו כדי למנוע פגיעה בצוואה ההדדית, לרבות צווי מניעה, עיקולים, רישום הערות אזהרה, צווים האוסרים על דיספוזיציה, צווים כלפי גופים מחזיקים.

(2) להטיל על הנותר בחיים חובות דיווח ופיקוח כדי למנוע פעולות שמטרתן לפגוע בצוואה ההדדית.

(3) בנסיבות חריגות ומטעמים שיירשמו, למנות כונס נכסים לצורך ניהול הרכוש שעליו חלה הצוואה ההדדית. במסגרת שיקוליו למינוי כונס נכסים יביא בית המשפט או בית הדין בחשבון את סוג הרכוש שעליו חלה הצוואה ההדדית.

(ח) לא יהא תוקף להוראה בצוואה ההדדית המונעת מן המצווים לבצע פעולות ברכושם בחיי שניהם. המצווים רשאים להסדיר פעולות כאמור בהסכם.

55. הרכוש שעליו חלה הצוואה ההדדית

המצווים רשאים לקבוע בצוואה ההדדית את היקף תחולתה מבחינת רכושם. בהיעדר הוראה בצוואה ההדדית, תחול הצוואה ההדדית על כלל רכושם של בני הזוג, לרבות רכוש שנצבר או התקבל אצל הנותר בחיים לאחר פטירת הראשון ולרבות ירושות ומתנות.

55. הסתלקות

(א) הנותר בחיים רשאי להסתלק מחלקו בעיזבון הנפטר הראשון על פי סעיף 6 לחוק זה.

- (ב) בצוואה הודדית הכוללת הוראת יורש אחר יורש, הסתלקותו של הנוטר בחיים תהיה כללית בלבד והוא לא יוכל להסתלק לטובת שום אדם, לרבות לא לטובת בן זוגו, ילדו או אחיו של הנפטר הראשון.
- (ג) הסתלק הנוטר בחיים מחלקו בעיזבון הנפטר הראשון, יעבור חלקו של הנוטר בחיים בעיזבון הנפטר הראשון ליורש הסופי בהתאם להוראות הצוואה ההודדית ובכפוף להן.
- (ד) לא יהיה בהסתלקות הנוטר בחיים מחלקו בעיזבון הנפטר הראשון כדי לאפשר לו לבטל את צוואתו או לשנותה, אלא על פי הוראות פרק זה.

55. תוכנה של צוואה הודדית

- (א) תכנה של צוואה הודדית יכול שיהיה ככל אשר הסכימו המצווים⁶⁴².
- (ב) המצווים יכולים להתנות על ההסדרים הקבועים בסעיפים 55-55ט למעט סעיפים 55(א), 55(ז), 55(ט) ו-55(ח).

55א. תחולת יתר הוראותיו של חוק הירושה

- (א) הוראות חוק הירושה תחולנה בהתאמה באשר לצוואה הודדית, למעט סעיפים אשר ייקבע במפורש כי אינם חלים על הצוואה ההודדית. במקרה של התנגשות בין הוראות פרק זה להוראות חוק הירושה, יחולו הוראות פרק זה על הצוואה ההודדית.
- (ב) סעיף 18 לחוק זה לא יחולו על צוואה הודדית ובמקומו יחולו הוראות סעיפים 55ב ו-55ג לפרק זה⁶⁴³.
- (ג) סעיף 23 לא יחול על צוואה הודדית⁶⁴⁴.
- (ד) צוואה הודדית לא תיחשב להסכם בדבר ירושתו של אדם או לויתור על ירושתו שנעשו בחייו לפי סעיף 8(א) לחוק זה⁶⁴⁵.
- (ה) סעיף 27 לחוק זה לא יחול על התחייבות שלא לשנות צוואה הודדית או שלא לבטלה בהתאם להוראות פרק זה, וכן לא יחול הוא על הוראה בצוואה הודדית השוללת (או מגבילה) את הזכות לשנות את הצוואה ההודדית או לבטלה לפי הוראות פרק זה⁶⁴⁶.
- (ו) לעניין סעיף 28(א) לחוק זה ייחשבו בני הזוג "כמצווה עצמו"⁶⁴⁷.
- (ז) עריכת צוואה הודדית לא תיחשב כמעורבות של בני הזוג זה בצוואתו של זה לפי סעיף 35 לחוק זה⁶⁴⁸.
- (ח) סעיף 42(ב) לחוק זה יחול בכפוף לסעיף 55 לפרק זה⁶⁴⁹.
- (ט) סעיף 54(א) לחוק זה יחול על צוואה הודדית כך שצוואה הודדית תפורש לפי אומד דעתם של שני המצווים⁶⁵⁰.

⁶⁴² ברי כי תוכן הצוואה ההודדית כפוף ליתר הוראות חוק הירושה. כך למשל מוגבלים המצווים בהתאם לסעיף 34 הקובע כי הוראת צוואה בלתי חוקית, בלתי מוסרית ובלתי אפשרית בטלה. כך גם למשל מוגבלים המצווים, בהתאם לסעיף 42(ד), לשימוש בתנאי של יורש אחר יורש לשני יורשים בלבד, למעט אם מדובר ביורשים שהיו בחיים בעת עשיית הצוואה.

⁶⁴³ סעיף 18: "צוואה נעשית בכתב יד, בעדים, בפני רשות או בעל-פה".

⁶⁴⁴ סעיף 23 עוסק בצוואת שכיב מרע ואינו רלוונטי לצוואות הודדיות.

⁶⁴⁵ סעיף 8(א): "הסכם בדבר ירושתו של אדם וויתור על ירושתו שנעשו בחייו של אותו אדם – בטלים".

⁶⁴⁶ סעיף 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".

⁶⁴⁷ סעיף 28(א): "אין צוואה נעשית אלא על ידי המצווה עצמו".

⁶⁴⁸ סעיף 35: "הוראת צוואה, פרט לצוואה בעל-פה, המזכה את מי שערך אותה או היה עד לעשייתה או לקח באופן אחר חלק בעריכתה, והוראת צוואה המזכה בן-זוגו של אחד מאלה – בטלה".

⁶⁴⁹ סעיף 42(ב): "הראשון רשאי לעשות במה שקיבל כבתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה ששייר הראשון; אולם אין הראשון יכול לגרוע מזכותו של השני על ידי צוואה".

⁶⁵⁰ סעיף 54(א): "מפרשים צוואה לפי אומד דעתו של המצווה כפי שהיא משתמעת מתוך הצוואה, ובמידה שאינה משתמעת מתוכה – כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות".

ז. ביבליוגרפיה

ז.1. פסיקה ישראלית

- ת"ע (ת"א) 550-11-12 א' נ' ז' (פורסם בנבו, 12.11.2014).
- ת"ע (י-ם) 41010/07 א.ב. נ' ש.צ. (פורסם בנבו 31.5.2012).
- תמ"ש (י-ם) 18211-04-13 א.ג. נ' מ.ש. (פורסם בנבו, 11.3.2015)
- תמ"ש (ראשלי"צ) 4111-03-12 א.ס. נ' ת.ס. (פורסם בנבו, 20.3.2014).
- תמ"ש (קריות) 6089-11-13 א.ע. נ' ע' (המנוח) ואח' (פורסם בנבו, 9.9.2015).
- תמ"ש (ת"א) 37302-02-10 א' ואח' נ' ג' (פורסם בנבו, 3.5.2012).
- רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פימן, פ"ד נג(1) 481 (1999).
- רע"א 3128/94 אגודה שיתופית בית הכנסת רמת חן נ' סהר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 281 (1996).
- ד"נ 20/82 אדרס נ' הרלו, פ"ד מב(1) 221 (1988).
- דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653 (2005).
- ע"א 360/93 אוברזנסקי נ' גרין (פורסם בנבו, 10.8.1995).
- ע"א 5131/10 אזימוב נ' בנימיני (פורסם בנבו, 7.3.2013).
- ע"א 402/76 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 270 (1976).
- ת"ע (י-ם) 289/97 אהירם נ' אהירם (פורסם בנבו, 11.1.1999).
- ע"א 3553/00 אלוני נ' זנד טל מכוני תערובת, פ"ד נז(3) 577 (2003).
- ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט (פורסם בנבו, 28.1.2008).
- ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772 (1989).
- ע"א 9551/04 אספן בניה ופיתוח נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 12.10.2009).
- דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון וייזום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.1995).
- ע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ נ' עיזבון המנוח זולוטולוב, פ"ד מא(1) 282 (1987).
- ע"א 37/80 באומן נ' נתן, פ"ד לח(4) 328.
- ד"נ 22/82 בית יוליס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441 (1989).
- ע"א 5925/06 בלוס נ' אנגלו סכסון-סוכנות לנכסים, (פורסם בנבו, 13.2.2008).
- דנ"א 2532/13 בנימיני נ' אזימוב (פורסם בנבו, 21.5.2013).
- ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד, נג(4) 199 (1999).

ת"א (ת"א) 3079/00 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' צול ניהול פרויקטים בע"מ (פורסם בנבו, 3.3.2014).

ע"א 603/71 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' בנק ארץ-ישראל בריטניה בע"מ, פ"ד כו(2) 468 (1972).

ד"נ 39/80 ברדיגו נ' ד.ג.ב. 9 טקסטיל בע"מ, פ"ד לה(4) 197 (1981).

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

ע"א 495/80 ברקוביץ' נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57 (1982).

ת"א (חי) 2028-12-12 בשארה נ' ג'רייס (פורסם בנבו, 27.11.2014).

ה"פ (ת"א) 200311/98 גולדשטיין נ' בנק הפועלים בע"מ (פורסם בנבו, 24.2.2004).

ע"א 2502/16 ג'יאקומו נגרין נ' RWL WATER' LLC (פורסם בנבו, 26.3.2017).

ע"א 3196/01 גלמן פינץ נ' מנהל המכס והמע"מ, פ"ד נח(2) 682 (2004).

ע"א 7378/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 נ' טהוליאן (פורסם בנבו, 10.9.2001).

ת"ע (כ"ס) 3791/08 ד.ב. נ' ר.פ. (פורסם בנבו, 8.2.2011).

עמ"ש (ת"א) 63262-01-14 ד' ע' נ' ל' ע' (פורסם בנבו, 16.11.2015).

ת"ע (כ"ס) 2990/07 ד.ש. נ' א.ג. (פורסם בנבו, 21.4.2010).

עמ"ש (מרכז) 9688-06-10 ד.ש. נ' א.ג. (פורסם בנבו, 7.4.2011).

רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97 (1999).

רע"א 2267/95 האפוטרופוס הכללי נ' הרטפלד, פ"ד מט(3) 854 (1995).

בג"צ 1893/11 הארגון הארצי של מפעלי השמירה והאבטחה נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 30.8.2015).

ע"א 353/62 הארט נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד יז(1) 496 (1963).

ע"א 9555/10 הופמן נ' יפה (פורסם בנבו, 15.7.2013).

רע"א 6565/11 החברה המרכזית לייצור משקאות קלים נ' EMI MUSIC PUBLISHING, (פורסם בנבו, 22.7.2014).

ע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל אביב, פ"ד מד(2) 476 (1990).

ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לשיצקי, פ"ד נה(1) 88 (1999).

רע"א 8622/13 המוסד לביטוח לאומי נ' שחר (פורסם בנבו, 7.9.2016).

ע"א 2232/12 הפטריארכיה הלטינית בירושלים נ' פארוואג'י (פורסם בנבו, 11.5.2014).

ע"א 490/99 הקדש מנחם ובלומה אטינגר נ' אבן טוב, פ"ד נו(5) 145 (2003).

ע"א 5717/95 וינשטיין נ' פוקס, פ"ד נד(5) 792 (2000).

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

בע"מ 10807/03 זמיר נ' גמליאל, פ"ד סב(1) 601 (2007).

- ע"א 36/11 חברת דואר ישראל נ' חפציבה שיכון ופיתוח (פורסם בנבו, 3.9.2015).
- ע"א 689/68 חברת מגדלי פרי-זה בע"מ נ' הנאמן על נכס פאול שטראוס בפשיטת-רגל, פ"ד כ"ג(1), 715 (1969).
- ע"א 2698/00 חורי נ' לולו (פורסם בנבו, 23.4.2001)
- ע"א 1249/03 חנא נ' ח'אזן, (פורסם בנבו, 22.10.2003).
- ת"ע (ת"א) 5003-11-10 ט.ג.נ' ש.ש. (פורסם בנבו 29.10.2012).
- ת"ע (י-ם) 38127-02-11 ט.פ.נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 3.8.2011).
- ע"א 119/89 טורנר נ' טורנר, פ"ד מה(2) 81 (1991).
- ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817 (1999).
- תמ"ש (חי') 1360-07 י.ה.נ' ת.ש. (פורסם בנבו 23.5.2012).
- עמ"ש (מרכז) 66014-03-15 י.ס.נ' ש.א. (פורסם בנבו, 14.4.2016).
- בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4), 702 (1993).
- ע"א 2698/92 יונה נ' אדלמן, פ"ד מח(3) 275 (1994).
- רע"א 1185/97 יורשי ומנהלי עיזבון המנוחה מילגרום נ' מרכז משען, פ"ד נב(4) 145 (1998).
- ע"א 682/74 יקותיאל נ' ברגמן, פ"ד כט(2) 757 (1975).
- ע"א 433/88 ישפה נ' בן דוב, פ"ד מב(4) 601 (1989).
- ע"א 226/80 כאהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 463 (1981).
- ע"א 148/52 כספריוס נ' כספריוס, פ"ד ח, 1289 (1954).
- ה"פ (חי') 331/94 לביא נ' לייבה (פורסם בנבו, 8.7.1997).
- ע"א 4541/91 לוביאניקר נ' שר האוצר, פ"ד מח(3) 397 (1994).
- ע"א 689/71 לוי נ' לוי, פ"מ כו(2) 681 (1972).
- רע"א 1516/05 למיט אחזקות נ' מנשה ח.אלישר (פורסם בנבו, 22.2.2005).
- בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר (פורסם בנבו, 21.6.2005).
- תמ"ש (י-ם) 20512/01 מ.ל.נ' מ.מ.נבו (12.2.2007).
- ת"ע (י-ם) 32061-07-10 מ.ל.נ' ר.ו. (פורסם בנבו, 19.3.2012).
- תמ"ש (נצי') 41725-02-13 מ.פ.ז"ל נ' א.א. (פורסם בנבו, 17.2.2015).
- תמ"ש (ת"א) 37823/98 מ.ר.נ' מ.ש.ז"ל (פורסם בנבו 25.12.2007).
- ת"ע (ת"א) 8670/99 מוטולה נ' בנק דיסקונט (פורסם בנבו, 25.10.2001).
- ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן, פ"ד מג(1) 278 (1989).

- ע"א 3666/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מ"ו(4) 45 (1992).
- ע"א 4402/98 מלמד נ' סלומון, פ"ד נג(5) 703 (1999).
- ע"א 357/61 מנהל עזבון דב בוגייר נ' מנהל עזבון איטה בוגייר, פ"ד טז 150 (1962)
- ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים ומנהלים של אלקטרוניקס (ישראל) נ' אלסינט, פ"ד כט(1) 121 (1974).
- ע"א 5187/91 מקסימוב נ' מקסימוב, פ"ד מז(3) 177 (1993).
- ע"א 681/77 מרק נ' שאבי, פ"ד לג(1) 7 (1978).
- תמ"ש (ת"א) 45880/06 נ.ר. נ' א.ר. (פורסם בנבו 30.11.2010).
- ת"ע (ת"א) 2150/74 נדבי נ' נדבי, פ"מ תשל"ז(1) 309 (1976)
- ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104 (1990).
- ע"א 2907/04 סופיוב נ' עזבון המנוח בכור סופיוב ז"ל (פורסם בנבו, 13.06.2007).
- ע"א 4372/91 סיטין נ' סיטין, פ"ד מט(2) 120 (1995).
- ע"א 5795/90 סקלי נ' דורען בע"מ, פ"ד מו(5) 811 (1992).
- דנ"א 9048/08 עו"ד יעקב גרינוולד-כונס נכסים נ' תשתית ציוד ובינוי בע"מ (פורסם בנבו, 15.6.2009).
- דנ"א 3276/08 עו"ד מנחם עצמון נ' עזבון המנוח דוד בר לבב (פורסם בנבו 18.1.2009).
- ת"ע (ראשל"צ) 28675-02-10 עזבון המנוח א.מ. ז"ל נ' ש.א (פורסם בנבו, 15.2.2015).
- רע"א 65/06 עזבון המנוח דוד בר לבב נ' מנחם עצמון, עו"ד, (פורסם בנבו, 27.3.2008).
- ת"ע (אי"י) 1072-07 עזבון המנוח ז"ל נ' אלמונית (פורסם בנבו, 5.9.2011).
- ת"ע (ת"א) 7201/00 עזבון המנוח חיים נקדימון ז"ל נ' דב נקדימון (פורסם בנבו, 8.4.2002).
- ת"ע (ת"א) 44975-09-13 עזבון המנוח מ.ש ז"ל נ' ל.ה. (פורסם בנבו, 10.2.2015).
- (ב"ש) 30751 עזבון המנוח נ.י. (פורסם בנבו, 22.10.2013).
- ע"א 7735/02 עזבון המנוח ניסים אלבו נ' יהושע ישועה אהל פז, פ"ד נח(3) 161 (2004).
- ת"ע (ת"א) 104581/05 עזבון המנוחה ה.מ. נ' י.ה. (פורסם בנבו 20.2.2008).
- ת"ע (ת"א) 101750/06 עזבון המנוחה וקסמן סימה ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 13.9.2006).
- ת"ע (ת"א) 8541-02-13 עזבון המנוחה נ' ת' ז"ל נ' ד' מ' (פורסם בנבו, 2.8.2015).
- ת"ע (ת"א) 101160/06 עזבון המנוחה סטלה גרוסמן ז"ל נ' קרמר (פורסם בנבו, 15.2.2015).
- ת"א (י-ם) 50891-07-11 עינב נ' קרן (פורסם בנבו 25.11.2013).
- ע"א 8844/12 עינב נ' קרן (פורסם בנבו 5.3.2014).
- רע"א 5487/16 עיריית קרית אתא נ' תלמוד תורה בית יהודה (פורסם בנבו, 7.11.2016).

ע"א 6906/00 ענבטאוי נ' דר, פ"ד נו(5) 280 (2002).

ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736 (1984).

ע"א 4956/90 פזגז חברה לשיווק בע"מ נ' גזית הדרום בע"מ, פ"ד מו(4) 35 (1992).

ע"א 2568/98 פטר נ' חממי, פ"ד נו(4) 796 (2003).

בע"מ 11116/08 פלוני נ' אלמוני (נבו 5.7.2012).

ת"ע (ת"א) 51223-11-13 פלוני נ' אלמונים (פורסם בנבו, 12.3.2015).

בע"מ 7468/11 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 3.7.2012).

בע"מ 2035/13 פלוני נ' חסויה (פורסם בנבו, 8.8.2013).

ע"א 1978/05 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.1.2007).

בע"מ 7094/15 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 17.12.2015).

בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.8.2012).

תמ"ש 41530/07 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.10.2007).

בת"ע (חי') 55093-08-17 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 31.8.2017).

ת"ע (בי"ש) 19940-12-12 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 17.4.2016).

ת"ע (ת"א) 62398-12-13 פלונית נ' אלמונית (7.7.2014).

בע"מ 3539/17 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.6.2017).

בע"מ 9085/16 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.3.2017).

בע"מ 612/16 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.3.2016).

בע"מ 3872/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.9.2014).

בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.1.2014).

בע"מ 3230/13 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.6.2013).

עמ"ש (ת"א) 51823-03-11 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו 9.4.2013).

בע"מ 6678/10 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 24.11.2010).

ע"א 7591/13 פלונים נ' פלונית (פורסם בנבו, 25.1.2016).

ת"ע (חי') 15472-02-13 פלוניות נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.7.2014).

תמ"ש (ת"א) 32240/96 פני פרידל בן דרור נ' עו"ד אמנון בן דרור, מנהל עזבון המנוח בן דרור (פורסם בנבו, 8.4.1999).

די"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673 (1983).

ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 158 (1990).

ת"ע (ת"א) 108082/05 צ.צ. נ' א.מ. (פורסם בנבו 11.2.2008).

ת"ע (ראשלי"צ) 4450-08 צ.ב.ע נ' א.ב.ע (פורסם בנבו, 23.7.2013)

ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד נו(5) 49 (2003).

ע"א 1217/03 קבוצת עונאללה לייזום והשקעות בע"מ נ' ח'זאן, פ"ד נח(1) 224 (2003).

ע"א 6370/00 קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה, פ"ד נו(3) 289 (2002).

ע"א 8918/09 קמחי נ' מנהל מקרקעי ישראל, (פורסם בנבו, 14.1.2009).

ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982).

ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705 (1994).

ע"א 46/89 רוזן נ' בהט, פ"ד מד(2) 765 (1990).

ע"א 9247/10 רוזנברג נ' סבן (פורסם בנבו, 24.7.2013).

ע"א 196/85 רוזנפלד נ' סלנט, פ"ד לט(4) 550 (1958).

רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

ע"א 598/75 רזניק נ' רזניק, פ"ד ל(1) 749 (1976).

ת"ע (בי"ש) 1470/07 ש.ש נ' ל.ר. (פורסם בנבו, 3.8.2011).

ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330 (1992).

ע"א 576/72 שפיר נ' שפיר פ"ד כז(2) 373 (1973)

ת"א (י-ם) 844/94 שרון נ' ורש (פורסם בנבו, 12.6.1996).

תמ"ש (ת"א) 49950/96 שרון נ' רוזנפלד (פורסם בנבו, 20.12.2000).

ע"א 1099/90 שרוני נ' שרוני, פ"ד מז(4) 785 (1993).

ע"א 9090/10 שרעבי נ' "עזריאל" מושב עובדים להתיישבות חקלאית (פורסם בנבו, 9.7.2014).

תמ"ש (ת"א) 2191-06-12 ת.צ. נ' ח.פ. (פורסם בנבו 17.6.2015).

ע"א 7231/10 תלמוד תורה בית יהודה נ' עיריית קרית אתא (פורסם בנבו, 17.10.2012).

ע"א 2070/06 תשתית ציוד ובינוי בע"מ נ' עו"ד יעקב גרינוולד - כונס נכסים (פורסם בנבו, 9.9.2008).

Fundel v wall (2009) 10 NZCPR 153; [2009] BCL 332.

Lewis v Cotton [2001] 2 N.Z.L.R. 21.

Re Newey (Deceased) [1994] 2 NZLR 590.

Barclays Bank v. O'Brien [1993] 3 WLR 786, [1994] 1 AC 180, [1993] 4 All ER 417, [1993] UKHL 6.

Birch v Curtis [2002] EWHC 1158 (Ch), [2003] 2 FLR 847.

Charles v Fraser [2010] EWHC 2154 (Ch); [2010] WTLR. 1489.

Dufour v. Pereira (1769) Dick. 419.

Fortescue v Hennah (1812) 34 ER 443 .

Fry v Densham-Smith [2010] EWCA Civ 1410 .

Goodchild v Goodchild, [1997] 3 All ER 63, [1997] 3 FCR 601, [1997] 1 WLR. 1216.

Gregor v Kemp (1722) 3 swan 404 36 ER 926.

Healey v Brown [2002] EWHC 1405 (Ch), 4 ITELR 894, (2002) 19 EG 147.

Lloyds Bank Plc. v. Rosset, [1990] 2 WLR 867, [1990] 1 All ER 1111 [1991] 1 A.C. 107.

Lord Walpole v Lord Orford (1797) 3 Ves 402 .

Olins v Walters [2008] WTLR 1449, [2008] EWCA Civ 782, [2009] 2 WLR 1, [2009] Ch 212.

Re Cleaver [1981] 2 All ER 1018 [1981] 1 WLR 939.

Re Dale (deceased); Proctor v. Dale [1994] Ch 31, [1993] 4 All ER 129, [1993] 3 WLR 652.

Re Hagger [Freeman v Arscott] [1930] All ER 620, 2 Ch 190, 99 LJ Ch 492, 143 LT 61.

Re Hobley (Deceased) [2006] W.T.L.R. 467, The Times (1997).

Royal Bank of Scotland v. Etridge [2001] UKHL 44, [2001] 3 WLR 1021, [2002] 2 AC 773, [2002] HLR 4, [2001] 4 All ER 449, [2001] 2 FLR 1364, [2002] 1 P & CR DG14, [2001] 3 FCR 481.

Stone v Hoskins [1905] 74 LJP 110; 93 LT 441; 54 WR 64; 21 TLR 528; [1905] P 194.

Synge v. Synge, [1894] 1 Q.B. 466, All ER Rep 1164.

Thomas and Agnes Carvel Foundation v Carvel and another [2007] EWHC 1314 (Ch), [2007] 4 All ER 81.

Aslan v. Kopf 1995 NSW LEXIS 11383, BC9504562, CA 40114 of 1993 (1995) .

Barns v Barns [2003] HCA 9; 214 CLR 169; 77 ALJR 734; 196 ALR 65

Bigg v. Queensland Trustees Ltd [1989] QSC 422; [1990] 2 Qd R 11 .

Birmingham v. Renfrew (1937) 57 C.L.R. 666.

Flocas v Carlson [2015] VSC 221.

Low v Perpetual Trustees WA Ltd (1995) 14 WAR 35.

Nowell v Palmer (1993) 32 NSWLR 574.

Osborne v. Estate of Frederick Osborne and Daisy Osborne [2001] VSCA 228 .

Palmer v. Bank of New South Wales [1975] HCA 51, (1975) 133 CLR 150.

ז.ד.א. קנדה

Atha v. Thompson 2008 BCSC 1075 .

Brewster v. Lenzi, [2010] B.C.J. No. 2060, 2010 BCSC 1488, 2012 CarswellBC 2847, 193 A.C.W.S. (3d) 1376.

Burnell v. Rolph Estate [2002] B.C.J No. 432, 2002 BCSC 323, 111 A.C.W.S. (3d) 1213.

Cassin v. Cassin [2007] O.J. No. 652, 30 E.T.R. (3d) 289, 156 A.C.W.S. (3d) 1219.

Doherty v. Berry (Estate of), [1999] A.J. No. 1315, 1999 ABQB 312, 82 Alta. L.R. (3d) 303, 252 A.R. 339, 34 E.T.R. (2d) 226.

Edell v. Sitzer [2001] O.J. No. 2909, 55 O.R. (3d) 198, 40 E.T.R. (2d) 10, 106 A.C.W.S. (3d) 1136 affirmed [2004] S.C.C.A. No. 372.

Hall v. McLaughlin Estate, [2006] O.J. No. 2848, 25 E.T.R. (3d) 198, 149 A.C.W.S. (3d) 1173 [2006] O.T.C. 652, 2006 CarswellOnt 4284.

Lavoie v. Trudel [2016] O.J. No. 3458, 2016 ONSC 4141.

Pahara v Pahara [1945] S.C.J. No. 46; [1946] S.C.R. 89; [1946] D.L.R. 433 .

Powell v. Glover (2008), 42 E.T.R. (3d) 298, [2008] A.J. NO. 961, 2008 ABQB 532, 95 Alta. L.R. (4th) 235, 467 A.R. 296, 2008 CarswellAlta 1161, 172 A.C.W.S. (3d) 1085 .

Pratt v Johnson [1959] S.C.R. 102.

Re Fiegehen 1942 CarswellOnt 340; [1942] O.W.N. 575.

Re Gillespie [1968] O.J. No. 1337, [1969] 1 O.R. 585, 3 D.L.R. (3d) 317.

Re Grisor [1979] O.J. No. 4365, 26 O.R. (2d) 57, 101 D.L.R. (3d) 728, 5 E.T.R. 296, [1979] 3 A.C.W.S. 403.

University of Manitoba v. Sanderson Estate, [1998] B.C.J. No 101, 155 D.L.R. (4th) 40, [1998] 7 W.W.R. 83, 102 B.C.A.C. 186, 47 B.C.L.R. (3d) 25, 20 E.T.R. (2d) 148, 1998 CarswellBC 121, 76 A.C.W.S. (3d) 1052 (1998).

Allen v. Ross 199 Wis. 162, 64 A.L.R. 180, 225 N.W. 831 (1929).

Canada v. Ihmsen, 33 Why. 394, 240 P. 927, 43 A.L.R. 1010 (1925).

Carmichael v. Carmichael 72 Mich. 76, 40 N.W. 173 (1888).

Doyle v. Fischer 183 Wis. 599, 33 A.L.R. 733, 198 N.W. 763, 765 (1924).

Estate of Chayka 47 Wis. (2d) 102, 176 N.W. (2d) 561 (1970).

First United Presbyterian Church v. Christenson 64 Ill. 2d 491, 356 N.E. (2d) 532, 1 Ill. Dec. 344; 85 A.L.R. 3d 1 (1976).

Geiger v. Geiger, 185 Neb. 700, 178 N.W. (2d) 575 (1970).

Heller v. Heller 233 S.W. 870 (1921).

In re Estate of Ina Ruth Brown, 402 S.W. (3d) 193 Tenn. (2013).

In re Johnson's Estate, 233 Iowa 782, 10 N.W. (2d) 664 (1943).

Lally v. Cronen, 247 N.Y. 58, 159 N.E. 723 (1928).

Murphy v. Slaton 154 Tex. 35, 273 S.W. (2d) 588 (1954).

Notten v. Mensing, 3 Cal. (2d) 469, 45 P. (2d) 198 (1935) .

Notten v. Mensing 20 Cal. App. (2d) 694, 67 P. (2d) 734 (1937).

Pederson v. First Nat'l Bank 31 Wis. (2d) 648, 143 N.W. (2d) 425 (1966).

Price v. Aylor 258 Ky. 1, 79 S.W. (2d) 350 (1935).

Rastetter v. Hoenninger, 214 N.Y. 66; 108 N.E. 210 (1915).

Re Glen 247 A.D. 518, 288 N.Y.S. 24 (1936).

Schefe v. Crowley 261 Wis. 113, 52 N.W. (2d) 375 (1952).

Sherman v. Goodson's Heirs 219 S.W. 839 (1920).

Stewart v. Todd 173 N.W. 619, 20 A.L.R. 1272, 190 Iowa 283, (1920).

Tontz v. Heath, 20 Ill. (2d) 286, 170 N.E. (2d) 153 (1960).

Tooker v. Maple, 93 N.J. Eq. 224, 115 A. 255 (1921).

Tooker v. Vreeland, 92 N.J. Eq. 340, 112 A. 665 (1921).

Hiroto Watanabe v Law Yen Yen & Anor [2012] 8 MLJ 202.

Ammal v Aiyar (1910) 20 MLJ 339, (1909) WLR 33 Mad 406.

3.ז. כתיבה ישראלית

3.ז.א. ספרים

- אירית חביב סגל דיני חברות לאחר חוק החברות החדש כרך ב (2004).
- דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים – כרך א (1991).
- דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים – כרך ב (1992).
- דניאל פרידמן ונילי כהן, דיני חוזים – כרך ג (2003).
- דניאל פרידמן ונילי כהן, דיני חוזים – כרך ד (2011).
- גבריאלה שלו, דיני חוזים – החלק הכללי, לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (2005).
- גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני חוזים – התרופות לקראת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי (2009).
- שאול שוחט, נחום פיינברג ויחזקאל פלומין, דיני ירושה ועיזבון (מהדורה שביעית, 2014).
- קורנאלדי, דיני ירושה צוואות, ירושות ועיזבונות (מהדורה שניה מורחבת, 2012).
- דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור, דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך א' (מהדורה שלישית, 2015).
- שניאור זלמן חשין, דמויות מבית המשפט (1953).
- עופר גרוסקופף, הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט (2002).
- מיכל אגמון גונן, ההשבה בהקשרים חוזיים: דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט (2001).
- פבלו לרנר, ההתחייבות החד צדדית (2001).
- שחר ליפשיץ, הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005).
- עלי בוקשפן, המהפכה החברתית במשפט העסקי (2007).
- נילי כהן, התערבות ביחסים חוזיים (1982).
- מרדכי אלפרדו ראבילו, חוק המתנה, תשכ"ח-1965, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת גד טדסקי, מהדורה שניה, 1996).
- שלמה כרם, חוק הנאמנות, התשל"ט-1979 (מהדורה 4, 2004).
- אריאל רוזן צבי, יחסי רכוש בין בני זוג (התשמ"ג-1983).
- אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת, ירושה – עסקאות בירושה עתידה וצוואות הודיות (2006).
- נינה זלצמן ועופר גרוסקופף, מישכון זכויות (2005).
- רוי בר-קהן, ערבות (2006).
- שאול שוחט, פגמים בצוואות (מהדורה שלישית, 2016).
- שמואל שילה, פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965 – כרך א (1992).

שמואל שילה, **פירוש לחוק הירושה תשכ"ה-1965, כרך ב** (1995).

אהרון ברק, **פרשנות במשפט, כרך רביעי – פרשנות החוזה** (2001).

אהרון ברק, **פרשנות במשפט, כרך חמישי – פרשנות הצוואה** (2001).

שלום לרנר, **שעבוד נכסי חברה** (1996).

ז.ב.3. מאמרים

שלי קרייצר-לוי, "אי הכרה בחווי ירושה – האמנם כלל חסר ערך?" **חוקים** ד 5 (2012).

דניאל פרידמן, "אינטרס הקיום בפיצויים חוזיים", **ספר זיכרון לגואלטירו פרוקציה**, 337 (אהרון ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקציה, מרדכי א' ראבילו, עורכים, 1996).

נילי כהן, "דפוס החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמאלי לעקרונות הצדק", **הפרקליט** לז, 13 (1986).

גבריאלה שלו, "הבטחה, השתק ותום לב", **משפטים** ט"ז, 295 (1986).

ברק מדינה, "החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן בראי הגישה הכלכלית", **משפטים** ל, 513 (1999).

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

יוסף מנדלסון ועירית רייך-זיו, "הסכמים זוגיים וצוואות הדדיות – כלים שלובים בשירות הפרקטיקה", **הון משפחתי** א3, 44 (2015).

שחר ליפשיץ, "הסדרה חוזית של יחסי הממון בין בני זוג לעת מוות", **הון משפחתי** א1, 33 (2014).

זאב צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל – 1970" **עיוני משפט** ג 121 (1973).

מיכאל בירנהק, "זכויות המתים וחופש החיים", **עיוני משפט** לא(1) 57 (2008).

שמואל בכר וטל ז'רסקי, "זכות הביטול בעסקאות צרכניות, רגישות מוצדקת או ניצחון פירוס?" **עיוני משפט** לב(1), 127 (2010).

נילי כהן, "חוזה של קטינה לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", **הפרקליט** מא 161 (1993).

נילי כהן, "חריג הצדק באכיפת חוזה - מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי", **עיוני משפט** ל"ג 241 (2010).

פנחס שיפמן, "יחסי ממון בין בני-זוג", **קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים** 126 (התשל"ה-1975).

עופר גרוסקופף, "יחסי קונה מוכר וזכויות הבעלים המקוריים", **המשפט** ד 202 (1998).

מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", **עיוני משפט** יז(3) 503 (1993).

שירלי רנר, "דיני חוזים – מגמות והערכה", **משפטים** כא 33 (1991).

דניאל פרידמן, "מושג התמורה בחקיקה הישראלית" **קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה** 38 (שמעון שטרית עורך, 1976).

רונן קריטנשטיין, "מוסד הצוואות ההדדיות: בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר ולא במשפט – עיון דוקטרינרי על רקע תיקון 12 לחוק הירושה", **הפרקליט** נד, 317 (2016).

מיכל אלברשטיין, "מרד הפורמליזם המשפטי: תרבויות ותבניות של פסיקה ישראלית", **מחקרי משפט** כז 349 (2011).

יצחק קיסטר, "מהות הצוואה (לפי המשפט הקיים ולפי הצעת החוק)" **הפרקליט** יז 16 (1961).

רונון קריטנשטיין, "מתנה מחמת מיתה – עיון מחדש", **הפרקליט** מט 403 (2007).

נילי כהן, "נאמנות הפרשן" **עיוני משפט** לה 587 (2013).

מיגל דויטש, "נפילתה (?) ועלייתה של הזכות שבושר במשפט הישראלי - המשפט בעקבות המציאות" **עיוני משפט** כד 313 (2000).

דרורה פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" **הפרקליט** לו 53 (1984-1985).

איילת בלכר-פריגת "עוד שהמוות יפריד בינינו?" על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי", **ספר מנשה שאוה מחקרים במשפט לזכרו** (אהרון ברק ודניאל פרידמן עורכים), 497, 504-505 (2006).

אסף גולדברג, "על התמורה (התפתחות מושג הקונסידרשיין באנגליה)", **הפרקליט** ד 145 (1947).

דניאל פרידמן, "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי", **המשפט** יא, 9 (2007).

גד טדסקי, "צוואה משותפת – (ת"ע (ת"א) 2150/74), נדבי נ' נדבי" **עיוני משפט** ו 662 (1979).

שאל שוחט, "צורה ומהות בדיני צוואות – עליהם ועל מה שביניהם" **הון משפחתי** כרך א(1) 27 (2014).

יואל זוסמן, "יתום לב' בדיני החוזים – הזיקה לדין הגרמני" **עיוני משפט** ו 485 (1978).

דניאל פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", **עיוני משפט** ג 153 (1973).

עלי בוקשפן, "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים ועל עקרון תום-הלב כמשלים אמון, יציבות וודאות בראי פסיקתו של הנשיא שמגר", **עיוני משפט** כג 11 (2000).

נילי כהן, "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי", **ספר פרידמן** 57 (בעריכת נילי כהן ועופר גרוסקופף, 2008).

איל זמיר, "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע"א 1632/98 ארבוס נ' אברהם רובינשטיין ושות' - חברה קבלנית)", **משפטים** לד(1), 91 (2004).

Weisman, Floating Charges on Assets of Individuals, 21 Israel L.R. 129 (1986).

ז.ג.ג. עבודות גמר לתואר מוסמך במשפטים

יעל בלכר (בן-דהן), הדוקטרינה של צוואות הדדיות (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1997).

יוסף מנדלסון, סעיף 8(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, הדין המצוי – הרצוי? (עבודת גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 1998).

- RICHARD CLEMENTS & ADEMOLA ABASS, COMPLETE EQUITY & TRUSTS: TEXT, CASES, AND MATERIALS (3rd Edition 2013).
- DEREK FRENCH, STEPHEN MAYSON & CHRISTOPHER RYAN, COMPANY LAW (28th Edition 2011-2012).
- MALCOLM COPE, CONSTRUCTIVE TRUSTS (1992).
- DAN PRENTICE & ARAD REISBERG, CORPORATE FINANCE LAW IN THE UK AND UE (2012).
- ANDREW BURROWS, ENGLISH PRIVATE LAW (3rd Edition, 2013).
- PHILIP H PETTIT, EQUITY AND THE LAW OF TRUST (12th Edition, 2012).
- ALASTAIR HUDSON, EQUITY & TRUSTS (7th Edition, 2013).
- FRACIS HARGRAVE, JURIDICAL ARGUMENTS AND COLLECTIONS, (Vol. 2, 1799).
- JOHN GRAHAM GOLDSWORTH, LEXICON OF TRUST & FOUNDATION PRACTICE (1st Edition 2016).
- DOUG H. MOY, LIVING TRUST (3th Edition, 2003).
- PATRICK S. ATIYAH, PROMISES, MORALS AND LAW (Oxford University Press, 1981).
- JULIE CASSIDY, MUTUAL WILLS (2000).
- FRANCIS VESEY, REPORTS OF CASES ARGUED AND DETERMINED IN THE HIGH COURT OF CHANCERY (Vol. 19, 1845).
- CAROLINA SAWYER AND MIRIAM SPERO, SUCCESSION, WILLS AND PROBATE (3rd Edition, 2015).
- DWIGHT F. BICKEL, THE REAL TRUTH ABOUT LIVING TRUST (1999).
- PATRICK S. ATIYAH, THE RISE AND FALL OF FREEDOM OF CONTRACT (Oxford University Press, 1979).
- ROBERT PEARCE AND WARREN BARR, TRUSTS AND EQUITABLE OBLIGATION (6th Edition, 2015).
- GART WATT, TRUSTS & EQUITY (6th Edition, 2014).
- ALASTAIR HUDSON, UNDERSTANDING EQUITY & TRUSTS (4th Edition, 2013).
- CHRISTOPHER SHERRIN, RICHARD WALLINGTON, SUSANNAH MEADWAY, & MICHAEL WATERWORTH, WILLIAMS ON WILLS (9th Edition, 2012).
- PADRAIC COURTNEY, WILLS, PROBATE AND ESTATES (4th Edition 2014).
- NUALA CASEY, ANNE MCKENNA, ANNETTE O'CONNELL B.L, ANNE STEPHENSON, WILLS, PROBATE & ESTATES (4th Edition 2014).

- Robert Burgess, *A Fresh Look at Mutual Wills* 34, THE CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 230 (1970).
- William K.S. Wang & Adam J. Hirsch, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 INDIANA LAW JOURNAL 1 (1992).
http://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1778&context=faculty_scholarship
- C.E.F. Rickett, *A Rare Case of Mutual Wills and Its Implications*, 8(2) ADELAIDE LAW REVIEW 178 (1982).
<http://www3.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/1982/10.pdf>.
- Richard Craswell, *Against Fuller and Perdue*, 67 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 99 (2000).
http://www.jstor.org/stable/1600327?seq=1#fdtn-page_thumbnails_tab_contents.
- Matthew Russo, *Asset Protecting: An Analysis of Domestic and Offshore Trust Accounts*, 23(1) Michigan State International Law Review 265 (2014)
- Gerwyn LI. H. Griffiths, *At best inconvenient and at worst little short of disastrous? Recent considerations on mutual wills*, THE CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER, 511 (2011).
- Ratner, James R., *Community Property, Right of Survivorship, and Separate Property Contributions to Marital Assets: an Interplay*, 41 ARIZONA LAW REVIEW, 993 (1999).
- Contracts Not to Revoke Joint or Mutual Wills*, 15 WILLIAM & MARY LAW REVIEW, 144 (1973) (שם המחבר אינו ידוע)
<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol15/iss1/7>
- Croucher Rosalind, *Contract to Leave Property by Will and Family Provision after Barns v Barns [2003] HCA 9*, 27(2) SYDNEY LAW REVIEW, 263 (2005). http://sydney.edu.au/law/slr/docs_pdfs/editions/slr_v27_n2.pdf
- Mary M. Bartelme, *Department of Wills, Executors and Administrators*, 42(10) THE AMERICAN LAW REGISTER AND REVIEW, 721 (1894). http://www.jstor.org/stable/pdf/3305878.pdf?_open=1464970517288.
- Ralph C. Brashier, *Disinheritance and the Modern Family*, 45(1) CASE WESTERN RESERVE LAW REVIEW 83 (1994).
<http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2078&context=caselrev>
- Lee .T. Nutini, *Estate, Gift and Trust Law – Joint and Mutual Wills – Proper Jurisdictional Vehicles for Contract-Based Mutual Wills Claims*, 80(4) TENNESSEE LAW REVIEW, 883 (2013).
- Charles P. Sacher, *Estate Planning and Joint Tenancy with Right of Survivorship*, 50(4) NORTH DAM LAW REVIEW, 618 (1975).
- Jag C. Gandhi, *Estate Planning for Blended Families*, 32(3) Estates, TRUSTS, & PENSION JOURNAL 258 (2012-2013).
- Ying Khai Liew, *Explaining the Mutual Wills Doctrine*, in BIRKE HÄCKER AND CHARLES MITCHELL, CURRENT ISSUES IN SUCCESSION LAW, 99 (2016). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2642793
- Julie Cassidy, *Exploring the Benefits and Pitfalls of Using Mutual Wills*, 10(1) DEAKIN LAW REVIEW, 121 (2005)
<https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/271/275>
- C.E.F. Rickett, *Extending Equity's Reach through the Mutual Wills Doctrine*, 54(4) THE MODERN LAW REVIEW, 581 (1991).
- Uwadineke C. KALU, Ejike Francis Okaphor, Bryan Olekanma, *Floating Charge: A Child Of Equitable Circumstance And Its Hybrid Disposition*, NNAMDI AZIKIWE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND JURISPRUDENCE, 155 (Vol 3, 2012). <https://www.ajol.info/index.php/nauijlj/article/view/136359/125850>
- J. Davis, *Floating Right*, 61(2) CAMBRIDGE LAW JOURNAL 423 (2002).
- Hohfeld, Wesley N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26(8) THE YALE LAW JOURNAL (1917). http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5383&context=fss_papers

- Richard Craswell, *How We Got This Way: Further Thoughts on Fuller and Perdue* (Symposium on Fuller and Perdue), 1 ISSUES IN LEGAL SCHOLARSHIP, Article 2 (2001).
- Harold Austin Dall, *Joint and Mutual Wills*, 38 MARQUETTE LAW REVIEW, 238 (1955).
- Anne L. Spitzer, *Joint Tenancy with Right of Survivorship: A Legacy from Thirteenth Century England*, 16 TEXAS TECH LAW REVIEW, 629 (1985).
- Nicky Richardson, *Legislation for mutual wills in New Zealand*, 24(2) TRUST LAW INTERNATIONAL, 99 (2010).
- Julie Cassidy, *Life (or more so death) after Barns v Barns*, 25(1) UNIVERSITY OF TASMANIA LAW REVIEW, 61 (2006). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UTasLawRw/2006/3.html>
- Dennis M. Patrick, *Living Trusts: Snake Oil Or Better Than Sliced Bread?*, 27 William Mitchell Law Review 1083 (2000)
- Rosalind F. Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 29(2) Melbourne University Law Review 390 (2005). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2005/12.html>
- E. Bragiel, *Mutual Will: Where There's a Will There's a Way – Or is There?* 21 TRUST QUARTERLY REVIEW, ASSOCIATION OF CORPORATE TRUSTEES 3 (2002).
- Christine Davis, *Mutual wills; formalities; constructive trusts*, THE CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 238 (2003).
- Paul E. Trudelle, *Mutual Wills – A Review* (2007). <https://hullandhull.com/wp-content/uploads/2015/01/oct-2007-wills.pdf>
- Rosalind F. Croucher, *Mutual Wills – An Ancient Doctrine with Modern Teeth*, Speech in STEP Qld Annual Trusts and Estates Conference, (2 September 2016). <https://www.alrc.gov.au/news-media/speech/mutual-wills>
- A.H.R. Brierley, *Mutual Wills – Blackpool Illuminations*, 58(1) THE MODERN LAW REVIEW, 95 (1995).
- Keith B. Farquhar, *Mutual Wills – Some Questions Recently Answered*, 19 ESTATES, TRUSTS & PENSIONS JOURNAL, 327, (2000).
- Albert H. Oosterhoff, *Mutual Will*, 27 ESTATES, TRUSTS & PENSIONS JOURNAL, 135 (2007-2008).
- Ruth Hughes, *Mutual Wills*, PRIVATE CLIENT BUSINESS 131 (2011).
- Mary Alice Thompson, *Mutual Wills and Mirror Wills*, Frontenac Law Association, Kingston and the 1000 Islands Legal Conference, Gananoque, (September 2008).
- C.E.F. Rickett, *Mutual Wills and the Law of Restitutio* 105 LAW QUARTERLY REVIEW 534 (1989).
- Margo E. K., *Mutual wills enforceable upon repudiation during recalcitrant promisor's lifetime*, 20(2) SUFFOLK UNIVERSITY LAW REVIEW 326 (1986). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1495112
- Julie Cassidy, *Osborne v Estate of Osborne, An Equitable Agreement or a Contract in Law: Merely a Matter of Nomenclature?*, 27(1) MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW, 217 (2003). <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2003/9.html>
- Mark Pettit, *Private Advantage and Public Powers: Reexamining the Expectation and Reliance Interests in Contract Damages*, 38 HASTINGS LAW JOURNAL 417 (1986).
- Mark Pawlowski & James Brown, *Problems with mutual wills: a study of probate practice*, 76(6) THE CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER, 467 (2012).
- Patrick S. Atiyah, *Promises, Morals and Law Contracts, Promises, and the Law of Obligation*, ESSAYS ON CONTRACT (Oxford University Press, 1986).
- John J. Chung *Promissory Estoppel and the Protection of Interpersonal Trust*, 56 CLEVELAND STATE LAW REVIEW, 37 (2008). <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol56/iss1/4/>

- J.D.B. Mitchell, *Some Aspects of Mutual Wills*, 14 THE MODERN LAW 136 (1951).
<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1951.tb00195.x/pdf>
- Hudson Siôn & Sloan Brian, *Testamentary Freedom: Mutual Wills Might Let You Down*, 8 MODERN STUDIES IN PROPERTY LAW, 157 (2015). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2640951
- Ying Khai Liew, *The Ambit of the Mutual Wills Doctrine*, 132 LAW QUARTERLY REVIEW, 664 (2016).
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729756
- Dennis W. K. Khong, *The Economics of Mutual Wills*, Preliminary draft. <http://aslea.org/paper/khong2.pdf>
- L.A. Sheridan, *The Floating Trust: Mutual wills*, 15 ALBERTA LAW REVIEW 211 (1977).
- Richard Gould, *The Living Trust: Fact v. Fiction*, 15 The Quinnipiac Probate Law Journal 133 (2000)
- Timothy Youdan, *The Mutual Wills Doctrine*, 29 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 390 (1979).
- David W. Barnes, *The Net Expectation Interest in Contract Damages*, 48 EMORY LAW JOURNAL 1137 (1999)
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=899798
- Matthew F. Jones, *The Other Family Tree: Leaving Your Legacy in A Private Foundation*, 63 Albany Law Review 567 (1999)
- Daniel Friedmann, *The Performance Interest in Contract Damages*, 111 Law Quarterly Review 628 (1995).
- Michael B. Kelly, *The Phantom Reliance Interest in Contract Damages*, WISCONSIN LAW REVIEW 1755 (1992).
- Lon Luvois Fuller and William R Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46(1) THE YALE LAW JOURNAL, 52 (1936). http://www.jstor.org/stable/791632?seq=1#findtn-page_thumbnails_tab_contents
- Eric G. Andersen, *The Restoration Interest and Damages for Breach of Contract*, 53(1) MARYLAND LAW REVIEW, 1 (1994).
<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol53/iss1/4/>
- Maurizio Lupoi, *Trust and Confidence*, 125 LAW QUARTERLY REVIEW, 253 (2009).
https://www.academia.edu/10632744/Trust_and_Confidence
- Kevin M. O'Donnell, *Trusts and Estates Law: Contract to Make Joint or Mutual Wills*, 55(1) MARQUETTE LAW REVIEW, 103 (1972). <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2338&context=mulr>
- Stanton S. Kaplan, *Wills -- Revocability of Mutual Wills -- Jurisdiction of the Probate Court if Florida*, 16 UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW 331 (1961). <http://repository.law.miami.edu/u/mlr/vol16/iss2/10/>
- Daniel Friedmann, *Rights and Remedies*, in NILI COHEN AND EWAN MCKENDRICK (EDS), COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT, 3 (2005).
<http://danielfriedmann.com/wp-content/uploads/2011/09/2005-Rights-and-Remedies.pdf>
- Michael A. Kirtland, *Use and Misuse of Revocable Living Trusts in Alabama*, 62 The Alabama Lawyer 242
- Peter Luxton, *Walter v Olin: uncertainty of subject matter – an insoluble problem in mutual wills?*, 73 (6) THE CONVEYANCER AND PROPERTY LAWYER 498 (2009).
- Nicola Peart, *Where There is a Will There is a Way – A New Wills Act for New Zealand*, 15 WAIKATO LAW REVIEW, 26, 44 (2007). <http://www.nzlii.org/nz/journals/WkoLawRw/2007/4.html>
- Terry L. Turnipseed, *Why Shouldn't I Be Allowed to Leave My Property to Whomever I Choose at My Death? (or How I Learnt to Stop Worrying and Start Loving the French)*, COLLEGE OF LAW FACULTY SCHOLARSHIP 737 (2006).
<http://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=lawpub>