



בבית המשפט העליון

בע"מ 6251/15

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט צ' זילברטל

המבקשות: 1. אווה דורית הופה
2. סמוק יעל
3. ויזלר ענת

נגד

המשיבים: 1. עו"ד שמוליק קסוטו
2. עו"ד רמי הדר
3. עו"ד אהוד סול, מנהל עזבון המנוח מכס ברוד ז"ל
4. הספרייה הלאומית בע"מ (חל"צ)
5. (פורמלי) The German Library Archive in Marbach
6. האפוטרופוס הכללי

בקשת רשות ערעור על החלטת בית המשפט המחוזי תל אביב (סגן הנשיאה י' שנלר, סגן הנשיאה ד"ר ק' ורדי והשופט ח' ברנר מיום 29.6.15 בעמ"ש 47113-11-12

כ"א בסיון התשע"ו (27.6.16) תאריך הישיבה:
בשם המבקשות: עו"ד אלי זהר; עו"ד יעל ארידור בר-אילן;
עו"ד הדר שהרבני; עו"ד הראל אשואל
בשם המשיב 3: עו"ד אהוד סול; עו"ד יוסי אשכנזי; עו"ד אור דיסקין
בשם המשיבה 4: עו"ד מאיר הלר
בשם המשיב 5: עו"ד סער פלינר
בשם המשיב 6: עו"ד הילה ברקי

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (סגן הנשיאה י' שנלר, סגן הנשיאה ד"ר ק' ורדי והשופט ח' ברנר) מיום 29.6.15 בתיק עמ"ש

47113-11-12, בו נדחה ערעור המבקשות על פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב (השופט ט' קופלמן-פרדו) מיום 12.10.12 בתיק ת"ע (ת"א) 105050/08. עניינו של ההליך בדחיית תביעתן של המבקשות לקבלת צו קיום ירושה של אמן, ובליבתו עזבונו של הסופר המנוח ד"ר מכס ברוד, "איש אשר רוח בו" (במדבר כ"ז, י"ח).

רקע והליכים קודמים

ב. שורשי הפרשה לפני קרוב למאה שנה, ודומה שלצד הנגלה יש בה גם לא מעט נסתר. בשנת 1924 נפטר פרנץ קפקא בפראג. נדמה כי אין צורך להכביר מלים על תרומתו של קפקא לתרבות העולם. מכס ברוד (1884-1968) – משפטן, סופר, פילוסוף, מחזאי ומלחין, יוצר חשוב בזכות עצמו ומזכה הרבים גם ביצירת הזולת, לרבות גילוי לרבים של יארוסלב האשק, מחבר "החייל האמיץ שוייק", ספר שקנה לו שם גדול בספרות המאה העשרים (ראו "אחרית דבר" מאת מתרגמי "החייל האמיץ שוייק" לעברית, רות בונדי וחיים איזק במהדורת תש"ם-1980, כרך ב', עמ' 668) – היה ידיד קרוב של קפקא, והשניים עמדו בקשרים עד מותו של קפקא בגיל 40 ממחלת השחפת. לתועלת הקוראים מן הדור "אשר לא ידע את יוסף" (שמות א', ח'), הנה קיום קצרים לתולדות מכס ברוד, על פי ערכו באנציקלופדיה העברית (כרך ט' (תשכ"ד) 475-476, מאת ידידו מפראג פליכס ולטש. איש בית הספרים הלאומי ומיקירי רוחו של ברוד וגם שותף לכתיבתו הציונית (ראו פסקה מ"ה להלן). ברוד, יליד פראג, ד"ר למשפטים, עבד שנים אחדות כפקיד ממשלת צ'כוסלובקיה. ולציונות התקרב בימי מלחמת העולם הראשונה והיה פעיל בציבור היהודי ובציונות. בתל-אביב, מאז עלייתו, פעל כיועץ דרמטי של תיאטרון "הבימה". יצירתו המרובה כללה שירה וסיפורת (לרבות כ-20 רומנים), מחזות ומסות, ביוגרפיות, מאמרים וקומפוזיציות, והרעיון המרכזי בכתביו הוא שניות בין אמונה בעולם האלהי מזה והכרה בסבל וברוע, שהחתיירה אל השלמות משמעה ביטול הניגודים ביניהם. זיקתו של ברוד לקפקא תועדה לא אחת; ראו, בין השאר, גוסטב יאנוך שיחות עם קפקא (תשמ"ז 1987), שעליו כתב ברוד (ראו פתח דבר למהדורה העברית, עמ' 8), כי ניתן להעריכו כ"זכרון – הדברים המפורט היחיד (הדגשה של מכס ברוד) של בן-דורו, לצד הביוגרפיה שלי על קפקא". ראו גם בהערות מאת א' אורס (הע' 2 בעמ' 86): "מכס ברוד פעל למען פרסום הבכורה של פרנץ קפקא ב-1912 בהמליצו על 'ההתבוננות' בפני הוצאת רוהוולט. קודם לכן שלח שני פרקי פרוזה קצרים לכתב העת 'היפריון' והם פורסמו בו. יצירתו של מכס ברוד 'דרכו של טיכו בראהא לאלהים' הופיעה ב-1916 בהוצאת קורט וולף ובה הקדשה, 'לחברי פרנץ קפקא'".

ג. במותו לא הותר פרנץ קפקא צוואה, אולם במגירת שולחן הכתיבה שלו מצא ברוד שני פתקים בכתב ידו של קפקא, שנכתבו בתקופות שונות. בפתקים הורה קפקא לברוד לאסוף את כתביו ולשרפם. ברוד החליט שלא לנהוג לפי בקשת קפקא. הוא נימק את החלטתו בכך שכבר בעת שהביע קפקא בפניו בעל-פה את משאלתו האמורה, הודיע לו ברוד כי אין בכוונתו לקיימה, ועל כן, אם התכוון קפקא כי אכן יישרפו כתביו לאחר מותו, היה דואג למנות אדם אחר במקומו של ברוד. נימוק נוסף היה העובדה שקפקא עצמו פירסם מספר יצירות לאחר אותה הוראה שנתן בעל-פה לברוד, ומכך הסיק ברוד שקפקא לא התכוון כי יצירותיו יושמדו. לבסוף, בעיני ברוד עזבונו של קפקא הכיל את האוצרות המופלאים ביותר – גם בהשוואה לשאר יצירותיו, ולכן החליט שלא למלא אחר בקשתו של קפקא.

ד. כאמור, בשנת 1939 נמלטו ברוד ורעייתו מפראג הכבושה בידי הנאצים אל ארץ ישראל. בין מטלטליו של ברוד הייתה מזוודה ובה כתבי היד של קפקא. רעייתו של ברוד נפטרה בשנת 1942, ואחיו, ד"ר אוטו ברוד, ומשפחתו נספו בשואה. ברוד נותר ערירי. בארץ ישראל פגש ברוד את אילזה אסתר הופה (להלן הופה), אמה של המבקשת 1 וסבתן של המבקשות 2 ו-3. בשנת 1942 הפכה הופה למזכירתו האישית, ובין השניים שררו יחסי אמון וקרבה מיוחדים.

ה. במהלך השנים ביקש ברוד להעביר לבעלותה של הופה את כתבי קפקא שבידיו, או להורישם לה לאחר מותו. במכתב מיום 12.3.47 כתב לה את הדברים הבאים: "הנני מעניק לך בזאת במתנה ארבעה תיקי מסמכים של זכרונותיי מקפקא, המכילים את הדברים הבאים...", ולאחר מכן פירט באילו מסמכים מדובר. בשולי המכתב נרשם בכתב יד "אני מקבלת את מתנה זאת. אילזה אסתר הופה מרץ 1947" (ברוד כתב בשפה הגרמנית. המסמכים השונים תורגמו על-ידי ד"ר אינגריד ולן).

ו. בפתק מיום 22.4.47 כתב ברוד: "המכתבים של קפקא הממוענים אליי הם כולם שייכים לי, הם רכושה של הגב' אסתר הופה". מסמך שלישי הוא מכתב מיום 2.4.52, בו כתב ברוד את הדברים הבאים: "כבר בשנת 1945 נתתי לך במתנה את כל כתבי היד ואת המכתבים של קפקא השייכים לי. בצוואה משנת 1948 מצוי בסעיף 2 כי כל עזבוני הספרותי, הספרייה שלי, כתבי היד, המכתבים וכו', שייכים לך, ובכך כמובן יש לכלול גם את הזכרונות לקפקא, מכתבים וכתבי יד של קפקא, הנמצאים ברשותי ובעלותי, מהם כבר נתתי לך במתנה והעברתי לידייך את החלק הארי בדמי ימי, תוך שציינתי על גבי התיקיות כי הם רכושך...". בהמשך המכתב מפרט ברוד באילו מסמכים מדובר. גם

בשולי מכתב זה נרשם בכתב יד "הנני מקבלת את מתנה זאת. אילזה אסתר הופה 5.4.52" (מסמכים אלה יקראו להלן מכתבי המתנה).

ז. ברוד ערך גם שתי צוואות; הראשונה נערכה ביום 24.3.48. הצוואה השניה – והתקפה – נערכה ביום 7.6.61 (להלן צוואת ברוד). צוואה זו, אשר נכתבה בגרמנית, תורגמה לעברית במועד עריכתה על ידי עו"ד ד"ר שמעון פריץ האז (להלן עו"ד האז). במוקד פסקי הדין הקודמים בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי עמדה פרשנות סעיף 11 לצוואת ברוד. נוכח חשיבותו יובא כאן במלואו בתרגום המקורי:

"אשר לכתבי ידי, מכתבים שנכתבו אלי ויתר עזבוני הספרותי והמוסיקלי וגם אשר לעיזבון הספרותי של אחי אוטו אני מצוה כדלקמן:
גם חלק זה מעזבוני יעבור לגב' אלזה הופה: אבל היא תהיה חייבת לדאוג לזה שלאחר מותה יגיעו הזכויות והתביעות החומריות כגון: שכר-סופרים, תמלוגים וכו' ליורשיה או למקבלי מתנותיה: אבל כתבי היד, המכתבים והניירות והמסמכים האחרים הנזכרים בפסקה הראשונה של סעיף 11 לעיל ימסרו לשמירה לספריה של האוניברסיטה העברית בירושלים או לספריה העירונית בתל אביב או לגנזך ציבורי אחר בארץ או בחוץ לארץ עד כמה שהם לא נמצאים באחד או אחדים מהמוסדות הנ"ל, או שהגב' אילזה אסתר הופה במשך חייה היא לא עשתה הסדר אחר".

ח. ביום 20.12.68 נפטר ברוד. ביום 22.4.69 ניתן צו קיום לצוואתו, והופה מונתה למנהלת העיזבון. ביום 25.8.70 כתבה הופה מכתב לבנותיה ובו הצהירה כי העניקה להן במתנה בחלקים שונים את המכתבים וכתבי היד וכן שאר הפריטים, שניתנו לה במתנה על ידי מקס ברוד במכתבי המתנה הנזכרים. עוד כתבה הופה כי כתבי יד אלה, וכן אוסף זכרונותיו של מקס ברוד מקפקא, אינם מהווים חלק מעזבונו של ברוד.

ט. בשנת 1973, לאחר שנודע כי הופה העמידה למכירה פומבית בחו"ל כתבי יד של קפקא, הגיש היועץ המשפטי לממשלה לבית המשפט המחוזי בתל אביב המרצת פתיחה נגד הופה (ה"פ 1465/73), בה ביקש מבית המשפט להצהיר כי כתבי קפקא שהיו בחזקתו של ברוד שייכים לעזבונו, וכן ביקש להצהיר כי לפי סעיף 11 לצוואתו של ברוד, אסור להופה לעשות כל דיספוזיציה בהם, וכן עליה להבטיח כי לאחר מותה יעברו כתבי היד אל הספריה של האוניברסיטה העברית, או אל הספריה העירונית בתל אביב או לגנזך ציבורי אחר, בארץ או בחו"ל.

י. ביום 17.1.74 ניתנה החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב (השופט י' שילה). בהחלטתו הקצרה יחסית לא דן השופט שילה בשאלה האם כתבי היד של קפקא היו שייכים לברוד, אלא רק בפרשנות סעיף 11 לצוואתו של ברוד. נקבע, כי בניגוד לעמדת בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, סעיף 11 מאפשר להופה לעשות בעזבונו של ברוד בימי חייה כבתוך שלה, וכן כי כל מה שיישאר לאחר מותה יש לנהוג בו בהתאם לרישה של סעיף 11 (ככל הנראה התכוון השופט שילה לסיפא בסעיף 11 – א"ר). יצוין כי בית המשפט המחוזי לא ידע על מכתב המתנה של הופה לבנותיה משנת 1970 הנזכר מעלה.

יא. ביום 17.6.88 חתמה הופה על צוואתה האחרונה. בסעיף 5 לצוואתה התייחסה לעיזבון ברוד וציותה, כי כל אחת משתי בנותיה ונכדותיה זכאיות לקחת לעצמן 40 מכתבים מתוך העיזבון של ברוד; כל אחת משתי הבנות זכאית לקחת לעצמה 30 ספרים; את ספריית כתבי היד של ברוד יקבלו הספרייה של אוניברסיטת ירושלים או מוזיאון שילר בגרמניה; ביחס לעיזבון הספרותי והמוזיקלי של ברוד וביחס לעיזבון של אחיו אוטו, שתי הבנות חייבות להגיע להסכמה חוזית עם הספרייה של אוניברסיטת ירושלים או בתל אביב או עם מוזיאון שילר. לאחר מכן פירטה הופה תנאים להעברת העיזבון הספרותי לאחד ממוסדות אלה.

ההליך בבית המשפט לענייני משפחה

יב. ביום 2.9.07 נפטרה הופה, ובשנת 2008 הגישו שתי בנותיה (המבקשת 1 ואמן של המבקשות 2 ו-3) בקשה לצו ירושה. בבקשה זו התערב בא-כוח היועץ המשפטי לממשלה, ככל שהיא מתייחסת לעיזבון ברוד.

יג. הספרייה הלאומית בירושלים הגישה בקשה להצטרף כצד מעוניין, ואף נקטה בהליך למינוי מנהל עיזבון לעיזבון ברוד (ת"ע 100910/09), מאחר שנטען כי הופה לא סיימה את תפקידה כמנהלת עיזבון ברוד, ונוכח החלטת השופט שילה, לפיה יש להעביר את עזבונו הספרותי של ברוד לגנזך כלשהו לאחר מותה של הופה. המשיב 2 מונה, בנסיבות אלה, כמנהל עיזבון ברוד. לאחר מינויו, הגיש המשיב 2 התנגדות לקיום סעיפים מסוימים בצוואת הופה, וביקש קביעת היקפו של עיזבון ברוד (ת"ע 10-02-24585). עוד נטען בכתב ההתנגדות, כי נוכח ההסדר בדבר "יורש אחר יורש" הקבוע בצוואת ברוד (אשר מתייחס לעיזבונו הספרותי של ברוד), הייתה הופה מנועה מציווי חלקים מעיזבון ברוד לאחרים. המשיבה 5, The German Library in

Marbach, ביקשה אף היא להצטרף כצד מעוניין (ת"ע 105052/08). לטענתה, ניהלה הופה מו"מ עמה בכל הנוגע להעברת עיזבון ברוד לידיה.

יד. כיוון שהמחלוקת בין הצדדים נגעה בעיקר לשאלת היקפו של עיזבון ברוד ופרשנות סעיף 11 לצוואתו, הסכימו באי-כוח הצדדים לגבש רשימת פלוגתות שלגביהן יגישו הצדדים סיכומים בכתב. הפלוגתות שהוסכמו על ידי הצדדים: פרשנות סעיף 11 לצוואת ברוד; בהנחה שמדובר ביורש אחר יורש מה דינה של המתנה, אם ניתנה, על ידי המנוחה לבנותיה; האם הייתה רשאית המנוחה לתת הוראות כלשהן בעניין עזבונו הספרותי של ברוד בצוואתה; מי היורש השני, הספרייה הלאומית או גלריה רחבה של יורשים פוטנציאליים; האם העיזבון הספרותי עובר ליורש השני במתנה או במכירה?; מה הוא היקף עזבונו של המנוחה ועיזבון ברוד; האם קיבלה המנוחה כתבי יד מברוד בחייו. רשימת הפלוגתות הוסכמה על ידי הצדדים כולם.

יה. בית המשפט לענייני משפחה פסק, בפסק דין מקיף, כי סעיף 11 לצוואתו של ברוד הוא תניה של "יורש אחר יורש" לפי סעיף 42 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן חוק הירושה או החוק). סעיף זה קובע, כי "המצוה רשאי לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי שזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה, הכל לפי המוקדם יותר". בית המשפט סבר כי כוונתו של ברוד הייתה לאסור על הופה למכור חלקים מעזבונו הספרותי, ורצונו היה שעזבונו הספרותי יעבור בשלמותו, לאחר מותה של הופה, לגנזך מתאים. נפסק כי רצון זה משתמע מהוראות שונות בצוואה. לעניין השאלה האם כתבי קפקא היו חלק מעיזבון ברוד, קבע בית המשפט כי כתבי קפקא ועיזבון ברוד לא נתנו למשיבות במתנה, ובכל מקרה, עיזבון ברוד על כתבי קפקא שבתוכו, צריך לעבור לספרייה או לגנזך, כפי שקבע ברוד בצוואתו.

יו. עוד נפסק, כי היורש השני לפי צוואתו של ברוד הוא הקדש ציבורי בהתאם לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה, 1924 (הדין שחל במועד עריכת הצוואה). זאת שכן נכסי העיזבון מוגדרים דיים כדי להוות נכסי הקדש, וצוואתו של ברוד מעידה על כוונתו לייחד את עזבונו הספרותי למטרה ספציפית, שהיא שמירתו בספרייה או בגנזך. זאת, אף שברוד לא נקט במונח "הקדש" בצוואתו. בית המשפט הוסיף וקבע, כי ראוי שהספרייה הלאומית תשמש כנאמן בהקדש הציבורי, וזאת לפי סדר העדיפויות שקבע ברוד בצוואתו. בנוסף, כל התגמולים, שכר הסופרים וכל זכות כספית אחרת, שיצמחו

מנכסי ההקדש, יועברו, בהתאם לצוואותיהם של ברוד והופה, לבנותיה של הופה ויורשותיהן.

יז. בית המשפט לענייני משפחה פסק גם כי לא נמצא בכספות של הופה רכוש פרטי שלה, כעולה מן הדו"ח המשותף שהוגש על ידי מנהלי העזבונות שלה ושל ברוד, ולפיכך, תכולת הכספות שייכת כולה לעיזבון ברוד. לבסוף, בית המשפט חייב את בנותיה של הופה ואת עיזבון הופה בהוצאות עיזבון ברוד בסך 75,000 ₪ ובהוצאות הספריה הלאומית והמשיב 4 בסכום של 30,000 ₪.

ההליך בבית המשפט המחוזי

יח. כנגד פסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה הוגש ערעור לבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי קבע כי המחלוקות העומדות להכרעה בפניו הן: האם טענות המשיבים בעניין כתבי קפקא התיישנו; האם ברוד היה הבעלים של כל כתבי קפקא; האם אותם כתבי קפקא שהיו בבעלותו של ברוד עברו במתנה שלמה להופה עוד בחייו של ברוד; האם כתבי קפקא מהיום חלק מעזבונו הספרותי של ברוד; מהו דינה של המתנה שהעניקה הופה לבנותיה בשנת 1970; מהו המוסד שראוי למסור לידי את עזבונו הספרותי של ברוד; האם להחריג מעזבונו של ברוד מסמכים המהווים רכושה של הופה; האם היה מקום למנות מנהלים לעיזבון ברוד ולעיזבון הופה; לבסוף, חיובן של המבקשות בהוצאות משפט. השופט ברנר, בפסק דין מפורט, דחה את כלל טענות המבקשות, ואליו הצטרפו חבריו להרכב, סגני הנשיאה שנלר (אב"ד) וורדי, אף שלעניין ההנמקה נחלקו במידה מסוימת הדעות, כפי שיפורט.

יט. בית המשפט המחוזי דחה את טענות ההתיישנות שהעלו המבקשות. נפסק, כי טענת ההתיישנות לא נזכרה ברשימת הפלוגתות בבית המשפט לענייני משפחה, ומשכך העלאתה מהוה הרחבת חזית. גם לגופם של דברים פסק בית המשפט המחוזי כי דין הטענה להידחות, שכן טענה זו לא הועלתה על ידי המבקשות בהזדמנות הראשונה, כמתחייב מהוראת סעיף 3 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958. בעניין שאלת הבעלות על כתבי קפקא פסק בית המשפט, כי ברוד היה הבעלים של כתבי קפקא שניתנו לו עוד בחייו של קפקא בלבד, וכי ראוי שכתבי היד שהגיעו אל ברוד לאחר מותו של קפקא יופקדו לשמירה, ביחד עם עזבונו הספרותי של ברוד, בהקדש הציבורי.

כ. עוד נפסק, כי ברוד אכן ביקש להעניק להופה במתנה את כתבי קפקא אשר היו בבעלותו. עם זאת, לא עלה בידי המבקשות לשכנע כי כוונה זו של ברוד ליתן את כתבי קפקא יצאה אל הפועל כמובן של נטילה פיסית של המסמכים על ידי הופה, נטילה שהיא הכרחית לפי הוראות סעיפים 837-839 של המג'לה, הדין שחל בעת הענקת המתנות, כדי להקנות תוקף משפטי למתנות. לפיכך, יש לראות את המתנה כבטלה עם מותו של ברוד.

כא. לעניין המוסד שלידי ראוי למסור את עזבונו הספרותי של ברוד, פסק בית המשפט המחוזי כי הספריה הלאומית היא המוסד אליו יש להעביר את העיזבון. ראשית, נפסק כי למבקשות אין כל מעמד בשאלה למי יימסר עיזבון ברוד, שכן זכות הבחירה אינה שלהן, אלא של המנהל הנוכחי של עיזבון ברוד, בכפוף לאישור בית המשפט; זאת – נוכח העובדה שהופה לא עשתה שימוש בזכות הבחירה בין החלופות שהעניק לה ברוד. שנית, עצם העובדה שברוד נקב כחלופה הראשונה מבין מספר חלופות דווקא בספריה של האוניברסיטה העברית, מדברת בעדה ומהווה אינדיקציה לכך שזו היתה האפשרות המועדפת על ברוד.

כב. בית המשפט המחוזי דחה את טענת המבקשות לפיה לא היה מקום לקבוע שיש להקים הקדש ציבורי לעזבונו של ברוד. נפסק כי, אמנם השופט שילה לא הורה על הקמת הקדש, וברוד לא קבע בצוואתו שברצונו ליצור הקדש, אולם אין כל מניעה לכונן הקדש ציבורי בנסיבות המקרה, בהתאם לפקודת ההקדשות לצרכי צדקה שחלה במועד עריכת הצוואה. זאת, מקום שנכסי העיזבון מוגדרים דיים להוות נכסי הקדש, וצוואתו של ברוד מעידה על כוונתו לייחד את עזבונו הספרותי למטרה ספציפית, שהיא שמירתו בספריה או בגנזך.

כג. בסוגיה אחת נחלקו שופטי המותב – לעניין ההנמקה בלבד כאמור – האם סעיף 11 בצוואתו של ברוד קבע הסדר של "יורש אחר יורש" אם לאו. השופט ברנר אימץ את קביעתו של בית המשפט לענייני משפחה כי הסעיף קובע הסדר מסוג יורש אחר יורש. לדידו, ברוד גילה דעתו שזכייתה של הופה בעזבונו הספרותי היא זמנית בלבד, וכי עליה לדאוג לכך שלאחר מותה יועבר העיזבון לשמירה בספריה או בגנזך מאלה שצוינו בצוואתו. העובדה שברוד הקנה להופה את הזכות לבחור לאיזה מבין המוסדות שפירט בצוואתו יועבר עזבונו הספרותי, ובאילו תנאים, אינה הופכת – לשיטת השופט ברנר – את הוראת סעיף 11 להסדר מסוג אחר.

כד. לעומתו, סגן הנשיאה שנלר פירש את הוראת סעיף 11 כציווי להעביר את עזבונו הספרותי לשמירתו של ספריה או גנזך, לבחירתה של הופה. לעמדתו של סגן הנשיאה שנלר, לאחר פטירתה של הופה, יש מקום לתחולתו של סעיף 45 לחוק הירושה, אשר עניינו בחיוב יורש, וזו לשונו: "המצוה רשאי להורות בצוואתו דבר שיורש יהיה חייב לעשותו, או להימנע מעשותו, כמה שקיבל מן העיזבון; מילוויו של חיוב כזה יכול לדרוש כל מי שמעוניין במילוי, ואם היה בדבר ענין לציבור - גם היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו". לדעת סגן הנשיאה שנלר, סעיף 11 הטיל חיוב על הופה לבחור מה יעשה בעזבונו הספרותי של ברוד, בכל הקשור לשמירתו, במוסד או בגנזך. משהדבר לא מומש על-ידי הופה, יש ליישם את הוראת סעיף 45 לחוק, ובית המשפט אמור להורות על אופן היישום. סגן הנשיאה ד"ר ורדי לא הביע דעתו בנושא המחלוקת, אלא הצטרף לתוצאה.

בקשת רשות הערעור

כה. במסגרת הבקשה מעלות המבקשות טענות שונות ומגוונות לכל רוחב החזית, עד כי קשה למצוא קביעות של בתי המשפט הקודמים המקובלות עליהן. אעמוד על טענותיהן בתמצית.

כו. ראשית, המבקשות טוענות כי בקיום ההליך נשוא בקשה זו נערך "משפט חוזר ירושתי" בעניין עיזבון ברוד, לאחר שהשופט שילה כבר פסק בנושא בשנת 1974. מכיוון שמדובר בהליך ייחודי, מוצדק כי בית משפט זה יחיה דעתו בנושא אפשרות קיומו וכן בנושא טעויות שנפלו בהקשר קיומו של מעשה בית דין וקיומה של התיישנות.

כז. שנית, לטענת המבקשות, בית המשפט לענייני משפחה שגה בניהול ההליך. כך, במינוי מנהלי עיזבון לעזבונו הופה וברוד, צירוף צדדים נוספים להליך, וקיום הליכים חדשניים בדיני ירושה. גם בית המשפט המחוזי לא הכריע בסוגיית מינוי מנהלי עיזבון שהעלו המבקשות וראוי כי תינתן הכרעה שיפוטית סופית בעניין זה.

כח. שלישית, נטען כי בית המשפט שגה גם בקביעותיו בנוגע לעיזבון ברוד. שופטי בית המשפט המחוזי נחלקו באשר לשאלה האם ברוד קבע בצוואתו הסדר של "יורש אחר יורש" אם לאו וראוי כי גם שאלה זו תוכרע. בנוסף, טוענות המבקשות כי הוראת בית המשפט המחוזי להקים הקדש סותרת הוראות צוואת ברוד.

כט. רביעית, המבקשות חולקות על קביעתו של בית המשפט המחוזי לעניין זכותו של ברוד בכתבי קפקא. לטענת המבקשות, הכרעות אלה מהוות חידוש תקדימי באשר לאופן בחינת נושאים בדיני ירושה וזכויות יורשים.

ל. חמישית, לטענת המבקשות, בית המשפט המחוזי שגה בכך שלא דן בטענת המבקשות כי בית המשפט לענייני משפחה מיזג את רכושה הפרטי של הופה עם רכושו של ברוד, והורה כי הספרייה הלאומית תקבל את רכושה הפרטי של הופה. על בית משפט זה להתערב בכך, ולאפשר למבקשות לקבל את רכושה האישי של הופה.

לא. שישית, בית המשפט המחוזי סטה לשיטת המבקשות, משיקולי צדק, מהוראות דיני הירושה כי פרשנות הצוואה תעשה לפי רצון המצוה כפי שבוטאה בלשון הצוואה ובנסיבות העניין, ולא התחשב בפסק דינו ברצונה של הופה.

לב. לבסוף, משיגות המבקשות על שכר הטרחה וההוצאות שנפסקו בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי. נטען כי הערכאות הקודמות לא שקלו בפסיקת ההוצאות את העובדה כי מדובר בהליך ייחודי ותקדימי.

לג. ביום 8.10.15 ניתנה החלטה בה נתבקשה תגובת המשיבים בתוך 45 ימים. המשיבים 1,2 ו-5 בחרו שלא להגיש תגובה לבקשה.

לד. המשיב 3 טען בתגובתו, כי במסגרת ההליך בפני השופט שילה קיבלה הופה את העמדה לפיה סעיף 11 לצוואת ברוד יוצר מנגנון מסוג "יורש אחר יורש", והודאה זו יוצרת השתק של המבקשות בעניין זה. עוד נטען בתגובה, כי השופט שילה לא הכריע בטענת הופה לפיה ברוד העניק לה במתנה את כתבי קפקא, קביעתו אינה מהווה מעשה בית דין לעניין זה, בניגוד לטענת המבקשות, וכי צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי כתבי קפקא לא הוענקו על ידי ברוד, עוד בחייו, במתנה שלמה ומוגמרת להופה. נטען, כי צוואתו של ברוד יצרה הסדר מסוג "יורש אחר יורש", כפי שפסק השופט ברנר. המשיב 3 ביקש לאמץ גם את פסיקתו של בית המשפט המחוזי, כי לאחר פטירתה של הופה החיוב לנהל את עזבונו הספרותי של ברוד לא עבר לידי המבקשות. לבסוף נטען, כי אין ממש בטענת המבקשות כי לא הוכרעה סוגיית מינוי מנהלי העיזבון.

לה. המשיבה 4 סמכה ידיה בתגובתה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וטענה כי אין מקום לקבל את בקשת רשות הערעור, למעט בסוגיה אחת – בשאלה האם להופה היתה רשות בימי חייה למכור ולהעניק חלקים מעיזבון ברוד. לעמדת המשיבה 4, צוואתו של ברוד חייבה את הופה לדאוג שעזבונו הספרותי, לאחר פטירתה, יעבור בשלמותו לגנזך מתאים, וגם החלטת השופט שילה לא הכשירה מכירת חלקים מהעיזבון הספרותי.

לו. המשיב 6 ביקש להצטרף בתגובתו לתגובת המשיב 3, וכן הוסיף כי בית המשפט המחוזי פסק בעניינן של המבקשות, תוך הפעלת שיקול דעת וכאשר מלוא היריעה העובדתית עמדה לנגד עיניו. בנסיבות אלה, לעמדתו, אין הצדקה להתערבות בשיקול דעתו של בית המשפט המחוזי. בנוסף, לעמדת האפוטרופוס הכללי לא מדובר ב"משפט חוזר ירושתי" כפי שטוענות המבקשות, אלא בהחלטות משלימות להחלטתו של השופט שילה. בתגובה נטען עוד, כי צדק בית המשפט המחוזי בקביעתו כי צוואת ברוד יוצרת הקדש ציבורי.

לז. ביום 30.3.16 החלטתי לקיים דיון בבקשה בפני הרכב, וזאת בראש ובראשונה נוכח חשיבותו הציבורית של הנושא. ביום 27.6.16 התקיים הדיון, בו עמדו הצדדים על עיקרי טיעוניהם.

דיון והכרעה

לח. לאחר עיון בבקשה, בפסקי הדין ובתגובות המשיבים ושמיעת הצדדים, הגענו לכלל מסקנה כי יש מקום ליתן רשות ערעור במקרה דנא, אך לא להיעתר לערעור. אפתח ואומר, כי ראש לכל הוא רצונו של המנוח ברוד; זו ראשית וזו אחרית בפרשנות צוואה, על דרך הכלל ועל דרך המקרה הפרטי (ראו סעיף 54 לחוק הירושה). המביט אל כלל התמונה אינו יכול שלא להבין בעליל, כי ד"ר ברוד, שאמנם רצה בטובת הופה ובנותיה, רצה לא פחות ואולי יותר כי עזבונו יימצא בסופו של יום בידיים אמונות של גוף ההולם את שאיפותיו כסופר, עם שהכנסות ככל שיהיו יעברו למשפחתה של הופה. ברי לנו כי ברוד לא רצה שעזבונו, על כל אשר בו, יימכר לכל המרבה במחיר, אלא ימצא מקומו הראוי בהיכל הספרות והתרבות שהיו שליחותו בחייו. במישור המשפטי נזכיר, כי ככלל, שאלת פרשנותה של צוואה ספציפית אינה מצדיקה מתן רשות ערעור בגלגול שלישי (בע"מ 741/06 פלוני נ' פלוני (2006); בע"מ 3872/14 פלונית נ' פלוני (2014); ד"ר שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (מה) 2, תשס"ח (2008), 212), שכידוע נשקלת רק במקרים המעוררים שאלה בעלת

חשיבות משפטית או ציבורית החורגת מן האינטרסים של הצדדים הישירים למחלוקת (ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 – מ"מ הנשיא, כתארו אז, שמגר). במקרה דנא, ראינו ליתן רשות ערעור נוכח העניין הציבורי הכרוך במעמדם הספרותי של כתבי קפקא וברוד, אף שאין ייחוד בולט בהיבט המשפטי, הגם שנפלה מחלוקת משפטית מסוימת בבית המשפט המחוזי ביישום הדין כאמור. לא מצאנו מקום להיעתר לערעור, שכן העיון לימדנו כי צדקו בתי המשפט הקודמים בתוצאה אליה הגיעו. אכן, עסקינן בסוגיה שיש בה היבטים רחבים, כמות שמציינת פרופ' טליה איינהורן במאמרה "הזכויות בכתבי היד של פרנץ קפקא – סיפור קפקאי משובח" הון משפחתי במארס 2016, 1 (דברים הלקוחים מסיפת חוות דעתו של סגן הנשיא ד"ר ורדי). ואולם, הקשיים בהכרעה שמציינת המחברת המלומדת אינם פוטרים את בתי המשפט מהכרעה.

לט. כנזכר מעלה, בבקשתן העלו המשיבות טענות רבות כנגד פסקי הדין של בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי. חלק ניכר מהטענות מכוון כלפי ממצאי עובדה של הערכאה הדיונית, וכידוע, אין זו דרכה של ערכאת הערעור, ומקל וחומר בגלגול ערעורי נוסף, להתערב בשכאלה; והרי לערכאה הדיונית יתרון בכגון דא בשל התרשמותה הישירה מן הראיות, ובמיוחד מעדים שבאו בפניה, וקשה מאוד להתערב בקביעות העובדה שהוכרעו על סמך התרשמות זו, אלא אם כן מסקנות הערכאה הדיונית אינן עומדות במבחן ההיגיון והשכל הישר (ראו למשל רע"א 1889/15 רג"א אבו נאב נ' הרב יצחק רלב"ג (2015); רע"א 6474/99 צוקרמן נ' פאלוך (1999); רע"א 14/6482 פאנור נ' דיאב (2014)). פסקי הדין שניתנו על ידי בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט המחוזי מפורטים ומנומקים כדבעי, דנים בטענות המבקשות ומנתחים את התשתית שהונחה בפניהם. לא ראינו מקום להתערב בקביעותיהם.

מ. כמו כן, טענותיהן הדיוניות של המבקשות, בדבר התיישנות ומעשה בית דין, לא נכללו ברשימת הפלוגתות המוסכמות בפני בית המשפט לענייני משפחה. כדברי המלומד א' גורן, "משקבעו בעלי הדין את רשימת הפלוגתות העומדות לדיון, גודרת רשימה זו את הסוגיות שבהן ידון בית המשפט ואין להרחיב את הדיון לשאלות משולבות של עובדה ומשפט, שלא נכללו באותה רשימה, אלא אם הביע בעל הדין שכנגד, במפורש או מכללא, את הסכמתו לנהל את המשפט בחריגה ממה שהוגדר ברשימה" (סוגיות בטד דין אזרחי (מה' 12, תשע"ו (2015), 145). דברים אלה יפים לענייננו. טענותיהן הדיוניות של המבקשות, מהוות הרחבת חזית אסורה ואין איפוא

מקום להדרש להן (ראו רע"א 9123/05 אדמוב פרוייקטים (89) בע"מ נ' סיטי סטייט מקבוצת אלפו בע"מ (2005)).

מא. כאמור, גם לגופם של דברים לא מצאנו להתערב בתוצאת פסקי דינם של שני בתי המשפט הקודמים. נקודת המוצא לדיוננו היא, כאמור העיקרון הבסיסי המונח ביסוד דיני הירושה, לפיו יש לקיים את דבר המת, בעקבות כלל המשפט העברי "מצוה לקיים דברי המת" (בבלי גיטין י"ד, ע"ב); ראו ב"צ גרינברגר "מצוה לקיים דברי המת" – הכלל והשלכותיו", פרשת השבוע בראשית (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים), תשע"ב-2012, 368; מ' ויגודה, "על הצוואה", שם 361; פרופ' ש' שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1915 (תשנ"ב), 229; ע"מ (י-ם) 729/05 סובול נ' לויטן (2005), פסקאות 29 ואילך. להלכה כפי שנקבעה ראו שולחן ערוך חושן משפט רנ"ב ב "מצוה לקיים דברי המת אפילו ברי שצוה ומת, והוא שנתנו לשליש (לנאמן – א"ר) לשם כך; (הגה) אבל היו בידי קודם ולא לשם כך, או שבעו לידו אחר הצוואה, אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת...". עיקרון זה מהווה חלק מתרבותנו הכללית והמשפטית (ראו ע"א 724/87 כלפה נ' גולד, פ"ד מח(1) 22, 29 (1993); א' ברק פרשנות במשפט – פרשנות הצוואה (58), והוא נגזר מן האוטונומיה של הרצון הפרטי (ראו ע"א 1482/92 הגר נ' הגר פ"ד מז(2) 793, 802-803 (1993); ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772, 784 (1989)). העיקרון לפיו יש לקיים את דבר המת מעניק איפוא למצוה חופש לקבוע את תוכן צוואתו. יש בכך גם רכיב של הגינות מוסרית בסיסית. מרבית המצוים מן הסתם, עשו את הונם בעצמם. פרי עמלם מקנה להם את הזכות – שבעיני היא גם חוקתית (ראו סעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) – לעשות בו כרצונם. בודאי בישראל, מעטים יחסית הם שעשו את הונם מאבותיהם, אך גם לאלה נתונה הזכות הקניינית. אולם חופש זה אינו מוחלט; דוגמא להגבלת חירותו של מצוה היא הוראת צוואה על דרך יורש אחר יורש, הרלבנטית לענייננו, לאחת השיטות.

מב. הסדר יורש אחר יורש חקוק בסעיף 42 לחוק הירושה, הקובע כי:

"(א) המצוה רשאי לצוות לשניים על מנת שיזכה השני אחרי שזכה הראשון; השני יזכה במות הראשון או בהתקיים התנאי או בהגיע המועד שנקבע לכך בצוואה, הכל לפי המוקדם יותר.
 (ב) הראשון רשאי לעשות במה שקיבל כבתוך שלו, והשני לא יזכה אלא במה ששייר הראשון; אולם אין הראשון יכול לגרוע מזכותו של השני על ידי צוואה.
 (ג) השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצוה בשעת זכייתו, אף אם לא היה כשר לכך במות המצוה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או

שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת.
 (ד) הוראת צוואה על דרך זו ליותר משניים - בטלה, זולת הוראה לטובתו של מי שהיה בחיים בשעת עשיית הצוואה."

הטעם להגבלת זכותו של המצוה הוא שאין החברה מעוניינת לאדם שנפטר לשלוט על נכסים מקברו ("שלטון המת" או "שלטון הרפאים" בלשונו של השופט קיסטר בבר"ע 108/75 גרייבר נ' גרייבר, פ"ד כט(2) 673, 679 (1975)).

מג. כאמור מעלה, סגן הנשיאה שנלר והשופט ברנר נחלקו בשאלה האם סעיף 11 לצוואת ברוד מורה – בהתאמה – על הסדר של שמירה (במוסד או בגנזך) לפי סעיף 45 לחוק הירושה או הסדר של יורש אחר יורש. לאחר העיון סבורני כשלעצמי, ומבלי לטעת בהכרח מסמרות כיון שהתוצאה אליה הגיעו זהה, כי פרשנות סעיף 11 לצוואת ברוד בשילוב נסיבות המקרה, כפי שפורטו בהרחבה בפסקי הדין של בתי המשפט הקודמים, נוטה יותר למסקנה, שברוד ביקש ליצור בצוואתו הסדר מסוג "יורש אחר יורש"; דומה כי התחקות אחר לשון הצוואה ואומד דעתו הבסיסי של ברוד (ראו סעיף 54 לחוק הירושה) מובילים יותר לכיוון זה. אכן, סגן הנשיאה שנלר נדרש לבחינה "פנימית" של הוראתה המקורית של הצוואה, ומצא כי זו לא קוימה בנקודה חשובה, בחירת המוסד בו יפקד עזבונו הספרותי של ברוד, ואילו השופט ברנר בדק "חיצונית" את השאלה האם לפנינו המבנה המורכב של "יורש אחר יורש" וסבר כי לכך כיון המנוח. ואחר שאמרתי זאת, איני סבור כי שתי הפרשנויות אינן יכולות לדור בכפיפה אחת, שהרי יתכן כי לא תקוים הוראת צוואה בלא קשר לכך שהצוואה כוללת הסדר של "יורש אחר יורש"; ועל כן אפשרית גם הפרשנות האחרת (ראו ע"א 545/87 דפנה גרינברגר נ' לביה שטיין, פ"ד מד(2) 733 (1990)). אזכיר, כי הנשיא ברק עמד על אופן פרשנות הצוואה בע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפורופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817 (1997):

"בפרשנותה של הצוואה יש להתחשב בשני יסודות מרכזיים: לשון הצוואה ואומד דעת המצוה. בעיית היסוד בפרשנות הצוואה – כמו בפרשנותו של כל טקסט משפטי – הוא ביחס בין הלשון לאומד הדעת, בין 'הגוף' (ה-*verba*) לבין 'הנשמה' (ה-*voluntas*)... יחס זה מעורר קושי מיוחד בפרשנות הצוואה. מחד גיסא, עומד הרצון והצורך לכבד את רצון המת... מאידך גיסא, ניצבים אנו בפני המציאות, בה המצוה אינו עוד בחיים. שוב אין הוא יכול לעשות צוואה או לשנות מהצוואה שעשה. כל שנותר לנו היא הצוואה אותה עשה. אותה

עלינו לפרש. אל לו לפרשן לערוך למצוה צוואה שהוא רצה לערוך אך שלא ערך אותה, הלכה למעשה".

מד. כמובן, מקום שלשון הצוואה אינה ברורה בעליל, תרים אנו אחר אומד הדעת באשר לרצונו של המצוה, הנלמד ממכלול הנסיבות, והוא שיכריע את הכף בפרשנות. בנידון דידן קשה להלום את טענת המבקשות, כי לאחר פטירתה של הופה עבר החיוב לנהל את עזבון ברוד למבקשות-יורשותיה או כי היה בידיה של הופה להוריש חלקים מעזבונו הספרותי של ברוד למבקשות. ראשית, סעיף 42(ב) לחוק קובע, כי לא ניתן לגרוע מזכותו של היורש השני על ידי צוואה, ולכן לא הייתה יכולה הופה להוריש לבנותיה את עזבונו הספרותי של ברוד, וגם לא את ניהולו (לדיון כללי בהסדר יורש אחר יורש, ראו שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין דיני ירושה ועיזבון (מהדורה שביעית – התשע"ד (2014), 150-154). שנית, ניתן בעליל ללמוד, כי ברוד לא היה מעוניין להעביר את ניהול עזבונו לידי בנותיה של הופה, וזאת הן מלשונו המפורשת של סעיף 11 והן מאומד דעתו של ברוד, כנלמד מסעיפים אחרים בצוואתו ומראיות נוספות. כך, סעיף 9 לצוואת ברוד קובע כי: "במקרה וגב' אילזה אסתר הופה תמות לפני או ביחד איתי, הנני מצוה שיורשיה עפ"י דין, שהם בחיים בזמן מותי, או שהם היו יורשיה עפ"י דין במקרה שהיא היתה מתה בזמן מותי, יבואו במקומה. במקרה זה אני מצוה שמר שמעון פריץ האז, עורך דין בתל-אביב, רחוב אלנבי 100, יהיה מבצע צוואתי" (ההדגשה הוספה – א"ר), ובסעיף 10 לצוואה נקבע כי: "הנני מצוה שגב' אילזה אסתר הופה תהיה היחידה שתהיה רשאית להוציא לאור את כל יצירותי... במקרה ויורשי יהיו הנזכרים בסעיף 9 לעיל, יהיה מבצע צוואתי רשאי להוצאה לאור". שני סעיפים אלה עניינם מינוי מנהל עיזבון חלופי במקרה בו הופה תלך לעולמה לפני ברוד, והעברת הרשות להוציא את הכתבים לאור למנהל עיזבון חלופי זה. על פני הדברים, המשמעות היא כי המנוח ברוד חפץ בהוצאת כתביו והיה מעוניין כי גורם ספציפי – עו"ד האז המנוח – ידאג לכך ולא יורשות הגב' הופה.

מה. דברים אלה מתחזקים מעיון בסעיף 12 לצוואת ברוד, אשר קבע הוראה מקבילה לגבי הטיפול בעזבונו הספרותי, תוך התייחסות מפורשת לסעיף 11 לצוואה: "במקרה ויורשתי תעבור בהתאם לסעיף 9, יחליט מבצע צוואתי שיכהן במקרה זה את ההחלטות בהתאם לפסקה האחרונה ולפני האחרונה של סעיף 11 בהתיעצות עם האנשים שנקבעו בסעיף 10 או אחד מהם והוא יבצע את הוצאת כתבי ויצירותי המוסיקליות לאור או יסיים את הוצאתם עד כמה שתהיה דרישה לזאת". סעיף זה קובע כי אם תלך הופה לעולמה לפני המנוח או יחד עמו, יעבור ביצוע הוראות סעיף 11 למנהל עזבונו של המנוח, עו"ד האז, ולא לידי המבקשות; מוטלת עליו גם חובת התיעצות עם ד"ר פליקס ולטש, שלום בן-חורין, ד"ר ירג מאגר, וקרל סיליג. עינינו

הרואות כי סעיפים אלה, העוסקים במקרה פטירתה של הופה לפני פטירתו של ברוד או עמו יחדיו, מלמדים שברוד הקפיד למנוע מיורשות הופה (המבקשות) את הזכות להחליט באשר לגורל עזבונו הספרותי. וכלל ברשימה אישים הקרובים לרוחו הספרותית. אוסיף, כי ולטש (1884-1964) – למשל – היה קרוב לברוד בלב ובנפש, והוא כתב עליו דברים של חיבה והערכה עמוקות בימי הולדתו ה"עגולים", בהגיעו לששים ("פנקס קטן", דבר 6.10.44), לשבעים (דבר 5.11.64) ועם פטירתו ("לזכר פליקס ולטש, הידיד" (דבר 11.12.64)); והיכן עבד ולטש מאז 1940, אם לא כספרן בספריה הלאומית. שלום בן-חורין (1913-1999) היה עיתונאי ואיש רוח קרוב בהשקפותיו לברוד.

מו. ועוד, מדברים מפורשים ביותר שכתב ברוד להופה לאחר הצוואה הראשונה ניתן ללמוד, כי לא היה מעוניין שעזבונו הספרותי יעבור לידי המבקשות גם במקרה בו הופה תלך לעולמה לאחר מותו. כך, ביום 20.1.57 כתב ברוד את הדברים הבאים:

"אל אסתר הופה

משהו בצוואתי איננו כשורה, למרות הקודיצייל, מאחר והקודיצייל תקף רק במידה ותלכי לעולמך לפני. אך אני רוצה שגם אם תמותי אחרי (הרבה) (ההדגשה במקור – א"ר) אחרי, כפי שאני מקווה), בנותייך (ויורשיך) לא יצטרכו לטפל בשום צורה בעיזבוני הספרותי שלי – עליך לכתוב צוואה משלך, כך שייפוי כוח לטיפול בעיזבוני זה יועבר לד"ר פליכס וולטש, או למקרה שהוא כבר לא יהיה בין החיים למישהו אחר (כגון וואגנבך (המחיקה במקור – א"ר) בן חורין). סכום הרווחים הנקיים, לאחר קיזוז כל העמלות וההוצאות [וכן של שכר הולם עבור מי שטרם עבורו] יועבר לטובת בנותייך, אולם את זכות ההחלטה יש להעביר למישהו שאני יקר לו (ההדגשה הוספה – א"ר)."

מכתב זה – המזכיר את חבריו של ברוד הקרובים לרוחו – נכתב אמנם ביחס לצוואתו הראשונה של ברוד, אולם גם בה נכלל הסדר דומה, לפיו לאחר פטירת הופה יעבור עזבונו הספרותי לשמירה בארכיון ציבורי (סעיף 8 לצוואה משנת 1948). לא עלה בידי המבקשות להראות כי רצונו של ברוד השתנה, ומגמתו ברורה בעליל, עד כי אינה מותירה מקום לספק. ובאשר להבחנה בין הארץ לחו"ל, אכן הוא בא מן התרבות הגרמנית (בעיר הולדתו פראג, אז חלק מן האימפריה האוסטרו-הונגרית) בה יצר, אך ללא ספק נטה אהלו ונטע פעילותו בארץ, ולכך יש ליתן משקל.

מז. המבקשות טענו כי קשה להניח שברוד ביקש ליצור בצוואתו הסדר שלא היה מוכר ונהוג בשיטת המשפט הישראלית בעת שערך צוואתו, והעובדה שלא השתמש

במונח "יורש אחר יורש" מעידה כי לא כיוון להסדר מסוג זה. אין להלום טענה זו. ראשית, כפי שפסק בית המשפט המחוזי, צוואתו של ברוד נערכה אמנם טרם נחקק חוק הירושה, אולם סעיף 157 לחוק הירושה קובע הוראות מעבר לפיהן החוק חל גם על צוואות שנערכו בטרם נחקק, ובלבד שהמוריש נפטר לאחר שהחוק נכנס לתוקף. שנית, העובדה שברוד לא השתמש במונח "יורש אחר יורש" אינה מעלה או מורידה כשלעצמה. חזקה על אדם המצוה לשניים בזה אחר זה שהדברים מכוונים להוראות שכמותן נכללו בסעיף 42 לחוק הירושה (ראו בר"ע 249/75 לנה לביא (לויו) לבית דינצ'ט נ' אסתר (גוטר) יפה, פ"ד ל(2) 188 (1976)). לבסוף, עוד טרם חקיקתו של חוק הירושה הכיר המשפט הישראלי בהסדר זה באמצעות ההסדר הקיים במשפט העברי – "לך ואחריך לפלוני" (רמב"ם, משנה תורה הלכות זכיה ומתנה, פרק י"ב; וראו ע"א 324/59 תם נ' קהתי ואח', פ"ד יג, 2124 (1959)).

מח. מן האמור מעלה עולה כי ברוד גילה דעתו בבירור, שהוא מעוניין כי זכותן היחידה של המבקשות ביחס לעזבונו הספרותי תהא זכות התמלוגים. לפיכך, משעה שנפטרה הופה בלא שסיימה את תפקידה כמנהלת עזבונו של ברוד, קרי, בלא שערכה סידורים להעברת עזבונו הספרותי לגנוזך בארץ או בחו"ל, היה על בית המשפט למנות מנהל עיזבון במקומה, לאחר שהלך עו"ד האז לעולמו. הדברים נכונים בין אם נלך בדרכו של סגן הנשיאה שנלר ובין אם נלך בדרכו של השופט ברנר, והרי התוצאה זהה כאמור.

מט. המבקשות טענו גם כנגד פסיקת בית המשפט לענייני משפחה, אותה קיבל בית המשפט המחוזי, כי יש להעביר את עזבונו של המנוח ברוד לספריה הלאומית. בהקשר זה, לדידי, לשון צוואתו של ברוד יצרה שילוב בין הסדר של יורש אחר יורש הקבוע בסעיף 42 (ולעניין זה אפשרי גם הסדר סעיף 45) לבין סעיף 29 לחוק, הקובע כי:

"אין המצוה יכול למסור לאחר את קביעת האדם שיזכה מן העיזבון או את קביעת החלק היחסי או המנה שאדם יזכה בהם; אולם אם ציין המצוה בצוואה אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה, או ציין נכסים שמתוכם יש לבחור מנה, רשאי לבחור מי שהמצוה קבעו לכך בצוואתו; ואם לא קבע המצוה, או שקבע והבחירה לא נעשתה תוך זמן סביר, יבחר בית המשפט או אדם שיקבע בית המשפט"

סעיף זה מאפשר למצוה לקבוע קבוצה של אנשים שרק מתוכם אפשר לבחור יורש, והאדם אשר נבחר על ידי המצוה זכאי לבחור את היורש מתוכם. אמנם המקרה השכיח של הסדר מסוג אחר יורש אחר יורש הוא בהיות היורש השני מוגדר, אולם נראה כי אין

מניעה לשלב בין שני ההסדרים; זאת בהתאם לסעיף 53 לחוק, הקובע כי הוראות סימן ג' לחוק, לרבות ההוראות הרלבנטיות בסעיף 42, חלות ככל שאין בצוואה הוראות אחרות (ראו רע"א 3130/05 יורשי המנוחה א.ר. ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי כמנהל עיזבון המנוחה מ.ר. ז"ל (2006); ע"א 541/85 עיזבון המנוח יונה רובין ז"ל נ' לוי (1985)). בענייננו, קבע ברוד בצוואתו כי הופה היא שתבחר מי מבין המוסדות הנזכרים בסעיף 11 יהפוך ליורש השני. הוראה זו מהווה מעין חריג לאיסור על מינויו של אדם אחר לעשיית צוואה במקום המוריש. במקרה דנא, ברוד קבע בצוואתו רשימה הכוללת חלופות, אולם מדובר בקבוצה מוגדרת של מוסדות – ספריות או גנזכים (ארכיונים), אך יש להניח שהכונה הבסיסית היתה לספריות, כאיש שפרסום יצירות של אחרים ושליו היה במוקד פעילותו – ולכן ההסדר עונה על דרישת המסוימות הקבועה בסעיף (ראו ע"א 4660/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' לישיצקי, פ"ד נה(1) 88 (1999)). כך גם אם נראה את הדברים במשקפי סעיף 45 לחוק, משלא קוימה הוראת המצוה, באשר ניתן לשלבה עם הוראת סעיף 29.

נ. עוד קובע סעיף 29 לחוק, כי הבחירה צריכה להיעשות בתוך זמן סביר, ואם לא כן יבחר בית המשפט או אדם שיקבע בית המשפט. הופה נמנעה במשך כ-40 שנה מביצוע הבחירה שעליה ציוה ברוד ואין ספק כי פרק זמן זה הוא בלתי סביר. נוכח זאת והמסקנה שהובאה מעלה כי למבקשות אין זכות, מלבד זכות לפירות, בעזבונו הספרותי של ברוד, לבית המשפט הסמכות לבחור לאיזה גוף יש להעביר את עזבונו של ברוד. אוסיף, כי אף אני סבור שהפרשנות לפיה ציונה של ספריית האוניברסיטה העברית, שהפכה לספרייה הלאומית, כאפשרות הראשונה בצוואת ברוד, מלמד כי זו הייתה האפשרות המועדפת עליו; היא גם תואמת את היותו של ידידו הקרוב פליכס ולטש, עובד הספרייה לאורך שנים.

נא. לעניין מסירתם של כתבי קפקא להופה במתנה קבע בית המשפט המחוזי, שהכתבים הללו לא נמסרו לחזקתה של הופה בהיות ברוד בין החיים, וכן כי לא הוכחה על-ידי המבקשות נטילת אותם כתבים כמתנה, כנדרש במג'לה. לכן, גם אילו התכוון ברוד להעניק למנוחה מתנה – היא לא הושלמה כדין, ואין לה תוקף. קביעה עובדתית זו נעשתה על סמך ניתוח מפורט ויסודי של הראיות שעמדו בפניו בתי המשפט, ואין מקום להתערב בה.

נב. נותרה שאלה אחת שטרם הוכרעה, והיא שאלת היקף עזבונו הספרותי של ברוד. ודוקו, השאלה העומדת על הפרק היא האם עזבונו הספרותי של ברוד כולל את כלל

כתבי קפקא או רק אותם כתבים שקיבל במתנה לפני מותו של קפקא. שאלה זו נותרה ללא הכרעה בהחלטתו של השופט שילה ובפסק דינו של בית המשפט לענייני משפחה, והוכרעה לראשונה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. כמפורט מעלה, השופט ברנר פסק כי ברוד לא היה הבעלים של אותם כתבי קפקא שנטל מדירתו של האחרון לאחר פטירתו (פסקה 80 לפסק דינו). אציין כי בדיון לפנינו, לא ידעו הצדדים להשיב האם מצויים בכספות שנפתחו כתבים מקוריים של קפקא, ולכן הנפקות המעשית של הכרעה בסוגיה זו לא התבררה עד תומה. אף על פי כן, ועל מנת לסיים פרשה זו – הנמשכת זמן רב – הגיעה העת להכרעה. כזכור, נפתחו הכספות לאחר מאבק משפטי, שבו התנגדו המבקשות לפתיחתן (רע"א 4556/10 הופה נ' האפורופוס הכללי (2010)).

נג. השופט ברנר למד ממכתבו של ברוד להופה מיום 2.4.52, כי ברוד לא ראה עצמו כבעלים של כתבי קפקא אותם נטל מדירתו לאחר מותו, ולא היה כזה. במכתב האמור כתב ברוד: "כבר בשנת 1945 נתתי לך במתנה את כל כתבי היד ואת המכתבים של קפקא השייכים לי. בצוואה משנת 1948 מצוין בסעיף 2 כי כל עזבוני הספרותי, הספרייה שלי, כתבי היד, המכתבים וכו', שייכים לך, ובכך כמובן יש לכלול גם את הזכרונות לקפקא, מכתבים וכתבי יד של קפקא, הנמצאים ברשותי ובבעלותי" (ההדגשות הוספו – א"ר). בפרשנות מכתב זה הדגיש השופט ברנר את התייחסותו של ברוד לכתבי קפקא הנמצאים בבעלותו, אך לא נדרש גם לכתבים הנמצאים ברשותו. השאלה היא כיצד יש לקרוא את המלים "ברשותי ובבעלותי" – האם יחדיו, קרי, כי ברוד סבר שכלל כתבי קפקא, אלה שבדשותו ואלה שבבעלותו, הם חלק מעזבונו הספרותי; או שמא יש לייחס את הצירוף "ברשותי ובבעלותי" לכתבים שנמסרו לברוד בחיי קפקא ולא אלה שנטל. נוכח העובדה שירשי קפקא בחרו שלא להשתתף בהליכים במהלך השנים ולא לתבוע כי כתבי יד אלה יועברו לידיהם, אין בידינו לומר כי הם מבקשים להשתתף בהכרעה זו. כשלעצמי נראה לי כי להבדיל מכתבי קפקא אותם קיבל ברוד במתנה, ושהיו בבעלותו וברשותו של ברוד, הנה הכתבים שנטל לאחר מותו של קפקא אינם יכולים להראות ככאלה שהיו "בבעלותו וברשותו"; הם היו ברשותו בלבד. לכן אין לראות את הכתבים האלה כחלק מעזבונו הספרותי של ברוד, אך מטעמים מעשיים ובהיעדר טענת נגד של יורשי קפקא, יימסרו אף הם יחד עם שאר החומרים לספרייה הלאומית, וברי כי המבקשות אינן זכאיות להנאה כספית זו או אחרת מכתביו של קפקא שהיו אך בחזקתו של ברוד. תוצאה זו, לטעמי, באה גם בגדרי השכל הישר.

נד. באשר לטענת המבקשות בנוגע לחפציה האישיים של הופה, הנמצאים לשיטתן בכספות, אין לי אלא להפנות לדבריו של בית המשפט המחוזי, כי "אין באמור לעיל

(פסיקתו של בית המשפט כי הכספות אינן מכילות רכוש פרטי של הופה – א"ר) לגרוע מזכותו של מנהל עזבון ברוד, לאחר שיקבל לרשותו את מלוא המסמכים שנמצאו בכספות וימייין אותם באופן קפדני, למסור למערערות מסמכים אשר לדעתו הם אכן מסמכים פרטיים של הופה, שאינם חלק מעזבונו של ברוד, וראוי שכך ינהג, הכל בכפוף לאישורו מראש של בית המשפט לענייני משפחה, אליו ניתן יהיה לפנות בבקשה מתאימה למתן הוראות. הוא הדין בספריה הלאומית, שתוכל אף היא לפעול כאמור לאחר שהמסמכים יימסרו לידיה" (פסקה 139 לפסק דינו של השופט ברנר); ואוסף, זכותם ואף חובתם של מנהל העיזבון והספריה לנהוג בהגינות ולהשיב למבקשות מסמכים פרטיים של הופה.

נה. המבקשות טענו בבקשתן כנגד הוצאות המשפט שהושתו על ידי שני בתי המשפט הקודמים. כידוע "אין מדרכה של ערכאת ערעור, לא כל שכן ערכאת ערעור בגלגול שלישי, להתערב בפסיקת הוצאות על-ידי ערכאה דיונית, למעט במקרים חריגים; וככלל אין בית משפט זה נוטה להידרש לפסיקת הוצאות על-ידי בית משפט שקדם, גם אם ניתן היה לפסוק אחרת" (רע"א 1589/06 עו"ד נאו"י נ' חסין, פסקה ה (2006); וראו גם ע"א 9535/04 סיעת "ביאליק 10" נ' סיעת "יש עתיד לביאליק" (2005); רע"א 6894/14 AIG חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית (2014)). איני מוצא כי המקרה שבפנינו נמנה עם המקרים החריגים המצדיקים סטיה מן הכלל. עם זאת, כפי שייאמר להלן, החלטנו שלא להשית הוצאות בבית משפט זה.

נו. לפני סיום אבקש להקדיש מספר מלים לאחריות הכבדה, ולא פחות חשוב מכך – החשובה והראויה, המוטלת על המשיבים 3 ו-4, מנהלי עזבון ברוד והספריה הלאומית בהתאמה. למרות רצונו של ברוד, כפי שבא לידי ביטוי בראיונות שנערכו עמו, לזכות בהכרה בארץ, בה חי ויצר כמעט שלושים שנה בטרם הלך לעולמו, היה עזבונו הספרותי מוטל במשך עשרות שנים כאבן שאין לה הופכין בכספות בנקים או כספות אחרות, ויש להצר על כך מאוד. מדובר באחד מאישי התרבות החשובים והמוערכים במאה העשרים. לדידנו, על הספריה הלאומית לעשות כל שלא ידה כדי לחשוף לציבור הרחב בישראל את יצירתו של ברוד, ותפקידו של מנהל העיזבון לדאוג לכך במסגרת ההקדש שיוקם. כך גם הובהר למשיבים 3 ו-4 במהלך הדיון בפנינו. הדברים לא נפלו על אזניים ערלות – ביום 29.6.16 הגישה המשיבה 4 הודעה ובה מסרה, כי "מעבר לנמסר בדיון לגבי שיתוף הפעולה שהספריה הלאומית רואה עצמה כמחויבת לקיים עם הוצאות לאור אשר יבקשו להוציא לאור את כתביו, בדעתה של הספריה הלאומית אף ליזום תרגום לעברית ולפעול להוצאה לאור אנתולוגיה של

כתביו של מקס ברוד שיתגלו בעזבונו לאחר שיגיע לספריה הלאומית". על כך אין אלא לברך, ולקוות שתכניות אלה ייצאו אל הפועל במהרה. רשמנו לפנינו דברים אלה ואנו רואים אותם כהתחייבות מצד הספריה, לצד מנהל העיזבון, בדפי פסק דינו ובגדריו. אנו מקוים כי גם יתר המשיבים יתנו ידם לכך. ושמא יזכה מכס ברוד במלאת יובל לפטירתו (2018) לתחיה ספרותית ראויה.

נו. סוף דבר: אין בידינו להיעתר לערעור. בנסיבות, אין צו להוצאות.

המשנה-לנשיאה

השופט י' דנציגר :

אני מסכים.

שופט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

ניתן היום, ג' באב התשע"ו (7.8.2016).

שופט

שופט

המשנה לנשיאה