

מעבר לתלות ולמשפחתיות – מבט ביקורתי על דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת בתזכיר חוק הירושה

מאת
ענת ליפשיץ*

- מבוא: התיקון בתזכיר חוק הירושה והשפעה בלתי הוגנת 2
- א. השפעה בלתי הוגנת ומבחן התלות 4
1. מבחן התלות בפסיקה הקיימת 4
2. הצעה חלופית: מבט פסיכולוגי על עילת ההשפעה הבלתי הוגנת 7
3. מבט ביקורתי על מבחני מרום לנוכח הפרספקטיבה הפסיכולוגית 10
4. התיקון בתזכיר ומבחן התלות – האם יש שיפור? 14
- ב. הבחנה בין זרים לבני משפחה – האם נכונה? 16
1. רקע: חופש הציווי מול הרצון להשארת הרכוש במשפחה 16
2. קיום החזקה במקרה של מטפלים שאינם בני משפחה 19
3. האם המשפחה הינה סביבה בטוחה מפני השפעות בלתי הוגנות? 23
4. סיכום ביניים: האם מדובר בתיקון ראוי? 25
- ג. הדין הרצוי 27
1. מתפיסת התלות לתפיסה אינטגרטיבית 27
2. הצעה לתיקון חלופי 29
- ד. סיכום 32

* ענת ליפשיץ היא ממנה מחוזית על עורכי הדין ביחידות הסיוע במחוזות ת"א והמרכז, והיא גם תלמידה לתואר שלישי באוניברסיטת בר-אילן. הדוקטורט שלה בהנחייתם של פרופ' איילת בלכר-פריגת ופרופ' בנימין שמואלי עוסק בהגנה משפטית על קשרים בין-דוריים בזקנה. תודות לשופט נפתלי שילה, לד"ר שירי רגב-מסלם, לפרופ' שחר ליפשיץ, להילה גפן-שפיץ ולמערכת פורום עיוני משפט על הערותיהם המועילות.

מבוא: התיקון בתזכיר חוק הירושה והשפעה בלתי הוגנת

ס' 30 לחוק הירושה, תשכ"ה 1965 קובע כי "הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית – בטלה". בשורת פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל נקבע שכדי לפסוק שהצוואה פסולה מחמת השפעה בלתי הוגנת אין די בהשפעה שגרתית, אלא נדרשת השפעה שיש בה מרכיב של אי-הגינות לפי מושגים חברתיים-מוסריים.¹ כלומר, לא כל השפעה היא השפעה פסולה, אלא רק השפעה המכילה יסוד בלתי הוגן בתוכה. אלא שעדיין לא ברור מה הרכיב שהופך את ההשפעה לבלתי הוגנת וללא מוסרית, ולכן הפרשנות למושג "השפעה בלתי הוגנת" נשארה חלקה.

לנוכח אופייה העמום של הגדרת העילה של השפעה בלתי הוגנת, ובגלל הקושי הראייתי להוכיח מקרי השפעה בלתי הוגנת לאחר מות המצווה, שאז הראיות ככלל הן נסיבתיות, מקובל בפסיקה מבחן ראייתי נסיבתי, מבחן התלות,² ולפיו "כאשר הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החופשי והבלתי תלוי של אותו אדם במה שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי אז אפשר לאמר שעשיה או פעולה שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון היא תוצאה של השפעה בלתי הוגנת מצדו, אלא אם הוכח היפוכו של דבר".³ מבחן התלות הופך אפוא את הנטל באופן שאם התברר כי קיימת תלות מקיפה ויסודית, הרי על מבקש קיום הצוואה להוכיח כי לא התקיימה השפעה בלתי הוגנת.

סעיף 28 לתזכיר חוק הירושה (תיקון מס' ...) התשפ"א-2021 ביקש להסיר ערפל סביב הביטוי "השפעה בלתי הוגנת" באמצעות החוק, והוא קובע כי חזקה להשפעה בלתי הוגנת מתקיימת במקרה של אדם אשר "...היו בינו ובין המצווה יחסי אמון מיוחדים או יחסי תלות, למעט קרוב של המצווה או בן זוגו". ברישא של דברי ההסבר לתזכיר החוק מוסבר כי אם קיימים יחסי אמון מיוחדים או יחסי תלות בין המצווה לזוכה, תקום חזקה להשפעה בלתי הוגנת וכי החזקה לא תחול על הוראה המזכה את בן זוגו או קרובו של המוריש, שכן סביר כי בינם ובין המוריש יתקיימו יחסי אמון מיוחדים או אף יחסי תלות.

הצעת החוק מכילה שני חידושים בנוגע למצב המשפטי הקיים, ובכלל זה חזקת ההשפעה הבלתי הוגנת במקרה של תלות מקיפה הקבועה בפסיקה כיום. **החידוש הראשון** הוא בעצם עיגונה החקיקתי של חזקת ההשפעה הבלתי הוגנת במקרה של תלות. אולם עיגון החזקה לווה בכל זאת בשינוי משמעותי מן המצב הקיים. לפני התזכיר, על מנת לעמוד במבחן התלות על מנת שתקבע השפעה בלתי הוגנת יש

¹ ראו לדוגמה דנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813, 863 (1998); ע"א 4902/91 גודמן נ' ישיבת שם בית מדרש גבוה להוראה ודיינות על שם הרב שלמה מוסאיוף זצ"ל בירושלים, פ"ד מט(2) 441, 448 (1995).

² ראו ע"א 423/75 בן נון נ' ריכטר, פ"ד לא(1) 372 (1976).

³ שם, בעמ' 378. לביקורת לעניין זה, ראו שמואל שילה פירוש לחוק הירושה תשכ"ה 1965 כרך ראשון 273–275 (1995).

להוכיח כי הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החופשי והבלתי תלוי של אותו אדם. לעומת זאת, על פי התיקון המוצע מספיק להוכיח קיומם של יחסי תלות כלשהם או יחסי אמון כדי להעמיד חזקה השוללת את הצוואה, וזאת כאשר מדובר בזרים. כך, לדוגמה, במקרה הפרדיגמטי של יחסי מטפל ומטופל, משום שברור שיש תלות מובנית ברגע שאדם אחד מטפל במשנהו ולכן מלשון החוק נראה שדי בכך שהמטפל איננו בן משפחה, הרי שתקנים החזקה המבטלת את הצוואה. החידוש **השני** של ההצעה בתזכיר הוא ההחרגה של בני משפחה ממבחן התלות. התיקון מניח, ככל הנראה, כי כאשר מדובר במרחב המשפחתי מדובר במרחב מוגן שבו יחסי תלות לא ינוצלו לרעה, וזאת בניגוד למצבים של גורם מטפל שמנצל את חולשתו של המוריש, כאשר במצבים אלו יש להקים חזקה אשר תשמור על המוריש מפני המטפל "המנצל". במילים אחרות, לגבי זרים השינוי מקל על הכניסה לחזקה כך שכל תלות תהווה חזקה, ובכך התזכיר מרחיב את המקרים שייחשבו להשפעה בלתי הוגנת, ובאשר לקרובי משפחה הוא מבטל את חזקת התלות ובכך מצמצם את תחולת הסעיף. כלומר, ניתן יהיה עדיין לקבוע השפעה בלתי הוגנת על פי סעיף 30 לחוק הירושה, ואולם במצבים שבטרים התיקון הופעלה חזקת התלות הפסיקתית על קרובי משפחה – לא תוחל החזקה, וזאת משום שמדובר בקרובי משפחה.

במאמר זה אבקש לבחון את הוראות התזכיר וזאת בהשוואה למצב המשפטי הקיים כפי שהוא משתקף בחוק ובפסיקה, תוך העלאת השאלה האם מדובר בשינויים ראויים שישפרו את המצב הקיים או שמא להפך. לצורך זאת, אצביע על כיוון חדש הנשען על נקודת מבט פסיכולוגית, ולפיו השפעה בלתי הוגנת מבטאת מצבים שבהם אדם מצליח להשתלט או למצער להשפיע באופן משמעותי ומניפולטיבי על תודעתו של המוריש. אטען שהבנה זו של השפעה בלתי הוגנת כמגיבה למצבים של "תודעה מושפעת" היא שמאפשרת לזהות את האלמנט הבלתי מוסרי שהופך השפעה לבלתי הוגנת. לאור ההבנה הפסיכולוגית המוצעת, אבקש הן לבקר את ההצעה בתזכיר והן להציע שינוי חלופי בחוק שיסייע לאבחן מקרים של השפעה בלתי הוגנת.

ממטרות אלה נגזר מבנה המאמר. **הפרק הראשון** יעסוק במבחן התלות המנחה כאמור את הדין הקיים ושואמץ ביתר שאת בתזכיר. לשם כך אסקור את המצב המשפטי הקיים כפי שהוא מתבטא בפסיקה ואבקר אותו לנוכח הפרספקטיבה הפסיכולוגית העוסקת בתנאים ליצירת השפעה בלתי הוגנת, כהמשך לכך אטען שהשינוי המוצע מחמיר את המצב במקום לתקנו. אחריו יעסוק **הפרק השני** בהשוואה בין בני משפחה ובין זרים. מאחר שהמקרה הפרדיגמטי של תלות הם יחסים בין מטפל למטופל, אבקש לשאול האם אכן בכל מקרה שתלות נוצרת בעקבות טיפול בין מטפל למטופל מדובר בהשפעה בלתי הוגנת? וכן, האם המשפחה היא סביבה מוגנת מפני השפעות בלתי הוגנות כך שבמקרים של תלות לא קיים חשש מעין זה? כאשר גם לגבי פרספקטיבה זו אראה את הבעייתיות בתזכיר ביתר שאת. **בפרק השלישי והאחרון** אציע תיקון חלופי לסעיף בתזכיר שלטענתי יספק מענים ראויים לבעיות שהועלו בפרקים הקודמים.

א. השפעה בלתי הוגנת ומבחן התלות

בפרק זה אדון בשינוי הראשון שתזכיר החוק מתייחס אליו – חזקת התלות. לשם כך אתייחס תחילה **בחלק הראשון** למבחן התלות כפי שהתפתח בפסיקה עד היום. **בחלק השני** אציע הבנה מחודשת לתופעת ההשפעה הבלתי הוגנת הממוקדת בהשפעה המניפולטיבית של הנהנה על תודעתו של המוריש, וזאת בהתבסס על כתיבה שמתייחסת להיבטים הפסיכולוגיים המתארים את התופעה. **בחלק השלישי** אבקר את דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת כפי שהיא משתקפת במבחני מרום לנוכח הפרספקטיבה הפסיכולוגית. **בחלק הרביעי והאחרון** תיבחן השאלה האם התיקון בהקשר של חזקת התלות במסגרת התסקיר משפר את המצב לעומת הפסיקה הקיימת.

1. מבחן התלות בפסיקה הקיימת

על פי המשפט הישראלי, העיקרון הבסיסי המנחה בדיני צוואות הוא עקרון חופש הציווי.⁴ אחת המשמעויות של עיקרון זה היא כי חוץ מדיני המזונות מן העיזבון (הנפסקים רק במקרים סוציאליים חריגים) אין מוטלות הגבלות על חופש זה. בהינתן חופש הציווי והדגשת האוטונומיה של המצווה, יכולה להיות הצדקה לביטול צוואה במצבים שבהם הרצון של המצווה כפי שהובע בצוואה אינו משקף את רצונו האמיתי. לאור זאת, אחד הכלים המרכזיים לתקיפת צוואות הוא עילת ההשפעה הבלתי הוגנת. לפיכך האתגר שניצב בפני הפסיקה שעסקה בעילה היה להגדיר ולזהות מצבים של השפעה בלתי הוגנת. במענה לאתגר נקבע בשורת פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל כי כדי לקבוע שהצוואה פסולה מחמת השפעה בלתי הוגנת אין די בהשפעה שגרתית, אלא נדרשת השפעה שיש בה מרכיב של אי-הגינות על פי מושגים חברתיים ומוסריים.⁵ לא כל השפעה היא השפעה פסולה, אלא רק השפעה המכילה אותו יסוד בלתי הוגן בתוכה.

מוסר ככלל יכול להכיל ערכים מגוונים כגון ערכים של שוויון, של הגינות ואולי של השארת רכוש במסגרת המשפחתית. הגשמת כל אחד מהערכים הללו אינה חופפת בהכרח את הערך של הגשמת חופש הציווי. לכן העמדת העיקרון של חופש הציווי אל מול שיקולי המוסר נחזית כתמוהה ואולי אף כפרדוקסלית, שכן אם המטרה היא לקיים את רצון המצווה הרי שאין אנו אמורים לבחון את צוואתו במשקפיים מוסריים. עם זאת, הפסיקה לא זיקקה עד היום את היסוד הבלתי הוגן האמור. חלף זאת, כדי להגיע למסקנה כי מדובר בהשפעה בלתי הוגנת, ובגלל הקושי הראייתי להוכיח מקרי השפעה בלתי הוגנת לאחר מות המצווה, שאז הראיות ככלל הן

⁴ ראו ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 732 (1994) ("עקרון יסוד הוא במשפט הצוואות – והוא ראשון ונעלה בין נעלים – כי "מצווה לקיים דברי המת").

⁵ ראו לעיל, ה"ש 1.

נסיבות, הוצע מבחן ראייתי נסיבתי,⁶ מבחן התלות, שלפיו "כאשר הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החופשי והבלתי תלוי של אותו אדם במה שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי אז אפשר לאמר שעשיה או פעולה שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון היא תוצאה של השפעה בלתי הוגנת מצדו, אלא אם הוכח היפוכו של דבר".⁷ מבחן התלות הופך אפוא את הנטל באופן שאם התלות היסודית והמקיפה מתקיימת, הרי שעל מבקש קיום הצוואה להוכיח כי לא התקיימה השפעה בלתי הוגנת.

כדי לקבוע כי תלות כזו אכן מתקיימת, נקבעו בפסק הדין בפרשת מרום ארבעה מבחנים שמטרתם לבדוק אם מדובר בתלות מקיפה השוללת את רצונו של אדם.⁸ ארבעת המבחנים הם: **מבחן התלות והעצמאות** – על פיו נבדק עד כמה היה המצווה "עצמאי" מן הבחינה הפיזית ומן הבחינה השכלית-הכרתית; **מבחן התלות והסיוע** – במסגרתו נבחן האם הקשר שהתקיים בינו ובין הנהנה התבסס על מתן סיוע שהמצווה נזקק לו; **מבחן קשרי המצווה עם אחרים** – במסגרתו נבדק היקף הקשרים שקיים המצווה עם אחרים זולת הנהנה ומידתם. כמו כן נקבע שלעניין ההכרעה בשאלת התלות אין זה מעלה או מוריד מה גרם לבידודו של המצווה: כלום היה זה הנהנה, או התנהגותם של אחרים, או שמא בידודו של המצווה נבע מנסיבות שהיו קשורות למצבו האובייקטיבי; המבחן הרביעי הוא **מבחן נסיבות עריכת הצוואה**.

אומנם נקבע כי אין מדובר ברשימה סגורה של אבני בוחן, וכי ניתן להשתמש גם במבחנים אחרים.⁹ מבחני עזר נוספים שהוצעו בפסק הדין בעניין מרום הם מבחן הקרבה הרגשית, מבחן הנישול, מבחן השימוש לרעה בתלות, מבחן ההשפעה המותרת ומבחן הגיונה של הצוואה. אולם בפועל נראה שרובה המוחלט של הפסיקה נזקק כמעט אך ורק לארבעה מבחנים אלו כדי לקבוע אם יש לפסול את הצוואה מחמת השפעה בלתי הוגנת, ולהם ניתן עיקר המשקל בפסקי דין מסוג זה.

במקרה שמתקיים חלק גדול מהמבחנים בצורה מובהקת, ייקבע כי הורם הנטל לתלות מקיפה, ומאחר שכך על פי החזקה נקבעת השפעה בלתי הוגנת.¹⁰ לחלופין,

⁶ ראו בן נון נ' ריכטר, לעיל ה"ש 2.

⁷ שם, בעמ' 378.

⁸ המבחנים המפורטים מצוטטים מעניין מרום, לעיל ה"ש 1; וראו גם שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין דיני ירושה ועיזבון 124–125 (מהדורה שביעית, 2014).

⁹ ראו לדוגמה רמ"ש (משפחה ת"א) 27644-11-17 מ.מ.ח. נ' ת.מ. (נבו 26.3.2018).

¹⁰ ראו לדוגמה ת"ע (משפחה י-ם) 51286-08-17 נ"י נ"י (נבו 15.5.2019); ת"ע (משפחה ת"א) 34585-10-13 ר"א נ' מ"ז (נבו 17.9.2018) – כך למשל במקרה האחרון רק לאחר שנקבע כי על פי מבחני מרום מדובר בהשפעה בלתי הוגנת הוסיפה השופטת וציינה שגם המניע לנישול המנושלים, שהיו בקשר טוב עם המנוח לפני שהורחקו, תומך במסקנה שהוסקה על פי אבני הבוחן. כמו כן, בת"ע (משפחה ת"א) 8896-02-13 ל"ק נ' א"ג (נבו 24.5.2017).

הוכרע כי על פי מבחני מרום הייתה השפעה בלתי הוגנת. השופטת במקרה זה ציינה כי היא לא תבחן את התרחק מאימו או הורחק ממנה, במקום זאת היא בחרה לבדוק באופן טכני את מילויים של מבחני מרום.

במקרים שאין מתקיימים מבחנים אלו, נשאר הנטל על המבקש לפסול את הצוואה, ולפיכך על פי רוב הצוואה מתקיימת.¹¹ במובן זה מבחני התלות שהוצעו בפרשת מרום, שבמקורם נועדו לשמש אמת מידה לקביעת נטל ההוכחה, הפכו במרוצת השנים למבחנים המכריעים באופן כמעט בלעדי אם הייתה השפעה בלתי הוגנת.¹² במילים אחרות, ההתמקדות בנטלי הראיה מעוררת רושם שגוי כי מדובר בקושי ראייתי בעוד המהות ברורה, אלא שלמעשה השאלה מה הופך השפעה להשפעה בלתי הוגנת נותרה עמומה.¹³

ניתן לומר, אם כן, שמכיוון שלאחר מות המוריש הראיות הן נסיבתיות, ובגלל הקושי לזקק ולקבוע מהו היסוד הבלתי הגון והבלתי מוסרי בעילת ההשפעה הבלתי הוגנת, במרוצת הזמן הפכו מבחני פסק הדין בפרשת מרום לבדיקת ההשפעה הבלתי הוגנת ממבחיני עזר שמטרתם לזהות מהות, למבחנים טכניים שהפכו למוקד העילה, וזאת תחת התמודדות עם השאלה המוסרית אימתי השפעה הופכת להיות בלתי הוגנת. ועדיין, לצד מבחני מרום קיימים מקרים שבהם שופטים מחליטים כי השפעה זאת אכן הייתה גם אם המבחנים לא התקיימו כלשונם במקרים שבהם המקרה "שידר" השפעה בלתי הוגנת על פי נסיבותיו.¹⁴

על רקע עלייתו של מבחן התלות ככלל, ומבחיני מרום בפרט, עולה השאלה האם אכן מדובר באינדיקטור מתאים לבחינת השפעות הוגנות במציאות; האם אכן אדם תלוי ככלל איננו בעל רצון חופשי ואין לו יכולת להתנגד לאדם שבו הוא תלוי? ולהפך, האם לאדם שאיננו תלוי רצון חופשי והוא איננו מועד להשפעה בלתי הוגנת? והאם מבחני מרום מזוהים את המקרים היוצרים השפעה בלתי הוגנת? על מנת לענות על שאלות אלו אבקש להתנתק בשלב זה מההיבט המשפטי ולבחון את הפרספקטיבה הפסיכולוגית לגבי שאלות אלו. לאחר עיון בזווית הפסיכולוגית אחזור שוב למבחיני מרום על מנת לבדוק האם הם נותנים מענה לתופעת ההשפעה הבלתי הוגנת לנוכח התובנות הפסיכולוגיות.

¹¹ ת"ע 106262/07 (משפחה ת"א) צ' ג' א' נ' ג' א' (לא פורסם, 27.6.2012) וכן ת"ע (משפחה חי') 48612-10-15 ב"ש נ' י"ש (נבו 15.1.2019).

¹² כפי שכתב פרופסור שמואל שילה בספרו, החזקה שהצוואה נעשתה על פי רצונו של המצווה היא חזקה בעלת משקל רב וקשה להפריכה. הדרך הטובה ביותר להצליח בטענה של השפעה בלתי הוגנת היא שלא על ידי הוכחת ההשפעה הפסולה, אלא על ידי ביטול החזקה הנ"ל והעברת נטל ההוכחה לצד שכנגד. מאחר שכך, פסקי דין רבים פוסעים בנתיב בדיקת מבחני מרום, והיפוך הנטל גורם להכרעה בפסק הדין ללא דיון בשאלות המהותיות. בהקשר זה ראו שילה, לעיל ה"ש 3, בעמ' 271.

¹³ על חמקמקותה של דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת ראו במסגרת סימפוזיון זה: שלי קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות: על מעמדו של חופש הציווי בתזכיר חוק הירושה" פורום עיוני משפט (טרם פורסם, 2022).

¹⁴ דוגמאות לכך ת"ע (משפחה ת"א) 66611-09-14 א"י נ' ר"ע (נבו 30.3.2017); עמ"ש (מח' ת"א) 45610-09-12 צ' ג' א' נ' ג' א' (נבו 19.5.2014); בע"מ 4459/14 פלונית נ' פלוני (נבו 6.5.2015) (להלן: "הלכת החוטאים השזורים", על שם ההלכה שנקבעה באותו מקרה).

2. הצעה חלופית: מבט פסיכולוגי על עילת ההשפעה הבלתי הוגנת

השפעה בלתי הוגנת הינה תופעה מעניינת לא רק מהבחינה המשפטית אלא מדובר בתופעה מסקרנת לא פחות מהבחינה הפסיכולוגית. הפסיכולוג שואל באילו סיטואציות מתרחשת השפעה בלתי הוגנת וכיצד תודעה של אנשים הופכת למושפעת עד כדי כך שרצונם החופשי נשלל מהם, ובאופן שהם כלל אינם מודעים לו.

סינגר (Margaret Thaler Singer),¹⁵ פסיכולוגית ומומחית לענייני כתות, השתמשה בידע שלה בענייני כתות והראתה כיצד בסיס הידע שהצטבר בנושא הכתות עשוי ללמד על מקרים שבהם צוואה נכתבת תחת השפעה בלתי הוגנת. היא ריכזה שישה אלמנטים בולטים המסייעים ליצירת תודעה מושפעת השותפה לשתי התופעות גם יחד: בידוד (הגורם למשפיע להיות ערוץ-המידע בינו ובין העולם, דבר המאפשר לו לתווך את המידע באופן הרצוי לו); יצירת מנטליות של מצור (העולם נתפס כמאיים והגורם המשפיע הוא זה שאפשר לסמוך עליו, דבר המגביר את התלות; תלות (מובילה לתחושה שניתן לסמוך רק על הגורם המשפיע); תחושת חוסר אונים (נוצרת מהבידוד, תחושת המצור והתלות גם יחד); תחושת פחד ופגיעות (נוצרת בגלל החולשה שיצרה מראש את התלות ומועצמת בעקבות המחשבה שניתן לסמוך אך ורק על הגורם המשפיע; חוסר מודעות (הגורם המושפע אינו מודע לכך שהוא מצוי בעולם בדוי).

סינגר מצאה דמיון גם בין תופעה של תודעה מושפעת במקרים של השפעה בלתי הוגנת לתופעה של תסמונת שטוקהולם שבה בני ערובה הזדהו עם שוביהם. המאפיינים במקרים אלו הם: החטוף מרגיש שהישרדותו מאוימת, הוא משוכנע שאין לו דרך להימלט, הוא מבודד, והחוטף מגלה כלפיו לכאורה "חסד". לדעת סינגר, המרכיבים הפסיכולוגיים בשתי התופעות דומים, והמחקר סביב שבויים יכול להשליך על ההבנה של תופעת ההשפעה הבלתי הוגנת ועל הדרכים שבהן ניתן ליצור תודעה מושפעת, כאשר במקרים של תודעה מושפעת האדם המושפע יקבל את ה"אמיתות" של הגורם שמשפיע עליו כנגד האנשים שהאדם המושפע היה מקורב אליהם לפני פעילות ההשפעה, ויחווה את ניתוק הקשר עם יתר מקורביו ובני משפחתו כהחלטה עצמאית שלו או כתוצר של התנהגותם.

הניתוח הפסיכולוגי של תופעת התודעה המושפעת שופך אור על סיפורים אנושיים רבים המתעוררים בתיקים משפטיים הנוגעים לטענות של השפעה בלתי הוגנת המתעוררות הן בתיקי אפוסטרופסות והן בתיקי ירושה, וכפי שנראה מייד הוא אף עשוי לגבש בהיזון חוזר עמדה נורמטיבית כלפי התיקים הללו.

דוגמה מייצגת לכך נמצאת במחקרים שערכה מרי ג'וי ובהם היא עשתה שימוש במחקריה של סינגר ותיקפה אותם באופן אמפירי. כך, במאמר שהשפיע אף על עיצוב

¹⁵ Margaret Thaler Singer, Undue Influence and Written Documents: Psychological Aspects, 10 CULTIC STUD. J. 19 (1993).

הרפורמה בדיני האפטרופסות בארה"ב שנערך ב-2017,¹⁶ היא מתארת את הסינדרום של יצירת תודעה מושפעת וטוענת כי הדמות המשפיעה מבצעת מעשה של התעללות בדמות המושפעת. על מנת ליצור תודעה מושפעת, בדרך כלל ערוצי התקשורת של האדם המושפע (טלפונים, דואר וביקורים) מפוקחים על ידי הדמות המשפיעה. דמות זו מספרת למשפחה או לחברים שהקורבן עסוק, עייף או חולה מכדי לראות מבקרים. דואר והודעות אינם מועברים. הקורבן חושב שלאיש לא איכפת מגורלו פרט לאותה דמות שמשפיעה עליו שהוא חווה אותה כמיטיבה עימו. אותה דמות מייצרת מנטליות של מצור על ידי זה שהיא אומרת לו שאף אחד אינו דואג לו, שקרובי המשפחה האחרים מעוניינים לקחת את נכסיו ושהעולם החיצון מסוכן לו. במקרים שמדובר בהם בזקנים התלויים בדמות המשפיעה הרי שפעמים רבות הירידה בזיכרון הנלווית לזקנה מנוצלת לרעה ומסייעת ביצירת התודעה המושפעת.

מחקר מקיף ומאוחר יותר, שנוהל אף הוא על ידי מרי ג'וי ובהסתמכות על מחקריה של סינגר, ביקש לתקף אמפירית את המרכיבים היסודיים הפסיכולוגיים המרכיבים את הסיטואציות שבהן תודעת הקורבנות מושפעת והם מתאימים את עצמם לרצון האחרים, בהקשרים הבאים לידי ביטוי בתיקים שבהם נטענת השפעה בלתי הוגנת.¹⁷ מחקר זה זיקק את המחקרים הפסיכולוגיים שתוארו בראשית פרק זה לפרמטרים הבסיסיים המרכיבים מצבי השפעה בלתי הוגנת הנוצרים תוך יצירה של תודעה מושפעת, על ידי סיווג של המרכיבים שתיארה סינגר במחקריה השונים לקטגוריות מובחנות. לשם כך סווגו הפרמטרים שהציגה סינגר במחקריה למרכיבים הבסיסיים – הפרמטרים הקשורים לפערי הכוחות ולתלות של צד אחד במשנהו, ולפרמטר שנוסף עליהם הקשור למניפולציה שמפעיל הצד המשפיע על המושפע. בנוסף, ככל הנראה משום שהתיקוף נעשה דרך פסקי דין, לפרמטרים הקשורים להיווצרות התודעה נוסף גם פרמטר שאיננו קשור ליצירת התודעה אלא להיבט התוצאתי שמהווה עילה לפסק הדין, והוא מכיל את אותן התוצאות הלא-אתיות של ההשפעה. המאפיינים אשר אומתו במחקר היו ארבעה: **הראשון**, קשור למאפייני הקורבן התורמים לפגיעות ומעידים על חולשה (כגון ליקוי נפשי, קוגניטיבי, או אישיות תלותית המנסה לרצות); **השני**, קשור לעמדת הכוח של המשפיע. על המשפיע להיות בעל עמדת כוח וסמכות כלפי המושפע; **השלישי**, כולל טקטיקות שכנוע מניפולטיביות. טקטיקות אלו כוללות שליטה ביחסי הקורבן עם החברה על ידי הטלת בידוד, אך לא רק טקטיקות כאלו. קיימים אמצעים אחרים להשגת התוצאה, כמו למשל הרעלת היחסים עם מקורביו של המושפע, יצירת תחושת חוסר אונים או תחושה של מצור, או כל מניפולציה אחרת המביאה לכך

¹⁶ Mary Joy Quinn, Friendly Persuasion, Good Salesmanship, or Undue Influence, 2 Unif. MARQ. ELDER'S ADVISOR 49 (2001). מאמר זה מופיע בדברי ההסבר של ה- Unif. Guardianship, Conservatorship, & Other Protective Arrangements Act (Unif. L. Comm'n 2017), כאחד המקורות להבנת התופעה של השפעה בלתי הוגנת, שבקבוצתה הוצעה הרפורמה בדיני האפטרופסות המתייחסת לפגיעה בקשרים.

¹⁷ MARY JOY QUINN, UNDUCE INFLUENCE: DEFINITIONS AND APPLICATIONS (2010) מחקר מקיף שנעשה בנושא זה. בין השאר, בעמ' 128-138, הוא מכיל חלק אמפירי שבדוק את הופעת ארבעת הפרמטרים בפסקי דין.

שהמושפע יחווה אותה חוויה של עולם בדוי שבו הוא יכול לסמוך רק על הדמות המשפיעה, כדוגמת השיטות שהציגה סינגר במחקריה. **והאחרון**, תוצאות פסולות, לא הוגנות או לא אתיות, היכולות לבוא לידי ביטוי לדוגמה בהורשה של כלל הרכוש לאותו גורם תוך הדרה של הצדדים שהורחקו מאותו מוריש.

אני סבורה שגם בהקשר הישראלי, התובנה הפסיכולוגית המזהה מצבי השפעה בלתי הוגנת ככאלה המאופיינים בתודעה מושפעת, עשויה להניח את היסודות לחשיבה מחודשת על עילת ההשפעה הבלתי הוגנת ולמיקודה במניפולציה מצד המשפיע הבאה על רקע של פערי כוחות ובתוצאה של תודעה מושפעת. כך, למשל, במחקר מוקדם שערכתי, בהשפעת הספרות הפסיכולוגית העוסקת בתודעה המושפעת, שויים (עבר תהליך של naming) המושג "ניכור לעת זקנה",¹⁸ העוסק בתופעה של כשלים בקשר המגיעים עד כדי ניתוק מוחלט של הקשר בין הורים זקנים לצאצאיהם, וזאת במצבים שהאחריות לכשל מיוחסת לפעילותו של צד שלישי המבודד את הזקן או מפעיל עליו מניפולציות שמטרוותיהן ניתוקו ממקורביו.¹⁹ מצבי ניכור לעת זקנה הינם אחד מהאופנים שבהם תודעה מושפעת באה לידי ביטוי, וזאת עת מתקיימת פגיעה קיצונית בקשריהם הבין-דוריים עם מי מצאצאיהם. ברור כמובן שהשפעה מסוג זה איננה מיוחדת לזקנים אלא יכולה לבוא במצבים נוספים שבהם הקורבן נמצא במצב של פערי כוחות מול הצד המשפיע, כמו במצבים של נכות המתבטאת באופן מנטלי או פיזי, אך לא רק בהם. נוסף על כך, ניכור והרעלת יחסים הינה דרך אחת להשפעה מניפולטיבית על תודעה, אך כפי שהמחקר הפסיכולוגי והמשפטי שתואר מוכיח אין זו הדרך היחידה, ועל כן דוקטרינת הניכור לעת זקנה משקפת מקרה פרטי של תופעת התודעה המושפעת, אך היא אינה ממצה את התופעה ואת המענה המשפטי לה.

הצעתי למיקוד עילת ההשפעה הבלתי הוגנת בסיטואציות של תודעה מושפעת וניכור בזקנה מסייעת להבחין בין מצבים אלה לבין מצבים נוספים המוזכרים בסעיף 30 המעוררים את חלופת האונס.²⁰ כך למשל מצבים שבהם הצוואה נכתבה עקב אלימות מוחשית שהופנתה כלפי המצווה או על ידי כפייה באופן אחר, כך שהמצווה נמצא במצב של פחד מפני הצד שמאיים עליו ואין לו למעשה ברירה אלא לציית לאדם שאלים כלפיו, אינם מצבים של תודעה מושפעת. התודעה המושפעת שונה מהאונס

¹⁸ לשיומן של תופעות משפטיות, ראו William Felstiner, Richard L. Abel & Austin Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 L. & Soc'y Rev. 631 (1981).

¹⁹ ענת ליפשיץ "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים" **הארת דין** יד 49 (2020).

²⁰ ראו בהקשר זה דינאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ב 995 (1992), המתמייחסים להבחנה בין השפעה בלתי הוגנת לעילת הכפייה. לדבריהם הייחודיות של דיני ההשפעה הבלתי הוגנת לעומת הכפייה היא שהם נוגעים למקרים שבהם קיימת השפעה נפשית או פסיכולוגית של צד אחד על חברו באופן המונע מהצד הנתון להשפעה שיקול דעת עצמאי, וזאת בניגוד למקרים של כפייה שבהם אמצעי הלחץ חריפים. ניתן לראות, אם כן, כי גם ההבחנה המוצעת על ידי בין השפעה על ידי השתלטות על תודעה לבין כפייה זוכה לתמיכה גם בספרות המחקר בישראל.

(כפייה) וזאת משום שבמצבי תודעה מושפעת המשפיע מדבר מגורנו של המושפע והאחרון אינו מודע לכך ובטוח שמדובר ברצונו האותנטי. לכן במקרים שבהם מופעלת אלימות פיזית או שמופעלים אמצעי כפייה אחרים על מנת ליצור השפעה לא תהא הצוואה תקפה בשל האונס המהווה עילה נפרדת, בדרגה חמורה יותר ולכן פחות חמקמקה, ולא בשל תודעה מושפעת.

לסיכום, המרכיבים הפסיכולוגיים הבסיסיים של ההשפעה הבלתי הוגנת לפי כלל המחקרים שהוצגו בפרק זה כוללים בבסיסם את אלמנט פערי הכוחות (חולשת הקורבן, פערי כוחות בינו ובין הגורם המשפיע, ופעמים רבות תחושה של תלות) ואלמנט הפגיעה בקשרי האדם עם סביבתו הנוצרים בדרך מניפולטיבית על ידי הגורם המשפיע. מצבי תלות ופערי כוח משמעותיים הם מצבים מועדים לפורענות שעלולים להוות קרקע לתודעה מושפעת. אולם אין די בתלות ובפערי כוחות בכדי ליצור את ההשפעה הבלתי הוגנת, זאת משום שרק כאשר מצטרפת המניפולציה לתלות נוצרת ההשפעה הבלתי הוגנת, משום שרק הצירוף של המניפולציה לתלות היא שיוצרת את הפגיעה ברצון, כאשר המניפולציה בפני עצמה מחזיקה בנוסף גם את המרכיב הבלתי מוסרי מצידו של המשפיע. פעולה של בידוד פיזי או פסיכולוגי שנכפית על הגורם המושפע הינה אחת הדרכים ליצירת מניפולציה, אולם בניגוד למבחני מרום שמייחסים את הבידוד לאחד הרכיבים היוצרים תלות, המחקר הפסיכולוגי מייחס את הבידוד לאחת הדרכים ליצירת מניפולציה על מנת ליצור תודעה מושפעת. החשיבות היא הן משום שבמידה שמדובר בבידוד שלא נכפה באופן מניפולטיבי אלא הוא תוצר של מציאות אזי אכן האדם תלוי אך חסר ההיבט המניפולטיבי, והן משום שבמידה שלא מתקיים בידוד יש לבחון האם מתקיימת מניפולציה מסוג אחר שמטרתה להשפיע על האדם.

3. מבט ביקורתי על מבחני מרום לנוכח הפרספקטיבה הפסיכולוגית

בחלקים הקודמים הראיתי כי גם על פי המבחנים הפסיכולוגיים וגם על פי מבחני מרום קיימת משמעות לתלות. אולם קיים שוני מהותי בין האופן שבו נבדקת תלות במבחני מרום ובין האופן שבו מתייחסים המבחנים הפסיכולוגיים למבחן התלות. על פי המבחנים הפסיכולוגיים התלות יכולה להיווצר בסיטואציות מגוונות שהמושג ביניהן הוא פערי הכוחות בין הצדדים. כך, הפערים הרגשיים הנוצרים בין אדם הסובל מליקוי נפשי, קושי קוגניטיבי, או שהוא בעל אישיות תלותית המנסה לרצות, אל מול אדם שמהווה אל מולו מקור של כוח וסמכות, הם הרקע להיווצרות השפעה בלתי הוגנת. על כן, גם אדם שאיננו מטפל פיזית באדם המושפע אלא בעל סמכות סובייקטיבית כלפי אותו אדם, לדוגמה מנהיג כת או "גורו" שעושה שימוש בכוחו לרעה, כאשר מבחינה פסיכולוגית האדם שעליו הוא משפיע מרגיש שהוא תלוי בו, הרי שגם זו סיטואציה שבה יכולה לצמוח השפעה בלתי הוגנת. זאת ועוד, אין די בעצם היותה של תלות על מנת שתיווצר השפעה בלתי הוגנת. על מנת שסיטואציות של תלות ופערי כוחות תתגבשנה לכדי השפעה בלתי הוגנת יש צורך באלמנט נוסף הכולל מניפולציות הכוללות שליטה ביחסי הקורבן עם החברה על ידי הטלת בידוד, או באמצעות הרעלת היחסים עם מקורביו של המושפע, יצירת תחושת חוסר אונים

וכדומה. על כן סיטואציות של תלות שבהן הדמות שדואגת לאדם איננה מנצלת את כוחה לרעה ואיננה מבודדת או מרעילה את יחסיו עם הסביבה אינן סיטואציות של השפעה בלתי הוגנת, ובמידה שבמקרים מעין זה המוריש מצווה את רכושו לדמות שסייעה לו סביר שעשה זאת מתוך רצון לגמול לו.

לעומת הגישה הפסיכולוגית הבוחנת לצד יחסי הכוחות והתלות את המניפולציה, הגישה של מבחני מרום בוחנת מקרים מהפרספקטיבה של יחסי תלות בלבד. נוסף על כך, קריאה מדוקדקת שלהם תגלה כי מבחנים אלו מכוונים לסיטואציה של יחסי מטפל-מטופל, כאשר ביחסים של טיפול שבהם המטופל תלוי בדמות המטפלת תתקיים חזקה להשפעה בלתי הוגנת. זאת משום ששני המבחינים הראשונים בוחנים את עצמאותה של הדמות המושפעת אל מול הסיוע של הדמות המשפיעה. כלומר הסיטואציה של תלות היא אובייקטיבית ונוצרת בשעה שהדמות המשפיעה היא המסייעת (כלומר המטפלת) ולעומת זאת הדמות המושפעת איננה יכולה להתנהל באופן עצמאי. תגלית זו איננה מפתיעה בהתחשב בכך שהמקרה הפרדיגמטי של פרשת מרום אכן עסק בזקן ערירי שציווה את רכושו למטפלת אשר טיפלה בו.

המבחן השלישי שבדוק את התלות של המצווה הוא המבחן הבדוק את קשרי המצווה עם האחרים. לגבי מבחן זה נאמר כי "אין זה מעלה או מוריד מה גרם לבידודו של המצווה; כלום היה זה הנהנה, או התנהגותם של אחרים, או שמא בידודו של המצווה נבע מנסיבות שהיו קשורות במצבו האובייקטיבי".²¹ כלומר, ההנחה של מבחני מרום היא כי הבידוד מבטא תלות בגורם היחיד שעזמו יש לאדם אינטראקציה ולכן אין זה משנה מה סיבת הבידוד, אלא שעצם הבידוד מבטא תלות. לעומת זאת, נקודת המבט הפסיכולוגית מייחסת את הבידוד לא לתלות אלא לאחת האופציות המרכזיות שבהן הגורם המשפיע מפעיל מניפולציה על האדם המושפע. אף על פי שמדובר בדרך נפוצה אין מדובר בדרך היחידה, שכן קיימות דרכים נוספות כדי להשפיע, לדוגמה באמצעות הרעלת יחסים או יצירת תחושת חוסר אונים.

על מנת להדגים את ההבדל בין שתי הגישות, בין זו הממוקדת בתלות כשלעצמה לבין זו המוצעת על ידי הממוקדת בתודעה המושפעת, אציג להלן שני מקרים אשר מדגימים את הבעיה בגישה הראשונה: המקרה הראשון עוסק באדם שציווה בצוואתו את כל רכושו לאחד מצאצאיו, והדיר את יתר צאצאיו באופן שלא ירשו דבר. במקרה זה דובר באדם אשר בסוף ימיו בהיותו חולה וזקוק לסיוע רב נזנח על ידי רוב בני משפחתו, שהיו עסוקים בענייניהם האישיים ולא הקדישו לו מזמנם. למזלו, אחד מצאצאיו קיבל אחריות למצב, היטיב עימו, דאג לו פיזית ורגשית, העניק לו טיפול

²¹ עניין מרום, לעיל ה"ש 1, בעמ' 829; עניין ל"ק, לעיל ה"ש 10, שבו הוכרע כי על פי מבחני מרום הייתה השפעה בלתי הוגנת. השופטת במקרה זה ציינה כי היא לא תברר את השאלה אם הבן התרחק מאימו או הורחק ממנה, ובמקום זאת היא בחרה לבדוק באופן טכני את מילויים של מבחני מרום. כיוצא בזה גם במבחנים נוספים, כגון מבחן הסיוע, בחנו השופטים באופן אובייקטיבי אם הסיוע שהגיש הנהנה למצווה הפך אותו לתלוי בו, מבלי להבחין בין נהנה שמנע מהסביבה הקרובה לסייע למנוח ובין נהנה שפעל לפי הכלל "במקום שאין אנשים השתדל להיות איש" וסייע למנוח לבדו עקב נזיחתו על ידי סביבתו.

מסור, היה בקשר קרוב עימו והעניק לו את כל צרכיו. אותו אדם היה מעוניין לגמול לאותו צאצא, ועל כן ציווה לו את מלוא עזבונו, בעודו מדיר את יתר צאצאיו אשר אכזבו אותו.

המקרה השני עוסק באדם אחר, שאף הוא ציווה את כל רכושו לאחד מצאצאיו, והדיר את יתר קרוביו באופן שלא ירשו דבר. באותו מקרה דובר באדם עם צרכים דומים ובעל קשיים דומים לאלה של האדם הראשון, וגם שם אחד מהצאצאים סייע לו והיה בקשר קרוב עימו. אלא שבמקרה זה הקשרים בין האדם ובין בני משפחתו היו תקינים וחמים, והם היו מעוניינים בשמירת הקשר עימו, אולם בתקופה שבה הפך האדם לתלוי בעזרה שקיבל מאחד מצאצאיו, שלימים היה למוטב בצוואה, הרחיק הצאצא את יתר בני המשפחה שעזימתם היה אותו צאצא מסוכסך, הסית את האדם נגדם, וכך בודד אותו מבני המשפחה האחרים.²²

לדעתי יש כמה וכמה הצדקות נורמטיביות להבחנה בין המקרים:

מנקודת מבט הממוקדת בהגשמת רצון המצווה, בסיפור הראשון הצוואה משקפת את רצונו האותנטי של האדם לגמול למי שהיטיב איתו, ועל כן מימושה יגשים את רצונו האמיתי. לעומת זאת בסיפור השני המניפולציה מצד הצאצא המנכר שהשתלט למעשה על האדם וגרם לו לדבר בקולו, מביאה לידי כך שהצוואה אינה משקפת את רצון האדם ואת קולו. קבלת בקשה לביטול הצוואה על סמך הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת בסיפור הראשון מקוממת ותפגע קשות באוטונומיה של האדם ובזכותו להוריש את ממונו למי שיבחר. לעומת זאת, בסיפור השני ניתן לטעון כי ביטול הצוואה המדירה מבטא באופן אותנטי את רצונו האוטונומי של האדם, אותו רצון אמיתי ומזוקק שהיה לו בטרם הופעלה עליו המניפולציה שבה הצאצא המסית מדבר מגורו של

²² עצם ההבחנה בין המקרים היא במישור האנליטי. בפסקי דין ההיבט המניפולטיבי אינו נבחן ורק קריאה מדוקדקת של העובדות לעיתים חושפת אותו במקרים שבהם המותב בחר לפרט בהרחבה את הרקע לאותו פסק דין, ואולם עיון בפסקי דין מלמד שבמקרים רבים נעשית מנייה של האנשים שהמוריש היה בקשר עימם על מנת לבדוק את מידת הבידוד, תוך התעלמות מסיבתו של הבידוד, וכך נראה כי העיקר חסר מן הספר. כך לדוגמה בפסק דין מרום היה מדובר באדם עירי ללא קרובים שרצה להוריש למטפלת ששהתה עימו חמש שעות ביום במשך חצי השנה האחרונה לפני מותו. ברור היה באותו מקרה שאותה מטפלת לא הרחיקה ממנו איש. השופט מצא מתיחס במבחן קשרי המצווה עם האחרים לעובדה שהמנוחה פגשה את הרופא והאחות ולכן ראתה אנשים אחרים, ולגבי השאלה האם המצווה הורחק על ידי הנהגה או מסיבה אחרת הוא קובע שלא מדובר בשאלה רלוונטית לצורך המבחן. לעניין מקרה זה נשאלת השאלה, אם לא הייתה זקוקה לשירותיהם של הרופא והאחות האם היה נקבע שהמנוח היה מבודד ורק משום שהמנוח פגש בהם הוא לא היה מבודד? לטענתי, כשלא בוחנים את ההיבט המניפולטיבי מחמיצים את המהות. מקרה עם נסיבות הפוכות הוא בת"ע 106263/07, לעיל ה"ש 11, שבו הרחיקה האחות הנהנית את אימה מאחיה; כאשר עברה הערכאה הדיונית על המבחנים נקבע במבחן הבידוד בין השאר כי לא התקיים בידוד כי המנוחה הופיעה באירוע בר מצווה, וכי הייתה לה חברה שדיברה איתה בטלפון וכן ביקרה אותה עם חברה נוספת בבית החולים. האם אכן עצם העובדה שלא הייתה מבודדת לחלוטין וכי קיימה קשר עם אחרים ניתן להסיק כי לא הייתה השפעה בלתי הוגנת? במקרה זה, כאמור, נהפך פסק הדין בערכאת הערעור להלכת החוטם השזורים. ראו לעיל ה"ש 14.

האדם, אלא שהדברים הם דברי המסית, והאדם אינו משמיע את קולו שלו. לשיטתי, ייתכנו מצבים שבהם צאצא שהתנדב מיוזמתו לטפל בהורו, והיה מסור לו, בכל זאת ייחשב למנכר במקרים שבהם הוא השתלט על רצונו של ההורה והרחיק את בני המשפחה האחרים. אומנם ייתכן שאותו צאצא כועס על יתר בני המשפחה, וזאת משום שרוב נטל הטיפול בהורה נופל בחלקו שלו, אבל מנקודת מבט של אוטונומיה האדם אין זה מהווה הצדקה לדינמיקה מנכרת. ואולם, מקרה זה כאמור שונה ממצב שבו לא דחק הצאצא את בני המשפחה האחרים, אבל ההורה רוצה לתגמל את הצאצא שהיטיב עימו. יש לציין כי עקרון האוטונומיה שעליו אני מבקשת להגן במסגרת טיעון זה קשור בקשר הדוק לעקרון חופש הציווי שהינו, כאמור, העיקרון הבסיסי שדיני הירושה הישראלים מושתתים עליו.

זאת ועוד, כפי שמסבירה שלי קריצר לוי,²³ ערך האוטונומיה והמצווה לקיים את רצון המצווה מבטאים רעיון עמוק של המשכיות ושל כתיבת סיפור החיים. על כן במקרה שבו הנהנה מרחיק את יתר קרובי המשפחה הוא פוגע באופן אנוש ביכולתו של המצווה לייצר המשכיות, ובמובנים רבים הוא מעוות את סיפור חייו. לכן יהיה זה אירוני לאפשר לנהנה שפגם בעקרון המשכיות לזכות על פי הצוואה בשם עיקרון זה. נוסף על כך, מנקודת מבט תמריצית, בסיפור הראשון יש אינטרס לעודד את בני המשפחה של זקנים שלא להשליכם לעת זקנה, אלא לסייע להם, ולכן הגמול ייצור תמריץ חיובי להתנהגות רצויה שתשרת הן מצווים עתידיים הן את החברה בכללותה. לעומת זאת בסיפור השני התנהגותו של אותו צאצא סותרת את האינטרס החברתי, שכן הרחקת האדם מיתר מקורביו מפחיתה את הגורמים שיוכלו לסייע לו, פוגעת באיכות חייו, ופוגעת בקשריו עם בני משפחתו האחרים.

נניח שבסיפור הראשון שלושת מבחני מרום הראשונים מתמלאים במובהק: האדם נזנח על ידי כל בני משפחתו, ולולא המוטב, הוא היה בודד לחלוטין ועל כן פיתח תלות במוטב; ונניח שאותו מוטב ביקש לקרב את בני המשפחה האחרים, ולמרות זאת הם היו עסוקים בענייניהם ולא סייעו. במקרה זה, למרות העמידה במבחני מרום, אין כל היגיון בהכתמת פעולותיו של המוטב בתווית של השפעה בלתי הוגנת, וזאת משום שאין כל פסול במעשיו. להפך, הסיוע לאדם המבודד מדגיש במקרה זה את האלמנט המוסרי ואפילו האלטרואיסטי במעשיו של המוטב, שכן בלעדיו היה האדם זנוח ומבודד. במקרה מעין זה אין כל סיבה לחשוש שההכרה של האדם במעשיו של המיטיב עימו נבעה מפגיעה באוטונומיה. להפך, ברצוננו לעודד התנהגות מעין זו גם בשל אינטרסים חברתיים רחבים.

לעומת זאת בסיפור השני, נניח שמבחני מרום אינם מתמלאים בשלמותם: אין בידוד הרמטי של האדם והתלות חלקית ואינה מקפת, אך בכל זאת יש תלות, הרחקה של יתר המקורבים, והשתלטות עד כדי כך שהמוטב מדבר מגרוננו של האדם. במקרה

²³ ראו שלי קריצר-לוי "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות" **משפט ועסקים** כב 165 (2019) (להלן: קריצר-לוי "חידת הירושה"); וגם Shelly Kreiczler-Levy, *Inheritance Legal Systems and the Intergenerational Bond*, 46 REAL PROPERTY TRUST & ESTATE L. J. 495 (2012) (להלן: קריצר-לוי "ירושה והקשר הבין-דורי").

כזה, המוטב למעשה פגע בטובתו של האדם וביכולתו להיות בקשרים מיטיבים עם כל צאצאיו, ובאוטונומיה שלו. כמובן, אין ברצונו לתמרץ התנהגות מעין זו. בניגוד למבחני מרום אשר בהם אין הבחנה בין שני המקרים, כאשר מסתכלים בעד העדשה הפסיכולוגית, המקרים שונים בתכלית השינוי. המבחן הפסיכולוגי אינו משייך את הבידוד לתלות אלא רואה אותו דווקא כאחת האופציות הנפוצות ליצירת מניפולציה על הדמות המושפעת. לכן, במקרה שהאדם ננטש על ידי בני משפחתו והוא היה מבודד הרי שלא היה אמצעי בלתי הולם בכך שהנהנה סייע לו בשעת צרה והיה עימו בקשר, ולכן לא מדובר בהשפעה בלתי הוגנת. וברור מאליו שבמקרה השני, כאשר התקיימה מניפולציה והנהנה הרחיק את כל מקורביו של האדם והשתלט על קשריו, הבידוד הוא המניפולציה ולפיכך מתקיימת השפעה בלתי הוגנת. זאת ועוד, ההבנה שהמניפולציה חשובה ולא רק התלות פותחת פתח לסוגי השפעות שנוצרות לא רק באמצעות בידוד אלא גם באמצעים מניפולטיביים אחרים.

בחינה של מבחני מרום אל מול המבחן הפסיכולוגי מדגימה את חסרונם, שכן הפריזמה המצומצמת של מבחני מרום עלולה להחטיא את המטרה, שהיא קביעת מידת האוטונומיה של המוריש וכן סימון אותו מרכיב בלתי מוסרי שהופך את תודעתו של המוריש למושפעת, ועל כן את ההשפעה להיות בלתי הוגנת.

לעיתים יביאו מבחני מרום לתוצאה דומה לתובנות הפסיכולוגיות, שכן במקרה שהנהנה בודד את המוריש, בשני סוגי המבחנים תיקבע השפעה בלתי הוגנת. אולם במקרים שהבידוד איננו באשמת הנהנה, או לחלופין במקרים שבהם מופעלת מניפולציה בעלת גוון אחר והאדם איננו בודד, מבחני מרום יצביעו על תוצאה שונה מהתובנות הפסיכולוגיות.

4. התיקון בתזכיר ומבחן התלות – האם יש שיפור?

השינוי בתזכיר החוק הופך את חזקת התלות למפורשת ולא רק לפיתוח של הפסיקה. ואולם בניגוד לפסיקה כיום, שם הדרישה היא שהתלות תהיה מקיפה ויסודית עד כדי כך שרצונו של אדם נשלל, על פי התזכיר תלות כלשהי דיה שתקים את החזקה. לכן, קיימת החלשה בדרישות הסף על מנת להיכנס לקטגוריה של תלות לעומת התנאים להיכלל בתוכה לפי מבחני מרום.²⁴

²⁴ יש לציין כי התיקון בתזכיר מזכיר גם מצב של יחסי אמון ולא רק של יחסי תלות. ניתן לפרש מושג זה בשתי דרכים. דרך ראשונה היא הדרך המוצגת במאמרו של רונן קריטנשטיין "על השפעות ומשפחות – דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת לדיני הירושה" ספר אליהו מצא 935, 941 (2015), ולפיה יחסי אמון הינם המקרים שבהם מתקיימת חזקה מושגית כגון חולה ורופא, עו"ד ולקוח, הורה וילד. הדרך השנייה שניתן לפרש בה את המושג "יחסי אמון" היא כסוג של ביטוי המחליף את מושג התלות. אף שניתן למצוא הבדלים בין שתי הפרשנויות אני חושבת שבעיקרו של דבר יחסי האמון הם סוג של יחסי תלות של המוריש בנהנה, משום שגם אם האמון ניתן עקב תלות וגם אם האמון ניתן תפקידו הסמכותי של הנהנה, המורכבות וחוסר הסימטריה ביחסים שנוצרים עקב יחסי

בניגוד למבחנים הפסיכולוגיים ליצירת השפעה בלתי הוגנת הדורשים את רכיב המניפולציה, התזכיר איננו כולל דרישה זו. בהעדר דרישה של מניפולציה על מנת להיכנס לקטגוריה של תלות הרי שהאנשים שלהם היה האדם מקורב ביותר, ושכאופן טבעי מדובר באנשים שלהם הוא מעוניין לגמול, הם פעמים רבות האנשים שסועדים אותו ושבהם הוא תלוי. לכן מצב שבו דווקא להם האדם לא יוכל להוריש ולעומת זאת הוא יהיה מחויב להוריש ליורשים על פי דין שהתנכרו לו והזניחו אותו חותרת נגד חופש הרצון של האדם, וכן אינה נתפסת כמוסרית.

זאת ועוד, מצבים שבהם לא התקיימה תלות אבל התקיימו יחסי כוחות והמשפיע השתמש באמצעים שאינם הולמים על מנת להשפיע על האדם לא יפלו בגדר השפעה בלתי הוגנת. כפי שניתן לראות במחקרים הפסיכולוגיים לאיתור השפעה בלתי הוגנת, גם במצבים שאין בידוד עלולים להיות גורמים שיעשו שימוש במניפולציות מסוג אחר על מנת ליצור השפעה בלתי הוגנת. לכן היצמדות דווקנית למבחני תלות, ללא התייחסות להיבט המניפולטיבי של ההשפעה, עלולה להחמיץ מקרים שמבחינה תודעתית מהווים השפעה בלתי הוגנת ואינם נופלים לפתחה. מכאן שלא חל שיפור מעצם הכנסת התלות באופן מפורש לחקיקה.

אולם ככל הנראה מחבר התסקיר היה ער למקרים הנפוצים שבהם בני משפחה מטפלים בקרוביהם ואז התלות מתקיימת באופן מובנה. כמו כן היה מחבר התסקיר מודע לכך שדווקא באותם מקרים המוריש באופן מודע רוצה לתת לבני המשפחה שסעדו אותו. לפיכך, בכל מקרה שבו התלות התקיימה בקרובי משפחתו של המוריש התזכיר בחר להחריג את קרובי משפחתו של המוריש, כך שתלות בהם לא תבסס השפעה בלתי הוגנת. אך האם מדובר בתיקון ראוי, והאם הוא פותר את חסרונותיו של מבחן התלות? להבחנה זו אתייחס בפרק הבא.

תלות או אמון הם דומים, ולכן המסקנות שנגיע אליהן לגבי יחסי תלות נכונות גם לגבי יחסי האמון. משכך, אדון במאמר בתלות כך שבתוכה כרוכה גם ההתייחסות ליחסי אמון.

ב. הבחנה בין זרים לבני משפחה – האם נכונה?

1. רקע: חופש הציווי מול הרצון להשארת הרכוש במשפחה

המשפט הישראלי קידש את עקרון חופש הציווי כאשר ההצדקות לו מגוונות ומדגישות את האוטונומיה של המוריש ורווחתו. עיקרון זה כי יש לקיים את דברי המת איננו עומד בסתירה לדיני ההשפעה הבלתי הוגנת. דיני השפעה בלתי הוגנת נועדו להיות אחד מן הכלים המגשימים את חופש הציווי, שכן אדם שמשפיעים עליו באופן בלתי הוגן איננו בעל בחירה חופשית ולכן אינו חופשי לצוות. על כן דיני הירושה מורים כי במקרה שהרצון שהובע בצוואה לא היה רצונו האותנטי של המוריש אלא רצונו של הנהנה ורק מהבחינה הטכנית נכתב בידי המוריש, יש לבטל את הצוואה שלא הייתה פרי רצונו של המוריש. אומנם בספרות המחקר היו שתמכו בשילובם של אינטרסים נוספים בדיני הירושה, כגון תפיסות של גמול,²⁵ עם זאת בדין הנוהג, לפחות ברובד הגלוי, הגישות הללו לא התקבלו. על כן בדין הישראלי אין הגנה על אינטרסים של הסתמכות מצד הירושים, ולפיכך ניתנת למוריש הזכות לחזור בו בכל עת.

מחקריה של שלי קרייצר-לוי אשר ביקשו לרדת לשורשם של הערכים העמוקים העומדים מאחורי חופש הציווי, חשפו כי הערך המרכזי העומד בבסיסו הוא השמירה על זכויות האדם להמשכיות ולשורשים.²⁶ הצורך בהמשכיות מורכב משני היבטים: הצורך להמשיך לקדם נוכחות בעולם לאחר המוות של האדם והצורך בהשתייכות לעולם שהתקיים קודם לכן של הצאצאים – הצורך בשורשים. שני ההיבטים כרוכים ושלושים זה בזה. ההיבט הראשון עוסק בהמשכיות ולפיו מאחר שחלק חשוב מזוהות האדם הוא הקשרים שהוא מקיים, הרי שבשעה שהוא מקיים את הקשרים שלו עם צאצאיו, מנהל איתם דיאלוג ויחסים ובונה את הדימוי שלו בזיכרון הממשיכים אחריו, מורחב ה"אני" שלו אל מעבר לסיום חייו לאלו שימשיכו אותו ויזכרו אותו בהמשך ליחסיהם העכשוויים. ההיבט השני דן בצורך של הצאצאים, שהם הצד השני לקשר,

²⁵ ראו Melanie B. Leslie, *Enforcing Family Promises: Reliance Reciprocity, and Relational Contract*, 77 N.C L. REV. 551 (1999). במאמר זה Leslie מציעה סוג חשיבה מוסרני שלפיו ירושה עשויה לשמש תגמול במערכת יחסים ארוכת טווח המבוססת על הדדיות. למחקר נוסף ואמפירי העוסק בהשפעת טיפול ותפיסת גמול על ירושה ראו Shiri Regev-Messalem, *How the Law "Keeps the Money in the Family": Lessons of the Intersection of Elder Care and Inheritance Dispute in Israel*, L. & SOC. INQ. (2019).
²⁶ ראו קרייצר-לוי "ירושה והקשר הבין-דורי", לעיל ה"ש 23; Shelly Kreiczler-Levy, *Property's Immorality*, 23 CARDOZO J.L & GENDER 107 (2016-2017); שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנה היה אדם ואיננו": על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571, 606 (2016); שלי קרייצר-לוי "אי הכרה בחוזי ירושה – האומנם כלל חסר ערך?" **חוקים** ד 5 (2012); וקרייצר-לוי "חידת הירושה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 172.

בשורשים. המשפט הישראלי לא בחר לילך בעקבות השיטה הקונטיננטלית, שאיננה מקדשת את חופש הציווי, משריינת ירושה לקרובי המוריש ומגשימה תפיסה שלפיה על הכסף "להישאר במשפחה", ובחר תחתיה בתפיסה האנגלו-אמריקאית המבוססת על חופש ציווי המגשים את חזון ההמשכיות של המוריש.

ואולם, אף על פי שלכאורה דיני הירושה בוחנים את חופש הציווי במשקפיים פורמליסטיות, הרי שמחקרים אמפיריים מראים על קיומו של פער בין הרטוריקה הפורמליסטית לשיקולים מוסריים הנלקחים בחשבון באופן סמוי על ידי השופטים.²⁷ כך נמצא שאף על פי שברמה ההצהרתית המשפט הישראלי והמשפט האנגלו-אמריקאי דבקים שניהם בחופש הציווי, באופן מעשי קיימים זרמים תת-קרקעיים בפסיקה המגשימים דווקא את הרעיון החלופי שלפיו יש לשמר את הכסף בתוך המשפחה, וזאת באופן סמוי ולא מוצהר. כך, נמצא במחקרים אמפיריים שנערכו בארה"ב שבאופן סמוי, בתי משפט נוטים להכיר בצוואות המיטיבות עם בני משפחה, ונוטים לפסול ביתר קלות צוואות המעבירות את הרכוש מחוץ למשפחה. לצד סברתו של רונן קריטנשטיין כי המשפט הישראלי איננו נגוע באותן תופעות,²⁸ התפרסם לאחרונה מחקר של שירי רגב-מסלם שעסק במשפט הישראלי ובו נמצא כי התפיסות הללו חלחלו באופן סמוי גם למשפט הישראלי.²⁹ כמו כן נמצא באותו מחקר כי התפיסות התרבותיות הרווחות אשר משפיעות על פסקי הדין הן שהמשפחה מהווה ספֶּרה ייחודית וקדושה המהווה מקלט בטוח מול העולם החיצוני והזרני, שהרכוש ככלל אמור להישאר במשפחה, וכי אין לקבל תמורה עבור טיפול של בן משפחה אשר אמור להינתן מתוך אהבה וללא תמורה.³⁰

אני חוששת שההבחנה בין תלות בבן משפחה לבין תלות בגורם זר בתיקון מהדהדת התייחסות סמויה, ואולי אפילו גלויה, של מוטיבציה להשארת הכסף במשפחה אף על

²⁷ ראו Melanie B. Leslie, *The Myth of Testamentary Freedom*, 38 ARIZ L. REV. 235 (1996). במאמר זה דיווחה Leslie על מחקר אמפירי שנערך על פסקי דין שניתנו בארצות הברית ועסק במקרים שעסקו בצוואות שנטענו כלפיהן פגמים צורניים. במחקר זה נמצא כי בית המשפט נוטה להכיר בצוואות המיטיבות עם בני משפחה, ונוטה לפסול ביתר קלות צוואות המעבירות את הרכוש מחוץ למשפחה. במאמר נטען כי בית המשפט הסכין עם העברה של רכוש מחוץ למשפחה במקרים שבהם הייתה הצדקה מוסרית לכך הנעוצה בהתנהגותו של בן המשפחה שהודר. עוד טוענת Leslie כי השיקולים המוסריים לא נאמרו במפורש והרטוריקה בפסקי דין היא רטוריקה פורמליסטית, כשהשיפוט המוסרי הנורמטיבי נעשה בהסתר. ראו גם Ray D. Madoff, *Unmasking Undue Influence*, 81 MINN L. REV. 571, 576-577 (1997).

²⁸ קריטנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 959.

²⁹ Shiri Regev-Messalem, לעיל ה"ש 25.

³⁰ שם.

פי שאין זה רצונו של המוריש, ואף על פי שאין זה שיקול לגיטימי בשיטה שבה בחר המשפט הישראלי.³¹

לתפיסה התרבותית-חברתית שלפיה על הרכוש להישאר במשפחה שורשים היסטוריים אשר מאתגרים את חופש הציווי. כך, חוקרת בשם קרלה ספיבק³² טוענת כי הדוקטרינה הינה שארית היסטורית של דיני היושר האנגליים, כאשר במאה ה-18 הם פעלו מתוך דאגה שרכוש של משפחות אריסטוקרטיות יאבד לטובת נושים בכלל,³³ חשש שהוכלל לגבי אנשים ממעמד חברתי נמוך ככלל,³⁴ ובהמשך לכך במסגרת דיני היושר פסלו צוואות על רקע מוסרי וזאת על מנת לאכוף נורמות חברתיות אחרות הנכונות לתקופתן ולא על מנת לדאוג למצווה. ב-1868 חדרה הדוקטרינה למשפט המקובל, כאשר שם הוגדרה השפעה בלתי הוגנת במקרים שבהם נשלל רצונו החופשי של האדם.³⁵ לטענתה של ספיבק, למרות היומרה של המשפט המקובל להגן על חופש הציווי ולשלול את הצוואות רק במקרים שבהם נעשתה פגיעה ברצון, באופן מעשי אפשרו העמימות והערפול סביב ההגדרה של המושג "השפעה בלתי הוגנת" את המשכה של אותה מגמה של דיני היושר לאכוף נורמות חברתיות המוסוות תחת טיעון של רצון לא עצמאי של המוריש גם באכיפה של נורמות חברתיות אחרות ולא רק נורמות של השארת הרכוש במשפחה.

ספיבק רואה בתופעה של שימוש בדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת על מנת לקדם נורמות חברתיות הנכונות לתפיסות הרווחות בתקופה מסוימת, כמו הנורמה של שמירת העושר במשפחות המוצא, כתופעה חמורה עד כדי כך שהיא חושבת שיש לבטל את הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת.

חיוזק לחשש כי התיקון מהדהד מוטיבציה להשארת הכסף בידי בני משפחה בעלי קשר דם למוריש ניתן למצוא בהתייחסותו של התיקון לקבוצת בני המשפחה אשר מוחרגים מהחזקה. בניגוד לדברי ההסבר שבהם כתוב כי בני המשפחה הם האנשים שתלות של המוריש בהם היא סבירה, בן המשפחה המוחרג מהחזקה בלשון החוק הוא "קרוב של המצווה או בן זוגו". "קרוב של מוריש" בסעיף ההגדרות של התזכיר מפנה לס' 10(2) לחוק הירושה, וסעיף זה מתייחס לשלוש הפרנטלות של הירושה. כלומר קרובי המוריש הינם "ילדי המוריש וצאצאיהם, הוריו וצאצאיהם, הורי הוריו וצאצאיהם", והתזכיר מוסיף בס' 10 גם את "בן זוגו של ילדו של המוריש, במועד פטירתו". היינו, החוק מחריג מן החזקה בני משפחה מסוימים אשר לא בהכרח סביר

³¹ לעניין זה ראו את הביקורת לתזכיר אצל קריטנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 960–962; שלי קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות: על מעמדו של חופש הציווי בתזכיר חוק הירושה", לעיל ה"ש 13; וכן דפנה הקר "טיפול' כקטגוריה חשודה בחוק הירושה ובהצעה לעדכנו" פורום עיוני משפט (טרם פורסם, 2022).

³² Carla Spivack, *Why the Testamentary Doctrine of Undue Influence Should Be Abolished*, 58 74 KAN. L. REV. 245 (2010).

³³ שם, Spivack מדגימה דרך סיפורו המפורסם של דיקנס "אוליבר טוויסט" את התפיסה סביב הנושה היהודי המסכן את רכושו של המשפחות האריסטוקרטיות.

³⁴ שם, בעמ' 254.

³⁵ שם, בעמ' 259.

להניח שטיפלו במנוח. כך, מצד אחד הקרובים שכלפיהם לא מתקיימת החזקה יכולים להיות בני הפרטנלה השלישית שהינם קרובים רחוקים ביותר, כגון צאצאיהם של בני הדודים של המנוח, לעומת זאת, ילדי בן הזוג של המוריש אינם נחשבים לקרובים, ועל כן חלה עליהם חזקת התלות, אף על פי שקיימת סבירות גבוהה שדווקא הם בנסיבות מסוימות יטפלו במנוח, במיוחד במקרים ששני בני הזוג זקוקים לטיפול. כלומר, ספק רב אם ההגדרה של הפרטנלות שמטרתן לסווג את כללי הירושה לפי דין תואמים להצינול של המחוקק לגבי הפטור מהחזקה. יש לציין כי בהמשך הפרק לא אתמקד בשאלה זו דווקא, זאת משום שלדעתי ההפרדה הדיכוטומית בין בני משפחה לזרים היא שגויה כשלעצמה ועל כן הדיון מי הוא אותו בן משפחה שאמור לזכות מאותו "פטור" מתייגר.

כפי שכבר ציינתי, המקרה הפרדיגמטי שבו נידונה השפעה בלתי הוגנת הוא מקרה של הורשה לדמות מטפלת או מסייעת, כפי שמעיד גם מבחן הסיוע שבמבחני מרום, שבדרך את מידת הסיוע על מנת לקבוע אם קיימת חזקה להשפעה בלתי הוגנת. לכן, שני החלקים שיבואו להלן יבחנו את שני חלקיה של המשוואה. בראשון תיבחן השאלה האם באמת סיוע הניתן על ידי טיפול מהווה בהכרח אינדיקציה להשפעה בלתי הוגנת, והשני יבחן האם משפחה היא סביבה מוגנת שבה תלות לא תעיד על השפעה בלתי הוגנת.

2. קיום החזקה במקרה של מטפלים שאינם בני משפחה

הסיטואציות שבהן אדם מקיים יחסים תלתיים עם דמות מסוימת שאיננה בת משפחה יכולות להתקיים גם בהקשר של מנהיג כת המשפיע על אדם המציית לו כאשר לאדם אין למעשה חופש בחירה, או במקרים דומים למקרה זה שעיון בפסיקה מלמד שלא מדובר במקרים מצויים, וכן במקרה המצוי יותר של יחסים בין מטפל ומטופל, בין אם על ידי בן משפחה ובין אם על ידי אדם שאיננו בן משפחה, שבו אתמקד להלן. כאשר מתקיימים יחסי מטפל-מטופל מתקיימת סיטואציה של תלות מובנית של המטופל במטפל ברמה כלשהי שתלויה ברמה הטיפולית הנצרכת, ולכן ניתן לומר כי המקרה הפרדיגמטי שבו נטענת השפעה בלתי הוגנת ויחסים של תלות הם יחסים של טיפול, בין אם מדובר במטפל בן משפחה ובין אם מדובר במטפל שאיננו בן משפחה. כך, בפרשת מרום, הפרשה המנחה בדיני השפעה בלתי הוגנת הייתה זו של המטפלת רינה מרום אשר לה ציווה המוריש הערירי את כל רכושו לאחר תקופה של שישה חודשים של טיפול. עם זאת, סיטואציות של טיפול יכולות להוליד תלות יסודית ומקיפה, אך יכולות גם לכלול תלות במידה פחותה. בעוד שהחזקה שבפסיקה דרשה תלות מקיפה, על פי תזכיר החוק כל מצב שמכיל בתוכו תלות בין אנשים שאינם בני משפחה מקים את החזקה. מאחר שעצם הטיפול באדם מגיע על רקע של צורך, ומכאן נוצרת תלות ברמה זו או אחרת, הרי שמשמעות התיקון היא שהורשה לדמות מטפלת שאיננה בת משפחה מוחזקת כצוואה שניתנה תחת השפעה בלתי הוגנת. מאחר שיחסים טיפוליים כוללים בהכרח תלות, נשאלת השאלה האם חזקה מעין זו אכן ראויה.

תשובתי לשאלה זו, אשר תפורט להלן, תיענה בשני מישורים. המישור הראשון הוא התמריצי, ולפיו במיוחד לנוכח התופעה של חוסר טיפולי במדינות מפותחות יש עניין לעודד אנשים לטפל בזקנים או בנכים, ועצם ההתייחסות החשדנית כלפי מטפלים שאינם בני משפחה איננה מעודדת יחסים של טיפול.³⁶ המישור השני הוא ההיבט של האוטונומיה של המוריש, המבקש לתת תוקף לרצונו האוטונומי של המוריש ולא להגשים ערכים אחרים כמו שוויון או השארת הרכוש במשפחה. על פי גישה זו אם אכן תודעת המוריש איננה מושפעת וזהו רצונו האוטונומי – יש לממש את רצונו במקרים שהוא מעוניין לגמול לדמות שקרובה אליו ומטיבה עימו.

(א) ההיבט התמריצי

הגידול המהיר בשיעור הזקנים בעולם, עקב הארכת תוחלת החיים, הביא לגידול בשיעור הזקנים הסובלים ממחלות כרוניות וזקוקים לתמיכה, לטיפול ולסיוע במטלות יומיומיות. במקביל לשינויים הדמוגרפיים שחלו אצל הזקנים חלו שינויים במבנה המשפחתי אשר מקשים על בני המשפחה לעמוד בתפקיד המסורתי שהוטל עליהם בעבר; תפקיד זה כלל טיפול בזקנים, אשר ככלל באופן מסורתי הוטל על נשות המשפחה. קושי זה נוצר עקב הירידה בילודה, שהביאה לכך שהמשפחות הגרעיניות קטנות יותר, וכך מספר מצומצם יותר של בני משפחה נושא בנטל גדול יותר מכפי שהיה בעבר. רבות מהנשים הצעירות, שהן באופן מסורתי הדמויות שלקחו עליהן את הטיפול, מועסקות בשוק העבודה בעבודות תובעניות והן נזקקות לתמך בין עבודה למשפחה, ובשל כך פחות פנויות לטיפול בהורה זקן. גם דפוסים של הורות יחידנית שהחלו להיות נפוצים יותר בקרב נשים מקשים על נשים לסייע להורה זקן, כמו גם עידן הגלובליזציה שגורם להגירה בקרב משפחות צעירות שמרחיקות אותן גאוגרפית מההורה הזקן. משמעות מגמות אלו הינה צמצום בשיעור המטפלים הפוטנציאליים בקרב בני המשפחה אשר יכולים להיות זמינים לזקנים הזקוקים לסיוע. על כן, בעוד שבעבר הייתה עבודת הטיפול בבני משפחה הזקוקים לכך מוטלת באופן מסורתי על בני המשפחה, וליתר דיוק על נשות המשפחה, בעידן המודרני מדינות הרווחה מתמודדות עם ירידה מתמשכת ביכולת המשפחה לטפל בבני משפחה תלויים הזקוקים לטיפול, ומאחר שרבים מהזקנים מעוניינים בטיפול ביתי הלכה והתפתחה תעשיית טיפולי הבית הבאה לידי ביטוי בהעסקת עובד זר, או לרוב עובדת זרה, הגרה עם הזקן וחולקת את חייה עימו.³⁷

³⁶ בהקשר זה ראו דפנה הקר "טיפול" כקטגוריה חשודה בחוק הירושה ובהצעה לעדכנו", לעיל ה"ש 31.

³⁷ אסתר יקוביץ "הזקן, העובד הזר והמשפחה" *הזקן והמשפחה סוגיות מרכזיות ביחסים רב-דוריים* 207, 208–210 (יצחק בריק ואריאלה לבנשטיין עורכים, 2010); שירי רגב-מסלם "גבולות האהבה והקהילה בעידן של טיפול גלובלי: טיפול ושייכות בישראל" *עיוני משפט* מג 97, 103 (2020); דפנה הקר "טיפול" כקטגוריה חשודה בחוק הירושה ובהצעה לעדכנו", לעיל ה"ש 31.

ממערכת היחסים בין המטפלת למטופל מצופה כי היא תמלא פונקציות חברתיות ורגשיות אשר בחלוקה המסורתית היו אלה משימות שהמשפחה מילאה, כמו תמיכה רגשית וחברתית, שיחה וכדומה. משום שהמטפלת רחוקה מבני משפחתה מתפתח גם צורך רגשי אצל המטפלת לקשר אישי ומשמעותי עם הזקן, וכך נוצר מרחב שבו הגבולות בין עבודה וטיפול ובין דאגה מיטשטש וחובר יחד. יש לציין כי כאשר מדובר במטפלות זרות לרוב הן ממעמד חברתי-כלכלי נמוך ופעמים רבות הן תלויות במטפלים מבחינת אשרת שהייה (ככל שהן זרות) ומגורים, ולכן ניתן לטעון כי דווקא המעסיק הוא הצד החזק. מאידך גיסא ניתן לטעון כי דווקא המשבר סביב המחסור במטפלים הופך את המטפלים להיות הצד המוחלש, וזאת לנוכח החשש שהמטפלת תנטוש אותם והם יישארו ללא סיוע. שתי האפשרויות גם יחד מוכיחות כי לא ניתן אפריורית להחליט מיהו הצד החזק במערכת היחסים, ויש לבדוק כל מקרה לגופו.

המצב החדש מצריך חשיבה מחודשת על מערכות היחסים הנוצרות תוך כדי טיפול, ובראש ובראשונה לתמרץ יחסים של טיפול בתשלום ושלא בתשלום, כמו גם לתמרץ בניית מערכות יחסים בין המטפלת למטופל שאינן אינסטרומנטליות גרידא, ומבוססות על הדדיות. לעומת זאת, פסילה אפריורית של מטפל כדמות הראויה להורשה בכל נסיבה, תהא אשר תהא, מעבירה מסר של התעלמות מהיחסים שעשויים להתפתח בין המטופל למטפל, גם אם מדובר במטפל בתשלום, ובוודאי במקרים שמדובר במטפל שעושה זאת בהתנדבות מתוך יחסי חברות. מסר הפסלות מהווה תמרץ שלילי למערכות יחסים של דאגה בקהילה בין אנשים שאינם קרובי משפחה, או אפילו של יחסים הנלווים לטיפול בתשלום במקרים שבהם נבנית מערכת יחסים מיוחדת מעבר למערכת היחסים שבתשלום.

(ב) ההיבט האוטונומי

על פי היבט זה יש לבחון מהו רצונו האוטונומי של המוריש מבחינה תודעתית, ולא לבחון היבטים מוסריים המקדמים רעיונות של גמול, שוויון או של השארת הכסף במשפחה. לכן השאלה שצריכה להישאל היא האם האדם רצה באופן אותנטי להוריש ולגמול לאדם שטיפל בו במסירות, או שמא ההורשה נבעה מרצון לא אוטונומי הנובע מתלות. יש לזכור שכפי שהראינו אין די בתלות על מנת ליצור השפעה בלתי הוגנת, אלא יש צורך במניפולציה אשר תשפיע על המצווה על מנת לשלול את רצונו.

בהיבט זה יש לזכור שמחקרים שבדקו את האתיקה של הטיפול הראו שלצד עבודת הטיפול השחורה שבה עסוקים עובדים המועסקים בתשלום, שלה מאפיינים שוקיים (לדוגמה בישול או ניקיון), הטיפול מכיל גם מאפיינים שאינם שוקיים הכוללים את מכלול הפעילויות ומערכות היחסים הנדרשות לצורך הטיפול כגון נוכחות אוהבת, אמפטיה, תחושת ביטחון, דאגה לאחר ואמון.³⁸ כמו כן נמצא שקיימת ציפייה ממטפל

³⁸ שירי רגב-מסלם ומיה גפן "על הרגולציה של האהבה: טיפול סיעודי סביב השעון בישראל" **מעשי משפט** יב, 149 (2021).

לנהל מערכת יחסים רגשיים עם הזקן.³⁹ התכנים הרגשיים המקושרים לטיפול מביאים למסקנה כי ייתכן שאדם ירצה להוריש לאדם שסיפק לו את אותה נוכחות אוהבת, אמפטיה, דאגה, אמון ותחושת ביטחון, וזאת בוודאי במצבים שבהם הוא ערירי או שבני משפחתו זנחו אותו.

זאת ועוד, מעשה ההורשה לדמות מטפלת בהמשך ליחסים משמעותיים וקרובים מתוך רצון להכיר ביחסים שנרקמו ברבות השנים איננו בעל אופי שוקי, שכן הוא נעשה לאחר מות המוריש והוא חסר את אלמנט ה"קח ותן" של מעסיק ומועסק, והוא לא מוגש כתמורה אלא דווקא מכיל בתוכו הכרה ביחסים, ולכן אין הוא פוגע במערכת היחסים שנוצרה אלא להפך.

נוסף על כך, לגבי מערכות יחסים שאינן מכילות קשרי דם ואינן בתשלום, יש לציין כי מערכות יחסים יכולות להיות שונות ולא רצוי להגבילן אך ורק למערכות יחסים שעומן השופטים מזדהים על סמך חייהם שלהם או על פי מוסכמות חברתיות מוכרות. ואכן, מחקר חדש שבחן צורות חיים בזקנה, שלא נכתב מתוך היבט ירושתי, מצא כי פעמים רבות מתקיימות מערכות יחסים קרובות בתקופת הזקנה שאינן ממוסדות וממוסגרות מבחינה משפחתית אך בטבען הן מעין משפחתיות וכוללות בתוכן היבטים של תלות.⁴⁰ הכותבות במחקר זה טוענות כי יש לגקוט גישה ליברטאנית ופלורליסטית ולהכיר בקשרים שנראים שונים מהנורמה החברתית המקובלת. בעקבות הכרה בקשרים אלו במקומות מסוימים, לדוגמה בחוקי העבודה, ברוד איילנד מכירים בחופשה לצורך טיפול של אדם שבפועל מטפל באדם אחר אף על פי שאיננו בן משפחה, בחוק שדומה לחוק בישראל שמאפשר טיפול בחולה שהוא בן משפחה קרוב.⁴¹ החזקה שלפיה כל מקרה של יחסים שקיימת בהם תלות איננה נותנת מקום להסתכלות ליברלית על מערכות יחסים פחות מקובלות חברתית אלא ממסגרת אותם לתוך תבנית של השפעה בלתי הוגנת, ובכך היא מחזירה אותנו לאותה ביקורת של ספיבק שלפיה דרך הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת מועברים מסרים חברתיים המסמנים מה הם הקשרים שהחברה מוכנה לקבל. גישה זו שונה מהגישה הבודקת את רצון המצווה; להפך, מדובר בגישה המבקשת "להדביק" נורמות חברתיות של יחסים מקובלים וכאלו שאינם מקובלים, כאשר האדם לא יוכל להוריש לאדם שהוא מעין בן משפחה כאשר מערכת היחסים היא פחות נורמטיבית.

דוגמה הממחישה את ההשלכות של קיום חזקה על יחסי תלות או טיפול היא אחד מפסקי הדין שספיבק מבקרת במאמרה,⁴² פסק דין שניתן בקליפורניה והופעלה בו חזקה במקרה של טיפול על פי הדין. במקרה זה היו בני הזוג פולי ביחסי ידידות עם אלמנה חולה ללא ילדים. בחודשים שלפני מותה הם טיפלו בה: ערכו עבודה קניות, עזרו לה בהחלפת חיתולים, ברחצה, בהאכלה, בכביסה, בטיפול בפצעים, ובכל עזרה

39 יקוביץ, לעיל ה"ש 37.

40 Naomi Cahn, Clare Huntington and Elizabeth S. Scott, *Family Law for the One-Hundred-Year Life*, 132 YALE L. REV. 3 (forthcoming, 2023).

41 28 R.I. GEN. LAWS § 28-57-3.

42 Bernard v. Foley, 139 P.3d 1196, 1204 (Cal. 2006); 32 לעיל ה"ש Spivack.

שהייתה זקוקה לה. היא קיבלה מידם לצד הטיפול האישי גם חברות. ואולם, דווקא משום שבני הזוג העניקו טיפול לידידתם, לאחר מותה של המורשה נטענה כנגדם טענה של השפעה בלתי הוגנת דווקא בגלל יחסי הטיפול, כך שבסופו של דבר ירש אותה קרוב משפחה רחוק שלא טיפל בה, ושלא קיים איתה מערכת יחסים קרובה. תפיסה השוללת הורשה אפריורית מתכחשת לרגשות ההדדיים שעשויים להיווצר במהלך שנות טיפול ושעשויים להפוך את הדמות המטפלת, גם אם היא זרה, לדמות קרובה ומשמעותית שמעוניינים להוריש לה, וכך לא מכובדות צוואות בגלל יחסי התלות אפילו במקרים שבהם מדובר בזקן ערירי ללא קרובים או שננטש, ושנעזר במטפלים בתשלום או שלא בתשלום. כמובן, במקרים שיש בהם אינדיקציות להתנהלות מניפולטיבית מהצד המטפל אשר עלולה לגרום לתודעה מושפעת ניתן יהיה לקבוע כי התרחשה השפעה בלתי הוגנת, אולם ההנחה שכל הורשה לדמות שמסייעת ומטפלת (בתשלום או שלא בתשלום) סותרת את מימוש האוטונומיה הבאה לידי ביטוי דרך הגשמת רצון המצווה.

3. האם המשפחה הינה סביבה בטוחה מפני השפעות בלתי הוגנות?

על פי התזכיר, די בקיומה של תלות של המצווה בהנחה כדי להקים חזקה להשפעה בלתי הוגנת. אולם מאחר שבמצבים רבים הגורמים שמסייעים למצווה הם גורמי משפחה, ומאחר שבהם הוא תלוי, נראה כי המחוקק לא רצה למנוע מן המוריש את היכולת להוריש דווקא להם עת הם מסייעים לו. לפיכך ביקשו מתקני החוק לבטל את החזקה ככל שהיא נוגעת לבני משפחה, וזאת מתוך הנחה שהמשפחה היא אזור מוגן ובטוח עבור המורשים בשלב שבו הם מצווים את רכושם... האומנם?

בחינה של הספרות הסוציולוגית, וכן ניתוח הפסיקה העוסקת בהשפעה בלתי הוגנת, ילמד שבמקרים רבים המשפיע הינו דווקא בן משפחה. כך, הספרות הסוציולוגית מגלה תמונה מורכבת לגבי בני משפחה.

רבים מהמקרים של ירושות והטענות כלפי השפעה בלתי הוגנת מתרחשים באופן טבעי כאשר הדמות המושפעת היא זקנה בתקופה שבה מתפתחת תלות בינה ובין קרובי משפחה עקב מחלות הנלוות לזקנה. כאשר מדובר בזקנים, המחקר והניסיון כפי שהתגבשו בשדה הסוציולוגי מלמדים שקשרים בין-דוריים של זקנים חשופים במקרים רבים לאימים ולפגיעה מצד בני משפחה, וכי התעללות בזקנים על ידי בני משפחתם היא רכיב מרכזי בתחום האלימות במשפחה.⁴³ בארה"ב נמצא שרוב המקרים של התעללות כספית בזקנים היו על ידי בני משפחה, כשאחת מהדרכים שבהן נעשה שימוש היא השפעה בלתי הוגנת. במקרים אלו בדרך כלל המשפיע גר יחד עם האדם,

⁴³ Patrick Tolan, Deborah Gorman-Smith & David Henry, *Family Violence*, 57 ANN. REV. OF PSYCH. 557 (2006).

לרוב מדובר בילד בוגר שלא עזב את הבית או שנכשל בהקמת בית משלו וחזר לבית ההורה, ובזמן שההורה נהיה חלש ותלוי הוא משפיע עליו באופן בלתי הוגן.⁴⁴ עוד נמצא שהתעללות בזקנים היא התנהגות הרסנית ופוגעת, ומתרחשת לרוב בהקשר של יחסי אמון, דהיינו על ידי דמות קרובה שפעמים רבות מטפלת בזקן ולא על ידי אדם זר. יתרה מכך, מחקרים מצביעים על כך שהמתעללים בזקנים לעיתים קרובות הם בני משפחה, והדבר קורה בעיקר כשעליהם להיכנס לתפקיד של מטפלים בזקנים עם מוגבלות, ובעיקר בתקופות מעבר כשהזקנים נכנסים למצבי תלות.⁴⁵ אחת מדרכי ההתעללות מכונה בספרות הסוציולוגית⁴⁶ או הטיפולית⁴⁷ "פגיעה בזכויות" או "פגיעה בחופש", וזו עשויה לבוא לידי ביטוי בהתנהגויות שמטרתן פגיעה באוטונומיה של הזקן, ובהן הגבלת תנועה (כגון סגירת הזקן או נעילתו בביתו), בידוד חברתי (מניעה של השתתפות בפעילות משפחתית/דתית/חברתית, או מניעה של קשר טלפוני),⁴⁸ קבלת החלטות עבור הזקן במקומו, וניסיון לגרום לזקן לבצע פעולות מסוימות לפי רצון הגורם החיצוני שאינן חופפות את רצונו האמיתי של הזקן (כגון מעבר לבית אבות, שינוי צוואה או ביצוע פעולות בנקאיות). רוב המקרים של התעללות בזקנים מהסוג הזה בארה"ב נעשים על ידי בני משפחה, פעמים רבות על ידי ילד בוגר שלא הצליח לבסס את עצמו מחוץ לבית ההורים, אך קיימים מקרים של השפעה שנעשים באמצעות אנשים שאינם בני משפחה.⁴⁹

ממצאים אלו מגובים גם אמפירית. מבחינה אמפירית נמצא במחקר אשר בדק את שיעור פסקי הדין שפורסמו שבהם היה מעורב בן משפחה בהשפעה בלתי הוגנת, כי כ-58% מתוך המקרים היה זה בן משפחה אשר השפיע באופן בלתי הוגן ולא אדם זר.⁵⁰ דווקא היותם של המשיפעים בני משפחה, ולכאורה רבים מהמקרים מטפלים במוריש ומסורים לו, מקשה בזמן אמת על אבחון ההשפעה הבלתי הוגנת ועל הפסקתה.⁵¹ לכן אין זה מוצדק שדווקא כאשר מדובר בבני משפחה לא תיבחן השפעה בלתי הוגנת, וזאת כאשר השפעות בלתי הוגנות נוטות להתרחש דווקא בסביבה המשפחתית.

44 ראו Mary Joy Quinn, לעיל ה"ש 16, בעמ' 52–53.

45 להיפוך התפקידים בתקופת הזקנה באופן שהילדים הבגירים "parent" their parent (בלשון הכותבת) ראו מחקרה של דפנה הקר Daphna Hacker, *Elder Law and Its Justifications: A Hybrid Vision Inspired by Family Law Jurisprudence*, 21 THEORETICAL INQUIRIES IN L. 25 (2020).

46 ראו אריאלה לבנשטיין ופנינה רון "פגיעה בקשישים על-ידי בני משפחה מטפלים: שיחות התופעה בארץ, טיפולוגיה של הקרבן ושל בן המשפחה המתעלל ואתיולוגיה של התעללות" *חברה ורווחה* (כ2) 175, 177 (2000).

47 שרה אלון *זיהוי התעללות והזנחה של זקנים: מדריך למטפל*, 7 (מהדורה שנייה, 2011).

48 כפי שהראיתי, בידוד חברתי יכול להיגרם גם במצבים של הרעלת יחסים.

49 Mary Joy Quinn, לעיל ה"ש 16.

50 Shiri R. Messalem, לעיל ה"ש 25, בעמ' 83–84.

51 לטיפול במקרים אלו בחיי הזקן ראו ענת ליפשיץ "בין פגיעות לאוטונומיה: מבט משפטי על קשרים בין-דוריים של זקנים" *מחקרי משפט* לד3 (טרם פורסם, 2022).

אחד מהקולות שהשפיעו על התזכיר הינו חשש מפני "ציידי ירושות"⁵², כלומר חשש מפני גורמים זרים אשר תרים אחר מורשים מוחלשים פוטנציאליים על מנת לייצור קשרים עימם וזאת על מנת "לצוד" את ירושתם. חשש זה איננו מבוסס אמפירית בפסקי הדין המפורסמים, אשר רובם, כאמור, עוסקים דווקא בבני משפחה, ומעלה את החשד שמאחוריו עומדות סטיגמות ורצון להנחיל ערכים חברתיים החותרים תחת חופש הציווי, ולמעשה מאפיין את אותה דמוניזציה שמפניה מזהירה ספיבק במאמריה על קשרים שאינם ראויים במשקפיים של תקינות חברתית.

4. סיכום ביניים: האם מדובר בתיקון ראוי?

המושג "השפעה בלתי הוגנת", שהוא בעל משמעות עמומה, לא נפתר בעקבות התיקון בתזכיר. השינוי שבוצע הוא שבעוד שלפני התיקון הייתה חזקה פסיקתית שבדקה מצבי תלות, כרגע חזקת התלות השתנתה תוך שהיא מבחינה בין בני משפחה לזרים, כשחזקת התלות מופיעה בלשון החוק ממש והתלות הנדרשת הינה נמוכה יותר כשמדובר בזרים. למעשה, החסרונות אשר פורטו במצב החוקי הקיים לא רק שלא באו על פתרונם, אלא אף הוחמרו. כך, אם על פי מבחני מרום הבעיה הייתה שבמקרים שבהם המוריש מעוניין לגמול לאנשים שסעדו אותו ולהדיר אנשים שזנחו אותו קיים חשש שבמקרה של תלות מקיפה תתקיים חזקה להשפעה בלתי הוגנת, ובמיוחד כשמדובר באדם עירי שזנח על ידי בני משפחתו, הרי שכעת במקרים של יורשים שאינם בני משפחה הבעיה תישאר ואולי אפילו תתעצם משום שהשינוי בחוק מבקש תלות בעלמא ולא תלות יסודית ומקיפה. כלומר, לכאורה, די בכך שאדם טיפל במוריש, ואפילו לא הייתה זו תלות מקיפה, אם אין הוא בן משפחה הרי שהוא פסול מלרשת. זאת משום שמשמעותה של החזקה היא העברת הנטל באופן כזה שהגורם המטפל הוא זה שיצטרך להוכיח כי לא הייתה השפעה בלתי הוגנת. כשם שקיים קושי להוכיח השפעה במקרים שבהם הקשרים מתקיימים בחדרי חדרים וללא עדים, קיים קושי רב אולי עוד יותר להוכיח אי-השפעה באותם מקרים, ומכאן שלגבי אנשים שאינם בני משפחה, שכפי שראינו במקרים מסוימים הקרבה הרגשית שנוצרת בינם ובין המוריש גדולה ואיננה כרוכה בהשפעה בלתי הוגנת, הבעיה אפילו מתעצמת. כאמור, הצורך החברתי בעידוד של טיפול ובפעולות אלטרואיסטיות למען החלשים בחברה נסתר.

הבעיה השנייה שהייתה קיימת לפני השינוי היא במקרים שלא התקיימה תלות אבסולוטית ולא היה בידוד מוחלט, אך הגורם המשפיע ניתק את האדם המושפע מקשריו. בעיה זו אפילו תחמיר, לכאורה, עוד יותר לאחר התיקון. מאחר שלאחר התיקון אפילו במצבים של בידוד ותלות אבסולוטית כך שמבחני מרום יתקיימו, ברגע

⁵² רציונל שמזכיר קריטנשטיין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 960. כמו כן הדבר נאמר בגלוי בסדנה שכונסה לרגל פרסום התזכיר לחוק הירושה בבר-אילן על ידי עו"ד ארז קמיניץ, המשנה ליועמ"ש לענייני המשפט האזרחי באותה עת, שהיה אחראי על ניסוח התזכיר (14.7.2021).

שמדובר בבני משפחה הרי שנקבע בחוק כי החזקה אינה מתקיימת בהם. למעשה, נראה שהתיקון בחוק מתרחק מהכיוון הרצוי שהצגתי בגישה הפסיכולוגית, שלפיה ההשפעה נוצרת במצבים של פערי כוחות ותלות כשאליהם מצטרפת מניפולציה של הצד המשפיע.

הבידוד שמבחני מרום מתייחסים אליו אכן מוכיח קיומה של תלות, כי אדם שחשוף רק לדמות אחת הרי שהוא תלוי בה, אך מה שמשמעותי יותר בבידוד הוא המניפולציה הקשורה לשאלה האם הבידוד נוצר בעטייה של אותה דמות או שמא בגלל נטישתם של האחרים. כמו כן, מניפולציה יכולה להתרחש בדרכים שונות ומגוונות דרך הרעלת יחסים ולא דווקא בעזרת בידוד אבסולוטי, כמו לדוגמה על ידי שכנוע של האדם שבני המשפחה האחרים מעלו בכספו או גנבו מכספו אף על פי שאין הדבר כן. לכן התיקון בתזכיר אינו מתקן את הבעיות שקיימות בחוק כיום אלא מחמיר אותן. כמו כן, הוא יחמיר את הנטייה הבלתי מודעת והסמויה של שופטים להשאיר את הכסף בתוך המשפחה, נטייה המנוגדת לשיטת המשפט, ויהפוך אותה לשיקול לגיטימי ומוצהר אף על פי שלא זו הייתה כוונתו של המשפט הישראלי.

ג. הדין הרצוי

1. מתפיסת התלות לתפיסה אינטגרטיבית

בפרקים הקודמים ביקרתי את השינויים בחוק אשר מחד גיסא מחלישים את תנאי הכניסה לחזקת התלות ומאידך גיסא מחריגים את היורשים על פי דין מחזקת התלות. לצד הביקורת היצגתי את המבחן הפסיכולוגי להשפעה בלתי הוגנת אשר מצד אחד מצמצם את מבחן התלות, כך שנצרכת פעולה אקטיבית בעלת גוון לא מוסרי של המשפיע על מנת ליצור את ההשפעה, ומצד שני מרחיב את המבחן, כך שגם פערים של יחסי כוח ותלות רגשית עשויים להוליד השפעה, משום שקיימים אמצעים נוספים פרט לבידוד העשויים לגרום להשפעה (כגון הרעלת יחסים והסתה), ועל כן אין לדרוש בידוד דווקא על מנת לקבוע כי אירעה השפעה בלתי הוגנת.

כאמור, בהשפעת מחקרים אלו שיימתי בעבר את המושג "ניכור לעת זקנה" העוסק בתופעה של כשלים בקשר המגיעים עד כדי ניתוק מוחלט של הקשר בין הורים זקנים לצאצאיהם, וזאת במצבים שהאחריות לכשל מיוחסת לפעילותו של צד שלישי המבודד את הזקן או מפעיל עליו מניפולציות שמטרתיהן ניתוקו ממקורביו.⁵³ התנאים הבסיסיים ליצירת הניכור הם סכסוך מר בין הצאצא המנוכר ובין הגורם שמנכר את הזקן; ביחסים שבין הזקן לצאצא שמנכר אותו חל היפוך תפקידים בין הורה לצאצא; כאשר טרם היווצרות יחסי האמון המיוחדים היו היחסים בין ההורה הזקן לצאצא המנוכר תקינים, אולם לאחר היווצרות התלות ההורה "נדבק" מהצד המנכר והקשר בינו ובין הצאצא נפגע. ודוק, פרמטר זה חיוני להבנה ולהגדרה של הניכור. מקרים שבהם הזקן גומל לצד אשר היטיב עימו ומדיר צדדים אשר ניתקו עימו קשר, התרחקו ממנו ולא סייעו לו לעת זקנה – אינם ניכור. כלומר, יש חשיבות לשאלה אם הצאצא התרחק מרצונו או שמא הורחק בשל הסתה מן הצד המנכר.

בנוסף לשלושת הפרמטרים הללו הוצעה שורה של אינדיקציות המחזקות את ההבחנה כי אכן מדובר בניכור. המשגה זו ניתנה על רקע פסק דין שניתן בבית המשפט העליון אשר ביקש לאמץ מבחן כולל, לאחר שמבחני מרום לא הביאו לתוצאה אשר הסתברה כהוגנת, לנוכח הניכור לעת זקנה שהשתקף מעובדות פסק הדין.⁵⁴ בהמשך נעשה שימוש בהבחנה של ניכור לעת זקנה בפסקי דין נוספים.⁵⁵

ואולם, האפשרות של ניכור לעת זקנה היא רק אחת מהאפשרויות הקיצוניות שבהן נוצרת תודעה מושפעת במצבי זקנה. בנוסף, השפעה מסוג זה איננה מיוחדת לזקנים אלא יכולה לבוא במצבים נוספים שבהם הקורבן נמצא במצב של פערי כוחות מול הצד

⁵³ ענת ליפשיץ "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטמים השזורים", לעיל ה"ש 19.

⁵⁴ הלכת החוטמים השזורים, ראו לעיל ה"ש 14.

⁵⁵ ראו לדוגמה ת"ע (פתח תקוה) 26634-09-15 **פלונית נ' פלונית** (נבו 4.4.2021).

המשפיע, כמו במצבים של נכות המתבטאת באופן מנטלי או פיזי, אך לא רק בהם. דוגמה לכך ניתן לראות בא"פ 21617-09-17.⁵⁶ במקרה זה נטען להשפעה בלתי הוגנת של אם כלפי בנה הבגיר בחייו, וזאת לאחר שהאם השתלטה על בנה, ניכרה אותו מאשתו וסיכנה את חייו משום שפעלה בניגוד להוראות רופאיו. באותו מקרה אומנם לא קיבלה השופטת את הטענות של השפעה בלתי הוגנת, משום שהאדם היה חי וכי לא היה מדובר בתיק ירושה,⁵⁷ אולם הדינמיקה המתוארת בתיק זה מראה כיצד ניתן גם במקרים שאינם של זקנה להגיע למצבים של תודעה מושפעת.

לטעמי, במקום להיצמד למבחן התלות וחסרונותיו, ניתן לאמץ נקודת מבט אינטגרטיבית הלוקחת בחשבון את הידע הפסיכולוגי שהצטבר ואת התובנות שהצטברו ברבות השנים בפסיקה, ולאמץ מבחנים אשר ישקפו בצורה מדויקת יותר את המצבים שבהם נוצרת תודעה מושפעת. מאפיינים אלו יתייחסו הן למאפייני הקורבן התורמים לפגיעות ומעידים על חולשה, הן לעמדת הכוח של המשפיע, והן לגבי טקטיקות שכנוע לא הולמות. ההצעה האינטגרטיבית תעשה שימוש בתובנות הפסיכולוגיות על מנת ליצור כלי משפטי מדויק יותר על מנת להגדיר את החזקה. אולם לצד הפעלת החזקה יישאר מקום לבית משפט להפעיל שקול דעת גם במקרים שלא ייכנסו תחת הקטגוריה הספציפית הזו, כשהחזקה נותנת קריאת כיוון לגבי המקרים שבהם תחול השפעה בלתי הוגנת.

האם יש לתקן את החוק ולקבוע חזקה אחרת? אינני בטוחה שהדבר נצרך. המושג "השפעה בלתי הוגנת" הוא מושג שמשאיר מקום רב לפרשנות. זאת משום שהנקודה הארכימדית שממנה השפעה הופכת להשפעה בלתי הוגנת נתונה לפרשנות. המצב כיום שבו הפסיקה ממלאת בתוכן את החוסר בדיני ההשפעה הבלתי הוגנת אומנם מקשה על קיומה של ודאות משפטית מחד גיסא, אך מאידך גיסא הוא פותח פתח לפרשנות פסיקתית שבאמצעותה ניתן לתקן תפיסות לקויות לגבי עילה זו. יש לזכור שהפרשנות בשאלה מתייחסת להשפעה הופכת להיות בלתי הוגנת הונחלה עד היום בפסיקה תוך שימוש בחזקה שהינה יציר הפסיקה. לפיכך, שימוש בכלים שמציעה הגישה הפסיכולוגית, הבוחנים את התלות ואת המניפולציה, או לחלופין שימוש באינדיקציות ובמבחני הניכור,⁵⁸ יכולים להיכנס בשער הפסיקה ואין צורך בשינוי החוק.

אולם ניתן לטעון כי דווקא בשל העמימות המלווה את הדוקטרינה של ההשפעה הבלתי הוגנת נכון יהיה לקבוע חזקה אשר תכוון את הפסיקה לגישה אינטגרטיבית הלוקחת בחשבון את הגישות הפסיכולוגיות המתחשבות בתודעת המוריש ובדרכים שבהן ניתן להשפיע עליה. להצעה זו אעבור כעת.

⁵⁶ א"פ (משפחה חיפה) 21617-09-17 **האיש נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו) 22.9.2020.

⁵⁷ וראו ביקורת לעניין זה ליפשיץ, לעיל ה"ש 51.

⁵⁸ ענת ליפשיץ "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החושים השזורים", לעיל ה"ש 19.

2. הצעה לתיקון חלופי

כאמור, גם לו תימחק החזקה המופיעה בתזכיר דיינו, וזאת משום שהפסיקה תוכל למלא בתוכן את המושג "השפעה בלתי הוגנת" באופן ראוי. אולם על מנת ליצור אחידות בפסיקה ועל מנת לקדם את הפרשנות באמצעים חקיקתיים ניתן לתקן בחוק חזקה אשר תתאים לתובנות שבגישה הפסיכולוגית.

לדעתי, יש לנקוט מבחנים שירדו לשורש העניין ולא ניתן להסתפק במבחנים אובייקטיביים שיבחנו תלות ובידוד באופן מנותק מההקשר הנסיבתי. לשיטתי, יחסי הכוחות והתלות אינם עומדים בפני עצמם אלא הם נדבך אחד שעליו יש להוסיף היבט נוסף והוא הפגיעה ברצון של המוריש, וזאת בדרך מניפולטיבית המצורפת לתלות. לכן, על מנת שתתרחש ההשפעה הבלתי הוגנת יש לדרוש כי בנוסף לתלות מקיפה ויסודית, על הגורם המשפיע להפעיל מניפולציה על הגורם המושפע העשויה לבוא לידי ביטוי בבידודו של הגורם המשפיע או בטכניקות אחרות של הרעלת יחסים.

על כן אני מציעה שהנוסח של החזקה ישונה, ותחתיו תופיעה החזקה הבאה:

הוראת צוואה המזכה אחד מאלה, חזקה שנעשתה בשל השפעה בלתי הוגנת:

מי שהיו בינו ובין המצווה יחסי אמון מיוחדים או יחסי תלות, אשר נוצלו על ידי הראשון באופן מניפולטיבי מתוך מטרה לפגוע ביחסיו של המוריש עם גורמים שלישיים שהיו ביחסי קרבה עימו בטרם ההשפעה. פגיעה ביחסים – לרבות באמצעות חסימת האפשרות של המצווה להתקשר עם מקורביו באופן עצמאי ללא תיווכו או מעקבו של הצד המשפיע, הסתה, או באמצעות הצגת מצגי שווא כלפי המצווה שיגרמו לפגיעה בקשריו של המצווה עם אחרים.

כפי שהוזכר, המחקר מראה כי הרקע להשפעה בלתי הוגנת הוא קיומם של פערי כוחות המנוצלים על ידי הצד המשפיע באמצעות מניפולציה. אכן, מבחן התלות כפי שהוא קיים בפסיקה מביא לידי ביטוי את פערי הכוחות דרך תלותו של הצד המושפע בצד המשפיע, אך אין בו די, שכן מרכיב התלות חסר את המרכיב הנוסף שנזכר בכתיבה הסוציולוגית, והוא מרכיב המניפולציה של הצד המשפיע העושה שימוש בתלותו של המושפע. לכן, לדעתי במקום ההבחנה בין מטפל שהוא בן משפחה למטפל שאיננו בן משפחה, יש לציין במסגרת החוק כי השפעה בלתי הוגנת כוללת מקרים שבהם קיימת תלות כאשר הצד הנהנה משתמש בכוחו על מנת ליצור את ההשפעה הבלתי הוגנת. מצב עניינים זה לא יעמיד בפני חשד להשפעה בלתי הוגנת מקרים שבהם קרוב משפחה או אחר טיפלו במוריש והוא רצה לגמול להם בשעה שהוא לא הפעיל עליהם כל מניפולציה, ולא הרחיק את קרוביהם. לעומת זאת, גם אם התלות אינה מקפת אך יש אינדיקציות למניפולציה על המנוח הרי שיכולה להתקבל הטענה להשפעה בלתי הוגנת.

ניתן לטעון למקבילית כוחות: ככל שהאינדקציות למניפולציה תהיינה גדולות יותר כך התנאי לתלות יהיה חלש יותר, ולהפך, וזאת בתנאי שיהיה קיום ברמה כלשהי לכל אחד משני המרכיבים.⁵⁹ הדבר נכון גם לקיומם של יחסי אמון. קיימים סוגים שונים של יחסי אמון והשפעתם על המצווה יכולה להיות שונה, ולכן יכולה להיות מערכת של יחסים שבהם המצווה אינו יכול לסרב כלל לדמות המשפיעה, ולכן עצם הצבת הדרישה של אותה דמות להוריש לה ולהדיר אחרים עשויה להיחשב כמניפולציה, ולעומת זאת יכול להיות שבתוך יחסי האמון יישאר מרחב עצמאות למצווה, ובמקרה זה תידרש מניפולציה בדרגה גבוהה יותר על מנת שתיווצר השפעה בלתי הוגנת.

ביטול הדיכטומיה בין משפחה לזרים גם מיתר את הדיון מי הם בני המשפחה אשר מצדיקים את ביטול החזקה ומשמשים כמטפלים טבעיים להוריש, דיון שללא ספק היה לו מקום, שכן קיים ספק רב אם שלוש הפרנטלות שהתזכיר מפנה אליהן כיום, הכוללות מחד גיסא צאצאים של בני דודים ומאידך גיסא אינם כוללים צאצא של בן זוג של המוריש, אכן מתיישבות עם הרציונל המופיע בדברי ההסבר לתזכיר שלפיהם במקרים אלו התלות סבירה.

בשולי הדברים יש לציין שבהזדמנויות שונות נאמר על ידי גורמים אשר היו מעורבים בהצעת החוק כי בבסיסו של התיקון והקמת החזקה כלפי זרים שאינם בני משפחה עמד החשש מפני "צידי ירושות".⁶⁰ ראשית, כפי שהראיתי, הניסיון מלמד כי הפסיקה בדבר השפעה בלתי הוגנת עוסקת ברובה במקרים בתוך המשפחה ולא במקרים של זרים, כך שהרושם המתקבל מהפסיקה הוא כי מדובר בתופעה זניחה. שנית, יש לציין כי כאשר באים אנשים זרים לחלוטין שפגשו באדם מוחלש והוא באופן מפתיע ציווה להם את רכושו, הרי בדרך כלל מכורח הדברים הם מעלים חשד, ולכן בניגוד למצבי השפעה בלתי הוגנת הנעשים בסביבה המשפחתית הם קלים לזיהוי, ובית משפט לא יתקשה לזהות מצב של השפעה בלתי הוגנת במצב שבו לא היו יחסים בין המנוח לנהנים שמסתברים עם הגיונה של הצוואה. ולבסוף, אפילו אם חוששים ממצבים אלו ניתן היה לקבוע חלופה בחוק שמגינה על המוריש מפני מקרים אלו ולקבוע בחוק כי כאשר אדם מעוניין להוריש לאנשים שאינם בני משפחה הוא יעשה זאת באמצעות צוואה אשר תאושר בפני בית משפט, ובית משפט יוכל בזמן אמת לקבוע אם יש צורך בתסקיר הבדוק את נסיבות עריכת הצוואה. קביעה כזו תרתיע מראש "צידי ירושות", ככל שהם קיימים, אבל לא תשלול ממצווה את הזכות להוריש את כספו לאנשים שאינם בני משפחה שמסייעים לו, מטפלים בו, ואינם משפיעים באופן לא הוגן והוא מעוניין לגמול להם.

⁵⁹ וראו בתיק ת"ע (משפחה ת"א) 40917-10-17 ש' א' נ' ד' ג' ש' (נבו 21.9.20), שבו הוצגה תאוריית הזקן המוחלש. במקרה זה דובר במורשה שהייתה במצב גופני מוחלש ביותר ועל כן נקבע כי הייתה השפעה בלתי הוגנת וכי מצבי מוחלשות קיצוניים של המוריש עשויים להביא למסקנה בדבר השפעה בלתי הוגנת. בהתאם למטפורת מקבילית הכוחות אני סבורה כי גם במקרים אלו יש למצוא את אותו מרכיב מניפולטיבי גם אם במקרים אלו משקל המניפולציה עשוי להיות מינימלי.

⁶⁰ קריטנטשטיין, לעיל ה"ש 24; וראו את דברי עו"ד קמיניץ, לעיל ה"ש 52.

בהקשר זה אתייחס גם להצעה אחרת שהועלתה בסימפוזיון זה על ידי קרייצר-לוי ולפיו תיפסלנה גם צוואות הפוגעות בפרויקט ההמשכיות, וזאת במקרים שבהם הצוואה משקפת תוכנית נקמנית, גחמנית או מתעלמת מאינטרסים של מקבלים מסוימים.⁶¹

על אף היותי שותפה לתפיסה שקידום חזון ההמשכיות של המצווה הוא הבסיס לדיני הצוואות, תפיסה שהנחילה קרייצר-לוי, אינני שותפה להצעה זו משני טעמים. **הטעם הראשון** הוא ששיפוט מוסרי של חזון ההמשכיות, וסיווגו לחזון ראוי ולחזון שאינו ראוי, מעלה את אותם קולות מן העבר שאליהם התייחסה ספיבק במאמרה, הקולות אשר פסלו צוואות בשל נורמות חברתיות מקובלות ותחת כסות מוסרית. נורמות אלו אינן מתיישבות עם רצון המצווה, אלא עם התפיסות החברתיות של השופט. בשם תפיסות אלו נפסלו צוואות שהעבירו נכסים של המשפחה לידיים חיצוניות, או נפסלו צוואות אשר הורישו לבני זוג מאותו מין בתקופות שיחסים אלו נחשבו ללא מוסריים. אני סבורה שמדובר בתפיסה מסוכנת שעלולה להחליף את חזונו של המוריש בחזונו של השופט. **הטעם השני**, והמשמעותי יותר, הוא כי אני סבורה שיש לכבד את חזונו של המוריש כל עוד הוא ניתן באופן אוטונומי, גם אם הוא מכוער ואיננו ראוי. אני סבורה שכשם שאדם מממש את זכות הקניין שלו בחייו בדרך שעלולה להיתפס כמאכזבת, נקמנית או קטנונית, הרי שכל עוד מדובר במתחם חוקי שאיננו אסור יש לכבד את האוטונומיה שלו ליצירת חזון המשכיות שאיננו ראוי. וכך, כחלק מכבוד האדם ומכיבוד חופש הבחירה שלו, אנו מאפשרים לו לבחור לנהל את יחסיו עם מקורביו באופן שגוי או רע, כל עוד מדובר ברצונו האוטונומי, גם אם אנו מייחלים כי יבחר בטוב.

⁶¹ שלי קרייצר-לוי "ירושה והמשכיות: על מעמדו של חופש הציווי בתזכיר חוק הירושה", לעיל ה"ש 13.

ד. סיכום

במאמר זה ביקשתי לבחון את התיקון בתזכיר חוק הירושה לעניין החזקה ליצירת השפעה בלתי הוגנת.

כרקע לבחינה זו הראיתי את הבעיות בדוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת הקיימות כיום, לפני התיקון בתזכיר, וכיצד המבחנים הפסיקטיים של מרום הנהוגים כיום עלולים להוביל לאבחון שגוי של מצבי השפעה בלתי הוגנת. הבעייתיות הוצגה הן במצבים שבהם אין שימוש לרעה בתלות של המצווה בנהנה, והמצווה מעוניין להוריש לצד שמייטיב עימו, והן במקרים שבהם קיימת מניפולציה שלא לוותה בתלות או בבידוד מובהקים, כך שאף על פי שרצונו של המוריש מעוות, קיים קושי לזהות את ההשפעה הבלתי הוגנת.

התיקון בתזכיר שלפיו כל תלות בין אנשים שאינם קרובי משפחה מקיימת חזקה להשפעה מחמיר למעשה את הביקורת על מבחני התלות, שכן דרישות הסף לקיומה של תלות בעקבות התזכיר פחתו. העובדה שכל הורשה בסיטואציה של טיפול, שבה התלות מובנית, תחסה תחת החזקה להשפעה בלתי הוגנת, חותרת נגד רצונו של מצווה שמעוניין להוריש למי שהיטיב עימו, וכן מהווה תמריץ שלילי לטיפול.

עוד הראיתי כי התיקון בתזכיר היוצר דיכוטומיה בין בני משפחה לזרים עלול אף הוא להסיג את המצב לאחר. תיקון זה מהדהד קולות מן העבר אשר מבקשים לשמר את הרכוש במשפחת המוצא, ערכים שאינם מתאימים למשפט הישראלי המקדש את חופש הרצון של המצווה, ואת זכותו לעצב את חזון ההמשכיות שלו כחלק ממימוש האוטונומיה שלו.

לסיום, הצעתי כי החזקה אשר תאומץ לא תבחין בין בן משפחה לזר אלא תדרוש את קיום המניפולציה הנעשית תוך ניצול הפערים שבין הצדדים. החזקה עשויה להיות פסיקתית או באמצעות תיקון חליפי של החוק. בדרך זו ישקף התיקון את התמורות שחלו בהבנה של התהליכים הרגשיים שבבסיס התופעה של השפעה בלתי הוגנת, ופסקי דין חדשים אשר מהם משתקפת התובנה כי המבחנים הפסיקטיים הקיימים כיום אין בהם די.

התפיסה אשר תקודם באמצעות הגישה אשר הוצגה במאמר זה היא כי השפעה בלתי הוגנת שאיננה מוסרית היא השפעה אשר מעוותת את חזון ההמשכיות של המוריש, באופן שבו רצונו האוטונומי של המוריש מושפע באופן מניפולטיבי. לכן קיום צוואה אשר ניתנה תחת מצב של תודעה מושפעת איננו מקדם את האוטונומיה ואת חזון ההמשכיות של המוריש, וזאת משום שמדובר בחזון שקרי.