

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 4660/94

ע"א 5056/94

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לזין
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופט מ' חשין

המערער בע"א 4660/94
והמשיב בע"א 5056/94: היועץ המשפטי לממשלה

נ ג ד

המשיב בע"א 4660/94
והמערער בע"א 5056/94: משה לישיצקי

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 26.6.94 בתיק
עזבונות 8171/90 שניתן על ידי
כבוד השופטת ש' סירוטה

תאריך הישיבה: יא' בסיון תש"ס (16.6.97)

בשם המערער: עו"ד יוסף זילביגר

בשם המשיב: עו"ד אריה קורץ ועו"ד צבי קורץ

פ ס ק - ד י ן

השופט א' מצא:

המנוחה בטי לישיצקי ז"ל נפטרה ביום 26.4.90. שלוש שנים וחצי לפני פטירתה (ביום 26.10.86)

עשתה המנוחה צוואה, עליה חתמה בפני שני עדים. וזה לשון הצוואה:

"לישיצקי בטי
26.10.86

אני בטי לישיצקי, ת.ז. 002816502 ילידת 12.07.23 מצווה בזה לתרום כל רכושי כולל תכולת הכספת בבנק לאומי סניף כנר המדינה לחייל טוב, בן-אדם, שרוצה ללמוד ואין לו אפשרות, לסייע לו ללמוד, לרכוש עבורו דירה ולקדמו בחיים.

החייל יגיד קדיש לזיכרי.
אני מדגישה כי שום דבר מחלקי לא יושאר לבעלי משה לישיצקי או לבני המאומץ זיו-אברהם לישיצקי.

אני מצהירה כי זו בקשתי ואני חותמת עליה בהכרה מליאה וצלולה.
אני מבקשת למנות את מר חורין יעקב ת.ז. 007557337 כנאמן ומבצע צוואתי, ביחד עם עורך דין שימונה על ידו. הנאמן ומבצע הצוואה ידאג לקבורת הגב' לישיצקי באופן מכובד.

זו חתימת...
עדים לחתימה..."

לאחר פטירת המנוחה ביקש היועץ המשפטי לממשלה מבית המשפט המחוזי לקיים את צוואתה. בעלה של המנוחה, משה לישיצקי (להלן: המשיב), שהקדים והגיש לבית המשפט בקשה להכריז על ירושת המנוחה, התנגד לקיום צוואתה. טעמי התנגדותו כללו, בין השאר, השגות על כושרה של המנוחה להבחין בטיבה של צוואה, וטענות בדבר פגמים שנפלו הן בכתב הצוואה והן בתצהיריהם של עדי הקיום. בנוסף - וכטענת-סוף משפטית - טען המשיב, כי צוואת המנוחה אינה עומדת בדרישת הסף לתקפות צוואה שאינה כוללת הוראה בדבר זהות הירושה, הקבועה בסעיף 29 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ולפיכך יש להכריז עליה כבטלה. בהסכמת הצדדים דנה השופטת המלומדת, תחילה, בטענתו המשפטית של המשיב. משהחליטה לקבלה, פסקה שאין לקיים את הצוואה, מבלי שנדרשה לטעמי ההתנגדות האחרים; וכפועל-יוצא מכך הורתה ליתן צו ירושה, כעתירת המשיב. בפסק-דינה לא התייחסה השופטת כלל לשאלת ההוצאות, ומשהעלה המשיב נושא זה במסגרת "בקשה לתיקון השמטה בהחלטה", דחתה השופטת את בקשתו בנימוק, ש"לא היתה זו השמטה" וכי בהליך "אכן היה קושי שבא-כוח היועץ המשפטי צריך ויכול היה להתייחס אליו".

לפנינו ערעורים מזה ומזה. היועץ המשפטי לממשלה מערער (בע"א 4660/94) על החלטת בית המשפט המחוזי שלא לקיים את הצוואה; ואילו המשיב מערער (בע"א 5056/94) על אי-זיכוי בהוצאות משפט ושכר-טירחת עורך-דין.

פסק-דינו של בית המשפט המחוזי

2. המנוחה לא קבעה בצוואתה את האדם שיזכה בעיזבונה. עם זאת תיארה בצוואתה את תכונות הירושה המיועד ("חייל טוב, בן-אדם") ואת התנאים לזכייתו ("שרוצה ללמוד ואין לו אפשרות"). כן נתנה ביטוי מפורש לרצונה להדיר מירושתה את בעלה (המשיב) ואת בנה המאומץ. השאלה המרכזית, שהוצבה להכרעת בית המשפט המחוזי, היתה, אם בתיאור המצוי בצוואה יש משום ציון "אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה", כמשמעו בסעיף 29 סיפה לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. בא-כוח היועץ המשפטי, שהציע להשיב לשאלה האמורה בחיוב, הוסיף וטען - לחלופין - כי את צוואת המנוחה ניתן ויש לפרש ככוללת הוראה ליצירת הקדש, על-פי סעיף 17(א)(2) לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979. בהקשר זה טען, כי במקרה של סתירה בין הוראות חוק הנאמנות לבין הוראות חוק הירושה ביחס לצוואה, יש להעדיף ולהחיל על הצוואה את הוראות חוק הנאמנות; וכי על-פי הלכת ע"א 477/88 היועץ המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל-אביב, פ"ד מד(2) 476, חל דין זה גם

בהיעדר הוראה מפורשת בצוואה ליצירתו של הקדש. ובכל אחת מטענותיו האמורות תמך בא-כוח היועץ המשפטי את יתדותיו, בין היתר, גם בעיקרון המנחה בפרשנות צוואות, לפיו יש להעדיף ככל האפשר את הפירוש המקיים את רצון המצווה.

3. בפסק-דינה דחתה השופטת המלומדת את שני ראשי טיעונו של היועץ המשפטי. בהתייחסה לשאלה המרכזית שהוצבה להכרעתה קבעה השופטת, כי צוואת המנוחה אינה עומדת במבחנו של סעיף 29 סיפה לחוק הירושה. המנוחה אמנם ביטאה בבירור את רצונה שהזוכה יהיה חייל. מהוראתה ש"החייל יגיד קדיש" לזיכרה, נקל להיווכח שכונתה היתה לזכות בעיזבונה חייל יהודי, ומקביעתה שהזוכה אמור להיות חייל "שרוצה ללמוד ואין לו אפשרות", ניתן גם להעלות שכונת המנוחה היתה לזכות "חייל סדיר דווקא" (קרי: חייל בשירות חובה). אך בכך, קבעה השופטת, אין משום הגדרה מספקת של הקבוצה; שכן "קבוצת החיילים (היהודים) הסדירים בצה"ל" הינה קבוצה כה רחבה עד שלא ניתן להגדירה כ"אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה". כדי לעמוד במבחנו של סעיף 29 - הסבירה השופטת - מוטל על המוריש לקבוע קבוצה מוגדרת של מועמדים לבחירה, שמתוכם ניתן לבחור זוכה. כך, למשל, אילו קבעה המנוחה "חייל מתוך גדוד, מתוך יחידה, או מתוך חיל מסוים, אפשר היה לומר שהמדובר בקבוצה מוגדרת", אך משקבעה שהזוכה ייבחר מקרב חיילי צה"ל המשרתים בשירות סדיר, כאילו לא קבעה דבר.

4. להלן דחתה השופטת גם את טיעונו החלופי של היועץ המשפטי. היא אמנם לא ראתה יסוד לפקפק, כי במקרה של סתירה בין הוראות חוק הנאמנות לבין הוראות חוק הירושה, בנוגע לצוואה, אכן ניתן להעדיף את הוראות חוק הנאמנות. אך, לדעת השופטת, מתן עדיפות להחלת חוק הנאמנות מותנה בכך שהמצווה הורה בצוואתו במפורש על יצירת הקדש והגדיר את מטרתו; ובענייננו, תנאי זה אינו מתקיים. זאת ועוד: מתוכן הצוואה עולה, כי המנוחה ביטאה את רצונה להוריש את רכושה לחייל יחיד; ומכאן שלא התכוונה לשורה של חיילים או להקדש. תמיכה לגישה זו נמצאה לשופטת בהוראת הצוואה "לרכוש עבורו דירה" (עבור החייל הזוכה - א' מ'). ברי, ציינה, שאם יקיימו הוראה זו, הרי שלאחר רכישת הדירה שוב לא ייוותרו בעיזבון נכסים מספיקים ליצירת הקדש. גם טענת היועץ המשפטי, שהמיצווה לקיים את רצון המנוחה מחייבת לפרש את הצוואה כבת-קיום על דרך יצירת הקדש, נדחתה. משהוברר, קבעה השופטת, שעל-פי אמות המידה שנקבעו בחוק הירושה דין הצוואה להיבטל, אין עוד מקום לבחון, במעטה הרצון לקיים את רצון המת, את האפשרות ליצור על-פיה הקדש. ולבסוף, משהגיעה למסקנה, כי ההוראה המקנה שבצוואה בטלה, פסקה השופטת (על יסוד הלכתו של ע"א 122/86 שפיר נ' קליבנסקי, פ"ד מד(1) 738), כי גם ההוראה השלילית שכללה המנוחה בצוואתה, להדיר את בעלה ואת בנה מן הירושה, אינה יכולה לעמוד. מכאן מסקנתה, כי יש מקום למתן צו המכריז על ירושתה של המנוחה, כעתירת המשיב.

5. כלום בהוראת המנוחה בצוואתה יש משום ציון "אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה", במשמעות האמורה בסעיף 29 סיפה לחוק הירושה? השופטת המלומדת השיבה לשאלה זו בשלילה, ומסקנתה וכן טעמיה מקובלים עליי. כן מקובלת עליי מסקנתה של השופטת (הגם שלא מכל טעמיה), כי צוואת המנוחה אינה יכולה להתפרש כיוצרת הקדש.

בחירת זוכה מקרב "אנשים"

6. הנורמה הבסיסית, המהווה נקודת מוצא לדיוננו, קבועה בסעיף 28 לחוק הירושה:

הצוואה מעשה אישי
 28. (א) אין צוואה נעשית אלא על ידי המצווה עצמו.
 (ב) הוראת צוואה התולה תקפה ברצונו של אדם שאינו המצווה - בטלה.

סעיף 29 לחוק - שעליו השתית בית המשפט המחוזי את הכרעתו - תוחם את גבולות תחולתה של הנורמה הבסיסית בשתי סוגיות: קביעת הזוכים לפי צוואה וקביעת החלק היחסי בעיזבון, או המנה, בה יזכה כל אחד מהם:

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

ובהקשר האמור מן הראוי להזכיר גם את הוראת סעיף 33 לחוק, בדבר בטלותה של "צוואה סתומה":

צוואה סתומה וכו'
 33. הוראת צוואה שאין לראות מתוכה למי ציווה המצווה או מה ציווה או שאין להבין את משמעותה - בטלה.

סעיפים אלה מגדירים כמה מתנאי הסף לתקפותה של צוואה, המנויים בסימן ב' של הפרק השלישי לחוק הירושה. למוריש נתונה זכות מוחלטת להורות בצוואתו מה יעשה בנכסיו לאחר מותו; והמיצווה לקיים את מיצוואתו חולשת על דין הצוואות כולו. ואולם, כצוואה תקפה ראויה להיחשב רק צוואה המקיימת את תנאי הסף.

עניינם המרכזי של שלושת הסעיפים, אותם הבאנו, הוא באיפיונה של הצוואה כמעשהו האישי והבלתי-תלוי של המוריש. על-פי הכלל, על המוריש, בעצמו, לקבוע בצוואתו הן את הזוכים בעיזבונו והן את החלק היחסי (או המנה) בה יזכה כל אחד מהם. אין הוא רשאי להטיל על אדם אחר, לקבוע במקומו את הזוכים, או את חלקיהם בעיזבון; ואין הוא רשאי לקבוע כי תוקף צוואתו יהיה מותנה ברצונו של אדם אחר. לפי האמור בסעיפים 28(א) ו-29 רישה - ולנוכח הוראתו של סעיף 33 - צוואה שאינה קובעת, ואף אין לראות מתוכה, למי ציווה המצווה או מה ציווה, אינה ראויה להיחשב כצוואה. ומסעיף 28(ב) עולה, כי הוראה בצוואה, התולה את עצם תוקפה של הצוואה ברצונו של אדם אחר, בטלה (ודוק: בטלות ההוראה מובילה, מניה וביה, גם לבטלותה של הצוואה; ראו: ע"א 119/89 טורנר נ' טורנר, פ"ד מה(2) 81, בעמ' 87; והאמור בספרו של פרופ' ש' שילה, **פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965** (התשנ"ב-1992) בעמ' 256-257).

7. בסעיף 29 סיפה לחוק סייג המחוקק במעט את חובת המצווה לקבוע בצוואתו, בעצמו, את הזוכים בעיזבונו וכן את חלקו (או את מנתו) של כל אחד מהם. כאן נקבע, כי "אם ציין המצווה בצוואה אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה, או ציין נכסים שמתוכם יש לבחור מנה, רשאי לבחור מי שהמצווה קבעו לכך בצוואתו". עוד נקבע כי "אם לא קבע המצווה, או שקבע והבחירה לא נעשתה תוך זמן סביר, יבחר בית המשפט או אדם שיקבע בית המשפט". בגדר הקלה זו, המהווה מעין חריג לאיסור על מינויו של אדם אחר לעשיית צוואה במקומו, יוצא המוריש ידי חובתו בהגדרת האנשים או הנכסים, שמתוכם יש לבחור את הזוכה או את הנכס. ואם קבע את קבוצת האנשים, או את רשימת הנכסים, בידו גם להטיל על אדם אחר את בחירת הזוכה (מתוך הקבוצה) או את הנכס (מתוך הרשימה). השאלה הניצבת לפנינו היא, מה גדרה של ההקלה עליה מורה סעיף 29 סיפה? ובהטעמת החלק הנדרש להכרעה בערעור שלפנינו, השאלה היא: מה רמת הפירוט, או המסוימות, בה מוטל על המצווה להגדיר את קבוצת האנשים מהם יבחר הזוכה, כדי להכניס את הוראתו לגדר תחולתו של סעיף 29 סיפה?

בע"א 433/88 ישפה נ' בן דב, פ"ד מב(4) 601 (להלן: פרשת ישפה), עמדה לדין צוואה, בה ציוותה המורשה את כל רכושה לצורכי צדקה, לפי מיטב שיקוליו של בנה, אותו מינתה כמנהל עיזבונה. אך בצוואה לא היתה כל התייחסות לאנשים שמתוכם יש לבחור את הזוכה. בקבעו כי הצוואה אינה עומדת במבחנו של סעיף 29 סיפה, פסק בית המשפט, כי "אף אם אין הכרח, כי האנשים שמתוכם יש לבחור את הזוכה יצינו בצוואה בשמותיהם, הרי, על כל פנים, ברי כי נדרש שהוראת הצוואה תתייחס לאנשים **מסוימים**" (דברי השופט ש' לוין, בעמ' 603). לימים באה לפני בית המשפט צוואה, בה ציוותה המורשה את כל רכושה "לטובת מילגות עבור סטודנטים וסטודנטיות עניים ונצרכים ללימוד גבוה, שנולדו ומתגוררים בקריית אתא" (ע"א 5825/92 עזבון המנוחה אסתר מיפלד נ' מסדר בני ברית, דינים-עליון לג 739; להלן: פרשת מיפלד). משהגיע בית המשפט

למסקנה, כי הצוואה מגלה את כוונת המורשה ליצור הקדש, על-פי סעיף 17 לחוק הנאמנות, שוב לא ראה צורך להכריע בשאלה אם "הגדרת קבוצת היורשים הפוטנציאליים הינה מסוימת דיה", וממילא אף לא בשתי שאלות-מפתח שהיא מעוררת: "האם המבחן שלפיו תוכרע שאלת המסוימות תלוי בשאלה האם גורם כלשהו יכול באופן אובייקטיבי לגלות מי הם חבריה של הקבוצה הנזכרת בצוואה ולנקוב בשמותיהם?" ו"האם דרושה הגבלה בהיקף הקבוצה?".

מבחנים להגדרת קבוצת אנשים

8. את פירושה של הוראת סעיף 29 סיפה יש לגזור משניים: מלשונה של ההוראה; ומן התפיסה הרעיונית הניצבת ביסודה. מלשון ההוראה ברור, כי היא תחול רק "אם ציין המצווה בצוואה **אנשים** שמתוכם יש לבחור זוכה". בצדק מציין פרופ' שילה (בספרו הנ"ל, בעמ' 261-262), כי למרות שהוראת הסעיף איננה מטילה הגבלה על מספר האנשים, הוראת המצווה צריכה לייחדם כ"קבוצה" מוגדרת ובעלת היקף מוגבל. אם לקבוצה יש ייחוד מוגדר (כגון: קבוצת כדורגל פלונית) מניית שמות השחקנים החברים בקבוצה אינה יכולה להוסיף דבר; אך גם אם מקבלים (כפי שמשמע מפרשת ישפה), כי גם במקרים אחרים אין צורך לנקוב במפורש בשמותיהם של כל חברי הקבוצה, "הקבוצה צריכה להיות קבוצה שלו רצה, יכול היה המצווה, בקלות יחסית, לנקוב בשמותיהם של כל בני הקבוצה מזכרונו".

אף עליו מקובל, שלקיום דרישת הסעיף, בדבר "ציון אנשים" בצוואה, צריכה הגדרת הקבוצה בידי המוריש לעמוד בדרישת המסוימות, שבלעדיה יתקשה הממונה לבחירת הזוכה לאתר ולזהות את כל חברי הקבוצה. נראה שכדי לעמוד בדרישת המסוימות צריכה ההגדרה לעמוד לפחות באחד משני המבחנים הבאים: מבחן השייך הקבוצתי, או מבחן הזיהוי הפרסונאלי. כאשר מורה המצווה לזכות אחד מחברי קבוצה מוגדרת היטב (חברי קבוצת כדורגל מסוימת, הסטודנטים בחוג מסוים באוניברסיטה פלונית, וכדומה), או מוסד מתוך קבוצה מוגדרת של מוסדות (אחת התזמורות הסימפוניות, למשל) אין הוא נדרש לציין בצוואתו אלא את שם (או תיאור) הקבוצה, שמתוכה ייבחר הזוכה. כגון דא, די במבחן השייך הקבוצתי להבטחת המסוימות והמצווה אינו מצופה לפרט יותר מכך. כן ניתן להניח, כי שמות הפרטים המרכיבים את הקבוצה (וביתר דיוק: אלה שירכיבו אותה ביום מותו), ואף מספרם, כלל אינם ידועים (ולרוב אף אינם יכולים להיות ידועים) למצווה במועד עריכת הצוואה. לא כך הדבר כאשר כוונת המצווה היא לזכות אחד מקבוצה, שאינה בעלת ייחוד מוגדר, אך כל חבריה ידועים ומוכרים למצווה בשעת עריכת הצוואה. הגדרה כזאת חייבת לעמוד במבחן הזיהוי הפרסונאלי. משמעות הדבר היא, שאם אין המצווה מפרט בצוואתו את חברי הקבוצה בשמותיהם, מוטל עליו לתארם בצוואתו באופן המאפשר להניח, שלוא רצה יכול היה, ללא קושי, גם לנקוב בשמותיהם. כזאת, למשל, היא הוראת מצווה לזכות בעיזבונו "אחד מבני-דודו", "אחד מחבריו לעבודה", וכדומה.

הרשאה כללית והרשאה מיוחדת

9. התפיסה הרעיונית, הניצבת ביסוד הוראת סעיף 29 סיפה, היא כי אין להכיר אלא בחריג צר ומצומצם לאיסור המוטל בסעיפים 28 ו-29- רישה לחוק, על הסבת הכוח לעשות צוואה מן המוריש לאדם אחר. ההסדר שנקבע פוסל מתן הרשאה כללית לאדם אחר למנות את היורשים (המוכרת במשפט האנגלו-אמריקני בשם (general power of appointment), אך מכיר בזכותו ליתן לאדם אחר הרשאה מיוחדת לבחירת זוכה מתוך קבוצת אנשים מוגדרת (special power of appointment). יצוין כי ארצות המשפט המקובל, ככלל, מכירות בתוקף צוואה הכוללת מתן הרשאה כללית לאדם אחר, למנות את ירשי המצווה במקום המצווה, ואינן רואות במתן הרשאה כזאת משום פגיעה בעיקרון שעל הצוואה להיות "מעשה אישי" של המצווה עצמו. הנימוק הרווח להכשרתה של הרשאה כללית הוא, שלהרשאה הניתנת בצוואה, לפעול בשם המצווה לאחר פטירתו, יש נפקות דומה להרשאתו לפעול מטעמו בחייו; ובהיעדר שיקול חברתי-ערכי, המצדיק לפסול את ההרשאה, מן הדין להכיר בתוקפה (ראו, למשל, את פסק-דינו של בית המשפט לערעורים באונטריו בפרשת *Re Nicholls* 321 (4th) 34 D.L.R. (1987), דברי השופט Krever בעמ' 329). נימוק אחר להכרה בהרשאה כללית הוא, שמבחינה מהותית זהה הרשאה כזאת להעברת הבעלות ברכוש למקבל ההרשאה, שעל-פי הצוואה עצמה רשאי לעשות ברכוש כרצונו; לזכות בו אחרים או להמשיך ולהחזיק בו בעצמו (ראו את פסק-דינו של בית המשפט העליון באוסטרליה בפרשת *Tatham v. Huxtable* (1950) 81 C.L.R. 639).

אפשר, אולי, שגישת המשפט המקובל למוסד ההרשאה הכללית מתיישבת טוב יותר עם העיקרון, שהוא גם מעיקרי שיטתנו, כי בפרשנותן של צוואות יש לחתור, ככל האפשר, לפירוש המקיים את רצונו של המצווה. אלא שחוק הירושה שלנו בחר לייסד את עצמו, בנקודה זו, לא על המשפט המקובל אלא (בעיקר) על החוק האזרחי האיטלקי (ראו סעיף 32 להצעת חוק הירושה מתשי"ב, ודברי ההסבר בעמ' 77, שם), השולל כחסר תוקף מתן הרשאה כללית בצוואה למינוי יורשים במקומו של המוריש, אך מכיר בתקפותה של הרשאה מיוחדת המסמיכה את המורשה לבחור את הזוכה מתוך קבוצת אנשים שהמצווה קבע בצוואתו. אך לעניין הסוגיה המעסיקה אותנו - רמת הפירוט, או המסוימות, בה מוטל על המצווה להגדיר את קבוצת האנשים מהם ייבחר הזוכה - נוכל להיעזר גם בהלכות המשפט המקובל.

10. ככלל, ניתן לומר, מבכר המשפט המקובל את מוסד ההרשאה הכללית על פני מוסד ההרשאות המיוחדות. לעתים, ודווקא על יסוד הרציונל של כיבוד רצון המצווה, ייטה בית המשפט לשלול, כבלתי-ראוי להכרה, את מוסד ההרשאה המיוחדת. ביטוי, גלוי ובוטה, לגישה זו מצוי בדברי השופט Hoffman בפרשת

1503 W.L.R. 1 [1990] *Re Beatty (dec'd)*, שבהתייחסו למוסד ההרשאה המיוחדת מבקר הוא

בחריות את עצם קיומו:

“In my view, such a rule, which no court has ever formulated, would itself be vague and uncertain. The question of what would constitute sufficient guidance to the executors is so much a matter of degree that I think it would be quite impossible to say in advance whether the power was valid or not” (at p. 1508).

על כל פנים, בתי המשפט בארצות המשפט המקובל נוטים שלא לאשר צוואה הכוללת הרשאה מיוחדת, אם הקבוצה שמתוכה יש לבחור את הזוכה לא הוגדרה בצוואה בלשון מדויקת ובאורח שאינו מותיר כל מקום לספק בדבר זהות חברי הקבוצה שמתוכם יש לבחור את היורש. יפים לכאן דבריו של Lord Macmillan, בפסק-דין שבכל הנוגע לתוקפה של הרשאה כללית בצוואה שוב אינו משקף את גישת הדין האנגלי; אך ענייננו הוא בהתייחסותו לדרישת המסוימות החייבת להתקיים בהגדרת "קבוצה", כתנאי לתוקפה של הרשאה מיוחדת:

“The choice of beneficiaries must be the testator’s own choice. He cannot leave the disposal of his estate to others. The only latitude permitted is that, if he designates with sufficient precision a class of persons or objects to be benefited, he may delegate to his trustees the selection of individual persons or objects within the defined class. The class must not be described in terms so vague and indeterminate that the trustees are afforded no effective guidance as to the ambit of their power of selection” (*Chichester Diocesan Fund and Board of Finance (incorporated) v. Simpson* [1944] A.C. 341, at p. 349).

וברוח דומה נוסח רעיון זה (מפי השופט Kitto), בפסק-דינו של בית המשפט העליון באוסטרליה,

בפרשת *Tatham v. Huxtable* הנ"ל:

“...the proposition should, I think, be accepted that a testamentary disposition in favour of a person or persons to be selected by someone other than the testator himself, if it is not to fail as infringing the general rule forbidding the delegation of testamentary power, must either confer upon the person authorized to make the selection a general power

equivalent to ownership or define with certainty a class or group from which the selection is to be made” (*ibid*, at p. 655).

כן ראו: *Lutheran Church of Australia v. Farmersw Co-operative Executors & Trustee* (LTD. (1970) 121, C.L.R. 628).

לכלל זה - מן הראוי לציין - יש רק חריג ידוע אחד: כאשר המוריש מצווה את רכושו למטרות צדקה, יוכל המורשה לבחור את הזוכה, אף אם המצווה לא הגדיר בצוואתו בבירור את הקבוצה (ראו: *A.G. v. National Provincial and Union Bank of England* [1924] A.C. 262, 264; *Chichester Diocesan Fund and Board of Finance (incorporated) v. Simpson* [1944] A.C. 341, at p. 371). עם זאת חשוב לומר, כי מחריג זה לא נוכל כלל להיבנות; שכן, משעלתה טענה ממין זה, בפרשת ישפה, דחה אותה בית המשפט בקבעו, כי "בהורשת רכוש 'לצרכי צדקה' אין כדי לעמוד בדרישת סעיף 29" (בעמ' 603, שם).

11. בדברים אלה מוצא אני חיזוק לדעתי, שקיום ההבחנה, בין הרשאה כללית לבין הרשאה מיוחדת, מותנה בהקפדה על כך שכהרשאה מיוחדת תוכר רק הרשאה, בה הגדיר המוריש באופן מדויק את הקבוצה שמתוכה ייבחר הזוכה. הגדרה כללית מדי, או לא-ברורה דיה, של הקבוצה, שאינה עומדת במבחן הזיהוי הפרסונאלי, ואף לא במבחן השיוך הקבוצתי, אינה מספקת למקבל ההרשאה את ההנחיות הנדרשות לבחירת הזוכה. פועל-יוצא מכך הוא, שהיא מותירה בידי מקבל ההרשאה שיקול-דעת רחב לקבוע את הזוכה על-פי הבנתו. הרשאה כזאת, אף אם על-פי ניסוחה התיימרה להיות מיוחדת, הינה לאמיתו-של-דבר הרשאה כללית. וההכרה בתוקפה של צוואה הכוללת הרשאה כזאת סותרת את הוראתו המפורשת של סעיף 29 רישה לחוק הירושה. בצדק מצוין פרופ' שילה (בספרו הנ"ל, בעמ' 261-262), כי "אם נאפשר קבוצות כה גדולות כמו 'הודים' להיכלל ביוצא מן הכלל, נעשה את הכלל פלסטר".

החוק האיטלקי

12. עיינתי בסעיפי החוק האיטלקי, שסעיפים 28 ו-29 לחוק הירושה מבוססים עליהם, ונחה דעתי, כי אין להפיק מהם הדרכה לגישה שונה. אסתפק בהבאת הנוסח של שניים מחלקיו של סעיף 631 לקודקס האזרחי האיטלקי, שבנתנו לשינוי קל, הרישה והסיפה של סעיף 29 לחוק הירושה נראים כאימוץ נאמן של תוכנם:

“631. (*Disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo*).

E' nulla ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall' arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario, ovvero la determinazione della quota di eredita'.

Tuttavia e' valida la disposizione a titolo particolare in favore di persona da scegliersi dall'onerato o da un terzo tra piu' persone determinate dal testatore o appartenenti a famiglie o categorie di persone da lui determinate, ed e' pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno tra piu' enti determinati del pari dal testatore...".

ובתרגום לאנגלית:

"631. (*Provisions left to the arbitrary choice of a third person*).

Any testamentary provision by which selection of the heir or legatee or specification of the share of the inheritance is made to depend on the arbitrary choice of a third person is void.

However, a provision by particular title in favor of a person to be designated by the person charged or a third person from among several persons designated by the testator or belonging to families or categories of persons designated by him is valid; and a provision by particular title in favor of one among several entities designated by the testator is also valid...". (ההדגשות שלי - א' מ')

נראה שהסיפה של סעיף 29 לחוק הירושה שונה מן הסיפה של סעיף 631 לחוק האיטלקי רק בכך, שלפי החוק האיטלקי בידי המוריש להגדיר בצוואתו, כמועמדים לבחירה על-ידי מקבל ההרשאה, לצד "אנשים אחדים", גם "משפחות" ו"קטיגוריות של אנשים", ואילו לפי סעיף 29 סיפה, מוטל על המוריש לציין "אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה". מהבדל זה אין אמנם להסיק, שהמחוקק הישראלי התכוון להצר את גבולה של הרשאה מיוחדת בצוואה יותר מאשר החוק האיטלקי. מאידך ברור, כי גם החוק האיטלקי אינו מכיר בכל קטיגוריה של אנשים שהמוריש עשוי לקבוע בצוואתו (כמו הקטיגוריה "יהודים", למשל); שכן ההכרה בהגדרתן של קבוצות כה רחבות תסתור את הכלל, לפיו אין המצווה רשאי להטיל על אדם אחר לקבוע את היורשים שיזכו מן העיזבון.

מן הכלל אל הפרט

13. המנוחה אכן התכוונה להגדיר בצוואתה את הקטיגוריה של האנשים שמתוכם יש לבחור את הזוכה בעיזבונה. דא עקא שהקבוצה אותה הגדירה היא כה רחבה, והקריטריונים לבחירה אותם קבעה הם כה כלליים, עד שכלל לא ניתן לייחד את המועמדים לבחירה, כקבוצה מסוימת ומוגדרת. כל שניתן להעלות מן מהוראות הצוואה בבירור הוא, שקבוצת המועמדים לבחירה תכלול חיילים המשרתים בצה"ל, שהם יהודים וממין זכר (שהלוא על הזוכה לומר "קדיש" לזכר המנוחה). ובדוחק מסוים ניתן גם להעלות, שעליהם להיות דלי אמצעים; משמע חיילים בשירות חובה. אך זה, בעצם, הכול. התנאי שעל המועמד להיות "חייל טוב, בן-אדם", הוא אמורפי, ואין בכוחו לסייע בהגדרת הקבוצה. גם האמירה שעל המועמד להיות מי "שרוצה ללמוד" אינה מספקת אמת-מידה לבחירה; באשר אין היא מבהירה, אם הדרישה היא ללימודי תואר אקדמי דווקא, או שמא די בשאיפה ללימודים שונים אחרים. גם בהנחה מצמצמת (שלדידי, כלל אינה לגיטימית), שהמדובר במועמדים ללימודים אקדמיים בלבד, הקבוצה שתתקבל עשויה לכלול אלפי (ואולי רבבות) חיילים. בהיעדר קביעה בצוואה של קבוצת חיילים מוגדרת ומסוימת, שמתוכה יש לבחור את הזוכה, לוקה הצוואה בחוסר ודאות. הגדרה כה כללית, של קבוצה כה רחבה, אינה עומדת במבחן השייך הקבוצתי. היא שוללת ממצע הצוואה, או ממי שימונה לכך על-ידי בית המשפט, כל אפשרות סבירה לאתר ולבחור, מקרב ציבור של אלפי או רבבות חיילים, את הזוכה שדווקא אליו עשויה היתה המנוחה להתכוון. במתן הרשאה כזאת, הגם שנוסחה כהרשאה מיוחדת, יש משום הפרת האיסור הקבוע בסעיף 29 רישה לחוק, על-פיו "אין המצווה יכול למסור לאחר את קביעת האדם שיזכה מן העיזבון". בשל כך דינה של הוראת הצוואה להיפסל. ממילא דינה להיפסל גם על-פי הוראת סעיף 33 לחוק, בהיותה "הוראת צוואה שאין לראות מתוכה למי ציווה המצווה".

יצירת הקדש

14. לנוכח מסקנתני, כי הוראת המנוחה בצוואתה אינה עומדת במבחנו של סעיף 29 סיפה, מוטל עליי להתייחס לטענתו החלופית של היועץ המשפטי, כי את הוראת הצוואה יש, מכל מקום, לפרש כיוצרת הקדש, בהתאם לסעיף 17(א)(2) לחוק הנאמנות. כבר גיליתי, לעיל, את דעתי, כי גם טענה זו דינה להידחות.

15. סעיף 17(א) לחוק הנאמנות מגדיר "הקדש" ומורה את הדרכים ליצירתו.

17. (א) הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן-הקדש) טעונה מסמך בכתב (בחוק זה- כתב הקדש) שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והמסמך הוא אחד מאלה:

יצירה ותחילה של הקדש

- (1) כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני נוטריון;
 (2) צוואה של יוצר ההקדש, למעט צוואה בעל-פה;
 (3) הוראת תשלום לענין סעיף 147 לחוק הירושה,
 תשכ"ה-1965.

כתב-הקדש הינו אחת הדרכים ליצירת נאמנות, כמשמעה בחוק הנאמנות (סעיף 2 לחוק). נמצא שסעיף 17(א)(2) לחוק מאפשר ליצור נאמנות בצוואה. הוראת הסעיף אינה כוללת דרישות מן הסוג הכלול בסעיף 29 לחוק הירושה. צוואה היוצרת הקדש חייבת, אמנם, לעמוד, לא רק בדרישות הצורניות הקבועות בחוק הירושה, אלא גם במבחנים לכשרותה ולתקפותה (ש' כרם, **חוק הנאמנות, תשל"ט 1979** - (ירושלים, 1995) בעמ' 438). אך היא אינה נדרשת לעמוד במבחנו של סעיף 29 לחוק הירושה. משמעות הדבר היא, שיוצר נאמנות, על דרך יצירת הקדש בצוואה, אינו חייב להגדיר בצוואתו מי הנהנים, ודי לו בציון המטרה שלשמה יצר את ההקדש. בכך סוטה, אמנם, ההסדר שבחוק הנאמנות מן ההסדר הקבוע בחוק הירושה, אך נראה שבפרשת מיפלד אומצה הדעה כי במקרה של סתירה, בין הוראות חוק הנאמנות לבין הוראות חוק הירושה, ביחס לצוואה היוצרת הקדש, יש להעדיף את הוראות חוק הנאמנות (ראו: ג' טדסקי, "זכויות מלבר לעיזבון", **משפטים** יא (תשמ"א) 20, בעמ' 22-23; שילה, בספרו הנ"ל, בעמ' 264). מן הראוי להטעים, שדין זה חל על כל צוואה היוצרת הקדש, ותחולתו אינה מוגבלת (כפי שסברה השופטת המלומדת בבית המשפט המחוזי) רק למקרים בהם הורה המצווה, בלשון מפורשת, על יצירת הקדש.

16. בא-כוח היועץ המשפטי מוצא דימיון רב בין צוואת המנוחה לבין הצוואה שעמדה לדיון בפרשת מיפלד. על יסוד זה טען, כי משראה בית המשפט, בפרשת מיפלד, ליתן תוקף לצוואה ככתב-הקדש, ראוי לו לשוב ולנקוט אותה אמת-מידה גם ביחס לצוואתה של המנוחה.

אין בידי לקבל טענה זו. הלכה פסוקה היא, שצוואה ראויה להתפרש ככתב-הקדש, בהתקיים מספר תנאים. הראשון - והעיקרי - בתנאים אלה הוא, שמתוכן הצוואה עולה כוונת המצווה ליצור הקדש. על מהותו של תנאי זה עמד הנשיא שמגר בפרשת אוניברסיטת תל-אביב (ע"א 477/88 הנ"ל):

"דרישת החוק איננה מתייחסת לכך שיוצר ההקדש יביע את רצונו ליצור הקדש במובנו הטכני-פורמאלי של המונח; די, לעניין תחולת החוק, שהמקדיש יביע את כוונתו ליצור הקדש על-פי משמעותו המהותית-תוכנית, היינו, כי יורה על 'הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת...'. כפי שמוגדר ברישא לסעיף 17(א). הפועל היוצא המשפטי נובע אוטומטית מיצירת המסגרת העובדתית הנושאת את התכונות שהחוק מתייחס אליהן. המנוח הורה בצוואתו על יצירת קרן, שנכסיה יוקדשו לחלוקת מלגות לסטודנטים, ובכך עונה ההוראה שבצוואה על דרישת החוק" (בעמ' 480-481, **שם**).

לא זו אף זו: כדי שצוואה תימצא ראויה להתפרש ככתב-הקדש, על הוראותיה לקיים גם את יסודותיו החיוניים הנוספים של הקדש: קביעת נכסי ההקדש; קביעת מטרת ההקדש, או הנהנה; ומינוי הנאמנים. המצוה ייראה כמי שהתכוון ליצור הקדש רק אם מהוראות צוואתו עולה כוונה למסור את השליטה בנכסי ההקדש לנאמן, על-מנת שיפעל בהם לטובת מטרת ההקדש או הנהנה. צוואת המנוחה אינה מקיימת תנאים אלה; והשוואתה לצוואה שנדונה בפרשת מיפלד איננה ממין העניין. אכן נכון הדבר, כי גם הצוואה שעמדה לדין בפרשת מיפלד לא כללה הוראה מפורשת ליצירת הקדש; אך כוונת המצוה דהתם ליצור הקדש הסתברה בעליל מתוכן הצוואה אותה ערכה. ואילו מצוואת המנוחה אין עולה, כלל ועיקר, הכוונה ליצור הקדש, אלא כוונה לצוות את רכושה לחייל שייבחר מתוך ציבור גדול של חיילים, על-פי מבחן שהוגדר בלשון כללית מדי והצופן מיגוון בלתי-נדלה של אפשרויות. בטענה שצוואה כזאת ראויה להתפרש ככתב-הקדש, אין אלא משום ניסיון להסתייע בחוק הנאמנות להכשרת צוואה שעל-פי הוראות חוק הירושה דינה בטלות.

17. בארצות המשפט המקובל מקפידים להבחין בין מוסד הנאמנות (trust), שגם לשיטתם יכול להיות מוקם בצוואה, לבין הרשאה (כללית או מיוחדת) למינוי יורשים הניתנת בצוואה (power of appointment). בדברים שיובאו, מפי מלומדים אמריקניים, מצויה התייחסות גם להתפתחות שחלה בנושא זה:

“As we have seen, the early English law treated the exercise of the power as merely an event upon which the interest shifted to the appointees. The power itself was not an interest in the property. Once the donee exercised the power by appointing, the appointees took directly from the donor. It was most as though the donee were an agent acting for the donor...

The present American law is based in part on a logical development of this technical concept of the power, and in part on a realistic approach to general and special powers. The donee of a general power of appointment is in a position tantamount to ownership... On the other hand the donee of a special power is more like a trustee. The owner is to act not for his or her own benefit but for the benefit of the objects of the power. However, strictly speaking, the donee is not a trustee. The donee does not have legal title or any of the management functions of the trustee. The trust is merely an analogy, useful but not controlling” (J. Ritchie, N.H. Alford Jr. & R.W. Effland, *Cases and Materials on Decedent's Estates and Trusts*)

(Westbury, New York, The Foundation Press, 1988), at pp. 873-874).

מן המתואר עולה, כי בעוד שלפנים נתפס מוסד ההרשאה בצוואה, על-ידי הדין האנגלי, כנבדל לחלוטין ממוסד הנאמנות, ומעמד בעל ההרשאה הממונה היה קרוב למעמדו של שלוח, הרי שהדין האמריקאי חשף את מהותו האמיתית של מוסד ההרשאה. ממונה שבצוואה הוענקה לו הרשאה מיוחדת (special power of appointment), על-פיה הוסמך על ידי המוריש לבחור יורש מתוך קבוצה, הינו במעמד דומה לנאמן (trustee) במובן זה שעליו לשמור על האינטרסים שלקידומם ניתנה לו ההרשאה. אלא שמעמדו אינו כשל נאמן ממש, באשר - בשונה מנאמן - לממונה אין כל סמכות לנהל את הנכסים. לשון אחר, אף שרובצת עליו חובת נאמנות, אין הוא נאמן כמשמעו לעניין מוסד הנאמנות (השוו לחובת הנאמנות של השלוח, א' ברק, **חוק השליחות** (חלק שני, ירושלים, 1996) בעמ' 1035).

יצוין שבפסיקת בתי המשפט ניתנת נפקות להבחנה בין נאמנות (Trust) לבין הענקת הרשאה בצוואה (power of appointment). הרי דוגמה מדברי בית המשפט לערעורים באונטריו בפרשת *Re Nicolls*, שכבר הוזכרה לעיל:

“The real contest is between successive trusts on the one hand and successive general powers of appointment on the other hand. A trust requires the existence of three certainties, those of intention, subject-matter and objects. I find it impossible to discern in the language of the testatrix any intention to create a trust and am therefore left with the conclusion that the true character of the interest is that of a general power of appointment” (*ibid*, at p. 324).

18. גם דיננו חייב לעמוד על הבחנה זו, בין יצירת הקדש בצוואה לבין מתן הרשאה מיוחדת לבחירת הזוכה מתוך קבוצת אנשים, שאם לא כן נימצא מרוקנים מכל תוכן את הוראת סעיף 29 לחוק הירושה. הבחנה זו כבר מצאה ביטוי בהלכות בית המשפט בעבר; שבעוד בפרשת מיפלד נתפרשה הצוואה כיוצרת הקדש, הרי שבפרשת ישפה נקבע שהצוואה בטלה באשר אינה עומדת במבחנו של סעיף 29 סיפה. הצוואה שערכה המנוחה משתייכת בבירור לסוג השני. הוראותיה מעידות בבירור על כוונת המנוחה, ליתן הרשאה לבחירת זוכה יחיד, ואין בהן כל אחיזה לאפשרות שהמנוחה התכוונה ליצור הקדש. למניעת אי-הבנות אבקש להוסיף, כי בכך

שהמנוחה כינתה את הנבחר לשמש כמבצע צוואתה בשם "נאמן", אין כדי לתמוך בטענה שכוונתה היתה ליצירת הקדש; שאילו לכך היתה כוונתה, חזקה שהיתה מורה למסור לנאמן את השליטה בנכסיה.

הוראת המנוחה להדיר את יורשיה

19. המנוחה אמרה בצוואתה במפורש, כי אינה משאירה דבר מעיזבונה לבעלה (המשיב) ולבנה החורג. על-פי הלכת שפיר נ' קליבנסקי (ע"א 122/86 הנ"ל), צוואה הכוללת הוראת הדרה בלבד ("צוואה נגטיווית") לאו צוואה היא. על יסוד הלכה זו קבעה השופטת המלומדת, כי משהגיעה למסקנה שההוראות המעניקות שבצוואה הינן בטלות, גם ההוראה השלילית שבצוואה דינה להיבטל.

זה לא מכבר, ברע"א 5103/95 דשת נ' אליהו, תקדין-עליון 99(2) 623, הצעתי (בדעת-מיעוט) להכיר בתוקפן של צוואות נגטיוויות, המכילות הוראת הדרה מפורשת, להבדיל מנישול משתמע של היורשים החוקיים או מי מהם. ברם, אף על יסוד הדעה שהבעתי בפסק-דין הנ"ל, אינני מוצא אחיזה מספקת לקבוע, כי חרף מסקנתי בדבר בטלות הוראתה המעניקה של הצוואה, יש ליתן תוקף להוראת ההדרה המפורשת שנכללה בה. הטעם לכך נעוץ בהבחנה אותה עשיתי בפסק-דין, לעניין תוקפן של הוראות מדירות בצוואות משלושה סוגים: צוואה שמעיקרה הכילה הוראות הדרה בלבד; צוואה שכל ההוראות המעניקות שנכללו בה נפסלו על-ידי בית המשפט; וצוואה שכל הזוכים על-פי הוראותיה המעניקות הסתלקו מזכיותם. להלן, כלשונם, מקצת הדברים הנוגעים לענייננו, שנאמרו בפסק-דין (בעמ' 635, שם), לעניין ההבחנה המתבקשת בין הסוג השני לבין שני הסוגים האחרים:

"הצוואה אינה כוללת כל הוראות מעניקות, אם מפני שכך נערכה מלכתחילה, אם מפני שכל ההוראות המעניקות שנכללו בה נפסלו על-ידי בית המשפט ואם מפני שכל הזוכים לפי הצוואה הודיעו על הסתלקות סתמית ממנה. בכל אחד מן המקרים הללו לכאורה ניצבים אנו בפני "צוואה נגטיווית". כבר ראינו, כי השוני בין דינו לבין הדין האנגלי מסתכם בכך, כי גם מקום שלמוריש יש יורשים על-פי דין אחרים זולת היורשים שהודרו, אין דינו מכיר בצוואה שאינה כוללת הוראות מעניקות. מכלל זה משתמע, שבכל אחד משלושת סוגי המקרים האמורים יישלל גם תוקפה של הוראת ההדרה שבצוואה. כשלעצמי, הייתי נוטה לחזור ולעניין בהלכה זו, לפחות ביחס למקרים מן הסוג הראשון ומן הסוג השלישי. ביחס למקרה בו קבע בית המשפט כי ההוראות המעניקות שבצוואה בטלות, יש אולי מקום להניח, שאילו ידע המוריש שהוראותיה המעניקות בטלות, אפשר שהיה נמנע גם מהוראת ההדרה. ברם, הנחה זו אינה תופסת ביחס למקרים משני הסוגים האחרים..." (ההדגש הוסף - א' מ').

המקרה שלפנינו נמנה עם השני מבין סוגי הצוואות. אלה מקרים בהם כללה הצוואה, לצד הוראת

ההדרה, גם הוראות מעניקות, אלא שכל ההוראות המעניקות שנכללו בה נפסלו על-ידי בית המשפט. אם

בנסיבות אלו יינתן תוקף להוראת ההדרה שבצוואה, הרי שבאין יורשים זולת אלה שהודרו, תירש המדינה, כיורשת על-פי דין, לפי סעיף 17 לחוק. ושאלה גדולה היא, בעיניי, אם בעשותה את צוואתה היתה המנוחה כוללת בה את ההוראה להדיר את בעלה ואת בנה המאומץ, גם אילו ידעה שהוראתה להעניק את רכושה לחייל שיימצא מתאים וראוי לקבלו תוכרז כבטלה והמדינה תיטול את כל עיזבונה. כשלעצמי, הייתי מעמיד את המנוחה בחזקתה, שאילו ידעה שההוראה המעניקה שכללה בצוואתה דינה להיבטל, היתה נמנעת גם מהוראת ההדרה.

הערעור בנושא אי-פסיקת הוצאות

20. בפסק-דינה לא התייחסה השופטת, כזכור, לעניין פסיקת הוצאות, ומשנתבקשה על-ידי המשיב לתקן את פסק-דינה בנקודה זו, דחתה את בקשתו. ערעורו של המשיב (בע"א 5056/94) מופנה נגד החלטה זו. אינני רואה מקום להתערב בהחלטת השופטת. הטעם שנתנה השופטת להחלטתה, שלא לזכות את המשיב בהוצאות, היה, שמעורבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך היתה אכן דרושה. לא מצאתי יסוד לפקפק בצדקת ההנחה, כי היועץ המשפטי לממשלה התערב בהליך מכוח סמכותו לפי סעיף 153 לחוק הירושה, ולא דווקא כבעל-דין מן המניין. ברע"א 2080/93 האפוטרופוס הכללי נ' שריב, תקדין-עליון 94(1) 1370, הייתי נכון להניח כי "עצם התייצבותו של היועץ המשפטי לממשלה בהליך לפי חוק הירושה אינה הופכת אותו, בהכרח ובכל הנסיבות, לבעל-דין מן המניין, שדינו לעניין פסיקתן של הוצאות כדין כל בעל-דין אחר". על כל פנים ברי, שבכגון דא נתון לבית המשפט שיקול-דעת רחב, אם יש מקום לחייב את היועץ המשפטי בתשלום הוצאות, כאשר עמדתו איננה מתקבלת. ודי, לדידי, בכך כדי להוביל לדחיית ערעורו של המשיב.

21. אם תישמע דעתי, נדחה את הערעורים מזה ומזה, ונחייב את היועץ המשפטי לממשלה לשלם למשיב שכר-טירחת עורך-דין בסך 10,000 ש"ח.

שׁוֹפֵט

השופט מ' חשין:

בטי לשיצקי נפטרה לבית עולמה. כשלוש שנים וחצי לפני פטירתה, חתמה בטי לשיצקי על צוואה בה הודיעה לכל באי-עולם מה היא מישאלתה כי ייעשה ברכושה לאחר מותה. וכך כתוב בצוואתה של בטי לשיצקי:

לישיצקי בטי

26.10.86

אני בטי לשיצקי, ת.ז. 002816502 ילידת 12.07.23 מצווה בזה לתרום כל רכושי כולל תכולת הכספת בבנק לאומי סניף ככר המדינה לחייל טוב, בן-אדם, שרוצה ללמוד ואין לו אפשרות, לסייע לו ללמוד, לרכוש עבורו דירה ולקדמו בחיים.

החייל יגיד קדיש לזיכרי.

אני מדגישה כי שום דבר מחלקי לא יושאר לבעלי משה לשיצקי או לבני המאומץ זיו-אברהם לשיצקי.

אני מצהירה כי זו בקשתי ואני חותמת עליה בהכרה מליאה וצלולה.

אני מבקשת למנות את מר חורין יעקב ת.ז. 007557337 כנאמן ומבצע צוואתי, ביחד עם עורך דין שימונה על ידו. הנאמן ומבצע הצוואה ידאג לקבורת הגב' לשיצקי באופן מכובד.

זו חתימתי: (-) לשיצקי בטי 002816502

עדים לחתימה: (-) חורין יעקב 007557333
(-) זהבי תמר 642829

(התיבה "כל", הנסמכת לתיבה "רכושי" - "כל רכושי" - מודגשת

במקור - מ' ח')

לכאורה: צוואה-בין-צוואות. אכן, חלקה השני של הצוואה - על דבר שלילת זכותם של הבעל והבן המאומץ ליטול חלק בירושה - מייחד צוואה זו לעצמה; שצוואות-מן-המנין מורות אך מי-ומי יהיו ביורשי המנוח, ואילו צוואתה של בטי לשיצקי מוסיפה ומורה מי לא יטלו חלק בירושתה. יחד-עם-זאת, אדם-מן-היישוב כי יקרא את הצוואה וכי ישאל מה יעשה ברכושה של בטי לשיצקי לאחר פטירתה, ימשוך מן-הסתם בכתפיו וישיב כי יש לכבד את רצונה ובקשתה של המנוחה: לתרום את רכושה כאשר ביקשה בצוואה, ושלא ליתן פרוטה שחוקה לא לבעלה ולא לבנה המאומץ. השאלה הנשאלת היא, אם אנו - אנשי-המשפט - נאמר אחרת; אם נרחיק עצמנו מן האדם-מן-היישוב ולא נכיר בצוואתה של בטי לשיצקי; אם נחליט כי הוראת-חוק פלונית סגרה עלינו - אף שלא בטובתנו - ומחייבת היא אותנו להתעלם מצוואתה של בטי לשיצקי. אלו השאלות הטורדות את מנוחתנו; אלו השאלות שתטרודנה אותנו בהמשך דברינו להלן. והגם שנפרוט שאלות אלו לשאלות-חוק-ומשפט, שאלת-היסוד - שאלת כיבוד רצונה של בטי לשיצקי - תהיה עימנו כל העת, וניוועץ בה בכל דרכינו. בית-משפט קמא פסק - בניגוד לרצונה של המנוחה - כי עיזבונה יעבור דווקא לבעלה ולבנה המאומץ. האמנם צדק בית-המשפט בהחלטתו זו?

2. הצוואה שלפנינו שלושה חלקים בה, ואלה הם: חלק אחד הוא חלקה הפוזיטיבי, קרא: מה יעשה ברכושה של בטי לשיצקי, למי ינתן רכושה: חייל טוב, בן אדם וכו'. חלק שני הוא חלקה הנגטיבי של הצוואה, קרא: מה לא יעשה ברכושה של בטי לשיצקי, למי לא ינתן מרכושה: למשה לשיצקי ולזיו-אברהם לשיצקי; וחלק שלישי עניינו במבצעי הצוואה. עניינו-שלנו הוא בשני החלקים הראשונים: למי ינתן ולמי לא ינתן.

3. גם מי שלא התמחה בנפש האדם, יכיר ויידע בנקל מה עיקר בה בצוואה ומה בן-עיקר בה, היכן תחילתה והיכן המשכה, מה צבוע בה בצבע ארגמן עז - אם תרצו: בצבע שחור-משחור - ומה צבוע בה בצבעי פסטל רכים. עיקר בה בצוואה הוא - כמובן - בחלקה השני, באותו חלק המדיר את הבעל ואת הבן מן הירושה:

אני מדגישה כי שום דבר מחלקי לא יושאר לבעלי משה לשיצקי או לבני המאומץ זיו-אברהם לשיצקי.

אני מצהירה כי זו בקשתי ואני חותמת עליה בהכרה מליאה וצלולה.

הכעס, החרון והשיטמה האצורים במילים אלו עולים מן הצוואה בקול רעש גדול, והשומע תיצלנה אוזניו. אכן, שלילת הירושה מן הבעל ומן הבן המאומץ לא באה אלא בחלקה השני של הצוואה, אך אין ספק שבה עיקר שלילת הירושה מן הבעל ומן הבן היא-היא המעמידה עצמה במרכז הצוואה, וכל שאר הוראות מסיגות עצמן מפניה. על המתים נאמר כי "גם אהבתם גם שנאתם גם קנאתם כבר אבדה..." (קוהלת ט', ו'), ואולם יש שאהבה ושנאה וקנאה ישרדו וישובו לאחר-מות בצוואה שכותב אדם.

בטי לשיצקי ציוותה אותנו, החיים, מה יעשה ברכושה לאחר-מות ולמי לא ינתן חלק ברכושה. והנה, על-אף דבריה המפורשים והברורים הגיע בית-משפט קמא לכלל מסקנה כי הרכוש ינתן דווקא למי שהמנוחה ביקשה להדירו הנאה, ולמסקנה זו מסכים חברי, השופט מצא. תוצאה זו זרה ומזרה בעיניי. האמנם ספינת-המשפט מוליכה אותנו דווקא אל נמל שהמנוחה ביקשה שלא לעגון בו? האמנם מסקנה זו - להפך את בקשת הנפטרת - מסקנה אחת היא ואין בילתה?

בטי לשיצקי לא עברה כל עבירה, לא הזיקה לאיש, לא גזלה רכוש מזולתה ולא הפרה הסכם. בחייה יכולה היתה לעשות ברכושה כרצונה; איש לא רשאי היה לכהות בה, ואיש לא יכול היה למונעה מעשות כאוות-נפשה: לחלק את רכושה ככל שתבקש ושלא ליתן אגורה-שחוקה לא לבעלה ולא לבנה המאומץ. מהו איפוא אותו טעם נעלה, מהו אותו אינטרס ציבורי לוחץ, מהי אותה הוראת-חוק חד-משמעית האוסרים עלינו ליתן פועל לרצונה של בטי לשיצקי? כיצד זה שהמשפט - אשר הניף דגל ועליו כתב באותיות זהב כי חובה היא המוטלת

עלינו, החיים, לכבד את דברי המת - כיצד זה מגיע הוא למסקנה הנוגדת את האינטואיציה הראשונית שלנו, וכיצד מתכחש הוא לרצונה המפורש של המנוחה? לשאלות אלו ולשאלות נילוות - אליהן נידרש בהמשך דרכנו.

4. נזכיר לעצמנו, שמא נשכח, כי עדיין מדשדשים אנו בפרוזדור ואל הטרקלין לא באנו. בית-משפט קמא החליט שלא לקיים את הצוואה בשל טענת-סף משפטית; ורק אם נחליט לקבל את הערעור, רק-אז תיפתח המערכה לגופה, שעה שהבעל והבן יעלו טענותיהם על דבר פגמים שנפלו בצוואה ובהליך קיומה.

5. בהמשך דברינו להלן נידרש לשלוש שאלות-משפט, ואלו הן: אחת, שאלת פירושה של הוראת סעיף 29 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (להלן נכנה חוק זה - החוק או חוק הירושה) ושאלת חלותה של הוראת-חוק זו על צוואתה של המנוחה; שתיים, האם יצרה המנוחה בצוואתה הקדש-נאמנות על-פי חוק הנאמנות, תשל"ט-1979? ושלוש, מה דינה של הוראת-ההדרה שבצוואה? הבה נדון בשאלות אלו, אחת לאחת, כסידרן.

לשאלת מסויימות הזוכים בצוואה - הוראת סעיף 29 לחוק הירושה

6. בית-משפט קמא, וכמותו חברי השופט מצא, גם ראשון גם שני, פסלו את הוראת ההענקה לחייל בצוואתה של בטי לישיצקי, משום שראו עצמם מחוייבים לכך על-פי הוראת סעיף 29 לחוק הירושה. בנושא זה אינני חולק על דעת בית-משפט קמא ועל דעת חברי.

7. קובעת ומורה אותנו הוראת סעיף 29 לחוק הירושה, וזו לשונה:

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

**מסירת
קביעה
וסמכות
בחירה**

הוראת-חוק זו אומרת - על דרך העיקרון - ליתן ביטוי להשקפה ולפיה שומה עליו, על המבקש לעשות צוואה, לקבוע **הוא עצמו** את הנהנים על-פי הצוואה; כי אין בכוחו של מצווה להעביר לזולתו את מלאכת קביעתם של הנהנים על-פי הצוואה. צוואה, על-פי הדוקטרינה שקבע החוק, הינה מעשה אישי, ובהיותה מה שהיא, נִטָּל הוא

המוטל על המצווה לקבוע אישית את הנהלים על-פי הצוואה. עיקרון זה - שעשיית צוואה הינה מעשה אישי - בא לידי ביטוי בהוראות-חוק שונות, וראשה בהן הוראת סעיף 28. החוק מורה אותנו כי אין צוואה נעשית אלא על-ידי המצווה עצמו (סעיף 28 (א) לחוק), והוראת-צוואה התולה את תוקפה ברצונו של אדם שאינו המצווה - בטלה (סעיף 28(ב)). הוראת-חוק נוספת היא זו שבסעיף 33 לחוק, ולפיה "הוראת צוואה שאין לראות מתוכה למי ציווה המצווה ... - בטלה". פירוש: הצוואה אמורה לדבר בעדה, לדבר ולהודיענו מי הוא זה ואיזה הוא האדם שהמצווה זיכהו בירושה. גם מהוראת סעיף 33 נדע, שאין בכוחו של מצווה להורות בצוואה כי אחר זולתו יקבע את הנהלים על-פי הצוואה. ראו עוד: שמואל שילה, פירוש לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (נבו, תשנ"ב-1992), 259-260 (להלן נכנה ספר זה - שילה).

8. ניתן להעלות טעמים אחדים, חלופיים או מצטברים, לסיווגה של צוואה כמעשה אישי של המצווה. כך, למשל, הרצון שלא למהול את רצונו של המצווה ברצונם של אחרים, והשאיפה למנוע השפעה בלתי הוגנת של אחרים על רצון המצווה. טעם אחר: הוראות חוק הירושה על חלוקת נכסיו של נפטר באין צוואה, אמורות לשקף את רצונו של הישראלי בימינו ובמקומו. ראו: ע"א 1212/91 קרן לבי" ואח' נ' בינשטוק ואח' פ"ד (מח(3) 705, 725; רע"א 5103/95, ע"א 6119/95, ע"א 6120/95 דשת ואח' נ' אליהו ואח' (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק דינו של השופט מצא. וכך, באין צוואה, יזכו ברכושו של נפטר קרוביו המנויים בחוק הירושה. על רקע זה ניתן לראות צוואה המעניקה רכוש וזכויות **בשונה** מן האמור בחוק הירושה, כפעולה משפטית הבאה לעקור ממקומן את ציפיותיהם הלגיטימיות של הזוכים-בכוח על-פי החוק, ומכאן הדרישה כי מעשה הצוואה יהיה מעשה אישי. אלה מיקצת טעמים על-פיהם ניתן לפרש את הדוקטרינה שקבע חוק הירושה, ולפיה מסווגת צוואה כמעשה אישי של המצווה. להגיונות אלה של החוק - הגיונות בעלי עוצמה "חלשה" - תהא נודעת חשיבות בהמשך דברינו לעת שנידרש לעניינו של חוק הנאמנות.

9. אשר לסעיף 29 גופו. הוראת-חוק זו נעה-נדה בין שני קטבים נגדיים המושכים מזה ומזה, כל אחד לכיוונו-הוא. מעבר מזה - ברישה לסעיף 29 - מורנו החוק כי אין מצווה יכול להעביר לאחר את מלאכת קביעתו של הזוכה מן העיזבון; לאמור: הנטל על המצווה מוטל הוא לקרוא בשמם של מי שיזכו מעיזבונו - ומכל מקום, לזהות באורח אישי אותם זוכים, גם אם לא יקרא בשמם; ומעבר מזה - במציעתה לסעיף 29 - יכול ורשאי מצווה לציין בצוואתו "אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה". לשון אחר: אין בכוחו של מצווה להעניק לזולתו **שיקול-דעת חופשי** לבחור את מי שיזכו ליטול חלק בעיזבונו; ואולם יכול הוא מצווה להעניק לזולתו **שיקול-דעת מוגבל** לבחור במי שיזכו ליהנות מן העיזבון. כך יעשה, אם יציין בצוואה "אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה". והשאלה הנשאלת מאליה היא: שיקול-דעת חופשי - ידענו מהו; ואולם מה אמת-מידה נחזיק בה לבחינה אם שיקול-דעת שהעניק מצווה לזולתו הוא שיקול-דעת מוגבל כהוראת החוק? מהו שיקול-דעת מוגבל בהקשר עניינינו כאן?

ניתן לדמות את ההבחנה בין שיקול-דעת חופשי לבין שיקול-דעת מוגבל להבחנה המקובלת במשפט המינהלי בין הסמכה להתקין תקנות מעבר-לחוק (תקנות *praeter legem*) לבין הסמכה להתקין תקנות ביצוע לחוק (תקנות *secundum legem*). ואולם דימוי זה לא יקדמנו בדיון, שכן אותן שאלות שנשאל על שיקול-דעת נוכל לשאול על התקנות, ומה הועילו חכמים בתקנתם (תרתי משמע)?

10. מדברים אנו בסוגיה שפיתרונה אינו נתון בקופסה, ועל צידנו נאמר, שלדעתנו ראוי כי נעשה כמיטבנו להרחבת תחום פרישתה של המציעתה לסעיף 29 לחוק, כי נוסף ככל יכולתנו למתיחת מושג ה"אנשים" בה. מתוך שאינני מוצא תקנת ציבור נעלה בהוראת הרישה לסעיף 29 לחוק - לא תקנת ציבור נעלה אף לא תקנת ציבור שאינה נעלה - דומני כי ראוי שנרחיב את תחום פרישתה של המציעתה על חשבון תחום פרישתה של הרישה. טעמי לדבר הוא פשוט: אם יש עקרון-תשתית - אם תרצו: עקרון-על - במשפט הירושה, אין הוא אלא העיקרון המורנו כי אדם, כל אדם, קונה חופש לצוות מה יעשה בעיזבוננו, והעיקרון הנגזר ממנו ולפיו מצויים החיים לקיים את דברי המת ורצונו. החופש לצוות והמיצוה לקיים את רצון המת - שני עבריה של אותה מטבע - השניים כאחד נגזרים מכבוד האדם ומן האוטונומיה האישית הנגזרת מן הכבוד. אמרנו על-כך בפרשת קבן לב", שם, 745:

הרצון בצוואה הוא המנחיל... ובהתקיים הרצון אין על בית המשפט אלא לקיים את הצוואה, כשאינן אפוטרופוס על הרצונות. בכך באה לידי התגלמות ההגנה על חירות האדם, שאחד מביטוייה הוא החופש שיש לו לשלוט בנכסיו.

ובמקום אחר באותה פרשה (שם, 732):

עקרון יסוד הוא במשפט הצוואות - והוא ראשון ונעלה בין נעלים - כי "מצווה לקיים דברי המת". מכירים אנו בזכותו של אדם - ואדם הוא כל אחד מאתנו - לשלוט על חלוקת נכסיו לאחר-מותו, וכי על פיו יישק דבר... רצונו של אדם הוא מכבוד האדם (רצונו של אדם כבודו). נשמור על כבוד המת והוא כבוד החי.

וכן בע"א 1182/90 שחם נ' רוטמן ואח' פ"ד מו(4) 330, 347:

רצונו של אדם הוא כבודו - הוא כבוד האדם - אך מתים נעדרי יכולת הם לקיים את רצונם ולשמור על כבודם. עשינו איפוא אנו לקיום רצונו ולשמירת כבודו של המנוח.

יוסיף המוסיף ויאמר, כי כיבוד רצונו של המת נמהל בו גם יסוד האינטרס-העצמי. "כי מכבדיי אכבד ובוזי ייקלו", כך לימדנו הכתוב (שמואל א', ב, ל'); ולעניינינו-שלנו: אם נכבד את צוואת זולתנו יכבדו אלה שאחרינו את צוואתנו-שלנו; וד"ל.

11. להשלמה ולסיוג נוסיף את הברור והידוע, כי דוקטרינת כיבוד רצונו של המת - כמוה ככל דוקטרינה במשפט - אין היא מצויה אותנו ציווי-ולא-יעבור. החופש לצוות אין הוא חופש ללא-הגבלה, והציווי לכבד את רצון המת אף-הוא ממילא אין הוא מוחלט. יש אינטרסים נוגדים, יש אינטרסים נוגדים-למחצה, והפשרה מחוייבת המציאות היא. כך, למשל, מתרוצץ לו בחלל משפט הירושה האינטרס שלא לאפשר ליד המתה (ה-"mortmain") לשלוט בחיים ללא הגבלה (ראו, למשל, הוראת סעיף 42 לחוק הירושה). כך היא אף הוראת-צוואה שביצועה הוא בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי, שהוראה בטלה היא (סעיף 34 לחוק).

12. מיצויה זו שאנו מצויים בה - המיצויה לקיים את דברי המת - היא לעניינינו כאן: לפירושה של הוראת סעיף 29 לחוק הירושה. הנחת-המוצא לדיון היא, שהמצויה היקנה שיקול-דעת לזולתו לבחור איש או אנשים שיטלו חלק בעזבונו. עתה, מתוך שמצויים אנו ועומדים לקיים את רצונו - זו נורמת-העל במשפט הירושה - ממילא ראוי לנו כי נפרש ברחבות את מושג ה"אנשים" שבהוראת סעיף 29 לחוק. על דרך זו נעשה כמיטבנו לקיים את רצונו ואת צוואתו של הנפטר. אכן, לא נוכל לקיים רצונו של נפטר אם יאמר להעניק שיקול דעת **מוחלט** לאדם זולתנו; לו כן עשינו, היינו מורדים בהוראת הרישה לסעיף 29 לחוק, ובמרד אסורים אנו. ואולם פירוש רחב-יריעה למושג ה"אנשים" שבמציעתה לסעיף 29 - פירוש ראוי הוא, שכך נעמוד כראוי במיצויה של קיום רצון המת.

ואולם גם פירוש רחב לחוק אין זה ראוי כי יפקיע עצמו מן המיסגרת שקבע החוק, כי יפרוץ אל-כל-עבר וימלא את המושג "אנשים" שבמציעתה לסעיף 29 במה שאין בו. בעניינינו שלנו, שיקול-הדעת שביקשה המנוחה להנחיל למבצעי-הצוואה פרוץ אל-מעבר למושג ה"אנשים". אותו חייל שבטי לשיצקי מדברת בו בצוואתה - כנושא לשיקול-הדעת המוקנה למבצע הצוואה - יכול שיבוא מבין אלפים רבים של חיילים. ומתוך שמושג ה"אנשים" בסעיף 29 לחוק הירושה - בהקשרו - עומד כפאנטומים לשיקול דעת חופשי המוענק למבצע צוואה, דומה שלא נוכל לפרשו כפורש עצמו על אלפי אנשים.

נראה כי לא יהא זה ראוי אם נאמר כי המנוחה ציינה בצוואתה "אנשים שמתוכם יש לבחור זוכה"; המושג "אנשים" מכונן עצמו ליחידים, גם אם יחידים רבים הם. כך, למשל, יכול האומר לומר כי הענקה ל"אחד מעובדי משרד המשפטים" היא הענקה ל"אנשים" כהוראת "אנשים" בסעיף 29 לחוק. ואולם בצוואתה לא דיברה המנוחה ב"אנשים" אלא בעם-רב; ועם-רב, בהקשר עניינינו כאן, אין הוא "אנשים". לשון אחר: הוריייתה של בטי לישיצקי לתרום את כל רכושה "לחייל טוב, בן אדם, שרוצה ללמוד ואין לו אפשרות", שקולה כנגד הענקת שיקול דעת חופשי למבצעי הצוואה. פירוש ציוויה של המנוחה היה - בלשונו של סעיף 29 לחוק - "למסור לאחר את קביעת האדם שיזכה מן העזבון". זאת לא ניתן לה כוח לעשות.

אני מסכים, איפוא, כי הרישה לצוואתה של בטי לישיצקי אינה עולה בקנה אחד עם הרישה להוראת סעיף 29 לחוק הירושה. ככל שחוק הירושה הוא לעניינינו, הוראת סעיף 29 בו תלמדנו ותקבע כי הרישה לצוואתה של בטי לישיצקי אין בה כוח משפטי.

13. מסקנה זו שהיגענו אליה אינה משביעת-רצון כלל ועיקר. סוטרית היא על פני העיקרון המורנו לכבד את דברי המת, וטעם ראוי לכך לא נמצא לנו. בטי לישיצקי ביקשה לצוות את רכושה "לחייל טוב, בן אדם, שרוצה ללמוד ואין לו אפשרות", כדי "לקדמו בחיים" - מטרה נעלה לכל הדעות; והנה באים אנו - נציגי החברה - ומסכלים את רצונה וכוונתה. לו היתה הוראתה של המנוחה בלתי מוסרית או בלתי חוקית - סברנו וקיבלנו כי לא נקיימה לאחר-מות; ואולם כוונתה של בטי לישיצקי היתה טובה וראויה; מדוע זה איפוא לא נגשים את רצונה כפי שנבקש כי החיים יגשימו את רצוננו הראוי לאחר-מות? אכן, בהתנגשות האינטרסים בין המיצווה לקיים את דבר המת לבין הורייית סעיף 29 לחוק הירושה - חייבים אנו להודות - המיצווה עוצמתה רבה מן ההוריייה; ולו אנו לעצמנו, היינו מורים לקיים את דבר המת. אלא שחזקה עלינו פקודה שפקד אותנו המחוקק, והוא שלטון החוק.

לעניינו של הקדש - כללי

14. משנמצא לנו כי הוראתה של בטי לישיצקי לצוות את רכושה "לחייל טוב", אינה עוברת את מחסום סעיף 29 לחוק הירושה, שאלה עוקבת היא אם עשויה אותה הוראה של המנוחה למצוא לה נתיב אחר לקיומה. נתיב אפשרי זה נמצא בחוק הנאמנות, תשל"ט1979 - (להלן נכנה חוק זה - חוק הנאמנות), ובנתיב זה ננסה עתה ללכת.

15. בראשית הבה נתוודע למיקצת הוראות-יסוד בחוק הנאמנות. סעיף 1 לחוק הנאמנות מורה אותנו
נאמנות - מהי; ובלשונו:

**מהות
הנאמנות** 1. נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן
להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת.

דרכי יצירתה של נאמנות נקבעות בסעיף 2 לחוק כך:

יצירה 2. נאמנות נוצרת על פי חוק, על פי חוזה עם נאמן או
על פי כתב הקדש.

שלוש הן איפוא דרכים ליצירת נאמנות: על-פי חוק; על-פי חוזה בין יוצר נאמנות לבין נאמן; ועל-פי "כתב
הקדש". המייחד את הדרך השלישית ליצירת נאמנות - יצירתה על-פי "כתב הקדש" - הוא שמעשה היצירה
נעשה באורח חד-צדדי (ורצוני); בכך נבדלת דרך יצירה זו מן הדרך השנייה ליצירת נאמנות, שזו השנייה נעשית
בהסכם בין יוצר נאמנות לבין נאמן. בנושא זה של יצירת נאמנות על-פי "כתב הקדש" מרחיב ומפרט סעיף 17
לחוק הנאמנות, הקובע וזו לשונו:

**יצירה
ותחילה של
הקדש** 17. (א) הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה
אחרת (להלן-הקדש) טעונה מסמך בכתב
(בחוק זה - כתב הקדש) שבו מביע יוצר
ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע
מטרותיו, נכסיו ותנאיו, והמסמך הוא אחד
מאלה:

(1) כתב חתום בידי יוצר ההקדש בפני
נוטריון;

(2) צוואה של יוצר ההקדש,
למעט צוואה בעל-פה;

(3) הוראת תשלום לענין סעיף 147 לחוק
הירושה, התשכ"ה-1965.

(ב) תחילתו של הקדש היא עם העברת
השליטה בנכסי ההקדש לידי הנאמן.

(ג) נמצאו נכסים המשמשים הקדש, אלא שאין
על כך כתב הקדש, רשאי בית המשפט להצהיר
על קיום הקדש ולהגדיר מטרותיו, נכסיו, תנאיו
ותחילתו.

נקרא הוראת-חוק זו, ולא נאחר לגלות כי כתב הקדש יכול שיהא בצוואה של יוצר ההקדש (סעיף 17(א)(2) לחוק הנאמנות). פירוש: אדם יכול ליצור הקדש בצוואה שהוא עושה.

16. ולענייננו-שלנו. מה היחס בין חוק הירושה לבין חוק הנאמנות, ומה הדין במקום בו מתגלית סתירה בין השניים? צוואה שהוראה בה נפסלה על-פי חוק הירושה - הניתן להכשיר אותה הוראה לפי חוק הנאמנות? התוכשר הורייתה של בטי לישיצקי לתת את רכושה לחייל? שתי שאלות עוקבות הן לפנינו, ושומה עלינו לפתור את שתיהן, בזו-אחר-זו.

שאלה ראשונה מסבה עצמה על היחס **העקרוני** בין חוק הנאמנות לבין חוק הירושה. כולנו נסכים כי צוואה כשרה ותקפה לכל-דבר-ועניין לפי חוק הירושה, בכוחה להקים נאמנות, והרי כך מורנו חוק הנאמנות מפורשות בסעיף 17(א)(2) ב. ואולם השאלה היא, מה הוא דין במקום בו **פוסל** חוק הירושה הוראה פלונית בצוואה; היבוא חוק הנאמנות לעזרה וכשיר את שפסל חוק הירושה? לשון אחר: בסתירה בין חוק הנאמנות לבין חוק הירושה, הייאמר כי לעולם ידו של חוק הנאמנות על העליונה? ואם נשיב לשאלה זו לשיעורין - מה יהיו השיעורין?

שאלה שניה תעלה רק אם נשיב לשאלה הראשונה בחיוב, לאמור, אם נאמר כי חוק הנאמנות בכוחו להציל ולקיים את שחוק הירושה ביקש להאביד. והשאלה היא: האם בענייננו-שלנו ניתן לראות את בקשתה של בטי לישיצקי - להוריש את רכושה לחייל - כיצירת נאמנות תקפה על דרך של הקדש?

הבה ניפנה עתה לשתי שאלות אלו, אחת לאחת, כסידרן.

ליחס בין חוק הנאמנות לבין חוק הירושה

17. אשר ליחס בין חוק הנאמנות לחוק הירושה: הדעה המקובלת היא, על דרך העיקרון, כי ניתן להסתייע בחוק הנאמנות גם אם אין צוואה פלונית עונה על דרישות מסויימות שבחוק הירושה. לשון אחר: ככלל, בהימצא לנו כי הוראת-חוק שבחוק הירושה אינה מתיישבת עם הוראת-חוק שבחוק הנאמנות, ידו של חוק הנאמנות תהא על העליונה. כך דין, גם בשל היותו של חוק הנאמנות חוק מאוחר וגם בשל היותו חוק מיוחד. כך קבעה ההלכה - ראו ע"א 5825/92 עזבון המנוחה אסתר מיפלד נ' מיסדר בני ברית (לא פורסם), וכך לימדונו המלומדים; ראו, למשל: גד טדסקי "שליחות לאחר המוות", עיני משפט י (תשמ"ד-1984) 257, 270-271;

שלמה כרם, חוק הנאמנות, תשל"ט 1979 - (תשנ"ה 1995-) 439-438 (להלן נכנה ספר זה - כרם); גד טדסקי, "זכויות מלבר לעיזבון" משפטים יא (תשמ"א 1981-) 20, 22-23; שילה, 263-264.

18. ואולם שומה עלינו לדקדק ולהיזהר בנוסחת-היחס בין שני החוקים. יכול אדם שיצור נאמנות בצוואה, ואולם תנאי מוקדם ליכולתו זו ליצור נאמנות היא שאכן יעשה "צוואה"; שכן מקום שאין צוואה כהוראתה בחוק הירושה - ואין צוואה **אלא** כהוראתה בחוק הירושה - ממילא אין ניתן ליצור נאמנות בצוואה. כך דין, למשל, מקום שהמיסמך בו מדובר אינו מקיים את דרישות הצורה לצוואה (ואין ניתן לקיים את הצוואה על-אף הפגם או החסר בצורתה): ראו סעיפים 18 עד 25 לחוק הירושה. הוא הדין **בהוראות-תשתית** הפזורות בחוק הירושה, ולפיהן לא יהא מיסמך פלוני "צוואה" אם לא נתקיימו בו תנאים מוקדמים - או תנאי-יסוד אחרים - לקיומה של צוואה. כך היא, למשל, הוראת סעיף 26 לחוק הירושה, ולפיה בטלה "צוואה" שנעשתה בשעה שהמצווה לא ידע להבחין בטיבה של צוואה, או היותו של המצווה קטין או מי שהוכרז פסול-דין. הוא הדין בהוראת סעיף 30 לחוק הירושה, ולפיה בטלה הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי-הוגנת, תחבולה או תרמית. אל אותה קבוצה משייכת עצמה הוראת סעיף 34 לחוק הירושה, ולפיה בטלה הוראת צוואה שביצועה הוא בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי. ראו עוד: עז' 452/96, עז' 385/96, עו"ד נחום הרפז ואח' נ' גיורא לבל (פיסקה 18 לפסק-הדין, מפי השופט דוד חשין; טרם פורסם); כרם, 438, 453-454.

השאלה אימתי עומדים אנו לפני "הוראת תשתית" הפוסלת מיסמך פלוני מהיותו צוואה, שאלה זו מחייבת בחינה מקרוב, ולא עלינו המלאכה לגמור. דומה כי לעניין זה ניתן להידרש להבחנה בין הוראות בחוק הירושה אשר על-פי טיבן נועדו ליתן ביטוי לתקנת הציבור או למדיניות-מחוקק בעלת-עוצמה - מדיניות-תשתית - לבין הוראות אחרות. כך, למשל, ההוראה שעניינה אי-יכולתו של קטין לעשות צוואה הינה בת לתקנת הציבור וכמותה היא ההוראה הפוסלת הוראה בצוואה שביצועה הוא בלתי חוקי.

19. אשר לסעיף 29 לחוק הירושה: דעתנו היא - ודומה שהכל סוברים כן - - כי אי-היכולת שהמחוקק הורה עליה במקום זה ("אין המצווה יכול למסור לאחר וכו'") תמלא ביכולת שמספק חוק הנאמנות; לאמור: דרישת ה"מסוימות" שבסעיף 29 לחוק הירושה אינה מהווה תנאי ליצירתה של נאמנות על-פי חוק הנאמנות, והורייה שחוק הירושה פוסלה בצוואה, חוק הנאמנות יציל ויקיים. אכן, כפי שאמרנו למעלה, ההיגיון התחיקתי הממלא את הוראת סעיף 29 לחוק הירושה הינו בעל עוצמה "חלשה", ועל-כן אין מניעה כי הוראת סעיף 17(א)(2) לחוק הנאמנות תגבר על הוראת סעיף 29 לחוק הירושה. אם כך ככלל, לא-כל-שכן בזכרנו את עקרון-העל ולפיו מיצווה לקיים את דברי המת. סעיף 54(ב) לחוק הירושה מורה אותנו כי "צוואה הניתנת

לפירושים שונים, הפירוש המקיים אותה עדיף על פירוש שלפיו היא בטלה." אמר על הוראת-חוק זו השופט חיים כהן בע"א 869/75 בריל נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לב(1) 98, 102:

... הדברים האמורים בסעיף 54(ב) לחוק, שפירוש הצוואה המקיים דברי המת עדיף תמיד על פירוש שלפיו הם בטלים, אמורים גם לענין פירוש כל דיני הצוואות שבחוק ...

כך בפירוש חוק הירושה לעצמו וכך בפירוש נושא הצוואה והירושה אף בחוק לבר-חוק-הירושה, קרא: בחוק הנאמנות. ובלשונו של כרם, 454: "חוק הנאמנות הוסיף אמצעי חדש לקיום רצון המצווה, והוא מינוי נאמן". ראו עוד: שם, 439; באותה דעה: שילה, 264, 296.

תשובתנו לשאלה הראשונה (ראו פסקה 16 לעיל) היא איפוא זו, שניתן לראות במיסמך שלפנינו "צוואה" לענין סעיף 17(א)(2) לחוק הנאמנות. חוק הנאמנות פתח לפנינו שער לרווחה. ניכנס-נא איפוא אל ביתו, וננסה לחפש אם נמצא בו מקום מנוחה לצוואתה של בטי לישיצקי. נעבור אם-כן לשאלה השניה, והיא, האם יצרה בטי לישיצקי נאמנות בצוואתה?

היצרה בטי לישיצקי נאמנות בצוואתה?

20. לבחינת השאלה אם צוואתה של בטי לישיצקי הינה כתב הקדש כהוראתו בסעיף 17(א)(2) לחוק הנאמנות - קרא: אם יצרה בטי לישיצקי בצוואתה נאמנות תקפה על-פי חוק הנאמנות - שומה עלינו לבחון, אחד-לאחד, את התנאים שהעמיד חוק הנאמנות ליצירתה של נאמנות בכתב הקדש, ולנסות ולמצוא אם נתקיימו בצוואתה אותם תנאים כולם, אם לאו. זאת נעשה בהמשך דברינו להלן, אך נקדים ונאמר כי לדעתנו נתקיימו כל התנאים כולם, וכי בטי לישיצקי אכן יצרה בצוואתה נאמנות כהוראת הדיבור בחוק הנאמנות.

21. סעיף 17(א) רישה לחוק הנאמנות מתווה את הדרך ליצירת הקדש, וזה היא הדרך:

17. (א) הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת (להלן-הקדש) טעונה מסמך בכתב (בחוק זה - כתב הקדש) שבו מביע יוצר ההקדש את כוונתו ליצור הקדש וקובע מטרותיו, נכסיו ותנאיו...	יצירה ותחילה של הקדש
---	-----------------------------

ארבעה תנאים מוקדמים מונה החוק ליצירתו של הקדש, ואלה הם: **אחד**, יוצר ההקדש מביע את כוונתו ליצור הקדש; **שניים**, יוצר ההקדש קובע את מטרותיו של ההקדש; **שלושה**, יוצר ההקדש קובע את נכסי ההקדש; ו**ארבעה**, יוצר ההקדש קובע את תנאי ההקדש. השאלה העיקרית שבמחלוקת נסבה על התנאי הראשון, דהיינו: האם הביעה בטי לשיצקי בצוואתה כוונה ליצור הקדש. בכוונה זו ליצור הקדש נחבאת הנאמנות גופה; פירוש: מוטל עלינו לבחון את היסודות היוצרים נאמנות, כדי לברר ולמצוא אם נוצרה אמנם נאמנות בצוואתה של בטי לשיצקי.

נפתח ביסוד הכוונה וביטוייה של הכוונה.

22. להבדיל מן המשפט העתיק, בו מילמול נוסחה מסויימת יצר פעולה משפטית ותוצאות במשפט - ובהיעדרה של אותה נוסחה לא נעשתה אותה פעולה משפטית ולא היו תוצאות במשפט - מחוקק חוק הנאמנות, בדרכו של המחוקק המודרני, אינו מציב נוסחה או התבטאות מסויימות ליצירתה של נאמנות. כך, למשל, שימוש במושג "הקדש" או "נאמנות" - כפי שהיה תובע מסתמא המשפט הקדום - אינו תנאי-מוקדם ליצירתה של נאמנות. השאלה הנשאלת אינה אלא אם יוצר ההקדש (הנאמנות) נתן ביטוי לכוונתו ליצור הקדש (נאמנות).

לפירושו של תנאי זה - לפירוש הכוונה ליצור נאמנות - נדרש הנשיא שמגר בע"א 477/88 היועץ

המשפטי לממשלה נ' אוניברסיטת תל-אביב ואח' פ"ד מד(2) 476, ואלה היו דבריו (בעמ' 480-481):

דרישת החוק איננה מתייחסת לכך שיוצר ההקדש יביע את רצונו ליצור הקדש במובנו הטכני-פורמאלי של המונח; די, לעניין תחולת החוק, שהמקדיש יביע את כוונתו ליצור הקדש על-פי משמעותו המהותית-תוכנית, היינו, כי יורה על "הקדשת נכסים לטובת נהנה או למטרה אחרת...". כפי שמוגדר ברישא לסעיף 17(א). הפועל היוצא המשפטי נובע אוטומטית מיצירת המסגרת העובדתית הנושאת את התכונות שהחוק מתייחס אליהן.

(ראו עוד: כרם, 435).

לעניינו-שלו כך הוסיף ואמר הנשיא שמגר (שם, 481):

המנוח הורה בצוואתו על יצירת קרן, שנכסיה יוקדשו לחלוקת מילגות לסטודנטים, ובכך עונה ההוראה שבצוואה על דרישת החוק.

לשון אחר: המחוקק ביקש ליצור מסגרת משפטית אופרטיבית לתופעות חיים מסויימות, ולהצמיד תוצאות משפטיות מסויימות לאותה מסגרת. שאלת יצירתה של נאמנות לא תיפתר, איפוא, על דרך שימוש בנוסחאות או במילות-קסם. יוצר ההקדש אינו בהכרח איש-משפט, והמחוקק ביקש להיות לעזר גם למי שאינו נעזר בשירותיו של עורך-דין. השאלה העיקרית שלעניין היא, איפוא, מה ביקש המצווה (או מי שטוענים עליו כי יצר "נאמנות") לעשות, ומשנקבע זאת - **כקביעה-שבועבדה** - ניפנה אל החוק ואל פירושו.

וזו השאלה שבענייננו: האם מתוכן הצוואה עולה כוונה ליצור נאמנות? האם נוצרה "המסגרת העובדתית הנושאת את התכונות שהחוק מתייחס אליהן"? התשובה לשאלה היא, לדעתי, בחיוב: אכן נוצרה נאמנות.

הבה נבחן את הדבר מקרוב.

23. נאמנות היא, כהוראת סעיף 1 לחוק:

מהות הנאמנות 1. נאמנות היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת.

נקרא, ונחזור ונקרא הוראה זו, וידענו כי בטי לשיצקי יצרה הקדש-נאמנות; יתר-על-כן: ככל שנחקר ונחפור לא יימצא לנו טעם טוב שלא לסווג את הוראתה של בטי לשיצקי בצוואתה כיצירתה של נאמנות.

אשר לייחודם של נכסים מסויימים להקדש-נאמנות: נעלה מספק כי תנאי זה נתקיים במלואו, והרי המנוחה ציוותה לתרום את "כל רכושי" (ההדגשה בצוואה במקורה) למטרה שקבעה בצוואתה.

אשר ל"זיקה" בין ה"נאמן" (מבצע הצוואה) לבין הנכסים שייחודה המנוחה למטרות שקבעה: גם לעניין זה, אין ספק לדעתנו כי נוצרה "זיקה" מספקת וראויה. אכן, הנאמנים בצוואתה של בטי לשיצקי קנו סמכויות רחבות-מיני-רחבות בביצוע צוואתה; והואיל והמנוחה אינה עוד יכולה להורות אותם אחרת משהורתה - אין היא יכולה לא לבטל את ההקדש ולא לשנות מתנאיו - שוב אין מורא עליהם אלא מוראו של הדין ובית-המשפט שליחו. הנאמנים קנו שליטה מוחלטת בנכסי העיזבון, ואמורים הם לעשות כנאמנים להגשמת תכליתה של הנאמנות. כך, למשל, לעניין מכירתו של הבית, השקעת הכספים, יצירת המנגנון לבחירתו של החייל ועוד ועוד. בכך נבדלים הם משלוחים גרידא. בכל אלה מתקיים אף התנאי שלפיו חייב נאמן "להחזיק" או "לפעול" בנכס

הנאמנות "לטובת נהנה או למטרה אחרת". ראו עוד: ע"א 3829/91 וואלס נ' גת ואח', פ"ד מח(1) 801, 809 (לעניין סמכות הנאמנים ולעניין ההבחנה בין נאמן לבין שלוח). ראו עוד: אהרן ברק, חוק השליחות (נבו, תשנ"ו-1996, כרך א), § 236. הנה קמה ונתייצבה נגד עינינו נאמנות כהוראתה בחוק הנאמנות.

בפרשת אסתר מיפלד ציוותה המנוחה את כל רכושה "לטובת מילגות עבור סטודנטים וסטודנטיות עניים ונצרכים ללימוד גבוה, שנולדו ומתגוררים בקריית אתא." בהסתמכו על ההלכה שנקבעה בפרשת אוניברסיטת תל-אביב באשר לדרכי יצירתה של נאמנות, לא היסס השופט שלמה לוין לקבוע כי המנוחה יצרה נאמנות בצוואתה, ופסק כי "כל נכסיה [של המנוחה] יחולקו בין סטודנטים עניים, על-פי שיקול דעתו של הנאמן". ייגיתי את מוחי ולא נמצא לי במה שונה עניינה של בטי לשיצקי מעניינה של אסתר מיפלד. דעתי היא, אמנם, שדינה של זו הוא כדינה של זו; וכשם שאחרונה יצרה הקדש-נאמנות - כהכרעת בית-המשפט - כן יצרה נאמנות גם ראשונה. כך באשר לפרשת אוניברסיטת תל-אביב אף-היא.

24. נאמר מלים אחדות לעניינה של אותה "זיקה" בין נאמן לבין נכסי הנאמנות. מחלוקת-חכמים נתגלעה בשאלה אם "זיקה" זו חייבת שתהא זיקת-בעלות, דהיינו: אם לקיומה של נאמנות חייב נאמן שיקנה בעלות בנכסי הנאמנות, (או בזכויות של הנאמנות), או שמא די ב"זיקה" פחותה. ראו: כרם, 71-68, ומראי המקומות שם. ראו עוד: ע"א 654/82 סוכנות מכניות לים התיכון בע"מ נ' עו"ד ח' ד' חיות, פ"ד לט(3) 803, 807-808; ע"א 433/88 ישפה נ' בן דב, פ"ד מב(4) 601; פרשת מיפלד, לעיל. דעתי היא - וזו, כמסתבר, דעת הרוב - כי הנאמנות שבחוק הנאמנות אינה ה-trust של המשפט האנגלי, אשר-על-כן אין הכרח לקיומה של נאמנות שהנאמן יקנה בעלות בנכסי הנאמנות. אין כל כורח אפריורי לפרש את מושג ה"זיקה" כזיקת-בעלות דווקא - נהפוך הוא: צימצום המושג "זיקה" לבעלות דווקא אינו נדרש כלל מן החוק - ודומני כי דווקא הרחבת מושג ה"זיקה" הינה רצויה ומבורכת.

אין צורך שנעמיק בשאלה זו של הצורך בזיקת-בעלות; ובענייננו אין היא מתעוררת כלל, כשם שלא התעוררה בפרשת אסתר מיפלד. כהוראת סעיף 2 לחוק הנאמנות, חוייבו הנאמנים בצוואתה של בטי לשיצקי "להחזיק או לפעול" בנכסי העיזבון "לטובת נהנה או למטרה אחרת", והרי נתקיימה - לדעתנו - "זיקה" מספיקה וראויה בין הנאמנים לבין נכסי-העיזבון.

יתר-על-כן: השאלה בדבר קיומה של זיקת-בעלות אינה לענייננו גם מטעם זה, שניתן לראותה כשאלה ה**נגזרת** מהוראות הצוואה ולא כשאלה ה**גוזרת** אם נוצר הקדש-נאמנות. פירוש: כפי שראינו, ליצירתה של הקדש-נאמנות אין צורך שהיוצר יאמר מפורשות כי יוצר הוא "הקדש"; ולענייננו-שלנו: אין צורך שהיוצר יאמר

מפורשות כי מעביר הוא נכס פלוני בהקדש-נאמנות לבעלותו של "נאמן". וכך, בהתקיים "זיקה" בין ה"נאמן" לבין נכס, ובסוברנו כי זיקה זו הינה הדוקה במידה מספקת כדי שנסיק הקניית בעלות ל"נאמן", יוכל ה"נאמן" לקנות בעלות בנכסים; ואליבא דאלה הסוברים כי נדרשת זיקת-בעלות דווקא בין נאמן לבין נכס, ייאמר כי קמה ונהייתה נאמנות.

25. בפסק-דינו של בית-משפט קמא יש רמז לכך שההקדש-נאמנות המיומר בענייננו שונה מהקדש-נאמנות "אמיתי", ומשתי בחינות אלו: אחת, הנהנה על-פי ההקדש-נאמנות הוא "חייל בודד" להבדילו מ"שורה של חיילים", ושתיים, ההקדש-נאמנות הוא חד-פעמי - להבדילו מהקדש-נאמנות האמור לפעול לאורך זמן. מכאן הסיק בית-משפט קמא, כי בצוואתה לא יצרה בטי לשיצקי הקדש-נאמנות. דעתנו שונה. לא זו בלבד שאינני מוצא בחוק, ולו בדל-רמז, לכך שתנאי-מוקדם הוא לקיומו כי "הקדש" יפעל לאורך זמן ולטובתם של נהנים רבים (כקרבן שפירותיה מיועדים להעניק מלגות לסטודנטים), אלא שלא נמצא לי כל טעם טוב שבעולם כך להגביל את מושג הנאמנות. נהפוך הוא: ראשית לכל, החוק הורנו (בסעיף 1 ב), כי נאמנות היא "לטובת נהנה", וכמותה של נאמנות הוא, כמובן, הקדש, שגם הוא נוצר (כדבר סעיף 17(א) רישה) "לטובת נהנה". לטובת "נהנה" אמר החוק; לטובת "נהנים" - לא אמר. הוא הדין באשר ליצירתם של נאמנות או הקדש "למטרה אחרת" - כהוראת הסעיפים 1 ו-17(א) רישה לחוק הנאמנות - שהמושג "מטרה אחרת" אין כל סיבה שבעולם כי נגביל אותו ל"שורה" של נהנים, או שנסיק ממנו כי הקדש חייב שיתקיים לאורך זמן. אכן, בבחינת תקנת-העולם והגברת יעילותו של מוסד הנאמנות, ראוי לדעתי להרחיב את תחומיו ככל הניתן, כמכשיר משפטי רצוי לטובת הכלל והפרט.

אומר המלומד כרם בסיפרו (שם, 26-27):

סעיף 1 לחוק מגדיר נאמנות כחובה המוטלת על מי שיש לו זיקה לנכס, להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת. הגדרה זו מקיפה כל תבנית משפטית שעל-פיה חייב אדם להחזיק או לפעול בנכס עבור זולתו. הגדרה זו חלה על כל מקרה שבו ניתנת שליטה בנכס בדרך של זיקה כלשהי, אם נלווית לשליטה החובה לפעול בנכס לטובת מטרה מוגדרת; כלומר: נאמן הוא מי שעל-אף שיש לו שליטה בנכס, עליו להפעילה לטובת מימוש מטרה שאינה טובתו הפרטית.

גישת חוק הנאמנות היא, שעקרונותיו יוחלו על כל תבנית משפטית שעל-פי תוכנה משמשת נאמנות - תהיה צורתה אשר תהיה, שכן הסיכונים של שימוש-לרעה בשליטה בנכסים, או של אדישות למה שיעלה בגורלם, קיימים בחלק גדול מהנאמנויות. גם האמצעים המשפטיים לאכופ על הנאמן לפעול כשורה הם אותם האמצעים המתאימים לגבי כל נאמן...

כך חלה ההגדרה על נאמנויות שעוצבו על-ידי יוצריהן, אולם היא חלה גם על נאמנויות שהוסדרו בחוק... מבנה הזיקה המשפטית הוא הקובע אם חלה עליה הגדרת הנאמנות. ברם, אין היא מוגבלת לתבניות משפטיות מסוימות כלשהן.

בכך דומה חוק הנאמנות לחוקים אחרים, המיועדים להסדיר מוסד משפטי מסוים בצורה מקיפה, דוגמת חוק המשכון.

קראנו, וחזרנו וקראנו, דברים אלה, ונפלא מאיתנו מה-טעם לא נראה בדבריה של בטי לשיצקי בצוואתה יצירתה של נאמנות.

26. חברי השופט מצא סובר כי הצוואה אינה מעלה כוונה ליצור הקדש, ובלשונו (בפיסקה 16 לחוות דעתו):

... מצוואת המנוחה אין עולה, כלל ועיקר, הכוונה ליצור הקדש, אלא כוונה לצוות את רכושה לחייל שייבחר מתוך ציבור גדול של חיילים, על-פי מבחן שהוגדר בלשון כללית מדי והצופן מיגוון בלתי-נדלה של אפשרויות. בטענה שצוואה כזאת ראויה להתפרש ככתב-הקדש, אין אלא משום ניסיון להסתייע בחוק הנאמנות להכשרת צוואה שעל-פי הוראות חוק הירושה דינה בטלות.

אני רואה עצמי נאלץ להסתייג מדברים אלה. אכן, כוונתה של המנוחה היתה לצוות את רכושה "לחייל שייבחר מתוך ציבור גדול של חיילים"; ואולם אתקשה להבין מדוע המיבחן שנקבע לייחודו של אותו חייל - "מבחן שהוגדר בלשון כללית מדי והצופן מיגוון בלתי-נדלה של אפשרויות", בלשונו של חברי - הינו מיבחן פסול על-פי חוק הנאמנות. אכן, הוראת סעיף 29 לחוק הירושה פוסלת מיבחן כללי זה בצוואה, הואיל וסוטה הוא מן הדוקטרינה הקובעת שצוואה היא מעשה אישי. ואולם ענייננו עתה אין הוא בחוק הירושה אלא בחוק הנאמנות, ונאמנות-הקדש - על-פי עצם טיבה - יכולה היא שתבנה עצמה על מיבחנים כלליים.

ואמנם: מה בין החייל שלנו לבין אותם סטודנטים "עניים ונצרכים ללימוד גבוה" של פרשת מיפלד? מהו המיבחן ל"עני" ול"נצרך ללימוד גבוה"? אכן, כשם שבית-המשפט בפרשת מיפלד הכיר בהענקת-הצוואה כהקדש, כן ראוי שיהיה בענייננו-שלנו אף-הוא. אני מתקשה להסכים לדברי חברי כי "כוונת המצווה [בפרשת מיפלד] ליצור הקדש הסתברה בעליל מתוכן הצוואה אותה ערכה", וכי ענייננו-שלנו אחר הוא. אם אסתר מיפלד הקימה נאמנות-הקדש, כן הקימה נאמנות-הקדש גם בטי לשיצקי. כך, למשל, הענקה בצוואה לטובת "תלמידים מצטיינים באוניברסיטה העברית", נכיר בה כהקדש ראוי ומתאים, אף שכללית היא בניסוחה; ומה בין הענקה זו לבין הענקתה של בטי לשיצקי?

27. עוד נתקשיתי להסכים לדברי חברי, כי סיווגה של הוראת-הצוואה כהקדש אין בה "אלא נסיון להסתייע בחוק הנאמנות להכשרת צוואה שעל-פי הוראות חוק הירושה דינה בטלות". בידענו כי חוק הנאמנות יכול שיגבר על חוק הירושה, אמירה זו הינה, לדעתי, אמירה מעגלית. נזכור עוד, כי בפרשת מיפלד לא הכריע בית-המשפט אלא על-פי חוק הנאמנות בלבד. דהיינו: בית-המשפט הניח שגם אם אין הענקת-הצוואה עומדת במבחני סעיף 29 לחוק הירושה, עומדת היא במבחני חוק הנאמנות. במה נשתנה ענייננו-שלנו? כפי שאמרנו לא אחת: ראוי להסתייע בחוק הנאמנות במקרים המתאימים, והסתייעותנו בו עתה אין היא מלאכותית; מבקשים אנו ליתן תוקף לכוונתה הברורה של המנוחה, כוונה שמוסד הנאמנות נוצר עבורה. לא זו בלבד, אלא שלא נמצא לנו טעם-טוב-שבמדיניות שלא להחיל את חוק הנאמנות על הצוואה.

כללם של דברים: מהות הדברים תקבע, המהות ולא הצורה, התוך ולא הקליפה.

28. אשר לתנאים השני, השלישי והרביעי הקבועים בסעיף 17(א) רישה לחוק הנאמנות - מטרת הנאמנות, נכסי הנאמנות ותנאי הנאמנות: נעלה מספק, לדעתי, כי תנאים אלה נתקיימו בענייננו כולם - ובמלואם. מטרת הנאמנות היא - באורח ברור - להיטיב עם אותו חייל, כמפורט בצוואה; נכסי הנאמנות הם כל רכושה של בטי לישיצקי; ותנאי הנאמנות הם אותם תנאים המנויים בצוואה. וכפי שלימדנו חברנו השופט שלמה לזין בפרשת מיפלד (בפיסקה 4 לפסק-הדין):

"אמת נכון הדבר שבצוואה לא פורטו תנאים, מעבר לציון המטרה לשמה יועד ההקדש, אך נראה לנו שדי בכך. לו רצתה המנוחה להגביל את השימוש בכסף, היתה מציינת תנאים נוספים. משלא עשתה כן, לא מתעוררת כל בעיה: כל נכסיה יחולקו בין סטודנטים עניים, על פי שיקול דעתו של הנאמן."

כך בפרשת מיפלד; כך בענייננו-שלנו אף-הוא. הוא הדין באשר לכוונתה הברורה של בטי לישיצקי להעביר לנאמנים שליטה מלאה בנכסי עיזבונה.

29. נוסף ונזכיר, כי דרישת המסויימות הקבועה בסעיף 29 לחוק הירושה, לא זו בלבד שאין היא מהווה תנאי מוקדם ליצירתה של נאמנות, אלא שלעיתים דוקא היעדר מסויימות יאפיין הקדש-נאמנות. כך הוא, למשל, הקדש-נאמנות לטובת "סטודנטים נצרכים", "עניי עירי" וכו'. כל שמורה אותנו סעיף 1 לחוק הנאמנות הוא, שנאמנות היא "לטובת נהנה או למטרה אחרת", והגדרה רחבה-מכל-רחבה זו בוודאי משתלטת על ענייננו-שלנו. וכלשונו של השופט דוד חשין בפרשת הרפז (בפיסקה 20 לפסק-הדין):

מסויימות ההוראה אינה תנאי ליצירת הקדש. הקדשת נכסים יכולה להיות לטובת נהנה, אך יכולה גם להיות לכל מטרה אחרת. זה ייחודו של ההקדש, המאפשר חלוקת נכסים מבוקרת לפי שיקול דעת הנאמן ולמטרות שציינן המצווה... לעומת ההורשה ה"מיידית" שכל מטרתה מסירת נכסים מן המוריש לנהנים ספציפיים.

אומר חברי, השופט מצא, בהקשר ענייננו כאן (בפיסקה 16 לחוות דעתו):

... כדי שצוואה תימצא ראויה להתפרש ככתב-הקדש, על הוראותיה לקיים גם את יסודותיו החיוניים הנוספים של הקדש: קביעת נכסי ההקדש; קביעת מטרות ההקדש, או הנהנה; ומינוי הנאמנים. המצווה ייראה כמי שהתכוון ליצור הקדש רק אם מהוראות צוואתו עולה כוונה למסור את השליטה בנכסי ההקדש לנאמן, על-מנת שיפעל בהם לטובת מטרת ההקדש או הנהנה. צוואת המנוחה אינה מקיימת תנאים אלה ...

בסוברי כפי שאני סובר, אני רואה עצמי נאלץ להסתייג מדברים אלה של חברי. לדעתי, נתמלאו כל תנאים אלה כולם, ונגלתה כוונתה של המנוחה למסור לנאמנים את השליטה בנכסי ההקדש. אכן: לענייננו-שלנו כאן לא מצאתי הבחנה-של-ממש בין ענייננו ובין פרשת מִפְלָד, בה הכיר בית-המשפט בקיומה של נאמנות.

30. נזכיר לבסוף הוראות משלימות הבאות בחוק הנאמנות. כך היא, למשל, הוראת סעיף 19(א) לחוק, המסמיכה בית-משפט ליתן לנאמן כל הוראה שתיראה לו "לניהול היעיל של ההקדש". כמותה היא הוראת סעיף 23(א), שעניינה שינוי וביטול הוראה מהוראות כתב ההקדש בנסיבות המנויות בחוק. הוראות אלו - הן ואחרות זולתן - תשלמנה את הצורך השלמה לביצועה היעיל של הנאמנות.

31. הערה אחרונה. דומני כי נוכל ללמוד לענייננו אך מעט משיטות משפט נוכריות, מנוסחאות הבאות בהן ומטכניקות שבת-המשפט והמחוקקים דהתם יצרו בדיון לפיתרון של שאלות אלו ואחרות. מוסד הנאמנות חי במקומותיו מאות בשנים, ובמהלך הדורות דבקו בו הלכות שאינן בהכרח ממהותם של דברים. הידרשותנו לאותן הלכות יכולה אך שתקשה עלינו, וכשאני לעצמי אמליץ להתרחק מהן. על סוגיה דומה אמרתי בע"א 1186/93 מדינת ישראל, משרד המשפטים ואח' נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ פ"ד מח(5) 353, 378:

מקום שהמדובר הוא בעיקרי יסוד במשפט, רשאים אנו ללכת אצל שיטות משפט אחרות ולהביא בושם ולבונה אל שיטתנו שלנו: מכל מלמד"י השכלתי, וכל שיעשיר את רוחנו וירחיב את דעתנו יבורך. ואולם בבוחנו את ההסדרים הטכניים והמפורטים הנוהגים בשיטות משפט אחרות, נדע כי יקשה עלינו עד למאוד ללמוד מהתם להכא.

אכן: מהתם להכא.

32. כללם של דברים: לדעתנו יצרה בטי לשיצקי בצוואתה הקדש-נאמנות כמשמעותו בחוק הנאמנות, ודין ההקדש-נאמנות יחול על צוואתה.

הערת ביניים

33. במקום זה יכולנו לחתום את חוות-דעתנו. משנמצא לנו כי בטי לשיצקי יצרה בצוואתה נאמנות-הקדש, די לנו בכך כדי שנקבל את הערעור ונחזיר את הדין לבית-משפט קמא להמשך בירור טיעוניהם של המשיבים. שלא כדעתי היא דעתו של חברי השופט מצא. אליבא דחברי, ההוריה להעניק את רכושה של המנוחה לחייל הינה הוריה בטלה. משנמצא לו כך, היה על חברי להוסיף ולהידרש לדין בחלקה השני של הצוואה, באותו חלק שבטי לשיצקי זועקת בו כי "שום דבר מחלקי לא יושאר לבעלי משה לשיצקי או לבני המאומץ זיו אברהם לשיצקי", וכי "אני מצהירה כי זו בקשתי ואני חותמת עליה בהכרה מליאה וצלולה". לאחר פסילתה של הרישה לצוואה, ובהיות המציעתה היא לבדה, נמצא לו לחברי כי כל צוואתה של המנוחה לא נועדה אלא לשלול זכויות ממי שעתידיה לזכות בזכויות לולא אותה שלילה - הצוואה הפכה להיות צוואה הקרויה "צוואה שוללת" - ומכאן שהוטל עליו לדון במעמדה של צוואה מעין-זו. משאמר חברי דברים שאמר, אומר אף אני דברים שאומר.

לעניינה של "צוואה שוללת"

34. הילכת היסוד בעניינה של "צוואה שוללת" נקבעה בפרשת שפיר נ' קליבנסקי (ע"א 122/86, פ"ד מד(1) 738), והלכה זו מורה אותנו כי צוואה שכולה שלילה - הַדְרַת יורשים מירושה - לאו צוואה היא. בראשית דבריה בסוגיה זו בפרשת שפיר מציגה השופטת נתניהו את השאלה, ואלה דבריה (פרשת שפיר, 744):

[הצוואה מכילה] רק הוראה שלילית, המדירה את שני הצדדים - את שני היורשים היחידים על-פי דין. אין בצוואה כל הוראה הקובעת באופן חיובי, במפורש או במשתמע, מי יהיה זכאי ליתרת העיזבון.

השאלה המתעוררת היא, אם הוראה כגון זו, שכולה שלילית, הינה צוואה במובן חוק הירושה, או שמא על-אף העובדה שהיא עונה על כל הדרישות הצורניות שבחוק והיא כלולה במסמך, שבעבר, לפני פטירתו של הזוכה על פיה, היה לכלל הדעות צוואה כשרה ותקפה, אין היא מהווה עתה צוואה על-פי החוק?

והתשובה לשאלה (שם, שם):

... הוראה שלילית, העוקרת זכויות על-פי הדין, אינה מהווה צוואה. הצוואה חייבת להצביע על כוונה לתת או להעניק זכויות בעיזבון.

ובמקום אחר בפסק-הדין (שם, 746):

זו משמעותה של צוואה - הענקת זכות בעיזבון למי שאינה מוקנית לו מכוח הדין, ולא עקירת זכות ממי שהיא מוקנית לו בדין, ללא הענקתה לאחר.

בהחליטה את שהיא מחליטה, סומכת השופטת נתניהו את דבריה לגילגוליה של הצעת חוק הירושה ולפירוש הוראות החוק שלדעתה משמיעות אותנו כי צוואה חייבת לכלול הוראה מעניקה ומנחילה. מכל אלה מסיקה השופטת, כי צוואה שכל-כולה אינו אלא שלילה - לאו צוואה היא.

השופטת נתניהו מוצאת תנא דמסייע להחלטתה בהוראות המשפט האנגלי:

גם המשפט האנגלי רואה בהענקה את יסוד הצוואה. הצוואה חייבת לכלול הוראת הענקה, בין מפורשת ובין משתמעת. צוואה, המדירה את כל היורשים על-פי דין, איננה תקפה, שכן אין היא מלמדת על הענקה (ולא במשתמע). אולם צוואה, המדירה רק יורש אחד או יורשים אחדים על-פי דין, תהיה תקפה. צוואה כזו פועלת לטובתם של היורשים האחרים על-פי דין, ורואים אותה כמתנה מכללא הניתנת להם. היא תקפה, כי קיים בה יסוד של הענקה. (שם, 746)

השופטת נתניהו מוסיפה ומציגה לפנינו גם הלכה שנקבעה במשפט האמריקאי, ולפיה לא תתפוש כל הוראת הדרה שהיא, גם לא הדרת מיקצת מן היורשים:

בארצות הברית דרישת ההענקה מודגשת עוד יותר מכך. במקרים רבים נפסק שם, כי יורש על-פי דין, שהודר בהוראה ברורה ומפורשת בצוואה, עדיין זכאי לחלוק ברכוש העיזבון, אשר לא הוענק בצוואה לאחר, על-פי חלקו כיוורש על-פי דין. הכלל המקובל בפסיקה הוא, כי גם אחד מהיורשים על-פי דין, שהצוואה מעניקה לו רק חלק או מנה בעיזבון, תוך הוראה מפורשת שלא יקבל מאומה בנוסף על כך, זכאי לחלקו כיוורש על-פי דין בכל נכס מנכסי העיזבון שלא הוענק בצוואה לאחר. (בעמ' 747)

לעניינה-שלה פסקה השופטת נתניהו כי אין צורך להכריע בין הגישה האנגלית לבין הגישה בארצות-הברית, משום שבין כך ובין כך הוראת ההדרה בפרשה שלפניה - פרשת שפיר - לא תתפוש. טעם הדבר:

במקרה שלנו הדיר המצווה את כל יורשיו על-פי דין ... לפיכך, אין לנו צורך להכריע בין הגישה האנגלית לזו של ארצות-הברית. אם נקבל את הגישה האנגלית ונכיר במתנה מכללא, יחלוש הרעיון הכללי גם על המקרה המיוחד, כזה שלפנינו. אולם במקרה הנוכחי התוצאה על-פי שתי הגישות אחת היא, שכן כל היורשים על-פי דין הודרו בצוואה, ואין בה רמז למנה מכללא לאדם אחר. (בעמ' 747)

ראו עוד: ע"א 464/88, 449/88 אילנה עופרי נ' יהודית פרלמן ואח', פ"ד מה(1) 600.

35. בפרשת דשת הסתייג חברי השופט מצא - בדעת מיעוט - מן ההלכה הגורפת שנקבעה בפרשת שפיר. חברי הבחין בין סוגי מקרים שונים של שלילת ירושה מיורש, ולדעתו ראוי לה להילכת שפיר כי תחול רק במקרה כגון זה שלפנינו, דהיינו: במקום בו מכילה צוואה, מעיקרה, הוראת הנחלה ובצידה הוראת-ההדרה; בית-המשפט פוסל את הוראת-ההנחלה (מכל טעם שהוא); ונותרת הוראת-ההדרה היא-לבדה. בשאלה זו הרחיב חברי בחוות-דעתו, ומה לי שאדחק עצמי אל חצרו.

36. על דעתי-שלי אומר, כי לא מצאתי הבחנה **נורמטיבית** בין צוואה מעניקת-זכויות לבין צוואה שוללת-זכויות; וכשאני לעצמי, דומה עלי כי חובה היא המוטלת עלינו לכבד את רצון המת גם-כך גם-כך - גם בצוואה מעניקת-זכויות גם בצוואה שוללת-זכויות. הנה-כי-כן, בהיעדר צוואה יחולק עיזבוננו של נפטר על-פי הוראות חוק הירושה. אדם-מן-הישוב המטריח עצמו לכתוב צוואת-עזיבון (להבדילה מצוואת-מוסר) מבקש, מסתמא, כי רכושו יחולק כדברו בצוואה; ופירושו המשפטי של המעשה הוא, לעתים - אם כי לא תמיד - שהמצווה נתכונן לסטות מהוראות חוק הירושה: להוסיף יורש שאינו יורש על-פי חוק הירושה; לנשל יורש הירושה על-פי חוק הירושה; לחסר מיורש הירושה על-פי חוק הירושה; להוסיף ליורש הירושה על-פי חוק הירושה. הנחת-המוצא היא כי נכיר בכל אחת מהוראות אלו, בקיימנו את המוטל עלינו לכבד את דברי המת. כך, למשל, אם יחליט אב להדיר מירושתו את בנו את יחידו ובה-בעת לזכות בעיזבוננו אדם זר למשפחה - נכבד את רצונו ונקיימנו. אמר על-כך השופט אליעזר גולדברג בפרשת קרן לב"י (שם, 746):

אין עוררין כי צוואה שבה מדיר אב את בנו, משום שלדעתו אין הבן מכבדו כראוי - תקפה, אפילו נחשב הבן בעיני הבריות כבן מסור לעילא. שכן חוק הירושה "מקבל" את המצווה כפי שהוא, על מומיו, מגרעותיו, פגמיו וחולשותיו. אמת המידה האובייקטיבית לא אומצה על-ידי חוק

הירושה, ואין בהיקף הסטייה מן הסטנדרט האובייקטיבי טעם מספיק לאכיפתו של סטנדרט זה בצוואה. חוק הירושה מכבד את צוואתו של בעל ה"גולגולת הדקיקה", כשם שהוא מכבד את בעל "הגולגולת הדקה".

השאלה הנשאלת היא, איפוא, במה ומדוע נפלתה "צוואה שוללת" מכל צוואה אחרת: שכל צוואה אחרת - תהא אבסורדית ומוזרה ככל שתהא - נכבד ונקיים, ואילו צוואה שוללת לא נכבד?

37. אומרים לנו, כי פירוש המושג צוואה הוא - מעיקרו של דין - מיסמך שייעודו להנחיל עיזבון ולא לשלול עיזבון, וכמתבקש מכאן - צוואה המכילה הוראות לשלילת עיזבון לאו צוואה היא. "הצוואה חייבת להצביע על כוונה לתת או להעניק זכויות בעיזבון", ואילו "הוראה שלילית, העוקרת זכויות מן הדין, אינה מהווה צוואה" (פרשת שפיר, 744). אם כך בהוראה שוללת **בצידה** של הוראת הענקה, לא-כל-שכן אמורים דברים בהוראה שוללת באין הוראת הענקה בצידה.

אני מתקשה להסכים לקביעה זו, שלא ידעתי מנין באה. לדעתי, יכול ורשאי אדם - על דרך העיקרון - להורות בצוואתו את שיכול ורשאי היה להורות בחייו; וכשם שבחייו יכול אדם לחלק את רכושו כאוות-נפשו ולנשל את מי שבמהלך הדברים הרגיל עתידים היו להיות יורשיו על-פי דין - כולם או חלקם - כן יכול הוא לעשות בצוואתו. אמרנו על-כך בפרשת לב", ונחזור על הדברים (שם, 721):

לו חילק המת את רכושו בחייו (inter vivos) - כפי שמבקש הוא לחלקו בצוואה לאחר מותו - נתקלים היינו בקושי רב, אפשר קושי בלתי עביר, לבטל דיספוזיציות שעשה. ואולם עתה, שהחלוקה היא לאחר-מות - mortis causa - נוטלים אנו היתר לעצמנו שלא להכיר בצוואה, ולבטל דיספוזיציות שביקש המת לעשות.

ואמנם: מדוע נכיר בזכותו של מוריש לזכות בעיזבון אדם זר תוך נישול כל קרוביו, ובה-בעת לא נכיר בזכותו לנשל קרובים-לו בלא שְׂיִזְכָּה בעיזבון אדם זר? אם אמנם עקרון-העל הוא כיבוד רצונו של המת, וכל עוד אין רצונו של המת חותר תחת אחת מאושיות חוק הירושה, לא נמצא לי כל טעם נורמטיבי טוב שלא לכבד את רצונו.

38. הקורא בפסיקה שסירבה להכיר בצוואה שוללת כצוואה בת-פועל, יתקשה להשתחרר מהתרשמות כי מקורה של הילכת הצוואה השוללת הוא ביחס הכבוד שבתי-המשפט חולקים לדין הירושה החרות. הרוח הנושבת בהלכה היא, כי דין הירושה החרות אינו משקף אך את רצונו המשוער של האזרח והתושב, אלא מייסד

הוא עצמו - מעיקרו - על תחושות עמוקות של האדם, שבלכתו-ללא-שוב מבקש הוא להעניק את כל אשר לו לקרובי משפחתו. דין הירושה החרות, אותו דין האומר לחלק את עיזבוננו של אדם בין קרובי משפחתו - בראש ובראשונה בין ילדיו ואשתו - הינו מעין-הד לאינסטינקט העמוק ביותר הטבוע באדם - אינסטינקט ההישרדות וכורח ההמשכיות הגנטית. אינסטינקט זה הוא:

[ה]אינסטינקט שראשיתו בצורך הדוחק להורות, המשכו בשמירת הורים על ילדיהם בעודם חסרי הגנה (והוא האינסטינקט שבחיה), המשך-המשכו בדאגת הורים לילדיהם משבגרו, וסופו ברצונם של הורים להיטיב עם ילדיהם לאחר-מות. כך ילדים ובניהם - צאצאים ישירים לאדם - וכך, במידה פחותה, שארי-בשר אחרים. ...

חלוקת עיזבון בין יורשים כפי שנקבעה בחוק הירושה, יונקת את חיותה ואת קיומה מאותו אינסטינקט אנושי מולד, ושיעורי חלוקת העיזבון בין היורשים, בינם לבין עצמם, אמורים לשקף את השקפת החברה על רצונו של האדם ה'מומצע'. (פרשת קרן לב", שם, 724-723).

"קול הדם" הוא הקורא לנו, ובעיקבות הקריאה נלך. ביטוי נהדר לדבר נתן זקן השופטים קוברן בפרשת Banks v Goodfellow (1870) L.R. 5 Q.B. 549, ומיקצת מדבריו הובאו בפרשת קרן לב", שם, 725-724, ובפרשת דשת, בפיסקה 8 לחוות-דעתו של השופט מצא. ראו עוד: פרשת קרן לב", שם, 724-723. כל דברים אלה נכונים, אך לדעתנו אין בכוחם להביאנו עד שנתעלם מרצונו האחרון של הנפטר, רצון **שלא** להעניק מעיזבוננו לפלוני ולאלמוני; שכן הרצון **שלא** לתת חזק הוא לא פחות מן הרצון לתת; ולעתים חזק הוא ממנו שבעה מונים. אכן, הצהרה מפורשת מפיו של פלוני על רצונו **שלא** להעניק לקרובו, גוברת - ובנקל - על אינסטינקט "מומצע" של בן המין האנושי.

39. אין קושי יתר ביצירת המיבנה המשפטי המתאים לצוואה שוללת. הנחת-המוצא היא, שעזבוננו של אדם יחולק על-פי אותן הוראות בחוק הירושה שעניינן היורשים על-פי דין, אלא אם כתב צוואה; ואם כתב צוואה - יחולק עיזבוננו על-פי הוראות חוק הירושה בכפוף לאמור בצוואה. כך, למשל, פלוני שהוא בעל נכסים רבים, בהם אוניות המהלכות על-פני ימים, כותב צוואה ומורה בה אך זאת שהאוניות תיפולנה לאחר אריכות ימים ושנים בחלקו של אחד מבניו. וכאשר ציווה כן יהי: לאחר-מות, תשוטנה האוניות אל נמל-הבן, ואילו יתרת העיזבון תחולק, כעיקרון, בין כל היורשים על-פי דין (לרבות אותו בן). ראו סעיף 47 לחוק הירושה. לאמור: צוואה **מעניקה** תפורש כאמור בה, ובכפוף לה יחולו הוראות חוק הירושה בנושא חלוקת העיזבון. כך יהיה אף בעניינה של צוואה **שוללת**; לאמור: צוואה **מדירה** - במפורש או מכללא - תפורש כאמור בה, ובכפוף לה יחולו הוראות חוק הירושה בנושא חלוקת עיזבון. ראו עוד: סעיף 46 לחוק הירושה.

אכן, אם יכתוב המוריש בצוואתו כי עיזבונו יחולק על-פי הוראות חוק הירושה, למעט בן פלוני - בן סורר-ומורה שאותו מבקש הוא להדיר מירושה - נכיר בצוואה כצוואה כשרה לכל דבר ועניין. ואולם מה בין מוריש זה לבין מוריש שכתב צוואת-הדרה בלבד - צוואה בה הדיר אותו בן סורר-ומורה - ומדוע לא נחיל גם עליו את דין הירושה הכללי למעט אותו בן סורר-ומורה? (ראו גם דברי השופט מצא בפרשת דשת, שם, בפסקה 12 לפסק-הדין).

משהיסכמנו כי צוואה שוללת - צוואה היא לכל-דבר-ועניין, שאלה לעצמה היא מה הוא המיבנה המשפטי לדרך חלוקת הירושה במקרה של צוואה שוללת זכיה מאת מיקצת מן הירשים. יכול האומר לומר, כי כוונתו המפורשת של המצווה היתה להדיר יורש או יורשים כאמור בצוואה, וכוונה מפורשת זו תולידנו אל כוונה "מכללא" של המצווה, כי החלק שנשלל מאותם יורשים יחולק לפי הוראות חוק הירושה. כשאני לעצמי, ארחיק עצמי מפיקציה זו של כוונה מכללא (ראו: דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 615 ואילך). אין לנו צורך בה. הוראות החוק די לנו בהן בלא שניאלץ להידרש לפיקציה של כוונה מכללא. ואמנם, הוראת סעיף 2 לחוק הירושה מורה אותנו כי "הירשים הם יורשים על פי דין או זוכים על פי צוואה; הירושה היא על פי דין זולת במידה שהיא על פי צוואה". כמי שאומר: לירושה על-פי דין הבכורה, ואולם ירושה על-פי דין תסיג עצמה מפני צוואה.

40. נוסף עוד ונאמר, כי בארה"ב נמתחה ביקורת על ההלכה השוללת תוקף מצוואות שוללות (דהיינו: צוואות בהן נשללת זכות מן הירשים-בכוח, כולם או מיקצתם). ראו, למשל:

J. Andrew Heaton, "The Intestate Claims of Heirs Excluded by Will: Should 'Negative Wills' Be Enforced?" 52 The University of Chicago Law Review 177 (1985);

Julia M. Melius, "Note: Was South Dakota Deprived of \$ 3.2 Million? Intestacy, Escheat, and the Statutory Power to Disinherit in the Estate of Jetter", 44 South Dakota Law Review 49 (1999);

Frederic S. Schwartz, "Models of the Will and Negative Disinheritance", 48 Mercer Law Review 1137 (1997).

כך, למשל, אומר Heaton במאמרו (שם, 184-185):

The intestacy system is designed to implement the testator's *probable* intent in the absence of a will. Where a testator has made a negative will, however, it is anomalous to frustrate his *actual* intent by mechanically following the statutory scheme of intestacy: the testator's own will shows that he preferred his own plan of distribution to that provided by the intestacy statute. (emphasis added - M.C.)

ואמנם, ה- Uniform Probate Code תוקן בשנת 1990, ונוסף לו סעיף (b) 2-101 הקובע וזו לשונו:

§ 2-101. **Intestate Estate**

- (a)
- (b) A decedent by will may expressly exclude or limit the right of an individual or class to succeed to property of the decedent passing by intestate succession. If that individual or a member of that class survives the decedent, the share of the decedent's intestate estate to which that individual or class would have succeeded passes as if that individual or each member of that class had disclaimed his [or her] intestate share.

וכך נאמר בדברי ההסבר להוראה החדשה:

New subsection (b) authorizes the decedent, by will, to exclude or limit the right of an individual or class to share in the decedent's intestate estate, in effect disinheriting that individual or class. By specifically authorizing so-called negative wills, subsection (b) reverses the usually accepted common-law rule, which defeats a testator's intent for no sufficient reason.

בעקבות כך אף שונתה הגדרת "צוואה" ב- U.P.C., להיות ההגדרה כוללת גם צוואה שוללת. ההגדרה קודם

1990 היתה זו (§ 1-201 (48)):

(48) "Will" includes codicil and any testamentary instrument which merely appoints an executor or revokes or revises another will.

ולאחר תיקונה זו היא ההגדרה (§ 1-201(56)):

(56) "Will" includes codicil and any testamentary instrument that merely appoints an executor, revokes or revises another will, nominates a guardian, or expressly excludes or limits the right of an individual or class to succeed to property of the decedent passing by intestate succession (emphasis added - M.C.)

גם שילה (בעמ' 364) מותח ביקורת על אי-הכרה בצוואה שוללת, אך מוסיף הוא ואומר כי "כל עוד המחוקק איננו משנה את גישתו לנושא זה, אין מנוס מלהמשיך ולנקוט בקו השולל את ההכרה בצוואות שליליות". שלא כמות פרופסור שילה, דעתי היא כי חוק הירושה אינו שולל הכרה בצוואות שוללות, ואין צורך שנמתין לתיקון החוק. רשאים אנו להכיר בצוואות שוללות גם על-פי נוסחו של חוק הירושה כיום.

41. קושי דיאלקטי יכול שיווצר רק במערכת עובדות מסוג אחד, והיא, במקום שהנפטר אומר לשלול בצוואתו את זכויות כל יורשיו על-פי דין, בלא שמוסיף הוא הוראת-הנחלה לאחר או לאחרים. במקרה מעין-זה יכול שיווצר מעין מעגל קסם: לא תהא ירושה על-פי חוק הירושה כיוון שיש צוואה (כהוראת סעיף 2 לחוק הירושה), ולא תהא ירושה על-פי הצוואה כיוון שהצוואה צוואה שוללת היא. כיצד יחולק איפוא עיזבון של המנוח? הפיתרון שנתקבל עד היום היה - על-פי ההלכה השוללת הכרה בצוואות שוללות - שהעיזבון נפל ליורשים על-פי דין; לאמור: זכו בעיזבון אותם יורשים שהמנוח ביקש **במפורש** שלא להנות אותם בעיזבון. כך, למשל, בפרשת שפיר (משה שפיר נ' סם קליבנסקי), כתב המנוח בצוואתו כך:

אינני משאיר דבר לאחי משה שפיר ולגיסיו ארוין קליבנסקי בגלל התנהגותם ביחס אלי. אני משאיר סך 500 ל"י לסמי קליבנסקי בנה של אחותי אה (חווה) קליבנסקי ז"ל.

המנוח ביקש **מפורשות** להדיר מעיזבון את אחיו, משה שפיר, ולתת אך סכום סימלי לבן אחותו, סם קליבנסקי. למרות זאת פסק בית-המשפט כי יש לחלק את הירושה "בין היורשים על-פי דין, דהיינו בין המערער והמשיב בחלקים שווים" (שם, 748). דהיינו: בית-המשפט עשה בניגוד גמור לרצונו של המנוח; שהמנוח ביקש להדיר את משה שפיר ולתת אך סכום סימלי לסם קליבנסקי, ובא בית-המשפט והעניק את כל הירושה כולה לשני אלה. כך היה אף בפרשת ישפה נ' בן דב (ע"א 433/88, פ"ד מב(4) 601). למנוחה היו בן ובנות, ובקשתה המפורשת בצוואתה היתה שלא ליתן לבנותיה דבר בירושתה. ובלשונה:

"אני תמר ישפה ... נותנת בזאת את צוואתי ורצוני האחרון בגלל עוגמת הנפש שעשו לי בנותי וחתני להוריש את רכושי אשר ישאר לאחר מותי לצרכי צדקה שינתנו על שם בעלי המנוח יוסף ישפה ז"ל ועל שמי לפי מיטב שיקוליו של בני יחיאל ישפה."

מה עוד יכולה היתה המנוחה לומר ולא אמרה כדי ליתן ביטוי לכוננתה להדיר את בנותיה מירושה? אלא שהורייתה של המנוחה בצוואה נפסלה כהוראת סעיף 29 לחוק הירושה, וסוף דבר שעזבונה עבר לבנותיה, לאמור: למי שהמנוחה ביקשה מפורשות כי לא יזכו בעזבונה. כך אף בענייננו, שהמנוחה ביקשה **מפורשות ובקול רם** להדיר את בעלה ואת בנה המאומץ מעזבונה, והנה מוצע לנו לחלק את העזבון דווקא ביניהם.

42. אני מתקשה להסכים למסקנה זו. כיצד זה איפוא נצא מן הסבך? התשובה לשאלה היא שתחול הוראת סעיף 17 לחוק הירושה, ולפיה תזכה המדינה בעזבון ותישא בחובה להשתמש בו למטרות חינוך, מדע, בריאות, סעד ועוד. ובלשון החוק:

17. **זכות הירושה של המדינה**

(א) באין יורש לפי הסעיפים 10 עד 16, תירש המדינה כירושת על פי דין.

(ב) **מה שירשה המדינה לפי סעיף זה ישמש למטרות חינוך, מדע, בריאות וסעד**, אולם רשאי שר האוצר להעניק מנכסי העזבון או לשלם, בתחום שווים של נכסי העזבון שהגיעו לידי המדינה אחרי סילוק חובות העזבון, תשלום חד-פעמי או תשלומים חוזרים -

(1) לאדם שערב מות המוריש היה מחסורו על המוריש;

(2) לאדם או לתאגיד שערב מות המוריש היה מחסורו של המוריש עליו;

(3) לבן-משפחתו של המוריש או של בן-זוגו שאינו מירשיו על פי דין.

(ראו עוד: שילה, 178) כי לו נאה כי לו יאה.

43. אמרנו למעלה, כי משפט הירושה על-פי החוק החרות אמור לשקף את רצונו ה"ממוצע" של בן-החברה, ובהחילנו את הוראות חוק הירושה על מי שנפטר באין צוואה, כמו אומרים אנו לכבד את רצונו המשוער של אדם במקומו. וכנאמר בפרשת קרן לב" (לעיל, שם, 725):

... חלוקת עיזבון כפי שנקבעה בחוק הירושה - וכך גם משפט הירושה בכל אתר ואתר - אמורה לשקף את רצונו המשוער של הפרט באשר לחלוקת רכושו לאחר מותו, והוא הרצון ה"ממוצע" של בן החברה ... חזקה אפוא על אדם במקומותינו, כי באין צוואה המורה אחרת, מבקש הוא לחלק את רכושו לאחר-מות כדבר חוק הירושה. חזקה זו אמורה לשקף את עקרון האוטונומיה של הפרט - אם תרצה: כיבוד רצונו המשוער של הפרט, והוא כבוד האדם - במקום שהפרט לא גילה מפורשות את רצונו; ואילו במקום שהפרט גילה את רצונו, נכבד את רצונו.

כך בלכתו של אדם מאיתנו וצוואה לא הותיר אחריו: תרים אנו אחרי רצונו, ומניחים אנו כי רצונו המשוער של הנפטר כתוב בחוק הירושה החרות. והנה, בניגוד לכך, במקום שעניין לנו לא ברצון משוער אלא ברצון מפורש וגלוי; ברצון ייחודי ולא ברצון "ממוצע"; ברצון (שולל) הנובע מעימקי נפשו של אדם; דווקא כאן לא נכבד את רצונו של האדם? ובלשונה של Melius במאמרה (שם, 77):

The court's disfavor of escheat is based on a social policy ... This policy is that society would prefer to see a decedent's property pass to his family rather than to the state. Yet, Jetter clearly demonstrated by the express terms within his will that the last thing he would prefer is for his relatives to inherit his property. Therefore, the social policy behind the law's abhorrence of an escheat does not apply here, nor in any case where a testator has clearly disinherited all of his heirs.

("escheat" פירושו הוא, הלכה למעשה: העברת הבעלות - ביתר דיוק: החזרת הבעלות - למדינה).

44. כללם של דברים: דעתי היא כי ראוי לנו שנעיין שוב בהילכת הצוואה שוללת, וכי נכיר בצוואה שוללת כפי שמכירים אנו בכל צוואה אחרת.

45. לא נדע מדוע ביקשה בטי לשיצקי להדיר את קרוביה היחידים מעיזבונה ולבכר על-פניהם חייל אלמוני. אני מניח כי היו לה טעמים טובים לכך, טעמים טובים ומיוחדים. את טעמיה לא גילתה לנו, אך טעמים אלה זועקים אלינו מן הצוואה:

אני **מדגישה** כי **שום דבר מחלקי** לא יושאר לבעלי משה לשיצקי או לבני המאומץ זיו-אברהם לשיצקי.

אני מצהירה כי זו בקשתי ואני חותמת עליה בהכרה מליאה
וצלולה. (ההדגשות שלי - מ' ח')

אחרי דברים אלה, היש עוד צורך בהסברים? יתר-על-כן: משהעניקה המנוחה את רכושה לאותו חייל אלמוני, מה היה לה שהוסיפה וכתבה את הוראת-ההדרה? וכי לא היו הדברים מובנים מאליהם שאם "כל" רכושה יעבור לאותו חייל - כדבר הרישה לצוואה - לא ייוותר דבר לא לבעלה ולא לבנה המאומץ? מה היה לה איפוא שהוסיפה בצוואתה, ובהדגשה ("אני מדגישה"), כי "שום דבר מחלקי לא יושאר לבעלי משה לשיצקי או לבני המאומץ זיו-אברהם לשיצקי"? אין זאת אלא מחשש שמא יזקפו אנשים גבות ויתמהו שמא אירע לה דבר שמדירה היא בצוואתה את קרוביה היחידים. על-כן הוסיפה בטי לשיצקי וכתבה בצוואתה כי "אני מצהירה כי זו בקשתי ואני חותמת עליה בהכרה מליאה וצלולה". "בהכרה מלאה וצלולה", קרא: דעתי לא נשתבשה עלי וזאת בקשתי ומישאלתי. אכן, דווקא שלילה זו - כביכול, שלא-לצורך - דווקא היא מדגישה את רצונה העז של המנוחה שלא להותיר אחריה ולו פרוטה שחוקה לא לבעלה ולא לבנה המאומץ. אין ספק קל בדעתי, כי הענקת העיזבון למדינה - לשימוש בו למטרות החברתיות המפורטות בסעיף 17(ב) לחוק הירושה - קרוב מאד לכוונתה של המנוחה, בוודאי קרוב מרצונה העז **שלא** להותיר דבר לבעלה ולבנה המאומץ.

46. כפי שראינו למעלה (ראו פסקה 35), סובר חברי השופט מצא כי במקום בו יש בה בצוואה, מעיקרה, גם הוראות מעניקות גם הוראות מדירות, ולימים פוסל בית-המשפט - מכל טעם שהוא - את ההוראות המעניקות, כי-אז לא נכיר בצוואה כצוואה בת תוקף. מה טעם כך? אומר חברי דברים אלה: "ביחס למקרה בו קבע בית-המשפט כי ההוראות המעניקות בצוואה בטלות, יש אולי מקום להניח, שאילו ידע המוריש שהוראותיו המעניקות בטלות, אפשר שהיה נמנע גם מהוראת ההדחה.. " (פרשת דשת, בפסקה 12 לחוות-הדעת).
בחוות-דעתנו עתה מוסיף חברי ואומר על-כך דברים נוספים (בפסקה 19 לחוות-דעתנו):

אם בנסיבות אלו יינתן תוקף להוראת ההדרה שבצוואה, הרי שבאין יורשים זולת אלה שהודרו, תירש המדינה, כירשת על-פי דין, לפי סעיף 17 לחוק. ושאלה גדולה היא, בעיניי, אם בעשותה את צוואתה היתה המנוחה כוללת בה את ההוראה להדיר את בעלה ואת בנה המאומץ, גם אילו ידעה שהוראתה להעניק את רכושה לחייל שיימצא מתאים וראוי לקבלו תוכרז כבטלה והמדינה תיטול את כל עיזבונה. כשלעצמי, הייתי מעמיד את המנוחה בחזקתה, שאילו ידעה שההוראה המעניקה שכללה בצוואתה דינה להיבטל, היתה נמנעת גם מהוראת ההדרה.

צר לי שלא אוכל להסכים לדברים אלה. רצונה של בטי לשיצקי להדיר את בעלה ואת בנה המאומץ מעיזבונה הם כה ברורים, כה חדים, עד שמכריעים הם כל חזקה נוגדת כהצעת חברי. יתר-על-כן: ירושת המדינה על-פי

סעיף 17 לחוק הירושה אינה ירושה על-החלק. חובה היא המוטלת על המדינה לעשות שימוש בעיזבון למטרות צדקה וחסד (ראו פסקה 42 לעיל), והרי מטרות אלו קרובות לליבה של בטי לשיצקי - אשר ביקשה להיטיב עם "חייל טוב, בן אדם" - יותר מאשר הרצון להיטיב עם בעלה ועם בנה המאומץ; כך, למותר לומר, על דרך ההמעטה.

הערת-אזהרה ארוכה

47. אמרנו בחוות-דעתנו, כמה וכמה פעמים, כי דבר לא מנע את בטי לשיצקי מִחֲלֵק את רכושה בחייה כאוות-נפשה; כי יכולה ורשאית היתה, בחייה, לתת לזה ובעיקר למנוע מזה. ואם בחייה יכולה ורשאית היתה לעשות כן, כך הוספנו ואמרנו, מה טעם לא נתיר לה להורות בצוואתה כי כך ייעשה ברכושה לאחר-מות? ועוד אמרנו בחוות-דעתנו, שוב ושוב, כי מיצווה היא לקיים את דברי המת, וכי מיצווה זו מיצוות-על היא בשיטת המשפט: מה אדם, לעת היותו, יכול ורשאי הוא לעשות כך-וכך, מיצווה היא המוטלת עלינו להיות "לו" לעזר לאחר-מות, לשמשו מרצוננו כידו הארוכה.

כל דברים אלה נכונים הם ומוליכים הם אותנו בדרכנו, אך נכונותם אינה החלטית ונחרצת. טעמו העיקרי של הדבר הוא, שלא הרי אדם בחייו כהרי מיצוותו לאחר-מות; אם תרצו: לא הרי אדם בחייו כהרי אדם לעת שהוא כותב את צוואתו. שהרי כל עוד חי אדם ועושה הוא מעשה, מביא הוא במנין שיקוליו - ביודעין ובלא-יודעין - נתון זה של היותו חי; ואילו בכותבו צוואה לעולם שלא יהיה עולמו - לעולם ממנו ייעדר - על-פי טבע הדברים יכולה מערכת שיקוליו להשתנות מקצה-אל-קצה.

הנה-כי-כן, החיים לימדונו כי אדם - על דרך הכלל - אינו שש להיפרד מרכושו; ובעודו בחיים אין הוא מעביר את רכושו לשליטת אחרים, ולו לקרובים-לו ביותר. ויש שאל אי-רצונו של אדם להיפרד מרכושו, יוסיף עצמו אי-רצון מצד הקרובים-לו ליטול מאותו רכוש כל עוד המוריש חי. כך ראינו וידענו כל עוד אדם הוא בין החיים.

משנפטר אדם לבית עולמו, חל כמובן שינוי דרסטי - שינוי מקצה-אל-קצה - במערכת, וממילא חייבים שאר יסודות המערכת להתארגן ביניהם-לבין-עצמם אחרת משהתארגנו שעה שאדם חי. ומתוך שאדם יודע מראש כי ילך לבית עולמו בדד, תהא דעתו נתונה - לעת כתיבת צוואתו - לעולם בו הוא לא יהיה. כך, למשל, אותו רצון מולד להחזיק אישית ברכוש, ייעלם מעצמו ממערכת השיקולים של המצווה.

48. השוני הנחרץ בין המערכת לעת החיים לבין המערכת שלאחר-החיים, מחייבת אותנו להעמיד גבול לאותה השוואה שעשינו: בין מה שאדם יכול ורשאי לעשות בחייו לבין מה שהחברה סוברת - קרא: החוק קובע - שיכול ורשאי הוא לצוות כי יעשה ברכושו לאחר חייו; שלא הרי זה כהרי זה. הדברים אמורים הן מבחינה סובייקטיבית - מבחינתו של האדם-המצווה - והן מבחינה אובייקטיבית של הכלל, קרא: מבחינת החוק.

49. **אשר למצווה:** יש דברים שאדם לא יעשה בחייו אך נכון הוא להורות בצוואתו כי יעשה לאחר-מות. איננו מדברים, כמובן, בעצם הצורך המונָה לחלק את הרכוש בצוואה. כך, למשל, אמורים דברים ברגש הבושה. רגש בושה שהוא מריגשותינו, יכול שיניא אדם מעשיית מעשה מסויים. אך לעת כתיבת צוואתו - לקביעה מה יהיה לאחר-מות - יכול אותו רגש שיתפוגג בליבו של אדם, ותחתיו יפרוץ רגש חזק הימנו. הנה-כי-כן, אין ספק שמצווה המדיר את בניו ובנותיו מעיזבוננו חש כלפי בניו - בחייו - אותם רגשי דחיה שבאו לידי ביטוי בצוואתו. ואולם, אפשר כי בחייו כבש האב את רגשותיו ולא נתן להם ביטוי; מכל מקום, לא נתן להם ביטוי עז כבצוואתו. אפשר אף שהתנהגותו בחייו היתה כה מאופקת, עד שהישלה את בניו ובנותיו כי אומר הוא לְזָכֹת אותם בעיזבוננו, ולו כדי לְזָכֹת במעט שעות של אהבה וחסד. כך ברגש הבושה; כך ברצון לזכות באהבה ובחסד; וכך בכל רגש, רצון ואינטרס אחרים, שבהיות האדם חי משפיעים הם על התנהגותו, ולעת כתיבת צוואתו עשויים הם להתפוגג, להיעלם או להיכנע לרגשות, לרצונות ולאינטרסים אחרים החזקים מהם והבאים תחתיהם.

50. **ואשר למדיניות החוק:** מצווה, על-פי טבע הדברים, מבקש להורות את החיים מה יעשה ברכושו לעת שהוא עצמו לא עוד יהיה. אומר הוא לשלוט בעולם שמעבר לעולמו-שלו, לקבוע סדרים לחיים שעומד הוא לעוזבם ולא עוד יחזור אליהם. מתוך שענייננו הוא בשליטתה של היד המתה (ה-"mortmain") בחיים, ממילא מתעורר אינטרס הכלל, הוא חוק הירושה ולווייניו. כך, למשל, יכול חוק לקבוע כי עיזבוננו של אדם - כולו או חלקו - יעבור עם מותו למי שהחוק מורה כי יעבור; במקרה מעין-זה, החוק הוא שיוורה ולא הנפטר. כן יכול החוק לקבוע כללי התנהגות אלה ואחרים שיחולו על מעבר הרכוש מן המת לחי, כללי התנהגות הנדרשים - לדעת החוק - מתוך השוני שנתחולל במערכת עם מותו של אדם. יכול החוק לקבוע, כמובן - כפי שהוא קובע במקומנו - כי נכבד ונקיים את רצונו של הנפטר בצוואתו, בכפוף לכללים אלה ואחרים הנעלים, לדעת המחוקק, מרצונו של הנפטר.

בין כך ובין אחרת: חשוב שנדע ונזכור, כי ההיקש מרצונו של אדם בחייו לרצונו בצוואתו, אין הוא היקש מושלם; ובאותה רוח ייאמר, כי גם למיצוה שאנו מצוים בה לקיים את דברי המת, הושמו גבולות. בענייננו-שלנו, כך אני סובר, לא היגענו אל גבול המותר; רחוקים אנו ממנו, לדעתי, מרחק רב. מסקנה נדרשת

מכאן היא, כי ההיקש בין רצון החי לבין רצון המת בצוואתו יתפוש במלואו, והמיצווה לקיים את דברי המת תחייבנו אף-היא במלואה.

מילים אחרונות

51. מצווים אנו לקיים את דברי המת; שהרי המת מת הוא ורק אנו החיים נכל לכבדו בקיום רצונו קודם מותו. בטי לשיצקי כתבה את צוואתה במרירות ובכעס, אך הביעה את רצונה באורח ברור וצלול. אל-נא נדחה את בקשתה מאיתנו, החיים. נכבד אותה כפי שהיינו רוצים כי יכבדו אותנו לאחר-מות.

בעיקבות פרשת שפי פירסם פרופסור אריאל רוזן-צבי דברי ביקורת חריפים על ההלכה שנקבעה בעניינה של צוואה שוללת. ראו: א' רוזן-צבי, "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א, (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב), 184. וכך אמר פרופסור רוזן-צבי, בין שאר דבריו (שם, 215):

תוצאתו של פסק דין זה הנה, כי בירושה התחלקו שני יורשים שהמנוח בפירוש עמד על כך שלא יזכו בירושתו... בדרך פרשנית הנסמכת על לשון החוק ועל ההיסטוריה החקיקתית שלו הגיע בית המשפט למסקנה העומדת בסתירה לעיקרון הבסיסי, המרכזי והיסודי, של דיני הירושה בישראל, שהוא קיום רצונו של המת. כל פרשנות חייבת לתת קודם כול ביטוי למטרה הראשונית של החוק ולעקרונות היסוד שהיא מגלם ומגבש. במקרה זה נעשו אמצעי הפרשנות כלי לסטייה מעקרון יסוד זה. תוצאה זו אינה מניחה את הדעת.

לשם קידומו של עקרון היסוד שלפיו יש לקיים דברי המת יש לקבוע, כי גם המסמך הכולל הוראת הדרה בלבד הוא בבחינת צוואה. השאלה, אם דין זה עולה בקנה אחד עם הפסיקה האמריקנית או האנגלית, אינה רלבנטית. לדידנו, אין גם כל חשיבות לשאלה, אם בעקבות ההדרה מוגדל חלקו של יורש אחר אם לאו. מה עוד שבעקבות ההדרה מן הירושה בפרשה זו הייתה המדינה זוכה בירושה. תוצאה זו לא הייתה אמורה להרתיע את בית המשפט. בסופו של דבר, מבחינת רצונו של המצווה, ניתנה חשיבות מרכזית לשאלה מי לא יזכה בירושה. השאלה, מי יזכה בירושה, הייתה משנית בעיניו, אם לא חסרת חשיבות. כך עולה מנסיבות המקרה.

מצווה המדבר בקול צלול וברור בדרך משפטית תקפה בטורח לקבוע את מי אין הוא רוצה לזכות בירושתו זכאי לקיום רצונו כמו מצווה המבקש לקבוע מי יזכה בירושתו. חובתנו היא לקיים את רצונו של המת, לחיוב ולשלילה. זו הייתה גמירות דעתו של המצווה, וזה היה רצונו. את אלה היה על בית המשפט לכבד.

אחתום בשתי ידיי על כל מילה ומילה שנבעה מעטו של פרופסור רוזן-צבי. אכן, אפוטרופוסות-בכפיה שההלכה נטלה על המת, אין לה לדעתנו הצדק ראוי. כל עוד לא פגע המצווה בסדר הציבורי, בהוראות-תשתית שבחוק או

בזכויות זולתו, חובה היא המוטלת על החי לכבד את רצונו, לקיים את האוטונומיה של האדם. זו כל התורה כולה, ואיך פירושה הוא.

סוף דבר

52. מסע ארוך עשינו ולסוף היגענו אל המנוחה. אם דעתי תישמע, כי-אז נקבל את ערעור המדינה ונחזיר את הדיון לבית-משפט קמא להמשך ההליכים. אם כך נפסוק, ממילא נדחה את הערעור בע"א 5056/94. בנסיבות העניין אציע שלא לחייב את משה לשיצקי בהוצאות.

ש ו פ ט

המשנה לנשיא ש' לוין:

אני מסכים למסקנתם המשותפת של שני חברי הנכבדים, בכל הנוגע ליישומו של סעיף 29 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965- על המקרה הנוכחי. במחלוקת שנפלה ביניהם לענין יצירתו של הקדש בצוואת המנוחה, מצטרף אני לפסק דינו של השופט חשין; לאור תוצאה זו אין לי צורך להחליט בשאלה מה דינה של הוראת הדרה בצוואה, אם כי גם בענין זה, לו נדרשתי להכריע בו, הייתי נוטה להסכים עמו.

לפיכך גם לדעתי דין הערעור להתקבל, כאמור בפסק דינו של השופט חשין.

המשנה לנשיא

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט מ' חשין.

ניתן היום, כח' בכסלו תש"ס (7.12.99).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא

העתק מתאים למקור

שמריהו כהן - מזכיר ראשי
F01.94046600