



## בבית המשפט העליון

בע"מ 11116/08

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל

המבקש: פלוני

נגד

המשיב: אלמוני

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי  
ירושלים מיום 24.11.2008 בתיק עמ-002102/07

בשם המבקש: עו"ד בן ציון ליפשיץ

בשם המשיב: עו"ד אהרון גבע

### פסק-דין

השופט ח' מלצר:

1. זוהי בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' סגן-הנשיא ע' חבש, כב' השופטת ח' בן-עמי וכב' השופטת ר' שטרנברג-אליעזר). בית המשפט המחוזי דחה את ערעורו של המבקש על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (כב' השופט מ' הכהן), אשר פסק כי הצוואה, מושא ההליך – לא בוטלה על ידי המצווה, ועל כן הוא נעתר לבקשה לקיומה.

בפתח הדברים אדגיש כי ראיתי להציע לחברי כי נדון בבקשה כאילו ניתנה רשות לערער והוגש ערעור על פי הרשות שניתנה. לגוף הדברים, לדעתי, דין הערעור להידחות.

## אפתח בהבאת הנתונים הרלבנטיים להכרעה.

התשתית העובדתית והשתלשלות ההליכים

2. בתאריך 5.9.1993 ערך פלמוני, שהלך לבית עולמו בתאריך 1.4.2002 (להלן: המנוח) צוואה נוטריונית בפני שני עדים (להלן: הצוואה), וזאת בהתאם לסעיף 22 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה, או: החוק). הצוואה הופקדה בבית המשפט המחוזי בירושלים, בהתאם לסעיף 22(ה) לחוק, בנוסחו דאז, ואין מחלוקת כי המנוח לא פנה לבית המשפט בבקשה לקבל בחזרה את הצוואה המופקדת. במסגרת הצוואה הדיר למעשה המנוח את אשתו ואת שני ילדיו מעזבונו וציווה שעם מותו יועבר 1 ש"ח לכל אחד מהם. את יתרת עזבונו (לאחר הוצאות הלוויה, סידור מצבה ותשלום חובות) הוא ציווה לאלמוני, הוא המשיב כאן.

בצוואתו הסביר המנוח מדוע נהג כאמור לעיל – באלו המילים (תוך השמטות קלות ושינויים מתחייבים על מנת למנוע זיהוי):

"אני מודע לכך כי בצוואתי זו איני מותיר דבר לאשתי... ולילדי... (כאן צוינו שמות האישה והילדים – ח"מ) ומנשל אותם מכל חלק בעזבוני. אני עושה כך בידיעה ובכוונה זאת לאור יחסם הגס והמשפיל כלפיי ולאחר שעשו הכל ע"מ להרחיק אותי ממפעל חיי... (כאן בא שם העסק – ח"מ).  
לאור המכות והעלבונות שספגתי מבני משפחתי אין אני רואה מקום או צורך לתת להם חלק במה שיותר מרכושי לאחר מותי וכך אני עושה" (סעיף 4 לצוואה)

"הנני מצווה בזה את כל רכושי מכל מין וסוג שהוא, בין בארץ ובין בחו"ל, בין דניידי ובין דלא ניידי בשלמות לידידי (על אף הבדלי הגילים) (כאן מצוינים שמו ותעודת הזהות של המשיב – ח"מ) אותו אני מכיר ומוקיר שנים רבות.  
היה ואלמוני (המרת השם שלו בכינוי זה, נעשה על ידי – ח"מ) הנ"ל לא יהיה בחיים בעת פטירתי, כי אז אני מצווה את כל רכושי כאמור ל..." (כאן מצוין שם אשתו של אלמוני – ח"מ).

3. סמוך לאחר עריכת הצוואה הנ"ל, עלו היחסים בין המשיב לבין המנוח על שרטון, ואף הוגשו תביעות כספיות הדדיות בין השניים לבית משפט השלום בירושלים. לטענת בנו של המנוח, הוא המערער שלפנינו (להלן: פלוני, או:

המערער) – המנוח גילה את דעתו במסגרת הליכים אלה, בשלוש הזדמנויות, כי הוא ביטל את הצוואה שערך. הצהרות אלה יתוארו להלן:

(א) בתצהיר שעליו חתם המנוח בתאריך 19.6.1994 הוא ציין, בין היתר, כי:

”בצוואתי הנ”ל (שבוטלה על ידי בחודש יוני 1994) ציוויתי לכל אחד משני בני ולאשתי – 1 ש”ח, ואת כל שאר רכושי (הרב) ציוויתי ל... (פה באים שמותיהם של המשיב ורעייתו – ח”מ).

(ב) במהלך עדותו בבית המשפט בהליך ביניים שהתקיים בתאריך 26.7.1994, כשנחקר המנוח על האמור בתצהירו הנ”ל, הוא אמר כי:

”בביטול הצוואה יש הרבה חישובים, ולכן ביטלתי רק שלושה חודשים אחר כך. אני לומד. המתח התגבר. אני לא ביטלתי את הצוואה... (כאן בא שמו של המשיב – ח”מ) כתב לי בפקס שהוא יודע שאני ביטלתי, מיד הלכתי וביטלתי”.

(ג) בתשובה לשאלון, עליו נדרש להשיב המנוח, הוא השיב בתצהיר, בתאריך 20.3.1995, בין היתר, כי: ”הצוואה בוטלה, והתובעים לא קיבלו דבר ממנה”.

4. בתאריך 1.4.2002 נפטר המנוח כאמור. בעקבות זאת פנה המערער לבית המשפט לענייני משפחה בירושלים בבקשה למתן צו ירושה על פי דין, ואילו המשיב פנה בבקשה לקיום הצוואה, כאשר כל אחד מן הצדדים התנגד לבקשת רעהו. טענתו של המערער בהליך האמור היתה כי המנוח הצהיר שהוא ביטל את הצוואה, וגילה דעתו באמירות שהובאו לעיל, כי הוא איננו מעוניין להוריש למשיב דבר. כן טען המערער שכאשר אחיו נפטר (שנים לאחר שהצוואה נחתמה) אביו הסתלק מירושתו של האח – לטובת המערער, מה שמלמד כי האב שינה מדעתו לגבי המערער.

המשיב גרס מנגד שלא הובאה כל ראיה לכך שהצוואה בוטלה, והצהרותיו הנ”ל של המנוח הנ”ל וכן הודעת הסתלקות שניתנה בהקשר לירושת אחיו של המערער – אינן יכולות להיחשב כמעשה ביטול של הצוואה.

5. במסגרת ההליך בפני בית המשפט לענייני משפחה בירושלים (ת”ע 41080/04) הגיש המערער תצהיר שלו כתימוכין לטענותיו וכן צירף תצהירים

של שני עורכי דין שייצגו את אביו ז"ל בהליכים שונים נגד המשיב בבית משפט השלום בירושלים, במסגרתם ניתנו ההצהרות הנזכרות בסעיף 3 שלעיל (לתצהירים אלה צורפו – כנספחים – המסמכים הרלבנטיים, בתוכם הופיעו האמירות הנ"ל, בשלמותם).

המשיב הגיש בתגובה תצהיר מטעמו וצירף אליו את פסק דינו של בית משפט השלום הנכבד בתובענות ההדדיות, בגדרו נדחו תביעות המנוח אגב אי-קבלת דבריו של המנוח. המשיב הוסיף והצהיר כי לאחר פסק הדין בבית משפט השלום – במחצית השניה של שנת 1996 – התקשר המנוח טלפונית אליו ואמר לו, על פי האמור בתצהיר המשיב, כי: "הלוואי ויכול היה להחזיר את הגלגל אחורנית". המשיב ענה לו, לדבריו, כי את הנעשה אין להחזיר, ואז אמר לו המנוח, לפי המוצהר בתצהיר המשיב, כי: "אני בכל מקרה דאגתי לך ולמשפחתך ואני אפצה אותך". בהקשר לחילופי דברים אלה, המשיב גרס בתצהירו כי הם מעידים על כך שהמנוח לא ביטל את הצוואה וכי אין בכוונתו לעשות כן וכי ניכר היה שהתחרט על שפתח בהליך משפטי כנגדו. המשיב חתם את תצהירו באמרו כך: "המנוח גם לא ביטל את הצוואה במהלך השנים שלאחר המשפט כאשר היה נתון לחסותם של המתנגד ובני משפחתו".

זה המקום לציין כי הצדדים ויתרו על חקירת מצהירים (מעבר לחקירת המערער והמשיב) במסגרת ההליכים בתיק עזבונו 41080/04 הנ"ל. לפיכך בית המשפט הנכבד לענייני משפחה יכול היה לעבור, בתום חקירת הצדדים, לשלב הסיכומים ולהכרעה (להשלכות נוספות של הויתור על חקירת מצהירים – ראו בפסקה 17 שלהלן).

6. כיוון שבהתנגדות לקיום הצוואה לא נטען כי המנוח ערך צוואה חדשה, ובשים לב לכך שלא הוגשה על ידי המנוח בקשה להחזרת הצוואה שהופקדה בבית המשפט המחוזי – בית המשפט הנכבד לענייני משפחה פנה לברר בפסק דינו האם התצהיר שערך כאמור המנוח, או עדותו בבית המשפט השלום, או המענה שהוא מסר לשאלון על דרך תצהיר – יכולים להיחשב כביטול של הצוואה שערך, במשמעות סעיף 36 לחוק הירושה. לשם כך סקר בית המשפט הנכבד את ההלכה שנקבעה בעניין זה ב-דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרונ, פ"ד נט(6) 653 (2005) (להלן: עניין אהרן). בעניין אהרן ערך המנוח תצהיר בפני עורך דין בדבר ביטול צוואתו. הוא עשה כן בנוכחות עד אחד בלבד – עורך הדין

שאימת את תצהיר ביטול הצוואה (קרי: הדבר לא תאם את התנאים המנויים בחוק הירושה, בגדרם נדרשת לכאורה הימצאות של שני עדים בביטול שכזה). בית המשפט שם הכשיר בדעת רוב של ארבעה שופטים כנגד שלושה את הפגם הצורני, וכפועל יוצא מכך הכיר בביטול הצוואה (התיחסויות נוספות לעניין אהרן יבואו בהמשך).

בית המשפט הנכבד לענייני משפחה קבע כי לא ניתן להשליך מעניין אהרון למקרה שלפנינו, וזאת מאחר שבעניין אהרון לא היתה לבית המשפט כל התלבטות כי המנוח אכן התכוון לבטל את צוואתו, שכן הוא חתם על תצהיר ביטול צוואה. בניגוד לכך כאן בית המשפט לא שוכנע בגמירות דעתו של המנוח לראות בהצהרותיו ביטול של צוואתו – שכנוע שהוא, לשיטתו, תנאי סף לריפוי של פגם צורני בביטול צוואה. תנאי-סף זה לא התקיים פה לתפיסתו, שכן הצהרותיו של המנוח אינן עולות אפילו כדי הצהרת ביטול פגומה.

בשולי פסק הדין הזכיר בית המשפט את האפשרות, שלא הועלתה על ידי המערער, לראות בתצהיר המנוח ראייה לביטול שנעשה בעבר (במקום מעשה הביטול עצמו). גם אפשרות זו נשללה, שכן בית המשפט הנכבד סבר כי גם בדרך זו לא ניתן לקבוע שהצוואה בוטלה כדין.

7. על פסק דין זה ערער המערער לבית המשפט המחוזי בירושלים. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את הערעור, בקובעו כי במקרה זה לא היה מקום לסטות מהוראות חוק הירושה בדבר הדרכים בהן רשאי מצווה לבטל את צוואתו, וזאת, בין היתר, בהתחשב בכך שלא הוכח מה היה רצונו הכן של המנוח לאחר שצוואתו נחתמה כדין, שהרי ניתן לשער דברים לכאן ולכאן. בית המשפט המחוזי הנכבד הוסיף בהקשר זה את הדברים הבאים:

”בנסיבות בהן נאמרו דבריו של המנוח בהתייחס לצוואה, קשה לעמוד על רצונו האמיתי במועד שבו נאמרו ומקל וחומר לגבי רצונו במהלך כל השנים שחלפו מיום שהדברים נאמרו ועד לפטירתו. לאור האמור, ובהתייחס לכל אלו, בצדק לא שוכנע בית משפט קמא כי יש מקום במקרה זה לסטות מההוראות הקבועות בסעיף 36 לחוק הירושה. כב' השופט מ' הכהן הציב בפסק דינו את השאלות הטעונות הכרעה והכריע בהן על סמך נימוקים משפטיים שלא מצאנו בהם טעות”.

זה המקום להעיר כי בתחילת פסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד נפלה, כנראה, טעות סופר, שכן המנוח תואר שם כסבו של המערער, ולא כאביו, והמערער ביקש להבנות אף מטעות זו. לשגגה זו – אין לייחס, לגישתי, משמעות בהקשר למחלוקות המשפטיות האמיתיות שבפנינו.

מכאן נעבור איפוא להצגת הערעור לגופו ולטענות שהועלו במסגרתו על ידי שני הצדדים.

הטענות בערעור

8. במישור העובדתי, המערער מדגיש את חומרת המחלוקת שנתגלעה בין המנוח לבין המשיב, במסגרתה הוגשו כאמור התביעות ההדדיות. לטענתו של המערער, השניים לא היו למעשה בקשר מאז הגשת התביעות ועד לפטירתו של המנוח, והמשיב כלל לא ידע על העובדה שהמנוח התגרש מאשתו, או על שנת פטירתו, שכן בבקשה למתן צו לקיום צוואה שהגיש המשיב הוא ציין (בתצהיר) כי המנוח נפטר כשהוא נשוי, ושנת פטירתו היתה 2001 (על-אף שהמנוח נפטר בשנת 2002, והתגרש קודם לכך).

לגופו של עניין המערער טוען כי יש לראות בהצהרות המנוח כביטול של צוואתו. לשיטתו, המנוח ביטא באופן צלול וברור, מספר פעמים, את העובדה כי ביטל את הצוואה שעשה לטובת משיב – מהלך מובן על רקע הנסיבות האישיות שהתפתחו בין השניים. כיוון שבדיני צוואות עקרון-העל הוא קיום רצון המת, המערער גורס כי יש להכיר ב"גמישות עניינית" ביחס לדרישות הצורניות של ביטול צוואה, על מנת למנוע מצב של קיום הצוואה בניגוד לרצונו של המנוח. בהקשר זה טוען המערער לתחולה של ההלכה שנקבעה בעניין אהרן על הערעור שבפנינו, וזאת בכל הנוגע לגמישות בה יש לנקוט ביחס לתנאים הפורמליים הנדרשים לצורך ביטול צוואה.

לבסוף טוען המערער כי יש כלל בקיום צוואות, על פיו ראוי למנוע מצב שבו "רשע וטוב לו", וכך הוא רואה את המשיב, נוכח היחסים שהתערערו בינו לבין המנוח.

9. המשיב לעומת זאת מדגיש במישור העובדתי את חריפות הסכסוך האישי והכלכלי שנוצר בין המנוח לבין בני משפחתו, אשר הוביל לעריכת הצוואה, בגדרה הדיר המנוח את אשתו ואת ילדיו מעזבונו, והביא אותו לכלול את סעיף 4 לצוואה, שצוטט בפסקה 2 שלעיל.

לגופו של עניין טוען המשיב כי גמירות דעת מוכחת של המנוח לביטול הצוואה היא תנאי מוקדם לגמישות ביחס לפגמים צורניים באקט הביטול, מה שלא התקיים כאן. יתר על כן המשיב מדגיש כי המערער לא הבהיר באיזו דרך משלוש הדרכים המנויות בסעיף 36 לחוק הירושה ביטל המנוח את צוואתו. עוד הוא מוסיף כי אם מדובר בביטול מפורש של הצוואה באחת מן הצורות לעשיית צוואה – המערער לא פירט באיזו צורה בדיוק, מהארבע המנויות בסעיף 18 לחוק, הוא עשה כן. בעניין זה המשיב גם מזכיר כי נקבע על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד, כממצא עובדתי, כי: "כלל לא הוכח מה היה רצונו הכן של המנוח, וניתן לשער דברים לכאן ולכאן", וכי בנסיבות בהן נמסרו הצהרותיו של המנוח בהתייחס לצוואה הנ"ל: "קשה לעמוד על רצונו האמיתי". עוד הוא גורס, כי אין להכיר בתצהירי המנוח כאקטים של ביטול הצוואה מכוח מה שנפסק בעניין אהרון, וזאת מאחר שהלכה זו חלה רק על מקרים בהם מצווה הביע במפורש את רצונו לעשות כן, ואף נקט בדרך של ביטול צוואה, אך נפל בתהליך פגם מסוים. במקרה שלפנינו, לשיטתו, כלל לא ברור כי המנוח ניסה, באמצעות הצהרותיו, לנקוט בדרך של ביטול צוואה.

התפתחויות נוספות והערות

10. בדיון שקיימנו התברר כי היקף הסכום השנוי במחלוקת בפועל בין הצדדים עומד על כ-18,000 ש"ח בלבד (יחד עם זאת, לטענת הצדדים, יש אפשרות לחשיפתם של נכסים נוספים בעתיד). נוכח האמור לעיל ניסינו להביא את הצדדים לידי פשרה, הן ביחס לסכום המחלוקת הקיים והן ביחס לנכסים הנוספים, ככל שיתגלו, ואולם מאמצינו לא הסתייעו, ועל כן אנו נדרשים ליתן פסק דין במכלול. זה המקום להעיר כי בשאלות המורכבות העולות בתיק זה – הצדדים לא הציגו בפנינו משנה סדורה מעבר להפניה לעניין אהרון, ולפיכך נדרשנו לבדוק הסוגיות שהתעוררו וכן לחפש אסמכתאות בכוחות עצמנו.

11. לאחר שמיעת טענות הצדדים, ועיון בחומר שהוגש על ידם וכן בזה שעמד בפני בתי המשפט הנכבדים קמא, באתי לכלל מסקנה כי אם תתקבל דעתי, הרי שלאחר מתן רשות הערעור, כאמור בפסקה 1 שלעיל, דין הערעור – להידחות לגופו. אביא עתה את הטעמים שהובילו אותי למסקנתי זו. אפתח בהצגת המתווה הנורמטיבי הרלבנטי ואחר כך אדון בטענות הצדדים הפרטניות במישור העובדתי ובמישור המשפטי.

אפרט איפוא עתה ראשון-ראשון ואחרון-אחרון.

המתווה הנורמטיבי הרלבנטי

12. בתיק שלפנינו אין כל השגה לגבי תוקף הצוואה וטענות המערער נשענות כולן על הפרופוזיציה שהצוואה בוטלה על ידי המנוח.

ביטול צוואה על ידי המצווה מוסדר בסעיף 36 לחוק הירושה, המורה כדלקמן:

”(א) המצווה רשאי לבטל צוואתו, אם על ידי ביטול במפורש באחת הצורות לעשיית צוואה, ואם על ידי השמדת הצוואה; השמיד המצווה את הצוואה, חזקה עליו שהתכוון בכך לבטלה.  
 (ב) צוואה חדשה, אף אם אין בה ביטול מפורש של צוואה קודמת, רואים אותה כמבטלת את הקודמת במידה שהוראות הצוואה החדשה סותרות את הוראות הצוואה הקודמת, זולת אם אין בצוואה החדשה אלא הוספה על האמור בצוואה הקודמת.”

נוכח העובדה כי אין חולק שהמנוח לא השמיד את הצוואה ואף לא ביקש לקבל חזרה את הצוואה אותה הפקיד בבית המשפט המחוזי בירושלים – החלופה שיש להידרש לה, מבין אלו הנזכרות בסעיף 36 לחוק הנ”ל, היא זו המדוברת ב”ביטול מפורש באחת הצורות לעשיית צוואה”. הוראה זו שולחת איפוא חץ לסעיף 18 לחוק הירושה, הקובע כדלקמן:

”צוואה נעשית בכתב יד, בעדים, בפני רשות, או בעל-פה.”



לעניננו צוואה בכתב יד וצוואה בעל-פה אינן שייכות למכלול, שכן אפילו לא נטען שהמנוח ביטל את הצוואה בכתב ידו (ראו: סעיף 19 לחוק הירושה), ואילו צוואת ביטול בעל-פה גם כן לא היתה כאן, שכן צוואה בעל-פה היא בעקרון צוואת שכיב-מרע (ראו: סעיף 23 לחוק הירושה), והמערער לא גרס כי המנוח ביטל את הצוואה בהיותו מול פני המוות, או כמי שראה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות.

מכאן ששתי הוראות החוק היכולות לבוא פה בכלל בחשבון הן: סעיף 20 לחוק הירושה (צוואה בעדים), או סעיף 22 לחוק הירושה (צוואה בפני רשות). המערער מודע עם זאת לכך שבביטול שהוא טוען לו – לא קוימה כלשונה אף אחת משתי ההוראות הנ"ל, ולכן הוא מבקש "לגייס" לעזרתו את סעיף 25 לחוק הירושה בדבר קיום צוואה על אף פגם, או חוסר בצורה וכן את הלכת ענין אהרון, אותה הוא מבקש "להגמיש" עוד.

בהמשך אנסה להראות כי ניסיון זה – דינו להיכשל ואולם טרם שאנו מגיעים לשם אסביר מדוע גם מבחינה עובדתית טענות המערער אינן מבוססות.

דחיית טענות המערער במישור העובדתי

13. עמדתו של המערער נסמכת על ההנחה העובדתית, כי הצהרות המנוח שתוארו בפסקה 3 שלעיל מוכיחות שרצונו של המנוח היה שצוואתו תבוטל (וזאת, בין בחלופה לפיה ההצהרות מהוות את אקט הביטול עצמו, ובין בחלופה לפיה ההצהרות הן עדות לביטול מוקדם יותר). ואולם התשתית העובדתית שהונחה בפנינו מלמדת כי טענה זו איננה מדויקת כל צרכה. במה דברים אמורים? לשיטתי, מהצהרותיו האמורות של המנוח – כשהן נבחנות בקפידה, ועל רקע נתונים עובדתיים נוספים, שאליהם אדרש מיד בסמוך – לא עולה בבירור המסקנה כי המנוח אכן פעל לביטול הצוואה באופן מפורש. אסביר ואנמק קביעות אלה להלן.

14. ראשית נבחן את אמרותיו של המנוח עצמן. המנוח ציין, כזכור, בעדותו בבית המשפט (בהקשר למה שהצהיר בסוגריים בתצהירו מתאריך 19.6.94 כי ביטל את הצוואה בחודש יוני 1994) – כדלקמן:

"בביטול הצוואה יש הרבה חישובים, ולכן ביטלתי רק שלושה חודשים אחר כך. אני לומד. המתח התגבר. אני לא ביטלתי את הצוואה. [המשיב – במקור בא השם האמיתי – ח"ח] כתב לי בפקס שהוא יודע שאני ביטלתי, מיד הלכתי וביטלתי".

הצהרה זו איננה חד משמעית. אדרבה: היא מכילה גם אמירה מפורשת, לפיה המנוח לא ביטל (בתחילה) את הצוואה, דבר שסותר את עמדתו העקרונית של המערער, ומעמיד את המכלול העובדתי כולו בספק ובאי-בהירות. עוד יש לציין כי הדברים באו בתשובה לשאלת בית המשפט, שאיננו יודעים מה טיבה, שכן ענין זה לא תועד בפרוטוקול הדיון שם. לבסוף, חלקו האחרון של הציטוט הנ"ל איננו ברור כלל, ונראה שהוא מערב בין סיבה למסובב.

15. גם תשובתו של המנוח שניתנה בתצהיר במסגרת מענה שנתן לשאלון שהופנה אליו ולפיה: "הצוואה בוטלה, והתובעים לא קיבלו דבר ממנה" – איננה משכנעת (במיוחד נוכח הבעייתיות שבדברי העדות שתוארו בפסקה 14 שלעיל). הקושי המרכזי באמירה זו הוא בכשל הלוגי הטמון בה: ברור הדבר שגם אם הצוואה לא הייתה מבוטלת, המשיב לא היה יכול לקבל ממנה דבר בעודו של המנוח בחיים (והרי המנוח ענה על השאלון מספר שנים לפני מותו).

16. בנוסף יש לזכור כי מרכיבים מסוימים מעדותו והצהרותיו של המנוח נדחו והוגדרו ככבלתי-מדויקים בפסק דינו של בית משפט השלום בירושלים (מפי כב' השופט י' צבן (כתארו אז)), שדן בתביעותיהם ההדדיות של הצדדים (ראו גם: תצהירו של המשיב, פסקה 9), יתר על כן, בפסק הדין האמור מאוזכרת העובדה שהמנוח ערך צוואה לטובת המשיב ולא נאמר שם שזו בוטלה, אף כי הענין עלה כאמור בתצהירים שהוגשו לבית משפט השלום הנכבד. גם עובדות אלו מטילות ספק מסוים בנוגע לנכונות הדברים שהובאו בשם המנוח בפסקה 3 שלעיל.

17. התמיהות הנזכרות לעיל – אינן בגדר הספקות היחידים שמתעוררים במכלול. אל כל אלה מצטרף נתון נוסף בעל חשיבות רבה, והוא זה: בתצהירו בערכאה הדיונית, ציין כאמור המשיב, בין היתר, את הדברים הבאים:

"במחצית השניה של שנת 1996, מספר שבועות לאחר מתן פסק הדין של השופט צבן [פסק הדין בהליכים המשפטיים שהתנהלו בין המנוח לבין המשיב בבית

משפט השלום – תוספת שלי – ח"ח], התקשר המנוח טלפונית לביתי וביקש לשוחח איתי. באותה שיחה אמר המנוח כי: "הלוואי והיה יכול להחזיר הגלגל אחורנית". אני אמרתי לו כי את הנעשה אין להחזיר, ואז אמר לי המנוח כי: "אני בכל מקרה דאגתי לך ולמשפחתך ואני אפצה אותך" (ראו: פסקה 10 לתצהיר).

הצהרה זו של המשיב היא משמעותית בהקשר שלנו מכיוון שהמערער לא חקר את המשיב על האמור לעיל. זאת ועוד – אחרת. המערער ציין בעצמו כי: "בהליך (כאן) במסגרת בית משפט השלום, הצדדים ויתרו על חקירות עדים ומכאן שהסכימו כי האמור בתצהיריהם הינו אמת ומקובל על הצדדים" (ראו: פסקה 6 לבקשת רשות הערעור). הסכמה זו היא מחייבת, במסגרת המתווה הדיוני שנקבע ביניהם (ראו: אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 110 (1987); ע"א 385/59 החברה הא"י לתעשיית כותנה בע"מ נ' רחמני, פ"ד יד 49, 51 (1960); עיינו גם: דעת הרוב מפי השופט א' גולדברג ב-ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב(1) 475, 446 (1988)).

הנה כי כן, בפנינו אמירה מפורשת – שיש להתייחס אליה כאל גירסה עובדתית שלא נסתרה בפני הערכאה הדיונית – ולפיה המנוח ניחם כביכול על גישתו הקודמת, שבוטאה בהליכים המשפטיים שניהל כנגד המשיב. יתר על כן, באותה שיחת טלפון שהמשיב דיווח עליה בתצהירו, צויין כי המשיב אמר שהוא "דאג" למשיב ולבני משפחתו, וכי הוא "יפצה אותו". גם הצהרה זו יש בה כדי לרמז על כך שהצוואה לא בוטלה, והמנוח היה מודע לכך.

18. המסקנה העולה מדברים אלה היא כי בצדק ציין בית המשפט המחוזי הנכבד כי: "כלל לא הוכח מה היה רצונו הכן של המנוח, לאחר שנחתמה כדין צוואתו. ניתן לשער דברים לכאן ולכאן" (ראו: עמוד 2 לפסק הדין). אמנם המערער הציג אמירות שיש בהן תמיכה מסוימת בטענותיו שנמסרו אגב הליכים אחרים, ואולם אלה אינם הנתונים היחידים הקיימים במכלול, ועיון בהקשר הכולל של הדברים, ובלשון המדויקת של ההצהרות – מעלה לדידי יותר מספק אחד באשר לעצם עובדת הביטול ולגבי גמירות דעתו של המנוח בנושא זה.

נמשיך איפוא בניתוח טענות המערער, בשים לב לתוכנה האמורה.

דחיית הטענה כי ניתן לראות באמירות המנוח משום ביטול הצוואה

19. דיני הצוואות מכילים בתוכם מתח בין השאיפה לקיים את רצון המת, לבין הרצון לשמור על המסגרת הצורנית לביטוי אותו רצון (ראו: ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 721-722 (1982) (להלן: עניין קניג); עניין אהרון, 692-690). בשל קיומו של מתח זה, לצד דרישת המחוקק לעמידה בדרישות צורניות לשם יצירתה או ביטולה של צוואה, קיימת הכרה בכך שהקפדה נוקשה מדי על התקיימותן של הדרישות הצורניות עשויה להביא לעתים לאי-קיום רצונו של המת. לצורך התמודדות עם אותם המקרים הכיר המחוקק, במסגרת סעיף 25 לחוק, באפשרות לקיים צוואה על אף קיומו של פגם בדרישות הצורניות. סעיף זה קבע בתקופה הרלבנטית לענייננו כהאי לישנא (כאשר מטבע הדברים רק ס"ק (א) שייך לכאן):

"(א) לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה 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.  
(ב) לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה בכתב יד ובדבר גמירת דעתו של המצווה, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות, לקיימה אף בהעדר חתימה או תאריך כנדרש בסעיף 19."

להשלמת התמונה אציין כי היום הסעיף קורא כך:

"(א) התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה אם אף נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים המפורטים בסעיפים 19, 20, 22 או 23, או בכשרות העדים, או בהעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור.

(ב) בסעיף זה "מרכיבי היסוד בצוואה" הם:

- (1) בצוואה בכתב יד כאמור בסעיף 19 הצוואה כולה כתובה בכתב ידו של המצווה;
- (2) בצוואה בעדים כאמור בסעיף 20 – הצוואה בכתב והמצווה הביאה בפני שני עדים;
- (3) בצוואה בפני רשות כאמור בסעיף 22 – הצוואה נאמרה בפני רשות או הוגשה לרשות, על ידי המצווה עצמו;
- (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".

אדגיש כי ראיתי לנכון להביא כאן גם את נוסחו של הסעיף החדש (שתוקן במסגרת תיקון מס' 11 לחוק הירושה – ראו: ס"ח 1930 מתאריך 11.3.04 עמ' 313), שכן ב-ע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות (טרם פורסם – 4.10.06) וב-ע"א 11324/04 מנשה נ' מרכוס (טרם פורסם – 4.6.07) נפסק מפי חברי, השופט א' רובינשטיין, על דעת חבריו להרכב בשתי הפרשות הנ"ל, כי פועלו של התיקון בסעיף 25 לחוק הירושה הוא אקטיבי.

המשך הניתוח יעשה אמנם על פי נוסחו של סעיף 25 במתכונתו הקודמת ואולם בכל הקשור לענינו השוני בנוסחים איננו משפיע על התוצאה. הטעם לכך נעוץ בעובדה ששתי הערכאות הנכבדות הקודמות הגיעו למעשה למסקנה שיש פגם באמיתות הצהרות הביטול של הצוואה על ידי המנוח (אם נקרא את הדברים על פי נוסחו הקודם של סעיף 25 (א) לחוק הירושה), או כי ביטול כאמור שיקף את רצונו החופשי והאמיתי של המנוח (אם נקרא את הדברים על פי נוסחו החדש של סעיף 25 (א) לחוק), והכל בשים לב לכך שביטול כאמור חייב להיעשות במפורש באחת הצורות לעשיית צוואה (סעיף 36 לחוק). עיינו: מיכאל קורין אלדי דיני ירושה צוואות ירושות ועזבונות 243-242 (מהדורה שניה – 2012)). בממצאים של בתי המשפט הנכבדים קמא בנושאים אלה – אין איפוא יסוד להתערב לשיטתי. אבהיר הדברים ביתר פירוט להלן.

20. סעיף 25 לחוק, בנוסחו בתקופה הרלבנטית, איפשר לבית המשפט, על פי שיקול דעתו, לקיים צוואה חרף קיומו של פגם מסוים שנפל בה, או בהליך עריכתה, או בכשרות העדים. סעיף זה שייך לקבוצת הסעיפים העוסקים בצורות לעשיית צוואה, ולכן הוראותיו חלות, בשינויים המתחייבים, גם על ביטול צוואה על ידי המצווה (ראו: ע"א 881/80 גמליאל נ' רחמים, פ"ד לה (4) 152, 154 (1981); עניין אהרן). משום כך, קיימת גם אפשרות עקרונית להכיר בתוקפה של פעולת ביטול, על אף קיומו של פגם או חסר מסוים בדרישות הצורניות לעשייתה, ובלבד שהצהרת הבטלות מפורשת, ברורה וחד-משמעית ולבית המשפט אין ספק לגביה.

21. בעניין אהרן נחלקו הדעות בנוגע לדרך יישומו של הסעיף האמור, בהקשרים של ביטול צוואה שנעשה בפגם, או חוסר מסוים. פרשה זו עסקה כזכור במקרה שבו תצהיר לביטול צוואה נחתם בפני עד אחד בלבד (עורך הדין שערך

את תצהיר הביטול), וזאת חרף דרישת החוק לפיה אחד ממרכיבי היסוד בצוואה בעדים הוא קיומם של שני עדים, ועל רקע קביעות הפסיקה עד אז כי לא ניתן לקיים צוואה שנחתמה בפני עד אחד בלבד (ראו: עניין קניג; ע"א 284/84 עזריאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(3) 166 (1985) (להלן: עניין עזריאל); ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג(4) 341 (1989) (להלן: עניין בדיחי)).

דעת הרוב בעניין קניג שעסקה במקרה טראגי וגבולי נבחנה מחדש בעניין אהרון. גם בפרשה זו היו הדעות חלוקות באשר לסוגיה של גבולות "ההכשרה" של צוואה, או ביטול צוואה, על אף פגם או חוסר בצורה:

דעת הרוב (שניתנה מפיה של השופטת ע' ארבל, בהסכמת הנשיא א' ברק, השופטת (בתוארה דאז) ד' ביניש והשופטת א' פרוקצ'יה) גרסה כי אין דינה של צוואה כדינו של מסמך ביטול צוואה, ומשקלן של הדרישות הפרוצידורליות הנוקשות נמוך יותר במקרה האחרון, בהשוואה למקרה הראשון. לפיכך, כאשר בוטלה צוואה בפני עד אחד במקום שניים – למרות שהדבר יכול להוות "חסר" בכל הקשור ליצירת צוואה – בית המשפט רשאי לאשר את הביטול, גם בהינתן הקושי האמור, וזאת באמצעות שימוש בסעיף 25(א) לחוק הירושה, ובלבד שימצא שרצונו המפורש של המבטל היה אמיתי וברור.

דעת המיעוט (מפי המשנה לנשיא (בדימ'), השופט א' מצא, ובהסכמת השופט י' טירקל והשופט (בתוארו דאז) א' ריבלין) הסתמכה, מאידך גיסא, על ההלכה שנקבעה בעניין קניג, שם נקבע כי חייבים להתקיים במסמך שנחזה להיות צוואה מספר רכיבים (שכוננו: "רכיבים סטטיים") על מנת שניתן יהיה, מלכתחילה, לראות באותו המסמך כ"צוואה", שאת פגמיה ניתן לתקן. חתימתם של שני עדים על הצוואה – היא "תנאי סטטי" שכזה, שלא ניתן להתגבר עליו באמצעות שימוש בסעיף 25(א) לחוק הירושה, בנוסחו הישן. בהתאם לכך קבעה דעת המיעוט כי גם מסמך ביטול צוואה, שנחתם בפני עד אחד – איננו יכול להיחשב כביטול כדין של צוואה.

לביקורת על ההלכה שנקבעה בעניין אהרון, זאת תוך צידוד בדעת המיעוט בעניין קניג (שבעקבותיה אף שונה החוק ע"י הוספת סעיף 25 (ב) לחוק הירושה כנוסחו דאז – ראו: ס"ח 1140 מתאריך 3.4.85 עמ' 80) – עיינו: דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – בטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 2 (2007) (להלן פרידמן).

22. לעניין הדרישה כי בית המשפט ישתכנע באמיתותה של הצוואה כשיקוף רצונו החופשי של המצווה, נציין כי מלשון סעיף החוק, בנוסחו הישן, עולה שנדרש נטל הוכחה גבוה ביותר – הוכחה מעבר לכל ספק, שהרי הקיום על אף הפגם מותנה בכך שלבית המשפט לא היה ספק באמיתותה של הצוואה, על אף הפגמים הצורניים שנפלו בה (בנושא זה של העדר ספק לא חל שינוי גם בנוסח החדש של סעיף 25 לחוק הירושה). הפסיקה פירשה את הסעיף האמור באופן מילולי, והסיקה כי אכן מדובר בנטל הוכחה כבד משמעותית אף מזה הנדרש בגדרי המשפט הפלילי, כך שעל בית המשפט להיות נטול כל ספקות בדבר אמיתות הצוואה, ואם נותר ספק כלשהו בדבר אמיתות הצוואה, לא כל שכן ספק סביר – תיפסל הצוואה (ראו: ע"א 564/71 אדלר נ' נשר, פ"ד כו(2) 745 (1972); ע"א 430/73 אקשטיין נ' משיב, פ"ד כח(2) 432 (1974); עיינו: שאול שוחט, מנחם גולדברג, יחזקאל פלומין, דיני ירושה ועיזבון 85-86 (2005) (להלן – שוחט ואח'); דורון מנשה, "ההגיון של סעיף 25 לחוק הירושה", בתוך: ספר מנשה שאוה: מחקרים במשפט לזכרו, 463, 470 (2006) (להלן: דורון מנשה)).

להשלמת התמונה יש לציין כי על פרשנות דווקנית זו נמתחה ביקורת, והועלתה האפשרות להעמיד נטל הוכחה מעט מקל יותר – כזה המקביל לנטל הנדרש במשפט הפלילי. אסכולה נוספת הציעה כי מידת השכנוע באמיתות הצוואה תשתנה, ותיקבע על פי מהותיות הפגם אותו מבקשים לרפא. כך, ככל שיש ניסיון לרפא פגם חמור יותר מבחינה צורנית, תידרש מידת שכנוע רבה יותר באמיתותה של הצוואה (ראו: פסק דינה של השופטת ט' שטרסברג-כהן ב- ע"א 4902/91 גודמן נ' הישיבה ע"ש הרב שלמה מוסיוף זצ"ל בירושלים, פ"ד מ"ט (2) 441, 453 (1995)). יחד עם זאת, כל התפיסות הללו הושארו בצריך עיון (ראו: דברי הנשיאה ד' ביניש ב- ע"א 6198/95 יעקב נ' בראשי, פ"ד נב(2) 603, 616 (1998); דורון מנשה, 470) ואף אני לא אדרש אליהן בהרחבה פה נוכח האמור בפסקה 26 שלהלן.

23. הנה כי כן גבולותיה של ההלכה שנפסקה בעניין אהרן לא הוגדרו במדויק, אך ניכר כי הובעה נכונות לוותר על קיומם של מרכיבי יסוד מסוימים במעשה הביטול, ובלבד שמתקיים תנאי הסף של שכנוע בית המשפט מבלי ספק – בקיומו המפורש של מעשה הביטול, ברצינותו ובאמיתותו (ובנוסח סעיף 25 במתכונתו הנוכחית – בהיות האקט משקף את רצונו החופשי והאמיתי של המבטל).

24. לסיכומו של חלק זה: על צד המבקש מבית המשפט לתת תוקף למעשה ביטול פגום, או חסר מבחינה צורנית, על פי נוסחו של סעיף 25 לחוק הירושה, בשני מופעיו (הקודם והנוכחי) – מוטל להוכיח ברמת הסתברות גבוהה מאוד (גם לשיטתם של המבקרים את הרף הראייתי של: "הוכחה מעל לכל ספק") כי הודעת הבטלות היתה "אמיתית", במשמעות סעיף 25 לחוק, ומפורשת, כדרישת סעיף 36 לחוק. אם המבקש עמד בנטל זה, לבית המשפט נתון שיקול הדעת ליתן תוקף להצהרת הביטול, וזאת חרף קיומם של פגמים או חסרים צורניים, אפילו עד כדי היעדרם של חלק מהמרכיבים ה"סטטיים" שבאקט הביטול (או "מרכיבי היסוד בצוואה" על פי נוסח סעיף 25 לחוק בנוסחו הנוכחי, בשינויים המחויבים לביטול).

25. בעוברנו מן הכלל אל הפרט, נזכור כי במקרה זה המערער מבקש להכיר בתצהירים עליהם חתם המנוח במסגרת ההליכים המשפטיים שניהל כנגד המשיב – כמעשה ביטול של צוואת המנוח. ובתשובה שנתן בעת חקירתו בבית המשפט על אחד מהתצהירים הנ"ל. אף שהמערער איננו מפרט בדיוק באילו מן הדרכים המפורטות בחוק לביטול צוואה נקט המנוח, נראה כי כוונתו לביטול בדרך המקבילה לעשיית צוואה בעדים, או לעשיית צוואה בפני רשות (נושא שאדון בו בפסקה 31 להלן). על הדרך הראשונה חלות הוראותיו של סעיף 20 לחוק הירושה בשינויים המחויבים, ובהתאמה לענייננו נדרש כי הודעת הביטול תהיה בכתב, וכי המנוח הביאה בפני שני עדים. במקרה שלפנינו, חלק מן המסמכים שצוינו בפסקה 3 שלעיל (ובפרט – התצהירים) היו אמנם בכתב, אך הם נחתמו בנוכחות "עד" אחד בלבד (עורך הדין שאישר את התצהיר). יש לזכור עם זאת כי בענין אהרן נקבע שבמקרה של ביטול צוואה – בניגוד לקיום צוואה – אכן ניתן מבחינה צורנית להסתפק בקיומו של עד אחד. לכן אמשיך בניתוח מתוך ההנחה כי אמנם אפשר לדחוק את הסיטואציה למסגרת סעיף 25(א) לחוק, בנוסחו הרלבנטי. בשלב הבא יש לבחון, כאמור, האם שוכנע בית המשפט ב"אמיתות" הודעת הביטול.

על תנאי-סף זה נאמר כי:

"בחינת המהותיות היא בחינה כוללת. היא מביאה בחשבון את מכלול ה"יש" ואת מכלול ה"אין". היא מבוססת על הנחת היסוד כי קיימות ראיות מהימנות בדבר גמירת-דעת המצווה לבטל את צוואתו" (ראו: ע"א 719/97 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נ"ד (3), 460, 479 מפי הנשיא א' ברק (2000); (ההדגשה שלי – ח"מ).



השאלה העיקרית במקרה שלפנינו נוגעת איפוא למידת שכנועו של בית המשפט באמיתות הביטול, כאשר כבר נקבע כי דרישת "האמיתות" כוללת בחובה גם את השכנוע בדבר גמירות דעתו של המצווה (ראו עוד: ע"א 250/70 שרעבי נ' טוברי, פ"ד כה(1) 432, 429 (1971); ע"א 2098/97 בוטקילה נ' בוטקילה, פ"ד נה(3) 837 (2001), סעיף 14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין; שוחט ואח' 86-85). החשיבות בצורך להשתכנע ביחס לגמירות דעתו של המצווה נובעת מן האבחנה הקיימת בדיני הצוואות בין רצונו הכללי של המוריש לגבי מה שיעשה ברכושו לאחר מותו, לבין ביטוי של אותו רצון מתוך כוונה כי הדבר יהווה צוואה. אבחנה זו חלה בהתאמה גם לעניין ביטולה של צוואה.

26. במקרה שבפנינו, ברי לדעתי כי לא הוכחה גמירות דעתו של המנוח לבטל את צוואתו אפילו במאזן ההסתברויות, לא כל שכן ברף הגבוה שמציב סעיף 25(א) לחוק, בשני נוסחיו. כפי שצינתי בהרחבה לעיל, קיימים כמה ספקות המכרסמים באיתנות עמדתו של המערער, בכל הנוגע לרצונו של המנוח (כפי שהיא הובעה בהליכים שנוהלו בבית משפט השלום). אנו למדים ענין זה מהצהרותיו הסותרות של המנוח בפני בית משפט השלום הנכבד, ומשיחת הטלפון שהוא קיים עם המשיב (על פי גירסת המשיב) לאחר סיומו של המשפט האמור (שהטענה באשר לקיומה ותוכנה לא נסתרה). בהתחשב בנתונים אלה, קשה לקבל כי המערער הצליח להראות שהצהרותיו של המערער מהוות הודעת ביטול ממשית, שיש בה כדי לשקף במפורש רצון חד משמעי של המנוח.

בעייתיות זו מוחרפת כאן, שכן כאמור גם אילו היה נראה שהמערער הוכיח שרצונו של המערער היה לבטל את הצוואה, עדיין היה צריך להראות דבר מה נוסף, והוא כי לא היה מדובר ברצון בלבד, אלא שאותו רצון השתכלל לכדי אקט של ביטול צוואה (השוו: פרידמן בעמ' 5). גם נקודה זו לא הוכחה כדבעי. נבהיר:

(א) ההתייחסות לצוואה ולביטולה במסגרת הצהרותיו של המנוח היתה משנית בלבד, ולא היוותה את העיקר בהליך שבגדרו ניתנו ההצהרות. בהקשר זה ראוי לציין כי במחקר חדש שיצא לאחרונה במסגרת הסדרה: Comparative Succession Law (vol.1), שעניינו: Reid, Marius J. De-Wall, Reinhard Zimmermann, ed., 2011) הודגש כי בכל המדינות שנסקרו שם (אוסטריה, אוסטרליה, ארצות-הברית, ברזיל, בריטניה, גרמניה, דרום-אפריקה, הונגריה, סקוטלנד ופולין), אף כי יש הבדלים ניכרים

באשר לזהות הפגמים המאפשרים את קיום הצוואה שאותה מבקשים לאשר על אף פגמים, או חוסרים בצורה (תוך שימוש בסעיפים המקבילים לסעיף 25 לחוק הירושה אצלנו), תמיד נדרש קיומו של מסמך, או אקט ספציפי כלשהו, שיעיד על גמירות דעתו, כוונותיו ונחישותו של המצווה להורות מה יעשה ברכושו לאחר מותו. הנה כי כן – אין לקיים צוואות-אגב, או לאשר ביטול של צוואה שנעשה אגב אורחא.

(ב) אצלנו, ההצהרות עליהן מבקש המערער להסתמך לא נכללו במסמך שכותרתו: "ביטול צוואה". מאפייני המסגרת של התצהירים בהם מצויה האמירה ביחס לביטול הצוואה מעוררים ספק רב ביחס ל"כוונת הציווי", או במקרה זה בדבר "כוונת הביטול" של המנוח בעת החתימה על התצהירים. נוכח אופיים של התצהירים והנסיבות בהן המנוח חתם עליהם במסגרת הליכים משפטיים שעסקו בעניינים אחרים, קשה לענות בחיוב על השאלה האם בעת שהמנוח חתם על התצהירים הוא גמר בדעתו לבצע בכך פעולה של ביטול הצוואה. זאת ועוד – ההתייחסות לביטול הצוואה בתצהירים איננה בלשון ביטול מפורשת המעידה על גמירות דעת לבטל את הצוואה, כנדרש לצורך זה (השוו: ע"א 202/85 קליינה-ביק נ' גולדברג, פ"ד מא(2), 757, 767-771 (1987)).

(ג) העובדה כי המנוח משתמש בלשון עבר בהצהרותיו בצינונו כי: "ביטלתי את הצוואה", מקשה גם היא על האפשרות לראות בתצהירים, או בעדות – את הצהרת הביטול, והדבר מעורר ספק ממשי ביחס לעמדה העובדתית שבה מחזיק המערער.

27. בשולי הדברים אציין כי גם במשפט האמריקאי נקבע, כי עצם הדיווח על ביטול הצוואה – בהיעדר ראיות נוספות – איננו עולה כדי ביטול אותה הצוואה בפועל, ויש להוכיח בנוסף לכך גם עמידה בתנאים הפרוצידורליים שנקבעו בחוק לעניין זה. ראו: *Hollingshead v. Sturgis* (1869) 21 LA Ann 450; *Stratton v Durham* (1941) 191 Miss 420, 2 So 2d 551; *Kronauge v. Stoecklein*, 293 N.E.2d 320 (Ohio Ct. App., 1972); עיינו: John H. Langbein "Substantial Compliance with the Wills Act", 88(3) 489 HARV. L. REV. (1975); Katherine R. Guzman "Intent and Purposes" 60 U. KAN. L. REV. 305 (2011).

הנה כי כן, במשפט האמריקאי, ככלל, הצהרות של המנוח בדבר ביטול צוואתו קבילות רק כשהן לוו בפעולות של: השמדה, או שינוי, או ביטול

מפורשים. במקרים שמדובר בהצהרות ללא פעולות נוספות – ההצהרות יכולות לשמש רק לצורך ראיה לכך שלמנוח היתה כוונת ביטול. הצהרות של המנוח שניתנו לאחר מעשה, בהם הוא מצהיר כי ביטל בעבר את הצוואה, אינן קבילות לכשעצמן כהוכחה לביטול הצוואה (ראו: 28 A.L.R. 3d. 994). כך נאמר, לדוגמא, ב-  
: Matter of Kennedy (167 N.Y.163, 172 (1901) 60 N.E. Rep. 442)

"The great weight of authority in this state is to the effect that the declarations of a deceased person are not competent evidence either to prove that he has made a will or to prove the continued existence of a written will, unless made in connection with some act under such circumstances as to become a part of the *res gestae*, and **declarations of the deceased tending to show that a written will has been revoked are open to the same objection, unless they accompany some act which the statute prescribes as a requisite of revocation, and then they are received as in other cases as part of the *res gestae*.**"  
שלי – ח"פ).

28. גם באנגליה מקובל לסבור כי הערותיו של מצווה בנוגע לביטול צוואתו, כשאין בצידן ראיה לביטול ממשי כאמור, מהוות לכל היותר "פרשנות" של המצווה, שאין לה נפקות משפטית מחייבת.

ראו: John G. Ross Martyn, Stuart Bridge, Mike Oldham THEOBALD ON WILLS 79 (16<sup>th</sup> ed., 2001); C.H. Sherrin, R.F.D. Barlow, R.A. Wallington, Susannah L. Meadway, Michael Waterworth WILLIAMS ON WILLS vol. 1 172 (8<sup>th</sup> ed., 2002), 2<sup>nd</sup> Supplement 34 (2007).

29. סיכומם של דברים: אינני סבור כי מתקיימים פה התנאים להפעלת סעיף 25(א) לחוק הירושה וזאת אף נוכח ההרחבה המסוימת שניכרה ביישומו של סעיף זה בעניין אהרן. המצבים המתוארים בסעיף זה מאופיינים בכך שהמצווה הפנים את הדרך שיש לנקוט בה בכדי להביע את רצונו בדבר העברת נכסיו לאחר מותו, התכוון לערוך צוואה, או לבטלה ואף ציית ציות מסוים לדרישות הפורמאליות (ראו: דורון מנשה, 470-469); זהו בכירור לא המקרה שלפנינו.

30. זאת ועוד – אחרת. גם אילו הייתי הולך בדרכו של המערער, וקובע – לצורך המשך הדיון בלבד – כי מתקיימים כל תנאי-הסף של סעיף 25(א) לחוק, משמעות הדבר הייתה כי בית המשפט קנה סמכות שבשיקול דעת בנוגע לשאלה האם להכשיר את הפגם שנפל בהודעת הביטול, אם לאו. סבורני כי אי-הבהירות העובדתית הרחבה

שקיימת במכלול, כמו גם הנתון שניכר כי המנוח היה מסוכסך עם בני משפחתו גם לאחר עריכת הצוואה, מלמדות כי לא היה זה המקום לפעול בהתאם לאותו שיקול הדעת המסור לבית המשפט, ולהכשיר את הפגם האמור.

31. לפני סיום הדיון בנושא זה אציין בקצרה, כי גם בחירה בחלופה אחרת, לפיה לא מדובר בביטול של צוואה "בפני עדים" (לפי סעיף 20 לחוק, בשינויים המחוייבים), אלא בביטול של צוואה "בפני רשות" (לפי סעיף 22 לחוק, בשינויים המחוייבים) – לא תועיל כאן למערער. הדברים שצינתי לעיל בדבר הספק ביחס לגמירות דעתו של המנוח לבטל את צוואתו באמצעות התצהירים, בשל ההקשר ובשל הלשון שננקטה, יפים גם לעניין זה. עדותו של המנוח נעשתה בפני בית משפט השלום הנכבד במסגרת ההליכים המשפטיים שנערכו בין המנוח לבין המשיב, כאשר אין חולק כי המנוח לא הגיע לבית המשפט בכוונה לבטל את צוואתו בפני רשות. מן הנסיבות עולה בבירור המסקנה כי בעת שהמנוח העיד על ביטול הצוואה – לא הייתה לו כוונה לראות בכך מעשה של ביטול צוואה, והוא אף ענה תשובות סותרות בהקשר זה וביחס למעשיו בעבר. זאת ועוד – אין כל עדות לאישור הפרופוזיציה שבית המשפט ראה עצמו כמי ששותף באותה עת למעמד של ביטול צוואה בפני רשות.

הנה כי כן, למעשה אין מחלוקת כי לא קוימה פה אף אחת מן הדרישות הקבועות בסעיף 22 לחוק הירושה, העוסק בעשיית צוואה בפני רשות. בנוסף, הלשון שננקטה במהלך העדות היתה פה גם היא (כמו בתצהירים) בלשון עבר ("ביטלתי"). דבר זה מעורר קושי, כאמור, לראות אותה הצהרה כמעשה הביטול בהוה.

אעבור איפוא לבחון עתה טענה נוספת, שלא נטענה בפה מלא בפנינו, אך מצאתי מקום לדון בה בקצרה. הקושיה היא זו: גם אם אמרתיו של המנוח אינן מהוות את מעשה הביטול עצמו, האם עדיין ניתן לראות בהן ראייה לכך שהצוואה בוטלה בדרך אחרת, שאיננה ידועה לצדדים.

דחיית הטענה כי ניתן לראות באמרות המנוח משום ראייה לביטול קודם

32. דרך המלך להוכחת קיומה של צוואה היא בדרך של הגשת הצוואה המקורית. יחד עם זאת, בהתקיים נסיבות מיוחדות, התיר המחוקק את הוכחת קיומה של צוואה בדרך אחרת. כך קובע בנושא זה סעיף 68(ב) לחוק הירושה:

”צוואה, למעט צוואה בעל-פה, טעונה הוכחה בהגשת המקור; הוכח שהמקור נשמד בדרך או בנסיבות שאין בהן כדי לבטל את הצוואה, או שאי-אפשר להגיש את המקור, רשאי בית המשפט להתיר הוכחת הצוואה בהגשת העתק או באופן אחר”.

הסעיף הנ”ל קובע איפוא שניתן להוכיח קיומה של צוואה בהגשת העתק, “או באופן אחר”, מקום בו אותה הצוואה הושמדה בדרך שאיננה מבטלת אותה, או שאי אפשר להגיש אותה מסיבה אחרת. כיצד יש ליישם סעיף זה? בניגוד לדיני הראיות הרגילים, בדיני צוואות חל “כלל הראייה הטובה ביותר” לא רק ביחס להוכחת תוכנה של הצוואה, אלא גם ביחס להוכחת עצם קיומה של הצוואה (ראו: ע”א 483/80 רוזנפלד נ’ קלפנר, פ”ד לז(3) 552, 555 (1983); ע”א 4182/90 רענני נ’ רענני, פ”ד מו(4) 348, 351 (1992)). משום כך, בכדי לקבל היתר מבית המשפט להציג ראיות משניות לשם הוכחת קיומה של צוואה, יש קודם כל להראות כי מדובר בהיעדר יכולת להגיש את הצוואה עצמה, קרי: יש להוכיח כי נעשה מאמץ סביר לאתר את הצוואה המקורית, ואף על פי כן הצוואה לא נמצאה (מבלי שיש צורך להצביע על האופן המדויק בו היא אבדה). ראו: ע”א 178/65 בן טובים נ’ דוויק פ”ד כ(1) 113, 119 (1966); ע”א 551/85 קלפנר נ’ בניאל (לא פורסם, 31.12.1985). יודגש, כי על המבקש להוכיח את קיומה של צוואה להוכיח גם את צורתה המדויקת, תוכנה והוראותיה הענייניות ברמה גבוהה של פירוט (ראו: ת”ע (ת”א) 16220/00 חזה נ’ אשכנזי (לא פורסם, 23.6.2003), פסקה 7(ב)(1) לפסק דינו של כב’ השופט ש’ שוחט).

עד כאן בנוגע לדין בכל הקשור להוכחת קיומה של צוואה. ומה באשר להוכחת ביטולה של צוואה?

33. חוק הירושה איננו מתייחס לאופן שבו יש להוכיח טענה בדבר ביטולה של צוואה. לשם דיון בנושא זה אזכיר שוב כי סעיף 36 לחוק, שהובא לעיל, מונה

שלוש דרכים שבהם ניתן לבטל צוואה: השמדת הצוואה; ביטולה במפורש; וביטולה מכללא, על דרך של יצירת צוואה חדשה (עיינו: שמואל שילה פירוש לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 כרך א' 329-341 (1992); כל כרכי החיבור של פרופ' שילה יקראו ביחד: שילה). המערער שלפנינו לא טוען כי נוצרה צוואה חדשה, אלא הוא מבקש לזכות בירושתו של המנוח על פי דין, בהיותו בנו (ראו: סעיף 2 לחוק הירושה), ועל כן לא נבחן כאן את החלופה של ביטול צוואה על דרך של יצירת צוואה חדשה. כמו כן חסומה בפני המערער האפשרות לטעון להשמדת הצוואה, שכן הצוואה הופקדה בבית המשפט, והיא נותרה שלמה. בשים לב לכך נתמקד בחלופה של ביטול הצוואה במפורש, ונבחן את הדברים, לצורך המשך הדיון, מתוך ההנחה כי סעיף 68 לחוק עשוי להשליך על ענייננו (שכן המערער לא מבקש להוכיח קיומה של צוואה, אלא קיומו של מסמך ביטול צוואה – ראו: שילה, שם עמ' 330).

34. ביטול הצוואה במפורש צריך לקבל צורה של אחת מן הדרכים ליצירת הצוואה (ראו: סעיף 36(א) לחוק). אין חולק כי המנוח לא יזם מעמד פורמאלי של ביטול צוואה בפני רשות. על כן, ככל שהמנוח אכן ביטל את צוואתו, לא נותר אלא להניח (על מנת לבחון את הטענה בצורה הנוחה ביותר למערער) כי ביטול הצוואה נעשה בכתב, או באמצעות עדים (ראו: סעיפים 19-20 לחוק).

אינני מקבל את הסברה כי המערער הראה שהצוואה בוטלה באחת מדרכים אלו והטוען טענת ביטול – עליו הראיה. עיינו: שילה, כרך ג', 58 (2002). אף שתצהירי המנוח ועדותו בפני בית המשפט מהווים ראיה מסוימת לכך שהמנוח ביטל את צוואתו, עדויות אלה אינן מספקות כל מידע אודות האופן בו בוטלה הצוואה; כמוהן כהערה בעלמא בנוגע לביטול. לא הובאה על ידי המערער כל ראיה ישירה הנוגעת למעשה הביטול עצמו, שאת קיומו מבקש מערער להוכיח. במצב דברים זה, קשה בעיני לקבוע, כממצא פוזיטיבי, כי צוואת המנוח בוטלה באחת הצורות הקבועות לכך בחוק. בנוסף יש לזכור כי הצוואה המקורית לא נלקחה מבית המשפט שם הופקדה, וגם דבר זה אומר דרשני. המנוח נפטר כאמור בתאריך 1.4.2002, כשמונה שנים לאחר הביטול לכאורה, שהתרחש לטענת המערער בחודש יוני 1994. משך כל התקופה הזו עמדה בפניו האפשרות, במידה וחפץ בכך, לפנות לבית המשפט על מנת להחזיר לעצמו את הצוואה שהופקדה. העובדה שלא עשה זאת – מעוררת תהייה, ופועלת לטובת המשיב, ונגד עמדת המערער (ראו: ע"א 1978/05 פלונית נ' פלונית (לא פורסם, 10.1.2007), סעיף 15 לפסק דינו של השופט ט' ג'ובראן, וההפניות שם).

בהקשר זה אציין שוב כי בארצות-הברית, בתי המשפט נוהגים שלא לאפשר ביטול צוואה על בסיס אמרתו של המצווה, לפיה הוא ביטל את צוואתו בעבר, כאשר זוהי העדות היחידה לביטול.

ראו: L.S. Tellier, *Admissibility of Declarations by Testator on Issue of Revocation of Will*, 172 A.L.R. 354 (1948); *Re Watson* (1938) 213 NC 309, 195 SE 772; *Hilton v. Johnson* (1943) 194 Miss 671, 12 So2d 524; *Barger v. Barger* (1943) 48 N.E. 2d .813; *Harper v. Harper*, 635 S.E.2d 711, 713 (Ga. 2006)

35. נוכח כל האמור לעיל, אני סבור כי במקרה זה לא הוכח קיומה של הודעת ביטול של הצוואה, כמתבקש בחוק.

מספר הערות לפני טיוט במוגע לעקרונות-על בדיני הירושה

36. המערער מודע כנראה לכל הקשיים הנ"ל, ולכן הוא גורס כי יש בנמצא כלל נוסף בדיני צוואות, על פיו, לטענתו, ראוי למנוע 'מצב' שבו "רשע וטוב לו" ולפיכך התדרדרות יחסיו של המשיב עם המנוח לאחר עריכת הצוואה (שנעשתה על-ידי המנוח – לטובתו של המשיב) צריכה להביא להדרתו של המשיב מנכסיו של המנוח.

באשר לקיומו של עקרון השולל מנהנה על פי צוואה את זכאותו, בשל התנהגותו כלפי המוריש, ולהיקפו (אם בכלל) של הכלל האמור – נייחד מספר מילים להלן.

37. המשפט בארצות אירופה, ברוב מדינות ארה"ב ואצלנו בסעיף 5 לחוק הירושה קובעים עקרון של הדרת "היורש הרצחני" על דרך של פסילתו מלרשת את המוריש, בבחינת "רצחת – לא ירשת". ראו: פרופ' נילי כהן "חוק, מוסר ואין חוטא נשכר" (עתיד להתפרסם בספר תאודור אור, בהוצאת המרכז הבינתחומי הרצליה, בשנת 2012) (להלן: נילי כהן, אין חוטא נשכר); עיינו גם: Nili Cohen, *The Slayer Rule*, 92 B. U. L. REV 793 (2012).

במשפט המשווה ואף אצלנו – לא הורחב עקרון זה בתחום דיני הירושה למצבים נוספים (מעבר לאלו הכלולים בסעיף 5 לחוק הירושה). מכאן שטענתו של המערער, לפיה בדיני צוואות ניתן לאתר מעין דין נוסף על פיו יש לשלול זכאות של

נהנה על פי צוואה אם הנהנה נהג באופן מחפיר כלפי המצווה – אין לו עיגון במשפט הנוהג. ראו: נילי כהן, אין חוטא נשכר, בעמ' 21. ואכן הדרה מעין זו מחייבת הוראה סטטוטורית מפורשת, כמו סעיף 5 לחוק הירושה, או סעיף 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968.

מעבר להיסק האמור, שמכלל הן קיומן של ההוראות הסטטוטוריות הנ"ל – אתה למד לאו לגבי סיטואציות אחרות, ראוי להוסיף פה עוד הערה:

דיני מתנה (הטעונה מסמך בכתב) מניחים אסירות תודה של מקבל המתנה כלפי נותן המתנה, ולכן המחוקק הסדיר אפשרות לנסיגה במצבים של כפיות טובה, כאשר מדובר בהתחייבות לתת מתנה שלא מחמת מיתה. חוק המתנה, התשכ"ח-1968 מאזן בדרך זו בין ההסתמכות של מקבל ההתחייבות לבין המגמה ליתן תוקף לרצון הנותן וקובע כדלקמן:

”רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן, או כלפי בן משפחתו, או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן” (שם בסעיף 5(ג)).

ראו: נילי כהן, אין חוטא נשכר, בעמ' 22; נילי כהן על הורים “על ילדים ועל כפיות טובה – העיסקה של המלך ליר: ממלכה תמורת אהבה” המשפט 25, 53 (2008); מרדכי א' ראבילו, חוק המתנה, התשכ"ח-1968 (במסגרת הסדרה: פירוש לחוקי החוזים מיסודו של ג' טדסקי) 341-344 (מהדורה שניה, 1996)).

דיני ירושה לעומת זאת מבוססים בעיקרם על רציונלים והדגשים אחרים בדבר רצונו של המוריש (המונח – מכח החוק, או הממשי – מכח צוואה) – לקבוע לעצמו יורשים ולהסדיר מה שיעשה בעזבונו לאחר מותו. עיינו: מרדכי ראבילו “על מתנות ויום המוות – סעיף 8(ב) לחוק הירושה, תשכ"ח-1965” ספר זכרון לגד טדסקי 581 (1995).

מכאן שבדיני מתנה רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו ליתן מתנה בעתיד (שהיתה מכוונת להתממש בחייו), אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה (ויתכן שאקט החזרה וסיבותיה ניתנות אז להוכחה גמישה יחסית, כל עוד המעניק בחיים). לעומת זאת, בדיני ירושה – ביטול צוואה איננו מחייב עילה ספציפית והוא תלוי ברצון המצווה. בשל כך הוא טעון צורה פורמלית, ומירב הגמישות



האפשרית בעניין זה היא על פי מה שנפסק בענין אהרן ואין ללכת מעבר לכך. הקפדה על הפרוצדורה הפורמאלית עד גבול הגמשתה, כאמור, יסודה, בין היתר, בכך שהיא מבטאת הגשמת רצון של אדם שאיננו כבר בין החיים וקשה לברר מה היה בדיוק רצונו ואיך מימש אותו. בנוסף, הקפדה זו היא האמצעי הנדרש לשם העמדת המצווה בדבר הצורך בגמירות דעת באשר לציוויים לגבי מה שיעשה ברכוש המצווה לאחר מותו.

קביעה זו מביאה אותנו לעקרון נוסף בדיני ירושה, שגם לו רלבנטיות לענייננו, ואותו נלבן בקצרה להלן.

38. דבר ידוע הוא, כי בדיני הירושה עקרון-העל הוא כיבוד רצון המת (ראו: ע"א 724/87 גולד נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 28 (1993); ע"א 1900/96 טלמצי'ו נ' האפוטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 826 (1999); עניין אהרן, עמוד 688). לדאבונו קיימים מקרים בהם רצון המת איננו ידוע לנו בבירור, והרי:

"...הראיה הטובה ביותר בדבר רצונו של המצווה בעת שציווה את רכושו איננה מצויה לפני בית המשפט, לאחר שנסתלק המצווה מן העולם" (ע"א 5640/92 אלוני נ' באומן, פ"ד מט(5) 373, 381 (1996)).

בנסיבות שכאלו, הן ביטולה של הצוואה והן קיומה מקימים חשש לעיוות רצונו של המנוח, ורב הנסתר על הנגלה. כאן, אף שקיים חשש כי צוואת המנוח איננה משקפת עוד את רצונו האחרון של המנוח, לא ניתן גם לומר בביטחון מלא כי המנוח ביצע פעולה קונקרטיה על מנת לבטל את תוקפה של צוואה זו, ולגרום לכך שחלוקת רכושו תיעשה בדרך של ירושה על פי דין. הנה כי כן, במכלול שלפנינו נדרשנו להכריע בין הבעת הרצון המוקדמת של המנוח, שנעשתה במסגרת הפורמאלית הנדרשת על פי דיני הירושה, לבין הבעת רצונו המאוחרת, שלא נעשתה במסגרת הפורמאלית, אם בכלל. אני סבור כי בהיעדר וודאות בדבר רצונו הסופי והאמיתי של המנוח, אל לנו להגמיש בצורה כה משמעותית את הדרישות הצורניות שנקבעו על ידי המחוקק לשם ביטולה של צוואה. במקרה זה עלינו לבכר איפוא את הבעת הרצון הפורמאלית (המוקדמת) על פני הבעת הרצון הלא ודאית והבלתי-פורמאלית (המאוחרת), ובמיוחד במקום שבו הוצגו נתונים הסותרים במידת-מה את הנחוצות בקביעותו המאוחרת של המנוח. ההקפדה על הדרישות הצורניות נעשית פה בשל הצורך ליתן כבוד לתפקידן הראייתי והמהותי של דרישות הצורה, אשר באות – כך נזכור – על מנת להגן על ערכי היסוד העומדים בבסיס דיני הירושה. שומה עלינו לנהוג

באלה בזהירות יתרה, מקום בו התמונה העובדתית איננה ברורה בצורה מספקת. עיינו: פרידמן, שם, שם.

לקחים מהמקורות

39. גם חז"ל נתקלו במצבים שבנים היו נוהגים כלפי אביהם שלא כשורה, ועקב כך אביהם מסר את נכסיו לאחר. בנושא זה נתעוררה מחלוקת, כאשר תנאים גורסים: "מה שעשה עשוי, אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו", בעוד רבן שמעון בן גמליאל אומר: "אם לא היו בניו נוהגים כשורה – זכור לטוב", והלכה כתנא קמא. עיינו: משנה, בבא בתרא, ח', ה'; תלמוד בבלי קלג, ע"ב; משניות מבוארות בידי פנחס קהתי, כרך 5 (נזיקין), ק"צ; גמרא (מהדורת שוטנשטיין) מסכת בבא בתרא קל"ג ע"ב; חיים ה' כהן המשפט 912 (1999).

מסתבר כי המציאות עשירה מן הדמיון, וכאן נתקלנו בסיטואציה שבה נדמה כי למוריש היה נראה שגם האחר, שלו הוא הוריש את נכסיו, נהג בו שלא כשורה, ואולם המנוח לא ביטל את צוואתו בצורה הנדרשת לצורך זה ולא החזיר עזבונו לילדיו. אנו, במצב דברים זה, ועל פי הדין הקיים – איננו יכולים לעשות זאת במקומו של המנוח אחרי מותו, ולפיכך לא נותר לנו אלא להביא מהגמרא דברים מאלפים:

"תנו רבנן: מעשה באדם אחד שלא היו בניו נוהגים כשורה, עמד וכתב נכסיו ליונתן בן-עוזיאל (שהיה מבכירי תלמידיו של הלל הזקן ויתכן אף שהגדול מכולם – ח"מ). מה עשה יונתן בן עוזיאל? מכר שלישי (מהנכסים) והקדיש שלישי והחזיר לבניו (של הנותן) שלישי".  
תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא קל"ג ע"ב (מהדורת שוטנשטיין).

סוף דבר

40. נוכח כל האמור לעיל, אציע לחברי כי ניתן רשות ערעור ונדון בבקשה כאמור בפיסקה 1 שלעיל ובעקבות כך נדחה את הערעור לגופו ונורה על קיום צוואתו של המנוח. בנסיבות העניין – אני מציע שלא נעשה צו להוצאות.

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט מלצר בעיקרה. בשעתו החלטתי להעביר את בקשת רשות הערעור לדיון הרכב, שכן סברתי שמא הפער בין האמור בצוואה בה עסקינן לבין רצונו לכאורה של המנוח לימים, כמתבטא בדבריו בתצהיר, באולם בית המשפט ובתשובות לשאלון, כפי שפירט חברי, עלול להשמיע עוול, המצדיק מחשבה בתחום דיני הצוואות. הייתי ער לכך שמשמעות קבלתם של הבקשה והערעור היא הגמשה נוספת של הלכת דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653, שכשלעצמה הגמישה את פרשנות סעיף 25(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 כנוסחו לפני תיקונו מתשס"ד (תיקון מס' 11); אך סברתי שמא יש להידרש לכך בגדרי צדק בכגון דא, בהיבט הרחב של דיני הצוואות. אודה כי הופתעתי כשנודע בדיון בפנינו כי כל המחלוקת כולה אינה אלא בסך 18,000 ₪, ומבלי להקל ראש גם בסכום זה עלתה השאלה האם מצדיק תיק זה התיחסות בערכאה שלישית או ראוי להותיר את השאלה לעת מצוא, שהרי הסכום שבמחלוקת היה בקלות להיות סכום הוצאות שיושת. נטען בנוסף מצד המבקש לתקוה עמומה, בחינת "ציפור על העץ", שמא יתגלה רכוש נוסף. כשלעצמי הצטערתי בשנית כשהצדדים לא קיבלו – הן בראשונה הן בתום הדיון – את הצעתנו לפשרה, שעל פניה היתה עשויה לעשות צדק במקום שישנם בו ספקות.

ב. לגופם של דברים, דיני הצוואות הם, כפי שציין חברי, איזון – או כלשונו (פסקה 19) מתח – בין השאיפה לקיים את רצון המת ("מצוה לקיים דברי המת" (בבלי תענית כ"א, א'; גיטין י"ד, ב'; רמב"ם זכיה ומתנה ד' ה'), לבין מסגרת צורנית כדבעי, שאמנם גם מבטיחה ככל הניתן את מילוי רצון המת, אך גם מעניקה אמינות וביטחון משפטי לצוואה. בגדרי מגמה להגמשה צורנית (ראו דברי השופטת ארבל בעניין אהרן בעמ' 715) פירש בית משפט זה את סעיף 25(א) בנוסחו הקודם, שמעיקרו פתח פתח לקיום צוואה חרף, פגמים מסוימים, וזאת באופן מרחיב. אשר לנוסח סעיף 25(א) לאחד תיקון מס' 11, ברי כי על פי הצעת החוק (הצעת ח"כ נ' סלומיאנסקי, הצעות חוק הכנסת, תשס"ד 9), היתה המגמה הרחבת הגמישות; ואכן, המשנה לנשיא (בדימ') מצא בדעת המיעוט בעניין אהרן (עמ' 673-675) ציין, שאמנם היתה בתיקון הגמשה, שעניינה קיום צוואה שנפל בה פגם ככל שלא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת רצון המצוה, אך עם זאת הוצבו תנאים מוקדמים של קיום "מרכיבי היסוד" בצוואה, כפי שמפרט הסעיף, בנוסף לשכנוע בית המשפט מעבר לספק, וגם השופטת ארבל בדעת הרוב לא התעלמה מכך (עמ' 713). באותו עניין, אשר הוכרע בבית המשפט המחוזי בשנת 1996 (שנים לפני קבלת תיקון 11 לחוק הירושה), חל מטבע הדברים הדין הקודם, והדיון

(בפסק הדין בדיון הנוסף) בנוסח החדש של הסעיף היה במובן האופרטיבי מעבר לצורך.

ג. בע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות (לא פורסם) ציינתי, על דעת ההרכב, כי המדובר בתיקון אקטיבי, ללא אינדיקציה שהכוונה היא להגביל את תחולת החוק לצוואות שנערכו לאחר כניסתו לתוקף (ראו פסקה 27); ראו גם ע"א 11324/04 מנשה נ' מרכוס (טרם פורסם), ודומני שהמצב המשפטי לעניין זה נהיר. על כן כשלעצמי סבורני כי עלינו להתיחס לסעיף גם בענייננו כנתינתו היום, הגם שמדובר בצוואה מקדמת דנא. ואולם, אין לכך נפקות בנידון דידן, כפי שיפורט.

ד. לכאורה עסקינן בתיק זה באקט של ביטול צוואה לפי סעיף 36 לחוק הירושה המפנה לאחת הצורות לעשיית צוואה וממילא לסעיף 18, ובדיקת הפגם שבמעשה צריכה להיעשות לפי סעיף 25, והכל בבחינת "תמונת ראי" של עשיית צוואה, ולעניין זה כעושה כן מבטלה (אם גם בהגמשה).

ה. כאמור, מבחינת הצוואה אין עניין התחולה - "נוסח ישן" או "נוסח חדש" של סעיף 25(א) - מעלה או מוריד בענייננו, שכן חברי הראה בצורה משכנעת כי התשתית העובדתית אינה תומכת באופן שאין אחריו ולא כלום, קרי, שאין בו ספק, בטענה כי המנוח אכן ביטל את הצוואה (כך גם לגבי העובדה שרצה לבטלה). אני מצטרף לספקות שאותם מנה חברי בפסקאות 14-18 לחוות דעתו. משאין היסוד לבניין מוצק די הצורך, ממילא "שוא עמלו בוניו בו" (תהלים קכ"ז, א'). אין פירוש הדברים שלא נותרו ספקות בכיוון ההפוך, שאכן שקל המנוח לבטל את צוואתו, וכנראה, כעולה מן הראיות שהציג חברי, "הן ולא ורפיא בידיה". יתכן מאוד כי אכן ביטא המנוח בהזדמנויות שונות, שמנה חברי, משאלת ביטול, אך בין משאלת ביטול לבין ביטול כדת וכדין ישנה כברת דרך שלא נעברה. אומד הדעת של המצוה הוא מטבע הדברים "כוכב הצפון" של דיני הצוואה, אך המחוקק דורש - וביטא זאת בתיקון לסעיף 25(א) שלא יהא "לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה". משנותר ספק בנידון דידן באשר לביטול - המוציא מחברו עליו הראיה.

ו. נוכח כל אלה איני רואה אלא להצטרף לעמדת חברי, כאמור. חברי בחר לקבל את הבקשה ולדון בה כערעור אך לדחותה. לטעמי ניתן היה - לאחר העיון - לדחות את הבקשה עצמה, אך איני רואה הבדל משמעותי, בודאי לא בתוצאה. ואחרית דבר - בסופו של יום גם לא נגרם עוול כבד, אף שאיני מקל ראש בסכום שנזכר מעלה.

ז. ובחתימה - לקח לעורכי דין המייעצים ללקוחותיהם בענייני צוואות, והמכינים עמם את צוואתם, ראוי שיסבירו להם, בחינת כלל גדול, שככל שירצו לשנות צוואתם, פררוגיטיבה המסורה להם, יעשו כן על פי ההוראות שקבע המחוקק ויידעו כי ככל שיקפידו ללכת בדרך המלך, לא ייאלצו יורשיהם להתמודד בסמטאות של סעיף 25(א), ולשומעים ינעם.

## ש ו פ ט

### השופט נ' הנדל:

בנסיבות העניין דעתי כדעת חברי, השופט ח' מלצר, שיש לדחות את הערעור. מעדיף אני להשאיר ב"צריך עיון" את מידת הגמישות שיש לנקוט באשר לדרישות הצורניות בביטול צוואה לאור הלכת אהרון ומה היא הגישה שיש לנקוט בה בכל הקשור לתחולתם הכרונולוגית של שינויי חקיקה בסעיפי חוק הירושה (והשוו הנפסק בנדון בעניין אהרון עצמו ובפסק הדין שהזכיר חברי, השופט א' רובינשטיין, ע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות). הטעם שאינני נדרש לכל אלה הוא שבמקרה דנא, כפי שהראה חברי, השופט מלצר, כלל לא הוכח ממכלול הנסיבות שאומדן דעתו של המנוח מורה על רצונו בביטול הצוואה.

כהערת אגב אוסיף, שאמירה של אדם המדווחת על כך שהוא ביטל מסמך משפטי כלשהו – צוואה במקרה הנדון – איננה מהווה ביטול של אותו מסמך. קביעה זו תקפה גם בהקשרים אחרים, ומבוססת היא אף במשפט העברי. כאשר התלמוד הבבלי (גיטין לב, עמודים א-ב) דן בלשונות שבהן אדם יכול לבטל גט גירושין, הוא מבהיר שלשון המדווחת על כך שאין לגט תוקף איננה מבטלת את הגט, וזאת בניגוד ללשון המכריזה על רצונו של הבעל לבטל את הגט. אף שאין לזהות בין דרישות האמירה בתחומים השונים ובשיטות המשפט השונות, העיקרון הבסיסי יפה גם לענייננו.

עוד יוער, שאף משקלה הראייתי של הכרזה שכזו נתון בספק, שכן למוריש עשויות להיות סיבות שונות – בתום לב או שלא בתום לב – שבעטיין הוא מעוניין ליצור רושם שפלונני מסוים יירש או לא יירש. כידוע, דיני הירושה אינם מפעילים כנגד מוריש המציג מצג מסוים השתק בשל מצג זה, אלא בוחנים את רצונו לאור צוואתו הסופית. דיון הנוגע למתן צו ירושה אינו בגדר תביעה נגד העיזבון, אלא הכרעה מי הוא הזכאי לרשת את המוריש (לגישה מעוררת מחשבה – מבלי להביע כל עמדה בנידון

– ראו הצעתה של שלי קרייצר-לוי, "אי-הכרה בחוזי ירושה – האומנם כלל חסר ערך?", עתיד להתפרסם בכרך ד' של כתב העת חוקים, פרק ה' למאמר).

לנוכח האמור, דעתי כדעת חבריי שדין הערעור להידחות.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ח' מלצר.

ניתן היום, ט"ו בתמוז התשע"ב (5.7.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט