

ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטאים השזורים

מאת

ענת ליפשיץ*

א. רקע: הלכת החוטאים השזורים. ב. מטרת המאמר ומבנהו. ג. השפעה בלתי הוגנת, סקירת הדין הקיים. ד. ניכור הורי בילדות. ה. ניכור לעת זקנה, שיום וטיעון משפטי; 1. שיום; 2. זיהוי והדגמה: ניכור לעת זקנה בפסיקה העוסקת בהשפעה בלתי הוגנת ובתיקי קדם עיזבון; 3. משיום לטענה – ההצדקה הנורמטיבית להתייחסות לניכור ההורי כהשפעה בלתי הוגנת; 4. ניכור לעת זקנה והשפעה בלתי הוגנת במצבים של ייפוי כוח מתמשך; 5. סגירת מעגל: ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בהלכת החוטאים השזורים. ו. לקראת זכות לקשר בזקנה. סיכום.

א. רקע: הלכת החוטאים השזורים

מעשה בצוואה שכתבה אימם של אח ואחות שהיו מסוכסכים זה עם זה ובה ציוותה את כל רכושה לבת, ואילו הבן הודר מכל רכושה.¹ ההדרה הייתה מתמיהה, שכן שני האחים היו בקשר טוב עם אימם וכיבדו את רצונה. כך לדוגמה לאחר פטירתו של אביהם הסתלקו שני האחים מעיזבונו של האב לטובת האם, על פי בקשתה. בה בעת תמכה האם בשני האחים ואף העבירה להם נכס שהיה רשום על שמה. יחסיו של הבן עם אימו התאפיינו בביקורים סדירים כמה פעמים בשבוע, בהצעת עזרה ברכישת מצרכים למענה, ובהעברת תבשילים שבישלה אשתו בעבורה. יחסי הבת עם האם התאפיינו בהעברת כספים מהאם לבת. כמו כן הבת היא שליוותה אותה לטיפולים הרפואיים לאחר שחלתה בסרטן, ואילו מפני יתר בני המשפחה, ומפני מכריה, היא ניסתה להסתיר את דבר מחלתה. לעומת זאת, יחסי האחים בינם לבין עצמם אופיינו בקרע עמוק, אשר הלך והעמיק במרוצת השנים. המנוחה הפצירה בילדים שלא לריב אלא להתפייס זה עם זה, ואולם תחנוניה לא הועילו. מצב עניינים זה של ריב בין שני ילדיה הסב למנוחה סבל רב.

לאחר שנים מספר הוחמרה המחלה, הבת עזבה את מקום עבודתה והחלה לטפל באם תמורת תשלום, על פי בקשת האם. העדויות בפסק הדין מלמדות כי לא ניתק הקשר בין הבן לאם בתקופה זו. עם זאת נשמעו עדויות שלפיהן בשלב מסוים נקטה הבת פעולות שמטרתן להרחיק את האם מאחיה, ואלה באו לידי ביטוי בהימנעות מלהודיע לו על אשפוזה של האם ובנטילת הטלפון מהאם בתקופה זו באופן שככל הנראה לא אפשר לאם להתקשר בעצמה. כמו כן החליפה הבת את המנעולים בבית האם.

* ענת ליפשיץ היא ממונה מחוזית על עורכי הדין ביחידות הסיוע במחוז ת"א והמרכז, והיא גם תלמידה לתואר שלישי באוניברסיטת בר אילן. הדוקטורט שלה עוסק בניכור לעת זקנה ובזכויות של זקנים לקשר (להלן: הדוקטורט). תודות לעו"ד עמית אלזם, לעו"ד מיטל גולדשטיין דוידוביץ, לד"ר רם ריבלין, לד"ר שירי רגב אמסלם, לפרופ' שלי קרייצר-לוי, לד"ר שרון שקרגי, לפרופ' דפנה הקר ולפרופ' שחר ליפשיץ, ולשופטים נפתלי שילה, שאול שוחט, מירה דהן, סיגלית אופק וטליה קופלמן פרדו, על הפניות והערות לטייטת המאמר. תודה גם למנחים איילת בלכר-פריגת ובנימין שמואלי על הדרכה בגיבוש תוכנית העבודה למחקר, שחלק מן התובנות הראשונות שלה משוקעות במאמר זה. תודה מיוחדת לחברי מערכת הארת דין, ולמורה האחראית ד"ר קארין יפת, על עבודת עריכה קפדנית.

1 ת"ע 106262/07 (משפחה ת"א) צ' ג' א' נ' ג' א' (לא פורסם, 27.6.2012) (להלן: ת"ע 106262/07).

לאחר מותה של האם הגישה הבת בקשה לצו קיום צוואה שעל פיה כל רכושה של האם (ובעקיפין גם רכושו של האב אשר הבן והבת הסתלקו ממנו לטובת האם) יעבור בשלמותו אל הבת תוך הדרה מוחלטת של הבן, ללא ציון סיבה. לנוכח היחסים הטובים שהיו בין הבן לאם, התאכזב הבן מאוד מתוכן הצוואה,² אולם בשל חשיבות קיום רצונו של המת במשפט הישראלי, וחופש הציווי המוחלט הקיים בו, לקרובי משפחה אין ציפייה משפטית מוגנת לרשת את המנוח, ותוכן צוואה תמוה כשלעצמו אינו מהווה עילה לתקיפתה.³ בצר לו ביקש הבן לבטל את הצוואה מכמה עילות, והמרכזית שבהן היא ההשפעה הבלתי הוגנת.⁴

עילת ההשפעה הבלתי הוגנת נוגעת למצבים שבהם הרצון של המצווה, כפי שהובע בצוואה, אינו משקף את רצונו האמיתי, אלא הוא תוצר של השפעה בלתי הוגנת. ברמה הרטורית הצהירה הפסיקה כי נדרשת השפעה שיש בה מרכיב של אי-הגינות על פי המושגים החברתיים המוסריים שלנו.⁵ ואולם בפועל, בתהליך שיתואר בהרחבה בהמשך,⁶ המירה הפסיקה את המבחן המוסרי במבחן אובייקטיבי העוסק בשאלה אם נוצרה תלות של המצווה בנהנה על פי הצוואה, וקיומה של תלות מקיפה מקים חזקה בדבר שלילת הרצון של המצווה. בהמשך לכך, בפסק הדין בעניין **מרום**,⁷ שהפך לפסק הדין המנחה בסוגיה, הוצגו ארבע אבני בוחן לצורך הבדיקה אם התקיימה השפעה בלתי הוגנת. אבני בוחן אלה כללו: (1) תלות ועצמאות; (2) תלות וסיוע; (3) קשרי המצווה עם הסביבה; (4) נסיבות עריכת הצוואה (להלן: מבחני מרום). אף שבפרשת **מרום** הובהר כי אין מדובר במבחנים ממצים, ואף הוצגו מבחני עזר נוספים, בפועל הפכו מבחני מרום במרוצת הזמן לאבני הדרך הכמעט בלעדיים לבחינת קיומה של השפעה בלתי הוגנת. יתרה מזו, במקרים רבים דרך הניסוח של המבחנים, ועוד יותר יישומם בפסיקה הדיונית אשר בחנה את קיומה של התלות במשקפיים אובייקטיביות, הרחיקו אותם מן המוקד המוסרי שבו הייתה אמורה העילה להתמקד. כך למשל בהקשרו של מבחן העזר העוסק בבידודו של המצווה, קבעה הפסיקה במפורש כי השאלה היחידה הרלוונטית היא אם המצווה היה מבודד, ואין כל חשיבות לשאלה אם בידודו הוא תוצר של פעילות מכוונת מצד הנהנה שמטרתה להרחיק בין המצווה לקרוביו האחרים, או אולי הבידוד הוא תוצאה של הזנחה ונטישה מצד הסביבה הקרובה של המצווה למעט הנהנה שקיבל אחריות לשלומה של הזקן.⁸ כפי שאסביר בהרחבה להלן, הן מנקודת המבט הממוקדת באוטונומיה של המצווה הן מנקודת המבט המוסרית, קיים פער משמעותי בין שני המקרים,⁹ אולם ההתמקדות בהיבט האובייקטיבי של התלות מטשטשת את ההבחנה ביניהם.

- 2 על האכזבה של היורש המודר כמאפיין משמעותי של סכסוכי ירושות בישראל ובעולם, ראו Daphna Hacker, *Disappointed "Heirs" as a Socio-Legal Phenomenon*, 4 Oñati Socio-Legal Series 243 (2014). כך ראו דפנה הקר "מאפייניהם של סכסוכי ירושות בישראל – ממצאי מחקר אמפירי" **הון משפחתי** א 79 (2015), וראו במיוחד את הסיפור האנושי המבוסס על ריאיון שערכה הקר עם בת מודרת (שם, בעמ' 87). כפי שהקר מציינת, דווקא במקרה המתואר שם לא התנהל בסופו של דבר הליך משפטי.
- 3 לעומת כמה מדינות בארצות הברית, במשפט הישראלי המוריש אף אינו נדרש לנמק את הכרעתו להדיר את היורש הטבעי. ראו על כך יעל השילוני-דולב, דפנה הקר וחגי בועז "רצון המת – שלושה מקרי מבחן ישראליים" **סוציולוגיה ישראלית** טו 31, 45 (2014).
- 4 הבן אף טען טענות על אי-כשירות של האם, על גממים בצוואה ועל מעורבות של הבת בעריכת הצוואה. טענות אלה נדחו אף הן על ידי בית המשפט לענייני משפחה.
- 5 בע"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 (1995), הבחין בית המשפט העליון בין השפעה כשאלה עובדתית ובין אי-ההגינות שבהשפעה כשאלה ערכית נורמטיבית. שם נקבע כי השפעה בלתי הוגנת היא השפעה שיש בה מרכיב של אי-הגינות שעל פי מושגים של מוסר אישי וחברתי יש בו כדי להצדיק את ביטולה של הצוואה. ראו שאול שוחט, נחום פינברג ויחזקאל פלומין **דיני ירושה ועיזבון** 124 (מהדורה שביעית, 2014).
- 6 ראו פרק ג' להלן.
- 7 ראו **דניא 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נב(2) 813 (1998).
- 8 ראו שם, בעמ' 829 ("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"), או בת"ע (משפחה ת"א) 8896-02-13 ל"ק נ' א"ג (פורסם בנבו, 24.5.2017), 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 זניחתו על ידי סביבתו.
- 9 להסבר מדוע נקודת המבט המוסרית המבחינה בין שני המקרים, רלוונטית בהקשר של ההורשה גם על פי הגישה המקובלת, הממקדת את דיני ההורשה באוטונומיה של המוריש, ראו להלן פרק ה', חלק 3.

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

כמקובל בפסיקה הדיונית, אף במקרה דנן בית המשפט לענייני משפחה¹⁰ דן על פי אבני הבוחן הרגילות של דיני ההשפעה הבלתי הוגנת כפי שגובשו בפרשת **מרום**. לאורם של מבחני מרום קבע בית המשפט את הממצאים האלה: (1) המנוחה הייתה כשירה ולא תלויה קוגניטיבית בבתה;¹¹ (2) המנוחה התגוררה בביתה שלה, באופן המחליש את התלות בבת; (3) למרות הסיוע הפיזי שקיבלה מבתה, את החלטותיה החליטה באופן עצמאי; ו-(4) המנוחה שמרה על קשר טלפוני עם חברותיה ועל קשר מסוים עם בני משפחה, ועל כן אי-אפשר לקבוע שהייתה מבודדת. על בסיס ממצאים אלה הסיק בית המשפט כי רוב אבני הבוחן לאיתור השפעה בלתי הוגנת לא התקיימו, ולפיכך קיים את הצוואה. בית המשפט לא התעלם מן הממצאים בדבר החלפת המנעולים, ונטילת הטלפון מהגם תוך הסתרת דבר אשפוזה מהבן, אולם לדעתו מכיוון שפעולות אלו נעשו לאחר כתיבת הצוואה, ואילו בזמן כתיבת הצוואה לא התגבשו מבחני ההשפעה הבלתי הוגנת, הצוואה שיקפה את רצונה. בבחנה באופן יסודי ומפורט את נסיבות המקרה על פי אבני הבוחן של פרשת **מרום**, פעל בית המשפט לענייני המשפחה בהתאם למתודה המקובלת בפסיקה.

על פסק הדין הוגש ערעור. בית המשפט המחוזי (השופט שאול שוחט) הפך את התוצאה,¹² תוך בחינת נסיבות המקרה ממכלול, ומבלי לבחון בנפרד כל אחת מאבני הבוחן של הלכת **מרום**.

בפסק הדין של בית המשפט המחוזי הודגש תוכנה החרגי של הצוואה על רקע העדויות שלפיהן המנוחה אהבה את בנה וציינה כי ברצונה בשלום בית בין ילדיה, וכי היא אינה רוצה שהם יריבו לאחר מותה. כמו כן צוין כי גם אם מצבה השכלי לא פגם ביכולתה להבחין בטיבה של צוואה, ניתן לקבוע כי היא לא הייתה במיטבה מהבחינה הפיזית, "מה שהיווה כר נוח להשפעה". בית המשפט המחוזי ייחס גם חשיבות רבה לפעולות המבודדות שנקטה הבת לאחר עריכת הצוואה, אף שפעולות אלה לא הביאו כביכול לכתיבתה. דפוס הפעולה של עורך הצוואה, לצד ניסיונותיה של הבת להעלים את טביעות אצבעותיה, חיזקו את המסקנה בדבר ההשפעה הבלתי הוגנת. בדיון בבקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון, הצדיק השופט ניל הנדל את נקודת מבטו של בית המשפט המחוזי (להלן: פרשת **החוטים השזורים**), וצייין:¹³

"חוטים שונים של עילות שונות, הגם שלא היה בכוחם לבסס עילה עצמאית, יכולים להישזר יחד לרבדים המחזקים ומבססים את מסקנת בית המשפט המחוזי. ההשפעה הבלתי הוגנת העולה עד כדי שלילת הבחירה החופשית של המצווה הינה מבחן דינאמי ורחב כקשת החיים. בית המשפט המחוזי נעזר בחוטם השונים כדי להגיע לראייה כוללת המשקפת את מלוא התמונה".

הלכת **החוטים השזורים** פתחה את הפתח לבלתי המשפט הדיוניים לחרוג מדבקות נוקשה במבחני מרום גם במקרים נוספים.¹⁴

אני מסכימה עם העמדה של בית המשפט העליון ובית המשפט המחוזי בנוגע לכך שהבחינה הקונקרטי של אבני הדרך שנקבעו בפרשת מרום אינה מספיקה כדי להקיף את כל המקרים הכלולים בקטגוריית ההשפעה הבלתי הוגנת, וכי ישנה מהות שאותה מחפשים בבחינת ההשפעה החורגת ממבחני התלות שפותחו בהלכת מרום. משום כך, וכפי שאראה להלן בעת שיוצגו מחדש עובדות המקרה, אני מסכימה גם עם התוצאה שאליה הגיעו במקרה הקונקרטי.

10 ראו ת"ע 106262/07, לעיל ה"ש 1.

11 בית המשפט פסק כי אומנם האם הייתה בדיכאון, אך הייתה צלולה וברמה קוגניטיבית גבוהה.

12 פסק הדין בעמ"ש 45610-09-12 (מחוזי ת"א) צ' ג' א' נ' ג' א' (פורסם בנבו, 19.5.2014).

13 בע"מ 4459/14 פלונית נ' פלוני, 7 (פורסם בנבו, 6.5.2015).

14 ראו לדוגמה, עמ"ש 48729-03-19 (מחוזי ת"א) פ' נ' פ' (פורסם בנבו, 17.11.2019), שבו נקבע כי "לעיתים בחינת המקרה בעיניים של אבני הדרך שנקבעו בפרשת **מרום** אין בה די כדי לזקק את אותו יסוד של 'אי הגינות' שיש בו כדי לצבוע את הצוואה ואת הליך עשייתה בהשפעה בלתי הוגנת ובמקרים המתאימים כאמור יש להסתכל על המכלול בכללותו".

ואולם הרחבה זו מצד בית המשפט העליון מותירה את השאלה מהי אותה מהות ומהו אותו היבט מוסרי של השפעה בלתי הוגנת שבית משפט מנסה לאתר. במילים אחרות, נשאלת השאלה איזו תמונה כוללת בית משפט מנסה לאתר בעת שנשזרים החוטים המגבשים עילה של השפעה בלתי הוגנת. ודוק, בפסיקת בית המשפט העליון, מאז ומעולם, הודגש כי יש להתחקות אחר יסוד בלתי מוסרי שהוא המגדיר את ההשפעה כבלתי הוגנת,¹⁵ אולם בפועל יסוד בלתי מוסרי זה, שאמור להתגלות כאשר נפרסת התמונה הכוללת, נותר חמקמק, וזאת בייחוד לנוכח העמדה הבלתי מתפשרת של המשפט הישראלי, שלפיה תוכן הצוואה כשלעצמו, ובכללו הדרת קרובים, הוא זכות של המנוח. אין ספק שהלכת **החוטים השזורים** התכוונה לכלול בחיק ההשפעה הבלתי הוגנת את עובדות המקרה הנזכר ומקרים הדומים לו. ואולם תחת הגדרה אשר תבהיר ותחדד את סוג המקרים המדויק, נבחרה טרמינולוגיה אשר עלולה להרחיב את דיני ההשפעה הבלתי הוגנת למחוזות בלתי ידועים.

ב. מטרת המאמר ומבנהו

במאמר זה אבקש למלא חלק מן החללים שהותיר השיח המשפטי הקיים בנושא ההשפעה הבלתי הוגנת. לצורך זאת אציע קישור בלתי שגרתי בין דיני ההשפעה הבלתי הוגנת ובין דיני הורים וילדים, ובייחוד הענף העוסק בניכור הורי בילדות. להבניית התופעה חשיבות **דסקריפטיבית** והשלכות **נורמטיביות**.

ברמה הדסקריפטיבית, בהשראת המצבים המכונים בספרות הטיפולית ובשיח המשפטי "ניכור הורי" בילדות, אציע **שיום** חדש של תופעה שאותה אכנה "ניכור לעת זקנה".¹⁶

ניכור הורי בילדות נוגע למקרים שבהם, בצילם של גירושין בסכסוך קשה, יחסי הורה וילד שעד למשבר המשפחתי התנהלו באופן תקין, נקלעים לכשל בקשר המתבטא בזלזול בהורה ובדחייה של ההורה על ידי הילד, ולעיתים גם בניתוקו המוחלט של הקשר בין ההורה לילדו. אפיון הכשל בקשר כניכור הורי נעשה במצבים שבהם מקורו של הכשל הוא בהסתה ובהשמצה של אחד ההורים על ידי ההורה האחר כאשר אין סיבה אובייקטיבית לניתוק הקשר, למעט ההסתה.¹⁷

אני סבורה שתופעות של כשלים בקשר שבין הורים לילדים עד כדי ניתוקו המוחלט של הקשר קיימות גם כאשר מדובר בהורים זקנים ובילדים בגירים. בדומה לניכור הורי בילדות, במקרים מסוימים ניתן לייחס את האחריות לכשל לפעילות של צד שלישי.

היבטים אלו של יחסי הורים וילדיהם הבגירים לעת זקנה נחשפים בשני סוגים של הליכים משפטיים: האחד, פסקי הדין "הקלטיים" העוסקים בהשפעה בלתי הוגנת במסגרת סכסוכי ירושה לאחר מותו של המצווה, שבהם נפרסת מסכת שלמה של כשלים בקשרים שבין המנוח לילדיו המודרים, ובד בבד נחשפת הסתה של צד שלישי כלפי אותו צד מודר, שבעטיה נכתבה אותה צוואה עד כדי השתלטות על רצון המוריש. הסוג האחר של ההליכים המשפטיים החושפים התנהלות של ניכור לעת זקנה, מוכר פחות למרבית המשפטנים, והוא **תיקי קדם עיזבון**.¹⁸ מונח זה נטבע בז'רגון של העוסקים בתחום, והוא

15 ראו לעיל הי"ש 5.

16 לשיומן של תופעות משפטיות, ראו William F. Richard & Abel A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, 15 LAW & SOC'Y REV. 631 (1981).

17 כפי שאראה בהמשך, בשיח הטיפולי ישנה גם גישה המגדירה ניכור הורי באופן תוצאתני, לפי סירובו של הילד לקשר וללא תלות בהסתה, ואולם הגישה השלטת בפסיקה היא הגישה המבחינה בין מקרים של כשלים בקשר שאינם תוצר של פעילות מנכרת ובין מקרים של ניכור הורי שבהם הכשל בקשר הוא תוצאה של פעילות ההורה המנכר. מאחר שבהקשר תופעת הניכור ההורי לעת זקנה המיקוד הוא במניפולציה הנעשית על ידי צד שלישי, הרי לצורכי המאמר הנוכחי, ובדומה לגישה המקובלת בפסיקה הישראלית, ההסתה היא אחד מהמרכיבים החשובים באבחון פעולה כניכור הן בילדות הן לעת זקנה.

18 ראו שימוש במונח זה בא"פ (משפחה ת"א) 30994-03-19 נ. נ' **האפוטרופוס הכללי במחוז תל-אביב** (פורסם בנבו, 12.06.2019). להדגמת התופעה, ראו הי"ש 67-70 להלן והטקסט הסמוך להן.

מתייחס למקרים שבהם יורש פוטנציאלי של הזקן מבחין בהשתלטות של גורם שלישי על הזקן ובפגיעה בקשר שבין אותו יורש פוטנציאלי ובין הזקן. באותם מקרים בדרך כלל היורש הפוטנציאלי פונה לבית המשפט בצר לו ומבקש להשתמש בכלי המשפטי היחיד שנותר לו והוא למנות זקן אפוטרופוס. ודוק, ברמה הפורמלית מדובר בשתי סוגיות משפטיות שלכאורה אין כל קשר ביניהן: במקרה הראשון מדובר בתיק ירושה המתנהל לאחר מותו של הזקן, כשהסעד המתבקש הוא ביטול הצוואה, ובמקרה השני מדובר בתיק אפוטרופסות המתנהל בחייו של המוריש. ובכל זאת ברמה המהותית שתי הסיטואציות מנוהלות לכאורה על ידי ה"יורשים" וממוקדות בהיבט העכשווי או העתידי של הירושה הפוטנציאלית. שני סוגי ההליכים המשפטיים גם יחד, ובכללם המקרה המתואר בפרשת **החוטים השזורים**, חושפים פנים שונות של ניכור לעת זקנה. טענתי היא כי חלק ניכר מן המקרים שאליהם מכוונת הלכת **החוטים השזורים**, מקרים שבהם מתקיימת דינמיקה של השפעה לא הוגנת אף על פי שהם אינם עומדים במבחני מרום, הם מקרים של ניכור לעת זקנה, ובהם גם נסיבות המקרה הספציפי שנדון בהלכה זו.

אף שלצורך שיומה של התופעה ואבחונה, נעשה שימוש בתופעת הניכור ההורי בילדות, ההשלכות הנורמטיביות של התופעה בזקנה הן שונות מאלה שבילדות, ונגזרות מאתגרים שונים בתקופת הזקנה ומהשוני בין ילדים לזקנים מבחינות רבות: מבחינת כשירותם, מבחינה סוציולוגית ומבחינות נוספות. לצד היתרונות המחקריים והטיפוליים של שיום התופעה של ניכור לעת זקנה, המאמר יפתח את הפתח לדיון בהשלכות נורמטיביות של תופעה זו ויציע הצעות ראשוניות בנושא.

ראשית המאמר יבקש לשכנע כי בהקשר של דיני הירושה הקלסיים העוסקים בחלוקת העיזבון לאחר מותו של המצווה, יש לפתח את הניכור לעת זקנה כתת-קטגוריה חדשה של השפעה בלתי הוגנת. תת-קטגוריה זו תאפשר לזהות התנהגות כהשפעה בלתי הוגנת אף אם רוב מבחני מרום אינם מתקיימים. מנגד, בעזרת הקטגוריה החדשה של ניכור לעת זקנה, אצביע על מקרים אשר למרות העמידה במבחני מרום אין לקבל בהם טענה בדבר השפעה בלתי הוגנת.¹⁹ המאמר יבהיר כיצד קטגוריה כזו, אם תפותח על ידי המשפט הישראלי, תיתן ביטוי מדויק יותר מזה שנותנת הקטגוריות הקיימות הן לפגיעה באוטונומיה של המצווה הן ליסוד הבלתי מוסרי של ההשפעה. נוסף על כך יטען המאמר כי אימוץ הדוקטרינה של ניכור לעת זקנה יעודד התנהגות משפטית תקינה שיש בה כדי לחזק את איכות חייהם של זקנים ואת קשריהם המשפחתיים.

שנית, לנוכח הזיהוי של דינמיקת הניכור לעת זקנה בתיקי קדם עיזבון, אציע כי ההתייחסות הנורמטיבית לניכור לעת זקנה כסוג של השפעה בלתי הוגנת, תיושם לא רק במצבים הקלסיים של סכסוכי ירושה לאחר מות המוריש, אלא גם במצבים של מאבקים בין קרובי משפחה ויורשים פוטנציאליים עוד בחייו של המוריש. אוסיף ואציין כי הצורך בחידוד המונח "השפעה בלתי הוגנת" ובזיהוי השפעה כזו עוד בחייו של המוריש, מתחזק לנוכח התיקון לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,²⁰ הדורש מעורך דין שלפניו נחתם ייפוי כוח מתמשך, מוסד חדש שתבע המחוקק הישראלי במסגרת תיקון זה,²¹ לוודא כי המינוי על פי ייפוי הכוח נעשה על ידי הממנה בלי שהופעלה עליו השפעה בלתי הוגנת מצד הממונה, ומאפשר לשופט לבטלו אם זיהה השפעה כזו. להתייחסות לניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת עשוי להיות אפוא תפקיד משמעותי נוסף של מילוי סעיף זה בתוכן ממשי.

לבסוף, בהשראת הכלים המשפטיים שפותחו בהקשר של הניכור ההורי בילדות, הממוקדים בשיקום הקשר שבין הילד להוריו, יפתח המאמר פתח להשלכה נורמטיבית נוספת והיא פיתוח תיאוריה וכלים משפטיים חחורגים מדיני ההשפעה הבלתי הוגנת, והעוסקים בזכות לקשר משפחתי תקין לעת זקנה. בהקשר זה יסתפק מאמר זה בהתוויית האתגר, אך יותר את פיתוחו למחקר נוסף.²²

19 ראו להלן פרק ד', חלק 3.

20 תיקון מס' 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

21 לטבעו של מוסד זה, ראו להלן פרק ה', חלק 4.

22 בימים אלה אני שוקדת על דוקטורט בנושאים של ניכור ושל הזכויות לקשרים לעת זקנה שיעסוק בין השאר בכלים השונים לחיזוק הקשרים בין הזקן לצאצאיו.

בטרם נצא לדרך עלינו להתייחס לשתי התנגדויות אפשריות לעצם האנלוגיה בין תופעת הניכור בילדות לניכור לעת זקנה, ועוד יותר – להשלכות הנורמטיביות המוצעות במאמר לאנלוגיה זו. ראשית, ההשוואה בין ילדים, שאינם נתפסים ככשירים מבחינה משפטית לפעולות משפטיות רבות והכפופים למשל לעקרון הכשרים המתפתחים,²³ ובין זקנים, שהם כשירים משפטית, היא בעייתית ויש שיטענו כי היא מבוססת על הנחות גילניות. נוסף על כך יש חשש שהרחבת הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת, כמו ההתערבות בקשריו המשפחתיים של הזקן גם כאשר הם באים מתוך רצון להגן עליו ובתגובה על הניכור בזקנה, עלולים להיתפס כפגיעה באוטונומיה של הזקן וכמונוגדים למגמה המודרנית להמיר שיח פטרנליסטי כלפי זקנים בשיח המדגיש את זכויות הזקן ואת אוטונומיית הרצון שלו.²⁴

לנוכח טענות אפשריות אלו אבהיר כי מצבים של חולשה פיזית או היחלשות קוגניטיבית בתחילת תהליך דמנטי, או באופן כללי האטה של תהליכי חשיבה, הם מצבים שנלווים פעמים רבות לזקנה. על כך יש להוסיף קשיים תפקודיים וחברתיים נוספים של זקנים הגם שאין להם רקע רפואי קונקרטי.²⁵ במצבים אלה נדרשת לזקנים תמיכה מהסביבה, וה"כתובת" הראשונית לצרכים אלו היא משפחתו של הזקן. במקרים אלו פעמים רבות, כפי שהוכח במחקר, נעשה היפוך תפקידים באופן שהילד הבגיר מתפקד והופך לדמות ההורית של הורה.²⁶ כאשר קורה היפוך תפקידים כאמור, האנלוגיה המוצעת במאמר זה בין הניכור בילדות לניכור בזקנה מקבלת משנה תוקף. ובכל זאת נקודת המוצא במאמר מתנגדת לגילנות ואינה מייחסת לאנשים זקנים חולשה או יכולות מופחתות טבעיות. לכן במקרים שבהם אין חולשה גופנית או מגבלה תפקודית לא יסווגו על פי גישתי כמקרים של ניכור לעת זקנה אך ורק בשל גילו של המצווה.²⁷ לעומת זאת באותם מקרים שבהם נלווים לזקנה תלות והיפוך תפקידים, דווקא התפיסות החדשות המעמידות במרכז את רצונו של האדם והאוטונומיה שלו מחייבות את ההגנות הנלוות מפני מניפולציות והשפעה בלתי הוגנת. נוסף על כך, ההשוואה בין ניכור לעת זקנה לניכור בילדות נובעת מהדמיון בדינמיקה המשפחתית הנוצרת במצבים שבהם דמות אחת משמשת בתפקיד הורה לדמות האחרת, ואין בה כדי להשוות בין מושאי הדמיון – זקן וילד – בעניינים נוספים כגון כשירות.

החששות מפני הפגיעה באוטונומיה של הזקנים נובעים לדעתי מתפיסה צרה מדי של ערך האוטונומיה ושל תפקיד המדינה במימושה בהקשר זה. כך למשל במקרים של אנשים עם מוגבלות, האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (להלן: האמנה)²⁸ מבחירה כי לצד ההכרה בכשרות המשפטית שלהם, מוטלת על המדינה החובה לתמוך באמצעים שונים באנשים אלו, ובהם סיפוק הגנות הולמות ומועילות למניעת ניצול לרעה והשפעה בלתי הוגנת.²⁹ אף שהאמנה לא התייחסה במפורש לקבוצת הזקנים, אני מצטרפת לתפיסתם של מיטל רייך ומיכאל (מיקי) שינדלר,³⁰ כי המודל המופיע באמנה, הדורש התערבות אקטיבית והגנות מיוחדות לצורך מימוש האוטונומיה, מתאים ביותר לחלק ניכר

23 על אודות עיקרון זה, ראו Benjamin Shmueli & Ayelet Blecher-Prigat, *Privacy for Children*, 42 COLUMBIA HUMAN RIGHTS L. REV. 759 (2011).

24 לעימות בין שיח טיפולי פטרנליסטי ובין שיח של זכויות הממוקד באוטונומיה של הפרט בהקשר של בעלי מוגבלויות, ראו יותם טולוב ואורי שלומאי "לא בטיפולי" – מעבר משיח טיפולי לשיח של אוטונומיה וזכויות אם בהליך מינוי אפוטרופוס לאדם, בעקבות חקיקת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (תיקון מס' 18), התשע"ו – 2016 "מחקרי משפט לב (צפוי להתפרסם ב-2020).

25 לאפיון הקשיים הטיפוסיים שעלים מתמודדים זקנים, ראו למשל מיטל סגל רייך ומיכאל (מיקי) שינדלר "אפקט הפרפר: מפרקטיקה של אפוטרופסות בזיקנה אל קבלת החלטות נתמכת באמצעות עריכת דין לשינוי חברתי" **מעשי משפט** ו 129 (2015).

26 להיפוך התפקידים בתקופת הזקנה באופן שהילדים הבגירים "parent" their parent (בלשון הכותבת) ראו מחקרה המרתק של דפנה הקר והדוגמאות היפות שם Daphna Hacker, *Elder Law and Its Justifications: A Hybrid Vision Inspired by Family Law Jurisprudence*, 21 THEORETICAL INQ. L. (forthcoming, 2020).

27 ואולם ייתכן שיהיו מצבים נוספים שבהם יימצא כי צאצא פעל באופן לא מוסרי כדי להפריד בין ההורה לצאצא אחר, ובהם תתקבל טענה של השפעה בלתי הוגנת מטעם אחר, גם אם אין מדובר בניכור לעת זקנה. לדוגמה, מקרה שבו בן מעלים מכתבים של בן אחר שנמצא בחו"ל, כדי שהורה יחשוב שהבן ניתק קשר עימו, אך אין מתלווים למקרה זה כל הסימפטומים האחרים שהזכרתי. במקרה זה אין מדובר בניכור שבו הבן מדבר מגורנו של ההורה, אבל ייתכן שתתקבל טענה של השפעה בלתי הוגנת בעקבות ההטעיה.

28 האמנה בדבר זכויותיהם של אנשים עם מוגבלויות (Convention on the Rights of Persons with Disabilities) אשר נפתחה לחתימה ב-30.7.2007 ואושרה בישראל ב-2012.

29 ראו ס' 12 לאמנה.

30 ראו לעיל ה"ש 25.

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

מאוכלוסיית הזקנים, וכי במקרה של זקנים, ראוי לפרש מוגבלות ככוללת נסיבות נוספות שאינן על רקע רפואי כגון מורכבויות משפחתיות, בדידות או קושי תפקודי, ובמקרים אלו יש להחיל את הוראות האמנה גם על אוכלוסייה זו. על כן התערבויות משפטיות שנועדו להיאבק בתופעות של כשלים בקשרים משפחתיים ובניכור לעת זקנה, ובוודאי הצעתי לגיבוש כלים משפטיים נוספים הממוקדים בחיזוק הקשרים המשפחתיים של הזקן, לא זו בלבד שאינם פוגעים באוטונומיה שלו, אלא להפך: הם מהווים נדבך חשוב במימושה.

מבנית, המשך המאמר יהיה כדלקמן:

בפרק ג' אסקור בקצרה את הלכת **מרום** ויישומיה במטרה להאיר את החוליה החסרה בדרך היישום המקובל שלה, חוליה שנחשפה בפרשת **החוטים השזורים**. בפרק ד' אסקור בקצרה את הספרות העוסקת בניכור הורי בילדות ואת מאפייניה. בפרק ה' אבקש לשיים לראשונה, ובהשראת תופעה זו, את התופעה של ניכור לעת זקנה ולהדגימה בעזרת הפסיקה העוסקת בהשפעה בלתי הוגנת ובתיקי קדם עיזבון. נוסף על כך אתייחס בקצרה, וכפתיחה לדיון נוסף, להשלכות הנורמטיביות של שיום זה. השלכות אפשריות לעיצוב מבחנים מחודשים לעילת ההשפעה הבלתי הוגנת במצבי ניכור לעת זקנה הן בסכסוכי ירושה לאחר מותו של המצווה ובמקרים המתגבשים בעת חיי המוריש בתיקי קדם עיזבון או בעת עריכת ייפוי כוח מתמשך. לבסוף אסגור את המעגל ואבקש להראות כיצד ניתן לקרוא בפרשת **החוטים השזורים** מקרה של ניכור לעת זקנה. לסיום, בפרק ו' אצביע על הצורך בפיתוח תיאוריה וכלים משפטיים שיעסקו בזכות לקשר משפחתי תקין בתקופת הזקנה.

ג. השפעה בלתי הוגנת, סקירת הדיון הקיים

על פי המשפט הישראלי, העיקרון הבסיסי המנחה בדיני צוואות הוא עקרון חופש הציווי.³¹ אחת המשמעויות של עיקרון זה היא כי חוץ מבנושא דיני המזונות מן העיזבון (הנפסקים רק במקרים סוציאליים חריגים) אין מוטלות הגבלות על חופש זה. אומנם בספרות המחקר היו שתמכו בשילובם של אינטרסים נוספים בדיני הירושה, כגון תפיסות של גמול,³² שמירה על אינטרסים של המשכיות ומנגד שמירה על שורשים,³³ על קישוריות ובין-דוריות.³⁴ כמו כן נמצא במחקרים אמפיריים כי קיימים ערוצים נסתרים אשר בהם מוכנסים שיקולים מוסריים בפסקי דין שבהם נדון תוקפן של צוואות.³⁵ עם זאת בדיון

31 ראו ע"א 1212/91 **קרן לב"י נ' בינשטוק**, פ"ד מח(3) 705, 733 (1994) ("עקרון יסוד הוא במשפט הצוואות – והוא ראשון ונעלה בין נעלים – כי 'מצווה לקיים דברי המת'"). ואולם ראו Shelly Kreiczler-Levy, *The Mandatory Nature of Inheritance*, 53 AM. J. JURIS. 105 (2008).

32 ראו Melanie B. Lesli, *Enforcing Family Promises: Reliance Reciprocity, and Relational Contract*, 77 N.C.L. REV. 551 (1999). במאמר זה מציעה Lesli 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 R. 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).

33 ראו שלי קרייצר-לוי "חידת הירושה: רצון, המשכיות ומחויבות" **משפט ועסקים** כב 165 (2019). ראו גם Shelly Kreiczler-Levy, *Inheritance Legal Systems and the Intergenerational Bond*, 46 REAL PROPERTY TRUST & ESTATE L. J. 495 (2012).

34 ראו שלי קרייצר-לוי ואיילת בלכר-פריגת "הנהגה אדם ואיננו: על פרשנות צוואה, נשמה חסרה וכבוד המת" **עיוני משפט** לח 571, 606 (2016). לתפיסה קישורית באופן כללי, ולשיח היחסים, ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" **משפטים על אהבה** (מסדרת **משפט חברה ותרבות**, 2005); רות זפרן "זכויות הילד במשפחה כזכויות יחס" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 129 (2010).

35 ראו Melanie B. Lesli, *The Myth of Testamentary Freedom*, 38 ARIZ L. REV. 235 (1996). במאמר זה דיווחה Lesli על מחקר אמפירי שנערך על פסקי דין שניתנו בארצות הברית בלמקרים שעסקו בצוואות שנטענו כלפיהן פגמים צורניים. באותו מחקר 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 Lesli כי השיקולים המוסריים לא נאמרו במפורש והרטוריקה בפסקי דין היא רטוריקה פורמליסטית כשהשיפוט המוסרי הנורמטיבי נעשה בהסתרה.

הנוהג, לפחות ברובד הגלוי, הגישות הללו לא התקבלו. בדין הישראלי אין הגנה על אינטרסים של הסתמכות מצד היורשים, ולפיכך ניתנת למוריש הזכות לחזור בו בכל עת.³⁶

בהינתן חופש הציווי והדגשת האוטונומיה של המצווה, אחד הכלים המרכזיים לתקיפת צוואות הוא עילת ההשפעה הבלתי הוגנת.³⁷ עילה זו נוגעת למצבים שבהם הרצון של המצווה כפי שהובע בצוואה אינו משקף את רצונו האמיתי, אלא הוא תוצר של השפעה בלתי 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,³⁸ כי כדי לקבוע שהצוואה פסולה מחמת השפעה בלתי הוגנת, אין די בהשפעה שגרתית, אלא נדרשת השפעה שיש בה מרכיב של אי-הגינות על פי המושגים החברתיים המוסריים שלנו. לא כל השפעה היא השפעה פסולה, אלא רק השפעה המכילה אותו יסוד בלתי הוגן בתוכה. 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 נסיבתיות, הוצע³⁹ מבחן ראייתי נסיבתי, מבחן התלות, 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"**.⁴⁰ מבחן התלות הופך אפוא את הנטל באופן שאם התלות מתקיימת, הרי על מבקש קיום הצוואה להוכיח כי לא התקיימה השפעה בלתי הוגנת. כדי לקבוע כי תלות כזו אכן מתקיימת, נקבעו בפסק הדין בפרשת **מרום**⁴¹ ארבעה מבחנים שמטרתם לבדוק אם מדובר בתלות מקיפה השוללת את רצונו של אדם. ארבעת המבחנים הם:

תלות ועצמאות – זהו מבחן של מידה, והוא מיוסד על היות ה"עצמאות" וה"תלות" שני מושגים מנוגדים. השאלה שבית המשפט מציג לעצמו היא, כלום בתקופה הרלוונטית לעשיית הצוואה היה המצווה "עצמאי" – מן הבחינה הפיזית ומן הבחינה השכלית-הכרתית – ועד כמה. לתשובה על שאלה זו יש משקל רב בגיבוש ההכרעה: ככל שהמצווה היה עצמאי יותר, מכל אחת משתי הבחינות האמורות, תתחזק נטיית בית המשפט לשלול קיום תלות של המצווה בנהנה. והוא הדין, כמובן, בהיפוך היוצרות.

תלות וסיוע – כאשר מתברר כי המצווה אכן לא היה עצמאי, ועקב כך נזקק לסיועו של הזולת, מתעורר הצורך לבחון אם הקשר שהתקיים בינו ובין הנהנה התבסס על מתן הסיוע שהמצווה נזקק לו. אם הנהנה הוא אשר סייע למצווה להתגבר על קשייו ומגבלותיו, ייטה בית המשפט לקבוע שהמצווה היה תלוי בנהנה. כאשר אנשים אחדים חולקים ביניהם את מטלות הסיוע, מידת תלותו של המצווה בכל אחד מהם היא, מטבעה, קטנה יותר, ומתמעט החשש להיווצרות תלות העלולה להוות פתח להשפעה בלתי הוגנת. לא כן הדבר כאשר הנהנה היה האדם היחיד אשר סייע למצווה.

קשרי המצווה עם אחרים – ההכרעה בשאלה, אם ועד כמה היה המצווה תלוי בנהנה, עשויה להיות מושפעת גם מהיקף הקשרים שקיים המצווה עם אחרים זולת הנהנה וממידתם. אם יתברר כי בתקופה הרלוונטית לעריכת הצוואה היה המצווה מנותק לחלוטין מאנשים אחרים, או שקשריו עם אחרים היו מועטים ונדירים, תתחזק ההנחה שהמצווה אכן היה תלוי בנהנה. עצם הבידוד של המצווה מן העולם, יש בו כדי להגביר את תלותו בנהנה. מכאן שלעניין ההכרעה בשאלת התלות לא

36 בכך ממשיך המשפט הישראלי את המסורת של המשפט המקובל, וזאת שלא כמשפט הקונטיננטלי שבו על פי רוב ההכרה ברצונו של המוריש מצומצמת יותר, ולצידה ישנה ירושה משוריית לטובת בני משפחה.

37 ראו ס' 30(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שלפיו "הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית – בטלה".

38 ראו לדוגמה עניין **מרום**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 863; עניין **גודמן**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 447.

39 ראו ע"א 423/75 **בן נון נ' ריכטר**, פ"ד לא(1) 372 (1976). לביקורת לעניין זה, ראו שמואל שילה **פירוש לחוק הירושה תשכ"ה 1965** א 273-274 (1995).

40 עניין **בן נון**, לעיל ה"ש 39, בעמ' 378.

41 המבחנים המפורטים מצוטטים מעניין **מרום**, לעיל ה"ש 7. וראו גם שוחט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 124-125.

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

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.

נסיבות עריכת הצוואה – ייתכן שמעורבות הנהנה לא תגיע עד כדי לקיחת חלק בעריכת הצוואה, אך תהווה ראייה לכאורה להשפעה בלתי הוגנת על המצווה, או למצער שיקול רלוונטי להקמת חזקה בדבר קיומה של השפעה כזאת עליו.

נקבע כי לא מדובר ברשימה סגורה של אבני בוחן וכי ניתן להשתמש גם במבחנים אחרים.⁴² 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. ואולם בפועל נראה שהרוב 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.⁴³ לחלופין, במקרים שאין מתקיימים מבחנים אלו, נשאר הנטל על המבקש לפסול את הצוואה, ולפיכך על פי רוב הצוואה מתקיימת.⁴⁴ 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.⁴⁵ 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.

לסיכום, ניתן לראות שבגלל שלאחר מות המוריש הראיות הן נסיבתיות, ובגלל הקושי לזקק ולקבוע מהו היסוד הבלתי הוגן והבלתי מוסרי בעילת ההשפעה הבלתי הוגנת, במרוצת הזמן הפכו מבחני פסק הדין בפרשת **מרום** לבדיקת ההשפעה בלתי הוגנת ממבחני עזר שמטרתם לזהות מהות, למבחנים טכניים שהפכו למוקד העילה. במובן זה הלכת **החוטים השזורים** עשויה לסייע לחדש את הרוח המקורית של הפסיקה, ולסמן את החזרה של המבחנים לבדיקה כוללת ומהותית של הסיטואציה. עם זאת, כפי שצינתי במבוא, לשם כך נדרש זיקוק נוסף של אותה מהות או תמונה מלאה שאותה בית המשפט מבקש להשלים. הצעה חדשנית לזיקוק כזה תוצע בפרקים הבאים, באמצעות ההשוואה לניכור הורי בילדות, ובעקבותיה ההמשגה של רעיון הניכור לעת זקנה. כפי שאראה בהמשך, המשגה זו הייתה יכולה לסייע בעובדות המקרה שבו דנה פרשת **החוטים השזורים**, אם כי לא כל מקרה ומקרה של השפעה בלתי הוגנת הוא מקרה של ניכור בתקופת הזקנה. כדי לתת תכנים נוספים להלכת **החוטים השזורים** ולהוציאה מהתחום האמורפי, ניתן ליצור תתי-קטגוריות מובחנות נוספות לפי הצורך. מאמר זה יבנה את תת-הקטגוריה העוסקת בניכור לעת זקנה.

42 ראו לדוגמה רמ"ש (משפחה ת"א) 27644-11-17 מ.מ.ח. נ' ת.מ., 7 (פורסם בנבו, 26.3.2018).

43 ראו לדוגמה ת"ע (משפחה י-ם) 51286-08-17 נ"י נ' י"י (פורסם בנבו, 15.5.2019); ת"ע (משפחה ת"א) 34585-10-13 ר"א נ' מ"ז (פורסם בנבו, 17.9.2018) – כך למשל במקרה האחרון רק לאחר שנקבע כי על פי מבחני מרום מדובר בהשפעה בלתי הוגנת, הוסיפה השופטת וציננה שגם המניע לנישול המנושלים, שהיו בקשר טוב עם המנוח לפני שהורחקו, תומך במסקנה שהוסקה על פי אבני הבוחן. בעניין ת"ע 8896-02-13, לעיל ה"ש 8, הוכרע כי על פי מבחני מרום הייתה השפעה בלתי הוגנת. השופטת במקרה זה ציננה כי היא לא תבחן את השאלה אם הבן התרחק מאימו או הורחק ממנה (שאלה חשובה שהייתה נותנת מענה אמיתי לשאלה אם היה ניכור). במקום זאת היא בחרה לבדוק באופן טכני את מילויים של מבחני מרום.

44 כאמור כך נהג בית המשפט לענייני משפחה, בת"ע 106262/07, לעיל ה"ש 1. ראו גם ת"ע (משפחה חי') 4812-10-15 ב"ש נ' י"ש (פורסם בנבו, 15.1.2019).

45 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 הני"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. ראו שילה, לעיל ה"ש 39, בעמ' 271.

ד. ניכור הורי בילדות

בספרות הטיפולית, ובעקבותיה בספרת המשפטית,⁴⁶ מגדירים כניכור הורי בילדות מקרים שבהם, בצילם של גירושין בסכסוך חמור, יחסי הורה וילד שעד למשבר המשפחתי התנהלו באופן תקין, נקלעים לכשל בקשר המתבטא בזלזול בהורה ובדחייתו על ידי הילד, ולעיתים גם בניתוקו המוחלט של הקשר שבין ההורה לילד. אפיון הכשל בקשר כניכור הורי מתאים למצבים שבהם מקורו של הכשל הוא בהסתה והשמצה מצד אחד ההורים כלפי ההורה האחר כאשר אין סיבה אובייקטיבית לניתוק הקשר, למעט ההסתה.

יש פסיכולוגים המטפלים בילדים במצבי ניכור, המשווים את התמונה הקלינית לתמונה של שטיפות מוח, ואחרים מדווחים על מקרים של שתילת זיכרונות שקריים.

התסמינים ההתנהגותיים המקובלים בניכור הורי הם:⁴⁷

1. מסע השמצה נגד הצד המנוכר, המתבטא בביטוי חוזר ונשנה של שנאת הילד כלפיו, הזוכה לעידוד ולתמיכה מצד ההורה המנכר. מסע ההשמצה נובע מהתנהגותו של ההורה האחר (המנכר) באמצעות שטיפות מוח לילד, הטמעת רעיונות, זיכרונות ואירועים כוזבים במוחו. הילד תורם תרומה עצמאית למסע ההשמצה כדי לרצות את ההורה המנכר.
2. הסברים חלשים ולא רציונליים להתנהגות הקשה המופגנת כלפי ההורה המנוכר.
3. היעדר אמביוולנטיות מצד הילד וההורה המנכר כלפי ההורה המנוכר. הילד מסווג את ההורה המנוכר כהורה שלילי לחלוטין, ואת ההורה המנכר כחיובי לחלוטין.
4. תופעת ה"חושב העצמאי" – הילד נחזה כמי שמביע את עמדותיו העצמאיות ללא השפעת ההורה המנכר.
5. בסכסוך בין ההורים – תמיכה אוטומטית בעמדת ההורה המנכר, תוך תפיסה אידיאלית של ההורה המנכר או תוך הזדהות עימו כדמות החלשה משני ההורים, הזקוקה להגנה.
6. גם כשההורה המנוכר עושה מאמצים והשתדלויות כלפי הילד, אין הכרה במעשיו של הורה זה, והילד מרגיש שהכול מגיע לו, ולחלופין הוא מרגיש שזו זכותו לפגוע בהורה המנוכר ללא תחושת אשמה.
7. קיומם של תרחישים שאולים: ההתבטאויות של הילד בהקשר של ההורה המנוכר שאולות משפתו ומעולמו של ההורה המנכר.
8. דחיית המשפחה המורחבת: הילד דוחה את משפחתו הרחבה של ההורה המנוכר.

פרופ' ריצ'רד גרדנר טבע את המונח "תסמונת הניכור ההורי" (Parental Alienation Syndrome).⁴⁸ הוא הגדיר את התופעה כהפרעה פסיכיאטרית של הילד ואפיין רמות שונות של פגיעה. ברמה הקלה והמתונה צידד גרדנר בהשארית המשמורת בידי ההורה המשמורן המנכר ובקביעת דרכי טיפול מתאימות למיגור התופעה. לעומת זאת ברמת הניכור החמורה, שבה הילד מזדהה עם ההורה המנכר הזדהות מלאה, והוא עשוי לחוות התקף חרדה ממשי לנוכח האפשרות להימצא בחברת ההורה המנוכר, דבר המונע את קיום המפגשים, הוא צידד בהתערבות טיפולית אגרסיבית המגיעה לידי החלפת משמורת. תורתו

46 לסקירה מקיפה, ראו דפנה הקר הורות במשפט 62–65 (2008); שרון פרילינג ניכור הורי (2019).

47 ראו שם, בעמ' 44–45.

48 להגדרת התסמונת לראשונה, ראו Richard A. Gardner, *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation*, 29 ACAD. F. 3 (1985).

של גרדנר זכתה לתמיכתם של כמה אנשי טיפול,⁴⁹ ואף התקבלה כבסיס לכמה פסיקות משמעותיות בישראל.⁵⁰ מנגד, היא זכתה גם להתייחסות ממתנת מצד אנשי טיפול אחדים, ולביקורת נוקבת מצד חוקרים אחרים מתחום מדעי החברה ומצד משפטנים בטענה כי (א) המצג המדעי של התיאוריה כוזב. לדעת המבקרים התיאוריה משוללת בסיס אמפירי הן באשר למאפייני התופעה הן באשר לתוצאות העברת המשמורת להורה המנוכר. כמו כן נטען כי אי-אפשר להוכיח סיבתיות בתיאוריה, שכן אפשרויות רבות אחרות כמקור לתסמינים לא נבחנו; (ב) המצג המדעי מטעה בשל הטשטוש בין כעס של הילדים על ההורה ובין אבחון של פסיכוזה. נטען שהשימוש במילה "תסמונת" נועד להעניק לה בסיס מדעי פסיכיאטרי שאינו קיים בה; (ג) התיאוריה מוגזמת בשל הערכות חסרות בסיס של ממדי התופעה; (ד) היא מסוכנת משום שהיא מסיטה את תשומת הלב מהאפשרות שהילד מסרב להיפגש עם ההורה בשל נזקים שנגרמו לו ממנו. באופן ספציפי נטען כי הזיקה שגרדנר יוצר בין התסמונת ובין האשמות כוזבות בדבר התעללות מינית עלולה לגרום לכשלים באבחון מעשי התעללות; (ה) התיאוריה מיותרת עקב טענה שלפיה הילדים נוטים מיוזמתם לחדש קשר עם הורה לאחר תקופה של ניתוק; (ו) היא סוטה מתפיסת הילד כישות בעלת זכויות מהותיות.⁵¹ המתנגדים מצאו תימוכין בכך שתסמונת זו לא הוגדרה במסגרת ה-DSM.

עם זאת, כפי שמחזדת ד"ר שרון פרילינג,⁵² הביקורת על תקפותה המדעית של תסמונת הניכור ההורי של גרדנר אינה משפיעה על תקפות התופעה הפסיכולוגית המכונה "ניכור הורי", המייצגת את כלל המקרים שבהם ילד מתנכר לאחד מהוריו ומסרב לקיים עימו קשר שוטף. לעיתים הדבר קורה כי באופן בלתי מודע אחד מן ההורים משתף את הילד בסכסוך, אולי אפילו בתת-מודע, ולפעמים אותו שימוש בילד נעשה במודע ובמתכוון תוך הסתה הגורמת לסרבנות קשר. תופעת הניכור ההורי, להבדיל מהתסמונת, הוכרה ונחקרה שנים רבות לפני גרדנר, במצב שבו ילדים נגררים לברית עם הורה אחד נגד ההורה האחר במהלך סכסוך גירושין. לעיתים מדובר בניכור הורי המונחה על ידי אחד מההורים במתכוון, אך לא בהכרח. חלק הארי של החוקרים המכירים בתופעה אך שוללים את התסמונת, מאמצים נקודת מבט אינטגרטיבית החולשת על המשפחה כולה ולא על הורה מסוים. עם זאת גם מחקרים מטעם הצביעו על מעורבות של הורים ב"תכנות" ילדיהם,⁵³ ביחוד לקראת הליך משפטי בנושא המשמורת. הילד שמתקשה להתמודד עם קונפליקט הנאמנויות, בוחר את אחד מה הורים וקורת עימו ברית. המצדדים בגישה האינטגרטיבית יצביעו בתופעת הניכור על תסמינים התנהגותיים דומים לאלו של גרדנר, ואולם הם טוענים כי גרדנר ממוקד בהאשמת ההורה המנוכר ובטיפול קיצוני בילד, תוך הפעלת אמצעי כפייה קיצוניים מתוך רצון להגן על ההורה המנוכר, גם על חשבון טובת הילד. האוחזים בשיטה האינטגרטיבית שוללים את עמדתו של גרדנר, אך בכל זאת יצדדו בטיפול בקשרים במשפחה, אלא שהטיפול שהם מציעים יהיה באמצעים זהירים יותר, מתוך תפיסה אינטגרטיבית, ומתוך פריזמה הממוקדת בטובת הילד תוך הכרה בטובתו להיות בקשר עם שני הוריו, ככל שמדובר בהורים מיטיבים. פרילינג טוענת כי תסמונת הניכור ההורי של גרדנר נקלטה על ידי בתי המשפט בישראל כתסמונת תקפה, וזאת משום שאין מודעות להבחנה בין תסמונת הניכור ההורי לתופעת הניכור ההורי, תופעה שאי-אפשר להתכחש לה. היא מציעה לכוונת את תופעת הניכור ההורי "סרבנות קשר" כדי להבדילה מהתסמונת. משיחות עם שופטים ועם אנשי טיפול התקבל אצלי הרושם, שבפועל אין מדובר בתופעה אחת שיש לה שני הסברים דיכוטומיים אלא מדובר ברצף של מקרים בקצה האחד של רצף המקרים נמצא ניכור המלווה בהסתה קשה מכוונת ובלתי פוסקת, ובקצה השני של הרצף נמצאים המקרים שבהם אין הסתה מכוונת אך קיים כשל מערכתי במערכת הקשרים במשפחה בזמן המשבר המשפחתי. בתוך נמצאים מקרים שבהם יש משקל שונה למרכיבים של הסתה ולמרכיבים של כשלים בקשרים ללא כוונת זדון. ישנם גם מקרים שבהם בעת המשבר הראשוני ננקטות פעולות של ניכור מכוון על ידי אחד ההורים, אך לאחר פרק זמן מסוים פעולות ההסתה נפסקות, אך הניכור כבר מקבל חיים משל עצמו אצל הילד. בפועל המחלוקת היא יותר על היקף התופעה בשני קצוות הרצף או על סיווגם של מקרים ספציפיים באותו הרצף. הגישה המקובלת בפסיקה היא לכוונת בשם "ניכור הורי" רק

49 ראו לדוגמה Richard A. Warshak, *Ten Parental Alienation Fallacies that Compromise Decisions in Court and in Therapy*, 46 PROF. PSYCH. RES. & PRACTICE 235 (2015); דניאל גוטליב "תסמונת הניכור ההורי" **רפואה ומשפט** 31, 106 (2004).

50 ראו בהרחבה פרילינג, לעיל ה"ש 46, בעמ' 163-189.

51 ראו הקר, לעיל ה"ש 46; Holly Smith, *Parental Alienation Syndrome: Fact or Fiction? The Problem with its Use in Child Custody Cases*, 11 U. MASS. L. REV. 64 (2016). עוד ראו פרילינג, שם, בעמ' 191-209.

52 שם, בעמ' 117-127.

53 שם, בעמ' 120 (בעניין המונח "Programming and Brainwashing").

מקרים שבהם נעשית הסתה מכוונת על ידי אחד ההורים, ואילו מקרים הנמצאים בקצה השני של הרצף שלא לכנות "ניכור" כלל. כמובן, מקרים שבהם הכשל בקשר נוצר בגלל התנהגות פוגענית או אלימה על ידי הצד הטוען לניכור, אינם נחשבים לניכור הורי. ועל כן, לטעמי, מכיוון שמדובר בוויכוח שממוקד בסמנטיקה ובהגדרה, ומאחר שהיום כבר ידוע שאין לתופעה אפיון מגדרי (אף שגרדנר ייחס את הניכור לנשים, מחקרים מראים כי לניכור אין מאפיינים מגדריים והוא מתרחש באופן דומה אצל שני המגדרים⁵⁴) אין הצדקה לוויכוח האמוציונלי שמתגלה לעיתים בין שתי האסכולות, באשר להגדרת התופעה. לעומת זאת הוויכוח בעניין דרכי הטיפול בתופעה הוא ויכוח בעל נפקות וחשיבות רבה, אלא שסוגיית הגישות השונות לטיפול בניכור הורי בילדות חורגת מעיסוקו של מאמר זה המתמקד בשיום ובהגדרה של תופעת הניכור לעת זקנה.

לסיכום נראה כי גם המתנגדים לתסמונת, מתנגדים בעיקר לסיווגה כהפרעה פסיכיאטרית, להאשמת ההורה שעומו כרת הילד ברית, בסרבנות הקשר בכל המקרים, ובעיקר לדרכי הטיפול הקיצוניות שהציע גרדנר. מכל מקום דומה כי חרף הפערים הכול מסכימים כי צריך להתערב משפטית וטיפולית במקרים של תופעות סרבנות קשר ושל קשיים וכשלים בקשר לכל גוויניהם, וכי נדרשת התערבות מיוחדת במקרים שבהם הסרבנות היא תוצר של פעילות מצד ההורה האחד כדי לנכר את ההורה האחר. הבנות אלו משפיעות על הדרך שבה מתפתח המשפט הישראלי בטיפול בתופעה זו:

לצד הסיוע של המשפט ושל גורמי הרווחה למשפחות שבהן מתקיימת סרבנות קשר כלפי אחד מן ההורים, על ידי הדרכה הורית, טיפולים ממוקדים ותיאום הורי, ניתן לראות טיפול מובחן במקרים המוגדרים כניכור הורי. במקרים אלו בית המשפט פועל בשני שלבים: בשלב הראשון הוא בודק אם קיים נתק בין ההורה לילד, ובשלב השני, בהנחה שיש נתק, הוא בודק את שאלת האשמה ואם נתק זה נגרם בשל הסתה ומניפולציות מצד ההורה האחר.⁵⁵ במקרים שבהם מאובחן ניכור, בית המשפט פונה לעיתים לשימוש בכלי התערבות חזקים בהרבה, הכוללים טיפולים כפויים, סנקציות כלכליות⁵⁶ משמעותיות, לרבות סנקציות נזיקיות⁵⁷ והעברת משמורת.⁵⁸ יש להדגיש כי סנקציות אלו נועדו בעיקר, ובראש ובראשונה, להילחם בתופעה זו, ולא להעניש את ההורים. בגלל הפרוגנוזה החיובית יותר בטיפול בתופעות אלו כשהן בשלב הראשוני שלהן, ולפני שהתקבעו, ניתן דגש להתערבות מהירה.

ה. ניכור לעת זקנה, שיום וטיעון משפטי

1. שיום

בדומה לדינמיקה המתגלה בספרות העוסקת בניכור הורי בילדות, עיון בסיפורי החיים החבויים בפסיקה העוסקת בסכסוכי ירושה בין ילדים בגירים על אודות עיזבוננו של הורה זקן, הן לאחר הפטירה הן בשלב של סכסוכי קדם עיזבון, יגלה תופעות של כשלים בקשר שבין הורים לצאצאיהם, ובמקרים הקיצוניים יותר – ניתוקו המוחלט.⁵⁹ בדומה לניכור ההורי בילדות, במקרים מסוימים ניתן לייחס את האחריות לכשל לפעילות של צד שלישי מנכר. בהשראת תופעת הניכור ההורי בילדות,

54 ראו Warshak, לעיל הי"ש 49.

55 ראו לדוגמה י"ס (משפחה ראשלי"צ) 58557-04-19 האם נ' האב (פורסם בנבו, 17.6.2019).

56 ראו לדוגמה תלה"מ (משפחה ת"א) 5736712-18 מ"ח נ' ק"י (פורסם בנבו, 11.3.2019).

57 לדוגמה תמ"ש (משפחה ת"א) 58854-07-14 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.1.2019). יש לציין כי כאשר מדובר בסנקציה נזיקית, דומה כי המטרה חורגת מניסיון לתקן את הקשר בין הקטין להורהו.

58 ראו לדוגמה תמ"ש 59564-12-18 (משפחה ת"א) פ. נ' פ. (פורסם בנבו, 19.3.2019), תלה"מ 8490-07-17 (משפחה ת"א) ד.ח.ג. נ' מ.ד. (פורסם בנבו, 20.12.2017).

59 לחוסר במחקר אמפירי מקיף על סכסוכי ירושה שהיה יכול לספק מקור נוסף ללימוד על דינמיקה של סכסוכים אלה, ראו הקר, לעיל הי"ש 2, בעמ' 79–80. מחקרה של הקר התחיל בהשלמת החסר בישראל, וכמה מהממצאים המתוארים על ידי הקר יכולים להצביע על קשיים בקשר. ראו לדוגמה סיפורה של חנה (שם בעמ' 87–88). למחקר אמפירי נוסף בישראל ראו רגב, לעיל הי"ש 32. למחקרים אמפיריים בעולם, ראו המאמרים המאוזכרים אצל הקר, שם.

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים", **הארץ דין יד** 49 (תש"ף)

ברצוני להציע שיום של דינמיקה זו כניכור לעת זקנה ולטעון כי בתיקים רבים העוסקים בהשפעה בלתי הוגנת,⁶⁰ דינמיקה זו של ניכור לעת זקנה היא אותה מהות או תמונה מלאה חמקמקה שאותה מתקשים בתי המשפט העוסקים בהשפעה בלתי הוגנת להגדיר, ושאותה ביקש בית המשפט בפרשת החוטים השזורים לאתר ולזקק. באנלוגיה לניכור ההורי בילדות, שלושת המאפיינים הבסיסיים ביותר של הניכור לעת זקנה הם:

1. סכסוך מר בין הצאצא המנוכר ובין הגורם שמנכר את הזקן.

2. היווצרות יחסי אמון מיוחדים בין הזקן ובין הגורם שמנכר אותו.⁶¹ יחסי אמון אלו פעמים רבות מבוססים על תלות רגשית ששורשיה מבוססים על גורמים שונים כגון תלות קוגניטיבית, תלות כלכלית, תלות פיזית או כל סיבה אחרת. אין חובה שהתלות תהיה אובייקטיבית ומקיפה, ודי לנו בכך שבאופן סובייקטיבי נוצרים יחסי אמון מיוחדים, ושבנסיבות אלו יחסי הזקן והגורם המנכר אינם שוויוניים. ודוק, יש קרבה בין ההגדרה המוצעת בנוגע למאפיין זה ובין מבחן התלות המופיע בפסק הדין בפרשת **מרום**, אולם לעומת מבחני מרום, אין מדובר בתלות מקיפה המאפשרת מעין "כפייה" משום שהזקן איננו עצמאי, אלא די בתלות רגשית שבמסגרתה הדמות המנכרת הופכת ל"דמות ההורית" ביחסים שבין השניים, כלומר היפוך התפקידים שהוזכר לעיל.

3. 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.

שלושת המאפיינים שצוינו לעיל הם הרקע לכל ניכור לעת זקנה העולה כדי השפעה בלתי הוגנת, והם מקבילים לתנאים הבסיסיים ליצירת ניכור בילדות, שבו דמות הורית הנתונה בסכסוך בעצימות גבוהה, יוצרת ברית עם הילד נגד הצד האחר לסכסוך. ברור מאליו כי כמו בניכור ההורי בילדות, כאשר יש סיבה מוצדקת להרחקה, כגון המקרה שבו הדמות המורחקת היא אלימה או פוגענית בדרך אחרת כלפי הזקן, אין מדובר בניכור. נוסף על כך, ייתכן מאוד שיופיעו בשינויים המחויבים גם חלק ממאפייני הניכור של הילדות על פי אפיוני הניכור בילדות, גם אם לא כולם. להלן הצעה למבחני שיסייעו לאתר מצבים של ניכור לעת זקנה השאובים ממקבילותיהם במקרה של הניכור ההורי בילדות:

1. ניסיונות לנתק ולהרחיק את הזקן מהצד המנוכר.

2. בעת מעשה הניכור, הסברים חלשים ולא רציונליים של הזקן או אי-נתינת הסברים כלל.

3. חוסר אמביוולנטיות. הזקן תומך אוטומטית בצד המנכר.

4. הזקן אינו מודע לפעילות הניכור אלא משוכנע שהסיבה לניכור היא לחלוטין עצמאית ולצד המנכר אין חלק בכך.

5. תמיכה אוטומטית בעמדת הצד המנכר בכל קונפליקט בלי רצון להקשיב למנוכר.

6. אין הכרה במעשיו של הצד המנוכר.

60 ודוק, לא כל המקרים של השפעה בלתי הוגנת הם תוצאה של ניכור, אך בהחלט ניתן לזהות תת-קטגוריה מובהקת של השפעה בלתי הוגנת מסוג של ניכור לעת זקנה.

61 יש לשים לב כי דיני השפעה בלתי הוגנת יכולים להיות רלוונטיים גם כשיש יחסי אמון מיוחדים, ולא רק במקרים של בני משפחה, כגון בין אדם שמונה לו אפוטרופוס ובין האפוטרופוס שלו. ראו שאול שוחט **פגמים בצוואות** 235 (מהדורה שניה, 2001)

7. קיומם של תרחישים שאולים. ההתבטאויות של הזקן בהקשר של הצד המנוכר שאולות משפתו ומעולמו של הצד המנכר. תחושה שהמנכר מדבר מגרוננו של הזקן ואינו משמיע את קולו העצמאי.

8. דחיית המשפחה המורחבת. לדוגמה, במקרה של ניכור מאחד הצאצאים, ייחלשו בד בבד גם קשריו של הזקן עם צאצאיו של המנוכר (הנכדים).

במאמר מקיף שעסק בסכסוכי ירושה בישראל, אפינה דפנה הקר שלושה סוגים של סכסוכים:⁶² (1) סכסוכים בין צדדים שהם והמנוח היו חלק מאותה משפחה גרעינית. המקרה הפרדיגמטי הוא סכסוך בין שני אחים; (2) סכסוך בין צדדים שהיו חלק ממשפחתו הגרעינית של המנוח אך לא היו חלק מן המשפחה הגרעינית זה של זה. המקרה הפרדיגמטי הוא סכסוך בין ילדים ובין בן זוג של המנוח שאינו הורה שלהם; (3) סכסוך בין המשפחה הגרעינית לגורם חיצוני כגון מטפל זר.⁶³

אני סבורה כי בכל אחד מהסוגים הללו ניתן לאתר דינמיקה של ניכור לעת זקנה,⁶⁴ אך בהקשר של המאמר הנוכחי, הנכתב בעקבות פרשת **החוטם השזורים**, אתמקד באב טיפוס הראשון, שבו הניכור נעשה בין אחים (לכן ניתן לכנותו **ניכור על ידי אחים לעת זקנה**). דוגמה אפשרית לניכור מסוג זה תהיה במקרים של אחים שיש להם סכסוך עמוק ששורשיו נעוצים בשנות הילדות. לאחד האחים יש תחושה סובייקטיבית כי נגרם לו עוול כל חייו מצד האח האחר, והגיעה העת לתקנו. בעת הזקנה של ההורה, ובמצב של חולשה המתלווה לזקנה, האח המנכר מטפל בהורה הזקן, יוצר עימו יחסי אמון ייחודיים, כשבאופן מעשי נעשה מעין חילוף תפקידים והזקן הופך לילד, והאח/הילד המנכר ממלא תפקיד הורי ומנצל את התלות הרגשית של הזקן בו כדי להעביר מסרים שיגרמו לניכור כלפי האח המנוכר.

2. זיהוי והדגמה: ניכור לעת זקנה בפסיקה העוסקת בהשפעה בלתי הוגנת ובתיקי קדם עיזבון

שלא כתופעת הניכור ההורי בילדות, תופעת הניכור לעת זקנה טרם שוימה. אי-השיום מקשה כמובן על איתור והדגמה של התופעה בפסיקה הקיימת, שכן באופן טבעי השופטים בונים את הנרטיב בפסק הדין בהתאם לקטגוריות המוכרות להם ושישרתו אותם מבחינה נורמטיבית.⁶⁵ למשל בהקשר של פסקי הדין העוסקים בהשפעה בלתי הוגנת, השופטים מתמקדים בדרך כלל בתיאור עובדות המבססות את התקיימות מבחני מרום. לפיכך מציאת המאפיינים של ניכור בתיקים של השפעה בלתי הוגנת, גם אם היא אפשרית בחלק מהתיקים, דורשת מאמץ רב וקריאה יסודית של עובדות פסק הדין. אולם את אשר חסר בתיקי ההשפעה הבלתי הוגנת משלימים לפעמים תיקי קדם העיזבון – המתייחסים כאמור למקרים שבהם יורש פוטנציאלי של הזקן מבחין בהשתלטות של גורם שלישי על ההורה ובפגיעה בקשר שבין אותו יורש פוטנציאלי ובין הזקן, והוא פונה לבית המשפט לקבל סעד רלוונטי, בדרך כלל באמתלה פורמלית של בקשה למינוי אפוטרופוס. לתיקי קדם העיזבון חשיבות כפולה, ראשית, לעומת תיקי ההשפעה הבלתי הוגנת המבקשים לשחזר את ההיסטוריה לאחר מות הזקן, מדובר בתיקים "המשדרים מהשטח" בעת התרחשות המעשה, ולפיכך הם מספקים תיאור אותנטי יותר של מהלך הדברים

62 ראו הקר, לעיל ה"ש 2.

63 למחקר המתמקד בסוג זה של מקרים, ראו רגב, לעיל ה"ש 32.

64 כך למשל דוגמה אופיינית של אב הטיפוס השני היא של בת זוג שנייה ביחסיה כלפי ילדים מהנישואים הראשונים (ניתן לכנותו ניכור על ידי בת זוג לעת זקנה) כשעל רקע חוסר השלמה של הצאצאים עם קבלתה למשפחה של אימם החורגת, יתפתחו יחסי איבה וקנאה במרוצת השנים. בעת זקנה וחולשה של הזקן, הוא מטופל במסירות על ידי בת הזוג, והיא הופכת לסוג של דמות אם עבורו. בד בבד עם הטיפול, יעברו מסרים של ניכור כלפי ילדיו.

65 על חשיבות השיום לצורך הזיהוי של תופעות חברתיות ומשפטיות, ראו Felstiner, Abel & Sarat, לעיל ה"ש 16. על חשיבות השיום בהקשר של דיני הירושה, ראו דפנה הקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 84. הדינמיקה הזו נכונה גם בהקשרה של ספרות המחקר. כך למשל מאחר שתופעת הניכור ההורי לעת זקנה טרם שוימה, מחקרה של הקר לא התייחס לניכור ההורי כקטגוריה עצמאית, ועל כן אף על פי שחלק מן המקרים המתוארים בו עוסקים בכשל הורי ומוזכרים דינמיקה של ניכור הורי, קשה לדלות ממנו מסקנות שיטתיות באשר לדינמיקה הקונקרטית של הניכור ומאפייניה. אותו קושי ניתן למצוא בפסיקה.

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטאים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

הטיפוסי למצבי ניכור לעת זקנה. אוסיף ואומר כי לתיקי קדם עיזבון, מלבד חשיבותם העצמאית בהבנת הדינמיקה של הניכור לעת זקנה, יש גם חשיבות בהבנת הדינמיקה של השפעה בלתי הוגנת. יתרה מזו, ישנם מקרים שבהם תיקי קדם עיזבון מתפתחים לאחר מות הזקן לתיקי ירושה, ובמרכזם עילת ההשפעה הבלתי הוגנת.⁶⁶ על רקע זה לא ייפלא שלעיתים שופטים העוסקים באופן רשמי בשאלות של מינוי אפוטרופוס בתיקי קדם עיזבון, נוקטים במודע או שלא במודע רטוריקה ירושתית, לרבות בחינת השפעה בלתי הוגנת עוד בחייו של הזקן.

דוגמה מובהקת לתיקי קדם עיזבון, שבו חבוי דינמיקה של ניכור בזקנה במידה רבה כל כך עד שהשופט השתמש במושג של השפעה בלתי הוגנת אף שהתיק עסק במינוי אפוטרופוס, ניתן למצוא בפרשת **פלונית**.⁶⁷ והרי תיאור המקרה מפי השופט אליקים רובינשטיין:

"המבקשת היא אלמנה כבת 77 עד מאה ועשרים ולה שלושה ילדים: בתה [...] ובן ובת נוספים [...] במשך שנים רבות התגוררה המבקשת עם בעלה בביתם בהרצליה. בשנת 2008 נפטר בעלה של המבקשת עליו השלום, והיא נשארה בגפה להתגורר בביתם המשותף בעזרת מטפלת צמודה אשר דאגה לכל צרכיה. במשך שנתיים, המשיכה המבקשת להתגורר בבית זה ולנהל חיי חברה וקשרים תקינים עם כל ילדיה. בשנת 2010, עברה המבקשת להתגורר בביתה של המבקשת 2. משלב זה ובאופן הדרגתי, ככל הנראה, נותקו הקשרים בין המבקשת למשיבים 1-2 ושאר בני משפחתה. חיי החברה שניהלה השתנו באופן משמעותי, המטפלת הצמודה פוטרה והמבקשת התרחקה לחלוטין מכל סביבתה הקודמת".

על רקע התרחקותה של הזקנה מהמשיבים, פנו הם לבית המשפט בבקשה למינוי אפוטרופוס. אולם בבדיקת המומחים נמצא כי האישה הייתה כשירה, ועל כן קבע בית המשפט לענייני משפחה כי לא ימונה אפוטרופוס.⁶⁸ בית המשפט לענייני משפחה נימק את החלטתו באופן הזה: "אם אדם פועל באופן שהוא מושפע מאוד מאחרים, כל עוד לא נגרעה כשרותו הרפואית, הוא זכאי לפעול ככל שיעלה על רוחו [...] מצער מאוד כי כנראה, קיימת השפעה שאינה ברוכה בלשון המעטה על המבקשת, ואולם לא ניתן לכופ אותה לחדש קשר או להתנהג באופן זה או אחר כלפי ילדיה כל עוד מומחים קבעו כי היא כשירה ומבינה את משמעות החלטותיה". לא למותר לציין כבר בשלב זה את הקישור מצד בית המשפט בין שאלת מינוי האפוטרופוס ובין שאלת ההתערבות בקשרי הזקן, ומדבריו של בית המשפט עולה כי באותם מצבים שבהם אי-אפשר למנות אפוטרופוס, אף אי-אפשר להתערב בדרכים אחרות בקשרים של הזקן עם בני משפחתו. לקישור זה של בית המשפט בין שאלת מינוי האפוטרופוס ובין היכולת להתערב בקשריו של הזקן אשוב בהמשך הדברים.

מכל מקום הוגש ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי,⁶⁹ ובית המשפט קיבל את הערעור. פסק דינו של בית המשפט המחוזי אושר בבית המשפט העליון. לפיכך לזקנה מונה אפוטרופוס לרכוש כדי שיגן עליה מלחצים של בני משפחתה. עוד נקבע שהיא נתונה להשפעה בלתי הוגנת מצד הבת והיא אינה אדון לעצמה, אף שהיא מסוגלת לכך מבחינה קוגניטיבית. להשלמת התמונה, ולצורך הצדקת פסק דינו של הערכאות הגבוהות וחידוד ההבנה שמה שזיהה בית המשפט במקרה דנן היה במינוח המוצע במאמר הנוכחי "ניכור לעת זקנה" נשוב ונתבונן בממצאים המשפטיים שנקבעו בבית המשפט לענייני משפחה ובבית המשפט המחוזי בנושא זה: על פי פקידת הסעד שמונתה בתיק, "רצונותיה ותחושותיה של האם ויחסה אל קרובים מבוטאים דרך יחסה של הבת כלפיהם ומלוים את הסבריה מדוע אינה נמצאת בקשר עם אנשים". בשיחה של הזקנה עם שופטת בית המשפט המחוזי הסבירה הזקנה כי כל שיחה איתה חייבת לעבור דרך הבת ושהיא איננה מעוניינת שיהיה לה אמצעי ליצירת קשר, לרבות טלפון משלה. בבית המשפט לענייני משפחה נקבע שמאז פרוץ הסכסוך בין

66 ראו לדוגמה ת"ע (משפחה ת"א) 66611-09-14 א"י נ' ר"ע (פורסם בנבו, 30.3.2017) (להלן: עניין א').

67 בע"מ 3398/12 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 3.6.2012) (להלן: פרשת פלונית).

68 א"פ 10-03-16460 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 15.12.2011).

69 ע"א 13-04-1613 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 25.3.2011).

הבת לשני הילדים האחרים, "הורעו מאד יחסיה עם ילדיה ונכדיה". הילדים המנותקים הגישו בקשות שמשמעותן חידוש הקשר עם אימם.

בחינת מקרה זה, שבו הכיר בית המשפט בהשפעה בלתי הוגנת במצב קדם עיזבוני עוד בחייה של הזקנה, מגלה כי התקיימו שלושת התנאים הראשונים המוצעים במאמר זה כאינדיקציה מרכזית לקיומו של ניכור לעת זקנה: סכסוך בין האחים המנוכרים לאחות המנכרת (ששורשי אינם מנומקים בפסק הדין), יחסי אמון מיוחדים שהתגבשו לאחר מעברה של הזקנה לגור עם בתה והשתלטות של הבת על התקשורת של הזקנה עם העולם החיצוני, ולבסוף השתבשות של מערכת יחסים תקינה בין הילדים לאם לאחר המעבר של האם לגור עם בתה, באופן שמערכת היחסים בין הזקנה לילדיה "נדבקה" ממערכת היחסים בין הבת לאחיה.

גם אבני הבוחן האחרות שהוצעו כמבחני משנה לזיהוי ניכור לעת זקנה, התקיימו ובית המשפט ציין אותם כמשיח לפי תומו: הניתוק ההדרגתי של הזקנה מכל בני משפחתה במידה רבה כל כך עד שבני המשפחה היו זקוקים לבקש בקשות מבית המשפט שמשמען חידוש קשר עם הזקנה (מאפיין מספר 1 לעיל); אין הסבר לנתק (מאפיין מספר 2 לעיל); חוסר אמביוולנטיות בעמדת הזקן, המשוכנע שהוא עצמאי, המתבטא בדברי הזקנה לשופטת בית המשפט המחוזי כי היא זו שאינה מעוניינת באמצעי ליצירת קשר, לרבות טלפון משלה (מאפיינים מספר 3 ו-4 לעיל); העובדה שציינה העובדת הסוציאלית, ולפיה רצונותיה ותחושותיה של הזקנה, ויחסה אל קרוביה, מבוטאים דרך יחס הבת כלפיהם ומלווים את הסבריה מדוע אינה נמצאת בקשר עימם (מאפיינים מספר 3, 4, 5 ו-7 לעיל); חוסר היענותה לבקשות הקשר מצד ילדיה (מאפיין מספר 6 לעיל); דחיית נכדיה (מאפיין מספר 8 לעיל).

דינמיקה של ניכור לעת זקנה, לרבות התקיימות המאפיינים המרכזיים והמשניים שצוינו לעיל, ניכרת גם בפסקי דין נוספים שעסקו בסכסוכי קדם עיזבון ושנדונו בערכאות הדיוניות.

כך תמ"ש 7037623-09-14 הוא פסק דין בתיק קדם עיזבון שניתן בנסיבות מיוחדות. הרקע לפסק הדין הוא קיומה של צוואה של יורש אחר יורש המצווה את מלוא עיזבונו של האב לאימם של הצדדים, באופן שלאחר מותה, הנשאר מעיזבונו האב יחולק שווה בשווה בין שני האחים. גם ברקע פסק דין זה ישנם יחסי איבה בין שני האחים, וכמה בקשות של הבן למינוי אפוטרופוס לאם. בזמן שנבדק מצבה של האם לראשונה, בנוגע לבקשת האפוטרופוסות הראשונה, נמצא כי האם כשירה ואין צורך באפוטרופוסות, אולם בהמשך החמיר מצבה, והבת מונתה לאפוטרופוס לגוף, ואילו גורם שלישי מונה לאפוטרופוס לרכוש. לבסוף התברר כי האם העבירה את דירת הירושה לבעלות הבת, וכמו כן כתבה צוואה המדירה את הבן ומורשה את מלוא עיזבונו לבתה. השופטת בתיק זה דנה בתוקף המתנה מן האם לבת של מחצית הדירה שקיבלה האם מכוח צוואת האב. אגב כך נפרסה תמונת הניכור: ראשית, באשר לשלושת המבחנים הראשונים, בעניין יחסי האחים נקבע כי "לא ניתן להתעלם מהיריבות המרה והקשה בין הבת והבן אשר יסודותיה נטועים לפני שנים רבות". צוין כי בה בעת נוהלו הליכים משפטיים אחרים הקשורים לסכסוכים אחרים ביניהם. נקבע כי אומנם האם הייתה כשירה מבחינה קוגניטיבית בעת נתינת המתנה, ואולם מצבה הבריאותי היה מדורדר ביותר, והבת טיפלה בכל ענייניה הכלכליים והבריאותיים. האם חתמה לבת על ייפוי כוח בלתי חוזר, דבר המלמד על יחסי האמון והתלות בבת. השופטת ציינה כי הבת ניצלה את היתרון הפסיכולוגי הנעוץ בתלות ובאמון שרחשה לה האם. אשר למאפיין האחרון, ניתן להצביע על יחסים טובים בין הבן לאימו בתחילה, המתדרדרים להדרה של הבן החופפת את התקופה שבה האם הייתה נתונה להשפעת הבת. אשר למאפיינים הנוספים, צוין בפסק הדין כי הבת מידרה את הבן מכל ענייניה הכספיים והבריאותיים של האם, לרבות אי-שיתופו במעברה של האם לבית האבות, ואמרה שהאם ביקשה שלא לעדכנו (מאפיין מספר 1). עוד בזמן הבקשה הראשונה לאפוטרופוסות ציינה העובדת הסוציאלית כי האם סירבה לשתף איתה פעולה, סירבה לדבר איתה, ולבסוף אמרה שהיא תדבר רק בנוכחות הבת אך לא תהיה מוכנה לדבר בנוכחות הבן (מאפיינים מספר 3 ו-7) ניכרה דאגה של הבן לאימו כמו לדוגמה במקרה שהגיע לבית האבות וגילה שהיא מצויה במצב מדאיג ושאינה אוכלת, וניסה לדאוג לשלומה. למרות

70 תמ"ש (משפחה ת"א) 37623-09-14 נ' י' א' נ' ל' מ' ג' א' (פורסם בנבו, 10.6.2019).

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטמים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

זאת לא נראה כי הייתה הכרה מצד האם בדאגתו של הבן, ולעומת זאת היא קיבלה את דעתה של הבת שיש לדאוג לנישולו הן באמצעות צוואה הן באמצעות מתנה, וזאת משום שלדברי הבת האם ידעה שהבן נוכל. האם הדירה את הבן ללא מתן הסבר לפעולותיה אלו (מאפיין מספר 2). חשוב לציין כי בפסק דין זה, אף שעסק במתנה ולא בצוואה, השופטת חשה באופן אינטואיטיבי בניכור, גם אם לא כינתה אותו בשם, ועל כן היא סברה כי מדובר בהשפעה בלתי הוגנת.⁷¹ נראה כי אף על פי שמדובר בתיק קדם עיזבון העוסק בביטול מתנה, מאחר שהוא זוהה כעוסק בענייני עיזבון ובהשפעה בלתי הוגנת, הטיפול בו נעשה באמצעות דוקטרינה זו.

הדוגמה האחרונה תעסוק בתיק עיזבון אשר כדי להכריע בו לעניין השפעה בלתי הוגנת, השתמשו בממצאים אשר נקבעו בתיקי קדם העיזבון, וזאת לאחר מות האם. מקרה זה⁷² עסק בטענת השפעה בלתי הוגנת במקרה שבו אחות אחת ירשה את מלוא עיזבון האם, בעוד האחות השנייה הודרה לחלוטין. בפסק הדין נקבע כי המנוחה הייתה כשירה, ולאחר בדיקה דקדקנית של מבחני מרום קבע השופט שהמקרה אינו עומד בהם. אולם למרות האמור, ומתוך התייחסות לתיקי קדם העיזבון (תיקי אפוסטרופסות שבהם ציינה הבת המנכרת כי מדובר בסכסוך על ירושה עתידיה) ומבקשה לצו הגנה שהוגשה על ידי האם נגד הבת המנוכרת, התרשם השופט כי מדובר בהשפעה בלתי הוגנת. התבוננות בתיקי קדם העיזבון עוררה תחושה של חוסר הוגנות, שבאה לידי ביטוי בתופעה המכונה במאמר זה בשם "ניכור".

עיון בנרטיב המוצג בפסק הדין יגלה כי בהסבירו מדוע קבע כי מדובר בהשפעה בלתי הוגנת, התייחס בית המשפט לנסיבות הבאות כרלוונטיות להחלטתו: (1) לקיום סכסוך בין האחיות; (2) ליחסי התלות בין האם לבת המנכרת; (3) לעובדה שרוב חייהן היחסים בין הבת המנוכרת לאם היו בדרך כלל טובים והתבטאו במתן ייפוי כוח לחשבוניתיה לאותה בת, וחלוקת אחד מחסכונוותיה בין שתי בנותיה בחלקים שווים. כמו כן הדגיש בית המשפט כי במהלך הניכור הועבר ייפוי הכוח לבת השנייה, ולאחר מכן נעשו העברות רכוש לבת המנכרת ולבנה.

כאמור, פסק הדין בתיק ההשפעה הבלתי הוגנת התבסס ברובו על ממצאי השופט בתיקי קדם העיזבון. אלה כללו בין השאר בקשה לצו הגנה שהוגשה על ידי האם בחייה נגד הבת המנוכרת (מאפיין מספר 1 ומאפיין מספר 3) כשהאם לא ידעה להסביר בבית המשפט מדוע היא הגישה אותו (מאפיין מספר 2). השופט באותו תיק התרשם שהבת המנכרת היא שכתבה את הבקשה (מאפיין מספר 7). באותו תיק גם קבע השופט כי אין למנוע את הקשר בין האם לבת המנוכרת. בתיקי קדם העיזבון נקבע בין השאר כי הבת המנכרת מנסה להרחיק אותה מבני המשפחה האחרים, לרבות נכדיה וניניה (מאפיין מספר 8), ושהאם חזרה כמה פעמים בלי שנשאלה על כך, שהיא מעוניינת להעביר את כל רכושה לבת המנכרת, וזאת לאחר שכבר העניקה לה את כל רכושה (מאפיין מספר 7).

יש לציין כי תיקי קדם העיזבון וצו ההגנה התבררו שנתיים וחצי לאחר כתיבת הצוואה, ועל כן ברמה הטכנית לא מולאו מבחני מרום. השופט היה מודע לקושי שלפיו המאפיינים של ההשפעה ארעו שנים לאחר כתיבת הצוואה, אלא שהוא קבע כי מתוך תחושה פנימית של חוסר צדק שיש לסווג את המקרה כהשפעה בלתי הוגנת. כפי שהסברתי לעיל, לעומת היישום הנוקשה של הלכת מרום, על פי הצעתי אין להתעקש על קיום קשר סיבתי בין פעולות מנכרות שונות שנגקטו לכתובת הצוואה לצורך בחינת קיומו של ניכור לעת זקנה, שכן לעיתים הפעולות המנכרות מעידות על הלך רוח לתהליך של ניכור ששיאו באירועים שאירעו לאחר עריכת הצוואה, אך יש להניח כי התחיל זמן רב קודם לכן. אלא שמקרה זה מעלה שאלה נוספת החורגת מהרמה הטכנית – זיהוי ראיות לניכור המתרחש זמן רב לאחר עריכת הצוואה ייתכן שמעיד על ניכור שהחל בתקופה שלאחר עריכת הצוואה, ולפיכך נשאלת השאלה אם הצוואה נעשתה עקב השפעה בלתי הוגנת. לשאלה זו ניתן להציע שני פתרונות אנליטיים. הפתרון הראשון, ברמה הטכנית של דיני הראיות, יטען כי הסיבה שניתן לפסוק במקרה זה

71 שוב לציין כי נאמנה לפרקטיקה המשפטית המקובלת, הבוחנת השפעה בלתי הוגנת על פי מבחני פסק הדין בפרשת מרום, אף השופטת במקרה זה הזכירה את מבחני העזר של **מרום**. עם זאת, מקריאה כוללת של פסק הדין ניתן להתרשם שבפועל השופטת לא בחנה באופן נוקדני את מילוי המבחנים, וכאמור בטקסט האינדקסיות שהכריעו בעיניה את סיווג המקרה כהשפעה בלתי הוגנת מתאימות לאפיון של תופעת הניכור לעת זקנה כפי שהיא מוצעת במאמר זה.

72 עניין א', לעיל ה"ש 66.

או במקרים דומים לו כי הייתה השפעה בלתי הוגנת, היא כי מכלול הראיות מביא למסקנה שמדובר בתהליך של ניכור שהיה משמעותי עד כדי פגיעה באוטונומיה כבר בתקופה שלפני עריכת הצוואה, אף שהראיות על הניכור הן מהתקופה שלאחר עריכת הצוואה. ניתן לומר כי משהוכח ניכור חמור לאחר מועד עריכת הצוואה, ומתוך ההבנה שהליך ניכור כזה אינו מתרחש בן לילה אלא בהדרגה, הרי מתהפך הנטל ועל הצד שמעוניין לקיים את הצוואה להוכיח שלא היה ניכור במועד עריכת הצוואה. הפתרון השני מצריך הרחבה של דיני ההשפעה הבלתי הוגנת ולפיו פעולות של הרחקה והסתה מצד נהנה נגד יורשים פוטנציאליים לאחר עריכת צוואה המיטיבה עם הנהנה, הנובעות מרצונו של הנהנה למנוע את תיקונה של הצוואה, מהוות אף הן השפעה בלתי הוגנת.

כפי שציינתי, לא בכל מקרה ומקרה ניתן לזהות בפסיקה הקיימת העוסקת בהשפעה בלתי הוגנת את הדינמיקה של ניכור לעת זקנה, וזאת משום שבהרבה מקרים ההתייחסות בפסקי הדין היא רק לאותם מאפיינים המשרתים את מבחני מרום, ועל כן ייתכן שיש מקרים של ניכור בזקנה שבהם לא תוארה הדינמיקה המשפחתית ולא התקבלה הטענה של השפעה בלתי הוגנת. אני מקווה שבעקבות המאמר הנוכחי, תגבר הערנות של בתי המשפט בעוסקים במקרים של השפעה בלתי הוגנת לזיהוי דינמיקה כזו, ושבהיזון חוזר יהיה ניתן לחדד את המבחנים המוצעים במאמר זה עד כדי יצירת תת-דוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת מסוג של ניכור לעת זקנה. להיבט הנורמטיבי של שיום הניכור לעת זקנה וסיווגו כתת-קטגוריה של השפעה בלתי הוגנת אעבור כעת.

3. משיום לטענה – ההצדקה הנורמטיבית להתייחסות לניכור ההורי כהשפעה בלתי הוגנת

עד כה, ובהשראת תופעת הניכור ההורי בילדות, שיימתי את התופעה של ניכור לעת זקנה והדגמתי את התופעה בפסיקה. טענתי כי במקרים רבים הניכור בזקנה, הגם שלא שוים ככזה, הוא שעמד ביסוד סיווג השפעה כבלתי הוגנת. אולם בשלב זה מתעוררת השאלה הנורמטיבית אם לנוכח התמקדותם של דיני הירושה בישראל בהגשמת רצון המצווה, במימוש האוטונומיה שלו וביכולתו לכתוב את סיפור חייו, יש הצדקה ליתן משקל להתנהגות המנכרת או שמא צודקת הגישה המקדשת את מבחני מרום ובעקבות זאת בוחנת באופן אובייקטיבי את קיומה של התלות מבלי ליתן משקל לגורמים לה.

כדי להשיב על שאלה זו אציג שני מקרים שבהם מתקיימת תלות באופן אובייקטיבי, אלא שבמקרה השני מתווסף לתלות היבט הניכור, ואראה כי מבחני מרום אינם תורמים ליצירת הבחנה בין שני המקרים.

המקרה הראשון עוסק בזקן שציווה בצוואתו את כל רכושו לאחד מצאצאיו, והדיר את יתר צאצאיו באופן שלא ירשו דבר. באותו מקרה דובר בזקן 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 מסור, היה בקשר קרוב עימו והעניק לו את כל צרכיו. אותו זקן היה מעוניין לגמול לאותו צאצא, ועל כן ציווה לו את מלוא עיזבונו, בעודו מדיר את יתר צאצאיו אשר אכזבו אותו.

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

לדעתי יש כמה וכמה הצדקות נורמטיביות להבחנה בין המקרים:

מנקודת מבט הממוקדת בהגשמת רצון המצווה, בסיפור הראשון הצוואה משקפת את רצונו האוטונומי של הזקן לגמול למי שהיטיב איתו, ועל כן מימושה יגשים את רצונו האמיתי. לעומת זאת בסיפור השני המניפולציה מצד האח המנכר שהשתלט למעשה על הזקן וגרם לו לדבר בקולו, מביאה לידי כך שהצוואה אינה משקפת את רצון הזקן ואת קולו. קבלת בקשה לביטול הצוואה על סמך הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת בסיפור הראשון מקוממת ותפגע קשות באוטונומיה של הזקן ובזכותו להוריש את ממונו למי שיבחר. לעומת זאת, בסיפור השני ניתן לטעון כי ביטול הצוואה המדירה מבטא באופן אוטונומי את רצונו האוטונומי של הזקן, אותו רצון אמיתי ומזוקק שהיה לו בטרם הופעלה עליו המניפולציה שבה הצאצא המסית מדבר מגרונו של הזקן, אלא שהדברים הם דברי המסית, והזקן אינו משמיע את קולו שלו. לשיטתי, ייתכנו מצבים שבהם צאצא שהתנדב מיוזמתו לטפל בהורה, 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 אוטונומיית הזקן אין זה מהווה הצדקה לדינמיקה ניכורית. ואולם, מקרה כאמור שונה ממצב שבו לא דחק הצאצא את בני המשפחה האחרים, אבל ההורה רוצה לתגמל את הצאצא שהיטיב עימו.

זאת ועוד, כפי שמסבירה שלי קריצר לוי,⁷³ ערך האוטונומיה והמצווה לקיים את רצון המצווה מבטאים רעיון עמוק של המשכיות ושל כתיבת סיפור החיים. על כן במקרה של ניכור, התנהגות הנהנה והרחקת יתר קרובי המשפחה פגעו באופן אנוש ביכולתו של המצווה לייצר המשכיות, ובמובנים רבים עיוותו את סיפור חייו. לכן יהיה זה אירוני לאפשר לנהנה שפגם בעקרונות המשכיות, לזכות על פי הצוואה בשם עיקרון זה.⁷⁴

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 יהווה תמריץ חיובי להתנהגות רצויה שתשרת הן מצויים עתידיים הן את החברה בכללותה. לעומת זאת בסיפור השני התנהגותו של אותו צאצא סותרת את האינטרס החברתי, שכן הרחקת הזקן מיתר בני משפחתו מפחיתה את הגורמים שיוכלו לסייע לו, פוגעת באיכות חייו, ופוגעת בקשריו עם בני משפחתו האחרים.

נניח שבסיפור הראשון שלושת מבחני מרום הראשוניים מתמלאים במובהק: הזקן 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 בהתמת פעולותיו של המוטב בתווית של השפעה בלתי הוגנת, וזאת משום שאין כל פסול במעשיו. להפך, מבחני מרום מדגישים במקרה זה את האלמנט המוסרי ואפילו אלטרואיסטי במעשיו של המוטב, שכן בלעדיהם היה הזקן זנוח ומבודד. במקרה מעין זה אין כל סיבה לחשוש שההכרה של הזקן במעשיו של המיטיב עימו נבעה מפגיעה באוטונומיה. להפך, ברצונו לעודד התנהגות מעין זו גם בשל אינטרסים חברתיים רחבים.

לעומת זאת בסיפור השני, נניח שמבחני מרום אינם מתמלאים בשלמותם: אין בידוד הרמטי של הזקן והתלות חלקית ואינה מקפת, אך בכל זאת יש תלות, הרחקה של יתר המקורבים, והשתלטות עד כדי כך שהמוטב מדבר מגרונו של הזקן. במקרה כזה, המוטב למעשה פגע בטובתו של הזקן וביכולתו להיות בקשרים מיטיבים עם כל צאצאיו, ובאוטונומיה שלו. כמוכן, אין ברצונו לתמרץ התנהגות מעין זו.

לפיכך יש להיזהר מהסתפקות במבחני מרום ומהסתכלות דרך הפריזמה המצומצמת שלהם, שכן הסתכלות מצומצמת זו עלולה להחטיא את המטרה, שהיא קביעת מידת האוטונומיה של המוריש וכן סימון אותו מרכיב בלתי מוסרי שהופך את ההשפעה לבלתי הוגנת.

73 ראו קריצר לוי, לעיל ה"ש 33.

74 בתיקים מסוג זה בית המשפט נדרש להיענות לאתגר לא פשוט כדי לשחזר את סיפור חייו של המנוח ללא המניפולציה.

לבסוף אציין כי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, לפחות במקרה של מינוי מיופה כוח, מציין במפורש את החובה לדאוג לקשריו של הזקן עם סביבתו ועם משפחתו.⁷⁵ בהמשך לכך, בחלק הבא, ועוד יותר במחקר שעליו אני עמלה בימים אלה,⁷⁶ אניח את היסודות לטענה כי הכרה בזכות של זקנים לקשר משפחתי תקין נגזרת מזכותם לאוטונומיה. ההתנהגות המנכרת המבודדת את הזקן, פוגעת בזכותו לקשרים בכלל, ולקשרים משפחתיים בפרט, מצדיקה את סיווג המקרה כהשפעה בלתי הוגנת.

לסיום פרק זה אבהיר כי ההצדקות הנורמטיביות שצוינו לעיל נכתבו מנקודת המבט המקובלת בפסיקה הישראלית, שאינה מכירה בזכות או בציפייה עצמאית של קרובים לירושה. אל מול העמדה הקונבנציונלית של המשפט הישראלי, ניצבות עמדות המופיעות מפעם לפעם בספרות המחקר, ועל פיהן יש להכיר בציפייה לגיטימית של קרובים, ושל מי שעמדו בקשר עם המנוח, לרשת אותו.⁷⁷ עמדות אלה עשויות לבסס הצדקות נורמטיביות נוספות להכרה בניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת, אולם פיתוח רחב יותר של קו מחשבה זה ימתין להזדמנות אחרת.⁷⁸

4. ניכור לעת זקנה והשפעה בלתי הוגנת במצבים של ייפוי כוח מתמשך

תיקון מספר 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שחוקק במרץ 2016, היווה רפורמה מהותית מבחינת התפיסה המשפטית, החברתית והערכית בנוגע לזכויות של אנשים עם מוגבלויות ושל אנשים זקנים. לצד הסדרת זכויותיהם של אנשים שמונה להם אפוטרופוס, ייסד החוק שתי חלופות חדשות למוסד האפוטרופסות שמטרתן ליצור כלים המאזנים בין הצורך במתן תמיכה ובין השאיפה להגן על כשרותו המשפטית של האדם:⁷⁹ ייפוי כוח מתמשך ותומך החלטות. השינויים שנקבעו בחוק שואבים השראה משינוי הפרדיגמה והתפיסה בנוגע לאוכלוסיות אלו בעולם, ומן המעבר משיח טיפולי הרואה באנשי המקצוע בני סמכא המובילים את האדם, לשיח של זכויות המדגיח את זכותו של האדם עצמו לקבוע את גורלו בעצמו.

שינוי הפרדיגמה החל באמנה⁸⁰ שבה נקבעה בסעיף 12 הכרה שווה בפני החוק. בסעיף זה הוכרה בנוגע לאוכלוסיות אלו כשרותם המשפטית,⁸¹ הזכות המשפטית להתאמות ולתמיכה כדי לממש את כשרותם המשפטית,⁸² ולבסוף – סיפוק של הגנות משפטיות לאמצעים אלו כדי שלא יהיה ניצול לרעה של אוכלוסיות אלו, ובכללן הגנה מפני השפעה בלתי הוגנת.⁸³

ייפוי כוח מתמשך, החידוש המרכזי בתיקון 18 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, הוסדר כחלופה לאפוטרופסות. באמצעות כלי זה אדם כשיר יכול לקבוע מי יחליט החלטות בענייניו אם יתגרע כשרותו. מפאת חדשנותו של הכלי, עדיין לא נערכו מחקרים בדבר השפעת בחירתו של גורם מסוים (בדרך כלל היא זה בן משפחה) על המארג המשפחתי. אולם משיחות עם שופטים ועם אנשי שטח מתקבל הרושם כי לפחות בחלק מהמקרים יש טענות לשימוש לרעה בכלי זה. יש להניח כי בחלק מהמקרים, כבר בעת המינוי מתקיים אותו היפוך תפקידים בין הממונה לממנה, ולעיתים היפוך תפקידים

75 ראו ס' 32ח(ו) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "מיופה הכוח יפעל בדרך שתאפשר לממנה לשמור על קשרים עם בני משפחה וחברים".

76 ראו ה"ש 22 לעיל.

77 ראו ה"ש 32–35 לעיל.

78 ראו ה"ש 22 לעיל.

79 ראו טולוב ושלומאי, לעיל ה"ש 24.

80 ראו ה"ש 28 לעיל.

81 ס' 12(2) לאמנה.

82 שם, בס' 12(3).

83 ס' 12(4) לאמנה קובע כי "מדינות שהן צדדים תבטחנה כי כל האמצעים הנוגעים למימוש הכשרות המשפטית יכללו הגנות הולמות ומועילות למניעת ניצול לרעה, בהתאם למשפט הבינלאומי של זכויות האדם. הגנות אלה תבטחנה כי אמצעים הנוגעים למימוש הכשרות המשפטית יכבדו את הזכויות של האדם, את רצונו ואת העדפותיו; יהיו נטולי ניגוד עניינים והשפעה בלתי הוגנת [...]".

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

מעין זה יתרחש בעתיד. ודוק, בהיפוך התפקידים אין כל רע, כל עוד אין ניצול לרעה של הכוח שייפוי הכוח מעניק לגורם הממונה.

יש לציין כי בהשראת האמנה, ומתוך ניסיונם העשיר של מנסחי החוק, הייתה רגישות לאפשרויות לניצול לרעה של ייפוי הכוח, וכן הבנה שבמקרה של ניצול מעין זה, תחת הגברת האוטונומיה של הממנה, תפחת אותה אוטונומיה עקב השתלטות על רצונו. כדי למנוע ניסיונות להשפעה בלתי הוגנת נקבעו כמה הסדרים:

ראשית, על ייפוי הכוח חותמים הן הממנה, המאשר כי לא הופעלו עליו לחץ או השפעה בלתי הוגנת⁸⁴ והן עורך הדין שבפניו נחתם ייפוי הכוח, המאשר כי נוכח לדעת שכך המצב.⁸⁵

שנית, בית המשפט רשאי לבטל ייפוי כוח אם נוכח בהשפעה בלתי הוגנת.⁸⁶

הצעת היא כי תתקטגוריה לבחינת השפעה בלתי הוגנת לעניין ייפוי כוח מתמשך תהיה בחינה של ניכור לעת זקנה. עוד אני טוענת כי שיום התופעה במקרים המתאימים, וביטול ייפוי הכוח במקרים אלו, עשויים לתייג פעילות זו כפעילות שלילית, ועצם התייג יסייע להפחית תופעות אלו. חוק זה מדגים כיצד גם בעיני מנסחי החוק הגנה מפני השפעה בלתי הוגנת איננה פוגעת באוטונומיה, אלא להפך.

לבסוף, ברצוני להסב את תשומת הלב לכך שבחוק זה נקבעת חובה פוזיטיבית המוטלת על מיופה הכוח לפעול בדרך "שתאפשר לממנה לשמור על קשרים עם בני משפחה וחברים".⁸⁷ בכך המשפט מכיר בזכות לקשר הנתונה לממנה. בזכויות אלה אדון בפרק ו.

5. סגירת מעגל: ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בהלכת החוטים השזורים

לקראת סיום המאמר אבקש לסגור את המעגל ולשוב ולבחון את פרשת **החוטים השזורים**, שעסקה בזכור בהשפעה בלתי הוגנת, מפרסקטיבה של ניכור לעת זקנה:

תחילה אבדוק את שלושת המבחנים ההכרחיים לקביעת ניכור לעת זקנה –

1. **סכסוך מר בין המנוכר למנכר** – שני האחים היו בסכסוך רב שנים זה עם זה. המנוחה הפצירה בהם שלא לריב, אך ללא הועיל.

2. **היווצרות יחסי אמון מיוחדים בין הזקן ובין הגורם המנכר אותו** – למרות היותה עצמאית, לאחר שחלתה בסרטן בחרה המנוחה לספר רק לבת המנכרת על מחלתה, והפכה אותה לאשת סודה. היא ביקשה ממנה להתלוות אליה לטיפולים ולסייע לה. כל אלו מביאים לכלל מסקנה שעל אף עצמאותה של הזקנה, היא פיתחה תלות רגשית בבת, שהייתה אשת סודה

84 ס' 32(ג) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כי "הממנה יאשר בחתימתו על ייפוי הכוח כי הוא מבין את משמעות מתן ייפוי הכוח, מטרותיו ותוצאותיו וכי ייפוי הכוח ניתן בהסכמה חופשית ומרצון, בלא שהופעלו עליו לחץ או השפעה בלתי הוגנת ובלא ניצול מצוקתו או חולשתו".

85 ס' 32(ד) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כי "עורך הדין שבפניו נחתם ייפוי הכוח, יאשר על גבי הטופס כי הממנה חתם בפניו על ייפוי הכוח במועד הנקוב בו לאחר שהביא לידיעתו את הפרטים המפורטים בסעיף קטן (ג), וכי נוכח לדעת כי הממנה מבין את משמעות מתן ייפוי הכוח, מטרותיו ותוצאותיו והתרשם, לאחר שנתן על כך את דעתו, כי ייפוי הכוח ניתן בהסכמה חופשית ומרצון בלא שהופעלו על הממנה לחץ או השפעה בלתי הוגנת ובלא ניצול של מצוקתו או חולשתו".

86 ס' 32(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע כי בית משפט רשאי לבטל ייפוי כוח מתמשך אם "ייפוי הכוח ניתן כתוצאה ממרמה, מניצול או מהפעלת לחץ או השפעה בלתי הוגנת על הממנה או שהוא ניתן בעת שהממנה לא היה בעל כשירות".

87 ס' 32(ח) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

בענייניה הרפואיים. היחסים בין האם לבת לא היו שוויוניים. ניתן לומר כי נוצר היפוך תפקידים שבו הבת הפכה לדמות ההורית, כפי שקורה פעמים רבות בגיל המבוגר בשלב שבו הזקן זקוק לתמיכה.

3. **קשר תקין בין המנוכר לזקן לפני תהליך הניכור** – לפני מחלתה של האם היו יחסיהם של הבן והאם תקינים ואף יותר מכך. הבן ביקר את האם לעיתים קרובות והיה בקשר קרוב עימה. קשר זה התקלקל בזמן שבו טיפלה הבת באם. במקרה דנן אומנם לא היה נתק מוחלט בין הבן לאם גם בתקופת המחלה, אך הצוואה המדירה, ללא ציון כל סיבה, מלמדת על הדברים שהתרחשו מתחת לפני השטח.

חלק גדול מהמאפיינים הנוספים שייתכן שיופיעו בעת ניכור, מופיעים גם הם במקרה זה. כך לדוגמה ההסתרה שהאם אושפזה, ונטילת אמצעי התקשורת עימה בעת האשפוז, שנעשו ככל הנראה כדי לטעת במוחה של האם את המחשבה שהבן אינו דואג לה. כך למשל גם החלפת המנעולים בביתה באופן שהבן נתקל בבית נעול, מעידה על ניסיונות הבת לנתק את האם מבנה. אומנם פעולות אלו נעשו לאחר כתיבת הצוואה, אולם כפי שהראיתי גם במקרה לעיל, בבוחנו את סדרת הפעולות, איננו בודקים את הקשר הסיבתי בין ובין כתיבת הצוואה, אלא אנו למדים מהן על קיומו של תהליך מנכר. לכן גם הפעולות הללו, שנעשו בסמוך לאחר הצוואה, מלמדות על תהליך של ניכור שהתחיל להתרחש ככל הנראה קודם לכן (מאפיין מספר 1). הצוואה הדירה את הבן ללא ציון הסבר לכך, אף שהיה מתבקש להסביר זאת לנוכח הקשרים שהיא קיימה איתו לאורך השנים (מאפיין מספר 2). הבן הודר בעקיפין מירושת אביו (שכן הוא הסתלק מירושת האב לטובת האם ולרווחתה), ובעצם הדרתו חותרת תחת הנחה הוגנת ומקובלת שעל פיה לפחות חלקו במה שיוותר מירושת אביו יחולק בין האחים שווה בשווה (מאפיין מספר 5), מקריאת הצוואה מתקבלת התחושה כי היא משמיעה את קולה של הבת, ולא את קולה האוטנטי של המנוחה. התמונה הייתה שונה לחלוטין לו הייתה האם נממקת את בחירתה להוריש לבת, מסיבה רציונלית, ולא רק מציינת כי לבנה היא אינה מורישה דבר (מאפיין מספר 7).

הנה כי כן, פרשת **החוטים השזורים** מחדדת שאת החוסר שהותירו מבחני מרום, ניתן להשלים באמצעות מושג הניכור לעת זקנה. במאמר זה התמקדתי בשיום התופעה ובהגמתה בפסיקה. במחקר המשך אבקש להרחיב את העיסוק בהשפעה הבלתי הוגנת ולהדגים דינמיקה של ניכור לעת זקנה אף בפסקי דין נוספים. הרחבה נוספת שתיעשה במסגרת אותו מחקר המשך, תעסוק ברציונל ובאינטרסים המוגנים שבעקבותיהם נרצה לבסס תת-קטגוריה בתוך דיני ההשפעה הבלתי הוגנת של מקרים על רקע ניכור לעת זקנה. אינטרסים אלו מושפעים בראש ובראשונה מפגיעה באוטונומיית הרצון של המוריש, וזאת אף על פי שמדובר בזקנים מנוכרים ולא בזקנים שאינם כשירים. נקודת המוצא לבחינת ההתערבות, כאמור, מתנגדת לגילנות ואינה מייחסת לאנשים זקנים חולשה טבעית או יכולות מופחתות, אלא שלנוכח פרוניגמות שפותחו סביב המחקר הגילני, כגון פרדיגמת הסולידריות הבין-דורית ופרדיגמת הקונפליקט הבין-דורי,⁸⁸ יש הצדקה להגן על קשריהם של זקנים במקרים המתאימים, שכן קשרים אלו חשובים במיוחד לאוכלוסיות אלו, ומנגד קשרים אלו נמצאים במקרים רבים במצבי סיכון לעת זקנה, כפי שמדגימים גם פסקי הדין שאליהם התייחסתי לאורך מאמר זה. היפוך התפקידים בתקופת הזקנה במקרים שבהם הילדים הבגירים הופכים להורים להוריהם,⁸⁹ וההצדקות שפירטתי לעיל, הבאות לידי ביטוי באמנה, מצדיקים התערבות מידתית בקשרים, במקרים המתאימים, כחלק מההתאמות הנדרשות להגנה על אוכלוסיות אלו. אינטרסים נוספים, שייבחנו במחקר המשך, יהיו מבוססים על תיאוריות נוספות שלפיהן על דיני הירושה להביא בחשבון לא

88 פרדיגמות אלו התייחסתי ביתר הרחבה בהצהרת הכוונות לדוקטורט. לספרות העוסקת במודלים אלו, ראו ישראל דורון "סולידריות חברתית או קונפליקט בין דורי? על ההבניה המשפטית של ההכרה המשפטית של ההכרה בזכות השביתה למען זכויות גמלאים" **נגישות לצדק חברתי בישראל** 377 (גיוני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009); מיטל סגל רייך "מאפוטרופסות גורפת לתמיכה בהחלטות – התאמת ארגון הכלים המשפטי למצבים של ירידה ביכולת" **הון משפחתי** 3א 101 (2015); SIMON BIGGS, UNDERSTANDING AGING: IMAGES, ATTITUDES AND PROFESSIONAL PRACTICE (1993).

89 ראו Hacker, לעיל ה"ש 26.

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטם השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

רק את האינטרסים והרצונות של המוריש אלא גם את האינטרסים של שחקנים נוספים במשפחה, וזאת לנוכח חשיבה קישורית ו/או תיאוריה של המשכיות.⁹⁰

ו. לקראת זכות לקשר בזקנה

בפרקים הקודמים בחנתי את הדמיון המסתמן בין מצבי הכשל בקשר והניכור בילדות ובין מצבי הניכור לעת זקנה כפי שהם עולים בפסיקה. בהמשך לכך הצעתי שתופעת הניכור ההורי בילדות תשמש מקור השראה לעיצוב מחודש של דיני ההשפעה הבלתי הוגנת. אולם דווקא זיהוי הדמיון בין מצבי השפעה בלתי הוגנת מסוג של ניכור לעת זקנה ובין מצבי הניכור ההורי בילדות חושף גם את ההבדל המשמעותי בהתייחסות המשפטית להם:

במקרה של ניכור הורי בילדות, לנוכח ההכרה בכך שקשרים משפחתיים תקינים בילדות משקפים את טובת הילד ואת זכויותיו, הסעדים המשפטיים שעוצבו כדי להתמודד עם תופעות של סרבנות קשר וניכור הורי בילדות ממוקדים ברובם בתיקון הכשלים או בהפסקת הניכור. לעומת זאת העיסוק המשפטי כיום במצבים של כשלים בקשר וניכור לעת זקנה נעשה בעיקר באמצעות הדוקטרינה של השפעה בלתי הוגנת, מתקיים לאחר מותו של הזקן כאשר אי-אפשר עוד לחדול מן הניכור ולשקם את הקשר שכשל.⁹¹ יתרה מזו, אפילו תיקי קדם העיזבון, כשם כן הם: ההסתכלות המשפטית בהם נעשית מתוך פריזמה עיזבונית, והמוטיבציה המרכזית של היורשים ממוקדת בצפיפות הכלכליות שלהם לירושה, ואילו הטיפול בהיבטים הרגשיים של הקשר שכשל, ובפגיעה בזקן בשל כך, נותרים בקרן זווית. גם בפרשת **פלונית** שנדונה לעיל, בסופו של דבר מונה אפוטרופוס לרכושה של המנוחה, כלומר הסכסוך כולו נוהל בפריזמה רכושית קדם עיזבונית, ולא מתוך ניסיון לפתור את הבעיות בקשר תוך דאגה לשמור על קשריה של הזקנה עם צאצאיה.

אני מציעה אפוא כי לצד הדיון בהשפעת השיום והאבחנה של תופעת הניכור לעת זקנה על דיני ההשפעה הבלתי הוגנת, כפי שתוארה בהרחבה במאמר זה, תיוחד תשומת לב לעניין חשוב לא פחות והוא פיתוח תיאוריה וכלים משפטיים בנוגע לזכות לקשר משפחתי תקין לעת זקנה. לצורך כך נדרשים כמה צעדים אנליטיים.

ראשית, כאמור תופעות הכשל בקשר והניכור ההורי בילדות כבר זוהו ושומו, ונעשים ניסיונות ליצור מערך משפטי וטיפולי שיתמודד עימן, אולם עד היום התופעות המקבילות בזקנה לא שוימו, ובוודאי לא התפתחה תורה משפטית או טיפולית להתמודדות עימן. תיאוריה כזו תתמודד עם ביקורת אפשרית שלפיה קשרים משפחתיים של אדם מבוגר הם עניינו בלבד, וכל התערבות בהם פוגעת באוטונומיה שלו ולעיתים גם באוטונומיה המשפחתית. **שנית**, הזכות של הילד לקשר עם הוריו מוכרת כזכות משפטית, וישנה ספרות עשירה העוסקת בטבעה ובהצדקות לה, אולם השיח המשפטי לא הכיר עד היום בזכותו של הזקן לקשר עם בני משפחתו, ובוודאי לא עסק בהצדקות הפילוסופיות לזכות זו ולתיחומה. **שלישית**, התיאוריה שתפותח, המכירה בזכות לקשר בזקנה, תהיה רגישה לזכות לאוטונומיה של הזקן, ועל כן לצד הזכויות לקשר בזקנה היא תכלול גם את הזכות להימנע מקשר. במילים אחרות, לצד קיום מנגנוני תמיכה בקשרים, ושילתם של גורמים לניכור ולהסתה כהרחבה של הזכות לאוטונומיה, יש לכבד גם את בחירתו של הזקן שלא להיות בקשר כחלק מכיבוד האוטונומיה שלו. כל זאת אם בסופו של דבר זו בחירתו, ולאחר שלילת כל גורמי ההסתה המפריעים לקיומו של הקשר, ובייחוד אם הייתה התנהגות לא הולמת של הצדדים שהוא איננו חפץ בקשר עימם.⁹² **לבסוף**, לאחר העמקת ההבנה הטיפולית של תופעת

90 ראו ה"ש 32-35 לעיל והטקסט הסמוך להן.

91 ראו לדוגמה ת"ע (משפחה י-ם) 42292-09 **פלונית נ' אלמונית** (פורסם בנבו, 13.4.2015), מקרה שבו נקבע כי הזקן הוסת והוטעה על ידי הזוכים בצוואה (נכדתו ובעלה) באופן שהיה בטוח שבנותיו גנבו כספים מחשבונותיו, ושאיש פרט לזוכים אינו מתעניין בשלומם. בית המשפט ציין כי הייתה בקשה למינוי אפוטרופוס בחיי הזקן, ובהליך נחשפה האיבה שחש הזקן לבנותיו, ואולם באותו שלב בעודו בחיים לא היה צורך לברר את מקורה (בלשון בית המשפט). וזאת בהיעדר תיאוריה מתאימה וכלים משפטיים לשיקום הקשרים.

92 וזאת בשונה מילדים, שאז בדרך כלל המשפט יתמוך בקשר של הילד עם ההורה אלא במקרים חריגים מאוד.

הניכור לעת זקנה, ופיתוח התשתית הפילוסופית לזכות לקשר משפחתי מחד גיסא, והזכות להימנע מקשר כזה מאידך גיסא, יש לפתח דוקטרינה משפטית סדורה שתעסוק בזכויות לקשרים משפחתיים עוד בחיי הזקנים.⁹³

עוד אציין כי לאחרונה החלו בתי המשפט לענייני משפחה לפתח אד-הוק, ללא תשתית משפטית תיאורטית שיטתית, מענה מסוים לזכות לקשר כפי שהיא עולה בתיקי קדם עיזבון. החלטות ופסקי דין אלו לא פורסמו עד כה באופן רשמי, אך משיחות עם גורמי שטח כגון שופטים ועורכי דין אני מבינה כי מדובר בתופעה מתרחבת, וכמה מן החלטות שעסקו בנושא אף הגיעו לידי. כך לדוגמה באחד מפסקי הדין תואר מקרה שבו לזוג הורים מונתה אפוטרופוסה חיצונית לרכוש, שתיים מבנותיהם מונו כאפוטרופוסות לגופם של ההורים, יחד ולחוד, וההורים עברו לגור עם אחת מהן. לשתי הבנות היה סכסוך עם הבן השלישי, ובעקבותיו טען הבן כי טורפדו מפגשים בינו ובין הוריו. הוא טען כי הוא נאלץ להיפגש עם ההורים בחדר המדרגות, ושגם ילדיו אינם יכולים להיפגש עם ההורים. הבנות טענו מנגד כי הוא מתיש נפשית את ההורים וחושף את האם להתעללות רגשית בצעקות שהוא מקים בחדר המדרגות. בעקבות המלצת תסקיר שהכיר בחשיבות של הקשר בין הבן ומשפחתו להוריו, ותמיכתה של האפוטרופוסה לרכוש, בית המשפט קבע מפגשים בין ההורים ובין הבן, מפגשים אשר הוא כינה בשם "הסדרי ראייה".⁹⁴ בהמשך, לאחר פטירתו של האב, ולאחר שמצבה הפיזי של האם הוחמר, התברר כי החלטות בית המשפט לא יושמו, והבן טען שהבנות מונעות את המפגשים, ואילו הבנות טענו שהאם אינה מעוניינת במפגשים הללו, וכי בימי הביקור היא מתוחה ומסרבת לאכול. עדות הבנות נתמכה גם בעדות שכנה כי ביום שנקבע לביקור אצל הבן אמרה האם שהיא אינה מעוניינת ללכת לאף אחד, ושהבת שאצלה היא גרה, היא אימה למעשה.⁹⁵ משהוברר, אם כי לא נאמר במפורש, כי הניכור ברקע ממשך ומתעצם, הוחלט לקיים את המפגשים בבית שבו גרה האם, שלא בנוכחות האחיות.⁹⁶ התמודדות בית המשפט עם החלטות שיפוטיות בנוגע להסדרי קשר שאינן נאכפות עקב סרבנות קשר כלפי הצד המנוכר מוכרת מאוד לעוסקים בניכור בילדות. התמודדות עם קושי באכיפה של החלטה שיפוטית הופיעה גם במקרה אחר שהגיע לידי,⁹⁷ אשר עסק בזקן עירי שמונה לו אפוטרופוס, ואשתו ואחותו היו מסוכסכות זו עם זו, ועל כן אשתו ניסתה למנוע את הקשר שלו עם אחותו. בית המשפט הורה על קיום הפגישות עם האחיות בנוכחות צד שלישי ללא נוכחות האישה, וזאת משום שהוכרה חשיבות הקשר עם שתי קרובותיו של הזקן. למרות החלטות בית המשפט, דיווחה האפוטרופוסה כי האישה המשיכה לטרפד את הפגישות עם האחיות, ועל כן החליט בית המשפט על קנס כספי אם לא יתקיימו הביקורים כסדרם.

הנה כי כן מדוגמאות אלו נראה כי בית המשפט לענייני משפחה מעניק סעדים שמטרתם קיום קשר, החל בצווים המורים על זמני שהות עם הצד המנוכר וכלה בסנקציות על הפרת הצווים, וזאת במקרים שבהם ממונה אפוטרופוס. מעניין לראות כי מבלי משים, ובהיעדר תיאוריה המקשרת בין שתי התופעות, בית המשפט צועד עקב בצד אגודל ומעניק סעדים דומים לאלו הניתנים במקרי ניכור הורי בילדות, ואולם עדיין מדובר בתופעה מחתרית המופיעה בפסקי דין ובהחלטות שלא פורסמו, ואילו בספרות המשפטית אין מודעות לה. נוסף על כך, התבוננות בפסקי הדין מגלה כי בדומה לתופעת הניכור ההורי בילדות, שהטיפול בה קשה גם לאחר איתורה, גם במקרים אלו פעמים רבות אין די בצווים לזמני שהות עם הזקן, ולמרות הצווים הצד המנוכר ממשיך בפעילותו בדומה לתרחישים המוכרים במקרי ניכור בילדות. בעיה נוספת במצב המשפטי הקיים קשורה למקור הסמכות של בית המשפט. סמכותו של בית המשפט לתת סעדים אלו נסמכת על סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, המאפשר לבית המשפט לתת סעדים כדי לשמור על ענייניו של קטין או על אדם שמונה לו אפוטרופוס. נשאלת השאלה מה בדבר ניכור זקן שלא מונה לו אפוטרופוס. הרי כפי שראינו חלק מהזקנים שנפגעים מתופעת הניכור הם כשירים, כפי שמצאנו בפרשת **פלונית**, שבה בית המשפט מינה אפוטרופוס בעקבות הניכור לעת זקנה, דבר שיאפשר לו בשלב מאוחר יותר לתת סעדים רחבים על פי סעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות.

93 עניין שאחת מן המסקנות הנורמטיביות של הקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 95-100, קשורה לצורך בשיקום הקשר בין האחים המעורבים בסכסוכי ירושה. ואולם דווקא הצעתה של הקר, הממוקדת בקשר בין האחים ובתקופה שלאחר מות הנפטר, חושפת את הצורך בפרומה נוספת, עמוקה יותר, שתמקד בחיי הזקן המוריש ובקשר בינו ובין בני משפחתו.
94 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 39623-03-18 **פלונית נ' פלונים** (לא פורסם, 16.12.2018).
95 בכך נתנה האם ביטוי מילולי לאחד המאפיינים שלפיהם קיים היפוך תפקידים שבו הצאצא הופך לדמות ההורית.
96 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 39623-03-18 **פלונית נ' פלונים** (לא פורסם, 8.7.2019).
97 ראו תמ"ש (משפחה ראש"צ) 34606-05-12 **פלונית נ' פלונים** (לא פורסם, 8.7.2012).

ענת ליפשיץ, "ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת בעקבות הלכת החוטים השזורים", **הארץ דין** יד 49 (תש"ף)

ובכל זאת עומדת השאלה שאותה שאל בית המשפט לענייני משפחה בפרשת **פלונית**, האם אין באמור פגיעה באוטונומיה של הזקן לכוון קשרים עם מי שירצה? התמודדות תיאורטית עם שאלות אלו, ופיתוח כלים משפטיים הדואגים לקשרים אלו, יעמדו במרכז מאמר המשך למאמר הנוכחי.⁹⁸

סיכום

במאמר זה הוצג הצורך שעוררה הלכת **החוטים השזורים**, לזקק את מהותה של ההשפעה הבלתי הוגנת מעבר למבחני הלכת **מרום**. בהשראת תופעת הניכור ההורי בילדות, הוצעה תת-קטגוריה של השפעה בלתי הוגנת העוסקת במצבים שבהם יורש פוטנציאלי – ובמקרים שבהם עסקנו: אחד מילדי המנוח – מנצל את חולשתו ותלותו הרגשית של המנוח בו, תלות המביאה לידי הזדהות כמעט מוחלטת, כדי להשתלט על רצונו באופן שהעוינות שהיורש הפוטנציאלי חש כלפיו אחיו, תופנס על ידי המוריש. המאמר מציע לכנות תת-קטגוריה זו בשם "ניכור לעת זקנה", וגורס כי ניכור לעת זקנה זה הוא תת-מקרה של השפעה בלתי הוגנת מהבחינה המהותית. הוצגו במאמר רכיבים יסודיים ומבחני משנה המלמדים על קיום ניכור לעת זקנה, ובהמשך לכך הוצגו דוגמאות בפסיקה לניכור לעת זקנה כפי שהוא בא לידי ביטוי בשני סוגי הליכים – הליכים שבהם נדונה השפעה בלתי הוגנת והליכים בחיי הזקן (בדרך כלל תיקי אפוטרופסות) הנקראים תיקי קדם עיזבון. הוצגו ניתוח מקרים אלו ופיענוחם לפי הקריטריונים שהוצגו במאמר זה. בהמשך לכך ניתנה שורת הסברים נורמטיביים מדוע ערך האוטונומיה מצדיק עיצוב קטגוריה של ניכור לעת זקנה כהשפעה בלתי הוגנת, ושימוש אפשרי בקטגוריה זו הן בתיקי ירושה, הן בתיקי קדם עיזבון הן במקרים של ייפוי כוח מתמשך. לבסוף נבחנו עובדות פסק הדין בפרשת **החוטים השזורים** דרך פריזמת הניכור ההורי לעת זקנה.

לסיום טענתי כי לחשיפת הקשר שבין ניכור הורי בילדות ובין ניכור בזקנה, ולשיום התופעה והגדרתה, השלכה נוספת ודרמטית בתיקי קדם עיזבון. במקרים אלה נדרשים כלים משפטיים שיפותחו בצל תיאוריה משפטית קוהרנטית ויעסקו בזכות לקשר משפחתי תקין בתקופת הזקנה, ולהיבטי מניעה של ניכור לעת זקנה. כפי שנחשף במאמר זה, בית המשפט לענייני משפחה, במקרים של תיקי קדם עיזבון, מתוך אינטואיציה, משתמש בסעיף 68 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ומעניק סעדים להבטחת קיומו של קשר בזקנה אף ללא תשתית תיאורטית מתאימה, אולם האתגר שהמאמר הנוכחי מציב הוא פיתוח תיאוריה קוהרנטית שתעסוק בזכות זו, ביישומיה ובתיחומה.

98 במקביל למאמר העתידי, אחד הפרקים של הדוקטורט המתוכנן, לעיל ה"ש 22, עוסק בזכות לקשר.