

## צוואות הודיות: דיני חוזים בלי ה"דין"

דור פסקא\*, רונן קריטנשטיין\*\*

מבוא; הדוקטרינה החוזית כמסגרת משפטית להסדר הצוואות ההודיות; ללכת עם, להרגיש (כמעט) בלי; המסקנה הנורמטיבית העולה מן המקובץ; סיכום.

### מבוא

באחרונה נשמעים קולות רבים הטוענים בעד החלת הדוקטרינה החוזית על הסדר הצוואות ההודיות. במאמר שפורסם לאחרונה מציגה עירית רייךזיו הצדקות שונות, ערכיות ועיוניות, למהלך זה.<sup>1</sup> מבחינה ערכית, לטענתה, יכולתה של הצוואה ההודית – כתוכנית הורשה משותפת – למנוע סכסוכים פנים-משפחתיים ולשמור על שלום בית תלויה בקיומם של ביטחון וודאות באשר לחובתו של כל מצווה לקיים את הוראות הצוואה ההודית גם לאחר פטירתו של האחר.<sup>2</sup> בעוד ערכים אלו מהווים חלק אינהרנטי מהמוסד החוזי, הם נסוגים מפני ערכים אחרים כאשר מדובר בצוואת יחיד. לכן נטען כי על מנת לממש את התכליות הייחודיות של הצוואה ההודית, שנועדה ליצור נדבך של ודאות ויציבות שאינו קיים בצוואת יחיד, ראוי מבחינה נורמטיבית ליתן משקל רב לעקרונות חוזיים אלו, גם על חשבון חופש הציווי.<sup>3</sup> מבחינה עיונית, רייךזיו סבורה כי סיווגה של הצוואה ההודית כמכשיר "מעין-חוזי" – להבדיל מצוואת היחיד – מתחייב בשל המאפיינים החוזיים הטבעיים בה.<sup>4</sup> זאת, משום שביסודה של הצוואה ההודית עומדים אינטרסים של פרטים נוספים מלבד אלה של המצווה; מצויים בה רכיבים חוזיים, כגון שיתוף פעולה, אומדן דעת וגמירות דעת משותפים; נמצא בה מקום לאינטרס ההסתמכות, לאינטרס הקיום וליסוד הכבילה, ואף לתחולתו של עקרון תום הלב.<sup>5</sup> לדידה, כל הרכיבים הללו הם "יסודות חוזיים מובהקים, המנוגדים לרעיונות העומדים בבסיסם של דיני הירושה".<sup>6</sup> במאמר אחר טענו כי מטעמים נורמטיביים אין להחיל את הדוקטרינה החוזית על הסדר הצוואות ההודיות, וזאת מחמת חוסר התאמה ערכי בין הדוקטרינה החוזית לבין מוסד הצוואות ההודיות. חוסר התאמה זה נעוץ באפיון המהותי של מוסד הצוואות ההודיות, המייצג מטען רגשי בין-אישי (אהבה, דאגה הודית, אינטימיות וכיוצא באלה) שמקורו במערכת יחסים מורכבת שמשתרעת על "מפגשים" איך-ספור במהלך חייהם המשותפים של המצווים, ואשר מהווה את המניע הראשוני לשימוש במנגנון

אזכור הרשימה: דור פסקא ורונן קריטנשטיין "צוואות הודיות: דיני חוזים בלי ה'דין'" אתר משפט ועסקים (12.10.2022) [www.idclawreview.org/2022/10/12/paska-kritenshtein](http://www.idclawreview.org/2022/10/12/paska-kritenshtein)

\* עורך דין, תלמיד לתואר שני במשפטים, אוניברסיטת קולומביה, ניו יורק.

\*\* פרופסור, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן.

אנחנו מודים לענבל אטיאס ולבועז ארבל על סיוע מצוין במחקר, וכן למערכת משפט ועסקים על ההערות הטובות שסייעו בחידוד הדברים.

1 עירית רייךזיו "משנים מפני השלום: חופש הציווי או חופש החוזים? חופש החוזים עדיף – היבטים עיוניים ומעשיים בהסדרתה של הצוואה ההודית" משפט ועסקים כד 401 (2021).

2 שם, בעמ' 420–422.

3 שם, בעמ' 421–422.

4 שם, בעמ' 409.

5 שם, בעמ' 423–426.

6 שם, בעמ' 426.

התכנון הרכושי. חוסר התאמה זה בין האפיון המהותי של הצוואה ההדדית לבין הערכים שבבסיס הדוקטרינה החוזית יכול לפורר את הערכים המצויים בליבו של מוסד זה. בנסיבות אלו עולה החשש ששכרו של המוסד יצא בהפסדו.<sup>7</sup>

ברשימה קצרה זו ברצוננו לטעון כי שיטות אשר מאמצות את הדוקטרינה החוזית כמסגרת למערכת היחסים שבין המורשים ההדדיים נתקלות בקשיים לא מבוטלים ביישום הדוקטרינה במסגרת צוואות הדדיות. ברצוננו להראות כי אימוץ דוקטרינה חוזית על ידי השיטה המשפטית חרף הקשיים הללו מביא (בחלק מהמקרים) לידי כך שהדוקטרינה ממילא אינה מקוימת כדבעי. לטעמנו, ההסבר נעוץ בכך שמדובר בניסיון לאחוז במקל משני קצותיו: השיטות המאמצות מבקשות – במודע או לא במודע – לשמר את הערכים שבבסיסו של מוסד הצוואות ההדדיות אולם בד בבד להחיל את הדוקטרינה החוזית על מכלול רכיביה, כפי שהם מוכרים לנו בין בדין הישראלי ובין בדינים אחרים, חרף אי-התאמתם של אלה לערכיו של מוסד הצוואות ההדדיות. אי לכך החלתה של הדוקטרינה החוזית יוצרת מבוכה מקום שהיא מתנגשת בערכים מסוימים המצויים בבסיסו של מוסד הצוואות ההדדיות. הפתרון שמצאו בתי המשפט למבוכה זו הוא הכרזה כי הדוקטרינה אכן חלה אך לא כהלכתה, בבחינת "ללכת עם ולהרגיש בלי", או במילים אחרות – דיני חוזים בלי ה"דין".

ככל שתאומץ העמדה הגורסת כי יש להחיל את הדוקטרינה החוזית על הסדר הצוואות ההדדיות גם בדין הישראלי, אין זה מן הנמנע שהמתרחש בשיטות משפט אחרות, כמתואר ברשימה זו, יתחולל גם בשיטתנו. כלומר, אף בלא קשר לעמדה הנורמטיבית השוללת את החלת הדוקטרינה החוזית על מוסד הצוואות ההדדיות בשל הפגיעה בערכים שבבסיס המוסד, ייתכן שבהחלה כשלעצמה יצא שכרנו בהפסדנו.

### הדוקטרינה החוזית כמסגרת משפטית להסדר הצוואות ההדדיות

בשיטה האנגלית ובשיטה האמריקנית הדוקטרינה החוזית הינה המסגרת המשפטית המוצהרת להסדר הצוואות ההדדיות.<sup>8</sup> ההסדר בא לעולם בפרשת *Dufour*, אשר התוותה את העקרונות הכלליים שילוו את מוסד הצוואות ההדדיות בהמשך. וכך כתב הלורד קמדן (Camden):

"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."<sup>9</sup>

אין ספק שהולדתו של מוסד זה על ברכי דיני היושר נבעה מכך שהדין של המשפט המקובל (common law) לא היה מסוגל לספק פתרון ראוי.<sup>10</sup> יצוין כי מוסד הצוואות ההדדיות, כפי שהוא מכונן כיום בדין האנגלי, עשה כברת דרך ארוכה למן

7 דור פסקא ורונון קריטנשטיין "ההצדקה הנורמטיבית לשלילת הדוקטרינה החוזית: התחייבות לתת מתנה כמשל" דין ודברים טז (צפוי להתפרסם ב-2022).

8 להרחבה על מוסד הצוואות ההדדיות ראו 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) (להלן: קריטנשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות").

9 ראו *Dufour v. Pereira (1769)* 21 Eng. Rep. 332, 333 (Eng.).

10 הלורד קמדן הודה כי מוקד העניין הוא בחדשנותה של הסוגיה: "[i]t struck me, at first, more from the novelty of the thing than its difficulty". "[t]he case must be decided by the laws of this country". שם, בעמ' 333. בהקשר זה ראו James J. Fishman, *Charitable Accountability and Reform in Nineteenth-Century England: The Case of the Charity Commission*, 80 CHI.-KENT L. REV. 723, 726 (2005): "The Chancery Court was supposed to correct the inflexibility of the common law courts

כינונו אי שם במאה השמונה עשרה.<sup>11</sup> הפסיקה האנגלית מלמדת כי הדוקטרינה החוזית שולטת על ההסדר מהכניסה ועד היציאה.

יוצא אפוא שיש צורך לזהות שיח חוזי כדי לטעון כי ההסדר מחייב, וכי ככלל אפשרות היציאה מוגבלת, בדומה לסיטואציות חוזיות אחרות.<sup>12</sup> הווי אומר, אם ההסדר אינו עולה כדי חוזה, אזי הוא אינו מחייב את שני המורשים, וממילא אם נכתבה צוואה על ידי מי מהם לאחר עריכתו, היא תהא תקפה. למעשה, הדרישה הבסיסית והמשותפת לכל הפוסקים בדין האנגלי היא קיומו של חוזה לכל דבר ועניין. חוזה זה ניתן להוכחה בדיעבד מהכתובים, בעדויות בעל פה ובכל ראייה אחרת.<sup>13</sup> הדברים הובנו באופן דומה גם בספרות: "...a contract is required for the doctrine of mutual wills to apply in its orthodox sense".<sup>14</sup>

בדומה לכך ניתן לראות כי גם הפסיקה האמריקנית אימצה את הדוקטרינה החוזית כמעטפת להסדר הצוואות ההדדיות. סקירת הפסיקה האמריקנית מלמדת כי הדין האמריקני (על גווניו וצבעיו השונים) בוחן ככלל את מוסד הצוואות ההדדיות באספקלריה החוזית, ובהתאם לכך קובע, ככלל, כי לצורך אכיפת ההתחייבויות ההדדיות יש להראות את דבר קיומו של חוזה בין הצדדים.<sup>15</sup> כך, למשל, נקבע בפסיקה לא אחת כי "to establish the existence of mutual wills, an agreement or contract

and to provide remedies where the common law did not apply. However, the 'equity' of the court had almost disappeared under a mass of cumbersome rules and practices"

11 אם כי כולם מזכירים מכובן, בדרך זו או אחרת, את עניין *Dufour*, לעיל ה"ש 9.

12 קיימות פסיקות אנגליות שבהן לא היו די הוכחות לכך שהצדדים אכן התכוונו כי הסכם ביניהם יהיה מחייב ובלתי הפיך. ראו, למשל, *Hadwen v. Myles* [1925] Ch 75 (Eng.) (להלן: עניין *Oldham*). באופן דומה ניתן לזהות פסיקות שבהן יושמה אותה אמת מידה אך לבסוף הוכח שהצדדים התכוונו כי ההסדר יהיה מחייב. ראו, למשל, *Lindner v. Green* [1951] Ch 148 (Eng.). ראו גם *Cleaver v. Insley* [1981] 1 WLR 939, 945 (Eng.) ("the mere simultaneity of the wills and the similarity of their terms are not enough taken by themselves to establish the necessary agreement") בפרשת *Osenton v. Osenton* [2004] EWHC (Ch) 1055 (Eng.) רחה בית המשפט את ההכרה בקיומה של צוואה הדדית מאחר שהמבקש לא הצליח להראות הסכמה מפורשת של המוריש: "The only evidence from his hand that might be thought to suggest that there was any agreement between George and Ivy consists of an article about mutual wills which he sent to Frederic in August 1996, under cover of a compliments slip which said simply: 'Thought this might be of interest to you.' That obviously falls far short of showing that there was any agreement between George and Ivy" *Jiggins v. Brisley* [2003] EWHC (Ch) 841 (Eng.). ראו גם *Birch v. Curtis* [2002] EWHC (Ch) 1158 (Eng.) שם נקבע כי הסכמה מפורשת נדרשת גם ביחס להיתרה של הצוואה בלתי ניתנת לשינוי בעתיד. באופן דומה ראו *Proctor v. Dale* [1994] Ch 31 at 48 (Eng.) ("It is clear from the decision of Lord Camden on the first question in *Dufour v. Pereira* that there must be a legally binding contract to make and not to revoke mutual wills and that the first testator has died having performed his part of the agreement")

13 ראו, למשל, *Birmingham v. Renfrew* (1937) 57 CLR 666 (Austl.) שם ערך בית המשפט בירור עובדתי לגבי שאלת קיומו של הסכם בין הצדדים לא לשנות את הצוואות. בית המשפט השתכנע בדבר קיומה של התחייבות בעל פה בין הצדדים לא לשנות את הצוואות במהלך חייהם של שני בני הזוג מבלי להודיע לאחר, ולא לשנות את הצוואה כלל לאחר מות אחד מבני הזוג. למקרה דומה, עדכני יותר, ראו *Fry v. Densham-Smith* [2010] EWCA Civ 1410 (Eng.).

14 Rosalind Croucher, *Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine*, 29 MELB. U. L. REV. 390, 408 (2005) אסמכתאות נוספות ראו גם ריינדיז, לעיל ה"ש 1, בעמ' 429, ה"ש 110.

15 הדבר עולה בעקבות מתוך עשרות רבות של פסקי דין שנסקרו. ראו, למשל, *Turner v. Theiss*, 309 S.E.2d 45 (W. Va. 1983); *Naranjo v. Armijo*, 130 N.M. 714 (N.M. 2001); *Lorette v. Gorodetsky*, 621 A.2d 186, 187 (R.I. 1993); *Williams v. Rhode Island Hosp. Trust Co.*, 88 R.I. 23 (R.I. 1958); *Crail v. Blakely*, 8 Cal.3d 744 (Cal. 1973); *Daniels v. Bridges*, 267 P.2d 343 (Cal. Ct. App. 1954); *Notten v. Mensing*, 45 P.2d 198 (Cal. 1935); *Lerner v. Ursillo*, 765 A.2d 1212 (R.I. 2001) פסקי דין רבים דורשים הוכחה לקיומו של הסכם לעניין הסדר הצוואות ההדדיות. כלומר, ההסדר עצמו, על מבנהו ומאפייניו, אינו מעלה ואינו מוריד, אלא נדרש להראות קיומו של חוזה מחייב. לדוגמה לגישה זו ראו *Father Flanagan's Boys' Home v. Turpin*, 106 N.W.2d 637, 640 (Iowa 1960) ("The term 'mutual' is properly applied to wills only when there is evidence sufficient to show a binding agreement as to disposal of the property of the makers in a certain way") *Duhme v. Duhme*, 260 N.W.2d 415, 419 (Iowa 1977); *In re Estate of Ramthun*, 89 N.W.2d 337 (Iowa 1958); *In re Estate of Vincioni*, 698 P.2d 446 (N.M. Ct. App. 1985) כן ראו *Foulds v. First Nat'l Bank*, 707 P.2d 1171 (N.M. 1985), שם נקבע כי הצוואות כשלעצמן אינן יכולות להוות ראייה לקיומו של חוזה. באופן דומה הובהר בעניין *Davis*, שם, וכן בעניין *Davis*, שם, וכן בעניין *Crail*, שם, בעמ' 747: "In the absence of such an agreement, mutual wills are revocable at the will of either testator in like manner as any other will... Accordingly, it has been held that 'The

"the contract must be definite, certain, and unequivocal as to parties, subject <sup>16</sup> וגם כי between the parties must be shown" matter, and consideration"<sup>17</sup>.

מעניין שבפסק הדין בעניין *In re Estate of Thompson*<sup>18</sup> קבע בית המשפט כי על מנת שהסדר צוואות הדדיות יהיה מחייב יש צורך בהוכחת קיומו של חוזה, בין היתר באמצעות הוכחת קיומה של שפה חוזית. כלומר, הסדר צוואות הדדיות – על אף היותו הסדר בעל אופי ירושתי – מפוקח דווקא על ידי דיני החוזים, ולכן צריך ששפת הצוואה ההדדית עצמה תהיה חוזית.<sup>19</sup> בהקשר זה "שפה חוזית" משמעה לשון של התחייבות ברורה בין שני הצדדים, בעלת אופי של יחסי "קח ותן" ותמורה הדדית. ברי כי בהסדר צוואות הדדיות, באופן טבעי, השפה חוזית-פורמלית פחות, ועל אף קיומן של "התחייבויות ראיי", הניסוח והלשון אינם בדרך של obligation או binding contract. דברים ברור דומה ניתן לזהות בעניין *Schloss v. Koslow*,<sup>20</sup> שבו קבע בית המשפט כי הסדר אשר חסר "contractual language" אינו יכול להיות בבחינת הסדר מחייב. בהסדר מחייב נדרש שתהא לפחות "some contractual language".<sup>21</sup>

ניתן אומנם לזהות הבדל בין הפסיקות השונות לעניין אופן הוכחתו של קיום היסוד החוזי, אבל עצם ההנחה שהמסגרת החוזית היא הקונסטרוקציה הבסיסית של מוסד הצוואות ההדדיות משותפת לכלל הפסיקות. המבנה החוזי קשיח ככלל הן לעניין הכניסה ב"שערי" המסגרת החוזית הן לעניין היציאה ממנה. כשם שבחווה "רגיל" אין אפשרות ליציאה (דהיינו, להפרת החוזה) – ובשגרה תופעל נגד ה"יוצא" מההסדר (קרי, מפר החוזה) סנקציה של אכיפה או פיצויי קיום – כך מצופה שיקרה גם בהסדר צוואות הדדיות, כאשר זה נשלט על ידי דוקטרינה חוזית. נמצא כי חלק ניכר מהפסיקה עוסק דווקא בחסם הכניסה,<sup>22</sup> דהיינו בשאלה אם הצדדים להסדר, המורשיים, אכן עמדו בהוכחת היסודות החוזיים. אם התשובה לשאלה זו חיובית, יש לקבוע כי מדובר בהסדר חוזי מחייב; לעומת זאת, אם התשובה שלילית – כלומר, אם ההסדר שהצדדים ערכו אינו עומד בתבחינים הדרושים לזיהוין של כוונה ומסגרת חוזיות – אין לקבוע כי מדובר בהסדר חוזי מחייב, וממילא אין לאכוף את הצוואות ההדדיות. הנפקות המשמעותית היא כמובן לעניין האפשרות לכתוב לאחר ההסדר צוואה חדשה אשר מאיינת או סותרת את הסדר הצוואות ההדדיות מתחילתו ובדיעבד.

mere fact that the wills are reciprocal or contain similar or identical provisions, or that they were executed at the same time and before the same witnesses, is not of itself sufficient evidence of the alleged oral agreement... However, if such agreement is proved by full, clear and convincing evidence, such agreement should be enforced according to its terms" בהקשר זה ראו גם עניין *Armijo*, שם, ועניין *Lerner*, שם.

16 עניין *Davis*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 48.

17 *Eggeson v. DeLuca*, 252 P.3d 128 (Kan. Ct. App. 2011).

18 *In re Estate of Thompson*, 309 A.D.2d 1013 (N.Y. App. Div. 2003).

19 בית המשפט הסתמך בגרדי הנמקתו על פסק הדין בעניין *Glass v. Battista*, 43 N.Y.2d 620 (N.Y. 1978). בעניין זה נקבע, בהעדר ניסוח חוזי כנדרש, כי הסדר הצוואות ההדדיות אינו מחייב מבחינה חוזית. ראו גם *In re Estate of Chayka*, 47 Wis. 2d 102 (Wis. 1970), שגם בו נקבע כי עצם השימוש בצוואות הדדיות אינו הוכחה לקיומו של הסדר חוזי מחייב. על כן, לצורך ההכרעה באותו עניין, פנה בית המשפט לניתוח עדויות, וזאת כדי לבחון אם אכן ניתן לזהות ביחס לצוואות ההדדיות שנערכו כוונה מספקת להופכן למחייבות מבחינה חוזית.

20 *Schloss v. Koslow*, 20 A.D.3d 162 (N.Y. App. Div. 2005).

21 שם, בעמ' 166.

22 שאלה לדין אחר היא מדוע זהו המצב בפועל. ייתכן שהסיבה נעוצה בקיומו של קושי להתיר "יציאה" מחוזה, עניין הכרוך בפסיקת סעדים, ובכך ש"קל" יותר לפסוק כי הצדדים מלכתחילה לא נכנסו לחוזה, וזאת בהתאם לניתוחנו להלן.

## ללכת עם, להרגיש (כמעט) בלי

בפסיקה האנגלית ובפסיקה האמריקנית קיימות כאמור אמירות קטגוריות ברורות הקובעות כי המסגרת המשפטית להסדר הצוואות ההדדיות הינה חוזית; כי התשובה לשאלה אם ההסדר מחייב או לא תיגזר ממבחניהם הידועים של דיני החוזים (גמירות דעת ומסוימות); וכי משנקבע כי בתרחיש מסוים התקיימו אותם מבחנים, יחייב הסדר פלוני כ"חווה", וצוואה נוגדת לא תתפוס. עם זאת, בבחינה קפדנית ניתן לזהות ניואנסים וריכוכים של הדוקטרינה החוזית ב"עולם" הצוואות ההדדיות, הגוררים תוצאות שאינן עולות בקנה אחד עם הדוקטרינה החוזית. הדבר נעשה באופנים שונים, אך כאשר הוא נעשה, התוצאה היא שאין משמעות לאימוץ הדוקטרינה החוזית – בוודאי לא בכל כליה – הן בהתייחס ל"כניסה" אל ההסדר החוזי והן בהתייחס ל"יציאה" ממנו. ניתן להבחין כי אחת משתי תוצאות אפשריות נוטה להתממש: האחת היא שבית המשפט מבין כי אימוץ הדוקטרינה החוזית יוצר עוול, ונותן פתרון "מקומי" (שממנו נגזרת להבא אמירה עקרונית); והאחרת היא מתן קביעה עקרונית ברורה מלכתחילה.

באופן מפורט יותר אפשר לומר כי חסם הכניסה הקשיח מעמיד במבוכה את הפוסקים בשיטות משפט אלו, באשר הסדרי צוואות הדדיות רבים אינם צולחים את משוכת הכניסה, ואינם כובלים את הנותר בחיים, על אף קיומו של הסדר כתוב אשר נערך בין שני מורישים. הדבר מותיר את ההסדר (ואת היורש הסופי המיועד על פיו) חשוף לפגיעה על ידי צוואה נוגדת מאוחרת. כתוצאה מכך, אפילו האוחזים בדוקטרינה החוזית כמסגרת המתאימה להסדר הצוואות ההדדיות סבורים כי לעיתים חסם הכניסה קשיח מדי. לכן חלק מאותם פוסקים החשים בכך מנסים בצורות שונות – בדרך כלל באמצעות פרשנות מרחיבה – להראות כי בנסיבות המקרה היסודות החוזיים הנדרשים קיימים, וזאת מבלי ליצור הבחנה בין החווה הנדרש בהסדר הצוואות ההדדיות לבין עולם החוזים בכללותו.<sup>23</sup> כך, למשל, לעיתים, כאשר הפסיקה האנגלית דורשת קיומם של "יסודות חוזיים", כל שהיא מבקשת למעשה הוא קיומה של התחייבות "משפטית",<sup>24</sup> וזאת להבדיל מהתחייבות ג'נטלמנית. לנוכח זאת אפשר לתת פרשנות "רכה" ולומר כי הדין האנגלי דורש קיומה של התחייבות "משפטית" (להבדיל מהתחייבות ג'נטלמנית), ולא דווקא התחייבות חוזית.

גם מי שאינו מסכים לניתוח זה יודה כי עצם העיסוק בסוגיה ובהבחנות אלו – גם על ידי כותבים הסבורים כי יסוד חוזי ממשי הוא הנדרש, ולא רק התחייבות "משפטית" – מלמד כי יש ייחודיות בסוגיה של החלת הדוקטרינה החוזית על הסדר הצוואות ההדדיות, ולו מהטעם שהשאלה אם נדרש להוכיח יסוד חוזי (או כוונה חוזית) אינה עולה בשגרה במוסד שאין חולק כי ראוי שיישלט על ידי הדוקטרינה החוזית.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> דוגמה לכך ניתן לראות בפסק הדין האוסטרלי בעניין *Albrow v Cunningham* [2000] NSWSC 103 (Austl.), שבו קבע בית המשפט כי העובדה שהצוואות נכתבו באותו זמן ובנסיבות דומות היא רלוונטית אך אינה מספיקה, ויש צורך בהסכמה מפורשת לכך שהצוואות מחייבות, קרי, דרושה הוכחה ברורה לקיומם של יסודות חוזיים. מכיוון שלא היה ניתן להוכיחם, אי-אפשר להוכיח כי ההתחייבויות אכן נועדו להיות מחייבות מבחינה חוזית. בכך נדמה שנסתם הגולל, בהעדר אמירה מפורשת כאמור, ובהניתן שהנסיבות, לשיטת בית המשפט, לא הספיקו מבחינה ראייתית לקביעה כי ההתחייבות קיימת. אולם בסופו של דבר קבע בית המשפט כי ההתחייבויות מחייבות, וזאת על סמך מסקנה עובדתית שהצוואות כללו "התחייבות מרומזת" לא לשנות את הצוואה.

<sup>24</sup> ראו *Geoffrey Samuel, Law of Obligations and Legal Remedies* 316 (2d ed. 2001); *Joseph Chitty, Chitty on Contracts* 152 (28th ed. 1999); *Ralph Sutton, Sutton and Shannon on Contracts* 59 (7th ed. 1970); *Stephan A. Smith, Atiyah's Introduction to the Law of Contract* 24 (6th ed. 2005).

<sup>25</sup> ראו, למשל, *Malcolm Cope, Constructive Trusts* 531 (1992), המדגיש עד מאוד את "משפטיותה" של ההתחייבות אך מתעכב גם הוא על עצם קיומו של חווה בין הצדדים בדבר אישינוי הצוואות. השוו לסקירה המובאת ב"American Jurisprudence" (99 Am. Jur. 2d Wills § 645), שם מצוין, מחד גיסא, כי "an agreement or contract between the parties must be shown", ומאידך גיסא, כי "[h]owever, it has also been held that wills are 'mutual' if they are executed with a common intention on the part of the testators irrespective of whether there is a contract between them". לפסיקות לכאן ולכאן ראו את ההפניות שם. ראו גם *Julie Cassidy, Mutual Wills* 11.

באופן דומה, ניתן למצוא פסיקות שבהן בתי המשפט אינם מוצאים עדות מפורשת להסכמה או "חווה" בין הצדדים ביחס לאישינוי הצוואות, ולכן קובעים כי הנותר בחיים אינו כבול למסגרת הקיימת של הסדר צוואות הדידות, ואף על פי כן מבקשים בדרך זו או אחרת לכבול את הנותר בחיים במידה מסוימת או לפחות ליתן סעד כספי ליורש המוסכם (הסופי) על פי הסדר הצוואות ההדדיות. כל זאת מבלי לפסול את הצוואה המאוחרת שנכתבה על ידי הנותר בחיים, שהרי למעשה נקבע כי אין בכתיבתה משום הפרה של חווה או הסכם לאישינויה של הצוואה ההדדית, באשר לא הוכח קיומו של חווה כאמור בעת עריכת ההסדר.<sup>26</sup>

אולי הדוגמה הידועה ביותר מצויה בעניין *Goodchild*,<sup>27</sup> שם קבע בית המשפט כי לא נכרת חווה בין המורשים, וכי ציפיהם של המורשים כי בנם יירש בסופו של יום אינה יכולה, לבדה, ליצור נאמנות קונסטרוקטיבית צפה<sup>28</sup> (אשר מתגבשת ומגבה מבחינה משפטית את מחויבותם של הצדדים לאחר מותו של המוריש הראשון), ולכן השורד יכול לשנות את צוואתו. כלומר, ברמה הראייתית קבע בית המשפט כי אין הוכחה ליסודות החוזיים, ובכך, לגישת הדין האנגלי, אמור להיטמם הגולל. אף על פי כן, בבחינת "יש מאין", קבע בית המשפט כי מכוח חובה מוסרית (moral obligation) יש להקצות סכום מסוים לבן המשותף, על מנת לדאוג לצרכיו הכלכליים, וזאת לנוכח השילוב של מצבו הקשה של הבן והעובדה שהאם הלכה לעולמה בהאמינה כי הצוואות ההדדיות תקפות ומחייבות. פתרון ביניים זה אינו בנוי על שום קונסטרוקציה משפטית, והוא במהותו ניסיון להתגבר על התחושה הקשה הנובעת מהתוצאה ה"בינרית" הנגזרת מהיעדרותם של היסודות החוזיים.<sup>29</sup>

בהקשר זה יש לציין כי חוק הירושה הבריטי, שעניינו דאגה למשפחתו ולתלוייו של אדם שנפטר,<sup>30</sup> מאפשר לבית המשפט להורות על חלוקת חלק מהירושה באופן שיראה לנכון, כאשר הסדר ההורשה שנעשה (בין לפי צוואה ובין לפי דין) אינו דואג באופן סביר למבקש.<sup>31</sup> כך, למשל, בערעור *Goodchild* כתב הלורד לגט (Leggat) כי "the Court must ensure that adequate provision is made for the child out of the estate, having regard to his need for maintenance and support"<sup>32</sup> לכן, גם בהעדר חובה משפטית – משום שלא הוכח קיומו של חווה – אותה חובה מוסרית מחייבת את האב, שנותר בחיים, להקדיש לבן

"It appears that many practitioners believe that the testator's intention to create a mutual will is erroneous. It is argued that this view is erroneous." *Julie Cassidy, Osborne v Estate of Osborne: An Equitable Agreement or a Contract in Law: Merely a Matter of Nomenclature?*, 27 MELB. U. L. REV. 217, 219, 223–224, 230 (2003). כן ראו Croucher, לעיל ה"ש 14, בעמ' 407–408, אשר בהתייחסה לסוגיה מציינת, בין היתר, כי דוקטרינת הצוואות ההדדיות במובן המסורתי עונגה דורשת קיומו של חווה. אולם הפסיקה האנגלית אינה משתמשת דווקא במונחים חוזיים לציון ההתקשרות בין המורשים, אלא מתייחסת ל-"legally binding obligation". עוד יש לציין כי בנתוני פרשת *Dufour*, לעיל ה"ש 9 – שהיא כאמור המקור לדוקטרינת הצוואות ההדדיות – לא היה אפשר לטעון כי מדובר בחווה, מכיוון שבאותה תקופה לא הייתה לאישה נשואה היכולת להתקשר בחוזה. רמז לדרישת "משפטיות", ולא דווקא יסוד חוזי, ניתן למצוא בספרות. ראו, למשל, J.G. RIDDALL, THE LAW OF TRUSTS 250 (6th ed. 2002), שם הניסוח הוא שצריכה להיות ראייה להוכחת "an intention by the parties that the survivor should be bound". יש לציין כי כותבים אחרים, לרבות כותבים מתחום דיני הנאמנויות, דורשים יסוד חוזי ממש.

26 ניתן לראות זאת בכמה פסיקות מכוננות בדין האנגלי, כגון בעניין *Cleaver*, לעיל ה"ש 12, ובעניין *Dale*, לעיל ה"ש 12.

27 *Goodchild v. Goodchild* [1996] 1 WLR 694 (Eng.) (להלן: עניין *Goodchild*).

28 להרחבה על מוסד משפטי זה ראו קריטשטיין "מוסד הצוואות ההדדיות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 341–343.

29 בסופו של דבר נפסק לטובת בנם של המורשים, מכוח אותה "חובה מוסרית", סכום של 185,000 פאונד מתוך רכוש בסך 450,000 פאונד, דהיינו, כ-41% מהעירבון. פסק הדין אושר בערכאת הערעור, אשר לא רק אימצה את ההכרעה האופרטיבית של הערכאה הדינית, על כלל נימוקה, אלא אף קבעה כי "it is a conclusion at which any right-minded person, taking stock of all the circumstances, would have been likely to arrive". ראו *Goodchild v. Goodchild* [1997] 1 WLR 1216, 1228 (Eng.) (להלן: ערעור *Goodchild*).

30 *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, c. 63 (UK).

31 כלומר, כאשר התוצאה הצפויה של הצוואה, של דיני הירושה או של שילובם "is not such as to make reasonable financial provision for the applicant", שם, בס' 1(1).

32 ערעור *Goodchild*, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1227.

המשותף סכום מתוך העיזבון "as would have come to him if there had been mutual wills"<sup>33</sup>. ההסדר החוקי האמור שימש בסיס לפסיקה בעניין זה, אולם איאפשר להתעלם מכך שהסכום שנפסק וגם הרטוריקה הנלווית לפסק הדין אינם תואמים בהכרח את תכלית החוק, שעניינה דאגה כלכלית לתלויים לשם קיומם, אלא יותר את אמונתה של האם – בזמן שהלכה לעולמה – שהצוואות ההדדיות מחייבות, ואת החלוקה שנקבעה בהן.

חשוב להדגיש כי איננו סבורים שההסדר האמור בדין האנגלי יכול להיות משקל נגד מספק לכבילה החוזית, ולרסן או לרכך את הקושי שבתוצאות החלטה על צוואות הדדיות, וזאת משלל סיבות. ראשית, ברמה החקיקתית ובבחינה תכליתית של ההסדר עצמו, מדובר ביכולת התערבות מסוימת מאוד לצורך מוגבל ותָחום. שנית, עיסוקו של ההסדר אינו ממין העניין של הדוקטרינה החוזית כשלעצמה, אלא דומה שהוא מהווה קונקרטיזציה של תחום פרטני של דיני היושר (equity). שלישית, וזה העיקר – התוצאה הנגררת מהשימוש באותו סעיף של חוק הירושה, בניסיון לרכך את קשיחותה של הכבילה החוזית, היא הפיכת ההסדר החוזי מכלל לסטנדרט. רק התייחסות כזו להסדר גוררת את הסכום שנפסק, ובפרט את הזהות בין הסכום שהמוריש הראשון ציפה שיינתן לבין הסכום שניתן בפועל באצטלה של צורכי קיום. אכן, **אנו סבורים כי כבילה חוזית תוביל לבסוף – בין אם יתקיים "הסדר ישר" פרטני דוגמת זה שבדין האנגלי ובין אם לאו – לשימוש בנורמה מופשטת כזו אחרת (כגון תום לב, פרשנות מרחיבה וכדומה) במטרה להגיע לתוצאה שתאיין את קשיחותה של הכבילה החוזית.**

הילוך דומה (אך לא זהה) ניתן לראות בפסיקה האמריקנית, אשר מעצבת דרך שנדמית כאמירה עקרונית, ולא דרך של פתרון מצוקות מקומיות בלבד. לפי הפסיקה האמריקנית, קיומה של צוואה משותפת והדדית, קיומן של תניות זהות הנעשות באופן סימולטני,<sup>34</sup> הלשון, הנסיבות, ועוד יותר מכך תכליתו של ההסדר שנערך (בנסיבות המתאימות) – כל אלה עשויים ללמד על כוונה מספקת ליצירת מסגרת חוזית. כלומר, לכאורה ייתכן שלא תתקיים בפועל הוכחה חיצונית לקיומו של חוזה, כנדרש במסגרת החוזית הרגילה, אולם כל התבחינים האמורים ישמשו אינדיקטורים להוכחת קיומה של מסגרת חוזית מספקת במקרה הספציפי, במונחים של כריתת חוזה, ולכך שההתחייבויות שניטלו במסגרת הצוואות ההדדיות נועדו להיות מחייבות גם מבחינה חוזית (ועל כן אין לדרוש, ברמה הראייתית, יסודות נוספים לשם בחינת קיומו של חוזה).<sup>35</sup> דהיינו, יש מקום לטענה כי אי הוכחתו של יסוד חוזי כזה או אחר אינה יכולה להיות מכשול לכינונה המשפטי של מסגרת הצוואות ההדדיות, ובפרט להיותה מחייבת. יוצא אפוא שלעיתים העדרם של מלוא היסודות החוזיים הדרושים באופן מסורתי אינו מהווה מכשול בפני הכרה בתוקפה המחייב של הצוואה, וזאת כאשר קיימים מרכיבים נוספים (לשון, נסיבות, תכלית) המלמדים על כוונה ליצור צוואה הדדית מחייבת. כך, למשל, בעניין *Maurer*<sup>36</sup> נקט בית המשפט גישה המבליטה במיוחד את משמעותו של הסדר הצוואות ההדדיות, מבנהו ומאפייניו, והסתפק במאפיינים של הסדר הצוואות ההדדיות כדי להכריע כי מדובר בהסכם שנועד להיות חוזה מחייב (ובהתאם, כי הנותר בחיים אינו יכול להתנער מהתחייבותו). כך קבע השופט סטיגר (Stiger):

"It is unnecessary... that the wills contain a memorandum of an agreement for mutual wills... If, as in this

33 שם (ההדגשה הוספה).

34 אף המתנגדים לדברים אלו מסכימים כי זהות בניסוחן של צוואות שנוצרו באופן סימולטני אינה נסיבה בטלה, ויש לה נפקות להוכחת הכוונה ליצור התחייבויות מחייבות באופן הדדי.

35 באופן דומה, מעניין שבפסק הדין בעניין *Dufour*, לעיל ה"ש 9, קבע הלורד קמרון כי מדובר בהתחייבויות מחייבות רק על סמך הצוואה המשותפת. בדין האנגלי קיימות אמירות המתייחסות לאותה קביעה של הלורד קמרון שבהן נטען כי העובדות האמורות באותו עניין – למשל, קיומן של צוואות משותפות והדדיות – הן נסיבות רלוונטיות אך לא מכריעות. ראו, למשל, עניין *Oldham*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 87, שם מצוין כי אין ללמוד מן הזהות בתניות ובמונחים על קיומו של חוזה, וכי זהות זו היא ראייה מסוימת בלבד – ולא בלעדית (או מכרעת) – לקיומו של חוזה.

36 *Maurer v. Johansson*, 223 Iowa 1102 (Iowa 1937).

case, the wills of the husband and wife, each acting with the knowledge of the other, are drawn at substantially the same time, at their joint request, and contain reciprocal provisions, *such wills and circumstances are sufficient to establish the prior contract to make mutual wills.*<sup>37</sup>

ניתן לשער כי הדרישות מהסדר הצוואות ההדדיות, כפי שנוסחו על ידי בית המשפט, הינן רבות למדי, וכי ניתן להסתפק אף בפחות,<sup>38</sup> אולם הכיוון שבית המשפט צועד בו הוא ברור – אל עבר מאפיינים "ירושתיים", ולא "חוזיים".<sup>39</sup> חשוב לציין כי נראה שבית המשפט לא סבר שיש צורך בהסכם; נהפוך הוא, נראה שלגישתו הסדר הצוואות ההדדיות טומן בחובו, מתוך עצמו, גם הסכם – חוזה – והוא אשר מונע את הנותר בחיים מלעשות כרצונו, ובלבד שדבר ההסכם ניתן לגילוי בצורה שתוארה לעיל, קרי על ידי סממנים חיצוניים, ואפילו מבלי שיתקיימו הדרישות שהדין האמריקני דורש באופן מסורתי לשם הכרה בקיומו של חוזה "רגיל".

מסקנה זו של בית המשפט שונה מפסיקות קודמות במדינת איווה, כפי שבית המשפט עצמו מציין. פסיקות רבות שהוצגו באותו עניין על ידי המערערים מלמדות דווקא כי אין זה מספיק שצוואות נערכו באותו זמן, שהן מכילות תניות דומות ושכל אחד מהצדדים יודע על צוואת האחר, כדי לקבוע כי קיים הסכם מחייב. דהיינו, ההיסטוריה הפסיקתית במדינת איווה מלמדת על תפיסה שלפיה מאפייניו הטבעיים של הסדר הצוואות ההדדיות כשלעצמו אינם מספיקים כדי לקבוע כי קיים הסכם הכובל את הנותר בחיים. אולם כנגד פסיקות אלה קיים גוף של פסיקה – אף אם בהיקף קטן יותר – שלפיו ייתכן שהמאפיינים ה"ירושתיים" של ההסדר עצמו, קרי מאפייניו של הסדר הצוואות ההדדיות, מספיקים על מנת לקבוע כי מתקיים הסכם הכובל את הנותר בחיים.<sup>40</sup> בית המשפט מעמיד את המחלוקת האמורה על הפן הראיתי בלבד, בסכמו כי הסתירה שבין החלטות השונות נבעה מכמות הראיות שנדרשה על ידי בתי המשפט כדי להוכיח את יסוד ההסכמה: "...the different results reached... [are] due to the wide variance in the quantum of evidence held necessary to establish the prior compact for mutual wills"<sup>41</sup>.

אולם כאשר בית המשפט מגבש בפועל את החלטתו, שעיקרה במובאה המצוטטת לעיל, אנו נוכחים כי לא בראיות עסקינות, כי אם בירושה ובמאפייניה. התבחינים שבית המשפט עומד על קיומם הם למעשה מאפיינים מגדירים של הסדר הצוואות ההדדיות, שבלעדיהם אין קיום ומשמעות להסדר. לעיתים מדובר במאפיין שנדרש מעצם הגדרתו של ההסדר, כגון קיומן של תניות זהות, או נכון יותר – תניות המהוות תמונת ראי זו של זו; ולעיתים מדובר במאפיין שמתקיים כי כן, מבחינה מעשית, כותבים צוואות הדדיות – למשל, הצורך בקיומם של עדים, ואם הצוואות נעשות יחדיו, כפי שקורה כאשר עושים צוואות הדדיות (שהן כזכור גם צוואות משותפות), מובן שידובר באותם עדים.<sup>42</sup>

באופן בולט ניתן לראות זאת בדין החל במדינת קנזס, שם נקבע בפסיקות שונות כי הסדר הצוואות ההדדיות יהיה מחייב ויכובל את המורישים מלעשות צוואה חדשה אם יוכחו פרמטרים מסוימים (שאינם מצטברים). עיון בפרמטרים שהפסיקה מונה מלמד כי הם מייצגים באופן מובהק את אפיוניו ומהותו של הסדר הצוואות ההדדיות, שהם מאפיינים "ירושתיים", ופחות

37 שם, בעמ' 1107 (ההדגשה הוספה).

38 כך, למשל, חלק מהנסיבות שצוינו באותו עניין התייחסו לכך שהעדים לכתובת שתי הצוואות היו אותם עדים, אך דומה כי עניין זה אינו מעלה או מוריד לעניין הכוונה הנשקפת מההתחייבות ומהמעמד.

39 הילוך דומה – גם אם לא זהה – ניתן לראות בעניין (Tenn. 1972) *In re Estate of Bright*, 482 S.W.2d 555.

40 לאזכורי הפסיקה משני ה"מחנות" ראו עניין *Maurer*, לעיל ה"ש 36, בפס' 3.

41 שם, בעמ' 1107.

42 שם.



חוזיים, כגון "the use of plural pronouns"; "joinder and consent language"; "the identical distribution of property upon the death of the survivor"; ואולי החשוב והמלמד יותר מכל על הדין בקנוס: "consideration, such as mutual promises".<sup>43</sup> הווי אומר, הדין בקנוס רואה בעצם קיומה של הצוואה ההדדית תמורה מספקת לשם גיבושו של חוזה, והרי מובן שמדובר למעשה במאפיין הבסיסי ביותר שממילא קיים במוסד זה. יש להבהיר כי אף שהגישה בקנוס אכן מרככת את הדרישה החוזית בצוואות הדדיות בדין האמריקני, אין היא פורצת אותה לגמרי בקביעה כי אין צורך בהוכחת היסוד החוזי, ולמעשה בכל מקרה הדרישה (ולו הפורמלית) להוכחת יסודות חוזיים שרירה וקיימת.<sup>44</sup>

### המסקנה הנורמטיבית העולה מן המקובץ

ברמה הפורמלית וההצהרתית, הדוקטרינה החוזית היא המעטפת המשפטית להסדר הצוואות ההדדיות בדין האנגלי ובדין האמריקני, וניתן לראות זאת בדברי חקיקה ובפסיקה. אולם עיון מדוקדק וניתוח דסקריפטיבי נכון מלמדים כי החלת הדוקטרינה החוזית נעשית באופן שאינו תואם את החלטה בסיטואציות החוזיות הרגילות, אלא באופן "מרוכך" ומותאם אשר מעקר, מבחינה רעיונית, את משמעות החלטה.

החלת הדוקטרינה החוזית על מוסד הצוואות ההדדיות נתקלת בקשיים ובכשלים, המובילים לנסיגות לריכוך המסגרת החוזית על מנת שזו תתאים לכורח המציאות ולאופיו של המוסד האמור. עם זאת, בפועל הדבר נעשה באופן שאינו קוהרנטי. ודוק: אין מדובר במהלך שיטתי, קוהרנטי או הרמוני, אלא במהלך קזואיסטי מתגלגל, המבקש לפתור מצוקות מקומיות (אף אם לעיתים הוא מפיק גם אמירה עקרונית). בדין האמריקני ובדין האנגלי, אשר נוקטים מהלך זה, אין הודאה מפורשת בכך, אולם התוצאות באותן שיטות שמאמצות את הדוקטרינה החוזית, ואשר נתקלות בקשיים כפועל יוצא מכך, מלמדות יותר מכל על בעיה משותפת שמקורה בקשיים שבהחלת הדוקטרינה החוזית.

חשוב להדגיש כי ריכוך חסם הכניסה, כפי שנעשה בשיטות המשפט שנסקרו, הוא פעולה שאינה פנימית לדוקטרינה החוזית ואינה טבעית לה ככלל. ריכוך זה אינו בא אלא לשרת את מטרתו של בית הדין הנוכחי של הדוקטרינה החוזית – דין הצוואות ההדדיות. החלת הדוקטרינה החוזית כרוכה כאמור בקשיים: מחד גיסא, יש משהו מושך בדוקטרינה החוזית, בהיותה מסגרת משפטית אשר מבטאת ומקנה יציבות וודאות; אך מאידך גיסא, המסגרת החוזית יוצרת "מסנן" שנועד למנוע סיטואציות מסוימות מלצלוח את מבחני הכניסה, שהוא מאפיין מכוון אשר טבוע בה ונובע מתכליתה, אך זאת לעיתים תוך ייבוא של חסמי כניסה שאינם מתאימים לסיטואציה המוסדרת בגדרי המוסד המקבל את הדוקטרינה – מוסד הצוואות ההדדיות.

43 *In re Estate of Zahradnik*, 626 P.2d 1211, 1218 (Kan. Ct. App. 1981) (ההדגשה הוספה). הפרמטרים שנקבעו בפסק הדין נקלטו במשפטה של מדינת קנוס בשלל פסקי דין. ראו, למשל, *Mangels v. Cornell*, 189 P.3d 573 (Kan. Ct. App. 2017); *Kane v. Locklin*, 404 P.3d 371 (Kan. Ct. App. 2008); *Bell v. Brittain*, 880 P.2d 289 (Kan. Ct. App. 1994); *Long v. Buehler*, 648 P.2d 270 (Kan. Ct. App. 1982); *Boucek v. Boucek*, 305 P.3d 597 (Kan. 2013); *In re Estate of McCloskey*, No. 16-20079, 1987 Kan. App. LEXIS 994 (Kan. 1991); *In re Estate of Stratmann*, 806 P.2d 459 (Kan. Ct. App. Apr. 30, 1987); (להלן: עניין *Stratmann*); *Vandever v. Eggeson*, 81 P.3d 1112 (Colo. App. 2003) (שניתן בקולורדו אך עסק בצוואה שנערכה בקנוס) (להלן: עניין *Loflin*); עניין *Eggeson*, לעיל ה"ש 17. ראו גם, Kevin J. Arnel & Steven J. Wood, *Contracts to Will: An Estate Planning Alternative for the Kansas Practitioner*, 26 WASHBURN L.J. 444, 451-452 (1987).

44 ראו, לדוגמה, *In re Estate of Tompkins*, 407 P.2d 545 (Kan. 1965); *In re Estate of Chronister*, 455 P.2d 438 (Kan. 1969); *Reznik v. McKee*, 534 P.2d 243 (Kan. 1975); עניין *Stratmann*, לעיל ה"ש 43; עניין *Loflin*, לעיל ה"ש 43.

קושי זה, שאינו קיים בשגרה בסיטואציות חוזיות רגילות, הוא אשר מביא לידי כך שלעיתים הסיטואציה הירושית לא תצלה את חסמי הכניסה בנסיבות שבהן היה ראוי שההסדר בין המורשים יוכרז בדיעבד, והוא שמניע את הפוסקים לעוות ולרכך את מבחני הכניסה, לעיתים עד כדי הפיכתם לזהים למאפיינים שממילא מתקיימים בצוואות הודיות, מתוך ניסיון לשפר את השתלת הדוקטרינה החוזית בעולם הירושה – ללכת עם ולהרגיש בלי.<sup>45</sup>

מכשלה זו אינה מבטלת בהכרח את רציונה של הדוקטרינה החוזית. אולם ניתוח דסקריפטיבי נכון יגלה כאמור את מבוכתם של בתי המשפט בכואם להתמודד עם תוצאות אימוצה של הדוקטרינה – שעיקרן חוסר העקיבות שנוצר בפסיקה כתולדה של מכשלה זו – ואת הניסיונות המודעים והיצירתיים של בתי המשפט להתמודד עם אותה מבוכה ועם חוסר העקיבות הנובע ממנה. לטעמנו, הדבר קשור לאי־ההתאמה הערכית שבין הדוקטרינה החוזית לבין הסדר הצוואות ההודיות, אשר דינה להוביל תמיד, במוקדם או במאוחר, לאחד משניים: מעבר מזה, לנסיבות לשנות את הדוקטרינה החוזית ואת אופן החלתה מבלי לקרוא לילד בשמו; ומעבר מזה, לשינוי אפיוני המוסד שהדוקטרינה מוחלת עליו כך שיתאים לקשיחות החוזית ה"רגילה". הראשון ייצור חרכים בוודאות וביציבות, שהן למעשה תכליתה הראשונית של הדוקטרינה החוזית והמטרה שלשמה היא יובאה לפניה זו של עולם הירושה; והשני יגרור את שינוי אפיוני של מוסד הצוואות ההודיות – למשל, על ידי דחיקתם החוצה (crowding out) של הערכים והרגשות שהניעו מלכתחילה לבחור בו – באופן שעלול בתורו להרתיע פרטים מראש מלבחור במוסד זה.<sup>46</sup>

לפיכך, לנוכח הקשיים שתיארנו לעיל בהחלתה של הדוקטרינה החוזית (וזאת מלבד הטעמים הנורמטיביים הנוגדים, אשר לא תיארונו ברשימה זו), החלה כאמור עלולה להוליד תוצאה פרדוקסלית. פרטים בוחרים בהסדר הצוואות ההודיות לשם ודאות בתכנון הרכושי, אולם לנוכח הקשיים המתוארים התוצאה הסבירה היא שהם יימנעו מעשיית צוואה הודית בשל חשש מקשיחותה החוזית ה"עסקית" של הכניסה להסדר.<sup>47</sup> קשיחות זו עלולה להוביל למצב שבו רק בדיעבד יתברר כי ההסדר לא ייאכף ולא יהא מחייב, כלומר, הוודאות שחיפשו הצדדים בכניסה להסדר לא תמומש בדיעבד.<sup>48</sup> כך, משתיפגע היכולת להסתמך על כך שההסדר שאליו נכנסו הפרטים אכן יחייב אותם בדיעבד – וזו למעשה תכלית כל קיומו – אותם פרטים המחפשים ודאות (שכן הם אינם יודעים מי מהם ימות ראשון) לא ימצאו פתרון מספק בצוואות הודיות. לכן, כדי להתמודד עם חשש זה ולמתנו, חלק מן הפוסקים מנסים לרכך את חסם הכניסה החוזי. חסם הכניסה מהווה מכשלה רצינית אף בעיני תומכי הדוקטרינה החוזית, מכיוון שקשיחותו מובילה לכך שפרטים רבים יעלו חרס בידם על אף כוונתם המקורית ליצור הסדר משפטי מחייב. האמור מתעצם שבעתיים לנוכח העובדה שה"גילוי" מתרחש ברגיל רק לאחר שאחד הצדדים כבר אינו בנמצא.

45 ראו רונן קריטנשטיין "מרבח נכסים מרבה דאגה – ההסדרה הנדרשת להורשה בכלל ולהורשה הבין־דורית בפרט" (טרם פורסם), הטוען כי הבחירה בדוקטרינה החוזית מבקשת למעשה "למשפט" את הסיטואציה הירושית, מחד גיסא, ולמזער את הפגיעה בחופש הצינוי, מאידך גיסא. מטרתנו כאן היא להראות כי בלא קשר לטענה ה"קונספירטיבית" האמורה, אשר עוסקת במניע הנורמטיבי שביסוד הסוגיה, החלתה של הדוקטרינה החוזית – עם כל יתרונותיה ועוצמותיה – על צוואות הודיות תהיה בעוכריה, וסופה לגרום להתרוקנותה של הדוקטרינה מתוכנה, כפי שראינו בניתוח "מבחי הכניסה" שהוחלו ביחס לצוואות הודיות.

46 קצרה היריעה מלהרחיב במסגרת זו על היתכנותה, משמעותה וגורמיה של תופעת דחיקת הרגליים של הערכים הבין־אישיים על ידי המסגרת החוזית, אשר מהווה בתורה הסבר אפשרי למסקנה שאין זה רצוי להחיל את הדוקטרינה החוזית על מוסדות מעין אלה, אך ראו באופן כללי פסקא וקריטנשטיין, לעיל ה"ש 7.

47 על הסיבות שבעטיין הדבר עלול להתרחש ראו בהרחבה שם.

48 כאמור, הניסיון לפתור אירודאות זו באמצעות החלת הדוקטרינה החוזית ה"קשיחה" – ומקל וחומר באמצעות חסמי קשיחים יותר, כגון אישור מראש על ידי בית משפט – יוביל בתורו להימנעות מבחירה בהסדר, בשל דחיקתם החוצה של הערכים העומדים בבסיסו לכתחילה. להרחבה במישור הנורמטיבי ראו שם.

על אף נסיונות למצוא פתרון לקשיים האמורים, שום שיטה לא ביצעה את המהלך הנדרש, שטומן בחובו הצהרה כי הדוקטרינה החוזית אינה מתאימה למוסד הצוואות ההדדיות. ניתן לראות ניצנים לעמדה זו בפסק דין יחיד משנת 2017, אשר עשוי לסמן מגמת שינוי אך עשוי באותה מידה לסמן גם את המרב ששיטה יכולה לעשות כאשר היא מחליטה "ללכת עם" אך נדרשת להמשיך "להרגיש בלי" כדי לשמר את המוסד עצמו. בעניין *Legg v. Burton*<sup>49</sup> ניתן פסק דין יוצא דופן אשר ביקש, לראשונה, לסטות באופן מובהק מהדרישה לקיומו של חוזה. הגם שנקבע בפסק הדין כי בנסיבות אותו מקרה הוכח קיומו של חוזה, נקבע גם כי ייתכן שניתן לבסס צוואה הדדית גם בהעדר חוזה מחייב, מכוח דוקטרינת השתק.<sup>50</sup> פסק הדין מסביר כי דרישת החוזה אינה דרישה עצמאית, אלא מהווה "גורם מתווך" על מנת לבסס את המקור לאכיפת הצוואה ההדדית – הנאמנות הקונסטרוקטיבית – אשר מכוחה הצד שנתר בחיים חייב לקיים את החוזה גם לאחר מות המוריש. לפיכך נקבע כי ככל שהנאמנות הקונסטרוקטיבית היא שנמצאת בבסיס המוסד, ולא החוזה עצמו, אין מניעה שנאמנות כזו תצמח גם בהעדרו של חוזה, מכוח השתק.<sup>51</sup> פסק הדין יצר לראשונה אפשרות ליתן להסדר צוואות הדדיות כוח מחייב שאינו נשען, מבחינה רעיונית, על קונסטרוקציה חוזית. ניתן לראות בו אולי ראשיתו של שינוי מגמה, והכרזה על סטייה רשמית מהקו הדורש החלה של הדוקטרינה החוזית על הסדר צוואות הדדיות כדי להפכו למחייב.

אולם אף כאן אליה וקוץ בה. השימוש שהדין האנגלי עושה בחוק הירושה האמור,<sup>52</sup> ועוד יותר מכך התוצאה המרחיבה בעניין *Goodchild*,<sup>53</sup> אשר אינה תואמת את תכלית החוק (אלא משתמשת בו כעלה תאנה כדי "לשחזר" את הצוואה ההדדית), כמו גם השימוש בדוקטרינת ההשתק בעניין *Legg v. Burton*,<sup>54</sup> מלמדים שכאשר תוצאתה של החלת הדוקטרינה החוזית תציק מאוד לבית המשפט ולתחושת הצדק, נסיונות הפתרון ימצאו דרך נורמות מופשטות כלליות, דוגמת השתק, עקרון תום הלב, פרשנות מרחיבה וכיוצא באלה. זוהי תוצאה טבעית של מהלך שתחילתו בחיפוש מסגרת משפטית שתשמש מעטפת להסדר הצוואות ההדדיות, המשכו במציאת מסגרת כזו בדוקטרינה החוזית, המייצגת ודאות ויציבות, וסופו בכבילה וקשיחות יתר הנובעות מהחלת הדוקטרינה, אשר מובילות בתורן לשימוש בסטנדרטים (להבדיל מכללים) ל"ריכוך" הבעיה ולפתרון המצוקה שנוצרה. כך יוצא שהחלת הדוקטרינה החוזית עשויה להוביל לא רק לשתי התוצאות שתיארנו לעיל, אלא גם לתוצאה אפשרית שלישית: שימוש בנורמות מופשטות, קרי בסטנדרטים בעלי רקמה פתוחה, כדי לפתור מצוקות שיצרה החלת הדוקטרינה החוזית הקשוחה. ניתן לשער כי כך יקרה גם בדין הישראלי.

הווי אומר, סביר שאימוץ הדוקטרינה החוזית בדין הישראלי כמסגרת המשפטית להסדר הצוואות ההדדיות, כדרישתם של כותבים שונים (ובלא קשר לפן הנורמטיבי של הסוגיה<sup>55</sup>), יחייב את הפסיקה הישראלית ללוליינות משפטית בהחלת הדוקטרינה, באופן שיאפשר "ללכת עם ולהרגיש בלי". במצבים מסוימים, מתוך החלתם של דיני החוזים יעקרו או יעוקרו ה"דין", או למצער, לצד הדוקטרינה החוזית יידרש שימוש בדוקטרינות רחבות ועמומות כדי לפתור כשלים וקשיים שנובעים מאותה איהתאמה בסיסית בין הדוקטרינה החוזית לבין הסיטואציה הירושית.

*Legg v. Burton* [2017] EWHC (Ch) 2088, [2017] 4 WLR 186 (Eng.) 49

50 שם, בפס' 24–27. בית המשפט קבע כי בנסיבות המקרה נוצר "השתק קנייני" (proprietary estoppel).

51 שם.

52 ראו לעיל ה"ש 30 והטקסט שלידה.

53 עניין *Goodchild*, לעיל ה"ש 27 והטקסט שלידה.

54 עניין *Legg v. Burton*, לעיל ה"ש 49 והטקסט שלידה.

55 להרחבה על פן זה ראו פסקא וקריטנשטיין, לעיל ה"ש 7.

## סיכום

ניתוח נכון של האופן שבו הדוקטרינה החוזית מוחלת על הסדרי צוואות הדידות בדין האנגלי ובדין האמריקני מלמד כי אלה בחרו בדיני החוזים כמסגרת המשפטית להסדרת מוסד הצוואות ההדדיות. יתרה מזו, אנו למדים כי שיטות אלו הגיעו לנקיטת מדיניות של החלת הדוקטרינה תוך שינויים משמעותיים, באופן שיתאים להסדר הצוואות ההדדיות, ולא כפי שהיא מוחלת בדיני החוזים במצב הרגיל. החלה זו אינה נקייה מספקות, וזאת בלשון המעטה, שכן היא יוצרת קשיים וכשלים רעיוניים ומעשיים.

לטעמנו, כאמור, שורש הבעיה טמון בסתירה המהותית שבין ערכיהם של דיני החוזים במובנם המסורתי לבין הערכים שמהם נובע מוסד הצוואות ההדדיות. כפי שכבר ציינו,<sup>56</sup> מחמת אופייה של הדוקטרינה החוזית, החלטה על מוסדות מסוימים עלולה לגרור את דחיקתם החוצה (crowding out) של הערכים המשתקפים באותם מוסדות, שהם גם הערכים המניעים מלכתחילה להשתמש במוסדות אלו. הדבר עלול, בתורו, להניא פרטים משימוש באותם מוסדות (למען שימור אותם ערכים ורגשות), וזאת כל אימת שהדוקטרינה החוזית תוחל במלוא עוצמתה ונוקשותה. לחלופין, כפי שהראינו, סתירה זו עשויה להוביל להגמשת הדוקטרינה החוזית – קרי, להחלה קזואיסטית שלה ולכרסום לא קוהרנטי בה – כל אימת שנוקשותה של הדוקטרינה תתנגש במאפייניו הבסיסיים של המוסד הקולט (צוואות הדידות בענייננו). אכן, כפי שהראינו ברשימה זו, ניתן לכל הפחות לזהות קשיים בהחלת הדוקטרינה החוזית, המביאים את בתי המשפט לידי פסיקת סעדים אשר מחד גיסא מאמצים את הדוקטרינה ומאידך גיסא – ובד בבד – מפוררים אותה כמעט לבלי הכר.

כפי שכבר טענו במקום אחר,<sup>57</sup> ייתכנו הסברים שונים לתופעה שתיארנו, אך אנו סבורים כי ההסבר הנכון (או לפחות הנכון בחלקו) נעוץ באפיון המהותי של מוסד הצוואות ההדדיות, המייצג בראש ובראשונה הדידות, רגשיות ואינטימיות שמקורן במערכת יחסים מורכבת מאין כמותה, אשר משתרעת ונבנית על פני "מפגשים" אינ-ספור ומוצאת לבסוף ביטוי בתכנון הרכושי האמור. ערכים אלו מתנגשים אהדדי בערכיה המסורתיים של הדוקטרינה החוזית. כאמור, השיח הקשיח העוסק בתבחינים של כניסה להסדר חוזי עוצב במקור על מנת לשרת ולהתקיים במסגרת שיח עסקי, וניתן להבחין בקשיים כאשר הוא מיובא על מנת לשרת מערכות יחסים המתאפיינות במורכבות בין-אישית כאמור. לכן ניתן לחזות בניסיון של שיטות משפט לאמץ את הדוקטרינה החוזית ובד בבד לשמר את אפיוני המוסד המקבל את הדוקטרינה, קרי הצוואה ההדדית, על אף ההתנגשות הברורה בערכיה. ניסיון זה מציב את בתי המשפט במבוכה, ודומה כי הפתרון שלהם (או המפלט שלהם ממנה) הוא ריכוך אמות המידה החוזיות עד לבלי הכר או מתן סעדים שאופיים ועצם נתינתם אינם עולים בקנה אחד עם הדוקטרינה החוזית. ודוק: אין בכך משום אמירה שהמדיניות הדרושה היא מסוג "ייקוב הדין את ההר", אלא קריאה להכיר בתוצאה שמתרחשת בפועל, שעיקרה קביעות שיפוטיות שלפיהן ההסדר אינו מחייב (ולפיכך ממילא צוואה מאוחרת תהא תקפה) אך יש לצעוד בכל זאת לאור ההסדר, הגם שהוא אינו מחייב, ולהקנות סעד למוטב ההסדר. בדין האנגלי ניתן לזהות פתרון יצירתי נוסף לקושי האמור, העושה שימוש בנורמות מופשטות – בסטנדרטים – כדי לתת מענה למצוקות הנוצרות בתוככי הדוקטרינה החוזית כאשר היא מוחלת בתרחישים המקיימים את האפיון האמור.

יוצא אפוא שמלבד התנגדות נורמטיבית אפשרית להחלת הדוקטרינה החוזית על הסדר הצוואות ההדדיות (אשר נסקרה כאמור במקום אחר), אנו סבורים כי אין מקום להחלת הדוקטרינה החוזית גם מטעמים דסקריפטיביים, קרי, לנוכח

56 ש.ש.

57 ש.ש.

התוצאות שהניסיון מראה כי הן מנת חלקן של שיטות המבקשות להחיל את הדוקטרינה החוזית על צוואות הדדיות, ואשר לרוב משמעותן היא כי שכרנו יצא בהפסדנו, גם מנקודת מבטם של אלה התומכים בהחלת הדוקטרינה מטעמים נורמטיביים כאלה ואחרים.