

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 491180/3

בבית הדין הרבני האזורי חיפה

לפני כבוד הדיינים:

הרב דניאל אדרי – אב"ד, הרב אלעד עלי, הרב משה זאדה

המנוחה: פלונית

המבקשים פלוני (ע"י ב"כ עו"ד לילך שלג מוסקוביץ)

פלונית

פלוני

פלונית (ע"י ב"כ עו"ד אסף הופמן)

הנדון: דחיית בקשה לביטול צו ירושה בגלל צוואה ש'נמצאה' לאחר שנים רבות

פסק דין

רקע

בפנינו בקשה לקיום צוואה וביטול צו הירושה שניתן בתאריך כ"ב באדר ב' תשנ"ז (31.3.1997).

המנוחה מרת פ' ע"ה נפטרה בתאריך ב' בתמוז תשנ"ו (19.6.96).

המנוחה ע"ה הותירה בפטירתה 4 ילדים 2 בנים ו-2 בנות.

בתאריך כ"ב באדר ב' תשנ"ז (31.3.97) התקיים דיון בביה"ד להוצאת צו ירושה.

בדיון הסכימו האחים לחלוקה שווה ביניהם. נעשה קניין לטובת האחיות כך שכל אחד יקבל רבע מהעזבון.

בשנת 1997 הדירה בת' נמכרה והתמורה חולקה בין ארבעת האחים.

הדירה במ' עדיין לא נמכרה.

במהלך חיפוש אחרי הסכמי מכר הדירה, הופתע התובע לגלות צוואה שכתבה המנוחה ובצוואתה ציוותה כי הנכסים, היינו שתי הדירות, יועברו רק לתובע, בידעה כי התובע הוא אשר רכש את הנכסים, ומיד לאחר שנודע לו דבר הצוואה הגיש התובע צ' בתאריך כ"ט באייר תשע"ט (3.6.19) בקשה לביטול צו ירושה, מאחר ולדבריו מצא צוואה של המנוחה מיום י"ג באלול תשמ"ח (26.8.1988) ומעוניין לקיים את הצוואה.

מנגד בפנינו התנגדות האחים לביטול צו הירושה (יש לציין שהבת ח' לא הופיע במהלך הדיונים עקב חולייה).

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

טענות התובע

עיקר טענות התובע כפי העולה מכתב התביעה ומהפרוטוקול של הדיונים מתאריך ט"ז בסיון תש"פ (8.6.20) ותאריך א' באייר תשפ"א (13.4.21) ומן הסיכומים:

1. לדברי התובע וב"כ, יש לבטל את צו הירושה מתאריך כ"ב באדר ב' תשנ"ז (31.3.1997) עקב מציאת צוואת האם מתאריך י"ג באלול תשמ"ח (26.8.1988) אשר בצוואה זו מעבירה האם את כל הנכסים לבן צ' - התובע.
2. הנכסים נקנו על ידי התובע. נכס אחד נרכש בתאריך 19.8.1977 והשני בתאריך 31.1.84, היות והתובע היה רווק באותו זמן, והיות ולא היה זכאי לקבל משכנתא, לכן ביקש לרשום את הדירה על שם ההורים, לדבריו, להורים לא היה יכולת כלכלית לרכוש דירה.
3. לדברי התובע הנתבעים יודעים את האמת מי הוא זה שרכש את הדירות.
4. בין האחים פרץ וויכוח על המגורים בדירה שנותרה.
5. תוך כדי סדר נמצאה הצוואה הנ"ל.
6. המנוחה עשתה את הצוואה מתוך דעה צלולה וברורה וכשהיא כשירה לערוך צוואה.
7. לדברי הבן-התובע, לא ידע כלל ועיקר מעצם עשיית הצוואה וקיומה, עד למציאתה, התובע לא היה מעורב באופן כלשהו בהכנתה הטכנית של הצוואה או בניסוחה או היה עד בעריכתה.

עוד כתבה ב"כ התובע, אם תשאל השאלה מדוע אם כן, לאחר שטרם המבקש, לשיטתם של המשיבים, באופן נלוז ושיקרי להשפיע על אימו לעשות צוואה לטובתו ולא הגיש אותה כדי לקיימה? הרי השכל הישר מצריך הסבר לכך, המבקש יטען כי ההסבר היחיד והאמיתי לכך היה כי לא ידע דבר קיומה!! יודגש כי הצוואה שהותירה המנוחה, מטיבה עימו, ואין כל הסבר מניח הדעת מדוע לא הגישה לרשויות עם מותה של האם, זאת חוץ מהסבר אחד ויחיד שהוא לא ידע על קיומה. לא זו אף זו - תשאל השאלה מדוע הגיש את בקשתו דגן רק בעת הזו ולא למשל לפני שנתיים או בכל זמן אחר? ושוב, כיוון שלא ידע על קיומה!

לאור כל האמור טוען התובע, שיש לבטל את צו הירושה ולקיים את הצוואה.

טענות הנתבעים

עיקר טענות הנתבעים, כפי העולה מכתב ההגנה, מפרוטוקול הדיון מתאריך ט"ז בסיון תש"פ (8.6.20) ותאריך א' באייר תשפ"א (13.4.21) ומן הסיכומים:

1. לדברי הנתבעים וב"כ, משניתן צו ירושה או צו קיום צוואה הרי על פי עקרון סופיות הדיון, יש לראות בכך שהעניין הוכרע.
2. בכדי לתקן או לבטל צו ירושה, יש לפעול בהתאם לסעיף 72 לחוק הירושה, וזאת לא עשה התובע, אלא נמנע מלהתייחס לסעיף זה, מאחר ואינו יכול להוכיח כי מתקיימות העילות לביטול צו הירושה.
3. התובע אכן ידע על קיומה של הצוואה, ולא ניתן לקבל את גרסתו לפיה לא היה ידוע לו במהלך השנים הרבות על קיומה של הצוואה.
4. העובדה שהצוואה נחתמה בבית בו התגורר התובע, ואחד העדים הינו חברו הטוב, שעבדו יחד והיה בן בית ממש, עד כדי סיוע פיסי לאם, מצביעות על ידיעה של התובע

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

- מהצוואה, וכי יתכן שחברו הטוב לא יעדכן אותו בעניין הצוואה? כמו כן חוסר היכולת של האם לזמן עו"ד לעריכת הצוואה מוכיח שאכן התובע היה מודע לצוואה.
5. התובע לא הוציא את הצוואה במועד מתן צו ירושה מסיבותיו שלו על אף שידע מהצוואה.
6. טענתו בעניין רכישת הדירות ורישומן באופן פיקטיבי על שם ההורים הינה אך ורק בכדי ליתן היגיון לאמור בצוואה.
7. מציאת הצוואה בסמוך לסכסוך שנתגלע בין האחים בנוגע למכירת הדירה מעלה תמיהות.
8. התובע לא הציג כל ראיה שאכן הוא זה שרכש את הדירות כדבריו, ואף בזמן חלוקת הירושה לא טען התובע שהוא הבעלים של הדירות.
9. לדברי הנתבעים ההורים הם שרכשו את הדירות, בשנת 1977 נקנה הנכס הראשון ונרשם על שם התובע ועל שם ההורים, והנכס שני נרכש בשנת 1984 ונרשם על שם התובע כלל לא טען עד היום שהנכסים נרכשו על ידו, ואף כאשר נמכר הנכס בשנת 1997 והתמורה חולקה בחלקים שווים בין האחים בהתאם לצו הירושה. לא ייתכן שבשעה שהיה התובע בין הגילאים 24-31 ירכוש 2 דירות ובנוסף מחצית מדירתה של האחות וזאת בהיותו שכיר.
10. במועד שבו נכתבה הצוואה, המנוחה לא הייתה כשירה לחתום על צוואה, בשנת 1982 לקתה המנוחה בשבץ אשר הפך אותה לנכה 100% ולחסרת יכולת דיבור, ודאי שבמצב זה לא הייתה יכולה ליזום עריכת צוואה.
- לאור כל האמור טוענים הנתבעים, שיש להותיר את הצו ירושה על כנו ולדחות את בקשת התובע.**

עד כאן טענות ומענות הצדדים.

דיון והכרעה

הנה בשו"ע חו"מ סי' ס"א סעי' ט נפסק ע"פ תשובת הרא"ש וז"ל :

"הרוצה לפסול שטר מפני שלא הוציאו בחיי אביו ועוד שבא המלוה לתכלית העוני ולא הוציאו אין השטר נפסל בכך, אמנם יש לדיין לחקור ולדרוש להוציא הדין לאמיתו, ואם יראה לו באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר, יכתוב ויחתום שאין לשום דיין מישראל להשתדל בדין זה ויתן ביד הנתבע."

ובסי' צ"ח סעי' ב' כתב וז"ל :

"צריך לעשות הדיין דרישה וחקירה בשטרות ישנים שמוציאים אותם, למה לא תבעו עד עתה, אם יראה לו צד רמאות כדי להוציא הדין לאמיתו."

בנידון דידן, שטר הצוואה ש"נמצא" לאחר 33 שנים הינו וודאי בגדר "שטר ישן". אמנם השו"ע איירי בשטרי הלוואה, אבל וודאי שגם בנידון דידן שייכים דברי השולחן ערוך שיש לדרוש ולחקור למה לא הוציאו עד עתה? בפרט לפי טענת הבן שאת הנכסים הוא קנה מכספו, אם כן איך שתק בעת הוצאת צו ירושה ולא ביקש אז חלוקה לא שוויונית? ומדוע לא חיפש את שטרי המכר ולהוכיח את צדקתו? גם אם נאמר שלא ידע מהצוואה, הרי לדבריו האחים ידעו שהדירות הם שלו, אם כן מדוע לא טען זאת במתן צו הירושה שניתן זמן לא רב מרכישת הדירה? ויש לומר אחת מהשניים, או שאינו דובר אמת בעניין רכישת הדירות, ואם תאמר אמת כדבריו שהוא רכש את הדירות, נמצא שהעדיף ליתן לאחיו במתנה גמורה חלקים מהדירות, אף שלטענתו לא היו

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

זכאים לקבל חלקים אלו, ועכשיו מעוניין לחזור בו מהמתנה, עיין שולחן ערוך חושן משפט הלכות מתנה סי' רמ"ה סעיף א' שהנותן מתנה - אינו יכול לחזור בו, מה עוד שעשה זאת בקניין גמור בבית הדין ולא הואי כאסמכתא, שהרי כשנמכר הנכס חולקה התמורה בחלקים שווים.

והנה כל המעיין בעריכת ועשיית שטר הצוואה ישר יחזו פנימו שיש בה עיקולי ופשורי.

מעבר לכל התמיהות שהועלו לעיל, עצם עריכת הצוואה מעלה הרבה סימני שאלה.

לבית הדין הוצגו מסמכים, כפי שיובא לקמן, המוכיחים שהמנוחה הייתה אישה חולנית, משותקת בחצי גוף, אשר בקושי יכלה להוציא כמה מילים בודדות מפיה, ולכן גם חתימתה נעשתה רק על ידי טביעת בוחן, ואם כן מי הוא זה ואיזהו אשר דאג לזמן עו"ד לבית, ולערוך את הצוואה? מי הוא זה שהחליט מה לכתוב בצוואה? אם נאמר שזאת המנוחה עצמה, איך היא העבירה את רצונה לעורכי הצוואה כאשר היא לא יכולה לדבר או לכתוב? אין זאת כי אם קרוב מדרגה ראשונה אשר בחש ורחש בכל זה ודאג לצרכיו האישיים.

יעויין עוד בשטר הצוואה סעיף 4 שנכתב בה בזה"ל:

4. למען מנוע ספק, בעת חתימתי על צוואה זו, טרם הוצא צו ירושה על עזבון בעלי המנוח אשר לא השאיר כל צוואה. על פי עצה משפטית שקבלתי הנני יורשת של מחצית עזבונו לרבות מחצית זכויותיו בשתי הדירות הנ"ל שעברו לבעלותי מייד עם פטירתו, שכן צו ירושה אינו יוצר זכויות אלא רק מצהיר על קיומן ותו - לא.

כיצד אדם שאינו מקירבה ראשונה מודע לדברים אלו? אין זאת כי אם כמו שאמרנו שרק אדם מקרבה ראשונה ניהל כל זאת.

ובפרט בנידון דידן, שכל הצוואה נכתבה על שם בן אחד תוך נישול שאר היורשים, אין אומדנא דמוכח יותר מזה שהבן הוא זה שדאג לעשיית הצוואה שתטיב עימו, ולכן רק הוא זה ש"מצא" את הצוואה לאחר 33 שנה.

על שטר הצוואה חתומים העדים:

עו"ד ג' ו'.

עו"ד ג' נלב"ע.

העד י' הוזמן לחקירה בבית דין בתאריך א' באייר תשפ"א (13.4.21). בחקירתו סיפר כי הוא היה מרבה להיות בבית המנוחה, ובאחד הפעמים אמרה לו המטפלת שרוצים לערוך צוואה ושהוא יהיה עד, לכן הוא נתן לה את מס' הטלפון שלו, וביום עריכת הצוואה התקשרה אליו שיגיע.

הרבה תמיהות עולות מדבריו.

מה עניין המטפלת לירושה?

מי אמר למטפלת לדבר עם העד?

מדוע המנוחה לא אמרה לו אישית כפי שאמרה למטפלת? הרי לדבריו היה מאוד מקורב עד כדי עזרה פיסית למנוחה.

עוד טען העד שביום עריכת הצוואה אף קרוב משפחה לא היה בבית, וכן אף קרוב משפחה לא דיבר איתו על זה וכן לאחר עריכת הצוואה לא סיפר זאת לאף אחד אף לא לבן צ' שהוא התובע שהיה מקורב אליו מאד.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

גם דברים אלו מעלים תמיהות רבות לכל מעיין, הרי מדובר בעד שהינו חבר המקורב מאוד לתובע והיה מרבה להיות בבית עם התובע עד כדי עזרה פיסית למנוחה (עיין פרוטוקול הדיון), עובד עם התובע, והתובע בזמן עריכת הצוואה התגורר עם אימו, האם יעלה על הדעת שהתובע לא ידע מעניין הצוואה? לא ידע מי נכח בבית? הרי זה ביתו והאמא מתגוררת איתו ולא הוא מתגורר עם האמא (לדבריו), היתכן שאם כדברי התובע שהוא רכש את הדירות, חברו הטוב שהינו העד לא ידע מזאת? ובכתיבת הצוואה לכל הפחות יאמר לחבירו-התובע עיגנת-הצלת את רכישת הדירות שרכשת, בצוואה, למה לשמור זאת בסוד 33 שנה? גם אם נאמר שהעד לא גילה לו כי כך אמרה האם-המנוחה, הרי כשנפטרה אין ספק שצריך להודיע לזוכה, אז מדוע החבר הטוב ביותר לא גילה את אוזנו של התובע? מדוע העו"ד ג' שערך את הצוואה לא הודיע לבן לאחר מות המנוחה שיש צוואה, מדוע המטפלת לא רמזה או אמרה לתובע בעניין הצוואה? מדוע האמא לא רמזה, עיין בפרוטוקול הדיון שהעד אמר שהוא סמך שהעו"ד או האמא יאמרו לתובע, אך משנפטרה האמא ואין ספק שהעד ידע על פטירת המנוחה מתוך חברותו עם התובע, וגם ידע שמעוניינים להוציא צו ירושה, מדוע לא יידע אותו אודות הצוואה? די בדברים אלה בכדי להבין שמדובר בעד שאינו דובר אמת ומשתף פעולה עם התובע, וד"ל.

אין ספק שלתובע הייתה השפעה על המנוחה, מאחר והוא שהתגורר עימה, היה קונה ומשלם, לדבריו המנוחה התגוררה בביתו ולא בביתה וכו', לדעת בית הדין הייתה תלות של האם המנוחה בתובע.

במקרים של תלות כמקרה דידן שהאם משותקת חוסר יכולת דיבור מתגוררת עמו, נטל ההוכחה עובר לשכמו של התובע לקיים את הצוואה, כפי שכתב כב' השופט ברנזון בע"א 423/75 מרדכי בן נון בענין צוואת המנוחה אסתר אלבכרי נ' מטילדה ריכטר, ואח' (פ"מ לא(1) 372):

"לפי חוק הירושה אין אצלנו כל חזקה לגבי קיומה של השפעה בלתי-הוגנת. על-כן נקבע הכלל, כי המתנגד לקיום צוואה עליו הראיה שהיא נערכה עקב השפעה כזאת. ע"א 190/68, סטיצקי נ' קלינברוט.

ואולם גם אצלנו, כאשר הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החפשי והבלתי-תלוי של אותו אדם במה שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי אז אפשר לאמר שעשיה או פעולה שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון היא תוצאה של השפעה בלתי-הוגנת מצדו, אלא אם הוכח היפוכו של דבר.

כלומר, במקרה כזה חובת ההוכחה על אי-קיומה של השפעה בלתי-הוגנת עוברת אל שכמו של המבקש לקיים את המעשה או הפעולה."

זאת המציאות בנידון דידן, חובת ההוכחה על אי-קיומה של השפעה בלתי-הוגנת עוברת אל שכמו של התובע הבן צ'.

אף לדברי העד, המנוחה הייתה משותקת בחצי גופה הימני ואינה יכולה לדבר יותר משלש מילים: כן, לא [...], כיצד יכול היה לחתום על צוואה ולאשר אותה ללא איבחון רופא? העד שנשאל ענה שהוא סמך על העו"ד, אבל בנשימה אחת מוסיף שאינו מכיר את העו"ד כלל. וכי העו"ד רופא שיכול לאבחן את מצבה של האם? ! הרי האמא-המנוחה משותקת וכולם רואים זאת, כיצד ניתן לומר שהייתה מבינה וצלולה? וכי בשופטני עסקינן?

אין ספק שלאור מצבה הרפואי של המנוחה ולאור הנסיבות הקשורות לצוואה ונישול האחים, היה ראוי שעו"ד ג' היה נוקט בזהירות יתר לפני עריכת הצוואה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

כאמור בפסק דין מת"ע (ת"א) 66611-09-14 א. י נ' ר. ע :

"אמנם תפקידו של עורך דין בעריכת צוואה מצטמצם לפעולה טכנית של עריכה וניסוח [...] אולם בנסיבות שבהם מתעוררים חשש באשר לכושרו של המצווה, חשש לקיום השפעה בלתי הוגנת או כל חשש לפגם ברצונו החופשי, וכאשר התוכן של הצוואה הוא על פניו חריג או בעל תוצאה בלתי שגרתית ויוצאת דופן, ראוי שיקיים בירור מפורש כדי לוודא שהמצווה אכן מבין את משמעות הצוואה ורוצה בה." (שוחט, עמ' 368) בירור שכזה לא נערך על ידי עו"ד [...]."

גם במקרה דידן העו"ד ג' עורך הצוואה לא השיג אישור רפואי בעניין מצבה הבריאותי או כשירותה של המנוחה על אף שידע וראה מהו מצבה הבריאותי, מדוע? תשובה לא ניתנה.

הנראה מכל הנ"ל שעשיית הצוואה הייתה ע"י יד מכוונת שהוא התובע תוך ניצול מצבה של האם.

אלא שכנראה ויש ללמד זכות על התובע, שלאחר פטירת האם עלו הרהורי תשובה בליבו של הבן ונגמל ממעשיו ולכן לא הוציא את שטר הצוואה, אמנם ברגע שראה שרצונו לא נעשה, התחילה המריבה בעניין הדירה, והתובע קיבל מכתב מב"כ הנתבעים בעניין הדירה, תקף אותו ייצרו ואז החליט לטרוף את הקלפים ו"למצוא" את הצוואה.

עוד טענו הנתבעים, שהמנוחה לא הייתה כשירה בעת עריכת הצוואה. הנתבעים הציגו מסמכים רפואיים באשר מצבה הרפואי והקוגניטיבי של המנוחה, שבשנת 1982 לקתה המנוחה בשבץ אשר הפך אותה לנכה 100% כשהיא סובלת משיתוק בצד ימין של הגוף וכשהיא חסרת יכולת דיבור, סובלת מלחץ דם וסכרת וקיבלה כמה פעמים התקפים. גם העד העיד שהאישה הייתה חסרת יכולת דיבור וחצי גוף משותק, משכך, לדברי הנתבעים, המנוחה לא הייתה כשירה לחתום על צוואה.

לפי חוק הירושה (סעיף 26) צוואה בטלה כאשר נעשית :

"על ידי מי שהוכרז פסול-דין או שנעשתה בשעה שהמצווה לא ידע להבחין בטיבה של צוואה".

אמנם בעת עריכת הצוואה, המנוחה לא הוכרזה כפסול דין, אך לאור המסמכים שבתיק מתרשם בית הדין כי קשה לומר שהמנוחה הבינה מה היא מצווה.

עוד טענו הנתבעים בסיכומים טענה עיקרית, שלדבריהם לא הייתה התייחסות מהתובע וב"כ לעניין סעיף 72 (א) לחוק הירושה, והאריכו לחינם בעניין זה, טענה זאת יש לדחות על הסף מאחר והתובע וב"כ אכן התייחסו לעניין זה בהרחבה בכתב התביעה, ע"ש.

ואם כבר נגענו בעניין זה נרחיב את היריעה, אך תחילה נציין שבכל מקום הכתוב בית משפט הכוונה גם לבית הדין. סעיף 72 (א) לחוק הירושה קובע:

"נתן רשם לענייני ירושה או בית משפט צו ירושה או צו קיום, רשאי כל אחד מהם, לגבי צווים שנתן, לפי בקשת מעוניין בדבר, לתקנם או לבטלם על סמך עובדות או טענות שלא היו בפניו בזמן מתן הצו; ואולם ראה רשם לענייני ירושה שלא להיזקק לעובדה או לטענה שהמבקש יכול היה להביאה לפני מתן הצו, או שיכול היה להביאה לאחר מכן ולא עשה כן בהזדמנות הסבירה הראשונה, יעביר את הבקשה לבית המשפט."

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

למרות האמור בסעיף 72 (א) לחוק הירושה ניתנה האפשרות לבית הדין או לבית המשפט שלא להיזקק לעובדה או לטענה שהמבקש יכול היה להביאה לפניו לפני מתן הצו, או שיכול היה להביאה לאחר מכן ולא עשה כן בהזדמנות הסבירה הראשונה, ולזאת נעשתה תקנה בחוק, וכך מורה תקנה 27 (ג) לתקנות הירושה, תשנ"ח-1998:

"הבקשה תידון בפני בית המשפט או הרשם לענייני ירושה, לפי העניין, אולם אם הוגשה הבקשה לרשם לענייני ירושה, והוא ראה כי נתקיים אחד מן התנאים הקבועים בסעיף 67 א' (א) לחוק, או אם ראה שלא להיזקק לבקשה לפי סעיף 72 לחוק, יעביר את הבקשה לבית המשפט כדי שידון בה; בית-המשפט רשאי שלא להיזקק לעובדה או לטענה שהמבקש יכול היה להביאה לפניו לפני מתן הצו, או שיכול היה להביאה לאחר מכן ולא עשה כן בהזדמנות הסבירה הראשונה."

טענת ה"שיהוי" בדיני ירושה שני פנים לה:

א. האם היה ניתן להביא את העובדה או הטענה בפני בית-המשפט לפני מתן צו הירושה או צו קיום הצוואה.

ב. האם לאחר מתן צו הירושה או צו הקיום לא השהה בעל-הדין את בקשתו לביטול הצו במשך זמן בלתי סביר.

השיהוי אינו נמדד ממועד פטירת המנוח, אלא מהמועד שנתגלתה למבקש עובדה חדשה המצדיקה את ביטול צו הירושה, ואכן במקרה דידן לדברי התובע וב"כ במועד הראשון שגילה את הצוואה הגיש בקשה, אך לאור האמור לעיל קשה לקבל את טענתו והסברו של התובע, משקלה וטיבה של טענתו של התובע הינו אפסי, ובלשון המעטה ניתן לקבוע כי הטענה "אינה אמת".

צו קיום צוואה או צו ירושה שניתן, כמוהו כפסק דין. סעיף 72 לחוק הירושה מאפשר לבית המשפט לסטות מכלל סופיות הדיון. כפי שנקבע בע"א 601/88 עזבון רודה ז"ל ואח' נ' שרייבר, פד"י מז (2) 441, 459:

"אכן, מלשון הסיפא של סעיף 72 (א) עולה, כי בית המשפט אינו חייב לדחות בקשה המוגשת לפי סעיף זה אף אם הוגשה שלא בהזדמנות הסבירה הראשונה, ונתון לו שיקול דעת בכגון דא. יחד עם זאת, ראוי כי ההיזקקות לבקשות המוגשות באיחור לא תיעשה על דרך השגרה, וכי הדבר ייעשה על יסוד שיקולים ענייניים ומבוססים (ראה ג' טדסקי, "היורש הנחזה" עיוני משפט יג (תשמ"ח – מ"ט) 9, 15), אשר יביאו בחשבון את חומרת הפגיעה בכל אחד מן הצדדים עקב שינוי הצו המקורי (או אי שינויו) ואת הקושי אשר עלולה ההשתהות בהגשת הבקשה לתיקון לגרום בכירור זכויות הצדדים..."

ובמקום אחר, בע"א 4440/91 טורנר נ' טורנר פ"ד מ"ז (2) 436 פירש בית המשפט את סעיף 72 לחוק הירושה ואת אופן שיקול הדעת שעל בית המשפט להפעיל בבקשה לביטול צו קיום צוואה, כמפורט להלן:

"התשובה לשאלה מתי יפעיל ביהמ"ש את שיקול הדעת כדי לשים מחסום לדיון מחודש, תלויה בנסיבותיו של כל מקרה, אולם כעיקרון ניתן לומר, כי על ביהמ"ש לתת דעתו בין היתר למהותה, לטיבה ולמשקלה הלכאורי של העובדה או הטענה החדשה, וכן לגורמים עליהם עמד השופט בכך בע"א 516/80 לשינסקי נ' הנאמן על נכסי החייב לשינסקי [...] דהיינו:

א. מידת האיחור בהגשת הבקשה ובהבאת העובדה והטענה החדשות לפני ביהמ"ש.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב. מהו הסברו של המבקש לאיחור בהגשת הבקשה, ומהי מידת הסבירות או אי הסבירות להסבר זה.

ג. האם בעטיו של האיחור נוצר קושי לברר את עובדות המקרה לאשורן, ובמיוחד, האם השהיית הגשת הבקשה מקשה על אחד הצדדים המעוניינים בעזובן, בהבאת חומר ראיות לפני ביהמ"ש לביסוס טענותיו" ...

אמות המידה להפעלתו של סעיף 72 לחוק הירושה פורטו בפסק דינו של כב' השופט א' גרוניס בע"א 210/09 נחמה חן נ' עמותות לשכת אליהו הנביא מס' 16 של הבונים (ניתן ביום 2.12.2010). וכך הוא כותב:

"סעיף 72(א) לחוק הירושה מסמיך את הרשם לענייני ירושה או את בית המשפט לתקן או לבטל צו קיום ירושה, על סמך עובדות או טענות שלא היו בפני נותן הצו בעת נתינתו... בע"א 4440/91 טורנר נ' טורנר, פ"ד מז(2) 436, 439 (1993) (להלן – עניין טורנר) נקבע, כי סעיף 72(א) לחוק הירושה מהווה חריג לכלל סופיות הדיון, וכי לבית המשפט מסור שיקול דעת שלא להיזקק לבקשה לתיקון או לביטול, אם מצא שהגשתה נגועה בשיהוי (ראו עוד, ע"א 135/74 עמיאל נ' עמיאל, פ"ד כט(1) 96, 94 (1974); ע"א 2590/93 עאסי נ' עאסי, פסקה 3(ב) (לא פורסם, 9.5.1995); ע"א 5640/92 אלוני נ' באומן, פ"ד מט(5) 373, 378-379 (1996); רע"א 8920/08 חמזה נ' האפוטרופוס הכללי, פסקה 6 (טרם פורסם, 13.5.2010) (להלן – עניין חמזה)). יוער, כי אף שנוסחו של סעיף 72(א) לחוק תוקן לאחר מתן פסק-הדין בעניין טורנר, לא היה בתיקון כדי לשנות מן ההלכה שנקבעה באותו עניין (ראו, עניין חמזה, בפסקה 6). בהקשר זה נמנו בעניין טורנר השיקולים הצריכים להנחות את בית המשפט בבואו לבחון האם לוקה הבקשה לביטול צו הקיום בשיהוי. שיקולים אלה נוגעים למהותה, טיבה, ומשקלה הלכאורי של הטענה החדשה; למידת האיחור בהגשת הבקשה וסבירותו של ההסבר לאיחור; ולשאלה האם השיהוי יצר קושי בבירור עובדות המקרה (וראו עוד, ע"א 516/80 לשינסקי נ' הנאמן על נכסי החייב מנפרד לשינסקי, פ"ד לו(4) 337, 346, (השופט ג' בך) (1982))."

ברוח זו כתב כב' השופט מיניץ בעמ"ש (ירושלים) 28361-10-11 ג' נ' האפוטרופוס הכללי במחוז ירושלים (ניתן ביום 29.1.2012) את הדברים הבאים:

"הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בשימת מחסום בפני דיון מחודש או בחריגה מכלל סופיות הדיון בתיקון הצו או ביטולו, תלויה בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. מקרים בהם יוכח כי לא הייתה הסתמכות או שינוי מצב לרעה של צדדים שלישיים, ומקרים בהם יוכח כי הנסיבות אינן מלמדות על שימוש לרעה בזכות תוך פגיעה בסופיות הדיון וזאת על פי מבחני תום הלב והשיהוי, יבחן בית המשפט את התקיימות תנאי סעיף 72(א) לחוק על דרך של פרשנות רחבה ומקלה (בש"א (מחוזי-נצ') 1471/08 אשרף נ' האפוטרופוס הכללי, פורסם במאגרים [16.03.09]). בהקשר זה יש לתת את הדעת בין היתר, למהותה, טיבה ומשקלה הלכאורי של העובדה או הטענה החדשה (ראו ע"א 4440/91 טורנר נ' טורנר, פ"ד מז(2) 436, 439); למידת האיחור בהגשת הבקשה ובהבאת העובדה והטענה החדשות לפני בית המשפט; להסברו של המבקש לאיחור בהגשת הבקשה, ומהי מידת הסבירות או אי הסבירות של הסבר זה; לקושי שהשיהוי עלול לגרום בבירור זכויותיהם המהותיות של הצדדים והאם בעטיו של האיחור נוצר קושי לברר את עובדות המקרה לאשורן (ע"א 516/80 לשינסקי נ' הנאמן על נכסי החייב מנפרד לשינסקי, פ"ד לו(4) 337); וכן למידת חומרת

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

הפגיעה בכל אחד מהצדדים עקב שינוי הצו המבוקש (ע"א 601/88 בעניין שרייבר).

לאור האמור לעיל אין ספק כי בעקבות השיהוי בהגשת הבקשה לביטול צו הירושה, נוצר קושי לברר את העובדות של המקרה לאשורן. לא ניתן לזמן חלק מהעדים, קרי העו"ד מר ג' ואת המטפלת, דבר הגורם לקושי בבירור העובדות.

כמו כן הדירה נמכרה ותמורתה חולקה לפני כ-25 שנה.

לאור האמור לעיל ולאור התמיהות הרבות שעלו בעניין העד וטענות התובע, ודאי שלא ניתן לבטל את צו הירושה.

עוד יש לדון בדבר צוואה שנעשתה בערכאות שלא עפ"י דין תורה, האם יש לה תוקף הלכתי. האם יש מקום לקיים צוואה זו מדיני הקניינים או מדין מצוה לקיים דברי המת או מדין כבוד אב ואם.

דרך הצוואות בערכאות שאינו מצוה מחמת מיתה, ורוב פעמים אפילו עורך צוואה בחיים חיותו בעודו בריא, אלא שהצוואה חתומה ע"י המצווה וע"י עדים ונעשית בפני עורך דין, ובערכאות מקיימים צוואה זו על פי דיניהם, ופשוט דמדין קנין לא מהני על פי דין תורה, דהא קי"ל דאין שטר לאחר מיתה, וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' ר"נ סכ"ד ובסמ"ע שם ס"ק ס"ז, והכא נמי שכותב בעודו בריא בצוואה שנותן נכסיו לאחר מותו הו"ל שטר לאחר מיתה ולא מהני.

מצוה לקיים דברי המת

שיטות הראשונים וההלכה בדין מצוה לקיים דברי המת:

א. בדין מצוה לקיים דברי המת נחלקו הראשונים האם אמרינן מצוה לקיים דברי המת היכא דלא השלישו, דדעת ר"ת דבעינן דווקא שהשליש נכסיו ביד שלישי וציוהו ליתן כך וכך לפלוני וכו', אבל כשלא השליש נכסיו לא אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

ב. שיטת הרמב"ן הריטב"א והרא"ה דאפי' בלא השלשה אמרינן מצוה לקיים דברי המת.

ועיין שו"ע ובב"י סי' ר"נ סכ"ג שהביא סברת ר"ת ב"א ויותר מזה בס"ב רנ"ב ס"ב הביא לסברת ר"ת בסתמא וז"ל:

"מצוה לקיים דברי המת אפי' בריא שציוה ומת והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך"

וברמ"א שם כתב וז"ל:

"אבל היו בידו קודם ולא לשם כך או שבאו לידו אחר הצוואה אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת"

ובש"ך שם כתב בשם הריטב"א דאם ציוה ליורשיו ליתן נמי אמרינן מצוה לקיים דברי המת וכ"כ הסמ"ע ס"ק ח'.

ועיין שו"ת הגרע"א ח"א סי' ק"נ שכתב דהלכתא כר"ת דבעינן השלשה דווקא.

וכן כתב בשו"ת שבו"י ח"א סי' קס"ח דהסכמת הפוסקים דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת בלא השלשה, והביאו הפתחי תשובה סי' רנ"ב סק"א, לעומת זאת הש"ך והסמ"ע נמשכו אחר לשון תשובת הרמ"א סי' מ"ח אשר ממנו מבואר דהריטב"א והרא"ה הו"ו תוספת על ר"ת וליכא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פלוגתא בינייהו, ולפ"ז אפשר לקיים שניהם, דמצוה לקיים דברי המת בהשלשה כר"ת או אפי' בלא השלשה אם מצוה ליורשיו או למי שבידו לעשות כהריטב"א והרא"ה.

וד"ל הרמ"א שם (בתשובה סי' מ"ח):

"ובנ"ד ליכא למימר שזכו מטעם דמצוה לקיים דברי המת, דהא פסקו התוס' והרא"ש סוף פ"ק דגיטין וסוף פרק מציאת האשה דלא אמרינן מצוה לקיים דברי המת אלא בהושלש מתחילה לכך, וכן פסקו המרדכי פ"ר דגיטין והר"ן סוף פרק מציאת האשה, ואע"ג דהר"ן פ"ק דגיטין כתב דהרמב"ן חולק, וכ"כ בטור חו"מ שהרמ"ה חולק וס"ל דבכל ענין מצוה לקיים דברי המת, ולדברי המ"מ גם הרמב"ם חולק בזה, מ"מ נראה דלא פליגי, אלא כמו שפירש הריטב"א דברי הרמ"ה הביאו הב"י סוף סי' רנ"ב וז"ל אפי' לא הושלש מתחילה לכך ואפי' לא הוציאו ממון מתחת ידו, כל שצוה ליורשים או למי שסיפק בידו לעשות וקבל עליו או שתק יש בו משום מצוה לקיים דברי המת, אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם אין בזה משום מצוה לקיים דברי המת לדברי הכל, שלא היה היורש אצל הצוואה עכ"ל.

ושמענין מדברי הרמ"א הנ"ל תרתי: הראשון, דתופס לעיקר דליכא פלוגתא בין ר"ת להחולקים עליו. והשני, במצווה ליורשיו בפניהם אמרינן מצוה לקיים דברי המת גם בלא הושלש, וזה כהבנת הש"ך והסמ"ע ודלא כגרע"א שסובר שיש מחלוקת.

ובשו"ת מהר"י בן לב ח"ב סי' ל"ט וחלק ג' סי' מ"ג הביא ג' שיטות בדבר, הביאו בשו"ת בנין ציון סי' כ"ד:

- א. שיטת ר"ת דבעינן מושלש ואפי' שלא לשם כך.
 - ב. שיטת הרא"ש וכמו שכתבו התוס' עצמם בגיטין בשם ר"ת דבעינן שיהיה מושלש לשם כך.
 - ג. שיטת הרמב"ן שהיא גם שיטת הרא"ה והריטב"א דלא בעינן מושלש רק שיצווה ליורשים או לשליח שייתן, אבל באומר יזכה או יקנה או הנני נותן, דמוסר דבריו בפני עדים בלבד ולא עשה שליח, לא מהני.
- על פי האמור לעיל י"ל דלערכאות אין תוקף מדין "מצוה לקיים דברי המת", לא מבעיא להגרע"א בתשובה והשבו"י דס"ל דהלכתא כר"ת מדין ודאי, דבעינן השלשה, אלא אף להרמב"ן הרא"ה והריטב"א לא שייך בערכאות מצוה לקיים דברי המת, כיון שלא צוה ליורשים בפניהם כלל אלא מחלק נכסיו כך וכך ונותנם לפלוני ולפלוני כך וכך, אלא שבזה יש לומר דכיון שממנה עורך דין הוי ליה שליח אשר בידו לעשות, ואשר בזה ג"כ כתבו הראשונים הנ"ל דאמרינן ביה מצוה לקיים דברי המת, ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא, שהרי לר"ת שפסק מרן השו"ע כוותיה בעינן השלשה בדווקא, וליכא, ומספק יש להעמיד היורשים על חזקתם.

ועיין חת"ס חו"מ סי' קמ"ב בדבר אשה שהקנה לה בעלה בחייו בית והיא עשתה צוואה בערכאות לטובת יורשיה, וסילקה את בעלה מירושתו, דבעל יורש את אשתו מדינא, ולא התחשב כלל בצוואה של ערכאות, וקראם גזלנים, וראוי לנדושתם עד שיעמידו היורש על חזקתו הראויה לו ע"פ דין תורה, ולא התחשב בציווי האשה מדין מצוה לקיים דברי המת.

העולה מהאמור בדין מצוה לקיים דברי המת:

- א. שיטת ר"ת ודעימיה דבעינן השלשה ושיושלשו הנכסים לשם כך, וכן נפסק בשו"ע סי' רנ"ב ס"ב וברמ"א שם.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

- ב. שיטת הרמב"ן ודעימיה דאף בלא השלשה כל שציוה לירשיים או למי שבידו לעשות אמרינן ביה מצוה לקיים דברי המת, והובאה שיטתם בש"ך ובסמ"ע.
- ג. דעת הגרע"א והשבו"י דהלכתא כר"ת וכפסק מרן השו"ע מדין ודאי, וזאת ע"פ מה שמבואר בשו"ת הריטב"א דאיכא פלוגתא בין ר"ת לבין הרמב"ן והרא"ה.
- ד. לעומת זאת הש"ך והסמ"ע שהביאו ג"כ את שיטת הרמב"ן הרא"ה והריטב"א ס"ל דאפשר לקיים שניהם, וזאת ע"פ מה שנראה בשו"ת הרמ"א ובשו"ת בנין ציון ובשו"ת מהרח"ש ח"ב סי' ח' ועוד נקטו דהוי ספיקא דדינא.

דעת גדולי הדור האחרון בתוקף הצוואות של ערכאות

והנה חזית בקודש למרן מלכא הראשל"צ הרב עובדיה יוסף זצוק"ל בשו"ת יחווה דעת (חלק ד' סי' רא) שנשאל מפי מו"צ בעיר טהראן בדבר אישה שמתה לאחר מות בעלה ללא זש"ק וכפי שטר הצוואה שסודר קודם מותה במשרד הממשלה בטהראן ציוותה האישה וכו'. חברי ועד הקהילה מוכנים לבצע את צוואת האישה, אלא שאחד מאחי האישה שלא נזכר בשטר הצוואה טוען שיש לו גם חלק ונחלה בירושת אחותו וכו'. והשיב ע"ז הרב וז"ל :

"הנני מוצא שעל פי ההלכה שלנו, הצוואה פסולה ואין לה כל תוקף משפטי לפי דין תורתנו הקדושה. כי המנוחה המצווה הנ"ל, לא קבלה עליה בקנין גמור בעת כתיבת הצוואה וחתימתה, וגם לפי המבואר בבית יוסף ובשלחן ערוך חו"מ (סי' רמב סעיף ה') יש לפסול צוואה זו. וכמו שביאר הסמ"ע שם (סק"י). וכן כתב בשו"ת הגאון ר' עקיבא איגר ח"א (סימן קלט). וראה עוד בשו"ת מהרשד"ם (אבן העזר סוף סי' ר') ד"ה עוד ראיתי. והנה בכנסת הגדולה (הגב"י אות יב) הביא דברי המשפטי שמואל (סי' קג) ומהרי"מ ט (חור"מ סי' נד) ומהר"ם די בוטון (ס"ס כה) שלדבריהם צוואה זו פסולה, אלא שלדעת המשפט צדק (ח"א סי' נב דקס"ט ע"א והלאה, וח"ב ס"ס לו דע"ה ע"ג, וס"ס סט דקנ"ט ע"ג) ומהרש"ח (בשו"ת בני שמואל סי' לא ומ') יש להכשיר הצוואה משום פרט זה. אבל להלכה כתב הגאון ר' אברהם ענתבי בשו"ת מור ואהלות (חושן משפט סי' כח) שהירשיים לפי דין תורה נחשבים כמוחזקים, וטוענים להם קים לי כהפוסקים שפוסלים הצוואה. וכן העלה במשכנות הרועים (מערכת צ אות א' דרפ"ה ע"ג והלאה), ושכן הוא דעת מרן שקבלנו הוראותיו. והגם שבספר עקרי הד"ט (חאו"ח סי' כא דף מד סע"ג) כתב שצוואות ע"י נוטריון שלא נכתב בהם כפי דין תורה יש להם תוקף חוקי. וכן כתב בשו"ת כפי אהרן ח"א (סי' יג דף קנח ע"א והלאה) כבר בא חכם הגאון ר' אשר קובו וסתר דבריו בשו"ת שער אשר (חושן משפט סי' כה) והעלה לפסול הצוואה בהחלט. וכן פסק הגאון ר' דוד פאפו, הרב הראשי דבגדאד, ואח"כ אב בית הדין בירושלים, בשו"ת פני דוד פאפו (חושן משפט סי' יט). וכן העלה בשו"ת ידי דוד קראסו (סי' סו). וכן עיקר להלכה ולמעשה. ויש עוד טעמים נוספים לפסול הצוואה הזאת. "עכ"ל.

ועיי"ש עוד בסי' ר"ב מה שכתב בעניין שטר צוואה שלא נכתב בה "כתבוה בשוקא".

ועיין עוד בשו"ת יביע אומר (חלק יא חלק חו"מ סי' טז) ששם נשאל בדבר צוואה שיש בה נישול הירשיים מן הירושה, והעתיק שם תשובה ארוכה שכתב בצעירותו ביושבו על כס הדיינות בעיר פ"ת, והאריך בדבר צוואה שלא נכתב בה "כתבוה בשוקא" ובגוף התשובה אות ח', ט' כתב וז"ל :

"אמנם עדיין לכאורה יש מקום להכשיר הצוואה הזאת לפי מה שכתב בעיקרי הד"ט (חאו"ח סי' כא, בתשובה דף מד סע"ג), שכבר פשט המנהג בעירו משנים קדמוניות לקיים ולאשר כל צוואות הנעשים ע"י נוטארי מפורסם, אף צוואת בריא, ואפילו אין בה קנין. וכן המנהג בכל ערי וגלילות איטליא ושאר

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מקומות, וכמו שכתב הרב בית אברהם (בסה"ס בקונטרס מאמר המלך קוני' א' דרפ"ב סע"ג. ויש עוד בדף קטו ע"ג והלאה) וכו'. והמנהג הזה כ"כ פשוט בעיר הזאת עד שמי שיערער עליו הוא כמתעתע, וכיון שהוא נכון ויש לדעת גדולי הפוסקים והמחברים אין לך מנהג ותיקין גדול מזה. ושם (דף מה ע"א), שלפי נימוסיהם ודתיים לא ניתנה הצוואה להתגלות ולהתפרסם אלא לאחר מיתת המצוה, ואוי להם לנוטאריין אם יפרסמוה בחיי הנותן, שנענשים על כך. והרבה פעמים הכותב מוליך צוואתו לנוטריון, והוא מקיימה ומאשרה וצורה וחותרה, לכן אי אפשר לקנותה בחיי הנותן, דהו"ל מתנה טמירתא וכו' ע"ש. ועליו סמך סמיכה בכל כחו הגאון כפי אהרן ח"א (חחור"מ סי' יב דקנ"ב ע"ד והלאה) והסכים עמו הראש"ל הגר"א אשכנזי זצ"ל שם (סי' יג דקנ"ח ע"ג), והביא דעת הרבה פוסקים דמהני מנהג בזה. ושם (ע"א) כתב, שכן המנהג בכל ערי צרפת ואיטליא ואין פוצה פה, וגם הישראלים נהגו כן, וכן דנים חכמי ישראל וכו'. ע"ש. וכ"כ שם (ע"ד) ד"ה ואחרי דמהני זה גם לענין מתנה טמירתא. וקצת יש להביא סמך למנהג זה בני"ד, לפי מה שכתב במשכנות הרועים (מערכת מ' אות שח דרל"ה ע"ג) בשם רב האי גאון (שו"ת שערי צדק ח"ד שער ג' סי' נה) ובעל העיטור (ערך מתנה דף נו ע"ד), דבמתנה טמירתא בסתמא חיישינן קאמר להתיישב בדבר, שכשיש רגלים לדבר שלא רצה להקנות לא קנה, הלא"ה סמכין להכשירו ולא חיישינן למתנה טמירתא. ע"ש. וע"ע בשו"ת ברוך מבנים שבסוף ספר זכרונות אליהו (סי' ג' דף לה ע"א) מה שכתוב בזה. [ושוב נדפס בשו"ת ברוך אברהם מני (דף קט ע"ב והלאה)]. אך לא נראה כן בתשובת הרדב"ז ח"א (ס"ס תקמ), ובשו"ת מהר"ם גלאנטי (סי' סו) בד"ה וכ"כ הטור. וכתב הרדב"ז שאף המכשיר בסתמא כשכתב בכל לשון של זכות, ה"מ בשטרות שלנו, אבל בשטרות של ערכאות לא אמרה אדם מעולם, שאפילו אם יהיה כתוב ענין דומה לכל לשון של זכות אין לנו לדונו שכיון לומר שלא תהיה מתנה טמירתא, כיון שהם אין מקפידים ע"ז. ע"ש. וע"ע במשכנות הרועים (דף רלו ע"ג). וצ"ע. גם הלום ראיתי בשו"ת וזאת ליהודה (חחור"מ סי' ו') שג"כ מסתמך ואזיל ע"ד הכפי אהרן להכשיר צוואה כזו ע"פ המנהג דערכאות וכו'. ע"ש. ואפשר שזוהי הייתה כוונת הרבנים חברי ביה"ד דת"א בפסק שלהם הנ"ל, שסמכו על מנהג הערכאות, ולכן כתבו פוק חזי מאי עמא דבר.

אולם לדידי חזי לי מה שכתב הגאון מהר"ר אשר קובו בשו"ת שער אשר ח"ב (חחור"מ סי' כט דף עט ע"ג), וז"ל:

ואסורה נא ואראה אם יש מקום לקיים הצוואה, מצד המנהג הפשוט בכל הרי איטליה וצרפת וגלילותיהם, שנהגו לאשר ולקיים כל השטרות העולים בערכאות וכל שטרי מתנות וצוואות הנעשים ע"י נוטריון, שאפשר שמכיון שבדיני ממונות עסקינן ולא מילתא דאיסורא, הא קי"ל דמנהג מבטל הלכה במקום שנהגו. וכבר העידו שלשה מטיבי דעת בספר עקרי הד"ט (חחור"מ סי' כא בתשובה שהובאה בהל' ספירת העומר), שהמנהג פשוט אצלם להכשיר השטרות אפילו כשחסרים בהם דרכי ההקנאה. אך הרב מהר"י הלוי (סי' ע' דקמ"ח ע"ד, וסי' עה דקנ"ט ע"א וב') אף שהעיד כעדות הרבנים שם, שכן נהגו בכל ערי איטליא, להכשיר השטרות שעולים בערכאות, מ"מ כתב שצריכים לכל דיני ההקנאות וכל דבר הצריך ע"פ תורתנו הקדושה, ובלא"ה לא סגי. אלא שבעיקר עדותם יש לצדד דלאו מילתא פסיקתא היא, שאפשר שטעם מנהגם הוא משום דרכי שלום ולמנוע איבה מהם, משא"כ בצוואה שנעשית על ידי נוטריון, חזר והרהר עליה מצד חסרון תנאי כפול, ולא העלה על דל שפתיו להכשיר מטעם המנהג, עם היותו מרבני איטליא. ומזמן מהר"י אירגאס לזמן הרבנים הנזכר, היה זמן מועט, ואחסור דרי לבלתי הקים

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

את התורה, ונתפשט המנהג ביניהם ללכת אחר חקות הגוים ונימוסיהם ודיניהם, ואף דייני ישראל דנים להכשיר הצוואות חסרי ההקנאות, כמו שכתב העקרי הד"ט שם. אבל אין אנו צריכים לכל זה בנ"ד, דאנן בדידן זאת התורה יוצאה בהינומא, שצריך שתהיה עדות ברורה שהמנהג להכשיר מתנה טמירתא ודבר שלא בא לעולם וכיו"ב וכו'.

וסיים (בדף פ ע"ג):

ואחר הודיע ה' אותנו כל זאת, נראה שהדבר ברור שמכיון שמנהג זה הוא היפך תורתנו הקדושה, יתחייב להרבות בחקירה ודרישה על אופן הברור ביותר בסדר מנהג זה והתפשטותו, ואם נקבע כך ע"פ ותיקים הבקאים בהלכה, ושדנו חכמי העיר להוציא ממון מן המוחזק ע"פ מנהגם זה וכו'.

ודברי השער אשר הללו הובאו בספר שדי חמד (מערכת מנהג כלל לח) בד"ה והגאון מהר"א קובו וכו'. וכן הביאו בשו"ת אבני האפוד (סי' ב דקמ"א ע"ג) וסיים על זה, ובכך מאן ספין ומאן רקיע להוציא ממון מן הבעל, ולומר דכבר נהיגי בכל המקומות הללו לדון ע"פ השטרות הנעשים בנוטריון ואין פוצה פה וכו', דמצי למימר אנא לב"ד של ישראל אזילנא, ולגבי דידהו שטר זה כלא חשיב. ע"ש. וכ"ש במקומות שלנו שלא נתברר כלל שכן דנים חכמי ישראל, מאן חשיב לאפוקי ממונא מהיורשים שהם מוחזקים לפי דין תורה. ואף דבשו"ת פני דוד (דף קנד ע"ג) ובשו"ת שארית יוסף לר"י הלוי (סי' ג' עמ' לב) הביאו דברי הכפי אהרן בענין המנהג, ולא העירו במנהג כאן, מ"מ אין זה מספיק כלל להוציא ממון. וע' באורח משפט (סי' כה ס"ק קג) שי"א דאפשר דטוענים קים לי נגד המנהג. וע"ש. ובשו"ת שאלת שלמה ח"א (ס"ס יג) כתב, דבכה"ג ס"ל דמהני כיון שכ' שעושה מרצון גמור וכו'. ע"ש. וכ"כ בערוך השלחן (סעיף ג') וע"ע בתורת חיים (ב"ב מ:), ובאבן האזל (פ"ה מהל' זכיה ה"א) ובספר משכן שילה (עמ' רסט). ויש סיוע לזה ממה שכתב בעל העיטור (ערך מתנה דף נו ע"ד): "אבל אם כתב ליה מדעתא דנפשיה, ליכא למיחש להאי חששא, ולא מחזקינן להאי מתנתא טמירתא". ע"ש. אולם לפי הטעם שכתב הרמב"ם (פ"ה מהל' זכיה ה"א), "שזה מערים הוא כדי לאבד ממון אחרים, שיחזור וימכור אחר שיתן". וכן כתב הסמ"ג (עשין פב דף קסא ע"ד). וכן כתב היד רמ"ה (ב"ב מ:), דה"ט דמתנתא טמירתא, משום דחיישינן דלא לאקנויי קא מכוין, אלא לקנוניא. וע' בערך השולחן חו"מ (סוף סי' רמב), ובספר דברי משפט אורבך (סי' רמב סק"א). ודו"ק."

עיי"ש עוד בכל חלקי התשובה דברים הנוגעים לענייננו.

היוצא מדברי מרן הראשל"צ זצ"ל שבנידון דידן וודאי שהצוואה לא נעשתה עפ"י דין תורתנו הקדושה.

עיינן בשו"ת אחיעזר (ח"ג סי' ל"ד ובח"ד סי' ס"ו) שאחר שכתב לפקפק בצוואות מדין קנין ולפי שאין קנין לאחר מיתה, ואף מדין מצוה לקיים דברי המת טען דליכא השלשה או ציווי בפני היורשים, סיים וכתב:

"אלא דבשו"ת בנין ציון סי' כ"ד מצדד דבמקום דאין יורשים מוחזקים יש לסמוך על הנך שיטות דסברי דאמרינן מצוה לקיים דברי המת גם בלא הושלש מתחילה לכך היכא שציוה לתת לאחר מיתה, גם מכבר הייתי מצדד לומר דהיכא שמי שציוה המת ליתן לו הוא מוחזק מטעם דינא דמלכותא בקיום הצוואה ע"י ערכאות לא בעינן הושלש מתחילה לכך, אלא שלא מצאתי גילוי לדין זה דלא דמי לנדר שאינו יכול לחזור בו וכנ"ל עכ"ל לענייננו,

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

והחזיק אחריו הגר"ח פאדוה שליט"א בספרו חשב האפוד (סי' ק"ו) וז"ל:

ושמחתי שהלכתי בדרך שהלכו בו גדולי עולם, ומצדד הגאון ז"ל לראות כל צוואה הנעשית בערכאות כמו הושלש מתחילה לכך לפי שראה בתי דינים מקיימים צוואות כאלה, ועדיפא דהגאון ז"ל מדידי, כי לדבריו כל צוואה הנעשית בדיניהם, אע"פ שאין בה מינוי של איש מוציא לפועל, יש לה דין של הושלש מתחילה לכך, הואיל והצוואה יש לה תוקף בערכאות, ואם כן כל שכן וכל שכן פה אנגליא שבעל הצוואה ממנה שלישי ויש לה תוקף בדיניהם, שיש לומר שבכגון זה מצוה לקיים דברי המת אפילו בבריא, והרי המון בית ישראל יש להם על מה לסמוך, ואי לאו נביאים הם בני נביאים הם עכ"ל.

ועיין עוד לגר"י גרוסמן בספרו נצח ישראל (סי' כ') שכתב תוקף הצוואה של ערכאותיהם הוא רק לאחר מיתה, אבל מחיים אין לאחד מן היורשים או לעורך דין שום יכולת להחזיק בנכסים, ורק לאחר מיתה מממשים את הצוואה לפי הכתוב בה, ונמצא שגם העורך דין הוי רק שליח ואפוטרופוס אך אין לו שום אפשרות להחזיק בנכסים בחיי המצווה, וכבר פסק מרן השו"ע (סי' רנ"א ס"ב) דבעינן שישליש לשליש לשם קיום הצוואה, וביאר שם הרמ"א שאם היו הנכסים ביד השליש קודם לכן ולא לשם הצוואה או שבאו לידו לאחר הציווי - אין לזה תוקף של השלשה, ולא אמרינן בזה מצוה לקיים דברי המת, וא"כ ה"ה בערכאות הנ"ל. ואפילו לפי מה שכתב החשב האפוד שממנים עורך דין לדבר זה, מ"מ כיון שאין לעורך דין שום תפיסה ואחיזה בנכסים בחיי המצווה לא חשיב "השלשה" אלא "שליחות", וע"כ כתב הבנין ציון דבאפוטרופוס שבידו לעשות, מצווה לקיים דברי המת - רק אליבא דשיטת הרמב"ן ודעימיה, אבל לא לשיטת ר"ת, וכן בתשובת החת"ס הנ"ל מוכח דצוואה בערכאות אין לה תוקף השלשה.

ועיין באגרות משה להגר"מ פינשטיין זצ"ל (אבן העזר ח"א סי' ק"ד) בענין תוקף הצוואות הנעשות כיום, ושם כתב לקיים את שנהגו לסמוך על צוואות דערכאותיהם וליקח צדקה המתחלקת על פיהם, וביאר הדבר דכיון שבין כך מתקיים הדבר ע"י דינא דמלכותא ממילא א"צ קנין, ומהני אף שהוא מתנה לאחר מיתה, ויליף לה מדין כתובת בנין דכרין בגמ' בב"ב קלא ע"ש בדבריו, וחדש שאפשר לעשות מתנה שיהיה לה דין ירושה אם הוא בדבר שנעשה בגמירות דעת גדול, כתנאי כתובה, דאמרינן בה הן הן הדברים הנקנים באמירה וסיים וז"ל:

וזהו טעם גדול למה שבארץ הזאת נוהגים לסמוך על צוואות כאלו ואין חוששין מליקח מעות לצדקה, ואם כי לא נחתו לזה מ"מ כיוונו האמת, ואם אינם נביאים בני נביאים הם".

מדין מצוות כבוד אב, עיין שו"ת הגרע"א (סי' ס"ח) שכתב זאת רק בדרך ספק בדין כיבוד אב משל אב, ועוד גם הוא כתב שם להדיא שזהו דוקא במצוה את בנו בלשון ציווי, אבל בכותב לפלוני כך וכך אין בזה מצוות כבוד על הבנים, ועפ"ז גם עשה מעשה בסי' ק"נ שלא התחשב בצוואה שנעשתה בלא השלשה, ולא קיים אותה מדין כבוד אב, גם המהרש"ם (ח"ב סי' רכ"ד) לא קיים את הצוואה מדין כבוד אלא כשביקש האב ישירות מבנו לקיימה, הא לאו הכי י"ל דלכ"ע ליכא בזה משום כבוד אב, ולפ"ז בלשון צוואות דערכאות שאינו מצווה לבנים ליכא דין כיבוד אב.

מרן הגר"ש אלישיב זצוקלה"ה הסכימה דעתו שאין לקיים הצוואות מכח קנין וכדברי האג"מ מאחר ואין שטר לאחר מיתה, ולא מהני לזה גמירות דעת, ואולם מדין "מצוה לקיים דברי המת" נתן מקום לצוואות כפי מה שצידד האחיעזר, אלא שגם בזה למד בדעתו של האחיעזר שאינו אלא כצידוד לעשות פשרה בין הצדדים, כי גם האחיעזר לא התכווין ליותר מפשרה.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ובמנחת יצחק (ח"ו סי' קס"ה) הכריע להלכה שצוואה שנעשתה בערכאות אין בהם שום ממש עפ"י התורה.

ועיין באריכות בספר "משפט הצוואה" (כרך א', ח"ג).

לאור האמור הדירה שכבר נמכרה וחולקה שווה בשווה, וודאי שכבר כולם מוחזקים ואין להוציא מידם, גם לגבי הדירה השנייה שעדיין לא נמכרה לפי כל הנ"ל וודאי שאין לצוואה תוקף וצו הירושה שריר וקיים.

ואם יטען הטוען ויאמר אם הצוואה פסולה ושבים לדין תורה, א"כ הירושה צריכה להתחלק רק בין שתי הבנים לבד ללא הבנות, אף אתה אמור לו שאינו כן, שהרי הבנים עשו קניין בביה"ד בעת צו הירושה על חלוקה שווה בין כל האחים והאחיות, כמופיע בפרוטוקול הדיון. ואע"ג שכתב הרמ"א (חו"מ סי' רמא סעי' ב) שכל מחילה בטעות יכול לחזור בו אפילו קנו מיניה, אבל כבר כתבנו לעיל שרגליים לדבר ומסתברא שהאח ידע מכל הצוואה אלא שהעדיף להעלים זאת משום שיקולים אישיים ומרהורי תשובה שעשה, אם כן בוודאי הקניין שעשה היה כדת וכדין ולכן צו הירושה שנעשה בפני בית הדין שריר וקיים לחלק את הירושה שווה בשווה בין כל ארבעת הילדים.

וכאן המקום להמליץ לכל הני אינשי דלא מעלי, שלאחר פטירת ההורים מוכנים לפרק את התא המשפחתי בשביל בצע כסף, את דברי החכם מכל אדם שלמה המלך ע"ה "החוט המשולש לא במהרה ינתק" (קהלת ד, יב), כל חוט בפני עצמו נקרע על נקלה, אמנם אם ניטול שלשה חוטים ונחברם יחד, הם יהפכו להיות חבל עבה כעבות העגלה שלא במהרה יינתק.

מספרים על אדם אחד שלפני מותו כינס את ילדיו, נתן ביד כל אחד גזיר עץ וציוה עליהם לשבור את גזירי העץ שבידיהם. עשו הבנים כמצות אביהם ובהינף יד שבר כל אחד את גזיר העץ הבודד שבידו. אחר כך נטל אביהם כמה גזירי עץ, צרפם יחד ואחזם בידו. "עכשיו נסו לשברם" הורה לבניו, אך לא עלה בידם. אמר האב לבניו: דעו לכם, כל זמן שתהיו מאוחדים ביניכם – איש לא יוכל לכם. אבל אם חס ושלום, יהיה ביניכם פרוד ומחלוקת, יהיה אפשר לגבור עליכם בנקל.

ודי בהערה זו.

מסקנות

- א. בית הדין דוחה את תביעת הבן צ' לביטול צו הירושה.
- ב. צו הירושה מתאריך כ"ב באדר ב' תשנ"ז (31.3.1997) בעינו עומד.
- ג. אין צו להוצאות.

ניתן לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים.

ניתן ביום ז' באייר התשפ"ב (08/05/2022).

הרב משה זאדה

הרב אלעד עלי

הרב דניאל אדרי – אב"ד

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה