

“הנה היה אדם ואיננו”¹ על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת

מאת

שלי קרייצר-לוי* ואיילת בלכר-פריגת**

תקציר

המאמר עוסק בפרשנותן של צוואות ומבקר את התפיסה המקובלת, המתמקדת בחשיפה של רצון המצווה אך מבינה את ה"רצון" כמושג מבודד המתקיים בחלל ריק ונטול הקשר, ובפרט במנותק ממערכות היחסים שהמצווה הייתה צד להן. הטענה המרכזית של המאמר היא שבפרשנות צוואה יש להבין את מושג הרצון כרצון מקושר, הנטוע במערכות יחסים. הבנה זו של רצון המצווה משליכה על האופן שבו יש לקרוא את הצוואה, קרי: כמסמך משפטי שמהותו היא יצירת גשר בין המצווה לבין קרוביה, מכריה, יורשיה וגם אלו שבחרה להדיר מצוואתה.

ההליך הפרשני-המשפטי המוצג במאמר זה מעניק לצוואה את אופייה הייחודי, שכן פעמים רבות צוואות כתובות בשפה טכנית. ההליך הפרשני מאפשר להזריק לצוואה נשמה, למלא אותה תוכן אנושי ולהדגיש את ההיבטים האינדיבידואליים של כל מורישיה; נוסף על כך יש בהליך המוצע כדי לקדם את הערך בדבר כבוד המת. הגישה הפרשנית המוצעת מאתגרת את החלוקה הדיכוטומית בין רצון המצווה לבין הגנה על בני משפחה ורואה ברצון הקישורי את המטרה המרכזית של פרשנות הצוואה.

המאמר מציע שלוש השלכות משפטיות קונקרטיות הנגזרות מגישה פרשנית זו. ראשית, הכרה בייחוד הצוואה ככלי קישורי היא שיקול לטובת גישה פרשנית חד-שלבית, המייחסת לראיות משקל וחשיבות מעבר ללשון. שנית, אנו טוענות בזכות נקודת מוצא פרשנית שלפיה התכונה המצווה להיטיב עם יורשיה ולא להזיק להם. שלישית, לאור חשיבותם של קשרים בין-אישיים במסגרת ההמשגה של חופש הציווי, אנו מציעות חזקה פרשנית שלפיה ביקשה המצווה להוריש את רכושה לאנשים שעמם קיימה מערכות יחסים משמעותיות. עם זאת, מאחר שעל המשפט להכיר בזכות המצווה לכתוב מחדש לא רק את סיפור חייה אלא גם את האופן שבו יזכרו אותה, זוהי נקודת מוצא בלבד הניתנת לסתירה בהתאם לנסיבות העניין.

* מרצה בכירה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת גן.

** מרצה בכירה, שערי משפט, הוד השרון. שתי הכותבות תרמו באופן שווה למאמר. אנו מבקשות להודות לדפנה הקר, לאייל זמיר, למשתתפי הכנס הישראלי בנושא משפט וחברה שהתקיים במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ולמשתתפים בסמינר המחלקתי במרכז הבינתחומי על הערותיהם המועילות. כמו כן, אנחנו מבקשות להודות לעורכות עיוני משפט על עבודת עריכה מצוינת.

1 לקוח מתוך ש"ז חשין דמויות מבית המשפט 144 (תשי"ג).

מבוא

- א. המחלוקת על אודות פרשנות צוואה: חשיבה מחודשת
1. גדר המחלוקת: בין פרשנות לשונית לפרשנות תכליתית
 2. המחלוקת בדבר איתור רצון המצווה
 3. הבנה מחודשת של רצון המצווה
- ב. לקראת גישה פרשנית ראויה
1. אופי הצוואה: אידאל מול מציאות
 2. הזרקת נשמה וכבוד המת
 3. על כבוד, ייחודיות וקשר
- ג. מתאוריה לפרקטיקה
1. הזרקת נשמה וכבוד המת: יישום העקרונות
 2. כבוד והמורישה המיטיבה
- ד. האם לקרובי המשפחה מעמד מוגן במסגרת גישה פרשנית ראויה?
1. על יורשים ראויים ופרשנות
 2. "אני מקושר" ומעמדם של יורשים
- סיכום: בין נשמה למשפחה

מבוא

נושא פרשנותם של טקסטים משפטיים זכה לתשומת לב רבה בכתיבה המשפטית המחקרית ובפסיקה, בישראל ומחוצה לה. הפרשנות של טקסטים חוקתיים, דברי חקיקה וחוזים העסיקה רבות את אנשי האקדמיה והשפיטה. בישראל, פרשנות חוזים היא שעמדה במוקד דיונים סוערים.² מקרב הטקסטים המשפטיים, דווקא הצוואה נותרה יחסית בשולי הדיון העשיר והמורכב בנושא הפרשנות.

עיקר הדיון שהוקדש עד כה לפרשנות צוואה נסב סביב שאלת הדרך הטובה ביותר להתחקות אחר רצון המצווה. שתי גישות מתחרות משני צדי המתרס: הפרשנות הטקסטואלית¹ לשונית והפרשנות התכליתית.³ הגישה לשונית מתחילה את המהלך הפרשני בלשון הצוואה, ורק כשלשון הצוואה אינה ברורה תפנה השופטת אל הנסיבות החיצוניות; לעומתה, הגישה התכליתית מפרקת את ההיררכיה בין לשון לנסיבות ורואה בשתייהן נתונים רלוונטיים

2 ראו, למשל, איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 1 (איל זמיר, ברק מדינה, סיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: **זמיר "השופט ברק ודיני החוזים"**); דניאל פרידמן "לפרשנות המונח פרשנות והערות לפסק דין אפרופים" **המשפט** ח 21 (2003); מנחם מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ובשאלת המשך התפתחות דיני החוזים בישראל" **עיוני משפט** כט(1) 17 (2007); ישראל צינגלאוב "פרשנות לגיטימית או התערבות הפוגעת ביציבות המשפטית? גישת הפרשנות התכליתית על פרשת דרכים" **הפרקליט** נ 261 (2008).

3 ראו להלן חלק 1.

לאיתור רצון המצווה ולגיבוש המובן של הצוואה. שני הצדדים הנצים בדיון זה מסכימים על נקודת המוצא שלפיה יש לפרש צוואה באופן שמגשים את רצון המצווה; שתי הגישות דוחות – לפחות בשלב הראשון – התייחסות לשיקולים נוספים כגון אינטרסים של קרובי משפחה.⁴ במובן זה, המחלוקת היא מושגית-אמפירית במהותה, והיא המשך ישיר לדיון המוכר בפרשנות חוזים בין פרשנות טקסטואלית לפרשנות תכליתית. עד היום טרם הצליחו התומכים בכל אחת מהגישות להוכיח את עליונותה של גישה אחת על האחרת בהגשמת ההתחקות אחר רצון המצווה. על רקע זה נבקש לאתגר את הדיון הקיים ולהעשירו בכמה מהלכים שלובים.

בשלב הראשון נבקש להציג הבנה מורכבת יותר של מושג הרצון בדיני צוואות. הבנה זו מאתגרת את הדיכוטומיה של השיח הקיים, המתנהל בין רצון המצווה הניתן לגילוי ולכירור אמפירי לבין ערכים חיצוניים, בפרט אלו המתייחסים לאינטרסים של קרובי משפחה בירושה. אנו טוענות כי התפיסות הקיימות של מושגי רצון המצווה וחופש הציווי שבבסיס דיני הצוואות מניחות מצווה שהיא פרט אטומיסטי, מנותק ממערכות יחסים. בהתאמה, ההנחה היא שרצונה מתגבש בחלל ריק נטול הקשר. אל מול תפיסה זו אנו מציעות לראות את המצווה כפרט מקושר וכצד למגוון של מערכות יחסים. מכאן, גם תפיסתנו את הרצון ואת חופש הציווי היא תפיסה קישורית, המדגישה את האופן שבו הרצון מתגבש מתוך מערכות יחסים. אנו חושפות כי הבנה זו של רצון המצווה וחופש הציווי כמושגים קישוריים למעשה קיימת בדיון הישראלי, אף אם היא אינה מקבלת ביטוי במישור ההצהרתי.

לאחר הצגת האופן שבו אנו מציעות להבין את רצון המצווה ואת חופש הציווי אנו מפנות את מבטנו אל הצוואה עצמה ומבקשות למקד את ההליך הפרשני באופייה הייחודי. אנו מראות כיצד ההבנה הקישורית של רצון המצווה ושל חופש הציווי משתקפת בייחודה של הצוואה כמסמך משפטי, שמהותו יצירת גשר בין המצווה לבין קרובה, מכריה, יורשה וגם אלו שבחרה להדיר מצוואתה. נוסף על כך, ברטוריקה של הספרות האקדמית, של הפסיקה ושל הכתיבה שאינה משפטית, הצוואה מתוארת כמסמך אישי ייחודי, המגלם את אישיות המורשה ומעביר מסר פרטי ואף אינטימי ממנה אל הנשארים אחריה. אל מול תפיסה זו של הצוואה – כמסמך שיש בו ניצוץ של אנושיות – מתגלה מציאות אפורה של צוואות הכתובות בשפה טכנית ומסמכים נטולי ייחודיות אישית.

לטענתנו, בהליך הפרשני הראוי בתי המשפט ממלאים את הצוואה בתוכן אנושי, תוך שהם נעזרים בעדויות לגבי קשריה של המצווה עם אנשים, לגבי מטרותיה ולגבי אופייה. הם מתייחסים לפעולות קודמות ולצוואות עבר. השופטים מעבדים מידע המתקבל מן הצדדים לסכסוך, שהיו קרובים ומוכרים למצווה, וחושפים דמות עם חזון, מטרות וקשרים. כך, ההליך הפרשני-המשפטי הוא שנותן לצוואה את אופייה הייחודי ומדגיש את ההיבטים האינדיבידואליים של כל מורשה. אנו רואות הליך פרשני כזה כהליך "המזריק נשמה" לצוואה וטוענות כי הליך כזה גם תואם ומקדם את הערך בדבר כבוד המת.

4 ברק מתייחס גם לתכלית אובייקטיבית במקרה שהרצון לא ידוע. במסגרת התכלית האובייקטיבית של הצוואה נכללים שיקולים כגון הגנה על המשפחה. ראו להלן בטקסט את הדיון שליד הערות

אף שהפסיקה הישראלית הכירה בערך של כבוד המת כחלק מכבוד האדם, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הפסיקה והספרות הישראלית אינן מפרטות ומבהירות באופן מספק מה הם התוכן והמשמעות המשפטיים של ערך זה. אנו מבקשות לצקת תוכן לערך בדבר כבוד המת בהקשר של פרשנות צוואות. בצד ההבנה המקובלת ש"כבוד" הוא מושג אוניברסלי המוענק לכל אדם באשר הוא אדם, במנותק ממאפייניו הייחודיים, אנו טוענות כי בהקשר של פרשנות צוואות, הליך המפשיט את המצווה ממאפייניה הייחודיים והופך אותה ל"כל אדם" יש בו כדי לפגוע בכבודה. לכן אנו מציעות להוסיף לדיון את תפיסת הנפטר כאינדיבידואל קונקרטי, כאדם ייחודי בעל מטרות ושאיפות, כמי שנטוע במגוון של מערכות יחסים התורמות לגיבוש האוטונומיה שלו – כל אלה כחלק מהבנת הערך בדבר כבוד המת. הליך פרשני המזריק נשמה לצוואה מגשים גם מטרה זו.

מכאן, אנו עוברות לגזור את ההשלכות המעשיות של התפיסה שאנו מציעות על פרשנות של צוואות. ראשית, אנו טוענות כי הכרה בייחוד צוואה ככלי קישורי מהווה שיקול לטובת גישה פרשנית חד-שלבית, המייחסת משקל וחשיבות לראיות שהן מעבר ללשון. פנייה לנסיבות מאפשרת את "הזרקת הנשמה" לצוואה ואת מילויה בתוכן אנושי. כך, ההליך הפרשני-המשפטי הוא שנותן לצוואה את אופייה הייחודי ומדגיש את ההיבטים האינדיבידואליים של כל מורשה, ובכך מקדם גם את כבודה. שנית, מאחר ש"חופש הציווי" הוא מונח קישורי במהותו, ומערכות היחסים של המצווה הן חלק בלתי-נפרד מפעולת הציווי אנו טוענות בזכות נקודת מוצא פרשנית שלפיה המצווה התכוונה להיטיב עם יורשה ולא להזיק להם. אנו מכנות גישה זו בשם "המורשה ומיטיבה", וטוענות כי אף היא תואמת את הערך בדבר כבוד המת כפי שנו מציעות להבינו. שלישית, לאור חשיבותם של קשרים בין-אישיים במסגרת המשגה של חופש הציווי, אנו מציעות חזקה פרשנית שלפיה ביקשה המצווה להוריש את רכושה לאנשים שעמם קיימה מערכות יחסים משמעותיות. מכיוון שעל המשפט להכיר ביכולת של המצווה לכתוב מחדש לא רק את סיפור חייה אלא גם את האופן שבו יזכרו אותה, זוהי נקודת מוצא בלבד והיא ניתנת לסתירה בהתאם לנסיבות העניין; מכל מקום זו עדיין נקודת מוצא פרשנית חשובה.

מטרתנו העיקרית במאמר זה היא להוסיף לדיון שיקולים משמעותיים שנעדרו עד כה מהשיח על פרשנות הצוואה, אך איננו שוללות את קיומם של שיקולים אחרים שהועלו בספרות בהקשר לפרשנותם של טקסטים משפטיים ככלל, ועשויים להיות רלוונטיים גם לשאלת פרשנותן של צוואות. מכיוון שמוקד דיוננו הוא ייחודה של הצוואה, קשיים ושאלות שאינם ייחודיים לפרשנות צוואה לא יזכו לדיון מעמיק במאמר אף שהם מתעוררים גם בפרשנות של צוואה. נושאים אלו נדונו בהרחבה בספרות האקדמית המשפטית, הגם שיישומם בהקשר של צוואה קיבל תשומת לב פחותה. לפיכך, אף שאנו מקדמות גישה פרשנית שאינה מעניקה עדיפות ללשון הצוואה, ומציעות חזקות פרשניות נוספות, איננו מבקשות לסתום את הגולל על המחלוקת הפרשנית הרחבה אלא לפתח את הדיון ולקרמו.

זה מבנה המאמר: החלק הראשון של המאמר יציג את המחלוקת הקיימת על אודות פרשנות צוואה. נדון בגבולות השיח בין הגישות המתחרות ונסביר כיצד אנחנו מציעות לאתגר ולהציע לו המשגה מחודשת. חלקו השני של המאמר יפרוש את הגישה הפרשנית הראויה ויגדיר את עקרונותיה. החלק השלישי יסביר, בעזרת ניתוח הפסיקה, איך אפשר

להגשים את העקרונות הפרשניים בדבר הזרקת נשמה וכבוד המת בפרקטיקה השיפוטית. החלק הרביעי ידון במקומם של יורשים ראויים בהליך הפרשני. לבסוף – נסכם.

א. המחלוקת על אודות פרשנות צוואה: חשיבה מחודשת

בפרק זה אנו מתארות את המחלוקת על אודות פרשנות צוואה כפי שהיא תוארה עד היום בפסיקה ובספרות האקדמית בארץ. נראה כי הגישות המתחרות – זו הדבקה בפרשנות מילולית של הצוואה וזו המבקשת לצאת אל מעבר ללשון (פרשנות תכליתית) – יוצאות מאותה נקודת מוצא שלפיה המטרה של ההליך הפרשני היא התחקות אחר רצון המצווה. נראה כי עד היום טרם הצליחו התומכים בכל אחת מהגישות להוכיח את עליונותה של גישה אחת על האחרת בהגשמת מטרה זו. על רקע זה נבקש לאתגר את הדיון הקיים ולהעשירו באמצעות שני מהלכים שלובים: הראשון הוא הצגת הבנה מורכבת יותר של מושג הרצון בדיני צוואות, המאתגרת את הדיכוטומיה בשיח הקיים בין רצון המצווה לבין האינטרסים של קרובי משפחתו; המהלך השני הוא הוספת שיקול למכלול השיקולים הקיים – שיקול המתמקד באופי הייחודי של הצוואה המגלמת את אישיות המורשה ואת המסר שהיא מבקשת להותיר אחריה. אנו קושרות שיקול זה לערך בדבר כבוד המת.

1. גדר המחלוקת: בין פרשנות לשונית לפרשנות תכליתית

נקודת המוצא לדיון בשאלת פרשנות של צוואות בישראל היא סעיף 54 לחוק הירושה:⁵

54. (א) מפרשים צוואה לפי אומד דעתו של המצווה כפי שהיא משתמעת מתוך הצוואה, ובמידה שאינה משתמעת מתוכה – כפי שהיא משתמעת מתוך הנסיבות.

(ב) צוואה הניתנת לפירושים שונים, הפירוש המקיים אותה עדיף על פירוש שלפיו היא בטלה.

(ג) צוואה יכול שתהיה בלשון מתנה, מחילה או הודאה או בכל לשון אחרת.

באופן מסורתי הובן הסעיף כיוצר היררכיה וקובע עיקרון של פרשנות דו-שלבית, כך שפרשנות צוואה נעשית במדרג: ראשית מפרשים לפי אומד דעתה של המצווה כפי שהיא משתמעת מתוך הצוואה עצמה, בצמידות לטקסט, ורק אם אומד דעתה אינו ברור מן הטקסט – עוברים לברוק את הנסיבות האופפות את הצוואה. מכאן עולה עיקרון שלפיו מתמקדים בראש ובראשונה בלשון הצוואה, ורק בהיעדר פתרון – או כשמתעורר קושי כלשהו – עוברים

5 סעיף 54 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח תשכ"ח 446 (להלן: חוק הירושה). חוק הירושה קובע בצד סעיף זה כמה חזקות פרשניות חקיקתיות שמטרתן להציע פתרונות פרשניים קונקרטיים בנסיבות מסוימות. כך, למשל, סעיף 49 קובע כי במקרה שזוכה על פי צוואה מת לפני המצווה, ולא נקבע בצוואה אדם אחר שיזכה במקומו – צאצאי הזוכה שנשארו בחיים בשעת מות המצווה יזכו לפי כללי הירושה על פי דין. חזקה חקיקתית זו מתמודדת עם בעיה פרשנית טיפוסית – זוכה שמת לפני המצווה. היא מאפשרת למצווה לקבוע אחרת בצוואתה, אבל במקרה שלא עשתה כן, הדין מציע פתרון חקוק, בהיר וקונקרטי לבעיה זו. ראו גם סעיפים 41, 42 לחוק הירושה הקובעים חזקות פרשניות במקרה של יורש במקום יורש ויורש אחר יורש.

לברר את הנסיבות החיצוניות ובודקים עדויות מקרובים, צוואות קודמות, מכתבים וראיות אחרות.⁶ גישה זו דומה לכלל המסורתי של המשפט האנגלו-אמריקני בדבר "המשמעות הפשוטה של הטקסט".⁷ לפי עיקרון זה, כאשר יש לצוואה משמעות פשוטה העולה מהטקסט, סירבו בתי משפט לקבל ראיות חיצוניות היכולות לספק לה משמעות שונה.⁸ אל מול גישה זו, הדבקה במילות הצוואה, ניצבת הגישה התכליתית, שנציגה הבולט ביותר בישראל הוא הנשיא (בדימוס) אהרן ברק. לפי גישה זו לשון הטקסט לעולם אינה עומדת כשלעצמה, במנותק מהקשרה הכולל.⁹ לגישתו של ברק, גם הוראה ברורה היא פשוטה רק לאחר שהיא עוברת בכור ההיתוך של תפיסה פרשנית.¹⁰ ברק מנה כמה טיעונים נגד גישה פרשנית המבקשת להיצמד ללשון הצוואה. ראשית, כיצד אפשר להתעלם מאומד דעתו של המצווה במקרים של בהירות לשונית, כשיש מחויבות מוצהרת לרצון המוריש? שנית, הגישה המילולית אינה משיגה ודאות משפטית משום שאי-אפשר לדעת מתי יקבע שופט כי הצוואה ברורה.¹² שלישי, אם אף סעיף 54 לחוק הירושה נותן עדיפות לאומד דעת המצווה העולה מן הטקסט לעומת זה העולה מן הנסיבות, אין זה אומר כי בגיבוש אומד הדעת אין לפנות לנסיבות. לשיטת ברק, ההפרדה לשני שלבים פרשניים היא מלאכותית.¹³ הנה כי כן, המחלוקת הפרשנית בדיני צוואות מצטיירת ככבואה של המחלוקת הפרשנית בדיני חוזים, כפי שהיא באה לידי ביטוי בקשר לפסק דינו המפורסם של ברק בעניין אפרופים.¹⁴ באותו עניין ביטל הנשיא ברק את "תורת השלבים" בפרשנות חוזה, שהייתה הגישה המקובלת עד אותה עת לפחות ברמה ההצהרתית.¹⁵ ברק קבע כי בפרשנות החוזה

- 6 שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כרך א' – פרשנות לסעיפים 1-55, 443 (1992) (להלן: שילה). זו גם הייתה הגישה המסורתית כאשר למשמעותו של סעיף 25 לחוק החוזים. ראו, למשל, גבריאלה שלו "מיהם שליטי החוזה (דין נוסף בהלכת אפרופים)" ספר מישראל חשין 645 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים) (2009); כן ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 242 (2003).
- 7 ראו, Baron, להלן, ה"ש 23; Kent Greenawalt, *A Pluralist Approach to Interpretation*: 23, *Wills and Contracts* 42 SAN DIEGO L. REV 533, 561 (2005).
- 8 Greenawalt, לעיל ה"ש 7, בע"מ 562.
- 9 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך חמישי – פרשנות צוואה 254-268 (תשס"א) (להלן: ברק, פרשנות צוואה).
- 10 שם, בעמ' 40.
- 11 שם, בעמ' 260. עם זאת, ראו עמדתו של ברק בעניין בע"מ 4282/03 לרנר נ' פייר (פורסם בנבו, 21.6.2005) (להלן: עניין לרנר).
- 12 שם, בעמ' 256.
- 13 שם, בעמ' 262. הצעת חוק דיני ממונות מביעה לכאורה תמיכה בביקורת זו וקובעת: "צוואה תפורש לפי אומד דעתו של המצווה כפי שהוא משתמע מתוך הצוואה ומנסיבות העניין". ראו סעיף 739(א) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712.
- 14 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום, פ"ד מט(2) 265 (1995) (להלן: עניין אפרופים).
- 15 בדומה לכלל שחל בפרשנות צוואה, על פי תורת השלבים בפרשנות חוזים על הפרשנית לפנות תחילה ללשון החוזה ולבחון אם יש בה כדי לתת תשובה לשאלה הפרשנית. רק אם הפנייה ללשון החוזה לא סיפקה מענה לשאלה הפרשנית מותרת הפנייה לנסיבות האופפות את החוזה.

מותרת פנייה לנסיבות גם כשלשון החוזה מציגה לכאורה תשובה ברורה. עמדה זו של ברק היוותה נדבך אחד בלבד בתורתו הפרשנית בדיני חוזים, הנגזרת מתורת הפרשנות התכליתית.¹⁶ בהמשך ישיר לעניין אפרופים, וכחלק מגישתו הפרשנית הרחבה, ביקש ברק לבטל את "תורת השלבים" גם בפרשנות צוואות. בעניין **טלמצי'ו**¹⁷ קבע ברק כי יש לפרש צוואה על פי תכליתה, כלומר: בהתאם למטרות שהיא נועדה להגשים. תאוריה פרשנית זו מבטלת את הפרשנות הדו-שלבית כנקודת מוצא וגם את קיומו של מדרג א-פריורי בין לשון לנסיבות.¹⁸ עם זאת, ברק הדגיש כי הפרשנות מחייבת עיגון כלשהו בטקסט הצוואה.

הוויכוח על השיטה הפרשנית הראויה טרם תם. בפסק דין שניתן באוגוסט 2012 קבע השופט הנדל כי פסק הדין בעניין **טלמצי'ו** לא ביטל במפורש את הלכת **שרש נ' גלילי**,¹⁹ וכי שאלה זו נשארה בחזקת צריך עיון.²⁰ עם זאת, השופט הנדל הדגיש כי במסגרת בקשת רשות הערעור שבה דן לא היה צורך לקיים דיון נרחב בסוגייה זו.²¹ עמדה דומה הובעה על ידי השופט דנציגר בפסק דין נוסף, אשר ניתן באוגוסט 2015.²² השופט דנציגר הסתייג מגישתו הפרשנית של ברק וקבע כי הלכת **שרש נ' גלילי** נותרה ההלכה המחייבת בפרשנות הצוואה. השופט פוגלמן, לעומתו, קבע כי פסק הדין בעניין **טלמצי'ו** הינו ההלכה המחייבת כיום. עם זאת, השופט פוגלמן, כמו גם השופט סולברג, קבעו כי לעת עתה אין צורך להכריע

- 16 אהרן ברק **פרשנות במשפט: פרשנות החוזה כרך רביעי** (2001).
- 17 ע"א 1900/96 **טלמצי'ו נ' האפורטופוס הכללי**, פ"ד נג(2) 817 (1999) (להלן: עניין **טלמצי'ו**). העובדות בעניין **טלמצי'ו** לא היו מורכבות במיוחד: המצווה הורשה את הכסף בחשבון הבנק שבסניף ארלוזורוב של בנק לאומי להקמת קרן מלגות ליתומי צה"ל. לפני מותה העבירה המנוחה את חשבונה לסניף כיכר המדינה של בנק לאומי, כך שבסניף ארלוזורוב לא נשארו כל כספים, אולם היא לא שינתה את צוואתה. השאלה הפרשנית שהתעוררה הייתה פשוטה למדי: האם ההעברה של חשבון הבנק שומטת את הקרקע מתחת להוראת הצוואה או שמא מדובר בשינוי שאינו פוגע בהענקה לקרן? שלושת שופטי ההרכב הסכימו כי יש להקים את קרן המלגות בעזרת הכספים של החשבון המנוהל בסניף כיכר המדינה; אולם, בעוד חבריו להרכב הסתמכו על תורת התחליף, המאפשרת לעקוב אחרי נכס בגלגוליו השונים, ברק הציע תאוריה פרשנית רחבה יותר.
- 18 ראו לעיל, ה"ש 9-13.
- 19 ע"א 239/89 **שרש נ' גלילי**, פ"ד מו(1) 861 (1992).
- 20 בע"מ 8300/11 **פלוני נ' פלוני** (פורסם בנבו, 2.8.2012). במאמר מוסגר נציין כי השופט הנדל סבור שלשיטת ברק פרשנות במובן הצר – קרי: זו המבקשת לתת מובן משפטי ללשון הצוואה – נצמדת ללשון הצוואה ואינה פונה לנסיבות עריכתה. רק פרשנות במובן הרחב, החורגת ממתן משמעות ללשון הצוואה וכוללת גם תיקון טעות, השלמת חסר, תחליף וביצוע בקירוב – רק פרשנות כזו מאפשרת לחרוג מלשון הטקסט. איננו מסכימות עם תיאור זה של גישת ברק; לדעתנו עמדתו מאפשרת בכל מקרה פנייה לנסיבות.
- 21 מובן כי עמדה שונה הייתה מחייבת את השופט הנדל לקבל את בקשת רשות הערעור ולדון בתיק כבערעור בפני הרכב של בית המשפט העליון. כפסק דין הדוחה בקשת רשות לערער, ערכו התקדימי של פסק הדין מוגבל. ראו דנ"פ 3211/03, **הנדימן בע"מ נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.5.2003).
- 22 עא 7631/12 **אמסטר נ' קרן קיימת לישראל** (פורסם בנבו, 12.8.2015). כתיבת המאמר הושלמה בטרם ניתן פסק הדין. עם זאת, מצאנו לנכון להוסיף הערה קצרה זו טרם ירדת המאמר לדפוס.

במחלוקת הפוסקים על אודות פרשנות צוואה, שכן שתי הדרכים הפרשניות הובילו לתוצאה
זוה בעניין שנרון.²³

2. המחלוקת בדבר איתור רצון המצווה

נקודת המוצא שלנו בשאלת הפרשנות של צוואות מתנתקת מהשיח הקיים, המתנהל
כהמשך של הדיון בפרשנות חוזים. אנו מבקשות להדגיש רכיב ייחודי בפרשנות הצוואה,
אולם בטרם נפרוש את הטעוץ העוסק בייחודיותה של צוואה חשוב למקם את הטעוץ
במסגרת מושגית רחבה יותר. שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין המשיגו את המחלוקת
הנוגעות לפרשנות במשפט בכלל, ולפרשנות במובנה הצר בפרט, באמצעות שלושה מתחים.²⁴
הראשון הוא המתח שבין היוצר ליצירה, קרי: בין הליך פרשני המבקש להתחקות אחר
הכוונה של יוצר הטקסט לבין הליך פרשני המתמקד בטקסט כבעל מעמד עצמאי ומנותק
מיוצרו; המתח הפרשני השני הוא המתח שבין הלשון לתכלית, ולענייננו: המתח שבין לשון
הצוואה לכוונת המצווה; המתח הפרשני השלישי הוא המתח בנוגע לתפקידו של הפרשן
בכלל ובכלל האמור לתפקידו כיוצר בפרט. המשגה זו של ליפשיץ ופינקלשטיין מסייעת
להבהיר את תחום דיוננו.

בכל האמור בפרשנות צוואה, שתי הגישות המתחרות – פרשנות לשונית ופרשנות
תכליתית – יוצאות מנקודת מוצא שלפיה ההליך הפרשני צריך להתמקד ביוצרת הצוואה
– המצווה – ולא בצוואה כשלעצמה.²⁵ עיקרון-העל בפרשנות צוואה הוא רצון המצווה:
אחריו יש להתחקות ואותו להגשים. האוטונומיה של הרצון הפרטי היא ערך מרכזי בדיני
צוואות, והצוואה נתפסת כמייצגת את קצה-קצהו הפרטי של ספקטרום המסמכים והטקסטים
המשפטיים.²⁶ עמדה זו נסמכת על כך שהאינטרס היחיד הזוכה להגנה בדיני צוואות הוא
לכאורה האינטרס של המצווה.²⁷ לאחרים – דוגמת יורשים פוטנציאליים – אין מעמד

23 שם, פסקה 8 לפסק דינו של השופט סולברג.

24 שחר ליפשיץ ואלעד פינקלשטיין "מבט הרמניוטי על פרשנות חוזים" משפטים מג 1 55 (2012).

25 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 364 (2003) (להלן: ברק, פרשנות תכליתית) ("את

המשקל הכבד ביותר בפרשנות תכליתית של הצוואה יש ליתן לרצונו של המוריש"). עוד ראו

דיון אצל ברון: Jane B. Baron, *Intention, Interpretation and Stories*, 42 Duke. L. J. 630.

(1992) 648-649. גישות פרשניות הרואות את היצירה כבעלת מעמד עצמאי במרכז ההליך

הפרשני מקובלות יותר (ומתאימות יותר) בכלל האמור לפרשנות של חוקות ושל דברי חקיקה.

לגבי טקסטים משפטיים אלה יש טעוץ חזקים בדבר מעמדם העצמאי בהליך הפרשני כטקסט

חי הנושא את עצמו, במנותק מכוונת המנסחים-המחוקקים המקוריים. ליפשיץ ופינקלשטיין,

לעיל ה"ש 24, בעמ' 65-66. גישות אלו מקובלות פחות בתחום דיני החוזים, שם מייחסים

מקום מרכזי לכוונת הצדדים. שם, בעמ' 67-68. אולם, אם בדיני חוזים מפגש הרצונות ועקרון

ההסתמכות עשויים לתמוך במתן מעמד עצמאי לחוזה כיצירה בהליך הפרשני, דיני הצוואה

אינם מותירים מקום כאמור.

26 ראו, למשל, אהרן ברק, פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 421-422

(1992).

27 טעוץ דומה טוען גם Greenawalt, לעיל ה"ש 7, בעמ' 550.

מוכר בדין. כל עוד המצווה בין החיים איש אינו יכול להסתמך על הכתוב בצוואה, הניתנת לשינוי בכל עת על ידי המצווה.²⁸

אולם, בעוד שיש הסכמה על עיקרון-העל, המציב במרכז ההליך הפרשני את היוצרת – המצווה – ואת אוטונומיית הרצון החופשי שלה, יש מחלוקת באשר לגישה הפרשנית שמגשימה מטרה זו באופן המיטבי. התומכים בכל אחת מהגישות גוזרים מאותה נקודת מוצא מסקנות סותרות. מחד גיסא יש הגורסים כי חופש הציווי והחובה לקיים את דברי המת מחייבים לאמץ גישה פרשנית דווקנית יותר בדיני צוואות בהשוואה לדיני החוזים, ולהעניק ללשון הצוואה משקל כבד יותר בהליך הפרשני. זאת, מתוך תפיסה שלפיה פרשנות לשונית מגנה טוב יותר על האוטונומיה של יוצר המסמך:

הרצון להגשים את כוונתו האמיתית של המצווה מחייב את המאמץ לנסות ולפרש כוונה זו מתוך הצוואה עצמה. זהירות רבה מתחייבת בהיזקקות לראיות החיצוניות לצוואה, אשר כביכול מעידות על רצון המצווה האמיתי, כאשר רצון זה משום מה לא מצא את ביטויו בצוואה עצמה.²⁹

טיעונים דומים הועלו לתמיכה בגישת "המשמעות הפשוטה של הטקסט" במשפט האנגלו-אמריקני. לפי טיעונים אלה, כאשר יוצרת הצוואה אינה בין החיים ואינה יכולה לבוא ולהציג בפני בית המשפט את עמדתה בנוגע למשמעות הצוואה, מתעורר חשש ששימוש בראיות שהן חיצוניות ללשון הצוואה יאפשר לצדדים מעוניינים לבדות ראיות ולעוותן.³⁰ מאידך גיסא יש הגורסים כי המעמד של חופש הציווי והחובה לקיים ולהגשים את רצון המת מחייבים דווקא גישה פרשנית גמישה יותר למעמדה וחשיבותה של לשון הצוואה, ווראי שאינם יכולים לשלול פנייה לנסיבות עריכתה כדי להתחקות אחר אומד דעתה של המצווה. כך, למשל, התבטא בעניין זה השופט שוחט:

הרצון לקיים את דברי המת מוביל לתחולה רחבה יותר של תורת הפרשנות על הכלים הפרשניים שבה, בפרשנות צוואה, יותר מאשר בפרשנות חוזה. כך, יש תחולה רחבה יותר לאפשרות של תיקון טעות שנפלה בצוואה או להגשמתה בקירוב. כך, יש תחולה רחבה יותר לאפשרות של השלמת חסר בצוואה תוך מתן עדיפות להשלמה שיפוטית שלו על פני השלמה על פי דין דיספוזיטיבי, שכן בכך ניתן ביטוי לרצונו הריאלי האמיתי של המצווה.³¹

28 ס' 27 לחוק הירושה. חריג אחד לכך בדין הישראלי הוא החריג של צוואות הדדיות שנערכו בין בני זוג, אולם חריג זה מצומצם והוא חל רק על רכוש שהמצווה המעוניינת לשנות את צוואתה ירשה מבן זוגה. ראו ס' 8א לחוק הירושה.

29 ע"א 756/87 ורהפטיג נ' עזבון נוי, פ"ד מג(2) 476, 481-482 (1989). ראו עוד ע"מ (חי') 547/07 אלמונית נ' פלוני, פסקה 12 לפסק דינה של השופטת וילנר. זו גם העמדה שנקט השופט הנדל בעניין פלוני, לעיל ה"ש 20, בפסקה 8 לפסק דינו של השופט הנדל.

30 ראו, למשל, דיון אצל Baron, לעיל ה"ש 25, בעמ' 649. ראו גם אצל Greenawalt, לעיל ה"ש 7, בעמ' 559-560. לדעת Greenawalt אפשר להגביל את סוגי הראיות החיצוניות ולהסתמך יותר על מסמכים ועל ראיות דומות ופחות על עדויות על-פה. שם.

31 ת"ע (ת"א) 5560/99 עזבון מ.מ. נ' האפורופוס הכללי (פורסם בנבו, 12.8.2001) (להלן: עניין מ.מ.). זו, כאמור, גם גישתו של ברק, לעיל ה"ש 25.

הנה כי כן, שאלת המעמד של אוטונומיית הרצון החופשי בדיני צוואות ושל העיקרון בדבר חופש הצייווי אינם משפיעים בהכרח על שאלת הגישה הפרשנית הראויה לצוואות. התומכים בכל אחת מהגישות טוענים כי גישתם תקדם על הצד הטוב ביותר את מטרת ההתחקות אחר רצון המצווה, ולמעשה אין הוכחה (וספק אם תוכל להיות כזו) בדבר עליונותה של אחת הגישות בהקשר זה.³²

אכן, למרות שפרשנות לשונית לכאורה תורמת ליציבות ומצמצמת את מרחב שיקול הדעת השיפוטי, בחינה של פסקי דין מגלה כי פרשנות הנסמכת על לשון הצוואה בלבד אינה מבטיחה פרשנות אחידה ואינה מצמצמת בהכרח את שיקול הדעת השיפוטי. עניין שרש נ' גלילי, הנחשב כפסק הדין המרכזי שעיגן את עליונות הגישה הלשונית בבית המשפט העליון, מדגים נקודה זו.³³ באותו עניין הייתה המנוחה, אסתר מוברמן-גלילי, נשואה לזאב מוברמן, בעלה מנישואים שניים, שאתו חלקה דירה בבעלות משותפת בגבעתיים. בצוואה שהותירה כלל לא נזכר הבעל וכן לא נזכר חלקה של המצווה בדירה המשותפת. בצוואה נקבע כי דירה בבעלותה של המנוחה ברמת גן תעבור לבעלות אחותה, וכן כי המצווה משאירה לאחותה "את כל הכסף ו/או שווה כסף, שיש לי או יהיה לי, אחרי פטירת". מאחר שהדירה בגבעתיים והבעל כלל לא הוזכרו בצוואה, עלתה השאלה מי יזכה בחלקה של המנוחה בדירה זו. לפני בית המשפט ניצבו שתי אפשרויות פרשניות: לפי האחת, "שווה כסף" כולל את חלקה של האשה בדירה בגבעתיים, ואז – על פי הצוואה – האחות יורשת גם את חלקה של המנוחה בדירה בגבעתיים. לפי האפשרות האחרת "שווה כסף" אינו כולל את זכויות המצווה בדירה בגבעתיים ולפיכך הצוואה אינה קובעת את אופן ההורשה של זכויות אלו. במקרה זה, כשיש למצווה רכוש שהצוואה אינה חלה עליו, יש להחיל את כללי הירושה על פי דין שלפיהם יזכה הבעל בבעלות על הדירה.³⁴

כל צד ניסה לשכנע את בית המשפט בצדקת טענתו והביא ראיות התומכות בטיעונו, אך בית המשפט העליון הסתמך על סעיף 54 לחוק הירושה וקבע כי אין להידרש לנסיבות חיצוניות אלא כשאיי אפשר לברר מן הצוואה את אומד דעתו של המצווה. השופט מצא סבר כי הלשון במקרה זה ברורה. לגישתו, הוראת צוואה הקובעת "את כל הכסף ו/או שווה כסף" היא למעשה זהה לאמירה "כל רכושי". לפיכך, הצוואה חלה גם על זכויותיה של המצווה בדירה בגבעתיים וקובעת כי אחותה יורשת את חלקה.³⁵ אף בית המשפט המחוזי סבר שלשון הצוואה בעניין שרש אינה משתמעת לשתי פנים ואינה מצדיקה פנייה לנסיבות

32 ליפשיץ ופינקלשטיין ממשיגים מחלוקת זו כמחלוקת בין גישת היוצר-לשונית לגישת היוצר-משמעות (תכליתית). ראו ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 74-76. שתי הגישות מעמידות במרכז ההליך הפרשני את יוצר המסמך וכוונתו ולא את היצירה כבעלת מעמד עצמאי, אולם הן מציגות תפיסות מנוגדות בדבר האופן המיטבי להתחקות אחר כוונתו. ראו שם.

33 עניין שרש, לעיל ה"ש 19. פסק הדין נחשב לפסק דין מרכזי בנושא הגישה הדרו-שלבית לפרשנות צוואה; ראו ברק, פרשנות צוואה, לעיל ה"ש 99, בעמ' 251; מיכאל קורינאלדי דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה – מגמות חדשות 298 (2005).

34 סעיף 11(א)(2) לחוק הירושה.

35 ההתייחסות לדירה ברמת גן נבעה, לדעת השופט מצא, מכך שדירה זו כללה הוראה מורכבת של יורש אחר יורש, כך שאחרי מות האחות הדירה תשמש להקמת קרן מלגות ליתומי צה"ל. עניין שורש, לעיל ה"ש 19, בסעיף 10 לפסק הדין.

לשם פרשנותה. אולם, למרות תמימות הדעים בין הערכאות בנוגע לבהירות הטקסט היכול להתפרש מלשונו בלבד, בית המשפט המחוזי החזיק בעמדה ש"שווה כסף" אינו כולל את הדירה בגבעתיים, משום ש"כשהיה ברצונה לצוות על מקרקעין עשתה זאת מפורשות, תוך מתן פרטים מלאים הן על מיקומם של המקרקעין והן על רישומם. לא יעלה על הדעת לייחס לה כוונה לצוות על מקרקעין במסגרת הדיבור 'שווה כסף'".³⁶

אם כן, אימוץ הגישה לשונית הביא לשתי פרשנויות סותרות של אותו ניסוח לשוני. דוגמה נוספת היא עניין לרנר, שם הסכימו הצדדים שלא להביא ראיות חיצוניות. שלוש הערכאות שדנו בעניין פירשו את הצוואות בהסתמך על לשונן בלבד.³⁷ על אף ההתמקדות בלשון הצוואה בלבד הגיעו השופטים שדנו בעניין לשלוש דרכים פרשניות להבנת הצוואה. נוסף על כך, התמקדות בלשון וחסימת ראיות חיצוניות לא סייעו בקיצור ההליכים, שהתמשכו והגיעו בגלגול שלישי עד לבית המשפט העליון.³⁸

במאמר זה אין בכוונתנו להצטרף לוויכוח על אודות הגישה הפרשנית המיטיבת להגשמת רצון המצווה. במקום זאת אנו מבקשות להציע נקודת מבט חדשה ולהוסיף לדיון שיקולים שעד כה נעדרו ממנו, התומכים בפרשנות חד-שלבית הכוללת פנייה לנסיבות. כצעד ראשון במהלך זה אנו מאתגרות את הדיון הקיים, ובפרט את התפיסות של מושגי הרצון וחופש הציווי שבבסיסו. אנו מבקשות לשבור את התפיסה הדיכוטומית המציבה מחד גיסא את רצון המצווה, הניתן לגילוי ולבירור אמפירי, ומאידך גיסא – ערכים חיצוניים בדבר זהות היורשים הראויים. לטענתנו, התפיסות הקיימות של "רצון המצווה" ו"חופש הציווי" מניחות מצווה שהיא אטומיסטית ורצון המתגבש בחלל ריק נטול הקשר. מנגד, אנו מציגות תפיסה של המצווה לא כפרט אטומיסטי, מנותק מקשרים בין-אישיים, אלא כפרט מקושר וכד למגוון של מערכות יחסים. גם תפיסתנו את הרצון ואת חופש הציווי היא תפיסה קישורית, המדגישה את האופן שבו הרצון מתגבש מתוך מערכות יחסים.

3. הבנה מחודשת של רצון המצווה

כנקודת מוצא לדיוננו במאמר זה אנו מכירות בכך שהמצווה, יוצרת הצוואה, צריכה להיות במרכז ההליך הפרשני.³⁹ על פניו, הדין הישראלי מכיר רק באינטרס אחד הראוי להגנה

36 שם, בסעיף 5 לפסק הדין.

37 עניין לרנר, לעיל ה"ש 11. יש לציין כי הדבר נעשה בעקבות הסכמה דיונית שאליה הגיעו הצדדים, אך לענייננו אין הדבר משנה שכן מטרתנו העיקרית היא להמחיש ולהדגים את הדיון השונה ואת השוני באופי פסקי הדין. עוד ראו להלן ה"ש 91.

38 אכן, טענה מרכזית נגד פנייה לנסיבות חיצוניות ונגד פרשנות צוואות על פי לשונן בלבד היא שיש בכך כדי לקצר הליכים משפטיים. למיטב ידיעתנו אין הדבר לא נחקר אמפירית והטענה מתבססת לכאורה על היגיון פשוט. מנגד אפשר לטעון כי דווקא כשהכרעה היא עובדתית ומבוססת על שמיעת ראיות – סיכויי הערעור פחותים. כאשר מדובר אך בפרשנות של לשון הצוואה אין כביכול עדיפות לערכאה הדיונית. על כל פנים, הטענות משני הצדדים הם בגדר השערות.

39 עם זאת, ראוי להעיר כי בפרספקטיבה השוואתית, עמדת הדין הישראלי – המייחס עליונות כמעט מוחלטת לאוטונומיית הרצון הפרטי בידי ירושה – אינה בלעדית. שיטות משפט רבות, בעיקר כאלו השייכות לשיטת המשפט הקונטיננטלי, מטילות הגבלות נרחבות על חופש

בדיני צוואות והוא אינטרס המוריש בהגשמת רצונו בכל הנוגע לחלוקת רכושו לאחר מותו.⁴⁰ העמדה המוצהרת בדין הישראלי היא שלאף אדם אחר אין זכות להיות מוכר כיוורש או לחלק כלשהו בירושה.⁴¹ אולם, מאמר זה מאתגר את הדיכוטומיה שבבסיס הטיעון המקובל, היוצר הפרדה והבחנה חדה בין רצון המצווה לשיקולים נורמטיביים חיצוניים ובהם אינטרסים של אחרים דוגמת בני משפחה. אנו בוחנות ומאתגרות את עמדתו של הדין הישראלי מתוך הרחבה של הביקורות שהושמעו על מושג הזכות ועל שיח הזכויות האינדיבידואלי ומתוך יישום ייחודי של השלכותיהן על פרשנות צוואות.

מבקרים שונים – בעיקר כותבים המזוהים עם התפיסה הקהילתית וכותבות פמיניסטיות – טענו כי זכויות, לפחות כפי שהן מובנות במסורת הליברלית המקובלת, מציגות את האדם כמי שחי בבדידות מזהרת ומתעלמות ממערכות היחסים המשמעותיות בחייו;⁴² כי זכויות יוצרות הפרדה בין האדם לבין האחר, מציבות בני אדם זה כנגד זה ומתכחשות לאופן שבו בני האדם קשורים.⁴³ ביקורת נוקבת נמתחה על שיח הזכויות בשל מאפיינים אלו שיוחסו לו, במיוחד בהקשר המשפחתי.⁴⁴ ביקורת זו נשענת על תפיסה מסוימת של ה"אני", ששורשיה טמונים במחקרה פורץ הדרך של קרול גיליגן, שהצביעה על כך שנשים נוטות לתאר את עצמן כמונחי מערכות היחסים בחייהן.⁴⁵ בעקבותיה טענו תאורטיקניות פמיניסטיות דוגמת מרתה

הציווי לטובת ערכים אחרים ששיטת המשפט מבקשת לקדם, בעיקר הגנה על המשפחה. לדיון השוואתי על חופש הציווי ראו Shelly Kreiczer Levy, *Inheritance Legal Systems and The Intergenerational Bond*, 46 REAL PROP. TRUST & EST. L. J. 495 (2012). עוד כדאי לציין כי עיון בפסיקה הישראלית מראה כי לעתים, בצד ההצהרות בנוגע לעליונות חופש הציווי, שיקולים נוספים ממלאים תפקיד משמעותי בעיצוב התוצאה, בפרט אלו הקשורים במערכות יחסים במשפחה. ראו הטקסט שליד הערת שוליים 169.

40 הגנת הדין על אינטרס זה משמעה שהדין מכיר בזכות המוריש כי רצונו יוגשם. זו העמדה של תאוריית האינטרס, המזוהה עם כתיבתו של יוסף רז; ראו Joseph Raz, *On the Nature of Rights*, 93 MIND 194 (1984). תאוריה חלופית ומנוגדת להבנה של מושג הזכות ושל משמעותו היא תאוריית הרצון (Will Theory), המזוהה בעיקר עם ויליאם הארט; ראו H.L.A. Hart, *Are There Any Natural Rights*, in THEORIES OF RIGHTS 77 (Jeremy Waldron ed., 1984). עם זאת, תאוריית הרצון אינה כה מקובלת ואף הארט עצמו נסוג ממנה כתאוריית זכויות כללית. ראו Jeremy Waldron, *Critical Notice*, 94 MIND 281 (1985) (reviewing H. L. A. Hart, (ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY 17 (1983)).

41 אך ראו דיוננו בחלק ד' להלן, שבו אנו מראות כי גם עמדת הדין הישראלי היא מורכבת יותר ואינה בהכרח תואמת הצהרה גורפת זו.

42 ראו, למשל, M.A. GLENDON, *RIGHTS TALK - THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE*, 47-61 (1991) (להלן: GLENDON); Jenifer Nedelsky, *Law, Boundaries, and the Bounded Self*, 30 REPRESENTATIONS 162, 167 (1990).

43 ראו איילת בלכר-פריגת "על זכויות, גבולות ומשפחה" עיוני משפט כז 539, 541-547 (תשס"ג).

44 ראו, למשל, רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605, 611-616 (משפט, חברה, ותרבות, חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, 2005).

45 CAROL GILLIGAN, *IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT* (1982).

מינו, ג'ניפר נדלסקי ורובין ווסט כי אינדיבידואלים אינם מגבשים את זהותם בחלל ריק וכי ה"אני" מתגבש באמצעות מערכות יחסים משמעותיות.⁴⁶ מינו מסבירה כי עצם החוויה של זהות אישית מובחנת דורשת לא רק אינדיבידואל אחד אלא אנשים רבים שתורמים ליצירת הגבולות הללו.⁴⁷ באופן דומה הסבירה ג'ניפר נדלסקי כי אנשים מפתחים את נטיותיהם, את תחומי העניין שלהם ובעיקר את האוטונומיה והזהות שלהם במסגרת מערכות יחסים.⁴⁸ הבנה זו של "האני" עולה גם מהגות פילוסופית המדגישה את חשיבות הקהילה בגיבוש הזהות. צ'רלס טיילור טוען כי אינדיבידואלים מגבשים זהות תוך כדי דיאלוג של הבעה עצמית עם אחרים המגלמים תפקיד חשוב בחייהם (significant others).⁴⁹ הגדרת זהות ייחודית נוצרת מתוך דיאלוג – ולפעמים מתוך מאבק – עם אחרים המשמעותיים לחיינו. גם כשאלה נעלמים מחיינו והשפעתם פוחתת, כמו הורינו, הם ממשיכים לגלם תפקיד חשוב בחיינו והדיאלוג עמם ממשיך ללוות אותנו.⁵⁰ בהקשר דומה הדגיש מייקל סנדל כי אנו חושבים על עצמנו כחלק ממשפחה, מקהילה או מלאום, וכי קשרים חברתיים הם חלק משמעותי מזהותנו.⁵¹

אולם, בעוד שכותבים קהילתניים רבים ראו את תפיסת האני כ"אני מקושר" כבסיס לתקיפת שיח הזכויות,⁵² כותבות פמיניסטיות הציגו תפיסה והבנה מחודשת של מושג הזכות, תוך הדגשת האופן שבו זכויות מבנות ומעצבות מערכות יחסים.⁵³ כותבות פמיניסטיות אלו טענו כי שיח הזכויות הוא מורכב, וכי הביקורות בדבר היותו אטומיסטי ומתמקד ביצירת הפרדה וגבולות בין ה"אני" לאחרים מתעלמות מקשת רחבה של זכויות מוכרות.⁵⁴ במיוחד

46 ראו, למשל, JENNIFER NEDELSKY, *LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW* (2011); Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 U. CHI. L. REV. 1 (1988); Martha Minow, *Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover*, 96 YALE J.L. 1860 (1987) (להלן: Minow).

47 Minow, שם בעמ' 1883.

48 Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 YALE J.L. & FEMINISM 7 (1989).

49 ראו Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, in MULTICULTURALISM – EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 25,27-29, 32 (1994) (להלן: Taylor).

50 Id. 32-33.

51 MICHAEL SANDER, *LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE* 179 (1981) (להלן: Sandel).

52 ראו, למשל, Sandel, שם; Michael Sandel, *Morality and the Liberal Ideal*, in JUSTICE: AN ALTERNATIVE; POLITICAL PERSPECTIVES 219 (James P. Sterba ed., 2nd ed., 1991); Charles Taylor, *Atomism*, in COMMUNITARIANISM AND INDIVIDUALISM 29 (Shlomo Avineri & Avner de-Shalit eds., 1992) (להלן: Taylor, Atomism); Glendon, לעיל ה"ש 42, שם.

53 ראו, למשל, Jennifer Nedelsky, *Reconceiving Rights as Relationship*, 1 Rev. Const. Stud. 1 (1993); IRIS MARION YOUNG, *JUSTICE AND THE POLITICS OF DIFFERENCE* 25 (1990); Elizabeth Kiss, *Alchemy or Fool's Gold? Assessing Feminist Doubts About Rights*, in RECONSTRUCTING POLITICAL THEORY: FEMINIST PERSPECTIVES 1 (Mary Lyndon Shanley & Uma Narayan eds., 1997) (Minow); לעיל ה"ש 46, שם.

54 תגובות אלו להגנתם של מושג הזכות ושיח הזכויות אינן ייחודיות לכתיבה הפמיניסטית, אף שכותבות אלו הן המייצגות הבולטות שלהן. כותבים אחרים, דוגמת ג'רמי וולדרון, כתבו אף הם

הן ביקשו להסב את תשומת הלב ולהמשיג מחדש זכויות שונות כ"זכויות יחס" אם זכות משמעה הכרה והגנה על אינטרס של הפרט, ⁵⁵ אזי האינטרס של הפרט המוגן בזכות יחס הוא אינטרס במערכת יחסים. ⁵⁶ בכך מושג זכות היחס משיב מחד גיסא לביקורות על אודות הבדלנות וההתכחשות לקשרים בין-אישיים של שיח הזכויות האינדיבידואלי, ומאידך גיסא הוא נמנע מייחוס זכויות למשפחה או לקבוצה החברתית כגוף או כישות נפרדת – גישה שאף היא בעייתית, בעיקר מבחינת השיח הפמיניסטי ומבחינת הגנה על החלשים במשפחה או בקבוצה. ⁵⁷ זכויות יחס הן עדיין חלק משיח הזכויות האינדיבידואלי, קרי: נשא הזכות הוא הפרט ולא קבוצה דוגמת משפחה. עם זאת, אינטרס הפרט הזוכה להכרה שם במוקד את מערכות היחסים המשמעותיות בחייו, את קידומן ואת ההגנה עליהן. ⁵⁸

אולם, ככל שהדבר נוגע לדיני הירושה ולזכויות שבמסגרתם, דומה שהשיח הקהילתני-פמיניסטי על אודות ה"אני" ומושג הזכות פסח עליהם. דינים אלו מגלמים לכאורה דמות מצווה שהיא אינדיבידואל עצמאי, נבדל ומבודד. כך עולה מההצהרות בדבר חופש הציווי ומראיית האינטרסים של המצווה כאינטרסים הבלעדיים הראויים להגנה, אגב דחייה של כל התייחסות לאחרים דוגמת בני משפחה. המוות, כאירוע ייחודי ומכונן בדיני צוואות, אכן אינו מאפשר יישום פשוט של התאוריות והדיונים הקיימים בספרות על אודות תפישה בין-אישית של זכויות. לטענתנו, דווקא בהקשר זה (ואולי בניגוד לאינטואיציה ראשונית) מתחייבת תפיסה בין-אישית של זכויות בכלל ושל הזכות לחופש ציווי בפרט, שכן מעשה הציווי מבטא במהותו קשר בין-אישי. לפיכך, חשיבותה של הגישה הקישורית והרלוונטיות שלה גדולות במיוחד בהקשר של דיני צוואות בהשוואה להקשרים משפטיים אחרים.

ברוח דומה. ראו, למשל, Jeremy Waldron, *Nonsense upon Stilts? – A Reply, in Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke, and Marx on the Rights of Man* 151 (Jeremy Waldron ed., 1987). לפירוט נוסף של ביקורות אלו ושל התגובות להן ראו בלכר-פריגת, לעיל ה"ש 43, בעמ' 544.

55 בהתאם לתאוריית האינטרס של רוז כתאורייה בבסיס מושג הזכות. ראו לעיל, ה"ש 40.
56 דוגמאות מובהקות הן הזכות לנישואין והזכות לשמור על קשרי משפחה עם ילדים (המכונה בדין הישראלי "הסדרי ראייה").

57 לפי ביקורת נוספת שהושמעה, בין היתר על ידי מרלין פרידמן, בצד התוכנות החשובות של תפיסת האני המקושר, העמדה הקהילתנית מאיימת על התאוריה הפמיניסטית. גישות קהילתניות שמות דגש גדול על קהילות מסורתיות, ובמסגרת זו מאפשרות פרקטיקות שהן פוגעניות כלפי חלשים בחברה, מנציחות את מקומן הנחות של נשים בחברות מסורתיות ומאדירות את מעמדן של נשים כמספקות טיפול. Marilyn Friedman, *Feminism and Modern Friendship: Dislocating the Community* 99 ETHICS 275 (1989) והקשרים הזוכים להגנה ראו בטקסט שליך הערה 174.

58 ראו, למשל, Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, *Revisioning the Family: Relational Rights and Responsibilities, in Reconstructing Political Theory: Feminist Perspectives* 84 (Mary Lyndon Shanley & Uma Narayan eds., 1997). זכויות היחס גם מאתגרות את התפיסה המסורתית המפרידה הפרדה נוקשה בין אינטרס הפרט לאינטרסים של בני משפחתו או של אחרים הנמנים במעגל הקשרים הקרובים שלו, ומכירה ביחסי הגומלין, בהשפעה ההדדית ובקשר שיש לאינטרסים של אנשים במערכות יחסים. ראו עוד להלן בטקסט שליך הערות 122-124.

לכאורה אפשר לטעון כי לגישות הפמיניסטיות והקהילתניות האמורות אין כל מקום בהקשר של דיני ירושה ושל הזכויות שבמסגרתם. אפשר לומר שאחרי המוות אין כל יחסים בין-אישיים ששיח הזכויות יכול לפגוע בהם ושיש להגן עליהם.⁵⁹ המוות יוצר לכאורה חוצץ שאי-אפשר לעבור; הוא מנתק כל קשר אפשרי בין המתים לבין החיים. כאמור, ההפך הוא הנכון. מאחר שהמוריש אינו חלק מן העולם כשהצוואה מקבלת תוקף, כל כוחה של הצוואה הוא בהשפעתה על האחר. ראוי להזכיר שדיני הצוואות אינם מגנים על האינטרסים של האדם המת אלא מתמקדים באינטרס של האדם החי המתייחס למה שיקרה לאחר מותו.⁶⁰ כאשר אדם טורח לערוך צוואה, הוא אינו מסתפק בדין הכללי שיקבע את זהות יורשיו אלא מראה כי חשוב לו עצמו לעשות כן ולהעביר בכך מסר. לצוואה אין משמעות אם אין לה נמענים. כפי שנרחיב בהמשך, מהותה של הצוואה היא בבניית גשר בין המצווה לבין קרוביו, מכריו, יורשיו ומודריו. צוואה עשויה לתקשר רגשות חיבה, אהבה וביקורת או להעביר את חזונה של המורשה.⁶¹ אף אם המוות מנתק את מערכות היחסים שהמצווה הייתה צד להן, מעשה ההורשה הוא עדיין חלק מאותן מערכות יחסים, אף אם חלק אחרון.⁶² למעשה, בירושה גלום פוטנציאל גם להמשך הקשר לאחר המוות: הצוואה מייצגת את הכותבת, החלטותיה, אישיותה והשפעתה על העולם. גם המקבלים מבינים את השימוש ברכושם כהמשך של אותו קשר עם המורשה: מחקרים אמפיריים מראים כי יורשים מעדיפים שלא לבזבזו כספי ירושה ולהימנע מלהשקיע בהשקעות מסוכנות.⁶³ מעבר לכך, אישיות המורשה ומערכת היחסים בינה לבין היורש משפיעות על החלטות היורשים בנוגע לשימוש ברכוש שקיבלו.⁶⁴ אם כן, נצייע להבין את חופש הציווי כזכות יחס (relational right), קרי: כזכות המבטאת אינטרס של האדם (בעודו בחיים) ביחס לצדדים שעמם הוא מקיים יחסים בין-אישיים לאחר מותו. גם המושג של רצון המצווה צריך להיתפס כמבטא רצון קישורי המתגבש מתוך מערכות יחסים. למעשה, אם בוחנים את דיני הירושה והצוואות הישראלים לעומק, נראה כי הבנה זו של רצון המצווה וחופש הציווי כמושגים קישוריים כבר מעוגנת בדין, אף אם היא אינה

59 על הפגיעה של שיח הזכויות בערכים וביחסים המשפחתיים ראו, למשל, זפרן, לעיל ה"ש 41, בעמ' 614-615.

60 על כך ראו עוד בהמשך, בטקסט שליד הערות 99-100.

61 אין בכוונתנו לעשות אידאליזציה של מערכות יחסים: הן יכולות להיות קשות, אלימות ומאמללות. אולם גם כשהן כאלו הן יוצרות ומהוות חלק מאישיותנו. ראו, למשל, הטקסט שליד הערות 49-51. פעולת הציווי – ההורשה כמו גם הנישול וההדרה – נוצרת מתוך אותן מערכות יחסים וכך עלינו להבין את הצוואה.

62 לזלי רואה ירושה כתגמול אחרון במערכות יחסים ארוכת טווח המבוססות על הדדיות. ראו Melanie B. Leslie, *Enforcing Family Promises: Reliance, Reciprocity, and Relational Contract*, 77 N.C.L. REV. 551, 581-587 (1999). שורץ מסביר שירשים אינם יכולים לגמול למורשה ולכן חבים לה לנצח. Barry Schwartz, *The Social Psychology of the Gift*, 73 Am. J. Soc. 1, 9 (1967).

63 ראו Orit S. Tykocinski & Thane S. Pittman, *Money Imbued With Essence: How We Preserve, Invest, and Spend Inherited Money* 35 BASIC AND APPLIED SOCIAL PSYCHOLOGY 506 (2013).

64 שם.

מקבלת ביטוי במישור ההצהרתי. אחת הדוגמאות לכך מופיעה בדינים העוסקים בפסילת הוראות צוואה שנעשתה מחמת השפעה בלתי-הוגנת. כפי שהפסיקה והספרות האקדמית מבהירות, האיסור אינו על השפעה אלא רק על השפעה בלתי-הוגנת.⁶⁵ כך, למשל, לא מצא בית המשפט העליון פסול בהשפעה של בנים על אביהם (שהיה אדם מאמין) לשנות מהוראות צוואה שלא הותירה דבר לבנותיו והעבירה חלק מרכושו למוסדות דתיים, ולערוך צוואה חדשה שהכירה בבנות כיורשות.⁶⁶ בית המשפט הכיר בכך שהמוריש התנגד עקרונית "לצוות ירושה לבנותיו שאינן נושאות את שמו", וכי מטרת ילדיו (ואחינו, בנו של אחד הבנות) הייתה להשפיע עליו לשנות את צוואתו; בכל זאת, מאחר שלא היה משום חוסר הוגנות בהשפעה, הרי היא מותרת על פי הדין בישראל ואינה מביאה לפסלות הצוואה. כאשר בית משפט פוסק כי צוואה בטלה עקב השפעה בלתי-הוגנת הוא קובע כי הצוואה אינה משקפת את רצון המצווה. דרישת ההוגנות הנלווית אל דוקטרינת ההשפעה הבלתי-הוגנת מכירה בכך שמערכות יחסים הן חלק בלתי-נפרד מהאופן שבו מצווים מגבשים את רצונם. על כן, יש לפסול רק את השפעות שאינן הוגנות מבחינה נורמטיבית.⁶⁷ המושג של רצון המצווה והעיקרון בדבר חופש הציווי מבטאים ערכים קישוריים ותפיסה של המצווה כאדם מקושר וכחלק ממגוון רחב של מערכות יחסים, חיוביות ושליליות. רצון המצווה וחופש הציווי מתגבשים וצומחים מתוך מערכות יחסים אלו.⁶⁸

הבנה זו של רצון המצווה ושל חופש הציווי משתקפת בייחוד של הצוואה כמסמך משפטי, שהרי צוואה אינה רק מסמך אתי או רגשי אלא מסמך משפטי המתמלא בתוכן לאחר מות המוריש. לפיכך, אפשר לטעון כי מצווים אינם מעוניינים בהשאת חותם אישי על העולם אלא בהעברת נכסיהם בלבד, אולם אופייה הייחודי של הצוואה קושר בין ההיבט המשפטי להיבט הסימבולי. לצוואה אין כל משמעות משפטית בחיי המוריש אלא רק במותה.⁶⁹ לכן, אם מוריש בוחרת לערוך צוואה, הדבר מעיד על כך שזהות בעלי הרכוש לאחר מותה ואופן חלוקת הרכוש ביניהם חשובים לה. היא רוצה להשפיע בדרך כלשהי על מצב הדברים בעולם גם כשכבר לא תהיה חלק ממנו. השפעה זו עשויה לכלול רצון להיטיב עם קרוביה, רצון להנציח את שמה ואת שם משפחתה או רצון לדאוג שהעסק שהקימה ינוהל בצורה יעילה כלכלית. רק אדם שמצב העניינים אחרי מותו חשוב לו, ממכלול של סיבות, יטרח לכתוב צוואה.⁷⁰

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

66 שם.

67 שם, בפסקה 8: "השאלה אם הופעלה על המצווה השפעה היא שאלה של עובדה. השאלה אם השפעה זו הייתה בלתי הוגנת היא שאלה ערכית נורמטיבית, ועל בית המשפט לקבוע על-פי מושגים של מוסר אישי ושל מוסר חברתי, כשהוא מכון דעתו לרצונו האמיתי של המצווה" (ההדגשה הוספה).

68 התגבשות רצון מתוך מערכות יחסים כוללת גם החלטות נישול המבוססות על קשר בעייתי או מכאיב.

69 ראו סעיף 27 לחוק הירושה.

70 כללי ירושה על פי דין הם כמובן עניין אחר; לא תמיד הם משקפים את החלטת המוריש ולמעשה הם מחייבים הורשה. ראו Shelly Kreiczer-Levy, *The Mandatory Nature of Inheritance*, 53 Am. J. Juris. 105 (2008).

יש לראות את הצוואה ככלי קישורי מובהק, הנוצר על רקע מערכות היחסים המשמעותיות בחיי המורשה. נוסף על כך, לגישתנו ייחוד הצוואה נעוץ בהיותה מסמך משפטי אישי, המקושר פעמים רבות לאישיות המורשה ולדמותה המשתקפת בצוואה לאחר מותה. המשגה זו של הצוואה נדחקה אל השוליים בדיונים על אודות פרשנות צוואה בפסיקה ובספרות האקדמית, אך אנו נבקש לגזור ממנה שיקולים שיש להוסיף לדיון על אודות הגישה הפרשנית הראויה בדיוני צוואות.

ב. לקראת גישה פרשנית ראויה

1. אופי הצוואה: אידאל מול מציאות

המשפט הישראלי מתאר את הצוואה כמסמך משפטי אינדיבידואלי ייחודי. הצוואה אינה רק מסמך בעל משמעות משפטית; היא קשורה לכבודו של המת⁷¹ ולאוטונומיה שלו;⁷² היא מבטאת את אישיותו והיא טומנת בחובה את הקשר המיוחד שבין המת לבין שאריו. השופט ש"ז חשין הסביר זאת בלשון פיוטית ונוגעת ללב בספרו "רמויות מבית המשפט":⁷³

אני חייב להודות כי בכל פעם שצוואה באה לידי, זע משהו בתוך ליבי. בצוואתו של אדם גלומים לעיתים מיטב שאיפותיו ובחירי חלומות חייו, ולעולם מלווה אותך ההרגשה הדומה, כי הנה היה אדם ואיננו ומכל הווייתו, מכל עצמותו, נשתירו רק גליונות נייר אלה.⁷⁴

הייחודיות של הצוואה כנושאת מסר של המת אל החיים מושרשת ברטוריקה של הפסיקה.⁷⁵ השופט טירקל הסביר:

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 הנסיון האחרון שלו לעצב את חייהם של הנשארים אחריו, ולמצער, להשפיע עליהם. כאן תקוותו האחרונה לחיות בזכרונם 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.⁷⁶

-
- 71 ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993) (להלן: עניין כלפה).
- 72 ראו, למשל, ברק, **פרשנות צוואה**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 49 ו-138. עוד ראו שאול שוחט פגמים בצוואות 23-24 (מהדורה שנייה, 2001).
- 73 ציטטה זו מובאת במקורות רבים במשפט הישראלי; בין היתר אצל ברק, **פרשנות צוואה**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 31-32, ואצל קורינאלדי, לעיל ה"ש 33, בעמ' 327.
- 74 חשין, לעיל ה"ש 1.
- 75 עניין לרנר, לעיל ה"ש 11, בפסקה 20.
- 76 ע"א 7735/02 עיבון אלבו נ' אהל פז, פ"ד נח(3) 161, 165 (2004).

אם כן, הרטוריקה של הדין בוראת את הצוואה כמסמך המעביר את רצונה האחרון של המוריש. רצון זה יקר וחשוב לחברה, משום שהוא משאיר משהו מן המוריש – מכבודה, מאישיותה, ממנה עצמה – אחרי מותה. המסר הגלום בצוואה מטיל על בית המשפט מחויבות כבדה: "מצווים אנו לקיים את דברי המת; שכן המת מת הוא ורק אנו החיים נוכל לכבדו בקיום רצונו קודם מותו" הסביר השופט חשין בעניין לישיצקי.⁷⁷ מחויבות זו נובעת מהעובדה שצוואה היא הקשר האחרון שיש לנו אל אדם שאיננו עוד, ועל בית המשפט מוטלת החובה הכבדה להחיות את המצווה.

התמונה הבהירה והרגישה הזו עומדת בסתירה למציאות האפורה של עריכת צוואות. במחקרה החשוב סקרה דפנה הקר צוואות במחוז מרכז בין 2000 ל-2004. היא בדקה את האסתטיקה, הניסוח, הסגנון והתוכן של הצוואות.⁷⁸ המסקנה שלה מהמחקר היא שרק לעתים נדירות צוואות משקפות מסר אישי של המצווה. כך, למשל, היא גילתה כי צוואות הן בדרך כלל קצרות למדי⁷⁹ וכי רובן הגדול נכתב בשפה משפטית טכנית;⁸⁰ היא גילתה כי מעבר להוראות חלוקה של הנכס רק לעתים נדירות נמצא מחשבות, רגשות או מסרים מיוחדים.⁸¹ לרוב מצווים אינם חולקים מידע לגבי יחסיהם המשפחתיים ולא נוטים להסביר מדוע בחרו לנשל קרוב מסוים.⁸² עם זאת, יש נטייה גדולה יותר להסביר מדוע בחרו להיטיב עם אדם. עוד גילתה הקר כי על פי רוב הצוואה לא חושפת את עיסוקו של אדם או את אופיו האישי.⁸³ הקר אמנם איתרה חריגים לתופעות אלו,⁸⁴ אך יוצאי הדופן מעידים על הכלל. התמונה שהיא מסרטטת מבהירה עד כמה רחוקה המציאות של עריכת צוואות מהתיאור הרגיש של בתי המשפט. בעקבות הממצאים הללו הקר קוראת לעורכי-הדין להעלות לפני לקוחותיהם אפשרות של כתיבת צוואה אישית יותר, מלאת נשמה.⁸⁵

במחקר אחר בחנה דברה גורדון את היתרונות והחסרונות של שימוש בשפה אישית ורגשית בצוואות במקום השפה הטכנית-משפטית.⁸⁶ מעבר להדגשת הערך של צוואות אישיות בהעצמת המסר של הצוואה, היא הגיעה למסקנה מרתקת. לטענתה, כאשר מתעורר

77 ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88, 143 (1999) (להלן: עניין לישיצקי).

78 ראו DAPHNA HACKER, *Posthumous Dignity Through The Prism Of Israeli Succession Disputes (unpublished manuscript)* (coming in 11 International Journal of Law in Context).

79 שם, בעמ' 965. יוער כי הממוצע הוא 1.8 עמודים, כולל הצהרות וחתומות עדים.

80 כ 88% מהצוואות. ראו שם, בעמ' 966.

81 שם, בעמ' 967.

82 שם, בעמ' 968.

83 שם, בעמ' 969.

84 שם, בעמ' 969.

85 שם, בעמ' 977.

86 Deborah S. Gordon, *Reflecting on the Language of Death* 34 SEATTLE U. L. REV. 379 (2011).

סכסוך משפטי, השימוש בשפה אישית – אזכור רגשות, מחשבות והסברים – משפר את סיכויי ההגנה על הצוואה.⁸⁷

צוואות בעלות ניסוח טכני מקשות על שופטת הנדרשת לפרש עמימות בצוואה. דוגמה טובה לבעיה זו מופיעה בפסקי דין שבהם התמודדו בתי המשפט עם משמעות הביטוי "בעת ובעונה אחת" בהתייחס למוות של מצויים בצוואות הדדיות.⁸⁸ מדובר בביטוי נפוץ במפתיע בצוואות הדדיות. במקרה הטיפוסי מדובר בצוואות הדדיות של בני זוג שהורישו את רכושם אחד לשני וקבעו בסעיף נוסף בצוואה כי אם ילכו לעולמם "בעת ובעונה אחת" יועבר הרכוש לפלוני.⁸⁹ אפשר להניח כי מדובר בביטוי השואב משפה משפטית טכנית ואולי אפילו מטופס סטנדרטי; קשה להאמין כי מספר רב של מצויים הוטרדו במיוחד מהאפשרות – שאינה כל כך סבירה – ששניהם ימותו באותה עת. בעניין אחד הביע השופט עמית את הסברה שההתייחסות דווקא למוות בריזמי מקורה בטעות בניסוח של עורך-הדין "שעל פי שמו אינו יליד הארץ".⁹⁰ סביר יותר להניח כי הדבר שהטריד אותם הוא חלוקת הכספים לאחר מות שני בני הזוג. אולם, כפי שציינו, פסקי דין רבים יחסית בעשור האחרון עסקו בפרשנות של ביטוי כזה בצוואה, ומצאו לכך לא פחות מארבע דרכים פרשניות.⁹¹ בשלוש

87 לעומת זאת, Baron טוענת ששפה משפטית משפרת את סיכויי קיומה של הצוואה. עם זאת, היא אינה מסתמכת על מחקר שיטתי אלא משווה בין צוואת חמיה, שנוסחה בלשון משפטית וקיומה תאם את כוונתו, לבין צוואתו של אביה, שלטענתה לא קימה באופן שתאם את רצונו. ראו Baron, לעיל ה"ש 25, במיוחד בעמ' 633. ראו גם את ביקורתו של Greenwalt על טענה זו של ברון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 560-561.

88 ראו, לדוגמה, עניין מ.מ., לעיל, ה"ש 31; ת"ע (ת"א) 101160/06 עזבון גרוסמן נ' קרמר (פורסם בנבו, 7.2.2008) (להלן: עניין גרוסמן); עניין לרנר, לעיל ה"ש 11; ת"ע (חי) 2961/00 בחר נ' אליהו (פורסם בנבו, 11.6.2001) (להלן: עניין בחר); עניין אלמונית, לעיל ה"ש 29.

89 ראו עניין אלמונית, שם. בעניין זה דובר בשתי אחיות שערכו צוואות הדדיות והשתמשו בביטוי דומה.

90 ראו עניין אלמונית, שם, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט עמית.

91 בכל אחד מהמקרים קבעו הצוואות ירושה לבן הזוג הנותר בחיים והתייחסו באופן מילולי מפורש למצב שבו שני בני הזוג הולכים לעולמם בריזמי. פרשת לרנר התעוררה לאחר מות האשה, שהלכה לעולמה כשנה וחצי לאחר מות בעלה, ועסקה בפרשנות צוואתה של האשה. בית המשפט המחוזי קבע כי להוראת הצוואה המתייחסת למוות בני הזוג בריזמי אין תחולה במצב דברים זה (וכך גם הסכימו הצדדים), ופנה להוראה בצוואה שלפיה כל אחד מבני הזוג הוריש את רכושו לבן זוגו. אמנם בעת מות האשה לא היה הבעל בין החיים, אך בית המשפט עדיין ראה בהוראה המנחילה לבעל הוראה רלוונטית ופנה לסעיף 49, שעניינו בווכה על פי צוואה שנפטרו לפני המצווה וקובע כי צאצאי הזוכה שנפטרו יורשים את המצווה. בית המשפט העליון הפך פסיקה זו של בית המשפט המחוזי וקבע כי להוראת סעיף 49 אין תחולה במקרה מעין זה. הדעות בבית המשפט העליון נחלקו באשר לאופן שבו יש לפרש את הצוואה: הנשיא ברק והשופט גרוניס אימצו פרשנות מילולית שלפיה בני הזוג התכוונו אך ורק למצב שבו ילכו שניהם לעולמם בעת ובעונה אחת. לגישתם, הצוואה אינה מתייחסת למצב שבו בני הזוג אינם בחיים לאחר שהלכו לעולמם במועדים שונים, ואין אפשרות להשלמת החסר הזה; ראו עניין לרנר, לעיל ה"ש 11. גישה דומה אימצו השופטת פלאוט בעניין גרוסמן, לעיל ה"ש 88, ושופטי הרוב מפי השופטת וילנר בעניין אלמונית, שם. גישה פרשנית שונה אימץ שופט

מהדרכים נצמדו הפרשנויות ללשון הצוואה; הדרך הרביעית התמקדה בנתונים נוספים כגון מידת הקרבה לזוכה.⁹²

על כל פנים, במציאות יש פער ניכר בין האידאל באשר למהות הצוואה לבין האופי והצורה של צוואות בפועל, בין משיקולים מעשיים ובין עקב המלצות של עורכי-דין. לטענתנו, במיוחד על רקע הממצאים על אודות אופיין הטכני של מרבית הצוואות, כאשר מתעורר סכסוך בנוגע לפרשנות של צוואה, יש בהליך המשפטי – ובכלל זה בפסק הדין – פוטנציאל להפיח חיים במסמך, להזריק לו נשמה ולהפוך אותו לאידאל המגלם את אישיות המצווה – ולגישתנו גם לסייע בשימור כבודה.⁹³ מובן כי גישה זו ראויה גם כשאינן עסקינן בצוואות הכתובות בלשון טכניות, אולם יש לה חשיבות מיוחדת כשמסמך הצוואה נעדר מאפיינים אלו מלכתחילה.

לגישתנו, כאשר בית המשפט פונה מעבר ללשון (הטכנית בדרך כלל) של הצוואה, נעזר בראיות הנוגעות לרצון המצווה – הוא פותח צוהר לעיסוק באישיות המצווה ובכך חשיבות הפנייה לאותן ראיות. בית המשפט מגשים את האידאל של הצוואה כמסמך אישי ייחודי ומקרב בכך את הליך הפרשנות אל הרטוריקה השיפוטית. בית המשפט בוחן מה היו המטרות, הקשרים והסיבות שלשמן נכתבה הצוואה – הוא מזריק נשמה לצוואה. הליך זה נעדר מפסיקה המתמקדת כולה בלשון הצוואה. מיקוד בלעדי במילים שבהן הצוואה כתובה יוצר הפשטה של האינדיבידואל, מתעלם ממאפייניו הקונקרטיים ומפשיט ממצווים את אנושיותם.⁹⁴ עמדתנו זו מביאה את הגישה הפרשנית המתמקדת ביוצר צעד נוסף קדימה: אנו שמות במרכז ההליך הפרשני לא רק את ה"כוונה" של היוצרת אלא את אישיותה ונשמתה.⁹⁵

המיעוט בפרשת לרנר, השופט טירקל, ולפיה הביטוי "בעת ובעונה אחת" מתייחס לכל מצב בו שני הנפטרים אינם בחיים. גישה זו אימצו גם השופטת קופלמן פרדו בת"ע (ת"א) 106160/06 עזבון ש.ח. נ' ל.מ. (פורסם בנבו, 10.6.2006) (להלן: עזבון ש.ח.). והשופט עמית בעמדת מיעוט בעניין אלמונית. לבסוף, גישה פרשנית רביעית אימץ השופט שוחט בעניין מ.מ., לעיל ה"ש 31. השופט שוחט יצא מנקודת מוצא הדומה לעמדת הרוב בפרשת לרנר, שלפיה המונח "בעת ובעונה אחת" אכן מתייחס רק למצב שבו בני הזוג הולכים לעולמם בו-זמנית והצוואה אינה מתייחסת למצב שבו שני בני הזוג אינם בין החיים לאחר שהלכו לעולמם במועדים שונים. עם זאת, השופט שוחט בחר בגישה פרשנית של השלמת החסר בצוואה על פי אומד דעתם המשותף של בני הזוג עורכי הצוואה. חשוב לציין ולהזכיר, כמובן, כי ככל שמדובר בפרשנות מונחים בצוואה, אין תקדים: העובדה שמונח פורש באופן מסוים על ידי בית המשפט העליון אין משמעה שכך הוא יפורש על ידי בתי המשפט לענייני משפחה או בתי המשפט המחוזיים, שהרי בכל מקרה מתחקים אחר כוונתה של מצווה מסוימת. ראו עניין לרנר, לעיל ה"ש 1111, פסק דינו של השופט ברק, בעמ' 190.

92 עניין מ.מ., לעיל ה"ש 31.

93 ראו בהמשך בתתי-הפרקים ב.2-ב.3.

94 השוו Baron, לעיל ה"ש 25.

95 ליפשיץ ופינקלשטיין מתארים את הגישות המתמקדות ביוצר כגישות השמות את "כוונת" היוצר במרכז הליך הפרשני. ליפשיץ ופינקלשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 62-68.

נוסף על כך, פנייה לנסיבות מכירה באופייה הקישורי של הצוואה כפי שנסביר בהמשך. בכל אלו יש כדי להוות שיקול לטובת גישה פרשנית שאין עניינה בלשון הצוואה בלבד.⁹⁶

2. הזרקת נשמה וכבוד המת

הליך פרשני המזריק נשמה לצוואה ומקנה מקום למערכות היחסים המרכזיות בחיי המצווה מגשים בצורה טובה יותר את אידאל הצוואה כמסמך אישי וייחודי המגלם את אופי המוריש; ולא זו בלבד אלא שהוא גם מקדם בצורה טובה יותר את ערך כבוד המת שהוכר בפסיקה כערך בעל חשיבות.⁹⁷ שני ערכים מרכזיים מגבשים את עמוד התווך של הדין בפסיקה הנוגעת לדיני צוואות: רצון המצווה וכבוד המת. פעמים רבות שני ערכים אלה מוזכרים יחד ומוצגים כקשורים זה בזה.⁹⁸ הערך בדבר כבוד המת, הנגזר מהערך בדבר כבוד האדם, משמש הצדקה הנורמטיבית לקידום רצון המצווה כמטרה המרכזית של דיני הירושה.⁹⁹ אף שעל פי הפסיקה הגשמת רצון המצווה נגזרת מכבוד המת, הפסיקה אינה נדרשת להבדלים אפשריים בין ערכים אלה וההנחה של מרבית פסקי הדין היא שמימוש רצונו של המצווה הוא תוצאה ברורה של הגנה על כבודו.¹⁰⁰ הדיון במשפט הישראלי על התוכן והמשמעות של הערך בדבר כבוד המת הוא דיון חלקי וחסר; בעבר אף נטען כי מדובר במטבע לשון ריקה מבחינה משפטית.¹⁰¹ חוסר הבהירות המושגית נכון שבעתים בכלל האמור בהליכים משפטיים הנוגעים לקיום צוואתו של המת.

טענתנו היא שהתמקדות בבדיקה עובדתית צרה של הרצון מפספסת את הפוטנציאל הגלום בפרשנות צוואה ומבטאת תפיסה דלה של מושג כבוד המת. לגישתנו, אין מדובר במטבע לשון גרידא וחשוב לקדם את הדיון בתוכנו ובמשמעותו המשפטית. אין אנו מתיימרות להציג כאן דיון ממצה על אודות הערך בדבר כבוד המת; מטרה זו חורגת מגבולות מאמרנו. עם זאת, בתת-פרק זה נבקש להעיר ולהאיר כמה נקודות באשר לערך זה, תוך התמקדות בהיבטים הרלוונטיים לדיני צוואות בכלל ולדיני פרשנות צוואה בפרט.

96 יש, כמובן, שיקולים אחרים כשבוחנים גישה פרשנית מסוימת. ראו, לדוגמה, את הדיון בתת-פרק א.3. כאמור, מטרת המאמר היא להוסיף שיקולים חשובים לדין בפרשנות ולא לתמוך באופן גורף בגישה פרשנית מסוימת.

97 ראו, למשל, ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992) (להלן: עניין קסטנבאום); בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלון פיקוד המרכז, מו(5) 1 (1992) (להלן: עניין ברכאת); עניין כלפה, לעיל ה"ש 71; ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א רשל"צ, פ"ד נג(3) 600 (1999).

98 ראו, למשל, ע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן, פ"ד מו(4) 330, 347 (1992) ("רצונו של אדם הוא כבודו") (להלן: עניין שחם); עניין כלפה, לעיל ה"ש 71, בעמ' 28; ע"א 1212/91 קרן לבי" נ' בינשטוק, פ"ד מח (3) 705, 732 (1994) (להלן: עניין לבי"י); רע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, פ"ד נג(3) 97, 109-110 (1999); עניין טלמציור, לעיל ה"ש 17.

99 ראו ברק, פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 25, בעמ' 364.
100 ראו בעיקר את שכיחות הביטוי "רצונו של אדם כבודו", עניין שחם, לעיל ה"ש 98; עניין לבי"י, לעיל ה"ש 98.

101 מיכאל בירנהק "זכויות המתים וחופש החיים" עיוני משפט לא 57, 61 (2008).

בטרם נפנה לדיון זה נבקש להעיר כי אף שאנו עוסקות בכבוד המת, אין אנו מייחסות זכויות למי שאינם עוד בין החיים. כפי שטען גם מיכאל בירנהק, ההגנה על כבוד המת – כמו גם ההגנה על חופש הציור וכמו ההגנה המצומצמת יותר על קיום רצונו של הנפטר – עוסקות כולן באינטרסים של האדם החי.¹⁰² האדם החי הוא שמדמיין את העולם אחרי מותו ומבקש להשפיע על אותו עולם שבו כבר לא יהיה לו חלק. ההכרה וההגנה צריכים להינתן ביחס לאינטרסים של האדם החי הצופה את מותו. מתוך נקודת מוצא זו אנו מקיימות את דיונונו. בניגוד ל"רצון", שהוא ערך בעל ממד עובדתי נקודתי, "כבוד" הוא ערך רב-ממדי ועשיר בהרבה. התפקיד שמושג הכבוד ממלא בפסיקה ובספרות מגוון ועמוק יותר מכיבוד רצונו של הסובייקט. כך, מושג כבוד המת נקשר בשמירה על שמם הטוב של המתים,¹⁰³ בהגנה על פרטיותם,¹⁰⁴ בכיתוב על מצבות,¹⁰⁵ בעריכת הלוויות,¹⁰⁶ בקבורה¹⁰⁷ ובשימוש בגוף הנפטר.¹⁰⁸ לרוב ערך זה מובן כפועל יוצא של כבוד האדם.¹⁰⁹ אנו מבקשות להוסיף לדיון את תפיסת הנפטר כאינדיבידואל, כאדם ייחודי בעל מטרות קונקרטיות, הנטוע במגוון של מערכות יחסים. כפי שציינו, הערך בדבר כבוד המת נגזר תדיר מהערך בדבר כבוד האדם. מדובר במושג אוניברסלי, המבטא תפיסה שלפיה כל אדם ראוי להגנה על כבודו, והכבוד במובן זה מגיע לאדם מעצם היותו אדם.¹¹⁰ הגנה כזו התבססה לרוב על הפשטה של האינדיבידואל ועל התמקדות באנושיותו כפוטנציאל להתנהגות מוסרית.¹¹¹ זו היא תפיסה קאנטיאנית שלפיה כבוד מבוסס על אוטונומיה, שהיא היכולת להבין ולחיות על פי חוקי המוסר.¹¹² לאחר שכבוד האדם התפתח כמושג אוניברסלי, החל להתפתח במאה השמונה-עשרה אידאל של

- 102 שם. להנחה דומה ראו שלי קרייצר לוי, "איסור על חוזה צוואה: האמנם איסור חסר ערך?" חוקים ד 5 (2012) (להלן: קרייצר לוי).
- 103 בג"ץ 6126/94 נשנש נ' רשות השידור, פ"ד נגנ(3) 817 (1994). כן ראו סעיף 5 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 240 ("לשון הרע על אדם שפורסמה אחרי מותו, דינה כדיון לשון הרע על אדם חי, אלא שאין בה עילה לתובענה אזרחית או לקובלנה, ולא יוגש כתב אישום בשל עבירה לפי סעיף זה אלא אם ביקש זאת בן-זוגו של המת או אחר מילדיו, נכדיו, הוריו, אחיו או אחיותיו").
- 104 ראו, למשל, ה"פ (ת"א) 29490-05-12 עיזבון פלונית נ' קופלר (פורסם בנבו 31.10.2012).
- 105 עניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 97.
- 106 עניין ברכאת, לעיל ה"ש 97.
- 107 ע"פ 8469/99 אסקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 65 (2001).
- 108 ע"א 4576/08 בן צבי נ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011); תמ"ש (כס) 17340/05 פלוני נ' עזבון פלוני (פורסם בנבו, 26.7.2006).
- 109 ראו, למשל, את דברי ברק בעניין קסטנבאום, לעיל ה"ש 97, בפסקה 10.
- 110 ראו אליעזר מלכיאל, "מבוא" צ'רלס טיילור מועקת המודרניות ה"ש 45, ובמיוחד הטקסט הצמוד להערות שוליים 41-45 (פנינה זיין מתרגמת, 2011).
- 111 ראו Immanuel Kant, Groundwork for the Metaphysics of Morals 71 (H.J. Paton trans. 2005) "Humanity so far as it is capable of morality is the only thing which has dignity" Leslie Henry, *The* (להלן: קאנט). להקשר המשפטי המודרני של כבוד ראו דיון אצל Jurisprudence of Dignity 160 U. Penn. L. Rev. 169, 207-208 (2011) שם, קאנט, בעמ' 20, 72.

זהות אינדיבידואלית ייחודית, כזו המכונה "אותנטיות"¹¹³. כך, בצד הפשטת האינדיבידואל, האדירה הפילוסופיה של המוסר את יכולתו של אדם להיות אנושי בדרכו שלו תוך הכרה בקולו הייחודי.¹¹⁴ בהמשך לאמור בחלק הקודם של המאמר, טענתנו – בהקשר של הליכים לפרשנות צוואות – היא שהליך המפשיט את המצווה ממאפייניו הייחודיים והופך אותו ל"כל אדם" עלול לפגוע בכבוד המצווה. כבוד המת משמעו, בין היתר, איתור של הקול הייחודי הקונקרטי של הנפטר.

אם כך, העיסוק הפרשני עוסק באיתור הרצון מתוך התחקות אחר דמות המצווה ואחר מערכות היחסים בחייה. אפשר לטעון, בעקבות ביקורות פוסט-מודרניות, כי בית המשפט לא מסוגל לאתר את דמות המצווה משום שדמותה אינה נתון אובייקטיבי שאפשר לזהותו. לפיכך, כאשר בית המשפט ניזון מנתונים שונים הנוגעים למצווה לאחר מותה, הוא אינו חושף אמת אלא במידה רבה יוצר דמות.¹¹⁵ עם זאת, חשוב לזכור כי קושי זה מובנה לתוך הפרקטיקה ההרמנויטית של פרשנות. כפי שלפשיץ ופינקלשטיין מסבירים, יש הטוענים כי הפרשן – כל פרשן – בהכרח מעורב בהליך היצירה של הטקסט וכתוצאה מכך לוקח חלק פעיל ביצירת דמות. תאוריות מקובלות בתחום הזהות מצביעות גם הן על המתח המגולם בספרות בין חשיבות הזהות האינדיבידואלית לבין ההכרה שזהות היא מפוצלת, מרובת פנים ותוצר של הבניה חברתית.¹¹⁶

ההליך הפרשני של חשיפת הדמות חשוב למרות אי-הדיוקים הכרוכים בו ולמרות יסוד היצירה המשמעותי המגולם בו. ההליך חשוב משום שהוא מתמקד באדם קונקרטי, במערכות היחסים שהיה חלק מהן ובקשריו – ולא במסר מופשט. בכך, הליך הפרשנות יוצר אינדיבידואליזם של המנוחה מתוך דיון עם קרוביה, יורשיה וחבריה.

הבנה זו של כבוד המת מציגה עמדה אוהדת כלפי ההליך המשפטי ומכירה בפוטנציאל הגלום בו. אין זו תפיסה שגרתית של סכסוך משפטי וליטיגיזיה. דפנה הקר, בדונה בכבוד המת בסכסוכי ירושה, טענה כי ההליך המשפטי העוסק בצוואות במסגרת דיון בבית המשפט פוגע פגיעה קשה בכבוד המצווה.¹¹⁷ ייתכן שטענתה נובעת מהתמקדותה בהליכים משפטיים המבקשים לפסול תוקף של צוואה מחמת היעדר כשירות, חוסר יכולת להבחין בטיבה של צוואה, השפעה בלתי-הוגנת וטענות דומות. כך, הסכסוך מביא לעתים עדויות המציירות את

113 Taylor, לעיל ה"ש 49, בעמ' 29-27.

114 שם, בעמ' 29.

115 גרינוולט טוען שאנשים מציגים את עצמם באופן שונה לפני אנשים שונים ולכן חשיפת הסיפור האישי של המצווה היא משימה בלתי-אפשרית עבור השופט, שיתקשה להכריע בין גרסאות מתחרות של קרובי המצווה וידידיה. ראו לעיל Greenwalt, לעיל ה"ש 7, בעמ' 560. לשיטתנו, כאמור, מדובר ביצירה ולא בחשיפה.

116 ראו Mervin F. Bendle, *The Crisis of 'Identity' in High Modernity* 53 THE BRITISH J. Socio. 1 (2002).

117 Hacker, לעיל ה"ש 78. לגישה דומה ראו את דברי השופט ויצמן בת"א (כ"ס) 3963/01 י.ק. נ' מ.ב., פסקאות 1 ו-15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 23.5.2006). בהתייחס לרצונה ולכבודה של מצווה מסוימת שעניינה נדון בפניו (עם זאת, בשונה מהקר, השופט ויצמן ראה פשרה כהגשמת רצונה וכבודה של המצווה). באופן לא מפתיע, וכפי שהראתה גם הקר, עריכת צוואה מעלה את הסיכוי להתדיינות משפטית על אודות חלוקת הירושה.

המצווה כחלש ותלוּת. אנו סבורות כי התמונה היא מורכבת יותר וכי בהליך המשפטי – גם זה שענייננו באוטונומיה, בכשירות וביכולות השכליות והנפשיות של המצווה – גלומה אפשרות של העצמה, הפחת רוח חיים והזרקה נשמה לדמותה של המצווה, תוך התמקדות במערכות היחסים בחייה ותיאורה כאדם הנטוע במערכות יחסים ולא כפרט אטומיסטי. הדברים נכונים ביתר שאת בכל הנוגע להליך הפרשנות של צוואה. יש בהליך זה כדי לקדם את הערך בדבר כבוד המת, אולם רק אם הוא חורג מעבר למילותיה של הצוואה – מילים שפעמים רבות נוסחו על ידי עורכי־דין, וכפי שהראתה דפנה הקר – הן חלק משה משפה טכנית ונטולת אישיות.

3. על כבוד, ייחודיות וקשר

ייחודו של האדם אינו נוצר ומתקיים בחלל ריק. כתיבתו של צ'רלס טיילור, שהוזכרה קודם לכן, קושרת בין האנושיות של האדם וזהותו הייחודית לבין הכרה בהן על ידי אחרים. טיילור מבהיר שכדי להיהפך לאנושי – כדי שאדם יבין את עצמו ואת זהותו הייחודית – עליו לעסוק בדיאלוג של הבעה עצמית.¹¹⁸ דרכי ביטוי עצמי אינן נוצרות בריק אלא מתווכות לנו דרך אינטראקציה עם אחרים שמגלמים תפקיד חשוב בחיינו (significant others).¹¹⁹ אדם אינו מגבש זהות במונולוג אלא יוצר את אנושיותו מתוך דיאלוג. אינדיבידואלים מגדירים את זהותם הייחודית מתוך דיאלוג (שיכול לכלול גם מאבק) עם אחרים המשמעותיים לחייהם. אחרים אלה ממשיכים לגלם תפקיד חשוב, והדיאלוג עמם מוסיף להתקיים גם אחרי שהקשר עמם נותק – למשל, בשל מוות.¹²⁰ כפי שציינו, האדם אינו פרט אטומיסטי המנותק מקשרים משפחתיים, חבריים ואחרים, וכשם שאין לראותו כך בחייו, גם לאחר מותו התעלמות מקשרים אלו היא, לשיטתנו, פגיעה בכבודו.

תפיסת המצווה כאדם מקושר מציעה גם קריאה שונה מזו שהציג מיכאל בירנהק לאמירות בפסיקה הישראלית ביחס לכבוד המת. כך הסביר ברק בהערה האופיינית לפסיקה:¹²¹

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בלבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפוח הקבר. זהו אותו קשר – לעתים ראציונאלי ולעתים בלתי ראציונאלי – בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכנו ואשר הנותן ביטוי למאוויו הנפש הנכספים. זוהי ה"יד" שהחיים מושיטים למתים. זהו הביטוי החיצוני המשקף את הקשרים הפנימיים בין הדורות, הכרה בכבוד האדם מחייבת מתן חירות לאדם לעצב את כיתוב המצבה כפי שנראה לו כראוי.

118 Hacker, שם, בעמ' 32. השימוש במונח "אטומיסטי" לתיאור אדם המנותק מקשרים בין־אישיים לקוח אף הוא מטיילור. ראו Taylor Atomism, לעיל ה"ש 52.

119 שם.

120 שם, בעמ' 32-33.

121 קסטנבאום, לעיל ה"ש 97, פסקה 10 לפסק דינו של השופט ברק.

בירנהק ביקר דברים אלו הן בגין היותם, לטענתו, מעורפלים מושגית והן בשל כריכתם יחד של נושאים רבים – כבוד האדם החי, כבוד המת וכבוד קרובי המשפחה.¹²² בירנהק טוען בזכות הפרדה אנליטית בין זכויות המת (שהן, כאמור, מספקות הכרה והגנה לאינטרסים שהיו לו בחייו בעת שצפה את מותו, ואין הן זכויות המוקנות לו לאחר הפטירה) לבין זכויות ואינטרסים של בני המשפחה בכלל ואינטרסים הקשורים בשימור זיכרונו בפרט. עמדתו מסבירה מדוע אי אפשר ליצור הפרדה דיכוטומית בין האינטרסים של הנפטר לאלו של הקרובים לו ומדוע כריכת הדיון באינטרסים אלו יחד, במיוחד בהקשר זה, היא דווקא ראויה. יתרה מזו: לשיטתו של בירנהק, האינטרס של קרובי המשפחה שקול לכבוד ה"פמיליה": זו אינה ישות בפני עצמה בעולם ליברלי ועל כן אין מקום להגן עליה.¹²³ ייתכן שבמקרים מסוימים יגלה המשפט הכרה באינטרסים של המשפחה כיחידה (בלשונו של בירנהק: ה"פמיליה") ואז אכן תהא גישה בעייתית בהקשרים רבים.¹²⁴ אולם, הכתיבה הפמיניסטית והקהילתנית – שאותה אנו מאמצות בהקשר זה ושלפיה יש לראות בני אדם כפרטים מקושרים – מאתגרת את ההפרדה הדיכוטומית בין המשפחה כיחידה לבין בני המשפחה כאינדיבידואלים, משום שמערכת היחסים היא רכיב מרכזי באישיות האינדיבידואלית של כל פרט במשפחה.¹²⁵

בירנהק עצמו מכיר בכך שהקשר הבין-אישי הוא רכיב מכוון בבניית הזהות האינדיבידואלית; לדבריו, זיכרון המתים הוא רכיב מרכזי באישיותם של החיים.¹²⁶ אלא, שזו הכרה חד-צדדית בלבד, משום שהיא מתייחסת רק לאינטרסים של אלו שהותיר אחריו הנפטר. דווקא נקודת המוצא של בירנהק, שלפיה זכויות המת ומושג כבוד המת מבטאים הגנה על אינטרסים של האדם החי הצופה את מותו, מנביעה את ההכרה בהרדיות של חשיבות הקשר. גם האדם החי הצופה את מותו מייחס חשיבות לאופן שבו יימשך הקשר עמו בלבבות ובחיים של אלו שיוסיפו לחיות אחריו.¹²⁷ כך ככלל, וכך בכל האמור באופן שבו תובן ותקום צוואתו, שהיא המסר שלו אליהם. בסופו של יום – דמותו, אישיותו והמסר שביקש להשאיר בצוואתו יקבלו את משמעותם רק באמצעות אלו שנשארו אחריו. נוזיק מיטיב להסביר את הקשר בין אופייה של הצוואה, מערכות היחסים שהיא ממשיכה ושימור אישיותה וזהותה הייחודית של המצווה, שבהם עסקנו בתחילתו של הפרק:

122 בירנהק, לעיל ה"ש 101, בעמ' 104.

123 שם, בעמ' 82.

124 במאמר מוסגר נציין כי הגנה על אינטרסים של קבוצות כיחידה, ובכלל זה הגנה על אינטרסים של המשפחה, אינה בהכרח שלילית. הקושי המרכזי מתעורר כשאינטרסים של אותה יחידה ניצבים כנגד אינטרסים של חבריה כפרטים, אולם לא תמיד זה המקרה. לדיון בסוגיות אלו ראו, למשל, Jeremy Waldron, *Can Communal Goods Be Human Rights?*, in LIBERAL RIGHTS: COLLECTED PAPAERS 1981-1991 339, 365-366 (Jeremy Waldron ed., 1993); Yael Tamir, *Siding With the Underdogs*, in IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN 47 (Joshua Cohen & Matthew Howard eds., 1999).

125 ראו לעיל, ה"ש 58.

126 בירנהק, לעיל ה"ש 101, בעמ' 62, 72.

127 Shelly Krecizer Levy, *The Riddle of Inheritance: Connecting Continuity and Property* השוו (Feb, 3 2011), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1789211.

Bequeathing something to others is an expression of caring about them, and it intensifies those bonds. It also marks, and perhaps sometimes creates, an extended identity.¹²⁸

להכרה בהיותו של האדם פרט קונקרטי, מקושר ונטוע במערכות היחסים במסגרת ההליך המשפטי של פרשנות צוואה, יש שני רבדים. הרובד הראשון קשור בהכרה בייחודיות ובזהות של הנפטרת שבה עסקנו לעיל, במובן זה שמערכות היחסים בחייה הן רכיב מרכזי בעיצוב ובגיבוש זהותה וחלק מאישיותה. הרובד השני נוגע לתפקידם של אלו שהיו חלק ממערכות היחסים הללו, במסגרת הליך הפרשנות ובניית דמותו של המצווה, בין צדדים ובין כעדים. את עדותו של המצווה עצמו כבר אי-אפשר לשמוע, כך שההליך לאיתור קולו הייחודי – זה שנוצר מתוך דיאלוג עם סביבתו – מתבצע אף הוא מתוך שיתוף של מכריו וקרוביו. השיתוף של קרובי המצווה, מכריו וחבריו מעורר קושי. פעמים רבות מדובר בצדדים בעלי אינטרס בתוצאה הפרשנית ולכן עדותם עשויה להיות לקויה ולא מדויקת. חשוב לזכור כי קושי זה אינו ייחודי לגישה פרשנית המוצעת אלא מתייחס ככלל לשיטת המשפט האדוורסרית, שבה הצדדים אחראים על ניהול ההליך. מעבר לכך, כפי שנגזרים בתת-פרק 5, בית המשפט שומע עדויות גם ממקורות שאינם צדדים לסכסוך: שכנים, עורך-הדין וחברים קרובים, והוא נסמך גם על הצוואה עצמה. תפקיד הפרשן הוא להיעזר בעדויות מתוך הבנה שעדים מסוימים נתונים בניגוד עניינים. מאחר שבמדינת ישראל השופטים הדנים בענייני ירושה הם שופטים מקצועיים, החשש שלא יוכלו להבחין בין מקורות מידע ולהעריך את משקלם פוחת. בית משפט מקצועי מעבד את המידע ומגבש מתוכו את דמות המצווה כפי שהיא נגלית בהליך הפרשני הכולל.

אפשר גם לטעון שיש מצווים המעדיפים שדמותם לא תיווצר ותיחגג בבית המשפט אגב סכסוך משפטי. גם אם נקבל הנחה זו, חשוב לזכור כי צוואה היא כלי משפטי המתמלא בתוכן בהתאם לשיקולים נורמטיביים. המשפט הישראלי, בניגוד לשיטות משפט אחרות, מאפשר למוריש חופש ציווי ניכר, בין היתר בשל תפקידו החברתי של חופש הציווי. צוואה מאפשרת ליצור גשר בין המצווה לבין אלה שייותרו אחריו, ולגשר זה יש חשיבות הן עבור המצווה עצמו והן עבור קרוביו ואהוביו.¹²⁹ העובדה שהדין מכבד את רצון מצווה אין משמעה שכל רצון יכול. הדין מציב הגבלות פורמליות ומהותיות כדי להסדיר את התפקיד הנורמטיבי של הצוואה.¹³⁰ בהקשר זה אנו טוענות כי מלאכת הפרשנות של צוואה היא בעלת פוטנציאל

.ROBERT NOZICK, THE EXAMINED LIFE: PHILOSOPHICAL MEDITATIONS 30 (1989) 128

129 להעמקה ראו קרייצר לוי, לעיל ה"ש 102.

130 המשפט הישראלי אינו עוסק רק בשאלה האמפירית-תיאורית "מה היה רצונה של המצווה", אלא כולל דיון נורמטיבי שהוא חלק מתפיסה רחבה יותר של חופש הציווי ושל כבוד המת. כך, למשל, לא כל רצון של המצווה זוכה להגנה אלא רק רצון שמצא את ביטויו בצוואה שנעשתה בהתאם לכללים הפורמליים הקבועים בדין; ראו סעיפים 18-23 לחוק הירושה. נוסף על כך, אם רצון המצווה הוא שאדם אחר יקבע את זהות יורשיו או את אופן חלוקת העיזבון, רצון זה לא יזכה להכרה או להגנה; ראו סעיפים 28-29 לחוק הירושה. גם רצון עכשווי של האדם לכבול או להגביל את יכולתו לצוות בעתיד אינו זוכה להגנה: סעיף 8 לחוק הירושה אינו מכיר בהסכמי ירושה וסעיף 27 שולל את תוקפה של הוראה בצוואה המגבילה את כוחה של המצווה לשנותה. כך, אם התחייבה המורשה בחייה להעניק נכסים לאחר מותה, התחייבות זו אינה תקפה אם

רב למלא תפקיד בבניית הקשר בין המצווה לאלו הנשארים אחריה. פרשנות צוואה עוסקת ברמות המצווה ובמסר שהותרה אחריה, ולכן יותר מכל הליך אחר הנוגע לדיני ירושה (דוגמת הליכים שעניינם התקימות הדרישות הצורניות של צוואה), מלאכת הפרשנות ממלאת תפקיד ביצירת הגשר בין המצווה לקרוביה, מכריה, יורשיה ומודריה.

ג. מתאוריה לפרקטיקה

1. הזרקת נשמה וכבוד המת: יישום העקרונות

בחלק זה של המאמר נבקש להדגים את טענתנו שלפיה הליך פרשני המפשיט מצווה מאופייה האינדיבידואלי, והופך אותה ל"כל אדם", מחמיץ את הפוטנציאל הגלום בצוואה, ושעיסוק ברצונות, במטרות, במערכות היחסים ובקשרים המשמעותיים בחייה של המצווה, תוך פנייה לראיות מעבר ללשון הצוואה, מסייע להפיח נשמה במסמך המשפטי ולגלם את דמותה של המצווה כאדם קונקרטי הנטוע במערכות יחסים. נדגים את הטענה על ידי ניתוח של כמה דוגמאות מהפסיקה, ונשווה בין פסקי דין שהתמקדו בלשון הצוואה בלבד לבין אלו שאימצו גישה פרשנית המייחסת משקל וחשיבות לראיות שמעבר ללשון. ראוי לציין כי בפסקי הדין שבהם נעשתה פנייה לראיות ועדויות מעבר ללשון הצוואה, לא נעשה הדבר במטרה להזריק נשמה לצוואה ולהגשים את הערך בדבר כבוד המת, כאמור במאמר זה. הפנייה לראיות אלו נעשתה מתוך תפיסה שזו הדרך הטובה ביותר להתחקות אחר רצונו של המצווה במוכן הצר. אנו מבקשות להשתמש בפסקי דין אלו כדי להמחיש את טענתנו בדבר הפוטנציאל הגלום בהליך פרשני כזה, מעבר למחלוקת הקיימת בדבר הדרך הפרשנית המיטבית להגשים את רצון המת.

ניקה, לדוגמה, את פסק הדין בעניין **שרש נ' גלילי**, שהוזכר לעיל, כפסק הדין המבטא את הגישה המבקשת לפרש צוואה מתוכה בלבד. מקריאת פסק הדין אין בידינו כל מידע על אודותיה של גב' אסתר מוברמן, המצווה. איננו יודעים מה היו שאיפותיה, מה היו מערכות היחסים המשמעותיות בחייה או כל פרט אחר על אודותיה. למעשה, פסק הדין אינו עוסק כלל בה אלא בפרשנות המונח "שווה כסף" בלבד, תוך התייחסות אך ורק לתאוריות פרשניות. לעומת זאת, פסקי דין המאמצים גישה פרשנית ההולכת מעבר ללשון הצוואה עוסקים תכופות במצווה עצמה.

דוגמה מוצלחת היא עניין **י.י.**, שבו עסק בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע בהורשה של זכות שכירות מוגנת.¹³¹ בצוואתו ציווה המנוח את כל נכסיו וזכויותיו לאשתו, אולם הוא גם הורה להעביר לחזקתו הבלעדית של בנו מבנה מסוים שבו ניהל עסק של נגרייה ובו הייתה לו באותה עת זכות שכירות מוגנת. לאחר כתיבת הצוואה רכש האב זכות

לא גובתה בצוואה. אף שרצון המורשה במקרים אלה ברור לחלוטין, התחייבויות חוזיות אינן מכובדות בכל הקשור להעברת רכוש לאחר המוות. הכלל השולל תוקף מחוזה ירושה הוצדק כמגן על חופש הציווי למרות הפגיעה ברצון. כך, אחת מאיתנו טענה כי התפקיד החברתי של חופש הציווי דורש שהמצווה יוכל בכל עת לשנות את דעתו וכך לתת ביטוי לאישיותו ולדמותו כפי שהיה רוצה שתתעצב אחרי מותו. קרייצר לוי, שם.

131 תמ"ש (ב"ש) 2912/05 י.י. נ' א.י. (פורסם בנבו, 4.5.2009).

בעלות בנגרייה, כך שזכותו במבנה כבר לא הייתה שכירות מוגנת אלא בעלות. עם זאת, הצוואה לא שונתה. המחלוקת בין הצדדים נגעה לטיב הזכויות בנגרייה. האשה סברה כי המנוח העביר לה זכות בעלות בנגרייה לפי סעיף ההורשה הכללית וכי בנה רכש בה זכות ניהול ושימוש בלבד. הסיבה לניסוח הצוואה, הסבירה האלמנה, קשורה להוראות חוק הגנת הדייר. בעקבות החוק היה על המנוח להעביר את העסק לבנו כדי שלא להפסיד את העסק. לאור שינוי המצב המשפטי אפשר להגשים את כוונתו, כלומר: להעניק לה בעלות ולבן זכות שימוש וניהול. מנגד טען הבן כי כוונת האב הייתה להוריש לו בעלות מלאה בנגרייה. בהידרשו לסוגיה, לא עסק בית המשפט רק במתן פירוש לטקסט הצוואה, אלא פנה לקבל ראיות ועדויות מהאלמנה, מהבן, מבת נוספת, מקרובי משפחה ומחברים. כל אלה העידו וסיפרו על שיחות שקיימו עם המנוח. פסק הדין גדוש ציטוטים מדברים שאמר המנוח בחייו, ומתאר תמונה עשירה ומורכבת של אישיותו, של מערכות היחסים המשמעותיות בחייו, של המטרות שביקש להגשים לאחר מותו ואף של חששותיו.¹³² מקריאת פסק הדין עולה ומצטיירת דמות של אדם שהיה קרוב לאשתו, חי עמה חיי שיתוף מלאים ושיתף אותה ואת בתם בהתלבטויותיו; אדם שדאג לבני משפחתו ובעיקר לבנו, שהתנהגותו ואופיו עוררו אצל האב חששות ולפיכך רצה האב להבטיח את פרנסתו של הבן. עוד עולה מפסק הדין כי הנפטר היה אדם שמקצועו היווה חלק משמעותי בהגדרתו העצמית, וכי חשוב היה לו שימשיכו את דרכו בעיסוק בנגרות.

דמות המנוח המצטיירת מפסק הדין היא דמות עשירה, רבת-רבדים ונטועה במערכות יחסים. היא נבנית כפסיפס המורכב מנתונים עובדתיים ומהבנה של בני משפחתו וחבריו את אישיותו. בדרך זו, לשונה הטכנית-משפטית של הצוואה (שנערכה על ידי עורך-דין) התמלאה חיים; בית המשפט דן במצווה עצמו והציג אדם בעל מטרות, ערכים, שאיפות וחששות. דיון מורכב זה הוביל את בית המשפט לאתר שתי מטרות מרכזיות לצוואה: האחת – להעביר לבת הזוג את כלל הרכוש, ובכלל זה הנגרייה, והאחרת – להעניק לבנו את העסק כך שיוכל לנהל אותו, להתפרנס ולהמשיך את דרכו. אשר על כן הסיק בית המשפט כי האשה היא הבעלים של הנגרייה וכי לבן יש זכות ניהול וחזקה בנגרייה לכל חייו, בכפוף לדמי שימוש. המשמעות של בפסק הדין אינה רק – ובעינינו אף לא בעיקר – ההכרעה בעניין הזכויות בנגרייה לגופה: העיקר הוא הפחת החיים בצוואה והעברת המסר האישי שהיא טומנת בחובה מהמצווה אל היורשים.

132 כך, למשל, ציטט בית המשפט את בתו של המנוח: "הוא אמר שהוא מוריש את הכל לאמא שלי ול-י. הוא רוצה להמשיך לעבוד שם שימשיך את השם שלו. הוא אמר שאם לא יעביר את הזכויות, הם יכלו לאיבוד [...]". גם עבד בנגרות, הוא היה בעייתי תמיד. אבא רצה שיהיה לו מקור פרנסה. הוא גם אמר ש-י. עובד בנגרות כדי שהנכס לא ילך לאיבוד". שם, בעמ' 10. כמו כן, הם מסתמכים על עדות של חברו של המנוח "תמיד הוא היה מתבטא ש-י. בלגניסט ועושה צרות, הוא אמר שהוא ישאיר לו את הנגריה כי הוא בעל מקצוע טוב. הוא אמר לי פעמים רבות גם לפני ואחרי הרכישה". גם עורך-הדין הסביר כי היה חשוב למנוח שבנו ימשיך את דרכו במקצוע. שם, בעמ' 11.

לדוגמה נוספת נפנה לשני פסקי דין שעסקו בפרשנות הביטוי "בעת ובעונה אחת" בהתייחס למות מצווים בצוואות הדדיות.¹³³ כאמור, מדובר בביטוי שהעסיק את מערכת המשפט פעמים רבות באופן יחסי ומפתיע למדי, שכן מות המצווים יחדיו באותה עת הוא תרחיש נדיר. בעניין לרנר דובר בכני זוג שכתבו צוואות הדדיות ובהן הורישו את רכושם זה לזה. עוד קבעו כי במקרה שימותו "בעת ובעונה אחת" יועבר רכושם לבנם המשותף, והוא ישלם לבתה של האשה מנישואין קודמים (ולבנה, הנכר של המנוחה) סכום כולל של 15,000 דולר. הבעל נפטר כשנה לפני אשתו, ובהתאם לצוואתו ירשה היא את רכושו. השאלה התעוררה לגבי פרשנות צוואתה של האשה: האם ההתייחסות למות המצווים "בעת ובעונה אחת" הנזכר בצוואה מכוונת למקרה ששניהם ימותו, גם אם בפער זמנים, ועל כן יירש הבן המשותף והבת מנישואין קודמים תזכה בפיצוי כספי בלבד – או שמא מדובר בהוראה מיוחדת למצב נדיר של מוות בריזומני של בני הזוג, ואין כלל התייחסות למקרה של מוות בפער זמנים? במקרה כזה יתחלק רכוש האשה בהתאם לכללי הירושה על פי דין, בין בנה לבתה בחלקים שווים.¹³⁴ שלוש הערכאות שדנו בעניין פירשו את הצוואות בהסתמך על לשונן בלבד,¹³⁵ ולכן פסקי הדין שניתנו בהן אינם מלמדים דבר על המצווים, הבעל והאשה, על מערכת היחסים ביניהם, בין כל אחד מהם לבין הבן ובין בתה של האשה. איננו יודעים ולו פרט אחד על אופיים, עיסוקם, שאיפותיהם או כל מאפיין אחד שייחד אותם וביטא את אישיותם. פסקי הדין (שאינם קצרים כלל ועיקר) מחילים ניתוחים מורכבים ומפולפלים של סעיפי חוק, ציטטות מפסקי דין וכתובה אקדמית, ובכלל זה דיון במשפט משווה. נבקש להזכיר כי על אף ההתמקדות בלשון הצוואה בלבד, השופטים שדנו בעניין הגיעו ללא פחות משלוש דרכים פרשניות להבנת הצוואה; כמו כן, ההתמקדות בלשון וחסימת ראיות חיצוניות לא סייעו בקיצור ההליכים, שהתמשכו והגיעו עד לבית המשפט העליון.

את פסקי הדין שניתנו בעניין לרנר מעניין להשוות לפסק הדין בעניין מ. מ. שנתן השופט שוחט, שנדרש אף הוא לפרשנות של אותו ביטוי בעייתי בצוואות הדדיות.¹³⁶ באותו עניין ערכו בני זוג צוואות הדדיות שבהן הוריש כל אחד מבני הזוג את רכושו לשני. בסעיף נוסף לצוואה קבעו בני הזוג, שלא היו להם ילדים, כי אם ילכו שניהם לעולמם "בעת ובעונה אחת" תירשנה אותם שלוש אחייניותיה של האשה. זמן מה לאחר מכן, בחיי שני בני הזוג, שינתה האשה את צוואתה והוריש את רכושה ישירות לאחייניותיה (במקום לבעלה). בעלה שנפטר אחריה לא שינה את צוואתו. לאחר מותו, התעוררה שאלת הפרשנות של ההוראה בצוואתו שלפיה: "היה ואני ואשתי הנ"ל נמות, חו"ח, בעת ובעונה אחת, הריני מצווה בזה את כל הרכוש הנזכר לעיל, בחלקים שווים לילדי אחות אשתי, דהיינו [...]".¹³⁷ לכאורה, על

133 ראו, לדוגמה, עניין מ.מ., לעיל ה"ש 31; עניין גרוסמן, לעיל ה"ש 88; עניין לרנר, לעיל ה"ש 11; עניין בחר, לעיל ה"ש 88; עניין אלמונית, לעיל ה"ש 29.

134 אפשרות אחרת במקרה כזה היא שבית המשפט ישלם את החסר בצוואה. דרך זו נקט השופט שוחט בעניין מ.מ.; ראו דיון להלן.

135 יש לציין כי הדבר נעשה בעקבות הסכמה דינית שאליה הגיעו הצדדים. לענייננו אין הדבר משנה, שכן מטרתנו העיקרית היא להמחיש ולהדגים את הדיון השונה ואת השוני באופי פסקי הדין.

136 עניין מ.מ., לעיל ה"ש 31.

137 שם, בעמ' 2.

פי לשון הצוואה, מאחר שבני הזוג לא נפטרו "בעת ובעונה אחת" האחיניות אינן זכאיות לרשת, אולם בית המשפט ביקש לאתר את כוונת המצווה. כפי שציינו בחלקו הראשון של המאמר, השופט שוחט שייך לאסכולה הסבורה כי איתור רצון המצווה במובנו הצר נעשה בדרך המיטבית על ידי פנייה לראיות ועדויות מעבר ללשונה של הצוואה. קריאת פסק הדין ממחישה כי מעבר לשאלה אם השופט שוחט זיהה נכון את רצון המצווה, פסק הדין הופך את הצוואה למסמך עם מסר, המגלם את אישיותו הייחודית של המצווה ומקדם את כבודו. השופט שוחט שומע עדויות של קרובים וחברים של המצווה ושל אשתו המנוחה, ובהסתמך עליהן התייחס פסק דינו למערכת היחסים החמה הטובה וההדוקה שהייתה בינו לבין אחייניות אשתו, שאותן ראה כבנותיו. אם כן, פסק הדין התמקד בלימוד ובחינה של המצווה ושל מערכות היחסים המשמעותיות בחייו, ולא במילים טכניות הכתובות בצוואה, בסעיפי חוק ובתקדימים.

פסקי דין נוספים של השופט שוחט נוקטים דרך פרשנית זו. מעניין במיוחד הוא פסק הדין בעניין פלונים,¹³⁸ שבו הורתה המצווה כי זכויותיה בנכסי מקרקעין מסוימים שבבעלותה יועברו לשניים מילדיה. המצווה אף הוסיפה ואמרה כי ביום שבו יימכרו נכסים אלו, תעבור התמורה במלואה לנכדיה, ילדיו של בן שלישי שנפטר לפנייה. הוראת הצוואה התייחסה במפורש רק למצב של מכירת הנכס. השאלה הפרשנית שעלתה התייחסה למצב שבו שני הילדים שירשו את הנכסים לא מוכרים אותם אלא משכירים אותם, לאופן החלוקה של דמי השכירות, ובעיקר לזכויותיהם של הנכדים בדמי שכירות אלו. כדי לענות על שאלה טכנית זו הסתייע השופט שוחט במגוון רחב של ראיות – עדויות של בני משפחה ושל חברים, צוואת בנה של המנוחה שנפטרה לפנייה וראיות נוספות. שוב, לגישתו של השופט שוחט, זו הדרך שעליו לנקוט כדי להתחקות אחר רצונו של המצווה, אולם פסק הדין משרת מטרה מעבר לכך. השופט שוחט פורש ומתאר בפרוטרוט מערכת יחסים משפחתית מורכבת, שבבסיסה יחסים קרובים, חמים ומלאי אמון בין אם לבין ילדיה ובין הילדים-אחים בינם לבין עצמם. בני המשפחה, ובפרט הבן שנפטר ואמו (שצוואתה נדונה באותו עניין), נאלצו להתמודד עם מצב דברים מורכב על רקע מערכת יחסים עכורה בין אותו בן לבין אשתו ובין האשה לשאר בני המשפחה. השופט שוחט הבין והדגיש כי מורכבות זו של היחסים המשפחתיים, והצורך של הבן שנפטר ושל אמו להתמודד עמה, היא העומדת ביסוד צוואתה של האם כמו גם ביסוד צוואתו של הבן. בלי ללמוד ולהבין מערכות יחסים אלו אי-אפשר לגשת לפרשנות הצוואה. פסק הדין מתייחס אל המנוחה כאדם קונקרטי הנטוע במערכות יחסים. כך, בהליך הפרשני הפיח השופט שוחט רוח חיים לא רק בדמות המצווה שאת צוואתה נדרש לפרש, אלא גם בדמותו של בנה שנפטר שנים קודם לכן, ומסמך הצוואה נהפך ממסמך טכני-משפטי למסמך המגלם מסר אישי-משפחתי של שמירה על היחסים המשפחתיים גם על רקע מציאות משפחתית מורכבת.

2. כבוד והמורישה המיטיבה

עיקר טענתנו בדבר קידום הערך של כבוד המת באמצעות ההליך הפרשני התמקד בשמירה על זהותו הייחודית של הנפטר, ובמתן מקום לקשרים הבין-אישיים שהיו חלק בלתי-נפרד

138 ראו תמ"ש (ת"א) 63430/00 פלונים נ' אלמונים (פורסם בנבו, 21.10.2002).

מאישיותו. בצד אלו נבקש לקדם גם טענה שלפיה הערך בדבר כבוד המת מצדיק – בהינתן כמה דרכים פרשניות אפשריות – לאמץ גישה המציגה את הנפטרת כמי שביקשה להיטיב עם יורשיה ולפרש את הוראות הצוואה בהתאם. איננו טוענות שבית המשפט צריך לברוא דמות אידאלית וחשוב גם לזכור כי השאלה מהי בכלל דמות אידאלית שנויה במחלוקת ומושפעת מתפיסות אידאולוגיות ונורמטיביות. בהקשר זה טענתנו צנועה: אנו מציעות כי הנחת מוצא ראוייה של בית המשפט תהא שהמורשה רצתה להיטיב עם המוטבים המוזכרים בצוואתה ולא לפגוע בהם. תפיסה זו משתלבת היטב עם חזון של צוואה ככלי קישורי היוצר גשר בין המנוחה לקרוביה. ביקורת אפשרית על חזקה זו היא שמסר שלילי בצוואה הוא בעל משמעות ועשוי להיות עוצמתי; אולם לטעמנו ראוי שהדין יתמרץ שימוש בצוואה ככלי חיובי הבונה או משמר קשרים ולא מחריבם. על כן, החזקה המוצעת היא למעשה כלל מעודד אחריות. כלל מסוג זה מקשה על ביצוע של הוראות פוגעניות ובכך מעביר את המסר שהוראות מיטיביות הן ראויות נורמטיבית.¹³⁹ מובן כי נקודת מוצא זו נכונה רק ככל שהיא אפשרית וכשאינן אינדיקציה סותרת בצוואה או בנסיבות האופפות אותה. אם כך, הכלל אינו שולל הוראות שאינן מיטיביות, אלא רק מטיל נטל נוסף על המצווה להבהיר במפורש שהתכוון לכך. נדגים טענה זו ואת גבולותיה באמצעות שני פסקי דין שנקטו גישה זו.

פסק הדין הראשון הוא עניין א.צ.,¹⁴⁰ שבו הוריש המנוח לאשתו את כלל נכסיו ובכללם נכסי מקרקעין בבעלותו. הוא גם קבע כי אם יהיה לה בן זוג תועבר הבעלות בנכסי המקרקעין לבניו מנישואין קודמים. עשר שנים לאחר מכן החלה האשה להתרועע עם גבר אחר, ובזמן כתיבת פסק הדין הם היו יחד כבר תשע שנים. כפי הנראה הייתה ביניהם מערכת יחסים קרובה, אולם הם מעולם לא נישאו ואף לא גרו יחד במגורים משותפים מלאים. עם זאת, הם נהגו לבלות יחד, לבקר זה את זה תכופות ולנסוע יחד לטיולים בחו"ל. בית המשפט נדרש לפרש למה התכוון המנוח בביטוי "בן זוג" בצוותו על העברת הנכסים לילדיו עם הגעתו של בן זוג כאמור לחיי האלמנה. האם התכוון לנישואין? למשק בית משותף? לכלל מערכת יחסים שהיא עם גבר? בית המשפט הבהיר – באופן ראוי בעינינו – כי תחילה יש לנסות להתחקות אחר כוונת המנוח באמצעות עדויות וראיות אחרות שילמדו על השקפת עולמו ככלל ועל תפיסתו את יחסי הזוגיות בפרט. ראיות כאלו לא הובאו, ולכן בחר בית המשפט לפרש את המונח "בן זוג" כמתייחס למערכת יחסים רצינית וקבועה הכוללת ביטחון כלכלי. כך הסביר בית המשפט את משמעות המונח:

קיומה של מערכת זוגית וקשר יומיומי והדוק בין שניים, המבוסס על יחסים של אהבה, אינטימיות, מסירות, נאמנות ומחויבות והמראים שהשניים קשרו את גורלם זה בזה. קשר זה מתאפיין בהשקעה משותפת ובחיים משותפים תוך ניהול משק בית משותף, כפועל יוצא וטבעי מחיי זוגיות ומשפחה, ולא רק מתוך צורך אישי, נוחות, או כדאיות כספית.¹⁴¹

139 להסבר על כללים מעוררי אחריות ראו Shelly Kreiczer Levy, *Deliberative Accountability Rules: Promoting Accountability in Inheritance Law*, 45 MICH. J.L. REF. 937 (2012).

140 ת"ע (נצ') 1180/04 א.צ. נ' 1.צ. (פורסם בנבו, 15.4.2007).

141 שם, בעמ' 9.

בית המשפט המשיך והסביר כי הדאגה לרווחת אשתו היא התכלית המרכזית שראה המצווה לנגד עיניו. הוא רצה לספק לה ביטחון כלכלי לכל ימי חייה, ועל כן רק אם תהיה במערכת קבועה ורצינית המספקת ביטחון כלכלי היא תאבד את זכותה לנכסי המקרקעין. במקרה זה, מערכת היחסים התאפינה בידירות ובאינטימיות, אבל לא כללה ניהול כלכלי משותף וחיי משפחה משותפים. באותה מידה יכול היה בית המשפט להניח כי המנוח הונע על ידי קנאה ומטרת הצוואה הייתה ליצור תמריץ להימנע מכל מערכת יחסים זוגית עתידית, או להבטיח כי בהיווצר מערכת יחסים רומנטית בין האשה לגבר אחר – תאבד היא את זכויותיה ברכושו. בית המשפט העדיף פרשנות שלפיה ביקש המצווה להיטיב עם אשתו ולדאוג לרווחתה הכלכלית.¹⁴²

דוגמה נוספת של "המוריש המיטיב" עולה מעניין בן טובים נ' יסקין.¹⁴³ באותו עניין הותיר המנוח את הרוב המכריע של רכושו (דירה, שש חנויות ומחסן) לאחייניו. לאלמנתו, שהיה נשוי לה יותר מארבעים שנים, הוריש את מכונית הנוסעים ומעט כסף. הוא אף הורה בצוואתו כי אחייניו יאפשרו לה להמשיך לגור בדירת המגורים כל ימי חייה, ואף ישלמו לה קצבה חודשית בסך 2,500 דולר, וכן ישלמו בעד שירותים סיעודיים במקרה הצורך. לאחר מותו, התברר שהמנוח לא הביא בחשבון את זכויותיה של אלמנתו מכוח הלכת השיתוף בעת עריכת הצוואה, ולמעשה היא זכאית למחצית מהרכוש. האחיינים טענו כי המנוח טעה טעות משפטית בכך שהתעלם מחלקה של אשתו, ועל כן יש לבטל את ההוראות בדבר זכות המגורים בדירה, הקצבה החודשית והתשלומים הנוספים. השופטת צפת הסכימה שהמצווה טעה, אולם היא סברה שמטרתו של המנוח הייתה לדאוג לרווחת אשתו בחייה, אף אם עשה כן בהתאם לתפיסתו הפטריארכלית:

אין חולק [...] כי הדאגה לתובעת הייתה בראש מעיניו של המנוח, מטרתו הייתה לדאוג לרווחתה ברמה גבוהה והוא עשה כן על פי תפיסת עולמו הסובייקטיבית הפטרנליסטית, על פיה הוא בעל הרכוש והוא ידאג מתוכו לרווחתה של התובעת.¹⁴⁴

השופטת לא התכחשה לרצון המצווה להעביר את הרכוש לאחיינים, ובמידה רבה להעדפתם על פני אשתו. השאלה הפרשנית המשמעותית הייתה מה היה המצווה בוחר לעשות אילו ידע על טעותו – על התעלמותו מחזקת השיתוף. סעיף 30 לחוק הירושה דורש מבית המשפט לתקן טעות רק כשרצונו האלטרנטיבי של המנוח ידוע בבירור וקשה לומר שהתנאי מתקיים במקרה זה. כך או כך, השופטת בחרה להדגיש ולתאר את כוונותיו הטובות של המצווה כלפי אשתו, למרות תפיסת עולמו הפטריארכלית. בדרך זו היא חילקה מחדש את הרכוש בצורה קוהרנטית ובעלת היגיון פנימי, ובה בעת ממוקדת ברצון המוריש להיטיב עם אשתו. אשר על כן, השופטת צפת מצאה כי המנוח לא טעה בקובעו לאשתו זכות מגורים לכל חייה בדירת המגורים, שמטרתה לספק לה מגורים ללא הוצאות, והוא לא טעה בהורשת הכספים והמכונית. עם זאת, השופטת מצאה טעות בסכום הקצבה שהשאיר לרעייתו. הקצבה לא נקבעה שרירותית אלא חושבה על בסיס שכר הדירה המשוער של

142 כפי שעניין א.צ.נ' 1.צ. מדגים, פרשנות המציגה את המוריש כמי שהעדיף להיטיב עם יורשיו היא חזקה פרשנית שאינה דורשת בהכרח פנייה לנסיבות.

143 ת"ע (א"ת) 6013/99 עזבון בן-טובים נ' יסקין (פורסם בנבו, 30.9.2001).

144 שם, בעמ' 14.

החנניות שבבעלותו. מאחר שכעת תזכה האלמנה במחצית מהחנניות, סכום הקצבה שתקבל יופחת ל-1,250 דולר. גם במקרה זה, כמו בעניין א.צ., בחרה השופטת להדגיש את הפן המיטיב באישיותו של המוריש. היא עשתה כן בלי להתעלם מעצם העברת הרכוש לאחיינים ולא לאשה, ותוך כיבוד בחירה זו של הנפטר. אכן, עניין יסקין מספק דוגמה ראויה לטענתנו בעד כיבוד בחירותיו של הנפטר תוך הצגתן כמיטיבות עם אלמנתו.

ד. האם לקרובי המשפחה מעמד מוגן במסגרת גישה פרשנית ראויה?

אי-אפשר לסיים את הדיון בלי לשוב ולהידרש מעט יותר למחלוקת (המסורתית) בדבר מקומו של רצון המצווה אל מול מקומם של ערכים חברתיים הנוגעים להעברת רכוש בדרך של הורשה, ובפרט לתפיסות נורמטיביות בדבר אופן ההורשה הראוי או זהות היורשים הראויים. פתחנו את המאמר בהצגת המחלוקת שבין תומכי גישת הפרשנות המילולית של צוואה לבין תומכי הגישה הפרשנית הפונה לראיות ועדויות שמעבר ללשון הצוואה. הסברנו כי חסידיה של גישת הפרשנות המילולית טוענים נגד פנייה לעדויות שהן חיצוניות למסמך הצוואה, כי היא פותחת פתח לשופטים להגשים את תפיסת עולמם בדבר אופן ההורשה הראוי, תוך התעלמות מרצון המצווה. אל מול מחלוקת זו הצגנו את גישתנו, המתאגרת את ההפרדה הדיכוטומית בין רצון המוריש לבין ערכים חיצוניים על ידי הבנה של המוריש כפרט מקושר ולפיכך כמי שרצונה מתגבש בתוך מערכות היחסים בחייה.

עד כה, המסקנות המשפטיות-פרשניות שגזרנו מתפיסה זו נגעו לחשיבות של הצגת המצווה כפרט שאינו אטומיסטי ולהכרה במערכות היחסים שעיצבו את אישיותה במסגרת ההליך המשפטי המפרש את הצוואה. עוד התייחסנו לתפקיד שיש לצדדים להליך המשפטי-פרשני בשיח הפרשני הבונה את דמותה של המצווה. נקודת המוצא של דיונים אלו הייתה האינטרסים של המצווה עצמה, אך מתוך הבנתה כפרט מקושר ומכאן – מתוך ראיית האינטרסים שלה כקשורים למערכות היחסים הבין-אישיות בחייה. אך מה לגבי האינטרסים של צדדים אחרים? האם לאלו שהיו קשורים במערכות יחסים עם המצווה יש אינטרסים הראויים להגנה בכל הקשור לירושת רכושה?

כפי שכבר תיארונו לעיל, העמדה המוצהרת של המשפט הישראלי היא שאין לאיש אינטרס מוגן לרשת ושדיני הירושה מגנים בלעדית על אינטרס המצווה. עם זאת, הראנו כי בפועל גם תפיסת הדין הישראלי את אינטרס המצווה ורצונה מכירה במערכות היחסים בחייה ונותנת להן מקום. הדגמנו נקודה זו תוך התייחסות להכשר שהדין נותן להשפעות של בני משפחה על המצווה בדבר אופן ההורשה. בחינה מעמיקה יותר מעלה כי פסיקות של בתי המשפט משקפות לא פעם תפיסה נורמטיבית בדבר זהות היורשים הראויים וחלוקה הוגנת של הרכוש; זאת, על אף ההצהרות בדבר מחויבות בלעדית לקידום רצונה של המוריש.

ככל שהדבר אמור בפרשנות צוואה, גישתו הפרשנית של ברק בספרו, גם אם לא בפסיקותיו, נותנת לעמדה זו ביטוי גם ברמה המוצהרת במסגרת "התכלית האובייקטיבית" של הצוואה.¹⁴⁵ במסגרת תכלית אובייקטיבית זו הביא ברק לידי ביטוי ציפיות סבירות של יורשים, כמו גם העדפה של בני משפחה על פני זרים. עם זאת, הוא לא הביא הסבר או

145 ברק, פרשנות צוואה, לעיל ה"ש 9.

הנמקה נורמטיבית העשויים להצדיק העדפה כזו. במסגרת זו אין אנו מבקשות לקדם טענה שלפיה יש יורשים ראויים בעלי אינטרס הראוי להגנה על ידי הדין.¹⁴⁶ לעומת זאת נבקש לקדם טענה צנועה יותר, שלפיה יש להכיר בחזקה הניתנת לסתירה שלפיה העדיפה המצווה להוריש את רכושה לאלו שנמנו במעגל הקרוב של קשריה הבין-אישיים.¹⁴⁷ נטען גם כי יש להכיר באינטרס של אותם פרטים להשמיע את קולם באשר למערכת היחסים עם המצווה, וכי ההליך המשפטי יכול למלא גם תפקיד זה.

בפרק זה נציג תחילה את העמדה המוצהרת של הדין הישראלי בדבר היעדר מעמד ואינטרס מוגן ליורשים. לאחר מכן נראה כי המציאות המשפטית מורכבת יותר, וכי יש פסקי דין שאפשר להבין כמספקים הגנה לאלו הנחשבים יורשים ראויים, בין השאר באמצעות הכלי הפרשני. מכאן נעבור לדיון בעמדה הנורמטיבית המספקת הצדקה לעמדה פרשנית זו, בפרט כפי שהיא באה לידי ביטוי בכתיבתו של ברק. לבסוף, אל מול גישה זו נציג ונפרט את עמדתנו, תוך הדגשת ההבדלים שבין גישתנו לבין גישת "היורשים הראויים".

1. על יורשים ראויים ופרשנות

כפי שכבר ציינו, העמדה המוצהרת בפסיקה ובספרות המשפטית הישראלית מעניקה לאוטונומיית הרצון הפרטי את המשקל המשמעותי ביותר בדיני צוואות, כך שהצוואה מייצגת את קצה-קצהו הפרטי של ספקטרום המסמכים המשפטיים.¹⁴⁸ בהתאם לעמדה זו, דיני הירושה בישראל גם מסרבים לכאורה להכיר באינטרס ראוי להגנה של יורשים פוטנציאליים, והאינטרס היחיד הזוכה להכרה ולהגנה הוא רצון המורשה.¹⁴⁹ ראוי לציין כי לא מעט שיטות משפט דוחות תפיסה זו של דיני הירושה ובוחרות להטיל הגבלות רחבות על חופש הציווי, בין היתר לטובת הגנה על האינטרס של בני המשפחה.¹⁵⁰ למעשה, גם בשיטות משפט הרואות את רצון המוריש כערך מרכזי ואינן מכירות בזכויות של בני משפחה לרשת התמונה מורכבת יותר, ואוטונומיית הרצון אינה ערך בלבד.

146 במאמר מוסגר נציין כי איננו מאמצות את העמדה שלפיה האינטרס הבלבדי הראוי להגנה בדיני ירושה הוא אינטרס המצווה; לגישתנו ראוי להכיר גם באינטרסים של צדדים נוספים לקבל מעמד כירשים. עם זאת, נושא זה חורג מגבולות מאמרנו ואינו דרוש לטעון שאנו מבקשות לקדם.

147 הכוונה כאן אינה לבני משפחה כמוכחן הרוקני של המלה אלא לתפיסה המתמקדת במהות הקשר. ראו, למשל, את ביקורתה של Friedman, לעיל ה"ש 57, בעמ' 286-287, המציעה להתמקד בקשרי חברות כדרך להתחרר מכבלי הקהילה המסורתית. עוד ראו את תפיסתה של Leslie, המתייחסת לבני משפחה שהתנהגו כפי שראוי שבני משפחה יתנהגו, ועיינו בטקסט שליר ה"ש 148-157.

148 ראו דיון בתת-פרק א.3.

149 לשלילה של אינטרס ההסתמכות ראו, למשל, ע"א 4402/98 מלמד נ' סולומון, פ"ד נג(5) 703 (1999).

150 לדיון השוואתי בתחום חופש הציווי ראו Shelly Kreiczer Levy, *Inheritance Legal Systems and The Intergenerational Bond*, 46 REAL PROP. TRUST & EST. L. J. 495 (2012).

שיטת המשפט האמריקנית היא דוגמה מובהקת לכך. כך, למשל, הגיעה מלאני לזלי למסקנות מעניינות בעקבות מחקר אמפירי על צוואות בבתי משפט אמריקניים.¹⁵¹ היא בחנה שורה ארוכה של פסקי דין שעסקו בפסלות צוואה, והסיקה כי בתי משפט פוסלים ביתר קלות צוואות המעבירות את הרכוש למישהו מחוץ למשפחה, ונוטים להכיר בצוואות המיטיבות עם בן משפחה. היא הסיקה כי צוואות הסוטות מחלוקה זו מאושרות רק אם הצליח המוטב להראות כי הסטייה האמורה מוצדקת מוסרית.¹⁵²

המסקנה של לזלי היא שיש נטייה שיפוטית לטובת בני משפחה, הנחשבים למוטבים טבעיים של המצווה. עם זאת, נטייה זו אינה חזקה חלוטה: כאשר בתי המשפט מוצאים סיבה מוסרית מוצדקת לנישול של קרוב המשפחה, הם יאשרו את הצוואה.¹⁵³ לזלי טוענת, עם זאת, כי בתי משפט אינם מצהירים במפורש על מגמה זו,¹⁵⁴ והיא מהגישה את השיפוט הנורמטיבי של בתי המשפט בענייני צוואה. לא פחות חשוב מכך: היא מסבירה כי הנטייה השיפוטית לטובת בן משפחה אינה קשיחה:¹⁵⁵ בתי המשפט מעריכים את ההתנהגות של קרוב המשפחה ואת מערכת היחסים בינו לבין המצווה. אפשר לנסח את הנטייה השיפוטית שזיהתה לזלי כנטייה לטובת בן משפחה שמתנהג כפי שאנו מצפים מבן משפחה להתנהג. בארץ לא נעשה מחקר דומה לזה של לזלי,¹⁵⁶ ומחקר רחב מסוג זה חורג מהיקף המאמר. עם זאת, כללי בררת המחלוקה המחלקים את רכוש המנוח למשפחתו הקרובה בהיעדר צוואה (כללי

151 ראו Melanie B. Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, 38 ARIZ. L. REV. 235 (להלן: Leslie, *The myth of Testamentary*); וראו דיון גם אצל Melanie B. Leslie, *Enforcing Family Promises: Reliance, Reciprocity, and Relational Contract* 77 N.C.L. REV. 551, 581-587 (1999).

152 Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, בעמ' 236.

153 שם, בעמ' 257.

154 שם, בעמ' 236.

155 ההגדרה של בני משפחה בדיני הירושה הישראלים היא קשיחה וכוללת שתי קטגוריות עיקריות: ירושה על בסיס קרבה משפחתית וירושה של בן הזוג או בת הזוג. בירושה על בסיס קרבה משפחתית ניתן הדגש לקשר דם; ראו סעיפים 10-15 לחוק הירושה. הצאצאים הם מעגל הקרבה הראשון; בהיעדר צאצאים יורשים הורי המורשה וצאצאיהם; ובמקרה שאין קרובים במעגל השני יורשים הורי-הורי המורשה וצאצאיהם; ראו סעיפים 10-12 לחוק הירושה. כמו כן, חלקם של קרובי המשפחה נגזר מקיומם של בן זוג או בת זוג, המקבלים חצי מהרכוש במקרה שהמוריש הניח ילדים, צאצאיהם או הורים, ושני-שלישים מהרכוש במקרה שהמוריש הניח אחים או צאצאיהם או הורי-הורים. "בן זוג" כולל בני זוג נשואים (סעיף 11 לחוק הירושה) או ידועים בציבור שאינם נשואים לאחר (סעיף 55 לחוק הירושה). כללים אלה הם כללים נוקשים והם מובנים כיום כמגבילים שיקול דעת שיפוטי בכל הנוגע למערכת היחסים בין הצדדים.

156 נוסף על כך יש לזכור כי ברוב המדינות בארצות-הברית יושבים מושבעים בערכאה הדיונית בתיקים של פסלות צוואה. ראו Jeffrey A. Schoenblum, *Will Contests an Empirical Study*, 22 REAL. PROP. PROB. & TRUST J. 607 (1987). בקרב מושבעים מאשר בקרב שופטים; ראו Ronald Chester, *Less Law but More Justice – Jury Trial and Mediation as Means of Resolving Will Contests* 37 DUQ. L. REV. 173 (1999).

ירושה על פי דין) מתוארים בפסיקה כמשקפים רצון המכונה "טבעי"¹⁵⁷ ואפשר לראות שבת המשפט מחפשים נימוק משכנע כשמדובר בנישול של קרוב משפחה הנתפס כראוי.¹⁵⁸ אם כך, לכללי ירושה על פי דין יש מעמד ייחודי החורג מתפקידם של כללי בררת מהדל גרדא. שיפוט נורמטיבי של צוואות משפיע בהכרח גם על מלאכת פרשנותן. אמנם, מחקרה של לזלי מראה כי התחשבות בשיקולים נורמטיביים בדבר אופן ההורשה הראוי נעשית בהסתר, אך ברק בגישתו לפרשנות צוואות מציג התחשבות בשיקולים אלו בגלוי, לפחות כשהוא חובש את כובעו כאיש אקדמיה. על פי ברק, פרשנות תכליתית של צוואות מורכבת מתכלית סובייקטיבית שהיא רצון המורישה, ותכלית אובייקטיבית, במקרים שהתכלית הסובייקטיבית אינה ידועה. התכלית האובייקטיבית כוללת שתי רמות של הפשטה: ברמת ההפשטה הנמוכה מדובר בהשלמת קו המחשבה של המצווה וברמת ההפשטה הגבוהה מדובר, על פי ברק, ב"רצון ההיפותטי של המצווה".¹⁵⁹ רמת הפשטה זו עוסקת במצווה היפותטי אידאלי, ובמילים אחרות: במצווה הסביר.¹⁶⁰ במסגרת זו הציע ברק כמה חזקות פרשניות ובהן – ולענייננו – את החזקה שתכלית הצוואה היא להגשים ציפיות סבירות של יורשים¹⁶¹ ולהעדיף בני משפחה על פני זרים.¹⁶² חשוב לזכור כי גם על פי ברק התכלית האובייקטיבית נסוגה מפני התכלית הסובייקטיבית במקרים שבהם הרצון הסובייקטיבי של המצווה ידוע או ניתן להסקה פרשנית.¹⁶³ העבודה הפרשנית בדיני צוואות נותנת קדימות לרצון, אולם אין ספק שהתכלית האובייקטיבית מאתגרת את התפיסה המסורתית של צוואה.

אף על פי שבכתיבתו האקדמית נתן ברק מקום גלוי לאינטרסים של יורשים ראויים בהליך הפרשני של צוואות, במסגרת מחקרנו לא הצלחנו לאתר פסק דין שבו השתמשו באופן מוצהר בשיקולים של סבירות או של חלוקה הוגנת. אפשר לומר כי טענתה של לזלי בדבר מקומם הסמוי של שיקולים אלו נכונה גם לפסיקה הישראלית. למעשה, כפי שהזכרנו לעיל,

157 ראו את עמדתו של השופט חשין בעניין לב"י, לעיל ה"ש 98, בעמ' 721, 722; ובעניין לישיקאי, לעיל ה"ש 77, בפסקה 38.

158 ראו, למשל, ע"א 5640/92 אלוני נ' באומן פ"ד מט(5) 373 (1996) (בית המשפט לא מצא סיבה לנישול בתם היחידה של המצווים); ע"א 851/79 בנדל נ' בנדל, פ"ד לח (3) 101 (1981) (בית המשפט ביקש להשתכנע שהמצווה הבין שהוא מנשל את נכדו, הבן של בנו השכול והאהוב. בית המשפט השתכנע שהמצווה היה אכן מודע לכך); תע (כ"ס) 2852/03 ת. י נ' ב. י (פורסם בנבו, 29.1.2012) (בית המשפט קבע כי המניע להדרת הילדים מהצוואה נעוץ במערכת היחסים העכורה בין המנוח לאשתו וילדיו); תע (טב') 41070-08-10 גשוק נ' וייסמן (פורסם בנבו, 4.9.2011) (נישול אשתו בנפרד של המנוח לטובת חבר שתמך בו בעת התמודדות עם מחלת הסרטן שממנה נפטר); תע (ת"א) 6000/01 עזבון מנצור נ' מנצור (7.4.2004) (הורשה להורים במקום לילדים מחשש שהבעל לשעבר ישתלט על הרכוש וכן כדי לקרב בין הילדים להורים).

159 ברק, פרשנות צוואה לעיל ה"ש 9, בעמ' 273.

160 שם, בעמ' 275. בעניין אמסטר הסתייג השופט דנציגר במיוחד מהיבט זה בגישתו הפרשנית של ברק. ראו פסקה 34 לפסק דינו של השופט דנציגר.

161 שם, בעמ' 308.

162 שם, בעמ' 308.

163 שם, בעמ' 282, אולם ראו הדיון בדיני חוזים שלפיו מדובר במסווה רטורי; ומיר, "השופט ברק ודיני החוזים", לעיל ה"ש 2, בעמ' 404.

ככלל יש בפסיקה הישראלית התייחסות מעטה למעמד הנורמטיבי של כללי הירושה על פי דין.¹⁶⁴ הפסיקה הישראלית מצהירה כי כללי הירושה על פי דין הם רק כללי ברירת מחדל המבקשים להתחקות אחר רצונה של המורשה מן היישוב.¹⁶⁵ אופיים הנסתר של השיקולים הנורמטיביים בדבר זהות היורשים הראויים הופך את מלאכת איתורם לחמקמקה ומורכבת. עם זאת, הכרה בתפיסת הורשה ראויה עשויה להסביר בדרך הטובה ביותר חלק מההכרעות הפרשניות של בתי המשפט.

כך, למשל, בעניין לרנר שנזכר לעיל, הפרשנות (הלא-שגרתית) שאימץ השופט ברק הובילה לתוצאה המחלקת את הרכוש שווה בשווה בין הבת מנישואיה הראשונים של האשה לבין הבן מהנישואים השניים, כשהאלטרנטיבה הפרשנית הייתה מעניקה לבן את עיקר הרכוש.¹⁶⁶

164 ראו ההפניות בה"ש 155.

165 בחלוקה גסה יש שתי גישות מרכזיות להבנת כללי הירושה על פי דין. לפי הגישה הרומיניסטית, הכללים אמורים להתחקות אחר רצונו של המוריש מן היישוב. לפי גישה זו, הכללים אינם יותר מצוואה קונסטרוקטיבית. ראו, למשל, דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרונט נט" (6) 653 (2005): "הסדר זה נקבע, בין היתר, על בסיס הנחת המחוקק בדבר הכוונה הסובייקטיבית המשוערת המיוחסת למוריש, לפיה סביר כי הוא היה מבקש לחלק את ירושתו לבני משפחתו הקרובים"; כן ראו בע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוני (3) 726 (2006), בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא (כתוארו אז). עם זאת, יש גישה שנייה, חשובה ומרכזית, שהיא הגישה המעצבת. גישה זו מדגישה את ההיבט המעצב של החוק בכלל. ראו Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021 (1996); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996); Elizabeth S. Anderson & Richard H. Pildes, *Expressive Theories of Law*: 903 (1996); *A General Restatement* 148 U. Pa. L. Rev. 1503 (2000) ושל כללי ירושה על פי דין בפרט ראו E. Gary Spitko, *The Expressive Function of Succession Law and the Merits of Non Marital Inclusion*, 41 ARIZ. L. REV. 1063 (1990); Mary Louise Fellows et al. *Committed Partners and Inheritance: An Empirical Study* 16 LAW & INEQ. J. 1, (1998). הטענה היא שהעדפותיהם של אנשים אינן חיצוניות לחוק ושכללים משפיעים על העדפות. כללי ירושה על פי דין אינם רק משקפים בחירות משפחתיות אלא הם עוזרים ליצור ולשמר תפיסות אלה.

166 לעיל ה"ש 11. בית המשפט העליון, בדעת רוב שנתן הנשיא ברק, החליט לחלק את הרכוש בהתאם לכללי ירושה על פי דין כך שהבן מהנישואים השניים והבת מהנישואים הראשונים ירשו בחלקים שווים את הרכוש. התוצאה שאליה הגיע ברק תואמת את הערך בדבר חלוקה שווה בין ילדים, ובכלל זה שוויון בין ילדים ממערכות יחסים שונות, שהיא אחת החזקות הפרשניות של ברק. עם זאת, בעניין לרנר אין כל התייחסות מפורשת של ברק לשיקולים מעין אלו, בניגוד לכתיבתו בספרו. כך או כך, ככל שיש התחשבות בשיקול השוויון בין אחים הדבר לא נעשה בגלוי, ולכן אי-אפשר לומר חד-משמעית כי זה המניע מאחורי פסיקתו של ברק. אף על פי כן, אפשר לתמוה מה היה פוסק ברק אילו היה סדר הפטריות שונה והאשה הייתה הולכת לעולמה לפני בעלה. במקרה כזה, יישום גישתו הפרשנית של ברק בפסק הדין והחלת כללי הירושה על פי דין היו מביאים לכך שהבן המשותף היה יורש בלעדי, בלי להותיר לבתה של האשה מהנישואים הקודמים דבר, אף לא את התשלום בסך 15,000 דולר. אפשר לשער שבמקרה כזה היה השופט ברק מתאמץ להגיע לתוצאה שונה, בין על ידי פירוש מרחיב לביטוי "בעת ובעונה אחת" ובין על ידי שימוש בכלי פרשני של השלמת חסר בצוואה.

גם בעניין פלונית נ' פלונית¹⁶⁷ הביאה הפרשנות שאימץ בית המשפט לחלוקה שווה יותר של הרכוש בין שתי אחיות. במקרה אחר, עניין עלימי, אימץ בית המשפט פרשנות שהביאה לחלוקת הרכוש לבני משפחה שהיו ביחסים קרובים עם המוריש אך לא נזכרו בצוואה, ולהעדפתם על פני עמותת צדקה שכן הוזכרה בצוואה.¹⁶⁸ במקרים שונים, כחלק מההליך הפרשני, קראו בתי המשפט תניות מכללא לתוך צוואות באופן שסיפק הגנה לילדים מנישואים ראשונים אל מול בת זוג מנישואים שניים.¹⁶⁹

ככל המקרים הללו, ככל שיש עמדה נורמטיבית בדבר זהות היורשים הראויים ורצון להעניק להם את זכויות הירושה המגיעות להם, התחשבות בשיקולים אלו לא נעשתה בגלוי.

2. "אני מקושר" ומעמדם של יורשים

בחלק הקודם של המאמר התייחסנו להיות המצווה אדם מקושר ולא פרט אטומיסטי.¹⁷⁰ אולם, גם תפיסה השמה את הדגש על זכויות קשר ועל חשיבותם של קשרים בין-אישיים מכירה בחשיבות של יכולת הבחירה במערכות יחסים, כמו גם בזכות היציאה מקשר (בין היתר – אבל לא רק – כדי לכוונן קשרים חדשים).¹⁷¹ אכן, אם נראה בקשרים הבין-אישיים

167 ת"ע (כ"ס) 4150/04 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 7.4.2006).

168 ת"ע (טב) 948-02-09 עלימי נ' עלימי (פורסם בנבו, 12.5.2011). באותו עניין קבע המנוח בצוואתו, שנערכה בשנת 1973, כי דירת המגורים שבבעלותו תעבור לאשתו לצורך מגורים לכל ימי חייה, ולאחר מותה תעבור הדירה לעמותת צדקה. אשתו של המנוח נפטרה שלושים שנה לפניו. לאחר מותו טענה העמותה כי מאחר שנפטרה היורשת הראשונה, היא הזכאית לדירה. אחיו של המנוח ואחייניו טענו כי הצוואה מבוטלת משום שאינה מתייחסת למצב של פטירת האשה לפני המנוח וכי הם היורשים על פי דין. השופט זגורי שמע עדויות משכנים ומבני משפחה על יחסי המנוח עם אחיו ואחייניו, וכן שמע עדות מאנשי העמותה שהורו כי כלל לא ידעו על הכוונה להוריש להם, ועל כן קבע בפס' 38 לפסק הדין כי "הובאו ראיות המתנגדים המעידות, כי רצונו של המנוח היה להנחיל הנכס ליורשיו על פי דין ולפחות זה היה רצונו בשנים האחרונות לחייו. חלפו להם 34 שנים מאז עריכת הצוואה במקור והתנהלות המנוח לימדה ששכח ככל הנראה מהצוואה שנערכה בשנת 1973, או שלחילופין סבר, שבעקבות פטירת אשתו בחייו, מתבטל ההסדר של 'יורש אחר יורש', ויורשיו על פי דין יירשו את הנכס. אם כן, העובדה שמצד אחד עמדו יורשים על פי דין, שהיו ביחסים טובים עם המנוח, ומצד שני עמותה שלא היה לה קשר משמעותי עמו, השפיעה על ההחלטה. בית המשפט העריך כי רצון המצווה היה להיטיב עם יורשיו על פי דין. עם זאת, ככל שיש התחשבות בשיקולים אלו הרי היא נעשית בהסתר. דוגמה נוספת לשיקול מסוג זה היא תע (ת"א) 102251/09 עזבון א.פ.ש נ' ע.ר. (פורסם בנבו, 5.5.2011), שם עמדו משני צדי המתרת יורשים על פי דין (שאינם ילדי המוריש) מול עמותה, וגם במקרה זה בית המשפט העדיף את היורשים על פי דין.

169 ראו, למשל, ע"א 4714/90 ויספלד נ' ויספלד, פ"ד מח(3) 104, 114 (1994); עניין שחם, לעיל ה"ש 98; תא (ת"א) 844/94 שרון נ' ורש (פורסם בנבו, 12.6.2006); ע"א 5500/94 בלאו נ' פרידמן, פ"ד נ(3) 384 (1996); תמ"ש (ת"א) 45880/06 נ.ר. נ' א.ר. (פורסם בנבו, 30.10.2011); עיזבון ש.ח., לעיל ה"ש 88.

170 ראו לעיל, חלק ב.3.

171 ראו, למשל, Jeremy Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, 11 HARV. J.L. PUB. POL'Y 625, 634 (1988).

של אדם רכיב מרכזי בכינון אישיותו ובעיצוב חייו, יש לשמר ולהגן על יכולתו לבחור, לצאת ולהיכנס למערכות יחסים. אף המשפט הישראלי – המכיר בזכות לחיי משפחה כחלק מכבוד האדם – שם דגש על הבחירה של אדם בקשריו המשפחתיים כביטוי לאישיותו.¹⁷² יש לכך חשיבות מיוחדת בהקשר של דיני ירושה וצוואה. התפיסה של הדין הישראלי בהגדרת היורשים הראויים היא תפיסה מסורתית שמרנית שנותנת מעט מקום, אם בכלל, למגוון הרחב של מערכות יחסים משפחתיות.¹⁷³ דוגמה בולטת ועכשווית היא מעמד המעורער של בני זוג בני אותו המין כיוורשים על פי דין במשפט הישראלי.¹⁷⁴ לפיכך, חופש הציווי ניתן להבנה, בין היתר, כמגן על האוטונומיה האישית של האדם בעיצוב ובהגדרה של מערכות היחסים המשמעותיות בחייו.

בדרך כלל בחירת האדם במערכות היחסים המשמעותיות לו נעשית בעודו בחייו, הצוואה תשקף בחירות אלו¹⁷⁵ והצדדים להן ייחשבו בעיני בית המשפט כיוורשים הראויים. כפי שצוין לעיל – במיוחד בהתייחס לטיעוניה של לזלי – יורשים ראויים אינם בני משפחה בלבד אלא כוללים גם בני משפחה שהיו חלק ממערכת יחסים

172 ראו, למשל, בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 6-7 לפסק דינה של השופטת בייניש, פס' 307 לפס' דינו של השופט ג'ובראן (2006).

173 נעיר כי זהות היורשים על פי דין בישראל נקבעת בהתבסס על המודל המשפחתי המסורתי של המשפחה הגרעינית, וכי אפשר לבקר גישה זו בפרט על רקע השינויים מרחיקי הלכת שעבר מוסד המשפחה בעשורים האחרונים. אפשר גם לתהות על מתן עדיפות לכיולוגיה, לגנטיקה ולקשרים משפטיים דוגמת נישואין ואימוץ על פני ערכים של טיפול וראגה. בהקשר זה אפשר להשוות לדיני הירושה הסינים המסורתיים. לעניין זה ראו Frances H. Foster, *Towards a Behavior Based Model of Inheritance?: The Chinese Experiment* 32 U.C.DAVIS L. REV. 77 (1999) France H. Foster, *Linking Support and Inheritance: A New Model From "China"*, 1999(6) Wis L. REV 1199 (1999) בהקשר זה ראוי להזכיר גם את ביקורתה של מרילין פרידמן על הגישות הקהילתניות שהובאה לעיל, בהערה 57. כזכור, על פי פרידמן גישות קהילתניות שמות דגש רב על קהילות מסורתיות ובכך מנציחות את מקומן הנחות של נשים ואת מעמדם כמספקות טיפול. מכאן שיש חשיבות מיוחדת שלא להגביל את התובנות הקהילתניות לקשרים מסורתיים המתמקדים במשפחה הגרעינית בלבד, ולהרחיב למערכות יחסים מגוונות הכוללות, למשל, חברויות וקשרי קרבה אמיצים שאינם מבוססים על קשר פורמלי. ראו Friedman, לעיל ה"ש 55.

174 השוו בין ע"א 3245/03 (נצ') ירושת המנוח ש.ר ז"ל נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי (פורסם בנבו, 11.11.2004) (בית המחוזי בנצרת הכיר ברוב דעות בבני זוג בני אותו מין כיוורשים על פי דין, תוך שפירש בהרחבה את לשון סעיף 55 לחוק הירושה המדרבת על "איש ואשה") לבין ת"ע (ב"ש) 1320/08 פלוני נגד פלונית (פורסם בנבו, 23.8.2010) (בית המשפט לענייני משפחה בבאר שבע סירב להכיר בבני זוג בני אותו מין כיוורשים על פי דין).

175 ראו, למשל, Daphna Hacker, *The Gendered Dimension of Inheritance: Empirical Food*, 7(2) J. OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 322, 338 (2010) (מסבירה כי חלוקה שווה בין ילדים היא הנורמה וכי יש מעט צוואות המנשלות ילדים); MARVIN B. SUSSMAN ET AL., *THE FAMILY AND INHERITANCE*, 4-7(1970) (טוענים כי רוב המצווים עורכים צוואות בהתאם לנורמות מקובלות של אחריות משפחתית).

נמשכת, ללא קשר להגדרה המשפטית-פורמלית של יחסי משפחה.¹⁷⁶ לפיכך, בהתחשב בהסתייגותנו מהתפיסה השמרנית של כללי הירושה על פי דין, קרובי המוריש שהיו צד במערכות היחסים הקרובות בחייו ישקפו בדרך כלל את בחירותיו של אדם. זו חזקה פרשנית ראויה המבוססת על תפקידה של צוואה כיוצרת ומחזקת קשרים. עם זאת, אנו מכירות בכך שיש חשיבות להותיר בידי האדם את אותה "זכות יציאה" או יכולת התנתקות מקשרים משפחתיים גם לאחר המוות. התפתחות עצמית היא ערך מרכזי בתפיסה הליברלית.¹⁷⁷ האפשרות של אדם לשנות את תפיסת העולם שלו ואת מטרותיו נתפסת כחלק בלתי-נפרד מהיושרה הפנימית שלו.¹⁷⁸ לכן יש מקום לכבד את הגדרתם העצמית ואת האוטונומיה של אנשים שמסיבות שונות לא היו יכולים לממש את יכולת הבחירה במערכות יחסיהם, ולפעול בהתאם לבחירות שציינו בצוואתם למועד שלאחר מותם.¹⁷⁹ ניטול, לדוגמה, אדם שחשש להתנתק מאורח החיים הדתי וממערכות היחסים שאורח חיים זה כפה עליו, בשל לחצים משפחתיים-חברתיים או מסיבות אחרות; דוגמה אחרת היא אדם שהדחיק נטייה מינית וחי חיים שאינם תואמים את בחירותיו והעדפותיו. לאנשים אלו יש אינטרס להגדיר את אישיותם ועצמיותם ולהשאיר מסר לאחר מותם – ואינטרס זה, לגישתנו, ראוי להגנה. אשר על כן, מנקודת מוצא המכבדת את חופש הציווי – על הדין לכבד כל החלטה של המוריש, כולל כזו המגשלת את קרוביה או את חבריה, או מתעלמת מנורמת הדדיות או המשכיות. עם זאת, פרשנות צוואה מתעוררת כשיש חוסר-בהירות לגבי הוראות הצוואה וקשה לברר מה ביקשה המוריש לצוות. בהינתן שאלה פרשנית עקב עמימות ההוראה המנחילה, אנו מציעות להחיל חזקה ניתנת לסתירה. הבנת חופש הציווי כזכות יחס ותפיסת האדם כאדם מקושר מצדיקה הנחת מוצא שלפיה ביקשה המצווה להוריש לאנשים שאיתם ניהלה מערכות יחסים משמעותיות בחייה; מערכות יחסים אלה יוגדרו בהרחבה ולא יכללו רק הגדרות משפחתיות מסורתיות. לפי התפיסה המוצעת יינתן מעמד בהליך למי שראו את עצמם כחלק ממערכות יחסים משמעותיות אלו.

נוסף על כך, אם נראה את ההליך המשפטי לא רק כהליך של חלוקת משאבים (בענייננו: העיזבון) או של חקר האמת (בענייננו: מה היה רצון המצווה), אלא גם כהליך של מתן קול, יש הצדקה להכיר באינטרס של קרובי המוריש להשמיע את קולם באשר לאופן חלוקת הירושה.¹⁸⁰ גם אם נשלול הכרה באינטרס לרשת ממי שהיו חלק ממארג היחסים הבין-

176 ראו לעיל, הדיון בטקסט ליד ה"ש 151-155.

177 ראו, למשל, Wendy Donner, *The Liberal Self: John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy* 92-94, 118 (1991); John Stuart Mill, *On Liberty* 10 (David Spitz ed., 1975) (1859); John L. Hill *The Five Faces of Freedom in American Political and Constitutional Thought* 45 B.C. L. Rev. 499, 570-571 (2004)

178 Anthony T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contract*, 92 *Yale L.J.* 763, 780-783 (1983).

179 ייתכן שאין להעניק משקל זהה ליכולת הבחירה במערכות יחסים כמכוננות את העצמי בעת החיים ולהצהרה בדבר העצמי לאחר המוות. כפי שציינו, אנו סבורות שבמקרים מסוימים על חופש הציווי לסגת מפני אינטרסים אחרים, ובכלל זה אינטרס ההסתמכות של יורשים. טיעון מעין זה מחייב דיון עצמאי ומורכב ואינו נדרש לצורך מאמר זה.

180 השוו ליאורה בילסקי "אלימות האלם: ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג(1)

אישיים הקרובים של המצווה, הבנת חשיבותם של קשרים בין-אישיים ותפיסה של פרטים מקושרים מצדיקות הכרה באינטרס עצמאי של מקורבי המורשה כי קולם יישמע, ולא רק הכרה במעמדם כמעין עדים באשר לרצונה של המורשה לאחר מותה.

הנימוק שהצענו לטובת החזקה האמורה שונה מגישות המתמקדות בהגנה על קרובי משפחה כערך חיצוני העומד אל מול חופש הציווי. עמדתנו במאמר זה מכירה בחופש הציווי כעיקרון בסיסי של הדין, אך מציעה להבינו כזכות יחס. כמו כן, עמדה זו שונה מהתכלית האובייקטיבית שהיא הבסיס לטיעונו של ברק בספרו: בעוד ברק מתמקד בתכלית של היצירה – בהתאם למתח הראשון שהציגו ליפשיץ ופינקלשטיין – ולא ביוצר, עמדתנו שונה. איננו דנות בצוואה כבעלת תכלית משל עצמה אלא מציעות המשגה חדשה לחופש הציווי של היוצר, הרואה במצווה אדם קונקרטי ומקושר ובחופש הציווי – זכות יחס.

סיכום: בין נשמה למשפחה

מקובל לומר בדיני הירושה שיש מתח בין הגנה על רצון המוריש לבין הכרה במערכות יחסים משפחתיות. תפיסות פרשניות מתחרות – הגישה הלשונית והגישה התכליתית – מציגות דרכים שונות לחילוף רצונו של המוריש, אך שתיהן מתייחסות אל הרצון כאל עובדה ברורה שאפשר לזהותה. במאמר זה הצגנו תפיסה מורכבת יותר של רצון המצווה ושל כבוד המת. הסברנו כי חופש הציווי, ועמו ההכרה ברצון המצווה, הם מושגים נורמטיביים ולא רק עובדתיים. תחת חזון של מצווה כאינדיבידואל אטומיסטי הצענו לראותו כאינדיבידואל קונקרטי ומקושר הנטוע במערכות יחסים. על כן, פרשנות המתמקדת במשמעות האוניברסלית של צירופי מילים אינה מתייחסת ליחודו של המצווה הקונקרטי, ופרשנות צוואה המתחקה אחר רצון המצווה אגב דיון עם קרוביו ומכריו יוצרת דמות עשירה, בעלת חזון ומטרות, המקושרת ברשת של מערכות יחסים.

הבנה זו של רצון המצווה וכבוד המת הובילה לכמה מסקנות משפטיות. ראשית, גישתנו מציגה שיקול נוסף במסגרת הדיון הסוער שבין פרשנות לשונית לפרשנות תכליתית, התומך בפרשנות חד-שלכית הבוחנת את נסיבות המקרה ואינה נצמדת ללשון. שנית, טענו כי חזקה פרשנית ראויה היא שהמצווה התכוונה להיטיב עם יורשיה ולא להזיק להם. שלישית, הצענו חזקה פרשנית שלפיה יש להניח כי המצווה העדיפה להוריש את רכושה לאלו שנמנו במעגל הקרוב של קשריה הבין-אישיים. בה בעת אנו מכירות בזכות יציאה ממערכות יחסים גם באמצעות צוואה. כלים משפטיים אלה יתרמו לגיבוש תפיסה מורכבת יותר של רצון המצווה, כזו המתחשבת בתפקידה החברתי של הצוואה ככלי קישורי, במערכות היחסים ובמאפיינים הקונקרטיים של כל מצווה.

421 (2000). הדגש על מתן קול משיב גם לביקורת אפשרית שלפיה דווקא הבאת הנרטיבים השונים למערכות היחסים עם המורשה עלולה לפגוע בצדדים למערכות יחסים אלה. זאת, משום שההליך המשפטי האדברסרי מסתיים בהכרעה בדבר הנרטיב המתקבל כגרסה "האמתית" (משפטית) ובדחייה של נרטיבים חלופיים. אפשר לטעון כי דחיית הנרטיב שצד למערכת יחסים עם המורשה מציע עלול לפגוע באותו צד, אולם החשיבות היא בעצם מתן הקול, ולדעתנו אפשרות זו עדיפה משלילת כל מעמד ומקום בהליך ומהכרעה המתעלמת כליל מאותם צדדים.

