

על ירושות ומשפחות בראי ההלכה: הסדרי הירושות והדרות בדין העברי*

רונו קריטנשטיין**

במאמר זה אנו מבקשים לבחון את יחסה וגישתה של ההלכה לחופש הציווי השמור לפרט, הבא לידי ביטוי באפשרות הדרה מלאה או חלקית של יורשיו הטבעיים.

ההסדר המוטווה בהלכה מבקש לכוון את הפרט אל הנורמה החברתית הראויה. נורמה זו סולדת ככלל מרעיון ההדרה, ובפרט מרעיון ההפליה, אך אינה פוסלת לחלוטין אפשרות של הורשה מלבר התא המשפחתי. ההכוונה לנורמה הראויה אינה נעשית באמצעות התערבות קניינית או הסדר קוגנטי אחר. ההגנה על אי-ההדרה נעשית באמצעים שונים, החל ברטוריקות חריפות, המשך באמצעים ובתמריצים מוסריים, וכלה בתמריצים משפטיים – והכל תוך הימנעות ברורה מהתערבות קניינית, כך שחופש הציווי ברמה המשפטית אינו נפגע למעשה.

ניתן לזהות בהלכה שלושה רבדים של התייחסויות להדרת יורשים טבעיים: הרובד האחד מבקש להביע אי-נחת מהדרה, אולם אינו "מתרגש" יתר על המידה כאשר זו מתרחשת, ובהתאם לכלל אי-ההתערבות הקניינית מקיים את הצוואה, אם גם תוך הבעת אי-נחת בשפה רפה; הרובד השני רואה בהדרה אפשרות אשר יכול שתתרחש, בין באמצעות מנגנונים שמקילים את ההדרה, דוגמת הורשה מסוימת ליורשים הטבעיים, ובין תוך הסתייעות בערכים אחרים הצועדים עם ההדרה בד בבד, דוגמת רעיון

* לצורכי מחקר זה אין עליי להיכנס למחלוקת שבין החוקרים אלון ואנגלרד (יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז 34 (1977); מנחם אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח 95 (1978)). אבהיר כי השתמשתי מדי פעם במונחים "דין עברי", "משפט עברי" ו"הלכה" כתחליפים מלאים זה לזה, ולא מתוך הבעת עמדה לגבי המחלוקת האמורה.

** מרצה, המרכז הבינתחומי הרצליה, בית-ספר רדזינר למשפטים. אני מבקש להודות לאביב גאון על סיוע במחקר. כמו-כן ברצוני להודות לעו"ד מגי בר אשר קריטנשטיין, לד"ר עמוס ישראל, לרב משה פאלוך ולקורא האנונימי על הערותיהם המועילות. תודתי נתונה גם לחברי מערכת כתב-העת משפט ועסקים טלי ישועה וקובי יוסף, וכן לעורך רם פודס, על עבודת עריכה מעולה ומסורה אשר השביחה את המאמר.

הצדקה; והרובד השלישי הינו העיקש ביותר בהתנגדותו להדרה, ומייצר אמצעים מוסריים, תמריצים מוסריים ואף תמריצים משפטיים למניעת אפשרות ההדרה.

רבדים אלה מבקשים לייצר הסדר אשר סולד ככלל מן ההדרה, הגם שהוא מבין כי לעיתים יש לקבלה, בין מפאת נימוקים ראויים התומכים ביורשים הבאים במקום המודרים, ובין מפאת נימוקים ראויים, במקרים קיצוניים, נגד המודרים.

ההכוונה לנורמה הראויה בעיני ההלכה נעשית על-ידי בניית יחס נכון בין משפט למוסר ועל-ידי הכלת המתחים השונים בסוגיה בתוך מבנה ההסדר עצמו. הדגשת נרטיב אי-ההפליה כנרטיב הממלא תפקיד בתכליתם של הסדרי הורשה והדרה תואם את היחס שההלכה מבקשת ליצור בין הורשה, הדרה וצדקה.

הסדרי ההורשה וההדרה מבקשים גם להביא לידי הכוונה נורמטיבית מסדר שני במהלך כולו. התוצאה הבדיעבדית היוצרת אצל המוריש רצון טבעי להדיר יורשים תחילתה בכשל בראשית הדרך. מניעת התוצאה של הדרת יורשים טבעיים או תחושת חובה מוסרית לא להדיר על-אף הרצון הטבעי להדיר הינן בידי המוריש. כך ההלכה מכוונת מהתוצאה הבדיעבדית הלא-רצויה אל המהלכים המשפחתיים הלכתחיליים הרצויים.

ההלכה מבקשת לחזק את הנורמה הראויה לדעתה, המשקפת מוסכמות חברתיות מקובלות ורצון משוער של הפרטים, תוך הנחה כי גם הם רואים בכך דבר נכון וראוי. במקביל היא מחזקת את הסולידריות המשפחתית, וכל זאת בלא הסדרים קוגנטיים ואף בלא הסדרים דיספוזיטיביים. המוריש אינו מנוע מבחינה קניינית להוריש בהתאם לשגיונותיו – להפלות בין יורשיו, להדיר יורשים טבעיים, בין אם הם ראויים לכך ובין אם לאו, ואף להוריש בצורה מרושעת העושה עוול ליורשיו. אולם ההכוונה הקיימת בהלכה אמורה למנוע זאת, למעט היוצאים-מן-הכלל.

ההלכה מטילה על המוריש לא רק את עלות ההדרה בגין היותו בעל הקניין, אלא אף אחריות ליצירת מערכות יחסים שאינן רעועות, ומבקשת ממנו לשאת בעלות של מניעת סכסוכים ומריבות אף לאחר מותו. כך יוצא שבעוד הדין המודרני אינו מטיל כל עלות על המוריש המבקש להוריש בהתאם לשגיונותיו, ההלכה לא רק מכוונת לכך שההורשה לא תהא כזו, אלא גם מטילה על המוריש את האחריות למנוע את הסיבות שעלולות להוביל להורשה כזו, ואם הסיבות כבר קיימות, היא מבקשת ממנו להתגבר על רצונו הטבעי, וכך, בעצם ההורשה כנגד הרצון הטבעי, אולי יאיין את הסיבות.

מבוא

- פרק א :** הדרת יורשים טבעיים – הסדרים דיספוזיטיביים
1. ההסדרים הדיספוזיטיביים בדיני ירושה ומטרתם
 2. ההתנאה על ההסדרים הדיספוזיטיביים בדיני ירושה – מוסד הצוואה
- פרק ב :** הדרת יורשים טבעיים – הסדרים קוגנטיים
1. מוסד השריון והצדקתו הנורמטיבית
 2. פגיעה בחופש הציווי לא באמצעות הכרה במוסד השריון
- פרק ג :** הדרת יורשים טבעיים במשפט העברי – מחלוקות, גישות וניואנסים בהתוויית הכשל המוסרי
1. הדרת יורשים טבעיים בהלכה – תקפה ומצויה אך לא־רצויה ולא־ראויה
 2. הדרת יורשים טבעיים בהלכה – לא בלתי־קבילה
 3. הדרת יורשים טבעיים בהלכה – לא בבית־ספרנו
- פרק ד :** היסודות המרכיבים הסדרי הורשה והדרה
1. הסלידה מהדרת יורשים טבעיים כמתווה את הכלל ואת היוצאים־מן־הכלל
 2. הנרטיב שביסוד הסלידה מהדרת יורשים טבעיים
 3. הורשה, הדרה וצדקה – משלוש יוצאת אחת?
- פרק ה :** ההיבטים הרעיוניים העומדים בבסיס המבנה של הסדרי הורשה והדרה לפני סיום סיכום

מבוא

הסדרי ירושה על־פי דין הינם דיספוזיטיביים באופיים, ומשקפים ככלל את הרצון המשוער של הפרטים, דהיינו, הורשה ליורשים טבעיים בהתאם למידת הקרבה לפרט המוריש. דינים רבים מסתפקים בכך, ואינם מתערבים מעבר לכך בחלוקת הרכוש על־ידי המוריש. ההכרה בקיומו של מוסד הצוואה מלמדת כי הדין מקנה לפרט את הזכות להוריש את רכושו לאחר מותו למי שליבו חפץ, אף אם אותה הורשה אינה בהתאם למוסכמות החברתיות, ואף כאשר היא מדירה יורשים טבעיים, ואולי אף עושה עוול ליורשים מסורים ודואגים. כאשר הדין מבקש למנוע מעבר רכוש (בהיקפים או באופנים כאלה או אחרים), הוא מגביל את אפשרות המעבר על־ידי הטלת הגבלות שונות על פעולת ההורשה.

למעשה, ניתן לזהות כמה גישות בעניין זה. אחדות נותנות לפרט חופש ציווי מלא, ואינן מתערבות בשיקול־דעתו להעביר את רכושו למי שליבו חפץ. בחירה זו של הפרט יכול שתהא ראויה ומוצדקת מבחינה חברתית ונורמטיבית, ויכול שלא. עצם האפשרות

להוריש לא בהתאם להסדרים המותווים על-ידי הדין מלמדת כי הדין מכיר מבחינה נורמטיבית באפשרות של הורשה והדרת יורשים לא בהתאם למוסכמות חברתיות מקובלות. גישות אחרות מבקשות להביא לידי כך שלפחות חלק מהרכוש יעבור לבני המשפחה הקרובים, וזאת באמצעות הטלת הגבלה קוגנטית על חלק מהרכוש, בדמות מוסד השריון, אשר מבקש – כשמו כן הוא – לשריין חלק מהרכוש לטובת בני משפחה, ובכך ממלט חלק זה מאימת הצוואה המדירה יורשים.

במאמר זה נבקש להראות כי הסדרי ההורשה וההדרה בדין העברי מוסדרים באופן שונה מן המתואר לעיל. ההסדר המותווה מבקש לכוון את הפרט לעבר הנורמה הראויה לדעת הדין העברי מבחינה חברתית ומבחינה מוסרית, אשר משקפת בכללותה ערכים של סולידריות משפחתית, אולם זאת ללא כל התערבות קניינית. הקביעה כי הדין העברי בוחר הסדר ללא התערבות קניינית מלמדת כי הוא נוקט גישה של חופש ציווי מוחלט ומלא לפרט מבחינה קניינית, ומאפשר לפרט להוריש למי שליבו חפץ. הדין העברי אינו מתערב בהחלטותיו של המצווה – בין אם הן ראויות ובין אם לאו – ומאפשר, באמצעות מנגנונים שונים, צורות הדרה שונות. אולם הצגה זו אינה מלאה ומושלמת. על-אף אי-ההתערבות הקניינית, הדין העברי מבקש לכוון את הפרט להורשה הנורמטיבית בעיניו, קרי, להורשה שכלל אינה מדירה יורשים טבעיים, וכאשר היא מדירה, יש לכך הצדקה נורמטיבית ברורה.

ניתן לומר כי הדין העברי אוחד במקל בשני קצותיו, ובהצלחה: מחד גיסא, הוא מאפשר בהחלט הורשה למי שיחפוץ המוריש (אם כי בנוסחה שונה מהנוסחה ההורשית הרגילה שבדין העברי), כלומר, אין מניעה קניינית לביצוע מהלך כזה; ומאידך גיסא, ברי כי ההסדר מכיל בתוכו את העדר האפשרות להדרה מוחלטת של בני המשפחה הקרובים, אולם לא באמצעות מניעה קניינית. הדין העברי מכוון למניעת הורשות שמדירות יורשים טבעיים, לחיזוק הסולידריות המשפחתית, למניעת הורשות הגורמות עוול ליורשים ולמניעת הורשות "מרושעות" – ואת כל זאת הוא מבקש לעשות בלא התערבות קניינית.

בפרק הראשון נבקש להצביע על ההסדרים הדיספוזיטיביים הקיימים בדין המודרני, ועל משמעות ההכרה במוסד הצוואה כמתנה על הסדרי הדין. **בפרק השני** נבקש להצביע על הסדרים קוגנטיים בדיני הירושה בשיטות שקיימים בהן שריונים כאלה או אחרים. כמו-כן נבקש להצביע על שימוש בדוקטרינות ירושתיות בדין האמריקאי אשר אינן קשורות בהכרח למוסד השריון אך מבקשות להוביל לאותן תוצאות שמוסד השריון מוביל אליהן. **בפרק השלישי** נבקש להצביע על שלושה רבדים מרכזיים באופן השקפתה של ההלכה על האפשרות של הדרת יורשים על-ידי המוריש. רבדים אלה ישקפו מגוון רחב של דעות, הנעות כולן בטווח הגישות שאינן כוללות התערבות קניינית ברורה. **בפרק הרביעי** נבקש לבחון את יחסה הכוללני של ההלכה להדרה. זאת נעשה באמצעות הבנת המבנה של הסדרי הורשה והדרה, הנשען על שלושה אדנים: האחד, סלידה ברורה מהדרת יורשים טבעיים, תוך הכרה בהדרות חלקיות, מסוימות ומינימליות, וזאת בהתאם ליחס בין הרבדים השונים העולים בהלכה; השני, נרטיב אי-ההפליה, הממלא תפקיד מרכזי בסוגיית ההורשות וההדרות; והשלישי היחס בין הורשה, הדרה וצדקה. **בפרק**

החמישי נבקש לשרטט את ההסדר המותווה בהלכה, ולבחון את העקרונות המנחים אותו ואת הערכים המשתקפים בו. כמו-כן נבקש להצביע על ההיבטים המחשבתיים העומדים בבסיסו.

פרק א: הדרת יורשים טבעיים – הסדרים דיספוזיטיביים

1. ההסדרים הדיספוזיטיביים בדיני ירושה ומטרתם

דיני הירושה מכילים בתוכם שתי דרכים עיקריות להעברת רכוש: האחת, ירושה על-פי דין; והאחרת, עריכת צוואות. הסדרי הירושה הינם הסדרים דיספוזיטיביים החלים בהעדר צוואה, אולם לפרט שמורה הזכות לערוך צוואה, ובכך להתנות על הסדרים דיספוזיטיביים אלה.¹

להסדרים דיספוזיטיביים יכול שיהיו ככלל שתי מטרות. מטרה אחת היא להציע לפרטים את ההסדר שהם עצמם היו יוצרים ממילא ברוב הפעמים, וזאת כדי לאפשר חיסכון בעלויות הכרוכות ביצירת ההסדר על-ידי הפרטים עצמם. מטרה אחרת, אשר לעיתים מתנגשת במטרה הקודמת, היא לעצב את הנורמה הראויה ולכוון את הפרט אליה, או במילים אחרות – לחנכו.²

ההסדרים הדיספוזיטיביים בדיני ירושה משקפים את רצונו המשוער של הפרט. אלה ההסדרים שבהם היה הפרט בוחר על-פירוב אילו הייתה לו האפשרות לערוך צוואה. הסדרי ירושה על-פי דין מחקים את מה שרוב הפרטים היו רוצים רוב הפעמים. אמת, אין מדובר בכל הפרטים ואין מדובר בכל הפעמים, אך הדבר נכון בהחלט ביחס לרוב הפרטים ברוב הפעמים. לא לחינם צוין כי "העקרון מאחורי כללי הירושה על פי דין הוא שיש לקבוע כללים הקרובים ביותר למה שהאדם הממוצע היה רוצה שיעשה ברכושו

1 יש לזכור כי בשיטות שונות שמורות לפרט דרכים נוספות להעברת רכוש, כגון מתנה מחיים, מתנה מחמת מיתה, חשבון בנק משותף ועוד. חלק מהדרכים הללו (אם כי לא כולן) מצויות גם בדין הישראלי.

2 רק מי שהרווח או האושר שלו מחריגה זו יהיו גבוהים מהעלות של עריכת הסדר המתנה על ההסדר הדיספוזיטיבי (עלויות כספיות, ארגוניות, בין-אישיות, חברתיות וכדומה) יבחר בדרך זו. ראו אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופ' גד טדסקי" עיוני משפט טו 385 (1990), ובמיוחד את אמירתו כי "מטרתו של יוצר הדין המרשה היא לשער או 'לחקות' את מה שרוצים רוב הפרטים רוב הזמן ולחסוך להם את הוצאות ההתנאה". כן ראו גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו 5 (1990). באופן פרטני לגבי דיני ירושה ראו אריאל רוזן צבי ואשר מעוז "הירושה על פי דין לאור התיקון לחוק הירושה" עיוני משפט יא 457 (1986); Ariel Rosen-Zvi & Asher, *Principles of Intestate Succession in Israeli Law*, 22 ISR. L. REV. 257 (1988). ראו גם אייל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 66–67 (ירושלים: מכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, התשנ"ו).

לאחר מותו. נדמה שבמידה מסויימת הכללים שהמחוקק קבע אכן תואמים את רצונו המשווער של האדם הממוצע,³ אם כי ייתכן שבשוליים אפשר למצוא גם כללים אחרים שניתן לקבלם כמשקפים רצון משווער של הפרט.

באופן זה יש להסביר את השינוי המוצע בהצעת חוק דיני ממונות בחלק הירושה, המוסיף את כלתו וחתנו של המוריש במסגרת הסדרי הירושה על-פי דין.⁴ יש לראות הסדרים אלה כמבקשים לשקף רצון משווער של הפרט, גם אם יהיו רבים שיטענו כי הוא אינו משקף את רצונם, וכך אכן מובא בדברי ההסבר: "הואיל וירושה על פי דין נועדה לאמוד את דעתו של מוריש סביר, נמצא כי ראוי להוסיף סוג יורש זה, באשר יש סבירות גדולה כי מוריש סביר יעדיף להעביר אליו את נכסיו תחת התוצאה של העברתם למדינה."⁵ אף הפסיקה נטתה לראות זאת כך: "הכלל הקבוע בסעיף 1 לחוק הירושה... משקף את ההסכמה החברתית בדבר אורחות בני-אדם שבמותם מותרים הם את עיזבונם לשאיירי-בשרם הקרובים."⁶

יש הבדלים בין השיטות השונות לגבי תצורת הירושה על-פי דין, אולם הבדלים אלה אינם מקהים את מטרתם המרכזית של הסדרים אלה, שהיא שיקוף רצונו של הפרט.⁷

2. ההתנאה על ההסדרים הדיספוזיטיביים בדיני ירושה – מוסד הצוואה

מוסד הצוואה מאפשר להתנות על ההסדרים הדיספוזיטיביים של הדין. אם הפרט רוצה

3 שמואל שילה פירוש לחוק הירושה כרך א 116 (1965). שילה מודה כי אי-אפשר לקבוע באופן חד-משמעי שהכללים משקפים את הרצון המשווער בלא מחקר אמפירי, אבל טוען כי הדעת נותנת שבאופן כללי, ואף יותר מכך, הכללים הקיימים אכן משקפים את רצונו המשווער של הפרט.

4 ס' 705 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 595, 712 (להלן: הקודקס או הקודקס החדש).

5 דברי ההסבר לס' 705 לקודקס. יש לשים לב כי הצעת החוק מעמידה את הכלה או החתן של המוריש לאחר שלוש הפרנטלות ולפני המדינה. מיכאל קורינאלי דיני ירושה – צוואות, ירושות ועזבונות 320 (טובה אולשטיין עורכת, 2008) טוען כי לדעתו יש להעמיד את הכלה והחתן גם לפני הפרנטלה השלישית, קרי סבים וצאצאיהם, ולא רק לפני המדינה, והנה לנו מחלוקת בשאלה מהו רצונו המשווער של הפרט. ראו גם בעמ' 51 לדברי ההסבר להצעת חוק הירושה, התשי"ב-1952: "אנו רואים בקרובים האמורים בהצעתנו את חוג המשפחה שבין חבריו קיים קשר של ממש, ואשר לו נתונה חיבתו המשווערת של המוריש. לצמצם את החוג הזה, פירושו לשלול את הירושה מקרובים, כגון דודים ובני דודים, שאתם קיימים בדרך כלל יחסי קרבה הדוקים למדי. מאידך היתה הרחבת המסגרת מקנה את הירושה לאנשים שעל פי רוב לא קיים כל יחס משפחתי ממשי ביניהם לבין המוריש." לכן אנשים כאמור יפסידו למדינה, שתהא היורשת בהעדר יורשים על-פי הפרנטלות שקבע הדין הישראלי. דברי ההסבר מעלים את התהייה אם בשנים שלאחר השואה שלוש מדרגות קרבה מספקות, מה שמלמד שוב כי ככל שמתרחקים מחוג המשפחה הקרוב שאלת "החיקוי" של רצון הפרטים המשווער נעשית קשה יותר.

6 ע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97, 167 (1999).

7 השוו אף לבבלי, בבא בתרא קח, ע"ב – "קרוב קרוב קודם".

להוריש לפי הקבוע בדין, הוא אינו זקוק לצוואה.⁸ צוואה באה לעולם כאשר הפרט אינו מעוניין בהסדרי הדין מסיבות שונות ומגוונות, ראיות או לא-ראיות. דיני הירושה בישראל מאפשרים לפרט חופש ציווי מלא. משום כך הוא רשאי להוריש בצוואתו למי שיחפוץ, ולהדיר מירושתו את מי שיחפוץ. כך, למשל, הוא רשאי להוריש לאנשים זרים ולהדיר את בני משפחתו הקרובים היורשים הטבעיים, או להוריש את כל רכושו דווקא לבן המתנכר ולהדיר מירושתו את הבן הדואג והתומך.⁹

הדין אינו מתערב בהעדפותיו של המוריש אף אם הן סוטות מן הנורמות וההסכמות החברתיות המקובלות, ואף אם יש בהן עוול ליורש מסוים. יפים לסוגיה זו דבריו של בית-המשפט בעניין שרוני,¹⁰ אשר על-אף אורכם, נביאם כלשונם, מפאת חדותם הבהירה, שאינה מותירה כל מקום לספק באשר לעמדת הדין הישראלי בעניין הדרת יורשים טבעיים:

"שהרי עיקר העיקרים הוא במגמה לקיים את הרצון הכן והאמיתי של המצווה... צוואה, על-פי טיבה ועל-פי מהותה, מהווה חריג לכלל הבסיסי בדבר חלוקת עיזבוננו של מי שהלך לעולמו על-פי הדין ועל-פי ההוראות המצויות בעניין זה בפרק השני לחוק הירושה. הצוואה נותנת ביטוי לרצונו הכן והאמיתי של המנוח באשר למה שיעשה ברכושו, שאותו צבר, רכש וגייבש בימי חלדו. זהו הרכוש שעמל למענו בימי חייו, והוא אדון לקבוע ככל שעם לבו ועם תחושותיו באשר למה שיעשה בו לאחר מותו. אם היה מבקש המנוח שרכושו יתחלק בין כל יורשיו הטבעיים על-פי הדין, בדרך שקבע המחוקק, כי אז לא היה טעם וגם לא מקום לערוך צוואה. על-פי ההיגיון, מסמך כזה בא לעולם, שעה שלמנוח יש העדפות משלו, שאינן עולות בקנה אחד עם הכללים בדבר חלוקת הירושה על-פי הדין. את אלה מצווה עלינו לכבד. כבר פסקנו פעמים הרבה כי רעיון העל של חוק הירושה הוא שיש לתת תוקף לרצון המת. בבסיס הצוואה מונחת ההכרה בזכותו של אדם לשלוט על חלוקת נכסיו לאחר מותו. ראינו לא אחת בצוואות כי העדפותיו של המנוח מתבטאות ברצונו להנחיל את עיזבוננו או חלק משמעותי ממנו לכלל הציבור, למוסדות דת, חינוך ותרבות או למטרות נעלות אחרות, ולא דווקא להנחיל את רכושו ונכסיו ליורשיו הטבעיים. היו דברים מעולם. יתרה מזאת, מוצאים אנו לא אחת כי, למורת רוחם של חלק מהיורשים הטבעיים מקרב המשפחה, רואה המנוח להעדיף אחד מהם או כמה מהם על פני האחרים. אלה העדפותיו, זה היה רצונו החופשי, ובסתר לבו ידע גם ידע על שום מה מבקש הוא

8 שאול שוחט פגמים בצוואות 12 (מהדורה שנייה, המכון למחקרי משפט וכלכלה, 2001).

9 ראו מנחם אלון המשפט העברי כרך ג 1319, 1405–1406 (1998), הטוען כי חוק הירושה קיבל בסופו של יום את עמדת המשפט העברי לעניין בכירותה של ירושה על-פי דין על ירושה על-פי צוואה, בכך שקבע כי הנהנים מכוח ירושה על-פי דין מכונים "יורשים" בעוד הנהנים מכוח צוואה מכונים "זוכים". לטענתו של אלון, הבחנה זו אינה סמנטית בלבד. ראו דוגמות שם, בה"ש 213.

10 ע"א 1099/90 שרוני נ' שרוני, פ"ד מז(4) 785 (1993).

להעדיף האחד על פני האחר. לא לנו לבוא ולבחון צדקת העדפות אלה, כי אם חלילה כך נעשה, נחטא ליסוד היסודות שבתורת הצוואות...¹¹

לא זו אף זו, בפקודת הירושה הישנה היה שריון לגבי מקרקעין מסוג "מירי". בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב כך: "אחת המגרעות החמורות של חוק הירושה הקיים הוא האיסור לצוות מקרקעין מסוג 'מירי'."¹² במקום אחר בדברי ההסבר מצוין כי "לפי הצעתנו יכול אדם לצוות נכסיו כרצונו ואף להעביר את הירושה כולה לידי מוסדות או אנשים שאינם מבני משפחתו", ובמקום נוסף נכתב: "עם זאת היא מתירה למוריש לצוות כל עזבונו למי שלבו חפץ."¹³ אף אורי ידין מציין, במאמרו המתאר את חוק הירושה, כי החוק מרחיק לכת ונותן למצווה חופש ציווי נרחב ביותר, אשר נחסם למעשה רק על-ידי הסדר מזונות מן העיזבון.¹⁴

הנרטיב של דיני הירושה בישראל דהיום בהיר וברור – אין שריון של חלק מן הירושה לטובת יורשים טבעיים, אין כל הגבלה של חופש הציווי של הפרט בואכה הדרת יורשים טבעיים, ואין הגנה על רכוש בתוך המשפחה. עיקר העיקרים הוא כיבוד רצון המת. ההכרה הנורמטיבית מכילה בתוכה את האפשרות של הדרת יורשים טבעיים ואף של הדרת יורשים טבעיים ראויים.¹⁵ הדין אינו מתערב בהעדפותיו של הפרט אף אם העדפות אלה נראות לא-נכונות או לא-ראויות. מלבד הערך של כיבוד רצון המת, יש לשים לב כי ההכרה בחופש ציווי מוחלט ושליטת השריון עולות בקנה אחד עם ההכרה בקניין הפרטי. חופש הציווי הינו חלק מחופש הקניין, המאפשר לפרט לעשות ברכושו כרצונו. הכרה זו מכילה בתוכה את הרעיון כי הפרט יכול, בחייו ואף במותו, לעשות ברכושו כעולה על רוחו. ככל שמגבילים חירות זו, פוגעים בקניין הפרטי וביתרונותיו. ברור אפוא כי ככל שיוגבל הפרט ביכולתו להוריש את רכושו כרצונו, תהיה לכך השלכה על תמריצי הקניין הפרטי.

חופש הציווי מאפשר לפרט לכוון להתנהגות ראויה על-ידי מתן הירושה לבן הראוי המתנהג בצורה נאה ודואגת עם המוריש, או לקרוב-המשפחה הראוי או לזר הראוי, ושליטתה מן הבן או קרוב-המשפחה הלא-ראויים.¹⁶ לא זו אף זו, חופש הציווי המוחלט מאפשר לפרט, אם ירצה בכך, לכלכל את קרובו הרחוק, את שכנו או זר עני, ולהדיר את בנו או קרובו העשירים.

יצוין כי אף אם במסגרת דיני הפרשנות מקובלת החזקה הפרשנית שלפיה המצווה

11 שם, בעמ' 790–793.

12 עמ' 8 לדברי ההסבר להצעת חוק הירושה, התשי"ב-1952. ראו גם פ"ה שטראוס דיני הירושה בישראל 72, ה"ש 11 (1970).

13 עמ' 67 לדברי ההסבר להצעת חוק הירושה, התשי"ב-1952.

14 אורי ידין "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל" עיוני משפט ג 26 (התשל"ד).

15 קרי, יורשים דואגים ומסורים למורישם, להבדיל מיורשים מתנכרים המפגינים התנהגות נלווה כלפי המורישם.

16 יש לשים לב כי יש חולשה בנימוק זה, באשר השריון אינו מאפשר סכסוכים משפטיים בין היורשים העתידיים או לפחות מצמצמם, ואילו חופש ציווי מוחלט דומה שמגביר את אפשרויות הסכסוך.

מעדיף את בני משפחתו על אחרים,¹⁷ אין לראות בכך אלא חלק ממערך דיני הפרשנות בכללותם, המשקפים רצון משוער של הפרט כפי שהסדרים הדיספוזיטיביים של ירושה על-פי דין משקפים רצון זה. אין לראות בכך כל ניסיון לקבע, לגדר או להגביל את חופש הציווי. אין בין חזקה זו לבין הכרעה כי הדין מבכר הורשה ליורשים טבעיים והגנה על הרכוש בתוך המשפחה ולא כלום. מעניין שאף המשפט העברי מניח חזקה פרשנית זו, וכאשר יש קושי פרשני, ההלכה מבקשת להניח כי הפרט לא התכוון להדיר יורשים טבעיים.¹⁸

פרק ב: הדרת יורשים טבעיים – הסדרים קוגנטיים

1. מוסד השריון והצדקתו הנורמטיבית

יש דינים המבקשים להגן על הרכוש המחולק בהעברות ירושתיות על-ידי התערבות בהסדרי החלוקה.¹⁹ התערבות קניינית זו מגבילה למעשה את חופש הציווי של המצווה, ובכך שוללת ממנו את חופש הקניין המוחלט. הגנה זו על הרכוש נעשית על-ידי שריון של חלק מן הרכוש לטובת בן-הזוג ו/או ילדי המוריש, כך שצוואה אינה יכולה לחול על חלק זה. הסדר שריון זה הינו קוגנטי, ואין כל אפשרות להתנות עליו.

יודגש – אין לבלבל בין מוסד השריון לבין הסדרים אחרים בדינים שונים המבקשים להגן על זכויותיהם הסוציאליות של היורשים. לכך נועדו, למשל, הסדרי המזונות. הסדרים אלה הינם הסדרים קוגנטיים אשר הסיבה הנורמטיבית לקביעתם שונה מזו העומדת ביסוד מוסד השריון. למעשה, הסדרי המזונות נועדו בראש ובראשונה לראווג לנזקקי המוריש, וזאת במטרה למנוע את הישענותם על תמיכת החברה.²⁰ ברי כי לפני

17 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך חמישי – הצוואה 308–309 (2001).

18 שו"ת המהרי"ט, חלק ב, חושן משפט, סימן ה: "ויש שטענו עוד שכל אנו יכולים לפרש דבריו דלא להי אעבורי אחסנתא נפרש ונאמר שמה שכתב שיהיו לזרעו וזרעו כפי הדין." החזקה שאין אדם מעביר נחלתו היא חזקה שמשמשים בה כאשר יש ספק לגבי כוונתו של המוריש. חזקה פרשנית זו משקפת רצון משוער של רוב הפרטים ברוב הפעמים. השוו גם מתתיהו שווארץ "בירור מקיף בענין העברת נחלה מהיורשים" (פרק עשירי: חזקה דאין אדם מעביר נחלה – ספק בכוונתו) **קובץ בית אהרן וישראל שנה י', גיליון ו(ס), עמ' צ, צא (תשנ"ה)**.

19 במדינות מסוימות ניתן אף להביא לידי ביטול מתנות שניתנו שנים מספר לפני מות המוריש. ראו מאמרי רונן קריטנשטיין "עזו לתמורה: מעמדו הבין-מוסדי של מוסד המתנה" **משפט ועסקים יא** 133 (2009), אם כי שם התייחסנו לבטלות מתנות לצורך הגדלת העיזבון לשם מתן מזונות מן העיזבון.

20 ראו ידין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 30, המתייחס לדין המזונות מן העיזבון, אשר מאומץ בחוק הירושה כאימוץ מהמשפט העברי. עם זאת, גם ידין מציין כי אין מדובר בשאיבה מלאה, ולמעשה דין המזונות מן העיזבון "נשען על חוקים מודרניים בקהילה הבריטית ובאנגליה גופה לא פחות". ראו גם שם, בעמ' 32, והשוו אלון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1409.

שהיורש זוכה ברכוש, ראוי שקרובי המוריש יזונו מן המזונות, ולא יפלו על הציבור כולו. כך, למשל, סעיף 63 לחוק הירושה מבסס את מוסד המזונות מן העיזבון, וקובע כי רק כאשר בני המשפחה נצרכים, הם זכאים למזונות. אם הם אינם נצרכים, אזי אין כל שריון, וחופש הציווי שמור באופן מוחלט למוריש.²¹ שריון זה קיים ופועל הן במצב של ירושה על-פי צוואה והן במצב של ירושה על-פי דין. הסדרי השריון, לעומת זאת, אינם מיועדים דווקא לנזקקי המוריש, אלא לשמירת רכושו (חלקו לפחות) בתוך המערכת המשפטית.

מעבר לעובדה שמטרתו של מוסד המזונות ומטרתו של מוסד השריון שונות לחלוטין,²² קיימים שני הבדלים נוספים ביניהם: ראשית, שיעור הרכוש המוגן – ברי כי במסגרת מוסד השריון אחוז הנכסים המוגנים גבוה יותר, דרך כלל, מאשר במסגרת מוסד המזונות מן העיזבון; שנית, הסדר המזונות אינו מיושם תמיד, ותלוי במידת נצרכותם של בני המשפחה. הפגיעה בחופש הציווי בשיטה השוללת שריון ומכירה בהסדר מזונות מן העיזבון פחותה אם כן לאין ערוך מאשר בשיטה המכירה בהסדרי שריון. שריון מקנה זכות ודאית בנכסי המוריש, שאינה תלויה במצבו הכלכלי של היורש.

אף בדין העברי ניתן לזהות קוגנטיות בהסדרי ההורשה הבאים להגן על הרכוש בתוך המשפחה.²³ אולם אלבק מסביר כי קוגנטיות זו היא שיקוף רצונו של הפרט. מכיוון שדיני הירושה משקפים אומדן של בני-האדם, היחיד המגלה את דעתו כי הוא אינו רוצה להוריש בדיני הירושה "בטלה דעתו"²⁴ אצל כל אדם ואנו אומדים שאף יחיד זה בתוך לבו סבור ככל בני אדם ודבריו הם דיבורים בעלמא.²⁵

21 שילה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28. אם יש לזכאים מקורות מחיה אחרים, ברי כי הם אינם זכאים למזונות. ראו גם את ההסבר להצעת חוק הירושה, התשי"ב-1952, בעמ' 10.

22 בדין הישראלי הסיבה להסדר המזונות היא סוציאלית, כפי שמציין ידין, שהרי אנו רואים כי יש חופש ציווי מלא, מחד גיסא, והסדר מזונות מן העיזבון, מאידך גיסא. בכך יש "שילוב של זכויות אדם וחרות שליטתו בנכסיו עם העקרונות של מדינת סעד להעדיף את צרכי הנזקקים על רווחתו של היחיד". ידין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 32. ברי כי שיטת משפט המבקשת להגן על הרכוש בתוך המשפחה תבקש לעשות זאת באמצעים קטגוריים וחזקים יותר, דוגמת מוסד השריון.

23 הקוגנטיות באה לידי ביטוי באופן מיוחד בכך שיורשי המוריש אינם ניתנים לשינוי בלשון ירושה, וזוכה שאינו יורש על-פי דין זוכה באופן שאינו בעל אפיון מוסדי של ירושה, אלא של מתנה, למשל. ראו אלון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1404.

24 ייתכן שיש להסביר את "בטלה דעתו" באופן הבא: ההסדר הקוגנטי משקף את רצון כולם, ודעת היחיד הסבור אחרת בטלה מכיוון שאף הוא, אילו התבקש לקבוע הסדר לגבי אחרים או מאחורי מסך הבערות, היה מגיע לאותו הסדר. אם זה ההסבר, אזי ברי כי יש בכך הכרעה נורמטיבית הטוענת כי סיבת הסטייה של הפרט מהסדר כאמור, חשובה וצודקת ככל שתהיה ברמה הסובייקטיבית, אינה ראויה ולכן אינה מקובלת.

25 שלום אלבק "יסודות דיני הירושה והצוואה בתלמוד" מחקרי משפט ז 7, 19 (התשמ"ט). מעניין שלעיתים הקוגנטיות נועדה להגן על רכוש בעבור מאן דהוא. ראו אלון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 683 ובה"ש 231, שם הוא מציין כי בתקנות שמובאות בשו"ת הריטב"א, סימן קפ, שבהן נקבעת זכות ירושה שווה לכן ולבת, קיימת הגבלה לגבי זכותו של הבעל לצוות בניגוד לאותן תקנות.

קוגנטיות זו בדין העברי משקפת את הרצון המשוער של כלל הפרטים.²⁶ יש להדגיש כי מנגנון הירושה הקבוע מדין תורה ניתן לעקיפה בצורות שונות, כגון מתן מתנה,²⁷ המאפשר "לעקוף" את כללי הירושה.²⁸ כלומר, בעוד העברה מסוימת בדרך של לשון ירושה לא רק אסורה מן הדין, אלא גם אין בכוחה ליצור כל היבט או תוקף קנייניים,²⁹ אין הדבר נכון לאותה העברה מסוימת הנעשית בדרך של לשון מתנה, אשר יכול שתקנה תוקף קנייני גם אם הדבר ייאסר מבחינה מוסרית, כפי שנראה בהמשך.

ניתן למצוא את מוסד השריון בווריאציות שונות במדינות אירופה.³⁰ מדינות רבות משריינות בהתאם להסדר הירושה על-פי דין – למשל, מבטיחות שריון לילדים של לפחות מחצית ממה שהיו מקבלים על-פי דין.³¹ בארצות-הברית – למעט לואיזיאנה, המושפעת כידוע מהדין הצרפתי – אין שריון לילדי המוריש.³²

הצדקה נורמטיבית לשריון המהותי יש לראות במערכת היחסים המשפחתית ובנרטיבים המיוצרים במסגרתה.³³ הצדקה זו טומנת בחובה הכרה בכך שקיימת ציפייה שקרובי-המשפחה הקרובים הם שירשו את המוריש. ציפייה זו באה לידי ביטוי בהסדרים

26 ייתכן שיש להסביר כי בדין העברי ההסדר הדיספוזיטיבי משקף את רצונו של הפרט היחיד – זה מה שרוב הפרטים כיחידים היו בוחרים. ההסדר הקוגנטי, לעומת זאת, משקף את הרצון הראוי של הציבור, וככזה הוא משקף ערכים חברתיים גבוהים יותר.

27 ראו אלבק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 38. בלשון ירושה יש פוטנציאל של פגיעה ביורש המיועד, וכתוצאה מכך אין הכרה בהורשה למי שאינו מיועד לרשת, ופעולה כזו בטלה אצל כל אדם, שכן הנחת-היסוד היא שאין אדם גומר בדעתו לעשות כן. בלשון מתנה, לעומת זאת, אין לכאורה פוטנציאל של פגיעה ביורש המיועד, שכן ניתן לשער שבני-אדם, לפחות מיעוט מקרבם, נוהגים כך, ולכן דעתם אינה בטלה אצל כל בני-האדם. עם זאת, להלכה יש מה לומר אף על מהלך כזה, כפי שנראה בהמשך.

28 קיימים מנגנונים נוספים לעקיפה, כגון "כתובת בנין דכרין" או "שטר חצי זכר". ראו יוסף ריבלין **הירושה והצוואה במשפט העברי** 44–57 (אוניברסיטת בר-אילן, התשנ"ט) (להלן: ריבלין **הירושה והצוואה**).

29 השוו שו"ת המהרש"ך, חלק ג, סימן יב.

30 כך, למשל, ס' 536 לקודקס האזרחי באיטליה מקבע את מוסד השריון. הסעיף מפרט מהם החלקים בעיזבון המגיעים לכל אחד מן היורשים בכל מקרה. גודל החלק משתנה בהתאם למספר היורשים. אם אין למצווה יורשים הזכאים מכוח השריון, הוא רשאי לצוות כראות עיניו. ראו גם ס' 556 לאותו קודקס, אשר מקבע הסדר המתחשב גם במתן מתנות שנתן המצווה בחייו, וזאת כדי למנוע מצב שבו על-ידי מתן מתנות ירוקן השריון מתוכן. בדין הגרמני מוסד השריון מקנה ליורשים המשוריינים 50% ממה שהיו מקבלים כיוורשים על-פי דין, וזאת כמובן ללא תלות במצבם הכלכלי (ראו ס' 2303 ל-BGB). בדין השווייצרי השריון מקנה לזכאים אחוזים שונים ממה שהיו מקבלים על-פי דין (ילד – 75%, בן-זוג – 50%, הורים – 50%; ראו ס' 471 לקודקס האזרחי השווייצרי).

31 ראו Batts, להלן ה"ש 34; Tate, להלן ה"ש 34.

32 אין אנו מזכירים את בן-הזוג ואת ה"שריון" הקיים לבן-הזוג בכמה מדינות בארצות-הברית, מכיוון שחלק מן השריונים הללו קשורים למערכת הבין-זוגית ולדיני משפחה, ולא דווקא לדיני ירושה, וחלקם מהווים זכות שימוש בנכסים ותו לא.

33 הצדקה זו הינה מעבר להצדקה הסוציאלית, אשר יכול שאף היא קיימת בשורשיו של מוסד השריון, וכמובן אף מעבר להצדקה או לנסיון ההצדקה של חובת האב לזון את ילדיו – חובה שלא ברור אם קיימת אחרי מותו, ואשר נראית שייכת יותר, מכל מקום, לתחום של הסדרי מזונות.

הדיספוזיטיביים של ירושה על-פי דין, המבקשים לשקף את רצונו המשווער של הפרט. אך טבעי כי בניו של היורש ירשוהו, ולא אחייניו, ומכאן, דרך כלל, הכינוי "יורשו הטבעיים" מתייחס לילדיו של המוריש, ובהעדר ילדים – לקרובי-משפחתו הקרובים ביותר.

יתר על כן, מוסד השריון מכוון לנורמה ראויה של חיזוק המשפחה והסולידריות המשפחתית. ברור אפוא כי באמצעות חיזוקה של הסולידריות המשפחתית מחוזקים ערכים נוספים של אחווה ורעות, אשר מקומם במשפחה בוודאי חזק יותר מאשר במערכות שאינן משפחתיות.³⁴

הצדקה נורמטיבית זו כוחה יפה לצורך הגבלת חופש הקניין וחופש הציווי, על העלות הכרוכה בכך, וזאת בשל התועלת הגלומה בחיזוק הנורמה החברתית הראויה – ערכי סולידריות משפחתית וחלוקת ראויות ללא העדפות ושגיונות של המוריש.³⁵

2. פגיעה בחופש הציווי לא באמצעות הכרה במוסד השריון

לנוכח האמור עד כה ניתן לסבור, לכאורה, כי אם אין שריון בדין, אזי מדובר בשיטה שבחירה בחופש ציווי מוחלט ומלא. אולם אין הדבר מדויק. לעיתים אנו מזהים התערבות קניינית מסדר שני, המבקשת לשמר את הנרטיב של מוסד השריון על-אף העדרו של מוסד השריון עצמו.

כפי שכבר ציינו, ברוב מדינות ארצות-הברית חופש הציווי אינו מוגבל, ואין שריון כמשמעותו המתוארת לעיל. עם זאת, כפי שעולה מכתיבה של השנים האחרונות, הפסיקה האמריקאית מסתייגת מרעיון חופש הציווי המוחלט, ובפרט מן האפשרות של הדרת יורשים טבעיים לטובת יורשים "לא-טבעיים".

לדעת הכותבים האמורים, הפסיקה מנסה להביא לידי חלוקת רכוש שישקפו נורמות שבית-המשפט תופס כראויות מבחינה חברתית, שלפיהן בני המשפחה קודמים תמיד.³⁶ מהלך זה נעשה בפסיקה על-אף העדר השריון, וזאת באמצעות ביטולן של צוואות על-ידי דוקטרינות ירושתיות שאינן קשורות כלל למוסד השריון. באופן זה החלל של אי-השריון מתמלא בשריון דה-פקטו, באמצעות דוקטרינה שלא נועדה כמובן למילוי של חלל זה. פעולות אלה משקפות גישה נורמטיבית המבקשת לקבוע כי לפרט אין חופש ציווי מוחלט, וכי על הדין לומר את דברו כאשר אופן החלוקה אינו תואם נורמות

34 השוו: Deborah A. Batts, *I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for a Change to a System of Protected Inheritance*, 41 HASTINGS L.J. 1197 (1990); Joshua. C. Tate, *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, 42 U.C. DAVIS L. REV. 129 (2009).

35 הנחת-היסוד של הטוענים כך חייבת להיות שהמשפט מחזק את הנורמה – הנחה אשר יש החולקים עליה.

36 יצוין כי מהלך זה אינו מוסכם על-ידי הכותבים מבחינה נורמטיבית, ואף לא מבחינה דסקריפטיבית, ומבוקר קשות על-ידיהם. על כך ראו במאמרי "על השפעות ומשפחות – דוקטרינת השפעה בלתי הוגנת בדיני הירושה" (טרם פורסם; עותק מצוי בידי המחבר).

חברתיות ראויות. ניתן לראות את התופעה עצמה כמשקפת התערבות קניינית באופן חלוקת הרכוש על-ידי הפרטים.

מדוּף (Madoff) טוען כי הפסיקה מבקשת להגן על הרכוש בתוך המשפחה, וכי בהעדר שריון היא עושה זאת באמצעים אחרים, שאינם רלוונטיים בהכרח לסוגיית השריון. לטענתו, הדין שאותו בחן מבקש להעניק היבטים נורמטיביים לתוצאות הנובעות מהפעלת הדוקטרינות השונות – היבטים אשר רלוונטיים לעצירת חלוקת הרכוש שאינה בהתאם ל-*testamentary norms*, ובמיוחד ל"נורמה שלפיה אנשים צריכים לכלכל את משפחותיהם".³⁷

ניסוח דומה, ואולי אף חריף יותר, נוקטת לזלי (Leslie), הסבורה כי הדין מבקש בעת חלוקת הרכוש להתחשב במערכות היחסים ובקשרים הנוצרים לאורך שנים, ובאינטרסים שונים של ציפייה אשר נובעים, בין היתר, מדאגה של בני משפחה לאחרים – בדרך-כלל מדאגה של יורשים למורשים – דבר המגביר את אינטרס הציפייה לחלוקה ירושתית בהתאם לציוויים המשפחתיים. פסיקות ברוח האמור מבטאות נורמות חברתיות ברורות הנתפסות כראויות על-ידי הפסיקה.³⁸ ברוח דומה מתבטאים אף כותבים נוספים:

"The family paradigm encourages judges and jurors to 'bend' the law to ensure 'appropriate' distribution of decedents' estates."³⁹

ובאופן דומה:

"Without a family protective device and under a system of completely free testation, undue influence becomes one of the few ways in which a disappointed heir can challenge a will. In short, the greater and more significant the family protective scheme is, the less necessary a doctrine like undue influence will be."⁴⁰

לסיכום, נמצאנו למדים כי אף בהעדר שריון הפסיקה האמריקאית מנסה להביא לידי חלוקת רכוש שתתאים לנורמות חברתיות המבקשות לא לכבד הדרת יורשים טבעיים,

37 Ray D. Madoff, *Unmasking Undue Influence*, 81 MINN. L. REV. 571, 576 (1997). מדוּף בחן

את הדין בשתי מדינות בארצות-הברית – ג'ורג'יה ולואיזיאנה. לטענתו, קריאת הדין הנכונה בראשונה מלמדת כי אי-ההכרה במוסד השריון בדין מוצאת את ביטוייה בדוקטרינת ההשפעה הבלתי-הוגנת, המשמשת מעין תחליף לשריון, וזאת באמצעות ביטולן של צוואות מדירות בעילה של השפעה בלתי-הוגנת. קריאת הדין בשנייה מלמדת כי דוקטרינת ההשפעה הבלתי-הוגנת אינה משמשת שם לביטולן של צוואות מדירות, ומדוּף מייחס זאת להכרה במוסד השריון בלואיזיאנה.

38 Melanie B. Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, 38 ARIZ. L. REV. 235, 236 (1996)

39 Frances H. Foster, *The Family Paradigm of Inheritance Law*, 80 N.C.L. REV. 199 (2001)

40 Ronald J. Scalise Jr., *Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis*, 19

DUKE J. COMP. & INT'L L. 41, 81 (2008)

וזאת מבלי להתייחס לשאלה אם הכלים המשמשים אותה לשם כך הם הנכונים, ואם הדבר ראוי מבחינה נורמטיבית.⁴¹

פרק ג: הדרת יורשים טבעיים במשפט העברי – מחלוקות, גישות וניואנסים בהתוויית הכשל המוסרי

1. הדרת יורשים טבעיים בהלכה – תקפה ומצויה אך לא־רצויה ולא־ראויה

המשנה במסכת בבא בתרא שונה: "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו – מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו; רשב"ג אומר: אם לא היו בניו נוהגים כשורה – זכור לטוב."⁴²

מדברים אלה עולה כי לדעת חכמים, אף שהמוריש יכול להעביר את נכסיו לא ליורשיו הטבעיים (ילדיו) – אם כי עליו לעשות זאת, כאמור לעיל, במנגנון עוקף דיני ירושה⁴³ – דעת חכמים אינה סובלת רעיון זה, ולכן קובעת כי הדבר אינו ראוי ברמה המוסרית, הגם שמבחינה קניינית הוא תקף. כלומר, התמרוץ לא־עשיית מעשה זה אינו בא לידי ביטוי בהסדר המשפטי, באשר "מה שעשה עשוי". אין התערבות קניינית של הדין המביאה לידי ביטול פעולת הירושה, אלא יש הבעת עמדה מוסרית ברורה המביעה תרעומת על מהלך קנייני זה.

יש לציין כבר כעת כי הרמב"ם, בהלכות נחלות, גורס כי "כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשין... אין רוח חכמים נוחה הימנו"⁴⁴, כלומר, הדרת יורשים טבעיים ככלל – ולא דווקא הדרת בנים יורשים על־ידי אביהם המוריש – היא בגדר מעשה לא־ראוי. הפגם המוסרי שחכמים מציינים בהקשר של הדרת יורשים רלוונטי אם כן לא רק לקרבה הראשונית ביותר של הפרט, אלא אף לקרובי־משפחה אחרים שנחשבים יורשים טבעיים לצורך העניין.

41 למשמעות הדסקריפטיבית והנורמטיבית הן בהקשר של הדין האמריקאי ועוד יותר מכך בהקשר של הדין הישראלי ראו מאמרי "על השפעות ומשפחות", לעיל ה"ש 36.

42 בבלי, בבא בתרא קלג, ע"ב. ראו ריבלין **הירושה והצוואה**, לעיל ה"ש 28, בעמ' 180, ה"ש 3, לעניין דבריו כי משנה זו, כפשוטה, עוסקת ב"מתנת בריא". ראו גם שם, בעמ' 183, בטקסט שלאחר ה"ש 26.

43 כפי שמסכם אשר גולאק **יסודי המשפט העברי** כרך ג 73 (תרפ"ב), "האדם יכול איפוא לתת בצוואתו את נכסיו לאחרים שאינם ראויים לירש [על־פי דין – ר' ק], ומתוך כך תתבטל הירושה על פי דין". ראו, למשל, בית הבחירה, בבא בתרא קלג, ע"ב: "...וכגון שעשה כן בלשון המועיל כגון שנתנם במתנה מה שעשה עשוי אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו". כן ראו שו"ת התשב"ץ, חלק ב, סימן רסד: "וכן אם אמר בלשון המתנה אפילו אמר כן למי שאינו ראוי ליורשו דבריו קיימין אע"פ שעשה שלא ברצון חכמים... אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו..."

44 משנה תורה, נחלות, פרק ו, הלכה יא.

רשב"ג מציג עמדה אשר לא ברור ממנה אם קיימת מחלוקת בינו לבין חכמים או שמא היא מביעה הסכמה עימם. האם חכמים הסבורים כי יש פסול מוסרי בהדרת היורשים הטבעיים על-ידי המוריש מסכימים, כגישתו של רשב"ג, כי אם ילדו של המוריש (או כגישת הרמב"ם – יורשו הטבעי, אף אם אינו ילדו) מתנהג לא כשורה, אזי ראוי מבחינה מוסרית להדירו, ואף יותר מכך – יש חובה מוסרית לעשות כן ("זכור לטוב" מי שעשה כך), או שמא אף במקרה שהלה אינו מתנהג כשורה, הדרתו הינה בבחינת פסול מוסרי, ו"רוח חכמים אינה נוחה הימנו"?

בירור זה נערך על-ידי הגמרא הבבליית במסכת בבא בתרא.⁴⁵ הבירור כולל הסקה מסיפור הדרתו של בנו של יוסי בן יועזר מירושת אביו. אלא שהגמרא אינה מצליחה להכריע מסיפור זה, ולמעשה קיימות שתי לשונות חולקות בסיפור. משום כך הגמרא מתקשה ללמוד אם דעת חכמים כי הדרת יורשים פסולה מבחינה מוסרית חלה אף כאשר מדובר ביורשים שאינם מתנהגים כשורה, או שמא בסיטואציה זו חכמים מסכימים לגישת רשב"ג כי אין פגם מוסרי בהדרה, וכי הדבר אולי אף רצוי מבחינה מוסרית.⁴⁶ הגמרא מכריעה לבסוף כי דעת חכמים חלה גם על מצב שבו מדירים יורשים שאינם מתנהגים כשורה, ומכאן שחכמים חולקים על רשב"ג. הכרעה זו נלמדת מוסקת מקריאתו של שמואל לרב יהודה לא להיות נוכח בעת העברת נחלה אפילו מבן רע לבן טוב.⁴⁷ מכאן יוצא שעמדת שמואל אינה יכולה להיות כעמדת רשב"ג, וממילא יש להסיק כי חכמים חולקים אף הם על רשב"ג ושמואל הולך לשיטתם. לפי שיטה זו, אין הבדל אם מדובר בבן המתנהג כראוי וכיאה או בכך שאינו ראוי לירש בשל התנהגותו הנלווה.⁴⁸ הרמב"ם מציג אף הוא את ההלכה כמו חכמים, אם כי הוא נוקט מונחים כלליים יותר, כפי שכבר ציינו לעיל: "כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשין... אין רוח חכמים

45 ראו בבא בתרא, לעיל ה"ש 42.

46 שו"ת אגרות משה, חלק ה, סימן מג, הדין בסוגיה אם שני ה"איכא דאמרי" חלוקים ביניהם בשאלה אם חכמים חולקים על רשב"ג בעניין האמור או מסכימים לדעתו, או שמא המחלוקת בין שני ה"איכא דאמרי" היא מחלוקת חכמים ורשב"ג, דהיינו, ה"איכא דאמרי" הראשון הינו דעת רשב"ג, וה"איכא דאמרי" השני זוהי דעת חכמים.

47 "לא תיהוי בי עבורי אחסנתא ואפילו מברא בישא לברא טבא". בבלי, בבא בתרא קלג, ע"ב. ראו באופן דומה בבלי, כתובות נג, ע"א.

48 לחיזוק העניין מביאה הגמרא בהמשך סיפור נוסף העוסק בהדרה ובתיקונה. התלמוד הבבלי מספר על אב המדיר את בנו, אלא שהפעם ההסקה מהסיפור אינה מותירה מקום לספקות. "מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגין כשורה, עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל. מה עשה יונתן בן עוזיאל? מכר שלישי, והקדיש שלישי, והחזיר לבניו שלישי" (בבלי, בבא בתרא קלג, ע"ב). אם כן, יונתן בן עוזיאל סובר כחכמים כי אף אם הבנים מתנהגים לא כשורה, מגיע להם לקבל מירושת אביהם, ואל לאביהם להדירם. שמאי לא חשב כך, ולכן, מספרת הגמרא, "בא עליו שמאי במקלו ותרימלו" (שם). כפי שמסביר הרשב"ם, במקום ד"ה "במקלו ותרימלו", "כלומר להתווכח עמו על שעבר דברי המת שנתכוין לתת לו על מנת שלא יהנו בניו מנכסיו". הרשב"ם מסביר כי אף שלא פירש האב באופן ברור כי זה אומד-דעתו, פרשנות סבירה המבקשת לקיים את דברי המת גוררת הדרה של היורשים, ואם כן – כיצד החזיר יונתן בן עוזיאל שלישי לבנים? סיום הסיפור מלמד כי אף שמאי מסכים לבסוף לגישתו של יונתן בן עוזיאל.

נוחה הימנו".⁴⁹ בכך הרמב"ם קובע – ולא מעטים הולכים בעקבותיו – כי הלכת חכמים בנוגע להדרת היורשים ולפגם המוסרי הטמון בה חלה לא רק על אב המדיר את ילדיו, אלא על כל מוריש המדיר את קרוביו הראויים לירש.⁵⁰ השולחן ערוך פוסק אף הוא באופן דומה: "כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים, אף על פי שאין היורשים נוהגים בו כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו, וזכו האחרים בכל מה שנתן להם."⁵¹ כלומר, יש תוקף קנייני, אולם קיים פגם מוסרי בהעברת הנחלה מהיורשים הראויים, ופגם זה קיים אף אם נהגו היורשים במוריש לא כשורה. לא זו אף זו, מידת חסידות היא לא להיות שותף למעשה כזה, וכיצד ניתן להיות שותף? להיות עד. לכן צריך אדם להימנע, כמידת חסידות, מהשתתפות כעד בעריכת פעולה משפטית כאמור.

ניתן לראות בספרות התשובות באופנים שונים כיצד, מחד גיסא, הצוואה תקפה, ומאידך גיסא, קיימת לצידה אי-הנחת האמורה, אם כי אי-נחת זו אינה בעלת משמעות רבה – לא מוסרית וקל וחומר לא משפטית. דוגמה יפה המעידה על האמור ניתן לראות בתשובה של המהרשד"ם: "אף על פי שלא היה מהראוי להעשות כי העבירה הירושה מן היורשת האמיתית ובוודאי שאין ראוי לעשות כן לכתחילה מאחר שנעשה כבר קיים... אם כן דאע"ג דאין לעשות כן אם עשה עשוי..."⁵² לסיכום, מרובד זה עולה כי הדרת יורשים טבעיים אינה רצויה, וקיים פגם מוסרי בהדרה כזו, אולם ברי כי גם כאשר פעולת ההורשה כוללת הדרה, הדין מכבד זאת ומבצע את פעולת ההדרה בלא כל סייג. רובד זה מביע אי-נחת ברמה ההצהרתית, ולא מעבר לכך.

2. הדרת יורשים טבעיים בהלכה – לא בלתי-קבילה

ניתן לזהות רובד נוסף בדין העברי, אשר אינו עיקש כלל בהתנגדותו המוסרית להדרת יורשים טבעיים, ומוכן לעיתים, בנסיבות מסוימות, לקבלה. רובד זה נע החל בקבלת אפשרות ההדרה עם עיקרון מרכזי, המשך בקבלתה בלא כל עיקרון מרכזי, וכלה אף בעידוד הדרתם של היורשים הטבעיים.

קבלת אפשרות ההדרה באמצעות עקרונות מרכזיים או מנגנונים מקילים ניתן לזהות

49 משנה תורה, נחלות, פרק ו, הלכה יא.

50 יש גם דעות אחרות. השו"ת למשל, שו"ת מכתם לדוד, חושן משפט, סימן טז. ראו גם שו"ת שואל ונשאל, חלק ד, חושן משפט, סימן ב, אשר דן באריכות בשתי הגישות ומביא כמה מקורות להן. ראו גם שו"ת חת"ם סופר, חושן משפט, חלק ה, סימנים קנא וקנג, שם מוצבות מדרגות מוסריות שונות בהתאם ליורשים המודרים – בנים או יורשים טבעיים אחרים.

51 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפב, סעיף א.

52 שו"ת מהרשד"ם, חושן משפט, סימן שיא. גישה דומה מופיעה בתשובה של הרב עזריאל, המדגיש כי לאחר עשיית צוואה מדירה אין אלא לקיימה. ראו משפטי עזריאל, כרך ד, חושן משפט, סימן לו: "...דמה שאמרו לא תהוי באעבורי אחסנתא הוא לענין עדות להתהוות הצוואה, אבל אחרי שהצוואה היא לפנינו ואיסורא דעבד עבד, אין לנו אלא לדון דיניה של צוואה זאת..."

בשטרי צוואה שהתגלו מתקופות הגאונים. בשטרי צוואה אלה אנו מוצאים מנגנון שיוור של ד' זוזים, קרי, שיוור סכום בשווי ד' זוזים לפחות ליורשים הטבעיים, וזאת כדי שלא יהיה "עבורי אחסנתא". כך, למשל, התשב"ץ מזהה כי בטופסי שטרות של ראשונים אנו מוצאים שיוור ד' זוזי. לטענת התשב"ץ, שיוור זה נועד לאיין את "אין רוח חכמים נוחה הימנו".⁵³ שיוור ד' זוזים לא נועד לצורך "מה שעשה עשוי", קרי שהקניין יהיה תקף, באשר הקניין תקף ממילא, כפי שראינו כבר על-פי התלמוד. השיוור נועד כדי לסלק את התרעומת – כדי לאיין את "אין רוח חכמים נוחה הימנו".⁵⁴

גישה דומה ניתן לראות בתשובה בתימינו של הרב עובדיה יוסף לשאלה שנשאל לגבי מתן רוב הרכוש לבן תלמיד חכם ושאר הרכוש ליתר היורשים. הרב עובדיה מתיר זאת, ואינו רואה בכך גדר של "אין רוח חכמים נוחה הימנו", בין היתר בשל עניין השיוור.⁵⁵

גישה דומה ניתן לזהות אצל הרב פיינשטיין,⁵⁶ המסתמך על אפשרות ההדרה ובלבד שיתקיים במקביל מנגנון שיוור. הרב פיינשטיין אינו רואה בשיוור דבר סמלי המהווה פיקציה שכל מטרתה להסיר תרעומת חכמים. בשיוור הכוונה להשאיר למודרים סכום נאה

53 שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קמז. ראו גם קצות החושן, חושן משפט, סימן רפב, סעיף א, ד"ה "שמעבירין בה הירושה". השו"ת פתחי תשובה, חושן משפט, סימן רפב, סעיף א.

54 יוסף ריבלין "על החובה לשייר ליורשים" דיני ישראל יג-יד, קסז (התשמ"ח). כן ראו ריבלין הירושה והצוואה, לעיל ה"ש 28, פרק תשיעי ("העברת נחלה מיורשים"), בעמ' 180 ואילך, שם מנתח ריבלין מקורות שונים הדורשים חובת שיוור. יש להבחין בין שיוור הנדרש לשם מתן תוקף לצוואה – קרי, שיוור שבעדרו לא יהיה תוקף לצוואה – לבין שיוור לצורך הסרת התרעומת, כלומר, לצורך איין "אין רוח חכמים נוחה הימנו". האחרון הוא מעניינינו. מעניין שריבלין מוצא כי חובת שיוור לשם תיקוף צוואה לא הייתה במתנת בריא, אולם לגבי מתנת שכיב מרע מגלה ריבלין מחלוקת גאונים לעניין חובת השיוור. בכל מקרה, את מבטנו שלנו אנו מפנים אל חובת השיוור המיועדת להסרת התרעומת, כלומר, למקרים שבהם גם בלא שיוור הפעולה ההורשתית תקפה (מתנת בריא) אולם ייתכן ש"אין רוח חכמים נוחה הימנו".

55 שו"ת יביע אומר, חלק ח, חושן משפט, סימן י. יש לשים לב כי יש נימוקים נוספים להצדקת ההדרה האמורה. "ולפע"ד אולי יש לחלק, שאם התלמיד חכם נמצא במצוקה כלכלית, ותורתו אומנותו, שפיר דמי לחלצו מצרתו ולאפשר לו לעסוק בתורה ביישוב הדעת והמנוחה". בסיומה של אותה תשובה מסתמך הרב על קונסטרוקציה המורכבת מכמה נדבכים, ביניהם שיוור לשאר יורשים, אבל מציין שוב "וכ"ש אם התלמיד חכם דחיקא ליה שעתא ונמצא במצוקה כלכלית וע"י צוואה זו יוצא למרחב". יש להדגיש כמובן כי עצם עובדת היותו של הבן תלמיד חכם משפיעה אף היא על ההכרעה, ובמובן זה ייתכן שניתן לסווג פסק זה אף לעימות שבין הלכות ירושה לבין הלכות צדקה, אשר יוזכר בהמשך הדברים. אין ספק שהרציונל של תמיכה בתלמיד חכם יכול (אם כי אין הכרח) שיהיה שייך אף לאותה קטגוריה של מתן צדקה מאותם טעמים תיאולוגיים-פסיכולוגיים שנעלה בהמשך הדברים בגוף המאמר. השו"ת גם שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנא, סעיף ט, אם כי חשוב להדגיש שאנו ביקשנו להדגיש כאן הדרות עם שיוור, ואין ספק כי אליבא דגישתו של בעל יביע אומר, עובדת היות הבן תלמיד חכם אינה מספיקה כשלעצמה, ויש צורך גם במנגנון השיוור. ראו גם פ"ד א 319, 313 (התשי"ד). יש לזכור כי הדבר עומד בניגוד לדעת הרשב"ם, בבא בתרא קלג, ע"ב, ד"ה "בי אעבורי אחסנתא". השו"ת גם לכנסת גדולה, יורה דעה, סימן רמט, סעיף א.

56 שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן מט.

– לא סכום סמלי, כי אם "דבר חשוב", בלשון הרב פיינשטיין. השארת סכום נאה מאינת את רוח התרעומת המוסרית הקיימת בהדרת יורשים טבעיים, באשר היא מגלה כי אין המוריש מדיר לחלוטין את יורשיו הטבעיים, אלא דואג להם כמצופה. כך, למשל, בתשובה האמורה טוען הרב פיינשטיין כי הותרת חומש ליורשים הטבעיים והעברת יתר ארבע החמישיות למי שחפץ ליבו של המוריש (המדיר), כגון למוסדות תורה וקרובים בני-תורה, הינה בעלת תוקף קנייני ונטולת פגם מוסרי.⁵⁷ יושם אל לב כי מנגנון השיוור הוא אשר "מכשיר" את ההדרה, ולא דווקא דמותם או תפקידם של מקבלי הרכוש על-חשבון המודרים.⁵⁸

גישה המאפשרת הדרה ללא צורך בעיקרון מרכזי מופיעה בעימות שבין "הלכות נחלות" לבין "הלכות צדקה". אומנם, יש המנסים לטעון כי אף עימות זה יש להבינו לאור עקרון השיוור, אולם כפי שנראה להלן, מנגנון השיוור מסייע, אבל יש מקום להבין כי ערך הצדקה – הן ברעיונו והן במימושו – קורא תיגר ברור על רעיון אי-ההדרה.

הכרעה כי הדרה אינה אפשרית כלל, אף עם מנגנון שיוור, מעמתת כאמור את "הלכות נחלות" ואת הרעיון העומד מאחורי אי-ההדרה עם רעיון אחר, אשר מתועדף למכביר בספרות ההלכה, הוא רעיון הצדקה וגמילות חסד. לכאורה, נדמה כי עימות כזה אינו יכול להתקיים, שהרי אם השארת רכוש לצדקה נחשבת בבחינת הדרת יורשים ונושאת בחובה כתם מוסרי, ברי כי יש כאן תמריץ שלילי למתן צדקה. יתר על כן, אם אפילו שיוור ליורשים בכל סכום שהוא – סמלי או שאינו סמלי, נאה או שאינו נאה – אינו מועיל, אזי יש כאן פגיעה לא רק ברעיון הערכי המונח ביסוד הצדקה וגמילות חסדים, אלא אף פגיעה ממשית: הכיצד תינתן בפועל צדקה, הניתנת באופן משמעותי לעת מות הפרט? יש לזכור כי מתן צדקה לעת מות הפרט נפוץ הן משום שאז המוריש יכול לכלכל את מתן רכושו ביודעו כי לא יצטרך לו שוב, והן מסיבות תיאולוגיות-פסיכולוגיות כאלה ואחרות של מתן בטרם הליכה מבין החיים. רבים מורשים לילדיהם וכד במשאירים מרכושם הרב למוסדות חסד וצדקה.

הדרה לצורך צדקה מעמתת אם כן בין שני יסודות בהלכה בהתאם לאמור לעיל. יש מקום לסברה כי הדרה כזו אינה נמנעת על-ידי ההלכה ואינה מגונה מוסרית הן מסיבות רעיוניות והן מסיבות מעשיות. אכן, התלמוד הבבלי, במסכת כתובות,⁵⁹ מספר לנו על מר עוקבא⁶⁰ שכאשר עמד לפני מותו, ביקש שיביאו לו את חשבונות הצדקה שלו, ומצא

57 אם כי יש לציין שנראה כי אין דעת הרב פיינשטיין שלמה לעניין מנגנון השיוור כמכשיר הדרה, וזאת בשל כך שבסיפור התלמודי במסכת בבא בתרא על יוסי בן יעזר, שהקדיש את רכושו עקב התנהגות בנו, לא סביר להניח כי לא נשאר לו אפילו ד' זווים, ובכל-זאת ניתן הסיפור כהוכחה, או כנסיון הוכחה, לדין עבורי אחסנתא. אף-על-פי-כן אומר הרב פיינשטיין, בהסתמכו על התשב"ץ המוזכר בגוף הטקסט, כי אם משייר, אין איסור: "נראה שיש לסמוך עליו כשהשאיר ליורשין דבר חשוב ומסתבר לעניות דעתי שיניח ליורשין חומש..."

58 יש דעות אחרות הסוברות כי מנגנון השיוור מסייע בהכשרת ההדרה רק כאשר ההדרה הינה לטובת צדקה. ראו בהמשך בפרק ד.

59 בבלי, כתובות סו, ע"ב.

60 במסגרת מערך סיפורים על מר עוקבא והנהגותיו הטובות בנתינת צדקה.

שכתוב כי נתן סך של "שבעת אלפי דינרי סיאנקי", שהינו סכום נאה ביותר.⁶¹ ממשך התלמוד ומספר כי מר עוקבא אמר לסובביו כי הכין צידה קלה לדרך אשר הוא עומד לצאת אליה, ומייד "קם בזבזיה לפלגיה ממוניה", כלומר, מייד התעורר ופיזר חצי ממונו לצדקה. שואלת הגמרא: הכיצד עשה כך, שהרי ר' אילעאי כבר אמר כי "באושא התקינו, [ש]המבזבז – אל יבזבז יותר מחומש"? מתרצת הגמרא כי תקנה זו רלוונטית למתן מחיים, שמא ירד הנותן מנכסיו, אבל מתן לאחר המוות, אשר הנימוק האמור אינו רלוונטי לגביה, אין התקנה מונעת. לנוכח המסקנה האמורה ברי כי הסוגיה בכתובות אינה חוששת כלל מהדרת יורשים לטובת צדקה ומתן כל הנכסים לעת המוות, וממילא נגזר מכך שאין חשש למתן צדקה אף אם נגזרת מכך הדרה חלקית או אף מלאה של היורשים הטבעיים. יש לשים לב כי בכל מקרה תיגזר הדרה בשיטה שמתמדת מתן צדקה, באשר קל מן הסתם לתיתה בסדרי-גודל גדולים מן המוות, ולא מן החיים.

באופן דומה נפסק להלכה מפי הרמ"א "אבל בשעת מותו יכול אדם ליתן צדקה כל מה שירצה".⁶² ברי כי אם יכול לתת כל כמה שירצה, ניתן אף להגיע להדרה מלאה של יורש טבעי. מסקנה זו אינה מבחינה בין הדרה מלאה לבין הדרה חלקית לעניין קיומו של הפגם המוסרי, מכיוון שלמעשה המסקנה האמורה מקבעת כי פגם מוסרי אין. הלבוש אינו מהסס להצהיר בריש גלי על העימות הקיים ועל תוצאתו, באשר הוא קובע במפורש את היחס "ואין צריך לחוש ליורשיו".⁶³

ה"עידוד" קיים בגישתו של רשב"ג. כפי שכבר ראינו, רשב"ג סבור כי לא רק שאין פסול מוסרי בהדרת יורשים שאינם מתנהגים כשורה, אלא שיש חובה מוסרית להדירם – "זכור לטוב" מי שעשה כך. מאמירתו של שמואל לעיל פושטים הראשונים כי ההלכה הינה כחכמים, אולם אל יהי הדבר קל בעינינו, באשר על-פי כללי ההכרעה במחלוקות בין תנאים, הייתה ההלכה צריכה להיות כרשב"ג. הרשב"ם מציין, בצדק, את הכלל שטבע האמורא ר' יוחנן להכרעה במחלוקות שבהן משתתף רשב"ג: "ואע"ג דא"ר יוחנן הלכה כרשב"ג בכל מקום במשנתנו".⁶⁴ כלומר, יש הכרעה קטגורית כי ההלכה תמיד כרשב"ג, למעט מספר מצומצם של מקומות המוחרגים מן הכלל שקבע ר' יוחנן. משנה זו אינה בחריג לכלל,⁶⁵ ובכל-זאת נפסקה ההלכה כחכמים. יוצא מכך שיש לפנינו יוצא-מן-הכלל לכלל שכבר כלל את היוצאים-מן-הכלל. אם כן, כיצד פסק שמואל כחכמים?⁶⁶ הרשב"ם מיישב זאת בפשטות בכך ששמואל חולק על ר' יוחנן ואינו מקבל את הכלל שטבע, הקובע כי היה צריך לפסוק כרשב"ג.

61 אין אנו מכניסים ראשו בסוגיית משמעותו המדויקת של הסכום, אולם עיון בדבריהם של מפרשים שונים מלמד כי הכוונה לסכום גדול.

62 רמ"א, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמט, סעיף א.

63 לבוש עטרת זהב, יורה דעה, סימן רמט, סעיף א.

64 רשב"ם, בבא בתרא קלג, ע"ב, ד"ה "ה"ש דא"ל שמואל".

65 בבלי, בבא בתרא קעד, ע"א.

66 יש להדגיש כי ההכרעה הינה קטגורית, כאמור, ובלא קשר תוכני לסוגיה. אבל דווקא מכיוון שההכרעה קטגורית לכיוון אחד, הכרעה סופית דווקא לכיוון האחר משקפת הכרעה מהותית, לצורך התגברות על ההכרעה ה"טכנית"-הקטגורית.

הנימוקי יוסף חש אף הוא צורך להסביר את פסיקת שמואל שסטתה מן הכלל הידוע, אלא שהוא בוחר בניסוח שונה מניסוחו של הרשב"ם: "דאע"ג דקיימא לן כל מקום ששנה רשב"ג במשנתו הלכה כמותו היינו היכא דלא פסיקא הלכה בהדיה דלא כוותיה אבל הכא פסק שמואל בגמ' כרבנן דאמרי אין רוח חכמים נוחה הימנו בכל ענין אפילו אין נוהגין כשורה."⁶⁷

נמצאנו למדים כי אליבא דנימוקי יוסף, אין חולק על כללו של ר' יוחנן, אולם יש להבינו כך: כל מקום שיש מחלוקת בין חכמים לרשב"ג, הלכה כרשב"ג, למעט כמה מקומות המוגדרים בכלל עצמו שבהם הלכה כחכמים, ולמעט המקומות שבהם נפסקה ההלכה בשלב מאוחר יותר כחכמים. כלומר, לא רק שבהווא אמינא של הגמרא לא ברור אם יש כלל מחלוקת בין חכמים לרשב"ג, אלא בבואנו להכריע הלכתית כדעת אחד החולקים, ההכרעה בהתאם לכללי ההלכה אינה נקייה מספקות. זאת, אף שההלכה נקבעה בצורה קטגורית כחכמים. יש לדוק היטב כי אף בסיפור יוסי בן יעזר ובנו קיימים שני "איכא דאמרי", ואחד מהם סובר כי לא רק שהדרת בנו של יוסי בן יעזר על-ידי אביו אינה טומנת בחובה פגם מוסרי, אלא "שפיר עבד."⁶⁸ יש מקום לטענה כי יש בסיס לגישות המבכרות את אפשרות ההדרה כאשר מדובר בירש המתנהג בצורה נלוזה.

דוגמה (קיצונית) לרובד זה שלפיו הדרת יורשים טבעיים אינה בלתי-קבילה ניתן לראות בפסקי המהרי"ט, שבהם מצוטטת קביעת רשב"ג כהצדקה לסיטואציה שבה ניתן לאישה כוח לשלוט בנכסים במות האב ולהרחיק מהם את הבן, ובלבד שהבן אינו מתנהג כשורה: "...וביום אשר יתן כתף סוררת וסור לבלתי שמוע אל מוסר אמו ושם לאל מילתה יכולה היא להרחיקו מעל גבולה ולקחת כל הנכסים ההמה לעצמה ותעשה מה שלבה חפץ, וכמו שכתוב הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו אם לא היו בניו נוהגים כשורה זכור לטוב."⁶⁹ להזכירנו, זוהי דעתו של רשב"ג, אשר לא נפסקה להלכה. לאור האמור אין ספק כי ניתן למצוא עידוד ברובדי ההלכה השונים להדרת יורש שהתנהגותו נלוזה.⁷⁰

לסיכום, רובד זה מציע שלל אפשרויות להתגבר על תרעומת חכמים: ראשית,

67 נימוקי יוסף, בבא בתרא, פרק יש נוחלין, דף סא, ד"ה "הכותב נכסיו לאחרים".

68 ראו גם שיטה מקובצת, בבא בתרא, דף קלג, ע"ב.

69 שו"ת ופסקי המהרי"ט החדשים, סימן יא.

70 מהגם שיש לציין כי כבר נוכחנו בהדרה עקב התנהגות נלוזה במקרא. בדברי הימים א, ה' 1 מצינו "ובני ראובן בכור ישראל כי הוא הבכור ובחללו יצועי אביו נתנה בלרתו לבני יוסף בן ישראל". כלומר, ראובן הודר מבכורתו משום שהתנהג לא כשורה. אומנם, הגמרא (בבלי, בבא בתרא, קכג) מציינת כי "ראויה היתה בכורה לצאת מרחל [קרי, שיוסף יהיה הבכור]... אלא שקדמתה לאה ברחמים, ומתוך צניעות שהיתה בה ברחל החזירה הקב"ה לה". אבל בסופו של יום ההדרה של ראובן לא הייתה בגלל העבר הרחוק מאוד, אלא בגלל העבר הקרוב, קרי, מעשהו של ראובן, והכתוב מציין זאת במפורש. ראו גם תורה תמימה, דברים כא 16, המציין נימוק אחר, בעקבות הרמב"ן, מדוע היה דבר זה אפשרי. ודוק: מדובר בהתנהגות לא כשורה כלפי האב במפורש. השו"ג יביע אומר ואגרות משה, הנזכרים בהמשך בהקשר של יורשים המציגים התנהגות נלוזה קיצונית מבחינת ההלכה – מומר, מסור וכדומה.

אפשרות להדרה חלקית באופן מוסדר על-ידי קיומו של מנגנון שיוך, אשר ראשיתו שיוך סמלי ואחריתו שיוך ממשי; שנית, אפשרות להדרה בלא כל התייחסות למנגנון שיוך, כאשר ההדרה נעשית לצורך ערכים מתועדפים ומבוכרים בהלכה, דוגמת צדקה; ושלישית, עידוד להדרה כאשר מדובר ביורשים המפגינים התנהגות נלווה, וזאת על-ידי "קבלת" גישתו של רשב"ג, אשר לכאורה, לפחות מצד כללי ההכרעה, ההלכה הייתה צריכה להיות כמותו.

3. הדרת יורשים טבעיים בהלכה – לא בבית-ספרנו

ניתן לזהות בהלכה רובד של התנגדות קשוחה להדרה, הנע החל ברטוריקה חריפה נגד המעשה, המשך ביצירת תמריצים שליליים לעריכת צוואה המדירה יורשים טבעיים, וכלה ביצירת יסוד מהותי אשר אי-קיומו יביא לידי ביטול הצוואה. יש לציין עם זאת כי בשום וריאציה, אפילו בגישה זו, אין עידוד או תמרוץ להתערבות קניינית, כלומר, גם כאן "מה שעשה עשוי", דהיינו, תקף.

גישה נוקשה לאפשרות של הדרת היורשים הטבעיים (או אם נרצה – גישה המבקשת למנוע את העברת הנכסים למי שאינם היורשים הטבעיים אך מבלי לקבוע כי הדבר אינו אפשרי מן הבחינה הקניינית וכי אין הקניין תקף) ניתן לזהות כבר ברטוריקה של התלמוד הירושלמי: "אמר ר' בא בר ממל: הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, עליו הוא אומר: ותהי עוונותם על עצמותם".⁷¹ פרשנותם של הדברים אינה מותרתה מקום לספק באשר לחומרת המעשה של הדרת יורשים טבעיים, שכן הרטוריקה כאן קשה בהרבה מהרטוריקה של המשנה בבא בתרא – "אין רוח חכמים נוחה הימנו".⁷² רטוריקה זו מובאת לעיתים אף על-ידי הפוסקים והמשיבים. כך, למשל, לאחר שמביא הרי"ף את הכרעת שמואל, הוא מוסיף וכותב: "ירושלמי אמר רבי אבא בר ממל הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו עליהם הכתוב אומר ותהי עוונותם על עצמותם".⁷³ באופן דומה הרא"ש מציין בסוגייתנו את מימרתו של שמואל, ולאחר-מכן מביא את המימרה מן הירושלמי,⁷⁴ ואולי מרטוריקה חריפה זו נובע אף המלל המבקש לאסור מעשה זה. כך מצינו בפסקי הרא"ש כי "אסור להעביר נחלה..."⁷⁵, וזאת בניגוד למשנה ולדברי הבבלי, המסתפקים באי-נחת-רוח ותו לא.

הרמ"א מציע מתווה כללי המבקש לא להתייחס כלל לפרמטר של התנהגות היורשים הטבעיים, ובפרט התנהגות הילדים. המתווה הראוי הוא שאדם יוריש לילדיו. אדם

71 ירושלמי, בבא בתרא ת, ו. הפסוק המצוטט הוא יחזקאל לב 27.

72 ראו פני משה, ד"ה "ותהי עוונותם על עצמותם", המסביר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים כי "העוון קיים על עצמותיו בקבר לעולם". ברי כי הרטוריקה מבקשת ליצור שליליות רבה מאוד למעשה. ראו גם שו"ת חת"ם סופר, חושן משפט, חלק ה, סימן קנא, שממנו עולה בבירור כי במדרג המוסריות דרגת "ותהי עוונותם על עצמותם" קשה מדרגת "אין רוח חכמים נוחה הימנו".

73 רי"ף, בבא בתרא סא, ע"א.

74 רא"ש, בבא בתרא, פרק ח, סימן לז, ד"ה "איביעיא להו מי פליגי".

75 שם.

מוריש לקרוביו, ואין זה משנה אם מערכת היחסים ביניהם טובה היא אם רעה: "מי שצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר לעשות יתנהו ליורשיו כי אין טוב מזה".⁷⁶ ניואנס נוסף המקשיח את העמדה כלפי ההדרה ניתן לראות בכך שהניסוח המופיע במשנה – "ואם לא היו בניו נוהגים כשורה" – אינו מקובל על הכל. חלק מכתבי-היד של המשנה וחלק מן הפוסקים, דוגמת הרמב"ם והשולחן ערוך,⁷⁷ גורסים כך: "אע"פ שאין היורשין נוהגים בו כשורה".⁷⁸ כלומר, הכתוב מתייחס למקרים שבהם התנהגות היורש הטבעי הינה רעה וזדונית לא כלפי שמיא ולא כלפי החברה בכללותה, אלא כלפי המוריש. הסמ"ע מעיר במקום (ובצדק) כי השולחן ערוך הלך במוכן זה בעקבות הרמב"ם: "דאינו נוהג כבוד ראוי במורישו אע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא ואפ"ה [=ואפילו הכין] שייך טעמא הנ"ל".⁷⁹ כלומר, יכולנו לכאורה לסבור כי אם היורש מתנכר למוריש, אזי המוריש יכול לחשוב שאין פגם מוסרי בהדרת יורשו, והדרה של יורש כזה, אף אם אינה רצויה, לפחות אינה מבוקרת מבחינה מוסרית. אולם כפי שמציין הסמ"ע: "דאל יאמר המוריש כיון שאינו נוהג בי כבוד כשורה אתן ממוני לאחר...". כלומר, אף אם מדובר ביורש המתנכר למוריש עצמו, ולא רק ביורש שהתנהגותו נלוזה באופן כללי, אין להדירו, והדרה כזו טומנת בחובה פגם מוסרי.

ניתן לזהות תשובות דומות נוספות המבקשות להתמודד באופן ישיר וללא מעצורים עם רעיונו של רשב"ג שלפיו כאשר מדובר ביורש רע מן הראוי להדירו מן הירושה. יש לזכור כי הרעיון של רשב"ג נראה הגיוני על פניו, ואף משקף לעיתים רצון משוער של פרטים: כאשר היורשים מתנהגים לא כשורה, יש מקום להדירם – אם לא בבחינת "זכור לטובה", אזי לפחות אין לטעון כי "אין רוח חכמים נוחה הימנו". בכל-זאת, כאמור, אנו רואים תשובות חד-משמעיות נגד ההיגיון של הדרת יורש "רע". כך, למשל, התשב"ץ קובע כי בן שקילל את אביו⁸⁰ ואפילו בן שקרא לאביו "ממזר"⁸¹ – אין להעביר ממנו נחלה. בכך התשב"ץ קובע כמוכן קביעה קשה מאוד, אשר נוגדת את הרצון הטבעי של המוריש אבל תואמת את פסיקת חכמים, החולקים על רשב"ג. זוהי גישה קשוחה למדי, אשר מתעמתת עם רצונו הטבעי של המוריש ומבקשת ממנו לכבוש רצון זה.

גישה המונעת אף הדרה חלקית ניתן לזהות בפרשנותו של הרשב"ם לסוגיה בבבא בתרא. הרשב"ם מציין כי האיסור להיות במקום שבו מועברת נחלה הוא אף כאשר מרבה לאחד וממעיט לאחר.⁸² כלומר, אף הדרה חלקית אינה רצויה, ולא רק הדרה מרבית. בכך כמוכן הרשב"ם מונע אפשרויות פתרון של מתן סכום מסוים ליורש, גם אם לא הסכום

76 רמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפב, סעיף א. ראו בהמשך לגבי הסתירה לרמ"א, שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רמט, סעיף א.

77 אולם לא הטור.

78 משנה תורה, נחלות, פרק ו, הלכה יא.

79 סמ"ע, סימן רפב, סעיף א.

80 שו"ת התשב"ץ, חלק ג, סימן קצב.

81 שו"ת התשב"ץ, חלק ב, סימן קעז.

82 רשב"ם, בבא בתרא קלג, ע"ב, ד"ה "בי עבורי אחסנתא".

הראוי לחלוקה, לצידה של הדרה מסוימת. כלומר, מנגנון השיור, אשר מאפשר הדרה חלקית, אינו יכול להיות מקובל על הרשב"ם כאמצעי לאיון הפגם המוסרי שבהדרה. הקשחה נוספת ניתן לראות בדברי החת"ם סופר, שאינו מוכן להכיר במנגנון השיור ליורשים טבעיים כדרך להתיר אפשרות למתן צדקה, וזאת אף שבמקרה זה מדובר בהדרה חלקית בלבד.⁸³ דהיינו, לא רק שהוא אינו מכיר בהדרה חלקית בין יורשים טבעיים – "ריבה לאחד ומיעט לאחר" – הוא אינו מכיר בהדרה חלקית אף לטובת צדקה, ואינו מוכן להכשירה מוסרית.⁸⁴

רובד נוסף בגישה זו ניתן לזהות אצל פוסקים אשר יוצרים תמריצים מוסריים שליליים ל"שחקנים" הבאים לערוך הורשה מדירה, ועל-ידי כך יוצרים מניעה אפשרית או לפחות קשיים לקיומה של ההורשה בכלל, ובכל מקרה מעלים את "מחירה" של פעולת ההדרה מבחינת המדיר. כך, למשל, בתלמוד הבבלי ניתן למצוא בשני מקומות, כפי שכבר ציינו,⁸⁵ את הוראתו של שמואל לרב יהודה לא להיות נוכח כאשר קיימת הדרת יורשים, אף אם ההדרה הינה מבין רע לבן טוב. הנימוק לכך הוא שאין הדבר ראוי, שכן אין יודעים אם לא יצא ממנו צאצא טוב. ברי כי לגישתו של שמואל, העברת נחלה לא מבין רע לבן טוב קל וחומר שאין לקבלה. עיקרון זה בא לידי ביטוי בדברי הרמב"ם, הקובע להלכה כי מידת חסידות היא שאדם לא ישמש עֵד בצוואה שבה מעבירין יורש מירושתו.⁸⁶ באופן דומה מצינו כי סופר אל לו לכתוב צוואה כזו,⁸⁷ ויש אף המרחיקים לכת וסבורים כי כל מי שמביא לידי כך שיורש טבעי לא יקבל את ירושתו – אין רוח חכמים נוחה הימנו.⁸⁸ יש אף המגדילים וסבורים כי דיין

83 חת"ם סופר, לעיל ה"ש 72.

84 דבר זה מוביל לניסוח זהיר ביותר של פוסק בן-ימינו – שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן רטז – הקובע כי אין אומנם איסור, אולם ממידת חסידות יש להימנע ממהלכי הדרה, וזאת אף כאשר משיירים. אלא מאי? מכיוון שזו מידת חסידות, לשם דבר מצווה – קרי, מתן לצדקה ולמוסדות חסד – ההדרה תהא מותרת, ובלבד שיתקיים לצידה מנגנון שיור.

85 בבלי, כתובות נג, ע"א; בבלי, בבא בתרא קלג, ע"א.

86 לעיל ה"ש 78.

87 שו"ת צמח צדק, חושן משפט, סימן מב.

88 שו"ת הרמ"א, סימן עח. אולם יש להבדיל מצב זה ממצב שבו היורש עצמו מוחל על ירושתו, שעל זה אומר הרמ"א: "אבל יורש עצמו שרוצה למחול על ירושתו שלא יהא בזה רוח חכמים נוחה הימנו בזה לא שמענו". ראו את הערתו של בעל שבט הלוי כי מהחת"ם סופר, לעיל ה"ש 50, ניתן ללמוד כי גם להיות יועץ ומורה הוראה לעניין צוואה הטומנת בחובה הדרת יורשים הינו בבחינת "לא תהוי בעבורא אחסנתא". מאידך גיסא, מדברי הכנסת הגדולה, חושן משפט, סימן רפב, הגהה ט, אות יא, משתמע דווקא כי עֵד או מי שמצוי בעריכת הצוואה הוא אכן בבחינת "לא תהוי בעבורא אחסנתא", אבל אם ישאל להורות באיך יתקיים צוואתו להרבות לאחר ולמעט לאחר אין קפידא על כך". לנו נדמה כי יש הבדל בין תמריץ שלילי למשתתפים לבין תמריץ שלילי לבית-דין. לכלל השחקנים ניתן לתת תמריץ שלילי מוסרי להשתתפות בהליך הדרת יורשים, אולם אם הדין בוחר לא להתערב קניינית, נדמה שאין מקום ליצור תמריץ שלילי מוסרי לבית-דין. יש הבדל דרמטי בין כלל השחקנים לבין בית-דין הצריך לאשר את הצוואה. אם מגיעים למסקנה כי הדבר הינו שלילי עד כדי כך

שקבע קביעה שמעבירה נכסים הוא בכלל "עבורי אחסנתא".⁸⁹ באופן דומה קובע הראנ"ח בתשובותיו כי אף בית-דין צריך להימנע מלהשתתף בפעולת הדרה, וזאת אף שאין פגם במעשה הקנייני. הראנ"ח סבור כי אין אומנם אפשרות למנוע הדרה קניינית – "איני רואה בענין שום צד כפיה כיון שלא אמרו בזה אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו". עם זאת, הוא סובר כי יש למנוע זאת בכל דרך אחרת, וכוונתו לדרך שאינה משפטית, לדרך מוסרית. כך הוא כותב: "...מכל מקום בענין שלפנינו כבר מצאנו קצת מן המפרשים שכתבו בפירושו שאסור לעשות כן והירושלמי גם כן החמיר בעונש הדבר שאמר שעליו הכתוב אומר ותהי עונתם על עצמותם וכיון שיש בדבר זה אסור נראה ודאי שראוי לכל בית דין למנוע עשיית הדבר הזה..."⁹⁰ לא ברור כיצד בית-דין יכול להימנע מעשיית מהלך כזה מבחינת סדרי הדין, למעט באמצעות ניסיון לשכנע את המעורבים למנוע מהלך של הדרת יורשים. הראנ"ח ער לכך, ולכן מציין פעמים מספר, במפורש, כי מבחינה קניינית אין כל כלי לבית-הדין למנוע מהלך של הדרה מלבד סימון "מחיר" למדיר, קרי, הטלת עלות בפעולת ההדרה, כפי שנראה מייד בהמשך.

ניסיון אחר למנוע פעולה הורשתית המדירה יורשים טבעיים נעשה באמצעות הטלת "קשיים" על-ידי בית-הדין על כשרות הפעולה, מבחינת רמת הבדיקה של המרכיבים השגרתיים הנדרשים בפעולות הורשתיות; במילים אחרות – על-ידי החמרה בסדרי הדין כלפי צוואות מדירות. ניתן לזהות התייחסות מיוחדת לצוואות שיש בהן הדרת יורשים (מבחינת חקירת העדים, הכרעת ספקות וכדומה), כפי שעולה מפסק-דין רבני שבו אומר בית-הדין במפורש כי החליט לשמוע שוב את העדים לפני מתן פסק-הדין שכן "במקום שיש משום אעבורי אחסנתא... יש לדקדק הרבה בחקירת העדים, עד שיתברר הדבר לאמיתו ושתהיה דעת הדיינים סומכת עליהם".⁹¹

הגישה הנוקשה ביותר נגד הדרה מחייבת תוכחה כלפי כל מצווה המבקש להדיר יורשים טבעיים. כפי שמגדיר זאת האבני שיש, בכל צוואה צריך "תוכחת ומציאות חכם".⁹² חסרון התוכחה מהווה ככל הנראה פגם מהותי בלתי-ניתן להשלמה, אשר יורד

שמייצרים תמריץ מוסרי שלילי לבית-דין, אזי ייתכן שהדרך הראויה היא התערבות קניינית שתמנע את ההדרה.

89 השוו לשו"ת המהרש"ך, חלק א, סימן קמו: "...ובשמים עדי שכבר בא לידי הוראת אעבורי אחסנתא ונמנעתי מהטפל בה ועכשיו בא לידי ולא אקיימנו, לכן ראיתי ונתון אל לבי להעמיד הנכסים בחזקת היורש."

90 בשו"ת הראנ"ח, סימן קיח, מדובר בהעברת נחלה מבן לבת הבן – דבר אשר טומן בחובו "אין רוח חכמים נוחה הימנו" ותו לא.

91 אוסף פד"ר של הרבנות הראשית ארץ ישראל, עמ' קמא, קמג (הרבנים אזולאי, גולדברג, קאפח). יש דמיון-מה בין תיאור זה לבין תיאוריהם של Madoff, לעיל ה"ש 37, ושל Leslie, לעיל ה"ש 38 בנוגע לנעשה בדין האמריקאי.

92 במקרה שנידון שם פסק האבני שיש (להלן ה"ש 117) כי מכיוון שההדרה נועדה לצורך מתן ל"גבוה", לא היה בכך בבחינת אעבורי אחסנתא, ולכן לא היה צריך באותן נסיבות "תוכחת ומציאות חכם". האבני שיש מציין כי כאשר החכמים הקבועים אינם בעיר, ניתן להסתפק ב"מציאות ת"ח

לשורש מעשה הצוואה ומביא לידי ביטול תקפותה. הדבר עולה מתשובות רבות.⁹³ כאשר אין חכמים בנמצא, יש דרישת התייעצות לפחות עם הסופרים, שילכו ויחפשו חכם להתייעצות כדי שיוכיחו את המצווה.⁹⁴ יושם אל לב כי גישה זו הינה הגישה הקיצונית ביותר הקיימת ברובד המבקש למנוע הדרה, ולמעשה היא שלב אחד לפני הקביעה כי המעשה אינו עשוי. כלומר, ההתערבות הקיצונית ביותר של ההלכה בהסדר של הורשה והדרה באמצעות **תמריצים משפטיים** למניעת ההדרה מתבטאת בדרישה ליסוד המבטא את הפן המוסרי של ההדרה: קיומו של היסוד מכשיר את המעשה הקנייני, וחסרונו מביא לידי ביטולו של המעשה הקנייני שטמן בחובו הדרת יורשים טבעיים. אך אפילו לפי גישה זו אין מצב של התערבות קניינית ישירה המביאה לידי ביטול של הצוואה המדירה יורשים טבעיים. כלי מניעתית זה לפעולת ההדרה מגדיל מאוד את העלות מבחינת המדיר, כאשר הוא מביטח למעשה שלתהליך יהיו היבטים

[=תלמיד חכם] מאן דהוא". אולם יש לשים לב כי בכל מקרה קיימת דרישה למציאות אדם הבקי במעשה הצוואה, כדי להבהיר כי יש פגם מוסרי בהדרת יורשים. מעניין שהאבני שיש מציין כי דרישה זו ל"מציאות ותוכחת חכם" לצורך תקפות הצוואה הינה תקנה שידועה זה כבר, ולא תקנה חדשה. התקנה המדוברת מופיעה בספר התקנות של יהודי ספרד ופורטוגל במרוקו, בעריכת שלום בראש, ומתוארכת שם לכסלו שע"א (שנת 1610). התקנה שם מתייחסת אומנם לסיטואציה של שכיב מרע, אולם תוכחת חכם בעת "אעבורי אחסנתא" אומצה גם בסיטואציות שאינן רלוונטיות דווקא לשכיב מרע. התקנה תוקנה בפאס, ומשם נראה עברה לקהילות נוספות. מקורות נוספים מציינים את עניין התוכחה כדרישה לצורך תקפותה של צוואה המדירה יורשים טבעיים. כך ניתן למצוא, למשל, בשו"ת אשר לשלמה, שבו מצויות תשובות רבות העוסקות בצוואות המדירות יורשים טבעיים, ומצוין כבשגרה כי הדרישה מהותית לתקפות הצוואה. מן התשובות שבהן עיינתי עולה כי התוכחה לא עזרה, והצוואה המדירה נותרה כשהייתה וקוימה כמובן כפי שהיא. ראו שם, סימנים ו, ט, יב (שם צוין כי הוכיחו את המוריש פעמיים), כא ורמא (שם ציין המצווה, לאור התוכחה, "כמה טעמי לשבח על הענין הנזכר שעשה ואמר לנו שכך נאה לו וכך נאה לעשות כל מה שעשה מהטעם שגלה לנו"; לנו הקוראים לא התגלה הטעם). ראו גם שו"ת הגם שאול, חלק א, סימן ב, משם אנו למדים כי התקנה לא הייתה נפוצה ונודעת בכל המקומות. במקומו של המשיב היא הייתה נפוצה, אולם לא במקום עריכת הצוואה: "גם אין לערער בצוואה זו משום שאין בה תוכחת על דבר אעבורי אחסנתא זה אינו כי תקנה זו אין ספק שאינה כנודע במקומות האלה ובוודאי לא נתפשטה אצלם כלל, כי אין זכר לה בכל צוואותיהם. ומה שאפשר להסתפק בדבר הוא בפה בעיר מראקס אשר נמצא בה קצת תוכחות מפסקי הראש הנזכרת בהם התקנה הנזכרת... אך בכל הגלילות אין ספק כי אין שום זכר לה." השו"ת גם שם, סימן לא וסימן מו. השו"ת גם שו"ת ישמח לבב, חושן משפט, סימן ב, שבו מצוין קיומה של תוכחה ומובא נימוק להדרה. ראו גם שו"ת ישמח לבב, חושן משפט, סימן כ, על בטלותה של צוואה עקב חוסר תוכחה, תוך ציון כי הצוואה הינה בבחינת "חספא בעלמא". השו"ת גם שם, סימן כב, אות ג: "וכן בדבר שיש בו משום אעבורי אחסנתא צריך המלכת ב"ד ותוכחת מגולה בשם הבר"ץ וכמובא בס' התקנות." נראה כי בעל ישמח לבב מכוון לספר התקנות שהזכרנו בראשיתה של הערת-שוליים זו.

93 שו"ת אשר לשלמה, סימן כ – "...ועלתה הסכמתם שהצוואה הנזכרת בטלה אחר שאין בה תוכחת כפי תקנת אבותינו ורבותינו"; ובסיום התשובה – "אמור מעתה הצוואה הנזכרת שלא היה בה תוכחת הרי היא בטילה ומבוטלת נפלה ולא תוסיף לקום והרי היא כחרס הנשבר..."

"פומביים-ציבוריים": אי-אפשר לכתוב צוואה כזו במסגרים, ובעת עריכת הצוואה יוכיחו את המוריש ויתרו בו על פעולתו הנלווה. בכך המדיר מאולץ להפנים את העלויות המוחצנות של פעולת ההדרה. פעולה זו גורמת, מלבד עלויות מוסריות ונפשיות בעת הליך התוכחה (אשר למדירים מסוימים יהיו ולאחרים לא), אף עלויות חברתיות ובינ-אישיות, שכן כעת מן הסתם ידעו אנשים בסביבת המדיר, וייתכן שאף המודרים עצמם, על מעשה הדרתו.

לסיכום, רובד זה, בדומה לרובד הראשון, סולד מרעיון ההדרה, אולם בניגוד לרובד הראשון, הוא אינו מסתפק בשפה רפה של "אין רוח חכמים נוחה הימנו", אלא מבקש "להילחם" באפשרות ההדרה ולמנוע אותה בשלל האמצעים העומדים לרשותו, למעט האמצעי החזק ביותר, והוא ההתערבות הקניינית. כלומר, אף ברובד זה, כאשר יעשה שימוש בכלים למניעת ההדרה – "מה שעשה עשוי". רובד זה משתמש כאמור בשלל אמצעים, החל ברטוריקה חריפה, הרבה יותר מאשר מצינו ברובד הראשון; המשך בהכרעות בעימות חזיתי עם בנים מתנכרים, בקשיים שבית-הדין מערים בדרך להכשרת תקפותה ואמיתותה של הצוואה, וביצירת תמריצים מוסריים שליליים לכלל השחקנים במערכת ההורשה במטרה למנוע את השתתפותם בפעולת הורשה המדירה יורשים טבעיים; וכלה ביצירת תמריצים משפטיים שליליים לעריכת צוואות מדירות.

פרק ד: היסודות המרכיבים הסדרי הורשה והדרה

הסדרי ההורשה וההדרה בדין העברי מותווים למעשה באמצעות שלושה יסודות. יסודות אלה מעצבים את גבולות הגזרה של הדיון וכן את הדיון בתוך גבולות אלה לגבי אפשרויות ההדרה.

היסוד הראשון הוא הכלאה של שלושת הרבדים שהוצגו בפרק הקודם. בסיס ההכלאה הוא סלידה מהדרה, אולם על בסיס זה מורכבים הרבדים השונים, שהינם בעלי ממדים שונים, המייצרים ממדים חדשים בדרך הכלאתם יחדיו.

אך בכך לא סגי. יסוד נוסף בבנייתו ובעיצובו של ההסדר הוא הנרטיב העומד ביסוד הסלידה האמורה, אשר מהווה את החלק המרכזי בנרטיב של ההסדר כולו. דבר זה נכון תמיד בבניית הסדרים לעיצובה ולהכוונתה של התנהגות, אבל נכון שבעתיים דווקא במקומות שבהם הנרטיב קיים ונוכח אולם אינו מודגש כדבעי.

היסוד השלישי הוא היחס בין ערכים ופרקטיקות חברתיות הנראים כסותרים וכמוציאים זה את זה, אך למעשה משלימים זה את זה: הורשה והדרה, מחד גיסא; צדקה ומתן, מאידך גיסא. יחס זה חשיבותו רבה ביותר בקביעת גבולות הגזרה של הדיון עצמו.

בפרק זה נבקש להתייחס לשלושת היסודות האמורים ולהבין את תפקידו של כל יסוד בהסדר המותווה.

1. הסלידה מהדרת יורשים טבעיים כמתווה את הכלל ואת היוצאים מן-הכלל

ההסדר בדין המודרני המבקש למנוע הדרה עושה זאת באמצעות התערבות קניינית, כאומר "לא כל מה שעשה עשוי".⁹⁵ הפתרון בדין המודרני הינו קנייני, בין שבוחרים בחופש ציווי מוחלט ובלתי-מוגבל, שאז אין כל התערבות קניינית בפעולות הורשיות, גם אם חלוקת הרכוש נראית בלתי-סבירה או לא-ראויה, ובין שבוחרים בשריון כזה או אחר, שאז יש התערבות קניינית לגבי חלק מהרכוש.

הקביעה המרכזית והעיקרית של ההלכה היא כי ההלכה מבכרת את הסולידיות המשפחתית ועל-כן סולדת מרעיון ההדרה. ההלכה מבינה כי ראוי שהרכוש יעבור ליורשים הטבעיים,⁹⁶ ומכירה בהצדקה הנורמטיבית לרעיון השריון לעניין חיזוק הסולידריות, ההגנה על אינטרס הציפייה וכולי.⁹⁷ אולם אין בהכרח זו כדי להביא לידי התערבות קניינית בפעולת ההדרה. הדרה שנעשתה בדרך הנכונה תקפה ("מה שעשה עשוי"), ואין התערבות קניינית, קרי, אין ביטול של התוצאה הקניינית של הורשה על-דרך ההדרה.

כפי שכבר ראינו, ניתן לזהות בהלכה שלושה רבדים של התייחסויות להדרת יורשים טבעיים: הרובד האחד מבקש להביע אי-נחת מהדרה, אולם אינו "מתרגש" יתר על המידה כאשר זו מתרחשת, ובהתאם לכלל אי-ההתערבות הקניינית מקיים את הצוואה, אם גם תוך הבעת אי-נחת בשפה רפה; הרובד השני רואה בהדרה אפשרות אשר יכול שתתרחש, בין באמצעות מנגנונים שמקילים את ההדרה, דוגמת הורשה מסוימת ליורשים הטבעיים, ובין תוך הסתייעות בערכים אחרים הצועדים עם ההדרה בד בבד, דוגמת רעיון הצדקה; והרובד השלישי הינו העיקש ביותר בהתנגדותו להדרה – הוא מייצר אמירות נוקשות נגד ההדרה, ונוקט אמצעים מוסריים, תמריצים מוסריים ואף תמריצים משפטיים למניעת אפשרות ההדרה. הרובד הראשון סולד אף הוא מן ההדרה, אולם אין להשוות בינו לבין הרובד השלישי – בעוד הרובד הראשון אינו "נלחם"

95 סוג התערבות מסדר שני ניתן לראות, אליבא דספרות שצוטטה לעיל בפרק ב, בדוקטרינות ירושתיות המביאות לידי בטלותן של צוואות המדירות יורשים טבעיים, אולם גם פה מדובר בביטול הפעולה ההורשית, קרי, בהתערבות קניינית.

96 הגם שלעיתים, בעקבות שינויים חברתיים, ייתכנו שינויים באשר לזהותם של אותם יורשים טבעיים. ראו הערתנו לעיל בה"ש 5 לעניין השינוי בקודקס. דרך כלל אלה בני הדור הבא, לעיתים בני משפחה אחרים, אך בכל מקרה מדובר במי שנהוג ככלל לכנות "יורשים טבעיים".

97 השוו לאלון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1403: "וכך גם מקום מיוחד לדיני ירושה במחשבת עולמה של היהדות, שרואה בירושת הנכסים החומריים מאבות לבנים משום אספקלריא לרעיון הרציפות וההמשכיות שמדור לדור..." ראו, באופן דומה, אצל הרב יחזקאל אברמסקי **קובץ מאמרים** ז-יח (בני-ברק, תשכ"ט) לגבי רצונו של אדם "שאחר מותו ישלט בעמלו איש הקרוב לו ביותר, הקשור לו קשרי אהבה פנימית שבין בני המשפחה, אשר עין זר לא תבחנם ולא תבינם... [דוגמת] הבן הממשיך את שלשלת היחס של משפחת אביו..."

בהדרה, אינו מנסה למונעה ומסתפק באמירה הצהרתית בדבר הפגם המוסרי שבהדרה, הרובד השלישי מנסה בכל כוחו "להילחם" בהדרה ולמנוע אותה.

רבדים אלה מבקשים לייצר הסדר אשר סולד ככלל מן ההדרה, הגם שהוא מבין כי לעיתים יש לקבלה, בין מפאת נימוקים ראויים התומכים ביורשים הבאים במקום המודרים ובין מפאת נימוקים ראויים נגד המודרים.

הרובד השלישי הוא המייצר כאמור את הסלידה רבתי מרעיון ההדרה, אולם גם הוא אינו מגיע להתערבות קניינית. בלא הרבדים הראשון והשני ההסדר אינו מושלם, באשר הם מגדירים את אפשרות ההדרה בנסיבות מסוימות וכן את האפשרות של הדרה עם תרעומת בשפה רפה. כלומר, אף ברמה המוסרית ההלכה מבינה כי אין לנעול את הדלת בפני הדרה, וזאת בשל סיבות קטגוריות וברורות אשר להלכה יש אינטרס בקיומן ואשר מהוות תמריץ להדרה, דוגמת ערך הצדקה.

באמצעות אמירות מוסריות, תמריצים מוסריים ולעיתים רחוקות אף תמריצים משפטיים וכן באמצעות היחס שבין מוסר למשפט – או נכון יותר ההבנה מהם גבולות ההתערבות וההכרה כי מחד גיסא לגבול ההתערבות הקניינית לא נגיע ומאידך גיסא אף בגבול המוסרי ייתכן שנתיר הדרה בנסיבות מסוימות – ההלכה מבקשת להסדיר את הנורמה הראויה לדעתה בהסדרי הורשה והדרה.⁹⁸

הסמן הקיצוני המבטא סלידה קשה והרמטית ביותר מהדרת יורשים טבעיים הוא דבריו של הרמב"ם במורה נבוכים, שעוצמתם רבה מעוצמת דבריו בהקשר זה במשנה תורה. הסלידה הקשה והקשיחות המובעות בדברי הרמב"ם במורה נבוכים – שאינן מותרות כל אפשרות ל"פתחי מילוט", קרי, למקרים יוצאים-מן-הכלל שבהם תוכר אפשרות של הדרת יורשים טבעיים – נותנות את "רוח" הדברים לכלל המבקש לבצר את הסלידה.

במורה נבוכים הרמב"ם מפנה אל הפרט דרישה מוסרית שאולי אינה מציאותית. גישתו לא רק מכריעה נגד הדרה לטובת מאן דהוא אחר – קרי, לא רק מתעדפת באופן ברור את היורש הטבעי על היורש ה"זר" – אלא מגדירה עימות חדש בין התצורכת של המוריש בימי חייו לבין היורשה הנופלת ליורש לאחר מות המוריש.

"ועוד מדיני ממונות – הירושות, והיא מידה נעלה, כלומר שלא ימנע האדם טוב מן הזכאי לו, וכיון שהוא הולך למות, אל תהי עינו צרה ביורשו, ואל יפזר ממונו, אלא יניחנו ליותר זכאי מבני אדם בו, והוא הקרוב קרוב יותר, לשארו הקרוב אליו ממשפחתו... ומידה זו מאמצת אותה ומקפידה עליה תורת האמת הזו מאד, כלומר העדפת הקרובים וההתאגדות עימהם, כבר ידעת דבר הנביא 'ועוכר שארו אכזרי...' וכבר למדה אותנו תורה במדה זו הפלגה גדולה מאד, והיא שראוי לו לאדם לקרב את קרוביו ולהעדיף את הענקה המשפחה מאד, ואפילו הרע לו

98 אין אנו מכניסים את ראשו למחלוקת אם משפט מחזק נורמות או דוחק נורמות, ואם ניתן ללמוד מסוגיה זו על גישתה של ההלכה במחלוקת האמורה. אולם אין להתעלם מכך שההלכה בחרה בחיזוק הנורמה החברתית הראויה לא רק באמצעות המשפט, וזאת בלשון המעטה.

קרובו ועשקו, ואפילו היה אותו הקרוב בתכלית השחיתות, הכרחי שיביט הקרוב על המשפחה בעין החמלה...⁹⁹

סיפת הדברים של הרמב"ם ברור ונדיר בעוצמתו. אף אם הקרוב עושק אותך, עליך לחמול עליו ולזכור כי הוא בן משפחתך. היחס הטבעי מחייב לקרב בני משפחה, ולכן כאשר מדובר בבני משפחה קרובים, יש להתגבר על הרצון הטבעי ולקרב אף את הנלוזים. אולם אם אין בדברים אלה כדי להבהיר את עוצמתם של יסוד המשפחתיות ושל החובה המוסרית הנובעת מקשרי משפחה, בא הרישא ומבאר כי לדעת הרמב"ם ההלכה מטילה אחריות מוסרית על המוריש בכל הנוגע בניהול הרכוש בימי חייו האחרונים, ומבקשת ממנו, למעשה, לא "להתעלל בירושה". ברי כי גישה זו משקפת את הסמן הקיצוני ביחס להדרה מבחינה מוסרית, ובכך מבטאת את סלידתה של ההלכה מרעיון ההדרה. הצבת סמן כה קיצוני אפשרית כאשר מדובר באחריות מוסרית ואף בהטלת עול של אחריות מוסרית. ברי כי יש בעייתיות לא-מעטה ביישומו של סמן זה. אולם נדמה כי דברי הרמב"ם במורה נבוכים מתווים את כיוונה של ההלכה, את ההבנה כי ההתוויה המוסרית הינה נגד הרצון הטבעי – לא רק שאין זה ראוי להדיר את ילדיך לטובת זרים, לא רק שאין זה ראוי להדיר את ילדיך המתנכרים לטובת זרים, לא רק שאין זה ראוי ליהנות לעת זקנתך בצורה פזרנית מן הרכוש שעליו עמלת כל חיך, מכיוון שהדבר יקטין את הרכוש שיקבל היורש, אלא אפילו היורש מתנכר לך, מוטלת עליך חובה מוסרית להימנע בסוף ימך מליהנות בצורה פזרנית מרכושך על-מנת לא לפגוע בירושתו.¹⁰⁰

איי-אפשר להבין את ההסדר המותווה בהלכה מבלי להבין את היחס בין המוסר למשפט בכלל ואת תפקידם של המוסר והמשפט בהתוויית הסדר ההורשה, ובכלל זה בהתוויית ההתייחסות להסדרי ההדרה. כלומר, אין להבין את ההסדר המותווה על-ידי ההלכה רק ברמה המשפטית, קרי ברמת ההתערבות הקניינית שנעשית או לא נעשית על-ידי הדין, אלא יש לשים לב היטב כי לצד ההתערבות או אי-ההתערבות הקניינית קיימת

99 מורה נבוכים, חלק ג, פרק מב, עמ' שעג-שעד (מהדורת מוסד הרב קוק, תשל"ז). הפסוק המצוטט הוא משלי יא 17. יש לשים לב כי הרמב"ם מונה לפי סדר הירושה למי המוריש צריך לתת קודם ולמי ראוי כי ייתן, וזאת, כמובן, לפי ההסדרים המצויים בהלכה (כולל קדימות הבכור), אשר משקפים רצון משוער (חיבה יתרה לבכור "בשל קדמת חבתו") ואשר עליהם ניתן כמובן להתנות באמצעות שימוש במנגנונים עוקפים.

100 גם אם נפרש כי האיסור המוסרי לפזר ממון, "להתעלל בירושה", אין כוונתו שעל המוריש לחיות בצמצום ובדוחק, מדובר עדיין בדרישה קשה ובלתי-אפשרית כמעט המחייבת את המוריש לחיות בצורה שאינה "פזרנית" גם למען יורשים מתנכרים. נדמה כי פרשנות מרחיבה מדי סופה לעודד תמריצי-נגד לקניין הפרטי, ומהווה למעשה איסור מוסרי נוקשה לגבי העברת הרכוש לדור הבא. יש לזכור כי התלמוד הבבלי (בבלי, בבא בתרא קלג, ע"א) לגבי הפסוק "והיה ביום הנחילו את בניו" (דברים כא 16) מפרש כי התורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה. רשב"ם, בבא בתרא קל, ע"א, ד"ה "והיה ביום הנחילו", מסביר כי הגמרא מדויקת מכך שבפסוק לא כתוב "והיה ביום ינחלו את בניו", אף שכך היה ראוי להיכתב, אלא "הנחילו". מכאן שהתורה באה ללמדנו כי הדבר תלוי ברצונו של האב. בד"ה "לכל מה שירצה" מסביר לנו הרשב"ם כי ב"בניו" הכוונה לכלל יורשיו של אדם.

בקעה להתגדר בה מן הבחינה המוסרית, וההלכה ממלאת היטב בקעה זו בדרך התוויית ההסדר, כאשר היא עושה שימוש בשלושה רבדים השזורים בה לאורכה ולרוחבה. אולם הרובד בעל התפקיד המרכזי הוא הרובד המביע את הסלידה מהדרת יורשים טבעיים, ושני הרבדים הנוספים נותנים את האזון למצבי-קצה או לערכים נוספים שבגינם תתאפשר בכל-זאת הדרה. כלומר, מחד גיסא, ההלכה אינה מתערבת קניינית במעשה ההורשה, ואם הפרט רוצה, הוא יכול לבצע הדרה מושלמת מבלי שתינקט נגדו סנקציה משפטית; ומאידך גיסא, אף לסלידה המוסרית – אשר תפקידה למנוע הדרה, כולל באמצעים מוסריים קשים ואף בתמריצים משפטיים – יש גבולות, אשר מותווים על-ידי הדברים שבעטיים מתקבלת הדרה, לעיתים תוך הבעת אי-נחת בשפה רפה ולעיתים אף תוך גילוי הבנה להדרה ואף הצדקתה.

2. הנרטיב שביסוד הסלידה מהדרת יורשים טבעיים

מהו הנרטיב המוליך את ההלכה לכך שמחד גיסא, אין היא מעוניינת בהתערבות קניינית, ומאידך גיסא, היא מעוניינת ככלל למנוע את ההדרה, ולא רק להסתפק בהפגנת אי-נחת-רוח. תשובה אחת הניתנת במקורות, החל במימרת שמואל בגמרא וכלה בדברי הפוסקים והמשיבים, היא כי ייתכן שמהיורש המתנכר יצא זרע טוב, ואין סיבה שאדם לא יוריש לצאצאיו הטובים העתידיים. נימוק זה, השזור בהלכה לאורכה ולרוחבה, משמש תריס הגיוני מפני הדרה – אפילו של בנים מתנכרים. כאשר מדובר בילדים מתנכרים, הרצון הטבעי הוא להדירם. עם זאת, הנימוק הנגדי אינו חזק פחות: אין זה ברור ואין זה ודאי שילדיו של היורש יתנכרו למוריש, ואולי הם אף יכבדו את זכרו כיאות. נימוק נגדי זה אינו בגדר התוויה מוסרית הפועלת נגד הרצון הטבעי, אלא ניסיון להשפיע על רצון זה באופן פסיכולוגי כך שיתהווה אצל המוריש רצון לא להדיר את יורשיו.

אולם ההלכה אינה מסתפקת בנימוק זה, שהינו נימוק סביר המשקף רצון משוער של הפרט בסיטואציה קשה שבה ילדיו או יורשיו האחרים מפגינים התנהגות נלוזה, אלא מבקשת לטעת נימוק נוסף, אשר משמש אף הוא נרטיב בהלכה ומבצבץ לעיתים קרובות בשיח הפוסקים. נימוק זה אינו מופיע בהלכות נחלות וירושות הנידונות בפרוטרוט במסכת בבא בתרא, שם מופיעות ההלכות והסוגיות הרלוונטיות לדיני ירושות ככלל ולענייננו בפרט, אלא דווקא במסכת שבת, ובלא כל קשר להלכות נחלות. במסכת שבת מצינו: "ואמר רבא בר מחסיא אמר רב חמא בר גוריא אמר רב: ¹⁰¹ לעולם אל ישנה אדם בנו בין הבנים, שבשביל משקל שני סלעים מילת שנתן יעקב ליוסף יותר משאר בניו – נתקנאו בו אחיו, ונתגלגל הדבר וירדו אבותינו למצרים."¹⁰²

אפילו הדרה חלקית וכה מצומצמת¹⁰³ של אחי יוסף אל מול יוסף היא שלילית עד

101 התלמוד מביא כמה מאמרים בשם רבא בר מחסיא בשם רב חמא בר גוריא בשם רב, וזה ההקשר האסוציאטיבי של אזכור העניין.

102 בבלי, שבת י, ע"ב.

103 לפי אחת הפרשנויות, ההדרה הייתה בדמות כותונת העשויה ממילת, שהינה צמר משובח, אם כי

כדי כך שהתלמוד מייחס לה את גזרת הירידה למצרים. בעלי התוספות במקום ערים לקושי שגזרה זו נגזרה כבר בימי אברהם אבינו, כלומר לפני פעולת ההדרה, אך טוענים כי אלמלא ההדרה האמורה לא היה העינוי רב כל-כך.¹⁰⁴

נימוק זה מופיע אף בטור בהלכות הרלוונטיות לסוגייתנו. הטור מביא את ההלכה שנקבעה בהקשר זה על-ידי חכמים במשנה – שלפיה אין להדיר יורשים אף אם הם נוהגים לא כשורה, ומידת חסידות היא שאדם לא יעיד בצוואה שמעבירה את הירושה מהיורש, אפילו ממי שאינו נוהג כשורה, למי שהוא חכם ונוהג כשורה – ואז מסיים: "ורבותינו ז"ל אמרו שלא ישנה אדם לבן בין הבנים אפילו בדבר מועט שלא יבוא לידי קנאה."¹⁰⁵ קביעה זו של הטור מסתמכת כמובן על קביעתו של התלמוד הבבלי במסכת שבת שצוינה לעיל. הבית יוסף, אשר חש בקושי של "ריחוק" הנימוק מן ההלכה העוסקת בהלכות נחלות וירושות, מציין כי הטור סמך מימרה זו של מסכת שבת להלכת "הנותן נכסיו לאחרים", לומר שאין ראוי לעשות כן כדי שלא להביא לידי קנאה.

האמירה בעלמא לעניין אי-ההפליה נכונה תמיד, והינה טריוויאלית לחלוטין, שהרי אין זה נאה להפלות בין האחים ולגרום לקנאה ביניהם. הטור, כפי שהבית יוסף מדגיש, הופך את נימוק הקנאה לחלק מן הנרטיב של רעיון אי-ההדרה.

בחנית אזכורו של נימוק אי-ההפליה והיחס בינו לבין הנימוק האחר המופיע ברמב"ם ובערוך השולחן מגלה כי נימוק זה אכן זוכה ב"יחס מיוחד". נימוק אי-ההפליה מופיע אצל הרמב"ם בהלכות נחלות, אולם באופן שונה ומיוחד. כפי שכבר נזכרנו, הרמב"ם פוסק להלכה כי בהדרת יורשים טבעיים יש פגם מוסרי, אולם הוא אינו מסתפק בכך. בהלכה יג, שהינה ההלכה האחרונה בפרק ו, לאחר שהוא דן בסוגייתנו, קובע הרמב"ם כך: "צוו חכמים שלא ישנה אדם בין הבנים בחייו אפילו בדבר מועט, שלא יבואו לידי תחרות וקנאה כאחי יוסף עם יוסף."¹⁰⁶ ציווי זה, כזכור לנו, אינו מופיע בהלכות נחלות שבתלמוד הבבלי במסכת בבא בתרא. עם זאת, הרמב"ם מוצא לנכון להדגישו באופן מיוחד, בצורת הלכה עצמאית המוקדשת כולה לנימוק העומד ביסוד אי-ההדרה. הנימוק אינו מופיע בסמיכות להלכה הרלוונטית – "כל הנותן נכסיו לאחרים והניח הירושיין" וגו'¹⁰⁷ – אלא מנוסח בצורה עצמאית וחותרת את הפרק. לא זו אף זו, הרמב"ם אינו מציין כלל – לא בהלכה יא ולא בכל מקום אחר – את נימוק הגמרא "שמא יצא ממנו זרע טוב".

נימוק אי-ההפליה מופיע גם בערוך השולחן ומקבל דגש מיוחד. ערוך השולחן בוחר להדגיש את הרטוריקה המוסרית החריפה נגד הדרה המובאת בירושלמי. תוך שהוא מציין כי אין להיות "בעבורי אחסנתא", הוא מזכיר את הפסוק מיחזקאל "ותהי עוונותם

נראה כי כותונת כזו שוקלת יותר משני סלעים. פרשנות אחרת מתארת הדרה מצומצמת אף יותר – כולם קיבלו כותונות, ורק יוסף קיבל צמר משובח סביב פס היד. ראו רש"י, בבלי, שבת י, ע"ב, ד"ה "משקל ב סלעים".

104 תוספות, בבלי, שבת י, ע"ב, ד"ה "נתגלגל הדבר וירדו".

105 טור שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רפב.

106 משנה תורה, נחלות, פרק ו, הלכה יג.

107 שם, הלכה יא.

על עצמותם", שבו השתמש הירושלמי כדי להביע דעה שלילית ביותר נגד המדירים. בכך, ללא ספק, מביע ערוך השולחן את סלידתו הרבה מרעיון ההדרה. ייחודיותו של ערוך השולחן היא בדרך ניסוחן של ההלכות: בסעיף ב לסימן רפב, העוסק בסוגייתנו, מציין ערוך השולחן את הנוסחה המרכזית המופיעה במשנה, ברמב"ם ובשולחן ערוך: הנותן נכסיו לאחרים והניח הירושים, אפילו אם הירושים נוהגים בו לא כשורה, אין רוח חכמים נוחה הימנו. בסעיף א – הסעיף שפותח את הסימן, ואשר בו הייתה אמורה להופיע הנוסחה המוצגת בסעיף ב – כותב ערוך השולחן: "אע"פ שיכול אדם ליתן נכסיו במתנה למי שירצה... מכל מקום אין לעשות כן... ואפילו הבן הולך בדרך לא ישרה אין להאב ליטול חלקו ממנו ואולי יצא ממנו זרע טוב ואמרו חז"ל אל ישנה אדם בן בין הבנים וכתונת פסים יוכיח שקנאו בו אחיו." ¹⁰⁸ ודוק: ערוך השולחן מציין את נימוק הגמרא "שמא יצא ממנו זרע טוב", אבל מוסיף את נימוק אי-ההפליה. ערוך השולחן בוחר להדגיש את שני הנימוקים לאי-ההדרה, ולא את התוצאה המוסרית של תרעומת חכמים. בעשותו כן הוא יוצר חיבור של שני הנימוקים, אף שאיש מן הפוסקים לא בחר לסמוך בצורה ברורה כל-כך בין נימוק אי-ההפליה לבין איסור ההדרה.

אם כן, ביסודו של נרטיב הסלידה מהדרת יורשים טבעיים עומדים שני נימוקים. האחד, המתייחס למקרה של יורש לא-ראוי, גורס כי ייתכן שמהיורש הטבעי המודר יצא זרע טוב. נימוק זה אינו מתייחס ישירות להדרת יורשים באשר הם, אולם מקל וחומר ברי כי אין להדיר יורשים ראויים. נימוק זה יכול לצעוד יד ביד עם ההיגיון של הרצון הטבעי, ולא בהכרח נגדו. הנימוק האחר סולד מהדרה בשל האיסור המוסרי להפלות בין הירושים הטבעיים. נימוק זה אינו מבדיל בין יורשים המתנהגים כשורה לבין יורשים שאינם מתנהגים כשורה, אלא גורס בפשטות כי אין להפלות. הפליה טומנת בחובה פגם מוסרי אשר אחריתו מי ישורנה. יתר על כן, הנימוק השני אינו צועד עם הרצון הטבעי, שהרי כאשר המוריש מבקש להדיר את יורשו, בין שהיורש מתנהג כשורה ובין שהוא מתנהג לא כשורה, זה בדיוק מה שהמוריש רוצה לעשות – הוא מבקש להפלות – ואז בא רציונל הנימוק ומכוונו אחרת. ההכוונה היא להתגברות על הרצון הטבעי. עוצמת הנימוק השני בהכוונת הפרט לנורמה הראויה היא גבוהה, וקשה להתעלם ממנה. ההלכה רואה באופן שלילי מאוד את רצונו של המוריש להפלות לרעה יורש טבעי שלו, אף אם הלה ראוי לכך בשל התנהגותו הנלוזה.

בנימוק שני זה יש לדוק היטב, שכן רקעו ותוצאתו המוסרית אינם פשוטים. נימוק זה הינו קשיח לגבי הדרה, שהרי לדידו כל הדרה – אף חלקית – הינה אסורה, ומהווה הפליה שאינה ראויה. לכן ברי מדוע נימוק זה אינו מופיע לרוב או מופיע במעומעם אצל חלק מהפוסקים והמשיבים. ¹⁰⁹ כך, למשל, יש להבין כי אליבא דנימוק זה התשובה לשאלה אם שיוור מאיין את התרעומת נראית ברורה, וכך גם התשובה לשאלה אם "ריבה לאחד ומיעט לאחר" הוא בגדר "אין רוח חכמים נוחה הימנו".

108 ערוך השולחן, חושן משפט, הלכות נחלות, סימן רפב.
109 בשולחן ערוך הנימוק מושמט, בעוד בבית יוסף יש הדגשה.

3. הורשה, הדרה וצדקה – משלוש יוצאת אחת?

אך בכך לא סגי. ההסדר המותווה בהלכה אינו מסתפק בבניית היחס הנכון בין מוסר למשפט בשאלת ההורשה וההדרה. ההסדר המותווה בהלכה מכיל בתוכו אף את היחס בין שני סוגי מתח מוכּנים. המתח הראשון (והמובן מאליו) הוא בין זכותו של המוריש להוריש למי שליבו חפץ לבין ההורשה ליורשים טבעיים. מתח זה מוצא את ביטויו גם בספרות המשפטית המודרנית.¹¹⁰ המתח השני הוא המתח שבין העיקרון שאין להדיר יורשים טבעיים או שיש להימנע מכך ככל האפשר לבין הורשה המבכרת ערכים שההלכה מבקשת להאדירם, כגון גמילות חסדים וצדקה. מתח זה אינו רק מוכל בתוך ההסדר, אלא מהווה חלק מהתוויית ההסדר. הוא משקף את סלידת ההלכה מרעיון ההדרה, אולם בשל ערכים אחרים המחייבים הדרה ההלכה מנסה (ואולי אף מצליחה) לאחוז את המקל בשני קצותיו, ובכך מותווה ההסדר כולו.

נדמה שהמקום הראשון שבו מצוי המתח השני האמור הוא בסתירה שבדברי הרמ"א. כבר ציינו כי ביורה דעה הרמ"א מציין כי הפרט יכול במותו לתת צדקה ללא הגבלה, אפילו את כל רכושו, וזאת בניגוד למתן צדקה בחיים, אשר מוגבל לחומש.¹¹¹ לעומת זאת, בחושן משפט עולה מדברי הרמ"א כי יש להשאיר ליורשים, וכי זה הדבר הטוב והרצוי ביותר.¹¹² סתירה זו קיימת, אם כי בעוצמה פחותה, גם אצל הבית יוסף. הבית יוסף מציין ביורה דעה כי במותו אדם יכול לתת צדקה כמה שירצה,¹¹³ בעוד בחושן משפט בשולחן ערוך הוא מציין כי אין להדיר יורשים מירושתם.

כבר ערוך השולחן ער לבעייתיות זו, ומנסה ליישבה כך: כאשר הוא מצטט ביורה דעה את הרמ"א, האומר כי במותו אדם יכול לתת כמה שירצה, הוא מסייג זאת לגבולות הגזרה של מעשה מר עוקבא, אשר חילק מחצית מנכסיו במותו. מכאן שאם בחייו אדם יכול לחלק עד חומש, במותו הוא יכול לחלק עד מחצית נכסיו, ובכל מקרה לא את כל רכושו. כלומר, הגמרא, בקובעה את ההלכה בהלכות צדקה במעשה מר עוקבא, קבעה גם את ההלכה בדיני ירושה: הדרה – אף על-מנת לחזק ערך חשוב בהלכה – יכול שתבוא על-חשבון היורשים הטבעיים אך בשיעור מרבי של מחצית הרכוש.¹¹⁴

110 מיכאל קורינאלדי "מגמות חדשות בדיני צוואות" קרית המשפט ג 243 (2003); Kris Bulcroft & Phyllis Johnson, *A Cross-National Study of the Laws of Succession and Inheritance Implications for Family Dynamics*, 2 J.L. & FAM. STUD. 1 (2000); Nathaniel W. Schwickerath, *Public Policy and the Probate Pariah: Confusion in the Law of Will Substitutes*, 48 DRAKE L. REV. 769 (2000).

111 כפי שקבעה הגמרא, לעיל ה"ש 59, בהסתמך על תקנת אושא.

112 ואף אם לצדקה נתן, אין הדבר ראוי. ראו ביאור הגר"א, חושן משפט, סימן רפב, סעיף קטן ג.

113 בשולחן ערוך מושמטת הקביעה לעניין מתן לא מחיים, ורק הרמ"א מציין כי במותו אדם יכול לתת כמה שירצה.

114 יוזכר כי קיימות גרסות שונות למעשה מר עוקבא. אומנם גרסה אחת מציינת כי מר עוקבא נתן מחצית מרכושו לצדקה, אולם קיימות גרסות המציינות "תילתא נכסי", דהיינו, שליש לצדקה ושני

לנוכח האמור ניתן להבין כי ה"סתירה" אינה סתירה, ולמעשה הבית יוסף והרמ"א אינם יוצאים נגד הדרה לצורך צדקה, ובלבד שהיא נעשית במידה הראויה. כלומר, לא רק הדרה שאינה לצורך ערך מתועדף אסורה מבחינה מוסרית, אלא גם הדרה לצורך ערך מתועדף במידה שחורגת מן הרף הראוי. כלומר, ה"הקלה" כביכול המתירה הדרה מעצימה למעשה את רעיון אי-ההדרה, שכן אפילו כאשר מדובר בערך מתועדף בהלכה, דוגמת צדקה, אין היתר להדיר מעבר למידה מסוימת. בכך ההלכה מוסיפה נדבך נוסף על הנדבך המוסרי המבקש לקעקע את רעיון ההדרה בכללותו.¹¹⁵

באותה רוח יש להסביר את העובדה שהטור השמיט את הקביעה האומרת כי ניתן לעת מיתה לתת יותר מחומש, כמו מעשה דמר עוקבא. רוצה לומר, אף שבהלכות צדקה ציין את ההלכה כי מצווה מן המובחר לתת עד חומש מן הנכסים, את המשך ההלכה – שלפיה קביעה זו רלוונטית רק למתן מחיים, ואילו במותו אדם רשאי לתת כמה שירצה – השמיט.

הבית חדש מציע שני נימוקים נוגדים לכך שהטור, בדומה לרמב"ם, השמיט הלכה זו. שני הנימוקים מבטאים את המתח הקיים בין הלכות צדקה לבין הלכות ירושה, בין החופש להדיר לבין החובה המוסרית לא להדיר. הבית חדש טוען כי מעשה מר עוקבא אינו להלכה, ולכן הושמט על-ידי הטור והרמב"ם. הטעם לכך שהוא אינו להלכה הוא שניתן ללמוד ממעשה זה לשני כיוונים נוגדים. מחד גיסא, ניתן לטעון כי דווקא מכיוון שמר עוקבא נתן חומש בחייו, הוא נתן רק מחצית במותו, אבל מי שלא נתן חומש בחייו ייתכן שצריך לתת יותר בעת מותו. כלומר, בהתאם לנימוק זה, לעת מיתה אין שיעור למצוות הצדקה, ולכן גם אין ללמוד כל שיעור ממעשה דמר עוקבא. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי אין ללמוד ממעשה דמר עוקבא מכיוון ש"דווקא מר עוקבא שהיה יודע דמניח לזרעו ברכה אחריו עושר רב אבל אחר אין לו מלבזבו פלגא ולגרומ ליורשיו שירדו מנכסיהם ולפיכך לא כתבו דין בזבזו לאחר מיתה אלא כל אחד יעשה לפי עשרו ולפי מעמד יורשים".¹¹⁶ לפי נימוק זה, ההשמטה נבעה דווקא מאי-ההכרה באי-הדרת יורשים

שלישים ליורשים הטבעיים. ראו ברכי יוסף, יורה דעה, סימן רמט, סעיף קטן טו, המציין מקורות שונים לגרסות.

115 ראו שו"ת אגרות משה, חושן משפט, חלק ב, סימן נ, המדייק בלשון הרמ"א: "וכתב יכול ליתן צדקה כל מה שירצה ולא כתב כל מה שיש לו משום דכולו אסור." יש שיאמרו כי ביאור הסתירה עולה כבר מדברי הבית יוסף עצמו. כאשר הבית יוסף מציין ביורה דעה כי ההלכה מורה על מתן חומש לכל-היותר לצדקה מחיים, הוא מביא את הגמרא מכתובות כי בשעת מותו אדם רשאי ליתן כמה שירצה, ומייד מפנה למעשה מר עוקבא, אשר נתן כזכור רק חצי מנכסיו לצדקה בעת מותו. באופן דומה מסביר זאת בעל עטרת פז. לטעמו, כאשר הבית יוסף קובע כי בשעת מותו אדם יכול לתת לצדקה כמה שירצה, הוא מציין "כדעבר [=כפי שעשה] מר עוקבא", שבעת מותו "בזבזיה פלגא דממוניה". לכאורה, טוען בעל עטרת פז, חלק א, כרך ב, יורה דעה, הערות, סימן י, הערה ד, הראיה שהבית יוסף מביא מסיפור מר עוקבא אינה עולה בקנה אחד עם קביעתו בשורה שלפני כן – "כל מה שירצה". לכן, אומר בעל עטרת פז, כבר הבית יוסף, בהלכות צדקה, גזר את ההתייחסות להלכות ירושה, שהרי מדוע פיזר רק מחצית מרכושו במותו? כדי להשאיר את המחצית השנייה ליורשיו.

116 בית חדש, סימן רפב.

בצורה מוחלטת. יש לשים לב כי לפי נימוק זה, הדרה עד מחצית לצורך צדקה אינה בהכרח כשרה מוסרית, אלא רק כאשר המחצית הנותרת הינה נכבדת, כלומר, כאשר המוריש עשיר כמו מר עוקבא. נימוק שני זה עולה בקנה אחד עם היחס בין הלכות הורשה לבין הלכות צדקה. יתר על כן, הוא עולה בקנה אחד עם ביאור הסתירה בדברי הרמ"א, וכן מתאים לשיטת הבית יוסף. כלומר, ההדרה יכולה להיות אפשרית רק בשל ערך מתועדף ורק עד מידה מסוימת, וגם אז, לפי הבית חדש, רק כאשר מדובר ברכוש נכבד.

אף הברכי יוסף מקשר באמצעות מעשה מר עוקבא בין הלכות ירושה לבין הלכות צדקה, וקובע כי מעשה מר עוקבא מלמד על אפשרות של הדרה לטובת צדקה אבל עם מנגנון שיור. כלומר, אין להבין כי מתן צדקה לעת מות המוריש יכול שיהיה על כלל הרכוש בלא כל מנגנון שיור, גם אם קיימת רטוריקה המכוונת לכך. מעשה מר עוקבא מוכיח מה גבולות הגזרה של ההדרה, אף אם זו נעשתה למען ערך מתועדף, דוגמת צדקה.

באופן דומה, אם כי לא זהה, פוסק האבני שיש כי הפגם המוסרי בהדרה הוא רק "בנותן להדיוט אבל לגבוה כנ"ד [=כנידון דידן] [מכיוון] שהקדיש נכסיו לס"ת [=לספר תורה] ולצורך פרנסת אמו העניה שאין צדקה גדולה מזו דענייך קודמין תבא עליו ברכת טוב".¹¹⁷ אי-הזוהת האמורה מלמדת על ההרחבה שעשה האבני שיש לעניין ההדרה – הרחבה אשר אינה אלא צמצום: הדרה אינה מותרת לצורך בני משפחה אחרים, ראויים או לא-ראויים; הדרה מותרת רק לצורך צדקה ורק עם מנגנון שיור, כמובן. האבני שיש, ברטוריקה מעניינת, מכניס את היסוד המשפחתי לצורך רעיון ההדרה. אף כאשר ערך הצדקה עדיף ומבוכר, על המוריש להביא בחשבון כי ערך זה כבר מכיל בתוכו תיעדופים ליסודות המשפחתיים. דהיינו, הדרה לצורך צדקה עם מנגנון שיור היא מקובלת, אולם אם יש בני משפחה קרובים הנזקקים לצדקה, ברי כי יש ליתן להם, וזאת לא בשל הלכות נחלות וירושות, אלא בגלל הלכות צדקה – "ענייך קודמין". כלומר, יורשים עניים מותר להפלות לטובה. עני בעל קרבת-דם למוריש קודם ליורשים הטבעיים. זוהי הפליה מוצדקת המשמרת את הערך המשפחתי.

האגרות משה¹¹⁸ נדרש אף הוא לשאלה המאתגרת, וקובע כי ניתן לאיין את התרעומת רק באמצעות שיור סכום נאה, ולא סמלי. יתר על כן, וזה עיקר לענייננו, מדברי האגרות משה עולה כי אין כל מתח בין ערך הצדקה לבין ערך אי-ההדרה. זאת, מכיוון שהאדם מחויב לערך הצדקה והוא הערך הגובר, שכן בלי זה לא ימצאו פרטים שיינתנו לאחר מותם לצדקה, שהרי בכל מתן שהוא גלומה הדרה של היורשים הטבעיים. אך בכך לא סגי. אם במתן צדקה יש רבב של מתן לצורך הדרת היורש, אזי יש בכך פגם מוסרי, והמוריש יוצא ושכרו בהפסדו.¹¹⁹ ויש לדוק כי מבחינת מקבלי הצדקה אין

117 שו"ת אבני שיש, חלק ב, סימן קיז. ראו שם נימוקים נסיבתיים נוספים מדוע אין לראות בכך אעבורי אחסנתא, בין היתר בשל שיור סכום מסוים ליורשים הטבעיים.

118 אגרות משה, לעיל ה"ש 115.

119 לדעת האגרות משה, זוהי הפרשנות הנכונה של סיפור יוסף בן יעזר שהדיר את בנו, ושל ה"איכא

הבדל אם הרכוש ניתן בשם "אהבת מרדכי" או בשם "שנאת המן", אבל שאלת מניע הנתינה – הכוונה העומדת ביסוד הנתינה – חשובה להלכה.¹²⁰ מובן שרק המוריש יודע בוודאות אם יש בצדקה רבב אם אין. עובדה זו מאיינת כל אפשרות להתערבות קניינית, ומותירה את ההתערבות לפן המוסרי בלבד. רבב זה יכול שישפיע בכל מצב שבו היחסים בין המוריש ליורש אינם טובים. אילו הצבנו מבחן אובייקטיבי, אזי בכל מערכת יחסים רעועה בין מוריש ליורש (ואולי אף במערכות סבירות אבל לא דואגות ואוהבות) היינו סבורים כי הרבב קיים, וממילא מעשה הצדקה היה מאבד לחלוטין מערכו בעיני ההלכה. במבחן סובייקטיבי הדברים שמורים כאמור למוריש בלבד. הוא היודע אם הרבב דבק בו, ומשכך הנטל המוסרי רובץ עליו להכריע אם מעשה הצדקה ראוי אם לאו. למעשה, רעיון זה מוביל לדרישה מוסרית לא-קלה ממוריש אשר בנו (או קרוב טבעי אחר הראוי לירושה) מתנכר לו. אם מוריש זה מעוניין – כ"פתח מילוט" הגיוני, סביר ואולי אף ראוי – להעניק הכל לצדקה, באה ההלכה ומציבה לו תמרוך מוסרי ברור: עליו להתגבר על רצונו הטבעי ולא להדיר את בנו, את יורשו.¹²¹

ההסדר המותווה מאפשר הדרות חלקיות, אך רק כאלה שבבסיסן עומדות סיבות מוצדקות אשר רלוונטיות לערכים המתועדפים. לא זו אף זו, כאשר מושא ההורשה משמש אך מסווה לסיבת ההדרה, אין הדבר ראוי מבחינה מוסרית, אף אם מושא ההורשה הינו ערך מתועדף, דוגמת צדקה. ללמדנו שההסדר מתעדף אי-הדרה ומוכן לקבל רק הדרות חלקיות עם סיבות מוגדרות מוצדקות שאינן נוגעות בסיבות היורדות לרצון הטבעי להדיר את היורש, ובכך מאדיר עוד יותר את רעיון אי-ההדרה.

באופן דומה, וחד אף יותר, תופס זאת בעל עטרת פז. לטעמו, ההלכה קבעה את קביעותיה בשני ממדים שונים בנפרד. "דמצד ענין נתינת צדקה יכול אדם להפריש בשעת מותו ככל אשר ירצה, ואפילו לתת את כל הון ביתו באהבת מצות צדקה."¹²² קביעה זו באה להבחין בין מתן לאחר המוות לבין מתן מחיים, שלגביו נקבע כי מתן דרסטי אינו מותר כדי שלא יפול הנותן, בהמשך חייו, לנטל על הבריות. המימד השני מצוי בהלכות ירושה: "אולם איכא עוד ענין אחר של מצות הירושה, ואי הכי נמי משום מצוה זו עליו לכלכל דרכיו במשפט ולהיות אוהב צדקה במשפט. שאם הניח קרובים ויורשים צריך שיתן דעתו עליהם שיקבלו חלקם בירושה."¹²³ בעל עטרת פז מציין כי הנפקות של שני ממדים סותרים לכאורה אלה היא כאשר אין יורשים: כאשר האדם ערירי, מותר לו – ואולי אף רצוי – שייתן הכל לצדקה. מנפקות זו אנו למדים את שבעל עטרת פז אינו מציין בצורה קטגורית, הגם שהדברים עולים מבין השורות: בהתנגשות בין שני הממדים

דאמרי" שנהג לא כראוי. וכי אסור לתת לצדקה? אלא מכיוון שכל נתינת ההקדשה שם נועדה כדי להדיר את בנו, יש "איכא דאמרי" שהמוריש לא נהג כראוי.

120 לדוגמות נוספות לשוני בין פעולות שונות שתוצאותיהן שוות, השוו קריטנשטיין, לעיל ה"ש 19, בעמ' 168–173.

121 ראו שו"ת שואל ונשאל, לעיל ה"ש 50, המביא מקורות נוספים התואמים את גישתו של הרב פיינשטיין, לעיל ה"ש 115.

122 עטרת פז, לעיל ה"ש 115.

123 שם.

הללו, אשר ברי כי יכול שתהא, דיני הירושה אינם נסוגים; נהפוך הוא – רק כאשר הם אינם רלוונטיים כלל, באין יורשים, הם נסוגים לחלוטין. כאשר הם רלוונטיים, הם אינם נסוגים, וקו ההכרעה בהתנגשות ייתכן שיהיה שונה אצל כל פוסק, החל באי־הדרה מוחלטת והמשך בהדרה חלקית עד תילתא או עד פלגא, אבל לעולם לא הדרה מלאה בשם ערך הצדקה, אפילו אם בניו או יורשיה¹²⁴ אינם ראויים לירושה זו עקב התנהגותם הכללית או התנהגותם הספציפית כלפי מורישם.

כלומר, ההורשה לקרובים הינה ערך בפני עצמו, אשר מתעמת עם ערך הצדקה באופן ישיר – שניהם נאבקים על אותו רכוש. במקרה של בן המתנהג לא כשורה היה קל להלכה לתעדף את ערך הצדקה, ובכל־זאת היא בחרה לקבוע את קו העימות בין שני הערכים במנותק מהתנהגות היורש, ובפרט במנותק מאותה התנהגות אשר מעוררת רצון טבעי להדיר את היורש וממילא להגדיל את ערכו של הערך המתועדף, קרי, את הצדקה. מן האפשרות האחרונה בדיוק סולדת ההלכה, כפי שכבר ראינו בתשובת האגרות משה, אבל יש צורך מעשי בקביעת איזון בין הורשה לקרובים לבין הורשה לצדקה, שאם לא כן ברי כי בלא קביעת איזון כאמור לא תהא צדקה.¹²⁵

גם בעל שבט הלוי מתווה את ההסדר באופן שמכיל בתוכו את המתח או למעשה כך

124 כפי שכבר ציינו, הרמב"ם והשולחן ערוך מרחיבים את הדיון לכלל היורשים הטבעיים, ולא דווקא בניו.

125 הדרה לצורך ערך מתועדף אחר יכול שתהא אף כאשר המוריש מבקש להדיר יורש שאינו הולך בדרכי ההלכה. ההלכה במשנה הייתה ברורה ביותר בהקשר זה, וקבעה כי אף המדיר את המתנהג לא כשורה נושא בחובו פגם מוסרי. אף הפוסקים חזרו על כך – למשל, הטור ציין כי אין להדיר (ברמה המוסרית) בן שאינו נוהג כשורה לטובת בן חכם. אולם ברי כי הרחבה רבתי של "מתנהג לא כשורה" תחפוץ ערכים שההלכה מתמרצת אותם במובן השלילי. כך יקרה, למשל, אם קטגוריה זו תתייחס גם להדרתו של מי שאינו הולך בדרכי ההלכה בצורה כזו או אחרת, כגון מומר, מסור וכדומה. המשיבים מתחבטים לא מעט בעימות האמור, אם כי דרך כלל, ככל שחומרתם של המעשים הנלווים של היורש הטבעי עולה, הם מתירים את רעיון ההדרה. הרב עובדיה יוסף נשאל לענין הדרה של בן המחלל שבת בפרהסייה ובוזה דבר ה' לטובת בן תלמיד חכם. יש לשים לב כי השאלה אינה אם ראוי ונכון לנהוג כך, אלא אם מותר לנהוג כך כאשר זה רצון המוריש. תשובתו הסופית של הרב עובדיה יוסף (יביע אומר, לעיל ה"ש 55), המתירה לעשות כן, אינה מגלה את המתח המובנה הקיים בתשובה, אשר מהווה לטעמנו חלק מן ההסדר עצמו. ראשית, על־אף הקביעה הקטגורית, יש לשים לב שקיימת תוספת לקביעה זו: "ומכל מקום החכם עיניו בראשו להתנהג במתינות לבל ידחה אבן אחר הנופל, אולי יש תקוה שיחזור למוטב..." אולם עיקר הוא בכך שאין אפשרות להתעלם מהמתח המובנה בתשובה עצמה. התשובה נעה לכל אורכה ורוחבה בין גדות המתח מהכא להתם ומהתם להכא. הנימוק הרגיל שאין להדיר בן שאינו ראוי שמא יצא ממנו זרע טוב עומד בספק גדול בנסיבות השאלה, שכן באותו מקרה מצוין כי התנהגותו של היורש לא־ראויה במידה חריגה מבחינת שמירת המצוות וההלכה. השווה גם אגרות משה, לעיל ה"ש 115. מאידך גיסא, הרב עובדיה יוסף מציין בצדק, ובהתרסה כלפי האמור לעיל: "ומבני בניו של סנחריב לימדו תורה ברבים ומאן ניהו שמעיה ואבטליון, מבני בניו של המן לימדו תורה בבני ברק... הרי שאפילו מזרעו של עמלק יצא זרע קודש." ברי כי אמירה זו עוצמתה מתריסה, שהרי יוצא ממנה כי מכל אדם המפגין התנהגות נלוזה, קשה ככל שתהיה, יש סיכוי שיצא זרע טוב, ומכאן שאין להניח כי בנסיבות השאלה, הגם שהן חמורות, אין כל סיכוי שיצא "זרע קודש".

שהמתח הינו חלק אינהרנטי מן ההסדר. לאחר דיון במקורות סותרים, שחלקם בין אלה שצינו לעיל, הוא מגיע למסקנה כי רק ממידת חסידות אנו חוששים ל"תהוי בעבורי אחסנתא" גם במעביר ממקצת. ודוק: אין מדובר במשייר מקצת, אלא במדיר מקצת, כלומר, משייר הרבה. במילים אחרות, ייתכן שהדרה לא-מינימלית כבר תהא מעבר להעדר מידת חסידות גרידא, ולכן קובע בעל שבט הלוי: "מכל מקום לזה אין חוששין רק בדברים בעלמא ולא במקדיש לדבר מצווה." הפגם המוסרי במדיר הינו רק ברמה של העדר מידת חסידות כאשר הוא מדיר בצורה שאינה גבוהה, ובכל מקרה אף פגם זה אינו קיים אם מטרת ההדרה היא לצדקה. ולמען הדגש הוא חוזר וטוב ואומר: "מכל מקום הוורו לנו שלא יעביר מן הנכסים [אלא] רק הנחוץ ביותר והשאר יוריש..."¹²⁶

גישתו של בעל שבט הלוי אינה מאוהבת ברעיון ההדרה, אולם הוא מבקש למצוא את שביל-הזהב בין ההסתייגות מן ההדרה לבין הכרה בכך שלעיתים יש לקבל רצון להדיר, במיוחד לטובת ערכים מבוכרים בהלכה. הדרה לטובת צדקה מתקבלת, אולם רק כאשר יש נחיצות מיוחדת, ואף זאת בשיעור נמוך או סביר. מהי נחיצות? "ובאמת לפי זה יש לצדד גם כן אם אנו רואים טעם הגון הגובל בדבר מצווה במה דנותן מקצת נכסיו לשאר יורשים המאוחרים בנחלה..." כאשר הפרט מבקש להדיר את ילדיו לטובת אחייניו העניים, הדבר ראוי כי הוא נועד לדבר מצווה, אבל גם את זה יש לעשות במידה. כאשר חורגים מן המידה, המעשה אומנם עשוי והקניין תקף, אבל הדבר אינו ראוי מבחינה מוסרית.¹²⁷ אם העדיף הפרט את אחייניו העניים על בניו מבלי להשאיר להם דבר, נראה שתאוות ההדרה היא שהניעתו, ולא מצוות הצדקה, וזה אסור מבחינה מוסרית.¹²⁸

פרק ה: ההיבטים הרעיוניים העומדים בבסיס המבנה של הסדרי הורשה והדרה

בפרק האחרון אנו מבקשים לבחון את העקרונות המנחים את ההסדר המותווה בהלכה וכן את הערכים המשתקפים בהסדרי ההורשה וההדרה. כמו-כן נבקש להצביע על ההיבטים המחשבתיים העומדים בבסיסם של ההסדרים האמורים בדן העברי.

ההסדרים הדיספוזיטיביים לחלוקת רכוש בדיני ירושה המצויים בשיטות המשפט השונות דומים למדי ברכיביהם,¹²⁹ ומשקפים את הרצון משוער של הפרטים. שיקוף זה מהווה את ההסכמה החברתית לא רק לרצונם של רוב הפרטים, אלא גם להנחה שלהם כי

126 שו"ת שבט הלוי, חלק ד, סימן רטז.

127 צדקה צריכה להינתן כניסוחו הנאה של בעל עטרת פז (לעיל ה"ש 115): "אוהב צדקה במשפט".

128 ייתכן שזו גם הסיבה לכך שבעל שבט הלוי סבור כי ניתן להיות יועץ ומורה הוראה בצוואה שמדירה יורשים בהסתמך על הכנסת הגדולה שצוטטה לעיל בה"ש 88.

129 בוודאי בפרנטלות הראשוניות.

זהו הדבר הנכון והראוי.¹³⁰ מוסד הצוואה מאפשר כמובן להתנות על הסדרים אלה, אך אין בכך כדי להפריך את הקביעה כי רוב ההסדרים הדיספוזיטיביים האמורים משקפים נורמות חברתיות מוסכמות של חלוקה ליורשים טבעיים.

דרך העולם הוא כי הפרט מוריש לקרוביו, ולא לאחרים. כאשר קיימות סטיות מנורמה זו, הן משקפות, דרך כלל, מערכת יחסים רעועה בין המוריש לבין ילדיו או קרוביו האחרים שהודרו, המסייעת לפרט בהחלטתו הלא-פשוטה להדירם. יש שיטות מסוימות אשר באמצעות חקיקה קוגנטית אינן מאפשרות הדרה מוחלטת, ויש שיטות המבקשות לשקף בפסיקה את הנורמות העומדות בבסיס מניעת ההדרה, קרי, את הנורמות הנראות ראויות בעיני החברה, באופן שמביא לידי הורשות בתוך המשפחה על-ידי ביטול צוואות המדירות יורשים טבעיים.

הדין העברי נוקט גישה שונה. מחד גיסא, ההלכה מקנה חופש ציווי מוחלט, קרי אפשרות הנחלה והורשה למי שליבו של המוריש חפץ, ומאידך גיסא, היא יוצרת הסדר מוסרי "כופה" המסדיר, דרך כלל, הענקה בין-דורית ראויה או העברה ירושתית אחרת ליורשים טבעיים. ההסדר מתייחס לכלל הרכוש המורש, ומבקש להגן על ערכים נוספים היכולים להיות מושאי ההורשה. יש אפשרות להתנאה שתביא לידי הדרת יורשים טבעיים על כלל הרכוש ("מה שעשה עשוי"), אולם המשפט העברי סולד מכך. הוא סולד מכך אף כאשר מדובר במערכת יחסים רעועה בין המוריש לבין יורשיו הטבעיים. התאווה להדיר, אף שניתן להבינה כאשר מדובר ביורשים הנוהגים לא כשורה, אינה משפיעה על עוצמת סלידתו של הדין העברי מן ההדרה. על-אף ההבנה כי בהדרת יורשים הנוהגים לא כשורה יש משום יצירת סיפוק אצל המוריש, הזוכה "להעניש" את יורשיו הטבעיים, או לפחות מילוי רצון טבעי והגיוני שלו לא להוריש למי שמפגינים התנהגות נלוזה, קל וחומר אם התנהגות זו מופנית כלפיו, ההסדר המותווה במשפט העברי מכיל בתוכו מרכיבים אשר מביאים לידי כך שרעיון ההדרה יידחה אף בסיטואציה זו. הפרט מונע על-ידי מערכת כללים – שחלקה מלבר דיני נחלות וירושות, קרי, מדיני צדקה – לא להדיר. הפרט מכוון להתגבר על מאווייו האינדיווידואליסטיים ולא להדיר. הסלידה מהדרה באה לידי ביטוי בנקיטת רטוריקות חריפות וקשות נגד הדרה, ששיאן בדברי הרמב"ם במורה נבוכים, וכן בשימוש באמצעים מוסריים, בתמריצים מוסריים ואף בתמריצים משפטיים.¹³¹ ההזדקקות הברורה לפן המוסרי המחוזק דרמטית אף כנגד הרצון הטבעי, בלא כל הזדקקות להתערבות קניינית, מלמדת על ההכוונה הקיימת בהסדר המותווה.¹³²

"מלחמתה" של ההלכה היא נגד הדרת הבן המתנכר. ברי כי ביחס לבן הרגיל, לבן

130 השוו: Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch & Richard Thaler, *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*, 76 AM. ECON. REV. 728 (1986).

131 כפי שעולה מחלק מהתשובות שסקרנו לעיל ומחלק נוסף שלא נסקר, קיימות צוואות שהדירו יורשים טבעיים מתנכרים. אולם ייתכן שיש לראות בכך את המקרים הפתולוגיים, וסביר להניח שבמקרים רבים בהרבה לא נעשתה הדרה כזו.

132 למעט מצבי-קצה, שבהם ההלכה כנראה תתיר הדרה, ואולי אף תעודדה – מומר, מסור וכדומה. ראו אגרות משה, לעיל ה"ש 115, וביע אומר, לעיל ה"ש 55. ראו במיוחד לעיל בה"ש 125.

שאינו מתנכר, אין כל מקום להדרה. בבקשה לקבע נורמה ברורה של אי-הפליה, ההלכה קובעת כי אף כאשר ההפליה מוצדקת, אין היא ראויה. קל וחומר שההלכה מגנה את ההפליה כאשר היא אינה מוצדקת. מבחינת ההלכה, הפליה הינה נורמה רעה, אשר סופה מי ישורנו.

מן התשובות והפסיקות השונות שהובאו בפרקים הקודמים עולה מבנה ברור למדי. ההסדר מכיל בתוכו מתח מובנה בין הסדרי הורשה, המבקשים לא להדיר, עם דיני צדקה, אשר שואפים מבחינה רעיונית ומעשית לנתינה מוגברת, הגוררת הדרה. ניתן להדיר בשם ערך הצדקה, והדבר נובע מהלכות צדקה.¹³³

ההדרה מוגבלת בכך שהיא חייבת להיות לשם צדקה, ולא בשם תאוות ההדרה. היא אינה יכולה להיות הדרה מלאה, אלא חלקית בלבד, ואולי אף חלקית ביותר (תלוי בכמות הרכוש המורש). ברי כי אם יש קרובי-משפחה עניים, הדרה לשם צדקה צריכה שתהיה בעבורם. ככלל, על-מנת שההדרה תקבל הכשר מצד ההלכה, צריך שהיא תיעשה בנסיבות של נחיצות מבחינת מקבלי הצדקה. אולם מאחר שתמיד יש נחיצות, שהרי "לא יחדל אביון מקרב הארץ", עליה להימדד גם בהתייחס ליורשים המודרים וברכוש המורש, שאם לא כן בכל מקרה יתקיים מבחן הנחיצות. פרשנות אחרת תגרוור כי נחיצותו של מקבל הצדקה תאפיל תמיד על נחיצותו של המודר. הדרה לצורך צדקה בעושר מופלג מוצדקת יותר ונורמטיבית יותר. דיני הצדקה מאדירים זאת מבחינה רעיונית, והציבור זקוק לזה מבחינה מעשית. אם כך הוא ההסדר לגבי הדרה לצורך צדקה, ברי עד כמה יהא קשה להצדיק הדרה שאינה לצורך צדקה.

התחכום בהסדר אינו רק בהתוויית היחס בין מוסר למשפט, אלא גם ביצירת מנוף מוסרי מלבד דיני הירושה נגד הדרה – מנוף בעל מרכיבים פסיכולוגיים ברורים. שהרי אם לצדקה אין לתת במקום לבן המתנכר, ברי כי אף נתינה לזר, ואולי אף לבן האחר, אינה נזקפת לזכותו של המוריש.

הנימוק של אי-הפליה, כנימוק מרכזי ברעיון אי-ההדרה, משתלב בהפליה עם ערך הצדקה, כאשר הדרה לטובת צדקה אין בה הפליה. לעומת זאת, הנרטיב "שמא יצא ממנו זרע טוב" אינו משתלב בהכרח עם רעיון ההדרה לטובת צדקה. בכך מחושק הנימוק של אי-הפליה, מחוזק רעיון אי-ההדרה בין אחים ובין בני משפחה בכלל, ונמנעת פגיעה במעמדו ובמקומו של ערך הצדקה. שלושת היסודות – הסלידה הקשה, נרטיב אי-הפליה, והיחס בין הורשה, הדרה וצדקה – מהווים במשולב את המבנה המורכב של הסדרי ההורשה וההדרה.

זאת ועוד, הערכים המשתקפים בהסדרי ההורשה וההדרה מבטאים ערכי-יסוד של דיני ירושה. ערך אחד הוא סדר חברתי, הן ברמה המשפחתית והן ברמה המלבר-

133 הסדרי ההורשה וההדרה פועלים באופן דומה להסדרים אחרים בדין העברי, אשר בעת עימות מול נסיבות מיוחדות מסיגים את תכליתם המרכזית. כך, למשל, דינא דבר מצרא אינו חל כאשר בעל הקרקע נתן את הקרקע במתנה, לצדקה או לאלמנה. הרעיון העומד מאחורי החרגה זו של דינא דבר מצרא הוא שנוסף על היסוד הכלכלי המכוון את הסדר דינא דבר מצרא יש יסוד נוסף שיש להתחשב בו, ואז תכליתו של דינא דבר מצרא נסוגה מפניו.

משפחתית (של השבט ואף של העם). הדבר בא לידי ביטוי בשיקוף מוסכמות חברתיות סבירות ורגילות בדבר רצונם המשוער של הפרטים ובדבר הנחתם של הפרטים כי זה גם הדבר הנכון והראוי. ערך נוסף הוא **תמרוץ לסולידריות משפחתית**, שעליו אין צורך להכביר מילים. ערך שלישי הוא **תמרוץ לסולידריות חברתית**. ערך זה בא לידי ביטוי ביחס החיובי כלפי ערכים מתחרים הפוגעים ביושרים, דוגמת צדקה, אבל גם בפן מיוחד נוסף, שנסבירו כעת. אין להתעלם מכך שההסדר, בלא לומר זאת בריש גלי, עורך הבחנה נאה בין משפחות עניות לבין משפחות עשירות. לפי חלק מהגישות, הדרה בשיעור של עד מחצית הרכוש לטובת צדקה מותרת רק כאשר מדובר ברכוש רב; כאשר מדובר ברכוש שאינו רב, לא ברור כלל אם מותרת הדרה כלשהי. יוצא מכאן כי יש תמרוץ מוסרי חזק למשפחות העשירות לתרום לצדקה ולא להוריש הכל לילדיהן. כלומר, דווקא באמצעות הסדרי ההורשה וההדרה ההלכה מבקשת לסמן למשפחות העשירות כי אצלן סוגיית ההדרה לטובת צדקה הינה קלה יותר ומייצרת קשיים ערכיים פחותים, דבר המוליך כמובן למסקנה כי עליהן לתרום בצורה נאה מרכושן לצדקה.

ערך רביעי ואחרון המשתקף בהסדרי ההורשה וההדרה הוא **חיסכון בעלויות דיוניות**. זאת, בשל כך שאין כל הכרה בהתערבות קניינית בהחלטות החלוקה של המדיר – לא באמצעות דוקטרינות שונות מדיני ירושה ולא באמצעות דוקטרינות מלבר דיני ירושה.

ההיבטים המחשבתיים העומדים מאחורי ההסדר המורכב משקפים קשת של רעיונות המשתלבים זה עם זה. תפיסה של חופש ציווי מוחלט – קרי, אפשרות העברה לכל מי שהמוריש חפץ בלא כל הגבלה – אינה מכירה בכל זיקת רכוש משפחתית, וגם לא בזיקה חברתית מוסרית כלשהי היכולה להגביל את חופש הציווי. ההלכה, לעומת זאת, מכירה אומנם בחופש ציווי מוחלט אולם מתמרצת הסדרים המבקשים למנוע חלוקות שאינן ראויות לדעת ההלכה, חלוקות מדירות. ביסודם של הסדרים אלה מונחת ההנחה הברורה כי יש להכיר הן בזיקת רכוש משפחתית והן בזיקה חברתית מוסרית לצורך קביעת החלוקות הראויות והנכונות. יתר על כן, דווקא ההכרה באפשרויות ההדרה המינימליות והמסוימות מאוד מחזקת את ההנחה של כיבוד הזיקה החברתית המוסרית.

הדבר מודגש עוד יותר לנוכח הפרדוקס, שאין להתעלם ממנו, המצוי בשיטה המודרנית. שיטות מודרניות סולדות – מי יותר ומי פחות – מסטייה מהנורמות המוסכמות ומחלוקות שאינן מתעדרות יורשים טבעיים, אם משום שנורמות אלה משקפות את רצונו המשוער של הפרט ואם משום שהן משקפות את ההסדר הראוי. עם זאת, בסופו של יום דווקא שיטות אלה, באמצעות מערכותיהן, מקיימות את רצונו הפרטי של המוריש בכל חלוקת רכוש שבחר, כולל השגיונית והמרועת ביותר כלפי יורשיו, וזאת בשם חופש הציווי. כלומר, אין כאן למעשה הגנה על הרצון, אלא אכיפה של הרצון הפרטי כנגד אותה סלידה. הדברים חדים יותר באותן שיטות שבהן חופש הציווי מוחלט, והאמירה הנורמטיבית לעניין החלוקות הראויות מסתכמת בהסדרים הדיספוזיטיביים בלבד. אין לשיטה המודרנית דרך אחרת להביע את סלידתה, ולמעשה קוצר־ידיה אינו מניח לה לטפל בבעיה בשלמות המתבקשת. כלומר, הכרה בחופש הציווי סותמת את הגולל על הניסיון למצוא פתרון נכון וראוי יותר בשיטה המודרנית, ואין זה משנה אם מדובר בשיטה עם שריון או בשיטה בלי שריון.

על זאת יש להוסיף כי רוב האנשים משתמשים בחופש הקניין כדי לקדם ערכים חברתיים באורח יעיל ונכון ברמה הפרטנית, ויש היגיון בסברה כי כך ינהגו אף כאשר יפעילו את חופש הציווי. כלומר, ההנחה היא שרוב המורשים ישתמשו בחופש הציווי באופן שיחזק אותם ערכים משפחתיים חברתיים וגם תועלתניים. ההדרה הלא-ראויה היא משנית דרך כלל. לכן דווקא הסדר המבקש לכוון את הפרט להימנעות מחלוקות שאינן בהתאם למוסכמות החברתיות, אבל להשאיר לו פתחי מילוט להדרות ראויות, צריך להיות מורכב יותר מהסדר כופה ברמה המשפטית. קרי, הסדרי שריון למיניהם יכול שיפגעו דווקא בהדרות ראויות ומוצדקות.

לכן ההסדר המותווה בהלכה הינו מתוחכם יותר מן ההסדר הקנייני, בין שמדובר בהסדרה של מניעת התערבות קניינית ובין שמדובר בהסדרת התערבות קניינית. ההסדר ההלכתי מכוון לנורמות חלוקה אשר מוסכמות דרך כלל, ומשקפות רצון משוער של הפרטים, בלא פגיעה בחופש הציווי, בלא התערבות קניינית, אבל באמצעים מוסריים "כופים" המשמשים להכוונת הפרט אל הנורמה הראויה בעיני ההלכה. זאת, באמצעות היסודות שתיארנו לעיל – באמצעות השימוש הנכון ביחס בין משפט למוסר ובאמצעות המתח האינהרנטי בין הלכות ירושה להלכות צדקה. אולם ההסדר המוסרי הכופה דואג אף הוא עצמו לשמר את היוצאים-מן-הכלל הן לצורכי ערכים מתועדפים אחרים והן לצורכי הדרות מוצדקות. רק כך ניתן להבין איך לצד הזרם המרכזי המבקש למנוע הדרה מצוי זרם, אף אם משני ביותר, אשר לא רק נוקט שפה רפה נגד הדרה, אלא אף רואה אותה בנסיבות מסוימות כדבר לא בלתי-קביל, עד כדי כך שהמהרי"ט מסתמך על קביעתו של הרשב"ג (אשר לא נפסקה להלכה) כי ראוי להדיר בן מתנכר.

ההלכה אינה אטומה לכל הדרה, אבל מבקשת למנוע בכל מחיר את ההדרות שאינן מוצדקות, והנחת-היסוד שלה היא שההדרות ככלל – ואולי אף כמעט תמיד – אינן מוצדקות. הדרות לטובת יורשים שאינם מתנכרים אינן ראויות, באשר הן משקפות פגיעה בזיקת הרכוש המשפחתי, ואולי אף פוגעות ללא צורך בסולידריות המשפחתית. עם זאת, ייתכן שיהיו הדרות בשם זיקה חברתית מוסרית, וההלכה מקבלת זאת ואף תומכת בכך.

לא זו אף זו, עוצמת ההתנגדות להדרות באה כמובן לידי ביטוי דווקא בהדרות של היורשים המתנכרים. כאן ההלכה שואפת לא רק להכוונה אל הנורמה שאין להדיר, אלא גם להכוונה נורמטיבית מסדר שני, מה שמגדיל את מורכבותו ותחכמו של ההסדר. הסדרי הורשה אמורים להשליך לאחור אל ניהול יחסי הורים-ילדים, אל ניהול יחסי מורשים-יורשים, אל ההתנהלות במערכת המשפחתית.¹³⁴ התוצאה הבדיעבדית אמורה להכווין נורמטיבית את ההתנהגות הלכתחילית. הדבר בא לידי ביטוי בשני אופנים. האופן המשני נוגע ביחס שבין צדקה להדרה. ההדרה לטובת צדקה – שהיא ערך חשוב בהלכה, ואף תורמת לעומד להיפרד מן העולם במותו בקניית זכויות בהתאם לאמונתו

134 בדומה למאמרם של חנוך דגן וקרולין ג' פרנץ "נכסי הנישואים" ספר מנשה שאוה 273 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006), המציג את הסדרי הגירושים כמשליכים לאחור על התנהלותה של המערכת הביין-זוגית מבחינה נורמטיבית.

הדתית – יכולה להינתן רק כאשר היא אינה בבחינת הדרה, אלא בבחינת נתינה טהורה לצדקה, אשר הייתה ניתנת בכל סיטואציה. הדבר מטיל נטל מוסרי כבד על המוריש: היא מכוונת את המוריש לדאוג למערכת יחסים נאותה עם יורשיו, שאם לא כן לא רק שיתקיים איסור מוסרי להדירם, אלא אפילו מזכויות של מעשה צדקה הוא לא ייחנה. הפרדוקס הנגלה לעין הוא שההלכה "מענישה" למעשה את המוריש, במונעה ממנו את תאוותו האחרונה "לנקום" ביורש מתנכר ולהדירו, או את מילוי הצורך הטבעי וההגיוני שלו להדיר יורש נלוו. הפרדוקס גדל לנוכח העובדה שהמוריש צריך לדאוג לכך שמערכת היחסים תהיה תקינה, שכן אם היא לא תהא תקינה, הצדקה אינה צדקה, אלא תאוה להדרה. יש כאן הכוונת התנהגות מתוחכמת מסדר שני – לא רק הכוונה לא להדיר, אלא גם הכוונה לכך שהמוריש, החפץ בצדקה כשרה, ישמר מערכת יחסים טובה עם יורשיו ויחנכם שיהיו ראויים ומתנהגים כשורה.

האופן הראשי של ההכוונה מסדר שני נוגע בכך שלרעיון ההדרה יש היבטים הגיוניים כאשר מדובר ביורשים מתנכרים. רעיון ההדרה אינו זר להלכה, ולמעשה אף לא למקרא. אכן, יש היגיון בכך שהפרט ישלוט ברכושו אף לעת מיתתו, וידיר את מי שרצונו בכך. חזיון ברור לרציונל העומד בבסיס רעיון ההדרה ניתן למצוא בספר קהלת: "ושנאתי אני את כל עמלי שאני עמל תחת השמש שאניחנו לאדם שיהיה אחרי."¹³⁵ וכי למה? האין זה רצונו הטבעי של הפרט כי ילדיו ייהנו מרכושו? האין הוא רוצה להוריש לאחר? האם רצונו לצרוך הכל בימי חייו ולא להעביר כלום לדור הבא?¹³⁶ מהו הרעיון העומד מאחורי גישה כה קיצונית? התשובה ניתנת בפסוק הבא בקהלת: "ומי יודע החכם יהיה או סכל וישלט בכל עמלי שעמלתי ושחכמתי תחת השמש, גם זה הבל." כלומר, מעשיו של היורש יכול שיהיו סכלים, יכול שיהיו רעים, וכאשר עמלו של המוריש מצוי בידי היורש, המוריש שותף באופן מסוים למעשים אלה, וברי כי רצונו הטבעי הוא לא להיות שותף למעשים אלה. ודוק, אי-הרצון האמור מוליך את קהלת למסקנה עגומה שהוא אינו מוכן להוריש אפילו בתנאים של אי-ודאות לגבי מעשיו של היורש, שהרי הוא טוען כי "מי יודע החכם יהיה או סכל."¹³⁷ המצב המתואר בקהלת הינו טרגי באופיו ובעוצמתו, שכן לעולם לא יוכל המוריש לדעת אם ילדו יהיה ראוי, אם יורשו יעשה שימוש נכון ברכוש המורש. כיצד ניתן למנוע הגעה למצב זה?

למעשה, הרוצה למנוע התהוות מצב של יורשים מתנכרים או אף היווצרות ספקות לגבי יחסם של יורשים או חששות שהם ינצלו את הרכוש המורש לדברים שאינם ראויים – עליו החובה למנוע זאת. בכך יש הכוונה נורמטיבית מסדר שני, המבקשת להביע

135 קהלת ב 18.

136 לגבי העברות בין-דוריות ממניעים אלטרואיסטיים, אגואיסטיים ואף ללא מניע כלל (פשוט עקב אי-צריכת הכל בתקופת הפנסיה) ראו המאמרים הבאים: Andrew B. Abel, *Precautionary Saving and Accidental Bequests*, 75 AM. ECON. REV. 777 (1985); Donald Cox, *Motive for Private Income Transfers*, 95 J. POL. ECON. 508 (1987); Laurence J. Kotlikoff & Avia Spivak, *The Family as an Incomplete Annuities Market*, 89 J. POL. ECON. 372 (1981).

137 רש"י, קהלת ב 18, ד"ה "גם זה הבל": "גם זה אחד מן ההבלים שנבראו בעולם, שהחכם יגע והכסיל יורשו".

עמדה לגבי האופן שבו אמורות להתנהל המערכות המשפחתיות במישור היחסים ככלל ובהקשר של נכסים ורכוש בפרט. מובעת כאן עמדה המטילה נטל חינוכי מוסרי על האב המוריש כלפי הדור הבא, דור היורשים. תוצאה של יורשים הראויים להדרה מלמדת בדיעבד על כשל עמוק לכתחילה של המוריש. נקודת ההדרה משליכה לאחור על טיבה ואופייה של מערכת היחסים המשפחתית.¹³⁸

זאת ועוד, אי־ההדרה במערכת יחסים רעועה היא אולי קרש־ההצלה האחרון לאותה מערכת יחסים. הדרה רק תגדיל את הריחוק והניכור, בעוד אי־ההדרה, בפרט במצב שבו מתבקשת אולי הדרה, עשויה לקרב בין הצדדים.

אי־אפשר לא להדגיש הבדל נוסף בין תפיסת דיני הירושה והסדרי ההדרה בדין המודרני לבין התפיסה בדין העברי, דווקא מתוך תפיסת הקניין הפרטי. בדין המודרני, שיטות משפט המבקשות למנוע הדרה מוחלטת עושות זאת לעת מות המוריש באמצעות השריף. כאשר המוריש מדיר, הוא אינו נושא בכל עלות, שהרי כבר מת. הדין העברי, לעומת זאת, מטיל עלויות על המוריש המבקש להדיר עוד בחייו – עלויות ארגוניות, נפשיות, חברתיות וכדומה. כך אנו מוצאים רטוריקות חריפות נגדו, תוכחות, תמריצים שליליים לשחקנים אשר מייקרים מן הסתם עריכת צוואות מדירות ועוד. הדין העברי תופס את הקניין הפרטי בצורה ליברלית קלסית: בעל הקניין הפרטי הוא הנושא באחריות למעשיו. המנגנונים המיועדים למנוע את ההדרה מאלצים למעשה את המדיר להפנים את עלות ההדרה. במצב זה יבחר המדיר בהדרה רק אם יגיע למסקנה כי התועלת בהדרה שווה לו יותר מסך העלויות, הכוללות עלויות ארגוניות (חיפוש עדים, סופרים וכדומה), עלויות חברתיות (שכן ידוע לכל כי הוכיחו אותו חכמים ובכלל־זאת סירב) ועלויות מוסריות (אחרי תמריצים שליליים כה רבים יש להניח כי ההדרה כרוכה בעלות נפשית מוסרית). האפשרות להדיר בצורה מוחלטת לאחר המוות מבטאת שליטה מהקבר על־ידי המוריש בלא נשיאה בכל עלות. אי־אפשר לא לראות במהלך כזה תמרוץ חזק ביותר להתנהגות אסטרטגית שלילית.¹³⁹ ההלכה מבקשת לייצר עלות בלתי־אפשרית או לפחות דרמטית באופייה, באופן שהתמריץ להתנהגות האסטרטגית השלילית ימחק או לפחות יפחת.

תרומה נוספת גלומה ב"ציבוריות" של חלק מן המנגנונים המאלצים את המדיר להפנים את עלויות ההדרה. פומביות זו עשויה להביא לידי כך שאף המודרים ידעו מהדרתם, והדבר יתמרצם אולי לפעול לחיזוק הסולידריות המשפחתית על־מנת למנוע את ההדרה. אם המודרים כה רחוקים מן המדיר, קרי התנכרותם רבה עד כדי כך שאפילו מנגנוני ההפנמה של העלויות לא חשפו לפניהם את ההדרה, אזי טוב אולי שלבסוף הדירו אותם. במובן זה ההסדר המטיל עלויות על בעל הקניין הפרטי מוצדק אף יותר,

138 כשם שגירויים משליכים לאחור לגבי חיי הנישואים.

139 באינדוקציה לאחור ברי כי כל שחקן יבחר התנהגות אסטרטגית משלימה, קרי שלילית, ולכן ברי כי מערכת היחסים בין המוריש לבין היורש תהא שלילית מיום היוולדה. שוב, בדומה לניתוחם של דגן ופרנץ לגבי הסדרי גירויים וההתנהגויות האסטרטגיות הקודמות זו לזו אבל מושלכות מן ההתנהגות האחרונה בעת הסדר הגירויים.

באשר הוא משרת מטרה חברתית ראויה לדעת ההלכה. נוסף על כך הוא משיג מטרה תרבותית שההלכה מעוניינת בה בלי פגיעה בקניין הפרטי.

באופן האמור ההלכה מחזקת את הנורמה החברתית הראויה מבלי לקבוע הסדרים קוגנטיים ובר-בזמן מבלי להסתמך על ההסדרים הדיספוזיטיביים בלבד. מחד גיסא, במסגרת חופש הציווי, המוריש אינו מנוע מלהוריש למי שהוא רוצה בהתאם לשגינותיו. הוא רשאי להפלות בין יורשיו, להוריש לזרים במקום לקרוביו, ואף להוריש באופן מרושע, קרי, באופן העושה עוול ליורשים המיטיבים עימו. ההלכה אינה מונעת כל זאת באופן קנייני. מאידך גיסא, ההלכה מתווה הסדר המבקש לכוון את הפרט לכך שהאמור לעיל לא יתרחש. ההסדר רלוונטי למשפחה בכללותה, ולא רק למערכת היחסים עם היורשים הטבעיים הקרובים – בני המוריש. כמו-כן, ההלכה מכוונת לכלל הרוש, ולא רק לחלקו. ההלכה סולדת מן ההדרה ומנסה למונעה, אך אינה חוסמת באופן הרמטי את אפשרויות ההדרה הן לטובת ערכים מתועדפים והן במצבי-קצה, כאשר הדבר נדרש. עם זאת, ברי לכל – לחברה בכללותה, ליורשים ובמיוחד למורשים – כי מצבי-קצה אלה נדירים.

לפני סיום

אי-אפשר לסיים מבלי להתייחס להשלכה אפשרית מדיונונו לדין המודרני. נדגיש כבר בפתח הדברים כי השלכה כאמור אינה אפשרית, בוודאי לא במלואה, שכן דין מודרני אינו יכול לספק הסדר כפי שהותווה על-ידי הדין העברי, קרי, הסדר אשר מבקש לאחוז את המקל בשני קצותיו: מחד גיסא, לא להתערב התערבות קניינית בהדרת יורשים, ומאידך גיסא, לייצר הסדר מוסרי "כופה" המבקש להכווין התנהגות לאי-הדרה או למצער להדרה רק בנסיבות מסוימות.

נקודת הנחה בדיונונו היא כי אין אנו רוצים לנקוט התערבות קניינית. נקודת הנחה חזקה זו, שאנו שותפים לה, שוללת באופן מיידי כל אפשרות של שריון או של התערבות באמצעות דוקטרינות אחרות שיבקשו לקיים התערבות קניינית כזו או אחרת. אין פירוש הדבר שהמחזיקים בדעה זו שוללים את הערכים שמוסד השריון מבקש לבצר, קרי, סולידריות משפחתית, ציפיות יורשים וכדומה. נקודת הנחה זו מכילה בתוכה את ההבנה כי ייתכנו מצבים אשר הדעת אינה סובלתם, אשר בעליל אינם מוסריים, אשר סוטים מנורמות חברתיות מקובלות ורצויות, ובכל-זאת אין אנו מעוניינים בהתערבות קניינית ובפגיעה בחופש הציווי ובחופש הקניין. מבלי להיכנס לדיון הנורמטיבי בסוגיה זו, נציין כי כך אכן הדין הישראלי מניח. כך, למשל, מסכם זאת ברק בספרו:

"עומדים הרצון והצורך לכבד את רצון המת. צורך זה הוא חלק מהמורשת שלנו. הוא ביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, המעוגנת בכבודו של האדם (ראו חוק

יסוד: כבוד האדם וחירותו). הוא נגזר מזכות הקניין הנתונה למוריש לעשות בקניינו כרצונו...¹⁴⁰

הדבר עולה בצורה חדה וברורה בעניין **כלפה נ' גולד**,¹⁴¹ אשר עובדותיו הקשות, ובכלל זה ההדרה ומטרותיה האכזריות, מלמדות אותנו רבות. לבית־המשפט ברי (וכך אף לעורך־הדין שערך את הצוואה ואשר ניסה להניא את המוריש מעשיית צוואה מדירה) כי התוצאה שקיום הצוואה מוליך אליה אינה נכונה ואינה ראויה מבחינה מוסרית, ובית־המשפט מציין כי "במהלך המשפט ניסו הכל לסייע למציאת פתרון שיראה פחות בלתי צודק". אולם בית־המשפט מדגיש, לצד הערך של חופש הקניין, אף את כיבוד רצון המת, גם אם רצון זה אינו נראה ראוי ורצוי:

"כל מאבק סביב צוואתו של אדם מעלה בצדו את שאלת 'כבוד המת', השלוב בעיקרון הכללי של 'כבוד האדם', אשר היה לעקרון־על במשפטנו עם קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפסיקת בית־המשפט זה לכל אורכה, לפני קבלת חוק היסוד ולאחריה, שזורה כחוט השני העמדה, שלפיה בכל הנוגע לצוואות מוענקת חשיבות מיוחדת לרצונו של הנפטר, זאת על־פי הכלל הגדול הנקוט בידינו כי 'מצווה לקיים דברי המת'..."¹⁴²

זאת ועוד, אף אם נסבור כי ייתכנו הסדרים ותמריצים משפטיים אשר יכולים לסייע בבניית הסדר דומה לזה שבדין העברי – למשל, תמריצים משפטיים דוגמת דרישה צורנית קפדנית בצוואה מדירה אשר אי־קיומה יוביל לביטול הצוואה או לפחות להיפוך נטלי הוכחה – יש לומר על כך כמה דברים: ראשית, דרישה כזו, אף בהסדר המותווה בדין העברי, משקפת אך אחד מבין הניואנסים הרבים שבהסדר המורכב של הדין העברי. שנית, לטעמנו, דרישה כזו (בוודאי אם היא תביא לידי ביטול צוואה) הינה פגיעה בחופש הציווי – גם אם מסוימת – ואין כל צורך בה לנוכח הדרישה הצורנית הקפדנית הנדרשת בעשיית כל צוואה. למעשה, דרישה כזו תשקף ראייה צרה, כפי שנטען לגבי הפסיקה האמריקאית בדרך שימושה בדוקטרינות שונות בבטלות צוואות. לא זו אף זו, וזה עיקר, אין הכרח שהמשפט מחזק את הנורמה החברתית הרצויה (להזכירנו שוב, הנורמה אינה אי־ההדרה כשלעצמה, אלא הערכים הטמונים במוסד המבקש למנוע הדרות – ערכי הסולידריות המשפחתית וציפיות היורשים), וייתכן שהוא אף דוחק את הנורמה החברתית הרצויה (מתן מאולץ עקב התערבות קניינית של ההסדר שבדין אינו משקף בהכרח את הערכים, ואולי אף להפך – מרושש אותם). לא זה המקום להרחיב בסוגיה זו, אולם אף אם נצטמצם (כדי לא להיכנס למחלוקת האמורה) לקביעה

140 ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 58.

141 ע"א 724/87 **כלפה (גולד) נ' גולד**, פ"ד מח(1) 22 (1993) (להלן: עניין **כלפה**).

142 שם, פס' 5 לפסק־הדין.

כי אין זה הכרח שהמשפט מחזק את הנורמה, אפילו שימוש בהסדרים משפטיים מתוך כוונה לחזק נורמה חברתית לא יצליח בהכרח לעשות זאת.

סוף-דבר, ואף בלי קשר להכרעה במחלוקת האמורה, אף אם נטען ובצדק כי המשפט הינו אחד הגורמים המעצבים את החברה, דווקא בסוגיית ההדרה קצרה ידו של המשפט מלכוון לנורמה חברתית ראויה. ודוק: אין כוונתנו רק לנורמה ה"צרה" הבאה לידי ביטוי בעקרון אי-ההדרה – שאף שם ספק לנו מה כוחו של המשפט בהכוונת ההתנהגות הנכונה, מהגם שיהיו בוודאי מי שיחלקו על הנורמטיביות של הקביעה בדבר אי-ההדרה¹⁴³ – אלא הרבה מעבר לכך. שכפי שציינו, ההסדר במשפט העברי מכוון לנורמה "רחבה" הרבה יותר, המשליכה בדיעבד על הנורמה החברתית הראויה של יחסי הורים-ילדים, מורשים-יורשים, לאורך כל ימי חייהם – שימור יחסים תקינים וראויים, טובים ואלטרואיסטיים. המשפט אינו יכול ואינו צריך להיות שחקן רלוונטי להכוונת נורמה זו (בוודאי לא לבדו). כלומר, אף אילו ביקשנו לכוון לנורמה חברתית של אי-ההדרה באמצעות שריון וכדומה, והיינו מוכנים לשאת בעלות הפגיעה בחופש הציווי ובחופש הקניין בשל התועלת הגלומה בהסדר קוגנטי המונע הדרה, לא הייתה בכך כל הכוונה לנורמה הרחבה יותר. הפרט אומנם לא ידיר, אך בגין ההסדר הקוגנטי, ולא בגין מערכת יחסים ראויה עם ילדיו ובני משפחתו.

אולי לכך כיוון בית-המשפט בעניין **כלפה** באומרו כי "במקרים רבים ההדרה היא תוצאה מסובכת של מערכת יחסים עכורה בין הורה לילדו".¹⁴⁴ ואולי אף יותר מכך, ההדרה לא רק לא-רצויה כשלעצמה, ולא רק מעידה על מערכות יחסים עכורות בעבר, אלא גם ממשיכה להזין מערכות יחסים שליליות עתידיות.¹⁴⁵

סיכום

במאמר זה ביקשנו לבחון את יחסה וגישתה של ההלכה לחופש הציווי השמור לפרט, הבא לידי ביטוי באפשרות הדרה מלאה או חלקית של יורשיו הטבעיים. המוריש רשאי להוריש למי שהוא רוצה בהתאם לשגיונותיו – הוא רשאי להפלות בין יורשיו, להוריש לזרים במקום לקרוביו, ואף להוריש באופן מרושע, קרי, באופן העושה עוול ליורשים

143 יצוין כי גם אם ניתן לכפור בנורמטיביות של הנורמה ה"צרה", ויש אולי ביטוי לכך בספרות האמריקאית המאזכרת לעיל בה"ש 37-40, נדמה כי יקשה לכפור בנורמטיביות של הנורמה ה"רחבה".

144 עניין **כלפה**, לעיל ה"ש 141, פס' 17 לפסק-הדין.

145 עניין **כלפה**, לעיל ה"ש 141, בעמ' 26: "הערכתנו הייתה ונשארה, שפתרון הסכסוך על דרך של פשרה ייטיב עם השתיים מעל ומעבר להיבט הכלכלי, אשר – עם כל חשיבותו – נראה בעינינו מרכזי פחות מהמטען הרגשי האופף סכסוך זה... קיווינו שנוכל להימנע מהכרעה לכאן או לכאן, וכי הזמן ייטיב עם האחיות ויביא להבנה ולפתרון מחוץ לכותלי בית המשפט. אולם דומה שתקותנו נכזבה, ואנו נאלצים להודות בקוצר ידינו ובמגבלות עשיית המשפט."

המיטיבים עימו. כפי שנוכחנו, שיטות משפט אחדות נוקטות חופש ציווי מוחלט, המאפשר למוריש לנהוג כאמור, כך שאפילו הסדרי מזונות מן העיזבון אינם פוגעים באופן ממשי בחופש ציווי זה. שיטות משפט אחרות מבקשות, באמצעות הסדרים קוגנטיים של שריון חלק מהרכוש, לכוון למניעת התוצאות האמורות, ולמנוע הורשה מלאה למי שליבו של המוריש חפץ. שיטות שונות מנסות למנוע הורשות מדירות, ובפרט הורשות מפלות, באמצעות שימוש בדוקטרינות שונות מדיני הירושה המביאות לידי בטלותן של צוואות מדירות, ובכך משיגות אותה תוצאה שמוסד השריון מבקש להשיג אך מבלי להשתמש במוסד השריון.

ההסדר המותווה בהלכה מבקש לכוון את הפרט אל הנורמה החברתית הראויה. נורמה זו סולדת ככלל מרעיון ההדרה, ובפרט מרעיון הפליה, אך אינה פוסלת לחלוטין אפשרות של הורשה מלבר התא המשפחתי. ההכוונה לנורמה הראויה אינה נעשית באמצעות התערבות קניינית או הסדר קוגנטי אחר. ההגנה על אי-ההדרה נעשית באמצעים שונים, החל ברטוריקות חריפות, המשך באמצעים ובתמריצים מוסריים, וכלה בתמריצים משפטיים – והכל תוך הימנעות ברורה מהתערבות קניינית, כך שחופש הציווי ברמה המשפטית אינו נפגע למעשה.

ניתן לזהות בהלכה שלושה רבדים של התייחסויות להדרת יורשים טבעיים: הרובד האחד מבקש להביע אי-נחת מהדרה, אולם אינו "מתרגש" יתר על המידה כאשר זו מתרחשת, ובהתאם לכלל אי-ההתערבות הקניינית מקיים את הצוואה, אם גם תוך הבעת אי-נחת בשפה רפה; הרובד השני רואה בהדרה אפשרות אשר יכול שתתרחש, בין באמצעות מנגנונים שמקילים את ההדרה, דוגמת הורשה מסוימת ליורשים הטבעיים, ובין תוך הסתייעות בערכים אחרים הצועדים עם ההדרה בד בכד, דוגמת רעיון הצדקה; והרובד השלישי הינו העיקש ביותר בהתנגדותו להדרה, ומייצר אמצעים מוסריים, תמריצים מוסריים ואף תמריצים משפטיים למניעת אפשרות ההדרה.

רבדים אלה מבקשים לייצר הסדר אשר סולד ככלל מן ההדרה, הגם שהוא מבין כי לעיתים יש לקבלה, בין מפאת נימוקים ראויים התומכים ביורשים הבאים במקום המודרים, ובין מפאת נימוקים ראויים, במקרים קיצוניים, נגד המודרים.

הרובד השלישי הוא המייצר כאמור את הסלידה רבתי מרעיון ההדרה, אולם גם הוא אינו מגיע להתערבות קניינית. בלא הרבדים הראשון והשני ההסדר אינו מושלם, כאשר הם מגדירים את אפשרות ההדרה בנסיבות מסוימות וכן את האפשרות של הדרה עם תרעומת בשפה רפה.

ההכוונה לנורמה הראויה בעיני ההלכה נעשית על-ידי בניית יחס נכון בין משפט למוסר ועל-ידי הכלת המתחים השונים בסוגיה בתוך מבנה ההסדר עצמו. הדגשת נרטיב אי-הפליה כנרטיב הממלא תפקיד בתכליתם של הסדרי הורשה והדרה תואם את היחס שההלכה מבקשת ליצור בין הורשה, הדרה וצדקה.

ההסדר מכיר בזיקות משפחתיות ובזיקות חברתיות מוסריות כקווים מנחים להדרות מוצדקות מוגדרות וקטגוריות. ההצדקות הנורמטיביות להדרות אלה רק מחזקות את הנרטיב המרכזי, שהינו סלידה קשה מהדרה.

הסדרי ההורשה וההדרה מבקשים גם להביא לידי הָכוונה נורמטיבית מסדר שני

במהלך כולו. התוצאה הבדיעבדית היוצרת אצל המוריש רצון טבעי להדיר יורשים תחילתה בכשל בראשית הדרך. מניעת התוצאה של הדרת יורשים טבעיים או תחושת חובה מוסרית לא להדיר על-אף הרצון הטבעי להדיר הינן בידי המוריש. כך ההלכה מכוונת מהתוצאה הבדיעבדית הלא-רצויה אל המהלכים המשפחתיים הלכתחיליים הרצויים.

ההסדרים בדין העברי מבקשים לאלץ את המדיר להפנים את עלות ההדרה. עלות זו הינה לעיתים בלתי-אפשרית כמעט להכלה, ולעיתים דרמטית באופייה, ולכן אם המוריש בוחר בהדרה, וממילא בעלות המתלווה אליה, אזי תועלתו כנראה רבה יותר. מנגנוני ההפנמה מבטאים יחס נכון לקניין הפרטי. למוריש שמורה הזכות לעשות בקניינו ככל העולה על רוחו ולהוריש כפי רצונו, רע ומרושע ככל שיהיה. עלות ההורשה המדירה "נופלת" על המדיר, והדין אינו מבקש להחזיר את הגלגל לאחור באמצעות התערבות קניינית.

כך יוצא שההלכה מחזקת את הנורמה הראויה לדעתה, המשקפת מוסכמות חברתיות מקובלות ורצון משוער של הפרטים, תוך הנחה כי גם הם רואים בכך דבר נכון וראוי. במקביל היא מחזקת את הסולידריות המשפחתית, וכל זאת בלא הסדרים קונגטיים ואף בלא הסדרים דיספוזיטיביים. המוריש רשאי להוריש בהתאם לשגיונותיו – להפלות בין יורשיו, להדיר יורשים טבעיים, בין אם הם ראויים לכך ובין אם לאו, ואף להוריש בצורה מרושעת העושה עוול ליורשיו. אולם ההכוונה הקיימת בהלכה אמורה למנוע זאת, למעט היוצאים-מן-הכלל.

ההלכה מטילה על המוריש לא רק את עלות ההדרה בגין היותו בעל הקניין, אלא אף אחריות ליצירת מערכות יחסים שאינן רעועות, ומבקשת ממנו לשאת בעלות של מניעת סכסוכים ומריבות אף לאחר מותו. כך יוצא שבעוד הדין המודרני אינו מטיל כל עלות על המוריש המבקש להוריש בהתאם לשגיונותיו, ההלכה לא רק מכוונת לכך שההורשה לא תהא כזו, אלא גם מטילה על המוריש את האחריות למנוע את הסיבות שעלולות להוביל להורשה כזו, ואם הסיבות כבר קיימות, היא מבקשת ממנו להתגבר על רצונו הטבעי, וכך, בעצם ההורשה כנגד הרצון הטבעי, אולי יאיין את הסיבות.

