

סעיף 25 לחוק הירושה - שבירת גבולות שיקול הדעת שהותוו לביהמ"ש בחקיקה**מבוא**

החוברת השלישית של כתב העת חוקים צפויה להתמקד בהצעת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. ברשימה זו נציג מקרה אחר, הוא המקרה של סעיף 25 לחוק הירושה, בו נקבעו לבימ"ש גבולות שיקול דעת וננסה ללמוד מאותו המקרה על התגובה הצפויה של ביהמ"ש להצעת החוק של הבנית שק"ד בענישה.

בחלקה הראשון של רשימה זו נסביר בקצרה את הרציונל העומד מאחורי סעיף 25 לחוק הירושה, בחלק השני נתאר את התפתחות הסעיף ודו השיח בעיצובו בין המחוקק לביהמ"ש, בחלק השלישי נציע מספר הסברים לשינוי בגישת ביהמ"ש בנוגע לאופן פרשנות הסעיף, מפרשנות מצמצמת לפרשנות מרחיבה בנוגע להיקף שיקול הדעת הנתון לביהמ"ש. בתוך כך נביא את הסברו של פרופסור מאוטנר בדבר ירידת הפורמליזם ומתן דגש ליסוד היצירה בפסיקת ביהמ"ש. הסבר זה של פרופסור מאוטנר בנוגע לשינוי באופי פסיקת ביהמ"ש מוחל אף בדין הפלילי, ומכאן האפשרות להשליך בין תחומים שונים אלו. לבסוף נטען כי על אף השוני המהותי בין שיקול הדעת הנתון לביהמ"ש בחוק הירושה לבין הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה יתכן ואף בהליך גזירת הדין נצפה לפרשנות מרחיבה בדבר היקף שיקול הדעת שניתן לביהמ"ש, לפחות בהקלה בחומרת גזר הדין, ובכך מתן ביטוי למעמדו היוצר של ביהמ"ש.

הרציונאל העומד מאחורי סעיף 25 לחוק הירושה

הדרישות הצורניות לעריכת צוואה נועדו לוודא כי זו מבטאת את רצונו האמיתי או בלשון החוזים את גמירת דעתו של עורך הצוואה בדבר תוכנה. עם זאת, בניגוד לחוזה הדרישות הצורניות לעריכת צוואה הינן מחמירות. דרישות צורניות אלו דרושות מכיוון, שבניגוד לחוזה בו בדרך כלל הצדדים לחוזה יכולים להעיד בדבר גמירות דעתם, צוואה מקוימת בהעדרו של עורך הצוואה ואין וודאות בדבר אמיתותה, ועל כן הדרישות הצורניות יכולות להעיד על רצונו של המצווה בהעדרו. כמו כן, הדרישות הצורניות לעריכת צוואה מקנות טקסיות המעידה על גמירות דעת בעריכתה, ועשויות להביא להגנה מפני השפעה לא הוגנת בעריכתה (כגון הדרישה שצוואה בכתב יד תיכתב בכתב ידו של המצווה ולא של אחר). בנוסף, הדרישות הצורניות מקלות על הציבור לדעת כיצד לערוך צוואה ועל ביהמ"ש להבחין בין צוואה

למסמך/רצון אחר (תפקיד מכוון).¹ עם זאת, הקפדה יתירה על הדרישות הצורניות ובפרט ביטול צוואה בשל פגם שנפל בה עשויים להוביל להחמצת המטרה של קיום רצון המצווה,² כאן נכנס סעיף 25 המאפשר לביהמ"ש ל"רפא" פגמים בצוואה על מנת לקיים את רצון המצווה. סעיף זה תוקן מספר פעמים על-ידי המחוקק בעקבות האופן שבו פירש אותו ביהמ"ש.

גלגולו של סעיף 25 לחוק הירושה

סעיף 25 בנוסחו המקורי בעת חקיקת חוק הירושה קבע כך:

"קיום צוואה על אף פגמים בצורתה

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"³

אמנם הסעיף קבע תנאי מחמיר של **העדר ספק**⁴ באמיתותה של הצוואה. אך, נראה כי הסעיף נקט בגישה מרחיבה הכוללת פירוט הן של מקרים קונקרטיים והן מקרי סל בהם ביהמ"ש הוסמך להפעיל שיקול דעתו לתקן פגמים בצוואה.

אף על פי כן, ביהמ"ש העליון, בד"נ קניג,⁵ פירש את הסעיף בצמצום ופסק שהסעיף מאפשר לתקן "פגם" בלבד ולא "חסר" בצוואה כגון העדר חתימה או תאריך בצוואה בכתב יד. על כן, בעניין קניג פסל ביהמ"ש צוואה בשל חסר בתאריך ובחתימה, שהינם מרכיבי יסוד לעצם קיומה של צוואה, על אף שלפי קביעת ביהמ"ש, לא היה ספק באמיתותה של הצוואה הנדונה. קביעה זו של ביהמ"ש ופרשנותו המצמצמת בדבר היקף שיקול דעתו להכשרת פגמים בצוואה ספגה ביקורת פרשנית-מילולית ומהותית מקרב מלומדים.⁶

¹ דורון מנשה "ההיגיון של סעיף 25 לחוק הירושה" ספר **מנשה שאוה** 466, 463 (אהרון ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006) (המאמר להלן: "ההיגיון של סעיף 25"); שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה תשכ"ה 1965** א 227 (1992) (להלן: **פירוש לחוק הירושה**).

² ד"נ א 7818/00 **אהרן נ' אהרוני**, פ"ד נט (6) 653, 691 (2005).

³ סעיף 25 לחוק הירושה, התשכ"ה-1968.

⁴ ביקורת על נטל זה ראה ב"היגיון של סעיף 25", לעיל ה"ש 1, בעמ' 463.

⁵ ד"נ 40/80 **קניג נ' כהן**, פ"ד לו (3) 701 (1982).

⁶ כך לדוגמא: אלי שחור "קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה – סעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה 1965" **הפרקליט** לו 538, 544 (1984). שם בהתאם לניתוח מילולי של הסעיף נטען, בניגוד לפרשנות בפס"ד קניג, כי ראוי לפרש את המילה פגם בסעיף כמקנה סמכות להשלים חסר בצוואה; **פירוש לחוק הירושה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 233.

בשנת 1985 נוסח הסעיף מחדש כך שיהיה נהיר כי לביהמ"ש נתון שיקול דעת רחב להכשיר חסר בצוואה מסוג זה שנדון בעניין קניג.⁷ אמנם תיקון זה, נתן מענה לנסיבות של פס"ד קניג, אבל עסק בחסר רק של צוואה בכתב יד, ולא בחסר של צוואה בעדים. בשל תיקונו של סעיף 25 בהתאם למידותיו הקונקרטיות של עניין קניג, וללא קוהרנטיות פנימית, תוקן הסעיף פעם נוספת ונוסח מחדש, בשנת 2004, כפי שמוכר כיום:

קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה

25. (א) התקיימו מרכיבי היסוד בצוואה, ולא היה לבית המשפט ספק כי היא משקפת את רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, רשאי הוא, בהחלטה מנומקת, לקיימה אף אם נפל פגם בפרט מן הפרטים או בהליך מן ההליכים המפורטים בסעיפים 19, 20, 22, או 23 או בכשרות העדים, או בהעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור.

(ב) בסעיף זה "מרכיבי היסוד בצוואה" הם:

(1) בצוואה בכתב יד כאמור בסעיף 19 הצוואה כולה כתובה בכתב ידו של המצווה;

(2) בצוואה בעדים כאמור בסעיף 20 - הצוואה בכתב והמצווה הביאה בפני שני עדים;

(3) בצוואה בפני רשות כאמור בסעיף 22 - הצוואה נאמרה בפני רשות או הוגשה לרשות, על ידי המצווה עצמו;

(4) בצוואה בעל פה כאמור בסעיף 23 - הצוואה נאמרה על ידי המצווה עצמו בפני שני עדים השומעים את לשונו בעת שהיה שכיב מרע או בעת שראה את עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות.⁸

בניגוד למגמת תיקון החוק לאחר פס"ד קניג שנועדה להרחיב את היקף שיקול דעת ביהמ"ש, לשון הסעיף לאחר תיקון זה מצמצמת אותו להבנתי בכך שאינה מאפשרת להכשיר פגם צורני בצוואה במקרה של חוסר באחד מיסודותיה הצורניים, אף אם אין ספק כי זו משקפת את רצונו האמיתי של המצווה. ההסבר שניתן לכך הוא שבמקרה של חוסר באחד המרכיבים המפורטים בס"ק ב, לא ניתן לראות במסמך או בדיבור צוואה. עם זאת, בדברי ההסבר

⁷ בתיקון מספר 7 לחוק הירושה, התשנ"ח-1998, ס"ח 1670, תוקן הסעיף באופן ששונתה כותרת השוליים ל"קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה" והוספת סעיף משנה נוסף לסעיף שקבע כי: " (ב) לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה בכתב יד ובדבר גמירת דעתו של המצווה, רשאי הוא, בנסיבות מיוחדות, לקיימה אף בהעדר חתימה או תאריך כנדרש בסעיף 19".

אמנם תיקון זה, נתן מענה לנסיבות של פס"ד קניג, אבל עסק בחסר רק של צוואה בכתב יד, ולא בחסר של צוואה בעדים, או צוואה בפני רשות. כמו כן, עיגן תיקון זה את ההבחנה בין פגם לחסר בצוואה. מכאן שבמקרים אלו, של חסר בצוואה שאינו העדר חתימה או תאריך לפי סעיף 19 לחוק הירושה לא היה מוסמך ביהמ"ש לתקן פגם בצוואה.

⁸ חוק הירושה (תיקון מספר 11), התשס"ד-2004, ס"ח 313.

להצעת החוק הוצגה התלבטות האם להשאיר קביעות מסוג זה בידי ביהמ"ש או לעגנם בחוק כפי שנעשה לבסוף.⁹

למרות צמצום שיקול דעתו של ביהמ"ש, בדנ"א אהרון השופטת ארבל בדעת הרוב נקטה עמדה לפיה על ביהמ"ש להפעיל את שיקול דעתו באופן רחב מהמסגרת שנקבעה בחוק על מנת להכשיר ביטול צוואה שנעשתה בפני עד אחד, על אף שמדובר בפגם במרכיב יסוד של צוואה בעדים.¹⁰ יודגש, כי השופט ברק השאיר עמדה זו ב"צריך עיון". השופטת ארבל הגיעה לתוצאה זו באמצעות שימוש בפרשנות תכליתית לפיה לשם ודאות בדבר רצון המצווה אין הכרח להסתמך על מרכיבי יסוד צורניים, אף אם הדבר אינו תואם את לשון החוק: "על פי הגישה השנייה, הרחבה יותר, שעומדת גם ביסוד גישתי, רצונו של המצווה גובר כל עוד ניתן להיאחז, גם אם לא באופן מלא, במילות הטקסט - בחוק" (ההדגשות אינן במקור - י.א).¹¹

לסיכום העניין, בשנות ה-80 וה-90 היינו עדים לשינוי בתפיסתו של ביהמ"ש בנוגע למעמדן של הדרישות הצורניות לכשרות צוואה. בעניין קניג, על אף האמון שניתן במהימנות הצוואה הקונקרטי, סבר ביהמ"ש כי במרבית המקרים הערובה הטובה ביותר למהימנות צוואה היא הקפדה על קיום הדרישות הצורניות לעריכתה.¹² כמו כן, יתכן והיה חשש מזלזול בדרישות הפורמאליות לעריכתה של צוואה. על כן, נרתע ביהמ"ש מקביעה שראוי להכשיר חסר בצוואה. לעומת זאת, בעניין אהרון ביהמ"ש נקט בגישה מרחיבה ולא ראה בדרישות הצורניות לצוואה כערובה הטובה ביותר למהימנותה.¹³

⁹ דברי ההסבר להצעת חוק הירושה (תיקון מס' 11) (קיום צוואה על אף חסר בצורתה), התשס"ד-2003, ה"ח הכנסת 30.

¹⁰ עניין אהרון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 703: "כאמור, סעיף 25(א) הקנה לבית-המשפט סמכות לשקול אם ליתן תוקף לצוואה שנפל פגם בעשייתה, אם שוכנע באמיתות הצוואה. להשקפתי, יש לפרש סמכות זו באופן מרחיב. משמעותה של עמדה זו, הלכה למעשה, באה לידי ביטוי בצמצום רשימת אותם יסודות צורניים בצוואה אשר זכו בפסיקה לכינויים יסודות "סטאטיים", יסודות "מהותיים" או יסודות "הגרעין", שסעיף 25(א) לחוק איננו יכול להם".

¹¹ שם, בעמ' 687, וראו גם בעמ' 705-708.

¹² עניין קניג, לעיל ה"ש 5, בס' 1, 2 לפסק דינו של השופט בייסקי: "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", " 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".

¹³ עניין אהרון, לעיל ה"ש 2, בפסקה 20 לפסק דינה של השופטת ארבל: "אין לייחס לפרטי הצורה חשיבות יתירה..., ובודאי לא ערך אובסלוטי, 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".

מאז ניתן פס"ד אהרון לא הזדמנו לערכאות מקרים רבים בהם לא היה ספק בדבר אמיתות צוואה בה קיים פגם במרכיב יסודי. עם זאת, מהמקרים הבודדים שענו על התנאי עולה כי קיימת מחלוקת בנוגע לשימוש בעמדתה של השופטת ארבל במקרה של קיום צוואה.¹⁴

מהן הנסיבות שהשפיעו על ביהמ"ש בבחירתו אימתי לפרש את הסעיף כמקנה לו שק"ד

רחב ואימתי לפרשו כמקנה שק"ד צר?

קיום צוואה מול ביטול צוואה: בעניין אהרון ביהמ"ש מבהיר כי אין לעמוד על הדרישות הצורניות בביטול צוואה באופן מחמיר כפי שיש לעשות בקיום צוואה (כפי שהתבקש לעשות בעניין קניג).¹⁵ עם זאת, לעניות דעתי הבדל זה שבין ביטול צוואה לקיום צוואה אינו יכול לשמש סיבה מספקת להבדל באופן ישום שיקול הדעת ע"י ביהמ"ש, שהרי בשני המקרים התוצאה של פגיעה ברצון המצווה זהה.¹⁶ על כן, הבדל זה יכול לשמש נימוק לדינים שונים החלים על אופן ביטול צוואה ועל אופן עריכת צוואה אך לא נימוק במסגרת דיון בפגם צורני זהה בביטול צוואה לעומת קיומה.

זהות עורך הצוואה וספקות בדבר גמירות הדעת בעריכתה: בעניין קניג, היה מדובר במקרה קשה של אשה מוכה שהתאבדה בקפיצה מהקומה ה-20 כשהיא נושאת על ידיה את ביתה, וזמן קצר לפני כן רשמה על גבי מספר פתקים את צוואתה. במקרה זה ביקשה המצווה לנשל את בעלה. לעומת זאת, בעניין אהרון היה מדובר במקרה "נורמטיבי", בו בני זוג ביקשו לבטל את צוואתם בעזרתו של עו"ד, על מנת שירושתם תחולק ע"פ דין. יתכן, וביהמ"ש נרתע מקיום צוואה שנערכה בידי אישה ערב התאבדותה, בה ניסתה לנשל את בעלה. כלומר, ביהמ"ש לא באמת השתכנע בדבר מהימנות הצוואה (בניגוד למוצג בפסק הדין¹⁷). לעומת זאת, בעניין אהרון לא היה ספק בדבר מהימנות ביטול הצוואה.

הסבר היסטורי: פס"ד קניג ניתן בשנת 1982 (לאחר שפסק הדין בהליך הערעור בעליון ניתן בשנת 1980) עת ביהמ"ש היה הססני יותר בנקיטת פרשנות תכליתית, לעומת שנת 2005

¹⁴ ת"ע (שלום ראשל"צ) 3420/09 פלוני נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בנוב, 2010). במקרה זה ניתן צו קיום צוואה אך טרם ניתן פסק דין מנומק למרות שחלקים מסוימים בצוואה בכתב יד נכתבו במכונת כתיבה, זאת מאחר ולא היה ספק באשר למהימנותה. לעומת זאת, בעניין ת"ע 102920/05 (שלום ת"א) עיזבון המנוחה פרידמן בן-דוד נ' האפוטרופוס הכללי (פורסם בנוב, 10.10.2005) הובעה רתיעה מישום גישתה של השופטת ארבל, תוך התעלמות מלשון החוק.

¹⁵ עניין אהרון, לעיל ה"ש 2, בעמ' 687, 694.

¹⁶ "ההיגיון של סעיף 25", לעיל ה"ש 1, בעמוד 493.

¹⁷ עניין קניג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 185-186: "למען האמת עליי לומר, שהגעתי למסקנה, שאין כאן צוואה של המנוחה בלב כבוד. 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".

בה ביהמ"ש כבר עשה שימוש רחב בפרשנות תכליתית ולא חשש מנקיטת פרשנות מרחיבה בכל הנוגע להיקף שיקול דעתו. פרופ' מאוטנר מצביע על כך, כי החל משנות ה-80 ניתנה הדגשה בפסיקת ביהמ"ש ליסוד היצירה שבפעולת השפיטה ובכך: "בית-המשפט (יצא) נגד אחד מעיקרי הפורמליזם המשפטי, שלפיו אמור תוכנו של המשפט להיקבע על-ידי הרשות המחוקקת, ולא על-ידי הרשות השופטת."¹⁸ יתכן, כי בעת מתן פס"ד קניג תופעה זו עוד לא השתרשה בניגוד לתפיסת ביהמ"ש בעניין אהרון.

יישום: מה ניתן ללמוד ממקרה זה על הצעת החוק להבנית שיקול הדעת בענישה?

חוק הירושה וחוק העונשין עוסקים במטריה שונה בתכלית. כמו כן, הכוונת שיקול הדעת השיפוטי להכשרת פגמים בצוואה הינו מצומצם באופן ניכר ביחס לאופן הבנית שיקול הדעת השיפוטי המוצעת בחוק העונשין. בנוסף לכך, במשפט הפלילי חל עיקרון החוקיות אשר מביא לפרשנות דווקנית של לשון החוק. אף על פי כן, לעניות דעתי, במידה והסיבה לשינוי בעמדת ביהמ"ש בנוגע לאופן פרושו של ס' 25 לחוק הירושה אינה אך תפיסה קונקרטיית של מעמד הדרישות הצורניות לצוואה בקביעת מהימנותה של הצוואה, או התרשמות של ביהמ"ש ממהימנות עריכה או ביטול של צוואה כזו או אחרת, אזי ניתן ללמוד מהאופן בו התייחס ביהמ"ש למסגרת שיקול הדעת שניתנה לו בחוק הירושה ולהשליך מכך (אף אם באופן מוגבל) לאופן בו יתייחס להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. כך, בתיאורו של פרופסור מאוטנר בדבר השינוי שחל באופי הפסיקה של ביהמ"ש הוא מביא דוגמא מהליך פלילי בו מבחן התכלית גבר על מבחן הלשון:

"ניתן לטעון, כי ענין לנו בהוראה פלילית, וכי יש לפרשה על דרך הצמצום... אין בידי לקבל קו מחשבה זה. חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה"¹⁹

לפי ההיגיון הנ"ל במקרים בהם הנסיבות המקילות והמחמירות לא יביאו לענישה הולמת ביחס לחומרת העבירה עשוי ביהמ"ש לעשות שימוש בפרשנות התכליתית על מנת להגיע לתוצאה צודקת. אלמנט היצירה בפסיקת ביהמ"ש לא צומצם אך לתחום האזרחי או דיני

¹⁸ מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503, 542 (תשנ"ג). יצוין, כי בעניין קניג השופט ברק שהיה בדעת המיעוט סבר שיש לקיים את הצוואה. נראה שהשופט ברק הניע את ירידת הפורמליזם בשנות ה-80.

¹⁹ ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421, 427 (1980). במקרה זה נפסק כי אסיר שלא שב לבית הסוהר לאחר חופשה עובר עבירה של בריחה; מאוטנר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 539, 547. לאופן פרשנות דיני העונשין ובתוך כך גם פרשנות תכליתית כמתיישבת עם עיקרון החוקיות ראה שניאור זלמן פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 172-175 (1984).

הירושה אלא הוחל אף בדין הפלילי. מגמה דומה של פרשנות המעבירה את שיקול הדעת לביהמ"ש ניתן לראות בדיני הראיות בהם הועבר הדגש מקבילות למהימנות, אף בהליכים פליליים.²⁰

אף הפגיעה בעיקרון החוקיות במקרה של פרשנות מרחיבה של היקף שיקול הדעת הנתון לבית המשפט אינה ברורה. כך, בהיקש מהעמדה לפיה יצירת סייגים לאחריות פלילית וקביעת הגנות חדשות ע"י ביהמ"ש אינם פוגעים בעיקרון החוקיות, שכן אלו פועלים לטובתו של הנאשם.²¹ ניתן לסבור שבמידה ובית המשפט יסטה מהנסיבות המחמירות לקביעת גזר הדין לא יפגע עיקרון החוקיות.

במידה והשינוי בהתייחסותו של ביהמ"ש לסעיף 25 לחוק הירושה נבע משינוי היסטורי בדבר תפיסת מקומו של ביהמ"ש בחברה, ומהתפתחותה של הפרשנות התכליתית, אזי יתכן ובאופן דומה לגישה המרחיבה את היקף שיקול דעתו ביחס לזה שהתווה המחוקק בחוק הירושה, אף באופן גזירת העונש יסטה ביהמ"ש לפחות מהנסיבות המחמירות שיקבעו בחוק העונשין על מנת שהעונש יהלום את נסיבות העבירה. בכך אין אנו טוענים שישנו קשר מהותי בין חוק הירושה לחוק העונשין. אך ניתן ללמוד מתפיסתו של ביהמ"ש את מקומו ואת היקף שיקול הדעת שנכון שיפעיל, ביחס לשיקול הדעת שהתווה המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בחקיקה האזרחית, אף ביחס לתפיסת ביהמ"ש את תפקידו בישום חוק העונשין, אף אם שם הדבר יבוא לידי ביטוי בצורה זהירה יותר ובשינויים המחוייבים מעקרונות דיני העונשין כגון עיקרון החוקיות (אין עונשין אלא אם מזהירים).

לסיכום:

בסעיף 25 לחוק הירושה קבע המחוקק מסגרת לשיקול דעתו של ביהמ"ש העליון. עם זאת, ביהמ"ש העליון סטה ממסגרת שיקול דעת זו בין לקולה ובין לחומרא בהתאם לנסיבות המקרה או בהתאם להשקפת עולמו בדבר תפקידו של ביהמ"ש. סעיף 25 עוסק במטריה שונה ובהיקף שונה מהצעת חוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. אף על פי כן, יתכן כי תופעה דומה תתרחש בישומו של חוק זה, לפחות בסטייה או הגמשה של הנסיבות המחמירות בענישה.

יואל פוגלמן.

²⁰ ראה לדוגמה ע"פ 141/84 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד לט(3) 596, פס' 2 לפסק דינה של השופטת נתניהו (1985).

²¹ יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 47, 547 (2008).