

הסיפור של קניג נ' כהן: טרגדיה משפחתית, טרגדיה משפטית

נילי כהן*

קניג נ' כהן הוא אולי פסק הדין הדרמטי ביותר במשפט הפרטי: אישה התאבדה בקפיצה מקומה עליונה של מלון, כשהיא נוטלת איתה את בתה, בהשאירה בחדרה במלון פתקאות אחדות בכתב ידה שבהן היא מתלוננת על התנהגותו של בעלה כלפיה, ומבקשת כי לא יירש אותה. מעמדו המיוחד של פסק הדין נובע מהשילוב בין סיפור טרגי מאד, טרגדיה משפחתית, לדילמה משפטית דרמטית. הוא מעורר את בעיית המתח בין החוק למוסר, בין המחוקק לשופט, בין הכלל הפורמלי לעיקרון המהותי, בין יציב לאמת. בבחינתו הפרשנית המחודשת של המקרה מוצגת שרשרת המתחים הללו, המתמצית במאבק בין הצדק הפרטי, שאותו תובע המקרה המסוים המגיע לפתחו של בית המשפט, לבין הצדק הכללי, הנובע מדרישות החוק.

בעניין **קניג נ' כהן** התעוררה השאלה, האם יש להעניק לבעל את ירושת אשתו המנוחה, שעה שאותה אישה ביקשה בחייה למנוע ממנו לרשת אותה עקב התעמרותו בה. הכיוון המרכזי שבו התמקדה הפסיקה היה דיני צוואות. מכיוון זה הצדק הפרטי יענה בשלילה על השאלה האם יש לזכות את הבעל בירושת אשתו, שהרי עקרון היסוד בדיני צוואות הוא שרצונה של המורשה הוא שצריך להכתיב למי תוענך ירושתה. אולם הצדק הכללי מחייב כי רצונה של האישה יעטה גוון פורמלי מסוים, שלא נתקיים במקרה דנן. בעוד דבקות בצורה משרתת את הצדק הכללי דרך הערכים של ביטחון ויציבות, התמקדות במהות הייתה יכולה לשרת את הצדק הפרטי.

ברשימה זו אתמקד בכיוון אחר, ובו נעוץ החידוש הפרשני שבה, העוסק בכלל הפסלות של יורש שגרם במתכוון למות המוריש. בפסיקה שפורסמה בשתי הערכאות אין זכר לכך שמשפחת המנוחה ניסתה לתקוף את כללי הירושה באפיק המקביל של כלל זה. העיסוק החוזר בפרשה זו הביא אותי לחשיפת

* פרופ' אמריטה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, נשיאת האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים.

תודתי נתונה לשופט עופר גרוסקופף ולעורך הדין אלרן שפירא-בר אור על הערותיהם המצוינות ולענת ויידרבורן, עוזרת המחקר, על סיועה המסור והמצטיין. כן ברצוני להודות לעורך "מעשי משפט" עוז פנחס ולחברות המערכת עמית ברקוביץ', מיאר דראושה וטליה פינס על עבודתם היפה.

חומר עיתונאי שסיקר את הפרשה, ואשר ממנו הסתבר שהמשפחה הגישה תלונה למשטרה המייחסת לבעל את האחריות למות אשתו. בסופו של דבר, זנחה המשפחה אפיק זה, והתמקדה באפיק של תוקף צוואתה של האישה. הפרשנות המובאת ברשימה הנוכחית מבליטה את הנסיבות העובדתיות הטרגיות שאפפו את המקרה, היא מתייחסת לכמה הקבלות היסטוריות, ספרותיות ומשפטיות, וכמו כן בוחנת את הסוגיה המשפטית של תחולת העיקרון של "אין חוטא נשכר". מכיוון זה הצדק הפרטי מחייב כי הבעל לא יינה מפירות חטאו, אם התנהגותו הביאה אפילו בעקיפין למות האישה, ואפילו אם רק התנהג אליה באופן פסול. אולם הצדק הכללי ממשטר את תחולת העיקרון האמור, בקובעו תנאים נוקשים שלפיהם יפסל רק מי שגרם במתכוון למות המוריש. החלה גמישה של העיקרון יכולה לשרת את הצדק הפרטי, אך היא עלולה להביא להרחבת שיקול הדעת של בית המשפט באופן שיגרוור התערבות הרסנית בחיי המשפחה ויערער את הביטחון והוודאות בתחום של דיני הירושה, וכך ייפגע הצדק הכללי.

מסתבר שבשני ההקשרים – תוקף צוואה והכלל של פסלות היורש – התמודד המשפט במקרה הנדון עם המתח בין צדק כללי לפרטי, ולא יכול היה לגשר על הפער הטרגי ביניהם. בהקשר הכללי והספציפי עבר המשפט הישראלי תנודות ששיקפו בתחילת הדרך דבקות בכלל הפורמלי ובצדק הכללי. בהמשך התהליך הופעל שיקול הדעת בצורה רחבה מדי כדי פגיעה בצדק הכללי. וכיום אנו עדים להתייצבות מה, שבה מתקיים איזון הולם יותר בין שני סוגי הצדק. הדילמה המשפטית הדרמטית בעניין **קניג נ' כהן**, שניתן לכנותה "טרגדיה משפטית", משקפת את הצורך להכריע במקרה הקשה של הטרגדיה המשפטית, שבו מתמודדים חזיתית שני סוגי הצדק הללו.

מבוא

ד"ר **קניג נ' כהן**,¹ אולי פסק הדין הדרמטי ביותר במשפט הפרטי, נמנה עם פסקי הדין המצוטטים ביותר בפסיקה הישראלית.² ערכו התקדימי נובע מהשילוב בין סיפור טרגי מאוד, טרגדיה משפחתית,³ לדילמה משפטית דרמטית. הוא מעורר את בעיית המתח בין החוק למוסר, בין המחוקק לשופט, בין הכלל הפורמלי לעיקרון המהותי, בין יציב לאמת. בבחינתו הפרשנית המחודשת של המקרה אציג את כל שרשרת המתחים הללו, כשהיא מכונסת תחת הגלימה הרחבה המשקפת את המתח בין הצדק הפרטי, שאותו תובע המקרה המסוים המגיע לפתחו של בית המשפט, לבין הצדק הכללי, הנובע מדרישות החוק. בעניין **קניג נ' כהן** התעוררה השאלה, האם יש להעניק לבעל את ירושת אשתו המנוחה, שעה שאותה אישה ביקשה בחייה למנוע ממנו לרשת אותה עקב התעמרותו בה. הכיוון המרכזי שבו התמקדה הפסיקה היה דיני צוואות. מכיוון זה הצדק הפרטי יענה בשלילה על השאלה האם יש לזכות את הבעל בירושת אשתו, שהרי עקרון היסוד בדיני צוואות

הוא שרצונה של המורישה הוא שצריך להכתיב למי תוענך ירושתה. אולם הצדק הכללי מחייב כי רצונה של האישה יעטה גוון פורמלי מסוים, שלא נתקיים במקרה דנן. בעוד דבקות בצורה משרתת את הצדק הכללי דרך הערכים של ביטחון ויציבות, התמקדות במהות הייתה יכולה לשרת את הצדק הפרטי.

הכיוון האחר שבו מתמקדת רשימה זו, ובו נעוץ החידוש הפרשני שבה, עוסק בכלל הפסלות של יורש שגרם במתכוון למות המוריש. הדגש המרכזי בפסיקה שפורסמה, הן בבית המשפט המחוזי, הן בבית המשפט העליון על שני שלביו, היה העיסוק במתח בין רצון המנוחה לבין הוראות חוק הירושה הנוגעות לצוואה. בפסיקה שפורסמה בשתי הערכאות אין זכר לכך שמשפחת המנוחה ניסתה לתקוף את כללי הירושה באפיק המקביל של הכלל הפוסל יורש הגורם במתכוון למות המוריש מלרשת את מורישו. העיסוק החוזר בפרשה זו הביא אותי לחשיפת חומר הזורה אור חדש על הפרשה. אפיק זה נחשף באמצעות קטעי העיתונות שעסקו בנושא.

בזמנו, כשדנתי בנושא של "אין חוטא נשכר", המהווה עקרון גג שבמסגרתו משובץ כלל הפסלות של היורש הגורם למות מורישו, הבאתי כדוגמה היפותטית את המקרה של קניג.⁴ הסתבר שהדוגמה הייתה נטועה היטב במציאות, והפרשנות המובאת ברשימה הנוכחית מבליטה הן את הנסיבות העובדתיות הטרגיות שאפפו את המקרה, הן את הסוגיה המשפטית של תחולת העיקרון של "אין חוטא נשכר". מכיוון עיקרון זה, הצדק הפרטי מחייב כי הבעל לא ייהנה מפירות חטאו, אם התנהגותו הביאה אפילו בעקיפין למות האישה. אולם הצדק הכללי ממשטר את תחולת העיקרון האמור, בקובעו תנאים נוקשים שלפיהם ייפסל רק מי שגרם במתכוון למות המוריש. החלה גמישה של העיקרון יכולה לשרת את הצדק הפרטי, אך היא עלולה להביא להרחבת שיקול הדעת של בית המשפט באופן שיגרור התערבות הרסנית בחיי המשפחה ויערער את הביטחון והוודאות בתחום של דיני הירושה, וכך ייפגע הצדק הכללי.

בהקשר זה של מתח בין צדק כללי לפרטי עבר המשפט הישראלי תנודות ששיקפו בתחילת הדרך דבקות בכלל הפורמלי ובצדק הכללי. בהמשך התהליך הופעל שיקול הדעת בצורה רחבה מדי כדי פגיעה בצדק הכללי. וכיום אנו עדים להתייצבות מה, שבה מתקיים איזון הולם יותר בין שני סוגי הצדק. הדילמה המשפטית הדרמטית בעניין קניג, שניתן לכנותה "טרגדיה משפטית", משקפת את הצורך להכריע במקרה הקשה של הטרגדיה המשפחתית, שבו מתמודדים חזיתית שני סוגי הצדק הללו. נעבור אפוא לתיאור המקרה.

א. טרגדיה משפחתית

ביום 26 במרץ 1978 הגיעה אישה צעירה עם בתה בת השלוש למלון "שרתון" בתל אביב. היא שכרה חדר בקומה העשרים הפונה לים. לאחר שעות אחדות התגלו גופותיהן של השתיים בחצר המלון. האישה קפצה אל מותה יחד עם בתה. בחדרה שבמלון נמצאו תשע פתקאות כתובות בכתב ידה, ועט פתוח. הפתקים נכתבו על גבי נייר עבודה עסקי

של בעלה. בפתק אחד כתבה המנוחה, שסיבת התאבדותה היא שרצתה להתגרש מבעלה ולא נתנו לה, ולא מצאה דרך אחרת. בפתק אחר כתבה, שאת בתה לקחה איתה, כי אבי הילדה מציק לה, ולא יהיו לה חיים בלעדיה, שהשתיים תשכבנה יחד אם הדבר מותר על פי דין וכי יש לדאוג שהבעל יקבל כמה שפחות. עוד כתבה המנוחה שבעלה לא ישתתף בהלווייתו, שיש לומר לו, שדרך ארץ קדמה לתורה. בשני פתקים רשמה כתובות של קרובים, כדי שניתן יהיה להתקשר איתם, ובכמה פתקים כתבה, שהיא אוסרת על ניתוח גופותיהן.

תוכנו המלא של פתק אחר היה זה:

בס"ד

צוואה

כל מה ששיך לי באופן רשמי כספים וכו' לחלק בין ארבע האחים שלי, השאר שאימי תח' תחליט בעצמה כרצונה.⁵

הסיפור המשפחתי של גיזל ויהושע כהן ובתם הפעוטה שרה משקף בנאמנות אכזרית את דברי הפתיחה של אנה קרנינה שלפיהם "[...] כל משפחה אומללה – אומללה בדרכה שלה",⁶ כמו גם את הבחירות הטרגיות העומדות בפני המשפט.

מי היו בני הזוג? מה היה הרקע המשפחתי שממנו צמחו? גיזל או גיטל⁷ קניג נולדה בשנת 1955, למשפחה חרדית מבוססת באנטוורפן, בלגיה, בת יחידה בין ארבעה אחים. לדברי בני משפחתה היא הצטיינה בלימודיה ושלטה בשש שפות.⁸ אביה יוסף קניג, שוחט ובורדק, עתיר נכסים ונרבן, מראשי הקהילה באנטוורפן, ביקש לשדך לתלמיד חכם, בעל מידות טובות, כדי להקים חצר חסידית, והוא נענה להצעתו של הרב הראשי של אנטוורפן להתוודע ליהושע כהן, רב צעיר ותלמיד חכם, גאון בתורה, בעל זיכרון יוצא דופן. לאחר פגישות אחדות, הוסכם שהשידוך טוב. בשנת 1975 נישאו גיזל קניג ויהושע כהן בירושלים. השניים דרו בבית נאה בירושלים ונהנו מפירות קרן שנועדה לשחרר את הבעל, שכה הצטיין בלימודיו, מטרדות פרנסה. לזוג נולדה בת, שרה, שהייתה כבת שלוש ביום האירוע הטרגי.

חיי הנישואים לא עלו יפה. כשנתיים לפני התאבדותה, הופנתה גיזל לטיפול אצל הרב חיים ליפשיץ מירושלים, פסיכולוג קליני.⁹ לאחר דברי שכנוע מצידה הצטרף גם הבעל יהושע לפגישה אצל הרב ליפשיץ. חרף ניסיונות הרב הטיפול לא צלח. יהושע סירב להמשיך ולבוא לפגישות, ונעזר רק בשירותי הרב שלו. לאחר תקופה נוספת, גיזל הסכימה לייעוץ משותף עם הרב שוורצמן (ראש הישיבה של יהושע כהן).¹⁰ כאמור, כל זה לא סייע לפתרון המצוקה. גיזל בחרה לסיים בצורה טרגית את חייה ואת חיי ילדתה. המקרה הקשה הוליד שאלה עובדתית ושאלה משפטית. השאלה העובדתית הייתה מדוע התאבדה גיזל. על כך היו חלוקות הדעות. טענתה, כפי שבאה לביטוי בפתקים שהותירה בחדר המלון, הייתה שהבעל התעמר בה, כי לא יכלה להתגרש ממנו, וכי לא היה לה מוצא אחר מן הסבך. טענה זו נתמכה על ידי בני משפחתה. לטענת הבעל

לגיזל היו בעיות נפשיות. אך האם אפשר, כפי שטענה משפחתה של גיזל, שהבעל היה מעורב בהתאבדות אשתו?¹¹

השאלה המשפטית הייתה מה יעלה בגורל משאלותיה של גיזל כהן כפי שבאו לביטוי בפתקאות שהותירה בחדר במלון, ובעיקר, האם בעלה יירש אותה. התשובה לכך הייתה תלויה בשתיים: ראשית, בהכרעה העובדתית הנוגעת לשאלה האם היה הבעל מעורב בהתאבדות אשתו, שכן מעורבות זו הייתה מעוררת את תחולת הכלל הפוסל יורש שהיה מעורב במות המורשה מלרשת אותה.¹²

שנית, בהכרעה בשאלה המשפטית מה דינן של הפתקאות שהותירה גיזל בחדר המלון: האם היוו אלה צוואה תקפה המונעת מבעלה לרשת אותה, או שמא מדובר באוסף של משאלות בלתי פורמליות שאינן עולה כדי צוואה, וסדר הירושה ייקבע על פי דין, כלומר בעלה יירש אותה.¹³

ב. המפגש בין הסיפור המשפחתי לסיפור המשפטי

שתי השאלות, מדוע התאבדה גיזל ומה צריך לעלות בגורל משאלותיה, יוצרות פקעת סבוכה עובדתית-משפטית. משפחת קניג יזמה פנייה למערכת המשפטית מתוך כוונה לערער על הסדר הרגיל של הדברים כפי שהוא נראה למראית עין. כלומר, ראשית, שגיזל התאבדה; ושנית, שסתם פתקאות אינן מסמך משפטי המייצר צוואה. מכאן, שחל הסדר הרגיל, והוא שהבעל יורש את מרב עיזבונו.

הפנייה היזומה למערכת המשפטית התפצלה לשני ענפים. הפנייה האחת באה לכפור בכך שהייתה זו התאבדות סתם. אבי המשפחה טען כי גיטל שודלה להתאבד על ידי בעלה,¹⁴ שאמר לה שלמתאבד יש חלק בעולם הבא. שידול להתאבדות הוא עבירה פלילית.¹⁵ משפחת קניג פנתה למשטרה בבקשה לבדוק את נסיבות המוות.¹⁶ חקירה כזו התנהלה בבית משפט השלום בתל אביב על ידי שופט השלום, כתוארו דאז, נתן עמית.¹⁷ במסגרת זו הורה השופט למשטרה לחקור את נסיבות התאבדותה של גיטל, ולבדוק האם ניתן לאמת את טענת האב – שכהן שידל את גיטל להתאבד. בכתבתו של אבי בטלהיים בעיתון "מעריב" בעניין הפרשה נאמר שהרב ליפשיץ (הפסיכולוג הקליני שטיפל בזוג) העיד במשפט וציין כך: "[...] היא טענה שבעלה לא מבין אותה, מפריע בניהול משק הבית, יש סכסוכים והוא מכה אותה". כן טען כי הוא הפנה את גיטל לרופא כללי. כמו כן ציין כי הופעלו עליו לחצים רבים ביחס לעדות מצד משפחת כהן. עד נוסף שעלה על דוכן העדים היה קרוב משפחתה של גיטל, שנתבקש לטפל ברכוש שנותר, שהעיד כי הופעל עליו לחץ מצד אביו של כהן לכל יעסוק בענייני הרכוש ושלא יתערב בפרשה. חיים ברקוביץ, איש אמונה של גיטל, סיפר בבית המשפט:

יהושע כהן אמר לגיטל, כי למתאבד יש מקום בעולם הבא. וכך, במקום לסלק ממנה את מחשבות ההתאבדות, הוא גרם לכך שהחששות מפני ההתאבדות יפוגו. בעידודו הפכו המחשבות של גיטל לכוונות. הוא עשה זאת ביודעין, ביודעו את ההשפעה העצומה שהייתה לו על המנוחה.

הפרשה כולה התנהלה במתח רב הן בבית המשפט, הן מחוצה לו – קהל חרדי רב הגיע ממחנה הבעל וממחנה משפחת האישה. האווירה המתוחה כללה החלפת דברים בין הצדדים ומהלומות במסדרון בית המשפט, שבעקבותיהן הוגשו תלונות במשטרה.¹⁸ מסקנת המשטרה על פי הכתבה ב"מעריב" הייתה זו: "אין ספק שמערכת היחסים בין יהושע וגיטל המנוחה השפיעו [כך במקור] עליה לרעה עד כדי מאיסה בחייה; אבל קשה להוכיח מעשה מכוון ומודע של השפעה ושידול להתאבדות".¹⁹ כן נאמר בכתבה כי יהושע כהן יצא את הארץ מייד עם פתיחת החקירה וסירב להיענות להזמנת בית המשפט להופיע לדיון. פרקליטי משפחת המנוחה ביקשו להפסיק את הליכי חקירת סיבות המוות, עד שיחזור יהושע כהן ארצה. השופט נעתר לבקשה, וציין בהחלטתו כי שני הצדדים יהיו רשאים לפנות לבית המשפט כשייראה להם בבקשה לחדש את החקירה.²⁰ נראה שהחקירה לא חודשה, ולא נקבע דבר בעניין זה.

ובמקביל נעשתה פנייה נוספת לבית המשפט. אחיה של גיזל כהן, פאול קניג, הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים לקיים את צוואתה של גיזל, שבאה לידי ביטוי בפתקאות שהותירה בחדרה. עוד טען שכל מה שהיה לבני הזוג – דירה, כמו גם ריבית מקרן של 100 אלף דולר – ניתן על ידי משפחתה של האישה. הבעל, לעומת זאת, כפר בכך שמדובר בצוואה, וכן ציין כי הדירה נקנתה במשותף והסכום של 100 אלף דולר ניתן כנדוניה, והוא רכשוו הבלעדי, כלומר, עמדת הבעל היא שמחצית מהרכוש המשותף היא שלו, ולגבי המחצית שלה – צוואתה אינה תקפה, וממילא הוא היורש שלה.²¹

השופט משה כהן (לימים שופט בית המשפט העליון) דחה את תביעת פאול קניג בקובעו כי הפתקאות אינן צוואה וכי קיים ספק אם המנוחה פעלה מתוך צלילות דעת.²² השופט דן בשאלה האם ניתן להחיל על המקרה את סעיף 25 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (כנוסחו דאז) שלפיו "לא היה לבית המשפט ספק באמיתותה של צוואה, רשאי הוא לקיימה אף אם יש פגם בחתימתם של המצווה או של העדים או בתאריך הצוואה [...]". השופט כהן קבע כי הסעיף אינו יכול לחול, שכן בהיעדר תאריך וחתימה, אין צוואה כלל, ולא ניתן לדבר על "פגם" שאותו ניתן לרפא. עוד קבע, שהוראות הצוואה, אם הייתה, לא היו ברורות, בהיותן סותרות: יש הוראה לתת לאחים, יש הוראה שהאם תחליט, ויש הוראה שהבעל יקבל כמה שפחות. נוסף על כך, נקבע שלא התקיים כאן המצב של היעדר ספק בדבר אמיתות הצוואה, שכן למנוחה לא הייתה צלילות דעת מספקת לכתיבת צוואה, ומכל מקום, לא הייתה לה גמירת דעת לכתוב צוואה.²³

הערעור שהוגש לבית המשפט העליון על פסק הדין המחוזי,²⁴ לא צלח, והוא נדחה פה אחד. השופט בכור אישר את פסק הדין המחוזי מהטעם הראשון, דהיינו שבהיעדר תאריך וחתימה אין כלל צוואה, ולא ניתן לדבר על פגם שניתן לתקנו. אך הוא הוסיף ואמר כך:

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. זהו מקרה עצוב של בני זוג דתיים ושומרי מצוות, שהחיים המשותפים ביניהם לא עלו יפה; וייתכן שהמשיב ימצא לנכון לעשות מעשה ראוי לשבח לפי רוחו של המשפט העברי ולרוחה של אשתו המנוחה: לתרום למוסד צדקה את עיזבון המנוחה לעילוי נשמתה ונשמת בתם.²⁵

השאלה נדונה בבית המשפט העליון בדיון נוסף.²⁶ וכאן, לראשונה, ניטש ויכוח עז בין השופטים. רוב השופטים אישרו את פסקי הדין הקודמים, וקבעו שהפתקאות שהותירה המנוחה לא היו צוואה.²⁷ כנגד עמדה זו ניצבו שתי עמדות מיעוט נפרדות ומרשימות של השופטים ברק ואלון. השופט ברק קבע כי היעדר חתימה ותאריך הם בגדר פגם, הניתן לריפוי על ידי סעיף 25 לחוק הירושה, ולכן, יש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי להמשך דיון בשאלה האם היו למנוחה צלילות דעת וגמירת דעת לעשות צוואה.²⁸ ואילו השופט אלון ראה כאן צוואה של שכיב מרע על פי סעיף 23 לחוק הירושה,²⁹ הפגומה בשל היעדרם של שני עדים, אך פגם זה ניתן לתיקון נוכח העובדה כי הצוואה נכתבה בכתב ידה של המצווה.³⁰

השופט לנדוי, משופטי הרוב, דחה את המאמץ הפרשני הרב שנועד [...] להכשיר את הכתב הבלתי חתום [...] כצוואה תקפה". עוד ציין כי האהדה העמוקה "לאישה אומללה זו שגורלה המר עמה, עד שמצאה מפלט לעצמה במעשה הנורא של התאבדות תוך המתת ילדתה בת השלוש, [...] אסור להביאנו לידי מסקנות משפטיות קיצוניות, השובות את הלב במקרה הקונקרטי, אך אין הן עומדות במבחן של דבר המחוקק".³¹ והוא חתם באומרו כי מקרה "קשה כמו המקרה הנדון לפנינו היום עלול לשבש את הדין בעתיד ולפתוח פתח לסכנה של טענות כוזבות על סמך כל מיני רישומים, שאדם רשם לעצמו אי פעם שלא בפני עדים, ושנמצאו לאחר מותו בין ניירותיו".³² שופטי הרוב אף לא חזרו על המלצתו של השופט בכור לבעל "לתרום למוסד צדקה את עיזבון המנוחה לעילוי נשמתה ונשמת בתם".³³ מבחינתם ירושתו של הבעל הייתה לגיטימית לחלוטין.

עמדה פורמלית זו העניקה קדימות לחוק, לדרישת הצורה הקבועה בו ולעקרון הוודאות. דעת המיעוט המשכנעת, שהכירה בפתקה כצוואה, הגמישה את הדרישות הפורמליות שהחוק קובע לגבי צוואה, והעניקה עליונות לכוונת המצווה ולתחושת המוסר.³⁴ אי-ההכרה בתוקף הצוואה במקרה דנן חסכה מבית המשפט את הצורך לדון בשאלה האם פעלה גיזל מתוך רצון חופשי. במהלך הדיון הושמעו דעות שונות בעניין זה אגב אורחא – השופט המחוזי סבר כי הפתקאות אינן משקפות רצון חופשי;³⁵ השופט בכור הניח שהן נכתבו מרצון חופשי.³⁶ אך הרצון החופשי רלוונטי הן לכתיבת הפתקאות, הן לפעולת ההתאבדות. בתי המשפט לא דנו בשאלה האם מעשה ההתאבדות עם הבת, למעשה, הריגת הבת, נעשה מתוך מודעות ושפיות. למתבונן מן הצד קשה להכריע.

מצד אחד, התחושה היא שרק רוח טירוף יכולה להניע מעשה כזה. מצד שני, אפשר שמבחינתה של גיזל חיי הנישואים הקשים, והעובדה שגירושים לא באו בחשבון, לא הותירו לה מוצא אלא לאבד עצמה לדעת עם בתה. זהו מעשה שנעשה מתוך ייאוש.

לכך עשויה להיות השלכה לגבי הרצון החופשי בכתיבת הצוואה. אם הייתה הפעולה כולה פרי טירוף, הטירוף מטיל צל על רצונה החופשי וגמירת דעתה של גיזל כפי שבאו לביטוי בפתקאות שהותירה. במצב כזה כתיבת הפתקאות לא נעשתה מתוך מודעות והבנת התוצאה, ואין לייחס לה גמירת דעת המולידה צוואה תקפה. אם נעשה המעשה מתוך ייאוש, ניתן לייחס לגיזל גמירת דעת בכתיבת הפתקאות, אך גם כוונה פלילית בביצוע מעשה ההתאבדות, ומכאן שגיזל רצחה את בתה. לכך עשויה להיות השלכה על מעמדה המוסרי של גיזל ועל תפיסתה כקורבן.³⁷

כאמור, בית המשפט המחוזי קבע שלא היה רצון כזה בכתיבת הפתקאות, ואפשר לכן שלא הייתה לה כוונה פלילית במעשה ההתאבדות הכפול. מעמדת שופטי העליון מסתמנת נטייה המכירה בתוקף רצונה של גיזל לכתוב את הצוואה ומכל מקום נכונות לברוק מחדש את הנושא, אך נוכח התוצאה הסופית לא היה צורך להכריע בכך.³⁸

ג. הניסיון המשפחתי לעקוף את דיני הצוואות – הרצחת וגם ירשת

ציינתי לעיל כי משפחת קניג פנתה למשטרה בבקשה לברוק את נסיבות המוות במטרה לאמת את טענת אבי המשפחה כי גיזל שודלה להתאבד על ידי בעלה. שידול להתאבדות הוא עבירה פלילית.³⁹ הבעל לא התייצב בפני בית המשפט שחקר את מקרה המוות, החקירה לא העלתה דבר, וההליכים הופסקו לבקשת משפחת קניג.⁴⁰ מלבד השלכות פליליות, היו יכולות להיות לחקירה גם השלכות במשפט הפרטי, שכן סעיף 5 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 קובע פסלותו של יורש לרשת אם גרם במתכוון למות המוריש, במילים אלה:

(א) אלה פסולים לרשת את המוריש:

(1) מי שהורשע על שגרם במתכוון למותו של המוריש או שניסה לגרום למותו.

מנקודת מבטה של משפחת האישה, התאבדותה הייתה פועל ישיר של התנהגותו של הבעל כלפיה. הוא גרם לה לעוולות שהובילו להתאבדותה, ומכאן שאין להשלים עם המסקנה שיירש אותה.

אלא שנוכח הקביעה שאין להאשים את הבעל במעורבות בהתאבדות אשתו, השאלה של תחולת העיקרון של "הרצחת וגם ירשת" הקבוע בחוק הירושה, לא עלתה חזיתית לדיון, לא פותחה כלל, וגם לא הוזכרה בדיונים בבתי המשפט המחוזי והעליון בשאלת תוקף הצוואה.⁴¹

הכלל של "הרצחת וגם ירשת", שהוא הביטוי המובהק ביותר לעיקרון של "אין חוטא נשכר", בנוי על שני רכיבים השלובים זה בזה: האחד – תקנת הציבור, השוללת מצב

שבו יזכה יורש שגרם למות המוריש בפירות חטאו; השני מתמקד בכוונתו המשוערת של המוריש, דהיינו, שאין להניח שאותו מוריש יבקש לזכות בירושה את מי שגרם למותו. חשוב להבהיר שבין המקרה של היורש שגרם למות מורישו לבין עניין קניג קיים הבדל משמעותי. בכל הנוגע לתקנת הציבור אין בפנינו קביעה משפטית שהבעל גרם בכוונה להריגתה. אך באשר ליסוד הכוונה, עניין קניג לא מותיר מקום לספק. שהרי בעוד שבמקרים הרגילים של היורש שגרם במתכוון למות המוריש, נזקק בית המשפט לכוונה היפותטית של המוריש השוללת את זכות היורש, הרי שבעניין קניג כוונת המוריש לשלול את זכות הבעל לרשת אותה מוצגת בבירור (בהנחה שהיא נתמכת בגמירת הדעת הנדרשת). אם מצווה היא למלא את כוונתו של המת, דבקות בפרשנות הפורמלית בנסיבות העניין מסכלת כוונה זו, כמו גם את התכלית העומדת בלב דיני הירושה.

בהיעדר הכרעה בשאלה האם שידל הבעל את גיזול להתאבד, אתיחס בהקשר הנוכחי לסוגיה האם בכל זאת יכולה להיות רלוונטיות כלשהי לעיקרון של "אין חוטא נשכר", שהוא הבסיס הרעיוני לכלל של "הרצחת וגם ירשת" הפוסל את היורש שגרם במתכוון למות המוריש מלרשת.⁴²

העיקרון שלפיו "אין חוטא נשכר" נקלט בשיטתנו כעקרון-על, והוא אומץ בהקשרים שונים, אף ללא הסדר חקיקתי מפורש,⁴³ אם כי מוצע לעגנו בהצעת חוק דיני ממונות.⁴⁴ עם זאת, קיומם של הסדרים חקיקתיים מיוחדים, דוגמת ההסדר בסעיף 5 בחוק הירושה, חוזר ומעורר את השאלה עד כמה עשוי העיקרון הכללי של "אין חוטא נשכר" להרחיב הסדרים אלה או לצמצמם.⁴⁵ למשל, האם ראוי לפסול מכוחו את כשירותו לרשת של בעל ואב שהתעלל באשתו או בכנו או שהזניח אותם, או לפחות להעניק לבית המשפט שיקול דעת לעשות כן? חקיקה מסוג זה קיימת באחדות ממדינות ארצות הברית.⁴⁶ שיקול דעת כזה עשוי להוביל לכך שבענייננו ובהסתמך על קביעה עובדתית מוצקה, עשוי היה להיות הבעל מודר מהירושה על בסיס העיקרון של "אין חוטא נשכר". במילים אחרות, גם בהנחה שאין תוקף לצוואה שהניחה האישה, והבעל זכאי לרשת אותה על פי דין, עדיין יש לשאול, האם על סמך העיקרון של "אין חוטא נשכר" ראוי לאפשר לו לרשת אותה. התשובה לשאלה מורכבת למדי. במקרה המובהק של "הרצחת וגם ירשת" קיים קשר סיבתי ברור בין פסלות ההתנהגות למעמד היורש. היורש קונה את מעמדו כירש עקב הפסלות בהתנהגותו, דהיינו שותפותו במות המוריש. במקרה המועלה לדיון הקשר בין ההתנהגות הפסולה לירושה הוא רחוק יותר ולעיתים כלל אינו קיים, ושאלה היא האם ראוי להרחיב את מעורבותו של בית המשפט במחלוקות משפחתיות. יחסים במשפחה הם לא אחת קשים, אך לעיתים קרובות הם גם ניתנים לתיקון, והבאת מחלוקות משפחתיות לפתחו של בית המשפט עשויה להעצימן. זאת ועוד: בדרך כלל בית המשפט ערוך טוב יותר להכריע בסכסוך המתמקד באירוע מסוים.⁴⁷ מלאכת איתור העובדות וההכרעה במקרה כזה קלות יחסית מאלה הנדרשות לגבי יחסים במשפחה, המשתרעים בדרך כלל על תקופת זמן ארוכה, והכוללים רצף מגוון של אירועים. בתי משפט לדיני משפחה ושופטים המתמחים בסוגיות אלה אומנם ערוכים להתמודד עם מורכבות היחסים, אך

שאלה היא אם כדאי להכביד בעניין זה ולהפוך את פסלות היורש לעניין שבשיקול דעת, הכרוך בהכרעה אם יורש התנהג באופן נאות כלפי מורישו. מעבר לבעיות הטמונות בסוג כזה של כלל, לא נראה שיש לקשור כל התנהגות בעייתית עם שאלת הירושה, עניין רגיש, שעשוי לפלג בין משפחות. אפשר לכן לטעון, כעניין של דין מצוי ורצוי, שגם אם בעל, בן או נכדה התנהגו באופן בעייתי כלפי אישה, אם או סב, או ההפך, לא תהיה זו עילה לשלילת הירושה.⁴⁸ זאת ועוד, אולי גם אפשר לשאול שמא העובדה שהאם רצחה את בתה (בהנחה שפעלה מרצון חופשי) מטילה ספק על ההתייחסות המקובלת אליה כאל קורבן, וכנגוד מכך את השאלה האם נכון להתייחס למקרה כמצדיק הפעלתו של הכלל הפוסל את הבעל מלרשת.⁴⁹

מנגד, ניתן לטעון שאי-התערבותה של המדינה במצבים מסוג זה היא התערבות דה־פקטו, כיוון שבהיעדר רגולציה אקטיבית של המדינה היא משלימה עם הפגיעה במעמדן של קבוצות חלשות במשפחה, ועוד מאפשרת לצד הפוגעני ליהנות מהעושר המשפחתי.⁵⁰ הדבר בולט במיוחד במשפחות מסורתיות בעלת מאפיינים פטריארכליים. התערבות חקיקתית שתמנע מיורשים מתעללים את חלקם בירושה, עשויה לתרום להגנה על קבוצות חלשות ביניהן בנות זוג, ילדים וזקנים.⁵¹

הדיון בתחולתו של העיקרון של "אין חוטא נשכר" בנוגע ליצירתו בחטא של סטטוס של יורש, מצוי לא באזור הגרעין של הכלל החל על היורש שגרם במתכוון למות מורישו אלא באזור האפלולית שלו. דיון כזה מפגיש אותנו עם הסכנה של חוסר ודאות וטשטוש גבולות, האורבת בפתח, וספק אם מוצדק לפתח כלל כזה ללא הסמכה חקיקתית ברורה.⁵²

ד. הדילמה של דיני הצוואות – צורה ומהות במשפט

1. בין צורה למהות, בין כללים לסטנדרטים

היסטוריה של כללים כלשהם – בין כללים משפטיים, בין כללים לשוניים – מהווה פשרה בין אלה המבקשים לשמור על הדפוסים הקיימים לבין אלה המבקשים לחולל מהפכות או לארגן את הכללים מחדש.⁵³ לא אסתכן אם אכליל ואומר שההיסטוריה של כל תרבות משקפת מתח בין המחויבות לנכסי עבר לבין החידוש היצירתי.

בהקשר הספרותי בחן הרולד בלום את התופעה מנקודת מבטו של המשורר או הסופר, אשר תודעתו ספוגה ביצירות העבר אך הוא מבקש להטביע חותם משלו בעולם. בלום אפיין את המתח היצירתי הזה בכיטוי המוצלח "חרדת ההשפעה".⁵⁴ הרעיון יושם גם בשדה המשפט, והשתקפותה של "חרדת ההשפעה" נבחנה במשפט בהקשר של תורת התקדים. מנקודת מבטה של השופטת מתעוררת השאלה כיצד עליה ליישב בין מחויבותה לפסיקת עבר, המבטיחה יציבות ושוויון, והמטביעה על פעולתה חותם ברור של לגיטימיות, לבין שאיפתה להינתק מפסיקת העבר כדי לשפר את המשפט ולעשותו צודק יותר, וגם להטביע בו חותם אישי.⁵⁵

לדילמה הפרשנית הספציפית שלפנינו הנעוצה במתח בין הצדק הכללי לצדק הפרטי יש הקשר כללי רחב יותר, הנטוע בשאלה מהו המשפט הראוי. בעניין זה קיימות שתי גישות מרכזיות מתחרות: הגישה הפורמלית, הדבקה בכללים המסורתיים ונותנת עדיפות ללשון הנורמה; והגישה האנטי-פורמלית, המהותית (התכליתית או ההקשרית), הנותנת עדיפות לערכים של סבירות והגינות, מתוך חתירה לתוצאה הנראית צודקת בעיני השופט בנסיבות המקרה.⁵⁶

במקרים רבים של התנגשות בין עמדה פורמליסטית לעמדה מהותית מתעורר מתח בין הצדק הפרטי, כלומר התוצאה הקונקרטית החלה על המתדיינים, אשר פניה אל העבר, לבין הצדק הכללי, שעניינו השלכותיה הנורמטיביות של התוצאה, הצופות פני עתיד. דוגמה שכיחה היא כל אותן דילמות הנוגעות בדרישת הצורה. קדושת הצורה, המשקפת ערכים ציבוריים של יציבות ואובייקטיביות, מתמודדת לעיתים חזיתית עם הערכים הפרטיים של אמת וסובייקטיביות. אכן, הביטוי "hard cases make bad law" מוזכר לא אחת בהקשר של סוגיה זו, שכן השאיפה הטבעית והמיידית להביא לידי מימוש את הצדק הפרטי בין המתדיינים עלולה לגרום בעתיד לערעור הכלל, לחוסר עקביות בהחלטו, לחוסר שוויון בין מתקשרים, להוצאות התדיינות מיותרות ולעומס יתר על בתי המשפט.⁵⁷

לדרישות צורניות תפקידים שונים, שבהקשר של דיני צוואות הוגדרו כך: ראייתי (הוכחת כוונת המצווה); מהותי (הבטחת רצינות המוריש); מיוני (יצירת הפרדה ברורה בין צוואה לבין אמירה לא מחייבת); הגנתי (שמירה על המצווה מפני התערבות בשיקול דעתו).⁵⁸ ריכוך דרישות הצורה עלול לפגוע במטרות הללו. כך, למשל, הוא עלול להביא לכיבוד הוראה שאדם לא חשב עליה עד הסוף, להקשות על היכולת של מצווים ובתי משפט כאחד לאבחן בין צוואה מחייבת להוראה שאינה מחייבת, או לתת תוקף להסדר שנגוע בהשפעה שלא כדין על המצווה. עם זאת ספק אם איזו, אם בכלל, מהמטרות הללו היו נפגעות, לו היה ניתן תוקף לצוואה בעניין קניג. מבחינה ראייתית לא היה ספק מה רצון האישה (לאור המעשה שעשתה לאחר כתיבת הפתקים); מבחינה מהותית, ככל שאין פוסלים את צלילות דעתה, הרי שנראה כי נתנה לעניין תשומת לב המבטאת היטב את רצונה (בדומה למקרה של צוואת שכיב מרע, שבו ההנחה היא שהואיל ואדם רואה את מותו לנגד עיניו, הוא נותן משקל ראוי לרצונו); מבחינה מיונית, הרי שבשים לב לקיצוניות ההתרחשות, ספק אם החשש לערפול הקו בין צוואה להבעת כוונות שאינה עולה לכדי צוואה הוא משמעותי; מבחינה הגנתית, נראה שהגורמים שעשויים היו להשפיע על רצונה של המצווה בעת כתיבת הדברים נוטרלו כולם.

נראה גם שנסיבותיו הקיצוניות של המקרה היו מאפשרות לבית המשפט ליצור אותה הפרדה אקוסטית שנועדה לתת מענה למקרה הקונקרטי מבלי לפגוע בכלל כפי שהוא מתווך לציבור.

2. התנודות במשפט הישראלי

עניין קניג נ' כהן נשוא רשימתנו מציג את הבעיה של ההתנגשות בין צורה למהות במלוא חריפותה. הוא מבליט את המתח בין הטקסט (הצוואה), היוצר (המצווה) והפרשן (בתי המשפט). היש להעדיף צורה על מהות? הראוי לתת קדימות ללשון החוק או ללשון המצווה?⁵⁹ דעת הרוב העניקה קדימות ללשון החוק, והשופט לנדוי הצדיק את עמדתו במקרה קשה זה על ידי הצבעה על החשש האורב לפתחה של העמדה הקונטקסטואלית "ומקרה קשה כמו הנדון לפנינו היום עלול לשבש את הדין בעתיד ולפתוח פתח לסכנה של טענות כוזבות על סמך כל מיני רישומים, שאדם רשם לעצמו אי פעם שלא בפני עדים, ושנמצאו לאחר מותו בין ניירותיו".⁶⁰

סעיף 25 לחוק הירושה תוקן בעקבות קניג נ' כהן⁶¹ באופן המאפשר לבית המשפט להתייחס לצוואה חסרה בכתב יד כאל צוואה אם אין לו ספק לגבי רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, וזאת בתנאי שהמסמך מקיים את "מרכיבי היסוד בצוואה".

אך הבעיות נותרו בעינן. בעניין בדיחי נ' בדיחי התעוררה שאלה מה דין צוואה שנערכה בנוכחות עדים אך לא נשאה את חתימתו של עד אחד. בית המשפט, בדעת רוב (השופטים מצא ושלמה לויז), פסק כי אי־אפשר להתגבר על הבעיה, ולכן אין לצוואה תוקף.⁶² פסק הדין ניתן ב־1989 לאחר תיקון החוק אך כאמור התיקון היה תקף רק לגבי צוואות בכתב יד ולא ביחס לצוואות בנוכחות עדים.

השופט ברק דבק בעמדתו העקרונית, וקבע כי בית המשפט רשאי לקיים את הצוואה אם אין לו ספק באמיתותה.⁶³

עניין קניג ועניין בדיחי מסמנים את ניצחונם של הכללים הפורמליים: טקסט המתיימר להיות צוואה אינו יכול להיחשב צוואה, אם אין הוא מקיים את דרישות החוק הקובעות מהי צוואה. אלא שהניצחון הפורמלי מדגים גם את הבעיה הכרוכה בו, והיא דחיקת רצון המצווה.

במאמץ מחודש להסיר את כבלי הצורה מעל רצון המצווה תוקן שוב החוק בשנת 2004 באופן המאפשר לבית המשפט להתייחס למסמך חסר כאל צוואה אם אין לו ספק לגבי רצונו החופשי והאמיתי של המצווה, וזאת בתנאי שהמסמך מקיים את "מרכיבי היסוד בצוואה" בהתאם לסוגה (צוואה בכתב יד, צוואה בעדים או צוואה לפני רשות). וכך קובע החוק:

(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 מההליכים המפורטים [...] או בכשרות העדים, או בהעדר פרט מן הפרטים או הליך מן ההליכים כאמור [...].

התיקון מאפשר לבית המשפט להתעלם מכל הפגמים בצוואה – כגון היעדר תאריך, היעדר חתימה – ובלבד שמתקיים בצוואה "מרכיב היסוד", שהוא בצוואה בכתב יד – כתב ידו

של המצווה; ובצוואה בעדים – כתב ושני עדים. הוא בא לזקק את היסוד המרכזי כדי שניתן יהיה לממש את רצון המצווה, העומד ביסוד הצוואה, ללא מכשלות מיותרות.⁶⁴ יישום מעניין לתיקון הוחל בעניין ברגות,⁶⁵ שבו המצווה, אזרחית ארגנטינאית, ביקשה שהעדים, ערבים נוצרים כמנוחה עצמה, יבואו לכיתה בארגנטינה כדי לשמוע אותה קוראת את הצוואה. היא מתה ימים אחדים לאחר מכן. המצווה ביקשה בעל פה שאחייניותיה, בנות אחיה, תירשנה חלקת קרקע בבעלותה בישראל, והיא ציינה זאת בפני שני עדים. אולם העדים רשמו זיכרון דברים על הצוואה בפני נוטריון ארגנטינאי רק כשנתיים לאחר מותה. בזיכרון הדברים צוין שאף שהמצווה נחלשה עקב גילה, היא הייתה בהכרה מלאה ובמחשבה בהירה, וביודעה שימיה ספורים. שופט הערכאה הראשונה חקר את העדים בערבית סורית, והגיע למסקנה שהסיפור מהימן. הפגם בתקפות הצוואה נבע מהעובדה שהתיעוד לגביה לא נמסר מיידית לרשות, כקבוע בסעיף 23 לחוק הירושה לגבי צוואת שכיב מרע.⁶⁶ בית המשפט נתן תוקף לצוואה שכן מרכיבי היסוד לעניין צוואה בעל פה התקיימו, והם אינם כוללים את התיעוד התכוף. בנסיבות אלה נתונה לבית המשפט סמכות עקרונית לקיים את הצוואה, לאחר שהוכח קיום התנאים, ומששוכנע כי היא משקפת את רצונה החופשי והאמיתי של המצווה.

אך גם התיקון הנרחב הזה לא יכול היה להתייחס לכל הבעיות הנוגעות למתח שבין צורה למהות, והרי דילמה נוספת שעימה התמודד בית המשפט בעניין אהרן: האם ניתן לתת תוקף למסמך המתיימר לבטל צוואה, אם מתנוססת עליו חתימתו של עד אחד בלבד, וזאת בניגוד לסעיף 36(א) לחוק הירושה, הקובע כי ביטול צוואה צריך להיעשות בדרך שבה נעשית צוואה? השופט מצא, נאמן לשיטתו, קבע, בדעת מיעוט, כי הביטול אינו תקף, שכן הוא סוטה מהוראת חוק הירושה. ואילו העמדה המתחרה, פרי בית מדרשו של השופט ברק, הכפיפה את הסעיף בחוק הירושה לעקרון תום הלב, והעניקה גושפנקה לכוונת המצווה, אף שזו לא עמדה בדרישות הפורמליות, כלומר חריגה מהכלל הפורמלי במקרים שבהם הצדק הפרטי דורש זאת.⁶⁷ השאלה הנשאלת היא מה גבולותיו של הכיוון המסתמן, והאם הוא מבשר מגמה רצויה בדיני צוואות.

הבעיה שפסיקה זו עוסקת בה מתרכזת, כאמור, בשאלה האם ניתן לוותר על הדרישות החוקיות החלות על צוואה מכוח חוק, ואם כן – באילו נסיבות. היא מתמודדת עם המתח שנוצר בין שני יוצרי טקסטים: המחוקק, מצד אחד, והמצווה, מצד אחר. המחוקק קובע מתי טקסט ייחשב צוואה, ואילו המצווה קובע מה ייעשה ברכושו לאחר מותו. אלא שכדי שיהיה תוקף משפטי לרצון המצווה, הוא כפוף לדרישות שהחוק קובע. ומה כאשר המצווה מתיימר לצוות לא על פי דרישת החוק? האם לקדש את החוק המסמיך או שמא את הטקסט המשני, זה של המצווה, אשר כוונתו לצוות ברורה אך הוא סוטה מדרישות החוק המסמיך?

דעת הרוב בעניין קניג ובעניין בדיחי ודעת המיעוט בעניין אהרן עוסקות במקרים שיש בהם ראיות לכוונה האמיתית של המצווה, ופסיקתן היא בניגוד לכוונה זו בשל העובדה שלא ניתן לה ביטוי בדרך הנאותה. הבעיה שמקרים אלה מעוררים היא האם

לקבל תחליף לדרישות הפורמליות ומהי רמת השכנוע של התחליף. לכן צדק ברק בעניין קניג: המורישה כתבה בכירור מה היא רוצה, ומשכך התחליף הראייתי היה משכנע, והיה צידוק בנסיבות העניין לאי-קיום דרישות החוק. גם בעניין אהרן היה תחליף ראייתי ברמות צוואה שנערכה על ידי עורך דין, שלא נכתבה על ידי המצווה, ועד אחד בלבד שהעיד על אמיתותה, אך נראה לכאורה שרמת השכנוע הייתה נמוכה יותר, ואין זה ברור מדוע לא קוימו דרישות החוק ואם היה צידוק לכך. ואכן בעניין אחר, פלוני, שעסק בביטול צוואה, לא השתכנע בית המשפט בכוונת המנוח לבטל את הצוואה, ומשום כך לא היה מוכן לדון בשאלת הוויתור על הדרישות הפורמליות, כפי שנעשה בעניין אהרן. וזה סיפור המעשה: המנוח עשה צוואה נוטריונית שאותה הפקיד בבית משפט. הוא ציווה את רכושו לאלמוני. לאחר מכן נתגלעו חילוקי דעות בין השניים, והמנוח ניהל הליכים משפטיים נגד אלמוני. במסגרת זו הגיש תצהירים לבית המשפט שבהם הצהיר על ביטול צוואתו לאלמוני. בנו של המנוח טען שיש לראות בתצהירים אלה מעשה ביטול של צוואת המנוח על פי סעיף 36 לחוק הירושה. בית המשפט דחה זאת, בקובעו שלא הוכחה גמירות דעתו של המנוח לבטל את צוואתו באמצעות התצהירים. גמירות הדעת לעשות כן היא תנאי סף לריפוי של פגם צורני בביטול צוואה.⁶⁸

הדילמה המשתקפת בשניונים בחקיקה הישראלית היא אוניברסלית, וזכתה לתשומת לב מיוחדת במשפט האמריקני.⁶⁹ עמדת המיעוט בעניין קניג זכתה שם לתמיכה,⁷⁰ ותיקוני החקיקה הישראלית משמשים לא אחת מודל ראוי לרוויזיה חקיקתית במשפט האמריקני.⁷¹ העמדה שלפיה יש להקל בדרישות הפורמליות המוטלות על צוואות נשענת לרוב על הטענה שיש לקיים את רצון המת. אך קיים טיעון נוסף שהועלה במשפט האמריקני המצדיק הקלה כזו. בדיקה אמפירית שנעשתה שם מצביעה על כך שעמידה על הדרישות הפורמליות בצוואה פועלת לרעת מצווים ממעמד נמוך, שאינם בקיאים בדרישות החוק, ובמרבית המקרים אינם יכולים להסתייע ביעוץ משפטי נאות. במיוחד בולט הדבר כאשר צוואות נפסלות במקרים שבהם מדובר בסוגי משפחה מגוונים שאינם עונים על הדפוסים הפורמליים לגבי צוואות הקבועים בחוק. פסילת הצוואה במקרים הללו פועלת בניגוד לשיקולים ראויים של צדק חלוקתי.⁷² המסקנה שאליה הגיעו במשפט האמריקני היא כי יש לקדם רפורמה כדיני צוואות שתביא למיתונן של הדרישות הפורמליות ותאפשר הכרה ברצון המצווה. כאמור, המשפט הישראלי הקדים את המשפט האמריקני בעניין זה בעקבות הטרגדיה שנפרשה בעניין קניג. אכן סעיף 25 לחוק הירושה, הבא לאפשר לבית המשפט לקיים את רצון המת גם במקום שבו לא נתקיימו דרישות פורמליות שקובע החוק, הוא "יוצא דופן בגישתו הליברלית, ואין לו אח ורע במשפט המשווה".⁷³

ה. טרגדיה משפטית

1. בחירות טרגיות, הטרגדיה של השיתוף, טרגדיה יוונית וסתם טרגדיה בספרות המשפטית המודרנית מדובר על "הטרגדיה של השיתוף", בהקשר לדילמות שרקען כלכלי. חיי כולנו מבוססים על בחירות שמקורן במחסור.⁷⁴ והחברה, כמו גם המשפט נאלצים להתמודד לרוב עם דילמות הכרוכות בבחירה, דוגמת השאלה למי מבין שני חולים הנוטים למות, ראוי לספק כליה. אבל נראה שהשימוש במילה "טרגי" או "טרגדיה" בהקשר הזה עבר השטחה. הענקת משאב לאחד, שעלולה לפגוע ברווחתו, אפילו בחייו של אחר, היא בחירה קשה מאוד, אבל ספק אם ניתן לדבר על בחירה טרגית במשמעות הקלאסית של המושג.

ב"פואטיקה" מציג אריסטו את מאפייניה של הטרגדיה, הנטועה בעולם התיאטרון היווני הקלאסי. עיקרם הם חיקוי דרמטי של פעולה רצינית, שלמה ובעלת שיעור, הפועלת על רגשות הצופים, והמביאה אותם לזיכוכ (קתרוזיס) באמצעות החמלה והחרדה שהם חווים.⁷⁵

גיבורי הטרגדיה הם דמויות נעלות הפועלות באצילות ובגבורה. נושאי הטרגדיה קשורים בחיים ובמוות. הטעות שמבצע הגיבור, שמקורה בהיכרס, בגאווה, גורמת להזדהות אצל הצופה, המתבונן ברחמים על הגיבור הסובל, תוך שהוא חושש מגורל דומה. לכן, כאשר הגיבור נענש, חווה הצופה סוג של פורקן, שמקורו בכך שהסדר האלוהי שב על כנו.⁷⁶

בטרגדיות היווניות שכיחים מאוד המקרים של רצח בתוך המשפחה: ראו אדיפוס הרוצח, אומנם בטעות, את אביו,⁷⁷ ומדיאה הרוצחת את ילדיה בחמת זעם מתוך רצון לנקום ביאסון שבגד בה. שני הגיבורים מונעים על ידי חטא הגאווה: אדיפוס מונע על ידי תחושתו כי יכניע את גזירת האלים שלפיה יהרוג את אביו;⁷⁸ מדיאה מונעת על ידי הגאווה שמשיאה אותה לשחוט את שני בניה, כדי לנקום ביאסון על בגידתו בה, אבל לא פחות מזה כדי לא לצאת נלעגת בעיני הבריות.⁷⁹

הטרגדיה של אריסטו היא חיקוי לחיים, אך החיים עצמם מזמנים לנו טרגדיות לרוב, המצייתות לכללים שאותם מנה אריסטו בתארו את התפתחות שלבי הטרגדיה בתיאטרון. ובהקשר זה ידוע סיפורה הטרגי של פומיקו קימורה ששיקעה עצמה באוקיינוס עם שני ילדיה. שבורה מהדיעה כי בעלה מצוי זה שלוש שנים בקשר עם אישה אחרת, היא לא מצאה פתרון זולת התאבדותה ונטילת שני ילדיה בני השש והשלוש עימה. קימורה ניצלה, ובשנת 1985 הועמדה לדין פלילי בארצות הברית בשל הריגה מכוונת של ילדיה.⁸⁰ גזר דינה הוקל בשל טענת אי־שפיות זמנית, אך מסתבר כי בבצעה את המעשה מימשה קימורה פרקטיקה יפנית עתיקת יומין, שחייבה אותה לעשות את המעשה. על הפער התרבותי שבין המסורת שעיצבה את חייה לבין החברה האמריקנית שבה חיה, לא ניתן היה לגשר.⁸¹

עניין קניג הוא דוגמה נוספת לטרגדיה איומה שהחיים גוזרים: תחילתה בטעות נוראית, במקרה דנן הנישואים, שנראו כהתגשמות חלומות, ולאחר מכן המפנה הבלתי צפוי, ההיפוך, מטוב לרע, מהצלחה לכישלון. חטא ההיבריס, שאותו ניתן לייחס לתרבות שבצילה גדלה, מקורו בגאווה הבלתי מוסתרת הנעוצה במה שנראה היה כשידוך האידיאלי בין כבוד, תבונה ועושר. התמונה המושלמת הומרה כאחת לאומללות בין בני הזוג ובין המשפחות. ההצלחה הפכה לכישלון. התקווה והאמונה הפכו לייאוש ולחוסר אונים, שמקורם בהכרה המוחצת שאין דרך חזרה, שהמצב אינו ניתן לתיקון, ואין מנוס מהפורענות העומדת להתרחש.

המוטיב של רצח ילדים משתקף בתרבות ובספרות החל משחר התרבות האנושית, לאורך כל השנים, עד עצם ימינו:⁸² אברהם השולח ידו אל הנער;⁸³ בת יפתח;⁸⁴ מטפורית – ישו בן האלוהים המוקרב על ידי האל כדי לכפר על חטאי האנושות; השפחה השחורה בספר "חמדת" של טוני מוריסון, הבורחת מעברותה, חשופה להחזרתה לבעלות אדוניה, ורוצחת את ילדתה בת השנתיים כדי לגאול אותה מהעברות המזומנת לה וכדי לחסוך ממנה חיי סבל.⁸⁵

המקרים המוזכרים כאן, כמו המקרה של גיזל כהן, משקפים פסיפס תרבותי משתנה ומכלול שיקולים הנוגעים בתפיסת ההורות, ביחס בין חברה למשפט ובין טבע לתרבות, בהבנת הנפש, בתפיסת הרפואה.⁸⁶

מדיאה, כמו גם קימורה, הרוצחות את ילדיהן פועלות מתוך מניע שונה לחלוטין מזה של גיזל כהן. על מדיאה נאמר כך:

מדיאה היא דרמה על קנאה לאיש נוכח אהבה שניתנה לאישה אחרת, אהבה שלקחה משהו טוב שהיה שייך לה בלבד, למדיאה [...].

מדיאה עצמה היא המגלמת את הפיגורה האימהית האמביוולנטית, אם שהיא אכן אויבת אויביה וידידה לידידה, ובתוך כך מרעילה את ילדיה, נוקמת בבעלה באמצעותם, חסרת פשרה; אם המחליטה כי זו שילדת היא גם זו שממיתה, וקובעת לפיכך את בעלותה האחרונה על ידי רצח, לבל יומתו הילדים ביד אחרת. מדיאה היא דרמה הנסבה על כמה סוגיות קיומיות מכריעות, החוצות זו את זו: התפוררות התא המשפחתי, ליבידו וארוס, בגידה וקנאה, זהות ונכר, ניתוק הקשר ממשפחה וממולדת ומחירו.⁸⁷

כמו מדיאה וקימורה גם גיזל היא אם המחליטה כי זו שילדת היא גם זו שממיתה. גם הדרמה שלה כרוכה בהתפוררות התא המשפחתי, ואולי גם בבעיות של זהות וניכור, הנעוצות בזהותה היהודית בסביבה זרה: גם גיזל, התלמידה המצוינת, בעלת הידע הרב בשפות, היושבת במטרופולין באירופה המערבית; וגם גיטל, צעירה בקהילה אורתודוקסית, כבולה למסורת פטריארכלית ולכללים חברתיים נוקשים. ועל הקשיים הללו התווסף גם המעבר מבלגיה לארץ. אפשר גם שניכרים כאן סימני נקמה במוכן של סימון בעלותה הייחודית בבת המשותפת והטבעת אות קין נצחי על בעלה כמי שאחראי למות בתו. אך מדיאה, בניגוד לגיזל, לא נטלה את חייה שלה, אלא בחרה בחיים כדי לצפות בכאבו

ובהשפלתו של יאסון. ואילו גיזל (כמו קימורה שלא הצליחה בכך) מאסה בחייה שלה, תוך שהיא מבצעת פעולה של מחיקה עצמית, שבה לא יותר ממנה שריד בעולם. באחד הפתקים שכתבה ציינה כי המניע המרכזי לנטילת חיי בתה הוא חיי הסבל המזומנים לה, לטענתה, עם אביה. מניע הדומה לזה של גיבורת "חמדת" – הרצון לגאול את הבת מהגורל הנורא האורב לה.⁸⁸ לא נוכל לרדת לחקר נפשה המעונה של גיזל, ולדעת האם אכן היה זה המניע המרכזי למעשה הנורא, או שמא ביקשה לקחת מהבעל השנוא את כל שהיה לו – הן את הרכוש שתרמה לו משפחה, הן את הילדה שהרתה לו. תוך הרהור בגורלה של הגיבורה אין אפשרות שלא להתייחס לסביבה התרבותית שבה גדלה – חברה מסורתית, פטריארכלית, שבה מועברת הבת הצעירה משלטון האב לשלטון הבעל. הכבלים הפטריארכליים לא אפשרו לה לבחור בחיים – בחופש אישי, בנתיב אחר שבו תוכל לממש את אושרה, ואילצו אותה לבחור במוות. ואילו הכבלים המשפטיים לא אפשרו לה עם מותה לממש את בחירתה לגבי מה שנוטר מרכושה. אצל אריסטו הפורענות בטרגדיה התיאטרונית, שהיא חיקוי לחיים, יוצרת אפקט של זיכוך, ואישור מחודש לסדרי העולם שלנו. סיפורים אחרים, דוגמת אלה הנחשפים בבית המשפט, הם לגבינו חלק ממשחק החיים, ולא אחת אנו מדמים אותם לתיאטרון.⁸⁹ אך כשאנו מתבוננים בגורל הגיבורה שלנו ספק אם אנו יכולים לחוות את חוויית הטרגדיה המתוארת אצל אריסטו. קשה לומר שקוראי הסיפור חשים תחושת זיכוך, לא נוכח גורלה של גיזל ולא נוכח התגובה המשפטית שבאה בעקבות הטרגדיה האישית. אם הסדר המשפטי הוא תחליף לסדר האלוהי, וייעודו לשלוט על התוהו ובוהו האנושי ולהחזיר את החיים למסלולם, הרי שבמקרה הנדון דומה שלא הצליח בכך, ואף הגביר את הפורענות. זוהי הטרגדיה המשפטית, שאליה אתייחס עתה.

2. הטרגדיה – אוזלת ידו של החוק, אוזלת ידו של השופט

טרגדיה משפטית מתרחשת כאשר ניצב המשפט בפני "מקרה קשה" – hard case, שאז עומדת בפניו הדילמה הבאה – האם לציית לנורמה שתביא לתוצאה לא צודקת או להתעלם מהנורמה, להגיע לתוצאה צודקת, אך בכך לפרוע את הסדר הקיים. בשני המקרים מביא המקרה הקשה למשפט רע: Hard cases make bad law. המקרה של קניג מהווה דוגמה מובהקת לכך, לפחות מנקודת מבטם של שופטי העליון.⁹⁰ גם שופטי הרוב מודים כי התוצאה קשה, וכי הם הגיעו אליה בלב כבד, והם מבקשים להמתיק את הגלולה. השופט בכור פונה לבעל ומבקש ממנו "לתרום למוסד צדקה את עיזבון המנוחה לעילוי נשמתה ונשמת בתם".⁹¹ ואילו השופט לנדוי ער לחומרת התוצאה, אך הוא חרד מההשפעה המזיקה של ההתעלמות מלשון החוק.⁹²

קניג נ' כהן הוא תקדים מצוטט ביותר בהקשרים הרבים שבהם נתקל בית המשפט ב"hard cases". לפני שנים אחדות הוא צוטט בעניין גרינשפן:⁹³ משפחת גרינשפן עתרה כנגד קבלת הסדר הטיעון המקל שחתמה התביעה המשטרית עם נהג שדרס, בהיותו בגילופין, את בתם בהיותה כבת 12 ופגע בה אנושות. כיום, לאחר עשרות טיפולים היא

מצויה במצב הכרה מינימלי והיא מתקשרת עם הסביבה באמצעות מצמוצים. בעתירה מבקשת המשפחה להורות על ביטול ההליך הפלילי נגד הנהג, ולהגיש כתב אישום חדש נגדו על פי סעיפים מחמירים יותר בחוק. בית המשפט דחה את העתירה בקובעו שאף שההליך היה רצוף טעויות ומשגים, אין אפשרות לפתוח אותו מחדש נוכח העיקרון היסודי של סופיות הדיון, התורם לכיטחון וליציבות במשפט.

הנשיא גרוניס חתם את פסק דינו בקביעה כי "אילו התקבלה העתירה, היה המקרה דנא דוגמה מובהקת להתגשמותה של האמירה של Hard cases make bad law".⁹⁴ לכך ניתן להוסיף כי גם דחיית העתירה מובילה ל"משפט רע".

לדבריו אלה של הנשיא גרוניס מתייחסת השופטת חיות בציינה:

האמירה שמצטט חברי אכן מהווה עבורנו כשופטים תמרור אזהרה מפני פריצת גדרי החוק ומפני סטייה מכללים ומעקרונות משפטיים באותם מקרים קשים בהם נוטה ליבנו אחר טיעוני בעל דין אך את הסעד שהוא מבקש קצרה יד המשפט מלתת.

דומה כי אין מי שבמהלך שנות כהונתו כשופט לא התמודד עם מקרה קשה אשר בו למרות האהדה הרבה שעוררו אצלו טיעוני בעל הדין, לא נמצא לו נתיב בדין אשר יאפשר את מתן הסעד שנתבקש (ראו למשל: ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לון(3) 701 (1982); (...)).⁹⁵ קוצר ידו של המשפט המתגלה במקרים כגון אלה, יש בו לעיתים כדי למלא את השופט היושב בדין תחושת תסכול. אך עלינו לזכור כי קוצר ידו של המשפט הוא גם קוצר ידו של השופט וכי פריצת גדרי החוק והכללים המשפטיים שעליהם אנו אמונים יש לה מחיר.⁹⁶

קשה להשוות בין המקרה הקשה של משפחת גרינשפן, שנולד בהקשר מנוכר, מקרי, תוך הפרת חוק בוטה, לבין הטרגדיה של משפחת קניג, המעוגנת באינטימיות הביתית המאיימת. אין בדינו מד סבל שיאפשר לנו לעשות זאת. אך שני המקרים מדגימים את קוצר ידו של המשפט – את הדילמה של צדק פרטי מול צדק כללי, את הפער בין אמת ליציב, את הקושי להפעיל שיקול דעת פרטני תוך התעלמות מעקרונות היסוד.

ו. על ייאוש, כבוד, חמלה ופרטיות

סיפורם העצוב של גיזל קניג ויהושע כהן, שהתרחש לפני כארבעים שנה, נחשף מעל דפי פסקי הדין ומעל דפי העיתונות. הסיפור פורש טרגדיה משפחתית, שתחילתה בתקווה מלווה בגאווה ובכבוד הכרוך בעושר ולמדנות, וסופה קלון ואומללות. ניסיונותיהם של בני הזוג להסדיר את חייהם המשותפים לא עלו יפה. גירושים לא באו בחשבון, כנראה, בשל כך שהייתה בהם פגיעה בכבוד המשפחות. וכך לא מצאה גיזל פתרון אלא באוברנה שלה עם בתה. זהו מעשה שנעשה מתוך ייאוש, הגנה, אולי נקמה.

חשיפתו באולם המשפט משקפת את אופיו של בית המשפט כזירה פתוחה לכול, מעין במה המגוללת בפני הציבור כולו סיפורי חיים אינטימיים, טרגיים.⁹⁷ במהלך השנים, דווקא עם השרשת עקרון השוויון והסרת המגבלות על החופש האישי חל כרסום

בעקרון פומביות הדיון.⁹⁸ הלגיטימיות האופפת את הנועזות וחופש הביטוי הרחב בנו את זכות הפרטיות, והם משמשים צידוק לחסימת הנגישות לבתי המשפט ולמסמכיו. בית המשפט כובל עצמו במקרים המתאימים לכללי חיסיון נוקשים, כגון הסתרת שמות הצדדים, השמטת פרטים מזהים ואף סגירת דלתותיו בפני הציבור.⁹⁹ יוצא שהטרגרדיה הכואבת ביותר כבר אינה החיים עצמם כפי שהם נחשפים בבית המשפט, אלא החיקוי לחיים כפי שהוא מוצג בתיאטרון, באומנות או ביצירות ספרותיות. חזרנו אפוא לטרגרדיה במשמעותה המקורית של אריסטו. אך אם נשוב למקרה החשוף של גיזל ויהושע כהן, שהוצג בגלוי בתיאטרון המשפט, סיפורם אינו מייצר את מה שמצפה ממנו הטרגרדיה היוונית. הוא אומנם מציף את הקוראים בתחושות של חמלה וחרדה, אך אין הוא מביא אותם לידי זיכוך, כמובן של אישורו של הסדר הקיים.

לו היה נדון המקרה כיום, אני מניחה שהיה מוטל איפול על שמותיהם של בני הזוג, והדיונים ודאי היו מתנהלים בדלתיים סגורות. הגיבורים היו מצטרפים למאות הפלונים והפלוניות המציפים וגורשים את בתי המשפט. אך הואיל ופסק הדין הוא ישן, נידונו גיבוריו להיות חשופים לנצח, להיזכר עד עולם. המרחב הווירטואלי אף מאפשר לעקוב אחריהם ואחרי משפחותיהם ולהטריד את מנוחתם עד היום. מתוך תחושות החמלה שיצרה הטרגרדיה המשפחתית-משפטית, החלטתי לעצור כאן, ולכבד את המרחב הפרטי של הדמויות שנותרו. דבריי הם בבחינת פרשנות לתיעוד משפטי של מקרה מצמרר המהדהד עד עצם היום הזה, ואשר אינו נותן מנוח לא לגיבורים ולא למשפט.

הערות

- 1 ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982) (להלן: עניין קניג דיון נוסף); שם; ת"ע (מחוזי י-ם) 473/78 קניג נ' כהן, פ"מ לט(2) 106 (1978) (להלן: עניין קניג במחוזי).
- 2 יורם שחר, מירון גרוס והנן גולדשמידט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243, 249-246, 257-255, 262-261 (2004).
- 3 כפי שמתאר זאת השופט בכור בפסק דינו, ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176, 177 (1981) (להלן: עניין קניג בעליון).
- 4 נילי כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר" ספר אור: מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 259, 264-266, 298, 302 (אהרן ברק, רון סוקול ועודר שחם עורכים, 2013) (להלן: כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר").
- 5 שם.
- 6 לב טולסטוי אנה קארנינה (נילי מירסקי מתרגמת, 1999).
- 7 כפי שהיא מכונה בבית משפט השלום שחקר את נסיבות מותה, ראו אבי בטלהיים "גיטל שמעה מבעלה שלמתאבד יש חלק בעולם הבא" מעריב 4.1.1980, 28 (להלן: בטלהיים); בית המשפט המחוזי מציין כי הוא דן בעניין: עיזבון המנוחה גיטל כהן (קניג) ז"ל, עניין קניג במחוזי, לעיל ה"ש 1; ועל ידי משפחה בכתבתו של אבי בטלהיים; כמו גם בעניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1, פסק דינו של השופט לנדוי בעמ' 743. במהלך הרשימה אתיחס אליה כאל "גיזל" או "גיטל" על פי האופן שבו תוארה במקור שעליו אני מסתמכת. כפי שאראה בהמשך, פסקה 6(א), שני השמות מתארים את השניות הדרמטית של חייה.
- 8 בטלהיים, שם.

- 9 על פועלו של הרב ליפשיץ ראו את דברי ההספד היפים שנכתבו על ידי השופט משה דרורי, הרב זאב חיים ליפשיץ ז"ל – דברי הספד ועיון במשנתו היהודית, הרעיונית והחינוכית (29.9.2013) [.hebrew.sadnatenosh.org/p_shavua/hespeddrori.htm](http://hebrew.sadnatenosh.org/p_shavua/hespeddrori.htm)
- 10 בטלהיים, לעיל ה"ש 7.
- 11 ראו בטלהיים, שם.
- 12 ס' 5(א) (1) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.
- 13 ס' 10 ר"ס 11 לחוק הירושה.
- 14 לפי ס' 32 לחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, אם "נראה לשופט החוקר, כי הראיות שהובאו לפניו יש בזה כדי להוכיח לכאורה שנעברה עבירה על ידי אדם פלוני, רשאי הוא לצוות שפרקליט מחוז יאשימו לפני בית משפט בשל אותה עבירה; ובלבד שהשופט החוקר לא יתן צו לפי סעיף זה אלא אם נתן לאותו אדם הזדמנות להשמיע טענותיו ולהביא ראיותיו לפניו".
- 15 לפי ס' 302 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, "המביא אדם לידי התאבדות, כשידול או בעצה, או מסייע אדם להתאבד, דינו – מאסר עשרים שנים". בעת המקרה סעיף החוק הרלוונטי היה ס' 225 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 16 ס' 19 לחוק חקירת סיבות מוות קובע:
"מת אדם ויש יסוד סביר לחשש שסיבת מותו אינה טבעית או שמותו נגרם בעבירה, וכן מת אדם בהיותו נתון במעצר או במאסר או בהיותו מאושפז בבית חולים לחולי נפש או במוסד סגור לילדים עם מוגבלות שכלית-התפתחותית, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, קצין משטרה, רופא או כל אדם מעוניין, לבקש מאת שופט של בית משפט השלום שבתחום שיפוטו אירע המוות או נמצאת הגוויה (להלן – שופט חוקר) לחקור בסיבת המוות.
בסעיף זה, 'אדם מעוניין' – בן זוגו של הנפטר, הוריו, הורי הוריו, צאצאיו, אחיו ואחיותיו".
התיקון לסעיף החוק החליף את המילה "מפגר" ל"מוגבלות שכלית-התפתחותית", כך שמלבד תיקון זה, החוק היה זהה בזמן התנהלות עניין קניג.
- 17 השופט החוקר לפי חוק חקירות סיבות מוות מקיים הליך חקירתי שתכליתו איסוף ראיות לבידור סיבת המוות ולקביעתה. השופט החוקר מוסמך להציג את תוצאות החקירה ולפסוק צו אישום המחייב את פרקליט המחוז להגיש כתב אישום. להרחבה על אודות סמכויות שופט חוקר לפי חוק חקירת סיבות מוות ראו רע"פ 3542/93 אוזב נ' מדינת ישראל, מח(4) 705, פס' 5-6 לפסק דינו של השופט קרמי ופסק דינה של השופטת דורנר (1994) (להלן: עניין אוזב). מטרת ההליך מתוארת בפס' 8 לפסק דינה של השופטת דורנר: "מטרתו היא לקבוע הליך של ביקורת שיפוטית בלתי תלויה, באותם מקרים שבהם הרשויות המינהליות אינן עושות שימוש בכוח האישום שניתן להן בחוק, משום שהגיעו למסקנה שהכלוא או המאושפז מת מוות טבעי ואיש אינו אשם במותו...".
- 18 בטלהיים, לעיל ה"ש 7.
- 19 שם.
- 20 לפי ס' 19 לחוק חקירת סיבות מוות, כל "אדם מעוניין" על פי הגדרתו בחוק יכול להגיש בקשה לבית משפט כאמור בחוק. להלן מפסק דינו של השופט קרמי בעניין אוזב, לעיל ה"ש 17, בפס' 2: "הזכות לקיום בחקירה כאמור מונחת בבסיס 'זכות העמידה' שמעניק הדין ל'צד מעוניין' בהליכי החקירה". ס' 25 לחוק חקירת סיבות מוות מקנה לשופט חוקר סמכויות חקירה רחבות כמו זימון והערת עדים. כמו כן מתוקף היותו שופט, הוא מוסמך להוציא צווי מעצר ככל שהוא סבור שזה נחוץ לצורכי החקירה; ס' 31 לחוק חקירת סיבות מוות מסמיך את השופט להפסיק את החקירה או לדחות אותה עד שיובאו בפניו ראיות נוספות; להרחבה ראו עניין אוזב, לעיל ה"ש 17, בעמ' 717.
- 21 שופט המחוזי הטיל עיקול על נכסיו של יהושע כהן בסך של 650,000 לירות, ראו ת' ריבי "האשה התאבדה – והבעל מנהל עם ההורים מאבק על הירושה" ידיעות אחרונות 28.7.1978, 2.
- 22 עניין קניג במחוזי, לעיל ה"ש 1, בפס' 6.
- 23 שם, בעמ' 108-109.

- 24 בבית המשפט המחוזי טען בשם משפחת האישה עורך הדין דן רווח, עניין קניג במחוזי, לעיל ה"ש
1. בערעור בעליון נוספו לו עורכי הדין מיכאל כספי ומשולם שפרן אשר טענו גם בדיון נוסף, עניין
קניג בעליון, לעיל ה"ש 3, עניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1.
- 25 עניין קניג בעליון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 183 (הנשיא לנדוי והשופט בייסקי הסכימו). לא ניתן צו
להוצאות.
- 26 המקרה הוא מאותם מקרים בודדים שבהם נקבע דיון נוסף למרות תמימות הדעים בין כל השופטים
של הערכאות הקודמות. השופט ברק הוא שקבע שיתקיים דיון נוסף.
27 השופטים לנדוי, בייסקי, ש' לוי, עניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1.
- 28 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט ברק. לדיון ביקורתי ולהעדרת עמדת המיעוט של השופט ברק
בעניין קניג דיון נוסף, ראו Celia Wasserstein Fassberg, *Form and Formalism: A Case Study*, 31
Am. J. Comp. L. 627 (1983); John H. Langbein, *Excusing Harmless Errors in the Execution
of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law*, 87 COLUM. L. REV.
(Langbein Excusing Harmless Errors: (להלן: 1, 49–50 (1987).
- 29 ס' 23(א): "שכיב מרע וכן מי שרואה עצמו, בנסיבות המצדיקות זאת, מול פני המוות, רשאי לצוות
בעל־פה בפני שני עדים השומעים לשונו".
30 עניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של השופט אלון.
31 עניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 743.
32 שם, בעמ' 746.
- 33 עניין קניג בעליון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 183.
34 לתמיכה ראו לעיל ה"ש 28.
- 35 עניין קניג במחוזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109–110.
36 עניין קניג בעליון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 183.
37 ארחיב בהמשך, ראו דיון בסוף פסקה 4.
- 38 נתונים מצביעים על כך שאחוז מחלות הנפש אצל הורים הממיתים את ילדיהם גבוה יותר אצל נשים,
אך שבמרבית המקרים הדבר נעשה לא מתוך מחלת נפש אלא בשל הפרעה אישיותית: Sandra M.
Flynn, Jenny J. Shaw & Kathryn M. Abel, *Filicide: Mental Illness in Those Who Kill Their
Children*, PLOS ONE, 1 (2013) doi.org/10.1371/journal.pone.0058981. וראו לימור עציוני רצח
ילדים בידי הוריהם (2016), במיוחד פרק 6 הדן ברצח ילדים על ידי האם, בעמ' 226–266 (להלן:
עציוני).
- 39 ס' 302 לחוק העונשין.
40 לעיל טקסט סמוך לה"ש 18–19.
- 41 המידע בנושא זה הגיע אליי באמצעות הכתבות העיתונאיות המאוזכרות בה"ש 7 ובה"ש 21.
42 לניתוח המקרה בהקשר של "אין חוטא נשכר" ראו Nili Cohen, *The Slayer Rule*, 92 BOSTON U.
L. REV. 793, 802–803 (2012); כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר'", לעיל ה"ש 4.
- 43 לאימוץ העיקרון בתחומים מגוונים ראו שם, בעמ' 282–295. וראו לאחרונה בג"ץ 5384/16 פלוני נ'
שר הפנים, פס' 6–8 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 21.8.2017) – אי־רישום נישואים
שנערכו בחו"ל בשל העובדה שמקור הנישואים בניגוד לתקנת הציבור: האישה היא בתו החורגת
של הבעל, יחסיהם התקיימו במקביל לנישואיו עם אם האישה, כאשר האישה הייתה קטינה, יש
בהם משום גילוי עריות ועבירה על החוק הפלילי.
- 44 ס' 3 ו'ס' 699 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 595.
- 45 במשפט הישראלי כבר ניתן למצוא מקרים שבהם הרחיבו את סעיף 5(א) לחוק הירושה וויתרו, למשל,
על דרישת ההרשעה. ראו כהן "חוק, מוסר ו'אין חוטא נשכר'", לעיל ה"ש 4, בעמ' 276 ואילך; דניאל
פרידמן ואלרן שפירא בר־אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א סעיף 17.4, במיוחד ה"ש 15
בעמ' 687 (2015).
- 46 Anne-Marie Rhodes, *Consequences of Heirs' Misconduct: Moving from Rules to Discretion*,
33 OHIO N.U.L. REV. 975, 982–987 (2007) (להלן: Rhodes).

- 47 זו מהות ההבחנה בין הכרעה משפטית למחקר היסטורי: נילי כהן "שחרורן של יוסטיציה וקליו – הרהורים על משפט והיסטוריה אגב 'הכלה המשחררת'" המשפט ח 17, 23–30 (2003).
- 48 להשוואה ראו ס' 9 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, שבו נקבע כי בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לשלול את הזכות למזונות עקב התנהגות הזכאי. כמו כן, ס' 5(ג) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968 קובע כי "רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן".
- 49 ובכל מקרה, בהנחה שהאם רצחה את בתה, בין שצוואתה תקפה, בין שלא, עשוי הבעל לתבוע בניזקין את עיזבון האישה על רצח הילדה. תודתי נתונה לשופט (בדימוס) אילן שילה על העלאת נקודה זו.
- 50 למאמר הקלאסי המבקר את אי-התערבות המדינה במשפחה: Frances E. Olsen, *The Myth of State Intervention in the Family*, 18 U. MICH. J.L. REFORM 835 (1985)
- 51 לקריאה במשפט האמריקני להרחבת כלל הפסלות ולהחלתו גם על מקרים שבהם בני משפחה הסועדים את מורישיהם הזקנים מתנהגים אליהם באופן מחפיר: Lisa C. Dumond, *The Undeserving Heir: Domestic Elder Abuser's Right to Inherit*, 23 QUINN. PROB. LJ. 214 (2010)
- 52 לקשיים בהפעלת שיקול הדעת הנוגע לפסלות יורש במדינות בארצות הברית שבהן הוא מסור לשופט: Rhodes, לעיל ה"ש 46. המחברת מציינת שכאשר מדובר במוריש שהוא ילד (בהקשר לזניחה או התעללות) על השופט לאזן בין הערכים הבאים: כוונת הילד המוריש (עד כמה שניתן להסיקה), הגנתה של אוכלוסייה פגיעה, חובתו המשפטית של הורה לזון את ילדו, פרטיות התא המשפחתי, כיבוד שלטון החוק, והיעילות המוסדית של בתי המשפט.
- 53 Lon L. Fuller, *Consideration and Form*, 41 COLUM. L. REV. 799, 802–803 (1941)
- 54 הרולד בלום חדרת ההשפעה (עופר שור מתרגם, 2008).
- 55 Kenji Yoshino, *What's Past is Prologue: Precedent in Literature and Law*, 104 YALE L.J. 471 (1994). השוו לגישה הרואה בתקדים ובחריגה ממנו ביטוי למנגנונים של בניית תרבות, שבה כרוכה יצירת החדש עם הרס חלקי של הישן: נילי כהן "זיכרון, שכחה, תקדים" המשפט יג 195 (2008).
- 56 הגישה הפורמלית מקושרת עם הגישה הכלכלית למשפט, והיא באה לידי ביטוי בולט אצל Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541 (2003). לביקורת ראו James W. Bowers, *Murphy's Law and the Elementary Theory of Contract Interpretation: A Response to Schwartz & Scott*, 57 RUTGERS L. REV. 587 (2005) (הטוען, בניגוד לשורץ וסקוט, כי צדדים מסחריים רבים היו מעדיפים גישה הקשרית), וכן J. Burton, *Lesson on Some Limits of Economic Analysis: Schwartz and Scott on Contract Interpretation*, 88 IND. L.J. 339, 360 (2013) (המחבר מצביע על כך שהניתוח הכלכלי שבתיאוריה של השניים מוגבל. הוא אף מבקר את ההשטחה במחקרם לפרשנות הלשון במשפט).
- 57 לצורך בקיומם של כללי הכרעה חדים וברורים (המכוונים לציבור השופטים), כגורם מרסן בהליך השיפוטי בכללותו, ראו Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984), reprinted in MEIR DAN-COHEN, HARMFUL THOUGHTS: ESSAYS ON LAW, SELF, AND MORALITY 37 (2002).
- 58 John H. Langbein, *Substantial Compliance with the Wills Act* 88 HAR. L. REV. 489, 491–498 (1975).
- 59 לדיון כולל הקורא למיתון הדרישות הפורמליות, נחלת העבר, תוך שימוש במבחנים מהותיים ליישום דרישות הצורה, ראו לעיל ה"ש 56.
- 60 עניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 746.
- 61 הצעת חוק הירושה (תיקון מס' 7), התשמ"ד-1983, ה"ח 1653; שר המשפטים משה ניסים ציין בכנסת כך: "תיקון בסעיף 25 לחוק מוצע לעניין צוואה בכתב-יד. צוואה כזאת תקפה רק אם נכללו בה שלושה מרכיבי יסוד הדרושים לפי סעיף 19: היא כתובה כולה בכתב-ידו של המצווה, חתומה

- בידו ונושאת תאריך. סעיף 25 מאפשר אומנם לקיים צוואה אף אם יש פגם בחתימתו של המצווה או בתאריך הצוואה, אולם בית־המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, קבע בדיון נוסף 40/80, כי המשמעות הרגילה של 'פגם' היא החסרת משהו מהשלם ולא 'חסר', ועל כן לא ניתן היה לקיים את הצוואה באותו מקרה בהיותה חסרת תאריך, אף שלבית־המשפט לא היו ספקות שהמסמך אומנם נערך בידי המצווה ונחתם בידה, וגם היה ער לכך כי באי־קיום הצוואה נגרם עוול למי שהצוואה נכתבה לטובתו. מוצע אפוא לאפשר לבית־המשפט, בנסיבות מיוחדות, לקיים צוואה כלשונה, אף בהעדר חתימה ותאריך, כאשר אין לו ספק בדבר אמיתותו של המסמך ובדבר גמירת דעתו של המצווה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 261 של הכנסת ה־10, 46 (20.12.1983).
- 62 ע"א 127/87 בדיחי נ' בדיחי, פ"ד מג(4) 341 (1989) (להלן: עניין בדיחי). ראו גם ע"א 284/84 עזריאל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(3) 166 (1985) שעורר אותה שאלה: האם צוואה, שנחתמה לפני שני עדים והנושאת עליה אישור בחתימת ידו של אחד מהם בלבד, בת־תוקף היא, והאם רשאי בית המשפט לקיימה, כשאינו לו ספק באמתותה. כמו בעניין בדיחי בית המשפט קבע שיש לקיים את מצוות החוק הדורשת אישור בחתימת שניהם, אך מקרה זה נפסק לפני תיקון החוק. 63 ומובן שגם השופט ברק לא יחיל את עמדתו הליברלית כאשר יש ספק באמיתות הצוואה, ראו ע"א 436/01 רכאב נ' רכאב (פורסם בנבו, 9.2.2004) (להלן: עניין רכאב), שבו לא אושרה צוואת שכיב מרע של אדם בנסיבות אלה: כעשרה ימים לפני מותו (כנראה, בהתאבדות) הביע דעתו בפני עדים מה צריך להיות הסדר חלוקת הרכוש לילדיו. בית המשפט קבע כי המנוח לא היה שכיב מרע בעת פגישתו עם העדים, אף לא הוכח כי צפה את מותו הקרוב. יומיים לאחר הפגישה הגיע להסדר צופה פני עתיד בבית הדין לגבי הקשר עם בנותיו, ובנסיבות אלה הייתה לו יכולת לפעולה עצמאית של כתיבת צוואה (הסכימו עימו השופטים טירקל ודורנר).
- 64 ראו הצעת חוק הירושה (תיקון מס' 11) (קיום צוואה על אף חסר בצורתה), התשס"ד–2003, ה"ח הכנסת 30, שם נכתב כי "הסעיף בנוסחו הנוכחי מאפשר לבית המשפט להתגבר על פגם בדרישות הצורניות בכל סוג של צוואה (סעיף 25)). לעומת זאת, אם אחד הפרטים או ההליכים חסר לחלוטין, ולא רק פגום, לא יוכל בית המשפט, בדרך כלל, לתת תוקף לצוואה אפילו אם אין לו ספק לגבי אמיתותה. האפשרות להתגבר על חסר בצוואה נתונה לבית המשפט (סעיף 25(ב) לחוק) רק לגבי צוואה בכתב יד, ורק כאשר הפרט החסר הוא חתימת המצווה או תאריך הצוואה". לדיון בחוק ראו דורון מנשה "ההגיון של סעיף 25 לחוק הירושה" ספר מנשה שאוה 463 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, עדי חן מרכזת עריכה, התשס"ו); Doron Menashe, *The Validation of Flawed Wills*, 40 (Isr.L. Rev. 119 (2007)).
- 65 ע"א 8991/04 ברגות נ' ברגות־נצרת (פורסם בנבו, 4.10.2006) (להלן: עניין ברגות). בעניין זה, כמו גם בע"א 11324/04 מנשה נ' מרכוס (פורסם בנבו, 4.6.2007), נפסק מפי השופט רובינשטיין, על דעת חבריו להרכב בשתי הפרשות הנ"ל, כי תיקון החוק הוא אקטיבי, כלומר, הוא חל גם על צוואות שנכתבו לפניו. חזר על כך השופט מלצר בבע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.8.2012) (להלן: עניין פלוני).
- 66 ס' 23(ב) לחוק הירושה.
- 67 דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653 (2005) (להלן: עניין אהרן). עמדת דעת הרוב עוררה סימני שאלה. ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9, 10, 15–16 (2007). כן ראו ע"א 1978/05 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.1.2007) (פסילת צוואה בכתב יד, בין היתר בשל כך שלא הייתה בה הוראת הנחלה ברורה, וכן משום שהנייר שעליו נכתבה היה מודפס בחלקו; כלומר, עיקר הספק התייחס לגמירת הדעת).
- 68 עניין פלוני, לעיל ה"ש 65.
- 69 וכך מציין השופט רובינשטיין בעניין ברגות, לעיל ה"ש 65, בפס' 29 לפסק דינו: "התיקון מאמץ מודל ליברלי של dispensing power (סמכות לפעול בלעדי...)" שבצדו מנגנון נוקשה יותר של threshold requirements (דרישות סף, או 'מרכיבי יסוד' בלשון החוק...). מגמת הרחבת שיקול הדעת השיפוטי קונה לה שביטה גם במדינות נוספות". Langbein *Excusing Harmless Errors*, לעיל ה"ש 28. לגבי ארה"ב ראו Unif. Probate Code § 2-503; Restatement (Third) of Property: Wills

- and other donate Transfer § 3.3 (1999). לסקירת המגמה, וביקורת על נטל ההוכחה המוגבר ראו Emily Sherwin, *Clear and Convincing Evidence of Testamentary Intent: The Search for a Compromise between Formality and Adjudicative Justice*, 34 CONN. L. REV. 453 (2002).
- 70 Langbein *Excusing Harmless Errors*, לעיל ה"ש 28.
- 71 Samuel Flaks, *Excusing Harmless Error in Will Execution: The Israeli Experience*, 3 ESTATE PLANNING AND COMMUNITY PROPERTY L.J. 27 (2010).
- 72 Alexander A. Boni-Saenz, *Distributive Justice and Donative Intent*, 65 UCLA L. REV. 324 (2018).
- 73 ראו עניין **רכאב**, לעיל ה"ש 63, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 74 Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 SCIENCE 1243 (1968); G. CALABRESI & P. BOBBITT, *TRAGIC CHOICES* (1978).
- 75 אריסטו **פואטיקה** פרק ו (ש' הלפרין מתרגמת, 1977).
- 76 שם; דורותיאה קרוק **יסודות הטראגדיה** (אברהם יבין מתרגם, 1972); פרידריך ניטשה **הולדת הטראגדיה – המדע העליון** (ישראל אלדר מתרגם, 1985).
- 77 נילי כהן "גורל ומשפט" **הפרקליט** מט 23 (2007).
- 78 שם, בעמ' 28-30.
- 79 מיכל בן-נפתלי "קריעה: על יחסי אס-בת בעקבות 'הבגד' מאת דליה רביקוביץ" **רסלינג** 65 7 (2000) (להלן: בן-נפתלי).
- 80 *People v. Kimura*, No. A-091133 (L.A. Super. Ct. 1985). תודתי נתונה לשופט איתי הרמלין על ההפניה למקרה ולסוגיה.
- 81 Goel Rashmi, *Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in Cultural Defense*, 3 SEATTLE JOURNAL FOR SOCIAL JUSTICE 15 (2012).
- 82 עזיוני, לעיל ה"ש 38.
- 83 בראשית כא 14.
- 84 שופטים יא 30-40.
- 85 טוני מוריסון **חמדת** (ניצה בן-ארי מתרגמת, 1994).
- 86 UNBINDING MEDEA: INTERDISCIPLINARY APPROACHES TO A CLASSICAL MYTH FROM ANTIQUITY TO THE 21ST CENTURY (Heike Bartel & Anne Simon eds., 2010).
- 87 בן-נפתלי, לעיל ה"ש 79, בעמ' 68-69, 76.
- 88 לקטגוריות המניעות הורים להרג ילדיהם: א. אלטרואיזם – הרבר קשור לעיתים בהתאכזרות מתוך כוונה להקל על סבלו של הילד; ב. פסיכוזה חריפה; ג. ילדים שאינם רצויים; ד. תאונה; ה. נקמה כלפי בן הזוג: P.J. Resnick, *Child Murder by Parents: A Psychiatric Review of Filicide*, 126 AMERICAN JOURNAL OF PSYCHIATRY 325 (1969).
- ראו גם Susan Hatters Friedman & Joshua B. Friedman, *Parents Who Kill Their Children*, 31 PEDIATRICS IN REVIEW 10 (2010); Susan Hatters Friedman & Phillip J. Resnick, *Parents Who Kill: Clinical and Legal Perspectives*, 32 PSYCHIATRIC TIMES 17 (2013).
- 89 ליחס בין משפט ותיאטרון: נילי כהן "משפט ומשחק – הסוחר מונצ'יה ו'התקלה'" **הפרקליט** נא 407 (2012).
- 90 כזכור, בבית המשפט המחוזי הטיל השופט ספק בצלילות דעתה של המנוחה, ראו עניין קניג במחוזי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 109-110.
- 91 עניין קניג בעליון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 183.
- 92 עניין קניג דיון נוסף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 743, 746.
- 93 בג"ץ 681/12 גרינשפן נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 19.9.2012) (להלן: עניין גרינשפן).
- 94 שם, פס' 26 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

- 95 מקרים נוספים שאזכרו: ע"א 840/75 קרן קיימת לישראל (על ידי מינהל מקרקעי ישראל) נ' תבל-טוביה, פ"ד ל(3) 549, 540 (1976); ע"א 248/86 עזבון חנשוילי לילי ז"ל נ' רותם חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(2) 558, 529 (1991).
- 96 עניין גרינשפן, לעיל ה"ש 93, פס' 1 לפסק דינה של השופטת חיות.
- 97 על בית המשפט כתיאטרון ציבורי בתביעות על הפרת הבטחת נישואים: GINGER S. FROST, PROMISES: BROKEN, COURTSHIP, CLASS AND GENDER IN VICTORIAN ENGLAND 25-39 (1995).
- 98 נילי כהן "אהבה, ספרות, משפט – בין תיעוד לבדיון, בין פרטיות לחופש ביטוי" ספר נילי כהן 237, 274-273 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים, 2017).
- 99 משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה 33-34 (1986); תומר מוסקוביץ "ההגנה על הפרטיות בפרסומי בתי המשפט – האם ראוי לפרסם שמות בפסקי דין" משפטים יח 431, 443-445 (1989); דן ארבל, יהושע גייפמן "חוק בית – המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995" הפרקליט מג 431, 445 (1997); יהושע גייפמן "בית המשפט לענייני משפחה – הזכות לפומביות הדיון והיבטים משפטיים של איסורי פרסום" מנחה ליצחק 369 (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, 1999). ככלל, דיוני בית המשפט הם פומביים: ס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה ("בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק"), ס' 68(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ("בית משפט ידון בפומבי"); ואולם, ס' 68(ב) וס' 68(ה) (1) (2) לחוק בתי המשפט קובעים חריגים רבים, אשר בהתקיימם יוכל בית המשפט לדון בעניין מסוים בדלתיים סגורות, וביניהם הגנה על בטחון המדינה, יחסי חוץ, מוסר, סודות מסחר, קטין או חסר ישע, מתלונן או נאשם בעבירות מין, הדיון הפומבי עלול להרתיע עד מלהעיד או מלהעיד באופן חופשי, וכן ענייני משפחה וענייני נוער.

