

פאול קניג

נגד

יהושע כהן

א

בית המשפט העליון

[28.7.82]

ב

לפני הנשיא לשעבר מ' לגדוי

השופטים מ' אלון, א' ברק, מ' בייסקי, ש' לוין

ג

חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63, סעיפים 18, 19, 20, 21, 22 (הוקן: ס"ח תשל"ו 196, 23, 23(א), 23(ב), 23(ג), 24, 25, 54, 54(ב) — פקודת השטרות [נוסח חדש], ז"ח 14, סעיף 57 — הצעת חוק הירושה, תשי"ח-1958, ה"ח 215, סעיפים 27, 28(ב), 30 — חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259, סעיף 8 — חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, ס"ח 112, סעיף 19 — חוק יסודות המשפט, תשמ"ב-1980, ס"ח 163.

ד

הדיון הנוסף נסב על השאלה, אם פתקים, שנכתבו בכתב-ידה של המנוחה לפני התאבדותה, ואשר לא כללו תאריך ותחילה של המנוחה, יכולים להיחשב כצוואה. השאלה המרכזית שנדונה לצורך כך היא, אם העדר התחילה והתאריך יכול לשמש "פגם" הניתן לריפוי בהתאם לסעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

ה

בית המשפט העליון פסק:

- א. (1) המשמעות הרגילה של הדיבור "פגם" היא החסרת משהו מהשלם ולא "הסרה".
- (2) ההקשר בו מופיע הדיבור האמור יכול שיחייב פירוש במשמעות בלתי רגילה, אך הקשר הכתוב בסעיף 25 לחוק הירושה אינו מחייב פירוש כזה.
- ב. (1) סעיף 25 לחוק הירושה אינו מכשיר כצוואה בכתב-יד מסמך, שמרכיבי היסוד של צוואה כזו נעדרים ממנו.
- (2) מבנהו של סעיף 19 לחוק הירושה הוא סימטרי: הצוואה כולה צריך שתיכתב "ביד המצווה", התאריך אמור להיות כתוב "בידו" ואף התחילה אינה חתימה על דרך הסתם אלא חתימה "בידו" של המצווה.
- ג. לא ניתן להכשיר את הפתקים, שעליהם סבה הבקשה, מכוח סעיף 54 לחוק הירושה, שכן עניינו של סעיף זה הוא פירוש הצוואה, ואילו השאלה במקרה דנא היא, אם פתקים אלה מהווים צוואה אם לאו.

- ד. גזירת המחוקק היא, שיש לערוך צוואה בכתב רק באחת הדרכים המפורטות בסעיפים 19, 20 ו-22 לחוק הירושה.
- ה. האמירה לפני שני עדים השומעים את לשונו של המצוה היא יסוד קונסטיטוטיובי בצוואה בעל-פה לפי סעיף 23 לחוק הירושה.
- ו. בית המשפט העליון אינו רשאי במסגרת של דיון נוסף להחליט מיוזמתו בטענה שלא נטענה או להחזיר את התיק לפני בית-משפט זה בהרכב של שלושה לדון בפלוגתא חדשה.
- ז. (דעת מיעוט — השופט א' ברק): (1) „צוואה“ לעניין סעיף 25 לחוק הירושה אינה מסמך, המקיים את כל הדרישות הצורניות הקבועות בסעיפים 19 עד 23 לחוק הירושה, שכן מסמך כזה אינו פגום ואינו זקוק לקיומו לסעיף 25 לחוק הירושה.
- (2) „צוואה“ לעניין סעיף 25 לחוק הירושה היא מסמך, שבו מורה אדם, מה יעשה ברכושו לאחר מותו, ובמסמך זה נפלו מספר פגמים.
- (3) על-פי הוראת הסעיף, חלקם של הפגמים ניתן לריפוי, וחלקם אינו ניתן לריפוי. היסודות הצורניים הניתנים לריפוי הופכים, מכוח הוראה זו עצמה, ליסודות משניים, ואילו היסודות הצורניים שאינם ניתנים לריפוי הופכים מכוח ההוראה ליסודות מרכזיים.
- (4) ההבחנה בין סוגים שונים אלה היא תולדה ותוצאה של הפירוש, שיש לתת לסעיף 25, ולא הנחת יסוד, על-פיה יש לפרש סעיף זה.
- (5) החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות, אשר תגשים את מטרת החוק.
- (6) כאשר מגמתו החקיקתית של המחוקק היא להגשים את מצוות המת, וכאשר המחוקק נותן לרשות השופטת מכשירים מרחיקי לכת — אם כי לא בלתי מוגבלים — לריפוי פגם שנפל בצוואה, מגמתה הפרשנית של השפיטה צריכה להיות מרחיבה וגמישה, התואמת לתפיסת יסוד חקיקתית זו.
- (7) גישה פרשנית מרחיבה זו היא המחייבת ליתן לביטוי „פגם“ בסעיף 25 לחוק הירושה פירוש מרחיב הסוטה מהרגיל, כדי להגשים את תפיסת היסוד החקיקתית הגלומה בחוק הירושה.
- (8) לעניין צוואה בכתב-יד יש ליתן לביטוי האמור פירוש, המשתרע הן על העדר חתימה או תאריך והן על חוסר בחתימה או בתאריך קיימים.
- (9) כשם שקיום כל היסודות הצורניים אינו יוצר הנחה חלוטה, בדבר קיומה של גמירת דעת, כך העדר יסודות צורניים אינו יוצר הנחה חלוטה בדבר העדרה של גמירת דעת.
- ח. (דעת מיעוט — השופט מ' אלון): (1) לא כל הדרישות הצורניות שבסעיפים 20 עד 23 הן בבחינת הליכים שבלעדיהם ניתן לקיים את הצוואה, אלא כל צוואה וצוואה צריכה עיון לגופו.
- (2) לעניין צוואה בעדים שבסעיף 20 שלוש הן הדרישות, שבלעדיהן אין הצוואה צוואה: המצווה (ודברי הצוואה), שני עדים והכתב. לעומת זאת, העדר תאריך או חתימת המצוה ניתן לתיקון בצוואה בעדים לפי סעיף 20, אם אין ספק באמינות הצוואה, ואם ניתן להוכיח גמירת דעתו של המצוה על-פי העדים או לפי הנסיבות, בכל דרך שהיא.
- (3) בצוואה בכתב-יד חתימת המצוה יש בה כדי להעיד, שאכן גמר בדעתו שזו צוואתו. אם יוכח, כי המצוה רצה לתתם ולא התם למעשה, די יהא בכך, במקרה כזה החתימה למעשה היא

- דרישה פורמאלית ולא תוכנית. לא כן הדובר כשאין יודעים שביקש לחתום על מה שכתב, שבמקרה כזה הנחת המחוקק היא, שלא הוכחה גמירת דעתו של המצווה לצוות.
- (4) שלא כעניין צוואה בכתב-יד, שלגביה ניתן לקיים צוואה רק אם יש פגם בחתימה או בתאריך ולא בהעדרם של אלה, הרי לעניין צוואות, המנויות בסעיפים 20 עד 23, רשאי בית המשפט לקיימן, גם אם מצוי פגם בהליך מהליכיה.
- (5) העדר גמור של אחת הדרישות המצויות בצוואות המנויות בסעיפים 20 עד 23 הוא פגם בהליך.
- (6) סימני ההיכר, שבלעדיהם צוואת שכיב מרע לא צוואה היא, שניים הם: (א) היות המצווה במצב של שכיב מרע או שהוא רואה עצמו מול פני המות; (ב) תוסר כל ספק בדבר תוכן הצוואה ואמיתותה.
- (7) לעומת אלה, הקביעה, שהצוואה תיערך בעל-פה, והדרישה הנוספת, שבמקרה זה צריך שדברי השכיב מרע ייאמרו בפני שני עדים, אשר יעלו על הכתב את דברי השכיב מרע ויפקידוהו בהתאם, אינה אלא בבחינת "הליכים", שלגביהם נאמר בסעיף 25 שכל עוד לא קיים ספק בדבר אמיתותה של הצוואה, הרי גם בהעדרם רשאי בית המשפט לקיים את הצוואה.
- (8) משהורה לנו המחוקק בסעיף 25, כי רשאי בית המשפט לקיים צוואת שכיב מרע, אף אם נפגם הליך מההליכים המצויים בסעיף 23, ופירושו של פגם בהליך הוא אף העדר גמור של אותו הליך, רשאים אנו לקיים צוואה, שנכתבה בכתב-ידו של השכיב מרע או של מי שרואה עצמו מול פני המות, כאשר אין לנו ספק באמיתותה של צוואה זו ושאינן נכתבה על-ידיו.
- ט. (1) (אליבא דנשיא לשעבר מי לנדוי): המונה "שכיב מרע" המופיע בסעיף 23 לחוק הירושה לא הוגדר בחוק, והוא נקלט מן המשפט העברי, ומותר לנו איפוא להיוקק לעקרונות כלליים של ההלכה העברית בסוגיה זו בתמצית ובקירוב.
- (2) אין ללמוד מכך, שנוכל להיוקק להלכת המשפט העברי בכאנו לפרש את הסעיף 23 בשלמותו, כאשר מלשון הסעיף עולה ברורות, שהמחוקק הישראלי עשה הסדר תחיקתי שונה מהלכת המשפט העברי.
- ה. (אליבא דשופט מי בייסקי): ככל שמצטמצמות הדרישות הצורניות והפורמאליות על-ידי המחוקק, ממילא מצומצם תחום התערבותו של השופט לקבוע ויתורים נוספים בדרך פרשנית.
- יא. (1) (אליבא דשופט א' ברק): ראוי ורצוי לו למשפט העברי, אשר בהשראתו נחקקה הוראת חוק, כי יהווה מקור להשראה פרשנית, כלומר להרחבת האופק ושדה הראייה הפרשניים, ובכך ליצירת עומק נוסף ליצירה הפרשנית. אך ההכרעה בין האפשרויות השונות היא הכרעה של בית המשפט בלא כבלים משפטיים היצוניים ובלא בכורה או ראשוניות לשיטה אחרת, תהא יקרה ככל שתהא.
- (2) חוק יסודות המשפט עניינו מילוי ליקויים בחוק, והיינו יצירת דין חדש, מקום שהדין הקיים שותק, ואין בשתיקתו משום הסדר שלילי. אין הוא חל במקרה של פירוש גורמה משפטית, והיינו בגבולותיה של הוראה, הנותנת תשובה לשאלה.
- (3) (אליבא דשופט מי אלון): צוואת שכיב מרע נקלטה בחוק הירושה ממקורות המשפט העברי, ועקרונותיו של משפט זה צריך שידריכו אותנו, כל עוד מתיישבים הם עם נוסח החוק ומטרתו.
- (4) אחד מכללי היסוד בתורת הפרשנות הוא, שהמחוקק אינו משחית מלים לריק, ויש לתת תוכן מסוים לדבר, במיוחד כאשר מדובר בחוק שלם שנתחדש במערכת החוקים ומקומו

בכותל המזרח של המערכת המשפטית. לפיכך, אין לקבל השקפה, לפיה חוק יסודות המשפט אינו מעניק למערכת המשפט העברי מעמד כלשהו בנוסף למעמד "ההרשאה" של כל מערכת משפטית אחרת.

א

## פסקידין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] ע"א 232/77 רוזנברג נ' אברהמוף, פ"ד לב (2) 197.
- [2] ע"א 566/71 פייג נ' שפיצקופף, פ"ד כז (1) 355.
- [3] ע"א 250/70 שרעבי ואח' נ' טוברי, פ"ד כה (1) 429.
- [4] ע"א 252/70 רוזנטל נ' טומשבסקי וערעור שכנגד, פ"ד כה (1) 488.
- [5] ע"א 689/71 ח' לוי נ' צ' לוי ואח', פ"ד כו (2) 681.
- [6] ע"א 869/75 בריל נ' היועץ המשפטי לממשלה ע"י האפוטרופוס הכללי, פ"ד לב (1) 98.
- [7] ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. ואח' נ' מנהלי עובון י' בידרמן ואח' וערעור שכנגד, פ"ד כו (2) 783.
- [8] ע"א 113/69 חתמי ללידס פרנק ברדפורד אנד קו. לימיטד נ' לב ואח' פ"ד כג (2) 230.
- [9] ע"א 481/73 רוזנברג, ע"ד, מנהל עובון אלזה ברגמן נ' שטטל, פ"ד כט (1) 505.
- [10] ע"א 158/77 דבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג (2) 281.
- [11] ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח', פ"ד לה (2) 785.
- [12] ע"א 464/77 דהן נ' אזולאי ואח', פ"ד לג (2) 16.
- [13] ע"א 681/77 מרק נ' שאבי, פ"ד לג (1) 7.
- [14] ע"א 160/80, 851/79 ש' בנדל ואח' נ' ד' בנדל, פ"ד לה (3) 101.
- [15] ע"א 88/57 רוזנברג נ' צ' קרמרד ואח', פ"ד יב 1096; פ"ע לה 172.
- [16] ע"א 138/64 פלדמן (שוורץ) נ' טריפמן, פ"ד כ (2) 419.

ב

ג

ד

ה

ו

ז

## פסקידין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [17] ת"ע (ב"ש) 39/70 משה נ' האפוטרופוס הכללי — באר-שבע, פ"מ עז 156.
- [18] ת"א (ת"א) 2815/70 פ' גולדנברג נ' י' גולדנברג ואח', פ"מ עז 235.
- [19] ת"ע (ת"א) 4950/80 שטרייכר ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"מ תשמ"ב 217 (2).

## פסקידין של בתי הדין הרבניים שאוזכרו:

- [20] תיק 3/16/712 א' נ' ב', פד"ר א 22.
- [21] ערעור תשכ"ה/222 א' נ' ב', פד"ר ו 65.
- [22] תיק (י"מ) 1/36/703 א' נ' ב', אוסף פסקידין של הרבנות הראשית לארץ-ישראל, בית הדין הגדול לערעורין (ז' ורהפטיג עורך) כ.

## פסקי-דין אנגליים שאוּזכרו:

[23] *Windham v. Chetwynd* (1757) 97 E.R. 377.

## פסקי-דין אמריקניים שאוּזכרו:

[24] *In re Donohoe* 20 A.L.R. 392; 271 Pa. 554 (1922).

## מקורות המשפט העברי שאוּזכרו:

- [א] בבא קמא, עו, ב.  
 [ב] מלכים, ב, יג, יד.  
 [ג] תרגום יונתן בן עוזיאל מלכים ב, יג, יד.  
 [ד] בבא בתרא, קמז, ב; קנא, א; קנו, א; קעה, א.  
 [ה] רמב"ם, מכירה, ה, ט; זכיה ומתנה, ג, ד; ה, הלכות ב, ד, כד, כו.  
 [ו] סנהדרין, כט, ב.  
 [ז] מגיד משנה, זכיה ומתנה, ה, כד.  
 [ח] פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ט, סימן יח.  
 [ט] שו"ע, חו"מ, רן, סעיפים א, ג, ה; כא, סימן ב.  
 [י] רשב"ם, בבא בתרא, קמז, ב, ד"ה מהנת שכיב מרע.  
 [יא] שו"ת גינת ורדים, ח"ב, חו"מ, כלל ה, סימנים יב, יג.  
 [יב] קידושין, ס"ה, ב.  
 [יג] שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, רעג.  
 [יד] סמ"ע, וח"מ, רן, ס"ק, ח; רנג, ס"ק א.  
 [טו] טור, חו"מ, רן, א.  
 [טז] שו"ת ישכיל עבדי, ח"ו, חו"מ, יז.

## הערות:

להגבלת הדיון בדיון נוסף להלכה שנפסקה בשאלה כלשהי ראה: ד"ג 39/80 ברדיגו ואח' נ' ד.ג.ב. 9  
 טקסטיל בע"מ ואח', פ"ד לה(4) 197; ד"ג 18/81 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 279.

עתירה לדיון נוסף בעניין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה (הנשיא לשעבר מ' לנדוי והשופטים ד' בכור, מ' בייסקי) ביום 21.10.80 בע"א 86/79\*. העתירה נדחתה ברוב דעות נגד דעתם החולקת של השופטים א' ברק, מ' אלון.

מ' כספי, מ' שפרן — בשם העותר;  
 מ' שכטר — בשם המשיב.

\* פ"ד לה(1) 176.

## פסק-דין

א השופט ש' לרין: 1. המנוחה גיזל כהן (להלן — המנוחה) מצאה את מותה בנסיבות טראגיות: נישואיה למשיב לא עלו יפה, והיא גם לא הצליחה להתגרש. היא שכרה חדר בקומה העשרים של בית-מלון בתל-אביב. כעבור שעה קלה היא התאבדה, כשקפצה מחלון החדר ובידיה בתם הקטנה של בני הזוג. בתדר נמצאו לאחר מכן תשעה פתקים כתובים בכתבי-ידה של המנוחה, שלא נחתמו על-ידיה ולא נשאו תאריך. בפתק האחר (3/מ) נכתב לאמור:

„בס"ד

צוואה

כל מה ששיך לי באופן רשמי כספים וכו' לחלק בין ארבע אחים שלי. השאר שאמי תחיה תחליט בעצמה כרצונה.".

ג

בפתק אחר (4/מ) כתבה המנוחה לקרוביה, שידאגו שהמשיב לא ישתתף בהלוויה, שיש לומר לו שדרך ארץ קודם לתורה. שאת הבת לקחה המנוחה עמה כי המשיב מציק לה, שהשתיים תשכבנה יחד אם הדבר מותר על-פי דין „ולדאוג שיהושע (המשיב) יקבל כמה שפחות". שאר הפתקים אינם רלוואנטיים לנושא הדיון שלפנינו.

ד

2. העותר הוא אחיה של המנוחה, והוא ביקש בבית המשפט המחוזי בירושלים לקיים את שני הפתקים הנ"ל כצוואתה של המנוחה. המשיב הגיש התנגדות, וביום 31.12.78 דחה בית המשפט (מפי השופט מ' כהן ז"ל) את הבקשה על יסוד הטעמים הבאים: א) הפתקים שעליהם סבה הבקשה אינם מהווים צוואה לפי החוק, משום שאינם נושאים עליהם את חתימת המנוחה ואת תאריך העשייה; ב) תוכן הפתקים אינו ברור, ואין להעלות מהם בבירור, מה הייתה כוונת המנוחה; ג) נותר ספק, אם הפתקים נעשו על-ידי המנוחה בצלילות הדעת הדרושה; ד) נותר ספק אם הייתה למנוחה גמירות דעת לעשות צוואה.

ה

בשעת הדיון בערעור, שהוגש על-ידי האח על פסק הדין (ע"א 86/79\*), נתבקשו בעלי הדיון להגביל את טיעוניהם בשלב ראשון רק לטעמו הראשון של בית המשפט המחוזי. בית-משפט זה מצא, שהדין עם המשיב, ודחה את הערעור. חברי הנכבד, השופט ברק, הורה על דיון נוסף, המתברר כעת לפנינו.

ו

3. זה דרך הילוכה של הנמקת בית-משפט זה מפני השופט בכור, שדחה את הערעור: הוראת סעיף 19 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965 (להלן — החוק), בדבר הצורך בחתימה ובהאריך כתובים בכתבי-ידו של המנוח היא קונסטיטטיבית, ובהעדרם לא תיכון צוואה;

ז

\* פ"ד לה(1) 176.

המערער לא יוכל להיתלות, כאמור, בסעיף 25 לחוק, משום שלא ניתן לפרש את הדיבור „פגם” בחתימה או בתאריך, הנזכר בו, כמתייחס גם להעדר חתימה או תאריך; קיים הבדל בין צוואה בכתב-יד לבין צוואה באחת מיתר הצורות המוכרות בחוק: בצוואה בכתב-יד לא נותר דבר מלבד הכתב, לעומת צוואה באחת מיתר הצורות, כאשר ישנם עדים או אנשים שלפניהם נעשתה הצוואה ומהם ניתן לקבל נתונים להשלמת הדרוש השלמה. מכאן ההקפדה על שלושת המרכיבים של הצוואה בכתב-יד, השופט בכור סקר את השיטות המשפטיות השונות והתייחסותן לענייננו, כך, למשל, מכיר גם המשפט הצרפתי בצוואה בכתב-יד המצווה (סעיף 970 לקודקס האזרחי), ואי-מילוי הדרישות הפורמאליות (כתב-יד, חתימה ותאריך) פוסל את המסמך מהיותו לצוואה (סעיף 1001); אמנם, בדין הצרפתי אין קיימת הוראה כדוגמת סעיף 25 לחוק, אך קיימת פסיקה ליבראלית, המכשירה פגמים שחלו במרכיבים הקונסטטיטויטיביים של הצוואה מבלי לוותר על עצם קיומם. לפיכך, דומה הדין בישראל בעניין זה לדיני צרפת ולכמה מן הדינים הקונטיננטליים האחרים. גם לפי הדין העברי עשויה „צוואה”, שיסודותיה הפורמאליים לא נתקיימו, להיפסל כזאת.

4. פרקליט העותר השיג לפנינו על ההנמקה האמורה וטען, כי העדר חתימה והעדר תאריך אף הם יכולים לשמש „פגם” לעניין סעיף 25 לחוק, הוא טען לפנינו, שמכוח סעיף 54(ב) לחוק יש ליתן פירוש רחב לדיבור „פגם בחתימה”. הוא הביא לפנינו הגדרות מילוניות, שיש בהן כדי ללמד, ש„פגם” כולל גם „חסר”, וכן הצביע על מקרים, שבהם מכירות גם שיטות משפט זרות בצוואה למרות העדר חתימה עליה. עוד טען לפנינו הפרקליט המלומד, שדיני השטרות רואים בשטר ללא חתימה שטר אכיף למרות הדרשה המפורשת לחתימה והקיש מהם לענייננו. לבסוף הרחיב פרקליט העותר את היריעה וטען טענה נוספת לעניין שלא בא זכרו בפסק-דינו של בית-משפט זה בגלגול הראשון: בסוף הפתק מ/3 מופיעים קווים, שלטענתו יש לפרשם כחתימתה של המנוחה.

טענה אחרונה זו יש לדחות: לא זו בלבד, שלמראית עין נחזים קווים האמורים כקווי הפרדה ולא כחתימה, אלא שבבית המשפט המחוזי טען העותר במפורש, שהפתקים לא נחתמו על-ידי המנוחה (סעיף 4 לסיכום טענותיו בכתב). אין לנו עילה מספקת לדון עתה בדין נוסף בטענה, שלא בא זכרה בפסק-דינו הראשון, ואשר על פניה אין בה ממש.

הגעתי לכלל מסקנה, שיש לדחות את העתירה הזו על יסוד טעמים שבנוסח סעיף 25 לחוק ותולדות החקיקה שלו והן על יסוד טעמים שבמדיניות משפטית. אוכיר תחילה את סעיפי החוק הנוגעים בדבר: לפי סעיף 18 נעשית צוואה בכתב-יד, בעדים, לפני רשות או בעל-פה. לפי סעיף 19:

„צוואה בכתב יד תיכתב כולה ביד המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותחתם בידו”.

סעיף 20 עניינו בצוואה בעדים, אשר:

"תהיה בכתב, תצוין בתאריך ותיחתם ביד המצווה בפני שני עדים לאחר שהצהיר בפניהם שזו צוואתו; העדים יאשרו באותו מעמד בחתימת ידם על פני הצוואה שהמצווה הצהיר ותתם כאמור".

א

סעיף 21 מתייחס להליכי הפקדת הצוואה וסעיף 22 לצוואה בפני רשות. סעיף 23 דן בצוואה בעל-פה. לפי סעיף זה רשאי שכיב מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, לצוות בעל-פה לפני שני עדים השומעים את לשונו: פיסקה (א). בפיסקה (ב) של אותו סעיף נכללו הליכי רישום וזכרון הדברים, שייחתם בפני העדים והליכי הפקדתם. פיסקה (ג) אינה נוגעת לענייננו. סעיף 24 פוסל קטין ופסול דין מהיות עדים לעשייתה של צוואה. בסעיף 25 לחוק נאמר:

ב

"לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה או בהליכים המפורטים בסעיפים 20 עד 23 או בכשרות העדים".

ג

5. המשמעות הרגילה של הדיבור "פגם" היא החסרת משהו מהשלם ולא "חסר". כך, למשל, נתפרש הדיבור "פגם שבצורה" בחתימת ערב ערבות אוול, לפי סעיף 57 לפקודת השטרות, כליקוי צורני בחתימה קיימת ולא בהעדר חתימה (והשווה: ע"א 232/77 (1)), אך מסכים אני, שיכול שהקשר, בו מופיע הדיבור האמור, יחייב פירוש במשמעות בלתי רגילה, ולמקרים כאלה יש לייחס את ההגדרות המילוניות, שאוזכרו לפנינו על-ידי פרקליט העותר, האם הקשר הכתוב בסעיף 25 לחוק מחייב פירוש בלתי רגיל? סבור אני שלא. ראשית, ברישא של סעיף 25 נאמר, "לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה". "צוואה" נאמר, "נייר שהמבקש טוען שהוא צוואה" לא נאמר; מהניסוח האמור נמצאנו למדים, שצריך שיהיה קיים "גרעין" של צוואה, שניתן להתעלם מפגמיה בגדר סעיף 25, אך גם אם תמצי לומר, ש"צוואה" ברישא של סעיף 25 פירושה מה שנחזה למראית עין כצוואה, לא ייושע העותר, שהרי גם למראית עין חסרים מהפתקים, שעליהם נסב הדיון שלפנינו, מרכיבי היסוד של צוואה בכתב-יד.

ד

ה

שנית, על-אף האמור לעיל יכול מי שיבוא ויטען, שמגמתו של סעיף 25 היא להשאיר בידי בית המשפט שיקול-דעת מלא לקיים מסמך שמבקשים לראותו כצוואה, כל אימת שקיימות ראיות אמין בדבר קיום רצון לצוות מצדו של המנוח; והא ראיה, שבדברי ההסבר להצעת חוק הירישה בגלגולה הראשון בשנת תשי"ב (בהוצאת משרד המשפטים), שהוראותיה במרכיביהן העיקריים מצאו מקום גם בחוק, הודגש (בחוברת שהוצאה על-ידי משרד המשפטים בעמ' 72) כי: "כל דרישות החוק לגבי צורת הצוואה אינן באות אלא כדי לאמת את רצון המצווה ולהישמר בפני זיופים ותחבולות מרמה". לפיכך, אין ההצעה מייחסת חשיבות לפרטי הצורה ולשמירת הדרישות הפורמאליות לדקדוקיהן, ובלבד שאמיתות הצוואה אינה מוטלת בספק, וההצעה נובעת, מן המגמה הכללית להשתחרר מפורמליות יתירה ולהעדיף את התוכן על הצורה".

ו

ז



לדעתי, אין להעלות מן הדברים האמורים דבר לגבי הכשרת מסמך, שמרכיבי היסוד של צוואה נעדרים ממנו. נהפוך הוא. מנוסחו של סעיף 27 להצעה המקורית (שמצא דרכו בשינויים לסעיף 25 לחוק) יוצא, שאין הסעיף האמור מכשיר כצוואה בכתב-יד מסמך, שהודפס במכונת כתיבה ונחתם על-ידי המנוח ואף נשא תאריך בכתב-ידו, אם כי יכול שיונה, שאכן התכוון המנוח לצוות את רכושו. אכן, בשעת הדיון בכנסת בקריאה השנייה והשלישית של החוק הציע חבר הכנסת י' קושניר להכשיר כצוואה גם מסמך כאמור, שלא חתמו עליו עדים, אך ההצעה נדחתה, וחבר הכנסת משה אונא, שהיה אז יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט אמר את הדברים הבאים (ד"כ 42 (תשכ"ה) בעמ' 978):

... בקשר להסתייגות של חברי-הכנסת קושניר עלי לומר, כי עצם האפשרות של צוואה בכתב-יד, זוהי כבר הקלה. יכולים להיות היסוסים אם צריך בכלל ללכת בדרך זו. לפחות צריכות להיות הגבלות חמורות, וההגבלה העיקרית היא, שהיא צריכה להיכתב כולה ביד המצווה. אם אנו נותנים אפשרות לכתוב את הצוואה גם במכונת כתיבה, יש באמת מקום להפוך אותה לצוואה בעדים. כתב-ידו של המצווה בא במקום הוכחה חותמת שזוהי באמת צוואה, ועל כן הרוב בוועדה לא קיבל את הצעת חברי-הכנסת קושניר. אם תהיה הצוואה כתובה במכונת כתיבה, לא תהיה כל הוכחה שהמצווה באמת בדק אותה וידע בדיוק מה כתוב בה. ייתכן גם שמישהו אחר כתב אותה והחתיים את המצווה..."

לעניין זה איני רואה להבדיל בין דרישת כתב היד לדרישה שהצוואה תישא תאריך. גם אליבא דסוברים ש"פגם" כולל "חסר", קשה להלום, שמכוח סעיף 25 אפשר להתגבר על כתיבתו ביד המצווה, והוא הדין, במשנה תוקף, לגבי החתימה. מבנהו של סעיף 19 הוא סימטרי: הצוואה כולה צריך שתכתב "ביד המצווה", התאריך אמור להיות כתוב "בידו", ואף החתימה אינה חתימה על דרך הסתם אלא חתימה "בידו" של המצווה. אכן, כבר נפסק לעניין דיני השטרות — והדברים מובאים לשם השוואה בלבד — שאין אדם מתחייב בהטבעת חותמתו, שאינה שמורה עמו בלבד, שהרי "המחוקק דורש אקט אישי מובהק, שעל-פיו ניתן להניח גמירת-דעת מצד החותם וכוונה ליטול על עצמו חבות שטרית". (ט"א 566/71 (2), בעמ' 358, מפי השופט קיסטר).

6. אין ספק, שהדגם, שעמד לנגד עיני המחוקק הישראלי, לקוח משיטות המשפט הקונטיננטליות. הכלל לפי שיטות אלה, רובן ככולן, הוא, שאין לקיים צוואה בכתב-יד ללא חתימה: M.F. Planiol & G. Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français (Paris, 2eme ed., 1952). יתר-על-כן: החתימה אינה נדרשת רק כאמצעי זיהוי אלא כגילוי דעתו של המצווה בדבר גמירות דעתו ההחלטית; ואילו דרישת ציון התאריך נחוצה כדי לאפשר זיהוי מוחלט של מועד עריכת הצוואה, ואין לצוואה תוקף, אם התאריך לא נכתב בכתב-יד: H. Mazeaud, Leçons de Droit Civil (Paris, 2eme ed., 1963) 230, 248. גם הדין הגרמני אינו נותן תוקף לצוואה שאינה נושאת חתימה, אך הוא

השופט ש' לזין

מקל, מכוח הוראה סטטוטורית, לגבי התאריך: צוואה בכתב-יד, שאינה נושאת תאריך, תהיה בטלה, רק אם העדרו עשוי להעמיד בספק את תוקפו של המסמך, ורק אם לא ניתן לקבוע את מועד עריכתה של הצוואה על-ידי ראיות חיצוניות (סעיף 2247(5) ל-B.G.B.). באוסטריה חייבת הצוואה להיכתב בכתב-יד ולשאת את חתימת המצווה, אך כתיבת התאריך אינה חיונית (סעיף 578 ל-A.B.G.B.). גם באיטליה אין צוואה בכתב-יד תופסת ללא חתימה (סעיף 606 ל-C.C.).

במרבית השיטות הקונטיננטליות הקלו בתי המשפט והכשירו פגמים בדרישות הצורניות של הצוואה, בין כשהמדובר בחתימה שאינה מלאה או שנעשתה על-ידי סימן, או בפה או ברגל ימין כשהמדובר במקום שבו נכתבה: Kipp & Coing, Erbrecht 188 ff. (1978) ובאף אחת מהשיטות המשפטיות שבדקתי לא מצאתי סעיף כדוגמת סעיף 25 לחוק. אך נראה לי, כי אין בכך ולא כלום, שכן המחוקק הישראלי נתן ביטוי סטטוטורי למה ששיטות המשפט הקונטיננטליות הגיעו בדרך של פסיקה. על גישה זו אפשר ללמוד גם מעיון בדברי ההסבר להצעה המקורית, וכה נאמר בהם, בעמ' 69:

„הדרישה שהצוואה תיכתב ותיחתם כמו ידו של המצווה נמצאת בכל החוקים המכירים צורה זו של צוואה. הדרישה שהצוואה תישא גם תאריך בכתב ידו של המצווה נמצאת רק בחלק מן החוקים. אנו קיבלנו אותה כי התאריך חשוב לגבי שאלות רבות, כגון כשרות המצווה והסדר הזמני בין צוואות אחרות. לעומת זאת אין דרישה שהמצווה יציין גם את מקום עשייתה של הצוואה.

הסעיף קובע את תנאי הצורה בכלליותם. הוא אינו פוסק אם יש לחתום בשם מלא; אם אפשר לחתום בשם ספרותי; באיזה אופן ובאיזה חלק מן הצוואה יש לציין את התאריך. אין זה דרוש ואין זה רצוי שהחוק יקבע מסמרים בפרטים כגון אלה. כל עוד מובטחת זהות הצוואה וזהות המצווה, יש להשאיר מקום לנוהג (היכול להיות שונה בעדות שונות) ולשיקול דעתו של השופט (ראה גם להלן סעיף 27)”. (סעיף 25 לחוק דהיום — ש' ל').

7. הרעיון, שיש להבחין בין סוגים שונים של דרישות צורניות בצוואה, שחלק מהן הם תנאי בלעדיו אין, אינו חדש עמנו. כך, למשל, אמר בית-משפט זה בעמ"א 250/70 (3), בעמ' 431 מפני השופט קיסטר:

„כל ההוראות בדבר סדרי עריכת צוואות באות לא רק להבטיח כי חתימתו של המוריש על הצוואה היא אמיתית... (אלא גם) באו להבטיח... שהמסמך מהווה הבעה רצינית של רצונו האמיתי והמוחלט של המוריש... במשפט העברי ידוע המונח, גמירות דעה, ובספרו של חזון איש, חלק חושן המשפט, סימן כ"ב, מובאים דברים דלקמן בשם אביו: כלל גדול יהא בקנינים, דעיקר הקנין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר

לחבירו וחבירו יסמוך דעתו עליו; ויש דברים שקים להן לחז"ל שבדבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחבירו ויש שאינו גומר בלבו אלא על-ידי הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל.

והנה, לגבי צוואות מקובל היה מאז ומקדם להעמיד דרישות פורמליות שונות לקיומן, כדי לוודא, אם היתה גמירות-דעת מלאה, שהרי קשה יהיה להביא עדויות על מצבו הנפשי של המוריש ועל קיום לחץ או השפעה בלתי-הוגנת, והמוריש עצמו לא יוכל כבר להסביר את מניעיו לצוואה.

גם בע"א 252/70 (4), בעמ' 492 הביע השופט לנדוי (כתוארו אז) את הסברה, שדרישת החתימה של שני עדי הקיום לפי סעיף 23 לחוק היא קונסטיטטיבית ואינה ניתנת לריפוי על יסוד סעיף 25 (והשווה: ע"א 689/71 (5)). השאלה שלפנינו נדונה אף בבתי המשפט המחוזיים: בת"ע (ב"ש) 39/70 (17) נקבע, שאין צוואה בכתבי-יד תופסת ללא חתימה. לעומת זאת, הכשיר בית המשפט המחוזי צוואה בכתבי-יד, שאינה נושאת תאריך: ת"א (ת"א) 2815/70 (18). מן הטעמים שכבר פורטו, איני מוכן ללכת בעקבות פסק הדין האחרון.

8. פרקליטי בעלי הדין שלפנינו הרחיבו את הדיבור לעניין הלכה, שיצאה מבית משפט זה: בע"א 869/75 (6), מפי השופט ח' כהן (כתוארו אז). מעשה שהיה שם כך היה, שנחתמה צוואה בעדים, אך היא לא נשאה תאריך, וגם אישור העדים לא נשא תאריך. בית-משפט זה קבע, שלעניין סעיף 20 לחוק קיימים שלושה מרכיבים של הצוואה, שאינם ניתנים ל"הכשרה" על יסוד סעיף 25, והם: א) המצווה; ב) שני עדים; ג) הכתב; ואילו לעניין תאריך-הצוואה יש להבחין בין פגם בתאריך לבין פגם בהליך של כתיבת התאריך. וכה אמר בית המשפט שם, בעמ' 101:

"מצווה המציין בצוואתו תאריך שאינו תאריך אמת, פוגם, פגם בתאריך הצוואה; ואילו מצווה שאינו מציין בצוואתו כל תאריך, פוגם פגם באחד ההליכים המפורטים בסעיף 20, ותוא הליך ציון התאריך. הצד השווה שבשני הפגמים הוא שאם אין לבית-המשפט ספק באמינות הצוואה, רשאי הוא לקיימה ולהתעלם מפגמיה אלה".

אין מדובר בפגם בצוואה אלא אם נכתב בה תאריך ונמצא פגום, אך "הליך" כתיבת התאריך ניתן לריפוי לפי סעיף 25, כאשר בצוואה בעדים לא נכתב תאריך כלל.

אין ספק, שהלכת ע"א 869/75 (6) תומכת בעמדת המשיב, שהעדרו של תאריך אינו מהווה פגם, ואילו סעיף 25 מתייחס לריפוי "הליכים" בסעיפים 20 עד 23 ולא בסעיף 19. עם זאת, התוצאה העולה מן ההלכה האמורה עשויה לעורר סימן שאלה, אפילו היא שאובה מגזירת המחוקק: האם מתקבל על הדעת, שהעדרו של תאריך בצוואה בעדים

השופט ש' לזין

א יוכשר מכוח סעיף 25 לחוק כפגם בהליך, והעדרו של תאריך בצוואה בכתב-יד לא יוכשר כפגם בהליך? נראה לי שאפשר למצוא תשובה חלקית לקושיה זו בתולדות החקיקה: סעיף 27 להצעה המקורית של חוק הירושה הסמיך את בית המשפט אך להכשיר פגם ב"תהליכים", המפורטים בסעיף 24 או בסעיף 25 (ג) להצעה המקורית. סעיף 30 להצעת חוק הירושה, תשי"ח-1958, מכשיר רק הליכים, המפורטים בסעיף 27 או בסעיף 28 (ב) של אותה הצעת חוק; סעיפים 27 להצעת החוק המקורית ו-30 להצעת החוק מתשי"ח מקבילים לסעיף 25 של החוק; סעיפים 24 להצעת החוק המקורית ו-27 להצעה מתשי"ח מתייחסים בהתאמה למקרים מסוימים של צוואה בעדים או ל"צוואה רשמית" (המקבילה לצוואה לפני רשות לפי סעיף 22 לחוק); סעיפים 25 (ג) להצעה המקורית ו-28 (ב) להצעה מתשי"ח מתייחסים לרישום זיכרון הדברים עלידי העדים בצוואה בעל-פה. בשתי הצעות החוק ברור, שהדיבור "תהליך" או "הליך" מתייחס למרכיב "דינאמי", הדרוש לכשירות הצוואה (כגון הצהרת המצווה שזו צוואה, אישור השופט או הפקיד המוסמך, רישום דברי המצווה בזיכרון דברים) ולא למרכיב צורני, "סטטי", ולכן אי-רישום התאריך אינו יכול להיחשב לגביהן פגם ב"הליך". מטעמים השמורים עמו ראה המחוקק להרחיב את הדיבור "הליך" ולהחילו על הסעיפים 20 עד 23 בכללותם. בדקתי ומצאתי, שבכל אחד מן הסעיפים האמורים נזכרים מרכיבים "דינאמיים" לכשירות הצוואה, אך בסעיף 19 מצויים אך תנאים צורניים סטטיים, ולכן אין סעיף 25 יכול לחול עליהם.

ד מהדברים האמורים יוצא, שבהרחיבו את יריעת סעיף 25 גם על הפגם ב"הליך" כתיבת התאריך בסעיף 20 כבר חרג בית-משפט זה מן האות הכתובה של החוק, ייתכן שהלכה זו רצויה מקום שמדובר בצוואה בעדים, שחתמתה נותנת ביטוי חיצוני לגמירת דעתו של המצווה, ואיני בא לחלוק עליה, אך אין עילה מספקת להרחיבה גם על דרישת התאריך בסעיף 19 לחוק, לא לפי לשונו המפורשת ולא לפי רוחו של החוק.

ה 9. אני עובר עתה לדון בהשגותיו הספציפיות של העותר על פסק-דיננו הראשון. אין יסוד לטענה, שניתן להכשיר את הפתקים, שעליהם נסבה הבקשה, מכוח סעיף 54 לחוק, שהרי עניינו של סעיף זה הוא פירוש הצוואה, ואילו השאלה שלפנינו היא, אם פתקים אלה מהווים צוואה אם לאו; העותר גם לא יוכל להיושע מהשוואה לסוגיית החתימה בדיני שטרות. הנה כי כן בפרשת [24] In re Donohoe (1922) נכתב מסמך על טופס של שטר בכתב-ידה של פלוניית בנוסח: "אני פלוניית מתחייבת לשלם לאלמוני" סכום מסוים בכסף. המסמך לא נשא בסופו חתימה, ואף-על-פי כן הוכשר כשטר, אך אין הגדרון דומה לראית, הואיל ובית המשפט ראה את הדיבור "פלוניית" בראש המסמך כחתימה (In re Donohoe [24], *ibid.* at 393). בע"א 726/71 (7) השאיר בית-משפט זה בצריך עיון, אם ההתחייבות בכתב, הדרושה לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, טעונה חתימה, אך בע"א 113/69 (8), בעמ' 232, נפסק, כי חזוה בכתב, המקצר או מאריך את תקופת ההתיישנות כאמור בסעיף 19 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, אינו תופס ללא חתימה. טעמו של דבר: המחוקק התכוון, כי "חזוה ההתיישנות ייעשה בצורה המגלה

השופט ש' לוי

באורח חרימשמעי, כי הוא מחייב...". העותר תמך יתדותיו גם במובאות מספרו של T. Jarman, A Treatise on Wills (London, 8th ed., by R. Jennings, 1951) מובאות אלה מתייחסות למצבים חריגים, כאשר המצווה כבר התכוון לחתום, אך החתימה נמנעה ממנו עקב מוות פתאומי או סיבה מידית מונעת אחרת, שאינה תלויה ברצונו. (ראה: T. Jarman, ibid. at 146). אך יצוין, שהאסמכתאות עליהן הוא מסתמך שאובות מן המשפט המקובל, שלא העמיד את החתימה כתנאי בלעדיו אין לתוקפה של צוואה, ואין להן תחולה לעניין החוק; אכן שאלה קשה היא, מה יהא הדין גם לפי החוק, כאשר פלוני הניע את עטו על גבי נוסח של צוואה בכתבידו, הנושאת תאריך בכתבידו, אך נבצר ממנו לחתום עקב מוות פתאומי, אך השאלה אינה מתעוררת במקרה דנן. גם הליברליים ביותר בין המלומדים, הדוגלים במתן חוקף מרבי לכוונת המצווה, אם אך ניתן להוכיחה בראיות היצוגיות, אינם מוכנים לוותר במקרה הרגיל על דרישת החתימה. הנה כי כן כתב המחבר "Substantial Compliance with the Wills Act" 88 Harv. L. Rev. (1975) 489 at 518:

"The substantial compliance doctrine would virtually always follow present law in holding that an unsigned will is no will; a will with the testator's signature omitted does not comply substantially with the Wills Act, because it leaves in doubt all the issues on which the proponents bear the burden of proof; the formation of testamentary intent, deliberate and evidenced. The formality of signature is so purposive that it is rarely possible to serve the purposes of the formality without literal compliance. Because the proponents of an unsigned purported will bear an almost hopeless burden of proof, it is unlikely that people would litigate such claims in any number".

כשלעצמי, מסופק אני אם יש מקום להבעת התקווה הנזכרת בסיפא המובאה לעיל על רקע המציאות הישראלית. כל מי שמכיר את הלך רוחו של המצווה הישראלי הממוצע וזוכר את הבעיות, שהתעוררו עוד לפני קבלת החוק לגבי צוואות שכיב מרע (בעיות שלא נעלמו כליל גם לגבי קיום צוואה בעל־פה לאחר הינתנה), ייחרד נוכח הסיכון של הצפת הסכרים אם נפסוק לפי גירסת העותר. אכן, המגמה המודרנית היא להשאיר בידי בית המשפט כוח בלתי מסויג ככל האפשר לפסוק בשאלות של מהימנות ולצמצם ככל האפשר את המגבלות הפורמאליות והטכניות, העומדות לו למכשול. אך בהקשר המיוחד שלפנינו, כאשר המצווה עצמו כבר לא נמצא כדי להעיד על כוונותיו, ספק רב אם הרווח שבהסרת כל המחיצות הפורמאליות לא ייצא בהפסד של ריבוי התדייגויות ובקוצר ידו של בית המשפט לרדת לחקר האמת כעניין של מדיניות גרידא. השאלה היא, מהי הדרך בה ייטיב בית המשפט להגיע לחקר האמת. מצוות המחוקק היא, שבהעדר חתימה ותאריך

השופט ש' לוי

אין להמשיך ולערוך חקירה בדבר אומד דעתו של המצווה וכשלעצמי, ספק רב בעיניי, אם עשוי היה בית המשפט להגיע לתוצאות טובות יותר, בין בדרך כלל ובין במשפט הנוכחי, על-ידי שקילה חופשית של ראיות ללא מגבלות פורמאליות.

א

גם דעתי היא, שיש לתת לסעיף 25 לחוק פירוש ליברלי ככל האפשר, ובעניין של מדיניות איני דוגל בקיום דרישות פורמאליות שאין להן מטרה. לו הייתי מחוקק ולא שופט, ייתכן שהייתי מקל בעניין התאריך לעומת האמור בחוק, אך דרישת החתימה נראית לי כמשרתת מטרה מועילה, ובדרך כלל נדמה לי, שבסוגיה הנדונה מצא המחוקק איזון נאות בין קיומן של דרישות צורניות פורמאליות מזה לבין האפשרות להקל בפרטי דרישות אלה, כאשר אין ספק בדבר אמיתות הצוואה, מזה. לפיכך, גם לו הייתי סבור, שניתן תיאורטית לתת לדיבור „פגם” בסעיף 25 משמעות שאיננה רגילה הכוללת „חסר”, הייתי נמנע לעשות כן בנסיבות המקרה דנן.

ב

ג

10. קראתי את פסק-דינו של חברי הנכבד, השופט אלון, ולצערי לא אוכל לצרף דעתי לדעתו הן מטעמים פורמאליים והן מטעמים מהותיים. מטעמים פורמאליים כיצד? שהפלוגתא, שבגדרה נתקיים הדיון הנוסף, סבה כולה סביב סעיף 19 לחוק: בעלי הדין בערעור נתבקשו להגביל טיעוניהם לעניין זה לבדו, והם גם לא חרגו ממנו, ופשיטא, שאין אנו רשאים במסגרת של דיון נוסף להחליט מיומחננו בטענה שלא נטענה לפנינו. איני סבור שאנו רשאים, בגדר סמכותנו בדיון הנוסף, להחזיר את התיק לפני בית-משפט זה בהרכב של שלושה לדון בפלוגתא חדשה, כפי שמציע חברי, השופט אלון.

ד

מטעמים מהותיים כיצד? מכוח סעיף 25 לחוק רשאי בית המשפט לקיים צוואה שלא היה לו ספק באמיתותה, בין השאר, אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בהליכים המפורטים בסעיף 23. מהפיסקה, שציטטה על-ידי חברי הנכבד מ"א 869/75 (6), יוצא, שאין צוואה בעדים בלי עדים. האם אין ללמוד מכך — מכוח גזירה שווה — שאין צוואה לפי סעיף 23 בלי עדים? גזירת המחוקק היא — בין אם נאבה ובין אם נמאן — שיש לערוך צוואה בכתב רק באחת הדרכים המפורטות בסעיפים 19, 20 ו-22 לחוק, (ראה סעיף 18). הצעתו של חברי, השופט אלון, באה ליצור — שלא על דרך של חקיקה — סוג חדש של צוואה בכתב, שלא בא זכרה בחוק, אכן, שכיב מרע, המסוגל לעשות צוואה בכתב, ולא נקרו לפניו עדים, יערכנה לפי סעיף 19 לחוק.

ה

ו

לפי האבחנה שניסיתי להבחין בין מרכיבים סטטיים קונסטיטוטביים לבין „הליכים” דינאמיים, שסעיף 25 חל עליהם, נראות לי הדרישה לקיומם של עדים בצוואה והאמירה שבעל-פה כשייכות לקבוצת המרכיבים הראשונה; דווקא מאחר שהצוואה היא בעל-פה, דרושים גם שני עדים, ודוק: לא בשני עדים בעלמא עסקינן אלא בשני עדים „השומעים לשוננו” של המנוח, דרישה שאפילו אינה קיימת בסעיף 20. לדעתי, יש בהמרת המרכיב הצורני של צוואה בעל-פה במרכיב של כתב ובוויתור על הדרישה לקיומם של עדים —

ז

השופט ש' לוי, השופט א' ברק

כך שהוראות סעיף 23(ב) לעולם לא תהיינה ניתנות לביצוע — משום הסגת גבולו של המחוקק.

הייתי מקיים את פסק-דיננו הראשון מבלי לעשות צו להוצאות.

השופט א' ברק: צר לי כי עלי להלוק על דעת חבריי בדיון נוסף זה. אילו דעתי הייתה נשמעת, היינו קובעים שני אלה: ראשית, כי העדר חתימה בצוואה בכתב-יד פגם הוא, הניתן לריפוי על-ידי סעיף 25 לחוק הירושה; שנית, כי את התיק יש להחזיר להמשך הדיון בו בערעור בשאלה. אם הפתקים, אשר נעשו על-ידי המנוחה, בצלילות דעת נעשו, ואם הייתה לה גמירות הדעת לעשות צוואה. אם התשובה על שאלות אלה תהא בחיוב, הייתי מקיים את צוואתה של המנוחה.

2. גדר הספקות בעניין שלפנינו הוא, אם הדיבור „פגם” בסעיף 25 לחוק הירושה משתרע לא רק על המקרה של החסרת דבר מהשלם, אלא גם על המקרה של חסר השלם עצמו. ודאי שחוסר חתימה הוא פגם בצורת הצוואה, אך הניתן לומר, כי חוסר חתימה הוא „פגם” בחתימה? על שאלה זו יש להשיב תוך עריכתן של שתי בדיקות: האחת, בדיקה לשונית, אשר מטרתה לבחון, אם ניתן לכלול במונח „פגם” לא רק חיסרון בשלם אלא חסר כשלעצמו. אם בדיקה זו תעלה, כי ניתן, ולו גם בדוחק, ולו גם בקושי, לכלול בדיבור „פגם” לא רק חסר בדבר קיים אלא גם העדר אותו דבר עצמו, כי אז יהא מקום לעריכתה של הבדיקה השנייה, והיא, אם מבין המשמעויות הלשוניות השונות מן הנכון הוא לבחור במשמעות יוצאת דופן זו לדיבור „פגם”. בבדיקה הראשונה פועל השופט כבלשן, תוך שהוא בוחן אופציות לינגוויסטיות; בבדיקה השנייה פועל השופט כפרשן, תוך שהוא מבקש לבחון את מטרת החקיקה, ותוך שהוא מבקש לבחור באותה אופציה לינגוויסטית, אשר יהא בה כדי להגשים את מטרת החקיקה. שתי הבדיקות האמורות חיוניות הן. אין השופט רשאי — בהעדר תחושה כי לפניו אבסורד פרשני — ותחושה זו אינה מצויה בענייננו — להגשים מטרה שאין לה אחיזה, ולו הקלושה ביותר, בלשון החוק. מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש (ראה: F. Frankfurter, "Some Reflections on the Reading of Statutes" 47 Colum. L. Rev. (1947) 527, 544. ייתכן, שיינתן ללשון החוק פירוש מרחיב או פירוש מצמצם, פירוש רגיל או פירוש חריג, אך בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק. אך באותה מידה אין השופט רשאי להסתפק בבדיקה הלשונית, שכן החוק אינו אך טקסט בלשני גרידא. החוק הוא יצירה נורמטיבית, הבאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק (ע"א 481/73 (19), בעמ' 511).

\* פ"ד לה(1) 176, בעמ' 180.

## 3. השופט בכור קבע בע"א 86/79\*, נושא עתירה זו, כי:

"הפירוש המקובל והסביר של המלה פגם הוא שבדבר קיים אחד המרכיבים שלו פגום או חסר... בלשון בני-אדם אין פגם בחתימה כולל בחובו היעדר חתימה, וכידוע, ההלכה היא שהמחוקק מדבר בלשון בני-אדם, וכך יש לפרש את דבריו".

א

מוכן אני לקבל, כי על-פי הפירוש הרגיל, בלשון בני אדם, פגם בחתימה אינו כולל בחובו העדרה של חתימה מעיקרא. אך האם זהו הפירוש היחיד שניתן ליתן לדיבור "פגם"? האם אין אופציות לינגוויסטיות נוספות? הנה אנו מוצאים באחד המילונים, כי "פגם" משמעותו "חסרון" (י' גור, מלון עברי (דביר, 1949) 703). האין זו נקודת אחיזה מינימאלית, המאפשרת בחינת מדיניות המחוקק? האם "פגם" בכשרות העדים אינו משתרע על המקרה, שבו אין לעדים כשרות כלל? האין לומר, כי הדיבור "פגם בחתימתם" סובל גם את הפירוש, כי עניין לנו בפגם ביחס לחתימתם, בין אם החתימה קיימת ובין אם לאו? האם פגם בחוזה מניח תמיד קיומו של חוזה? האם פגם בתקנה מניח תמיד קיומה של תקנה? האם פגם במינוי מניח תמיד קיומו של מינוי? אכן, חברי הנכבד, השופט ש' לוי, מוכן להכיר בכך, כי יש לו לביטוי "פגם" גם משמעות לא רגילה, העשויה להשתרע אף על חיסרון בדבר עצמו, אך לדעתו אין זו המשמעות שיש לייחס לביטוי "פגם" בסעיף 25 לחוק הירושה. נוכל לעבור, על-כן, לבחינת המשפטיות של "פגם" בהקשרו של סעיף 25 לחוק הירושה, תוך שנכיר בכך, כי אם הגישה המשפטית תביא אותנו לידי כך שניתן למונח "פגם" פירוש של חסר אף בשלם עצמו, יש לו, לפירוש זה, עיגון לשוני, אם כי אין זו משמעותו הרגילה והטבעית של הדיבור "פגם".

ב

ג

ד

4. חברי הנכבד, השופט ש' לוי, מביא מספר נימוקים, מדוע אין לפרש את הביטוי "פגם" בחתימה כמשתרע גם על חוסר של חתימה. נימוקו הראשון הוא, כי על-פי סעיף 25 לחוק הירושה, "צריך ויהיה קיים גרעין של צוואה שניתן להתעלם מפגמיה בגדר סעיף 25", ואילו צוואה בכתב-יד ללא חתימה אין בה "גרעין" חיוני זה, ואף אין בה צוואה למראית עין, לכך מתקשר גם נימוקו השני של חברי הנכבד, לפיו אין להכשיר, באמצעות סעיף 25 לחוק הירושה, "מסמך שמרכיבי היסוד של צוואה נעדרים ממנו". לדעתו, באין חתימה אין "גרעין" של צוואה בכתב-יד ו"מרכיב היסוד" של הצוואה חסר, ועל-כן אין תחולה להוראות סעיף 25 לחוק הירושה. עם כל הכבוד, אין בדברים אלה הנמקה לגישתו של חברי, אלא אך ביטוי לגישתו, הדורשת הנמקה. משקבעת, כי העדר חתימה אינו ניתן לריפוי באמצעות סעיף 25 לחוק הירושה, הרי בכך קבעת — ורק בכך קבעת — כי החתימה היא "גרעין" הצוואה ו"מרכיב היסוד" שלה. אך מדוע אין לרפא העדר חתימה באמצעות סעיף 25 לחוק הירושה? אכן, לא כל מסמך ניתן לריפוי באמצעות סעיף 25 לחוק הירושה, תנאי הוא, כי "לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של הצוואה". פשיטא ש"צוואה" לעניין סעיף 25 לחוק הירושה אינה מסמך המקיים את כל הדרישות הצורניות, הקבועות בסעיפים 19 עד 23 לחוק הירושה, שכן מסמך כזה אינו "פגם" ואינו

ה

ו

ז

\* פ"ד (ה) 176, בעמ' 180.



א  
ב  
ג  
ד  
ה  
ו  
ז  
ח  
ט  
י

זקוק לקיומו לסעיף 25 לחוק הירושה. נמצא, כי „הצוואה” לעניין סעיף 25 לחוק הירושה היא מסמך, שבו מורה אדם מה ייעשה ברכושו לאחר מותו. ובמסמך זה נפלו פגמים מספר. חלקם של הפגמים ניתן לריפוי על-פי סעיף 25 לחוק הירושה, וחלקם של הפגמים אינו ניתן לריפוי על-פי סעיף 25 לחוק הירושה. היסודות הצורניים הניתנים לריפוי הופכים, מכוח הוראה זו עצמה, ליסודות משניים, ואילו היסודות הצורניים שאינם ניתנים לריפוי הופכים מכוח הוראה זו עצמה ליסודות מרכזיים („גרעין”); כך, למשל, דרישת הכתב בצוואה בכתבי-יד היא דרישה צורנית, שאינה כלולה בסעיף 25 לחוק הירושה, ועל-כן פגם בה אינו ניתן לריפוי, ועל-כן הופכת דרישת הכתב למרכיב יסודי ולגרעין של צוואה בכתבי-יד. על רקע זה מובנים דבריו של חבר הכנסת משה אונא, שציטטו על-ידי חברי הנכבד, לפיהם „ההגבלה העיקרית היא, שהיא צריכה להיכתב כולה ביד המצווה, כתבי-ידו של המצווה בא במקום הוכחה חותכת שזוהי באמת צוואה”. לא כן לעניין פגם בחתימה, שזכרה בא בסעיף 25 לחוק הירושה. על-כן צוואה, שרק חלקה כתובה בכתבי-יד, אינה ניתנת לקיום כצוואה בכתבי-יד. נמצא, כי כמו חברי הנכבד, אף אני גורס, כי „יש להבחין בין סוגים שונים של דרישות צורניות בצוואה, שחלק מהן הם תנאי בלעדיו אין, אך לשיטתי שלי ההבחנה בין סוגים שונים אלה היא תולדה ותוצאה של הפירוש, שיש ליתן לסעיף 25 לחוק הנזכר, ולא הנחת יסוד, על-פיה יש לפרש סעיף זה.

5. ממשיך חברי הנכבד וקובע, כנימוק נוסף לגישתו, כי „הדגם, שעמד לנגד עיני המחוקק הישראלי, לקוח משיטות המשפט הקונטיננטליות. הכלל לפי שיטות אלה, רובן ככולן, הוא, שאין לקיים צוואה בכתבי-יד ללא חתימה”. אכן, השוואת משפטים היא מכשיר חשוב לפרשנות, שכן על-ידי השוואה לזולתך אתה לומד להכיר טוב יותר את עצמך, אך להשוואה זו מגבלות משלה. החוק הוא יצירה אורגנית חיה, המורכבת מיסודות וממגמות המשתלבים בה. אין משמעות להשוואה של פרט זה או אחר, כאשר הנחות היסוד ומגמות היסוד שונות הן זו מזו. מגמתו של חוק הירושה היא ליתן „מינימום של פרטים טכניים” (הצעת חוק הירושה (משרד המשפטים, תשי”ב) 70) בלא לייחס לפרטי הצורה חשיבות יתרה (שם, עמ’ 72) ותוך הכרה אף בצוואה, שאינה כלל בכתב אלא כולה בעל-פה. על-כן תצמח אך תועלת מועטה מהשוואה בין שיטה זו שלנו, בכל הנוגע לריפוי פגמים, לבין שיטות אחרות. המבוססות על ריבוי פרטים טכניים, תוך מתן חשיבות יתירה לצורה, ותוך צמצום חופש הבחירה של המצווה באשר לצורת צוואתו. לא מקרה הוא, כי בשיטות המשפט הזרות לא מצויה כלל הוראה דוגמת סעיף 25 לחוק הירושה. חברי הנכבד, השופט ש’ לוי, מציין, כי בהוראת סעיף 25 לחוק הירושה נתן המחוקק הישראלי ביטוי סטטוטורי למה שהפסיקה באותן ארצות גיבשה בדרך הלכתית. מה הסימוכין לגישה זו? מדוע אין לומר, כי סעיף 25 לחוק הירושה נתן שיקול-דעת רחב לשיטה, מעל ומעבר למקובל בארצות הקונטיננט? האין להניח, כי ההסבר, לפיו „הצעתנו גובעת מן המגמה הכללית להשתחרר מפורמליות יתירה ולהעדיף את התוכן על הצורה” (הצעת חוק הירושה תשי”ב, בעמ’ 73), תומך בגישה מרחיבה זו דווקא?

השופט א' ברק

6. בנתחו את השגותיו הספציפיות של העותר, מציין חברי הנכבד, השופט ש' לוי, כי "שאלה קשה היא, מה יהא הדין גם לפי החוק, כאשר פלוני הניע את עטו על גבי נוסח של צוואה בכתב-ידו, הנושאת תאריך בכתב-ידו, אך נבצר ממנו להתום עקב מוות פתאומי, אך השאלה אינה מתעוררת במקרה דנן. גם הליברליים ביותר בין המלומדים הדוגלים במתן תוקף מרבי לכוונת המצווה, אם אך ניתן להוכיחה בראיות חיצוניות, אינם מוכנים לוותר במקרה הרגיל על דרישת החתימה". קטע זה קשה הוא בעיניי: ראשית, נבצר ממני להבין, מדוע, על-פי גישתו של חברי הנכבד, הדוגמא שהוא מביא מעוררת "שאלה קשה". פשיטא, שעל-פי שיטתו, באין חתימה אין צוואה. כלום מבקש חברי להבחין בין מצווה, שהתכוון להתום ולא חתם, לבין מצווה שלא חתם, משום שלא ידע שצריך להתום? שנית, חברי הנכבד מציין, כי "השאלה אינה מתעוררת במקרה דנן". כשלעצמי איני רואה כל הבדל בין הדוגמא ההיפותטית שנותן חברי לבין המקרה שלפנינו. מה בין מי שעשה צוואה בכתב-ידו ושלה יד בנפשו בטרם חתם לבין זה שעשה צוואה בכתב-ידו ונורה בטרם חתם? שלישי, חברי הנכבד מציין, כי גם הליבראליים מבין המלומדים אינם מוכנים לוותר על דרישת החתימה "במקרה הרגיל". לכך אני מסכים. "במקרה רגיל" כשאין חתימה יהא לי ספק באמיתותה של הצוואה. אך המקרה שלפנינו אינו מקרה רגיל כלל ועיקר. זהו מקרה מיוחד ויוצא דופן. לבסוף, בדוגמא שהביא חברי הנכבד, גירסתם של אותם מלומדים ליבראליים היא דווקא, כי יש ליתן תוקף לצוואה חרף העדר חתימתו של המצווה. אומר המחבר המלומד, המצוטט על-ידי חברי בהמשך הקטע המובא על-ידי חברי 518: J.H. Langbein, supra at 518:

"Nevertheless, there may be rare cases where it would be appropriate to admit to probate an unsigned will. Consider the testator who publishes the document as his will to his gathered attesting witnesses and takes up his pen and lowers it toward the dotted line when an interloper's bullet or a coronary seizure fells him. In such unique cases where there is persuasive evidence that the testator's intention to sign the will was final, and only a sudden impediment stayed his hand, the purposes of the Wills Act are satisfied without signature."

במה שונה מקרה זה מהעניין שלפנינו? אמת הדבר, אין כל הוכחה, כי המנוחה ביקשה להתום, אך מה חשיבות יש לכך? ההוכחה, כי המצווה ביקש להתום, באה רק להראות, כי המסמך שעשה מייצג את רצונו האחרון והאמיתי. אך עניין זה ניתן להוכיח בדרכים אחרות.

7. מבין נימוקיו של חברי הנכבד, החשוב ביותר בעיניי הוא זה, כי "כל מי שמכיר את הלך רוחו של המצווה הישראלי הממוצע וזוכר את הבעיות, שהתעוררו עוד לפני

השופט א' ברק

קבלת החוק לגבי צוואת שכיב מרע... ייחוד נוכח הסיכון של הצפת הסכרים אם נפסק לפי גירסת העותר... בהקשר המיוחד שלפנינו, כאשר המצווה עצמו כבר לא נמצא כדי להעיד על כוונותיו, ספק רב אם הרווח שבהסרת כל המחיצות הפורמאליות לא ייצא בהפסד של ריבוי התדייגויות וקוצר ידו של בית המשפט לרדת לחקר האמת". אכן, אילו הייתי שותף לחששו של חברי הנכבד, כי הסכרים יוצפו, הייתי נרתע מלחלוק על דעתו. כשלעצמי נראה לי, כי פחד זה פחד שווא הוא, וזאת ממספר טעמים:

ראשית, המצווה הישראלית הממוצע — כמו כל מצווה בכל פינה בעולם — יעשה הכול כדי לקיים את הדרישות הפורמאליות בעניין צוואה, שכן הוא — ויעצו המשפטי עמו — רוצים שרצונו של המצווה יכובד לאחר מותו, ללא כל צורך בהתדייגות משפטית. שום מצווה בר דעת לא ינזול בדרישות הצורניות של הצוואה, תוך שהוא ישים מבטחו בהוראת סעיף 25 לחוק הירושה. כפי שמציין Prof. J.H. Langbein, supra at 518, 524: ברשימה, המובאת על-ידי חברי הנכבד:

"We assert therefore a fundamental point when we say that the substantial compliance doctrine would have no effect whatever upon primary conduct. The incentive for due execution would remain. Precisely because the substantial compliance doctrine is a rule of litigation, it would have no place in professional estate planning... The counselor's job is to prevent litigation. Only when the lawyer had bungled his supervision of the execution of a will would he have occasion to fall back on substantial compliance".

המקרה שלפנינו אינו מסוג המקרים, שבהם פירוש "מתירני" להוראת חוק יעודד התרשלות ולא-איכפתיות. הוראת סעיף 25 לחוק הירושה אינה הוראה המכוונת את "ההתנהגות הראשונית" של בני הציבור — את הפיסיוולוגיה של דיני עריכת צוואה — אלא היא אך הוראה פנימית — החלה במקרים פאתולוגיים נדירים — המכוונת את הרשות השופטת במקרים חריגים. כלום יעלה על הדעת, כי אם דעתי שלי תתקבל, נהיה עדים לתופעה, שבה מצווים ועורכי-דינם יימנעו מלחתום על צוואה בכתביד? מי לידם כף יתקע, כי לא יהיה לבית המשפט ספק באמיתותה של הצוואה? אכן, המקרה היחיד עליו ניתן לחשוב — ומסופר כי בפרופסור לדיני ירושה קרה הדבר — הוא מקרהו של אותו מצווה, אשר מחד גיסא מבקש להיראות כעושה צוואה תקפה, ומאידך גיסא מכניס בה פגם מכוון. האם למקרה זה דואג חברי?

שנית, גם החשש, שנהנים פוטנציאליים יציפו את בתי המשפט בפתקאות ועליהן כתבידו, הלא חתום של המצווה, אינו חשש רציני, כפי שכבר ציינתי, העדר חתימה יוצר, לרוב, ספק באשר לאמיתות הצוואה. די בכך כדי לצנן את זרם הפתקאות

הפוטנציאליות. נראה לי, כי מספר המקרים — בהם יומצאו מסמכים, הנחזים כצוואת המנוח, הכתובים בכתב-ידו, ואינם חתומים על-ידיו — יהא מטבע הדברים קטן ביותר. האם הוצפו בתי המשפט בטענות, שהמנוח עשה צוואה בעל-פה בהיותו „שכיב מרע”? עד כמה שידיעתי מגעת, לא התרחש אסון שכזה, ואיני רואה כל חשש, כי בתי המשפט יוצפו בפתקאות כתובות. אכן, מודע אני לכך, כי במספר מקרים אכן יוגשו לבתי-משפט פתקאות, הכתובות בכתב-ידו של המנוח, ואינן חתומות על-ידיו, ובית המשפט ייתן להן תוקף כצוואה, אם אין לו ספק באמיתותם ככתב בצוואה. מה רע יש בכך? ניסיון החיים מלמד, כי מספר הפתקים שאין ספק באמיתותם כצוואה, ואשר ייפסלו בשל גישתו של חברי הנכבד, הוא גדול לאין שיעור ממספר הפתקים השקרניים שיקוימו כצוואה, על-פי שיטתי שלי. האין ניסיון חיים זה תומך בתיזה המוצעת על-ידיי? מן הראוי שנציב, בעניין זה, לנגד עינינו את דבריו של Lord Mansfield שהעיד על עצמו, כי יש לו ניסיון רב בענייני צוואות, ואשר פסק בפרשת Windham v. Chetwynd (1757) [23] at 421:

“I am persuaded many more fair wills have been overturned for want of the form, than fraudulent have been prevented by introducing it. I have had a good deal of experience at the delegates, and hardly recollect a case of a forged fraudulent will, where it has not been solemnly attested. It is clear that judges should lean against objections to the formality. They have always done so in every construction upon the words of the statute... and still more ought they to do so, if that system would spread a snare, in which many honest wills must unavoidably be entangled”.

שלישית, איני רואה כל סיבה, מדוע דווקא בתחום הצוואות תקצר ידו של השופט לרדת לחקר האמת. העניין שלפנינו אינו שונה מכל עניין אחר, שבו חייב השופט המקצועי לקבוע עובדות, וכשם שאנו סומכים על עצמנו כמסוגלים לקבוע את האמת בכל עניין אחר, אין כל סיבה שלא נסמוך על עצמנו דווקא בעניין זה. נטען, כי המצווה אינו עוד בחיים, ואין עוד אפשרות לשאול את פיו. אך מה בכך? טול את עניינה של צוואה בעל-פה, שעשה המצווה בפני שני עדים. צוואה זו מוכרת אצלנו (סעיף 23 לחוק הירושה). נמצא, כי המחוקק לא סבר, כי קצרה ידם של שופטים לרדת לחקר האמת, חרף העובדה שאין בנמצא כלל כתב-ידו של המנוח, והכול מבוסס על דברי עדים. אם כך הדבר כצוואת שכיב מרע, מדוע תקצר יד השופטים לרדת לחקר האמת בצוואה בכתב-יד, שבה הבסיס הראיתי הוא איתן יותר? אילו מילוי הדרישות הצורניות היה המפתח להגשמת כוונת הנפטר, הייתה מתבקשת המסקנה, כי יש לקיים צוואה, הממלאת אחר כל הדרישות הצורניות, ואין להרשות טענות, כי צוואה זו אינה משקפת את רצונו האמיתי של המנוח.

השופט א' ברק

כידוע, לא זו גישתנו שלנו. אנו מרשים הוכחה חיצונית, לפיה רצונו של המנוח שונה מזה המשתקף בצורת הצוואה. אם הוכחה כזו אפשרית היא ומותרת בצוואה, המקיימת את כל הצורות הפורמאליות, מדוע לא ניתן יהיה להוכיח, כי רצונו של המנוח מתגשם בצוואה, שחסרים בה פרטים אלה או אחרים? מבחינת דרכי ההוכחה, במה שונים שני המצבים? כשם שהוכחה על העדר רצון אמיתי עשויה להתגבר על קיומה של צוואה, כך הוכחה על קיום רצון אמיתי יכולה להתגבר על העברה של צורה. חברי הנכבד, השופט ש' לוי, מוכן, כנראה, להמליץ לפני המחוקק לבטל את הדרישה, כי העדר תאריך בצוואה בכתביד יש בו כדי לבטלה ללא אפשרות של ריפוי החסר. נמצא, כי הוא מוכן לכך, כי בעת ההדיינות תוכרע השאלה, אם צוואה פלונית בכתביד היא צוואתו האחרונה של המנוח אם לאו. על-פי ראיות חיצוניות. במה שונה מקרה זה מהמקרה, שבו יובאו ראיות חיצוניות להוכחת רצון ההנחלה של המנוח? ידועה אימרתו של Prof. Maine בספרו 170 (1885) Early Law and Custom:

“... legal technicality is a disease, not of old age, but of the infancy of societies”.

דומה, שאימרה זו תופסת בענייננו. בחברות „צעירות“ קיים חשש, כי בית המשפט לא יוכל לעמוד במשימה של הגשמת כוונת המצווה, שכן לא עומדים לרשותו האמצעים לקביעת האמת. על-כן באות דרישות פורמאליות, המהוות תחליף לצורך בקביעת האמת. עם „התבגרותה“ של השיטה המשפטית, וכשהיא עומדת על רגליה שלה, גדל האמון שהיא נוהגת בעצמה ובשופטיה, וביכולתם לחשוף את האמת. כשם שהעדויות והחקירה החליפו את ה- ordeal בתחום הפלילי, כן מחליפים הם את הכתב בתחום האזרחי. דומה ששיטתנו שלנו בגרה וצמחה, הוך שיש בידי הרשות השופטת כלים נאותים לחשיפת האמת, בכל התחומים, לרבות דיני הצוואות.

8. עד כה עמדתי על הנימוקים, המונעים ממני מלהצטרף לגישתו של בית-משפט זה בערעור, שעליו סבה עתירה זו, ולגישתו של חברי הנכבד, השופט ש' לוי. אך בכך לא די. עלי לבמק עתה את גישתי שלי, לפיה יש ליתן לביטוי „פגם“ בסעיף 25 לחוק הירושה פירוש מרחיב — ואם תרצה מיוחד — לפיו הוא משתרע לא רק על חסר בחתימה קיימת אלא גם על חסרונה של החתימה כולה. גישתי זו אינה מבוססת על הכלל הפרשני, כי במקום שפירושו של חוק על-פי משמעותו הרגילה של מלותיו מביאה לתוצאה אבסורדית, מותר לו לשופט לסטות מלשון החוק, אם בדרך של גריעה ואם בדרך של תוספת, והכול כדי למנוע את האבסורד. הטעם לכך הוא, שעם כל אמונתי בנכונותה של גישתי, ועם כל ביקורתי לגישת חברי, אין אני סבור כלל ועיקר, כי גישתו שלו מביאה לתוצאה אבסורדית.

9. חקיקה בענייני צוואה מוצאת עצמה לרוב „נקרעת“ בין שני שיקולים נוגדים. אחד גיטא עומד השיקול, כי יש לקיים את רצון המת באשר לאופן שבו מחולק רכושו, והשאלה היסודית היא אך זה, מה היה רצונו האמיתי של המנוח, ואם רצון זה בא לידי

ביטוי בדבריו (בכתב או בעל-פה). על-פי שיקול זה יש ליתן תוקף לרצונו של המנוח. תהא צורת הביטוי לרצון זה אשר תהא. גישה זו בקיצוניותה עשויה להביא לכך, כי לא יהא כל צורך בהסדרים פורמאליים באשר לאופן עריכתן של צוואות. מאידך גיסא עומד השיקול, כי שעה שרכושו של המצווה יחולק, הוא לא יהא עוד בחיים, ולא יהא ניתן לשאול לכוונתו ולרצונו, ועל-כן רצוי לקבוע דרישות פורמאליות, אשר ממלאות מספר פונקציות חשובות. שעיקרן, פונקציה „הוכחתית“ לרצון המצווה, פונקציה „מזהירה“ באשר לרצינות הצעד המנחיל ופונקציה „מגינה“ בפני השפעות בלתי הוגנות. על-פי שיקולים אלה יינתן תוקף של צוואה לרצונו של המצווה, רק אם אותו רצון מוצא ביטוי בדרך פורמאלית הקבועה בחוק. גישה זו בקיצוניותה עשויה להביא לידי כך, כי פגם כל שהוא בדרישות הפורמאליות יש בו כדי לפסול את הצוואה. שיטת המשפט המודרנית אינן מאמצות, בדרך כלל, לא את הגישה האחת ולא את הגישה האחרת, אלא מאזנות בין השיקולים הנוגדים הללו, תוך שהן נותנות משקל זה או אחר לכל אחד מהשיקולים השונים. איוון שכזה מצא את ביטויו גם בחוק הירושה שלנו. דאי שהשיקול, לפיו יש לכבד את רצון המת, הוא שיקול מרכזי בחוק הירושה. עם זאת, אין זה שיקול יחיד, וחוק הירושה אינו נותן חופש גמור למצווה באשר לאופן עריכת צוואתו, אלא קובע צורת פורמאליות מסוימות לצוואה. אך שיקול „פורמאלי“ זה אף הוא אינו השיקול היחיד, ואף לא העיקרי. בראש ובראשונה מתבטאת נטייתו של המחוקק שלנו לקצץ בכמות הדרישות הפורמאליות, תוך שמספרן קטן בהרבה מהמקובל בארצות אחרות; שנית, מוכר כוחו של המנוח לצוות בעל-פה, דבר שאינו מקובל בארצות רבות; שלישית, בית המשפט הוסמך לרפא פגמים, שנפלו בצורתה של הצוואה. הוראה אחרונה זו, המוצאת ביטויה בסעיף 25 לחוק הירושה, היא הוראה יוצאת דופן, שלא מצאתי לה אח ורע בארצות השונות שנבדקו על-ידיי (צרפת, גרמניה, איטליה, שווייץ, אנגליה, ארצות-הברית). נהפוך הוא: הגישה החקיקתית בארצות אלה היא פורמאלית ביותר, וסטייה קלה כחמורה יש בה לעתים קרובות כדי לפסול צוואה, ועל כך הלינו רבים וטובים (ראה: L.M. Friedman, "The Law of the Living, The Law of the Dead: Property, Succession and Society" Wis. L. Rev. (1966) 340, at 365. אכן, על גישתו הליברלית של המחוקק הישראלי ניתן ללמוד יפה מדברי ההסבר להצעת החוק המקורית, בעמ' 72-73, בהם נאמר:

„כל דרישות החוק לגבי צורת הצוואה אינן באות אלא כדי לאמת את רצון המצווה ולהישמר בפני זיופים ותחבולות מרמה. אין לייחס לפרטי הצורה חשיבות יתירה (כפי שעושה זאת החוק הצרפתי, סעיף 1001) ובודאי לא ערך אבסולוטי, כאילו היה בהם תריס מוחלט ויחידי השומר מתקלות. לכן יש לתת לבית המשפט שיקול דעת מסויים להקל במילוי הדרישות הפורמליות לדקדוקיהן, כל עוד אמיתות הצוואה אינה מוטלת בספק. הצעתנו נובעת מן המגמה הכללית להשתחרר מפורמליות יתירה ולהעדיף את התוכן על הצורה. המשפט העברי דורש מצד אחד שמירה קפדנית על נוסחאות מסוימות... מצד שני הוא פיתח את המושג של צוואה משום מצוה לקיים דברי המת. בחוקים זרים לא מצאנו דוגמה להוראה דידן.“

10. המגמה החקיתית היא איפוא לקבוע, מחד גיסא, מספר הוראות פורמאליות שזמן הדין לקיימן, אך ליתן, מאידך גיסא, שיקול-דעת לבית המשפט לקיים צוואה חרף העובדה שנפלו בה פגמים, שכן מטרתו הבסיסית של המחוקק היא לקיים את רצון המת, ואין מסכלים רצונו של המת מפאת פגמים בצורה בלבד" (ע"א 869/75 (6), בעמ' 102), שכן, "לא הצורה עיקר אלא החוכן, לא הקנקן אלא מה שיש בו; וכמו דיני היושר מימי עולם, כן המחוקק דנא מביט אל כוונת העושה ולא אל צורת המעשה" (שם, בעמ' 101). בכך ניתן גם ביטוי להשקפה, שדגל בה המלומד Bentham, Judicial Evidence (1825):

: 123

"It is particularly in regard to testaments that the non-observance of forms ought to have the effect of awakening suspicion, not of producing an absolute nullity".

11. מגמה חקיתית זו חייבת, לדעתי, להשפיע במישרין על המגמה השיפוטית. כאשר מגמתו החקיתית של המחוקק היא להגשים את מצוות המת, ואשר המחוקק גותן לרשות השופטת מכשירים מרחיקי לכת — אם כי לא בלתי מוגבלים — לריפוי פגם שנפל בצוואה, והרי מגמתה הפרשנית של השפיטה צריכה להיות מרחיבה וגמישה, התואמת לתפיסת יסוד חקיתית זו. שכן, אפילו קובע החוק דרישות פורמאליות נוקשות, אין בכך כדי להביא לכך כי הפרשן יהא פורמאליסט בפירוש של החוק. על אחת כמה וכמה, כאשר המחוקק עצמו מגלה גישה ליברלית וגמישה, הרי אל לו לפרשן לנקוט גישה פרשנית פורמאלית. גישה פרשנית מרחיבה זו היא המחייבת, לדעתי, ליתן לביטוי "פגם" בסעיף 25 לחוק הירושה פירוש מרחיב, הסוטה מהרגיל, כדי להגשים את תפיסת היסוד החקיתית הגלומה בחוק הירושה. ודוק: סעיף 25 לחוק הירושה אינו תרופת פלא לריפוי כל חולי. יש פגמים שאינם ניתנים לריפוי. אך המגמה הפרשנית בקביעת היקף סמכות הריפוי היא, שצריכה להיות מגמה מרחיבה ולא מצמצמת. על-כן יש ליתן לביטויים, המופיעים בסעיף 25 לחוק הירושה, פירוש מרחיב, גם אם הוא לא הפירוש הרגיל והיומיומי. מכאן גישתי, כי לביטוי "פגם" יש ליתן פירוש, המשתרע הן על העדר חתימה או תאריך והן על חוסר בהתימה או בתאריך קיימים.

12. המחוקק של חוק הירושה מכיר בתוקפה של צוואה בעל-פה, ובלבד ששני עדים שמעו את דברי השכיב מרע. כלום סביר להניח, כי אותו מחוקק עצמו יפסול צוואה בכתב, רק משום שלא נחתמה? במה טובים שני עדים, המעידים על אירוע שראו, על פני כתב-ידו של המנוח, המעיד על עצמו כמאה עדים? במקרה המיוחד שלפנינו, אילו נכחו במקום שני עדים, הייתה לנו צוואת שכיב מרע למהדרין. האם סביר להניח, שאותו מחוקק עצמו, שמכיר בחוקף צוואת שכיב מרע בנסיבות אלה, לא יכיר בחוקף צוואה בכתב-יד, כאשר את העדים מחליף הכתב? מהי המטרה העניינית המתגשמת בגישה זו? הפונקציה "ההוכחתית" באה לידי ביטוי מלא ולידי הגשמה מלאה בדרישה הפורמאלית הבלתי מתפשרת, כי הצוואה כולה צריכה להיכתב בכתב-ידו של המנוח. אמת הדבר,

הפונקציות, המזהירה והמגינה" אינן מתקיימות, אך שכנועו המלא של השופט באמיתות הצוואה הוא התחליף, שהחוק עצמו קבע לדרישה הצורנית. מדוע טוב שכנוע זה אם יש בדל חתימה, הוא אינו טוב כשאין חתימה כלל? על איזה אינטרס אנו מגינים?

13. אם גישתו של חברי הנכבד, השופט שי' לויג, תתקבל, מן ההכרח שהיא תחול הן על העדר חתימה והן על העדר תאריך. האם זו תוצאה מתקבלת על הדעת? האם זו תוצאה, העולה בקנה אחד עם המגמה החקיקתית הליברלית והגמישה עליה עמדנו? הבעיה התעוררה בח"א (ת"א) 2815/70 (18) ונפסק, כי ניתן לרפא את העדר התאריך באמצעות סעיף 25 לחוק הירושה. אמר השופט א' שינבויס, בעמ' 237:

„עינינו הרואות כי חוק הירושה שם את הדגש על אמיתותה של הצוואה ועל כך שהיא מבטאת את רצונו של המצווה ולכן כשאין בכך ספק לביהמ"ש, אין ההוראות הפורמליות לגבי החתימה, התאריך או כשרות העדים מעכבות בפני קיום רצונו זה של המנוח“.

לדברים אלה מסכים אני.

14. לעתים קרובות משווים בין צוואה לשטר, וגורסים, כי כשם שאין שטר ללא חתימה, כך גם אין צוואה בכתביד ללא חתימה. לדעתי, אין השניים דומים כלל ועיקר. צוואה אינה שטר. אנו מכירים בצוואה בעל־פה, ואיננו מכירים בשטר בעל־פה. החתימה בשטר היא היוצרת חבות, ואילו הרצון בצוואה הוא המנחיל, כאשר רצון זה מוצא ביטוי במספר דרכים חלופיות.

15. אם עמדתו של חברי הנכבד, השופט שי' לויג, תתקבל, נמצא עצמנו בעתיד בוחנים חתימה מהי, ומתי שרוב מגדר חתימה יצא, אך לגדר „אי־חתימה“ עדיין לא הגיע. נמצא עצמנו בוחנים ראשי תיבות מהם, וקווים שונים אם חתימה המה? בוודאי נצטרך להכריע אם צוואה, הנושאת את התאריך „1982“, היא צוואה ללא תאריך (שאינה ניתנת לריפוי) או צוואה עם תאריך פגום (הניתנת לריפוי). מהו התאריך? ואם כתוב — 19, האם זהו תאריך פגום או העדר תאריך? שאלות אלה יפות הן ומעניינות, אך מה בין לבין מגמות היסוד של החקיקה שלפנינו? האם נעמיד את ההכרעה הסופית על הבחנות דקות ודקיקות אלה? האם ניתן להבחין, על־פי אמות מידה ראציונאליות, בין עניין קיים ופגום לבין עניין שהפגם הוא באי הקיום? הרצוי לבנות מערכת נורמטיבית, המבוססת על אבחנות שכאלה? האם זוהי דרך המלך שיש ללכת בה?

16. כשלעצמי נראה לי, כי עמוק בלבו — או נכון יותר בחינוכו — של המשפטן מסתתרת לה התחושה, כי באין חתימה אין נורמה משפטית, וכי מסמך פורמאלי ממש צריך שיהא חתום. עיון בתחושה זו מראה, כי אין לה בסיס ראציונאלי. כך, למשל, הכיר המשפט האנגלי המקובל (בטרם החקיקה בענייני צוואות) בצוואה בכתביד ללא חתימה כלל. אכן, אין כל קדושה בחתימה. כאשר היא באה למלא פונקציה הוכחתית, ניתן



השופט א' ברק

להחליפה בדרכי הוכחה אחרות. עליכן נפסק, כי בחוזה למכר מקרקעין — שחייב אף הוא להיות בכתב — אין צורך בחתימתו של הקונה, והושאר בצריך עיון אם זקוקים לחתימתו של המוכר (ראה: ע"א 158/77 (10), בעמ' 290). בעניין שלפנינו קובע המחוקק, כי ניתן להתגבר על פגם בחתימה. אני מציע, כי ניתן לביטוי „פגם” פירוש מרחיב, התואם את המגמה החקיקתית של חוק הירושה, והמגשים את מטרת החוק, לפיה פגם בחתימה גם העדר חתימה במשמע, אך חבריי חושבים אחרת. משמע, כי נפל פגם בגישתי שלי. תהא זו נחמת, כי פגם זה אינו חסר של השלם אלא חסר בשלם.

17. עיינתי בפסקי הדין של חבריי הנכבדים, אשר נכתבו לאחר דבריי שלי, וברצוני להוסיף בעקבותיהם מספר דברים, הן לעניין שלילתם את גישתי שלי והן לעניין גישתם שלהם.

18. חברי הנכבד, השופט אלון, מצייני, כי „פירושו של פגם בהליך הוא אף העדר גמור של אותו הליך” (פיסקה 8). מדוע, אם כן, גורס הוא, כי „פגם בחתימה אינו העדרה של חתימה” (פיסקה 4)? זאת ועוד: חברי הנכבד מדגיש, כי בהעדר חתימה ניטל מרכיב הכרחי להוכחת גמירת הדעת, והנחת המחוקק היא, כי בהעדר חתימה לא הוכחה גמירת הדעת של המצווה. עם כל הכבוד, גישה זו אינה נראית לי. גמירת דעת לחוד והיסודות הצורניים של הצוואה לחוד. יש צוואה שלמה מבחינה צורנית, ואין בה גמירת דעת של המצווה. יש צוואה פגומה, ויש בה גמירת דעת. כשם שקיום כל היסודות הצורניים אינו יוצר הנחה חלוטה בדבר קיומה של גמירת הדעת, כך העדר יסודות צורניים אינו יוצר הנחה חלוטה בדבר העדרה של גמירת הדעת, שאם לא כן, מה הועילו חכמים בהוראת סעיף 25 לחוק הירושה?

19. חברי הנכבד, השופט אלון, מבסס את פסק-דינו על הוראת סעיף 23 לחוק הירושה, שעניינה צוואת שכיב מרע. גישה זו לא עלתה כלל בדיונים עד כה. הסוגיה היא חשובה, ועמדתו של חברי מעניינת. בהעדר טיעונים אין זה רצוי כי נכריע בשאלה זו, ועליכן אני מבקש להשאירה פתוחה.

20. חברי הנכבד, השופט אלון, מצייני, כי לאור הוראות חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980, מצווים אנו לפנות למשפט העברי לשם פירוש הוראת סעיף 23 לחוק הירושה. לאור גישתי העקרונית, מבקש אני להימנע מכל דיון בסוגיה זו. די לי כי אפנה לדברים שאמרתי בד"נ 13/80 (11), בעמ' 787, לפיהם חוק יסודות המשפט עניינו מילוי ליקויים בחוק, דהיינו, יצירת דין חדש, מקום שהדין הקיים שותק, ואין בשתיקתו משום הסדר שלילי, ואילו אנו עניין לנו בפירוש גורמה משפטית, דהיינו, בגבולותיה של הוראה, הנותנת תשובה לשאלה, ועליכן אין כל תחולה לחוק יסודות המשפט. ואשר לפירוש הוראת החוק לאור המשפט העברי, ממנו נלקחה, די לי לחזור ולציין, כי המחוקק הישראלי קלט מהמשפט העברי רעיון ולא דין. הרעיון הפך לראשונה חוק על-ידי המחוקק הישראלי.

השופט א' ברק, השופט מ' בייסקי

א בלא שזה קלט משפט עברי. על-כן אין אנו צריכים למצוא בדין הישראלי הוראה. השוללת או שאינה מתיישבת עם המשפט העברי, כדי שזה האחרון לא יהול. המשפט העברי לא חל משום שהוא לא נקלט. יחד עם זאת, ראוי ורצוי לו למשפט העברי, אשר בהשראתו נחקקה הוראת חוק, כי יהווה מקור להשראה פרשנית, כלומר, להרחבת האופק ושדה הראייה הפרשניים ולהרחקתם, ובכך ליצירת עומק נוסף ליצירה הפרשנית. אך ההכרעה בין האפשרויות השונות היא הכרעה שלנו, בלא כבלים משפטיים חיצוניים ובלא בכורה או ראשוניות לשיטה אחרת, תהא יקרה לנו ככל שתהא.

ב השופט מ' בייסקי: 1. הייתי שותף לפסק הדין המקורי, שעליו סבה העתירה הנוכחית, וגם לאחר שקראתי את הוות'דעתו המאלפת של חברי הנכבד, השופט ברק, עדיין נשארתי שלם עם המסקנה שם, אליה מצטרף כעת כבוד השופט ש' לוי, שדבריו ושיקוליו מקובלים עלי.

ג ההערות הבאות, שמבקש אני להוסיף, מתייחסות לעניין המדיניות הפרשנית הראויה בסוגיה זו, לאור הדברים בנושא זה של חברי המכובד, השופט ברק.

ד אין חולק, והדבר כבר נאמר בפסק הדין המקורי, כי הקו המנחה של המחוקק הוא לתת תוקף לרצונו של המצווה ולקיים דברו, ומשום כך אין להפעיל כללי פרשנות על דרך הצמצום, אשר יש בהם לסכל השגת מטרה זו; המחוקק גם הקל את השגת אותה מטרה על-ידי הסעיף 25. המאפשר להתגבר על פגמים מסוימים ועל פגמים בהליכים, כמפורט בגוף הסעיף, כאשר אין לבית המשפט ספק באמיתותה של הצוואה. אלא השאלה העולה כאן אינה דווקא במסגרת הפרשנות המצמצמת או המרחיבה, אלא היא תורגת מהאבחנה של העדפת התוכן על הצורה. השאלה האמיתית אינה אלא זאת: האם בדרך של פרשנות לא רק נשתחרר מפורמאליות, או ממה שנראה כדרישה פורמאלית של החוק, אלא גם נסטה מהוראה מפורשת שלו, שהיא בבחינת לב לבה של ההוראה?

ה על-ידי קביעת ארבע צורות שונות של צוואה: בכתב-יד, בעדים, בפני רשות ובעל-פה, יש כדי למצות סיטואציות שונות, והכול במגמת הקלה על מצוים שונים. ואולם מרכיבי היסוד, שנקבעו לכל אחת הצורות, נועדו בעיקרם לאפשר להגיע למסקנה בדבר אמיתות הצוואה, שבלעדיה אין כלל להיזקק לסעיף 25 כדי לגבור על פגם או על הליכים, המפורטים בסעיפים 20 עד 23. נראה לי, כי אין לחלוק על כך, כי מבין ארבע הצורות בהן ניתן לערוך צוואה, זו בכתב-יד שלפי הסעיף 19 מכילה הכי פחות דרישות צורניות פורמאליות, העשויות לשמש כלי עזר לקביעת אמיתות הצוואה. בכל אחת משלוש הצורות האחרות מצויים בדרך כלל גורמים וסימנים חיצוניים, המאפשרים בדיקה נוספת של אמיתות הצוואה, כגון העדים או הרשות לפנייהם בערכה, היכולים להשלים פרטים בדבר רצון חופשי, גמירות דעת, שפיות, העדר השפעות חיצוניות — שהם תנאים לאמיתות

השופט מ' בייסקי

הצוואה. לא כן בצוואה בכתב, שלרוב היא נערכת בין המצווה לבין עצמו, ואין בה אלא הכתב כדי ללמוד מתוכו בלבד על אמיתותה.

2. והדרישות שעל-פי סעיף 19 הן שלוש בלבד: (א) שהיא תיכתב כולה ביד המצווה; (ב) תישא תאריך כתוב בידו; (ג) תיחתם בידו. אלה הן דרישות מועטות שקל לקיימן, עד כי העדר אחת מהן מעלה בהכרח ספק בדבר אמיתות הצוואה וסופיות ההחלטה. ואם דרושים תימוכין, כי המחוקק ראה דרישות אלה כיסודיות והכרחיות, דווקא משום שעל-פיהן בלבד תיקבע אמיתות הצוואה, והוא לא היה מוכן להקלות ולויתורים נוספים, אצביע על דברי יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, שכבר ציטט חברי המכובד השופט ש' לוי, מדברי הכנסת (ד"כ 42 (תשכ"ה) 978).

גם אליבא דחברי השופט ברק, "דרישת הכתב בצוואה בכתב יד היא דרישה צורנית, שאינה כלולה בסעיף 25 לחוק הירושה, ועל-כן פגם בה אינו ניתן לריפוי, ועל-כן הופכת דרישת הכתב למרכיב יסודי ולגרעין של צוואה בכתב-יד". כשלעצמי אינני רואה, כי לצורך הוראות הסעיף 19 לחוק יש להבחין בין העדר כתב-יד, שאינו ניתן לריפוי, לבין היעדר חתימה שניתן לריפוי. גם העדר חתימה אינו כלול בסעיף 25, והוא מדבר רק ב"פגם בחתימה", ולשלוש הדרישות האמורות, שבעיניי כל אחת מהן היא מרכיב יסודי של צוואה בכתב-יד, יש להן היגיון מבחינת מטרת המחוקק, כי תהיינה הדרישות הצורניות כלי עזר לאבחנת אמיתות הצוואה; כתיבת הצוואה בידו של המצווה יש בה, בנסיבות רגילות, להצביע על רצון חופשי בעת הכתיבה, ואולם בכך בלבד אין בהכרח ללמד על גמירות דעת; גמירות הדעת עולה, בעיקר, לאחר שחותם המצווה על אשר הכין בכתב-ידו, וגם לתאריך חשיבות מיוחדת משלו לגבי צוואה בכתב-יד, טול לדוגמה מקרה, שבמגירתו או בין מסמכיו של מצווה מצויה יותר מצוואה אחת בכתב-יד, וההוראות בהן שונות. בהעדר תאריך רשום אין לדעת איזו מהן היא קודמת ואיזו המאוחרת והאחרונה, כי, לרוב, נערכת צוואה בכתב-יד ללא עדים, שמפיהם ניתן לברר מועד כתיבתה. בכך גם השוני לעניין העדר תאריך בצוואה בכתב-יד לפי סעיף 19 לעומת צוואה בעדים לפי סעיף 20, כשם שנדון בט"א 869/75 (6).

3. לי נראה, כי מתוך ההתחקות אחרי כוונותיו של המחוקק לעניין המטרה שהוא ביקש להשיג ולהגשים, ועל-פי רוחו של החוק, כפי שזו עולה מהקונסטרוקציה שלו, בהכרח יש לומר, כי הדרישות הצורניות היסודיות משמשות מטרה בפני עצמה בהקשר לקביעת אמיתות הצוואה. וככל שמדובר הוא בצוואה בכתב שעל-פי הסעיף 19, המחוקק עצמו כבר הלך עד קצה הגבול בביטול ובקיצוץ בדרישות צורניות, והעמידן על שלוש, אשר מצאן הכרחיות להגשמת מטרת ההקלה עם המצווה, מחד גיסא, ומניעת שימוש לרעה לאחר פטירתו, מאידך גיסא, וככל שמצטמצמות הדרישות הצורניות והפורמאליות על-ידי המחוקק, ממילא מצומצם תחום התערבותו של השופט לקבוע ויתורים נוספים בדרך פרשנית. ואכן, גם חברי המכובד, השופט ברק, אומר, כי "במקרה רגיל, כשאין

א חתימה יהא לי ספק באמיתותה של הצוואה". אלא שכאן לפנינו מקרה לא רגיל. אכן, מבחינת הטראגיות של המקרה ודאי שהוא הנהו יוצא דופן. אך מבחינת אמיתות הצוואה, אשר החתימה עשויה לתרום לקביעתה, אין שוני בין מקרה זה לבין אחר, שהמצווה לא חתם על מה שמתיימר להיות צוואה. ואין אני רואה מקום או דרך לגשר בין מגמת המחוקק, שנראית לי צודקת ודרושה כשלעצמה, שקבע בסך הכול שלוש דרישות בסיסיות לצוואה בכתב, המהוות פונקציה הוכחתית יתירה, לבין הסמכות לבטל אחד או אף שניים מיסודות אלה — כשעל-ידי זה מושמט הלכה למעשה בסיס הצוואה. אומר חברי, השופט ברק: "אפילו קובע החוק דרישות פורמאליות נוקשות, אין בכך כדי להביא לכך כי הפרשן יהא פורמאליסט בפירוש החוק". אין אני גורס פורמאליזם יתר בפרשנות; אך במה אמורים הדברים? כאשר הליברליות בפרשנות מביאה להגשמת מטרת החוק ורוחו, ואין באותה פרשנות כדי לבטל הוראה מפורשת וחד-משמעית שקבע המחוקק. חושש אני פן אחרת ניכשל בשניים: מטרת החוק לא תוגשם, ונימצא מכריעים מעבר או אף בניגוד לחקיקה. ואם מסכים חברי המכובד, השופט ברק, כי הסעיף 25 אין בכוחו לרפא כל הולי שבצוואה, לי נראה ששלוש הדרישות המצומצמות שבסעיף 19 העדרן אינו ניתן לריפוי.

ב למעשה, גם חברי, השופט ברק, לא מוותר על דרישות פורמאליות של המחוקק לעניין צוואות, ובשאלות, אשר בעיניי אינן עולות בחשיבותן על עניין של העדר חתימה. בט"א 464/77 (12) סירב בית המשפט לקיים צוואה בעדים, משום שלא קיים התנאי שבסעיף 20 לחוק, לפיו על המצווה להצהיר לפני שני עדים שזו צוואתו. אומר השופט ברק, שם, בעמ' 20:

ג "... יסודות אלה אינם ענין פורמלי גרידא. חשיבות רבה נודעת לקיומם. שכן הם באים להבטיח, כל אחד מזווית ראייה אחרת, כי הצוואה תבטא את רצונו האמיתי של המצווה. (ע"א 250/70, פ"ד כ"ח(1) 429). על כן, משלא נתקיימו כל היסודות הללו, שוב אין מקום להנחתו של החוק, כי הצוואה היא צוואת אמת של המצווה. נהפוך הוא: קיים חשד רציני כי הצוואה אינה משקפת את רצונו המלא והמוחלט, שאם לא כן מדוע לא קויימו הוראות החוק?"

ד בט"א 681/77 (13), נטען בין יתר הטענות, כי אחד העדים, שאינו שומע שפת המצווה, התקשה לומר ששמע אותה מצהירה שזו צוואתה. כאן נמצא, כי אמיתות הצוואה הוכחה, וכי ניתן לרפא את הפגם בעזרת הסעיף 25. אומר בהקשר זה חברי שם, בעמ' 10:

ה "פגם זה אינו ענין של מה בכך. יש חשיבות רבה במלוי מדוקדק של ההוראות הפורמליות שבסעיף 20 (ע"א 217/74, פ"ד כ"ט(2) 337). הנאי פורמלי זה חשוב הוא, שכן הוא בא להעמיד את המצווה על רצינות המסמך והמערער (ע"א 250/70)".

ו בדומה לכך בט"א 851/79, 160/80 (14), בעמ' 107.

השופט מ' בייסקי, השופט מ' אלון

4. הדרישה, כי צוואה בכתב יד תישא תאריך כחוב בידו של המצווה ותיחתם בידו, דרישה קונסטיטוטטיבית היא — לא פחות מאשר הדרישה, כי צוואת שכיב מרע תיאמר לפני שני עדים, (ע"א 252/70 (4); ת"ע (ב"ש) 39/70 (17)), וכבר אמרתי לעיל, שאיני רואה מקום לאבחן בין החתימה והתאריך לבין הדרישה, כי תיכתב הצוואה כולה ביד המצווה, שגם על חברי, השופט ברק, מקובל, כי זהו פגם שאין לרפאו מכוח סעיף 25. נימוק זה בלבד דיו לדחיית העתירה. אחרת יהא בכך משום ביטול הדרישות והסייגים שהציב המחוקק.

ואולם, גם מבחינת המדיניות הרצויה נראה לי, שאין להפליג מעבר לדרישות הבסיסיות המועטות שבסעיף 19, כיוון ש, כל ההוראות בדבר סדרי עריכת צוואות באות לא רק להבטיח כי חתימתו של המוריש על הצוואה היא אמיתית, שהרי לשם כך בלבד אין צורך בכל אותן הוראות ודקדוקים אשר בסעיפי החוק, אותן הוראות באו להבטיח במידה כלשהי שהמסמך מהווה הבעה רצינית של רצונו האמיתי והמוחלט של המוריש, כי רכושו יעבור ויחולק בדיוק כפי שנאמר במסמך המתיימר להיות צוואתו. (ע"א 250/70 (3), בעמ' 431).

כמו חברי המכובד, השופט ש' לוי, גם אני חושש, כי קביעת גורמה על רקע של מקרה בלתי רגיל ומיוחד תהווה כר נרחב להריגות ולניסיון לניצול לרעה של פתקים, תרשומות ושרבובים, שאין לדעת ואין אפשרות לברר נסיבות עשייתם, כשהרושם אותם לקח עמו לעולם האמת גם את המידע על רצונו האמיתי.

השופט מ' אלון: המנוחה גיזל כהן הלכה לעולמה בנסיבות טראגיות. יום אחד הגיעה לבית-מלון בתל-אביב, שכרה חדר בקומה העשרים, וכעבור שעה קלה קפצה ממרפסת החדר, כשבתה בזרועותיה, וכך מצאו את מותן. אחריה השאירה פתקים, תשעה במספר, אותם כתבה עובר למותה בחדרה, וביניהם צוואה שערכה המנוחה, ואשר זו לשונה:

„בס"ד

צוואה

כל מה ששיך לי באופן רשמי כספים וכ' לחלק בין ארבע אחים שלי. השאר שאמי תחיה תחליט בעצמה כרצונה."

רצונה האחרון זה של המנוחה הוא נושא הדיון בפסק-דינו של השופט מ' כהן המנוח (בכהנו כשופט בית המשפט המחוזי בירושלים), בבית-משפט זה בע"א 86/79\*, ועתה לפנינו בדיון נוסף.

\* פ"ד לה(1) 176.

2. מצווים ועומדים אנו לקיים דברי המת, ומכוחה של מצווה זו ביקשו בית המשפט המחוזי וחבריי בבית-משפט זה לקיים את צוואתה של המנוחה על-פי סעיף 19 לחוק הירושה, אשר זו לשונו:

א

„צוואה בכתב יד תיכתב כולה בידי המצווה, תישא תאריך כתוב בידו ותיחתם בידו“.

ב

לית מאן דפליג, ואיש אינו מטיל ספק בכך, שצוואת המנוחה נכתבה כולה בכתב-ידה, דא עקא, ששתי הדרישות האחרות שבסעיף הנ"ל לא נתקיימו במקרה שלפנינו: הצוואה אינה נושאת תאריך כלשהו וכן לא נחתמה בידיה של המנוחה. בידוע, כי הסעיפים, הקובעים את צורתם של ארבעה סוגי הצוואות המצויות בחוק הירושה (סעיפים 19–23), אינם סוף פסוק, ואינם חורצים את גורלה של הצוואה. עדיין רווח והצלה יכולים לעמוד למצווה, שיתקיים רצונו האחרון מהוראת סעיף 25 שבחוק.

ג

חבריי הנכבדים כבר עמדו על טיבו וייחודו של סעיף זה, שבדומה לו — ככל הנראה — לא נמצא בדברי חקיקה שבמערכות משפטיות אחרות דהאידינא (אם כי במערכות משפטיות שונות מצויה גישה ליברלית זו בדבר פרשנות הצוואה בפסיקתם של בתי המשפט, אך לא בדברו של המחוקק). המגמה המרכזית והיסודית שבסעיף 25 היא לצמצם, ככל האפשר, ביטולה של צוואה בגלל פגם זה או אחר שבצורתה, כל עוד וכאשר אין לבית המשפט ספק באמיתותה של הצוואה. אמרנו ככל האפשר, שהרי לא זו בלבד שמצווים אנו שלא לחרוג מעבר להוראות המפורטות בסעיף זה, ורק בהתקיימן ניתן להכשיר צוואה פגומה בצורתה, אלא גם משום שכך מצווים אנו לנהוג על-פי הצירוף שבשתי המגמות העיקריות שביסוד כל דיני הצוואה. המגמה האחת היא הוראת היסוד, שמצווה עלינו לקיים דברי המת ולעשות כדי שרצונו האחרון האמיתי יתקיים ויבוצע; והמגמה האחרת היא לשמור על קיום דרישות מינימאליות, אותן קבע המחוקק כתנאי בל יעבור, כדי להיות בטוחים באמיתותה של הצוואה ובגמירות דעתו של המצווה לצוות כפי שציווה. ביצועה של מגמה מכופלת זו הוא מן הדברים הקשים, העומדים לפני השופט היושב על מדין. קשיותה של משימה זו אינה רק בכך שהמצווה אינו לפנינו, ואין אנו יכולים לשאול לרצונו ולגמירות דעתו, אלא גם משום שבדיקה זו משתנה היא מצוואה לצוואה, לפי עניינה ולפי נסיבותיה של כל אחת ואחת, כפי שעוד ידובר להלן.

ה

ו

3. על כך נוכל לעמוד מעיון בהוראות סעיף 25, כפי שנתפרש לאחרינו בפסק-דינו של בית-משפט זה (ע"א 869/75 (6)). לתועלת העיון והמעייץ אצטט את עיקרי הדברים הנוגעים לענייננו, ויסולח לי על מקצת האריכות (שם, בעמ' 100–101):

ז

„לפי לשונו של סעיף 25, הרי נתון שיקול-דעת בידי בית-המשפט לקיים את הצוואה על-אף הפגמים האלה:

1. פגם בחתימת המצווה;

2. פגם בחתימת אחד העדים או שניהם ;  
 3. פגם בתאריך הצוואה ;  
 4. פגם בהליכים לפי סעיף 20, ואלה הם :  
 א. ציון תאריך ;  
 ב. חתימה בידי המצווה ;  
 ג. חתימת המצווה בפני שני עדים ;  
 ד. הצהרת המצווה בפני שני עדים שזו צוואתו ;  
 ה. אישור שני העדים באותו מעמד ;  
 ו. חתימת שני העדים על אישורם ;  
 ז. אישור שני העדים על פני הצוואה ;  
 ח. אישור שני העדים שהמצווה הצהיר כאמור ;  
 ט. אישור שני העדים שהמצווה חתם כאמור ;  
 5. פגם בהליכים לפי הסעיפים 21—23 ( שאין ענינם לכאן ) ;  
 6. פגם בכשרות אחד העדים באשר הוא קטין (סעיף 24) ;  
 7. פגם בכשרות אחד העדים, באשר הוא פסול-דין (סעיף 24) ;

אין אני יכול לגלות בסעיף 25 (או בכלל) שום הפליה בין פגם לפגם לענין השיבוטתם או חומרתם: כולם כאחד, פגמים' הם על דרך הסתם, וכולם שווים הם — הן לענין פגימתם הרעה, והן לענין אפשרות תיקונם מכוח שיקול-דעתו של בית-המשפט.

ירשם גא אל לב שנשארו, לענין צוואה לפי סעיף 20, שלושה דברים שהעדרם אינו ניתן לתיקון מכוח שיקול-הדעת עלי-פי סעיף 25, באשר אינם בגדר, הליכים', אלא עולים הם כדי סימני היכר שבלעדיהם אין הצוואה צוואה; ואלה הם:

1. המצווה ;
2. שני עדים ;
3. הכתב.

ואשר להעדר תאריך — הוא הפגם המדובר בו בנידון דנן — הרי מצינו בסעיף 25 שני עוגני הצלה שונים: אחד, כשיש תאריך בצוואה, אלא הוא פגום'; והשני, כשפגם אחד מן, ההליכים' המפורטים בסעיף 20, והוא הליך ציון התאריך והליך זה נפגם כשהתאריך לא צויין כלל. מצווה המציינת בצוואתו תאריך שאינו תאריך אמת, פוגם, פגם בתאריך הצוואה'; ואילו מצווה שאינו מציין בצוואתו כל תאריך, פוגם פגם באחד ההליכים המפורטים בסעיף 20, והוא הליך ציון התאריך. הצד השווה שבשני הפגמים הוא שאם אין לבית-המשפט ספק באמיתות הצוואה, רשאי הוא לקיימה ולהתעלם מפגמים אלה".

השופט מ' אלון

כללו של דבר. שני סוגי פגמים מנויים בסעיף 25, והמה ניתנים לתיקון לפי שיקול-דעתו של בית המשפט, ובלבד – כאמור ברישאה של הסעיף – שאין ספק בלבו בדבר אמיתותה של הצוואה:

הסוג האחד – פגם בחתימת המצווה או העדים, בכשרות העדים או בתאריך הצוואה, ועניין זה חל לגבי כל סוגי הצוואות, אם דרישות לחתימה, לתאריך או לעדים מופיעות בהם. הסוג השני – פגם ב"הליכים" בקשר לצורת הצוואה, ועניין זה אינו חל אלא לגבי הצוואות המנויות בסעיפים 20 עד 23 – היינו צוואה בעדים, צוואה בפני רשות וצוואת שכיב מרע – ולא לעניין צוואה בכתב יד שבסעיף 19.

הבחנה זו יסודה בלשונו המפורשת של המחוקק בסעיף 25, הקובע שבסעיפים 20 עד 23 מצויים "הליכים", שביה המשפט רשאי להחליט, שאפשר לה לצוואה שתתקיים בלעדיהם, מה שאין כן לעניין סעיף 19, שכל כולו מורכב מיסודות צורניים הכרחיים, שבהעדר אחד מהם אין הצוואה צוואה, ורק פגם שחל בהם ניתן לתיקון, ומשום אותו היגיון גופו, לא כל הדרישות הצורניות שבסעיפים 20 עד 23 הם בבחינת הליכים שבלעדיהם ניתן לקיים את הצוואה, אלא כל צוואה וצוואה צריכה היא עיון לגופו, כך לעניין צוואה בעדים שבסעיף 20, שלוש הן הדרישות, שבלעדיהן אין הצוואה צוואה: המצווה (ודברי הצוואה), שני עדים והכתב, וזאת משום ששלושה אלה הם הגרעין היסודי, הבישרא דתורא, שבצוואה בעדים, ובהעדר אחד מהם אין צוואה, לעומת זאת העדר תאריך או חתימת המצווה ניתן לתיקון בצוואה בעדים לפי סעיף 20, כמובן, אם אין ספק באמיתות הצוואה, ואם ניתן להוכיח גמירות דעתו של המצווה על-פי העדים או לפי הנסיבות, בכל דרך שהיא.

4. חברי הנכבד, השופט ברק, שלא כדעת בית המשפט המחוזי והבריי הנכבדים בפסק הדין של בית-משפט זה ובדיון הנוסף, סובר, שגם לעניין צוואה בכתב-יד שבסעיף 19 מסור שיקול-דעת לבית המשפט לקיימה אף בהעדר חתימה ותאריך, ורק הדרישה של כתיבת הצוואה בכתב-יד המצווה היא תנאי בל יעבור, ופגם שאינו ניתן לתיקון, שקלתי בדבר, אך ספק גדול בעיניי, אם רשאים אנו להרחיק לכת עד כדי כך, גם אם אתעלם מכך שאין דרך זו עולה יפה עם האמור בסעיף 25 ובהלכת ברי"ל (ע"א 869/75 (6) חנ"ל) שעל-פיהם רק פגם בחתימה ניתן לתיקון, ולפי פשוטם של דברים פגם בחתימה אינו העדרה של חתימה, חוששני שקביעה כזו נוטלת מצורת צוואה בכתב-יד את המרכיב ההכרחי של הוכחת גמירות דעתו של המצווה, הרי מדובר בצוואה, הנכתבת בין המצווה לבין עצמו, ושום אדם אינו נוכח בעשייתה, וצורת צוואה זו כל עיקרה באה לעולם כדי לאפשר לאדם, שהוא בריא ושלם והשעה אינה דוחקת לו, לכתוב את צוואתו מבלי להביאה לידיעתו של אף אדם אחר, על שום שרצונו שתוכנה לא יתגלה אלא לאחר אריכות ימיו ושנותיו, כתיבה בכתב-ידו בלבד מעוררת חשש גדול ומבוסס, שמא לא כתב אלא הצעת טיוטא לעצמו, ורק חתימתו – כך סובר המחוקק – יש בה כדי להעיד, שאכן גמר בדעתו, שזו תהא צוואתו (וראה: ת"ע (ת"א) 4950/80 (19)), מסכים אני עם



השופט מ' אלון

חברי הנכבד, שאם יוכח כי המצווה רצה לחתום ולא חתם למעשה — כאותה דוגמה המובאת על-ידי, שבאחזו בעט לשם חתימה מת באופן פתאומי — שדי יהא בכך. במקרה כזה הדרישה לחתימה למעשה, שנמנעה בכוח עליון, היא דרישה פורמאלית ולא תוכנית, שהרי ברור לנו, שהמצווה גמר בדעתו ועמד לחתום, ובכגון דא אמרינן — במטבע לשונם של חכמים — „כל העומד ליחתם כחתום דמי” (ראה והשווה: בבא קמא, עו, ב [א]). לא כן הדבר כאשר אין אנו יודעים שביקש לחתום על מה שכתב, שבמקרה זה הנחת המחוקק היא, שלא הוכחה גמירות דעתו של המצווה לצוות.

חברי הנכבד, בהוות-דעתו המאלפת, מבקש למצוא תקנה לצוואתה של עלובה זו, שגורלה המר לה בחייה ובמותה, כדי שלפחות רצונה האחרון יבוא לכלל קיום לאחר מותה. לדעתי, משאלה צודקת ונכונה זו, המקננת בלב כל היושבים על מדוכה קשה וטראגית זו, צריך שתבוא על פתרונה לאור ועל-פי הנסיבות המיוחדות שבהן נערכה הצוואה של המנוחה, הלוא היא צוואת שכיב מרע, הקיימת כאחת מצורות הצוואה שנחקבלו בחוק הירושה.

5. וזה לשונו של סעיף 23 לחוק הירושה:

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

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

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

בטרם נעמוד על טיבן של הוראות סעיף זה ועל המתחייב לגביהן לאור תוראות סעיף 25 האמור, מן הראוי לעמוד על מהותה של צוואה זו במשפט העברי, שהרי מן המפורסמות הוא, כי סוג זה של צוואה נקלט בחוק הירושה ממקורות המשפט העברי, ועקרונותיו של משפט זה צריך שידריכו אותנו, כל עוד מתיישבים הם עם נוסח החוק ומטרתו. כך נאמר מפורשות בדברי ההסבר להצעת חוק הירושה (משרד המשפטים, תשי”ב) בעמ’ 71—72, וכך נקבע לא אחת בפסיקתו של בית-משפט זה (ראה, דרך משל, נ”א 252/70 (4), בעמ’ 492). ומכל שכן שכך מצוים אנו עתה, לאור הוראות חוק יסודות המשפט.

6. לפי המשפט העברי, צוואתו של אדם הנערכת כשהוא בריא ובתנאים רגילים (המכונה — מתנת בריא) צריך שתלווה על-ידי קניין, ובכך מוכחת גמירות דעתו של

השופט מ' אלון

המצווה. שונה הוא המצב כאשר הצוואה נערכה על-ידי אדם חולה, ומחלתו היא בדרגה כזו המכונה "שכיב מרע" ("מרע" פירושו חולה, מחלה — האמור במלכים ב', יג, יד [ב]: "ואלישע חלה את חליו אשר ימות בו", מתורגם לאמור: "ואלישע מרעיה מרעיה דימות ביה", תרגום יונתן בן עוזיאל, שם [ג]). או על-ידי אדם בריא שנתון בסכנת מוות. במקרה זה צוואתו תקפה, אף אם אין היא מלווה בקניין. דיני צוואת שכיב מרע ומי שנתון בסכנת מוות מפורטים הם בתלמוד (ראה: בבא בתרא, קמז, ב [ד]; קנא, א [ד]; קנא, א [ד]; קנא, א [ד]; ועיקרי הלכותיה, במידה הדרושה לענייננו, מסוכמים הם כך ברמב"ם (הלכות זכיה ומתנה, פרק ה, הלכות ב, ד, כד, כו [ה]):

„ב. החולה שתשש כח כל הגוף, וכשל כוחו מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק והרי הוא נופל על המטה — הוא הנקרא שכיב מרע ומשפטי מתנותיו אינם כמתנת בריא. כיצד? שכיב מרע שצוה ואמר ליתן לפלוני כך וכך, בין בחול ובין בשבת, בין כתב בין לא כתב — זכו הכל כשימות בכל מה שנתן להם ואינו צריך קנין, שדברי שכיב מרע ככתובין (היינו כקרקע שקונים בשטר) וכמסורין (היינו כמטלטלין שקונים במסירה או במשיכה) הם. ודבר זה מדברי סופרים (תקנת חכמים). ואף על פי שאינו אלא מדבריהם (מדברי חכמים) עשו אותה כשל תורה, כדי שלא תטרף דעתו עליו כשיידע שאין דבריו קיימים.

ד. ואין שכיב מרע צריך לומר: אחם עדי (כפי שנדרש בהודאה בעל פה של אדם בריא, שאם לא מעמיד עדים יוכל לומר, משטה הייתי בכך ולא נתכונתי לדברי ברצינות ולא גמרתי בדעתי — ראה: סנהדרין, כט, ב [ו]). אלא, כל השומע את דבריו הרי זה עד, שאין אדם משטה בשעת מיתה.

כד. המפרש בים (שהדרך בים — אותה שעה — היתה הרת סכנות) והיוצא בשיירא (במדבר, כג"ל), והיוצא בקולר (מובל מטעם המלכות מבית הסוהר לגרדום), והמסוכן והוא שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו — כל אחד מארבעתם כמצוה מחמת מיתה (לדעת פוסקים אחרים המפרש בים והיוצא בשיירא אינם כלולים בקטיגוריה זו — ראה במגיד משנה, זכיה ומתנה, ת, כד [ז] ופסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק ט', סימן יח [ח], משום שדעתם לחזור). והרי דבריו ככתובים וכמסורין ומקימין אותם אם מת...

כו. עמד (השכיב מרע) בין החולי שצוה בו ובין החולי שמת ממנו והלך על משענתו, אומדין אותו על פי רופאים: אם מחמת חולי הראשון מת — מתנתו קיימת; ואם לאו — אין מתנתו קיימת. ואם הלך בשוק בלא משענת — אינו צריך אומד, אלא בטלו מתנותיו הראשונות" (הלכות אלה מובאות בשלחן ערוך, חושן משפט, סימן רנ, סעיפים א, ג, ה [ט]; סימן כא, סעיף ב [ט]).

העולה מן המקובץ: בצוואת שכיב מרע ובצוואתו של אדם הרואה עצמו מול פני המוות שומה עלינו לברר אמיתותה של הצוואה, היינו, אם אכן אמר מה שאמר או כתב

השופט מ' אלון

מה שכתב. אך אין צוואה זו צריכה להיות מלווה בקניין, שהרי הצורך בקניין בצוואת בריא הוא כדי להוכיח, שהייתה כאן גמירות דעת מצד המצווה, ואם שהוא שכיב מרע או רואה עצמו מול פני המוות, חזקה בידינו, מכוח עצם הנסיבות שבהן נערכה הצוואה, שהיא נעשתה בגמירות דעת, וכל כך למה? על שום שאדם בנסיבות אלה מבקש שדבריו יקוימו, ודעתו עלולה ליטרף עליו, מתוך צער שהוא יודע שלא יקיימו בניו צוואתו (רשב"ם, בבא בתרא, קמז, ב [י], ד"ה מתנת שכיב מרע), ועל שום שדברים הנאמרים, ברגע זה של אמת, נאמרים מתוך רצינות וגמירות דעת, כי "אין אדם משטה בשעת מיתה".

מתוך כך באים אנו למסקנה הכרחית נוספת. העדים הדרושים בצוואת שכיב מרע מטרתם ותפקידם אינם אלא לברר תוכן הצוואה, ושאכן נאמרה על-ידי המצווה השכיב מרע, אך אין עדות זו מהווה דרישה קונסטיטוטיובת לעצם תוקפה וקיומה של הצוואה. דבר זה נדון בהרחבה בספרות השו"ת, ונציין כאן לתשובה ממצה ומסכמת של ר' אברהם הלוי, רבה הראשי של מצרים במחציתה השנייה של המאה השבע-עשרה ומגדולי המשיבים (שו"ת "גינת ורדים", חלק ב, חושן משפט, כלל ה, סימן יג [יא]). השאלה שהתעוררה הייתה, "אי סגי (אם מספיק) לקיים צוואת שכיב מרע בעד אחד או בשאר פסולין (פסולי עדות), או דילמא בעינן שני עדים כשרים". גדר הספק הוא, כפי שמסביר ר' אברהם הלוי בהמשך תשובתו, האם הדרישה לעדות בצוואת שכיב מרע היא כדרישה לעדות בקידושין, דרך משל, ששם בדין הוא, שקידושין, הנערכים בינו לבינה ללא נוכחות עדים או בנוכחות עד אחד בלבד, ואפילו שני בני הזוג מודים שנערכו קידושין, שאין חוששין לקידושין (קידושין, סה, ב [יב]), משום שעדי קידושין הם בבחינת עדי קיום ומהווים חלק קונסטיטוטיובי של טקס הקידושין; או אולי העדים בצוואת שכיב מרע באים רק לברר ולהוכיח את העובדה שנערכה צוואה, כפי שכך הוא הדין בדיני ממונות בדרך כלל (קידושין, שם [יב]), וכדברי הרמב"ם (מכירה, ה, ט [ה]): "שלא הצריכה תורה עדים בדיני ממונות אלא לכופר" (וכן ראה: רמב"ם זכיה ומתנה, ג, ד [ה]), והוא הוא מטבע הלשון התלמודית (קידושין, שם [יב]): "לא איברו סהדי אלא לשקר" (לא נבראו עדים אלא בגלל השקרנים). ותפקידם אינו אלא אינפורמאטיבי בלבד, לשם ביורר העובדה, שהשכיב מרע אמר מה שאמר. לאחר ביורר נרחב בדעותיהם של פוסקים ומשיבים מסיק ר' אברהם הלוי לאמור: "כללא דמלתא (כללו של דבר): דלענין צוואת שכיב מרע שפיר דמי (טוב הדבר) להתקיים בעד אחד וקרוב או פסול, כל זמן שאין היורש מפקפק בדבר". וזוהי גם דעתו של המהרשד"ם, ר' שמואל די מדינא, מחכמי שלוניקי במאה השש-עשרה — שלכאורה משמע מדבריו (שו"ת מהרשד"ם, ח"מ, רעג [יג]), שחולק הוא בדבר — לפי הסבר דבריו על ידי ר' משה אבן חביב, רבה של ירושלים ובן דורו של ר' אברהם הלוי (ראה בתשובה המובאת בגינת ורדים, שם, סימן יג [יא]). וזו המסקנה המוסקת על-ידי ר' יהושע ולק כ"ץ, מחכמי פולין בתחילתה של המאה השבע-עשרה ופרשנו הקלאסי של השור והשלחן ערוך חושן משפט: "דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמי, והיינו כל מה שמצוה אפילו בפני שנים או אפילו בינו לבינו, כשאין מכחיש בדבר" (סמ"ע, חושן משפט, סמן רנג, ס"ק א [יד]). וכך נפסק

השופט מ' אלון

בפסיקתם של בתי הדין הרבניים בישראל (תיק 3/16/712 (20), בעמ' 27; ערעור תשכ"ה/222 (21), בעמ' 74, וראה: ע"א 88/57 (15)).

א כפי שראינו בדברי הרמב"ם המובאים לעיל (הלכות זכיה ומתנה, ה, ב [ה]; וכן הוא בטור חו"מ, רן, א [ט]) צוואת שכיב מרע יכול שתיערך בעל-פה ויכול שתיערך בכתב, ולא זו בלבד אלא שמבחינת הוכחת תוכן הצוואה עדיף כתב על דברים הנאמרים בעל-פה, שאזי תוכן הדברים תלוי הוא בדיוק שמיעתם ועדותם של העדים ששמעו את דבריו; ובכך עוד ידובר להלן. וצוואת שכיב מרע שנערכה בכתב תקפה וקיימת עם כתיבתה (שולחן ערוך, חושן משפט, רן, כא, סימן ב [ט], וסמ"ע, שם, ס"ק ח [יד]), וכך נפסק בבית הדין הרבני, כי "כתב צוואה כדרך שכי"מ המסדר עניניו אין צורך שיגיע שטר הצוואה לידי הנוכח מחיים" (היינו בחייו של השכיב מרע — מ' א') ערעור תשכ"ה/222 (21), בעמ' 73.

ג 7. ומשבאנו לכאן, נחזור ונעיין בצוואת שכיב מרע שבסעיף 23 לחוק הירושה. מתוך עיון בהוראות הסעיף נמצאנו למדים, כי המחוקק אימץ בסעיף זה את הוראות המשפט העברי בדבר מהותה של צוואת שכיב מרע, יסודותיה ועקרונותיה, תוך תוספת מספר שינויים שוליים. בסעיף-קטן (א) מדובר בשכיב מרע ובמי שרואה עצמו מול פני המוות, והעיקרון הוא, כי דברי שכיב מרע ככתובין וכמסודרין, בסעיף-קטן (ג) נקבע, כי צוואת שכיב מרע בטלה מאליה, לאחר שחלפו הנסיבות שהצדיקו עשייתה, כפי שכך הוא במשפט העברי, ונקבע בו מועד קבוע מראש של חודש ימים כדי למנוע חוסר בהירות בדבר שינוי הנסיבות. הוספה אחרת, ואף היא אינה עקרונית מבחינת מהות הצוואה, היא זו המצויה בסעיף-קטן (ב) בדבר רישום וזכרון דברים של צוואת השכיב מרע והפקדתו בבית המשפט המחוזי. גמירות דעתו של המצווה השכיב מרע מוסקת, כפי שכך ראינו במשפט העברי, מהעובדה שהצוואה נערכה בנסיבות המיוחדות של שכיב מרע או מי שנמצא מול פני המוות, משום כך, בצוואה בעדים לפי סעיף 20 דרוש שהמצווה יצהיר בפני עדים שזוהי צוואתו, והעדים צריכים לאשר באותו מעמד בחתימת ידם, שהמצווה הצהיר בפניהם כך, ודרישה זו, באה להעמיד את המצווה ואת העדים גם יחד על רצינות המסמך והמעמד" (ע"א 250/70 (3), בעמ' 431—432), אך בצוואת שכיב מרע לא מצויה דרישה זו; הנסיבות המיוחדות בהן מצוי השכיב מרע ומי שרואה עצמו מול פני המוות הן המבטיחות את רצינות המעמד וגמירות דעתו של המצווה, כי, אין אדם משטה בשעת מיתה, וכל תפקידם של העדים אינו אלא להעיד, שכך וכך נאמר מפני המצווה השכיב מרע (וראה: ע"א 252/70 (4), בעמ' 493).

ד 8. כאמור בתחילתם של דברינו, רשאי בית המשפט, כשאין לו ספק באמיתותה של הצוואה, לקיימה על-אף הפגמים בצורתה, ושלא כלעניין צוואה בכתב-יד, שלגביה ניתן לקיים צוואה רק אם יש פגם בחתימה או בתאריך ולא בהעדרם של אלה, הרי לעניין צוואות, המנויות בסעיפים 20 עד 23 — היינו גם לעניין צוואת שכיב מרע — רשאי בית

השופט מ' אלון

המשפט לקיימן גם אם מצוי פגם בהליך מהליכיה, וכפי שנפסק בעניין בריל (ע"א 869/75 (6 ה"ל 7)), העדר גמור של אחת הדרישות, המצויות בצוואות המנויות בסעיפים 20 עד 23, אף הוא פגם בהליך הוא, ומשום כך העדר תאריך בצוואה בעדים לפי סעיף 20 הרי הוא פגם הניתן לתיקון, והצוואה ניתנה לקיום. בעניין בריל ה"ל (ע"א 869/75 (6)) קבע בית המשפט שורה ארוכה של פגמים — כגון העדר תאריך, חתימה ועוד — שהם בבחינת „הליכים” הניתנים לתיקון, לעומת שלושה דברים שהם „סימני היכר שבלעדיהם אין הצוואה צוואה”, והם: המצוה, שני עדים, הכתב. השאלה העומדת עתה לפנינו היא, לעניין צוואת שכיב מרע שבסעיף 23, אילו דרישות הן בבחינת „הליכים”, שעל אף העדרם ניתן לקיים את הצוואה, ואילו דרישות הן בבחינת דרישות, שבלעדיהן אין צוואת שכיב מרע צוואה.

דומה לאור מהותה של צוואת שכיב מרע כפי שמצאנוה לעיל, כי התשובה לכך ברורה היא, „סימני ההיכר”, שבלעדיהם צוואת שכיב מרע לאו צוואה היא, שניים הם: א. היות המצוה במצב של שכיב מרע או רואה עצמו מול פני המוות. ב. חוסר כל ספק בדבר תוכן הצוואה ואמיתותה. לעומת אלה הקביעה שהצוואה תיערך בעל-פה והדרישה הנוספת — הנובעת ומתחייבת הימנה — שבמקרה זה צריך שדברי שכיב מרע ייאמרו בפני שני עדים, אשר יעלו על הכתב את דברי השכיב. מרע ויפקידוהו בהתאם, קביעה ודרישה אלה אינן אלא בבחינת „הליכים”, שלגביהם נאמר בסעיף 25, שכל עוד לא קיים ספק בדבר אמיתותה של הצוואה, הרי גם בהעדרם רשאי בית המשפט לקיים את הצוואה. מקרה כזה הוא, דרך משל, כאשר השכיב מרע ומי שרואה עצמו מול פני המוות כתב את צוואתו בכתב-ידו, ולבית המשפט אין ספק, שאכן זהו כתב-ידו, והצוואה אמיתית ונכונה היא.

מסקנה זו נובעת מתולדתה ומעצם מהותה של צוואת שכיב מרע ומחויבת היגיון היא. כפי שראינו, הן ממקורות המשפט העברי והן מהדרישות — וליתר דיוק חוסר הדרישות — של המחוקק בסעיף 23, עולה הרעיון היסודי שבצוואת שכיב מרע, שדברים שאדם אומר, כשהוא נתון בנסיבות מיוחדות ובלתי שגרתיות, יש בהם משום גמירות דעת מכוח עצם קיומן של נסיבות מיוחדות אלה, שבהן נתון אותו אדם. מה לי איפוא, אם דברי צוואה אלה נאמרים על-פה, ומה לי אם נאמרים הם בכתב? בשני המקרים יש כאן משום צוואה, שנערכה בתנאים המיוחדים של שכיב מרע ומי שרואה עצמו מול פני המוות. הצורך בשני עדים אינו משום שאלה הם חלק מהותי, סימן היכר של צוואת שכיב מרע בדרך כלל, אלא כדי להוכיח ולברר את תוכנה של צוואת שכיב מרע שנערכה בעל-פה, ולא זו אף זו. צוואת שכיב מרע שנערכה על-פה, חשש חמור רובץ לפתחה והוא שעצם תוכן הצוואה ואמיתותה תלויים כל כולם באמינותם של העדים המעידים עליה. משום כך, לא אחת הזהיר בית-משפט זה ש„במצב דברים זה נוצרת האפשרות לאנשים בלתי-מהוגנים להביא עדויות שקר בתקווה שלא יוכחשו. מסיבה זו, על בית המשפט להיזהר משנה זהירות ולבדוק היטב אם אכן ניתן לסמוך על העדים המעידים

## השופט מ' אלון

על הצוואה שנעשתה בעל-פה" (ע"א 138/64 [16], בעמ' 420), וקיימת „הסכנה הרבה של ייצור עדייות כוזבות על עשיית צוואה בעל-פה" (ע"א 252/70 [4] הנ"ל, בעמ' 493).

א

במקרה של צוואת שכיב מרע בכתב, כאשר ברור מעל כל ספק שהיא נערכה כולה בכתבידו, פטורים אנו מחששם של חששות אלה, ואמיתות תוכן הצוואה אינה מוטלת בספק; האם ייגרע כוחה של צוואת כתביד של שכיב מרע מצוואתו על-פה? ודאי, אילו היה לפנינו סעיף 23 בלבד, על כורחנו אומרים היינו כי גזירת המחוקק היא, שצוואת שכיב מרע אינה אלא על-פה כשנעשתה לפני עדים. אבל עכשיו, שהורה לנו המחוקק בסעיף 25, כי רשאי בית המשפט לקיים צוואת שכיב מרע אף אם נפגם הליך מההליכים המצויים בסעיף 23, ופירושו של פגם בהליך הוא אף העדר גמור של אותו הליך, רשאים אנו לקיים צוואה שנכתבה בכתבידו של השכיב מרע או של מי שרואה עצמו מול פני המוות, כאשר אין לנו ספק באמיתותה של צוואה זו ושאכן נכתבה על-ידיו.

ב

ג

9. בטרם אעבור לרון בעניין הצוואה שלפנינו, מן הראוי שאעמוד על פסק-דינו של בית-משפט זה בעניין רוזנטל (ע"א 252/70 [4] הנ"ל), בו עלתה שאלת המושג „הליכים" שבסעיף 25 לעניין ההוראות המצויות בצוואת שכיב מרע בסעיף 23. לעניין פגמים בעריכת זיכרון דברים והפקדתו שבסעיף-קטן (ב) שבסעיף 23 נפסק, כי „דרישות הסעיף 23(ב) נוגעות להליכים הניתנים לתיקון לפי סעיף 25" (שם, בעמ' 497), ודבר זה ברור הוא, ואינו צריך לפנינו. לעומת זאת התעוררה השאלה, אם הדרישה לשני עדים בצוואה על-פה אף היא בחינת „הליך" היא, ולכן, גם אם היה עד אחד בלבד, ניתן להכשיר את הצוואה. נאמר שם בעמ' 492, מפי השופט לנדוי (כתוארו אז):

ד

ה

„הדרישה שהמצווה יצווה בפני שני עדים השומעים לשונו היא דרישה קונסטטיטויטיבית, מעין, עדי הקיום' במשפט העברי, וספק בעיני אם אפשר לרפא את העדרו של עד שני בעזרת סעיף 25 של החוק המדובר, בין היתר, על פגם, בהליכים המפורטים בסעיפים 20—23. הספק הוא אם עצם עשיית הצוואה בעל-פה הינה בגדר, הליך' לצורך זה."

ו

נראה לי, עם כל הכבוד הראוי, שאכן הדרישה לשני עדים היא בבחינת „הליך", ודי בעדותו של עד אחד בצוואה על-פה, אם בית המשפט ייתן אמון מלא בעדותו של העד ולא יהא ספק בידו בדבר אמיתותה של הצוואה ותוכנה. בדברינו לעיל ראינו, כי שאלה זו גופה התעוררה במשפט העברי, ונפסק, כי העדים בצוואת שכיב מרע בעל-פה אינם בבחינת עדי קיום אלא עדים לצורך הוכחה בלבד, בחינת „לא איברו סהדי אלא לשקרי". וכך מתחייב ממהותה ומטיבה של צוואת שכיב מרע, כפי שנתקבלה על-ידי המחוקק, כפי שעמדנו על כך לעיל, שהדרישה לעדים לא באה אלא להוכיח את אמיתות דברי השכיב מרע ותוכנם. דומה עלי, שכך גם מתחייב עתה לאור הלכת ברי"ל (ע"א

869/75 (6 הנ"ל), שהכניסה — בצוואה בעדים לפי סעיף 20 — בגדר „הליכים” גופי ועיקרי דרישות המפורטים בחוק, וקבעה, שאף בהעדרם ניתן לקיים את הצוואה.

אך גם אם נאמר, שהדרישה לשני עדים בצוואת שכיב מרע על-פיה היא דווקנית, אין לעניין זה ולא כלום לעניין אפשרות הכשרת צוואה בכתב-ידו של שכיב מרע. שהרי בצוואת שכיב מרע על-פיה אפשר שמקום יש לומר, שבגלל הזהירות הגדולה שאנו מזהרים בבירור תוכן דברים שנאמרו על-פיה, כפי שעמדנו על כך לעיל, מן הנכון שלא נסתפק בעד אחד בלבד אלא נהא זקוקים לשניים, שעל-פיהם יקום דבר הצוואה שבעל-פה. אך זה אינו בא לומר אלא, שאם צוואת השכיב מרע נעשתה בהליך שבעל-פה, שאוי הליך זה אינו שלם, אלא אם יש עליו שני עדים. אך כאשר הצוואה לא נעשתה מעיקרה בהליך שבעל-פה אלא בהליך שבכתב-ידו של המצווה, והוא הליך שלא רק שאינו נופל בערכו מהליך צוואת בעל-פה עם שני עדים אלא אף עולה עליו מבחינת הוכחת אמיתות הצוואה ותוכנה, רשאים גם רשאים אנו, מכוח האמור בסעיף 25, לקיים צוואה כזו. ושוב נחזור ונזכיר — לאור הלכת בריל (ע"א 869/75 (6)) ניתן לקיים צוואה בעדים, אף אם נעדרים הימנה גופי דרישות שבסעיף 20, כגון התאריך וחתימת המצווה, ואף כשאין לאלה תחליפים של ממש, קל וחומר שניתן לקיים צוואת שכיב מרע שנערכה בכתב-ידו והמהווה תחליף של ממש ואף טוב מצוואה על-פיה, שעל תוכנה מעידים שני עדים.

10. ומשבאנו לכאן, נחזור לעניינה של הצוואה שלפנינו. כאמור, אין ספק בידנו, כי המנוחה כתבה את צוואתה בכתב-ידה, וכי צוואתה נכתבה, יחד עם שאר הפיתקאות שנמצאו בחדרה שבבית המלון, סמוך ותכוף למעשה התאבדותה. זהו מקרה מובהק של צוואה שנערכה על-ידי אדם שראה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות. על-ראייתה זו של המנוחה עצמה יעידו תוכנן של יתר הפיתקאות, שנכתבו אותה שעה על-ידי המנוחה, ובהן הסבר המניעים שהביאו להתאבדותה יחד עם בתה והוראות בדבר איסור ניתוח גופותיהן, סדרי הלווייתן וקבורתן. באיכותו המלומד של המערער הפנה אותנו לפסיקתם של בתי הדין הרבניים. בה נאמר, כי צוואה שנכתבה על-ידי מי שאיבד עצמו לדעת, כשניכרים הדברים שהצוואה נכתבה כאשר חשב על התאבדותו והכין עצמו לכך — „אין לך מצוה מחמת מיתה גדולה מזו והיא עומדת בתוקפה אף בלי שום קנין. ומקרה כזה בודאי לא גרע מאלה של המפרש בים והיוצא בשיירא או היוצא בקולר, הנזכרים בפירוש במשנה ובגמרא” (תיק 1/36/703 (22), בעמ' כג; וכן שו"ת ישכיל עבדי לר' עובדיה הראיה — ששימש כחבר בית הדין הרבני הגדול — ח"י, חושן משפט, יו [טז]). צוואתה של המנוחה היא דוגמא מובהקת של צוואה, שמדובר בה בסעיף 23 לחוק הירושה, ונתקיימו בה שני סימני ההיכר ההכרחיים המצויים באותו סעיף: היא נערכה על-ידי מי שראה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, ותוכנה מהווה צוואה של מצווה. אמנם, הליך עריכת הצוואה פגום הוא מבחינת האמור בסעיף 23, שהרי לא נערכה בעל-פה בפני שני עדים, אך פגם בהליך זה ניתן לתיקון על-פי האמור בסעיף 25, כמבואר לעיל, מאחר שהיא נכתבה בכתב-ידה של המנוחה, ואין בלבנו ספק באמיתותה, ושאכן כתב-ידה הוא זה.

11. חברי הנכבד, השופט בכור, שכתב את פסק הדין במותב תלחא של בית-משפט זה (ע"א 86/79\*), מסיים את דבריו לאמור:

- א. "למען האמת עליי לומר, שהגעתי למסקנה, שאין כאן צוואה של המנוחה בלב כבד. כשלעצמי, נראה לי מנסיבות העניין על פני הדברים — אם-כי לא שמענו טיעון בנידון — שהייתה למנוחה גמירות דעת לעשות צוואה וכן שניתן לפרש את דברי הצוואה בצורה שיינתן להם תוקף חוקי, והמנוחה הייתה כשרה מבחינה שכלית ונפשית לערוך צוואה. לו ניתן היה להתגבר על הפגם שבצורה הייתי בלב שלם נוטה לקיים צוואה זו, כי לדעתי, זה היה רצון המנוחה".
- ב.

- ג. עכשיו, משנמצא שצוואתה של המנוחה צוואה על-פי סעיף 23 לחוק הירושה היא, ומשהתגברנו על הפגם שבצורה מכוח הוראת סעיף 25 בדבר אפשרות תיקון העדר הליך שבסעיף 23, מציע אני לחבריי הנכבדים למלא אתר מצוות קיום דברי המת ולקיים את צוואתה של המנוחה. מאחר שצוואתה של המנוחה נכתבה על-ידיה כשראתה עצמה מול פני המוות, שוב אין מקום לבדוק, אם נעשתה בגמירות הדעת, שהרי הנחת גמירות הדעת מתחייבת מעצם מהותה של צוואה, שנערכה על-ידי מי שראה עצמו מול פני המוות, שמתייחס הוא במלוא הרצינות לצוואתו, גומר בדעתו ואינו משטה בשעת מיתו. כן נראה אף לי, מנסיבות העניין על פני הדברים, שהמנוחה כתבה מה שכתבה בצלילות הדעת. אך אם, דעת חבריי הנכבדים היא, שמאחר שבעניין זה של צלילות הדעת לא שמענו טיעונם של בעלי הדין, מן הראוי הוא, שלא נכריע בדבר בהעדר טיעון כזה — כפי שכך היא דעתו של חברי הנכבד, השופט ש' לוי — מציע אני להחזיר את התיק להמשך הדיון בו בערעור בשאלה זו, ואם התשובה על כך תהא בחיוב — תקום צוואתה של המנוחה.

- ד. ה.
12. עיינתי בדברי חבריי הנכבדים, הנשיא לנדוי והשופט ש' לוי (סעיף 10 לפסק-דינו), ויורשה לי להוסיף דברים אחדים.

סעיף 20 לחוק הירושה, הדין בצוואה בעדים, זה לשונו:

- ו. "צוואה בעדים תהיה בכתב, תצוין בתאריך ותיחתם ביד המצווה בפני שני עדים לאחר שהצהיר בפניהם שזו צוואתו; העדים יאשרו באותו מעמד בחתימת ידם על פני הצוואה שהמצווה הצהיר וחתם כאמור".

- ז. לפי הלכת בריל (ע"א 869/75 (6) ה"ל), שחבריי הנכבדים אינם חלוקים עליה, יכול שצוואה בעדים תקום ותהא תקפה, אף אם נתקיימו בה רק הדרישות שבארבע המלים הראשונות של הסעיף (בתוספת העובדה שעדים פירושו שני עדים), וכל היתר

\* פ"ד לה(1) 176, בעמ' 183.



האמור בו, שהוא רובו הגדול של הסעיף, אינו בבחינת תנאי-בל-יעבור אלא בבחינת „הליכים” שניתן בלעדיהם, לאור הוראת סעיף 25 לחוק, והדברים אמורים ברובו הגדול של הסעיף לא רק מבחינה כמותית אלא מבחינה איכותית, שהרי מדובר בחתימת המצווה, בהצטרפו שזו צוואתו, באישור העדים על כך ועוד. מדוע אין הלכת בריל (ע"א 869/75 (6)) בבחינת מחיקה למעשה של רובו הגדול של סעיף 20 מספר החוקים, כפי שכך אומר חברי הנכבד, הנשיא לנדוי, לעניין סעיף-קטן (ב) שבסעיף 23 לחוק, לפי דרכי בפירושי של סעיף זה? וכיצד ניתן להשוות סעיף-קטן (ב) שבסעיף 23, שהוא הוראה פרוצדוראלית מובהקת, לרובו של סעיף 20, כאמור, שכולל גופי דברים ועיקריהם לעניין צוואה בעדים? ולא זו בלבד, אלא שסעיף-קטן (ב) שבסעיף 23 כל כולו אינו אלא תוצאה וחלק מהעובדה, שצוואת השכיב מרע נעשתה בעל-פה ולפני עדים, ולכן, כאשר נערכת הצוואה בכתב, מושגת כל המטרה לשמה נועדה הפקדת זיכרון הדברים שבסעיף-קטן (ב), וההפקדה מיותרת היא לחלוטין.

כפי שעמדתי על כך בדבריי, מתוך האמור בסעיף 23 בעניין צוואת שכיב מרע עולה בבירור, שלדעת המחוקק, משנערכה צוואה בנסיבות מיוחדות אלה של שכיב מרע והרואה עצמו מול פני המוות, יש להסיק על גמירות דעת המצווה מתוך עצם קיומן של נסיבות אלה, ולכן, לא קיימת כל דרישה, שהמצווה יצהיר לפני עדים שזו צוואתו, ושהעדים יאשרו שכך הצהיר, כפי שכך דורש המחוקק לעניין צוואה בעדים. אשר על-כן אין ללמוד — כדעת חברי הנכבד, השופט ש' לזין — גזירה שווה מסעיף 20 לסעיף 23, שכן אין אנו מקישים מדבר אחד לרעהו, אלא כאשר דומים הם במהותם, וכאן שתי צוואות אלה שונות באופן יסודי ומהותי האחת מרעותה; בצוואה בעדים לפי סעיף 20 מוכחת גמירות דעת המצווה על-ידי שנעשתה לפני שני עדים, ולכן דרישת שני העדים הכרחית היא, ובצוואת שכיב מרע ומי שרואה עצמו מול פני המוות, לפי סעיף 23, גמירות הדעת עולה מתוך הנסיבות המיוחדות שבהן נערכה הצוואה — משום שאין אדם משטה בשעת מיתתו — ומשום כך שני העדים אינם דרושים אלא כדי להוכיח מהו תוכן דברי המצווה, ואשר על-כן, כאשר כתב דבריו כמו ידיו, אין לנו הוכחה גדולה מזו לעניין תוכן הדברים שציווה.

ואשר לסדרי הדין והטיעון, כאמור, דעתי כדעת חברי הנכבד, השופט בכור, שדבריו ציטטתי לעיל, ושלהם הסכימו כל אלה שישבו עמו במותב, שבנסיבות העניין ועל פני הדברים נראה, שהמנוחה כשירה הייתה מבחינה שכלית ונפשית לערוך את הצוואה, אך לא שמענו טיעון על כך, וכן מקום יש לשמיעת באי-כוח הצדדים בשאלת תוקפה של צוואת המנוחה לפי סעיפים 23 ו-25 לחוק, דברים אלה ניתנים לתיקון, ובכך נהיה שלמים גם עם הלכות סדרי הדין, על כל פנים, אין להעלות על הדעת, שפגם פרוצדוראלי איזה שהוא ימנע בעדנו מלקיים צוואתה של המנוחה.

13. ומכאן לרצון המחוקק ודברו, אכן, אילו היה לפנינו סעיף 23 בלבד, לא רשאים היינו לוותר על דרישת שני עדים, גם כאשר הרואה עצמו מול פני המוות ערך צוואתו

בכתב-ידו, אף-על-פי שלפי הגיונם של דברים — ואף קל וחומר הוא — לעניין שכיב מרע ומי שרואה עצמו מול פני המוות כתב בלי עדים עדיף מבעל-פה עם עדים. משגור המחוקק, והורה מה שהורה, אין אנו רשאים להרהר אחריו; מקובלנו, שנגד רצונו המפורש של המחוקק אין היגיון ואף לא קל וחומר, ומצווים אנו לקבל גזירתו ולא להסיג את גבולו. אך לא כן הם פני הדברים בסוגיה שלפנינו. המחוקק גופו גילה לנו בסעיף 25, שהוראתו בסעיף 23 אינה בבחינת גזירה של „כזה ראה וקדש“, אלא ניתן לקיים את הצוואה, כל עוד אין ספק בלבנו בדבר אמיתותה, גם כאשר קיימים פגמים בהליכים שבסעיף 23. כיצד לא ניענה לדברנו זה של המחוקק, ולא נקיים צוואה של מי שראה עצמו מול פני המוות, כאשר אין ספק בלבנו בדבר אמיתותה של הצוואה, וכאשר על-פי כל מידה נכונה של היגיון, הצוואה, שערכה המנוחה, בטרם עשתה את צעדה הטרואגי והגורלי, בכתב ובלי עדים, טובה היא ועדיפה היא מצוואה, שהייתה עורכת בעל-פה ובפני עדים. וכי אין בכך משום הסגת גבולו של המחוקק ואייקיום רצונו, שהביע בסעיף 25 לחוק?

ג

מסביב לשני רצונות נסוב הדין בסוגייתנו: רצונה של המנוחה בצוואתה, ורצונו של המחוקק בחקיקתו. רצונה האחרון של המנוחה ברור הוא מעל כל ספק, אבל, לדעת חברי הנכבדים, רצונו של המחוקק גובר על רצונה של המנוחה. האומנם זהו רצונו של המחוקק? ואולי רצון שלישי מצוי בסוגייתנו. רצונו של הפרשן? לעתים קרובות, קרובות מאוד — כאשר דבר המחוקק אינו ברור לחלוטין וחד-משמעי על פניו — אין גילוי רצונו של המחוקק אלא בבואה ופועל יוצא מעולם רצונו של הפרשן. מפגש שני רצונות אלה, של המחוקק ושל הפרשן, מחייב הוא זהירות מרובה, פן יבולע לרצונו של המחוקק מרצונו של הפרשן. זו, בידוע, סוגיה גדולה וסבוכה היא, ודנו בה חכמי המשפט והגיון ולא כאן המקום לדון בה, לא באריכה ואף לא בקצרה. ואך זאת אומר, כי כלל זה נקוט בידי במלאכת פרשנותי, ודומה עלי כי נכון ומועיל הוא: חזקה על המחוקק, כי רוצה הוא בחוק שהפסיקה על-פיו תעלה בקנה אחד עם המציאות העובדתית, ובנדון דדן, אמת עובדתית זו היא אמיתותה של צוואת המנוחה, ואותה רשאים ומצווים אנו לקיים.

ה

14. על תלות זו בין רצונו של הפרשן לבין רצונו של המחוקק, ועל הזהירות הדרושה שלא יבולע לרצונו של המחוקק מרצונו של הפרשן, חזרתי ועמדתי בקראי עתה דברים, שהוסיף חברי הנכבד, השופט ברק, ושבחלקם דגים בפרשנותו של חוק יסודות המשפט. פסק הדין בעניין שלפנינו בא על סיומו, ואין זה מן הראוי, שאוסיף עתה דברים בעניינו של חוק זה. דנתי בו בפרשת הנדלס (ד"ר 13/80, 111), בעמ' 792 ואילך, ובבוא השעה אחזור לדון בעניינו. רק זאת אומר עתה, בשעת „רצון“ זו, מקובלנו, שאחד מכללי היסוד בתורת הפרשנות הוא, שהמחוקק אינו משחית מלים לריק, ויש לתת תוכן מסוים לדבר, במיוחד כאשר מדובר בחוק שלם שנתחדש במערכת החוקים, ובמיוחד שבמיוחד, כאשר מדובר בחוק יסודי, שמקומו בכותל המזרח שבמערכת המשפטית של המדינה. אם גם לעניין הסוגיה שלפנינו, כאשר ברור שהמחוקק קלט עקרון צוואתו של שכיב

י

ז

השופט מ' אלון, הנשיא (לשעבר) לנדוי

מרע ושל מי שרואה עצמו מול פני מוות ממערכת המשפט העברי — ובנוסף החוק ומטרתו אין דבר השולל את התוצאות הנובעות מעיקרון זה — עדיין אין בו בחוק יסודות המשפט כדי להעניק למערכת המשפט העברי מעמד כל שהוא בנוסף למעמד „ההשראה” של כל מערכת משפטית אחרת, אם כך הוא, סעיף 2 לחוק זה שהוא לא רק מחציתו של החוק אלא כולל את מצוות ה„עשה” שבו — לשם מה הוא בא ומה חידוש יש בחקיקתו? הרי גם בטרם בא חוק זה לעולמה של מערכת המשפט בישראל, מותר היה לו לבית המשפט לעסוק בתפקיד הנכבד של שימוש במשפט העברי לשם „הרחבת והרחקת האופק ושדה הראייה הפרשניים, ובכך ליצור עומק נוסף ליצירה הפרשנית”, ומה נתחדש עתה, עם קבלת חוק אשר בשם חוק יסודות המשפט ייקרא? ואם תאמר שיומו של המשפט העברי יגיע במקרה של לקונא, הרי לפי פירושו של חברי הנכבד — בעניין הנדלס (ד"ר 13/80 (11) ה"ל) — למושג הלקונא ומה לא כלול במושג זה, תאב אני לדעת, אימתי וכיצד ייתכן שתימצא לקונא, שאין לה תשובה „בדבר חקיקה, בהלכה פסקה, או בדרך של היקש”. האומנם ייתכן לפרש חוק באופן שדברי המחוקק הם נטולי משמעות משפטית, אפילו פחות מכדי „גרוגרת דר' צדוק”? כמה ויכוחים התווכחו וכמה ניסוחים ניסחו — חברי הכנסת בפרט וציבור המשפטנים בכלל — עובר לחקיקתו של חוק יסודי זה, וכל זה לא נעשה אלא כדי לענות על בעיית לקונא שלא באה לעולם, וספק גדול אם אי פעם יכול שתבוא לעולם, וספק עוד יותר גדול אם וכאשר תבוא לעולם לא יחלט ברוב דעות, שאין זו לקונא כל עיקר? אתמהה.

15. ולשיטה אחרונה, מעין שיטה ראשונה, לדעתי, כאמור, צוואתה של המנוחה בעניין שלפנינו רשאים אנו לקיימה, ומשניתנה לנו רשות זו, מצווים אנו על כך.

הנשיא (לשעבר) לנדוי: שני חברי הנכבדים, השופט ברק והשופט אלון, כל אחד על-פי דרכו, עשו מאמץ פרשני רב כדי להכשיר את הכתב הבלתי חתום, שעשתה המנוחה גיטל כהן עובר להתאבדותה, כצוואה תקפה. אחרי עיון בדבריהם אין אני יכול ללכת בעקבותיהם, כי עדיין נראית לי דעתו של השופט בכור, שאליה הצטרפתי בערעור.

איש מאתנו אינו מתעלם מן הכלל הגדול, שמצווה לקיים את רצון המת, וכולנו רוחשים אהדה עמוקה לאישה אומללה זו שגורלה המר עמה, עד שמצאה מפלט לעצמה במעשה הנורא של התאבדות תוך המתת ילדתה בת השלוש. אבל אהדה זו אסור לה שתביאנו לידי מסקנות משפטיות קיצוניות, השוכות את הלב במקרה הקונקרטי, אך אין הן עומדות במבחן של דבר המחוקק, משום כך אני מסכים לחוות-דעותיהם של חברי הנכבדים, השופטים ש' לוי ובייסקי, בדיון נוסף זה, ואין אני רואה צורך להוסיף על דבריהם לדחיית הצעתו של כבוד השופט ברק להכשיר את מה שכתבה המנוחה בצוואה בכתבירה, לפי סעיף 19 לחוק הירושה.

לדעתי הוא הדין, ואולי עוד ביתר שאת, בהצעת חברי הנכבד, השופט אלון, למצוא לכתב זה תקנה בסעיף 23, בתור צוואה בעל-פה.

הנשיא (לשעבר) לנדוי

א בפתח הדיון בהצעה זו עומד הקושי, כי עד שבא חברי הנכבד וביקש לתת לדיונו מפנה "מהפכני" זה, לא עלה על דעתו של איש לטעון כזאת (או לפסוק כזאת בבית המשפט המחוזי ובערעור). אדרבא, בעמ' 5 של טיעונם בכתב בדיון הנוסף אומרים פרקליטיו המלומדים של העותר, ה"ה מ' כספי ומ' שפרן, על צוואת שכיב מרע לפי השקפת הדין העברי, כי "בכך לא נדון כאן". אם למרות זאת נרצה "לפתוח" להם, היה הצדק דורש לפחות שנזמין את פרקליטי הצדדים לטעון לפנינו על החידוש שחברי הנכבד מציע לחדש. כן יש לזכור, שהשופט המלומד בבית המשפט המחוזי קבע מימצא (בפיסקה 6 של פסק-דינו), על יסוד הראיות שהיו לפניו:

ב "שלא היתה למנוחה צלילות דעת מספקת לכתיבת צוואה ומכל מקום לא אוכל לקבוע שהיתה גמירת דעת מצד המנוחה לענין מסוים שהיא מצווה אותו כאן או גמירת דעת כללית לכתוב צוואה בה תחן הוראות או הוראה מה ייעשה ברכושה".

ג בהקשר זה יש לזכור, שבערעור הפרדנו את הדיון ושמענו לעת עתה רק טיעון על הטענה, שהמסמכים הנדונים אינם מהווים צוואה תקפה על-פי החוק, ומאחר שקיבלנו טענה זו, לא ראינו צורך להמשיך ולברר את יתר טענותיו של המשיב (וראה בראש חוות-דעתו של השופט בכור, וגם בסוף חוות-דעתו\*), כאשר נוגע השופט בכור בשאלה, אם היתה למנוחה גמירות דעת לעשות צוואה, הוא מציין, כי לא שמענו טיעון על כך, אם תתקבל דעתו של השופט אלון או של השופט ברק, יהיה איפוא צורך, שנבקש עתה את השלמת הטיעון של הצדדים גם על טענות אלה של המשיב. אבל, לפי השקפתנו, אין צורך בכל אלה, כי אני בעד אישור פסק הדין, כמו שניתן בערעור.

ה בע"א 252/70 (4), שחברי השופט אלון הזכירה, אמרתי, בעמ' 492, שהמונח "שכיב מרע", המופיע בסעיף 23 של חוק הירושה, לא הוגדר בחוק, והוא נקלט בו מן המשפט העברי, ומותר לנו איפוא להיזקק לעקרונות כלליים של ההלכה העברית בסוגיה זו ב"תמצית ובקירוב". להלן הבאתי שם את הגדרת המונח "שכיב מרע" בשולחן ערוך. אין ללמוד מזה שנוכל להיזקק להלכת המשפט העברי בבואנו לפרש את הסעיף 23 בשלמותו, כאשר מלשון הסעיף עולה ברורות, שהמחוקק הישראלי עשה הסדר תחיקתי השונה מהלכת המשפט העברי, כאשר הוא מדבר במפורש בגוף הסעיף על צוואה בעל-פה, לא נוכל להיעזר במקורות ההלכה כדי לומר שצוואה בעל-פה גם צוואה בכתב במשפט.

ז עלינו לפרש את סעיפי החוק כמו שהם, על ההבדלים היסודיים מהלכת המשפט העברי שבהם רצה המחוקק; וגם חוק יסודות המשפט אינו ענין לכאן, כי תשובה שאינה משתמעת לשתי פנים תימצא לנו בדבר החקיקה עצמו. על-כן לא אוכל להסכים עם חברי הנכבד, כאשר הוא אומר, כי מתוך עיון בהוראות סעיף 23 נמצאנו למדים, שהמחוקק

\* פ"ד (ורג) 176, בעמ' 177 ד-1 ובעמ' 183.

הנשיא (לשעבר) לנדורי

אימץ בסעיף זה את הוראות המשפט העברי בדבר מהותה של צוואת שכיב מרע. יסודותיה ועקרונותיה, חוץ הוספת מספר שינויים שוליים.

חברי הנכבד לימדני, שלא כיוונתי לדעת גדולים, כאשר השויתי בע"א 252/70 (4) את שני העדים הדרושים לפי סעיף 23 עם עדי הקיום שבמשפט העברי. זאת אני חייב, כמובן, לקבל. אבל עדיין נראה לי, שהאמירה לפני שני עדים השומעים את לשונו של המצווה, היא יסוד קונסטיטוטיבי בצוואה בעל-פה לפי סעיף 23. כל מבנה הסעיף מעיד על כך, אשר לסעיף-קטן (א) שבו, מיעוט הדרישות הפורמאליות, שקבע המחוקק לצוואה בעל-פה כדי להקל על המצווה השכיב מרע או הרואה עצמו מול פני המוות, הוא המחייבנו שלא לוותר על קיום אותן דרישות מעטות. אילו רצה המחוקק בכך, לשם מה הזכיר בכלל את הצורך בשני עדים? בהמשך הסעיף 23, בסעיף-קטן (ב) התקין המחוקק מנגנון שלם, של רישום זיכרון-דברים, "שייתחם בידי שני העדים" ללמדנו, שמציאות שני העדים היא, "תנאי בלעדיו אין" — והפקדת זיכרון הדברים בבית-משפט מתווי — כל זה בעליל כדי להוסיף ביטחון, שצוואה בעל-פה אכן נעשתה, ולהפחית מן הסכנה של עדויות שקר על עצם עשיית הצוואה בעל-פה. (ויצוין, שלאמצעי זהירות זה, שבו רצה המחוקק הישראלי, אין זכר בהלכת המשפט העברי). חברי הנכבד מציע, למעשה, למחוק את סעיף 23(ב) מספר החוקים, שאם לא היו שם עדים כלל, זיכרון-דברים חתום על-ידי שני עדים מניין?

אומר חברי, שהעדר העדים הוא פגם בהליכים המפורשים בסעיפים 20 עד 23, לפי סעיף 25 של החוק, ועל כן ניתן לקיים את הצוואה אף באין לה עדים, וכאסמכתא הוא מביא את דעת בית המשפט העליון, מפי השופט ח' כהן, בע"א 869/75 (6) שם נדונה צוואה בעדים, לפי סעיף 20 של החוק, שבה לא צוין התאריך, בקטלוג הפגמים שהשופט ח' כהן ערך (שם, בעמ' 100—101) הוא מוכיר, בלשון סתמית, "פגם בהליכים לפי הסעיפים 21—23 (שאינ ענינם לכאן)" — ועדיין אין אנו יודעים מה יכול להיחשב כפגם בהליכים לפי הסעיפים 21—23, אכן, בהמשך שם, בעמ' 101, הוא רואה בהעדר חתימה "פגם בהליכים" הדרושים לפי סעיף 20, כשלעצמי, כבר הבעתי ספק, בע"א 252/70 (4) הנ"ל, בעמ' 492 ח, אם עצם עשיית הצוואה בעל-פה, לפי סעיף 23, הינה בגדר "הליך" לצורך זה, ומשום כך לא הייתי מוכן לקיים צוואה בעל-פה, שנעשתה לפני עדה אחת בלבד. על אחת כמה וכמה כן הוא כאשר לא היה שם אפילו עד אחד. כיצד ניתן לכנות חיסרון גמור כזה של אחד היסודות לצוואה בעל-פה בתור "פגם בהליך", נוכח לשון הכתוב?

מוסיף חברי הנכבד ואומר בתוקף רב, שהדברים הם קל וחומר: מאחר שהמחוקק קבע את הצורך בשני עדים, כדי להבטיח שכך יצאו הדברים מפי המצווה, נוכל לוותר על העדים לגמרי, כאשר אנו בטוחים גם בלאו הכי, שכך יצאו הדברים מתחת עטו של המצווה, ושוב עלי לחלוק על חברי הנכבד, ראשית, אמנם נכון הוא, שצוואה בכתב עולה

- א במשקלה על צוואה בעדים במובן זה, שבצוואה בכתב אנו בטוחים, שכך כתב המנוח, בעוד שאין אותה מידת ביטחון בדברי העדים, שכך אמר המנוח. אבל, לעומת זאת, יכולה להיות לצוואה בעדים מעלה אחרת על-פני צוואה בכתב — שהעדים יכולים להעיד על רצינות אמירתו של המנוח ועל צלילות דעתו שעה שאמר דבריו, בעוד שהכתב עצמו (ומה גם הכתב ללא חתימה) אינו אומר לנו דבר על אלה. אולם, גם אלמלא שיקולים אלה, אין אנו רשאים לכתוב את סעיף החוק מחדש וללמוד מקל וחומר, כאשר כוונת המחוקק לא היתה כזאת. הוא רצה בצוואה בעדים וכיצד נבוא אנחנו ונכשיר כצוואה נייר בלתי חתום, שאדם כותב לו „בינו לבינו“, בלא עדים ושלא בהתאם לדרישות של סעיף 19? ומקרה קשה כמו הנדון לפנינו היום עלול לשבש את הדין בעתיד ולפתוח פתח לסכנה של טענות כוזבות על סמך כל מיני רישומים, שאדם רשם לעצמו אי פעם שלא בפני עדים, ושנמצאו לאחר מותו בין ניירותיו. כללו של דבר, אין לוותר על דרישות המינימום, שהמחוקק קבע לצוואה בעל-פה.
- ב הוחלט ברוב דעות, כנגד דעתם החולקת של השופטים אלון וברק, לדחות את העתירה, אין צו להוצאות.

ניתן היום, ה' באב תשמ"ב (28.7.82).

ד

ה

ו

ז