

חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות

שלי קרייצר-לוי*

המאמר עוסק במתח הבסיסי הטמון בדיני הירושה בין הגנה על חופש הציווי לבין הגנה על יורשים מסוימים, לרוב (אך לא בהכרח) בני משפחה. טענתו המרכזית היא כי בניגוד לתפיסה המקובלת במשפט הישראלי, הרואה את חופש הציווי כאינטרס המרכזי בדיני הירושה, ירושה היא למעשה מוסד דו-צדדי המקדם שני אינטרסים משלימים: האינטרס של המורשה בהמשכיות של האני לאחר מותה באמצעות שליטה בקניינה, והאינטרס של הקרובים לה בחיבור אל שורשיהם, אל העבר שלהם. המשכיות היא אם כן ערך מרכזי בדיני הירושה, המבאר באופן שלם ומלא את המתח הבסיסי הטמון בהם. לתשתית תיאורטית זו יש כמה השלכות נורמטיביות. המאמר עוסק בשלוש מהן: הגנה על חופש הציווי; מיתון תנאים בצוואות ואיסור הורשה נצחית; והגנה על האינטרסים של מקבלים, במקרים מיוחדים, באמצעות ביקורת שיפוטית על צוואות.

מבוא

פרק א: המתח הבסיסי בדיני הירושה: בין המנוחה לקרוביה

פרק ב: ירושה במשפט הישראלי

פרק ג: קניין והמשכיות

1. המשכיות עבור פרטים

2. קניין, ירושה והמשכיות

3. קניין והמשכיות

(א) המעניקה – המשכיות לאחר המוות

(ב) מקבלי הירושה – הצורך בשורשים

(ג) ירושה כפרויקט משותף

* מרצה בכירה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים. אני מודה למשתתפים בסדנה, Body and Markets, Family and State: Setting New Agendas, ובמיוחד לאיילת בלכר-פריגת, לארו אלוני, ללורנצו זוקה, לשחר ליפשיץ, לפמלה לאופר-יוקלס ולרות זפרן על הערות מצוינות לטייטה קודמת של מאמר זה.

פרק ד : יישום משפטי

1. חופש הציווי

2. הורשה שושלתית ותנאים בצוואות

3. הגנה על זכויות המקבלים

סיכום

מבוא

"The way to be immortal (I mean not to die at all) is to have me for your heir. I recommend you to put me in your will and you will see that (as long as I live at least) you will never even catch cold."¹

דיני הירושה הם מוסד משפטי מורכב מבחינה נורמטיבית ומבחינה בין-אישית. אומנם, התפיסה המקובלת היא כי הערך המרכזי של דינים אלה הוא רצון המורשה,² אך עיון מעמיק בספרות, בדין ובפסיקה מעלה התנגשות ערכית בין רצון המורשה לבין הצורך להגן על האנשים הקרובים לה.³ המתח בין רצון המחויבות בדיני ירושה מלווה שיטות משפט רבות, וכל שיטת משפט בוחרת באיזון שונה על פני רצף האפשרויות העקרוניות הללו, החל בחופש ציווי נרחב ועד קביעת ירושה כפויה לטובת בני משפחה.⁴ עם זאת, השיח התיאורטי בירושה אינו מצליח לספק הסבר שלם למתח זה. רוב הכותבים נוהגים להצדיק הגנה על חופש הציווי או לחלופין לתמוך בכללי הגנה על בני משפחה.⁵ אולם תיאוריה מקיפה המסבירה את קיומם של שני האינטרסים המתנגשים, כמו גם את המתח עצמו, חסרה.

מטרת המאמר היא להציע תיאוריה לגבי המתח הבסיסי הטמון במוסד הירושה המערבי. טענתו המרכזית היא כי בניגוד לתפיסה המקובלת במשפט הישראלי, ירושה היא מוסד דו-צדדי: הן למורשה והן לאנשים הקרובים לה יש אינטרס שראוי להגנה במשפט. המאמר טוען כי המשכיות של האני היא ערך מרכזי בדיני הירושה, וכי פיתוח של ערך זה – למען המורשה ולמען האנשים הקרובים לה – מבאר בצורה הטובה ביותר את המתח הבסיסי הטמון בירושה, ומעניק כלים לבחינה נורמטיבית של הסדרים

1. LORD BYRON, A SELF PORTRAIT: LETTERS AND DIARIES 96 (Peter Quennell ed., 1950)

2. שם, פרק ג.

3. שם.

4. ראו להלן ה"ש 30–32 והטקסט שלידן.

5. ראו להלן ה"ש 12–27 והטקסט שלידן.

משפטיים. הבנת הירושה כמוסד המקדם המשכיות דר־מוקדית מכירה בשני אינטרסים התלויים זה בזה: האינטרס של המוריש לתבוע נוכחות בעולם לאחר מותו באמצעות שליטה בקניינו; והאינטרס של הקרובים לו להתחבר לשורשים שלהם, למקום שממנו באו, למשפחה שלהם כפי שהם מבינים אותה.

הציטוט שבראש המאמר, על אף הלשון הסרקסטית שהוא נוקט, אוֹצֵר בחובו אותה מורכבות: ההבטחה כי ירושה יוצרת קשר בין הנותן לבין המקבל, וכי קשר זה יכול להעניק חיי נצח או למצער להנציח את המת בזכרונם של החיים. בה בעת הציטוט הוא הומוריסטי, מכיוון שיצירת המשכיות המבוססת על העברת רכוש נתפסת כנחותה בהשוואה לצורות המשכיות אחרות. בהמשך לכך, הטענה במאמר אינה מהותנית, ואין הכוונה שהמשכיות של האני אינה אפשרית ללא ירושה. ניתן בהחלט לקיים שיטת משפט שבה קניין אינו מהווה סמל של המשכיות לאחר המוות. הניתוח במאמר יוצא מנקודת הנחה שמוסד הירושה והמשמעות הסמלית שלו תלויים בהקשר ובנסיבות. עם זאת, בהינתן המוסד המשפטי של ירושה כפי שהוא מובנה כיום, דיון בהמשכיות ועיסוק בהיבטיה הדר־צדדיים חיוניים להבנת הדין ולשיפורו הנורמטיבי.

דיני הירושה הם תחום עשיר ומורכב, ומאמר אחד אינו יכול לדון בהשלכות של ערך המשכיות, על כלל היבטיה. בשל כך המאמר מתמקד בדיני צוואות, ובאופן ספציפי בחופש לצוות כמרכז הכובד של הטיעון. הצוואה היא כלי משפטי שנועד להגשים את רצון המוריש ולהגן על בחירותיה, והיא מדגימה באופן המובהק ביותר את הטענה בדבר כוחה של המשכיות וגבולותיה. המאמר, אם כן, לא ידון בפירוט בכללי הירושה על פי דין, המשמשים אף הם אפיק להמשכיות. בהמשך לדיון התיאורטי, המאמר מציג עמדה נורמטיבית. המאמר מציג לגבש מגבלות שיחולו על חופש הציווי, ומצביע על דרך אפשרית לקידום מטרה זו: קביעת עילה חדשה של פסלות צוואה, אשר תאפשר לבית המשפט לפסול צוואות הפוגעות ביסודותיה של המשכיות לאחר המוות.

ההבנה של ירושה כמוסד דר־צדדי מעוררת שאלות אחדות הקשורות לדיני המשפחה. מי הם המקבלים הראויים להגנה משפטית? האם מדובר ברשימה הסגורה של קרובי המשפחה, עם העדפה חזקה למשפחה הגרעינית?⁶ מחשבה מחודשת על דיני הירושה מהווה הזדמנות לעסוק במודלים של המשכיות ובהגדרות חדשות של קרבה, כאלה החורגות מן הקרבה המשפחתית הפורמלית. המאמר קורא אם כן לעיסוק סוציולוגי ונורמטיבי בגבולותיו של מושג המשכיות ובהשלכותיו על הגדרת המשפחה. המאמר נמשך באופן הבא: פרק א מציג את הבעיה הטמונה בתפיסות המקובלות של הורשה כמקדמת את חירותה של המוריש. פרק ב מנתח את דיני הירושה בישראל, חושף את המתחים הטמונים בדין, ומעניק ביטוי משפטי לקשיים שהוצגו בפרק הקודם. פרק ג מציג את הטיעון התיאורטי. הוא מגדיר את המושג "המשכיות", ומסביר את תפקידו המשפטי ואת המשמעות הקניינית של ערך זה. נוסף על כך הפרק מתאר את

Bodil Selmer, *Wills and Inheritance in Danish Blended Families* (lecture and paper 6 delivered at the Oñati workshop on Socio-Legal Perspectives on Wills and Inheritance, 26.4.2013) (on file with the author)

האופן שבו המשכיות קניינית פועלת במוסד הירושה, וטוען לטובת מודל נורמטיבי ראוי של הורשה. פרק ד עוסק בהשלכות המשפטיות של התיאוריה, ומתמקד בשלוש מהן: (1) הגנה על חופש הציווי; (2) מיתון תנאים בצוואות ואיסור הורשה נצחית; (3) הגנה על האינטרסים של מקבלים. הפרק האחרון מסכם.

פרק א: המתח הבסיסי בדיני הירושה: בין המנוחה לקרובה

בטרם נפנה לשאלה התיאורטית שבמרכזו של המאמר, חשוב להבהיר את הבעיה שהמאמר נדרש לה. סיפורה של פגי ממיזורי, ארצות הברית, המבוסס על עובדות פסק דין משנות השבעים של המאה העשרים, מדגים את הקושי.⁷ פגי הייתה בתם היחידה של ג'ון ואלה בטס. כאשר הזדקנו זוג ההורים ובריאותם התדרדרה, החל האב לשכוח דברים, האם חלתה בסרטן השד, ופגי עברה לגור לציידים. היא התגוררה בבית בבעלות הוריה עם בעלה וילדתה, בעבור שכר דירה מופחת, ויחד עם בעלה טיפלה בהוריה במסירות במשך שנים. לאחר מות אביה המשיכה פגי לטפל באמה. בית המשפט מתאר את האם, אלה, כאישה קשה ושתלטנית. בסופו של דבר נוצר קרע בין האם לבת. הן רבו בנוגע לשאלה מתי ללכת לקניות: אלה דרשה מפגי לקחתה לחנות באופן מיידי, אך פגי הייתה טרודה בענייניה הבריאותיים של בתה. כתוצאה מן הריב נפגמה מערכת היחסים בין השתיים, אך פגי המשיכה לבקר את אמה ולדאוג לרווחתה. במקביל, גאי, אחיה הצעיר של אלה, נהיה מעורב מאוד בחיי האם ועודד את הסכסוך. שנה לאחר פרוץ הריב ניסחה אלה צוואה המנשלת לחלוטין את פגי ומורישה את כלל רכושה לאחיה גאי.

חשבו לרגע על סיפורה של פגי. לצורך הדיון נניח כי גאי לא השפיע בצורה בלתי הוגנת על האם, וכי רצונה היה חופשי. הצוואה שערכה האם מעוררת אינטואיציות סותרות: מצד אחד, אנחנו נוטים לחשוב כי יש לכבד את רצונה של האם, גם אם הוא אינו הוגן; מצד אחר, אנחנו חשים שהצוואה אינה צודקת או שהיא בעייתית מבחינה נורמטיבית, שכן נראה לנו כי נישול בת שהייתה מסורה להוריה במשך שנים, ולא נטשה את מחויבותיה גם לאחר הריב שהתגלע בינה לבין אמה, סותר את ההבנה שלנו בנוגע למוסד הירושה.

הבה נתחקה אחר האינטואיציה הרואה את הצוואה של אלה כבעייתית מבחינה נורמטיבית. מה מטריד בצוואת האם? האפשרות הראשונה שעולה היא שהיא למעשה חוזה משתמע בין הצדדים: פגי תטפל בהוריה לעת זקנה, ותזכה לרשת אותם לאחר מותם. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם התיאוריה של מלני לזלי (Melanie Leslie), שלפיה ירושה היא הגמול האחרון במערכת יחסים ארוכת טווח המבוססת על הדדיות. אנשים

7 Matthews v. Turner, 581 S.W.2d 466 (Mo. App. S.D. 1979).

מטפלים במוריש ומצפים לירושה בתמורה.⁸ אולם התמונה העולה מהיחסים של פגי עם הוריה מורכבת יותר. פגי גרה לצד הוריה בבית שהיה בבעלותם, ושילמה בעבורו שכר דירה מופחת. ניתן להניח כי שני הצדדים הפיקו ממערכת היחסים מבחינה כלכלית ומבחינה רגשית. זאת ועוד, גם אם נמתח מעט את עובדות המקרה ונניח כי פגי לא שילמה שכר דירה כלל, הצוואה מעוררת קושי. אומנם הטיפול הוא חלק חשוב מן הסיפור, אך הבעייתיות אינה נעוצה בחוסר התמורה כשלעצמה. כדי להסביר טענה זו, חשבו על סיפור שונה מעט: הניחו כי פגי הייתה בת מסורה שביקרה את הוריה באופן תכוף, שוחחה איתם על בסיס יומיומי ודאגה לרווחתם, אך לא ביצעה כל טיפול פיזי. נראה כי גם במקרה זה הייתה הצוואה מעוררת אינטואיציות סותרות, אף אם במידה פחותה.

הסבר שני לאינטואיציות הסותרות נעוץ בתפיסה כי להורים יש חובות כלפי ילדיהם גם כאשר אלה כבר בגרו. הורה המנשל את ילדו או ילדתו חוטא לתפיסה זו.⁹ אולם גם תפיסה שושלתית זו אינה מצליחה להסביר את הבעייתיות הנעוצה בצוואה של אלה. אילו גרה פגי בצידה האחר של הארץ, לא התעניינה באמה כלל ולא היה ביניהן קשר במשך שנים, לא הייתה הצוואה מעוררת קושי משמעותי. קיומה של מערכת יחסים בין הצדדים היא מרכיב חיוני בסיפור, ובלעדיו נראה כי הצוואה אינה בעייתית כלל. כמו כן, פגי אינה קטינה ואינה לוקה במוגבלות, ולכן אין להוריה חובת תמיכה בה. מה מסביר אם כן את האינטואיציות הסותרות הללו? לטענת המאמר, וכפי שיתבהר בהמשך, בבסיסו של מוסד הירושה נמצא ערך המשכיות, שהוא ערך דו־צדדי. הבנה דו־צדדית של מוסד הירושה מסבירה את הקושי בהתעלמות ברורה מהאינטרס של פגי בירושה. האינטואיציות הסותרות הללו אינן ספקולטיביות, והן משקפות מתח פנימי הארוג בהבנות החברתיות והתרבותיות של ירושה, כמו גם בספרות המשפטית בנושא זה. מחקרים אמפיריים מאששים אינטואיציות דומות, ומצאו כי אנשים עורכים שיפוט נורמטיבי של צוואות באופן תדיר. כותבי צוואות מסכינים עם התפיסות התרבותיות של אחריות משפחתית.¹⁰ רוב מקרי הנישול כוללים סיבה מקובלת תרבותית, כגון העדפת טובתו של בן זוג שהוא גם הורהו של הילד, התנהגות שלילית של הילד או אִי־היזקקות של הילד לעזרה כלכלית. ירושה נקמנית, לעומת זאת, נתפסת כחריגה מהנורמות

8 Melanie B. Leslie, *Enforcing Family Promises: Reliance, Reciprocity, and Relational Contract*, 77 N.C. L. REV. 551, 581–587 (1999) (להלן: *Enforcing Family Promises*).

9 ראו, למשל, Edward C. Halbach, *An Introduction to Chapters 1–4*, in DEATH, TAXES AND FAMILY PROPERTY 3, 6 (Edward C. Halbach ed., 1977); EDMUND BURKE, REFLECTIONS ON THE REVOLUTION IN FRANCE: AND ON THE PROCEEDINGS IN CERTAIN SOCIETIES IN LONDON RELATIVE TO THAT EVENT. IN A LETTER INTENDED TO HAVE BEEN SENT TO A GENTELMAN IN PARIS 3, 49 (Risingsens 1868).

10 MARVIN B. SUSSMAN, JUDITH N. CATES & DAVID T. SMITH, THE FAMILY AND INHERITANCE (1970); Judith N. Cates & Marvin B. Sussman, *Family Systems and Inheritance*, 5 FAM. BUS. REV. 205 (1992).

החברתיות.¹¹ מעבר לכך, עיון בספרות המשפטית מגלה מתח מתמיד בין הגנה על חופש הצייווי לבין הכרה באינטרסים מוגנים, לרוב של בני המשפחה. הספרות המשפטית התיאורטית מתחלקת לשני מחנות ברורים: כותבים המבקשים להצדיק את חופש הצייווי וכותבים המבקשים להצדיק הגנה על בני המשפחה. את ההצדקות לחופש הצייווי ניתן לקבץ לשלוש קטגוריות עיקריות. **קטגוריה אחת** כוללת טיעונים הרואים בירושה המשך טבעי של זכויות המורשה. כשם שזכות הקניין מאפשרת לבעלת רכוש שליטה בו בזמן חייה, כך היא מאפשרת לה שליטה בו לאחר מותה.¹² עמדה זו בוקרה, בין היתר, מכיוון שהיא מניחה זהות בין מהלך החיים לרגע המוות. מרק אשר (Mark Ascher) טוען כי המורשה אינה חווה את תוצאות רצונה ולא תישא בעלויות החלטתה, ולכן ההצדקה לזכות הקניין חלשה באופן משמעותי לאחר מותה.¹³ הצדקה נוספת ששייכת לקטגוריה זו, ואשר בולטת במשפט הישראלי, נוגעת באוטונומיה של הפרט לקבל החלטות בדבר רכושו.¹⁴ **קטגוריה שנייה** נכללים טיעונים אינסטרומנטליים לטובת חופש הצייווי. טיעונים אלה מניחים כי הגנה על חופש הצייווי תסייע בהגשמת מטרות חשובות אחרות. כך, למשל, נטען כי חופש הצייווי מייצר תמריץ לעבוד ולחסוך. הטיעון מתבסס על ההנחה שמורשים מפיקים תועלת לא רק מהורשת קניינם, אלא גם מהיכולת לבחור מי יהיו יורשיהם, וכן על ההנחה שאנשים עובדים, בין היתר, על מנת להעביר את רכושם אל קרוביהם.¹⁵ טיעון אחר הוא שחופש הצייווי מוביל בסופו של דבר לתכנון עיזבון יעיל, מכיוון שלמורשה יש נגישות למידע הרלוונטי לצורך חלוקת רכושה.¹⁶ אולם טיעונים אלה קשים להוכחה, ומעוררים טיעוני נגד חשובים. כותבים אחדים סבורים כי אנשים צוברים הון לא על מנת להוריש, אלא על מנת לשפר מיצב חברתי, משיקולי אגו או מתוך הרגל.¹⁷ אחרים סבורים כי העדרו של חופש הצייווי לא יפגע בתמריץ לעבוד, אלא יעודד מתן מתנות בזמן חייה של המורשה.¹⁸ כך או כך, גם אם מורשים מושפעים מהתמריץ לעבוד ולחסוך, תמריץ זה לא ישפיע על הדור הבא, המקבל את הקניין.¹⁹ **הקטגוריה השלישית** של הצדקות עוסקת בהבטחת הטיפול במורשה. ההנחה היא שחופש הצייווי ייצור תמריץ לבני משפחה ולחברים

11 Jeffery P. Rosenfeld, *Disinheritance and Will Contests*, in FAMILY SYSTEMS AND INHERITANCE PATTERNS 75 (Judith N. Cates & Marvin B. Sussman eds., 1982)

12 RICHARD A. EPSTEIN, TAKINGS: PRIVATE PROPERTY AND THE POWER OF EMINENT DOMAIN 304 (1985); JOHN STUART MILL, PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY 33 (D. Appleton and Comp. 1885)

13 Mark L. Ascher, *Curtailing Inherited Wealth*, 89 MICH. L. REV. 69, 83–84 (1990)

14 ראו להלן את הדיון ליד ה"ש 37–39.

15 ראו דיון אצל Adam J. Hirsch & William K.S. Wang, *A Qualitative Theory of the Dead Hand*, 68 IND. L.J. 1, 12–13 (1992)

16 ש.ס.

17 ש.ס.

18 ראו JOSIAH WEDGWOOD, THE ECONOMICS OF INHERITANCE 200–204 (1929)

19 RONALD CHESTER, INHERITANCE, WEALTH, AND SOCIETY 86–87 (1982)

לרצות את המורישה ולספק את צרכיה.²⁰ המורישה עצמה היא שתדע להעריך בצורה הטובה ביותר מי טיפל בה במסירות. מן הצד האחר, חשוב לזכור כי הבטחה מצד המורישה לתגמל את המטפלת על ידי הורשה טומנת בחובה סיכון, שהרי המורישה יכולה לשנות את דעתה בכל עת ומכל סיבה. ניתן לטעון כי הענקת חלק מהעזיבון למטפלים ללא תלות במורישה, כפי שהחוק במדינת אילינוי קובע בנסיבות מסוימות,²¹ תספק תמריץ טוב יותר לטיפול.²²

ההצדקות לחופש הציווי הן מגוונות, אם כן. הן מדגישות את האוטונומיה של המורישה ואת רווחתה, ואין להקל ראש בחשיבותן. עם זאת, לצידן יש קולות מרכזיים הקוראים להגבלתו של חופש הציווי לטובת הגנה על בני משפחה שונים. גם את הטענות הללו ניתן לחלק לשלוש קטגוריות מרכזיות. **קטגוריה אחת** עוסקת בחובה המוסרית של המורישה לדאוג לבני משפחה קטינים או עם מוגבלות.²³ יש כותבים המרחיבים חובה זו וטוענים כי למורישה יש חובה כללית כלפי בן זוגה או בת זוגה וכלפי ילדיה.²⁴ טענות אלה מבוססים לרוב על תחושה של צדק, אך אינם מסבירים לעומק את מקורה. **קטגוריה שנייה** רואה בירושה מוסד המגן על קניין המשפחה.²⁵ תפיסה זו מתמקדת ביחידה המשפחתית, ולא בפרטים המרכיבים אותה, וכיום מקובל לחשוב שהיא שמרנית.²⁶ **הקטגוריה השלישית** עוסקת ביחסים בין המורישה לבין מקבליה הצפויים של הירושה. מלני לזלי טוענת כי ירושה היא גמול אחרון במערכת יחסים הדדית ארוכת טווח, ומסבירה כי ירושה מבוססת למעשה על הבטחה משתמעת בין הצדדים.²⁷ פרנסס פוסטר (Frances Foster) טוענת כי דיני ירושה צריכים לקדם

Joshua C. Tate, *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom*, 42 U.C. DAVIS L. REV. 129, 176–180 (2008).

Heather M. Fossen Forrest, *Loosening the Wrapper on the Sandwich Generation: Private Compensation for Family Caregivers*, 63 LA. L. REV. 381, 401–407 (2003).

Frances H. Foster, *Linking Support and Inheritance: A New Model from China*, 1999 הווו 22 WIS. L. REV. 1199.

Ralph C. Brashier, *Disinheritance and the Modern Family*, 45 CASE W. RES. L. REV. 83 23 (1994).

Ronald Chester, *Disinheritance and the American Child: An Alternative from British Columbia*, 1998 UTAH L. REV. 1, 6; Deborah A. Batts, *I Didn't Ask to Be Born: The American Law of Disinheritance and a Proposal for Change to a System of Protected Inheritance*, 41 HASTINGS L.J. 1197, 1197–1198 (1990).

לורנס פרידמן טוען כי מאז ומתמיד עמד חופש הציווי במתח עם החובה להוריש לבני משפחה. ראו Lawrence M. Friedman, *The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession, and Society*, 1966 WIS. L. REV. 340. עוד ראו Susanna L. Blumenthal, *The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-Century America*, 119 HARV. L. REV. 959, 966–969 (2006).

ראו MARY ANN GLENDON, *THE NEW FAMILY AND THE NEW PROPERTY* 4, 15–20 (1981) 26. Leslie, *Enforcing Family Promises* לעיל ה"ש 8. 27

טיפול וראגה לקרובי משפחה קשישים או נזקקים, ולהעדיף את טובת המטפלים על רצון המוריש.²⁸

שתי הגישות המנוגדות – זו הקוראת להגנה על חופש הצינוי וזו הקוראת להגבלתו – חשובות ותורמות לשיח החשוב בדיני הירושה. אולם שתי הגישות נכשלות בסופו של דבר בגיבוש תיאוריה מקיפה של דיני הירושה. טיעוניהם של הדוגלים בהגנה על בני המשפחה חסרים מכיוון שהם אינם מצדיקים את זכותה של המורשה להוריש את רכושה מלכתחילה. תיאוריות אלה חייבות להסביר מדוע קניינו של המוריש מיועד לאנשים הקרובים אליו; מדוע לא לחלק את הרכוש לכלל אזרחי המדינה, למשל, או לנזקקים ביותר. טיעון בדבר הגנה על משפחתה של המורשה מחייב הכרה בכך שלמורשה יש זכות ראשונית לקניינה. הכרה זו מחייבת ביסוס והנמקה. באופן דומה, טיעוניהם של הדוגלים בחופש הצינוי אינם מכירים כלל באינטרסים של הקרובים למורשה. חופש הצינוי הוא ערך בלבדי שניתן להגבילו רק באמצעות אינטרסים חברתיים חיצוניים. ההצדקות המקובלות אינן מביאות בחשבון את האינטואיציות הסותרות שמקרים רבים מעוררים או את המתח האינהרנטי הקיים בדין, כפי שיוסבר בפרק הבא. תיאוריה מקיפה של ירושה חייבת להתייחס לשני האינטרסים המרכזיים העומדים בבסיס הדין, ולהכיר בתלות ההדדית בין האינטרסים הללו.

פרק ב: ירושה במשפט הישראלי

על פניו הדין הישראלי מכיר רק באינטרס אחד הראוי להגנה בדיני ירושה, והוא האינטרס של המוריש בהגשמת רצונו בדבר אופן חלוקת רכושו לאחר מותו. בשנת 1965 נחקק חוק הירושה, ובצומת זה התקבלה החלטה לאפשר למוריש לערוך צוואה ולקבוע את גורל רכושו לאחר מותו.²⁹ מטרה מרכזית של חוק הירושה היא קידום חופש הצינוי של המוריש. בחירה זו אינה מובנת מאליה. במשפט הקונטיננטלי ההכרה ברצונו של המוריש מצומצמת יותר, ולצידה קיימת ירושה משוריינת לטובת בני משפחה.³⁰ ההגבלות משתנות בין המדינות השונות באירופה. בצרפת הגבלת חירות הצינוי היא המשמעותית ביותר. כך, אם למוריש יש שלושה ילדים, הוא יכול לצוות באופן חופשי

28 Foster, לעיל ה"ש 22.

29 ס' 2 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

30 George A. Pelletier, Jr. & Michael Roy Sonnenreich, *A Comparative Analysis of Civil Law Succession*, 11 VILL. L. REV. 323 (1966); Andrea Bonomi, *La Vocation Successorale Volontaire dans Certain Droits Européens*, in LE DROIT DES SUCCESSIONS EN EUROPE: ACTES DU COLLOQUE DE LAUSANNE DU 21 FÉVRIER 2003 31, 59–63 (Andrea Bonomi ed., 2003).

רק רבע מרכושו, ושלושה רבעים מתחלקים בין ילדיו שווה בשווה.³¹ בחלק משיטות המשפט המקובל, ובכלל זה בקנדה, באנגליה, באוסטרליה ובניו זילנד, קיימת חובה נרחבת לדאוג לבני המשפחה.³²

עקרון חופש הציווי אינו רק כלל הנגזר מדברי ההסבר ומספר החוקים. מדובר בעיקרון מרכזי בשיטת המשפט הישראלית. כך, חופש הציווי הובן כביטוי של ערכי יסוד של השיטה. הגנת חופש הציווי מעוגנת בסעיפים שונים לחוק הירושה,³³ בהצהרות חד-משמעיות בפסיקה³⁴ וכן בספרות המשפטית.³⁵ בתי המשפט קושרים את חופש הציווי לזכות לאוטונומיה של הרצון הפרטי ולכבוד האדם,³⁶ המקושר לכבודו של המת. נוסף על כך, חירות הציווי הובנה על ידי בית המשפט כביטוי של זכות הקניין.³⁷ חירות זו מאפשרת לאדם להחליט מה יעלה בגורל רכושו אחרי מותו. כלומר, על אף מותו של אדם, השליטה בחלוקת הונו מגשימה את חירותו ועל כן את קניינו. טדסקי מסביר כי "בדיני הירושה בישראל שורר חופש הדיספוזיציה של המוריש. אמנם גלוי לכל הסיכון שלפי חופש הורשה זה ינהג המוריש בשרירות לב ויצווה מתוך מניעים פסולים. אך, לטובת העיקרון המקובל קיימים שני נימוקים רבי משקל. האחד הוא **שבבעדיו קניין הפרט היה לקוי**, והשני כי בכל מקרה ומקרה של ירושה הנסיבות הן שונות ורק למוריש היכולת להכירן ולהעריכן".³⁸ עם זאת, עיגון של חופש הציווי בזכות הקניין אינו מובן מאליו. יש שיטות משפט שמגבילות באופן משמעותי את חופש הציווי,³⁹ והגבלות אלה אינן נתפסות כפגיעה בזכות הקניין. חירות הציווי משתלבת עם חזון מסוים בדבר זכות הקניין, גבולותיה והיקפה.

אם כך, בתי המשפט ומלומדים שונים נוטים להבין את חירות הציווי כערך מרכזי במסגרת החירות הקניינית, האוטונומיה של הרצון הפרטי וכבודו של המת.⁴⁰ אומנם,

31 HENRY DYSON, FRENCH REAL PROPERTY AND SUCCESSION LAW (Robert Hale ed., 2nd ed. 1988).

32 Shelly Kreiczer-Levy, *Inheritance Legal Systems and the Intergenerational Bond*, 46 REAL PROP. TRUST & EST. L.J. 495 (2012) (להלן: Kreiczer-Levy, *Inheritance Legal Systems*).

33 ס' 27 ו-28 לחוק הירושה.

34 ראו ע"א 1900/96 **טלמצינו נ' האפוטרופוס הכללי**, פ"ד נגנ(2) 817 (1999); ע"א 4660/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי**, פ"ד נה(1) 88 (1999); בע"מ 8300/11 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.8.2012).

35 ראו, למשל, אהרן ברק **פרשנות במשפט** כך חמישי – פרשנות הצוואה 31, 49, 138 (2001). עוד ראו שאול שוחט **פגמים בצוואות** 12, 23–24 (מהדורה שנייה, 2001).

36 ברק, שם; שוחט, שם.

37 ראו רע"א 5103/95 **דשת נ' אליהו**, פ"ד נגנ(3) 97 (1999). ראו גם היושע ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית" **משפטים** יא 41 (1981).

38 גד טדסקי "זכויות מלבד לעיזבון" **משפטים** יא 20, 33 (1981) (ההדגשה הוספה).

39 לדיון השוואתי בתחום חופש הציווי ראו Kreiczer-Levy, *Inheritance Legal Systems*, לעיל ה"ש 32.

40 עוד ראו עניין **לישיצקי**, לעיל ה"ש 34, דברי השופט חשין בפס' 51 לפסק דינו: "מצווים אנו לקיים את דברי המת; שהרי המת מת הוא, ורק אנו החיים נוכל לכבדו בקיום רצונו קודם מותו."

לדעת שופטים וכותבים רבים, קיבל ערך זה משנה תוקף לאחר המהפכה החוקתית,⁴¹ אולם גם קודם לכן הוכן חופש הציווי כערך מרכזי של שיטת המשפט.⁴² לצד ההגנה על חופש הציווי יש כמה מגבלות בנוגע לרצון המצווה. שתי מגבלות חקוקות מגינות על בני משפחה. הוראה אחת קובעת כי המצווה אינו יכול לפגוע בזכויות של בן זוגו או בת זוגו מכוח יחסי הממון בין השניים.⁴³ ההגבלה האחרת היא החובה להעניק מזונות מן העיזבון. הצעת חוק הירושה מכריזה אומנם כי באמצעות המזונות מן העיזבון הושג איזון בין רצון המוריש לבין הגנה על בני המשפחה,⁴⁴ אך בסופו של דבר המזונות מן העיזבון בדין הישראלי הם מצומצמים למדי,⁴⁵ וחירות הציווי היא רחבה ביותר. בן זוג, ילד והורה של המוריש הזקוקים למזונות יהיו זכאים למזונות.⁴⁶ אולם על קרובי המשפחה להדגים צורך כלכלי, והפסיקה פירשה בצורה מצמצמת את החובה להעניק מזונות.⁴⁷

לצד מגבלות מוצהרות אלה, שהן מצומצמות בהיקפן, קיימות גם הגבלות לטנטיות המדגימות כי הגנה על המשפחה אכן שרירה וקיימת גם במשפט הישראלי. ראשית, כללי ירושה על פי דין קובעים, בסעיפים 10–16 לחוק הירושה, כי בהעדר צוואה יעבור הרכוש לבני המשפחה לפי סדר הקדימות הקבוע בדין. סטייה מכללים אלה מחייבת עריכת צוואה תקפה. שתי עילות פסלות צוואה מהוות דוגמאות מובהקות להגנה על בני המשפחה: השפעה בלתי הוגנת וכשרות לצוות. מדובר בעילות פסלות שנחקקו על מנת להגן על רצונו החופשי של המצווה, אולם יישומן מגן בפועל גם על בני המשפחה. הגנה מפני השפעה בלתי הוגנת מעוגנת בסעיף 30(א) לחוק הירושה, הקובע כי "הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית – בטלה". בניגוד לתרמית, לאונס ולאיום, השפעה בלתי הוגנת היא עילה פתוחה יותר. מטרתה של העילה היא למנוע מצבים שבהם רצון המוריש כפוף לרצון המשפיעים עליה. מדובר בעילה חמקמקה שכן, כמובהר בפסיקה, אין איסור להשפיע על המוריש. האיסור חל רק על השפעה שהיא **בלתי הוגנת**.⁴⁸ בעניין **אלוני נ' באומן**, למשל, נדונה צוואה שבה הורישו המנוחים את רכושם לנכדים של חבריהם הקרובים, ונישלו בכך את

41 ראו ברק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 49–51.

42 ראו טדסקי, לעיל ה"ש 38; ע"א 245/85 **אנגלמן נ' קליין**, פ"ד מג(1) 772, 784 (1989).

43 ראו ס' 11(ג) ר-104(א) לחוק הירושה. עוד ראו שחר ליפשיץ "הסדרה חוזית של יחסי הממון בין בני זוג לעת מוות" **הון משפחתי** א 33 (2014).

44 הצעת חוק הירושה, התשי"ח-1958, ה"ח 212.

45 ראו ס' 56–65 לחוק הירושה. הזכאים למזונות הם בן זוג, ידוע בציבור, ילדים קטינים וילדים בגירים מוגבלים (אשר צריכים להוכיח נזקקות על מנת לזכות במזונות). חוק הירושה אינו מקנה שריון לטובת ילדים, ואינו מאפשר הגנה על בני משפחה עצמאים.

46 ס' 56 לחוק הירושה.

47 ראו, למשל, ת"ע (משפחה ת"א) 5070/00 **מנור נ' עזבון מנור** (פורסם בנבו, 20.8.2002); ע"א 393/93 **פלויני נ' עזבון אלמוני** (פורסם בנבו, 3.4.1994).

48 ראו, למשל, ע"א 4902/91 **גודמן נ' ישיבת שם**, פ"ד מט(2) 441 (1995).

בתם היחידה.⁴⁹ נקבע כי המנוחים היו במצב פיזי ונפשי ירוד, והיו תלויים תלות גדולה ויסודית בחבריהם הקרובים, ועל כן צוואה זו נפסלה.

ביישום העילה מבקשת הפסיקה לשרטט קו המבחין בין השפעה שהיא לגיטימית והוגנת לבין השפעה שהיא בלתי הוגנת. מכאן שיישום הדוקטרינה פתוח לשיקול דעת ולשיקולים נורמטיביים של הערכת ההשפעה, ולכן הוא תלוי מאוד בהשקפת העולם הערכית של השופט. כך, למשל, בית המשפט העליון לא ראה כל פסול בהשפעה של בנים על אביהם (שהיה אדם מאמין) לשנות מהוראות צוואה אשר נישלה את בנותיו והעבירה חלק מרכושו למוסדות דתיים, ולכתוב צוואה חדשה המכירה בבנות כיוורשות.⁵⁰ בית המשפט התייחס לכך שהמוריש התנגד עקרונית לצוות ירושה לבנותיו, באשר הן אינן נושאות את שמו, אולם מכיוון שלא היה בהשפעה זו משום חוסר הוגנות, נקבע כי היא מותרת על פי הדין בישראל, ואינה מביאה לידי פסלותה של הצוואה. השאלה מהי אותה השפעה אשר אסורה על פי הדין נבחתת לפי כמה שיקולים, ביניהם תלותה של המורשה, מידת הסיוע שקיבלה מן המשפיעה, ואם היו למורשה מערכות יחסים נוספות.⁵¹ כמו כן, בתי משפט שוקלים גם את מבחן הנישול, ובוחנים את מי נישלה המורשה ומהי דרגת הקרבה של המנושלים אליה.⁵² כלל השיקולים הללו משקפים בחינה נורמטיבית והכרה בכך שלמנושלים יש מעמד מרכזי בדין.

באופן דומה, גם בחינתה של עילת הכשרות לצוות מעלה שיפוט נורמטיבי של צוואות. סעיף 26 לחוק הירושה קובע כי "צוואה שנעשתה על ידי קטין או על ידי מי שהוכרז פסול-דין או שנעשתה בשעה שהמצווה לא ידע להבחין בטיבה של צוואה – בטלה". החוק אינו מגדיר מה משמעותו של הביטוי העמום "לא ידע להבחין בטיבה של צוואה", והפסיקה פיתחה בעניין זה שלושה מבחנים עיקריים:⁵³ ראשית, על המצווה להיות מודע לטיבו של מעשה הצוואה ולתוצאותיו; שנית, עליו להבין את היקף הרכוש שהוא מנחיל ואת זהות יורשיו לפי הצוואה; שלישית, וחשוב לענייננו, על המצווה להיות מודע להשלכות של עשיית הצוואה על יורשיו על פי דין. כך, אדם אומנם יכול לנשל את קרוביו, אולם כדי שהדין יכיר ביכולתו זו, הוא צריך להיות מסוגל קודם כל להכיר במעמדם של יורשיו על פי דין. הפסיקה מייחסת להם זכאות ראשונית, שעל המוריש לשלול אותה מפורשות ובמודע אם ברצונו לנשלם. לדוגמה, בעניין **בנדל נ' את נכדיו** מבנו האהוב שנפטר.⁵⁴ אם כך, על המצווה להבין את משמעותה של הצוואה גם מבחינת מי שהיא מדירה.

מחקרים אמפיריים שבחנו פסקי דין העוסקים בעילות פסלות דומות בארצות הברית

49 ע"א 5640/92 אלוני נ' באומן, פ"ד מט(5) 373 (1996).

50 עניין גודמן, לעיל ה"ש 48.

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

52 שם.

53 ע"א 1212/91 קרן לבי" נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705 (1994).

54 ע"א 851/79 בנדל נ' בנדל, פ"ד לה(3) 101 (1981).

מחזקים את המסקנה כי בתי משפט מאמצים שיפוט נורמטיבי של צוואות לטובת בני המשפחה בבוחנם עילות פסלות צוואה. כך, למשל, מלני לזלי בחנה שורה ארוכה של פסקי דין שעסקו בפסלות צוואה, והסיקה כי בתי משפט פוסלים בקלות רבה יותר צוואות המעבירות את הרכוש למישהו מחוץ למשפחה, ונוטים להכיר בצוואות המיטיבות עם בן משפחה.⁵⁵ היא מסיקה כי צוואות הסוטות מדרך חלוקה זו מאושרות רק אם הנהגה מצליח להראות כי אותה סטייה מוצדקת מבחינה מוסרית.⁵⁶ מסקנתה של לזלי היא כי יש נטייה שיפוטית לטובת בני משפחה שנחשבים המוטבים הטבעיים של המצווה. עם זאת, נטייה זו אינה חזקה חלוטה, וכאשר בתי המשפט מוצאים סיבה מוסרית מוצדקת לנישול קרוב המשפחה, הצוואה תקפה.⁵⁷ היא טוענת, עם זאת, כי בתי משפט אינם מצהירים במפורש על מגמה זו.⁵⁸ לזלי מדגישה אם כן את השיפוט הנורמטיבי של בתי המשפט בענייני צוואה. אולם חשוב לא פחות מכך, היא מסבירה כי הנטייה השיפוטית לטובת בן משפחה אינה ללא סייג,⁵⁹ שכן בתי המשפט מעריכים את התנהגותו של קרוב המשפחה ואת מערכת היחסים בינו לבין המצווה. קיימים מחקרים נוספים המאששים תמונת מצב זו.⁶⁰ ניתן לנסח את הנטייה השיפוטית שלזלי מזהה כנטייה לטובת בן משפחה אשר מתנהג כפי שאנו מצפים שבן משפחה יתנהג. דוגמה נוספת המדגימה עיקרון זה היא פרשנות צוואה. בעבודתו האקדמית של נשיא

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

ראו דיון גם אצל Leslie, *Enforcing Family Promises*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 581–587.

56 Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 236.

57 שם, בעמ' 257.

58 שם, בעמ' 236.

59 ההגדרה של בני משפחה בדיני הירושה הישראליים היא קשיחה, וכוללת שתי קטגוריות עיקריות: ירושה על בסיס קרבה משפחתית וירושה של בן הזוג או בת הזוג. בירושה על בסיס קרבה משפחתית מושם דגש חזק בקשר דם. ראו ס' 10–15 לחוק הירושה. צאצאים הם מעגל הקרבה הראשון; בהעדר צאצאים יורשים הורי המורשה וצאצאיהם; ובמקרה שאין קרובים במעגל השני יורשים הורי הוריה של המורשה וצאצאיהם. ראו ס' 10–12 לחוק הירושה. נוסף על כך, חלקם של קרובי המשפחה תלוי בשאלת קיומו של בן זוג, אשר מקבל חצי מהרכוש במקרה שהמוריש הניח ילדים או צאצאיהם או הורים, ושני שלישים מהרכוש במקרה שהמוריש הניח אחים או צאצאיהם או הורי הורים. "בן זוג" כולל הן בני זוג נשואים (ס' 11 לחוק הירושה) והן בני זוג ידועים בציבור שאינם נשואים לאחר (ס' 55 לחוק הירושה). כללים אלה הם כללים נוקשים, וכיום הם מובנים כמגבילים את שיקול הדעת השיפוטי בכל הנוגע במערכת היחסים בין הצדדים.

60 Veena K. Murthy, *Undue Influence and Gender Stereotypes: Legal Doctrine or Indoctrination?*, 4 CARDOZO WOMEN'S L.J. 105 (1997); Mary Louise Fellows, *In Search of Donative Intent*, 73 IOWA L. REV. 611 (1988); Joseph W. deFuria, Jr., *Testamentary Gifts Resulting from Meretricious Relationships: Undue Influence or Natural Beneficence?*, 64 NOTRE DAME L. REV. 200 (1989); Ray D. Madoff, *Unmasking Undue Influence*, 81 MINN. L. REV. 571 (1997); THOMAS E. ATKINSON, *HANDBOOK OF THE LAW OF WILLS* 139–140 (2nd ed. 1953) Jeffrey A. Schoenblum, *Will Contests – An Empirical Study*, 22 REAL PROP. PROB. & TR. J. 607, 625, 655 (1987).

בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק, הוא קובע כי פרשנות תכליתית של צוואות מורכבת מתכלית סובייקטיבית, המשקפת את רצונה האמיתי (הריאלי) של המוריש, ומתכלית אובייקטיבית, במקרים שרצון זה אינו ידוע. התכלית האובייקטיבית כוללת שתי רמות של הפשטה. ברמת הפשטה נמוכה מדובר בהשלמת קו המחשבה של המצווה, וברמת הפשטה גבוהה הפרשנות התכליתית עוסקת, על פי ברק, ב"רצון ההיפותטי של המצווה".⁶¹ רמת הפשטה זו עוסקת במצווה היפותטי אידיאלי, ולמעשה, ב"מצווה הסביר".⁶² במסגרת זו מוצעות כמה חזקות פרשניות, ביניהן החזקה כי תכלית הצוואה היא להגשים ציפיות סבירות של יורשים⁶³ והחזקה כי תכלית הצוואה היא להעדיף בני משפחה על זרים.⁶⁴ עם זאת, יש לזכור כי התכלית הסובייקטיבית גוברת על התכלית האובייקטיבית במקרים שבהם הרצון האמיתי ידוע או ניתן להסקה פרשנית.⁶⁵ העבודה הפרשנית בדיני צוואות נותנת קדימות לרצון. אולם אין ספק שהתכלית האובייקטיבית מאתגרת את התפיסה המסורתית של צוואה. במאמרי המשותף עם איילת בלכר-פריגת ציינו כי לא הצלחנו לאתר פסק דין שבו השתמשו באופן מוצהר בשיקולים של סבירות או חלוקה הוגנת במסגרת פרשנות צוואה.⁶⁶ אולם באותו מאמר טענו כי שיקולים אלה עשויים להסביר החלטות שנויות במחלוקת.⁶⁷ כך, למשל, בעניין לרנר בחר ברק, מבין שלל אפשרויות פרשניות, את האפשרות המובילה לחלוקה שווה בין ילדי בת הזוג מנישואיה השונים.⁶⁸

לסיכום, נקודת המוצא של הדין הישראלי היא הגנה חזקה על רצון המצווה, באופן דומה לשיטת המשפט האמריקנית⁶⁹ אך בניגוד לשיטות משפט רבות אחרות. עיון מעמיק בפסיקה מגלה כי על אף נקודת מוצא זו, הדין הישראלי אוצר בחובו מתח דומה בין חופש הציווי לבין הגנה על בני משפחה שונים. מתח זה אינו מקבל ביטוי תיאורטי מספק. הפרק הבא מציע תיאוריה המסבירה את חשיבותם המשפטית של שני צידי המתרס.

61 ברק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 273.

62 שם, בעמ' 275.

63 שם, בעמ' 308.

64 שם.

65 שם, בעמ' 282. אולם ראו את הדיון בדיני חוזים שלפיו מדובר במסווה רטורי. ראו איל זמיר "השוטף ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 343, 403 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

66 שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנהגה היא אדם ואיננו": על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571, 606 (2016).

67 שם, בעמ' 607.

68 בעמ' 4282/03 **לרנר נ' פייר** (פורסם בנבו, 21.6.2005).

69 לשיטה האמריקנית ראו John H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act*, 88 HARV. L. REV. 489, 491 (1975); Daniel B. Kelly, *Restricting Testamentary Freedom: Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, 82 FORDHAM L. REV. 1125 (2013).

פרק ג: קניין והמשכיות

הפרקים הקודמים הבהירו כי מוסד הירושה אוצר בחובו מתח תיאורטי ונורמטיבי בין רצון המצווה לבין הגנה על בני משפחתה. פרק זה עוסק בערך ההמשכיות, ומציע לראות בו ערך מרכזי המבאר את המתח הגלום בדיני הירושה. המשכיות היא ערך הנושא עימו משמעויות שונות לגבי פרטים, לגבי קבוצות חברתיות ולגבי מוסדות תרבותיים. החידוש המוצע במאמר הוא ראיית ההמשכיות הגלומה במוסד הירושה לא כטוב עבור המשפחה כיחידה נפרדת, אלא כטוב עבור פרטים – המורשה ומקבלי הירושה. הפרק מתחיל אם כן בדיון בהמשכיות כטוב עבור פרטים אשר מתמודדים עם סופיות הקיום שלהם ומחפשים משמעות על ידי יצירת קשרים, מפעלים תרבותיים ומוסדות קנייניים. חלקו השני של הפרק עוסק בהמשכיות קניינית ובתפקידו של מוסד הירושה כמוסד המכונן המשכיות וכפרויקט שמשותף לשני צדדים. חלקו השלישי של הפרק יעסוק בנפרד בשני הצדדים הללו: המעניקה, היא המורשה, המבקשת להשפיע על העולם לאחר מותה; והמקבלת, הרואה את הירושה כמאשררת את הקשר שלה אל שורשיה. לאחר מכן יעסוק תת-פרק זה במאפייניו של מוסד הירושה כפרויקט משותף של המעניקים והמקבלים.

1. המשכיות עבור פרטים

המאמר מגדיר המשכיות כקשר של פרטים או קבוצות למיזמים תרבותיים בעלי קיום סמלי מתמשך מעבר לחיי אדם. המשכיות קשורה אם כן למוות ולסופיותו של הקיום האנושי. מכיוון שמושגים אלה הם מורכבים מבחינה פילוסופית, המאמר אינו מציע ניתוח מקיף שלהם, אלא מטרתו היא להציע הבנה משפטית של מושג ההמשכיות. במילים אחרות, המאמר מציג המשגה המאפשרת לחשוב על המשכיות כערך הניתן לעיצוב גם באמצעות כללים משפטיים.

הצורך האנושי בהמשכיות נובע מהפער החד שבין המוות וסופיות הקיום האנושי לבין העולם התרבותי, המתמשך. המשכיות מגלמת את הצורך להשתייך לארטיפקטים בעלי קיום חיצוני, גדול יותר מהחיים של משתתפיו, כזה שאין לו סיום טבעי וברור.⁷⁰ היא מציעה קשר סמלי לעולם התרבות, שעשוי להתבטא בדרכים שונות: כתיבה, אומנות, קשר משפחתי ועוד.

הצורך בהמשכיות מורכב משני היבטים: הצורך להמשיך לקדם נוכחות בעולם לאחר המוות; והצורך בהשתייכות לעולם שהתקיים קודם לכן – הצורך בשורשים. הצורך להשאיר נוכחות בעולם לאחר המוות מוכר בספרות הפילוסופית, הפוליטית,

70 Anthony T. Kronman, *Precedent and Tradition*, 99 YALE L.J. 1029, 1052 (1990). ראו דיון דומה על תרבות המשכית אצל ZYGMUNT BAUMAN, MORTALITY, IMMORTALITY AND OTHER LIFE STRATEGIES (1992); ERNEST BECKER, THE DENIAL OF DEATH (1973).

הפסיכולוגית והסוציולוגית.⁷¹ חינוך, אומנות, מדע, מערכות יחסים – כל אלה הם ארטיפקטים המאפשרים המשכיות. באמצעות כל הדרכים הללו בני אנוש עשויים להשפיע על העולם ולהשאיר בו נוכחות לאחר מותם. רוברט ליפטון (Robert Lifton), למשל, טוען כי בני אדם שואפים להנציח את עצמם, להשיג אלמוות, באמצעות דרכים סמליות, ביניהן מערכות יחסים ארוכות טווח.⁷² השתתפות במיזמים תרבותיים והשקעה בקשרים חברתיים מייצרות לבני אדם נוכחות בעולם, המתמשכת גם לאחר מותם. ידיעה זו תורמת להתמודדות האנושית עם סופיות הקיום.

לצד הצורך להשפיע על העולם לאחר המוות קיים צורך משלים, והוא הצורך בהשתייכות, קרי, בקשר שורשי לעולם שהתקיים לפני שהאדם הופיע בו. בני אדם נולדים לתוך עולם שמלא במסורות, במשמעות, במערכות יחסים ובמוסכמות. אנשים זקוקים להנחיה, לחינוך ולתמיכה; הם חשים צורך להשתייך למשפחה, לתרבות או למסורת.⁷³ סימון ווייל (Simone Weil) מסבירה: "A human being has roots by virtue of his real, active and natural participation in the life of a community which preserves in living shape certain particular treasures of the past and certain particular expectations for the future."⁷⁴ אם כך, הצורך במשמעות אינו מתמצה בהמשכיות לאחר המוות, אלא כולל גם השתייכות לקבוצות תרבותיות, למסורות ולמשפחה בזמן חייו של אדם.

בהמשך להבנה זו של הצורך בהמשכיות, המאמר מציע לחשוב על המשכיות כערך כפול. טענה זו נשענת על שני מאפיינים מרכזיים: האחד הוא שהמשכיות היא ערך דו-צדדי – היא מחייבת שיתוף פעולה של שני צדדים משלימים; והאחר הוא ששני הצדדים תלויים זה בזה אך תפקידם אינו זהה. פרויקטים מוצלחים של המשכיות משלבים יחדיו את הצורך להמשיך את האני לאחר המוות ואת הצורך בהשתייכות לשורשים.⁷⁵ מסורת,

Hannah Arendt, *What Is Authority?*, in BETWEEN PAST AND FUTURE: SIX EXERCISES IN POLITICAL THOUGHT 91, 92 (1961); MICHAEL G. GOTTSEGEN, THE POLITICAL THOUGHT OF HANNAH ARENDT (1994); Eric Strachan, Tom Pyszczynski, Jeff Greenberg & Sheldon Solomon, *Coping with the Inevitability of Death: Terror Management and Mismanagement*, in COPING WITH STRESS: EFFECTIVE PEOPLE AND PROCESSES 114 (C.R. Snyder ed., 2001); Abram Rosenblatt et al., *Evidence for Terror Management Theory: I. The Effects of Mortality Salience on Reactions to Those Who Violate or Uphold Cultural Values*, 57 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 681 (1989); ROBERT JAY LIFTON, THE BROKEN CONNECTION: ON DEATH AND THE CONTINUITY OF LIFE 13–14 (1979).

LIFTON, שם, בעמ' 5–6 ו-18.

Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM: EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25 (Amy Gutmann ed., 1994); MICHAEL OAKESHOTT, THE VOICE OF LIBERAL LEARNING 25, 32–33 (1989); Gregory S. Alexander & Eduardo M. Peñalver, *Properties of Community*, 10 THEORETICAL INQ. L. 127 (2009).

SIMONE WEIL, THE NEED FOR ROOTS: PRELUDE TO A DECLARATION OF DUTIES TOWARDS MANKIND 43 (Arthur Wills trans., 1952).

השוו Kronman, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1049–1052.

כתיבת ספר או טיפוח מערכות יחסים משמעותיות מחייבים שיתוף של שני האינטרסים הללו. כל פרויקט של המשכיות כולל הן את הרצון – התשוקה – להמשיך רעיון או סמל והן את הממשיך המממש את הרצון ומקדם את אותו סמל. קורא הספר, התלמיד או הילד הפוכים את מאמצייהם של הכותב, המורה או ההורים לבעלי משמעות. אולם באותה מידה קורא הספר, התלמיד או הילד עשויים לדחות את מאמצייהם של הכותב, המורה או ההורה, ולסרב לקדם את אותו רעיון. מכאן נובעת התלות ההדדית בין הצדדים: מקדם הרעיון זקוק לממשיכיו, וממשיכי דרכו זקוקים למקדם הרעיון. חשוב להדגיש כי הפרויקט המשותף של המשכיות אינו פרויקט התייחסותי (relational); מטרת ההמשכיות אינה הכרה במערכת היחסים בין התלמיד למורה או בין הילד להורה. כפי שיוסבר בהמשך, זהו פרויקט בעל משמעות חברתית ותרבותית, והוא מובן על רקע מוסכמות חברתיות ותרבותיות.

הבנה זו של ערך ההמשכיות מעוררת ביקורת חשובה. הביקורת שואלת מדוע על המשפט להכיר בצורך להתמודד עם המוות ולספק לו מענה. המשכיות משמעה הזדקקות לאישור של אחרים ולשיתוף הפעולה שלהם. תחת זאת ניתן לקדם אינדיווידואליות רדיקלית יותר אשר אינה זקוקה לאחר. התשובה הפשוטה היא שתפיסה אינדיווידואליסטית אינה תואמת את האופן שבו אנשים מתקשרים זה עם זה, משיגים קיום משמעותי ומבינים את חייהם. מפעלים תרבותיים מחייבים שיתוף פעולה. אנשים יכולים כמובן לבחור לא להשתתף בהם, ולהתמקד במערכות היחסים שהם מתחזקים בחייהם. הבנה זו אפשרית ואף בעלת ערך. עם זאת, כיום המשפט אכן מקדם את ערך ההמשכיות באמצעות דיני הירושה, ומתמקד ברצון המצווה כערך המרכזי להגשמת המשכיות. מיקוד זה, לטענת המאמר, אינו ראוי מבחינה נורמטיבית, וחוטא להבנה מעמיקה ומאוזנת של ערך ההמשכיות.

2. קניין, ירושה והמשכיות

המאמר טוען כי המשכיות היא ערך מרכזי בדיני הירושה כיום. מושג ההמשכיות אינו זר למחשבה הקניינית. דפוסים היסטוריים של הורשה – כגון פרימוגנטורה (הורשה לבן הבכור בלבד) והורשה שושלתית (דוגמת entail) – קשורים באופן הדוק להמשכיות רב־דורית, כשהקניין מסמל את שם המשפחה ואת מעמדה החברתי.⁷⁶ התפיסה המקובלת היא שכללים מודרניים של הורשה, בניגוד לדפוסים היסטוריים, מדגישים בחירה חופשית, מערכות יחסים וזכויות קניין.⁷⁷ טענת המאמר היא כי לדפוסים היסטוריים ולדפוסים מודרניים יש ליבה משותפת: שימוש בקניין והעברה שלו כדרך להתמודד עם

76 ראו, לדוגמה, Friedman, לעיל ה"ש 25; 78 J. POL. ECON. 99, *Primogeniture*, C.Y. Cyrus Chu, (1991); Ralph E. Giesey, *Rules of Inheritance and Strategies of Mobility in Pre-revolutionary France*, 82 AM. HIST. REV. 271 (1977)

77 ראו – LAWRENCE M. FRIEDMAN, *PRIVATE LIVES: FAMILIES, INDIVIDUALS, AND THE LAW* 1–3 (2004).

סופיות הקיום האנושי. עם זאת, דפוסים היסטוריים יוצקים למושג המשכיות תוכן שונה. הורשה לבן בכור, למשל, מטרתה לשמור על הקניין אחד, בלתי ניתן לפירוק, כדי לשמר את כוחה המעמדי של המשפחה. המשפחה והקניין היו חשובים יותר מרווחתו של כל פרט בשרשרת הרב-דורית.⁷⁸ אולם עם התפרקותה של המשפחה הרב-דורית ועליית האינדיווידואליזם, ועם התגברותה של הניידות החברתית, השתנו דפוסי ההורשה. המאמר מסביר כיצד דפוסי הורשה מודרניים מעצבים המשכיות המובנית כטוב עבור הפרטים המעורבים בקשר, ולא עבור המשפחה.

דיני ירושה כוללים כללים משפטיים השולטים בהעברת רכושה של המנוחה לאחר מותה. הם מציעים למעשה פתרון משפטי לבעיה הקניינית שהמוות יוצר. המוות קוטע את הרצף הקנייני, ודיני הירושה ממלאים את החסר. הפתרון שהם מספקים אינו שרירותי: איננו עורכים הגרלה רבת משתתפים. כמו כן, הרכוש אינו עובר לקופת המדינה או מחולק לנזקקים. הפתרון בשיטות משפט רבות – למעשה בכל השיטות שבהן נתקלתי במחקר, בין מודרניות ובין היסטוריות – מתחיל בבעלת הקניין או בסביבתה המיידית.⁷⁹ שתי הבחירות הנפוצות כיום הן הכרה ברצון הבעלים או כללים המקשרים את הבעלים למשפחתה. כללי ירושה מסוג זה קושרים באופן חזק בין המשכיות לבין העברה קניינית לאחר המוות מכיוון שהם מניחים כי בדרך כזו או אחרת הקניין שייך עדיין לבעלים או ליחידתה המשפחתית גם לאחר מותה.

הטענה בתת-פרק זה היא כי ירושה היא מוסד משפטי המקדם המשכיות. קביעה כזו מעוררת כמובן קושי לא מבוטל. לירושה יש השלכות חברתיות נכבדות: היא מעניקה יתרון בלתי הוגן ליחיד סגולה, וחותרת תחת עקרון שוויון ההזדמנויות המונח ביסודה של חברה ליברלית.⁸⁰ חשוב אם כן להדגיש כי אף שהמאמר מקדם טיעון לטובת מוסד ירושה דו-צדדי, הוא אינו מקדם את הטיעון כי ירושה היא בהכרח רצויה מבחינה נורמטיבית. מוסד הירושה נשען כיום על תפקידו של הקניין בחברה נתונה. לנוכח ההבנה החברתית, המשפטית והתרבותית של קניין כבמה לקשרים משמעותיים, ולנוכח מבנה הירושה הקושר את הבעלות לאחר המוות לסביבתה המיידית של המורשה, קניין מובן כסמל של המשכיות. על רקע זה, ממשיך הטיעון, מוסד הירושה ראוי יותר מבחינה נורמטיבית כאשר הוא דו-צדדי ומכבד גם את הנותן וגם את המקבל. במילים אחרות,

78 ראו Shelly Krecizer-Levy, *Can One Inherit a Home as Opposed to a House? A Normative and Comparative Perspective*, 31 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 735 (2014).

79 ראו David R. Green & Alastair Owens, *Introduction: Family Welfare and the Welfare Family*, in FAMILY WELFARE: GENDER, PROPERTY, AND INHERITANCE SINCE THE SEVENTEENTH CENTURY I (David R. Green & Alastair Owens eds., 2004); David S. Powers, *The Islamic Inheritance System: A Socio-Historical Approach*, 8 ARAB L.Q. 13 (1993); JUDAISM AND ISLAM IN PRACTICE: A SOURCEBOOK (Jacob Neusner, Tamara Sonn & Jonathan E. Brockopp eds., 2000). עוד ראו Foster, לעיל ה"ש 22; Batts, לעיל ה"ש 24; Blumenthal, לעיל ה"ש 25; Krecizer-Levy, *Inheritance Legal Systems*; לעיל ה"ש 32.

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

המאמר אינו מצדיק את מוסד הירושה, אלא מציג טיעון פנימי. הוא נכתב על רקע קיומו של מוסד הירושה, ויוצק תוכן נורמטיבי חדש וראוי במוסד זה. התוכן הנורמטיבי המוצע קושר את מוסד הירושה לערך המשכיות שנדון בתת-פרק הקודם. כך, הצורך של האדם להשפיע על העולם לאחר מותו מגולם באינטרס של המורשה, ובאופן קונקרטי – בחופש הציווי; והצורך בהשתייכות ובשורשים מגולם בהגנה על אינטרסים של בני משפחה, שהם המקבלים הפוטנציאליים של הרכוש. אם כך, הטיעון בדבר קניין כסמל של המשכיות נבנה בשלושה שלבים. ראשית, המאמר מפתח את האינטרס של המורשה, בעלת הקניין, להמשיך את האישיות שלה ואת נוכחותה בעולם לאחר מותה. טיעון זה נשען על ספרות תיאורטית בתחום הענקות קנייניות ללא תמורה. שנית, המאמר מפתח את האינטרס של המקבלים להמשיך את המורשה. השלב השלישי והמסכם יקשור את שני האינטרסים יחד.

(א) המעניקה – המשכיות לאחר המוות

קניין הוא סמל תרבותי מרכזי. הוא מסמל זהות, השפעה ומערכות יחסים.⁸¹ הטיעון בדבר מרכזיותו של הקניין בקידום המשכיות לאחר המוות נשען על הספרות העוסקת בהענקות ללא תמורה. הטיעון המרכזי העולה מספרות זו הוא כי מתנות יוצרות ומבססות קשרים חברתיים.⁸² המתנה מסמלת את הנותן, וקושרת אותו אל המקבל. נותן המתנה שוקל את צורכי המקבל ואת אופיו, ובחירתו במתנה משקפת את עמדותיו כלפיו. נוסף על כך, מתנה משמשת לפעמים הצעה ליצירת מערכת יחסים או דרך

81 Miranda Oshige McGowan, *Property's Portrait of a Lady*, 85 MINN. L. REV. 1037, ראו 1050 (2001); Mark Cordes, *Sign Regulation After Ladue: Examining the Evolving Limits of First Amendment Protection*, 74 NEB. L. REV. 36, 58 (1995); Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, in REINTERPRETING PROPERTY 35 (1993).

82 MARCEL MAUSS, *THE GIFT: THE FORM AND REASON FOR EXCHANGE IN ARCHAIC SOCIETIES* (W.D. Halls trans., 1990); Jane B. Baron, *Gifts, Bargains, and Form*, 64 IND. L.J. 155 (1989); Carol M. Rose, *Giving, Trading, Thieving, and Trusting: How and Why Gifts Become Exchanges, and (More Importantly) Vice Versa*, 44 FLA. L. REV. 295 (1992); Jane B. Baron, *Do We Believe in Generosity?: Reflections on the Relationship Between Gifts and Exchanges*, 44 FLA. L. REV. 355 (1992); Robert H. Frank, *The Differences Between Gifts and Exchange: Comment on Carol Rose*, 44 FLA. L. REV. 319 (1992); Melvin Aron Eisenberg, *The World of Contract and the World of Gift*, 85 CAL. L. REV. 821 (1997); Eric A. Posner, *Altruism, Status, and Trust in the Law of Gifts and Gratuitous Promises*, 1997 WIS. L. REV. 567; Mary Louise Fellows, *His to Give; His to Receive; Hers to Trust: A Response to Carol M. Rose*, 44 FLA. L. REV. 329, 334–336 (1992); Roy Kreitner, *The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration*, 101 COLUM. L. REV. 1876, 1944–1947 (2001). בארץ ראו רונן קריטנשטיין "מתנה מחמת מיתה – עיון מחודש" הפרקליט מט 403 (2007).

לשומרה.⁸³ מן הרגע שניתנה מתנה קיימת ציפייה חברתית שהמקבל יגמול לנות או לפחות ירגיש תחושת חובה וירצה להשיב לנותן, אך זוהי ציפייה שאינה קונקרטי, אין לה תאריך יעד, והיא מבוססת על אמון.⁸⁴ תחושת החובה מחברת את הצדדים יחד.

צוואה היא סוג ייחודי של מתנה. ראשית, נראה כי ההדדיות במקרה של צוואה היא עמומה וקשה לאיתור. המורשה מעניקה את רכושה לאחר מותה, כלומר, כאשר היא חייבת למעשה להורישו. היא אומנם בוחרת את מקבליה במודל של חופש הציורי, אך אין לה אפשרות לא להוריש כלל. שנית, קשה לראות כיצד המקבל יכול לגמול למורשה על הרכוש שקיבל. לכאורה, היא אינה מקבלת דבר. בעוד לזלי רואה את הירושה כאקט האחרון במערכת יחסים הדדית, שלאחריו לא ניתנת למורשה כל תמורה נוספת,⁸⁵ הטענה במאמר שונה. אני טוענת כי המקבלים אכן יכולים לגמול למורשה. הם יכולים לעשות כן על ידי נטילת חלק בחזון המשכיות שלה. בירושה מתרחשים למעשה שני תהליכים: ראשית, המורשה מבטאת את חזון המשכיות שלה ואת דאגתה לקרובה, ומשקפת את המטרות החשובות לה; ושנית, מקבלי הירושה חשים הכרת טובה, ועשויים לנטול חלק בהגשמת חזונה ולהשתמש ברכוש באופן שמנציח או מכבד את זכרה.

כתיבת צוואה מאפשרת למורשה להעביר מסר לעולם ולהאריך את השפעתה כך שתחול גם לאחר מותה. הצוואה משקפת את המטרות שהיו חשובות למורשה ואת האנשים שהיו חשובים לה. היא עשויה לגמול לאדם מסוים ולהעביר ביקורת על אחר; לדאוג לבני משפחה או לחברים ולהסתייג מאחרים. היא עשויה לתמוך במוסדות המקדמים מטרות חשובות לה. אילולא הייתה המצווה מעוניינת בהשאת חותם מסוג שהוא על העולם, לא היה כל טעם בכתיבת צוואה. רק אדם שמצב העניינים אחרי מותו חשוב לו, ממכלול של סיבות, יטרח לכתוב צוואה. בלשונו הפיוטית של השופט ש"ז חשין:

"אני חייב להודות, כי בכל פעם שצוואה באה לידי, זע משהו בתוך לבי. בצוואתו של אדם גלומים לעתים מיטב שאיפותיו ובחירי חלומות חייו, ולעולם מלווה אותך ההרגשה העגומה, כי הנה היה אדם ואיננו, ומכל הווייתו, מכל עצמיותו, נשתיריו רק גליונות נייר אלה."⁸⁶

83 ראו Alvin W. Gouldner, *The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement*, 25 AM. SOC. REV. 161, 176 (1960); ELIZABETH ANDERSON, VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS 151 (1995).

84 PETER M. BLAU, EXCHANGE AND POWER IN SOCIAL LIFE 89 (1964)

85 Leslie, *Enforcing Family Promises*, לעיל ה"ש 8.

86 שניאור ז' חשין *דמויות מבית המשפט* 144 (1953). ציטטה זו מובאת במקורות רבים במשפט הישראלי, בין היתר אצל ברק, לעיל ה"ש 35, בעמ' 31-32, ואצל מיכאל קוריאנאדי *דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה – מגמות חדשות* 327 (2004).

בהמשך להבנת הצוואה כחלק שהשתמר מן המוריש, היא תוארה בפסיקה כמסר של המוריש אל ידידיו וקרוביו.⁸⁷ השופט טירקל מסביר:

"הצוואה היא מסמך מיוחד במינו. היא מסמך משפטי, אך מסמך זה אינו חסר נשמה. הוא כמו מכתב אישי אחרון, ביטוי של משאלות, אהבות, רגשות ואף חשבונות, היוצאים ממעמקי לבו של אדם המהרהר במותו ובמה שיקרה אחרי מותו. כאן צופה הוא אל התחנה האחרונה של חייו – והראשונה שאחרי מותו. כאן הניסיון האחרון שלו לעצב את חייהם של הנשארים אחריו, ולמצער, להשפיע עליהם. כאן תקוותו האחרונה לחיות בזיכרונם באהבה ובהכרת תודה... כאן מונח לפנינו דף נייר שבתוכו גלומים דבריו של המנוח, ואנו, שמצווה עלינו לקיים את דבר המת, עלינו לשמוע את קולו, להבין את דבריו ולהטות אוזן לבנות הקול המשתמעות מתוך דבריו..."⁸⁸

גילום המשכיותו של המוריש בצוואתו הוא חלק בלתי נפרד מהאופן שבו אנו מבינים מה צוואה עושה ומה תפקידה החברתי. הדין, אם כן, רואה בצוואה מסמך שנועד לתקשר את רצונה האחרון של המוריש. רצון זה יקר וחשוב לחברה מכיוון שהוא משאיר משהו מן המוריש – מכבודה, מהאוטונומיה שלה, ממנה עצמה – לאחר מותה. חופש הציווי מאפשר למוריש להמשיך את אישיותה, את דרכה, את חזונה. אולם אין מדובר בזכויות של אדם מת.⁸⁹ האדם החי הוא המדמיין את העולם אחרי מותו; המוריש מדמיינת את העולם המוכר ללא אותו חלק שהיא מכירה טוב מכל – היא עצמה. החופש להעביר לעולם חזון המשכיות הוא צורך של האדם החי המתמודד עם סופיות הקיום.

חשבו שוב על ביקורתו של מרק אשר (Mark Ascher) על מוסד הירושה.⁹⁰ אשר טוען כי ירושה היא טרנסקציה משפטית המעוררת סנטימנטים פחותים בהשוואה להעברות קנייניות אחרות, מאחר שהמוריש לא תישא בתוצאות פעולתה. מכיוון שהחלטתה בנוגע לצוואה נעשית במהלך חייה אבל תוצאותיה מתרחשות אחרי מותה, היא לעולם אינה מוותרת על רכושה ועל כן אינה נדרשת לשאלה אם ההעברה הקניינית נכונה, מוצדקת או יעילה מבחינתה.⁹¹ זוהי בעיה כבדת משקל, שכל דיון העוסק בתכליותיו של מוסד הירושה חשוב שיידרש אליה. אולם המסקנה כי ירושה היא חסרת ערך או למצער פחותת ערך היא מסקנה נמהרת. ירושה מעוררת חישוב שונה. היא עוסקת בשיפוט ערכי של זיכרון, של מורשת; היא מעלה שאלות כגון איך אני רוצה להיזכר, מה חשוב לי, האם אני מעוניינת להעביר מסר לעולם, וכיצד אני רוצה שמסר זה

87 ת"ע (מחוזי ת"א) 4860/99 פיר נ' לרנר, פ"מ תשס"א 145 (2001).

88 ע"א 7735/02 עיזבון אלבו נ' אהל פז, פ"ד נח(3) 161, 165–166 (2004).

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

90 ראו לעיל ה"ש 13 והטקסט שלידה.

91 השוו Halbach, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6.

יעבור. אכן, מרק אשר מזהה את הבעיה התיאורטית הייחודית למוסד הירושה. המוות הוא אכן אירוע הקוטע את הבעלות הקניינית, והוא מעורר בעיות הנעוצות באי-הווייתור על הרכוש. מכיוון שמדובר בהעברה קניינית שנעשית רק אחרי המוות, היא חייבת לשקף את העניין שיש למוריש בנעשה אחרי מותו. לְמִצּוּוֹה אשר אדישה לגורל העולם, ובכלל זה לגורלם של קרובי משפחתה, חבריה או רכושה, אין כל סיבה לכתוב צוואה. הצוואה עוסקת בהשארת חותם בעולם (דרך משפחה, עיסוק, מטרה או אקט יוצא דופן). אולם העברת חזון המשכיות של המוריש אינה מתרחשת בחלל ריק. מקבלי הירושה עשויים להכיר טובה ולגמול לה על ידי הנצחת זכרה, כיבוד בחירותיה והגשמת חזון המשכיות שלה. ללא המקבלים, מאמציה של המוריש חסרי ערך. היא זקוקה למקבלים על מנת להגשים את מטרותיה. התת-פרק הבא מרחיב ומפרש נקודה זו.

חשוב לציין כי הקניין המועבר על ידי המוריש אינו חייב להיות בעל משמעות סמלית, כגון בית או טבעת נישואים. גם להורשה של כספים יש משמעות. היכולת לגבש חזון המשכיות אינה נעוצה אך ורק בחפצים, אלא גם בהחלטותיה של המוריש, המסמלות את אישיותה ואופייה, ומאפשרות לה להשפיע על העולם לאחר מותה. המוריש בוחרת את מקבליה, מחליטה מי מהם יירש אותה, וקובעת כמה להעניק להם. היא משקפת את טעמה והעדפותיה. לאחר מותה המקבלים משתמשים ברכוש או בכספים, מעניקים להם תוכן חדש, ומוסיפים נדבך לשרשרת המשכיות.

(ב) מקבלי הירושה – הצורך בשורשים

לכאורה, המאמר היה יכול להסתיים בתת-פרק הקודם. ניתוח חופש הציווי לאור ערך המשכיות עולה בקנה אחד עם האופן שבו הפסיקה מבינה את דיני הירושה. הבנה חד-צדדית כזו של המשכיות היא אפשרית, אך היא אינה שלמה, וגם אינה משקפת בצורה מיטבית את הדין, כפי שהדגים הפרק הקודם. העובדה שירושה משמשת אפיק להמשכיות עבור המוריש משפיעה על ההבנה של מוסד הירושה על ידי מקבליה.

מקבל פוטנציאלי של הירושה מבין את ההעברה הקניינית כמכוננת קשר של המוריש אל העולם, ובאופן נקודתי – אל מקבלי הירושה. תחת ההבנות החברתיות-המשפטיות שלפיהן הקשר אל העבר ואל המסורת הוא חשוב, ושלפיהן המוריש מביעה את הקשר שלה לעולם אחרי מותה באמצעות הורשה, הן מקבלי הירושה והן המודרים ממנה רואים את הירושה כמשקפת מסר חברתי ותרבותי הנוגע בהם ובקשר שלהם אל שורשיהם. הורשה מובנת כמאשררת את הקשר של מקבל פוטנציאלי אל המוריש, המסמלת את הקשר של המקבל אל שורשיו. כך, למשל, כאשר ילד זוכה בנתח מרכושה של אמו, הוא מבין את הבחירה להוריש לו כמאשררת את מקומו במשפחה וכנותנת תוקף למעמדו כבן טוב. המוריש עשויה אם כן לייצג קבוצה חברתית, ובאופן ספציפי – את המשפחה. המשפחה היא דוגמה מרכזית, אך לא יחידה. צוואה עשויה גם לשקף מסר של חיבה והערכה. כאשר קרוב משפחה מנושל מן העיזבון, המשמעות היא לא רק אובדן כלכלי, אלא גם הדרה מאותה קבוצה חברתית ומסר של אי-השתייכות.

חשוב על הצורך בשורשים. הצורך בהשתייכות עשוי לבוא לידי ביטוי בהשתייכות

לאומית, תרבותית או משפחתית.⁹² הקבוצות הללו מזוהות לעיתים עם אנשים, ואלה נהפכים למסמלי שורשים בפני עצמם. כך, הורים מסמלים השתייכות למשפחה, אנשי דת מסמלים השתייכות לקבוצה דתית ועוד. אנחנו נמצאים תמיד בדיאלוג לא מפורש עם אותם אנשים שמשמעותיים לנו, כאשר אנו מעצבים את אישיותנו.⁹³

כאשר אדם מת, המוות יוצר פער בבעלות. אם ירושה משמעה קידום חזון המשכיות של המורשה, אזי מקבלים מסוימים יראו בהחלטה מסר של המשכיות עבורם. חשבו על החלטתה של אלה לנשל את פגי. החלטתה זו מעבירה מסר של הדרה, נישול ואי-השתייכות למשפחה. אין הכוונה שכל נישול משמעו מסר של הדרה; הסיבה לנישול חשובה מאוד להבנת המסר הטמון בנישול, כפי שהוסבר קודם לכן.⁹⁴ אולם פגי נושלה עקב סכסוך נקודתי באופן שכלל מסר של הדרה. פגי, לדעת אמה, אינה משתייכת למשפחה כפי שהיא רואה אותה. פגי מנושלת ממקומה כבת טובה ביחידה המשפחתית. הבנה זו של מקבלי הירושה נתמכת על ידי מחקרים אמפיריים. בודיל סלמר טוענת כי מקבלים פוטנציאליים רואים בירושה סממן של השתייכות למשפחה.⁹⁵ מחקר אחר מדגים כי מקבלים מעדיפים לא לבזבז את כספי ירושתם, וכי נטייה זו כפופה לאופי ההוצאה, לאישיותה של המורשה ולטיב היחסים ביניהם.⁹⁶

(ג) ירושה כפרויקט משותף

לאחר שהובהרו האינטרסים השונים של המעניקה ושל המקבלים, יש להסביר את התפקידים השונים של שני הצדדים ולהבהיר את התלות ההדדית ביניהם. ירושה היא פרויקט משותף. המורשה יצרה את הרכוש, והוא מאפשר לה להביע את אישיותה ולהשפיע על העולם. לאחר מותה, למקבל יש תפקיד. המקבל מעניק לירושה תוכן חדש. הוא יכול להשקיע בחוכמה במטרות שהיו חשובות למורשה. הוא יכול להגשים את חזונה בדרכים חדשות. המקבל יכול להשתמש בקניין, והוא יכול למכור אותו. כל הדרכים הללו מאפשרות למקבל לפרש את חזון המורשה ולצקת לקניין משמעות רעננה. לחלופין המקבל יכול לזלזל במורשה, להזניח את הנכס, לבזבז או לכלותו. אולם עצם העובדה שקיימת אפשרות כזו אין משמעה שהמורשה מאבדת את אפיק ההמשכיות שלה. חשוב לזכור כי המורשה והמקבלים זקוקים זה לזה ותלויים זה בזה. הם חולקים מטרה משותפת, ועל מנת שמטרה זו תצליח, עליהם לכבד זה את זה. המשגה חד-צדדית של הורשה מתעלמת מחלק חשוב של ערך ההמשכיות ומחשיבותו של המקבל להצלחת המטרה המשותפת. אומנם נהיר לכל כי המורשה והמקבלים אינם בעלי תפקיד זהה, ואינם ראוים להגנה משפטית זהה, אולם התעלמות מתפקידם של

92 Taylor, לעיל ה"ש 73.

93 שם, בעמ' 33.

94 ראו לעיל ליד ה"ש 10–11.

95 ראו Selmer, לעיל ה"ש 6.

96 Orit E. Tykocinski & Thane S. Pittman, *Money Imbued with Essence: How We Preserve, Invest, and Spend Inherited Money*, 35 BASIC & APPLIED SOC. PSYCHOL. 506 (2013)

המקבלים והכפפתם באופן מלא למורישה שוללות את מעמדם כפרטים בהגשמת ההמשכיות הקניינית.

חשוב להדגיש, עם זאת, כי אף שהמשכיות לפי המשגה זו היא טוב עבור הפרטים השונים (עבור המורישה ועבור המקבלים), היא אינה שיקוף של מערכת היחסים ביניהם, ואינה מהווה פרויקט התייחסותי בלבד. יש לה גם תפקיד חברתי – היא מקשרת בין דורות. הרובד האישי אינו עומד בפני עצמו; לפרויקט ההמשכיות יש משמעות רק באספקלריה חברתית רחבה. פגי חשה מסר של הדרה מן המשפחה מכיוון שהחברה מצפה שהורים יורישו לילדים שהיו מסורים להוריהם, אלא אם כן יש סיבה טובה לא לעשות כן. אילו הייתה פגי חברה טובה של אלה, לבחירה לא להוריש לה הייתה משמעות מרוככת הרבה יותר. הורשה, באופן כללי, יוצרת קשר של המשכיות; נישול, לעומת זאת, יוצר מסר של הדרה רק בהקשרים חברתיים מסוימים.

בשלב זה חשוב להידרש לשאלה מרכזית: מי הם המקבלים? המאמר משתמש במונח באופן כפול. הוא מתייחס כמובן לאנשים שיורשים את המורישה, אולם הוא מתייחס גם לאנשים שראויים לקבל ירושה תחת התפיסות החברתיות המקובלות ובהתאם לאינטרס בהשתייכות ובקשר אל השורשים. הגדרה זו של "מקבלים" תלויה אם כן באידיאלים חברתיים של המשכיות. חשוב לציין כי אין מדובר ביורשים על פי דין בהכרח. כללי ירושה על פי דין מציגים תפיסה מיושנת ונוקשה של מערכות יחסים. על מנת לחשוף את האידיאלים החברתיים, נדרשת עבודה אמפירית מדוקדקת, בשילוב עם ניתוח נורמטיבי רחב. ברוב שיטות המשפט כיום "מקבלים" הם באופן טיפוסי בני משפחה. הפרק הבא מסביר ומרחיב בנקודה זו. אולם משפחה אינה בהכרח הדרך הנכונה והטובה ביותר לקדם המשכיות. ניתן לחשוב על צורות שונות של קיום מערכות יחסים משמעותיות המקבלות משמעות חברתית ותרבותית. מעבר לכך, ניתן וראוי להגדיר משפחה בצורה רחבה,⁹⁷ וזהו חלק מהעבודה הנורמטיבית החשובה כל כך לעיצוב ערך ההמשכיות.

יש לציין כי המשכיות היא ערך שמרני, מכיוון שהיא נוטה לשמר את הקיים ולהנציחו. הנטייה של המשכיות, הן כמושג מופשט והן כמוסד קנייני, היא להמשיך את מה שקדם לה, לתת תוקף לעבר, ולקשר בינו לבין העתיד. על המשפט להיות ער להיבט שמרני זה, ולטעון את מושג ההמשכיות בתוכן חדש. ניתן לעשות זאת על ידי פיתוח הגדרה רחבה וגמישה לזהות המקבלים, הכוללת דיון נורמטיבי ורגישות לצרכים

97 לעיסוק בהגדרות המשפחתיות של הורשה ראו Tanya K. Hernández, *The Property of Death*, 60 U. PITT. L. REV. 971, 1004–1019 (1999); Anne-Marrie E. Rhodes, *Abandoning Parents Under Intestacy: Where We Are, Where We Need to Go*, 27 IND. L. REV. 517 (1994); Susan N. Gary, *Adapting Intestacy Laws to Changing Families*, 18 LAW & INEQ. 1 (2000); E. Gary Spitko, *The Expressive Function of Succession Law and the Merits of Non-Marital Inclusion*, 41 ARIZ. L. REV. 1063 (1999); Paula A. Monopoli, "Deadbeat Dads": Should Support and Inheritance Be Linked?, 49 U. MIAMI L. REV. 257 (1994); John. T. Gaubatz, *Notes Toward a Truly Modern Wills Act*, 31 U. MIAMI L. REV. 497 (1977)

המשתנים של החברה על כל גווניה. נוסף על כך חשוב לייצר אפשרות לסטות מהמשכיות במקרים חריגים, כפי שיוסבר בפרק הבא.

פרק ד: יישום משפטי

המשכיות דרך קניין עשויה לקבל ביטוי בדרכים שונות. גם המשכיות שושלתית, שבה הפרטים חשובים פחות משם המשפחה, היא המשכיות. למעשה, ניתן להיעזר בהמשכיות כפריזמה לניתוח דפוסי הורשה ודיני ירושה בשיטות משפט שונות.⁹⁸ עם זאת, כללי ירושה בשיטות שונות אינם שווים מבחינה נורמטיבית. הפרק הקודם הסביר כי כללי ירושה שונים משפיעים על האיזון בין המורשה לבין המקבלים. איזון ראוי מבחינה נורמטיבית מכבד את מקומו של כל צד כפרט, מתייחס לתפקידים השונים של הצדדים, ורגיש למשמעויות החברתיות שבמסגרתן הירושה פועלת. המאמר מציע אם כן שלוש השלכות משפטיות הנובעות מהטיעון. מבנה ההמשכיות שתואר במאמר תומך בחופש ציווי כנקודת פתיחה למבנה ההורשתי. אולם חופש הציווי ראוי שיהיה מוגבל בשתי דרכים: יש לרסן את מידת החופש בהתנאת הורשה בתנאים, ונוסף על כך ראוי שצוואה לא תוכל לפגוע ביסודות ההמשכיות מבחינת המקבלים. פרק זה ממשיך ומבאר את ההצעות ההלו.

1. חופש הציווי

הצורך בהמשכיות של המורשה הוא צורך בהשפעה על העולם, בהשאת חותם. אומנם העברה של רכוש מן המורשה למקבלים יוצרת קשר בין המורשה למקבלים גם כאשר היא נעשית תחת חובה, אך בנסיבות אלה הקשר שנוצר אינו משאיר מקום לביטוי אישי. חופש הציווי מאפשר למורשה לבחור כיצד לשקף את אישיותה וכיצד היא רוצה להיות נוכחת בחיים של מקבליה. בחירותיה, טעמה ודעותיה באים לידי ביטוי. המאמר מספק אם כן הסבר וטעם נוסף לחופש הציווי. הסבר זה תואם את האופן שבו הפסיקה בארץ מבינה את חופש הציווי. הפסיקה רואה בצוואה את המסר האחרון של המורשה אל העולם – מסר המכיל בחובה את אישיותה, רצונותיה ומטרותיה.⁹⁹

2. הורשה שושלתית ותנאים בצוואות

המשכיות היא ערך דו-צדדי המאחד שני אינטרסים משלימים: הצורך להמשיך את האני והצורך בשורשים. שני האינטרסים הללו תורמים לפרויקט המשותף של יצירת המשכיות

⁹⁸ Krecizer-Levy, *Inheritance Legal Systems*, לעיל ה"ש 32.

⁹⁹ ראו ה"ש 86–88 והטקסט שלידן.

דרך קניין. אולם הדין כיום מאפשר חופש ציווי נרחב למורישה, המאפשר לה לשלוט בחיי המקבלים לאחר מותה כמו גם בשימוש שיעשה בקניין. היכולת להתנות את מתן הרכוש בתנאים נחשב באופן מסורתי חלק מחופש הציווי, ומהווה תוספת כמעט מובנת מאליה לעיקרון זה. אולם חירות הציווי אינה בלתי מוגבלת. תנאים בצוואות עשויים להיפסל על ידי בית המשפט אם מדובר בהוראות בצוואה שביצוען "בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי"¹⁰⁰ או סותר את תקנת הציבור.¹⁰¹

נוסף על כך, המורישה עשויה, על ידי שימוש באמצעים מתוחכמים, לשלוט בנכס במשך דורות. אומנם סעיף 42 לחוק הירושה מגביל את שרשרת ההורשה לשני דורות בלבד, אולם מוריש מתוחכם מצא דרך לעקוף הוראה זו. בעניין **אינול נ' קוגלמס**¹⁰² ביקש המוריש להקים קרן ליוצאי חלציו לכל הדורות עד שהקרן תיגמר. בית המשפט קבע כי מדובר כאן למעשה בהורשה לתאגיד. הקרן היא הזוכה ברכוש, ולא הצאצאים היורשים לאורך דורות, ובשל כך צוואה זו אושרה ובוצעה כלשוניה. לאחר חקיקת חוק הנאמנות, התשל"ט-1979, מתעוררת שאלה דומה, אם כי באופן שונה: האם ניתן לעקוף את סעיף 42 לחוק הירושה באמצעות הקמת נאמנות לטובת צאצאים עד קץ הדורות? שאלת תחולתו של סעיף 42 לחוק הירושה על נאמנות מסוג הקדש היא מורכבת, ויש דעות לכאן ולכאן.¹⁰³ נוסף על כך, בארצות הברית ניכרת בעשורים האחרונים מגמה של הסרת מגבלות בנוגע למשך קיומן של נאמנויות, בין היתר מסיבות מיסוייות.¹⁰⁴

הטענה במאמר היא כי אין לאפשר הורשה נצחית. הבעיה בצוואות המתיימרות לשלוט במקבלים לאורך זמן אינה אך ורק שלטון היד המתה; היא נעוצה ביסודותיה של המשכיות קניינית. כאשר המורישה שולטת בקניין במשך שנים ארוכות לאחר מותה, היא מצמצמת את תפקידו של המקבל. תרומתו של המקבל לפרויקט המשותף באה לידי ביטוי בשימוש בקניין. תפקידו הוא לתת תוכן חדש לקניין בדרכים מגוונות. ללא תפקיד זה המקבל הוא סביל: הוא מקבל את הרכוש ומשתמש בו בדיוק בדרך שבה קבעה המורישה, תוך ששיקול דעתו ומרחב התמרון שלו מצומצמים, ולכן הוא מהווה כלי בלבד. המאמר קורא לכבד את מקומם של מקבלים כפרטים ולחשוב עליהם כעל משתתפים פעילים התורמים ליצירת המשכיות. אין הכוונה שתנאים בצוואות יבוטלו תמיד. השאלה היא מידת ההגבלה המושתתת על המקבלים ומידת יכולתם לפעול כמשתתפים פעילים. האם המורישה הכתיבה תנאים מדוקדקים? מה מידת התערבותה? האם תפקידו של המקבל הוא סביל בלבד? עיסוק מעמיק בשאלות אלה חורג מהיקפו

100 ס' 34 לחוק הירושה.

101 ראו עניין **אנגלמן**, לעיל ה"ש 42. עוד ראו ע"א 724/87 **כלפה (גולד) נ' גולד**, פ"ד מח(1) 22 (1993).

102 ע"א 9/74 **אינול נ' קוגלמס**, פ"ד כט(1) 663 (1974).

103 ראו, למשל, את הדיון אצל שלמה כרם **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979** 667–668 (מהדורה רביעית, 2004).

104 ראו, למשל, Max M. Schanzbach & Robert H. Sitkoff, *Perpetuities or Taxes? Explaining the Rise of the Perpetual Trust*, 27 CARDOZO L. REV. 2465 (2006); Jesse Dukeminier & James E. Krier, *The Rise of the Perpetual Trust*, 50 U.C.L.A. L. REV. 1303 (2003); Joshua C. Tate, *Perpetual Trusts and the Settlor's Intent*, 53 U. KAN. L. REV. 595 (2005).

של מאמר זה, ונדרש מאמר נפרד שיעסוק בגבולותיהן של חירות ההענקה ושל קביעת תנאים בצוואות. מטרת מאמר זה היא להצביע על האפיון התיאורטי של המשכיות ועל ההשלכות הקונקרטיות של התיאוריה. עם זאת, ראוי לקבוע כי הורשה נצחית היא בלתי חוקית, שכן מדובר בדפוס הורשה המוחק את הפרטים לאורך שרשרת ההורשה ומותיר את כל הכוח בידי המורשה לאורך דורות ארוכים.

3. הגנה על זכויות המקבלים

חופש הצייווי מהווה את נקודת הפתיחה לדיון, אך לא את סופו. חופש הצייווי הוא כלי לקידום חזון המשכיות של המורשה. מכיוון שתפיסה דו-צדדית של הורשה היא ראויה מבחינה נורמטיבית, דיני ירושה צריכים להכיר גם באינטרס של המקבלים בהשתייכות ובצורך שלהם בשורשים. שיטות משפט שונות מכירות בצורך הזה בדרכים שונות, כולל הורשה כפויה לטובת ילדי המורשה או קביעת הוראות נרחבות המחייבות תמיכה בבני משפחה.¹⁰⁵ המטרה בתת-פרק זה אינה להציע מודל מוכן ליישום. גיבוש מודל כזה מחייב עיסוק בתוכן ההמשכיות ובמוסד שיכבד את תלונות המקבל (בתי משפט, מחוקק, מוסד אחר). שאלות אלה הן כבדות משקל, וחורגות מרוחב היריעה של המאמר. תחת זאת המאמר טוען כי יש לגבש מגבלות בנוגע לחופש הצייווי, ומצביע על דרך אפשרית לייצר מגבלות מסוג זה. דרך זו אינה מושלמת, אך היא מדגימה היטב את הטיעון התיאורטי ואת החשיבות של פיתוח עתידי של מודלים מסוג זה.

הבה נחזור אל פגי ואלה – הבת והאם ממיזורי. בתחילת המאמר עסקתי בדר-ערפיות הנורמטיבית שצוואתה של אלה מעוררת: מצד אחד, אנו חושבים שיש לכבד את רצונה של אלה כפי שהוא משתקף בצוואתה; מן הצד האחר, רבים חשים כי צוואה זו אינה צודקת, אינה הוגנת. אולם קודם לכן היה קשה להסביר מה בדיוק לא בסדר בצוואה. העיסוק בערך המשכיות והבנתו כערך דו-צדדי מספקים הסבר. חופש ציווי נגזר מהצורך האנושי בהמשכיות, ותלוי בו. כאשר המצווה משתמשת בחופש הצייווי באופן שפוגע בצורך בהשתייכות של מקבליה, היא חורגת מן הסמכות שהוגדרה לה, שכן היא פוגעת ביסודותיה העקרוניים של המשכיות. האינטרס של פגי נפגע מכיוון שהצוואה כוללת מסר משתמע של הדרה, ניתוק מהמשכיות. אלה, כאמה של פגי, מסמלת את השתייכותה למשפחת בטס. כאשר פגי מנושלת מהצוואה, היא מאבדת באופן סמלי את מעמדה כבתה של אלה או למצער את מעמדה כבת טובה. משמעות הנישול, כאשר אין מאחוריו סיבה מקובלת, חורגת מההפסד הכלכלי, וכרוכה במעמד משפחתי, בשורשים וגם בערך אישי.

חשוב להדגיש, עם זאת, כי הטיעון אינו שפגי זכאית לירושה כי היא טיפלה באם בעוד אחיה של האם, גאי, לא היה מסור באותה מידה. אין בטיעון שיפוט מוסרי של מערכת היחסים או של ערכה של ההתנהגות. הטיעון הוא כי לפי ההבנה המקובלת של ירושה כיום, נישול בת שעימה ניהלה המורשה מערכת יחסים קרובה והדוקה, וזאת ללא

¹⁰⁵ Krecizer-Levy, *Inheritance Legal Systems*, לעיל ה"ש 32.

סיבה הנתפסת כמוצדקת, מהווה מסר של הדרה מן המשפחה. אילו נישלה אלה את חברתה הטובה, אזי בנסיבות רגילות לא הייתה החברה חווה את הנישול כהדרה או כדחייה שלה מקבוצה חברתית המייצגת שורשים. כלומר, הטיעון אינו עוסק במערכות יחסים, אלא במשמעותן החברתית. כמוכן, אין בכך כדי לומר שאלה אינה יכולה להוריש לחברתה הטובה, לצד הורשה צנועה לבתה. לחלופין, אין הכוונה שמערכת יחסים חברתית אינה יכולה ליהפך לכזו המייצגת המשכיות: הדבר תלוי בטיבה, בעוצמתה, במשכה. כמו כן, כפי שאסביר בהמשך, תפיסות של המשכיות עשויות להשתנות עם הזמן, כך שגיבוש תוכן ההמשכיות מחייב עבודה נורמטיבית מתמשכת.

כיצד ניתן לאזן בין חופש הציווי לבין הגנה על האינטרס של פגי? מחקרים העוסקים בהשפעה בלתי הוגנת בארצות הברית ובארץ מראים כי בתי משפט נוטים לקיים הערכות נורמטיביות של צוואות בהתאם לשיקולים של הגנה על אינטרסים של בני משפחה.¹⁰⁶ במקרה שלנו נפסלה צוואתה של אלה בטס באמתלה של השפעה בלתי הוגנת, וזאת אף שאלה הייתה אישה דעתנית וצלולה. פתרון זה בעייתי מכמה בחינות: ראשית, הוא בלתי שקוף, ולכן קשה להעריך את איכותו; שנית, הוא חסר הסבר תיאורטי; שלישית, הוא דורש איתור של צד שלישי שפעל בצורה בלתי ראויה (במקרה שלנו – גאי), ועל כן אינו מספק פתרון שיטתי המתייחס לקשת רחבה של מקרים.

במסגרת שיטת המשפט הישראלית ניתן לפצל את עילת ההשפעה הבלתי הוגנת לשתי עילות נפרדות. עילה אחת תהיה עילה רזה המתייחסת למקרים ברורים של השפעה בלתי הוגנת, שבהם רצונה של המורשה הוחלף ברצון אחר.¹⁰⁷ עילה זו תהיה דומה לעילות הכפייה, האונס והאיום, המנויות גם הן בסעיף 30 לחוק הירושה. לצד עילה רזה זו המאמר מציע להכיר בעילת פסלות חדשה. עילה זו תכלול את הרכיב הנורמטיבי של עילת ההשפעה הבלתי הוגנת, ותיקרא "פגיעה ביסודותיה של המשכיות לאחר המוות". כאשר המורשה השתמשה בחירות הציווי המסורה לה בדין על מנת לערוך צוואה המתעלמת מהאינטרסים של מקבלים אפשריים, יהיה אפשר לערוך תיקונים בצוואה או אף לבטלה. דוגמה אפשרית לעילה זו מצויה בחוק ממחוז בריטיש קולומביה, קנדה. סעיף 2 ל-Wills Variation Act קובע:

"Despite any law or statute to the contrary, if a testator dies leaving a will that does not, in the court's opinion, make adequate provision for the proper maintenance and support of the testator's wife, husband or children, the court may, in its discretion, in an action by or on behalf of the wife, husband or children, order that the provision that it thinks adequate, just and equitable in the circumstances be made out of the testator's estate for the wife, husband or children."

106 ראו ה"ש 55–60 והטקסט שלידין.

107 ראו שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, השכ"ה-1965 כרך ראשון (סעיפים 1–55) 269 (1992).

עילה זו פורשה בפסיקה הקנדית כחורגת מתמיכה על בסיס צורך כלכלי, וכמבוססת על נורמות חברתיות. נקבע כי על המורשה לנהוג באופן שבו אדם שקול היה פועל באותן נסיבות בהתאם לאמות המידה המקובלות בקהילה.¹⁰⁸ אומנם, גם העילה הקנדית, המובאת כאן כהשראה להצעה, מעוררת בעיות. ראשית, העילה מוגדרת בצורה צרה מאוד – היא כוללת בני זוג וילדים בלבד, ואינה מכירה כמעט בשיקולים הקשורים להתנהגות ולמערכת היחסים בין הצדדים. שיטות משפט אחרות במשפט המקובל מפגינות רמות שונות של גמישות בהקשר זה.¹⁰⁹ שנית, גם עילה זו אינה עוסקת בניתוח תיאורטי של המשכיות, אלא נצמדת למונחים מעורפלים יותר, כגון חובה מוסרית והוגנות. אולם למרות כל זאת, העילה מהווה דוגמה לאופן שבו ניתן לערוך ביקורת שיפוטית על צוואות שאינה נטועה דווקא בהגנה על חופש הציווי או ברווחתם של בני משפחה נזקקים.

ביקורת חשובה נגד המשכיות כעילת פסלות חדשה היא כי תיקון צוואה לטובת פגי אינו משנה את המסר המדיר הטמון בצוואתה של אמה. בעוד עילת ההשפעה הבלתי הוגנת עוסקת לכאורה בכוונתה האמיתית של האם, עילת הפסלות החדשה אינה מסתרת תחת רצון המוריש. אכן, הורשה ישירה לפגי הייתה נושאת משמעות גדולה וחשובה יותר מזו הטמונה במסר חברתי המובע על ידי בית המשפט. אולם אין להסיק מכך כי המסר החברתי-המשפטי הוא חסר חשיבות. למשפט יש תפקיד מעצב.¹¹⁰ הצורך בשורשים קשור באופן הדוק למורשה כמייצגת השתייכות למשפחה או לקבוצה חברתית אחרת. להמשכיות כערך יש מובן רק כאשר היא ממוקמת ברקע תרבותי וחברתי. כאשר בית המשפט פוסל את הצוואה, המשפט מעביר למעשה את המסר כי המצווה טענה, וכי יש לתקן את טעותה. בכך המשפט מרכז את המסר השלילי הנעוץ בהדרה, ומחליף אותו במסר חברתי – לא אישי – של השתייכות.

עיצובה של עילת הפסלות החדשה מעורר שתי שאלות נוספות. האחת היא כיצד ראוי שהמשפט יאזן טענות מתחרות של המשכיות. הניחו כי לאלה היו שלושה ילדים, וכי עם כולם הייתה לה מערכת יחסים טובה. האם על המשפט לחייב את אלה להתייחס באורח שוויוני לשלושת ילדיה? קווים מנחים מדוקדקים חורגים מהיקף המאמר, אולם חשוב מאוד להדגיש כי אין הכוונה לחייב חלוקה שווה בין ילדים. פגיעה ביסודות המשכיות מתגבשת כאשר בנה או בתה של המורשה אשר ניהלו עם אמם מערכת יחסים קרובה מנושלים לחלוטין, להלכה או למעשה. בעיה זו מתחדדת כאשר המורשה מבקשת לקדם מטרות שהיו חשובות לה, כגון תמיכה בחיילים בודדים, תרומות למחקר רפואי או הגנה על איכות הסביבה. מטרות אלה מגלמות את חזון המשכיות של המורשה, ויש להכיר בהן ולאזן מול ההכרה באינטרס של מקבלים מסוימים. האיזון המדויק חורג מגבולות הגזרה של מאמר זה. עם זאת, ניתן לומר כי יש מקום להכיר

108 ראו *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807.

109 *Kreiczer-Levy, Inheritance Legal Systems*, לעיל ה"ש 32.

110 ראו, למשל, Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021 (1996); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996).

בהורשה למטרות צדקה שבצידה הורשה צנועה יותר למקבלים מוגנים. לחלופין, הורשה לצדקה עשויה להיתמך בנימוקים המצדיקים אי-הכרה במקבלים (מתן עזרה ומתנות למקבלים במהלך החיים, חשיבות המטרה וכדומה).

השאלה האחרת עוסקת בתוכן המשכיות. מהדוגמאות שבהן עסקתי עד כה עולה כי המשכיות היא למעשה הגנה על ילדי המורשה, ונשאלת השאלה אם קישור זה של המשכיות דווקא לילדי המורשה הוא הכרחי וראוי.

למעשה, להמשכיות יש שני מרכיבים: מרכיב תיאורי-סוציולוגי ומרכיב נורמטיבי. באשר למרכיב הראשון, להמשכיות יש משמעות רק בהינתן רקע חברתי ותרבותי מסוים. המשכיות באמצעות קניין משתנה בין חברות שונות. היא מערבת תפיסות של מוות ואלמוות וכן הבנה מסוימת של מוסד הקניין. ההיבט התיאורי של המשכיות מחייב מחקר מעמיק של האידיאלים החברתיים המרכיבים אותה. הגם שמחקר כזה טרם נעשה, הפנה המאמר זרקור אל מערכת היחסים בין הורים לילדים, ולא במקרה, שכן מחקרים אמפיריים קושרים בין ירושה לבין יחסי הורים וילדים (בצד יחסים בין בני זוג).¹¹¹ אולם גם לטיבה של מערכת היחסים בין ההורים לילדים יש חשיבות. ניתן לומר, בזהירות רבה, כי ילדים אשר התנהגו כפי שמצופה שילדים יתנהגו נחשבים מקבלים לצורך המשכיות.

עם זאת, משפחה וירושה אינן קשורות בקשר כל יינתק. אנחנו יכולים לחשוב על חברות שונות שבהן נמענים אחרים מייצגים המשכיות דרך קניין. אציג כאן בקצרה שתי דוגמאות על מנת להמחיש עד כמה תוכן המשכיות הוא גמיש. דוגמה ראשונה היא דיני הירושה הסיניים, כפי שהם מנוסחים על ידי פרנסס פוסטר,¹¹² ותוך מתיחה קלה לצרכינו. הבסיס של דיני הירושה הסיניים הוא טיפול במורשה, ולא יחסים משפחתיים. בשיטה המבוססת על הבנה כזו של המשכיות, צוואה אשר מתעלמת ממקומו של המטפל שהקדיש את עצמו לתמיכה במורשה תיחשב הדרה של המקבל ופגיעה בהשתייכותו. דוגמה שנייה היא דמיונית לחלוטין: דמינו חברה שבה ידע – ולא יחסים משפחתיים – הוא הבסיס להמשכיות קניינית. במקרה כזה הקשר בין תלמיד למורה ייהפך לאידיאל חברתי בירושה. קשה לדמיין שיטה כזו, מכיוון שכיום ידע מהווה אפיק שונה להמשכיות, אשר מנותק מקניין. מכל מקום, הנקודה החשובה היא שהמציאות הקושרת משפחה לירושה נולדה מתהליכים היסטוריים מסוימים, ואינה מחויבת המציאות.

לצד ההיבט התיאורי חשוב לעסוק גם בהיבט הנורמטיבי. חברה מסוימת עשויה להפלות בין נשים לגברים או להפלות על בסיס גיל או נטייה מינית.¹¹³ ערכים כגון

Daphna Hacker, *The Gendered Dimension of Inheritance: Empirical Food for Legal Thought*, 7(2) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 322 (2010); 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, 28–29 (2000).

Foster, לעיל ה"ש 22.

Shelly Kreiczer Levy & Meital Pinto, *Property and Belongingness: Rethinking the* השוו *Gender-Biased Disinheritance*, 21 TEX. J. WOMEN & L. 119 (2011).

שוויון ופלורליזם וכן הכרה בדפוסים שונים של קרבה חייבים להיות חלק מהדין. אולם החשיבות של הרובד הנורמטיבי חורגת מהגנה על ערכים ליברליים. מטרתו היא לאפשר פיתוח של ההמשכיות וקריאת תיגר על המוסכמות הקיימות. המשכיות, בסופו של יום, היא ערך שמרני. היא משמרת את הקיים, תורמת להשתייכות ומחזקת קשרים. בשל כך חובה עלינו להשאיר פתח לשינוי. יש לאפשר גם לקולות פרטניים להמשיך להשמיע את קולם. זוהי מחויבות פלורליסטית, אך גם ערכית, אשר פתוחה אל האחר ומכוונת לרפלקציה עצמית. עיצוב מערכת משפטית כזו הוא אתגר לא פשוט. הוא מחייב הכרה בחופש ציווי נקודת מוצא, שינויים תכופים בעילות הפסלות ומודעות שיפוטית גבוהה. קול אישי וחריג עולה מצוואתו יוצאת הדופן של האריסטוקרט הפורטוגלי לואיס קרלוס דה נורונה קברל דה קמרה.¹¹⁴ לואיס, אדם ערירי ללא קרובי משפחה, בחר באופן מקרי שבעים שמות מספר הטלפונים של ליסבון והזכיר אותם בצוואתו כמוטבים. כאשר פנו לזוכים לאחר מותו, הם נדהמו לגלות שהם מוטבי צוואתו. הצוואה היא ייחודית ואקסצנטרית כי היא סוטה מהנורמות החברתיות. לואיס בחר להתעלם מאפשרויות "סבירות" שהיו פתוחות לפניו. הוא היה יכול להוריש את כספו לארגון פילנתרופי, לחבר או לשכן, והוא היה יכול לבחור אדם מקרי ולהוריש לו את כספו אך לבחור לייצר איתו מערכת יחסים עוד בחייו. צוואתו מסמנת נתיב אחר: הוא מאתגר את מוסד הירושה ואת הנחות היסוד שבבסיסו, אך עושה זאת תוך שימוש פנימי בכללי המשחק. צוואתו מחייבת אותנו לחשוב על מטרותיו של מוסד הירושה, על מהותה של ההמשכיות ועל תוכנה. קולות כאלה חשוב שישמעו, יקבלו תוקף ויעוררו מחשבה. אופן ההכרה בקולות אלה, גבולות ההכרה בהם והאיזון מול שיקולים מתחרים מחייבים פיתוח במחקר המשך.

סיכום

דיני הירושה מכילים בחובם מתח פנימי בין כיבוד רצון המורשה לבין הגנה על הקרובים לה. מתח זה מעסיק שיטות משפט רבות, המנסות למצוא פתרונות שונים שיאזנו בין האינטרסים הנוגדים. הכרעה לטובת חופש הציווי אינה מספקת יציבות משפטית, כפי שהדגימו חוקרים רבים. יתרה מזו, היא אינה משקפת נכונה את הדין הלכה למעשה. המאמר פירק את המתח הפנימי, והציע תיאוריה המבארת את טיבו. במקום לטעון לטובת חופש ציווי של המורשה או לטובת הכרה באינטרסים של הקרובים לה, קידם המאמר תיאוריה מקיפה העוסקת בשני האינטרסים הנוגדים. במרכז התיאוריה עומד ערך ההמשכיות. ערך זה אינו חד-ערכי, והוא כולל בחובו שני אינטרסים משלימים: האינטרס של המורשה להמשיך להשפיע על העולם לאחר מותה, והאינטרס

114 לדיווח על המקרה ראו Patrick Jackson, *Where There's a Will There's a Whim*, BBC NEWS (Jan. 17, 2007), news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6268015.stm

של מקבלים מסוימים בהשתייכות אל המורישה, המייצגת לגביהם שורשים וזהות. המאמר הסביר עוד כי אין מדובר באינטרסים נפרדים; הורשה היא פרויקט משותף הנשען על שני צדדים התלויים זה בזה. התיאוריה המוצעת מספקת כלים לניתוח מעמדו של חופש הציווי בשיטות משפט שונות, והיא גם מצביעה על המודל הרצוי מבחינה נורמטיבית. בהמשך לכך הציע המאמר קווים מנחים לרפורמה של דיני הירושה, והכרה במגבלות חשובות שיש להשית על חופש הציווי. הוצע לשקול הכרה בעילת פסלות חדשה, ושקופה מבחינה משפטית, הפוסלת תנאים בצוואה אשר פוגעים ביסודותיה של ההמשכיות.

עם זאת, הטיעון כולו הוא פנימי לדיני הירושה. הוא יוצא מנקודת הנחה שירושה היא מוסד משפטי קיים וחזק, ושקניין משמש כלי ליצירת קשרים ולכינון זיכרון. שתי ההנחות הללו אינן מובנות מאליהן, וניתן ואף רצוי לקרוא עליהן תיגר. טענת המאמר היא כי בשיטה המשפטית הקיימת, המבוססת כולה על כוחו של המצווה, הדין לוקה בחסר הן מבחינה תיאורטית והן מבחינה נורמטיבית.