

זכויות מלבר לעיזבון

מאת

פרופ' גד טדסקי

א. משאבים שבמות אדם מגיעים לזולת ללא תחולת דיני הירושה. "בר-עיזבון"
ו"מעין-עיזבון". ב. ההבחנה בין עיזבון לבר-עיזבון. ג. זכות השארים ש"היו
לדיירים" במות הדייר הקודם. ד. זכות בן-הזוג לשכר שעודגו מגיע מהמעביד
במות העובד. ה. קירוב בר-העיזבון לעיזבון באי-אלו מקרים. במיוחד, סעיף
36(ב) לחוק החוזים הכללי. ו. כשרות המוטב, "ייצוג" ופסלותו. ז. חופש
ההורשה ובר-העיזבון. ח. בר-עיזבון ומוזנות מן העיזבון. ט. מוטבי בר-
העיזבון ונושי העיזבון. י. ביקורת אפשרית על קירוב בר-העיזבון לעיזבון.

א. משאבים שבמות אדם מגיעים לזולת ללא תחולת דיני הירושה. "בר-עיזבון" ו"מעין-עיזבון"

במות דייר-על-פי-דין עשויים שארים אחדים שלו להיות לדיירים תחתיו¹. התלויים
בנפטר זכאים לקבל פיצויים מן האדם האחראי למותו². כאשר מת עובד מדינה יקבלו
שאריו גמלאות³. וכמו כן עשויים לקבל תגמולים שאריו של נפטר שהיה מבוטח
בביטוח לאומי⁴ או של נפגע בפעולות איבה⁵ או בהצלת נפש⁶ או שהיה גבה מלחמה
בנאצים⁷ או חייל שהיה לנכה⁸ או חייל שנפגע בהצלת חיים⁹ או חייל שנספה
במערכה¹⁰. אפשר שמגיעים פיצויי פיטורים מן המעביד לשארי העובד שנפטר¹¹.
כאשר חל על בני זוג "איוון המשאבים", אזי במות אחד מהם צומחת למאריך ימים
זכות למחצית שוויים של נכסי בני-הזוג¹². במות בעלה, לאשה היהודיה הזכות הנובעת

- 1 חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב—1972, סעיפים 20, 23, 27.
- 2 פקודת הנוזיקין, סעיף 78.
- 3 חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תשל"ל—1970, סעיפים 4, 26 ואילך.
- 4 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, סעיפים 21 ואילך.
- 5 חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תשל"ל—1970, סעיפים 2, 3, 7.
- 6 חוק התגמולים לנפגעים בהצלת נפש, תשכ"ה—1965, סעיף 2.
- 7 חוק נכי המלחמה בנאצים, תשי"ד—1954, סעיף 13א לפי תיקון תשל"ז—1977.
- 8 חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט—1959 [נוסח משולב], סעיפים: 20א, 39א, לפי תיקוני תשל"א, תשל"ז, תשל"ט.
- 9 חוק תגמול לחייל הנפגע בהצלת חייו הזולת, תשכ"ה—1965, סעיף 2.
- 10 חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תשי"י—1950.
- 11 חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג—1963, סעיפים 5, 15.
- 12 חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג—1973, סעיפים 5—10.

מהכתובה¹³. מלבד הנאמנות הנוצרת בצוואה, גם זו הנוצרת על-פי כתב הקדש אחר או על-פי חוזה¹⁴ עשויה לכאורה לזכות נהנה במות היוצר או אחריו¹⁵. אם נערך חוזה לביטוח על חיי המנוח לטובת מוטב מסוים, אזי במות המבוטח יזכה המוטב בתגמולי הביטוח, וכמו-כן במות חבר הקופה יזכו בתגמולים המגיעים מקופת קיצבה או מקופת תגמולים אלה שחבר הקופה הנפטר מינה בשעתו להיות מוטבים אחרי מותו¹⁶.

לגבי שלושת המקרים האחרונים אומר החוק במפורש¹⁷ כי, בהם ובמקרים הדומים להם, אין התגמולים הנדונים בכלל העיזבון (אם לא הותנה שהתגמולים מגיעים לעיזבון). והוא הדין לגבי פיצויי הפיטורים¹⁸. דהיינו, אין משאבים אלה שייכים לזכויות הירושה, אינם מועילים לנושי העיזבון, והם יעמדו לבעליהם אף אם הדירם המוריש מירושתו או שהם ויתרו עליה; ובכלל, לא יחול עליהם חוק הירושה, תשכ"ה—1965.

לגבי מקרים אחרים שהזכרנו לעיל¹⁹ מסתבר כי אותה המסקנה מתאימה לתודעת המשפטנים הכללית ולפעמים מצאה ביטוי בפסיקה.

ואולם בולטת גם הקירבה בין זכויות המוטבים הנדונות ובין זכויות הירושה. גם במקרה הראשון מקבלים המוטבים טובת הנאה במות אדם²⁰ והודות למנוח ולזיקה שהיתה להם אליו. או שהם מקבלים מטעמו — על סמך עיסקה שערך לטובתם; או שמקבלים על-פי-דין — על סמך זיקה משפחתית למנוח ועל סמך התחשבות החוק בעבודה שהוא עבד בחייו, בהחזקה שהיתה לו בנכס מסוים או בהריגתו. העיזבון הנדון בחוק הירושה אינו ממצה אפוא את כל המשאבים שבמות אדם מגיעים לאחרים בוכותו. היה מעניין לערוך מחקר כלכלי שיקבע את שווים היחסי — לעומת מכלול העיזבונות — של המשאבים הנ"ל שמחוץ לעיזבון (גם לפי סוגיהם השונים) בהווה הישראלי בכלל ובקבוצת האוכלוסיה למיניהן.

את מכלול הזכויות האלה שמחוץ לעיזבון — כאשר מדובר בזכויות ממון המגדילות את רכוש רוכשן²¹ — נוכל לכנות בר-עיזבון²². אמנם לידיעתנו מטבע לשוני מקביל

13 ראה חוק ירושה, תשכ"ה—1965, סעיף 11(ג).

14 חוק הנאמנות, תשל"ט—1979, סעיפים 2, 17(א)(1).

15 אך ראה להלן, סעיף ז, בסוף.

16 חוק התחזים (חלק כללי), תשל"ג—1973 (להלן: חוק התחזים הכללי), סעיף 36(ב); חוק הירושה, הנ"ל, סעיף 147.

17 סעיף 147 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965.

18 סעיף 5(ג) לחוק פיצויי הפיטורים, תשכ"ג—1963.

19 אשר למקרה אפשרי נוסף, השכר שעודנו מגיע מן המעביד במות העובד, נדון בו להלן, בסעיף ד.

20 על השאלה באיזה זמן נוצרת זכות המוטבים על-פי סעיף 36(ב) לחוק התחזים הכללי, ראה להלן, סעיף ה.

21 להבדיל מזכויות לא רכושיות ומכל טובת הנאה שאינה מוסיפה במישרין על רכוש המוטב. אמנם המונח "עיזבון" אינו בא במשמעות אחת בחוק הירושה. לעתים קרובות משמעותו זכויות השיתוף של היורשים הכלליים, להוציא את המנות בכללן. במובן זה מדובר על מנהל העיזבון, על חלוקת העיזבון ובכמה מקרים במובן זה מדובר על נכסי העיזבון. לפעמים מקיף "עיזבון" את זכויות הנ"ל ועוד את זכויות המנות הנוגעות לנכס מסוים מנכסי המוריש (ראה להלן, סעיף ב). ולפעמים מצוין "עיזבון" את זכויות הירושה בכללן, של היורשים הכלליים ושל הזוכים במנות, מכל הסוגים. במובן זה משתמשים במונח "עיזבון"

לזה אינו מקובל בלשונות אחרות²³, כפי שגם במסגרת שיטות משפט אחרות לא מצינו דיון על מכלול זה²⁴. סיבה לכך נמצאת אולי בעובדה שמדובר במקרים שרובם ככולם לא עברו לשיטות המשפט המודרניות ממסורת עתיקה, ומשום כך לא התרכזה בהם תשומת לבם של המשפטנים בעלי העיון. סיבה אפשרית נוספת היא שהמקרים האלה מפוזרים לפי מקורותיהם בחוקים רבים ובענפי משפט שונים והם רחוקים מלהיות מעור אחד לפי כל היבטיהם. אבל, אף בלי לכפות עליהם אחדות מלאכותית, נראה לנו כי מן המועיל לדון בהם במקובץ, כדי להבליט את הפער שביניהם ובין דיני הירושה וגם את ההבדלים בינם לבין עצמם, ולעורר בעיות משותפות לכולם.

התכונה המשותפת לכל המקרים הנכללים בבר"העיון היא שאין דיני הירושה חלים עליהם. על-פי רוב, ייחשב מקרה מסוים בגדר בר"העיון משום שחסרות בו התכונות הנדרשות כרגיל לתחולת כללי הירושה, ויחד עם זאת לא מתגלה כי רצון החוק להחילם עליו. אך אפשרי גם הדבר ההפוך: שקיימות אמנם התכונות הללו ואף-על-פי כן רצון החוק שלא להחילם (לפחות: לא להפעילם עקרונית) עליו²⁵. בסוג המקרים האחרון (שהם תת-קבוצה של בר"העיון) מותר לדבר על מעין-עיון או על עיון משנה (או גם על פרא-עיון, אם לצרף ל"עיון" את מלת היחס היוונית "פרא" — שמשמעותה: בצד — כדרך שצורפה בכמה מלים שנקלטו בעברית, כגון פראבולה, פרא-דוקס, פראפרזה, וגם פרקליט). זאת ירושה, לפי מהותה, אף אם אינה כפופה לחוק הירושה, תשכ"ה—1965, ולדינים אחרים המיועדים לירושה הרגילה — ואפשר היה לכנותה "ירושה מיוחדת". אך כינוי זה, תרתי משמע, כיוון שהוא מתאים גם למקרי הירושה המיוחדת הקיימים או העשויים להתקיים במסגרת דיני הירושה עצמם, למשל לגבי נכסים מסוימים (ראה סעיפים 114, 115 על משק חקלאי ועל דירת מגורים). מקרה אחר של ירושה מיוחדת במובן האמור היה זה של מקרקעי מירי שעברו בירושה על-פי-דין בלבד ולא על-פי צוואה²⁶. גם נאמנות נוצרת בצוואה²⁷ נראית לנו כשייכת

בהוראת סעיף 9 ובביטוי "מונות מן העיון", זאת האחרונה נראית לנו גם משמעות המונח בסעיף 147 הנ"ל וזהו גם המיכן שאנו מתכוונים לו בהעמדת העימות הנדון "עיון" מול "בר-עיון".

23 בגרמניה מדבר דויבלר (*Zeit. f.*) W. Däubler, "Entwicklungstendenzen im Erbrecht", *Rechtspolitik (ZRP)*, 8 (1975) על *Nebenerbrecht* (דין ירושה משני או ירושה משנה). כינוי זה לא נראה לנו נכון לציון כל "בר-העיון" כי הזכויות הנדונות אינן — רובן או כולן — זכויות ירושה לפי משמעות הביטוי המשפטית-הטכנית. ראה להלן.

24 ואולם ראה עכשיו, Dieter Leipold, "Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts", *Arch. f. die civil. Praxis* 180 (1980) 206–209 על חשיבותם ההולכת וגוברת של ה"רכוש הסוציאלי" ושל משאבים אחרים מחוץ לעיון.

25 להלן (בסעיפים ג, ד) תידון השאלה אם מקרים כאלה קיימים במשפטנו.

26 ראה סעיף 17 לחוק הנאמנים, תשל"ט—1979.

27 לגבי איסור צוואה בקרקע מסוג מירי ראה א' בן-שמש, חוקי הקרקעות במדינת ישראל ("מסדה", תל-אביב, תשי"ג—1953) 166, 198; וכן: מ' דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל (ירושלים, תשי"ג) 75. ראה סעיף 156(א) (2) (3) לחוק הירושה, תשכ"ה—1965, אשר ביטל את פקודת הירושה ואת סעיף 4 חוק שווי זכויות האשה, תשי"א—1951, שבהם נשתמרה האבחנה בין מירי למולק לעניין ירושה; וכן סעיף 158(1) לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, אשר ביטל לחלוטין את כל החקיקה העותמנית שעניינה מקרקעין.

לסוג זה כיוון שיחול עליה חוק הירושה, נוסף על חוק הנאמנות. וכדאי למנוע את הבלבול העלול לנבוע מדו־משמעות זו. בין שני הדברים ההבדל מובהק: ב"ירושה המיוחדת" לפי המשמעות האחרונה יחולו כל כללי הירושה שהסדר המיוחד אינו סוטה מהם, ואילו ב"ירושה המיוחדת" שב"מעין-עיזבון" אין להחילם אלא כאשר יש מקום להיקש (אנאלוגיה). בקשר לשימוש באנאלוגיה יש עוד להעיר שהוא מתקבל על הדעת במעין-עיזבון יותר מאשר במקרי בר־העיזבון הנותרים, כיוון שלפי מהותו קרוב הראשון לירושה הרגילה יותר מאשר האחרונים. ואולם, מבחינה תפקודית, קרוב גם בר־עיזבון בכללו לירושה הרגילה; ומשום כך, במידה שמבחינה פרשנית אין מקום להיקש, מתעוררת השאלה אם, לפי דרישות מדיניות משפטית קוהרנטית ולפי המשפט הרצוי, אין לחייב את קרוב בר־העיזבון לעיזבון בחקיקה העתידית.

ב. ההבחנה בין עיזבון לבר־עיזבון

במה יש למצוא את הקריטריון להבחנה בין עיזבון ובין בר־עיזבון? בוודאי, לא בכך שבאחד מהם היו צומחות הזכויות לבעליהן לפי רצון המנח ובאחר — ללא דרישה זו. למעשה, בכל אחד משני התחומים יש גם מזה וגם מזה. אמנם אין במשפטנו "ירושה משוריינת" ו"חלק של חובה" שיחולו אף נגד רצונו של המוריש. ואולם חוק הירושה קובע מזונות מן העיזבון, בתור מנה על־פי־דין, אף נגד רצונו. מלבד זאת, כל הירושה על־פי־דין אמנם אינה נערכת למרות רצונו, אבל גם לא לפי רצונו. אילו אמרנו את זאת היינו נזקקים לפיקציה שאין טעם להיזקק לה.

מצד אחר גם בבר־עיזבון יש מקרים משני הסוגים.

בתחום הרכישות על־פי־דין, בדרך כלל עשויה זכות השארים בבר־העיזבון להיחשב כשיפוי לנזק שמות קרובם גורם להם; ואילו בירושת היורשים בעיזבון אין זה השיקול — או שאינו השיקול העיקרי. נקשר לכך גם הבדל אחר בין עיזבון ובין בר־עיזבון. בעיזבון היסוד לזכות היורשים על־פי־דין היא דרגת הקירבה למוריש, ותו לא. לעומת זאת, בבר־העיזבון נוהגים לתלות את זכות השאר לטובת הנאה — או את המשך הזכות הזאת — בנסיבות נוספות, כגון ציפייה סבירה שהשאר היה מקבל טובת הנאה מן הנפטר אילו היה חי²⁸; קיום הנישואין עם המנח במשך תקופת זמן מסוימת; המשך האלמנות; גיל השאר שיהיה למטה מגיל מסוים או מעל לגיל מסוים; היותו בלתי מסוגל לכלכל את עצמו; העובדה שפרנסתו, כולה או בעיקרה, היתה על הנפטר או שגר בביתו תקופה מסוימת²⁹; העובדה שלא היתה לו דירה אחרת למגוריו³⁰. אך אין בשני ההבדלים האלה משום קריטריון כללי וחותך להבחנה בין עיזבון ובין בר־עיזבון, מכיוון שמדובר כאן ברכישות על־פי־דין בלבד שאינן ממצות עיזבון או בר־עיזבון, ומכיוון שגם בתחום הירושה יש מקום לפעמים להתחשבות בנסיבות כנסיבות הנ"ל,

28 ראה סעיפים 78, 80 לפקודת הגזיקין [נוסח חדש].

29 ראה חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, סימן ד'; חוק פיצויי פיטורים, תשכ"ג—1963, סעיף 5; חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תשל"ל—1970, סעיפים 4, 26—41.

30 ראה חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב—1972, סעיפים 20, 23.

כגון מחסור השאר, גילו, גכותו, מחלתו, העובדה שפרנסתו היתה על הנפטר, וכיוצא באלו נסיבות³¹, וכן העובדה שהתגורר עמו בדירתו³². לכאורה מבוסס יותר, לצורכי ההבחנה הנדונה, השיקול בדבר ההעברה: עבירות הזכויות הנדונות והעברתן למעשה. ואכן, גם העימות, שלכאורה מוצג כעימות שונה, מביא לעימות בין זכויות מועברות מן המוריש ובין זכויות שנוצרו לראשונה אצל רוכשיהן.

באיטליה נוהגים להעמיד את שאלת מהותן של זכויות השארים לגמלאות כשאלה על רכישתן בזכות ירושה (iure haereditatis) או בזכות עצמית (iure proprio) שלהם³³. ברם, אילו פירוש ה"זכות העצמית" היה כאן זכות שאין ביכולת המוריש לשלול מבעליה, כי אז השגתנו על ההבחנה היתה שאפשר ואפשר כי רכישה בזכות ירושה תהיה גם רכישה בזכות עצמית של היורש. במיוחד, באיטליה זהו המקרה כשמדובר בירושה המשוריינת שהמשפט האיטלקי מכיר בה; ובישראל — במזונות מן העיזבון. ועוד: בירושה על-פי-דין, זכות היורש היא זכות עצמית שלו, ולא, כפי שאמרנו, מבוססת על רצונו המשוער של המוריש. לפיכך, משמעות הניגוד היא זאת שאמרנו, בין זכויות שהשארים מקבלים בתור זכויות מסוריות ובין אלה שהם רוכשים בתור זכויות מקוריות. העברת זכויות מן המוריש ליורשים בולטת כבר בסעיף 1 לחוק הירושה. עצם המונחים "ירושה" ו"עיזבון" (כמו כן המונח הלאטיני successio, על כל המלים הנובעות ממנו בלשונות האירופיות) מציינים את תפקיד הענף המשפטי הזה: הנצחה של קניין הפרט (שבלעדיה לא היה מושלם) ושל זכויות הפרט הרוכשיות בכללן. המשפט רואה אותן כזכויות עבירות, ועבירות מחמת מיתה במיוחד.

לעומת זאת, בבר-עיזבון אין, מבחינה טכנית, העברה³⁴. את זאת אפשר לאמת בפשטות ובוודאות כאשר, במות אדם, רוכשים זכות שלפי תוכנה לא יכלה לנבוע, בתור זכות מועברת, מכל זכות שהיתה למנוח. זהו, למשל, המקרה של זכות התלויים בנוזיקין וזכות האדם השלישי שלטובתו ביטח המנוח את חייו. השאלה הנדונה שונה מן השאלה אם באותם המקרים זכות המוטב תהיה עבירה, אם לאו. אך, למעשה, גם את הדבר האחרון יש לשלול, אם מדובר בעבירות בין החיים. במקרה של זכות התלויים בנוזיקין, אי-עבירותה זו נובעת מסעיף 22 לפקודת הנוזיקין. אין ספק כי בן-זוג אינו יכול להעביר לאחר את זכותו לאיזון המשאבים. גם האדם שלטובתו ביטח הנפטר את חייו אינו יכול להמחות את זכותו זו כל עוד לא קרה מקרה הביטוח³⁵. וכאשר מאפשר סעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי למבוטח עצמו למנות מוטב שונה מזה שמינה קודם, אין בזה משום העברת זכות מאחד לשני אלא החלפת הראשון בשני.

31 ראה חוק הירושה, פרק רביעי (מזונות מן העיזבון).

32 ראה חוק הירושה, סעיף 108 (מגורים וכלכלה לזמן מעבר).

33 ראה בענייני עבודה: Riva San-Severino, *Il lavoro nell'impresa* (2. ed., Torino, 1973) 647, 932; Santoro Pas-sarelli, "Lavoro (Contratto di)", in *Noviss. Dig. Ital.* IX, 517.

34 יעירו אולי כי, מלבד הזכויות שאנו מתכוונים להן בשם המוצע בר-עיזבון, נשארות מחוץ לעיזבון גם זכויות המוריש הבלתי-עבירות. אך אלה חדלות במותו, ולכן אחריו אין מקום לדון בהן.

35 כך קובע סעיף 13(ב) להצעה לחוק הביטוח, תש"ל-1975, ה"ח 1209, בעמ' 25. ראה להלן, סעיף ה.

במקרים אחרים זכות המוטב הנדונה היא בעלת אותו התוכן של הזכות שהיתה לנפטר ובכל זאת אין לראותה כאותה הזכות שהועברה לו אלא כזכות חדשה, כיוון שמדובר בזכות שאינה עבירה. אף אם הדבר אינו נקבע במפורש בחוקים, מדובר בזכויות שלפי מהותן אינן עבירות, בין החיים ומחמת מיתה כאחד. מכירים בכך שזכות דייר חוקי מוגן אינה עבירה³⁶ וכן הזכות לגמלה מן הביטוח הלאומי³⁷ ולגמלאות המגיעות לעובד בשל שירותו כעובד המדינה. במקרה אחרון זה יעירו אולי גם שגמלת השארים עשויה להיות שונה לפי שיעורה מן הגמלה שהיה זכאי לה העובד עצמו, אך אין זה השיקול המכריע כיוון שהעברה היא גם העברה חלקית. העיקר הוא שאין העברה משום שהזכות הנדונה אינה זכות עבירה. כאן, כמו במקרים אחרים, לאי-עבירותה מחמת מיתה של זכות הנפטר מקבילה אי-עבירותה בין החיים של זכות זו ושל זכות המוטב. אסמכתה לאחת משלוש אלה תוכל לשמש הוכחה לכאורה לשתים הנותרות.

ברם, אליה וקוץ בה, אמת נכון הדבר כי בבר-העיזבון אין העברת זכויות מן המנות למוטבים וכי מדובר בזכויות בלתי עבירות. אך אין לומר, לעומת זאת, כי כל הזכויות שהמשפט מכיר בתור זכויות ירושה הן זכויות מועברות מן המוריש ליורשיו (וזאת אף אם נכלול במושג ההעברה גם את ההעברה ה"מכוננת", הקונסטיטוטיובית, הנוגעת לזכויות הנאצלות מזכות המעביר, כגון זיקת הגאה שהעניק המוריש על מקרקעין, הנובעת מבעלות המעביר).

דוגמה אחת לזכות שהיא זכות מזכויות העיזבון מבלי שהיתה קודם זכות המוריש מוצגת לנו בסעיף 147, הנ"ל, לחוק הירושה. לפי דברי הסיפא באותה ההוראה, נכללת בעיזבון זכות לתגמולים שלפי הוראת המבוטח מגיעים לעיזבון. כמו כן שייכות לעיזבון זכויות הצומחות מזכויות העיזבון אחרי מות המוריש³⁸ — אם כי זכויות אלו, על אף צמיחתן מזכויות המוריש, מעולם לא היו זכויות שלו, ולכן לא עברו לעיזבון בתור שכאלה.

אך במיוחד בולט הדבר בתחום המנות. אמנם, כאשר כתב המוריש לפלוני נכס מסוים הקיים בעיזבונו, דעתנו היא שיש כאן העברה מן המוריש לבעל המנה, לפי דברי סעיף 1 לחוק הירושה³⁹ (בהתאם למקובל בשיטות משפט אחרות, אם גם לא במשפט הגרמני). לעומת זאת אין משום העברה כשמתבטאת המנה במחילת חוב שהגיע למוריש מבעל המנה הנדונה. ואין העברה מהמוריש לבעל המנה גם כאשר זיכה המוריש את פלוני בנכס שאינו נמצא בעיזבונו ושהוא נכס של אחד היורשים או שעל היורשים להשיג מאדם שלישי או לקנותו בשוק. ואף לא כאשר נמצא אמנם הנכס הנדון בעיזבונו ואולם המצווה עיצב את הוראתו בצורה של מתן לפלוני נכס אחד מבין הנכסים מאותו הסוג הנמצאים

36 ראה מרים בן-פורת' חוק המהאת חיובים, תשי"ב-2—1959 (פירוש לחוקי החוזים) ירושלים, תשל"ב, 58, עמ' 14.

37 ראה, עקרונית, סעיף 135 לחוק הביטוח הלאומי, הנ"ל.

38 למשל: מניות הטבה המחולקות ליורשים בתור בעלי מניות מסוימות שירשו מן המוריש; וגם הפירות של נכסי העיזבון.

39 השווה גם סעיף 51(3) לאותו חוק ואת דברי ההסבר שבספר: משרד המשפטים, הצעת חוק הירושה (תשי"ב) 38.

בעיזובו או בתור ברירה בין נכסים מסוימים מנכסי העיזוב. כאן יעברו הנכסים תחילה מהמוריש ליורשים הכלליים והזוכה במנה לא יקבל מן המוריש במישרין. רמז לאחדים מהמקרים האלה אנו מוצאים בדברי סעיף 40 (2) לחוק הירושה, שלפיהם רשאי אדם "לצוות [...] טובת הגאה מעזובו" (בעימות ל"כל עזובו" ול"נכס מנכסי עזובו"). החוק אומר "טובת הגאה מעזובו" כשכוונתו היא למשאבים שמהם נובעת טובת הגאה הנדונה, אף כאשר לא מדובר בנכס המועבר במישרין מן המוריש למוטב או בנכס העיזובן בכלל, לפי הדוגמאות שהבאנו לעיל. אך אפילו ביחס למשאבי העיזובן אין דברי החוק עשויים להקיף את כל המנות האפשריות. אפשר שהמוריש הטיל בצוואתו על היורשים הכלליים או על זוכה במנה לספק לפלוני מנה ששוויה עולה על שווי הנכסים שמקבלים אותם האנשים שעליהם מוטל הנטל; ואפשר שבכל זאת הם יקיימו את הנטל, משום שהם רואים חובה לעצמם לקיים את דברי המת, או משום שהם מחייבים את מטרת ההוראה או אפילו משום שאינם ערים להפסדם. במקרה זה אין טובת הגאה הנדונה נובעת מהעיזובן אלא באופן חלקי. מכל מקום, אף אם נובעת המנה ממשאבי העיזובן, כפי שנוכחנו לעיל אפשר שאין בה העברה מן המוריש למוטב או שאין בה העברה כלל.

זאת ועוד. גם במנות על-פי-דין ייתכן מאוד שאין העברה מן המוריש לזכאי. כאשר החוק מזכה שארים מסוימים של המוריש במזונות מן העיזובן, זאת בוודאי זכות ירושה ובו בזמן זכות שלא היתה קודם זכות של המוריש. את אשר אמר לורד בלקברן (Lord Blackburn)⁴⁰ על זכות התלויים בנפטר (כלומר שזאת זכות שהיא, *new in its species* (new in its quality, new in its principles, in every way new) אפשר לומר גם לגבי זכות המזונות מן העיזובן.

יטענו אולי שאין דברים אלה מתיישבים עם הוראת סעיף 1 הפותחת את חוק הירושה. אך אין הוראה זו קובעת כי זכויות הירושה הן רק זכויות המועברות מן המוריש ליורשים וכי בכל פעם שאין העברה כזאת אין לפנינו זכויות ירושה. לפי השיקולים האלה דבר ההעברה אינו יכול לשמש מבחן בין זכויות הירושה ובין בר-עיזובן — לכל הפחות לא מבחן כללי ויחיד. אך אין זאת אומרת שלא יוכל להתקבל בתור יסוד אחד לקריטריון מורכב מיסודות שונים, לפי המקרים. בכל פעם שמדובר בזכויות שהן עבירות מחמת מיתה והן מועברות למעשה מחמת מיתה, לפנינו ירושה שעליה יחול חוק הירושה, תשכ"ה—1965, אם אין המחוקק מגלה דעה שונה.

אם מדובר בזכויות שהחוק מייחס לאנשים מסוימים באשר לא היתה למנוח כל זכות או באשר אין הזכות הנדונה זכותו של המנוח⁴¹, לפנינו בר-עיזובן — ובלבד שאין הייחוס נעשה במסגרת הירושה⁴² ולפיכך מתגלה רצון החוק לראות כאן זכות ירושה. אם המנוח עצמו חולל את הייחוס על-ידי עסקה שלו בין החיים, יהיה זה בר-עיזובן; אך אם עשה את זאת בצוואה, תהא זו "מנה" לפי חוק הירושה — ובלבד שאין החוק קובע אפשרות אחרת (למשל: סעיף 147, סיפא, לחוק הירושה).

40 ראה *Seward v. Vera Cruz* (1884), 10 App. Cas 59.

41 למשל: זכות התלויים בנויקין.

42 למשל: מזונות מן העיזובן.

לאחר שעמדנו על ההבחנה בין עיזבון ובין ברי-עיזבון בכללם, נדון בשני מקרים המעוררים ספקות בדבר מהותם.

ג. זכות השארים ש"היו לדיירים" במות הדייר הקודם

בקובעו כי במות דייר "יהיה לדייר" מישהו אחר, אין החוק מגלה אם הוא גורס העברה ביניהם. בנדון זה הנוסח מעלים — אף אם לא נרצה לכנותו "מתחמק". הנוסח אינו שולל את רעיון ההעברה אך בוודאי אינו מחייבו: משתמשים בנוסח זה אף כאשר אין מקום להעלות על הדעת כל העברה (בעל בית שהיה לדייר: סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב—1972). יחד עם זאת מכיר החוק בקיום זיקה בין זכות הראשון לזכות האחרון. אילו לא היתה דיירות לראשון, או לא היתה כהילכתה, לא היתה קיימת ההנחה שלפיה מעניק החוק זכות לדייר חדש.⁴³

את הרעיון הוה מבארת ומפתחת הפסיקה באומרה שהדייר השני חוסה בזכותו של הראשון⁴⁴ או שזכות השני יונקת מזכות קודמו⁴⁵. ובדרך כלל מגיעה הפסיקה עד כדי הדאגה בפה מלא כי זכות השני אינה זכות חדשה אלא אותה הזכות עצמה שהיתה לדייר הקודם ושהעברה אליו מכוח החוק.⁴⁶

ואולם מטעמים שאין זאת ירושה, וכאשר נוקקים למונח זה, כותבים את המלה בין מרכאות, כדי לציין שמשמשים בה במשמעות שאינה משמעותה הנכונה.⁴⁷

לכאורה יש כאן משום סתירה עצמית, כיוון שהעברת זכות מנפטר לאדם חי יש לכנות העברה מחמת מיתה או ירושה. אם נסכים לקביעה שמדובר בזכות העוברת מן הדייר הישן לדייר חדש, שלילת הירושה עשויה להתפרש רק כך: אין היא הירושה המוסדרת בחוק הירושה, תשכ"ד—1965, ובדינים אחרים, אלא הירושה מיוחדת במינה (שלפי דברינו מלעיל אפשר לכנותה פרא-עיזבון, כדי להבדילה מירושה מיוחדת אחרת שבתוך חוק הירושה עצמו).

ואולם רעיון העברת הזכות אינו נראה לנו הכרחי, כאשר מעביר החוק את הגנתו מן הדייר המקורי לאחר, במות הראשון ובמקרים אחרים. הפסיקה נוקקת אליו, במקרה של פטירת הדייר, וכמו כן במקרים אחרים⁴⁸, כדי לבסס את מסקנתה הסבירה כי, אם

43 אין סתירה בין שיקול זה ובין הערתנו דלעיל אגב סעיף 33. גם לפי הוראה זו יהיה פלוני לדייר בהנחה שקודם התקיימה זכות מסוימת. רק שכאן הזכות שמניחים את קיומה הקודם אינה זכות דייר אלא בעלות או חכירה-לדורות, ולא היתה זכות של מישהו אחר אלא של פלוני עצמו.

44 ע"א 143/59 טרכטננר נ' אקון, פ"ד יד 1861, 1866 (מפי השופט לנדוי).

45 ע"א 72/53 קרביץ נ' מלישקוביץ, פסקים יד 66, 72 (מפי השופט תשין).

46 ע"א 127/77 קפה נ' לוי, פ"ד לא (3) 460, 455; המ' 521/72 לאון נ' וייס, פ"ד כז 337, 345; ע"א 200/69 הנאמן לנכסי מ' ברר נ' כהנא נכסי מ' ברר, פ"ד כג (1) 763, 769; ע"א 72/53 הג"ל, בעמ' 76; ע"א 72/53 הג"ל, בעמ' 76; ע"ש (י"ם) 26/76, ברנמן נ' מנהל מס עזבון, פ"מ תשל"ז (1) 417, 420.

47 ע"א 127/77 הג"ל, שם; ע"א 61/54 לוי נ' מרכאליץ, פסקים יט 414, 416; ע"א 831/76 לוי נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד לב (1) 421, 440; ע"א 35/62 אנגל נ' הורביץ, פ"ד טו (2) 1513, 1519.

48 ראה ע"א (ת"א) 793/75 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"מ תשל"ז (2) 461, 464.

הדייר הקודם קיפח את זכותו לפני מותו⁴⁹ או אם כנגד קיום זכותו קיים מעשה בית דין⁵⁰, נפסק ממילא גם מקור חיותה של זכות השני ולכן אין להכיר בה, כיוון שהיא כפופה לאותן עילות פקיעה וביטול שהיו קיימות נגד הדייר המקורי. את המסקנה הזאת אפשר לבסס גם בדרך אחרת: בלי לראות העברת זכות, לראות את זכות הדייר החדש כמושפעת מהזכות הקודמת, כתלויה בה, משום רגישותה של הזכות החדשה לעילות שחוללו את פקיעת הישנה או את ביטולה. תלות כזאת — להבדיל מהעברה — קיימת גם בזכות אחרת מזכויות ברי-העיזבון, זכות התלויים כלפי האחראי למות מיטיבם. זכותם אינה זכות מועברת להם מן המנוח — שלא היתה לו זכות כשלהם — ובכל זאת אין לה קיום אם לפני מותו לא היתה למנוח זכות פיצויים; ובמקרה שבגלל אשם תורם מצדו זכותו היתה חלקית בלבד, תהיה חלקית ובאותו השיעור גם זכותם⁵¹. לכאורה, מביאות שתי הדרכים האלה, תורת ההעברה ותורת התלות, לאותה המטרה ולכן מבחינה פראגמטית אין נימוק לבכר אחת מהן על-פני השנייה. בכל זאת הבדל מה בתוצאותיהן אולי קיים. בהדגישה את הדמיון המהותי בין המקרה הנדון ובין הירושה, לפי שורת ההיגיון מביאה תורת ההעברה להיקש מדיני הירושה בהיבטים שאין להם הסדר אחר בדיני הדיירות על-פי-דין. ואולם אין הוכחה כי תחולה אנאלוגית זו היתה בכוננת המחוקק או שהיא בכוננת הפסיקה. לפיכך, מסתבר כי תורת התלות הולמת יותר את רוח התחיקה והפסיקה גם יחד. והיא מתאימה יותר לאי עבירותה הכללית של זכות הדייר.

ד. זכות בן-הזוג לשכר שעודנו מגיע מהמעביד במות העובד

לפי הפסיקה, מוציא סעיף 7 לחוק הגנת השכר, תשי"ח—1958, את יתרת השכר שעודנה מגיעה מהמעביד במות העובד מעיזבון הנפטר, כאשר מורה ההוראה הנ"ל לשלם יתרה זו לבן-זוגו של המנוח⁵².

אילו פירוש זה היה נכון, היה עלינו לומר כי מדובר כאן ב"מעין-עיזבון" (לפי הכינוי שהצענו לעיל). ואכן, אין ספק שבמקרה זה הזכות שמפעילים אחרי הפטירה היא אותה הזכות עצמה שהיתה קודם לעובד. אין הדבר דומה לדיירות על-פי-דין שהיא יצירה של החוק ואחד מאותם יצורי משפטנו יוצאי הדופן שהזמן גרמם.

ברם הפירוש הנ"ל אינו נראה לנו כמסתבר. סעיף 7 הנ"ל קובע: "נפטר עובד לפני ששולם שכר העבודה המגיע לו, ישולם שכר העבודה, על אף האמור בדיני הירושה, לידי מי שהעובד הורה לפי סעיף 6⁵³; לא הורה — ישולם לבן-זוגו, ובאין

49 ראה ע"א 72/53 הנ"ל, בעמ' 72. לשם ההלכה שזכותו של הדייר השני כפופה לאותן עילות פקיעה וביטול שהיו קיימות נגד הדייר המקורי, השופט זוסמן (שם, בעמ' 76) מצטט את התקדים האנגלי *Bolsover Colliery v. Abbott* (1945), 173 L.T.R. 172.

50 ראה המ' 521/72 הנ"ל.

51 סעיף 69 לפקודת הנזיקין.

52 ראה ת"י 2439/59—ת"ב 413/60 סיאני נ' ביאני, פ"מ כ"ז 275 מפי השופט קיסטר (השופט מודה כי סעיף 7 אינו קובע את זאת); ע"א 305/73—293/73 בן-משה נ' בן-משה, פ"ד כח(2), 29 מפי אותו שופט.

53 ראה סעיף 6 הנ"ל, כפי שתוקן בחוק הגנת השכר (תיקון מס' 3), תשכ"ד—1963.

לו בן-זוג — ליורשו. עצם גקיבת החבר, הבנק ועוד, ועצם הדיבור "באמצעות" — לפי סעיף 6 שסעיף 7 מתייחס לו — מעידים על כוונת ההוראה. אין היא מבקשת לקבוע מי יזכה ביתרת השכר, אלא אך ורק כי, כדי לפטור עצמו מחובו, על המעביד לשלם, לא ליורשים או למנהל העיזבון, כי אם לאלה שהוא מציין. אך, בסופו של דבר, זה שגבה את השכר — יהיה זה חבר של העובד הנפטר, בנק או אפילו בן-זוג — חייב למסור את אשר קיבל ליורש, אם היורש הוא אדם אחר. המחוקק ביקש למנוע מצב שהמעביד ימצא בצורך לברר את המצב המשפטי בעניין הירושה סיבה (או אמתלה) לעיכוב תשלומו — וזה גם במקרה המצוי שבן-זוג הוא היורש או אחד היורשים. באופן מקביל פירש בית המשפט⁵⁴ את סעיף 7(ב) לחוק מלווה בטחון, תש"ל-1970, האומר: "נפטר יחיד, ייפרע המלווה ששילם לבן-זוגו, ואם לא השאיר בן-זוג — ליורשו תוך שלושה חדשים מיום שהוגשה בקשה לכך [...]". דחו את הטענה שקיימת כאן "עילה דומה" במשמעות סעיף 147 לחוק הירושה ובכלל שללו כל שינוי לדיני הירושה הרגילים. ראו בהוראה הנ"ל הקלה על גביית המלווה, הקלה לאוצר המדינה הפורע את המלווה, שפטור הוא מלבדוק מי הם היורשים והקלה ליורשים בכך שכאשר השאיר המלווה בן-זוג, הוא יכול לקבל את הפירעון מיד.

ה. קירוב בן-העיזבון לעיזבון באי-אלו מקרים. במיוחד, סעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי

לפעמים גילו הדינים ופרשניהם מודעות לקירבת בן-העיזבון לעיזבון מבחינה תפ"קודית, על אף הפער הקיים ביניהם מבחינה טכנית. לגבי מקרים אחדים מביא לידי קירוב זה חוק מס עיזבון, תש"ט-1949, סעיף 3⁵⁵, אך אין לדבר זה כשלעצמו חשיבות רבה במשפט האזרחי כי מרובות הן הסטיות הפיסק"ליות מעקרונות המשפט האזרחי. בחוק הירושה, בקביעת חלקו של בן-זוג, במסגרת הירושה על-פי-דין, התחשבו במגיע לו על-פי איוון המשאבים וגם בזכות האשה לכתובתה; וכמו כן בקביעת סדר עדיפות בין חובות העיזבון (סעיפים 11(ב), (ג), 104 לחוק הירושה, על-פי סעיף 16 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973). אמנם, בשל התחשבות זו בשניים ממשאבי בן-העיזבון בולט ביתר שאת, בירושה על-פי-דין, חוסר ההתחשבות בכל משאב אחר מבין משאבים אלו המגיע ליורשים הנקובים שם, בכללם. בפסיקה האנגלית והישראלית הכירו כי, במות אדם, בקביעת זכות התלויים כלפי האזרחי למותו יש להתחשב במה שהם מקבלים בתור יורשי המנוח⁵⁶. במסגרת החוזה לטובת אדם שלישי, מבדיל סעיף 34 לחוק החוזים הכללי בין חוזה שהוא לטובת אדם שלישי, כלומר למענו, אך לא מכוון לזכותו בזכות כלפי החייב, ובין

54 המ' (ת"א) 570/78-תיק עז (ת"א) 3102/76 ויגדור ג' פרילים, פ"מ תשל"ט (2) 436.

55 גנרן בו להלן, בסעיף ט.

56 ראה ע"א 125/57 רופין ג' מנהל רכבת ישראל, פ"ד יב, 1836, 1842; ע"א 112/58 מטור יונין ג' פרוסק, פ"ד יג, 871, 888; ע"א 580/72 אלהמורי ג' דהרי, פ"ד כו(2), 186, 189. השווה טדסקי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנוזקין, תורת הנוזקין הכללית (מהדורה שנייה, 1976) 4308, עמ' 704.

חוזה המזכה אותו בזכות זו. אך בסעיפים הבאים אחר כך מבדילים שוב בין שני סוגים של החוזה לטובת אדם שלישי: החוזה לזיכוי אדם שלישי לפי מתכונתו הרגילה וחוזה שיש לקיימו עקב מותו של הנושה. לגבי הסוג האחרון, כשמדובר בחוזה ביטוח, בחברות בקופת קיצבה או בקופת תגמולים וכדומה, קובע סעיף 36(ב) כי רשאי הנושה, בהודעה לחייב או בצוואה שהודעה עליה ניתנה לחייב, לבטל את זכותו של המוטב או להעמיד במקומו מוטב אחר, אף אחרי שנודע למוטב על זכותו. הוראה זו נקשרת להוראת סעיף 147 לחוק הירושה שלפיה הסכומים שיש לשלם על-פי העילות הנ"ל אינם בכלל העיזבון, וזאת אם הותנה שהם מגיעים לעיזבון.

אך, ללא הבחנה בין שני המקרים הנבדלים בסעיף 147 הנ"ל — ללא השפעת תוצאתיהם השונות הנ"ל — ננקט הסדר כעין-ירושתי בעניין מינוי המוטב: המינוי ניתן לשינוי — ועל-ידי מעשה חד-צדדי של המבוטח (או חבר הקופה) — והשינוי אפשרי גם על-ידי צוואה. המחוקק הכיר בזה: (א) שאין מקום להפלות כאן בין עיזבון ובין ברי-עיזבון; (ב) שהסדר המקרב את זכות ברי-העיזבון הנדונה לזכות ירושתית מתאים יותר לעניין מאשר הסדר שיחיל עליה כללים לא-ירושתיים.

נשאלת השאלה אם הוראת סעיף 36(ב) שלפיה ברי-גידות רצון המקנה עד לרגע חייו האחרון⁵⁷ צריכה להיחשב דין דיספוזיטיבי או דין כופה (קוגנטי). המדובר בחוזה, כי גם תקנות הקופות הנ"ל מחייבות בתור חוזה (השווה סעיף 19 לפקודת התברות); ולכן טבעי לכאורה לראות את מתן הרשות הנדונה בדין דיספוזיטיבי, כפי שמניחה ד"ר ג' שלו⁵⁸. כמו-כן, מן הפסיקה עולה שהיא רואה הסכם בקופת קיצבה או בקופת תגמולים, שלפיו תקבענה תקנות הקופה מי ומי הם המוטבים, כמונע כל שינוי חד-צדדי מצד החבר⁵⁹. אך עמדה זו התגבשה בפסיקה, על סמך תקדימים אנגליים, בטרם נחקק סעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי ולא חזרו ועיינו בשאלה לאור ההוראה הנדונה. גם ד"ר שלו אינה מביאה נימוקים למסקנתה, חוץ מאזכור הוראת המשפט האיטלקי שהיא דיספוזיטיבית במפורש⁶⁰ — אזכור העלול יותר להביאנו לידי המסקנה ההפוכה, נוכח לשונו השונה של סעיף 36(ב) שלנו.

היסוד להוראת סעיף 36(ב) הוא בתפקודן הירושתי של העסקאות הנדונות. ומבחינה תפקודית נראה לנו כי לטובת אופייה הקוגנטי של הוראת סעיף 36(ב) קיים אותו הנימוק שביסוד אופייה הקוגנטי של ההוראה המרשה למצווה לשנות את צוואתו (סעיפים 27, 36 לחוק הירושה).

את הוראת סעיף 36(ב) יש לפרש גם על רקע העמדה השונה שנוקט החוק לגבי

57 כלשון הדיגסטא, 34.4.4 : "ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum"

58 ראה גבריאלה שלו, חוזה לטובת אדם שלישי (פירוש לחוק החוזים, בעריכת גד טדסקי, ירושלים, תשל"ז) 708, בעמ' 52. גם בהצעה לחוק הביטוח, תשל"ו—1975 (ה"ח 1209, בעמ' 22), בסעיף 13(א) הנוגע לתזוי הביטוח בכללם, מדובר ב"קביעת המוטב בלתי חוזרת". בצרפת קובע החוק עצמו כי, לאחר שהמוטב הסכים, אין לבטל את מינויו. ראה: Picard et Besson, *Assurances terrestres*, I (3. ed., 1970) 752 sqq.

59 ראה, למשל, ת"א (חי') 14/69 (להלן, הערה 74); ע"א 14/61 (שם); ה"פ (י"ם) 95/69 (שם) ת"א (חי') 1495/70 (שם).

60 ראה סעיפים 1412 ו-1921 לטה"ח האיטלקי; השווה גם סעיפים 166, 180 לחוק הגרמני משנת 1908 על חוזה הביטוח.

מתנה שאדם נותן על מנת שתוקנה למקבל רק לאחר מות הנותן ולגבי הסכמי ירושה בכללם (סעיף 8 לחוק הירושה). הסכמי הירושה אסורים בכללם (סעיף 8(א)) ומתנה שתוקנה למקבל אחרי מות הנותן בטלה גם היא בתור חוזה מתנה — להבדיל מן המקרה שתלבש צורת צוואה כדין (סעיף 8(ב)). את בטלות המתנה הזאת יש לראות הן במקרה שלפי כוונת הצדדים לא יהיה למתנה תוקף כל עוד חי הנותן והן במקרה שהם ראו אותה תקפה כבר מלכתחילה, כשמות הנותן משמש כמועד בלבד לקיומה. כיוון שבהנחה הגדונה בסעיף 36(ב) הנ"ל, חוץ ממקרים נדירים (כאשר היתה התחייבות קודמת לכך, או שהביטוח נערך לטובת נושה, לשם פירעון חוב אחר או לשם בטוחה), יש משום מתנת עקיפין למוטב, סביר לפרש את ההוראה כממעטת לסטות מן העיקרון הנקבע בסעיף 8(ב) ומן ההסדר הצוואתי הנדרש שם.

אמרנו שאת הוראת סעיף 8(ב) נפרש כמתייחסת למקרה שבכוונת הצדדים אין המתנה תקפה בחיי הנותן ורק במותו תהא לכזאת (והי ה- *donatio mortis causa* שלפי המסורת) אך גם למקרה שהצדדים רואים את המתנה כשרירה וקיימת כבר בתחילה ורק מועד ביצועה נדחה למות הנותן. לפיכך יש מקום לשיקול הנ"ל בפירוש סעיף 36(ב) הן במקרה שנבין שלפני מות המבוטח אין למוטב אלא "ציפייה" ובין אם נראה אותו כמוזכה כבר בזכות — אף אם זכות זו היא "פקיעה" (כלומר, ניתנת להפקעה) לפי רצון המבוטח. אך, כמובן, הרעיון שלעולם לא יוכל המבוטח לוותר על זכותו לחזור בו מתקבל יותר על הדעת אם נאמץ לנו את הפירוש הראשון.

לצורכי הבחירה בין שני הפירושים, לשון ההוראה לא נראית לנו כמכרעת, כי "זכותו" של המוטב, שבה מדובר, עשויה להתפרש גם כזכות קיימת כבר וגם כזכות עתידית. אך, אילו היתה מוקנית לו זכות (אף אם היא "פקיעה") עם כריתת החוזה, היווצרותה היתה תלויה בהיותו חי באותה השעה — לפי הדעה הדורשת את קיום המוטב בעת שנקבעה לפירעון (כלומר, כאן, בעת הקניית הזכות לו). אם, לעומת זאת, סבורים שאין זה דרוש, הסידי הנ"ל יסיקו ממסקנה זו את התוצאה, כי, כל עוד חי המבוטח, לא יכולה להיות יותר מ"ציפייה". מצדנו, אין אנו שותפים להשקפה הגדונה, אך היינו נוטים לסברה, כי, כל עוד המבוטח חי, אין למוטב יותר מציפייה, להבדיל מזכות מותנית בתנאי.⁶¹

תוצאה נוספת שהיא שונה לפי שני הפירושים נוגעת לעבירות. אם, לפני מות המבוטח, נראה את המוטב כבעל ציפייה בלבד, לא יוכל להעביר לאחר את ציפיותו.⁶² אך לא כן אם בזכות עסקינו, כי גם זכות מותנית בתנאי ניתנת להמחאה. והוא הדין לגבי ירושת המוטב, אם מת המוטב לפני המבוטח.⁶³

61 זאת הדעה המקובלת במשפט הגרמני (ראה: Staudinger, *Kommentar z. BGB*, 11. ed., 1967, II, 1d. p. 93, אבל לא הדעה השלטת באיטליה (ראה: Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, 599-601, 611-612). סקירה השוואתית אצל: Bruck, in *Assicurazioni*, 1934, I 208. בע"א 78+307/59 מדינת ישראל נ' עזבון הידנה, פ"ע מו 197, 207, בדונו לפי הדין הקודם לחוק החוזים הכללי אומר השופט זוסמן: "עד למותו של המנוח לא היתה לנהגות יותר מאשר צפייה".

62 השוואה הצעה לחוק הביטוח, תשל"ו-1975 (ה"ת 1209, בעמ' 22), סעיף 13(ב): "זכותו של המוטב אינה ניתנת להעברה [...] כל עוד לא קרה מקרה הביטוח."

63 אך ראה, לעומת זאת, סעיף 39(ג) להצעת חוק הביטוח הנ"ל, הקובע ירושה מיוחדת של המוטב לטובת שארים אחרים שלו.

ו. כשרות המוטב, "ניצוגו" ופסלותו

לפי חוק הירושה (סעיפים 3, 42) כשר לרשת מי שהיה בחיים במות המוריש (או שגולד תוך 300 יום לאחר מותו, ולא הוכח שהורתו היתה אחרי כן) – או, אם נקרא לירושה בתור יורש אחר יורש – שהיה בחיים בשעת זכייתו. האם הוראות אלו בנות תחולה הן על ברה-העזובון? ואם לאו, מה הן התוצאות: אי-זכייה של הגולד אחרי מותו של יוצר המשאבים, או פתרון אחר?

הדינים הנ"ל בעניין העזובון מובנים יפה לאור העקרונות החולשים על הירושה במשפטנו. זכויות המוריש עוברות ליורשים במישרין, ללא כל תחנת ביניים. מכאן הצורך שכאשר הן נפרדות מן המוריש, במותו, יהיה יורש שיקבל אותן, פן תיפולנה; וכאשר, לפי הוראות המוריש, בהמשך הזמן יורש יחליף יורש, נדרש שיהיה קיים החליף בזמן הנקבע לחילוף (כי גם החליף מקבל בתור יורש, במישרין מן המוריש). להמתקת התוצאות הנובעות מכללים אלו אימץ המחוקק הישראלי את הפיקציה הקלאסית שלפיה אם, במות המוריש או בזמן החילוף, יהיה היורש בגדר עובר ואחר כך יולד חי, הוא ייחשב כמקבל את הירושה כבר אז (במות המוריש או בזמן הנקבע לחילוף, הכל לפי העניין).

בברה-העזובון על-פי רוב אין העברה מיוצר המשאבים למוטבים, ואף כאשר ישנה, נראה לנו שבמשפטנו היא תמיד העברה בין החיים ולא מחמת מיתה⁶⁴. משום כך אין מקום לאיסור הנובע מסעיף 3(א) ומסעיף 42(ג) לחוק הירושה וממילא אין מקום להמתקת איסור זה.

במקרים שזכויות המוטבים נקבעות בחוק, יחוב החייב את חובו לכשיוולד הנושה, אף אם טרם נולד במות יוצר המשאבים⁶⁵. בעסקאות הנדונות בסעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי אין צורך שהמוטב יהיה חי בשעת כריתת החוזה עם המבטח או עם הקופה או בזמן המאוחר יותר שבו יקבע המבוטח (או החבר) מי הוא המוטב; ואף לא, סבורים אנו, בזמן שבו מת המבוטח (או החבר)⁶⁶. בעובדה שבהגיע זמן הפירעון נבצר הקיום אין משום עילה סבירה לשחרור החייב – להבדיל, כמובן, מסיבה המצדיקה את אי-הקיום כל עוד נמשכת המניעה (השווה סעיף 43 לחוק החוזים הכללי). ברי לנו כי בברה-העזובון אין תחולה לכלל שבסעיף 14 לחוק הירושה (עקרון החליפות,

64 כנאמנות הנוצרת שלא על-פי צוואה, כזאת היא לא רק ההעברה מנאמן לנהנה אלא גם ההעברה שקבע יוצר הנאמנות מנהנה לנהנה.

65 על בעיית העובר, בעניין הביטוח הלאומי, ראה ריון בערך "Assicurazioni Sociali (Infort. sul lav. emal. profess.)" in *Noviss. Dig. Ital.*, I, 2, 1263 sqq. ושם גם מידע על ההוראות המפורשות שבחוק הבלגי, השוויצרי והרוסי.

66 השוה, במשפט הגרמני, 331; RGZ 65, 280. למידע השוואתי נוסף ראה: Dernet, *Die Rechtsstellung des nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französischen, englischen und schottischen bürg. Recht*, 1960, p. 96 sqq. בהצעה לחוק הביטוח, תשל"ו–1975 (ה"ח 1209, עמ' 22), נאמר בסעיף 39(א): "נקבעו ילדים או צאצאים – גם [...] מי שגולד תוך 300 יום לאחר קרות המקרה, במשמע." אין אנו רואים את דברינו מלעיל כמיתרים הוראה כזאת, לפי כוונתה הפרשנית.

או עקרון הייצוג, כפי שקוראים לו). כאשר החוק קובע מענק ממענקי ברי-העזובון לבנים, יבואו בחשבון הבנים בלבד (לפי דעתנו, לרבות העובר, לכשיולד) אך לא בני הבן שנפטר. הסדר כזה נוגד כשלעצמו את הסדר החוק ולכן אימוצו היה דורש הוראה מפורשת.

קשה גם לטעון כי הוראות הפסלות לרשת שנסעיף 5 לחוק הירושה תחולנה על ברי-עזובון; מקובל שכללי פסול אינם ניתנים להיקש⁶⁷. ואולם הרי הדבר פוגע בהיגיון וברגש המוסרי שהפסול לרשת את נכסי הברי-העזובון, משום מעללים חמורים שעשה נגד המנוח, יהיה כשר לקבל כל נכס מנכסי ברי-העזובון (שלעתים קרובות אינם נופלים מהראשונים בחשיבותם). לא יניח את דעתנו התירוץ המבוסס על ההבחנה הדוגמטית בין עזובון ובין ברי-עזובון. אם מבקשים למנוע, בעזרת פסלות הרוצח או המנסה לרצוח את המוריש, תמריץ לרצח, שיקול זה יחול גם בנוגע לברי-העזובון; והוא הדין לגבי השיקול כי הרגש המוסרי נפגע מפני שהפושע יקבל פרס. ולא עוד אלא שיש מקרים לא מעטים שבהם דבר הפסלות מתאים לברי-העזובון יותר מאשר לעזובון. במה דברים אמורים? לאו דווקא ברצח שבוצע, כי אם במקרים אחרים (הנכללים בסעיף 5 הג"ל או שאינם נכללים בו) שבהם מן הסתם ניתן לנפגע להדיח את בעלי המעלל מירושתו — ואילו, לפי הדינים הנוהגים, לא ניתן לו לשלול מהם את המגיע להם על-פי-דין⁶⁸. בנוגע לברי-העזובון.

לפי שיקול זה יש מקום לשאלה אם, בקשר לברי-העזובון — ולברי-העזובון על-פי-דין, במיוחד — אין רשימת הפסולים ראויה להיות רחבה יותר מאשר לפי סעיף 5 הג"ל ולכלול הפרה חמורה של החובה המשפחתית מצד השאר הגדון⁶⁹.

ז. חופש ההורשה וברי-העזובון

בדיני הירושה שורר בישראל חופש הדיספוזיציה של המוריש. אמנם גלוי לכל הסיכון שלפי חופש הורשה זה ינהג המוריש בשרירות לב ויצווה מתוך מניעים פסולים. אך, לטובת העיקרון המקובל קיימים שני נימוקים רבי משקל. האחד הוא שבלעדי קניין הפרט היה לקוי, והשני כי בכל מקרה ומקרה של ירושה הנסיבות הן שונות ורק למוריש היכולת להכירן ולהעריך. במקום "ירושה משוריינת" ו"חלק של חובה" הנוהגים בארצות אחרות ראה המחוקק הישראלי ריסון מספיק לחופש ההורשה במוסד המזוגות מן העזובון, המיועד להציל מחרפת רעב את בני המשפחה הנצרכים. מגבלה גוספת לחופש הדיספוזיציה — אף אם אין זה נהוג להציגה בתור שכזאת — נמצאת בעדיפות שהחוק נותן

67 על כך עמדנו במאמר "The Law of Laws", *Isr. L. Rev.* 14 (1979) 145, 149-150.
 68 אך, לפי הפירוש המקובל לסעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי, גם בקופות הקיצבה הרשות הניתנת לעמית באותה ההוראה עלולה להתקיים להלכה בלבד, כאשר תקנות הקופה קובעות מי הם המוטבים אחרי מות העמית ושוללות ממנו כל שינוי חד-צדדי. ראה להלן, סעיף ז.
 69 השוה, למשל, בעניין הגמלאות לבן-יוגו של עובד שהיה קרוב לחאונת עבודה, את הפסולים הנקבעים במשפט הצרפתי: Dalloz, *Encyclopédie juridique, Droit social*, "Accidents du travail", §§1283 sqq. (1960), I, ובמשפט האיטלקי: *Noviss. Dig. Ital., cit.*: *supra*, n. 65, בעמ' 1261.

לגושי העיזבון לעומת היורשים, לפי העיקרון שלא ייתכן כי אדם יהיה נדיב אלא אם כן הוא חופשי מחובות (nemo liberalis nisi liberatus).

איזון זה בין אוטונומיה של הפרט ובין דאגה ראויה לנושים ולשארם מעורער כליל בכריהעיובון. יש בו מקרים שבהם קיים אך ורק ההסדר המופשט והנוקשה שבדינים. בנוגע להם זכות המוטבים היא זכות משוריינת, וכל "רשות דיבור" נשללת מן האדם שהמשאבים מוענקים לשאריו "בזכותו" — כפי שאומר החוק⁷⁰ (נקרא לו בקיצור: יוצר המשאבים). זהו המצב המשפטי, למשל, בגמלאות ובמענקים הנקבעים בחוקים לטובת השארם של הנפטר.

הערכת מצב זה עשויה להיות שונה לפי ההשקפות האישיות. מצד אחד, הימצאה במשפטנו של זכות משוריינת בנוגע לנכסים נפוצים וחיוניים מאפשרת אולי להשלים עם העדר המוסדות הג"ל, ירושה משוריינת וחלק של חובה, לאלה שאין דעתם נוחה מהעדרם. מצד אחר, אין הדעת סובלת כי קיום זכויות משוריינות לשארם הנפטר תלוי באקראי, כלומר לפי ההרכב המקרי שהיה למשאבים שברשות המנוח. אם ההסדר שבחוק הירושה הוא קיצוני בכיוון חופש ההורשה, במקרה הנדון קיימת קיצוניות הפוכה.

מסתבר שעל דיני הגמלאות על-פי-דין השפיעו — אולי מתחת לסף הכרתם של המחוקקים — תולדות הפנסיה בארצות המערב, שלפיהן נוצרה הפנסיה בהענקת חסד לאישים שהשלטון ראה אותם ראויים לתמיכה או לפרס וחפץ ביקרם. אך ההשקפה המודרנית רואה בגמלה הניתנת לעובד ולשאריו חלק מהתמורה לעבודת העובד; ולפיה נדרשים שינויים בולטים לעומת העבר, למשל, דחיית ההפליה שהיתה נתונה בין אלמנה לאלמן — כפי שנוטה לדחותה המשפט בימינו. שאלת השאלה אם לא כדאי לקרב את ההסדר בעניין זה ובעניינים דומים להסדר העיזבון.

נראה לנו כי יש לנטוש את שיטת ההסדר הנוקשה הנובעת מן המסורת⁷¹ וכי, עקרונית, יש לתת ליוצר המשאבים את הרשות לכוון את התגמולים והמענקים, לפחות בתוך חוג שאריו הקרובים (כפי שנוהגות לפעמים לקבוע התקנות של קופות קיצבה⁷²), כדי שיוכל להתחשב בכל נסיבות המקרה⁷³. מן הראוי שהמחוקק יורה לקיים את דברי המת, זולת אם אין נימוקים חשובים לסטות מהם (השווה סעיף 81 לחוק הירושה וסעיף 64 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962).

70 ראה סעיף 24 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ה—1968.

71 המחוקק הישראלי השתדל כבר לסטות מנוקשות יתרה בהגדרת הזכאים, כדי שאפשר יהיה להתחשב בנסיבות המקרה הנדון. על כך מעיד עיון בהוראותיו במשך הזמן. ראה הערות מאלפות בת"א (חי') 1374/69 ברי"אור נ' ליטמן, פ"מ עה 178 (אגב פיצויי פיטורים לשארם).

72 ראה, למשל, התקנות של קרן הגמולים וביטוח הדדי של חברי לשכת עוה"ד בישראל, בת"א (חי') 14/69 (להלן, הערה 74); תקנות של קרן הפנסיה של פועלי ועובדי משק ההסתדרות בע"מ, בע"א 447/63 (שם) ובה"פ (י"ם) 95/69 (שם); והשווה גם התקנות של "מבטחים", מוסד לבטוח סוציאלי של העובדים בע"מ (שם).

73 כשמדובר לא במענק חד-פעמי אלא בגמלה לכל ימי התיים, על חופש הבחירה הג"ל ישיגו אולי השגה זו: הוא עלול להכביד על החייב, אם יוצר המשאבים יבחר בילד בגיל רך. פתרון אפשרי יהיה בקביעת שיעור הקיצבה לפי גיל המוטב. כך, השיעור לקיצבת ילד יקטן לעומת השיעור לקיצבת בן-זוג — ולעומת זאת הוא יגדל, אם תינתן הקיצבה לאחד ההורים. אך, במקרה של ילד, קיימת גם האפשרות שהקיצבה תיקבע רק עד לגיל מסוים.

במקרים הנ"ל רצוי שתעמוד ליוצר המשאבים היכולת לחזור ולמנות מוטב אחר תחת המוטב שציין לראשונה ושלא יינתן לו לוותר עליה — בהתאם למקובל בדיני הירושה. לעיל גידונה השאלה אם, במקרה אחר של בר-עיזבון, הכלל שבסעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי הוא כלל כופה. יהיה פירוש ההוראה הנוהגת אשר יהיה, גם כאן נראה לנו כי, מאותם הטעמים שלפיהם שלילת הויתור מקובלת בדיני הצוואה, רצוי הפתרון החיובי (כלומר, שהכלל יהיה כופה), מה גם שלפי הפראקטיקה של קופות התגמולין, לפעמים מגבילות תקנותיהן את הרשות הנ"ל, לפי תוכנה ולפי צורת הפעלתה⁷⁴, ולחבר אין השפעה על תקנות אלו יותר משיש למתקשר המצוי השפעה על נוסח חוזה אחיד שערך הספק.

אם לא יתפרש סעיף 36(ב) פירוש כופה, להבטחת התאמה במדיניותו די למחוקק להבהיר את הוראתו הנ"ל לפי אותו הפירוש.

קשה יותר עניין הנאמנות הנוגעת לטובת הנאה שיקבל הנהנה במות היוצר או אחרי, כשנוצרת הנאמנות על-פי חוזה או על-פי כתב הקדש שלא בצוואה⁷⁵. הוראות היוצר עלולות לנגח את המדיניות בדבר חופש האדם להחליט עד יום חיו האחרון על ייעוד משאביו אחרי מותו — כפי שהיא מתבטאת בסעיף 8, ובסעיף 8(ב) בפרט — לחוק הירושה.

אכן, כשנוצרה נאמנות כזאת, שביצועה — או עיקר ביצועה — יחול אחרי מות היוצר, ייתכן לראותה בטלה על-פי סעיף 8(ב) הנ"ל. אם אין לפרש כך את ההוראה הנ"ל, עלינו לומר כי מוסד הנאמנות מסוגל לעקוף איסורים, בהתאם למוצאו בתולדות המשפט האנגלי.

ח. בר-עיזבון ומזונות מן העיזבון

אשר לסייג לחופש ההורשה שבמוסד המזונות מן העיזבון, ברי לנו גם כן שכדאי לאמצו אף לגבי בר-העיזבון. לסיפוק מזונות לשארים הנצרכים, מן הראוי שבית המשפט יהיה מוסמך לגייס, לא רק את נכסי העיזבון ואת המתנות שנתן המוריש בין החיים (תוך שנתיים לפני מותו) על-פי סעיף 63 לחוק הירושה, אלא גם את משאבי בר-העיזבון.

ספק אם אין זהו הדין הנוהג כבר במקרה מסוים, המקרה הנדון בסעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי. קובע סעיף 63 הנ"ל שאם לא היה בעיזבון כדי סיפוק המזונות המגיעים ממנו, רשאי בית המשפט לראות כחלק מן העיזבון מה שכתב המוריש תוך שנתיים לפני מותו בלי תמורה נאותה, למעט מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות

74 ראה, למשל, את התקנות של קרן הגמולים וביטוח הדדי של חברי לשכת עוה"ד בישראל, כפי שהן הובאו וכובדו בת"א (חי') 14/69 קרן גמולים וביטוח הדדי של חברי לשכת עוה"ד בישראל נ' פסקה, פ"מ סט 282; וכמו כן התקנות של "מבטחים", מוסד לבטוח סוציאלי של העובדים בע"מ, בע"א 14/61 עזבון אכרכנאל נ' "מבטחים" פ"ד טו (2) 1840; והתקנות של נתיב, קרן פנסיה של פועלי ועובדי משק ההסתדרות בע"מ, בה"פ (י"ם) 95/69 פ"מ עא 22; ע"א 447/63 לוי נ' באטרים, פ"ד יח(1) 505; והתקנות של קרן הביטוח והפנסיה של פועלי הבניין ועבודות ציבוריות בת"א (חי') 1495/70 שקרה נ' קרן הביטוח והפנסיה (הנ"ל), פ"מ עז 136.

75 חוק הנאמנות, תשל"ט—1979, סעיפים 2, 17(א)(1).

העניין. בהוראה זו צפה המחוקק את המקרה שהמתנה ניתנה למוטב במישרין והטיל על המקבל להחזיר את אשר קיבל ללא תמורה מצדו (לפי פרטי ההסדר שבסעיף 63(ב) ו(ג)). אך במקרים המעניינים אותנו כאן שילם המוריש לא למוטבים אלא לחברת הביטוח או לקופה, ואין לומר שהן קיבלו את הדמים ללא תמורה מצדן, כיוון שהתחייבו התחייבות מסוימת. הפתרון שמן הראוי להעלות על הדעת — שהמוטבים ישלמו לעיזבון את שווי הפרמיות⁷⁶ ששילם המבוטח (או מישהו אחר עבורו) או את הסכומים שחבר ה"קופה" או אחרים הכניסו עבורו ל"קופה", שהם נהנו מתמורתם, בסופו של דבר — פתרון זה אינו בדיוק "להחזיר" כנאמר בסעיף 63(ב).

אולי אין קושי פרשני דומה בהחלת סעיף 63 על המקרה שהמנות יצר נאמנות שלפיה קיבלו מוטבים טובת הנאה מסוימת עוד בחייו, תוך שנתיים לפני מותו — כיוון שכאן, אף-על-פי שלא נתן המנוח במישרין למוטבים, יש התאמה בין מה שנתן המוריש ובין מה שקיבלו המוטבים, ולכן בין מה שהם קיבלו ובין ההשבה שאפשר לדרוש מהם. פתרון זה מסתבר גם אם, לפי הסדר הנאמנות, אמורים המוטבים לקבל טובת הנאה במות המוריש או אחריו ולמעשה הם הספיקו לקבלה כבר בזמן הדין.

אין שום אחיזה בסעיף 63 הנ"ל לזכות המגיעה לבן-זוג במות בן-זוגו במסגרת איזון המשאבים. בהסכם לאיזון המשאבים בין בני-זוג אין כל מתנה, ישירה או עקיפה, ואולם נראה לנו כי, אם מן הראוי שהשארים הנצרכים יקדמו לבן-זוג כשהוא יורש, על-פי-דין או על-פי צוואה, מן הצדק גם כן שיקדמו כשהוא נושה על סמך איזון המשאבים. אין זה הדין הנוהג. בעלי המזונות מן העיזבון זוכים במנה על-פי-דין. בתור שכאלה הם קודמים לבן-זוג המתייצב כיוורש (כיוורש כללי) או כזוכה במנה על-פי צוואה, בין שבעלות המנה עוברת לו במישרין מהמוריש ובין שהוא זכאי לקבלה מן העיזבון, בתור נושה "פנימי". אבל לפי הדין הנוהג לא יקדמו לבן-זוג שעל סמך איזון המשאבים יתייצב בתור נושה ככל נושה חיצוני אחר (ראה סעיף 104 לחוק הירושה). ברם, אם נתעלם מהיגיון פורמאלי זה, ניווכח שאין מקום להפלות בין שני תארי האפשריים הללו. ההיגיון הפורמאלי היה דורש גם לשלול את כל נפקות האיזון על זכות בן-זוג בתור יורש; ואולם המחוקק ראה לנכון להתגבר עליו ולהורות את הוראת סעיף 16(1) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג—1973.

ט. מוטבי ברה-העיזבון ונושי העיזבון

נושי העיזבון החיצוניים קודמים לכל היורשים (לרבות הזוכים במנה, מכל הסוגים). משום כך השיקול דלעיל (שלפי המשפט הרצוי ראוי למזונות מן העיזבון דין קדימה לעומת מוטבי ברה-העיזבון) היה דורש מכל שכן כי מוטבי ברה-העיזבון בכללם ייסוגו מפני נושי העיזבון. שוב, אין זה הדין הנוהג⁷⁷. כאן אין מקום אפילו לדון בהוראה

76 השווה הפתרונות המקובלים בקשר לירושה המשוריינת ולחלק של חובה במשפט האיטלקי (סעיף 1923, פסקה שנייה, לסה"ח) ובמשפט הגרמני (Kipp-Coing, *Erbrecht*, 12. Bearb.), במשפט השוויצרי (סעיפים 476, 529 לסה"ח האזרחי) מתחשבים בשווי הפדיון של הפוליסה.

77 על תחולת סעיף 147 לחוק הירושה ראה ע"א 293/72 פילוסוף ג' יתעזו/ פ"ד כז (2) 535; ועל הדין הקדם ראה ע"א 307/59+78 מרינת ישראל ג' עובד הירנה, פ"ע מו 197.

דומה להוראת סעיף 63 שמכוון לטובת בעל המזונות מן העיזבון ולא לטובת נושי העיזבון⁷⁸. רק במשפט הפיסקאלי, במקביל לסעיף 63 הנ"ל, נמצאות הוראות, ובהיקף רחב יותר, לטובת נושים — כלומר, לטובת נושה אפשרי⁷⁹ אחד, והוא אוצר המדינה שמגיע לו מס העיזבון. אלה הן הוראות סעיף 3(א)⁸⁰ ו-3(ב) לחוק מס עיזבון, תש"ט—1949, שלפיהן העיזבון כולל, בין היתר:

"סכום המשתלם בפטירתו של הנפטר או בתאריך מסויים שלאחריו, על פי פוליסה לביטוח, או על-פי חוזה עבודה, או על-פי חברות בקופת פנסיה או תגמולים, אם דמי הפרמיה או התמורה, הכל לפי הענין, שולמו מנכסי הנפטר; אולם לא ייחשב כנכס עיזבון סכום כאמור המשתלם לבן זוגו, לילדיו, לצאצאי ילדיו, או להוריו של הנפטר, או לכל אדם שהיה סמוך על שולחנו — אלא אם יוכח שדמי הפרמיה או התמורה ששולמו, כאמור, עלו על סכום המתקבל על הדעת בנסיבות המקרה."
 "(ב) נכסים שהועברו או שנמסרו כאמור לידי נאמן לטובת אדם אחר — יראו אותם כנכסים שהועברו או שנמסרו לאדם אחר."

בהוראה זו נדונים רק אחדים ממשאבי ברי-העיזבון. אך, גם לגביהם עינינו הרואות: אפילו המחוקק הפיסקאלי לא העז לבטל את הפריבילגיות המקובלות אלא בסייגים חמורים. נראה לנו שאין הצדקה לזכות-היתר שממנה נהנים מוטבי ברי-העיזבון לעומת הירושים על-פי חוק הירושה, הזכות לקבל את טובת ההנאה שלהם נקייה, ללא כל השתתפות מצדם בנטל החובות המגיעים מן העיזבון. פטור מוחלט ממס לטובת שארים מסוימים היה סביר אילו זאת היתה מדיניות החוק גם לגבי הנכסים הנחשבים נכסי עיזבון בעיני המשפט האזרחי. כיוון שהמחוקק הפיסקאלי הכיר עקרונית בכך שאין להפלות בין משאבי העיזבון ובין משאבים מסוימים שמחוצה לו, היה עליו לגלות עקביות במדיניותו.

מובן יפה עניין המדינה למנוע מקרי מצוקה המביאים לידי מעמסה על הציבור, ואולם אין יסוד להניח כי שלילת הפריבילגיה הנ"ל היתה מביאה לידי מצוקה בכל המקרים או ברוב המקרים. ואף במקרים האלה אין כל צידוק לכך שהבעיה תיפתר כאן על חשבון הנושים דווקא ולא על-ידי הסעד הציבורי, ככל מקרי מצוקה אחרים.

מלבד בעיית המדיניות קיימת כאן גם בעיה טכנית. בדונה בשארים ש"היו לדיירים" אחרי מות הדייר הקודם, ראתה הפסיקה את זכות הדייר החדש כשייכת אמנם לעיזבון, לצורכי מס העיזבון, אך יחד עם זאת פסקה ששווייה אפס — לאור סעיף 5 לחוק י, שלפיו שוויים של נכסי עיזבון יהיה המחיר שהיה מתקבל בעד כל אחד מהם, אילו נמכר בשעת פטירתו של הנפטר על-ידי מוכר מרצון לקונה מרצון; ובהתחשב באי-עבירותה

78 שלילה לזכות הנושים במקרה של ביטוח על חיי הנפטר מקובלת גם במערב גרמניה אבל ישנם מתנגדים לפתרון זה. ראה Kipp-Coing (לעיל, הערה 76) שם. הקטע הנדון נעדר במהדורה האחרונה (13. Bearb., 1978).

79 למעשה, האוצר לא יהיה נושה בפועל בגין מס העיזבון ביחס למשאבים אחרים אלא אם כן קובעים כי משאבים אלו נכללים בעיזבון — לצורכי המס, לכל הפחות.

80 לפי התיקון שבחוק מס עיזבון (תיקון מס' 3), תשכ"ד—1964, סעיף 3.

81 ראה תיקון מס' 3, הנ"ל, סעיף 5.

מרצון של זכות הדייר⁸². על המחוקק להבהיר כי שוויו של נכס בלתי עביר ייחשב לפי השווי שהיה לו אילו היה עביר.

להגנת החסינות מפני אחריות לחובות הנפטר, יעירו כי הנושים לא יכלו לסמוך על משאבים שלא היו לחייב. שיקול זה אינו גוגע אלא לנושים שמקור זכותם בעסקה, וגם בקשר להם טיעון זה לא נראה לנו מכריע. זכות הנושה אינה מוגבלת לפי משאבי החייב, הקיימים והעתידיים, שבידיעת הנושה. נכון הדבר שבר-העיובון גוגע למשאבים שלא היו, רובם, ברכוש החייב בזמן מותו, אך יש להתחשב בזה שכנגד חלק מהם החייב נתן תמורה ושבחלקם היו נשארים ברכושו או נכנסים אליו אילו האריך ימים⁸³. השאלה היא אם, בעימות נושים מול מוטבים, עדיפות הראשונים, המקובלת בעיובון, צריכה להיעשות עדיפות האחרונים בנוגע לבר-העיובון. בין הנושים, המבקשים למנוע הפסד (certant de damno vitando כלשון הרומאים) ובין המוטבים, שהם בעיקר המבקשים להשיג רווח (certant de lucro captando) מן הראוי שהמשפט יצדד בזכות הראשונים. אמת נכון גם הדבר כי נהוג שהמשפט פוטר נכסים מסוימים של החייב עצמו מן העיקול ומהוצאה לפועל, ובשיטות משפט אחדות מרחיקים לכת ונותנים לפרט לכונן מכלולי נכסים חסינים מתקיפה של נושי הבעלים: למשל ה־ dos (נדוניה) הרומאית, על-פי המסורת שנתקבלה בארצות שאליהן עבר מוסד זה, ה־ homestead exemption של המשפט האמריקני — מלבד החסינות המקובלת לעתים בעניין הנאמנות. אבל, חוץ מן התחום שבו היא מוצדקת מטעמי אנושיות, ספק אם החסינות הנדונה ראויה לשבח. מכל מקום, ראוי כל עניין להידון לגופו — בעוד שבעניין שלנו נובע פטור המוטבים בבר-העיובון מטעמים דוגמטיים ובדרך כלל לא משיקולים של צדק וכדאיות. אמנם, בקשר למקרים הנדונים בסעיף 36(ב) לחוק החוזים הכללי, יש אומרים כי כדאי לעודד את הביטוח ואת התיסכון הכרוך בחווי ביטוח החיים ובחברות בקופות הקיצבה והתגמולים. ברם, האם אלה הן צורות התיסכון היחידות? ומכל מקום, האם מן הצדק שהתיסכון ייעשה על חשבון הנושים?

בקשר לנאמנות, היו שביקרו קשות את החסינות שחוק הנאמנות, סעיף 20, מעניק לנהנה מפני נושיו⁸⁴. אך, עוד לפני בעיה זו (הנאמנות כמסתור בפני נושי הנהנה), מתעוררת הבעיה של הנאמנות כמסתור בפני נושי היוצר. בקשר לנושים של בעל המשאבים קיים פער בין מתנה שביצועה אחרי מות הנותן (סעיף 8 לחוק הירושה) ובין נאמנות הנוצרת שלא על-ידי צוואה ושביצועה אחרי מות היוצר אם לא ניתן לנושי היוצר לבטל את הנאמנות ולרדת לנכסים שהיוצר העביר לנאמן.

כדי להטיל על מוטבי בר-העיובון השתתפות בנשיאת הנטל שבחובות העיובון ובמזונות מן העיובון יש להעמידם בשורה אחת עם הזוכים במנה. למשל, נראה את כן הווג הזכאי לאיוון המשאבים לא בתור נושה ככל יתר הנושים החיצוניים של העיובון — כי אם כנושה "פנימי" (כמוהו כבעל מנה), שרגליו נדחקות מפני הנושים החיצוניים.

82 ראה תע"ש ברגמן ג' מנהל מס עובד, פ"מ תשל"ו (1) 416.

83 שיקול זה יחול גם כשמדובר במשאבים שאילו המנוח היה חי, כל עוד לא נכנסו לרכושו, זכותו להם לא היתה ניתנת לעיקול (ראה חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968, סעיפים 135, 138; פקודת העיריית [נוסח חדש], סעיף 185).

84 ראה: ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיוני משפט ז' (1980) 281, 303 ואילך.

בדרך כלל, הרעיון שגם על מוטבי ברי-העיזבון לשאת בנטל החובות עשוי להתגשם בשתי צורות. האחת היא שבשעת הצורך תצומצם או תבוטל ההטבה המגיעה למוטב מחייב ההטבה, כדי לשחרר את היתרה ולהזרימה לפירעון החובות. הדרך השנייה היא לשמור על ההטבה למוטב כמות שהיא ולהטיל על המוטב תרומה (לפי שווי ההטבה שהוא מקבל) לפירעון החובות.⁸⁵ ברוב רובם של המשאבים הנדונים ניתן לבחור בין שתי הדרכים, היות שמדובר בכסף. אך, בדיירות על-פי-דין שמכירים בה לשארי הדייר הנפטר, אין להעלות על הדעת אלא את הדרך השנייה. מכל מקום, גם ביתר המקרים, זאת הדרך הגותה לחייבי המשאבים, גם אם אינה הבטוחה יותר לנושי העיזבון.

י. ביקורת אפשרית על קירוב ברי-עיזבון לעיזבון

בעניינים הגדולים לעיל, רובם ככולם, נוכחנו לדעת שהפתרון הרצוי הוא בקירוב ברי-העיזבון לעיזבון לפי הסדרם המשפטי.⁸⁶

עירוב תחומים זה לא יהיה לרוחם של משפטנים שונאי כלאיים ושעטנו. למניעתו יציעו אולי פתרון מרחיק לכת שלכאורה הוא גם מניח את הדעת ביותר: החלת דיני הירושה על מקרי ברי-העיזבון, ועל-ידי כך בליעת ברי-עיזבון לתוך העיזבון; כלומר, היעלם ברי-העיזבון לחלוטין. אך אין הדבר פשוט כפי שהוא נראה במבט ראשון. תחולת דיני הירושה במלואם היתה דורשת, למשל, שבביטוח החיים נטיל על המבוטח לכתוב בצוואה דווקא את שם המוטבים וכל שינוי שיבקש להכניס במינוי המקורי; והוא הדין בקשר לקופות התגמולים והקיצבה. גלוי לכל שלא ייתכן הסדר לא מעשי זה.

לכאורה אין הבעיה קיימת בקשר למוטבים מכוח החוק, כיוון שהמקור לירושה על-פי-דין עשוי להימצא גם מחוצה לחוק הירושה. אבל גם כאן יתעורר הקושי הנ"ל אם בהטבה זו או אחרת מן ההטבות על-פי-דין שבברי-העיזבון נבקש להעניק "רשות דיבור" ליוצר המשאבים בבחירת המוטבים, כנאמר לעיל.

בעירובין הנ"ל אין חידוש אלא בהיקפם, כי במידה מסוימת נמצא הדבר בחוקים הנוהגים או בפרשנות המקובלת, כפי שכבר הוכרנו לעיל. למשל, לפי סעיף 147, סיפא, לחוק הירושה מצורפים לעיזבון סכומים שמשלמים לרגל חוזה;⁸⁷ בין שתגמולי הביטוח ייחשבו בכלל העיזבון, לפי הוראה זו, ובין שלא ייחשבו בכללו (לפי אותו הסעיף, רישא), מרשה סעיף 36 לחוק החוזים הכללי למנות את המוטב — או להחליפו באחר — גם על-ידי צוואה. ובקשר להוראת הסעיף 147, רישא, העירו בעל-עיון כי "מכיוון שצוואה מתייחסת מעצם טיבה רק לעיזבון (ראה סעיף 40 לחוק הירושה), קשה לראות כיצד ניתן להכליל בה הוראות לגבי זכות שאינה בכלל עזבון הנושה על פי סעיף 147

85 על נקיטת שתי הדרכים האלה בחוק הירושה עמדנו במאמר "חובות העזבון", עיוני משפט ה (1976) 14, בעמ' 20, 33.

86 נטייה כזאת מצטיירת גם אצל מלומדים אחדים בגרמניה. ראה לאיפולד (לעיל, הערה 24) 209; דויבלר (לעיל, הערה 23) שם; *Coing, in Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentag (1972) Bd. 1 A 1, 53*.

87 במשפט המערב-גרמני, שבו אין הוראה מקבילה לסעיף 147 הנ"ל, לפי הדעה השלטת אין רואים את תגמולי הביטוח כשייכים עקרונית לעיזבון.

הנ"ל⁸⁸. אך מבחינה פראגמטית ההסדר טוב, כיוון שהרשות למעניק לחזור בו יפה להענקה post mortem ושצורת הצוואה עשויה להבטיח סודיות להצהרת המבוטח כל ימי חייו וגם הגנה מעולה מפני אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת וטעות. לפיכך, אם בעתיד יאפשרו ליוצר המשאבים לומר את דברו במקרים שבהם מוענקת זכות מזכויות בר-העיוזבון מכוח החוק, כדאי שיינתן לו לעשות זאת גם בצוואה.

לצורכי סיפוק מזונות מן העיוזבון מרשה סעיף 63 לחוק הירושה לבית המשפט "לגייס" מתנה שהנפטר ערך וקיים בחייו: לפיכך, על אחת כמה וכמה ייתכן "לגייס" לצורכי המזונות או לצורכי חובות מיצויים לעיוזבון הטבות המגיעות למוטבים רק במות יוצר המשאבים⁸⁹.

אפשר שבעירוב הגדון — ויהיה זה רחב פחות או יותר — ייראה "פגם אסתטי". אך, אם במקרים המתאימים ביכולתו להבטיח הסדר צודק ומעשי, פגם זה הוא הרע במיעוטו.

88 ראה, גבריאלה שלו, חוזה לטובת אדם שלישי (פירוש לחוקי החזים, בעריכת גד טדסקי) ירושלים, תשל"ז, 69§, עמ' 51.

89 לעיל, בסעיף ה, הזכרנו גם את הסעיפים 11(ב)(ג), 104 לחוק הירושה, על-פי סעיף 16 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, ואת ה"כלים השלובים" בדבר זכויות הנושים וזכויות התלויים כלפי האחראי למות אדם (מלבד סעיף 3(א) לחוק מס עובד).