

ירושה חורגת

מאת
שלי קרייצר-לוי*

תקציר

המאמר עוסק בירושה חורגת, כלומר בדפוסי הורשה רדיקליים המאתגרים את הבסיס התאורטי של דיני הירושה. המיקוד התאורטי הקיים של דיני הירושה במתח שבין רצון המצווה לאינטרסים של קרובי משפחה אינו ניטרלי, והוא בעל השלכות על ההבנות החברתיות של קרבה ושל המשכיות. המאמר מתבסס על תשתית תאורטית שלפיה העברת רכוש לאחר המוות יוצרת פרויקט המשכיות עבור המצווה ועבור מקבליה והרואה בירושה מוסד משפטי דו-צדדי. כיוון שהמשכיות היא ערך המובן והמפורש חברתית, יישומו כולל סיכון מובנה של שעתוק ערכי של נורמות. סיכון זה משליך על זיהוי הקשרים המרכזיים שבחיי המורשה ואפיונם, וחשוב מכך – על הבנות מעמיקות יותר של תפקידה של המשכיות בחברה. על כן הטענה במאמר היא, כי לצד קידום ערך המשכיות חשוב להכיר בתוקפן של צוואות המבטאות "ירושה חורגת". הכרה בירושה חורגת מאפשרת להכיר בהמשכיות ולקדמה לצד בחינה מתמדת של גבולותיה. המאמר עוסק בשלושה מקרי מבחן שמטרתם להסביר את הטיעון ולבאר את חשיבותו הנורמטיבית: הורשה אקראית ליורשים ללא היכרות מוקדמת, צוואת מתאבד כאשר הציפוי כרוך בהתאבדות והורשה למטפלים בשכר. מקרים אלה מאתגרים את נחיצותה של המשכיות כפרויקט חברתי בעל ערך, את תפקידה כגורם היוצר קשר אל מול האיום של המוות ואת תפקידה כמשקפת את חזון המשכיות של המצווה. לבסוף, המאמר מבחין בין ירושה חורגת, המאתגרת את יסודותיה של המשכיות והמשרטטת את גבולותיה, לבין הורשה לא-שגרתית גרידא כגון הורשה לבעלי חיים או התנאת הצוואה בתנאים מכבידים.

* פרופסורה חברה וסגנית דיקן, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. אני מודה לרונית דוניץ-קידר, לענת ליפשיץ, לשחר ליפשיץ ולגליה שניבוים על הערות מצוינות לגרסאות קודמות של המאמר.

668	מבוא
671	א. תאוריית ההמשכיות ודיני הירושה
672	1. המתחים הגלומים בדיני הירושה
675	2. ירושה והמשכיות
679	3. המשכיות ושמרנות במשפט הישראלי
681	ב. חשיבותה של הורשה חורגת
685	ג. הורשה חורגת כאתגר להמשכיות – מקרי מבחן
686	1. אינדיבידואליות רדיקלית – בחירת יורשים אקראית
689	2. צוואת מתאבד ושליטה ברגע המוות
693	3. עסקאות, תשלום והמשכיות
696	ד. גבולותיה של הורשה חורגת
701	סיכום

מבוא

השיח התאורטי בדיני ירושה מתנהל בשני מעגלים. במעגל אחד נדון המתח שבין רצון המורשה לבין הגנה על אינטרסים של האנשים הקרובים לה, לרוב בני משפחתה.¹ במעגל אחר נדונים הגבולות הציבוריים למוסד הירושה. גבולות אלה מתמקדים בשאלות של צדק חלוקתי ושל תקנת הציבור.² המאמר בוחן את המקרה של ירושות רדיקליות, החורגות מהורשה מקובלת חברתית, ומציבן אל מול התפיסה של ירושה כמוסד המקדם המשכיות עבור המצווה ועבור האנשים הקרובים לה. טענתי היא כי לצד החשיבות שבהכרה בהמשכיות,

1 ראו להלן פרק א. עוד ראו Lawrence M. Friedman, *The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society*, Wis. L. REV. 340 (1966); Susanna L. Blumenthal, *The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth Century America*, 119 HARV. L. REV. 959, 966-69 (2006); Ronald Chester, *Disinheritance and the American Child: An Alternative from British Columbia*, 1998 UTAH L. REV. 1, 6 (להלן: Chester, *Disinheritance*); Deborah A. Batts, *I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for Change to a System of Protected Inheritance*, 41 HASTINGS L.J. 1197, 1197-98 (1990).

2 ראו למשל Samuel Bowles et al, *Introduction, in UNEQUAL CHANCES – FAMILY BACKGROUND AND ECONOMIC SUCCESS* 7 (Samuel Bowles et al. eds., 2005); D.W. Haslett, *Is Inheritance Justified?*, 15 PHIL. & PUB. AFF. 122, 128-31 (1986); Michael B. Levy, *Liberal Equality and Inherited Wealth*, 11 POLITICAL THEORY 545, 548-49 (1983); RONALD CHESTER, *INHERITANCE*; Mark (להלן: L. Ascher, *Curtailing Inherited Wealth*, 89 MICH. L. REV. 69, 83-84 (1990); William A. Drennan, *Wills, Trusts, Schadenfreude, and the Wild, Wacky Right of Publicity: Exploring the Enforceability of Dead-Hand Restrictions*, 58 ARK. L. REV. 43, 52-56 (2005); Gregory S. Alexander, *The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century*, 37 STAN. L. REV. 189 (1985); LEWIS M. SIMES, *PUBLIC POLICY AND THE DEAD HAND* (1955).

ירושה אוצרת בחובה סיכון של שעתוק מבנים חברתיים קיימים ושל אכיפת נורמות מקובלות, ולכן חשוב להשאיר מקום להורשה חורגת.

ירושה היא מוסד משפטי הממוקם בצומת שבין משפחה, מוות ורכוש. היא מעוררת שאלות בדבר שרידות הקשר המשפחתי לאחר המוות, ובדבר חלוקת רכוש בחברה לאחר מות המורשה.³ כיוון שירושה היא פעולה משפטית המתרחשת לאחר המוות והמוענקת ללא תמורה, היא נתפסת כמסר אחרון של המורשה אל משפחתה.⁴ תפיסה זו מקבלת תוקף בפסיקה, ובתי משפט מתייחסים לצוואות בהדרת כבוד.⁵ אולם את תפקידו של ציווי כמסר אחרון ניתן להבין באופנים שונים, ויישומו במשפט תלוי בתפיסות חברתיות מקובלות. כיוון שדיני ירושה מסדירים עסקה משפטית שתוקפה חל רק לאחר מותה של נותנת הרכוש, הם מעוררים שאלות בדבר שרידותה של זכות הקניין לאחר המוות.⁶ מדוע נמשכת זכותה של המצווה לאחר מותה?⁷ כפי שאסביר בהמשך, ההצדקות המקובלות בדבר זכות הקניין, כבוד ואוטונומיה אינן נותנות משקל מספק למוות כאירוע הקוטע את רצף הזכויות, ואינן מסבירות אם וכיצד המוות עשוי לשנות את גבולות הזכות, את יישומה ואת ההשלכות על קרוביה ועל חבריה של המצווה.⁸

במחקר קודם טענתי, כי הדרך להצדיק את מוסד הירושה באפיונו הקיים היא לראות בו כלי להגשמת המשכיות לאחר המוות באמצעות הקניין.⁹ המשכיות עוסקת בקשר של אנשים לפרויקטים תרבותיים שקיומם הסימבולי חורג מחיי אדם. ירושה היא דוגמה לפרויקט המשכיות המוגשם באמצעות העברה של קניין לאחר מות המורשה. המורשה מעניקה את הרכוש שלה ליורשים, וכך היא יוצרת קשר בינה לבין העולם שיתקיים לאחר מותה. לכן, המשכיות מספקת הצדקה נורמטיבית לחופש הציווי. בהמשך לכך טענתי כי המשכיות היא ערך דו-צדדי, וכי לצד רצון המצווה להמשיך את השפעתה לאחר מותה ירושה כוללת גם את הצורך של מקבלים מסוימים בחיבור לשורשים ובהשתייכות אל המצווה.¹⁰ כיוון

3 ראו למשל שלי קרייצר-לוי "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות" משפט ועסקים כב 165 (2019) (להלן: קרייצר-לוי "חידת הירושה").

4 ת"ע (מחוזי ת"א) 4860/99 פייר נ' לרנר, פ"מ התשס"א 145, 155 (2001); ש"ז חשין דמויות מבית המשפט 144 (התשי"ג).

5 ע"א 7735/02 אלבו נ' אהל פז, פ"ד נח(3) 161, 165 (2004) (השופט טירקל מסביר, כי "הצוואה היא מסמך מיוחד במינו. היא מסמך משפטי, אך מסמך זה אינו חסר נשמה. הוא כמו מכתב אישי אחרון, ביטוי של משאלות, אהבות, רגשות, ואף חשבונות, היוצאים ממעמקי לבו של אדם המהרהר במותו ובמה שיקרה אחרי מותו").

6 ראו למשל Ascher, לעיל ה"ש 2. עוד ראו Adam J. Hirsch & William K.S. Wang, *Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 IND. L.J. 1, 12-13 (1992); JOHN STUART MILL, PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND CHAPTERS ON SOCIALISM 33 (1998).

7 השוו מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57 (2008).

8 ראו להלן פרק א. עוד ראו שלי קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות: על מעמדו של חופש הציווי בתזכיר חוק הירושה" פורום עיוני משפט מו 1 (2022) (להלן: קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות").

9 Shelly Krecizer-Levy, *Property's Immortality*, 23 CARDOZO J. EQUAL RTS. & Soc. JUST. 107 (2016) (להלן: Krecizer-Levy, *Property's Immortality*).

10 שם. "מקבלים" הם יורשים או מי שמצפים לרשת, ובמונח זה על הטיותיו אשתמש לאורך המאמר.

שהורשה נתפסת כמסר האחרון של המורישה אל העולם, יורשיה ומודריה מבינים את הצוואה כמשקפת מסר חברתי ותרבותי הנוגע להשתייכותם אליה ולמשפחה. הבנה זו של הורשה כורכת יחד רצון, חיבור לשורשים וציפיות חברתיות.¹¹ כאשר בת זוכה בחלק מרכושה של אימה היא מבינה את הבחירה להוריש לה כמאשררת את מקומה במשפחה כבת טובה. הצד האחר של המטבע הוא כי נישול של הבת – בהקשרים משפחתיים מסוימים – יובן כהדרה מהמשפחה. לעומת זאת, חברה טובה של המורישה לרוב לא תחווה הדרה מן הירושה כנישול כיוון שאין לה ציפייה לרשת. האופן שבו המורישה, הבת, שאר חברי המשפחה ובהמשך בית המשפט מבינים את הצוואה מושפע מתפיסות חברתיות ומעוצב על ידן.¹² כיוון שתאוריית ההמשכיות כוללת בליבתה הישענות על הכנות חברתיות, היא יוצרת סיכון של שעתוק ערכי של אותן הכנות פעם אחר פעם.

על פני הדברים, תפיסה של המשכיות המתבססת על רצון המצווה בלבד ואינה מכירה באינטרסים של בני משפחה חומקת משיפוט נורמטיבי של צוואות. בשל כך דיני הירושה הישראלים לכאורה אינם חשופים לתפיסות חברתיות בהליך אשרור הצוואה. אולם דוקטרינות שונות בדיני הירושה מאפשרות הלכה למעשה שיפוט נורמטיבי של צוואות, ובכלל זה כללים בדבר כשרות לצוות, השפעה בלתי הוגנת ופרשנות צוואה.¹³ גם כיום הגבולות של חופש הצייווי ותנאיו מעוצבים משפטית מתוך הבנה נורמטיבית של המשכיות ראויה, אך הדבר נעשה במשתמע, באופן לטנטי, ולא במפורש.

ההיבטים החברתיים והנורמטיביים של המשכיות חשובים, כיוון שהם מאפשרים להכיר בכך שהמשכיות היא פרויקט משותף הדרוש שיתוף פעולה, ושהשתייכות לקבוצה או למשפחה היא מורכבת ואינה יכולה להיות תלויה לחלוטין ברצון המצווה. בה בעת, היבטים אלה מכוננים המשכיות כערך שמרני שאינו מאפשר שינוי חד בתפיסות מקובלות, ודוחה אתגרים למוסכמות חברתיות ובפרט חריגות אינדיבידואליות. על כן, לצד ההגנה על המשכיות, אני סבורה שחשוב לזהות הורשה חורגת ולהגן עליה. כדי להבהיר טענה זו אדון בירושה החורגת מהנורמה תוך התייחסות לשלושה מקרי מבחן.¹⁴ מטרת הדיון במקרי המבחן היא להבהיר את הטיעון התאורטי ולבאר את תפקידה הנורמטיבי של הורשה חורגת, אך חשוב לציין כי אין מדובר ברשימה ממצה וסגורה של מקרים. מקרה המבחן הראשון עוסק באינדיבידואליזם רדיקלי, כלומר בצוואה הדוחה המשכיות במופגן בכך שהמורישה בוחרת יורשים רנדומלית וללא היכרות מוקדמת.¹⁵ היא מאתגרת את מוסד הירושה ואת הנחות היסוד שבבסיסו, שלפיהן המשכיות מבוססת על קשר קודם או על מטרה שהייתה חשובה למצווה, ואף חושפת את החיוב הגלום בירושה עבור מורשיים. מקרה המבחן השני עוסק בצוואת מתאבד, כאשר

11 שם, בעמ' 135.

12 שם בעמ' 132.

13 ראו להלן פרק ב. עוד ראו Shiri Regev-Messalem, *How the Law "Keeps the Money in the Family": Lessons at the Intersection of Elder Care and Inheritance Disputes in Israel*, 45 *LAW & SOC. INQUIRY* 81 (2020); Melanie B. Leslie, *Enforcing Family Promises: Reliance, Reciprocity, and Relational Contract*, 77 *N.C. L. REV.* 551, 581-87 (1999).

14 ראו להלן פרק ג.

15 שם. ארון במקרה המדווח כאן: Patrick Jackson, *Where There's a Will There's a Whim*, BBC News (Jan. 17, 2007), [news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6268015.stm](https://www.bbc.com/news/hi/europe/6268015.stm)

המוות כרוך במעשה הנתפס כלא־נורמטיבי.¹⁶ צוואה זו עוסקת בחשיבות שיש לנסיבות המוות בכל הנוגע להמשכיות ומאתגרת את נחיצותם של מוסדות תרבותיים כאמצעי להתמודד עם סופיות הקיום, כיוון שהמתאבדת מזמינה את המוות ובוחרת בו. צוואה זו משקפת מתח בין המשכיות לבין ניתוק. מקרה המבחן השלישי עוסק בצוואה למטפלים בשכר, הכורכת יחד המשכיות עם עסקאות כלכליות.¹⁷ מקרה זה מאתגר את הנחות היסוד בדבר השיקולים הראויים לגיבוש חזון של המשכיות. לפי תפיסה זו, הורשה אמורה לסמל קשר של המשכיות ולא עסקה נקודתית שמטרתה להיטיב את מצבה של המורשה בתקופתה הקשה באמצעות רכישת טיפול. כיוון שהמשכיות ככלל וירוש וברט מייצגות מוסדות שמרניים בעיקרם, אטען כי מקרים אלה חשובים לצורך בחינה מתמדת של כלליהן. על כן, הורשה חורגת מציבה אתגר המצביע על גבולות כוחה של המשכיות או על הסכנות שבסגנון ערכית, ויש לקבלה בכפוף לשיקולים הרלוונטיים שמעלה כל מקרה ומקרה.

הדיון בהורשה חורגת אינו עוסק בשאלה הנורמטיבית גרידא, ויש לו גם חשיבות תאורטית. ירושה חורגת מחדדת את גבולות מושג המשכיות, את מטרותיו ואת היחס שבין המשכיות לבין שיקולים ציבוריים וחברתיים החיצוניים לה. המשכיות מאפשרת להמשיג כראוי את המתח שבין המורשה לבין מקבליה, אך להמשגת קניין כנושא מסר של המשכיות יש פוטנציאל של שעתוק מוסדות תרבותיים וחברתיים קיימים. חשיבותה של המשכיות והחשיבות של כל אחד מרכיביה – מקום הקניין בחברה כארטיפקט תרבותי, התמודדות עם המוות דרך פרויקטים תרבותיים, השיקולים שעליהם מתבסס חזון המשכיות והחובה הגלומה בהורשה – חייבות להיבחן כל פעם מחדש. מסיבה זו ירושה חורגת היא חשובה, ומעודדת רפלקציה תמידית שבה בעת מכירה בחשיבותה התרבותית והמשפטית של המשכיות.

המאמר בנוי מארבעה פרקים. פרק א יציג את תאוריית המשכיות ואת השלכותיה המשפטיות: סעיף 1 יעסוק במחלוקת שבספרות סביב ערכי היסוד של מוסד הירושה; סעיף 2 יתאר את יסודותיה של המשכיות, יסביר את חשיבותה הנורמטיבית, ויציג את מגבלותיה; סעיף 3 יעסוק בביטוייה של המשכיות במשפט הישראלי. פרק ב יציע מסגרת תאורטית לדיון במתח שבין המשכיות להתקדמות ובין שימור לחידוש בירושה. פרק ג ידון בשלושת מקרי המבחן, וישרטט את גבולות ההגנה על המשכיות אל מול ירושות חורגות. פרק ד ישרטט את גבולותיה של ירושה חורגת באמצעות הנגדתה אל ירושה אקסצנטרית. ירושה אקסצנטרית היא ירושה הסוטה מנורמות ציבוריות מקובלות. עם זאת, בניגוד לירושה חורגת, היא אינה מאתגרת את יסודותיה של המשכיות, כלומר את נחיצותה כערך חברתי, או את אחד מרכיביה. פרק זה ידון בהורשה לבעלי חיים, בתנאים מגבילים בצוואות ובהוראות בצוואה להשמיד את הרכוש.

א. תאוריית המשכיות ודיני הירושה

פרק זה מציג את התשתית הנורמטיבית לדיון בהורשה חורגת. הוא פותח במתח הגלום בדיני ירושה בין מתן תוקף משפטי לרצון המצווה לבין הגנה על אינטרסים רכושיים של בני

16 ראו למשל ע"א 461/01 רכאב נ' רכאב, פ"ד נח(6) 913 (2004).

17 ראו למשל דנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב (2) 813 (1998).

משפחה. מתח זה מסביר את הקושי הקיים ליישב את הדין עם הצדקותיו, וכן את חשיבותה של תאוריית ההמשכיות המבהירה את מקומם של שני רכיבים אלה. סעיף 2 דן בתאוריית ההמשכיות, הרואה בירושה פרויקט משותף בין המצווה לבין יורשיה הפוטנציאליים, ומסביר את החשיבות התאורטית והנורמטיבית של תאוריה זו. לפי תאוריה זו המצווה יכולה להשפיע על העולם לאחר מותה, והיורשים מקבלים אפשרות להתחבר לשורשיהם. עם זאת המשכיות היא ערך שמרני, שאינו נותן מקום לאתגרים בדבר מוות, רכוש ומערכות יחסים. על כן, לצד ההגנה על המשכיות חשוב לזהות ולהגן על הורשה חורגת. לבסוף, סעיף 3 עוסק במקומה של המשכיות במשפט הישראלי כיום, אף שהיא אינה מוכרת בו במפורש.

1. המתחים הגלומים בדיני הירושה

הספרות התאורטית העוסקת במוסד הירושה כוללת שני פולמוסים מרכזיים. הפולמוס הראשון עוסק במתח מובנה בדיני הירושה בין הגנה על רצון המצווה לבין הכרה באינטרסים של בני משפחה, בין אם המשפחה מוגדרת בהגדרה צרה ובין אם בהגדרה רחבה.¹⁸ הפולמוס השני מבקר את מוסד הירושה לאור השלכותיו החברתיות, ומתמקד בהשפעות שליליות על שוויון הזדמנויות ועל ריבוד מעמדי.¹⁹ קושי חברתי נוסף הוא הסכנה שמוסד הירושה משעתק דפוסי משפחה וחברות קיימים ואת יחסי הכוחות המוטמעים בהם.

הפולמוס הראשון בדיני ירושה כולל שני זרמים מתחרים בספרות. מצידו האחד של המתרס ישנה ספרות המבקשת להצדיק את חופש הציווי כערך המרכזי של מוסד הירושה, ומצידו האחר ספרות המבקשת לתמוך במגבלות ניכרות על חופש הציווי לטובת בני המשפחה של המורשה. ישנם שלושה טיעונים עיקריים המגינים על חופש הציווי. הטיעון הראשון הוא שמדובר בזכות הקניין של המת,²⁰ או בזכות לאוטונומיה, לרצון פרטי ולכבוד האדם, הכולל בתוכו את כבוד המת.²¹ הטיעון השני הוא שאם אנשים לא יוכלו להוריש את רכושם, הרי התמריץ שלהם לעבוד ולחסוך יפחת.²² ישנן תשובות שונות לטיעונים אלה. בנוגע לטיעון המבוסס על זכויות, הרי הוא אינו מעניק חשיבות למוות כאירוע הקוטע את רצף הזכויות, ואינו נותן משקל לכך שהמורשה לא תישא בתוצאות של החלטות בדבר הקניין שמתבצעות לאחר המוות.²³ טיעונים בדבר התמריץ שחופש הציווי יוצר הם קשים להוכחה,

18 ראו דיון בטקסט שליד ה"ש 33-20.

19 ראו דיון בטקסט שליד ה"ש 34-39.

20 RICHARD EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 304 ראו (1985); JOHN STUART MILL, PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY AND CHAPTERS ON SOCIALISM (1998); 33; ג'ד טרסקי "זכויות מלבר לעיזבון" משפטים יא 20, 33 (1981).

21 ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993); ע"א 1900/96 טלמצי'ו נ' האפורטרוס הכללי, פ"ד נג(2) 817 (1999); ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88 (1999); בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני (נבו) 2.8.2012; רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97 (1999); שאול שוחט פגמים בצוואות 23-24 (מהדורה שנייה 2001); אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 364 (2003).

22 ראו דיון אצל Hirsch & Wang, לעיל ה"ש 6.

23 Ascher, לעיל ה"ש 2, שם.

ותלויים בשיקולים השונים המניעים אנשים לעבוד, לייצר או לצבור הון.²⁴ הטיעון השלישי הוא שחופש הציווי מעורר טיפול בקשישים,²⁵ אך ישנו קושי במשפט הישראלי בהגנה על הבטחה לצוות,²⁶ וישנן שיטות שונות לעורר טיפול המעניקות הגנה טובה יותר למטפלים.²⁷ לצד ההצדקות לחופש הציווי, הספרות התאורטית הציגה שיקולים התומכים בהגבלת חופש הציווי לטובת הגנה על בני משפחה שונים. שיקולים אלה כוללים את החובה המוסרית של המורשה לדאוג לבני משפחה קטינים או בעלי מוגבלות,²⁸ חובה רחבה יותר כלפי בן או בת זוגה של המורשה וכלפי ילדיה הבגירים והכשירים,²⁹ והגנה על מערכות יחסים ארוכות טווח.³⁰

שני הזרמים בספרות – אלה הקוראים להגנה על חופש הציווי ואלה הקוראים להגבלתו – מצביעים על המתח הטמון במוסד הירושה ועל המורכבות ששני הקצוות מחמיצים. מתח זה מגובה גם בממצאים אמפיריים.³¹ כך, מחקרים חשפו כי אנשים מבצעים שיפוט נורמטיבי של הסדרי חלוקת רכוש, וכי נישול נחשב חריג הדרוש נימוק מקובל חברתית.³² עמדה

24 ש.ם.

Joshua C. Tate, *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, 42 U.C. DAVIS L. REV. 129, 176-80 (2009).

26 ראו ס' 8 ו-27 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63. בנוגע לאי-תוקפם של הסכמי ירושה, ראו יוסף מנדלסון "סעיף 8(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 הדין המצוי – הרצוי?" (חיבור לשם קבלת תואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב 1998). בנוגע לס' 8(ב), ראו רונן קרייטנשטיין "מתנה מחמת מיתה – עיון מחדש" הפרקליט מט 403 (2007); שלי קרייזר-לוי "אי הכרה בחווי ירושה – האמנם כלל חסר ערך?" חוקים ד 5 (2012) (להלן: קרייזר-לוי "חווי ירושה"). בהקשר של צוואות הדדיות, ראו איילת בלכר-פריגת "עד שהמוות יפריד בינינו?: על דוקטרינת הצוואות ההדדיות במשפט הישראלי" ספר שאווה 497 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים 2006). לדין כללי בנושא, ראו אילנית שבת (חלפון) ואורן שבת עסקאות בירושה עתידה וצוואות הדדיות (2006). להתנגשות בין כלל זה להסכמי ממון, ראו פנחס שיפמן "יחסי ממון בין בני זוג" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה 126, 129-130 (ש' שטרית עורך 1976). לדעה שונה בעניין זה, ראו אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 305 (1982).

27 Frances H. Foster, *Linking Support and Inheritance: A new Model from China*, 19 WIS. L. REV. 1199 (1999); Heather M. Fossen Forrest, *Loosening the Wrapper on the Sandwich Generation: Private Compensation for Family Caregivers*, 63 LA. L. REV. 381, 401-407 (2003).

28 Ralph C. Brashier, *Disinheritance and the Modern Family*, 45 CASE W. RES. L. REV. 84 (1994).

29 Chester, *Disinheritance*, לעיל ה"ש 1; Batts, לעיל ה"ש 1.

30 ראו לעיל ה"ש 13.

31 Daphna Hacker, *The Gendered Dimension of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought*, 7(2) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 322 (2010) (המחברת טוענת שחלוקה שווה של הרכוש היא הנורמה, וכי נישול הוא חריג נדיר).

32 MARVIN B. SUSSMAN ET AL., THE FAMILY AND INHERITANCE 4-7 (1970); Jeffrey A. Schoenblum, *Will Contests an Empirical Study*, 22 REAL PROP. PROB. & TR. J. 607, 625, 655 (1987); Pamela R. Champine, *My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical*

זו באה לידי ביטוי גם בפסיקת בתי משפט, ובייחוד במקרים שבהם הפסיקה נשענת על הכרעות מושבעים.³³ אם כך, המתח שבין חופש הציווי להגנה על אינטרסים של קרובי המורשה חושף את הצורך בתאוריה מקיפה של דיני הירושה המסבירה את החשיבות של חופש הציווי, את ההגנה על קרובים מסוימים ואת היחס ביניהם. הגישות המצדיקות את חופש הציווי אינן מכירות באינטרסים של קרובי המשפחה, ואינן נותנות מקום למתח הקיים באינטואיציות שיפוטיות או בדין. כמו כן, הטיעונים המציעים להגביל את חופש הציווי לוקים בחסר, כיוון שהם אינם מציעים בסיס הצדקתי לזכותה של המורשה להוריש את רכושה מלכתחילה. התאוריות הללו נשענות הלכה למעשה על קיומו של חופש ציווי, או לכל הפחות על משטר שבו הרכוש השייך למורשה נשאר בסביבתה; עליהן להסביר מדוע קניינה של המורשה מיועד לאנשים בסביבתה הקרובה, קרוביה או חבריה, ומדוע הרכוש אינו מתחלק בין כלל אזרחי המדינה, תושבי העיר או האנשים הנזקקים ביותר. אי-אפשר להצדיק כלל בדבר הגנה על המשפחה ללא הכרה בכך כי למורשה יש זכות לקניינה לאחר מותה, ועמדה שכזו מחייבת הנמקה.

לצד השיח העוסק במתח שבין המורשה ליורשה ישנו דיון חשוב העוסק בלגיטימיות של מוסד הירושה. הטיעון המרכזי הוא שירושה, כחלק מכלל סוגי העברות הון בין-דוריות, מעניקה יתרון לא-הוגן ליורשים.³⁴ מוסד הירושה פוגע בעקרון שוויון ההזדמנויות – עקרון יסודי בחברה ליברלית.³⁵ המשפחה היא מוסד חברתי עוצמתי, ולשיוך למשפחה ישנן השלכות מרחיקות לכת על המעמד החברתי, על הכוח הכלכלי ועל ההזדמנויות שעומדות בפני כל אדם.³⁶ ירושות ומתנות אינן הכלי היחיד המדגים את עוצמתה הכלכלית והחברתית של המשפחה, ולצידן ניצבים חינוך וקשרים;³⁷ אך העברות הון בין-דוריות הן הכלי המובהק ביותר להשגת יתרון כלכלי.³⁸ טענות אלה בדבר צדק חלוקתי ושוויון הזדמנויות לרוב תומכות

Testator, 80 NEB. L. REV. 387 (2001); Melanie B. Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*; T.P. :להלן: 38 ARIZ. L. REV. 235 (1996) Schwartz, *Disinheritance and Will Contests as Reciprocity and Deviance: An Empirical Extension of Gouldner and Rosenfeld Based on the Wills of Providence*, 1985, 41 Soc. Q. 265 (2000).

Ronald Chester, *Less Law but More Justice – Jury Trial and Mediation as Means of Resolving Will Contests*, 37 DUQ. L. REV. 173 (1999)

ראו CHESTER, INHERITANCE, לעיל ה"ש 2; Haslett, לעיל ה"ש 2; Levy, לעיל ה"ש 2. Haslett, לעיל ה"ש 35.

Emily Beller & Michael Hout, *Intergenerational Social Mobility: The United States in Comparative Perspective*, 16 FUTURE OF CHILDREN 19 (2006); W. Steven Barnett & Clive R. Belfield, *Early Childhood Development and Social Mobility*, 16 FUTURE OF CHILDREN 73 (2006).

Harry Brighouse & Adam Swift, *Legitimate Parental Partiality*, 37 PHIL. & PUB. AFF. 43 (2009).

Jens Beckert, *Durable Wealth: Institutions, Mechanisms, and Practices of Wealth Perpetuation*, 48 ANNUAL REV. SOC. 233 (2022)

במיסוי ירושה או במיסוי עיזבון, ולחלופין בביטול או בצמצום ניכר של מוסד הירושה.³⁹ אולם הקושי הגלום במוסד הירושה חורג מההשלכות המיידיות על ריבוד מעמדי. ישנה טענה כי ירושה היא מוסד משפטי הנוטה לשימור דפוסי משפחה שמרניים.⁴⁰ ודוק, זו אינה טענה נגד ירושה כמוסד משפטי, אלא נגד האופן ששמרנות שיפוטית מעצבת את כללי ההורשה ומשעתקת דפוסי העברות הון בין-דוריות. כך, שירי רגב-מסלם טוענת כי בתי משפט מיישמים את דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת באופן שתוצאתו היא שימור הון במשפחה, בין היתר בפסילה של הורשה מחוץ למשפחה.⁴¹ אכן, אסדרה משפטית של מוסד המשפחה ככלל ושל ירושה בפרט מתמודדת בשנים האחרונות עם אתגרים של שינויים תכופים.⁴² ואולם האתגר של דיני הירושה גדול יותר, ואינו מצמצם להכרה בצורות משפחה מגוונות.⁴³ יש לדון בצורה שיטתית ברכיבים אשר הופכים את מוסד הירושה למועד לשמרנות הן בפרקטיקות של מצווים ומקבלים והן בפסיקת בית המשפט. אסביר זאת אגב הניתוח של תאוריית ההמשכיות. עם אתגר זה המאמר מתמודד.

2. ירושה והמשכיות

תאוריית המשכיות מציעה הסבר למתח שבין המורשה לבין מקבלים מסוימים ומעניקה הצדקה למוסד הירושה. חשוב לציין, כי תאוריית המשכיות אינה מצדיקה את מוסד הירושה בפני עצמו; היא מציעה הצדקה נורמטיבית למוסד הירושה בהינתן שמוסד זה קיים בשיטת המשפט, ובהינתן שמדובר בשיטת משפט המבוססת על קניין פרטי אשר היא מייחסת לו יכולת לעצב ולשקף אישיות ולכונן מערכות יחסים. המשכיות עוסקת בקשר של אינדיבידואלים או של קבוצות לפרויקטים תרבותיים שמציעים קיום סימבולי נמשך מעבר לחיי אדם.⁴⁴

39 Anne L. Alstott, *Equal Opportunity and Inheritance Taxation*, 121 HARV. L. REV. 469 (2007); MICHAEL J. GRAETZ & IAN SHAPIRO, *DEATH BY A THOUSAND CUTS – THE FIGHT OVER TAXING INHERITED WEALTH* (2005).

40 השו Blumenthal, לעיל ה"ש 1.

41 Regev-Messalem, לעיל ה"ש 13.

42 ראו למשל Carl Schneider, *The Channeling Function of Family Law*, 20 HOFSTRA L. REV. 495 (1992); Janet Halley, *After Gender: Tools for Progressivism in a Shift for Sexual Domination to the Economic Family*, 31 PACE L. REV. 887 (2011); Alicia Brokars Kelly, *Better Equity for Elders: Basing Economic Relations Law on Sharing and Caring*, 21 TEMP. POL. & CIV. RTS. L. REV. 101 (2012); Laura Rosenbury, *Friends with Benefits*, 106 MICH. L. REV. 189, 200 (2007).

43 Danaya C. Wright & Beth Sterner, *Honoring Probable Intent in Intestacy: An Empirical Assessment of the Default Rules and the Modern Family*, 42 ACTEC L.J. 341 (2017); Danaya C. Wright, *Inheritance Equity: Reforming the Inheritance Penalties Facing Children in Non-Traditional Families*, 25 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 1 (2015); Susan N. Gary, *Adapting Intestacy Laws to Changing Families*, 18 LAW & INEQ. 1 (2000).

44 לדין בהיבטים השונים של התמודדות עם סופיות הקיום האנושי, ראו ZYGMUNT BAUMAN, MORTALITY, IMMORTALITY AND OTHER LIFE STRATEGIES 3 (1992); HANNA ARENDT, THE HUMAN CONDITION 19 (1958); Hanna Arendt, *What is Authority?*, in BETWEEN PAST AND FUTURE

דוגמאות מרכזיות כוללות אומנות, משפחה, מסורת, טיפול באחר וחינוך.⁴⁵ ואולם המשכיות אינה פרויקט אישי ואי-אפשר להגשימה לבד. יוצרת הפרויקט זקוקה לממשיכים שיפיהו בו משמעות חדשה. ספר מקבל משמעות נוספת כאשר קוראים בו. מסורת מתחזקת כאשר היא מבוצעת ומפורשת בידי הדור הבא. מנגד, הקורא של הספר זקוק לכותבת שיצרה את הפרויקט שבו הקורא עוסק ושמןו הוא שואב משמעות. בת זקוקה למסורת כדי להמשיך את החיבור אל שורשיה. אם כך, המשכיות כוללת שני נדבכים משלימים – הצורך להמשיך את ה"אני" לאחר המוות⁴⁶ והצורך בשורשים, כלומר בהשתייכות לקבוצה תרבותית שהתקיימה לפניי היורשים.⁴⁷

המשכיות יש כמה מאפיינים חשובים.⁴⁸ ראשית, המשכיות היא פרויקט משותף של שני צדדים – יוצרת הפרויקט וממשיכה.⁴⁹ שנית, שני הצדדים תורמים לפרויקט, אך תפקידיהם וחשיבותם אינם זהים. הם משלימים ומתקיימת בין התפקידים תלות הדדית, כיוון שאף אחד מהצדדים אינו יכול להגשים פרויקט של המשכיות באופן עצמאי.⁵⁰ שלישית, הבלדים אלה והתלות ההדדית הם בעלי השלכות נורמטיביות על המבנה הראוי של המשכיות משפטית, ובעיקר המשכיות באמצעות קניין.

אני סבורה שיש לחשוב על ירושה כעל פרויקט תרבותי המכונן המשכיות דרך קניין. המשכיות באמצעות קניין כוללת שלושה נדבכים – האינטרס של המורשה, האינטרס של מקבליה והיחס ביניהם. פרויקט המשכיות מתחיל במורשה. כתיבת צוואה מאפשרת למורשה להשפיע על העולם לאחר מותה ולהעביר מסר אחרון לקרובה, שאני רואה בו חזון המשכיות שלה.⁵¹ צוואה עשויה לפרט מטרות שהיו חשובות למורשה, לבטא שיפוט בדבר התנהגות של אדם זה או אחר ולשקף דאגה כנה לאנשים בסביבתה הקרובה. למעשה, כאשר לבעלת רכוש אין עניין במתרחש לאחר מותה, אין לה כל סיבה לערוך צוואה. רק מי שמתעניינת בעולם שאחריה מכל סיבה שהיא תערוך צוואה.

91, 92 (1968); ERNEST BECKER, *THE DENIAL OF DEATH* 33 (1975); ROBERT J. LIFTON, *THE BROKEN CONNECTION – ON DEATH AND THE CONTINUITY OF LIFE* 13-14 (1979); MICHAEL OAKESHOTT, *THE VOICE OF LIBERAL LEARNING* 28 (Timothy Fuller ed., 1989)

45 ראו Anthony T. Kronman, *Precedent and Tradition* 99, YALE L.J. 1029, 1052 (1999) (להלן: Kronman, *Precedent and Tradition*).

46 ראו Lifton, לעיל ה"ש 44.

47 ראו למשל SIMONE WEIL, *THE NEED FOR ROOTS – PRELUDE TO A DECLARATION OF DUTIES TOWARDS MANKIND* 43 (Arthur Wills trans., 1952); Charles Taylor, *The Politics of Recognition, in MULTICULTURALISM – EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION* 25, 32-33 (Amy Gutmann ed., 1994).

48 Kriczer-Levy, *Property's Immortality*, לעיל ה"ש 9.

49 השווה Kronman, *Precedent and Tradition*, לעיל ה"ש 45, בעמ' 1049-1052.

50 ראו שם (עוסק בתקדים משפטי). על תפקידים דוריים, ראו Peter Laslett, *Is There a Generational Contract?*, in *JUSTICE BETWEEN AGE GROUPS AND GENERATIONS* 25 (Peter Laslett & James S. Fishkin eds., 1992).

51 קרייצר-לוי "חוזי ירושה", לעיל ה"ש 26.

תפיסה זו של ציווי כמסר של המורישה אל קרוביה לא התגבשה בחלל ריק. היא מעוגנת בתפיסות משפטיות ותרבותיות בדבר התפקיד החברתי של צוואות. חופש הציווי, פרשנותו והאופן שהוא נאכף בבית המשפט מכונן ומאשר את חשיבות הציווי.⁵² לצד הרצון של המורישה להשאיר חותם על העולם לאחר מותה, המשכיות כוללת אינטרס משלים של אנשים שהיו קרובים אליה בשורשים ובהשתייכות לקבוצה התרבותית שהמורישה מייצגת. לפרטים יש צורך בשיוך קבוצתי, הבא לידי ביטוי במגוון קבוצות השתייכות – לאומיות, תרבותיות, דתיות ומשפחתיות.⁵³ לעיתים קבוצות מזוהות עם אנשים, אשר הופכים למסמלי שורשים.⁵⁴ האינטרס של מקבלים פוטנציאליים בירושה גם הוא נטוע בתפיסות חברתיות.⁵⁵ תחת ההבנות הסוציאליות המשפטיות הקיימות, שלפיהן ציווי כולל את המסר האחרון של המורישה לעולם, מקבלי הירושה ומודריה מבינים הורשה כמשקפת מסר תרבותי העוסק בקשר שלהם אל המורישה. כך, בחירה לנשל את בתה של המורישה ללא סיבה מקובלת חברתית משמעה נישול, הדרה ומסר כי הבת אינה שייכת למשפחה או אינה בת טובה בעיני אימה.⁵⁶ הבנה זו של מקבלי הירושה ומודריה נתמכת במחקרים אמפיריים המצביעים על המשקל הגדול שבני משפחה ומקבלים מייחסים להורשה.⁵⁷

אולם במקרה הרגיל חברה טובה של המורישה שלא קיבלה נתח מהעזובון לא תחוש שהודרה מהמשפחה או מקבוצה חברתית אחרת. ההגדרה של מקבלים בעלי אינטרס בהשתייכות למורישה תלויה בציפיות של מקבלים ושל מורישים, המתעצבות בהתאם להבנות חברתיות של המשכיות דרך קניין. על אף התפקיד של המשכיות כטוב עבור הפרטים המרכיבים אותה, היא אינה מתמצית במערכת היחסים שבין הצדדים.⁵⁸ פרויקט המשכיות הוא בעל משמעות רק באספקלריה חברתית. כלומר, המשכיות בונה קשר תוך הישענות על הבנות חברתיות של משמעותו של הקשר כפרויקט תרבותי שיש לו קיום סמלי מעבר לחיי אדם.⁵⁹ המשכיות דרך קניין מובנית כקשורה למשפחה בחברה הישראלית, ולרוב בתפיסה מצומצמת של משפחה.

52 השו"ע"א 291/91 חברת קדישא גחשא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 525 (1992); עניין אלבז, לעיל ה"ש 5, שם (התייחסות לצוואה כאל המסר האחרון של המוריש, שיש לגשת אליו בראת כבוד).

53 Taylor, לעיל ה"ש 47.

54 שם, בעמ' 33. ראו גם: Michael D. Moberly, *Children Should Be Seen and Not Heard: Advocating the Recognition of a Parent-Child Privilege in Arizona*, 35 ARIZ. ST. L.J. 515, 565-67 (2003).

55 Kreiczer-Levy, *Property's Immortality*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 135-136.

56 שם. עוד ראו קרייצר-לוי "חידת הירושה", לעיל ה"ש 3.

57 Bodil Selmer, *Wills and Inheritance in Danish Blended Families* (lecture and paper delivered at the Onati workshop on Socio-Legal Perspectives on Wills and Inheritance, Orit S. Tykocinski & Thane S. Pittman, (on file with the author) Apr. 26, 2013); *Money Imbued with Essence: How We Preserve, Invest, and Spend Inherited Money*, 35 BASIC AND APPLIED SOCIAL PSYCHOLOGY 506 (2013).

58 Kreiczer-Levy, *Property's Immortality*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 135-136.

59 שם.

עם זאת התוכן של המשכיות עשוי תאורטית לכלול טיפול פיזי או רגשי או קשר המבוסס על העברת ידע.⁶⁰ התוכן של המשכיות תלוי בתפיסות חברתיות.

המשכיות היא פרויקט משותף, וכך גם ירושה כהמשכיות דרך קניין. לכל צד בפרויקט יש תפקיד שונה, וישנה תלות הדדית בין תפקידים אלה.⁶¹ המורשה יוצרת את פרויקט ההמשכיות ומניעה אותו, ולכן המקבלים תלויים בה. ואולם המורשה תלויה במקבליה, כיוון שהם ייצקו תוכן לכירותיה באופן שבו הם יבחרו להשתמש ברכושה.⁶²

על כן, לא נכון להמשיג הורשה כמעשה חד-צדדי. הורשה היא מעשה דו-צדדי שהשליטה בו נתונה למורשה – יוצרת הפרויקט – בכפוף למגבלות מסוימות. ההשלכות המשפטיות של תאוריית ההמשכיות על הורשה הן רבות, אך אציין את החשובות שבהן. ראשית, המשכיות מספקת הצדקה חשובה לחופש הציווי, ומסבירה את תפקידה של צוואה בדיני הירושה כמסר של המורשה.⁶³ שנית, המשכיות מסבירה גם את חשיבותן של מגבלות על חופש הציווי.⁶⁴ שלישי, בעקבות עקרון התלות ההדדית הצעתי במקום אחר להגביל מאוד את יכולת המורשה להתנות הורשה בתנאים.⁶⁵

המשכיות מציעה תאוריה הוליסטית למתח הפנימי בירושה שבין המורשה לבין מקבליה. ואולם כמה רכיבים של התאוריה הופכים אותה למועדת לשערוק של ערכים שמרניים. המשכיות מכירה בכך שהן צוואה וחופש הציווי שעליו היא מושתתת והן האינטרסים של המקבלים נטועים בתפיסות חברתיות של המשכיות. כמו כן, זהות המקבלים שהאינטרס שלהם ראוי להגנה משפטית אף היא תלויה בציפיות חברתיות הנשענות על הבנה מקובלת של המשכיות בחברה נתונה. חשוב לציין כי הבנה מקובלת זו אינה יכולה להישען על נתונים אמפיריים בלבד, ועליה לשלב דיון נורמטיבי העוסק במקום של טיפול, של חברות ושל סיוע הדדי.⁶⁶ מעבר לכך המשכיות מבוססת על הנחות יסוד שמרניות, ובעיקרן ההנחה כי אנשים מעוניינים בהתמודדות עם המוות באמצעות פרויקטים תרבותיים וההנחה כי קניין הוא מוסד משפטי חשוב לכינון המשכיות.

עם זאת ההיבטים החברתיים והנורמטיביים של המשכיות חשובים כיוון שהם מאפשרים להכיר בכך שהמשכיות היא פרויקט משותף הדורש שיתוף פעולה, ושהשתייכות לקבוצה או

60 השוו למשל לשיטת המשפט הסינית, המבוססת על טיפול. ראו Foster, לעיל ה"ש 27.
61 ניתן להשוות את התלות ההדדית לניתוחים בנושא הדדיות בין-דורית. לשיטת רולס, למשל, בין דורות יכולה להתקיים רק הדדיות סדרתית. ראו John Rawls, A Theory of Justice 285 (1971).

62 ראו Shelly Kriczer-Levy, *The Double Function of Inheritance: Rethinking Conditional Bequests*, in *Inheritance and the Right to Bequeath: Legal and Philosophical Perspectives* Kriczer-Levy, *The* (להלן: The) 111 (Hans Christoph Schmidt am Busch et al. eds., 2022).
(Double Function of Inheritance)

63 ראו קרייצר-לוי "חידת הירושה", לעיל ה"ש 3; קרייצר-לוי "חוזי ירושה", לעיל ה"ש 26.

64 קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות" לעיל ה"ש 8.

65 Kriczer-Levy, *The Double Function of Inheritance*, לעיל ה"ש 62.

66 שיקולים של טיפול וסיוע עלו כחלק מהגדרת המשפחה. ראו למשל Laura A. Rosenbury, *Halley; Federal Visions of Private Family Support*, 67 *VAND. L. REV.* 1835 (2014), לעיל ה"ש 42; Kelly, לעיל ה"ש 42.

למשפחה היא מורכבת ואינה יכולה להיות תלויה לחלוטין ברצון המצווה. הישענות מלאה על רצון המצווה כוללת בחובה סיכונים של ירושה מפלה על בסיס מין או נטייה מינית,⁶⁷ ומאפשרת למצווה שליטה מלאה בהגדרות של פרויקט חברתי בעל משמעות משפחתית. בה בעת, היבטים אלה מכוננים המשכיות כערך שמרני שאינו מאפשר שינוי חד בתפיסות מקובלות ודוחה אתגרים להנחות יסוד בדבר מוות, רכוש ומערכות יחסים. על כן, לצד ההגנה על המשכיות, חשוב לזהות הורשה חורגת ולהגן עליה.

3. המשכיות ושמרנות במשפט הישראלי

נוסף על ההמלצות הנורמטיביות הנגזרות מהדיון בהמשכיות, המשכיות היא מסגרת תאורטית לניתוח שיטות משפט שונות.⁶⁸ כלליה של כל שיטת משפט מגלמים איזון שונה בין האינטרס של המורשה בציווי חופשי של רכושה לבין האינטרס של מקבליה. חופש הציווי הוא ערך יסודי בשיטת המשפט הישראלית, המאפשרת למצווה להורות על חלוקת רכושה בהתאם לרצונותיה ולמאווייה באופן חופשי.⁶⁹ לכאורה אפשר להסיק, כי שיטות הורשה המכבדות את חופש הציווי מתחמקות מאיום של שעתוק ערכי ואינן כוללות את הסכנה שנדונה עד כה. זוהי מסקנה שגויה. גם שיטות המגינות על חופש הציווי כערך המרכזי של הורשה מבוססות על אותן הנחות יסוד שמרניות, והן כוללות מנגנונים לטנטיים המגינים על בני משפחה.⁷⁰ שיטת המשפט הישראלית אינה שונה, והיא כוללת כמה כלים ושיקולים המגבילים את חופש הציווי לטובת בני משפחה.⁷¹ הגנה זו שואבת אף היא מציפיות חברתיות ומשיפוט נורמטיבי של מערכות היחסים, ועל כן אוצרת בחובה סיכון דומה לשעתוק ערכי.

67 ראו למשל ע"א 4902/91 גודמן נ' ישיבת שם, פ"ד מט(2) 441 (1995); Prakash v. Singh, [2006] BCSC 1545.

68 Shelly Krecizer-Levy, *Inheritance Legal Systems and The Intergenerational Bond*, 46 REAL PROP. TR. & EST. L.J. 495 (2012) (להלן: Krecizer-Levy, *Inheritance Legal Systems*).

69 ראו לעיל את המקורות שבה"ש 21.

70 Veena K. Murthy, *עוד ראו*, Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, 4 *CARDOZO WOMEN'S L.J.* 105 (1997); Mary Louise Fellows, *In Search of Donative Intent*, 73 *IOWA L. REV.* 611 (1988); Joseph W. deFuria Jr., *Testamentary Gifts Resulting from Meretricious Relationships: Undue Influence or Natural Beneficence?*, 64 *NOTRE DAME L. REV.* 200 (1989); Ray .D. Madoff, *Unmasking Undue Influence*, 81 *MINN. L. REV.* 571 (1997); THOMAS E. ATKINSON, *HANDBOOK OF THE LAW OF WILLS* 139-40 (2nd ed. 1953).

71 הגנה מפורשת על בני משפחה בישראל היא הדרישה לספק מזונות מן העיזבון לבני משפחה נזקקים. אולם הגנה זו היא מצומצמת לילדים קטינים או מוגבלים המוכיחים צורך כלכלי. ראו ס' 56-59 לחוק הירושה. עוד ראו ע"א 393/93 פלוני נ' עזבון לויט (נבו 1994.3.4).

לצד הוראות בדין המגינות ישירות ומפורשות על בני משפחה, ובעיקרן הגנה על זכויות בני זוג מכוח יחסי ממון⁷² ומכוח כללים בדבר מזונות מן העיזבון המפורשים בצמצום,⁷³ ישנה שורה של הגנות לטנטיות על בני משפחה. כללי ירושה על פי דין מגינים על המשפחה במובן הצר, ואף קובעים רף שמולו מורשים ומקבלים פוטנציאליים מעריכים את בחירותיהם.⁷⁴ זאת ועוד, הכללים הללו יוצרים רף נורמטיבי גם עבור בתי המשפט, הבא לידי ביטוי בין היתר כאשר בית המשפט משווה בין הדרישות לעריכת הצוואה לדרישות לביטולה.⁷⁵ גם בדיון בדבר כשרות לצוות בית המשפט בוחן את תפיסת המציאות של המצווה, ופוסל צוואות שנערכו תחת תפיסת מציאות מעוותת, גם כאשר המצווה הבינה היטב את המשמעות של עריכת צוואה והשלכותיה; פסילה זו היא מנימוקים שניתן לפרשם כך שבמקרים הנדונים בפני בית המשפט המצווה אינה ממלאת את תפקידה החברתי בעריכת צוואה.⁷⁶ עוד נטען, כי כללים בדבר השפעה בלתי הוגנת ופרשנות צוואה מאפשרים לבית המשפט לקדם מטרות של הגנה על המשפחה.⁷⁷ גם פסקי דין אשר הכירו בצוואה שנשתכחה, כלומר צוואה שנכתבה שנים רבות לפני מות המורשה ואינה מציינת אדם קרוב לה, נשענים על הנחות הקשורות למחויבות של אדם כלפי קרובי משפחה.⁷⁸

72 ראו ס' 11 (ג) ו-104 (א) לחוק הירושה. עוד ראו שחר ליפשיץ "הסדרה חוזית של יחסי הממון בין בני זוג לעת מוות" הון משפחתי א 33 (2014); שחר ליפשיץ "מיהו בן זוג: הערות להגדרת בן זוג בהצעת חוק הירושה" פורום עיוני משפט מז 1 (2022).

73 ס' 46 לחוק הירושה. ראו למשל ת"ע (תל-אביב) 5070/00 מנור נ' עזבון מנור (נבו 20.8.2002); עניין לויט, לעיל ה"ש 71.

74 ראו למשל Gary, לעיל ה"ש 43. עוד ראו Ronald J. Scalise Jr, *Honor Thy Father and Mother?: How Intestacy Law Goes Too Far in Protecting Parents*, 37 SETON HALL L. REV. 171, (2006) 1736-37; לניתוח מקיף של תפקידם האקספרסיבי של כללי ברירת מחלה, ראו Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996). לתאוריה פילוסופית, ראו Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law: A General Restatement*, 148 U. PA. L. REV. 1503 (2000).

75 דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט"ד (6) 653 (2005). השופט הנדל הסתייג מעמדה זו ככל שהיא חלה על ביטול צוואה בעד אחד. ראו בע"מ 11116-08 פלוני נ' אלמוני (נבו 5.7.2012).

76 ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705 (1994). עוד ראו עניין לישיצקי, לעיל ה"ש 21.

77 בעניין השפעה בלתי הוגנת, ראו Regev-Messalem, לעיל ה"ש 13; בע"מ 4990/12 מ.ז. נ' ח.ז. פס" 8 (נבו 13.11.2012). (השופט הנדל קובע, כי צוואה המפלה באורח בוטה בין שני בנים ללא נתק קודם מעלה סימני שאלה המחייבים לבחון אם הדבר משקף את רצונה האמיתי של המורשה). בעניין פרשנות צוואה, ראו ניתוח אצל קרייצר-לוי "חידת הירושה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 174-177.

78 ת"ע (משפחה חי') 10-13-32072 פלוני נ' אלמוני (נבו 16.5.2017); ת"ע (משפחה פ"ת) 18-06-2640 פלוני נ' אלמוני (נבו 6.3.2020); ת"ע (משפחה כ"ס) 2852/03 ת"י נ' ב"י (נבו 29.1.2012); ת"ע (משפחה ת"א) 16-04-13972 א"ש נ' א"א (נבו 26.3.2017); עמ"ש (מחוזי ת"א) 21-10-55729 פלוני נ' אלמוני (נבו 18.7.2022). מפסקי הדין עולה, כי בית המשפט צריך

כל העילות שנסקרו מצביעות על כך, שלצד הגנה על חופש הציווי הדין היום מאפשר לבתי המשפט לערוך שיפוט נורמטיבי של צוואות בנסיבות מסוימות. תאוריית ההמשכיות מציעה סיבה המבארת את הטעמים המשפטיים לשיפוט שכזה. אפשר לטעון כי הכללים הללו בדבר השפעה בלתי הוגנת ופרשנות צוואה משקפים פגם במערכת הראוי לתיקון, כך שתהיה הגנה חזקה על חופש הציווי. אולם טענה זו מתעלמת מהעקבות שבכללים, מחזקות ומפרשנויות של הדין ומעדויות דומות במשפט ההשוואתי.⁷⁹ עקבות זו מצביעה על כשל בתפיסה הקיימת ועל הקשיים המובנים בשיטה משפטית המתבססת על חופש ציווי באופן המנותק ממחויבות.

ב. חשיבותה של הורשה חורגת

המאמר עוסק במתח שבין שימור לשינוי ובין המשכיות לחידוש.⁸⁰ תאוריית ההמשכיות מדגישה את חשיבותה של הבנה מורכבת של הורשה כפרויקט משותף שהשלכותיו ומטרותיו חורגות מרצון המצווה. עם זאת ישנה המשכיות מובנית ומפורשת במסגרת תרבותית, ולכן יש חשש מתמיד של אכיפת נורמות קיימות. פרק זה מתאר את הסכנה הטמונה בשעתוק ערכי של הורשה, ואת האופן שסכנה זו עשויה להתממש.

ככל שמתרחקים מליבתה של הציבוריות, מתקיימים דפוסי הורשה החורגים מן המוכר ומן המקובל חברתית. דוגמה טובה לכך היא מחקריו של Daniel Monk על הורשה להט"בית באנגליה.⁸¹ מונק מתאר את המודעות הגבוהה של מצווים הומוסקסואלים לחשיבות חופש הציווי בעקבות מגפת האיידס ולאור העדפות הורשה שאינן תואמות את ההסדר המוצע בכללי הירושה על פי דין.⁸² הוא מזהה כמה דגשים חשובים, הסוטים מהממצאים של מחקרים אמפיריים בדבר דפוסי הורשה באנגליה.⁸³ מונק טוען כי העדיפות הראשונה בהורשה להט"בית היא הורשה לבן או לבת זוג. העדפה זו תואמת, על פני הדברים, את הרצון המקובל חברתית, ואולם ישנם כמה הבדלים חשובים. בארץ, כאשר המורשה לא ערכה צוואה, הורשה לבן או לבת זוג מאותו מין עומדת על כרעי תרנגולת. הורשה לבן או לבת זוג מאותו המין במקרה של ידועים בציבור בכללי ירושה על פי דין נשענת על פסק דין של בית המשפט המחוזי, שנקבע במקרה שבו לא היו בני משפחה נוספים שעשויים לרשת.⁸⁴ ברומה לכך, הורשה לבן או לבת זוג מאותו המין שנישאו במדינה אחרת טרם הוכרה במפורש. ניתן לבססה משפטית

להסיק כי הצוואה אינה נותנת משקל מספק למערכות יחסים משמעותית בחייה של המורשה לאור התפיסות המקובלות כיום, ולאחר מכן לקבוע כי הצוואה נשתכחה.

79 ראו Kreiczer-Levy, *Inheritance Legal Systems*, לעיל ה"ש 68.

80 Kronman, *Precedent and Tradition*, לעיל ה"ש 45.

81 ראו Daniel Monk, *Inheritance Families of Choice: Lawyers' Reflections on Gay and Lesbian*

Monk, *Inheritance Families of Choice* (להלן: *Lesbian Wills*, 43 J.L. & Soc'y 167 (2016)

.Daniel Monk, *Writing (Gay and Lesbian) Wills*, 4 Oñati Socio-Legal Series 306 (2014).

82 Monk, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 169.

83 שם.

84 ע"א (מחוזי נצ') 3245/03 ירושת ש"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי

(נבו 11.11.2004).

על פסיקה קודמת המכירה בנישואין שאינם תקפים בארץ לצורך הורשה בלבד,⁸⁵ וכן על פסיקה המחייבת רישום של נישואי בני זוג מאותו המין במשרד הפנים.⁸⁶ על כן, בהתאם לכללי המשפט הישראלי כיום מומלץ כי בני זוג מאותו מין יערכו צוואות. זאת ועוד, Monk מצביע על כך שמצווים ומצוות מורשיים לעיתים לבני זוג לשעבר, שמהם הם נפרדו. פעמים רבות בני הזוג נשארים בקשר חברי קרוב ורואים האחד באחר משפחה לצורך הורשה, בניגוד למקובל אצל זוגות הטרוסקסואלים.⁸⁷

הורשה לילדים של מצווים להט"בים היא מורכבת. רוב המצווים מקפידים להוריש לילדיהם, באופן התואם את הנורמה המקובלת חברתית.⁸⁸ הורשה לילדים ביולוגיים של בן או של בת הזוג תלויה לרוב בשאלת התכנון המשותף של הולדה, ומחייבת עריכת צוואה במקרה שילדים אלה לא אומצו פורמלית.⁸⁹ עם זאת סקירה רחבה לאורך עשורים מצביעה על כך, שמצווים מנשלים לעיתים את ילדיהם מנישואים הטרוסקסואלים קודמים לאחר ניתוק הקשר עם המשפחה.⁹⁰ ממצא מעניין נוסף הוא שמצווים הומוסקסואלים מרבים להוריש לילדי סנדקות. גם במקרים שבהם הקשר אינו רשמי או דתי, ישנו סטטוס של קרבה מיוחדת אל ילדים של חברים קרובים.⁹¹ יחסי קרבה אלה חשובים למצווים אלה יותר מקשרי דם, אך מעניין לציין כי מדובר עדיין בקשרים אנכיים של קרבה בין-דורית.⁹²

ממצא נוסף המבחין הורשה להט"בית מדפוסי הורשה מקובלים היא הורשה לחברים.⁹³ במקרים שבהם משפחות המקור מתנכרות למצווים לאחר היציאה מהארון, הם בוחרים בהורשה המבוססת על קשרים חבריים חזקים כמשפחה חליפית.⁹⁴ תיאור כל הדפוסים הללו מצביע על השינויים בדפוסי הורשה שאנו נתקלים בהם כאשר אנו מתרחקים מהמשפחה המסורתית. הרצון במקרים אלה מאתגר את תפיסת המשפחה, וממצב קשרים של קרבה נבחרת במרכזה של המשכיות דרך קניין.

דוגמה לאופן שהורשה הנתפסת כחריגה עשויה להיכשל במסגרת הדיון המשפטי עולה מניתוח של הורשה בין-גזעית בתקופת מלחמת האזרחים האמריקנית. Kevin Noble Maillard מתאר התנגדויות לצוואה בידי קרובי משפחה לבנים במקרים שבהם המוריש הוריש את נכסיו לבת זוג שחורה ולילדיהם המשותפים.⁹⁵ הניתוח מתמקד בדרום קרוליינה, שהיו בה חוקים גזעניים שונים, בין היתר בהקשר של זוגיות מעורבת. הורשה מסוג זה אתגרה את

85 בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוני, פ"ד סא (3) 726 (2006).

86 בג"ץ 3045/05 בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד סא (3) 537 (2006).

87 Monk, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 180.

88 שם, בעמ' 181-182.

89 לפי חוק הירושה ילדים יורשים רק כילדים ביולוגיים (צאצאים, ס' 10 לחוק הירושה) או כילדים מאומצים (ס' 16 לחוק הירושה).

90 Monk, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 183.

91 שם.

92 שם, בעמ' 185.

93 שם, בעמ' 186-187.

94 שם, בעמ' 189.

95 ראו Kevin Noble Maillard, *Color of Testamentary Freedom*, 62 S.M.U. L. REV. 1783 (2009).

הסדר החברתי. למרות הרצון המפורש המובע בצוואה, קרובי משפחה התנגדו לצוואות מסוג זה ואתגרו את תוקפן החוקי תוך שימוש בעילות כגון חוסר כשרות והשפעה בלתי הוגנת.⁹⁶ Maillard טוען שזוהי דוגמה לאופן שחופש הציווי מוגבל במקרי הורשה לא-מסורתית.⁹⁷ דוגמאות אלה מצביעות על הסכנות הטמונות בהגבלה של חופש הציווי ובישופוט נורמטיבי של בחירות משפחתיות בקהילות שאינן חלק מהזרם המרכזי. בחירות אלה מאתגרות בין היתר את ההנחה שהמשכיות בין-דורית מחייבת קשר אל ילד שהמורשה גידלה בעצמה.⁹⁸ הן מאתגרות גם את התפיסה כי פרידה בין בני זוג משמעה סוף למערכת היחסים.⁹⁹ הבנות אלה יכולות לתרום לגיבוש גמיש ודינמי של תפיסות המשכיות. ואולם בדין הקיים רצונות אלה נחסמים לעיתים. שתי עילות מרכזיות משמשות לפסילה של חריגות נורמטיביות בצוואות – כשרות לצוות והשפעה בלתי הוגנת. השפעה בלתי הוגנת וחוסר כשרות לצוות הן עילות של פסלות צוואה, ומטרתן המוצהרת היא להגן על רצון המצווה. עילת ההשפעה הבלתי הוגנת נועדה למנוע מקרים של הכפפת רצונה של המורשה אל רצון המשפיעה כאשר ההשפעה היא בלתי הוגנת.¹⁰⁰ הכלל בדבר כשרות לצוות קובע, כי "צוואה שנעשתה על ידי קטין או על ידי מי שהוכרז פסול-דין או שנעשתה בשעה שהמצווה לא ידע להבחין בטיבה של צוואה – בטלה". הפסיקה פיתחה מבחנים כדי לזהות מתי ובאילו תנאים מצווים אינם מבחינים בטיבה של צוואה ובהשלכותיה.¹⁰¹ שתי העילות הללו הן עילות שסתום המשרטטות מרחב שיקול דעת רחב לבית המשפט, והמאפשרות הלכה למעשה לערוך שיפוט נורמטיבי של תוכן הצוואה.

השפעה בלתי הוגנת משמשת אם כן לפסילה של צוואות כאשר המצווה אינה עומדת במחויבות כלפיה מקבליה.¹⁰² עם זאת העילה משמשת חסם לציווי החורג מהנורמה החברתית המגדירה מערכות יחסים נורמטיביות להורשה. כך למשל, בתי משפט בארצות הברית השתמשו בעבר בעילת ההשפעה הבלתי הוגנת במקרים של הורשה ליחסים שהוגדרו כיחסי פריצות.¹⁰³ המונח התייחס למערכות יחסים זוגיות שהתקיימו מחוץ לנישואין. במסגרת זו נפסלו בעבר בארצות הברית צוואות שבחרו להוריש לבן זוג מאותו מין¹⁰⁴ או צוואה שבה המצווה הורשה את רכושה לגבר הצעיר ממנה בשנים רבות.¹⁰⁵ בדומה לכך, עילת הכשרות לצוות משמשת כדי לפסול התנהגות הנתפסת כלא-נורמטיבית. מחקרים מצביעים על כך, שפסילת צוואה עקב חוסר כשרות של קשישים עולה במקרים

96 שם.

97 שם.

98 Monk, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 183-185.

99 שם, בעמ' 180.

100 ראו עניין גודמן, לעיל ה"ש 67.

101 עניין קרן לב"י, לעיל ה"ש 76.

102 ראו לעיל ה"ש 33, 71 ואת הטקסט הנלווה.

103 deFuria, לעיל ה"ש 70.

104 ראו שם, בה"ש 7 למאמר (דיון בעניין 20 App. Div. 2d 464, 247 *In re Kaufmann's Will*, (N.Y.S.2d 664 (1964)).105 שם, בה"ש 7 למאמר (דיון בעניין 227 So. 2d 829 (Miss. 1969) *Holland v. Traylor*).

Susanna Blumenthal¹⁰⁶ עוומת צוואה קודמת. סוענת במחקרה ההיסטורי, כי בתי המשפט נדרשו להכריע אם צוואה חושפת פגם מוסרי, חוסר יציבות נפשית או אקסצנטריות כלכד.¹⁰⁷ בתי המשפט החלו לפתח כלים כדי להעריך נורמטיבית צוואות, בין היתר באמצעות בחינה אם ההורשה היא הגיונית, טבעית או תואמת את הסדר החברתי המקובל.¹⁰⁸

חלק מהתפיסות המוצגות בפרק זה נראות מיושנות היום, כאלה שאבד עליהן הכלח. אולם הסכנה הטמונה בהן לא היטשטשה, והיא השימוש של בתי משפט בעילות מסוימות על מנת לחסום הורשה המאגרת נורמות חברתיות מקובלות. עילות אלה אוצרות בחובן סיכון מטבע הגדרתן, כיוון שהן דורשות מבתי משפט להגדיר את טיבו ואת גבולותיו של רצון חופשי. בתי משפט צריכים להיות מודעים לסיכון זה וזהירים בהפעלת הדוקטרינות הללו. עם זאת חשוב להבחין בין שני סוגי אתגרים שהורשה חורגת מציבה. הסוג הראשון עוסק בתוכנה של המשכיות. אלה הם אתגרים שמציבה למשל הורשה במשפחות להט"ביות. אתגר מסוג זה מציב הגדרה חדשה למשפחה ורגשים שונים בהערכת קרבה למורשה. דיני ירושה יוכלו להתמודד עם האתגר בעזרת הגדרות גמישות יותר, הכרה בתצורות משפחה מגוונות, שימת דגש על מערכת היחסים שבין הצדדים ושימוש באמות מידה מהותיות. מסקנה זו נכונה במיוחד במקרים שמשפחת המקור אינה מקבלת את מערכות היחסים המשמעותיות בחיי המורשה, ולכן היא מנושלת.¹⁰⁹ זהו אתגר לא קל, אך הספרות המשפטית עוסקת בהגדרות המשתנות של המשפחה בתחומים שונים ובכללם גם בדיני הירושה.¹¹⁰ האתגר דורש מודעות מתמדת לסיכון, אך ניתן להכילו גם במסגרת מושג ההמשכיות. המשכיות אינה רק המשכיות המבוססת על קשרי דם, אלא היא כוללת המשכיות של ה"אני" ושל מקבלים כפי שהצדדים מבינים את המחויבות שלהם וכפי שהיא מובנת חברתית. עם זאת ההבנה החברתית אינה חייבת להצטמצם להבנה המקובלת בורם המרכזי, אלא גם ובעיקר לקהילה של המורשה ושל המקבלים. באמצעות קריטריונים העוסקים בקרבה, בעזרה הדדית ובטיפול¹¹¹ אפשר להתמקד במערכת היחסים עצמה ולא בקטגוריה המשפטית שאליה היא משתייכת.

סוג האתגר השני עומד במרכז מאמר זה, ועוסק בדוגמאות המאגרות את הנחות המוצא של ערך המשכיות. בכך יעסוק הפרק הבא. במקום לדון בתוכן, מקרי המבחן שבמרכז הפרק הבא מציעים לחשוב מחדש על מטרותיו של ערך המשכיות, על רכיבי היסוד שלו ועל נחיצותו. הם מציבים אתגר גדול יותר, הראוי לכותרת "הורשה חורגת". אף מקרים אלה עשויים להיפסל בידי בית המשפט באותן עילות – חוסר כשרות והשפעה בלתי הוגנת. עקב חשיבותו של אתגר זה לרפלקציה מתמדת על מקומה של המשכיות בחברה, אציע להכיר בחשיבות של רדיקליות בהורשה, ולהיזהר משימוש בעילות החוסמות במקרים אלה. המבחן במקרים אלה הוא אם המקרה מציב אתגר המעורר חשיבה מחדש על גבולות כוחה

Kenneth I. Shulman, Carole A. Cohen & Ian Hull, *Psychiatric Issues in Retrospective* 106
Challenges of Testamentary Capacity, 20 INT'L J. GERIATRIC PSYCHIATRY 63 (2005)

Blumenthal, לעיל ה"ש 1.

שם, בעמ' 963.

Monk, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 183.

ראו את המקורות שבה"ש 43 ו-44.

ראו למשל Halley, לעיל ה"ש 42; Kelly, לעיל ה"ש 42.

של המשכיות ועל החשש הנעוץ בה לסטגנציה ערכית. על מנת להבהיר את מהות האתגר אעסוק בפרק הבא בצוואות אקסצנטריות, הסוטות מן הנורמות הציבוריות, שאינן מאתגרות את הנחות היסוד בדבר המשכיות.

שני האתגרים הללו מצביעים על קושי מובנה בערך המשכיות. קידום פרויקטים תרבותיים לאחר המוות מלווה בהנצחת הקיים ובשעתוק ערכי. הנצחת הקיים מתבטאת בזיהוי מערכות היחסים שבבסיס המשכיות, כפי שהדגים פרק זה, אך גם בשאלת חשיבותה של המשכיות, תנאיה ורכיביה, כפי שידגים הפרק הבא. המשכיות מבוססת כאמור על ההנחה כי קניין הוא מוסד משפטי חשוב לעיצוב זהות והמשכיות, וכי התמודדות עם המוות באמצעות פרויקטים תרבותיים הוא מאמץ בעל ערך חברתי. אלה הן הנחות המועדות להנצחה של תפיסת עולם ושל מבנה חברתי קיימים. בעוד האתגרים הללו מצביעים על הקשיים שבערך המשכיות, הם אינם מפחיתים מחשיבותו. המשכיות מבהירה כי למורישה יש תפקיד – יצירת פרויקט המשכיות – שהוא פרויקט משותף לה ולמקבליה.¹¹² המשכיות גם מסבירה מדוע חופש הציווי הוא נקודת מוצא חשובה לדין, ומדוע חשוב לאפשר למורישה להביע את חזון המשכיות שלה, גם כאשר רצון זה הוא אידיוסיןקרטי. הגבולות המשכיות מציבה לרצון נובעים מההבנה של חופש הציווי כתפקיד ולא כביטוי של האוטונומיה בלבד. בחירה המושפעת מנקמנות, מקטנוניות או מהתעלמות מוחלטת מצורכי המשכיות של מקבלים מועלת בתפקיד זה.¹¹³ הבנה של חשיבותה של המשכיות ושל הסכנות הטמונות בה יאפשרו לשפר את הדין, ולהכיר בה בעת בתפקיד של המורישה ובמטרות של הורשה חורגת.

ג. הורשה חורגת כאתגר להמשכיות – מקרי מבחן

הורשה חורגת מערערת את יסודותיה של המשכיות כפרויקט תרבותי היוצר משמעות מול פני המוות. היא מאתגרת מושכלות יסוד בדבר מטרותיה של הורשה וחשיבותה בביסוס המשכיות, התמודדות עם המוות וכינון מערכות יחסים. בפרק זה אציג שלושה מקרי מבחן, שכל אחד מהם מציע אתגר שונה להמשכיות. הדיון במקרי המבחן נועד להבהיר את טיבה של ירושה חורגת, לבאר את האופן שבו היא מציבה אתגר להמשכיות ולצקת תוכן לאתגר הנורמטיבי והתאורטי שהיא מציבה. עם זאת אין בכך כדי לטעון טענה אמפירית בדבר היקפה של ירושה חורגת או לנעוץ מסמרות בסוגים אפשריים של ירושה חורגת.

מקרה המבחן הראשון עוסק בציווי המתגר את חשיבותה של המשכיות עבור המצווה והמתבטא בבחירת יורשים אקראית. מקרה המבחן השני עוסק בצוואת מתאבד הנערכת מול פני המוות, ומתמקד במתח שבין המשכיות לניתוק בנסיבות המוות. בהתאם לתאוריית המשכיות, צוואה יוצרת פרויקט המשכיות כיוון שהמוות הוא גורם המנתק קשר. במקרים של צוואה הכרוכה בהחשת המוות נראה על פני הדברים כי ההצדקה להמשכיות כגורם מקשר חלשה יותר. מקרה המבחן השלישי עוסק בציווי הכורך חזון של המשכיות בשיקולים עסקיים, כאשר מדובר בהורשה למטפלים בשכר. כל אחד ממקרי המבחן הללו מציב סימן

112 קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות", לעיל ה"ש 8.

שאלה סביב מקומה של המשכיות כפרויקט תרבותי בעל ערך משפטי. אף על פי כן ובשל כך אטען, כי מקרי מבחן אלה חשובים לדיני הירושה וכי יש לאפשרם.

1. אינדיבידואליות רדיקלית – בחירת יורשים אקראית

מקרה המבחן הראשון הוא בעניינו של האריסטוקרט הפורטוגלי לואיס קרלוס דה נורונה קברל דה קמרה, אשר מת עירי. ¹¹⁴ לואיס קרלוס בחר בשבעים מוטבים בצוואתו בבחירה אקראית מתוך ספר הטלפונים של ליסבון. הוא לא יידע את הזוכים מראש ולא יצר קשר עימם, אף שהצוואה נערכה שלוש עשרה שנים לפני מותו. המוטבים גילו על זכייתם רק כאשר פנו אליהם מבצעי צוואתו לאחר מותו. זוהי צוואה ייחודית המשקפת רצון אידיאליסטי. ללואיס קרלוס לא היו קרובי משפחה, אך הוא היה יכול לבחור להוריש את כספו לארגון צדקה או לעמותה המקדמת פעילות מסוימת החשובה לו. ¹¹⁵ הוא היה יכול להוריש את רכשו למכרים קרובים, לחברים או לשכנים. ¹¹⁶ כל אלה הן אפשרויות נורמטיביות לאדם עירי המבססות קשר של המשכיות. הוא היה יכול שלא לערוך צוואה כלל, כך שרכושו היה עובר במותו למדינה. ¹¹⁷ גם זו אפשרות מקובלת נורמטיבית. ואולם צוואתו מחלקת את רכשו בלי לאשרר ולהמשיך מערכת יחסים קיימת, ובלי לקדם מטרות המשקפות את ה"אני" הקיים או אפילו את ה"אני" המדומיין והאידיאלי שאליה הוא שואף. ¹¹⁸ לואיס קרלוס אף לא השתמש בצוואה כדי לנסות וליצור קשר עם מוטביו במהלך חייו. צוואה זו היא מעשה חתרני, כיוון שהיא מצביעה על האבסורד שבמאמצי המשכיות של ה"אני" לאחר המוות. צוואתו מאתגרת את הנחות היסוד של הורשה, שלפיהן המשכיות והשארית חותם בעולם הם מאמצים בעלי חשיבות. האציל הפורטוגלי השתמש בכללי המשחק של מוסד הירושה על מנת להציג את מטרותיו באופן מגוחך.

אפשר לפרש את האתגר הטמון בצוואה זו בצורה מתונה יותר. לואיס קרלוס שיער, כי לאחר מותו שבעים הזוכים יוקירו לו תודה ויבקשו ללמוד על פועלו. בבחירתו להוריש להם את רכשו הוא יצר עימם קשר חד-צדדי, קשר שכל כולו יתקיים לאחר מותו. פרשנות זו אינה קוראת תיגר על חשיבותה של המשכיות, אלא מאתגרת את ההנחה כי המשכיות משקפת מסר המבוסס על חיי המוריש ונותנת תוקף לקשרים ולמטרות שהיו חשובים לו במהלך חייו. הפרשנות הרחבה יותר של הציווי, שלפיה הצוואה מאתגרת את חשיבותה של המשכיות כערך משפטי, חשובה במיוחד כיוון שהיא חושפת קושי מובנה בדיני הירושה כיום. פרטים

114 לדיווח על המקרה, ראו Jackson, לעיל ה"ש 15.

115 Pamala Wiepking, Wendy Scaife, & Katie McDonald, *Motives and Barriers to Bequest Giving*, 11 J. CONSUMER BEHAV. 56 (2012); James Andreoni, *Impure Altruism and Donations to Public Goods: A Theory of Warm-Glow Giving*, 100 ECON. J. 464, 464 (1990).

116 השווה Monk, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 186-187.

117 John V. Orth, *Escheat: Is the State the Last Heir?*, 13 GREEN BAG 2d 73 (2009).

118 היכולת של אדם לשנות את דעתו, את מטרותיו ואת אמונותיו היא חלק מתפיסה ליברלית של ה"אני" המתפתח. ראו למשל, Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contract*, 92 YALE L.J. 763 (1983).

בעלי רכוש אינם יכולים לבחור שלא להיות מורשים.¹¹⁹ אף שחובה זו אינה מצוינת במפורש בדין, הלכה למעשה ישנה חובה להוריש. מורישה יכולה לערוך צוואה. אם לא תערוך צוואה, כללי ירושה על פי דין יחלקו את רכושם.¹²⁰ חלוקה לפי הכללים הללו שהמדינה מציעה נתפסים כמשקפים את רצונה המשוער של המורישה ויוצרים קשר של המשכיות, שכן בעלת הרכוש נתפסת חברתית כמורישה.¹²¹ במקרה של מורישה ערירית ללא קרובי משפחה הזכאים לרשת לפי הכללים – המדינה תירש את הרכוש.¹²² לכאורה מורישה יכולה לערוך צוואה שלפיה היא מנשלת את כל קרוביה כדרך לנתק את עצמה מן המשמעות הסמלית של הפרויקט; אולם צוואה שכזו, המכונה "צוואה שלילית", אינה תקפה במשפט הישראלי,¹²³ האנגלי,¹²⁴ ובחלק ממדינות ארצות הברית.¹²⁵ למורישה אין אפשרות חוקית להחליט כי היא אינה רוצה להיות חלק מהורשה ומפרויקט של המשכיות. המקרה היחיד שמנוחה לא תהיה מורישה הוא כאשר אין לה קניין כלל. במילים אחרות, אדם יוכל להתנתק מדרך זו של המשכיות רק במקרים שאין לו גם בחייו את הארטיפקט המשפטי המבסס את הסוג המדובר של המשכיות. מסגרת משפטית זו מאירה את הבחירה של האריסטוקרט הפורטוגלי באור חדש. בשיטה משפטית שבה אין אפשרות לבחור שלא להוריש, הרי בחירה להוריש הורשה אקראית לחלוטין משקפת אמירה פוליטית. בחירתו היא דחייה של פרויקט המשכיות דרך

119 ראו Shelly Krecizer-Levy, *The Mandatory Nature of Inheritance*, 53 Am. J. Juris. 105 (2008).

120 ס' 10-17 לחוק הירושה. ס' 2 לחוק הירושה קובע, כי "היורשים הם יורשים על פי דין או זוכים על פי צוואה; הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה".

121 ראו עניין קרן לב", לעיל ה"ש 76, בעמ' 725 (השופט חשין קבע, כי "חלוקת עיזבון כפי שנקבעה בחוק הירושה – וזו גם משפט הירושה בכל אתר ואתר – אמורה לשקף את רצונו המשוער של הפרט באשר לחלוקת רכושו לאחר מותו, והוא הרצון הממוצע" של בן החברה. חוקה אפוא על אדם במקומותינו, כי באין צוואה המורה אחרת, מבקש הוא לחלק את רכושו לאחר מות כדבר חוק הירושה").

122 המדינה נחשבת כיורשת, והורשה למדינה היא חלק מכללי ירושה על פי דין. ראו ס' 17 לחוק הירושה ("באין יורש לפי הסעיפים 10 עד 16, תירש המדינה כיורשת על פי דין"). עוד ראו, שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה – 1965 כרך א: פרשנות לסעיפים 1-55, 175 (התשנ"ב) ("המדינה מהווה סוג שלישי של יורשת על פי דין, בנוסף לקרובי דם ובן זוג"). שילה מסביר, כי ישנן מדינות שבהן נכסי המוריש מוכרזים כנכס ללא בעלים והמדינה זוכה בהם לאחר מכן, אך בישראל המדינה מוגדרת כיורשת על פי דין (שם, בעמ' 78).

123 ראו ע"א 122/86 שפיר נ' קליבנסקי, פ"ד מד(1) 738 (1990); רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97 (1999) (נקבע שצוואה חייבת להורות מי יירש, ושהיא אינה יכולה לכלול רק הוראות שליליות); בעניין לישיצקי, לעיל ה"ש 21, הסתייג בית המשפט בהערת אגב מהלכה זו במקרה של צוואה שכל הוראותיה מדירות, שכן היא לא דרשה הכרעה באותו המקרה.

124 בדין האנגלי צוואה שלילית תקפה רק אם נשאר לפחות יורש על פי דין אחד שעשוי לרשת את המורישה. ראו J. Andrew Heaton, *The Intestate Claims of Heirs Excluded by Will: Should "Negative Wills" Be Enforced?*, 52 U. Chi. L. Rev. 177 (1985); *In re Wynn* [1984] 1 WLR 237, 240-41 (ch. 1983).

125 RESTATEMENT OF LAW (THIRD) OF PROPERTY (WILLS AND OTHER DONATIVE TRANSFERS) §2.7 reporter's note 1 (Am. Law. Inst. 2003).

קניין ושל יסודותיו כפי שהם מובנים כיום. לואיס קרלוס השתמש בכללי ההורשה המקובלים כדי לחשוף את החיוב הגלום בהם להוריש. זוהי אמירה חשובה, וראוי שהמשפט ייתן לה מקום. אנו זקוקים להורשה חורגת מסוג זה כדי לעודד את מעצבי המשפט לחשוב מעת לעת על יסודותיה של המשכיות, על ערכה המשפטי ועל התאמתה לצרכים החברתיים. לכאורה אין עילה משפטית העשויה לשלול את תוקף צוואתו של לואיס קרלוס דה נוורונה קברל דה קמרה. עם זאת צוואה מסוג זה עשויה להיות חשופה להתנגדויות. הבה נניח לצורך הדיון שללואיס קרלוס יש קרובי משפחה, למשל אחים או אחיינים. לאחר מותו הם מגלים על צוואה המחלקת את רכושו לזוכים שנבחרו בבחירה אקראית. הם יוכלו לפנות לבית המשפט בטענה שאת הצוואה כתב מצווה בלתי כשיר.¹²⁶ כך הם יוכלו לטעון שהורשה לזוכים אקראיים משקפת חוסר יכולת להבחין בטיבה של הצוואה, ובין היתר חוסר יכולת להכיר בהשלכות תוצאותיה של הצוואה על קרובי המשפחה.¹²⁷ הכרה בחשיבותה של הורשה חורגת תדרוש מבית המשפט לנקוט משנה זהירות בעת בחינת טענות בדבר כשרות והשפעה בלתי הוגנת במקרים אלה.

אפיק נוסף שדרכו צוואה מסוג זה עלולה להיפסל היא באמצעות כללי תקנת הציבור.¹²⁸ לפי סעיף 34 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, בית המשפט מוסמך לפסול הוראות בצוואה אם הן לא-חוקיות, לא-מוסריות או בלתי אפשריות. הפסיקה הרחיבה הוראה זו וכללה בה גם פסילת הוראות הסותרות את תקנת הציבור.¹²⁹ למסגרת משפטית זו יש חשיבות כאשר עוסקים בהורשה חורגת. הכרה בהורשה חורגת תאפשר לבית המשפט לשקול את חשיבות האתגר הטמון בה כשיקול נגד פסילה באמצעות כלל של תקנת הציבור.¹³⁰ לסיכום נקודה זו, על אף אפשרויות בדין לפסול צוואה שכזו, בחירה באחת מהאפשרויות הללו תהיה שגויה. חשוב לכבד בחירות המעוררות מחשבה על כוחה של המשכיות ועל הפוטנציאל השמרני שבה, ובמקרה זה בחירות המאירות את החיוב הגלום בה. לו היו לאותו אציל קרובים או חברים בעלי אינטרסים הראויים להגנה, ייתכן שהיה צורך לשקול אם צוואתו עמדה בתפקידה החברתי מול קרוביו. אולם ניתוח משפטי המבוסס על המשכיות חייב להביא בחשבון גם את חשיבות האתגר שצוואה זו מעוררת, ולתת לה תוקף משפטי לכל הפחות בחלק הארי של רכושו. צוואתו של לואיס קרלוס היא ייחודית כיוון שהיא פועלת במסגרת כללי המשחק הקיימים, המבוססים על העברת קניין לאחר המוות למוטבים, על מנת לאתגר את יסודותיה של המשכיות. בכך כוחה וחשיבותה עבור המשפט.

126 ראו את הריון אצל Blumenthal, לעיל ה"ש 1.

127 ראו עניין קרן לב"י, לעיל ה"ש 76.

128 ס' 34 לחוק הירושה. שילה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 297.

129 ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772 (1989).

130 ע"א AES System Inc 6601/96 נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861 (2000) ("כאשר התנגשות זו מתרחשת בגדריו של המשפט הפרטי – ובענייננו, בקביעת היקפה של 'תקנת הציבור' – היא נפתרת על-פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים המתנגשים. איזון זה נקבע על-פי המשקל היחסי של הערכים והאינטרסים המתחרים בגדריו של המשפט הפרטי").

2. צוואת מתאבד ושליטה ברגע המוות

מקרה המבחן השני עוסק באופן שבו מתרחש המוות, כאשר המוות אינו אירוע לא-מתוכנן ולא-רצוי. צוואות של מתאבדים מעוררות אתגר להמשכיות בייחוד כאשר עסקינן בציווי הכרוך במעשה ההתאבדות. ואולם טרם הדיון בהתאבדות יש להבין את מקומו של המוות ואת חשיבותן של נסיבות המוות ביצירת המשכיות לאחר המוות. המשכיות נועדה להעניק משמעות אל מול סופיות הקיום.¹³¹ המשכיות, אם כך, מכוננת ארטיפקטים תרבותיים שקיומם חורג מקיום קונקרטי של חיי אדם, אולם הסיבה לחשיבותה נעוצה במוות. המוות קובע סוף ברור לפרויקטים של פרטים – תרבותיים, חברתיים או גשמיים – וכך יוצר קושי לא רק עבור הפרט המתמודד עם מותו, אלא גם עבור אנשים הנמצאים בקשר קרוב עם אותו פרט.¹³² מוות קוטע הן את תפיסת ה"אני" והן את מערכות היחסים של ה"אני", והמשכיות היא גשר תרבותי שמטרתו להקל על קרע זה.¹³³ לפיכך להמשכיות יש תפקיד דו-צדדי – עבור המורשה ועבור האנשים הקרובים אליה. המשכיות כוללת ארטיפקטים תרבותיים שונים – מכתבת ספר, טיפול באחר, חינוך ועד לאומנות. המשכיות דרך קניין היא ביטוי משפטי אחד של המשכיות.

בדיון התאורטי בהמשכיות עד כה לא נדרשתי לשאלה של השפעת נסיבות המוות על מטרותיה של המשכיות. לכאורה, כיוון שהמוות הוא בלתי נמנע, והצורך בהמשכיות עולה בכל מקרה ומקרה, הרי אין חשיבות לאופן המוות. זוהי תפיסה של המשכיות כמגיבה לאיום הקיומי של המוות. עם זאת תפיסת המוות של אינדיבידואלים מצביעה על כך שמסקנה זו היא נמהרת. מחקר שעסק בדפי הנצחה שנוצרו ברשת החברתית פייסבוק מצביע על החשיבות החברתית של נסיבות המוות.¹³⁴ דפי הנצחה הם דרך להתמודדות עם אבל בשיתוף הציבור, שמטרתה ליצור ארטיפקט של המשכיות מסוג הנצחה דיגיטלית. בניגוד לאבל של אנשים שהכירו את המנוחה המובע בפרופיל אישי או בקבוצת פייסבוק, דפי הנצחה נועדו ליצור הנצחה במעגלים רחבים יותר, ולכנות נוכחות ציבורית של המנוחה. נוכחות ציבורית זו כוללת מעורבות דיגיטלית של אנשים זרים שלא הכירו את המנוחה. על מנת להנציח במרחב הציבורי את המנוחה אשר לא הייתה דמות ציבורית בחייה, דפי הנצחה משתמשים בהיבט ייחודי באופן המוות.¹³⁵ דוגמאות לכך הם חיילים שנהרגו במילוי תפקידם, אישה שנרצחה בידי בעלה או התאבדות לאחר חרם. במקרים אלה נסיבות המוות מאפשרות לתת תוקף ציבורי לאבל פרטי. המחקר מצביע אם כן על כך, שנסיונות המוות חשובות לביסוס המשכיות במרחב הדיגיטלי כאשר יש רצון לקדם את האבל במישור הציבורי ולתת משמעות חברתית רחבה לאדם שאבד.

זאת ועוד, תאוריה במדעי החברה הנקראת TMT) Terror Management Theory) טוענת, כי מודעות למוות יוצרת פחד קמאי שאפשר להתמודד עימו באמצעות פרויקטים שיוצרים

131 ראו למשל Lifton, לעיל ה"ש 44; Kronman, *Precedent and Tradition*, לעיל ה"ש 45.

132 ראו את הדיון שלידי ה"ש 47-50.

133 ראו למשל Lifton, לעיל ה"ש 44; Kronman, *Precedent and Tradition*, לעיל ה"ש 45.

134 Sarit Navon & Chaim Noy, *Like, Share, and Remember: Facebook Memorial Pages as Social Capital Resources*, 28 J. COMPUTER-MEDIATED COMMUNICATION 1 (2022)

135 שם, בעמ' 2.

משמעות. התאוריה מכוונת למנגנונים של כינון תפיסת עולם תרבותית, של גיבוש הערכה עצמית ושל קיומן של מערכות יחסים בעלות משמעות.¹³⁶ תפיסת עולם תרבותית כוללת סט של אמונות שמספקות תשובות בנוגע לחיים, שמכוננות סטנדרט התנהגותי ראוי ואף מספקות אפיק להשגת אלמוות.¹³⁷ מנגנוני הגנה אלה מאפשרים לאנשים להשיג אלמוות סימבולי, כיוון שהם מחברים אותם לדבר שהוא בעל משמעות רחבה יותר מהקיום שלהם, ולכן הם נקראים "הורפי חרדה" (anxiety buffers). בשל כך, מי שהתעוררה אצלם חרדת מוות נצמדים לתפיסות עולם תרבותיות רווחות, ונוטים לפעולות קונפורמיסטיות התואמות את הלך הרוח התרבותי.¹³⁸ דוגמה מקובלת בספרות עוסקת בשופטים אשר מזכירים להם בבוקרו של יום את סופיות הקיום באמצעות שיחה בנושא ביטוח חיים, הנוטים להשית עונשים גבוהים יותר על עבריינים בפשעים הנתפסים כמאתגרי הסדר החברתי, כגון עבירות זנות.¹³⁹ שילוב של תובנות אלה עשוי להסביר מדוע נסיבות המוות עשויות להשפיע על המשכיות. כאשר מדובר במתאבדים ובמוות רצוי או מוזמן בידי המנוחה עצמה, הרי נסיבות המוות מאתגרות את ההנחה כי המוות הוא איום קיומי. חשוב לציין כי התאבדות הכרוכה במוות כוללת קשת רחבה של מקרים, ובחלקם המוות נתפס תרבותית כבלתי נמנע בשל מחלה סופנית או קושי גדול. סעיף זה של המאמר עוסק במקרים הנתפסים כמוות פתאומי ולא צפוי. נוכחנו כי לנסיבות המוות יש חשיבות לצורך הרחבת מעגל הממשיכים בעיצוב זיכרון דיגיטלי. אומנם המחקר האמור עוסק בהנצחה דיגיטלית, אך הוא מאשש מסקנה תאורטית רחבה יותר. נסיבות המוות עצמן נושאות מסר חברתי וציבורי הקשור להמשכיות, לעוצמתה ולהיקפה. מסר זה עשוי להיות צר או רחב מבחינת הנמענים המיידים שלו ומבחינת השפעתו החברתית, ולקבל משמעות שונה בהקשרים שונים. במקרה של צוואת מתאבד הכרוכה ברגע המוות, הרי התאבדות מתריסה כנגד המאמצים לשמר משמעות חברתית מול פני המוות, ולכן מאיימת על הרכיב המרכזי ביותר של המשכיות. בכלים של TMT אפשר לומר כי התאבדות מעוררת חרדת מוות בקרובים למנוחה ואת הנטייה להיצמד לנורמות מקובלות חברתית, גם כאלה הבאות לידי ביטוי בהורשה. היחס החברתי להתאבדות מאשש השערה זו. בעוד שבמאה התשע עשרה התאבדות הייתה עבירה פלילית לכל דבר, כיום היא אינה מעשה פלילי ומשפטית היא אינה אסורה.¹⁴⁰ עם זאת מבחינה מוסרית וחברתית התאבדות

Jeff Greenberg & Jamie Arndt, *Terror Management Theory*, in HANDBOOK OF THEORIES OF SOCIAL PSYCHOLOGY 398 (Paul A.M. Van Lange et al. eds., 2012); Tom Pyszczynski et al., *Terror Management Theory and the COVID-19 Pandemic*, 61 J. HUMANISTIC PSYCH. 173 (2021).

שם. 137

Eric Strachan et al., *Coping with the Inevitability of Death: Terror Management and Mismatch*, in COPING WITH STRESS 114 (C.R. Snyder ed., 2001).

Abram Rosenblatt et al., *Evidence for Terror Management Theory I: The Effect of Mortality Salience on Reaction to Those Who Violate or Uphold Cultural Values*, 57 J. PERSONALITY & SOC. PSYCH. 681-90 (1989).

Shai Lavi, *Autopoiesis, Nihilism and Technique: On Death and the Origins of Legal Paradoxes*, in PARADOXES AND INCONSISTENCIES IN THE LAW 247 (Oren Perez & Gunther Teubner eds., 2006).

עדיין מעוררת קושי, והיא נתפסת כחשודה ולעיתים כמעשה לא-שפוי.¹⁴¹ כיום החשש המוסרי מצוואת מתאבדת בא לידי ביטוי בדין בדלת אחורית. התאבדות היא קטגוריה נפוצה ומקובלת של התנגדויות לצוואה עקב חוסר כשרות לצוות.¹⁴² מתנגדי הצוואה טוענים במקרים אלה כי המצווה אינה שפוייה.¹⁴³ עילת הפסלות של חוסר כשרות משפטית מהווה חסם אפשרי לציווי מול פני המוות במקרה של מצווים מתאבדים.

מעבר לסוגיית הכשרות לצוות, בדיני הירושה הישראליים צוואת מתאבד אינה מעוררת קושי משפטי מובהק. לפי סעיף 23 לחוק הירושה, שכיב מרע ואדם הרואה עצמו בנסיבות המצדיקות זאת מול פני מוות יכול לצוות בעל פה מול שני עדים.¹⁴⁴ בתי משפט נוטים להתייחס בחשדנות לצורה זו של צוואה בשל ספק באמינות הדיווח של העדים.¹⁴⁵ בעניין רכאב דן בית המשפט בשאלה, אם אפשר לראות במתאבד אדם הרואה עצמו מול פני המוות בנסיבות המצדיקות זאת.¹⁴⁶ באותו מקרה שיתף המצווה שני עדים ברצונו בדבר חלוקת רכושו, ולאחר עשרה ימים שלח יד בנפשו.¹⁴⁷ השאלה המשפטית הייתה, אם ציווי הכרוך במוות יזום נכלל בהגדרה של ציווי שנערך מול פני המוות בהתאם לסעיף 23 לחוק הירושה. הפסיקה לא שללה את האפשרות הזו, ונקבע כי יש לבחון בכל מקרה אם המצווה אכן גמר בדעתו לצוות, כיוון ש"לא כל מי שמביע את רצונו ביחס לחלוקת נכסיו לאחר מותו, ובמסיכות זמן כזו או אחרת נוטל נפשו בכפו, מגלה בכך גמירות-דעת לעשות צוואה".¹⁴⁸ הפסיקה לא שללה את תוקפו של ציווי הכרוך במוות יזום.¹⁴⁹ תחת זאת הפסיקה עסקה בשאלה

141 ש.ם.

142 Frederick E. Vars, *Toward a General Theory of Standards of Proof*, 60 CATH. U. L. REV. 1, 13 (2011).

143 Adam McLeod, *A Gift Worth Dying For?: Debating the Volitional Nature of Suicide in Personal Property Law*, 45 IDAHO L. REV. 93 (2008); David Ormerod, *Psychological Autopsies: Legal Applications and Admissibility*, 5 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 1 (2001)

144 ס' 23 לחוק הירושה. ההגדרה כוללת שני רכיבים: המצווה צריך להאמין שהוא עומד למות – זהו רכיב סובייקטיבי, ונסיבות הציווי צריכות להצדיק את תפיסתו הסובייקטיבית – זהו רכיב אובייקטיבי. ראו שוחט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 40. ישנן חמש דרישות לצורת זו של עריכת צוואה לפי הפסיקה: "ראשית, על הטוען לקיומה, שעליו הנטל, להוכיח כי המצווה היה 'שכיב מרע' או 'מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות'. שנית, אמירת דברי הצוואה בפני שני עדים המבינים שפת המצווה. שלישית, רישום זכרון דברים על-ידי העדים וחתומה עליו. רביעית, הפקדת זכרון הדברים בבית המשפט, וחמישית, על הרישום, החתימה וההפקדה להיעשות ככל האפשר בסמוך לאחר שניתן לעשותם... עוד נאמר בעבר, כי יש להוסיף את הדרישה, שאינה כלולה במפורש בסעיף זה אך אין חולק על דבר חשיבותה, 'שלשם קיום צוואה יש צורך להראות שהיתה 'גמירת דעת'". ראו ע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות (נבו 4.10.2006).

145 שילה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 208. לדעת שוחט, הספק בדבר צורה זו של צוואה מתבטא גם בדרישות פורמליות רבות המפורטות בחוק. ראו שוחט, לעיל ה"ש 21, בעמ' 41.

146 עניין רכאב, לעיל ה"ש 16.

147 ש.ם.

148 ראו את דברי הנשיא ברק, שם, בעמ' 921.

149 השופט טירקל הציע לבחון שאלה זו באמצעות שלושה מבחני עזר. המבחן הראשון הוא הזמן שחלף בין אמירתם של דברי המתאבד לבין מעשה ההתאבדות. ככל שהאמירה סמוכה יותר

מהותית שונה, והיא החשש שהעדים – שומעי דברו של המצווה – מפרשים בדיעבד, לאחר מותו, דברים שאמר כצוואתו.

ציווי של מתאבדת מול פני המוות מאתגר את יסודותיה של המשכיות בשני אופנים. ראשית, מעשה הציווי כרוך בהחשת המוות או זימונו. אם צוואה נועדה ליצור פרויקט המשכיות מול פני המוות, הרי הנחת היסוד היא כי המוות הוא גורם מנתק הדורש חיבור מחדש. הנתק הוא הטעם ליצירת פרויקט תרבותי מאחה של המשכיות. אם כך, במקרים של צוואת מתאבדת, המשכיות אינה מובנית כמענה לאיום הקיומי של המוות. כאשר המוות רצוי, הרי ההצדקה להמשכיות כדרך תרבותית לתת משמעות לקיום האנושי נחלשת.

בה בעת, צוואה של מתאבדת מצביעה על כך כי גם פרטים שהמוות אינו מאיים עליהם מיידית עשויים להיות זקוקים להמשכיות. ניתוח זה מאשר את חשיבותה של המשכיות, כיוון שמדובר בצוואה הנערכת מתוך מודעות ברורה למוות ולהשלכות של פרידה מן העולם. שנית, התאבדות מאתגרת את יסודות ההמשכיות עבור המקבלים, קרובי המנוחה, והחברה בכללותה. החשת המוות מעוררת איום על ערך ההמשכיות עבור המקבלים, שתפקידם להמשיך את המצווה. על כן, האיום עוסק לא רק בשאלה אם המצווה ראתה ערך בהמשכיות, אלא בהכרה בצורך לחיבור ולשורשים עבור קרובי המשפחה. במקרים אלה המסר הטמון בצוואה אינו רק מסר של המשכיות אלא הוא כולל גם מסר של ניתוק, כיוון שהמוות זומן בידי המצווה. תחת ביסוס המשמעות המשותפת העולה בדפי הנצחה כאשר נסיבות המוות נושאות ערך ציבורי, צוואת מתאבדת מצמצמת את ההסכמות החברתיות בשל הרתיעה המוסרית מהתאבדות כאשר מניעה אינם מקובלים. במילים אחרות, במקום הורשה שמתחילה פרויקט המשכיות עבור המורשה ועבור מקבליה צוואת מתאבדת חושפת מסר מורכב של המשכיות לצד ניתוק; חלקיו נמצאים במתח זה עם זה.

אם כך, התאבדות מחייבת רפלקציה על משמעות המוות ואפיונו כחלק מפרויקטים של המשכיות. היא מצביעה על נסיבות המוות כגורם חשוב באופן שהחברה ובני המשפחה מקדמים פרויקט המשכיות קנייני לאחר מות המנוחה וכיצד הם בוחרים להנציח אותה, לשמר את זכרה או להשתמש ברכושה. האתגר להמשכיות מצביע על הסכנות שבשמרנות חברתית ומשרטט גבול חשוב להמשכיות. כאשר המוות כרוך בסיבה המעוררת חרדת מוות, הסיכון שבהיצמדות לערכים מקובלים חברתיים גדל, ולצידו גם החשש המוסרי מהתאבדות. ואולם החשיבות של נסיבות המוות מעשירה את ההבנה שלנו באשר ליחס שבין המשכיות למוות. החשת המוות נותנת טעם אחר להמשכיות שאינו חרדה ממוות, כפי שתטען תאוריית ניהול הטרור (TMT), ובמקום זה מציגה מסר מורכב של צורך בהמשכיות לצד הניתוק המיידית. צוואת מתאבדים מעוררת שאלות בדבר מקומו של המוות במסגרת המשכיות. הניתוח של המשכיות דורש, כי בית המשפט ישקול בין היתר את המורכבות של ניתוק ושל התרסה

למעשה תגבר הנטייה לראות בדברים צוואה שבעל פה; ככל שהמעשה מרוחק יותר מן האמירה תיחלש הנטייה לראותם כך. המבחן השני הוא התנהגותו של המתאבד בזמן שחלף בין האמירה לבין המעשה, וכן נסיבות שמהן אפשר ללמוד על הלך נפשו בפרק זמן זה על רקע התנהגותו בעבר. המבחן השלישי הוא אם עולה מדבריו של המתאבד או מהתנהגותו בשעת אמירתם – במפורש או מכללא – הבעה של כוונה לשים קץ לחייו. לצד מבחנים אלה יש מקום לתת את הדעת גם על מניעים אפשריים למעשה ההתאבדות של המנוח. ראו שם, בעמ' 929.

לצד המשכיות. לאור האתגר של צוואת מתאבד מול פני המוות נדרשת תשומת לב יתרה בדיון בטענות חוסר כשרות לצוות במקרים אלה.

3. עסקאות, תשלום והמשכיות

מקרה המבחן השלישי מתמקד בהורשה למטפלים שטיפלו במורישה סמוך למותה וקיבלו תשלום עבור הטיפול. תופעה זו נדונה בספרות ובפסיקה במסגרת העילה של השפעה בלתי הוגנת.¹⁵⁰ פסק הדין המנחה בעילה זו, עניין מרום, עוסק בהורשה של קשיש עירי למטפלת בשכר, רינה מרום, אשר טיפלה בו בביתו כמשך שישה חודשים עד למותו.¹⁵¹ הספרות המשפטית רואה בעילת ההשפעה הבלתי הוגנת עילת שסתום המשמשת לאכיפה ולאשרור של ערכי הגנה על המשפחה.¹⁵² ספרות ביקורתית מתמקדת בהקשר זה בפגיעות של משפחות לא־מסורתיות או בהשלכות החברתיות של שמירה על הרכוש במשפחה.¹⁵³ בכתיבתי ראיתי בעילה זו עילה המקדמת הגנה על המשכיות של מקבלים, אך ביקרתי את אופן יישומה ואת חוסר שקיפותה והצעתי להחליפה בעילה שונה.¹⁵⁴

כאשר עסקינן בהורשה למטפלים בשכר, הדיון בהשפעה בלתי הוגנת מסתבך. מחד גיסא, הצורך בטיפול בקשישים בעולם המודרני נמצא בעלייה מתמדת, וסיפוקו הוא בגדר בעיה חברתית חשובה שעל סדר היום הציבורי.¹⁵⁵ מאידך גיסא, הספרות מצביעה על חשש לניצול ולהזנחה של קשישים כאוכלוסייה פגיעה במיוחד להתעללות כלכלית.¹⁵⁶ בארצות הברית ערכו כמה מדינות שינויים בחוקי הירושה על מנת לחסום מטפלים בשכר מהורשה

150 ראו למשל Regev-Messalem, לעיל ה"ש 13. רגב־מסלם בחנה 71 מקרים של התנגדויות לצוואה לטובת מטפלים בשכר, ומצאה שהצוואה בוטלה ב־68% מהמקרים.

151 ראו את עניין מרום, לעיל ה"ש 17.

152 ראו לעיל ה"ש 32 ו־70 ואת הטקסט שלידן.

153 E. Gary Spitko, *Gone but Not Conforming: Protecting the Abhorrent Testator from Majoritarian Cultural Norms Through Minority-Culture Arbitration*, 49 CASE W. RES. L. REV. 275, 276 (1999); Carla Spivack, *Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished*, 58 U. KAN. L. REV. 245, 245, 246 (2010).
עוד ראו Regev-Messalem, לעיל ה"ש 13.

154 ראו קרייצר־לוי "חידת הירושה", לעיל ה"ש 3.

155 רפנה הקר "טיפול' כקטגוריה חשודה בחוק הירושה הקיים והמוצע – הצעה לתיקון לאור מציאות ההזדקנות המשתנה" פורום עיוני משפט מז (2022). עוד ראו Adam Hofri-Winogradow & Richard Kaplan, *Property Transfers to Caregivers: A Comparative Analysis*, 103 IOWA L. REV. 1997 (2018).

156 ראו למשל Ben Chen, *Elder Financial Abuse: Capacity Law and Economics*, 106 CORNELL L. REV. 1457 (2021); David Horton & Reid Kress Weisbord, *Inheritance Crimes*, 96 WASH. L. REV. 561 (2021). לדיון בפגיעה ובהזנחה שאינה כלכלית, ראו ענת ליפשיץ "בין פגיעות לאוטונומיה: מבט משפטי על קשרים בין־דוריים של זקנים" מחקרי משפט לד 1 (2023).

בדרכים שונות, וליצור תמריצים שליליים להפעלת לחץ על מורשים להוריש.¹⁵⁷ כך למשל, הורשה למטפלים המספקים שירותים בריאותיים או חברתיים למבוגר תלוי שאינו יכול לראוג בעצמו לכריאתו הפיזית או לניהול כספיו מבססת בקליפורניה חזקה כי הצוואה נערכה תחת השפעה בלתי הוגנת.¹⁵⁸ זאת ועוד, מדינות שונות בארצות הברית הכירו בעילה אזרחית של ניצול כלכלי, הכוללת בין היתר קבלת נכסים בירושה תחת השפעה בלתי הוגנת.¹⁵⁹ תזכיר חוק הירושה משנת 2021, שנערך במשרד המשפטים, מציע אף הוא לשנות את החזקה הראייתית בדבר יחסי תלות.¹⁶⁰ כיום חזקת התלות קובעת, שנטל הבאת הראיות עובר לנהנה במקרה שהוכח שהתקיימה תלות מקיפה ויסודית העשויה להביא לשלילת רצון חופשי.¹⁶¹ בתזכיר מוצע לחוקק במפורש חזקה פסיקתית זו, ובה בעת להחריג ממנה את קרובי המשפחה של המורשה. התזכיר מבחין אם כך בין תלות בבני משפחה לתלות באנשים אחרים בסביבת המורשה שאינם קרוביה על פי דין, והוא חשוף לביקורת מוצדקת בדבר אכיפה של נורמות משפחתיות מסורתיות.¹⁶²

עם זאת הדיון חושף מתח בדין בין התועלת שבטיפול לבין הסכנות שבו. מן הצד האחד, טיפול יוצר תלות ומעלה חשש לניצול. מן הצד האחר, טיפול מסור מעורר הכרת תודה מצד המורשה שהיא עשויה להביע בצוואתה.¹⁶³ המתח שבין עידוד טיפול לבין הגנה מפני ניצול הוא חשוב ומורכב, ומעלה שיקולים החורגים מהיקפו של מאמר זה. על כן לא אציע במסגרת זו הצעה משפטית, ותחת זאת אתמקד באתגר הטמון בהורשה למטפלים בשכר ליסודותיה של המשכיות כערך מרכזי בדיני הירושה.

הורשה למטפלים בשכר מעלה שני אתגרים, האחד מתוך והאחר רחב. האתגר המתון נוגע לתוכנה של המשכיות. הורשה למטפלים בשכר סוטה מהנורמות החברתיות המקובלות. היא מעלה את השאלה אם מדובר ברפוס הורשה של אוכלוסייה מסוימת והכרה במשפחה נבחרת, או שהיא מקפלת בחובה איום על האוטונומיה של המורשים.¹⁶⁴ זהו אתגר גדול, בין היתר כיוון שהורשה למטפלים בשכר היא קטגוריה נרחבת מבחינת היקפה ומרכזיותה בדין

157 ראו David Horton & Reid K. Weisbord, *The New Undue Influence*, 2024 UTAH L. REV. 231 (להלן: Horton & Weisbord, *The New Undue Influence*).

158 Cal. Prob. Code § 21380, 21362(a), 21366(a)-(b).

159 Horton & Weisbord, *The New Undue Influence*, לעיל ה"ש 157.

160 תזכיר חוק הירושה, התשפ"א-2021.

161 ראו את עניין מרום, לעיל ה"ש 17, בעמ' 823.

162 ראו למשל הקר, לעיל ה"ש 155.

163 ראו למשל ענת ליפשיץ "מעבר לתלות ולמשפחתיות – מבט בקורתי על דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת בתזכיר חוק הירושה" פורום עיוני משפט מז 15-19 (2022) (המאמר עוסק באוטונומיה של המורשה ובתגמול למטפלת).

164 השו Monks, *Inheritance Families of Choice*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 169.

הציבורי.¹⁶⁵ שאלות אלה יש ליישב במסגרת דיון בתוכן של המשכיות ובהגדרות דינמיות של משפחה ושל שותפים לפרויקט המשותף שהוזכרו בפרק הקודם.¹⁶⁶ אתגר רחב יותר הנוגע ליסודותיה של עילת המשכיות עוסק בעירוב של עסקה כלכלית וחזון המשכיות של המורשה. בין המטפלת למטופלת מתקיימת עסקה כלכלית, שהתשלום עבורה אמור להתבצע בחיי המורשה. לעומת זאת, הורשה מבוססת על קשר שכולל קרבה בין הצדדים, והוא מובן חברתית כמצע לפרויקט המשכיות משותף. ההנחה שביסוד המשכיות היא כי הורשה אינה כוללת תמורה לעסקה קודמת, שכן היא אמורה לשקף מערכת שיקולים העוסקת בחזון המשכיות של המורשה. האתגר הוא אם כך כפול. ראשית, הורשה למטפלים מעוררת חשש כי מדובר בתשלום נוסף עבור טיפול מיוחד ויוצא דופן, שאינו מתקיים במסגרת של יצירת קשר משמעותי המבסס המשכיות. רתיעה זו נשענת תאורטית על חששות מהחפצה של מערכת יחסים ושירותים.¹⁶⁷ הספרות בנושא זה היא ענפה, וכוללת דיונים מורכבים שעוסקים בטיעונים בדבר הסכנות של החפצה לצד ביקורת על הערכת חסר של עבודת טיפול במשפחה.¹⁶⁸ שנית, האתגר עוסק גם בערפול של השיקולים הרלוונטיים שהמורשה אמורה לשקול בעת מילוי תפקידה החברתי כמצווה. שיקולים אלה נוגעים לחזון המשכיות שלה, ועוסקים במטרותיה, באישיותה, בקשריה ובאינטרסים של קרוביה. לעומתם, שיקולים העוסקים בעסקאות נקודתיות בחיי המורשה מקומם במסגרת עסקאות בחיים ולא בצוואה.

סעיף 8 לחוק הירושה, השולל את תוקפן של עסקאות בירושה, מאשש מסקנה זו. הסברתי בעבר כי הסעיף כולל למעשה שתי דרישות:

”דרישה אחת היא שהרצון צריך להיות דינמי, והמצווה צריכה להיות מסוגלת להגיב לשינויים בדעותיה, באורח חייה ובמערכות היחסים שלה. הדרישה השנייה

165 סימן להיקף התופעה מבחינת הדיון הציבורי היא הצעת חוק פרטית שהציע חבר הכנסת מוסי רו כדי להסדיר הכרה בהורשה למטפלים, תוך קביעת תנאים פורמליים מחמירים יותר להבטחת רצון המצווה. ראו הצעת חוק הירושה (תיקון – צוואה לטובת מטפל), התשפ”ב-2022, פ/3523/24. כמו כן ישנם חרשות לבקרים דיווחים באתרי חרשות בנושאים אלה. ראו למשל סמדר שיר “המאבק על הירושה: הקשישה הורשה את כספה למטפל; ידיד המשפחה מתנגד” <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5270040,00.html> (25.5.2018). ynet.

166 ראו לעיל פרק ג.

167 ראו למשל Guy Mundlak & Hila Shamir, *Bringing Together or Drifting Apart? Targeting Care Work as “Work Like No Other”*, 23 CAN. J. WOMEN & L. 289 (2011); MARGARET JANE RADIN, *CONTESTED COMMODITIES* (2001); Pamela Laufer-Ukeles, *Mothering for Money, Regulating Commercial Intimacy*, 88 IND. L.J. 1223 (2013); I. Glenn Cohen, *The Price of Everything, the Value of Nothing: Reframing the Commodification Debate*, 117 HARV. L. REV. 689 (2003); RETHINKING COMMODIFICATION (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005); Martha M. Ertman, *Commercializing Marriage: A Proposal for Valuing Women’s Work Through Premarital Security Agreements*, 77 TEX. L. REV. 17 (1998).

168 ראו למשל Martha A. Fineman, *Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-Sufficiency*, AM. U. J. GENDER SOC. POL’Y & L. 13 (2000).

עוסקת בסוג השיקולים שעל המצווה לשקול. חזון המשכיות ראוי שיישען, לפי תפיסת הדין הישראלי, על שיקולים שעוסקים במערכות יחסים ובמסר של המצווה, ולא בצורך נקודתי הקשור למהלך חייה. אמנם הדין לא מכתב רשימה של שיקולים מותרים, אך חוסר ההכרה בהסכמי ירושה מבטיח תהליך מסוים של קבלת החלטות מול פני המוות ומוודא שהמצווה לא תסחר בחזונה על מנת לקבל שירות או מוצר מסוים.¹⁶⁹

חשוב לציין, כי כלל מסוג זה אינו מאפיין את כל שיטות המשפט ואינו נדרש בשיטת משפט המגינה על המשכיות.¹⁷⁰ עם זאת ההבנה של המשכיות כמנותקת מעסקאות כלכליות נטועה במשפט הישראלי, ומשקפת עמדה בדבר חשיבותו ואופיו של חופש הציור. האיום הגלום בהורשה למטפלים בשכר נעוץ בטשטוש הגבולות שבין עסקה להמשכיות ובין שיקולים המתאימים לחיי המורשה ושיקולים הקשורים למורשתה לאחר מותה. החשש הוא שהמשכיות תוכתם בשיקולים שאינם חלק מהפרויקט המשותף, ועל כן יפגע אופייה הסימלי. חשש זה מבהיר כי גם כאשר תוכן ההמשכיות נקבע בצורה גמישה ותוך התייחסות לשיקולים נורמטיביים, הרי ההגדרה של מקבלים עשויה לאתגר את הנחות היסוד שבבסיס המשכיות. הורשה למטפלים מאיימת על ההנחה שהמשכיות היא פרויקט תרבותי המבוסס על קרבה, על דאגה או על מטרת משותפת, ולעולם לא על סחר חליפין. הבחירה בכלל משפטי במסגרת עילת ההשפעה הבלתי הוגנת דורשת איזון בין כמה רכיבים – הכרה בדינמיות של תוכן ההמשכיות ובחשיבות של המצווה כיוצרת פרויקט ההמשכיות, עידוד הטיפול לצד החשש מניצול כלכלי, וחשיבותה של הורשה חורגת המאתגרת את יסודותיה של המשכיות.

ד. גבולותיה של הורשה חורגת

הורשה חורגת אינה הורשה אקסצנטרית. צוואה אקסצנטרית היא צוואה הסוטה מנורמות מקובלות בחברה, אך היא אינה מאתגרת את יסודותיה של המשכיות כערך מרכזי של דיני הירושה. עילת השסתום המנויה בסעיף 34 לחוק הירושה, הקובעת כי "הוראת צוואה שביצועה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי – בטלה", עוסקת בחריגה של הוראת צוואה מנורמות ציבוריות. הפסיקה הכירה גם באפשרות לפסול הוראת צוואה הפוגעת בתקנת הציבור.¹⁷¹ עילות אלה עוסקות בתפיסות חברתיות וציבוריות, וכוללות בחובן איזון בין ערכים מתנגשים¹⁷² – רצון המורשה וערכים חיצוניים משתנים ובהם שלמות התא המשפחתי, אוטונומיה בבחירת סגנון חיים וגישה לערכאות.¹⁷³ לעומת זאת, צוואות מסוג

169 קרייצר-לוי, ירושה והמשכיות, לעיל ה"ש 8.

170 במשפט האנגלו-אמריקני אין מגבלה על חווי ירושה, ומוטבי החוזה הופכים לנושים של העיזבון. ראו Carolyn L. Dessin, *The Troubled Relationship of Will Contracts and Spousal Protection: Time for an Amicable Separation*, 45 CATH. U. L. REV. 435, 438-39 (1996).

171 ענין אנגלמן, לעיל ה"ש 129.

172 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך המישי: פרשנות צוואה 98 (2001).

173 ראו ת"ע (מחוזי ת"א) 2150/74 נדבי נ' נדבי, פ"מ התשל"ז 309 (הוראת צוואה המתנה זכיה ברכוש בגירושין); 92 Conn. 507, 103 Holmes v. Connecticut Trust & Safe Dep. Co.

הורשה חורגת מאתגרות רכיב מרכזי בהמשכיות כערך מרכזי בירושה, ומתייחסות להגדרת המשכיות וגבולותיה. כאשר אנו בוחנים אם צוואה היא בגדר הורשה חורגת, יש לבחון אם האתגר הטמון בצוואה עוסק בנורמות ציבוריות ובערכים מקובלים חברתית, או לחלופין אם הוא מערער על יסודותיה של המשכיות. אדגים טיעון זה באמצעות שלושה מקרי מבחן. מקרה המבחן הראשון עוסק בהורשה לבעלי חיים. מריה אנסוטה, אישה בת 94 שהתגוררה באיטליה, הורישה את הונה בשווי של 13 מיליון דולר לחתול רחוב שהצילה בעבר.¹⁷⁴ ליאונה הלמסלי הורישה הון של 12 מיליון דולר לכלב המלטזי שלה, טראבל.¹⁷⁵ הקושי המשפטי כיום נעוץ בכך שלבעלי חיים אין אישיות משפטית, וכנגזר מכך הם חסרי כשרות משפטית לבעלות על נכסים. ישנן שיטות לעקוף את הקושי, ובהן יצירת נאמנות לטובת בעל החיים.¹⁷⁶ עם זאת הרתיעה מהורשה לבעלי חיים אינה טכנית, והיא מבוססת על שיקולים ציבוריים. הורשה לחתול או לכלב מעוררת קושי, כיוון שהיא מעבירה משאבים למי שלא יוכל להשתמש בהם או להפיק מהם ערך. ואולם קושי זה אינו מעורר אתגר תאורטי ליסודותיה של המשכיות כערך מרכזי בירושה. אפשר לומר כי המורשה מבקשת לבסס המשכיות באמצעות קידום פרויקטים שהם בעלי משמעות עבורה. ההורשה מעניקה תוקף לקשר שהיה בין המנוחה לבין בעל החיים, קשר דמוי משפחה. כמו כן, אפשר להבין את הצוואה כמקדמת חזון של המשכיות, שתוכנו דאגה לרווחתו של יצור חי החשוב לה. צוואה לעולם משקפת רצון להשפיע על העולם, בין אם מתוך דאגה לקרובים למצווה ובין אם מרצון לשלוט בגורלם. שני המניעים הללו משקפים צורך בהמשכיות, כלומר בקשר לעולם לאחר המוות.

אלא שבניגוד לקרובי משפחה או לחברים, בעל החיים לא יראה בצוואה מסר של המשכיות ולא יבין את ההורשה כיוצרת עבורו חיבור לשורשים או השתייכות למשפחה. אם כך, הורשה לבעלי חיים יוצרת המשכיות חד-צדדית המבוססת על חזון ההמשכיות של המצווה בלבד. ואולם אין בכך אתגר ליסודות המשכיות. הורשה לבעלי חיים דומה בהיבט זה להורשה לעמותה המקדמת מטרות החשובות למורשה.¹⁷⁷ בעוד שהורשה לעמותה נתפסת פעמים רבות כמועילה חברתית ורצויה נורמטיבית, הרי העמותה או מוסד הצדקה אינם בגדר "מקבלים" במובן של המשכיות.¹⁷⁸ במקרה הטיפוסי העמותה אינה רואה בהורשה סממן של

129 A. 640 (1918) (הוראת צוואה המתנה זכייה בהפסקת עישון); ענין אנגלמן, לעיל ה"ש 129 (הוראה המתנה זכייה בכך שהזוכה לא יתנגד לצוואה בבית המשפט).

174 Kevin Dolak, *Woman Leaves \$13M Fortune to Pet Cat*, ABC News (Dec 12, 2011), ראו <https://abcnews.go.com/blogs/headlines/2011/12/woman-leaves-13m-fortune-to-pet-cat>

175 Breahn Vokolek, *America Gets What It Wants: Pet Trusts and a Future for Its Companion Animals*, 76 UMKC L. REV. 1109 (2008)

176 Gerry W. Beyer, *Pet Animals: What Happens When Their Humans Die*, 40 SANTA CLARA L. REV. 617 (2000)

177 ARTHUR M. SMITH, UNDERSTANDING AND BUILDING THE NONPROFIT BRAND IN MARKETING THE NONPROFIT: THE CHALLENGE OF FUNDRAISING IN A CONSUMER CULTURE 5 (Margaret M. Maxwell ed., 1997)

178 Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 YALE L.J. 1417, 1421 (2004) השוו לתאוריה החוזית של רוק ובחוזים בין בני אדם. לשיטתו, התאוריה החוזית שלו עוסקת אך ורק בחוזים בין בני אדם.

השתייכות לקבוצה או חיבור לשורשים, בין היתר כיוון שהעמותה אינה חשה צורך להתמודד עם סופיות הקיום.¹⁷⁹ אלה מקרים של הורשה המקדמת את חזון המשכיות של המורשה בלבד. ככל שאנו מוכנים להכיר באינטרסים של מקבלים בשורשים, ייתכן שדיני הירושה יגבילו את החלק בעיזבון המיועד לעמותות במקרים מסוימים. אולם יש להבין הגבלה זו כהגבלה על רצון המצווה לטובת הגנה על מקבלים מסוימים. היא אינה שונה מפסילה של נישול ילדים או מהגבלת הבחירה להוריש לחבר על פני בני משפחה בשיטות משפט שבהן ישנה הורשה משוריינת.

הורשה לבעלי חיים עשויה להיחשב הורשה הסותרת את תקנת הציבור, כיוון שהיא מאתגרת נורמות ציבוריות, ובעיקר את המיקוד האנתרופוצנטרי של המשפט הכלכלי בחברה המודרנית.¹⁸⁰ אפשר אף לומר שהיא מציבה אלטרנטיבה למערכות היחסים המשמעותיות בחיי האדם, בדומה לאתגר לתוכן המשכיות שנדון בפרק ג, אך אין כאן אתגר הנוגע ליסודות המשכיות. הורשה לבעלי חיים דומה להורשה לישות שאינה אנושית, ובראש ובראשונה לתאגיד.

מקרה המבחן השני עוסק בתנאים בצוואות, ובפרט בתנאים המבקשים לכפות את ערכי המורשה על מקבליה. בהתאם לחוק הירושה, מצווה עשויה לקבוע תנאים בצוואתה המחייבים יורשים המעוניינים לזכות בחלק מהעזבון.¹⁸¹ ישנם תנאים שחורגים מהנורמות המקובלות והמהווים הורשה אקסצנטרית. כך למשל, דווח בעיתונות על צוואתו של פלוני מבוקרשט שברומניה. המנוח הסביר בצוואתו, כי כיוון שאשתו הציקה לו במשך ארבעים שנה בשל ההרגל המגונה שלו לעשן וכיוון שנאלץ לעשן בהיחבא, הוא מתנה את ההורשה לה בתנאי שתתחיל לעשן חמש סיגריות ביום לשארית חייה.¹⁸² ברי כי צוואה זו הייתה נפסלת במשפט הישראלי מכוח תקנת הציבור או כהוראה בלתי מוסרית לפי סעיף 34 לחוק הירושה. באיזון הערכים הנערך במסגרת עילות אלה, השיקול של בריאות הציבור ושל בריאותה של המקבלת גובר על החשיבות שהדין רואה בהגנה על רצון המצווה. ואולם נראה כי אין בהורשה יוצאת דופן זו משום איום בדבר המשכיות. היא משקפת רצון לא-לגיטימי להתערבות בחייה של המקבלת. אפשר לראות בכך דוגמה לדילמת "היד המתה",¹⁸³ העוסקת במתח שבין כיבוד רצון המצווה לבין הצורך להגביל את השפעתו על העולם לאחר מותו.

חווים עם תאגידים אינם משקפים במלואם את הערכים הבסיסיים שבדיני החוזים.

179 השוו David Ciepley, *Member Corporations, Property Corporations, and Constitutional* Rights, 11 L. & ETHICS HUM. RTS. 31 (2017) (דיון בכלכלת המושגי בטיעון הזהה בין התאגיד לבין בעלי המניות לצורך הכרה בזכויות).

180 השוו MANEESHA DEKHA, ANIMALS AS LEGAL BEINGS: CONTESTING ANTHROPOCENTRIC LEGAL ORDERS (2021).

181 ראו ס' 43-45 לחוק הירושה.

182 ראו דיווח על המקרה: (Am. Law Inst. 2003) RESTATEMENT OF LAW (THIRD) OF TRUSTS § 29 (c) cmt l.

183 לניתוח שיקולי "היד המתה", ראו למשל Gregory S. Alexander, *The Dead Hand and the Law of Trusts in the Nineteenth Century*, 37 STAN. L. REV. 1189 (1985); LEWIS M. SIMES, PUBLIC POLICY AND THE DEAD HAND (1955); RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS § 29 (Am. Law Inst. 2003).

אפשר לטעון כי תנאים בצוואות הנוגעים לקשרי משפחה פוגעים בהמשכיות, כיוון שמערכת יחסים הן רכיב מרכזי של המשכיות. ישנן דוגמאות רבות לסוג זה של תנאים. בעניין נדבכי הורה המצווה שביתו תירש את חלקה בעיזבונו רק אם תתגרש מבעלה.¹⁸⁴ ישנם פסקי דין בארצות הברית שדנו בתנאים המתנים את קבלת העיזבון בנישואין לבן הדת היהודית.¹⁸⁵ תנאים נוספים מחייבים ניתוק קשר בין הורה לילדיו¹⁸⁶ או בין אחיות.¹⁸⁷ כל התנאים הללו מייצגים את רצון המצווה לשלוט בקשרי המשפחה של מקבליה, ובכך הם עשויים להתערב במערכת יחסים המעצבות זהות ומשמעות עבור המקבלים.¹⁸⁸ ואולם אין הם מאתגרים את יסודותיה של המשכיות. אפשר לתקוף את חוקיות התנאים הללו בשני טיעונים שונים. הטיעון הראשון עוסק באיזון נורמטיבי בין ערכים מתנגשים – רצון המצווה והאוטונומיה של המקבלים, ובפרט החירות לבחור את מערכות היחסים המשמעותיות עבורם. איזון זה נערך במסגרת עילת השסתום של תקנת הציבור, וישנן גישות בדבר הכלל הראוי. כך למשל, לפי ה־Restatement תנאי הדורש ניתוק בין בני זוג נשואים אינו תקף אם זהו המניע העיקרי של התנאי, אך אם המניע לתנאי הוא רצון להעניק עזרה כלכלית ייחודית לכת במקרה שתתגרש – התנאי תקף.¹⁸⁹ דיון מסוג זה עוסק בהערכת החריגה מהנורמה הציבורית המקובלת, אך לא ביסודותיה של המשכיות.

טיעון שני נשען על תאוריית המשכיות, ועוסק באיזון הראוי בין כוח המורשה לכוח של המקבלים. המשכיות מצביעה על כך שהמורשה מתחילה את פרויקט המשכיות ומקבליה ממשיכים את הפרויקט הקנייני. לכן למורשה מסור חופש הציווי, גם אם הוא מוגבל בשיטות מסוימות, ולמקבלים צריך להיות חופש לפרש ולהעניק תוכן חדש לקניין. מבנה זה נבנה על שיתוף הפעולה בפרויקט משותף בין צדדים שתפקידיהם משלימים, אך לא חופפים. כל ניסיון לשלוט לאחר המוות בקניינם או בחייהם של המקבלים משמעו חריגה מתפקידה של המורשה בהמשכיות באמצעות קניין. לפי טיעון זה, יש לצמצם את ההכרה המשפטית בתנאים בצוואות גם כשהם אינם אקסצנטריים, אך זהו אינו הדין הנוהג. ואולם תנאי המתערב ביחסי משפחה אינו מאתגר בפני עצמו את יסודות המשכיות. חוקיות של תנאים בצוואות – כל תנאי – קשורה לסוגיית המתח הראוי בין המורשה לבין מקבליה, כלומר בלב ליבה של המשכיות ולא בחריגה ממנה.

מקרה המבחן השלישי משקף שילוב של צוואה אקסצנטרית ושל הורשה חורגת המהווה אתגר להמשכיות. כאשר המורשה מבקשת להשמיד את רכושה בצוואתה, הציווי מעורר קושי הן במישור הנורמות הציבוריות והן במישור המשכיות. הבחירה להשמיד את הרכוש תיבחן במסגרת האיזון הערכי הגלום בתקנת הציבור.¹⁹⁰ מחד גיסא, צוואה המבקשת להרוס

184 עניין נדבכי, לעיל ה"ש 173.

185 *In re Estate of Fienberg*, 919 N.E.2d 888 (Ill. 2009); *Shapira v. Union National Bank*, 315 N.E.2d 825 (Ohio 1974).

186 ת"ע (שלום ראשל"צ) 5131-08 ש.ג.נ' א.ס. (נבו 23.10.2011); *Estate of Romero*, 115 N.M.; (85, 847 P.2d 319 (1993)).

187 עניין כלפה, לעיל ה"ש 21.

188 השוו *Taylor*, לעיל ה"ש 47.

189 RESTATEMENT (THIRD) OF TRUSTS, לעיל ה"ש 183.

190 השוו *Lior Strahilevitz, The Right to Destroy*, 114 YALE L.J. 781 (2005).

את הרכוש משקפת את רצון המצווה ואף עשויה לקדם מסר אקספרסיבי החשוב לה. מאידך גיסא, השמדה של משאב חשוב חברתית שעשוי לעבור לידי המדינה או לידי אנשים אחרים שיהנו ממנו סותרת שיקולים ציבוריים בדבר יעילות ורווחה. כך למשל דחה בית המשפט בארצות הברית בקשת מצווה להרוס את ביתו משיקולי מדיניות ציבורית.¹⁹¹

במישור ההמשכיות, השמדת הנכס מאיימת על נחיצותה של המשכיות באמצעות קניין. הורשה מכוננת המשכיות אך ורק כאשר ישנה העברה של קניין מהמורשה למקבלים. המקבלים הם בעלי תפקיד בהמשכיות והוא לעסוק בקניין, לתת לו תוכן חדש או לכבד את רצון המצווה בשימוש ברכוש. השמדת הרכוש מאיינת דרך זו של המשכיות. היא מצביעה על רצון המצווה להימנע מפרויקט המשכיות, ובה בעת היא גוזלת את אפשרות המשכיות במובן של השתייכות ושל חיבור לשורשים באמצעות הקניין מקרובה. הוראה להשמיד את כלל העיזבון נושאת עימה מסר אקספרסיבי של ניתוק, תחת המשכיות, ושומטת את הקרקע מתחת לחשיבות של קניין כבסיס ראוי להמשכיות.

עם זאת חשוב להבחין בין השמדה של נכס אחד מנכסי המורשה לבין השמדה מלאה של רכוש או של נכס עיקרי בעיזבונו. ייתכן שהמורשה מעוניינת להשמיד נכס אחד מסיבות של פרטיות. חשבו למשל על בקשתו של הסופר המפורסם פרנץ קפקא, שהורה בצוואתו לשרוף את כתביו שטרם פורסמו, את מכתביו ואת יומנו. נוסף על כך, קפקא ביקש מחברו ומנהל עיזבונו להשמיד גם את יצירות המופת שפורסמו.¹⁹² למרות זאת, מקס ברוד פרסם את כל כתביו לאחר עריכה. הוראה המבקשת להשמיד את כתבי המורשה, כאשר נוסף לכך יש לה נכס מקרקעין, נכסי מיטלטלין שונים או כספים אינה מאתגרת את יסודות המשכיות. כל עוד יש נכסים בעיזבון המורשה יוצרת פרויקט המשכיות עבור מקבליה, בין אם הם יורשים על פי דין או על פי צוואה. המקבלים יוכלו לעסוק בקניין, להשתמש בו ולהעניק לו תוכן חדש. הפרויקט המשותף של המשכיות ימומש. אם כן, הוראה המבקשת להשמיד נכס אחד מעוררת שאלות של תקנת הציבור בלבד. שאלות אלה קשורות לאיזון בין רצונו של הסופר לבין אובדן של יצירה ספרותית שיש לה ערך תרבותי עבור הציבור. השמדה של יצירות אומנות אכן מעוררת בספרות קושי מיוחד.¹⁹³ לצד השיקול הציבורי, יש מי שטוענים כי מתן אפשרות להשמיד יצירה היא חיונית עבור היוצר, ולמעשה היא חלק מהיצירה עצמה.¹⁹⁴ כך או כך, זוהי שאלה שיש לעסוק בה במסגרת הדיון בדבר המדיניות הציבורית, כחלק מחריגה או מאתגר לנורמות ציבוריות. היא אינה אתגר ליסודותיה של המשכיות. הדיון בהורשה אקסצנטרית, לא-שגרתית, עוזר להבהיר את החשיבות של הורשה חורגת ואת גבולותיה, וכך גם את התפקיד החברתי והמשפטי של המשכיות. המשכיות אינה מושג סתום לערכים, והורשה חורגת אינה סטייה מערכים ציבוריים מקובלים. המשכיות היא ערך

191 ראו Eyerman v. Mercantile Trust Co., 524 S.W.2d 210, 217 (Mo. Ct. App. 1975). עוד ראו *In re Meksras Estate*, 63 Pa. D. & C.2d 371, 371 (Common Pleas 1974) (discussing a request to be buried with one's jewelry).

192 Paul Kurt Ackerman, *A History of Critical Writing on Franz Kafka*, 23 GERMAN Q. 105, 105 (1950).

193 JOSEPH L. SAX, *PLAYING DARTS WITH A REMBRANDT: PUBLIC AND PRIVATE RIGHTS IN THE CULTURAL TREASURES* (1999).

194 ראו Strahilevitz, לעיל ה"ש 190, בעמ' 808-809.

ועיקרון מארגן להורשה בכל הקשור ליחסים, לזכויות ולחובות בין המורשה לבין מקבליה ומורדיה. היא מאפשרת להעניק הצדקה נורמטיבית לירושה, ומסבירה מדוע זכות הקניין מקבלת ביטוי גם לאחר המוות. חשוב עם זאת להזכיר שהטיעון אינו מהותני. אני מציעה הצדקה לירושה בעולם שבו לקניין יש חשיבות תרבותית ליצירת המשכיות ולכינון קשרים, ובעולם שבו ירושה היא מוסד משפטי קיים. בהינתן אלה, המשכיות מסבירה בצורה הטובה ביותר את מטרתו של מוסד הירושה. המשכיות מאפשרת לנו לענות על שאלות בדבר אופיו ומטרתו של חופש הצינוי ובדבר גבולותיו הנורמטיביים. אולם לאור הקושי המובנה של המשכיות בשעתוק ערכי, עלינו לבחון לא רק את התוכן המשתנה של המשכיות ושל ההכרה בקשרים אינטימיים חדשים; יש לבחון גם את יסודותיה של המשכיות ולאפשר רפלקציה נמשכת על הטעם שבהמשכיות, על החובה הגלומה בה בעולם חומרי, על האופן שאנו מבינים את המוות ועוסקים בו כנקודת המוצא להמשכיות ועל השיקולים שאנו שוקלים במסגרת זו.

סיכום

המאמר קושר יחד שלושה רכיבים ערכיים שונים של הורשה – חופש הצינוי, אינטרסים של קרובי משפחה והשפעת האיזון שבין שני הרכיבים הללו על תפקידה החברתי של המשכיות. המשפט הישראלי עוסק במוצהר בערך הראשון מבין השלושה בלבד, ומגן על חירותה של המורשה לצוות את רכושה.¹⁹⁵ עם זאת הניתוח הדגים כי גם שיטת משפט זו – וכמוה שיטות משפט המגינות על חופש ציווי רחב – מגינה הלכה למעשה, גם אם באופן לטנטי, על אינטרסים של בני משפחה.¹⁹⁶ אולם תפקידה החברתי של המשכיות והקשיים המבניים הנלווים לו טרם נדונו. כבסיס לדיון הסברתי כי ראוי לחשוב על המתח שבין חופש הצינוי לבין הגנה על המשפחה כחלק מתפיסה הוליסטית של דיני הירושה. תאוריית המשכיות מאפשרת להסביר הן את חשיבותו של חופש הצינוי והן את מגבלותיו. בהמשך לכך טענתי, כי ראוי להבין צוואה כמעשה משפטי דו-צדדי המשרת תפקיד של קידום המשכיות כפרויקט משותף בין המורשה לבין מקבליה.

לאחר העיסוק המקדמי במתח שבין שני הרכיבים הערכיים הראשונים התמקדתי בשאלה המרכזית במאמר זה – בדבר ההשפעות החברתיות של המתח הנדון. תחת דיון בשיקולים ציבוריים כלליים, המאמר בחן כיצד הטיפול במתח שבין רצון המצווה לאינטרסים של קרובי משפחה הוא בעל השלכות על ההבנות החברתיות של קרבה ושל המשכיות. כיוון שהמשכיות היא ערך המובן והמפורש באופן חברתי, המאמר הצביע על הסכנה הטמונה בשעתוק ערכי של מערכות יחסים. סכנה זו משליכה הן על זיהוי הקשרים המרכזיים בחיי המורשה ואפיונם והן על הבנות מעמיקות יותר של תפקידה של המשכיות בחברה. הדיון התמקד במקרי מבחן המאתגרים את ערך המשכיות כערך חשוב עבור פרטים בחברה ואת אופן הגשמתו. הכרה בירושה חורגת מאפשרת לנו לעסוק בגבולותיה של המשכיות, ולהנכיח את מקומו של רצון רדיקלי בשיטה המכירה בירושה כפרויקט משותף של המשכיות והנותנת לה תוקף.

195 ראו את המקורות לעיל ה"ש 21.

196 ראו לעיל פרק ב.

בה בעת חשוב להבין, כי הורשה חורגת אינה הורשה לא־שגרתית. המשכיות אינה מייצגת ערך שמטרתו לשמר את האיזון הקיים בנורמות ציבוריות מקובלות. על כן, אקסצנטריות המאתגרת נורמה ציבורית אינה הורשה חורגת. הורשה חורגת מאתגרת את יסודותיה של המשכיות ואגב כך משרטטת את גבולותיה. היא עוסקת בשאלות אחרות: האם המשכיות באמצעות קניין היא אכן ארטיפקט חברתי בעל משמעות? כיצד היא מובנית ומיושמת במשפט? ומה החשיבות של רכיביה? כאשר הורשה מאתגרת את מטרותיה של המשכיות, את המבנה שלה או את רכיביה ומעודדת מחשבה על נחיצותם, מדובר בהורשה חורגת.