

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8991/04

ע"א 9636/05

בפני :
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות

המערערים :
1. בורהאן סובחי יעקוב ברגות
2. פריד סובחי יעקוב ברגות
3. מוניר סובחי יעקוב ברגות
4. סמיר סובחי יעקוב ברגות
5. האני סובחי יעקוב ברגות

נגד

המשיבים :
1. זוהיר ברגות-נצרת
2. נאיפה ברגות-ארגנטינה
3. נהיל ברגות-ארגנטינה
4. האפורופוס הכללי

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה מיום 1.8.04 (השופט אברהם) בתיק עז' 744/92 ו' 492/98 ; ועל פסק דינו של בית המשפט המחוזי מחיפה מיום 10.7.05 (סגן הנשיא אמינוף) בתיק עז' 743/92.

תאריך הישיבה : ט"ו בשבט התשס"ו (13.2.06)

בשם המערערים :
בשם המשיבים 1-3 :
בשם המשיב 4 :
עו"ד ע' זועבי
עו"ד מ' עמאר ; עו"ד א' שוקרי
עו"ד ר' שני שרפסקי ; עו"ד צ' קויש

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. רקע

1. ביום 28.6.1966 נפטר בארגנטינה מר חנא ברגות ע"ה (להלן: המנוח), אזרח ותושב ארגנטינה. ביום 16.8.1990 נפטרה רעייתו, מרת שפיקה דעבול ברגות ע"ה (להלן: המנוחה). לפני מותה ציוותה המנוחה בעל פה את זכויותיה במקרקעין בישראל, שאותן ירשה מבעלה המנוח, לקרובותיה (בנות אחיו של המנוח) נאיפה ונהיל ברגות ע"ה (משיבות 2-3, להלן המשיבות). המשיב 1 רכש את המקרקעין מהמשיבות, שלימים הלכו לעולמן. ביום 17.6.1993 נתן בית המשפט המחוזי בנצרת צו ירושה לפיו כל זכויותיו של המנוח, לרבות הזכויות במקרקעין בישראל, הועברו למנוחה (עז' 743/92), וכן צו קיום צוואה המקיים את צוואתה הנזכרת של המנוחה (עז' 744/92). לימים - 1996 - פנו המערערים, קרובי משפחה של המנוח הטוענים לירושתו על פי הדין הישראלי, בהתנגדות לקיום צוואתה של המנוחה, ואכן בוטל ב-1998 צו קיום הצוואה (על-ידי השופטת - כתארה אז - ד"ר נ' אפל-דנון (ה"פ 3610/96)). המשיב 1 פנה לאחר מכן לבית המשפט בבקשה לקיים את צוואת המנוחה וזאת על פי הדין הישראלי (עז' 492/98). ביום 1.8.04 ניתן פסק דין על-ידי השופט אברהם ובו הוכשרה צוואת המנוחה בהתאם לדין הישראלי. או אז באה לפני סגן הנשיא אמינוף (בש"א 2791/04) בקשת המערערים, כי כשם שעל צוואת המנוחה הוחל הדין הישראלי יש להחילו גם על ירושת המנוח בהיות הבסיס העובדתי שווה; טענה זו, אילו נתקבלה, משמעה היה מתן חלק מירושת המנוח למערערים, מה שאינו אפשרי בדין הארגנטינאי, כפי שעוד יפורט. ביום 10.7.05 דחה סגן הנשיא אמינוף את הבקשה. מכאן שני הערעורים שבפנינו, על-ידי אותם מערערים, וביסודם שאלת ברירת הדין אותו ראוי להחיל על כל אחת משתי הירושות.

2. השופט אברהם בפסק דינו מיום 1.8.04 (נשוא ע"א 8991/04), שעסק בצוואת המנוחה, ושניתן ראשונה, תיאר את הנסיבות שבהן נעשתה. המנוחה ציוותה בעל פה את אדמותיה שבנצרת למשיבות, בפני שני עדים, ימים אחדים בטרם נפטרה. העדים רשמו זכרון דברים בפני נוטריון בארגנטינה רק כשנתיים לאחר הצוואה. שני העדים, ערבים נוצרים כמנוחה עצמה, נהגו להיפגש עמה בכנסיה. בזכרון הדברים נרשם כי המנוחה הודיעה את דברי הצוואה - בערבית ותוך חזרה בספרדית - "מספר ימים לפני פטירתה, כאשר נחלשה עקב גילה, אבל בהכרה מלאה ובמחשבה בהירה, ובiodעין שימיה ספורים". העדים העידו בתשדורת וידאו טובה והותירו בשופט - אשר שוחח עמם בערבית סורית - כדבריו "רושם אמין מאוד, כמי שסיפרו בכנות את האמת לאמיתה". בית המשפט נדרש אמנם לתהיות מסוימות בעדויות, אך סוף דבר שנתן בהן אמון כאמור. מכאן נפנה לבדיקת הצוואה בדין, ומצא כי נתקיימו הדרישות לצוואה בעל פה שבסעיף 23(א) לחוק הירושה התשכ"ה-1965, שלפיהן "מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל פה...". השופט אברהם ראה חלופה זו כמשלבת יסוד אובייקטיבי - במקרה דנן גיל מופלג והפטירה שבאה בסמוך לאחר הדברים, וסובייקטיבי - במקרה דנן תחושתה של המנוחה כפי שביטאה אותה. בית המשפט גם לא ראה בנסיבות חשש של ממש בכך שהתצהיר נעשה לאחר שנתיים ולא "ככל האפשר בסמוך לאחר שניתן" לעשותו,

ומכך שלא הופקד (כדרישת סעיף 23(ב)). ומכל מקום, סבר כי חל סעיף 25, המאפשר לקיים צוואה על אף חסר בצורתה, וזאת משהשתכנע לחלוטין בעדויות השניים.

3. סגן הנשיא אמינוף, שעסק בצו ירושתו של המנוח, נדרש בפסק דינו מיום 10.7.05 (נשוא ע"א 9636/05) לטענה כי משהוחל דין ישראל על הצוואה, יש מקום להחיל דין אחד על ירושת שני בני הזוג, ולא נעתר לה, בציינו כי המדובר בשני נושאים – צו ירושה מזה, צו קיום צוואה בעל פה מזה. בפסק דינו הגיע למסקנה, כי על הנכסים שהניח המנוח בישראל יש להחיל את הדין הארגנטינאי מכוח סעיף 137 לחוק הירושה; בכך הסתייע גם בחוות הדעת של שני המומחים מטעם הצדדים, עו"ד נ' עמית ועו"ד ה' צימנט, שלפיה מנחיל הדין הארגנטינאי את הירושה לבת הזוג, בהעדר צאצאים והורים. בית המשפט קבע איפוא כי המנוחה, אלמנת המנוח, היא ירושתו היחידה; עוד הוסיף לכך, בין השאר, טעם של שיהוי רב שנים בפניית המערערים.

4. ניחד דברים קצרים לחוות הדעת של עורכי הדין הבקאים בדין הארגנטינאי – עו"ד ה' צימנט מטעם המערערים, ועו"ד נ' עמית מטעם המשיבים. עו"ד עמית, בחוות דעת מיום 8.3.93, ציין כי אין בדיני ארגנטינה הוראה מהו החוק החל על נכסים מחוצה לה, אך על פי פסיקה הריהו החוק הארגנטינאי. בהשלמה מיום 11.3.93 ציין, כי המנוחה יכלה לצוות על עזבונה לפי שיקול דעתה המוחלט. עו"ד צימנט כתב אף הוא, בחוות דעתו מיום 18.6.96, כי אין בארגנטינה הוראה מפורשת באשר לדין החל על נכסי עיזבון שמחוצה לה, אך רוב המומחים סבורים כי הוא הדין הארגנטינאי; ועוד ציין, כי צוואה בעל פה אינה מוכרת בארגנטינה. מסקנת היסוד של שני המומחים דומה איפוא - כי על נכסי מוריש שמקום מושבו בארגנטינה והמצויים מחוצה לה חל החוק הארגנטינאי. עוד נשוב לכך להלן.

5. כאמור, המערערים הם קרובי המנוח, שהיה דוד אביהם, ואילו התקבלו טענותיהם נגד צו הירושה (ע"א 9636/05) עשויים היו לזכות בחלק מסוים מירושתו על פי דין. מנגד, ככל שאין טענותיהם נגד צו הירושה מתקבלות, ויקבע כי המנוחה היא היורשת היחידה, אין למערערים מעמד ביחס לצו קיום צוואתה (ע"א 8991/04). המשיב 4, האפוטרופוס הכללי, מייצג על פי דין את האינטרס הציבורי, ולפיכך מוקנה לו מעמד בשני הערעורים.

ב. הטענות בערעורים

6. המערערים תקפו הן את פסק דינו של השופט אברהם (ע"א 8991/04) והן את פסק דינו של סגן הנשיא אמינוף (ע"א 9636/05), והערעורים נשמעו בצוותא חדא.

7. בע"א 8991/04 נטען כנגד מתן מעמד למשיבות 2-3 כיוון שהלכו לעולמן וכנגד יפוי הכוח של בא כוחן; אך בעיקר נטען כנגד קביעותיו העובדתיות של פסק הדין באשר לצוואה: כי לא הוכח שהמנוחה היתה שכיב מרע ולפיכך יכלה לכתוב צוואה כראוי, מה גם שבארגנטינה אין צוואה בעל פה מוכרת; וכי לא נרשם זכרון דברים במועד. תמך בעמדת המערערים האפוטרופוס הכללי, שלשיתו לא נתקיימו תנאי סעיף 23 לחוק הירושה, לרבות הדרישה כי המצווה יראה "עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, אל מול פני המוות", הן על פי אומד דעתו הסובייקטיבית והן באמת מידה אובייקטיבית. נטען כי הציווי לכאורה נעשה על-ידי המנוחה בשיחות חולין ולא למטרת ירושה, וזכרון הדברים על-ידי העדים נחתם רק כתום שנתיים.

8. בע"א 9636/05 נטען בראש וראשונה כי דין אחד צריך שיחול על עזבון שני בני הזוג שחיו ונפטרו בארגנטינה והותירו נכסים בישראל, ולכן היה מקום, משהוחל הדין הישראלי על הצוואה, להחילו גם על העיזבון. מנגד תמכו המשיבים 1-3 בפסק הדין קמא, ואילו האפוטרופוס הכללי הצטרף לטענת המערערים כי כשהמדובר בשני מנוחים בני זוג במקום מושב זהה ושנכסיהם זהים – יש להחיל על עזבונם אותה מערכת דינים לא כפי שנעשה, כנטען, במקרה דנא.

ג. ירשת המנוח (ע"א 9636/05)

9. כאמור, המנוח נפטר בארגנטינה ביום 28.6.1966. סעיף 137 לחוק הירושה קובע "על הירושה יחול דין מושבו של המוריש בשעת מותו". סעיף 135 לחוק מגדיר "מושב" של אדם - המקום בו נמצא מרכז חייו". במקרה שלפנינו היה המנוח אזרח ותושב ארגנטינה, ולפיכך על ירושתו חל בלא ספק דין ארגנטינה. סעיף 3572 לקוד האזרחי הארגנטינאי משנת 1869 (Código Civil de la República Argentina) קובע (בתרגום חופשי מנוסח אנגלי) כי "בהעדר צאצאים או הורים, בני הזוג יורשים הדדית, ומוציאים מן הירושה כל קרובים מקבילים (קולטרליים)" (ראו גם סעיף (ב) 10 לחוות דעתו של עו"ד צימנט מטעם המערערים מיום 18.6.96). דהיינו, במקרה שלפנינו ירשה המנוחה את מלוא עזבונו של המנוח.

10. המערערים טענו כי על נכסים הנמצאים מחוץ לארגנטינה, ובפרט מקרקעין, יחול דין מקום הימצאם, אך שני המומחים - בחוות הדעת שהוגשו - טענו כי מסתברת העמדה לפיה הדין הארגנטינאי חל, בענייננו, גם על נכסי המקרקעין בנצרת (סעיף (ב) 7 לחוות דעתו של עו"ד צימנט - מטעם המערערים; סעיף (ב) 7 לחוות דעתו של עו"ד עמית - מטעם המשיבות). המומחים נחקרו בבית המשפט. המומחה עמית התייחס לכך שבשנים שחלפו מאז כתיבת חוות הדעת הופיעה בכתיבה האקדמית בארגנטינה גם הדעה, לפיה על נכסים המצויים מחוץ לארגנטינה יש להחיל את דין מקום הימצאם (ולכך מצא סיוע גם בחתימת ארגנטינה על אמנת

מונטבידאו), אך הוא סיכם "אני לא חוזר בי מהאמור בסעיף 5 מחוות הדעת שכתבתי... אבל מאז נכתבו מאמרים ומחקרים שהביעו עמדה שונה" (עמ' 4 לפרוטוקול). המומחה צימנט טען בחקירתו "אני לא מסכים עם מה שהבהיר עו"ד עמית... ואני עומד על דעתי כי רוב החוקרים סבורים כי החוק הארגנטינאי הוא שחל... ללא קשר עם מקום הימצאות הנכסים" (עמ' 5); שני המומחים הסכימו כי אין בסוגיה פסיקה של בתי המשפט בארגנטינה. בית המשפט קמא הכריע כי על הנכסים חל דין ארגנטינה. אין סיבה להתערב בהכרעה, המושתתת על חוות הדעת של שני המומחים. בהתאם לדין ארגנטינה, שהוא הדין החל על הירושה, עברו איפוא נכסי המקרקעין בנצרת אל המנוחה. עלי להוסיף כי התקשיתי, בכל הכבוד, לרדת לסוף דעתו של משיב 4 (האפוטרופוס הכללי) שנטל כטיעון את מה שאחד המומחים הציג כדעה המצויה בספרות המשפטית הארגנטינאית, אך התעלם מהמסקנה המשותפת לשני המומחים בסופו של יום, באשר לתחולת הדין הארגנטינאי. אל הנקודה השניה שהעלה האפוטרופוס הכללי, קרי האם יש מקום לתוצאה המחילה לשיטתו דין שונה על עזבון המנוח (דין ארגנטינאי) אל מול עזבון המנוחה (דין ישראל) - יהא עלינו להידרש בהמשך. נאמר כבר כאן, כי לאמיתו של דבר הדין החל הוא בשניהם הדין הארגנטינאי, אלא שלגבי זה האחרון עולה שאלת ברירת הדין בקשר לכשרות הצוואה, והתשובה לה בנידון דין היא הדין הישראלי.

11. למסקנה האמורה שתי השלכות לכאורה כבר בשלב זה: מחד גיסא עברו כל הזכויות במקרקעין לרשות המנוחה ויש אפוא להידרש לירושתה שלה; מאידך גיסא איבדו המערערים, קרובי המנוח, את מעמדם כצד "מעוניין בדבר" לפי סעיף 72 לחוק (ראו רע"א 3154/94 עאטי נ' עאטי, פ"ד מט(2) 250; ש' שילה, פירוש לחוק הירושה תשכ"ה - 1965 (חלק שלישי, תשס"ב) 39-50 (להלן: שילה)), ואין להם כל מעמד בדיון לגבי צו קיום הצוואה - ע"א 8991/04 (טענה זו הועלתה, והתקבלה עקרונית, על ידי השופט ח'טיב בדונו בתיק בגלגול קודם; ראו בש"א 1729/98 מיום 10.3.99). ברם, כאמור, כיון שהאפוטרופוס הכללי השיג גם על צו קיום הצוואה נמשיך ונדון גם בע"א 8991/04.

12. משהובררה סוגיית הדין המהותי, דומה כי אין מקום לדון בטענות המערערים בדבר הפגמים הפרוצדורליים שנפלו בבקשה לצו ירושה שהוגשה בשנת 1992; צו הירושה לעת ההיא ניתן שלא כדין, ומסיבה זו הורתה השופטת אפל-דנון ביום 30.3.98 על הגשת בקשה מתוקנת. גם בבקשה זו לא תוקנו כל הפגמים שנפלו בבקשה המקורית, אך ביום 15.9.98 החליט בית המשפט המחוזי להמשיך ולדון בתקפות הצו, בין היתר משום שביום 21.5.98 הגיש המשיב 1 בקשה מטעמו. בסופו של יום הכשיר בית המשפט, בפסק הדין נשוא הערעור, את הצו, ועל כך הערעור לגופו - שכאמור אין מקום לקבלו. המערערים אמנם טענו כי אין למשיב 1 מעמד בתיק בטרם יוכח שהזכויות שקנה מהמשיבות אכן עברו לידיהן כדין, אך אין לקבל טענה זו, שהרי בית המשפט דן בסוגיה כולה והגיע למסקנה שכך הווה, קרי, שהזכויות עברו למשיבות כדין,

ומהן למשיב. השאלה האם ההכרעה המשפטית קדמה להעברת הזכויות אינה מעלה או מורידה; ומשנקבע כי המנוחה ירשה את המנוח, אין למערערים מעמד בהליכים שעניינם צו קיום הצוואה.

ד. ירושת המנוחה (ע"א 8991/04)

13. בשנת 1990 נפטרה המנוחה. כיון שאף היא, כבעלה המנוח, היתה אזרחית ותושבת ארגנטינה, ואין כל ספק ששם היה מרכז חייה, חל על ירושתה דין ארגנטינה. ברם, בניגוד לעמדת המערערים בפני בית המשפט קמא, החלת הדין הארגנטינאי אין משמעותה שיש לבחון את כשרות הצוואה בהתאם לדין ארגנטינה בלבד. הדין הארגנטינאי אכן אינו מכיר בצוואה בעל פה (סעיף 8(ב) לחוות דעתו של עו"ד צימנט) אך סעיף 140(א) לחוק הירושה בישראל קובע:

"(א) צוואה כשרה מבחינת צורתה אם היא כשרה לפי הדין הישראלי, לפי דין מקום עשייתה, לפי דין מקום מושבו או מקום מגוריו הרגיל או לפי דין אזרחותו של המצווה בשעת עשייתה או בשעת מותו, ובמידה שהצוואה נוגעת למקרקעין - גם לפי דין מקום הימצאם".

סעיף זה הוא אחד החריגים לכלל הקבוע בסעיף 137, ומגמתו ברורה "לנסות, ככל האפשר, לא לפסול צוואה המבטאת רצון נפטר בגלל פגם טכני בצורת עשייתה" (שילה (חלק שני, תשנ"ה) A. Shaki, "Rules of Private International Law in the Succession Law, 5725 - 1965", 1 Tel Aviv ; 155 University Studies in Law 68, 96 (1975). ליחס שבין סעיף 137 לחריגיו, ראו בע"מ 594/04 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד נט(3) 297 (השופט ריבלין)). בהתאם להוראת סעיף זה ניתן, עקרונית, להכיר בצוואת המנוחה לפי הדין הישראלי, אף על פי שהדין החל על הירושה - דין ארגנטינה - אינו מכיר בצוואה שבעל פה. הכשרת צורת הצוואה לפי סעיף 140 אין לה ולא כלום עם הקביעה כי הדין החל על הירושה הוא דין ארגנטינה. הדין החל על הירושה לחוד, והדין לפיו נבחנת צורת הצוואה לחוד (להבחנה זו ייתכנו נפקויות במישורים שונים, כגון כאשר הדין החל אינו מאפשר למלא אחר כל הוראות הצוואה).

14. הקביעה כי הדין החל על ירושת המנוחה הוא החוק הארגנטינאי יש בה מענה לטענתם העיקרית של המערערים, ובעיקר המשיב 4 כאמור, בדבר הדין השונה כביכול שהוחל על עזבונות המנוח והמנוחה, בטענה ששבתה לב על פניה:

"שגה כבוד בית המשפט קמא בהחילו את הדין הארגנטינאי על עיזבון המנוח, כאשר החיל את הדין הישראלי על עיזבון המנוחה. המשיב סבור כי כאשר מדובר בשני מנוחים, בני זוג, שמקום מושבם זהה והנכסים העוברים בירושה זהים - יש להחיל את אותו מערכת דינים. במקרה זה סבור המשיב כי יש

להחיל את הדין הישראלי" (עמ' 3 לסיכומי המשיב 4 בתיק ע"א 9636/05).

התשובה לכך באה מכוח כללי ברירת הדין: על שני המנוחים חל דין אחד - הוא דין ארגנטינה. שאלה משפטית נפרדת היא ברירת הדין ביחס לכשרות הצוואה, ובעניין זה אחת החלופות היא הדין הישראלי לפי סעיף 140(א) לחוק הירושה. אך כמוכן, אי קבלתה של טענת "שני הדינים" אין בה די; יש להמשיך ולדון בטענות בדבר עמידתה של הצוואה בדרישות החוק הישראלי.

ה. ע"א 9636/05 - שיהוי בהגשת ההתנגדות

15. משנקבע כי על ירושת המנוחה כשלעצמה חל דין ארגנטינה, קם טעם נוסף לאי היעדרות לע"א 9636/05, והוא השיהוי בהגשת הבקשה לביטול צו הירושה. הבקשה הוגשה בשנת 2004, לכאורה בניגוד להוראת סעיף 72 המניח שבית המשפט לא יידרש לבקשת תיקון או ביטול, אם לא הוצגו בפניו העובדות החדשות או הטענה החדשה "בהזדמנות הסבירה הראשונה" (ע"א 5640/92 אלוני יובל נ' אליצה באומן, פ"ד מט(5) 373, 378 - השופטת ביניש). וכך הם דברי הנשיא שמגר:

"ראוי כי ההיזקקות לבקשות המוגשות באיחור לא תיעשה על דרך השיגרה, וכי הדבר ייעשה על יסוד שיקולים ענייניים ומבוססים (ראה ג' טדסקי, "היורש הנחזה" עיוני משפט יג (תשמ"ח-מ"ט) 9, 15), אשר יביאו בחשבון את חומרת הפגיעה בכל אחד מן הצדדים עקב שינוי הצו המקורי (או אי שינויו) ואת הקושי אשר עלולה ההשתהות בהגשת הבקשה לתיקון לגרום בבירור זכויות הצדדים (ע"א 516/80 [11] הנ"ל, בעמ' 346). רק בדרך זו ניתן יהיה להשיג את התכלית החקיקתית הטמונה ביסוד הסיפא של הוראת סעיף 72(א) הנ"ל - היינו, תחיימת מסגרת זמן מגובשת ומוגדרת ככל האפשר, שבה ניתן יהיה להביא לשינויים של צו ירושה או של צו קיום צוואה, אשר נפלו בהם טעות או פגם" (ע"א 601/88 עיזבון המנוח מיכאל רודה ז"ל נ' שרייבר, פ"ד מ"ז(2) 441, 459).

במקרה דנא אין ספק שחלף פרק זמן נכבד (למעלה מעשר שנים) מאז מתן הצו, שבמהלכו העבירו המשיבות - שמאז נפטרו לבית עולמן - את זכויותיהן למשיב. המערערים נימקו את השיהוי בהגשת הבקשה בטענה שהחלת דין ישראל על ירושת המנוחה היא עובדה חדשה, שהתגלתה רק לאחר שנתן בית המשפט המחוזי את פסק דינו בשנת 2004. ברם, משהוברר כי החוק החל על ירושת המנוחה הוא דין ארגנטינה, נמצא כי המערערים לא הצביעו על עובדה חדשה המצדיקה התערבות בצו הירושה שניתן ביחס לעזובן המנוח. אם כיוונו המערערים לעצם החלתו של סעיף 140 לעניין כשרות הצוואה, החלטה בנדון זה ניתנה כבר ביום 1.11.00 (השופט ח'טיב), ואין כאן איפוא טענה או עובדה חדשה, מה גם שהצדדים כולם הסכימו לכך.

16. בשולי הדברים יצוין כי לשון סעיף 72 לחוק הירושה תוקנה בשנת 1998 עם כינונו של מוסד הרשם לענייני ירושה, אך אין הדבר נוגע לשיהוי, שדיונים משפטיים בהקשר לו הם מעשים בכל יום בערכאות (ראו בש"א (חיפה) 11239/03 עזבון המנוח אברהם פומרנץ ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי (לא פורסם) - סגן הנשיא פיזם; עז' (חיפה) 3163/03 עזבון המנוחה שלומוביץ ברוניה ז"ל נ' ללוש חיה (לא פורסם) - השופט מירז; ת"ע (תל-אביב) 8332/00 שולמית מילר ואח' נ' אייל מילר (לא פורסם) - השופט גייפמן). משנקבע כי ניתן לבחון את כשרות הצוואה גם לפי הדין הישראלי נפנה לבחון האם עומדת הצוואה בעל-פה הנטענת בדרישות סעיף 23 לחוק הירושה.

ו. צוואת המנוחה - תשתית עובדתית

17. בבקשה לקיום הצוואה, ובהליכים המשפטיים השונים שהתקיימו בעקבותיה, נטען כאמור כי מספר ימים לפני מותה עשתה המנוחה צוואה בעל פה בפני שניים עדים: יוסף ערביאן ואנטוניו הבלרי, במקורם סורים, חברי הקהילה הערבית-נוצרית בעיר רוטריו שבארגנטינה. העדים מסרו כי בשבוע בו נפטרה ביקשה המנוחה משניהם לשמש לה, פורמלית, כעדי צוואה (עמ' 21 לפסק דינו של השופט אברהם מיום 1.8.04), ואז ציוותה בפניהם את המקרקעין בישראל למשיבות המנוחות, אחיניות בעלה - פעם בערבית ושוב בספרדית. צוואה קצרה היתה זו: "כל נכסי בנצרת, פלשתינה, אני מורישה לנאיפה ונהיל" (עמ' 21 לפסק הדין; השוו בשניונים זניחים לפרוטוקול מיום 15.1.04 עמ' 21 (ערביאן) ועמ' 31 (הבלרי)). העדים מסרו כי לפי אמונתם ראו במעשה זה מצווה, ומיד לאחר לוויית המנוחה בכנסיה, מסרו לדבריהם באופן פורמלי את תוכן הצוואה למשיבות. העדים מסרו כי הכירו את המנוחה בעיקר מהתפילה בכנסיה, שם הביעה בפניהם מספר פעמים את רצונה לצוות את נכסיה בישראל למשיבות. לטענת העדים, משמסרו את תוכן הצוואה למשיבות חשו כי מילאו את חובתם המוסרית-דתית, ובכך תמה מבחינתם פרשת הצוואה. אין חולק כי לא נערך "בזמן אמיתי" כל רישום או תיעוד אחר של הצוואה, והדברים הועלו על הכתב לראשונה בתצהירים שהוכנו לקראת הדיון בבקשה בישראל.

18. מנגד טוענים המערערים - כאמור - כי אין לתת אמון בגרסת העדים, שכל כולה נבראה - לטענתם - כדי לנשלם מחלקם כיורשים על פי דין, בהנחה כי ירושת המנוח לא עברה למנוחה. נטען כי אילו היתה המנוחה מעוניינת לצוות את נכסיה למשיבות כדת וכדין היתה עושה זאת בדרך היחידה הקבילה בארגנטינה - בצוואה כתובה. כן נטען כי אילו היתה המנוחה מבקשת לערוך צוואה, היתה מסדירה בה גם את שאר רכושה, ולא רק את המקרקעין בהם מעוניין המשיב 1. עוד נטען, ולטענות אלה חבר גם האפוטרופוס הכללי (משיב 4), כי גם לפי

גרסת העדים לא התקיימו כל התנאים הקבועים בסעיף 23 לחוק הירושה. נטען כי בשלב מסירת הצוואה, כמו בפעמים הקודמות בהן הביעה המנוחה את רצונה, לא היתה המנוחה בבחינת שכיב מרע; ועוד, כי ביחס למצב בריאותה של המנוחה הציגו העדים כנטען גרסה מבובלת, שאינה מאפשרת קביעת ממצאי עובדה. עוד נטען כי לא מולאו דרישות הכתב וההפקדה, ושקיימים ספקות כבדים בשאלה האם דברי המנוחה נאמרו כציווי מודע ובגמירות דעת. ולבסוף, נטען כי לא ניתן להכשיר את הצוואה לפי סעיף 25 לחוק, שהרי נפסק כבר "כי סעיף 25 אינו מדבר על כך שאמיתות הצוואה הוכחה מעבר לספק סביר, אלא שלא היה לבית-המשפט בכלל ספק באמיתות הצוואה..." (ע"א 430/73 לאה ודוד אקשטיין נ' אפרים כהן, פ"ד כח(2) 432, 435).

19. טענות אחרונות אלה נוגעות באיזון הדק שעל בית המשפט לבקש בין הרצון לקיים דברי המת, לבין העמידה בדרישות הצורניות של החוק. מתח זה מלווה את דיני הירושה מראשיתם. האם מחומר הראיות עולה איפוא קיומה של צוואה כשרה?

20. אכן, ביחס למהימנות העדים באשר לרצונה החופשי של המנוחה קבע בית המשפט כאמור "כי אלה הותירו בי רושם אמין מאוד, כמי שסיפרו בכנות את האמת לאמיתה... נתתי אמון מלא בעדויות הללו" (עמ' 21). בידוע, אין דרכה של ערכאת הערעור להתערב בממצאים עובדתיים, קל וחומר בהערכת מהימנות העדים (ראו ע"א 10225/02 יפה פרץ נ' פרץ בוני הנגב אחים פרץ בע"מ (לא פורסם) - השופט טירקל, ומראי המקומות שם). לא למותר להזכיר כי נוהלו הליכים ארוכים ומורכבים בשאלת אופן העדתם של עדי הצוואה (ראו בין היתר רע"א 423/01 היועץ המשפטי לממשלה נ' זוהיר ברגוט (לא פורסם) - השופט ריבלין), ובית המשפט קמא סירב להסתפק באמצעים שלא איפשרו לדעתו חקירה יסודית ומהימנה. ביום 14.7.03 אף הפסיק בית המשפט את שמיעת העדים מחו"ל כיוון שאיכות התקשורת לא איפשרה לשמוע אותם בבירור. בהחלטה מיום 10.9.03 הסכים בית המשפט לגביית העדות באמצעות שיחת וידאו, בתנאי שזו תועבר בטכנולוגיה שונה "באיכות שאנו מכירים מצפיה בטלוויזיה. בפחות מאיכות זו לא אוכל להסתפק". כך נעשה.

21. בית המשפט, בפרוטוקול ובפסק הדין, תיאר את אופן חקירת העדים באמצעות שיחת הוידאו, וציין כאמור שהוא – השופט אברהם – דובר את שפתם וניבם של העדים, ובקי בתרבותם ובמסורתם, באופן המאפשר לו להעריך את מהימנותם. כאמור, הלכה היא כי "הערכת העדויות נתונה בידי של השופט השומע את המשפט, ואין דרכה של ערכאת הערעורים להתערב בהערכה זו אלא במקרים חריגים, יוצאים מן הכלל" (ע"א 445/82 רפי חן נ' דוד שטרית, פ"ד לט(2) 617, 619 - השופט בן דרור). עיינתי, ושבתי ועיינתי, בפרוטוקול הדיון מיום 15.1.04, וסבורני כי אין המקרה שבפנינו בא בגדרי אותם חריגים. על פניו, עדויותיהם של

העדים סדורות, קוהרנטיות, ומשלימות זו את זו, ואין אפוא מקום להתערב בהערכת מהימנותן. העדים העידו על תחושת שליחות דתית עמוקה, הנובעת ממורשתם, לשמוע את דברי המצווה ולהעבירם במדויק ליורשיו (ראו עמ' 30 שורה 24; עמ' 31 שורה 22; עמ' 34 שורות 7-9; עמ' 36 שורות 15-16). משמסרו העדים את תוכן הצוואה למשיבות, מיד בתום מעמד הלוייה בכנסיה (עמ' 22 שורות 9-10) תמה לדידם שליחותם המוסרית. בהתחשב בתוכנה המצומצם והנקודתי של הצוואה, ובכך שהיא עולה בקנה אחד עם אמירות רבות קודמות, סבורני - כבית המשפט קמא - כי אין חשש שהעדים יטעו במסירתה המדויקת.

22. כאמור, המערערים - והמשיב 4 - טענו נגד מהימנות הגרסה שהציגו עדי הצוואה. ברם, לא הוצגו טיעונים המצדיקים התערבות בממצאי המהימנות הנחוצים שקבע בית המשפט קמא. לא נעלמה ממני העובדה שהמשיב 1 הוא שיזם את העלאת העדויות על הכתב, ואף מימן את נסיעת עו"ד עמית לארגנטינה לצורך זה (עמ' 46 לפרוטוקול הדיון מיום 15.3.04), אך אין בנסיבה חיצונית זו בכדי לערער על מהימנות העדים שנשמעו ונחקרו בעצמם. נלך אפוא בדרכו של בית המשפט קמא, ונבחן האם מתוך הגרסה שנקבעה כאמינה ניתן להסיק כי התקיימו דרישות החוק.

ז. סעיף 23 והתקיימות תנאיו

23. בית המשפט המחוזי בחן את כשרות הצוואה לפי סעיף 23 לחוק, שכך לשונו:

"(א) שכיב מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות בעל-פה בפני שני עדים השומעים לשונו.

(ב) דברי המצווה, בציון היום והנסיבות לעשיית הצוואה, יירשמו בזכרון דברים שייחתם בידי שני העדים ויופקד על ידיהם אצל רשם לעניני ירושה; רישום, חתימה והפקדה כאמור ייעשו ככל האפשר בסמוך לאחר שניתן לעשותם.

(ג) צוואה בעל-פה בטלה כעבור חודש ימים לאחר שחלפו הנסיבות שהצדיקו עשייתה והמצווה עודנו בחיים".

נפסק, כי "חמש דרישות קבע המחוקק בסעיף 23 לצורך מתן תוקף לצוואה שנעשתה בעל פה". ראשית, על הטוען לקיומה, שעליו הנטל, להוכיח כי המצווה היא "שכיב מרע" או "מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות". שנית, אמירת דברי הצוואה בפני שני עדים המבינים שפת המצווה. שלישית, רישום זכרון דברים על-ידי העדים וחתימה עליו. רביעית, הפקדת זכרון הדברים בבית המשפט, וחמישית, על הרישום, החתימה וההפקדה להיעשות ככל האפשר בסמוך לאחר שניתן לעשותם (ע"א 436/01 דכאב נ' דכאב, פ"ד נח(6)913, 923-922, הנשיא ברק). עוד נאמר בעבר, כי יש להוסיף את הדרישה, שאינה כלולה במפורש

בסעיף זה אך אין חולק על דבר חשיבותה, "שלשם קיום צוואה יש צורך להראות שהיתה 'גמירת דעת'" (ע"א 88/88 אווה יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 69, 72 - השופט אלוני). בית המשפט קמא קבע בנידון דידן כי בנסיבות עומדת הצוואה בדרישות הסעיף, אך מעבר לצורך הוסיף כי "מכל מקום, כאמור, גם אלמלא התקיים התנאי האמור (הדרישה לסמיכות הזמנים), אנו עשויים לעשות שימוש בהוראות ס"ק 25(א) לחוק, על מנת לרפא את הפגם (שמא נראה בו פגם)" (עמ' 27). דומה כי קביעה זו של בית המשפט קמא מייתרת את הדיון בשאלה האם התקיימו תנאי סעיף 23. אמנם בית המשפט קמא סבר כי תנאי סמיכות הזמנים התקיים, ועם זאת אין הדברים נטולים בעייתיות.

24. במספר פסקי דין קבע בית משפט זה כי גם איחור קצר בהרבה בהעלאת הצוואה על הכתב והפקדתה בבית המשפט אינו עומד בדרישות סעיף 23 (ע"א 580/84 היועץ המשפטי לממשלה נ' שמואל פיק, פ"ד מב(2) 703 (הנשיא שמגר) - איחור של כחודש; ע"א 631/88 חנה קהא נ' שלום לוי, פ"ד מד(3) 324 (הנשיא שמגר) - איחור של כחודשיים). בענייננו מדובר על כשנתיים, משבסופו של יום הועלו דברי העדים על הכתב והוגשו לתיק בית המשפט. כשלעצמי, מסופקני אם באופן זה התגשמו הרציונאליים העומדים ביסוד סעיף 23(ב) (ראו: ע"א 516/73 נפתלי אומר נ' קלדה קונוט, פ"ד כט(1) 107 - השופט קיסטר; ד"נ 40/80 פאול קניג נ' יהושע כהן, פ"ד לו(3) 701, 745 - הנשיא (בדימ') לנדוי; ע"א 120/84 צפורה גולדברג נ' רות אטיאן, פ"ד לט(4) 716 - הנשיא שמגר). אכן, בנסיבות מסתבר שלא ניתן היה לצפות כי העדים יהיו מודעים לדרישות החוק הישראלי, ומשום כך אין לראות באי העמידה בתנאי ראייה לאי אמיתות הצוואה, אך מכאן ארוכה הדרך לקביעה כי התקיימו דרישות סעיף 23(ב). ועוד, ניתן לשער - וכמובן אין בידי לקבוע מסמרות במקרה הספציפי - שאנשים מן היישוב יודעים כי צוואה היא עניין משפטי הטעון תיעוד. כאמור, שאלת העמידה על הדרישות הפורמליות נוגעת בנימים החשופים של המתח שבין הרצון "לקיים דברי המת" לבין הצורך בדרישות צורניות, וכשלעצמי נותר בי ספק בשאלה מדוע לא תועד זכרון הדברים במועדו. אך נוכח האפשרויות שמציב סעיף 25 אין צורך להכריע בשאלת כשרות הצוואה לפי סעיף 23. לענייננו הונחה תשתית לצורך סעיף 25 באמון המלא שנתן השופט אברהם בעדים.

ח. החלת סעיף 25

25. בית המשפט התייחס - כאמור - לאפשרות לקיים את צוואת המנוחה לפי סעיף 25(א) לחוק:

"משהשתכנעתי לחלוטין מעדותם של שני העדים, ולא נותר בלבי ספק בדבר אמיתות דבריהם, ומכאן - אמיתות הצוואה שנעשתה בפניהם מפי המנוחה, כי אז ניתן לקיים, לטעמי, את

הצוואה, גם אם נראה את הרישום ככזה שנעשה לאחר זמנו, משמע כפגם בהליך מן ההליכים שנזכרו בסעיף 23 לחוק... ואם השתכנעתי ברצונה של המנוחה, והתגברנו על הקושי, שבעיקרו הוא הוכחתי... כי אז ראוי לקיים אחר מצוות המצווה, גם אם נפלו פגמים אלה ואחרים בהליך עשיית הצוואה" (עמ' 28).

נטעים כי סעיף 25 מיסודו מטרתו להתחקות אחר רצונו של המצווה לאמיתו, תוך התגברות על פגמים פורמליים (ראו ברק, פרשנות במשפט: פרשנות הצוואה, 125; ע"א 580/84 היועץ המשפטי לממשלה נ' פיק, פ"ד מב(2) 703, 213 (השופט בייסקי)).

26. בשקלו לקיים את צוואת המנוחה פנה בית המשפט קמא לסעיף 25(א) כנוסחו עובר לתיקון מס' 11. דומה כי בכך לא דק פורתא בלי משים, אולי מכיוון שסבר מעיקרא כי ניתן להכשיר את הצוואה לפי הוראת סעיף 23. ביום 11.3.04, בטרם הסתיימה שמיעת העדויות (דיון ההוכחות האחרון נערך ביום 15.03.04, סיכומים הוגשו מספר חודשים לאחר מכן), התפרסם ברשומות חוק הירושה (תיקון מס' 11), תשס"ד - 2004, בו תוקן סעיף 25 לחוק. כפי שנראה לקמן, בנוסחו החדש מגביל הסעיף את שיקול דעתו של בית המשפט ביחס למספר "מרכיבי יסוד", ומרחיבו ביחס לשאר הדרישות הצורניות.

27. כפי שהניחו הצדדים בסיכומיהם בערכאה הראשונה, היה צורך להחיל את הנוסח המעודכן של הסעיף על המקרה שלפנינו: המדובר בתיקון אקטיבי (ראו א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה (כרך שני, תשנ"ג), 630), המופנה לבית המשפט, ושמטרתו הסדרת שיקול הדעת השיפוטי ביחס להכשרת צוואות פגומות קיימות. אין אינדיקציה (ראו ע"א 1613/91 אורית ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 775; ברק, שם, בעמ' 616) לכך שהמחוקק התכוון לחרוג מן הכלל הקבוע בסעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח - 1948, ולהגביל את תחולת החוק לצוואות שנערכו אחר כניסתו לתוקף. העובדה שהדיון בצוואה שלפנינו החל קודם פרסום החוק אין בה בכדי להחריג מקרה זה. הצדדים כולם התייחסו בסיכומיהם לסעיף בנוסחו החדש (סיכומי המשיבים 1-3 מיום 15.4.04 בעמ' 6; סיכומי המשיב 4 מיום 13.6.04 בעמ' 10; סיכומי המערערים מיום 29.6.04 בעמ' 15), ממילא גם לא נפגעה זכותם הדיונית. על מנת לבחון את כשרות הצוואה יש לפנות לסעיף 25 בנוסחו הנוכחי.

28. סעיף 25 לחוק הירושה בנוסחו דהאידינא מגדיר ומבהיר את מרחב שיקול הדעת של בית המשפט בבואו לקיים צוואה שנפלו פגמים בעשייתה, וזה לשונו:

(א) התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה,

רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה אף אם נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים...
 (ב) בסעיף זה "מרכיבי היסוד בצוואה" הם... (4) בצוואה בעל פה כאמור בסעיף 23 - הצוואה נאמרה על ידי המצווה עצמו בפני שני עדים השומעים את לשונו בעת שהיה שכיב מרע או בעת שראה את עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות.

זאת בשונה מנוסחו הקודם של הסעיף, בו נקבע: "לא היה לבית המשפט ספק באמינותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה או בהליכים המפורטים בסעיפים 20 עד 23 או בכשרות העדים". בדברי ההסבר להצעת החוק שביסוד התיקון (ה"ח הכנסת 30 (תשס"ד, עמ' 9) - ח"כ נ' סלומינסקי) נאמר:

"בפסיקה ובספרות המשפטית נשמעו קריאות למחוקק לתקן את סעיף 25... (השופט ברק בע"א 127/87 בדיחי ואח' נ' בדיחי ואח', פ"ד מג(4) 341, בעמ' 350; א' שחור, "קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה - סעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה - 1965", הפרקליט לוג(ג) 538...) ... מוצע לתקן את סעיף 25 באופן שיאפשר לבית המשפט להתגבר הן על פגמים והן על חסרים בדרישות הצורניות לגבי כל סוג של צוואה...

מוצע... כי תנאי הוא שלבית המשפט אין ספק כי הצוואה משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה". (ההדגשות הוספו - א"ר).

29. התיקון מאמץ מודל ליברלי של dispensing power ("סמכות לפעול בלעדית...") שבצדו מנגנון נוקשה יותר של threshold requirements (דרישות סף, או "מרכיבי יסוד" בלשון החוק; ראו J. H. Langbein, "Substantial Compliance with the Wills Act", 88 Harv. L. Rev. 489 (1975); J. H. Langbein, "Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law", 87 Colum. L. Rev. 1 (1987); Unif. Probate Code § 2-503; Restatement (Third) of Property: Wills and other donate Transfer § 3.3 (1999) קונה לה שביתה גם במדינות נוספות. לגבי ארה"ב ראו E. Sherwin, "Clear and Convincing Evidence of Testamentary Intent: The Search for a Compromise between Formality and Adjudicative Justice", 34 Conn. L. Rev. 453 (2002). ביקורת על נטל ההוכחה מופיעה גם במאמרו של ד' מנשה, "ההגיון של סעיף 25 לחוק הירושה", 199 מנשה שאוה (א' ברק וד' פרידמן עורכים, ע' חן מרכזת עריכה, תשס"ו) 463. המחבר מביע את החשש שמא "עיקר תשומת הלב של הפסיקה כוונה ליצור סטנדרט מתמיר לאישור תוקפה של צוואה מתוך העדפה לא מפורשת של ירושה על פי דין, העדפה שאינה מעוגנת בשיקולים של הגשמת רצון המוריש דווקא" (עמ' 490). דעתי אינה כדעתו, וחוששני לעניין זה, בכל הכבוד לניתוחו המעמיק - ואין זה המקום להידרש לכל ראיותיו - שרואה הוא צל הרים כהרים; ואולי ענייננו שלנו יוכיח). המחוקק בישראל קבע, מפורשות "מרכיבי יסוד",

וכשבצוואה בעל-פה עסקינן, הללו הם אמירתה על ידי המצווה בפני שני עדים השומעים את לשונו, וזאת בהיותו שכיב מרע, או שעה שראה את עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות. כך ניתח המשנה לנשיא (בדימ') מצא את הסעיף בנוסחו החדש:

"והנה, סעיף 25 בנוסחו החדש מתיר לקיים כל צוואה, חרף פגם או חסר שבו לקתה. בכך הולך נוסחו החדש של הסעיף כברת-דרך ארוכה לקראת גישתו של הנשיא, שבפרשיות קניג ובדיחי נותרה עמדתו במיעוט... ואולם סעיף 25 בנוסחו החדש מתנה את תחולתו בשני תנאים מוקדמים: האחד, כי "התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה"; והשני כי "לא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה". להלן מפרט הסעיף מהם "מרכיבי היסוד בצוואה", שהתקיימותם מהווה תנאי מוקדם לתחולתו... בית-המשפט אינו רשאי לקיים צוואה שנפל בה פגם או חסר, אם לא "התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה"... עולה, אפוא, בבירור, כי אף שהמחוקק ראה להקל בדרישות הצורניות לעשיית צוואה... הקפיד הוא להבהיר, כי מסמך שבעשייתו לא התקיימו... מרכיבי היסוד... אינו צוואה; ואף אם שוכנע בית-המשפט, מעבר לספק, כי המסמך משקף את הרצון החופשי והאמיתי של בעל המסמך, אין בית-המשפט רשאי לקיימו" (דנ"א 7817/00 יוסף אהרן נ' אמנון אהרוני (טרם פורסם), פסקה 18 לחוות דעתו של המשנה לנשיא (בדימ') מצא).

30. גם שופטי הרוב בדנ"א 7818/00, שהרחיבו את תחולת סעיף 25 בנוסחו הקודם, התייחסו לכך שהנוסח החדש אמנם מרחיב את שיקול דעתו של בית המשפט ביחס לתנאים מסוימים, אך לכאורה מצמצם אותו ביחס למרכיבי היסוד: "לגישתי, הגבלת שיקול דעתו של בית המשפט אינה רצויה... (אלא ש) החוק המוגמר שיצא תחת ידי המחוקק עלול לבלום מגמה זו ולשים מוסרות על ידי בית המשפט" (פסקה 27 לחוות דעתה של השופטת ארבל). הנה מצאה לה המטוטלת נקודת איזון חדשה, תוך שהפעם מגדיר המחוקק עצמו מהם רכיבי היסוד שסעיף 25 אינו יכול להם.

ט. התקיימות מרכיבי היסוד

31. אין ספק כי העדים, שניים במספר, שמעו את דברי הציווי מפי המנוחה, בשתי השפות אותן הם דוברים; אך האם היתה המנוחה באותה עת בחינת "שכיב מרע", או לחלופין שראתה עצמה "בנסיבות המצדיקות זאת מול פני המוות", כדרישת סעיף 25(ב)(4)? אין גם ספק שימים ספורים לאחר שנמסרה הצוואה נפטרה המנוחה. מתאורן של נסיבות עריכת הצוואה עולה, כי בניגוד לפעמים קודמות בהן הביעה המנוחה את רצונה להוריש את הקרקעות בנצרת למשיבות, מדובר הפעם באירוע בעל אופי פורמלי, המעיד הן על גמירות דעת והן על צפיית מוות קרוב:

"לגבי הצוואה זה היה משהו מוזר. יום ראשון אחד באו נהיל ונאיפה (המשיבות ע"ה - א"ר) ואמרו לי ולג'וזיף, שלאחר שנגמור את התפילה שפיקה (המנוחה - א"ר) רוצה לדבר איתנו. זה היה יום ראשון בבוקר, ואני לא אשכח את זה. ולמה היא לא באה אלינו? אמרו לנו נראה לנו שהיא רוצה שנלך אליה הביתה. אמרתי שאני לא מכיר את ביתה ומעולם לא הייתי בביתה. אמרו לנו הכתובת של הבית שלה. אחרי הכנסייה, סיימנו את התפילה, לקחתי את ג'וזיף שהיה שותף שלי והלכנו אליה הביתה. ואז היא אמרה לנו את הצוואה שלה, והיא בעצם הטילה עלינו אחריות מוסרית בעניין הזה" (עמ' 31 שורות 10-4).

32. מחקירת העדים עולה כי בימיה האחרונים היתה המנוחה חלשה מאוד; מספר ימים לפני מותה ביקשה מן העדים לבוא לביתה, לראשונה מאז הכירו, על מנת למסור צוואה. השילוב בין גילה המופלג, מצבה הגופני התשוש, העובדה שזימנה את העדים לביתה על מנת למסור צוואה, והעובדה שנפטרה כעבור ימים בודדים (ביום 16.8.90), דומה שמקיים הוא את דרישות הסעיף בחלופתו השניה, הן במישור הסובייקטיבי ("רואה עצמו... מול פני המוות"), והן במישור האובייקטיבי ("בנסיבות המצדיקות זאת"). התיאור האמור מחזק גם את הדרישה הכללית להוכחת גמירות דעת: ההתאמה לאמירות קודמות, והעובדה שהצוואה נמסרה שלא בנוכחות המשיבות, מחזקות את קביעת בית המשפט קמא לפיה משקפת היא את רצונה החופשי והאמיתי של המנוחה. ניתן דעתנו לכך, שמרכיבי היסוד אינם כוללים את התיעוד התכוף כבסעיף 23(ב), ולכן נתונה לבית המשפט סמכות עקרונית לקיים את הצוואה, לאחר שהוכח קיומם של התנאים, וכן מששוכנע בקיומו של התנאי הכללי לפיו "לא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה".

33. לבסוף, מלים אחדות באשר למקורו של סעיף 23, במשפט העברי. בניגוד למשפט הישראלי המאפשר חופש צוואה גמור, המשפט העברי אינו מאפשר להוריש למי שאינו יורש על פי דין, אלא על דרך של "מתנה מחיים" (רמב"ם, נחלות, פרק ו', הלכה א'; א' גולאק, יסודי המשפט העברי (ספר שלישי, תשכ"ז) 72; מ' ויגודה, "אל נא תקברני במצרים - על הצוואה" פרשת השבוע 104 (ויחי תשס"ג)). ברם, כמו במשפט הישראלי, גם במשפט העברי מוצאים אנו התייחסות מיוחדת לאדם שהוא חולה מסוכן (ראו משנה, פאה, ג', ז') הקרוי "שכיב מרע" (בתרגום מארמית - שוכב חולה): בעוד שעל אדם בריא המבקש לצוות את נכסיו בדרך של "מתנה מחיים" לעמוד בדרישות הנוקשות של דיני המתנה (ויגודה, שם), ביחס לשכיב מרע קבעו חז"ל "קיימא לן, דדברי שכיב מרע ככתובים וכמסורין דמו" (בבלי, גיטין, יג ע"א). קרי, לדברים בעל פה של שכיב מרע יש תוקף כאילו נעשו על פי כל דיני הקניין (רמב"ם, זכיה ומתנה, ח', ב'; ראו גם פסק דינו של השופט (כתארו אז) אלון בד"נ 40/80 פאול קניג נ' יהושע כהן, פ"ד לו(3) 701, 733-737). שכיב מרע הוא מי שמצווה את כל רכושו בידעו כי מותו קרוב,

אף אם אין הנסיבות מעידות על כך במובהק. היסוד לקבלת צוואתו הוא החשש פן תיטרף דעתו, קרי, יצטער שמא לא יקוימו דבריו. ראו גם הצעת הרב י"א הלוי הרצוג, כי למעט במקרים חריגים צוואת שכיב מרע תיעשה בכתב (תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב': הצעת תקנות בירושות (א' ורהפטיג עורך, תשמ"ט) 136-137), והוא מעיד על עצמו "שבמשך שנים רבות שאני יושב כאן בבית דין לערעורים לא באה לפנינו עדות על צוואה בעל פה, אלא בשני מקרים, ומצאנו שהם עדי שקר. ואולם הדבר צריך הכרע". בענייננו שלנו לא היה יסוד לחשוב כי בעדי שקר עסקינן (ראו גם ע"א 5869/03 חרמון נ' גולוב, פ"ד נט(3) 1). מסתבר כי הקלות משפטיות אלה, הן הן מקורו של סעיף 23 לחוק הירושה (נ' רקובר, המשפט העברי בחקיקת הכנסת (כרך שני, תשמ"ט) 1115), סעיף המייחד את דיני הירושה בישראל (שילה חלק ראשון, תשנ"ב) 207; ראו גם החלטת השופטת אפל-דנון מיום 15.9.8).

י. סיכום

34. סוף דבר, צדק בית המשפט קמא בקבעו כי על ירושת המנוח חל דין ארגנטינה (עז' 743/92 - סגן הנשיא אמינוף), ומסיבה זו אין להיעתר לע"א 9636/05. זאת בנוסף לשיהוי בהגשתו של הערעור, והעובדה שהטענה המרכזית העומדת ביסודו - החלת דינים שונים על אותן נסיבות - התבררה כמוטעית. אין מקום להיעתר אף לע"א 8991/04; כאמור, בנסיבות צדק בית המשפט קמא בהחילו את סעיף 140 לחוק, ולא הוצג טעם מספיק להתערבות בממצאיו העובדתיים בדבר עמידת הצוואה, למצער, בדרישות סעיף 25 לחוק. ועוד, המערערים (להבדיל מערעורו של המשיב 4) אינם עוד, לאחר דחיית ע"א 9636/05, בחינת צד "מעוניין בדבר" כהגדרתו בסעיף 72.

35. המערערים ישלמו שכר טרחתו של בא כוח המשיבים 1-3 בסך 20,000 ש"ח. אין צו להוצאות כלפי המשיב 4 (האפוטרופוס הכללי).

ש ו פ ט

השופט א' גרוניס:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, י"ב בתשרי תשס"ז (4.10.06).

שופטת

שופט

שופט