

## בבית המשפט העליון בירושלים

דנ"א 1516/95

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לויין  
כבוד השופט א' גולדברג  
כבוד השופט ת' אור  
כבוד השופט א' מצא  
כבוד השופט מ' חשין  
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן  
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרת: רינה מרום

נגד

המשיב: היועץ המשפטי לממשלה

דיון נוסף בפסק-דינו של בית המשפט העליון בע"א 5185/93

שניתן ביום 20.2.95 על-ידי

כבוד השופטים: א' גולדברג, מ' חשין,  
ט' שטרסברג-כהן

בשם העותרת: עו"ד הדסה קורל

בשם המשיב: עו"ד עליזה אליצור

### פסק-דין

#### השופט א' מצא:

דיון נוסף בעניין שנדון בע"א 5185/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' מרום, פ"ד מט(1) 318 (להלן - פסק הדין שלערעור), בו החליט בית המשפט - על דעת השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן נגד דעתו החולקת של השופט חשין - לקבל את ערעורו של המשיב (היועץ המשפטי לממשלה) על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, ולדחות את בקשת העותרת לקיום צוואת המנוח אברהם יצחק כהנא ז"ל. בבטלו את הצו לקיום הצוואה, שניתן על-ידי בית המשפט המחוזי, קבע בית המשפט (ברוב דעות), כי הצוואה בטלה, באשר נעשתה מחמת השפעתה הבלתי הוגנת של העותרת על המנוח. העותרת ביקשה לקיים דיון נוסף בהכרעה זו. השופט קדמי, שלפניו נדונה בקשת העותרת, החליט כי יקיים דיון נוסף בשתי השאלות הבאות:

"האחת - האם די בקיומן של 'נסיבות מוזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת', כלשונו של כב' השופט חשין, כדי להקים חזקה שבעובדה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת; והשניה - והיא עיקר - מה משמעותה של 'חובת ההוכחה' שמטילה החזקה האמורה על המבקש: 'חובת ראיה' להפרכת החזקה ('כחזקה שבעובדה'), או שמא 'חובת שכנוע' בדבר העדר השפעה בלתי הוגנת".

### רקע עובדתי ודיוני

2. המנוח, שהיה אלמן וחשן-בנים, נפטר לבית-עולמו ביום 20.9.88, והוא כבן שבעים-ושמונה. כשישה חודשים לפני פטירת המנוח החלה העותרת לעבוד בביתו, ומאז ועד ליום מותו שירתה אותו וטיפלה בו. במותו הותיר המנוח שתי צוואות: בצוואה הראשונה, אותה ערך ביום 10.8.87, ציווה את כל רכושו לרופא ד"ר יצחק חמרה. בצוואתו השנייה, אותה עשה ביום 1.8.88 (היינו כשבעה שבועות לפני מותו), ציווה את כל רכושו (למעט הענקות לא-גדולות שהקדיש למוסדות אחדים) לעותרת.

לאחר מות המנוח הגיש ד"ר חמרה, לבית המשפט המחוזי, בקשה לקיום הצוואה הראשונה; ואילו העותרת הגישה התנגדות לקיום הצוואה הראשונה ובקשה לקיום הצוואה השנייה. ההתדיינות בין השניים הסתיימה בפשרה, לפיה תקבל העותרת, מכספי העיזבון, סכום של כ-30,000 דולר, ובתמורה לכך תסיר את התנגדותה לקיום הצוואה הראשונה; ובעקבות הפשרה ציווה בית המשפט לקיים את הצוואה הראשונה. ואולם, זמן-מה לאחר סיום ההליך, הועמד ד"ר חמרה לדין באשמות עושה ומירמה, על כך שערך לטובת עצמו צוואות של קשישים, ובהן גם צוואתו הראשונה של המנוח; ומשהורשע בדינו, ביטל בית המשפט את הצו, שניתן על-פי בקשתו, לקיומה של הצוואה הראשונה.

3. משבוטל הצו לקיום צוואתו הראשונה של המנוח, חידשה העותרת את בקשתה לקיום צוואתו השנייה. עתה נתקלה בקשתה בהתנגדות היועץ המשפטי לממשלה, הוא המשיב שלפנינו. טענת המשיב לפני בית המשפט המחוזי היתה, כי הצוואה שערך המנוח לטובת העותרת היא חסרת תוקף ומן הדין להכריזה כבטלה: ראשית, מפני שבזמן שעשאה לא ידע המנוח להבחין בטיבה של צוואה; ושנית, מפני שבעת עשיית הצוואה היה המנוח נתון להשפעתה הבלתי הוגנת של העותרת.

בית המשפט המחוזי (השופט מ' בן-יאיר) דחה את שני טעמי התנגדותו של המשיב, וכפועל-יוצא מכך - קיבל את בקשת העותרת וציווה לקיים את הצוואה. בערעורו לפני בית-משפט זה השיג המשיב על צדקת נימוקיו של בית המשפט המחוזי, לדחייתו של כל אחד משני הטעמים. השופט חשין הגיע לכלל מסקנה, כי אין

להתערב בהכרעת בית המשפט המחוזי, לא על-פי טעמו הראשון של המשיב לפסילת הצוואה ולא על-פי טעמו השני. השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן הצטרפו לנימוקיו ולמסקנתו של השופט חשין, לעניין אי ההתערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי לדחות את טעמו הראשון של המשיב לפסילת הצוואה, אך חלקו על דעתו לעניין ההכרעה המתחייבת על-פי טעמו השני. שופטי הרוב סברו, כי יש לקבל את טענת המשיב, שבשעה שעשה את צוואתו היה המנוח נתון להשפעתה הבלתי הוגנת של העותרת; ועל-פי הכרעתם בנקודה זו נתקבל הערעור.

#### **התפלגות הגישות בדרך להכרעה**

4. טענות המשיב, לפני בית המשפט קמא ולפני בית המשפט שלערעור, היו אלו: בחודשי חייו האחרונים, בהם עבדה העותרת בשירותו, סבל המנוח מבריאות לקויה ומחולשה פיזית ומנטאלית. בשל מצבו פיתח תלות בעותרת. בנסיבות אלו, עשיית צוואה לטובת העותרת - אותה הכיר רק מעת שהחלה לעבוד בביתו ולטפל בו - הקימה חזקה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, מצד העותרת על המנוח. הנטל לסתור חזקה זו רבץ על העותרת. כדי לשלול את כוחה של החזקה היה על העותרת להוכיח כי לא השפיעה על המנוח לערוך צוואה לטובתה; ומשלא הביאה ראיה להוכחת האמור, מתחייבת המסקנה שהמנוח ערך את צוואתו בהשפעתה הבלתי הוגנת של העותרת, ולפיכך דין הצוואה להיבטל.

5. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה, כי העובדות שהוכחו הקימו חזקה להשפעה בלתי הוגנת מצד העותרת על המנוח. בהסתמכו על ההלכה שנפסקה בע"א 423/75 **בן נון בענין צוואת המנוחה אסתר אלבכרי נ' ריכטר**, פ"ד לא(1) 372, קבע השופט המלומד, כי חזקה כזאת עשויה לקום רק כאשר מוכחת תלות מקיפה ויסודית של המצווה באדם שהצוואה היא בעליל לטובתו. בפרשתנו אמנם הוכח, שמצבו הפיזי של המנוח היה ירוד, וכי נזקק לעזרתה ולתמיכתה של העותרת בכל הקשור לניקיונו, להכנת ארוחותיו ולפעולות נוספות. אך לא הוכחה לגביו תלות מקיפה ויסודית העשויה להעיד על שלילת רצונו החופשי. העותרת שהתה במחיצתו רק חמש שעות ביום, והמנוח לא היה חסר אונים. היו פעולות אותן ביצע בעצמו, חלקן אף תוך יציאה מן הבית (כביקור בסניף הבנק, או בבית המרקחת). הוא התנהג בצורה עניינית ושמר על קשריו עם רופאו ועם אנשים אחרים. בסיכום הכרעתו קבע השופט, כי "על פי הראיות שהובאו, ניתן לקבוע, במידה גבוהה של וודאות, שהמנוח עשה את צוואתו מרצונו החופשי והבלתי תלוי"; ומסקנתו היתה, "שאף אם המנוח היה זקוק לשירותיה של העותרת, הוא לא היה נתון להשפעה בלתי הוגנת מצידה. ממילא, לא נשלל רצונו החופשי והבלתי תלוי לערוך את הצוואה".

6. חוות-דעתו של השופט חשין, בפסק הדין שלערעור, נסמכה, מן הבחינה המשפטית, על שלוש הנחות-יסוד: האחת, כי נטל השכנוע לביסוס הטענה, שדינה של צוואה להיפסל מחמת שהמצווה הונע לעשותה

בהשפעתו הבלתי הוגנת של אדם אחר, רובץ על שכמו של המתנגד לקיומה של הצוואה. השניה, כי מקום בו מוכחת תלות מוחלטת של המצווה בנהנה, עד שניתן להניח כי רצונו החופשי לצוות נשלל ממנו, קמה חזקה שבעובדה כי הצוואה נעשתה בהשפעתו הבלתי הוגנת של הנהנה. והשלישית, כי משקמה חזקה, כאמור, מוטל על הנהנה להביא ראיות לסתירתה, בעוד שנטל השכנוע לביסוס הטענה, כי הצוואה נעשתה מחמת השפעתו הבלתי הוגנת של הנהנה, נותר על שכמו של המתנגד לקיום הצוואה.

השופט חשין סבר, כי המשיב לא פרק את נטל השכנוע שרביץ עליו לביסוס טענתו, כי המנוח עשה את צוואתו בהשפעתה הבלתי הוגנת של העותרת, ומטעם זה הציע לדחות את ערעורו. בדרכו למסקנה זו התלבט בשאלה, אם נסיבות עשיית הצוואה, שהוכחו בבית המשפט שלדיון, הקימו חזקה עובדתית שהצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. מחד, וכחלק מן התפיסה המקובלת עליו, קבע, כי "העובדה שהמנוח מותיר את רכושו לאישה שטיפלה בו בימיו האחרונים - והיא אישה זרה - לא בהכרח יש בה כדי לייצר חזקה שבעובדה על דבר השפעה בלתי הוגנת" (פסק הדין שלערוור, בעמ' 335); ומאידך, תיאר את הנסיבות, בהן עשה המנוח את צוואתו, כ"מוזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת" (שם, בעמ' 337). מהנמקתו השתמע, שאילו ראה לקבוע, כי הנסיבות אכן הקימו חזקה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, קרוב היה אף לקבוע שהעותרת לא הצליחה לסתור אותה. עם זאת, ומשלא שוכנע כי המשיב הצליח לפרוק מעליו את נטל השכנוע לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, גמר בדעתו שלא לחלוק על מסקנת בית המשפט המחוזי, כי בעובדות שהוכחו אין משום ראיה מספקת לקיומה של השפעה בלתי הוגנת. כדבריו (שם, בעמ' 337):

"אודה ואתוודה שנתלבטתי לא מעט בהכרעת הדין, בין לעניין השאלה אם קמה חזקה שבעובדה כנגד רינה (העותרת - א' מ') ובין לשאלה אם עלה בידי רינה להפריך חזקה שבעובדה שקמה נגדה (אם קמה). אכן, נסיבות כתיבתה של הצוואה לטובת רינה היו מוזרות, מוזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת. לסוף הגעתי לכלל מסקנה כי שומה עליו לדחות את הערעור, וכך, לא משום שרינה ובאת-כוחה שכנעו אותי באמיתות גירסתן, אלא משום שנטל השכנוע מוטל היה מלכתחילה על היועץ המשפטי לממשלה. לטעמי היה היועץ המשפטי לממשלה קרוב מאוד להסרת נטל השכנוע מעל שכמו, אך בסופו של מאבק דומני כי לא עלה בידו להסיר את הנטל שהיה מוטל עליו. אני מסכים אפוא, לא בנקל, עם דברי הסיכום של בית-משפט קמא, על דבר אי-הוכחת קיומה של השפעה בלתי הוגנת".

7. נקודת המוצא להכרעת השופט גולדברג, שלפסק-דינו הצטרפה השופטת שטרסברג-כהן, היתה שונה. לדעתו (בפסק הדין שלערוור, בעמ' 344), "קבעה פסיקה עקבית של בית-משפט זה, כי יש שנטל השכנוע לכך שלא נתקיימה השפעה בלתי הוגנת על עושה הצוואה, מוטל על שכמו של המבקש לקיים את הצוואה". השופט גולדברג מציון, כי נטל השכנוע, לשלול את קיומה של השפעה בלתי הוגנת, נקבע על-ידי

הפסיקה כ"חריג לכלל כי 'נטל ההוכחה' מוטל על הטוען לקיומה של השפעה בלתי הוגנת על המצווה" (שם). חריג זה חל לדעתו (כמבואר בפרשת **בן נון**, ע"א 423/75 הנ"ל, בעמ' 378), "כאשר הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החפשי והבלתי-תלוי של אותו אדם במה שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי אז אפשר לאמר שעשייה או פעולה שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון היא תוצאה של השפעה בלתי הוגנת מצדו, אלא אם הוכח היפוכו של דבר". ביחס לתחולתה של הלכת **בן נון** על פרשתנו, ציין השופט גולדברג (שם, בעמ' 345) כי

"אין חולק, כי הנסיבות שאפפו את המקרה שלפנינו (...) יצרו חזקה עובדתית בדבר השפעה בלתי הוגנת מצד רינה (העותרת - א' מ') על המנוח".

ותוך שקבע, במפורש, כי העותרת לא פרקה את הנטל שרביץ עליה, הוסיף וקבע, כי אף אם מניחים שנטל השכנוע נותר על שכמו של היועץ המשפטי לממשלה, לא היתה התוצאה משתנה. וכך אמר (שם):

"...לדעתי עדיין נותרו הנסיבות מוזרות, ולהן לא הביאה רינה הסבר שיש לו אחיזה בחומר הראיות, שיפיג את החשש להשפעה בלתי הוגנת מצדה. דהיינו, שלא עלה כלל בידי רינה לאיין את החזקה העובדתית בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת, וחזקה זו נשארה עומדת על כנה. משמע, שאם נטל השכנוע מוטל היה על היועץ המשפטי לממשלה, כי אז הורם הנטל על-ידי. ואם נטל השכנוע הועבר לשכמה של רינה, הרי שבוודאי ובוודאי שלא הרימה נטל זה".

8. סקרתי בקצרה את עיקרי קורותיהם של ההליכים עד כה ואפנה אל הדין הנוסף. במסגרת זו מוטל עליי להתייחס לשתי השאלות שהוצבו להכרעתנו: האחת, כלום די בקיומן של נסיבות מוזרות ואחוזות בחשד להשפעה בלתי הוגנת, כדי להקים חזקה שבעובדה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת? והשניה, מה משמעותה של חובת ההוכחה, שהקמת חזקה שבעובדה להשפעה בלתי הוגנת מטילה על מבקש קיום הצוואה; כלום המדובר בנטל הבאת הראיות (היינו, החובה להביא ראיות להפרכת החזקה), או בנטל השכנוע (היינו, החובה לשלול את קיומה של השפעה בלתי הוגנת)? בדרכי להכרעה בשתי השאלות האמורות, אזכיר את ההלכות המנחות לעניין תחולת החזקה, בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת על המצווה; אעמוד על מאפייניה המוכרים של התלות, שהפסיקה אימצה אותם כמבחני-עזר להכרעה בשאלה, אם בנסיבותיו של מקרה נתון יש כדי להקים חזקה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת; אדרש למהות הנטל המועבר למבקש ולנפקותו המשפטית של הסיווג; אנסה להגדיר אמות-מידה להכרעה בשאלה, אימתי יראה מבקש הקיום כמי שעמד בנטל ההוכחה שהועבר אליו; ואסיים בהכרעת גורלה של הצוואה נשוא הדין.

### השפעה בלתי הוגנת

9. סעיף 30(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, מורה לאמור:

"הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום, השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית - בטלה".

הנחת המוצא של חוק הירושה היא שהצוואה כשרה. הנטל להוכיח שהמצווה עשה את צוואתו מחמת השפעה בלתי הוגנת מוטל על הטוען לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, וכל ספק בעניין זה פועל לטובתו של מבקש הקיום. כמאמרו של מ"מ הנשיא זילברג בע"א 190/68 **סוטיצקי נ' קלינברוט**, פ"ד כב(2) 138, בעמ' 139:

"כל עוד אין ראיה מהימנה על מציאותה של ההשפעה הבלתי הוגנת, הזוכה הוא מבקש הקיום ולא מבקש הביטול".

ואולם בפרשת **בן נון**, שכבר הוזכרה לעיל, נקבע, שכאשר נסיבות המקרה מלמדות כי התקיימה תלות מקיפה ויסודית של המצווה בנהנה, והוראת הצוואה השנויה במחלוקת היא בעליל לטובת הנהנה, נטל ההוכחה יעבור אל המבקש את קיום הצוואה. מפאת חשיבותה לענייננו אשוב ואביא את ההלכה שנפסקה בפרשת **בן נון** (שעיקריה כבר צוטטו). להלן דברי השופט ברנזון (בפרשת **בן נון**, בעמ' 378):

"לפי חוק הירושה אין אצלנו כל חזקה לגבי קיומה של השפעה בלתי-הוגנת. על-כן נקבע הכלל, כי המתנגד לקיום צוואה עליו הראיה שהיא נערכה עקב השפעה כזאת. ע"א 190/68, **סוטיצקי נ' קלינברוט** [2]. ואולם גם אצלנו, כאשר הנסיבות האופפות את המקרה מצביעות על קיומה של תלות של אדם אחד בזולתו, שהיא כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החפשי והבלתי-תלוי של אותו אדם במה שנוגע ליחסים שבינו לבין הזולת, כי אז אפשר לאמר שעשייה או פעולה שהיא בעליל לטובתו של זה האחרון היא תוצאה של השפעה בלתי-הוגנת מצדו, אלא אם הוכח היפוכו של דבר. כלומר, במקרה כזה חובת ההוכחה על אי-קיומה של השפעה בלתי-הוגנת עוברת אל שכמו של המבקש לקיים את המעשה או הפעולה".

מזה שנות-דור שההלכות אשר נפסקו בפרשת **סוטיצקי** (ע"א 190/68 הנ"ל) ובפרשת **בן נון** מנחות את פסיקתנו. הכלל הותווה בפרשת **סוטיצקי**. בפרשת **בן נון** נקבע החריג, והשאלה הניצבת לפנינו היא מה גדרו של החריג לכלל.

10. העברת נטל ההוכחה בשאלת קיומה של השפעה בלתי הוגנת, מן המתנגד לקיום הצוואה אל המבקש את קיומה, על-פי הלכת **בן נון**, הינה פועל יוצא מהיווצרות חזקה שבעובדה שהמצווה עשה את צוואתו בהיותו נתון להשפעה בלתי הוגנת. חזקה זו נוצרת בהתקיים התנאים שפורטו בהלכת **בן נון**. בפסיקה שהסתמכה על ההלכה האמורה הושם הדגש בשאלת תלותו של המצווה בנהנה (או במבקש הקיום). חשיבותה של שאלה זו הינה ברורה, שהלוא קיום תלות הינו התנאי העיקרי להקמתה של חזקה, שהמצווה - בעשותו את צוואתו - לא פעל על-פי רצונו החופשי אלא הושפע מתלותו בנהנה. אך חשוב להדגיש שתיים אלו: ראשית, שבקיום תלות סתם לא סגי, וכדי שהתלות תמלא את התנאי הנדרש להקמת החזקה, עליה להיות "כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החפשי והבלתי-תלוי" של המצווה. הווי אומר, כי תלות שמבחינת היקפה ועוצמתה עלולה היתה להשפיע על החלטת המצווה, אך לא לשלול את רצונו החופשי, אינה מקיימת את התנאי להקמת החזקה. ושנית, כי התלות עשויה ללמד על השפעה בלתי הוגנת רק בהתקיים התנאי הנוסף, שנקבע בהלכת **בן נון**, והוא, כי הוראת הצוואה היא "בעליל לטובתו" של הנהנה. משמע, כי מקום שהוראת הצוואה השנויה במחלוקת, אף שהיא מיטיבה עם הנהנה, איננה "**בעליל לטובתו**", לא תקום החזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת, ונטל ההוכחה לא יועבר.

#### **ביטויי התלות כמבחי עזר לקיומה**

11. כיצד ועל יסוד מה עשוי בית המשפט לקבוע, שהמצווה היה תלוי בנהנה, וכי תלותו היתה בעוצמה מספיקה להקמת חזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת? בפסיקה נעשה שימוש בביטוייה המוכרים של התלות כבאבני-בוחן, שבית המשפט עשוי להסתייע בהן בבואו להכריע בשאלה זו. ארבעת המבחנים העיקריים הם: מבחן העצמאות; מבחן הסיוע; מבחן הקשר עם בני אדם אחרים; ומבחן נסיבות עריכת הצוואה.

12. תלות ועצמאות: המבחן הבסיסי להכרעה בדבר קיומה ועוצמתה של תלות הוא מבחן העצמאות. זהו מבחן של מידה, המיוסד על היותן של "עצמאות" ו"תלות" שני מושגים הופכיים. השאלה שבית המשפט מציג לעצמו היא, כלום בתקופה הרלוואנטית לעשיית הצוואה היה המצווה "עצמאי" - מן הבחינה הפיזית ומן הבחינה השכלית-הכרתית - ועד כמה? לתשובה לשאלה זו יש משקל רב בגיבוש ההכרעה: ככל שהמצווה היה יותר עצמאי, מכל אחת משתי הבחינות האמורות, תתחזק נטיית בית המשפט לשלול קיום תלות של המצווה בנהנה. והוא הדין, כמובן, בהיפוך היוצרות; ככל שהמצווה היה פחות עצמאי, באיזו משתי בחינות אלו, תתחזק הנטייה לחייב את קיום התלות.

עצמאותו של המצווה היוותה שיקול שהובא בחשבון בהכרעתן של פרשיות רבות. ההסתמכות על שיקול זה הביאה, בחלק מן המקרים, לדחיית הטענה בדבר קיום תלות המקימה חזקה להשפעה בלתי הוגנת

(ראו, לדוגמה, את האמור בע"א 389/85 מרכוס נ' היועץ המשפטי לממשלה, האפוסטרופוס הכללי, פ"ד מא(1) 505, בעמ' 510; ובע"א 750/90 כולל בית יהודה נ' גוטר, פ"ד מה(1) 498, בעמ' 504), ואילו במקרים אחרים הביאה לקבלת הטענה (ראו, למשל, את האמור בע"א 562/85 אירנשטיין נ' רז, פ"ד מב(2) 418, בעמ' 421; ובע"א 2622/90 שני נ' לרמר, פ"ד מז(1) 191, בעמ' 199). את השאלה אם המצווה היה עצמאי יש אמנם לבחון לאורך תקופה נתונה, אך לא פחות חשוב הוא לברר את מצבו במועד עריכת הצוואה (השוו: ע"א 133/84 רכטמן נ' זיסמן, פ"ד לט(4) 769, בעמ' 774). כן חשוב לציין, כי תלותו המוחלטת של המצווה מן הבחינה הפיזית אינה עדות מספקת לתלותו בזולת. אפשר שעצמאותו השכלית-הכרתית תחפה על תלותו הפיזית ותוביל למסקנה כי התלות הפיזית לא גרעה כל עיקר מעצמאותו (ראו, למשל, את דברי השופטת ביניש בע"א 2500/93 שטיינר נ' המפעל לעזרה הדדית של ארגון עולי מרכז אירופה, פ"ד נ(3) 338, בעמ' 344).

13. תלות וסיוע: מקום בו מתברר כי המצווה אכן לא היה עצמאי, ועקב כך נזקק לסיוע הזולת, מתעורר צורך לבחון אם הקשר שהתקיים בינו לבין הנהנה התבסס על מתן הסיוע שהמצווה נזקק לו (פרשת רכטמן, ע"א 133/84 הנ"ל, בעמ' 772). ואם היה זה הנהנה, אשר סייע למצווה להתגבר על קשייו ומיגבלותיו, ייטה בית המשפט לקבוע שהמצווה היה תלוי בנהנה (פרשת בן נון, בעמ' 376; ע"א 733/88 אהרוניאן נ' אלישקה, פ"ד מה(5) 705, בעמ' 711; ע"א 1750/90 אהרונסון נ' אהרונסון, פ"ד מו(1) 336, בעמ' 341; וע"א 157/89 ששון נ' מרזב, פ"ד מו(2) 209, בעמ' 213). חשיבות מיוחדת נודעת, בהקשר זה, לשאלה אם הנהנה היה היחיד שסייע למצווה בכל צרכיו, או שהמצווה הסתייע גם באחרים. הדעת נותנת שכאשר אנשים אחדים חולקים ביניהם את מטלות הסיוע, מידת תלותו של המצווה בכל אחד מהם היא, מטבעה, יותר קטנה, ומתמעט החשש להיווצרות תלות העלולה להוות פתח להשפעה בלתי הוגנת. לא כן הדבר, מקום בו הנהנה היה האדם היחיד אשר סייע למצווה. סיועו של אדם אחד עלול להעמיד את המצווה במצב של תלות מוחלטת באדם המסייע לו. וקיום מצב דברים כזה עשוי להוות שיקול התומך בהקמת חזקה להשפעה בלתי הוגנת (ראו: פרשת בן נון, בעמ' 376; פרשת אהרונסון, ע"א 1750/90 הנ"ל, בעמ' 341; וע"א 5640/92 אלוני נ' באומן, פ"ד מט(5) 373, בעמ' 382).

14. קשרי המצווה עם אחרים: ההכרעה בשאלה, אם ועד כמה היה המצווה תלוי בנהנה, עשויה להיות מושפעת גם מהיקף ומידת הקשרים שקיים המצווה עם אחרים זולת הנהנה. ככל שיתברר כי, בתקופה הרלוואנטית לעריכת הצוואה, היה המצווה מנותק לחלוטין מאנשים אחרים, או שקשריו עם אחרים היו מועטים ונדירים, תתחזק ההנחה שהמצווה אכן היה תלוי בנהנה (ע"א 576/78 לשצינסקי נ' סולוביציק, פ"ד לה(1) 686, בעמ' 690; פרשת אהרוניאן, ע"א 733/88 הנ"ל, בעמ' 711; ע"א 53/88 מנלה נ' ברנדווין, פ"ד מו(1) 686, בעמ' 690).



48, בעמ' 51-50; ע"א 3411/92 **רובינשטיין נ' ברזבסקי**, תקדין-עליון 95(2) 443, בעמ' 447; ופרשת **שטיינר**, ע"א 2500/93 הנ"ל, בעמ' 344).

אכן, בעצם בידודו של המצווה מן העולם יש כדי להגביר את תלותו בנהנה. מכאן 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 במצבו האובייקטיבי (פרשת **אהרונוסון**, בעמ' 341).

15. מבחן נסיבות עריכת הצוואה: סעיף 35 לחוק הירושה קובע כי מי שלקח חלק בעריכת צוואה - הוראת הצוואה המזכה אותו, או את בן-זוגו, בטלה. ואולם אפשר שמעורבות הנהנה לא תגיע עד כדי לקיחת חלק בעריכת הצוואה, אך תהווה ראיה לכאורה להשפעה בלתי הוגנת על המצווה, או, למצער, שיקול רלוואנטי להקמת חזקה בדבר קיומה של השפעה כזאת עליו (ע"א 576/72 **שפיר נ' שפיר**, פ"ד כז(2) 373, בעמ' 379; ע"א 217/74 **גולוב (גולוב) גמזו נ' גולוב**, פ"ד כט(2) 337, בעמ' 338; פרשת **בן נון**, בעמ' 381; פרשת **אהרוניאן**, בעמ' 711; פרשת **ששון**, ע"א 157/89 הנ"ל, בעמ' 214; פרשת **שני**, ע"א 2622/90 הנ"ל, בעמ' 199; ופרשת **אלוני**, ע"א 5640/92 הנ"ל, בעמ' 383).

16. כל אחד מארבעת המבחנים הנזכרים עשוי לסייע לבית המשפט בגיבוש הכרעתו לעניין קיומה של תלות. אין צריך לומר, כי בית המשפט רשאי לעשות שימוש במבחנים נוספים. כן עשוי הוא להתרשם, בדבר קיומה או העדרה של תלות, גם מנסיבותיו של מקרה נתון, שלא ניתן לגזור מהן כלל שניתן להיעזר בו לצורך ההכרעה במקרים אחרים. אך יצוין, כי השימוש בכל אחד מהמבחנים האמורים מחייב זהירות רבה. אכן, השימוש בכל אחד מהמבחנים עשוי לסייע לבית המשפט לקבוע אם, בעת כתיבת צוואתו, היה המצווה במצב של תלות; וההכרעה בשאלת התלות עשויה לסייע לו לקבוע אם המצווה היה נתון להשפעה בלתי הוגנת. אך חשוב לזכור, כי בתלות, כשלעצמה, אין משום ראיה מספקת לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, ואף לא להקמת חזקה בדבר קיומה.

טול את מבחן העצמאות. מהיותו של המצווה בלתי-עצמאי ניתן להסיק כי היה תלוי באחר. אך מהיותו תלוי באחר אין להסיק, כי את צוואתו (לטובת האחר) עשה מחמת השפעה בלתי הוגנת; ולא בהכרח ניתן להסיק ממנה כי הוקמה חזקה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת. הרציונל העיקרי לקביעת חזקה שבעובדה הוא הסתברות קיומה של העובדה המוחזקת. השאלה העובדתית, שלהכרעתה הננו נזקקים לחזקה בענייננו, היא דבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת. הוכחת תלות מספקת רכיב חשוב להקמת החזקה. אך ניסיון החיים

מוכח, שבנסיבות בהן אדם מבקש לצוות על רכוש, קיומה של תלות הוא מצב נפוץ בהרבה מקיומה של השפעה בלתי הוגנת. משמע שלהקמת חזקה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת דרוש ביסוס עובדתי נוסף. למצער על בית המשפט להשתכנע, כלשונה של הלכת **בן נון**, כי תלותו של המצווה בזולת היתה "כה מקיפה ויסודית שניתן להניח כי נשלל רצונו החפשי והבלתי-תלוי". הווי אומר, כי לא התלות היא העיקר, אלא ההסתברות שהתלות שללה את רצונו החופשי של המצווה. יפים לכאן דברי אזהרתו של הנשיא שמגר:

"אכן, המנוח היה כבן 80 בעת שערך את הצוואה, וככל הנראה היה גם חולה, אך אין בשני נתונים אלה כדי לבסס טענה בדבר השפעה בלתי הוגנת של המשיבה. צוואות אינן נערכות תמיד על-ידי מי שבריא ושלם ואינו חרד מיומו הקרב, אלא דווקא היפוכו של הדבר הוא התדיר; בכך כשלעצמו אין, כמובן, כדי לפסול תקפותה של הצוואה" (ע"א 510/90 **כצנשטיין נ' סידרנסקי**, פ"ד מה(2) 221, 225).

(ראו בהקשר זה את דברי הנשיא שמגר גם בע"א 4284/91 **סטיינבוך נ' מזרחי**, תקד"ן-עליון 93(2) 1283, בעמ' 1284).

הוא הדין במבחן הסיוע. אך טבעי הדבר שאדם הנזקק לסיוע יזקק לסיועם של קרוביו ומכריו, ובדלית ברירה יקבלו אף מאדם זר. כן טבעי הדבר, שאדם אשר הסתייע בקרוביו או במכריו ירצה לצוות להם מעיזבון לאחר מותו. ואין זה חזיון נדיר, כי מי שבצר לו נזקק לסיועו של אדם זר, ירצה לגמול לו במסגרת צוואתו. תלות של המצווה בסיועו של הזולת - ובייחוד כשהתלות נובעת ממיגבלות פיזיות גרידא - אינה בהכרח תלות השוללת את רצונו החופשי של המצווה, או מקימה בסיס לחזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת (ראו ע"א 130/77 **עוזרי נ' עוזרי**, פ"ד לג(2) 346, בעמ' 354). חשוב, לכן, לזכור, כי מבחן הסיוע אינו אלא מבחן עזר. אף הוא, כמו מבחן העצמאות, אינו מיועד לחייב או לשלול מסקנה אפשרית בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת, אלא רק לסייע בגיבוש מימצא עובדתי בדבר קיומה של תלות.

כך הוא גם ביחס לבחינת קשריו של המצווה עם אחרים. אם מתברר כי בתקופה הרלוואנטית לעשיית צוואתו לא קיים המצווה קשר עם איש זולת הנהנה, באופן שהנהנה היה כל עולמו, יש בכך ראייה לכאורה לתלותו בנהנה. ולעניין זה, כפי שכבר צוין, אין כל משמעות לשאלה, מי (או מה) גרמו לבידודו או התבודדותו של המצווה. אך תלות הנובעת מבידוד אינה מהווה ראייה מספקת לכך, כי צוואת המצווה לטובת הנהנה נעשתה על-ידיו בהשפעתו הבלתי הוגנת של הנהנה. בהכרעת השאלה, אם ניתוקו של המצווה מן העולם אמנם מעיד על קיומה של השפעה בלתי הוגנת, נודעת חשיבות רבה לסיבה שבגללה היה המצווה כה בודד. אם הסיבה לכך היתה התנהגות הנהנה, יש בכך תמיכה למסקנה שלכאורה הופעלה על-ידי הנהנה השפעה בלתי הוגנת. אך

אם הסיבה לבדידותו של המצווה נבעה ממצבו האובייקטיבי, מכך שהוא עצמו הרחיק מעליו את כל האחרים זולת הנהנה, או מכך שהאחרים הם שהרחיקו את עצמם מן המצווה, ספק אם ניתן יהיה להסתייע בתלות הנובעת מן הניתוק לעניין הקמת חזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת.

גם בהסקת מסקנות מנסיבות עריכת הצוואה יש מקום לזהירות. הנהנים על פי צוואה, לרוב, הינם האנשים הקרובים למצווה. אם המצווה נזקק לעזרת אחרים לצורך עריכת צוואתו (כבחירת עורך-דין, ביקור במשרדו ועוד) סביר להניח כי מי שסייע לו בפעולות אלו יהיו האנשים הקרובים לו; ואין לומר כי מי שסייע למצווה בפעולות כאלה, לא יהיה זכאי לרשת את מה שהמצווה התכוון ממילא לצוות לו (ע"א 142/80 **מירסקי נ' מירסקי**, פ"ד לה(2) 155, בעמ' 159). אכן, מעורבותו של הנהנה בסידורים הקשורים בעריכת הצוואה, שאינה עולה כדי נטילת חלק בעריכתה, עשויה ללמד על הצורך בבדיקה זהירה של שאלת ההשפעה הבלתי הוגנת, אך אין בכוחה כדי להעיד על קיומה של השפעה כזאת (פרשת **שטיינר**, בעמ' 349).

#### **האם די בנסיבות מעוררות חשד להקמת החזקה?**

17. כלום להקמת חזקה, בדבר קיום השפעה בלתי הוגנת, די בהוכחת נסיבות המקימות יסוד לחשד, שהמצווה, בעת עריכת הצוואה, היה נתון להשפעה בלתי הוגנת? לשאלה זו - הראשונה מבין שתי השאלות שהועמדו להכרעתנו בדיון נוסף זה - יש להשיב בשלילה. נטל השכנוע להוכחת קיומה של השפעה בלתי הוגנת רובץ - על-פי הלכת **סוטיצקי** - על המתנגד לקיום הצוואה; ולא למותר לציין, כי בפרשת **סוטיצקי** גופה דחה בית המשפט את טענת המתנגד לקיום הצוואה, כי די בחשד להשפעה בלתי הוגנת על המצווה כדי להביא לביטול הצוואה. הלכת **בן נון** לא התיימרה לשנות כלל זה, אלא קבעה תנאים להקמת חזקה שבעובדה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת. אך נטל השכנוע, כי התנאים האמורים התקיימו, רובץ על המתנגד לקיום הצוואה. הרציונל שביסוד הלכת **בן נון** סומך על ניסיון החיים, והוא, כי במקרים רבים (אולי ברוב המקרים) אין בידי המתנגד כל אפשרות מעשית להביא ראיות ישירות להוכחת טענתו, שהמצווה עשה את צוואתו בהשפעתו הבלתי הוגנת של הנהנה; אך יש בידו להוכיח נסיבות עובדתיות, שבהעדר עדות להפרכתן או להסברתן ויישובן עם רצונו וכוונתו של המצווה, עשויות למלא את חסרונו של ראיות ישירות. החזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת מיועדת להקל על המתנגד את משא הראיות. אך עד שיהיה בידו לתמוך את יתדות התנגדותו לצוואה בחזקה האמורה, מוטל עליו להביא ראיות המוכיחות כי במקרה נשוא הדיון לכאורה מתקיימים התנאים להקמת החזקה, שנקבעו בפרשת **בן נון**, לאמור, כי תלותו של המצווה בנהנה, בעת עשיית הצוואה, היתה כה מקיפה ויסודית עד שניתן, באופן סביר, להניח שרצונו החופשי נשלל, וכי בערכו את צוואתו, שהינה בעליל לטובת הנהנה, פעל המצווה בהשפעת הנהנה.

משעלה בידי המתנגד להביא ראיות המוכיחות לכאורה את התקיימות התנאים להקמת החזקה, בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת, נטל ההוכחה מועבר למבקש את קיום הצוואה. עניינה של השאלה הנוספת, בה עלינו להכריע בדיון נוסף זה, הוא במהות הנטל המועבר: כלום המדובר בנטל השכנוע או בנטל הבאת הראיות? ולשאלה זו אפנה עתה.

### **נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות**

18. דיני הראיות מבחינים, לעניין נטלי ההוכחה, בין נטל השכנוע לבין נטל הבאת הראיות. בהסברתה של הבחנה זו - שמאז אימוצה בפסק-דינו של השופט אגרנט בע"פ 28/49 זרקא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ד 504, הריהי ידועה ומוכרת היטב - אינני אומר להאריך. אך אזכיר, בתמצית, את עיקריה. נטל השכנוע (במינוחו של השופט אגרנט, בפרשת זרקא (בעמ' 523-522), "חובת הראיה" או "החובה מס' 1") מבטא את החובה המוטלת על בעל-דין להוכיח את טענותיו. הצד שעל כתפיו רובץ נטל זה נדרש לשכנע את בית המשפט באמיתות טענתו, ואם ייכשל בכך - טענתו תידחה (ראו ע"א 641/66 אריה נ' קליבנסקי, פ"ד כא(2) 358, בעמ' 363; וד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229, בעמ' 290). נטל הבאת הראיות (במינוחו של השופט אגרנט, בפרשת זרקא (שם), "חובת ההוכחה", או "החובה מס' 2"), המבטא נטל קל יותר, בא רק להבהיר על מי מהצדדים, בשלב מסוים זה או אחר של המשפט, רובצת חובה להציג את ראיותיו. ככלל, נטל הבאת הראיות מוטל בתחילת המשפט על הצד הנושא בנטל השכנוע; שאם צד זה לא יביא את ראיותיו, תידחה טענתו. אם הצד הנושא בנטל השכנוע הביא ראיה המוכיחה לכאורה את טענתו, עשוי נטל הבאת הראיות לעבור לצד השני. ואולם, הצד השני - אשר אינו נושא בנטל השכנוע - עשוי לזכות במשפט גם אם לא עמד בנטל הבאת הראיות, אם בית המשפט לא שוכנע כי הראיות שהביא הצד הראשון מבססות את טענתו במידת הוודאות הדרושה לשם עמידה בנטל השכנוע (י' קדמי, על הראיות (חלק שני, תשנ"א), בעמ' 853). במצב בו הראיות שקולות יפעל הספק לחובת הצד שעליו נטל השכנוע.

הנה כי כן, נטל הבאת הראיות אינו גוזר את גורל ההכרעה במשפט, אלא רק את מהלכו של המשפט, ואילו נטל השכנוע קובע את גורל ההכרעה במשפט: הצד הנושא בו חייב להרימו. אם נכשל בכך - תידחה טענתו וידו במשפט תהא על התחתונה. זאת ועוד: נטל הבאת הראיות עשוי לעבור מן הצד הנושא בנטל השכנוע לצד השני. לא כן נטל השכנוע, שהוא "קבוע ועומד, ולעולם אינו עובר מבעל דין אחד למשנהו" (כלשון השופט זוסמן, בפרשת אריה, ע"א 641/66 הנ"ל, בעמ' 363). כך אכן נקבע, בשעתו, בפרשת זרקא (ע"פ 28/49 הנ"ל, בעמ' 523-522) וכן בפרשיות רבות נוספות. על מי מבעלי הדין חל נטל השכנוע? את התשובה

לשאלה זו גוזרים מן הדין המהותי (פרשת אריה, בעמ' 364; ומן הזמן האחרון: ע"א 1842/90 בר לב נ' רפפורט, פ"ד מח(5) 221, דברי השופט דורנר בעמ' 228, והאסמכתאות המאוזכרות שם). ככלל, על-פי הדין המהותי, המוציא מחברו עליו הראיה. על-פי כלל זה, נטל השכנוע מוטל על התובע או המבקש. אך יש שהדין המהותי קובע חזקה, המפרה את הכלל הרגיל, ובכך "מעביר" את נטל השכנוע מבעל-דין אחד למשנהו. נפנה, אפוא, לחזקות המוכרות ונראה מה בין לבין נטלי ההוכחה: נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות.

### העברת הנטל על-ידי חזקה

19. מקובל להבחין בין שלושה סוגים של חזקות: חזקת-דין חלוטה, חזקה שבדין וחזקה שבעובדה. חזקה חלוטה היא חזקה שנקבעה בדין ושעל-פי מצוות הדין אין היא ניתנת לסתירה. חזקה שבדין (או "חזקה מן הדין"; כעולה מתקנה 81 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, שני המונחים כשרים) וכן חזקה שבעובדה הינן כלים ראייתיים ושתיהן ניתנות לסתירה. ההבדל בין שתיהן מתבטא בשלושה: במקורן הנורמאטיווי; בסוג הנטל ההוכחתי המועבר על-פיהן; ובנפקותן הראייתית.

חזקה שבדין היא חזקה שמקורה באחד מענפי ה"דין", כהגדרתו בסעיף 3 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981; לרוב המדובר בחזקות שנקבעו בחקיקה ראשית, ומכאן כינוין המוכר "חזקות שבחוק". חזקה שבדין עשויה להטיל את נטל השכנוע, ביחס לטענה מסוימת, על בעל-דין פלוני, בעוד שאלמלא החזקה היה הנטל רובץ על יריבו. הקמת החזקה מותנית, לרוב, בהתקיימות התנאים שנקבעו בדין; ומקום שהדין תולה את הקמת החזקה בהתקיימות תנאים, נטל השכנוע להתקיימות התנאים רובץ על בעל הדין המבקש להסתמך על החזקה. כך, למשל, אלמלא חזקת התמורה, האמורה בסעיף 29(א) לפקודת השטרות [נוסח חדש], היה על אוחז שטר-חליפין לשכנע את בית המשפט בדבר זכאותו לפרעון. חזקת התמורה הופכת את היוצרות, בכך שהיא מטילה את נטל השכנוע, ביחס לצדקת הכפירה בזכאותו של האוחז, על הנתבע מכוח השטר. ואילו נטל השכנוע הרובץ על האוחז מוגבל להוכחת העובדות החיוניות להקמת החזקה, כגון שהנתבע (אם הועמד הדבר במחלוקת) אכן הינו צד לשטר (פרשת אריה, בעמ' 364). דוגמה נוספת היא חזקת הרשלנות, הנלמדת מן הכלל "הדבר מדבר בעדו", הקבוע בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. משהוכיח התובע את קיומם של שלושת התנאים המנויים בסעיף 41, יוטל על הנתבע נטל השכנוע לסתירת חזקת הרשלנות שקמה נגדו (ע"א 241/89 ישראליפט (שרותים) תשל"ג בע"מ נ' הינדלי, פ"ד מט(1) 45). הן על התובע והן על הנתבע, בכל אחת משתי הדוגמאות הללו, מוטל נטל שכנוע; והטלת הנטל על הנתבע מותנית בכך שהתובע נשא את הנטל שרביץ עליו. אך יושם אל לב, כי המדובר אינו ב"העברת" נטל השכנוע מן התובע אל הנתבע (שהלוא, כפי שכבר צוין, נטל השכנוע אינו "עובר"), אלא בנטלי שכנוע שונים, ביחס לנושאים שונים: על התובע מוטל לשכנע את בית המשפט בדבר התקיימות התנאים להקמת החזקה שבדין שעליה מבקש הוא לסמוך את זכותו הנטענת;

ואילו על הנתבע מוטל לשכנע את בית המשפט שאין עליו אותה חבות שלכאורה נלמדת מהחלת החזקה. להחלתה של חזקה שבדין יש נפקות ראייתית מרחיקת-לכת. החלת החזקה מטילה על הנתבע נטל שכנוע לסתירת החזקה. משמעות הדבר היא, כי הנתבע ייחשב כמי שנשא בנטל רק אם הביא ראיות מספיקות להטיית מאזן ההסתברות לטובתו. אם לא עלה הדבר בידו, כגון שראיותיו הביאו רק למצב של שקילות, חובת בית המשפט תהיה ליישם את החזקה ולפסוק לטובת התובע.

20. להבדיל מחזקות שבדין, שכור מחצבתן מצוי בדין החרות, חזקות שבעובדה הינן יצירת הפסיקה. על-פי הדעה המקובלת, חזקה שבעובדה אינה אלא בבחינת ראיה נסיבתית לקיומה של עובדה שלא הובאה ראיה להוכחתה (קדמי, שם, בעמ' 877). הכיצד? יש שניסיון החיים מלמד, שבהתקיים עובדה פלונית - קרוב שתתקיים גם עובדה אלמונית. במצב דברים כזה, משהוכח קיומה של העובדה הראשונה, עשויה לקום חזקה שבעובדה לפיה התקיימה גם העובדה השניה (ע"פ 611/80 **מטוסיאן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 85, בעמ' 101). מבחינת נפקותה הראייתית דומה חזקה שבעובדה לעדות לכאורה. החזקה אך מלמדת, כי משהוכח קיומה של העובדה הראשונה, שוב אין צורך להוכיח את "ניסיון החיים" שביסוד החזקה (קדמי, שם). החזקה מהווה, אפוא, מעין עדות לכאורה לקיומה של העובדה המוחזקת. הקמתה מעבירה לבעל הדין שכנגד רק את נטל הבאת הראיות, בעוד נטל השכנוע נותר על שכמו של בעל הדין הסומך על החזקה. בידי בעל הדין היריב להביא ראיות, אם לסתירת יסודות החזקה ואם לסתירת המסקנה הלכאורית הנובעת מהחלתה; ובכל אחת משתי הדרכים הללו, גם אם עלה בידו רק לעורר ספק, ייחשב כמי שנשא בנטל (קדמי, שם, בעמ' 880). יתר-על-כן: גם אם לא הביא ראיה כלשהי, בית המשפט יהיה רשאי, אך לא חייב, ליישם את החזקה. הכרעתו חייבת להתבסס על השאלה, אם הצד שעליו נטל השכנוע נשא את הנטל; וגם בהעדר ראיה לסתירתה של חזקה שבעובדה, אשר קמה לזכות בעל הדין אשר עליו נטל השכנוע, רשאי בית המשפט להגיע למסקנה כי הוא לא נשא את הנטל.

#### **חזקה להשפעה בלתי הוגנת בעשיית צוואה**

21. בפרשת **בן נון** קבע בית המשפט, כי משהוכחו התנאים להקמת חזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת על עושה צוואה, מועבר נטל ההוכחה לעניין קיומה של השפעה בלתי הוגנת, מן המתנגד לקיום הצוואה למבקש את קיומה. מה סיווגה של חזקה זו? סיווגה של חזקה, כפי שראינו, נגזר על-פי המקור הנורמאטיווי שבו נקבעה החזקה. החזקה נשוא ענייננו נקבעה בפסיקה. מכאן שאין היא חזקה שבדין, אלא חזקה שבעובדה. העולה מסיווגה הוא, כי הנטל המועבר על-פיה אינו אלא הנטל להבאת ראיות. נטל השכנוע, שמעיקרא מוטל על המתנגד לקיום הצוואה, נותר עליו. ומשמעות הדבר היא, שבין אם מבקש הקיום מילא את חובת הבאת הראיות, שהקמת החזקה הטילה עליו, ובין אם לא מילא אותה, ההכרעה בשאלת קיומה של

השפעה בלתי הוגנת חייבת להיבחן על-פי השאלה, אם המתנגד לקיום הצוואה נשא את נטל השכנוע שרביץ עליו. נשיאה בנטל זה משמעה, כי הראיות שהובאו במשפט מוכיחות, ברמת הוודאות הנדרשת על-פי מאזן ההסתברות, כי המצווה עשה את צוואתו מחמת השפעה בלתי הוגנת.

22. בפסק הדין שלערוור (בעמ' 344) קבע חברי, השופט גולדברג, כי בהתקיים התנאים שנקבעו בהלכת **בן נון**, להקמת חזקה שהמצווה היה נתון להשפעה בלתי הוגנת, מוטל על שכמו של המבקש לקיים את הצוואה "**נטל השכנוע** לכך שלא נתקיימה השפעה בלתי הוגנת על עושה הצוואה". כתמיכה לקביעתו, כי הנטל הרובץ על מבקש הקיום הוא נטל השכנוע, הביא השופט גולדברג אסמכתאות אחדות. בעיקר הסתייע במובאה מדברי השופט בך בפרשת **אהרונוסון** (בעמ' 341), לאמור, "כי יש מקום להחיל את החזקה בדבר העברת נטל ההוכחה, **ועל המערער** (מבקש הקיום - א' מ') **היה להראות**, שלא הייתה מצדו השפעה בלתי הוגנת"; וכן במובאה מדברי השופט אור בפרשת **ששון** (בעמ' 211), לאמור, כי "בהתקיים ה**חריג היה על המערער** (מבקש הקיום - א' מ') **להוכיח** שלא הייתה מצדו השפעה בלתי הוגנת, אשר הביאה לעריכת הצוואה לטובתו" (ההדגשים נכללו במובאות).

לצורך הדיון הנני נכון לקבל כי ביטויי השופטים בשתי המובאות הנזכרות ("היה להראות" במקרה האחד ו"היה להוכיח" במקרה השני) עשויים להתפרש כתומכים בהשקפת השופט גולדברג, כי החלת החזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת מטילה על המבקש לקיים את הצוואה את נטל השכנוע, שהמצווה עשה את צוואתו שלא מחמת השפעה בלתי הוגנת. זאת ועוד: אחיזה לשונית, ראשונית ומקורית, לגישה זו מצויה בדברי השופט ברנזון בפרשת **בן נון** גופה. מניסוח ההלכה בפרשה זו, שהבאתיה לעיל כלשונה, עולה, כי הוכחת קיומה של תלות מבססת מימצא עובדתי בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת, "אלא אם ה**וכח היפוכו של דבר**" (פרשת **בן נון**, בעמ' 378), ואמירה זו, לכאורה, מעידה על הטלת נטל השכנוע. הוא הדין בהמשך הדברים: בהיזקקו לאנלוגיה מהלכות המשפט המקובל האנגלי בנושא הענקת מתנה, שלכאורה ניתנה בעקבות השפעה בלתי הוגנת על הנותן, אומר השופט ברנזון, כי "מה שדרוש לסתירת ההנחה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת הוא ה**וכחה חיובית** כי המתנה היתה פעולה עצמאית של הנותן" (**שם**, בעמ' 380; ההדגשים שלי - א' מ'). ואף מכאן מסתברת, לכאורה, כוונה להטיל על הנהנה את נטל השכנוע. אך, כשלעצמי, הייתי מבכר שלא להיתלות באמירות הללו כבאסמכתה לקיומה של הלכה פסוקה, שנטל ההוכחה שהחלת החזקה מעבירה לשכמו של מבקש הקיום הוא נטל השכנוע דווקא. למיטב ידיעתי, עד לפרשתנו לא נדרש בית המשפט להכרעה ישירה בדבר מהות הנטל שהחלת החזקה מטילה על שכמו של מבקש הקיום; ואת אמירות השופטים בפרשיות הנזכרות נוטה הייתי לפרש כמתייחסות ל**סוג הראיות**, אותן מצופה המבקש להביא לסתירת החזקה שהוקמה נגדו, ולא ל**רמת ההוכחה** הנדרשת ממנו או להכרעה שתתחייב מאי-הבאתן על-ידו. ואולם גם אם אני שוגה

בהנחתי האמורה, וכוונת בית המשפט, בפרשת **בן נון** ובפרשיות נוספות שהלכו בעקבותיה, היתה, שהחלת החזקה מטילה על הנהנה את נטל השכנוע, ראוי לנו, לדעתי, כי נשוב ונעמיד בעניין זה את הדין על מכונו.

23. כחברי השופט חשין, בפסק הדין שלערעור, גם אני, בכל הכבוד, סבור, כי החלת החזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת אינה מעבירה לשכמו של מבקש קיום הצוואה את נטל השכנוע, אלא את נטל הבאת הראיות בלבד. כבר עמדתי על כך, כי הטלת נטל השכנוע על בעל-דין פלוני אינה יכולה להיגזר אלא מהוראות הדין המהותי. הוראת הדין המהותי, החלה על ענייננו, היא הוראת סעיף 30(א) לחוק הירושה, והלכה מיוסדת היא עמנו מאז פרשת **סוטיצקי**, כי נטל השכנוע לגבי קיומה של השפעה בלתי הוגנת, כמובנה בסעיף 30(א), רובץ על הטוען. חזקת קיומה של השפעה בלתי הוגנת, שהוכרה בפרשת **בן נון**, היא חזקה שבעובדה; וכוחה של חזקה שבעובדה - שפועלה דומה לפועלה של ראיה נסיבתית - מוגבל להעברת נטל הבאת הראיות. החזקה נשוא ענייננו לא נועדה לפטור את המתנגד לקיום הצוואה, בטענת השפעה בלתי הוגנת, מנטל השכנוע הרובץ עליו להוכיח את טענתו, אלא אך להקל עליו נטל זה. יתר על כן: כיון שהנטל על המתנגד, אין הוא יכול לעבור ממנו אל המבקש; שהלוא נטל השכנוע אינו עובר לעולם מבעל-דין למשנהו. ודוק: ענייננו אינו במקרה בו הדין עצמו מפלג את נטלי השכנוע בין בעלי הדין, באופן שעל כל אחד משניהם רובץ נטל שכנוע להוכחת טענתו; כמתואר, למשל, בפרשת **בר לב** (ע"א 1842/90 הנ"ל, בעמ' 228). ענייננו כאן בטענה לבטלות צוואה מחמת השפעה בלתי הוגנת. ומשמנינו וגמרנו, כי נטל השכנוע להוכחת טענה זו רובץ על הטוען לבטלות הצוואה, שוב אין נטל זה יכול לנדוד ממנו אל מבקש הקיום.

24. מחוות-דעתו של השופט גולדברג, בפסק הדין שלערעור, עולה, כי גם הוא מסכים כי בהימלא התנאים שנקבעו בפרשת **בן נון** קמה **חזקה שבעובדה** לקיומה של השפעה בלתי הוגנת (שם, בעמ' 345). נמצא שלשיטתו, עשויה חזקה שבעובדה להעביר את נטל השכנוע מן המתנגד לקיום הצוואה למבקש לקיימה. חוששני שבכך יש משום ערוב תחומים, לא רק בין סוגי הנטלים (נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות) אלא גם בין סוגי החזקות (חזקה שבדין וחזקה שבעובדה).

יצוין שערוב תחומים כזה איפיון את לבטי השופטים בעבר, כאשר ניצבו מול חזקות שבמקורן נקבעו בהלכות המשפט המקובל. דוגמה מאלפת לכך מהווים חילוקי הדעות בין גישת המיעוט (השופט לנדוי) לבין גישת הרוב (הנשיא אגרנט) בפרשת **נוימן** (ד"נ 4/69 הנ"ל). המחלוקת, כזכור, סבה בשאלת מהות הנטל המועבר למזיק, משהוכיח הניזוק את שלושת היסודות הנדרשים להקמת חזקת הרשלנות על-פי הכלל "הדבר מדבר בעדו". השופט לנדוי סבר, כי הוכחת היסודות לתחולת הכלל אינה מעבירה למזיק את נטל השכנוע, אלא רק את נטל הבאת הראיות (שם, בעמ' 237). עיקר טעמו לכך היה, כי אף שהכלל "הדבר מדבר בעדו" נקבע



בינתים בחוק (תחילה בסעיף 54 לפקודת הנזיקים האזרחיים ולימים בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]), הרי שעל-פי מהותו נותר אותו כלל שנקבע בפסקי-דין אנגליים, שניסחו את התנאים להחלתו על-פי נסיבות המקרים בהם עסקו וכהנחיות לחבר המושבעים. משמע, כי מה שעל-פניה הפכה לחזקה שבדין, המטילה על המזיק את נטל השכנוע להוכחת הגנתו, היתה ועודנה אך חזקה שבעובדה, וכך יש להוסיף ולהתייחס אליה. הנשיא אגרנט קבע, כי משקמה חזקה לחובתו, על-פי סעיף 41 לפקודת הנזיקין, מוטל על המזיק נטל השכנוע, ואם הוא אינו נושא בו, חייב בית המשפט לחייבו באחריות לגרימת נזקו של התובע. בפסק-דינו מסביר הנשיא את ההבחנה בין נטלי ההוכחה לסוגיהם (בעמ' 290-291), וכן את ההבחנה בין חזקה שבדין (שבכוחה להטיל את נטל השכנוע) לבין חזקה שבעובדה (בעמ' 292 ואילך). ומהבחנה זו נגזרת לבסוף מסקנתו, כי חזקת הרשלנות הקבועה בסעיף 41 לפקודה, מהיותה חזקה שבדין, מעבירה לשכם הנתבע את נטל השכנוע, שאין לייחס לרשלנותו את גרימת התאונה בה ניזוק התובע. אך, בהקשר הדרוש לענייננו, הנני מוצא טעם להפנות גם לדבריו הבאים של הנשיא אגרנט:

"נשאלת השאלה: כיצד יוכל הנתבע להזים את העובדה המוחזקת ... השאלה היא: מהו תקפה המשפטי של החזקה שקמה לטובת התובע - האם כוחה הוא בזה שהיא מעבירה לנתבע אך את נטל הבאת הוכחות (חובה מס' 2 במשמעותה הממשית) או שמא היא פועלת להעמיס עליו את נטל השכנוע (חובה מס' 1)? אכן, הכללים הקובעים את החזקות הנדונות הם בחלקם יצירת המחוקק ואלה מפוזרים בחוקי החרותים; ואילו בחלקם הם פרי ההמצאה השיפוטית. ברור, וכבר נרמז על כך, שלנגד עיניהם של מעצבי הכללים עמדו מטרות מסויימות - לאמור: חזקה חזקה ותפקידה לאור טעמה או טעמיה הענייניים ... היוצא מזה: כדי להשיב לשאלה, אם החזקה הנדונה פועלת להעביר לנתבע את החובה מס' 2 כאמור, או אף את החובה מס' 1, דרוש לעמוד קודם על הטעם או הטעמים הענייניים, שבגללם נוצרה החזקה, וזאת ביחוד אם המדובר איננו בחזקה שקבע המחוקק בעצמו, בלשון בה גילה את דעתו, לענין זה, בצורה שאינה מניחה מקום לספק" (פרשת **נוימן**, בעמ' 294).

מן הדברים הללו ניתן, לכאורה, להתרשם כי הנשיא אגרנט אינו שולל את האפשרות, שהיווצרות חזקה שבעובדה תעביר מבעל-דין למשנהו, לא רק את נטל הבאת הראיות, אלא אף את נטל השכנוע; והתרשמות זו בוודאי שאינה מתיישבת עם גישתו העקרונית, המבחינה היטב בין החזקות ונפקויותיהן השונות. ואולם עיון מדוקדק בדברי הנשיא יעלה, כי כוונתו האמיתית לא היתה לחזקות שבעובדה, במשמעותן המקובלת עלינו, אלא לחזקות שהן, כלשונן, "פרי ההמצאה השיפוטית". לשיטתו, יש שפועלן של חזקות כאלה, שמעיקרא נקבעו בפסיקה כחזקות שבעובדה, יהיה כשל חזקות שבדין (למרות שלא הולבשו לבוש חקיקתי) והקמתן תעביר לבעל הדין השני את נטל השכנוע, ויש שפועלן יהיה אך כשל חזקות שבעובדה, שכוחן מוגבל להעברת נטל הבאת הראיות בלבד.

בדברים הללו יש כדי להמחיש את גדר הלבטים שהיו מנת חלקם של השופטים בפרשת **נוימן**: השופט לנדוי, מחד, אינו נכון לקבל כי לחזקה שנקבעה בפסיקה האנגלית כחזקה שבעובדה, אף שנקלטה בינתים בחקיקה, תינתן נפקות ראייתית כשל חזקה שבדין. ולעומתו, הנשיא אגרנט, אף שאינו נכון לפקפק בדבר סיווגה של חזקה שנקבעה בחקיקה כחזקה שבדין, הריהו נכון לסווג כחזקות שבדין גם חזקות פסיקתיות, אם תכלית קביעתן מגלה טעמים המצדיקים זאת.

25. כלפי מה אמורים הדברים? כלפי קביעת השופט גולדברג, כי הקמת חזקה שבעובדה, לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, מטילה על מבקש הקיום את נטל השכנוע, כי המצווה לא היה נתון כל עיקר להשפעה בלתי הוגנת וכי עשה את צוואתו על-פי רצונו והחלטתו. עמדה זו מזכירה, במובן מסוים, את גישת הנשיא אגרנט בפרשת **נוימן**, שהכירה באפשרות שחזקה שבעובדה שנקבעה בפסיקה תהא בעלת נפקות ראייתית הדומה לנפקותה של חזקה שבדין, אם טעמי קביעתה של החזקה מלמדים שהיא נועדה להיות בעלת נפקות כזאת. אלא שההלכות אליהן כיוון הנשיא אגרנט, כמקור ליצירתן של חזקות הטעונות סיווג על-פי התכלית שניצבה ביסוד קביעתן, היו, אל נכון, הלכות המשפט המקובל האנגלי. העובדה שהללו היוו חלק מן ה"דין", כהגדרתו בסעיף 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], שעמדה אז בתוקפה, אינה מעלה או מורידה; שהלוא גם הגדרתו החדשה-ישנה של "דין", בסעיף 3 לחוק הפרשנות, לא גרעה דבר ממעמדן הישן של הלכות אלו. אלא שזיקת המשפט, וכן זיקת בית המשפט, להלכות המשפט המקובל האנגלי, בשנים ההן, היתה עדיין איתנה והדוקה. על רקע זה ניתן להבין את הלבטים בשאלות המיון והסיווג של החזקות ונטלי ההוכחה שאיפיינו את גישות השופטים בפרשת **נוימן**. אך מאז מתן פסק הדין בפרשת **נוימן** חלפו עברו קרוב לשלושה עשורים. פסיקתנו שוב אינה בוחנת את עצמה על-פי זיקתנו הנשכחת למשפט המקובל האנגלי; ובנושאי מיון של החזקות הראייתיות, וקביעת נטלי הראיה על-פיהן, כבר עלה בידנו לגבש משנה סדורה משלנו. ופסיקה המכירה בכוחה של חזקה שבעובדה להטיל על בעל-דין נטל שכנוע, או המכירה בכוחה של חזקה פסיקתית לפעול כחזקה שבדין, אינה עולה בקנה אחד עם הכללים אותם גיבשנו.

### **נפקות השאלה בדבר סוג הנטל**

26. חברי השופט גולדברג הוסיף, כזכור, וקבע, "שאם נטל השכנוע מוטל היה על היועץ המשפטי לממשלה, כי אז הורם הנטל על-ידי" (פסק הדין שלערעור, בעמ' 345). אם צדק חברי בתוספת זו, כי אז לשווא ניתנה רשות לדין נוסף בשאלת מהות הנטל שהקמת החזקה מטילה על מבקש הקיום, ולשווא טרחתי בניסיוני להסביר, כי הקמת החזקה אינה מטילה על המבקש את נטל השכנוע אלא אך מעבירה לשכמו את נטל הבאת הראיות. אך חוששני, כי גם לקביעתנו הנוספת של חברי, לפיה אכן הוכיח המשיב, ברמה הנדרשת ממי שנטל השכנוע רובץ על שכמו, כי המנוח ערך את צוואתו בהשפעתה הבלתי הוגנת של העותרת, אין בידי להסכים. לפן

העובדתי של הדברים עוד אשוב. בשלב זה אסתפק בהפניה לשתי נקודות בהנמקתו המשפטית של השופט גולדברג, שאת דבריו ביחס לסוגיה זו הבאתי לעיל (בפיסקה 7): הנקודה הראשונה היא, שאת קביעתו כי נוצרה חזקה, בדבר השפעה בלתי הוגנת מצד העותרת על המנוח, מבסס חברי על הנסיבות מעוררות החשד שאפפו את עריכת הצוואה; ולדעתי, שאותה כבר ביארתי, בקיום נסיבות מעוררות חשד אין די להקמת החזקה. והנקודה השנייה היא, שאת נשיאת נטל השכנוע על-ידי המשיב מייחס חברי לכך, שבידי העותרת לא עלה "לאיין את החזקה העובדתית בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת" (שם); והביטוי "לאיין" יכול להתיישב רק עם עמדת חברי, שנטל השכנוע רבץ על העותרת, אך לא עם הנחתו כי יכול שנטל השכנוע רבץ על המשיב. נמצא שלפחות על-פי גישת חברי, הסבור כי להקמת החזקה די בנסיבות מעוררות חשד, הצורך להכריע בשאלת מהות הנטל נותר בעינו אף ביחס להכרעה בפרשתנו; ואילו לשיטתי, כי בנסיבות מעוררות חשד אין די להקמת החזקה, ההכרעה בשאלת מהות הנטל דרושה לשם העמדת הדין בסוגיה חשובה זו על מכונו. אם תישמע דעתי, כי אז נקבע שהקמת חזקה בדבר השפעה בלתי הוגנת מעבירה לשכמו של מבקש הקיום את נטל הבאת הראיות בלבד, בעוד שנטל השכנוע לקיומה של השפעה בלתי הוגנת נותר על שכמו של המתנגד לקיום הצוואה. משמעות הדבר היא, שכל עוד אין בית המשפט משתכנע כי מאזן ההסתברות, בשאלת הוכחתה של השפעה בלתי הוגנת, הוטה לצדו של המתנגד, חובה עליו לצוות על קיום הצוואה.

#### **הרמת הנטל על-ידי מבקש הקיום**

27. הקמת חזקה שבעובדה כי המצווה היה נתון להשפעה בלתי הוגנת מעבירה אל המבקש את נטל הבאת הראיות. ראיותיו יכולות, כמובן, להתייחס לנסיבות שעליהן ביסס המתנגד את טענתו לתחולת החזקה. כך, למשל, אפשר שיבקש להראות כי המצווה לא היה תלוי בו, או שתלותו בו לא היתה מקיפה ולא שללה את רצונו החופשי. אך ראיותיו של המבקש עשויות להתייחס גם לנסיבות שבכוחן לסתור את החזקה. במסגרת זו יבקש להראות, כי למרות שתלותו של המצווה בו אכן היתה מקיפה ויסודית, ולמרות שהצוואה היא בעליל לטובתו, מן הדין לקיים את הצוואה, בהיותה פרי רצונו החופשי והחלטתו השקולה של המצווה. בבירור השאלה, אם המבקש נשא את נטל הבאת הראיות שהחלת החזקה העמיסה על שכמו, יבחן בית המשפט (כמקובל ביחס לבחינתה של כל ראייה נסיבתית), אם המסקנה שהמצווה עשה את צוואתו מחמת השפעה בלתי הוגנת אכן הינה המסקנה הסבירה היחידה העולה מכלל הראיות שהובאו במשפט. להכרעתו בשאלה זו עשוי בית המשפט להסתייע במספר מבחנים מעשיים. אין המדובר, כמובן, במבחנים שהם ישימים לכל המקרים. אך על אחדים מאלה דומה שכדאי להתעכב.

28. **מבחן הקירבה הרגשית**: שאלה שתעסיק את בית המשפט היא, מה היה יחסו הרגשי של המנוח לנהנה. הוכחת יחסו הרגשי החיובי של המצווה כלפי הנהנה יכולה ליישב עריכת צוואה, שהיא בעליל לטובת

הנהנה, גם עם העדר השפעה בלתי הוגנת. אכן, השאלה הטעונה בירור היא טיב יחסו הרגשי של המצווה כלפי הנהנה, ולא טיב יחסו הרגשי של הנהנה כלפי המצווה. אך יש לזכור, כי במקרים רבים יחס רגשי הוא הדדי, ולכן, גם להוכחת יחסו של הנהנה למצווה עשוי להיות ערך ראייתי (ע"א 196/85 רזנפלד נ' סלנט, פ"ד לט(4) 550, בעמ' 554). הקירבה הרגשית, שבין המצווה לבין הנהנה, עשויה להיבחן על רקע טיב הקשר עליו צמחו יחסיהם. קירבה משפחתית מהווה אינדיקציה חשובה לקיומו של יחס רגשי (פרשת מירסקי, ע"א 142/80 הנ"ל, בעמ' 159). אכן, העדר קירבה משפחתית אינו שולל קיום יחס רגשי חיובי, אך קיומה של קירבה כזאת עשוי לחזק את ההערכה בדבר קיומו של יחס רגשי חיובי. בהכרעת קיומה של קירבה רגשית, ולשם הבחנה בינה לבין מצב של תלות נפשית, נודעת חשיבות גם לאורך תקופת קשריהם של המצווה והנהנה. ככל שהתקופה היא יותר ארוכה, תתחזק המסקנה כי המדובר ביחס רגשי חיובי ולא ביחס של תלות. אך גם כאן אפשרויות סיטואציות מגוונות, שעל בית המשפט להיות ער להן: מחד, אין זה בלתי אפשרי שאדם יבחר מרצונו החופשי לצוות את כל רכושו לנהנה גם לאחר היכרות קצרה ביניהם. ומאידך, גם העובדה שיחסי המצווה והנהנה נמשכו זמן רב אינה שוללת את האפשרות שהצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת (פרשת אהרוניאן, בעמ' 711-710).

29. מבחן הנישול: עריכת צוואה שוללת את הירושה על-פי-דין. בעריכת צוואה (למעט צוואה ליורשים החוקיים כחלקיהם בחוק, שקיומה וביטולה הם היינו-הך) יש, למעשה, משום נישולם מן הירושה, המלא או החלקי, של היורשים על-פי-דין, כולם או חלקם. בכך שהצוואה מנשלת מחלקו בירושה את מי מהיורשים החוקיים אין משום ראייה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת (פרשת מנלה, ע"א 53/88 הנ"ל, בעמ' 51). ואולם, לעובדות שברקע הנישול עשויה לעתים להיות משמעות. כך, למשל, בבחינת אמיתות הצוואה, לטובת מי שאינו יורשו החוקי של המצווה, או לטובת אחד בלבד מכלל יורשיו החוקיים, עשויה להיות משמעות לבחינת השאלה, אם היו למצווה סיבות לנשל מירושתם את כל או רוב קרוביו. הוכחת קיומן של סיבות כאלה אינה כה קלה ולכן לא תמיד יהיה מקום לזקוף את אי-הוכחתן לחובת הנהנה. אך לעתים אפשר שיימצא הסבר לנישול הקרובים (ראו, לדוגמה, ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, בעמ' 712-713). קיומו של מניע שלא-לתת (הרצון לנשל את הקרובים) עשוי להתיישב עם קיומו של מניע לתת (הרצון לזכות את הנהנה) ולתמוך בהערכה שהצוואה משקפת את רצון המצווה (פרשת כצנשטיין, ע"א 510/90 הנ"ל, בעמ' 225; פרשת רזנפלד, ע"א 196/85 הנ"ל, בעמ' 551; וע"א 2014/95 פרל נ' בס, פ"ד מט(5) 302, בעמ' 304). ומאידך, שלילת קיומו של מניע נראה לעין לנישול היורשים החוקיים עשוי לתמוך באפשרות שהצוואה נעשתה עקב השפעה בלתי הוגנת (ע"א 36/88 זלוף נ' זלוף, פ"ד מו(3) 184, בעמ' 188-189).

שיקול נוסף העשוי להנחות את בית המשפט, בבחינת העובדות שברקע הנישול, כרוך במספר היורשים על-פי הצוואה. כאשר הנהנה, שכלפיו מבקשים להחיל את החזקה, נקבע על-ידי המצווה כירש יחיד או עיקרי של נכסי העיזבון, הנטיה לקבוע שהיתה השפעה בלתי הוגנת מצדו על המצווה תהיה חזקה יותר מאשר במקרה בו חילק המצווה את ירושתו בין מספר יורשים. אך הזהירות הננקטת לאורך כל הדרך, מקומה יפה גם כאן: העובדה שהנהנה הוא היורש היחיד, כשלעצמה, אינה מוכיחה, אף לא לכאורה, שהנהנה גרם לעשיית הצוואה בהשפעה בלתי הוגנת על המצווה (ע"א 851/79 **בנדל נ' בנדל**, פ"ד לה(3) 101), בעמ' 106; וע"א 1099/90 **שרוני נ' שרוני**, פ"ד מז(4) 785, בעמ' 794). אך היא מהווה שיקול רלוואנטי, אחד מני רבים, העשוי להצטרף לשיקולים אחרים או להיסתר על-ידי שיקולים נוגדים.

אך יש מקרים, בהם למבחן הנישול אין כל משמעות. המקרה היותר מובהק מסוג זה, שניתן להעלותו על הדעת, הוא המקרה שבו למצווה אין כל יורשים חוקיים. "יורשתו החוקית" של מי שאין לו יורשים חוקיים היא המדינה (סעיף 17 לחוק הירושה), ובעשיית צוואה על-ידי יושם נישול המדינה מזכותה לרשתו. אך זהו נישול ערטילאי ששאלת מניעיו כלל אינה מתעוררת. אכן, גם בצוואה שנעשתה בידי אדם ערירי יש מקום לבחון, אם הצוואה נעשתה מרצון לזכות את הנהנה או עקב השפעה בלתי הוגנת (פרשת **מרכוס**, ע"א 389/85 הנ"ל, בעמ' 510), אך שאלת קיומו ומשקלו של המניע לנשל את היורשים החוקיים אינה מתעוררת.

30. מבחן השימוש לרעה בתלות: הוכחת תלותו של המצווה בנהנה עשויה, בהתקיים התנאים הנוספים, להקים חזקה להשפעה בלתי הוגנת. אך כדי להיווכח אם המצווה, שתלותו בנהנה הוכחה, אכן היה נתון להשפעה בלתי הוגנת, יש לבחון אם הנהנה ניצל את תלותו של המצווה במטרה להשפיע עליו בנושא עריכת הצוואה (פרשת **אהרוניאן**, בעמ' 711). הצורך בבירור זה מתחייב מן ההכרח להבחין בין הוכחתה של התלות לבין הוכחתה של השפעה בלתי הוגנת.

31. מבחן ההשפעה המותרת: גם במקרים בהם מוכחת השפעה מצד הנהנה על המצווה, עדיין אפשר שההשפעה לא היתה בלתי הוגנת (ע"א 681/77 **מרק נ' שאבי**, פ"ד לג(1) 7, בעמ' 11-12; ע"א 718/89 **קניפל נ' גוץ**, תקדין-עליון 91(3) 949, בעמ' 950). המושג "השפעה", כשלעצמו, נטול גוון ערכי. השפעה עשויה להיות בלתי הוגנת, אך יכולה להיות גם הוגנת; וההכרעה בין שתי האפשרויות היא הכרעה ערכית (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, דברי השופט שטרסברג-כהן בעמ' 448. וכן: פרשת **רכטמן**, בעמ' 772). כך, למשל, ניתן לתאר מצב שבו הנהנה סייע למצווה בערוב ימיו להתגבר על קשיי החולי והזיקנה, ללא כל ניסיון או כוונה להשפיע על המצווה, והמצווה גמל לנהנה בכך שציווה לו את רכושו או חלק ממנו. במצב כזה, הגם

שהתנהגות הנהנה השפיעה על החלטת המצווה, השפעת הנהנה לא היתה בלתי הוגנת (פרשת **רוזנפלד**, בעמ' 554; ופרשת **בנדל**, ע"א 851/79 הנ"ל, בעמ' 106).

כאשר הנהנה, אשר טיפל במצווה, הוא בן-זוג או ילדו, תגבר הנטיה לראות את ההשפעה כלגיטימית; שהלוא טיפול במצווה, על-ידי בן-משפחתו הקרוב, הוא המצב הטבעי (פרשת **רכטמן**, בעמ' 774; פרשת **כצנשטיין**, בעמ' 224; ע"א 5417/90 **צוריאנו נ' חכמוב**, תקדין-עליון 93(1) 1061, בעמ' 1075; פרשת **רוזנפלד**, בעמ' 554; ופרשת **פרל**, ע"א 2014/95 הנ"ל, בעמ' 307). היו אמנם מקרים, בהם נקבע כי ילדו של המוריש הפעיל עליו השפעה בלתי הוגנת (ראו, לדוגמה, את פרשת **אהרונוסון**), אך הנטיה תהיה להימנע ממסקנה כזו.

32. השפעה לטובת אחר: במקרה השכיח, בו מתקיימת השפעה בלתי הוגנת, ימצא שהמשפיע השפיע על המוריש לצוות את נכסיו, או חלק מהם, למשפיע עצמו. אך יש שיימצא כי השפיע עליו לזכות בירושתו אדם אחר. אם הזוכה אינו קרובו או מקורבו של המשפיע, או שכוונת ההשפעה לא היתה להביא לנישולו, או להקטנת חלקו בירושה, של יורש אחר, הנטיה לקבוע שהשפעתו היתה בלתי הוגנת תיחלש (פרשת **גודמן**, ע"א 4902/91 הנ"ל, בעמ' 457); קל וחומר אם הצוואה שנעשתה בהשפעתו הקטינה את חלקו בירושה של המשפיע עצמו.

33. מבחן הגיונה של הצוואה: צוואה אמורה לשקף את רצונו האמיתי של המצווה. לבחינת אמיתותה של הצוואה עשוי בית המשפט להידרש לבדיקת הוראותיה באמת-מידה הגיונית. השאלה אינה אם הצוואה סבירה על-פי הבנתו של השופט, אלא אם היא סבירה על-פי הבנת השופט את הגיונו של המצווה. מן הראיות הבאות לפני בית המשפט, במסגרת הדיון בתוקפה של הצוואה, קרוב שתצטייר בפניו תמונת חייו של המצווה עובר לכתיבת הצוואה, קשריו החברתיים, ערכיו והעדפותיו; ויעלה בידו לבדוק אם הצוואה, מנקודת מבטו המשוערת של המצווה, נראית לכאורה הגיונית. תשובה חיובית לשאלה זו תחזק את ההערכה כי הצוואה משקפת את רצון המצווה (פרשת **צוריאנו**, ע"א 5417/90 הנ"ל, בעמ' 1075; ופרשת **מירסקי**, בעמ' 159). מנגד, כאשר תוכן הצוואה נראה בלתי סביר, יש מקום לבדוק היטב את כשרות הצוואה (פרשת **פרל**, בעמ' 306).

34. לסיכום פרק זה אבקש להעיר: בבואו להכריע בשאלה, אם עלה בידי מבקש הקיום לשאת את נטל הבאת הראיות, מוטל על בית המשפט לזכור כי ההכרעה בשאלת יכולתו של המצווה לפעול מתוך רצון חופשי מבוססת, לרוב ובעיקר, על הערכה נסיבתית ולא על עובדות בדוקות. העברת נטל הבאת הראיות אל המבקש מטילה עליו חובה להוכיח עובדה בעלת אופי שלילי. וכידוע, הבאת ראיות לשלילת קיומה של עובדה נטענת

מהווה משימה יותר קשה מהבאת ראיות להוכחתה (ראו, למשל, ע"א 296/82 **נבנצאל נ' ג'רסי ניוקליאר** - **אבקו איזוטופוס אינק.**, פ"ד מ(3) 281, בעמ' 301; וכן ע"א 5578/93 **נדב נ' סרגובי, עו"ד הנאמן על נכסי פושט הרגל אליעזר נדב**, פ"ד מט(2) 459, בעמ' 477). ואי-הבאת ראיות חיוביות לסתירת החזקה, מצד המבקש, אינה חייבת, בהכרח, להוביל לקבלת עמדתו של המתנגד. מעבר לבחינת נסיבותיו העובדתיות של כל מקרה נתון, יש לזכור, כי הצוואה ששאלת כשרותה עומדת לדין - בהנחה שנערכה כהלכה - מהווה, כשלעצמה, ראיה לרצונו של המצווה. ונטייתנו המקובלת, לפעול לקיום רצונו של המצווה, צריכה לבוא לידי ביטוי גם כאן. החלת החזקה לקיומה של השפעה בלתי הוגנת אסור שתשכיח את נקודת המוצא, והיא, כי נטל השכנוע לטענה שהמצווה עשה את צוואתו, לא מתוך רצון חופשי אלא עקב השפעה בלתי הוגנת, מוטל על כתפי המתנגד לקיום הצוואה; וכי גם מקום שהמבקש מתקשה להביא ראיות לערעור יסודותיה של החזקה או להפרכתה, אין בית המשפט פטור מלשוב ולבחון אם המתנגד נשא את נטל השכנוע.

### מן הכלל אל הפרט

35. בחינת הנמקתו של בית המשפט המחוזי, שעל יסודה פסק לקיים את הצוואה, מעלה, לדעתי, כי הוא קבע את העובדות הנחוצות ויישם עליהן נכונה את הלכת **בן נון**. בצדק נקבע, בפסק-דינו, כי להקמת חזקה, שהמנוח עשה את צוואתו בהשפעתה הבלתי הוגנת של העותרת, היה על המשיב להוכיח, כי תלותו של המנוח בעותרת היתה כה מקיפה ויסודית עד שניתן להניח שרצונו החופשי נשלל ממנו. על יסוד הראיות שבאו לפניו קבע השופט המלומד, כי תלות מסוג זה לא הוכחה. וכך אומר בית המשפט המחוזי:

"על פי הראיות שהובאו, ניתן לקבוע, במידה גבוהה של ודאות, שהמנוח עשה את צוואתו מרצונו החופשי והבלתי תלוי. נכון, שהמנוח היה זקוק לתמיכה בתיפקודו הפיסי היומיומי. יחד עם זאת, הוא לא היה בלתי עצמאי לחלוטין. היו פעולות שונות שהוא ביצע בעצמו, בין בביתו ובין מחוץ לביתו. פעולות אלו מעידות על מידת אי התלות שלו. יתירה מכך, בזמן שהמבקשת (העותרת - א' מ') היתה המטפלת שלו, המנוח נזקק, מפעם בפעם, לשירותיו של ד"ר ברייר ולשירותיה של האחות. הוא קיבל שירותים אלה, ולא היה מנותק מאנשים אלה ומאנשים אחרים. לא ניתן לומר, שהמנוח נמצא בחברתה הבלעדית של המבקשת. ועוד זאת: המבקשת לא שהתה איתו בביתו במשך כל שעות היממה, אלא חמש שעות ביום, במשך כל ימי השבוע. שהות זו אינה שהות שיש בה כדי להפעיל לחץ וכדי לנתק את המנוח מאנשים אחרים. מסקנתי היא, איפוא, שאף אם המנוח היה זקוק לשירותיה של המבקשת, הוא לא היה נתון להשפעה בלתי הוגנת מצידה. ממילא, לא נשלל רצונו החופשי והבלתי תלוי לערוך את הצוואה. כאן ראוי לציין, שהצוואה נערכה שלא בנוכחותה של המבקשת, אלא בנוכחות באת כוחה ובנוכחות ד"ר בן-עמי בלבד."

עינינו הרואות כי בית המשפט בחן את מימצאיו במבחנים המקובלים: עצמאותו של המנוח, היקף

הסיוע שבזקק לו, קשריו עם אחרים ונסיבות עריכתה של הצוואה. וכשלעצמי לא מצאתי יסוד לומר, כי מסקנתו

בדבר העדר תלות, שבכוחה להקים חזקה לחובת העותרת, היתה בלתי מבוססת. משמעות הדבר היא, כי המשיב לא נשא את נטל השכנוע, ביחס לקיומה של השפעה בלתי הוגנת, ועל-פי הדין חייב היה השופט המלומד לקיים את הצוואה. זאת הוא עשה ובהכרעה זו, לטעמי, לא היה מקום להתערב. מעבר לצורך אוסיף, שגם אילו נוכחתי שבפני בית המשפט המחוזי הוקמה תשתית מספקת להחלת החזקה, לא הייתי רואה עילה מספקת לקבלת ההתנגדות. למנוח לא היו יורשים על-פי דין ועריכת הצוואה על-ידיו לא נישלה איש מירשתו. ומשום היותו ישיש בודד, שאין לו בעולמו אלא מיעוט ימיו שנותרו לו, עשיית צוואה לטובת העותרת התיישרה היטב עם רצונו המשוער לגמול לה על שירותיה וטיפוליה בו באחרית ימיו. במעשה הצוואה לא היה, אפוא, דבר שהוא בלתי הגיוני, מנקודת מבטו המסתברת של המנוח, שיהיה בו כדי להצדיק התערבות בית המשפט לביטול רצונו האחרון הכתוב והחתום.

36. הייתי מקבל את העתירה ומורה על קיום הצוואה כהכרעת בית המשפט המחוזי. כן הייתי מבטל את חיובה של העותרת בתשלום הוצאות בערעור ומחייב את המשיב לשלם לעותרת שכר טרחת עורך-דין בסך 20,000 ש"ח.



**השופט ת' אור:**

1. לדעתי, יש לדחות את העתירה ולאשר את התוצאה אליה הגיעה דעת הרוב בע"א 5185/93, נשוא העתירה לדיון נוסף - היינו, כי אין לקיים את צוואתו של המנוח, מחמת היותה נגועה בהשפעה בלתי הוגנת.

2. בעיקרו של דבר, מתעוררות בהליך שבפנינו שתי שאלות מרכזיות.

האחת, האם על פי התשתית הראייתית שהונחה לענין זה, אמנם הוכחה בענייננו כי צוואתו של המנוח נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. בהקשר זה עלתה שאלה, האם די בהוכחה של חשד להשפעה בלתי הוגנת על מנת לבסס כי צוואה בטלה מחמת עילה זו.

השאלה השניה היא האם מקום בו מתקיימת החזקה בדבר השפעה בלתי הוגנת, כפי שנקבעה על ידי השופט ברנזון בע"א 423/75 בן נ' ריכטר, פ"ד לא(1) 372 (להלן: **פרשת בן נון**), מוטל על מבקש קיום הצוואה נטל השכנוע כי הצוואה לא נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת, או שמא מוטל עליו אך נטל הבאת הראיות.

אדון בשאלות אלה כסידרן.

**האם הוכחה בנסיבות המקרה השפעה בלתי הוגנת?**

3. אני מסכים למסקנה אליה הגיעו חברי, השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן, בגדרו של ע"א 5185/93 נשוא הדיון הנוסף שבפנינו, לפיה הוכח במקרה זה כי צוואתו של המנוח נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. הגעתי לתוצאה זו, על יסוד אותם ממצאים וקביעות עובדתיות המפורטות בדעת המיעוט בע"א 5185/93 הנ"ל של חברי, השופט חשין, אשר הגיע למסקנה כי לא הוכחה במקרה שבפנינו השפעה בלתי הוגנת. על יסוד אותן עובדות עצמן הגעתי למסקנה שונה.

4. בטרם אנתח את עובדות המקרה, מן הראוי להקדים ולהקדיש מלים אחדות לשאלה, בה דן חברי, השופט מצא, האם די בהוכחה של חשד להשפעה בלתי הוגנת על מנת להביא לבטלותה של צוואה לפי סעיף 30 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. דברים אלה ישמשו כרקע לדיון בעובדותיו של המקרה שבפנינו.

5. לדעתי, יש להבחין לענין זה בין כמות הראיות הנדרשת לצורך הוכחת הטענה האמורה, לבין תוכן של הראיות. ככל שהדברים נוגעים לכמות הראיות הנדרשת כדי לבסס מסקנה לכאורית בדבר השפעה בלתי הוגנת, עמדתי היא, כי אין די בחשד גרידא לקיומה של השפעה כזו. כאשר מדובר בצוואה אשר אין בה פגם צורני, על המתנגד לקיום הצוואה רובץ נטל השכנוע להוכיח כי הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. אמת המידה הנוהגת בכגון דא היא מאזן ההסתברויות. במלים אחרות, על המתנגד לקיום הצוואה להוכיח, כי מחומר הראיות עולה מסקנה מסתברת לפיה הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת, וכי מסקנה זו סבירה יותר מהיפותיזה אפשרית אחרת לפיה הצוואה לא נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת (ראו, לענין זה, ע"א 679/83 אסכנדר אסעד מזאוי נ' חוסיין, פ"ד מב(1) 567, בעמוד 570; עש"מ 3/88 אזוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 867, בעמוד 873). דומה, כי כמות הראיות שתידרש לענין זה תהיה משמעותית, נוכח העובדה שמיחסת לנהנה על פי הצוואה התנהגות בעלת גוון פסול, גם אם לא פלילי - השפעה בלתי הוגנת על אדם אחר למען יעשה צוואה לטובתו (ראו דברי השופט ברק בע"א 475/81 זיקרי נ' "כלל" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מ(1) 589, בעמוד 605). מכך נגזרת מסקנתי, כי חשד גרידא לא יהיה בו די כדי להרים את הנטל לצורך הוכחת השפעה בלתי הוגנת. נדרשות ראיות משמעותיות, המקימות תשתית סבירה למסקנה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת.

6. אשר לתוכן של הראיות אודות השפעה בלתי הוגנת, עלינו לזכור כי במסגרת הטענה של השפעה בלתי הוגנת, אנו דנים בשאלת הגורמים והמניע לעריכת צוואה, לאחר שהמצווה הלך לעולמו. בשלב האמור קיים קושי בסיסי בגביית עדויות ישירות אודות נסיבות עריכת הצוואה והטעמים לעשייתה. המצווה אינו יכול להעיד. הנהנה הוא נוגע בדבר, אשר הערכת עדותו מחייבת מטבע הדברים זהירות רבה. פעמים רבות גם מי שערכו את הצוואה או היו עדים לעריכתה הם נוגעים בדבר, אף כי אינם זוכים על פיה, או שאין בידם מידע רב בעל ערך. בשל כך, בדרך כלל לא ניתן להגיע למסקנה ישירה בדבר המניעים והגורמים שהביאוהו לעשות את הצוואה אשר עשה ולהורות בה את שהורה.

התוצאה היא, ועל כך עמדה הפסיקה פעמים רבות, כי הראיות לענין קיומה של השפעה בלתי הוגנת הן, בדרך כלל, ראיות נסיבתיות. אכן, זהו גם הרקע לעיצובה של החזקה, אשר נקבעה בפרשת בן נון הנ"ל. ראיות נסיבתיות אלה עשויות לבסס את מה שכינה חברי, השופט מצא, "אבני בוחן", המסייעות לבית המשפט בהכרעה האם הצוואה בנסיבות מקרה מסויים נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. בין השאר, מדובר בראיות נסיבתיות אודות מצבו הגופני או הנפשי של המצווה בתקופה בה נערכה הצוואה, אודות מידת תלותו בזולת, אודות קשריו עם אנשים אחרים, אודות אופי יחסיו עם הנהנה על פי הצוואה, או בקשר למידת המעורבות של

הנהנה בעריכת הצוואה (ראו, לענין זה, פסק דינה של השופטת ביניש בע"א 2500/93 שטיינר נ' המפעל לעזרה הדידית של ארגון עולי מרכז אירופה, תקדין עליון 96(2) 354, בפסקה 4 לפסק הדין).

מנתונים אלה, כמו מנתונים אחרים, ניתן להסיק האם עולה מסקנה מסתברת כי הצוואה אמנם נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. אין, אפוא, הכרח להביא ראיות ישירות לקיומה של השפעה בלתי הוגנת. מבחינה זו, ראיות נסיבתיות מהן עולה מסקנה מבוססת וממשית להשפעה בלתי הוגנת, עשויות להספיק לצורך הרמת הנטל הרובץ על המתנגד לקיום הצוואה.

7. על רקע דברים אלה ניתן לפנות לעובדות המקרה. התשתית העובדתית הנדרשת לצורך ההכרעה מפורטת בפסק דינו של חברי, השופט חשין (אשר היה בדעת מיעוט בע"א 5185/93 הנ"ל). חברי עמד על עיקרי העובדות העולות מחומר הראיות בפסקה 18 לפסק דינו, בה סוכמו עיקרי הממצאים העובדתיים כך:

"המנוח היה אדם ערירי, ובחיי היומיום היה תלוי ברונה ברוב פעילויותיו הבסיסיות. מצבו הפיסי, הנפשי והמנטאלי היה ירוד ביותר, ועיקר עניינו היה בצרכיו הבסיסיים. לא ניתן היה להידבר איתו אלא על נושאי מכאוביו, מזונו ויציאותיו, וככל הנראה נתקשה לעקוב אחרי המתרחש סביבו. נזכור עוד כי היכרותו של המנוח עם רונה היתה קצרה עד שעשה את צוואתו לטובתה. לכל אלה נוסף שהמנוח התלונן בפני ד"ר בראייר כי מנסים לגזול ממנו את רכושו, ורצונו היה עז שד"ר בראייר יהיה אפטרופסו. עוד נזכיר כי עו"ד קורל, אחת מעדי הצוואה, היתה ידידתה של רונה, וכי המנוח הוכשל כבר פעם בכותבו צוואה לטובתו של ד"ר חמרה".

לדעתי, ממצאים אלה, יחד עם העובדות הנוספות המפורטות בפסק דינו של חברי, מבססים את המסקנה כי דין ההתנגדות לבקשה לקיום הצוואה להתקבל. לדעתי, המסקנה המסתברת יותר, העולה מממצאים אלה, היא כי הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. אעמוד עתה על עיקר שיקולי בהגיעי למסקנה זו.

8. בבחינת טענה של השפעה בלתי הוגנת, יש חשיבות רבה לראיות אודות מצבו הבריאותי והנפשי של המצווה (ע"א 53/88 מנלה ואח' נ' ברנדווין, פ"ד מו(1) 48, בעמוד 50; ראו גם ע"א 5640/92 אלוני נ' באומן, פ"ד מט(5) 373, בעמוד 381 לפסק דינה של חברתי, השופטת ביניש). ודוק: אין מדובר בבחינה של כשרותו של המצווה לעשות צוואה. למצבו הבריאותי והנפשי של המצווה חשיבות רבה אפילו היה המצווה כשיר, מבחינה זו, לעשות צוואה. אכן, מצבו הבריאותי והנפשי של המצווה עשוי להיות חשוב לצורך הכרעה האם היה המצווה מועד לפעול תחת השפעה, אשר תביאו להקנות את רכושו שלא בהתאם לרצונו האמיתי. עשויה להיות

לנתון זה חשיבות רבה בהכרעה האם למצווה היה רצון אמיתי להקנות את רכושו, אשר מצא את ביטויו בצוואה העומדת לדיון. נתון זה עשוי להצביע על מידת תלותו של המצווה בזולת, אשר בגינה ייתכן והמצווה איבד את היכולת האפקטיבית לממש את רצונותיו, להבדיל מרצונות הזולת. בשל מכלול היבטים אלה, נפסק כי מצב נפשי וגופני רעוע של המצווה:

"מחייב זהירות רבה כאשר באים לעמוד על רצונם העצמאי כמצווים. הגם שאין במצב זה כשלעצמו כדי לשלול את כושרם של המנוחים לצוות ... הרי שיש בו כדי לשמש תמרור אזהרה ביחס לאפשרות היותם נתונים להשפעה בלתי הוגנת" (שם, בעמוד 383 לפסק הדין; ההדגשה הוספה).

בהתאם לגישה זו, יוחס משקל ניכר למצבו הדכאוני הקשה של המצווה, ולהתמכרותו החריפה לאלכוהול, בתקופה בה נערכה הצוואה, עת החליט בית המשפט שלא לקיימה (ראו ע"א 2622/90 שני נ' לרמ, פ"ד מז(1) 191). באופן דומה, לא קויימה צוואתו של אדם, נוכח - בין השאר - קשייו לתפקד מבחינה גופנית ולשרת את עצמו, מחמת גילו; היותו מנותק מכל דבר שאינו בתחום צרכיו המידיים; היותו אדיש ומדוכא; ואי יכולתו לשאת באחריות למעשים החורגים מסיפוק מינימאלי של צרכי היום-יום (ע"א 1750/90 אהרונסון נ' אהרונסון, פ"ד מו(1) 336).

9. במקרה שבפנינו, מלמד חומר הראיות כי מצבו הנפשי והגופני של המנוח בעת עריכת הצוואה היה קשה ביותר. המנוח סבל, בתקופה בה נעשתה הצוואה, מירידה מנטלית. הוא היה באותה עת במצב פיסי ירוד ביותר. המנוח נזקק באותה עת לתמיכה פיסית של מטפלת בכל מה שקשור לצרכים הבסיסיים ביותר - נקיונו האישי, הכנת ארוחותיו. בתקופה האמורה לא יכול היה המנוח לצאת את ביתו מפאת חוסר יציבות וחולשה. הוא היה ממוקד רק בצרכים הבסיסיים, כמו מזון, שתיה, כאב, יציאות. המנוח לא היטיב לראות, לא קרא, לא צפה בטלוויזיה.

על פי עדותו של ד"ר בראיר, אשר הכירו היטב, סבל המנוח בתקופה הנדונה גם מהפרעות בזכרון לטווח הקצר. הוא לקה בחוסר התמצאות בזמן ולפעמים גם במקום. הוא סבל מאפקט דכאוני קשה. הוא גילה שיפוט לקוי שהתבטא בהזנחה אישית, בהיגיינה, בטיפול התרופתי ובאי שיתוף פעולה. הוא נזקק לעזרה במעקב אחר הדו"חות הכספיים של הבנק מכיוון ש"היתה לו בעיה עם ראייה והבנה".

10. דברים אלה - ובמיוחד מצבו הנפשי הקשה של המנוח בתקופה הנדונה - הם בעלי משקל רב בבחינת אפשרות קיומה של השפעה בלתי הוגנת על המנוח. יש בדברים כדי להעיד על כך, שהמנוח היה מועד באופן מובהק להשפעת הזולת באותה תקופה. כוחותיו הנפשיים תשו. יכולתו לגבש רצון משל עצמו הלכה ודעכה. אכן,

עשיית צוואה בנסיבות המתוארות נראית על פניה כמעשה חריג, אשר אינו עולה בקנה אחד עם אורחותיו של המנוח באותה עת. נשים ליבנו לכך, כי לא עולה מחומר הראיות ממצא כלשהו, לפיו המנוח הטרד באותה תקופה בשאלת זהותם של יורשיו. אכן, למעט צוואה נוספת, אותה ערך שנה לפני הצוואה הנדונה, ואשר נפסלה לאחר שנקבע בהליך פלילי כי נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת, לא ערך המנוח צוואות כלשהן.

11. בנקודה זו ראוי להתעכב על חשיבותה של הצוואה הקודמת אותה עשה המנוח. העובדה שלגבי צוואה זו נקבע, כי נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת, אינה מלמדת בהכרח כי זהו גם דינה של הצוואה שבפנינו. אך יש לעובדה זו משקל ניכר. יש בה כדי לחזק את המסקנה, העולה בלאו הכי מן העובדות, כי המנוח היה מועד בנקל באותה עת להשפעה. לא למותר לציין בהקשר זה, כי על פי עדותו של ד"ר בראייר, אמר לו המנוח באותה תקופה כי "מנסים להחתיים אותנו על צוואות". דברים אלה, כשהם באים על רקע ניסיון העבר הקרוב ביחס למנוח, מעצימים עד מאד את סבירותה של המסקנה כי גם הצוואה נשוא ענייננו נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. מסקנה זו מתחדדת, נוכח העובדה שבעת שנערכה הצוואה הראשונה בזמן, היה מצבו הנפשי והגופני של המנוח טוב יותר ממצבו בעת עריכת הצוואה נושא דיונו.

12. לא למותר לציין, כי בעת עריכת הצוואה לטובת העותרת (להלן: **העותרת או הגברת מרום**), הגברת מרום הכיר המנוח את הגברת מרום תקופה קצרה בלבד. מדובר בתקופה של לכל היותר ארבעה וחצי חודשים מן המועד בו החלה הגברת מרום לטפל במנוח. אמת, אין לשלול על הסף אפשרות, כי גם בתקופה שאינה ארוכה ייקשרו קשרים חמים בין המצווה לבין מי שטיפל בו, וכי המצווה יגמול למי שטיפל בו במסירות בדרך של עשיית צוואה לטובתו (ראו ע"א 1099/90 שרוני נ' שרוני, פ"ד מז(4) 785). ואולם, אין בפנינו מימצא, אשר ניתן לעגן בו קיומם של יחסים כאלה בין המנוח לבין הגברת מרום. נזכור, כי לעדותה של הגברת מרום עצמה לא ניתן משקל רב. לעדות זו, אודות יחסיה עם המנוח, אין כל תימוכין בעדות חיצונית (השוו פסק דינו של הנשיא בע"א 4284/91 סטיינבוך נ' מזרחי, דינים עליון, כרך ל', 147). בתוך כך, עדות זו אינה נתמכת בעדותו של ד"ר בראייר, אשר היה בקשר שוטף עם המנוח באותה עת. עובדה זו מגבירה את סבירותה של המסקנה, כי הצוואה שבפנינו נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת.

13. אשר לתלותו של המנוח בגברת מרום, הרי שהצוואה נעשתה בערוב ימיו של המנוח, כחודש וחצי לפני שהלך לעולמו. באותה עת, מצבו היה קשה ביותר. כמתואר לעיל, הוא נזקק לתמיכה פיזית צמודה של מטפלת - היא הגברת מרום - בכל מה שקשור לצרכים הבסיסיים ביותר. סביב סיפוקם של צרכים אלה סב רוב עולמו, והוא היה ממוקד בעיקר בהם. התמיכה הצמודה לה נזקק המנוח סופקה על ידי הגברת מרום. אכן, במשך תקופה של חודשים, בילתה הגברת מרום עם המנוח שעות אחדות, שבעה ימים בשבוע. מן החומר

עולה, כי המנוח בילה, באותה תקופה, יותר זמן עם הגברת מרומ מאשר עם כל אדם אחר. כפי שציין חברי, השופט חשין, "...בחי" היומיום היה (המנוח - ת"א) תלוי ברינה ברוב פעילויותיו הבסיסיות".

תלותו של המנוח בגברת מרומ היתה, נוכח מצבו הקשה, תלות ממשית ועמוקה. אין מדובר אך בתלות פיזית. כאשר אדם מגיע למצב בו היה המנוח, כאשר כל מאודו מתמצה בקיום צרכיו הבסיסיים ביותר, התלות במי שמספק צרכים אלה, יום יום, עשויה להפוך גם לתלות נפשית עמוקה. מצב דברים זה מגביר במידה משמעותית את הסיכון לכך, שהצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת.

14. ער אני לכך, כי מן החומר עולה, כי המנוח לא בודד מן העולם בידי הגברת מרומ. למנוח היה קשר רציף, כמעט יומיומי, עם ד"ר בראייר. אכן, עולה כי ד"ר בראייר היה איש אמונו היחיד של המנוח. אליו פנה המנוח כשנזקק לעזרה במעקב אחר הדוחות הכספיים שקיבל מן הבנק. המנוח אף ביקש כי ד"ר בראייר יקח על עצמו לשמש כאפוטרופוס שלו. לכאורה, דברים אלה שוללים את המסקנה המסתברת העולה מתלותו העמוקה של המנוח בגברת מרומ. הם מלמדים, כי תלות זו לא היתה גורפת וחובקת כל.

עם זאת, בכך לא מתמצה חשיבות יחסיו של המנוח עם ד"ר בראייר. דווקא נוכח תיאור יחסיו של המנוח עם ד"ר בראייר, מפתיע לגלות כי לא ציווה את רכושו לאדם היחיד אשר רחש לו אמון, אותו אדם אשר רצה כי הוא יהיה האחראי על הטיפול בענייניו. מפתיע לגלות, כי המנוח בחר לצוות את כל רכושו דווקא לגברת מרומ, לגביה אין בפנינו ראיה מהימנה אודות יחסים קרובים עם המנוח. זו אף זו, עצם רצונו של המנוח בכך שימונה לו אפוטרופוס, מצביע על הדרדרות מצבו. הוא מרמז על כך, שהמנוח לא חש עצמו כשיר לנהל את ענייניו בתקופה הרלוונטית. לכן, דווקא על רקע יחסיו של המנוח עם ד"ר בראייר, וגם אם אין אנו נותנים משקל מכריע לדברי ד"ר בראייר כי המנוח לא היה כשיר לעשות צוואה בעת שנעשתה הצוואה, מתעצם החשש, כי הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת.

15. לכל אלה מתווספת העובדה, שהמנוח לא זכה לייעוץ משפטי עצמאי ובלתי תלוי בעריכת הצוואה. הצוואה נעשתה על ידי עורכת דינה של הגברת מרומ, היא הנהנית מן הצוואה. הגברת מרומ היא שקישרה בין המנוח לבין עורכת הדין. עורכת הדין שערכה את הצוואה האמורה אף ייצגה את הגברת מרומ בהליכים המשפטיים לקיום הצוואה. בין השתים גם שוררים, ככל הנראה, קשרי ידידות.

גם לעובדה זו חשיבות רבה. הפסיקה, החל בפרשת בן הנ"ל, והמשך בשורה ארוכה של פסקי דין, עמדה על חשיבותו של ייעוץ משפטי בלתי תלוי בעת שנבחנת טענה בדבר השפעה בלתי הוגנת (ראו, למשל,

ע"א 1750/90 אהרונסון נ' אהרונסון, פ"ד מו(1) 336). מקום בו עולה מעורבותו של הנהנה מן הצוואה בבחירת עורך הדין אשר יערוך אותה, נפסק כי מתחייבת "בחינה זהירה של נסיבות הענין כדי לוודא שאין בהם כדי להצביע על השפעה בלתי הוגנת" (פסק הדין הנ"ל בעניין שטיינר, בפסקה 6 לפסק דינה של חברתי, השופטת ד' ביניש). גם עובדה זו, על כן, מחזקת את המסקנה המסתברת העולה ממכלול הראיות לענין קיומה של השפעה בלתי הוגנת.

16. ניתן לסכם את הדברים. כמו במקרים רבים אחרים, אין בפנינו ראייה ישירה לכך שהצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת. עם זאת, לדעתי עולה מן הראיות הנסיבתיות, אפשרות, ברמת הסתברות גבוהה, כי המנוח ערך את הצוואה מחמת השפעה בלתי הוגנת. המדובר באחד מאותם מקרים בהם "...חולשתו של המנוח והיותו נתון להשפעה בקלות מהווים אלמנט מכריע" (דברי חברתי, השופטת שטרסברג-כהן בע"א 4902/91 גודמן נ' ישיבת שם בית מדרש גבוה להוראה ודיינות, פ"ד מט(2) 441, בעמוד 450 לפסק הדין). חולשתו של המנוח והיותו נתון בקלות להשפעה אפשרית ברורים. טיב יחסיו של המנוח עם הגברת מרום מחד ועם ד"ר בראייר מאידך, ונסיבות עריכת הצוואה, משלימים את התמונה. גם אם לא ניתן לשלול לחלוטין כי הצוואה נעשתה שלא מחמת השפעה בלתי הוגנת, לדעתי סבירותה של אפשרות זו היא נמוכה. במכלול העובדות שהוכחו, משקלה של המסקנה המסתברת כי הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת עולה בבירור על משקלן של האפשרויות האחרות. אני מצטרף, על כן, למסקנתם של חברי, השופטים גולדברג ושטרסברג-כהן בע"א 5185/93, לפיה דין ההתנגדות לבקשה לקיום הצוואה להתקבל.

#### על נטל השכנוע לגבי השפעה בלתי הוגנת

17. במסגרת הדיון הנוסף הועמדה לדיון שאלת נפקותה של החזקה שנקבעה בפרשת בן בון. הכלל הוא, כי לגבי צוואה אשר אין בה פגם צורני, נטל השכנוע להוכחת הטענה כי הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת מוטל על המתנגד לקיום הצוואה. השאלה שהתעוררה היא האם הילכת בן בון יצרה חריג לעיקרון האמור, באופן שמקום בו הוכחה "תלות מקפת" של המנוח בנהנה על פי הצוואה, יחול נטל השכנוע לכך שהצוואה לא נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת על הנהנה, המבקש לקיים את הצוואה.

לצורך המסקנה אליה הגעתי בעובדות המקרה שבפנינו, לא נדרשת הכרעה בשאלה זו. מסקנתי עומדת, גם אם נטל השכנוע כי הצוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי הוגנת רבץ על היועץ המשפטי לממשלה, אשר התנגד לקיום הצוואה. עם זאת, נוכח הדיון הנרחב בסוגיה זו בפסק דינו של חברי, השופט מצא, מצאתי לנכון להוסיף מלים אחדות בדבר.

18. אני נוטה להסכים עם חברי, השופט מצא, כי גם בהתקיים החזקה שנקבעה בענין בן נון, לא משתנה חלוקת הנטלים הבסיסית לגבי צוואות, לפיה הנטל להוכיח השפעה בלתי הוגנת מוטל על המתנגד לקיום הצוואה. לדעתי, תוצאה זו משקפת באופן נאות את תכליתה של החזקה, אשר נועדה להקל על הוכחתה של השפעה בלתי הוגנת בעשיית צוואה, נוכח הקושי להוכיחה בכלים ראייתיים ישירים. לכאורה, איני סבור כי בחזקה האמורה טמונה עוצמה, החורגת מעוצמתו של כל מערך ראיות נסיבתי, ממנו עולה מסקנה מסתברת בדבר השפעה בלתי הוגנת. כל מערך כזה עשוי להקים בסיס לכאורי להוכחת טענה של השפעה בלתי הוגנת. אין בכך כדי לשנות את חלוקת הנטלים הבסיסית, לפיה המתנגד לקיום צוואה כשירה בצורתה נושא בנטל השכנוע להוכחת טענותיו.

19. עם זאת, איני סבור כי ראוי להשתית את מיונה של החזקה שנקבעה בענין בן נון כחזקה שבעובדה, ולא כחזקה שבדין, על יסוד מיון פורמלי המתחקה אחר המקור המשפטי של החזקה. לדעתי, אין לקבוע באורח גורף, כי חזקה שמקורה בהלכה הפסוקה אינה יכולה להיות חזקה שבדין, המשליכה על נטל השכנוע. ספק רב בעיני אם קביעה חובקת כל, לפיה לא ניתן לקבוע בפסיקה חזקות שבדין, אשר יש בכוחן להטיל את נטל השכנוע על מי מן הצדדים להתדיינות, מתיישבת עם פעילותו של בית המשפט העליון ביצירת הדין.

אכן, בשיטת המשפט הישראלית, ממלא בית המשפט העליון תפקיד פעיל בפיתוח המשפט. המדובר הוא בפעילות שיפוטית, בה השופט "יוצר נורמה משפטית חדשה, הנדרשת על פי צרכי החיים, בלא שהוא מפרש בכך טקסט נורמטיבי קיים, או יוצר טקסט נורמטיבי חדש כדי למלא חסר בטקסט נורמטיבי קיים" (א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופתוח המשפט" הפרקליט לט (תש"ן-תשנ"א) 267, 286). וכפי שצויין ברע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (בעמוד 524):

"... בית המשפט העליון 'מוסמך' על פי תרבותנו המשפטית, ליצור 'משפט מקובל נוסח ישראל'. בדרך זו הוכרו בישראל זכויות האדם השונות. 'לא פעם הכיר בית משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין' ... באותה דרך פותחו ענפי משפט שלמים, כגון המשפט המינהלי, דיני פיצויים, דיני חברות וכיוצא בהם תחומי משפט, בהם הדין הוא הלכתי.

במסגרת זו פותחו בעבר ענפים שלמים של דיני הראיות, ובהם דיני החסיונות למיניהם".



20. הדוגמאות לכך רבות, ולא כאן המקום לפרטן. לצורך המחשה, די להצביע כאן על דוגמאות בולטות מתחום דיני הראיות, ובהן ההכרה בקיומו של חסיון על מקורות המידע של עיתנאי בב"ש 298/86 צ'טרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, פ"ד מא(2) 337, ופיתוח חריגים חדשים לעיקרון הכללי בדבר אי קבילותה של עדות שמיעה (ע"פ 566/89 מרציאנו נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(4) 539).

באופן דומה, ניתן למצוא בפסיקה דוגמאות לא מעטות גם לקביעה שיפוטית אשר יש עימה חזקה מן הדין בדבר קיומה של הנחה כלשהי, אשר על המבקש לסתרה מוטל נטל השכנוע. זאת, אף שלא נמצא דין חרות בו קבועה חזקה כזו. לענין זה, ראו, למשל, פסק דינו של השופט בך בע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300, ופסק דינו של השופט טירקל בע"א 5640/94 חסל נ' חסל, פ"ד נ(4) 250 (מקום בו היו חיים משותפים בין בני זוג, הרי שלגבי אותם דברים המסווגים כ"נכסי המשפחה" נטל השכנוע לענין תחולתה של חזקת השיתוף רובץ על הטוען כי החזקה אינה חלה). בג"צ 142/70 שפירא נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד כה(1) 325 (מקום בו מתבקש עיון במסמכי הרשות, נטל השכנוע לענין זה רובץ על הרשות, המסרבת להתיר את העיון). ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (דיון בנטל השכנוע בדבר קיומם של יסודות שונים בפיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחרותו. הדיון האמור ניתן לתיאור במונחים של מחלוקת בדבר היקף פרישתה ועצמתה של "חזקת החוקתיות" ממנה נהנים דברי חקיקה של הכנסת. להתייחסויות מפורשות, ברוח זו, ראו פסק דינו של חברי, השופט גולדברג, בעמודים 576-577, ופסק דינו של השופט בך, בעמוד 587 לפסק דינו). גם חזקה כזו אין מקורה בדין חרות כלשהו.

21. סיכומה של נקודה זו, איני סבור כי ראוי להשתית את מיונה של החזקה, שנקבעה בענין בן נון, כחזקה עובדתית, על יסוד הבחנה פורמלית לענין מקור החזקה - דין חרות או דין פסוק. לדעתי, יש להכריע בשאלה זו על יסוד בחינה של תכלית החזקה, על רקע תוכנה ונוכח מכלול ההיבטים האופפים את הפעלתה. אכן, ביסוד קביעה כזו או אחרת, בדבר נטל השכנוע במצב פלוני, עומדים שיקולי מדיניות הנוגעים לטיב החזקה ותכליתה (ראו, לענין זה, את דברי הנשיא אגרנט בד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229, בעמוד 294; ראו גם ע"א 5378/93 נדב נ' סרגובי, פ"ד מט(2) 459, בפיסקה 5 לפסק דינה של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן). אלה צריכים לחתוך גם את מיונה של החזקה שנקבעה בפרשת בן נון הנ"ל.

אשר על כן, יש לדעתי לדחות את העתירה לדיון נוסף. המבקשת תישא בהוצאות המשיב בסך

20,000 ש"ח.

**המשנה לנשיא ש' לזין:**

1. השאלות שהועמדו להכרעתנו בדיון נוסף זה הן שתיים:

א. האם די בקיומן של "נסיבות מוזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת" כדי להקים חזקה שבעובדה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת?

ב. מה משמעותה של "חובת ההוכחה" שמטילה החזקה האמורה על המבקש: "חובת הראיה להפרכת החזקה ("כחזקה שבעובדה") או שמא "חובת שכנוע" בדבר העדר השפעה בלתי הוגנת"?

הגעתי לכלל מסקנה, שהשאלה הראשונה לא תועיל להכרעתנו ואילו התשובה לשאלה השניה היא ברורה ולא תקדם אותנו במאומה במתן פסק-דין זה.

2. אתחיל בשאלה השניה: אני מסכים לדברי חברי הנכבד השופט מצא, כי נטל השכנוע בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת מוטל על הטוען לה ולעולם אינו עובר לכתפי בעל הדין שכנגד. בנסיבות אלה, אם בית המשפט לא שוכנע על ידי הסתברות הראיות שהצוואה נכתבה בהשפעה בלתי הוגנת יש לקיים את הצוואה; ואם בסוף המשפט נשארו הראיות המצביעות על קיומה של השפעה בלתי הוגנת ועל העדר קיומה שקולות - יש לקיים את הצוואה. אכן ההוכחה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת יכול ותסמוך על ראיות ישירות או על ראיות נסיבתיות. בין הראיות הנסיבתיות אפשר למנות גם קיומה של חזקה שבעובדה המצביעה על קיומה של השפעה בלתי הוגנת, אם חזקה זו מבוססת על ראיות מהימנות המקימות אותה ומבקש הקיום לא סתר אותה על ידי ראיות מהימנות אחרות, ברמה מסתברת. משמעות הדבר היא כי המתנגד הוכיח כי עריכת הצוואה לוקה בפגם של השפעה בלתי הוגנת; לשון אחרת: הוא עמד בנטל השכנוע שהיה מוטל עליו. אין לשאלה זו ולא כלום לשאלת "חובת ההוכחה".

3. מה בין נטל השכנוע ולחובת ההוכחה, (מה שהוגדר על ידי השופט אגרנט בע"פ 28/49 פ"ד ד' עמ' 504 (חובה מס' 2)) כך תואר ההבדל בין השניים על ידי השופט זוסמן בע"א 641/66 פ"ד כא(2) 358:

"... נטל השכנוע (חובת הראיה או החובה מס' 1 בלשון השופט אגרנט) ... עניינו מהימנות הראיות. השופט פוסק על פיו, אם בתום גביית הראיות לא עלה בידו להשתחרר מן הספק אם נתקיימה עובדה פלונית הנוגעת לענין או שמא לא נתקיימה. לדוגמה: אם לאחר שקילת הראיות שהובאו על ידי שני הצדדים לא שוכנע השופט במשפט פלילי שהנאשם הוא שעבר את העבירה המיוחסת לו, עליו לזכותו ...

... נטל הבאת הראיות (חובת ההוכחה או החובה מס' 2 בלשון השופט אגרנט), אין עניינו אלא דיות הראיות. אין קובעים עובדה אלא על-פי ראייה ונטל הבאת הראיות משמש קנה מידה למדוד בו אם רשאי השופט על פי הראיות שבאו לפניו לקבוע עובדה פלונית. לדוגמה: אם הובאה ראייה שהנאשם עשה את מעשה העבירה, רשאי השופט על פיה לקבוע את אשמת הנאשם ולהרשיעו. נטל הבאת הראיות אף עשוי להתחלף במהלך המשפט. בתחילתו מוטל הוא על מי שנושא בנטל השכנוע; לפיכך אם לא הביאה הקטיגוריה כל ראייה לביסוס האשמה, מזכים את הנאשם, לא מפני הספק, כי אם מפני חוסר ראייה; הביאה הקטיגוריה ראייה, עובר על הנאשם הנטל להביא ראיות לסתור. פירושו של דבר אינו אלא זה שהנאשם עומד עכשיו בסכנת הרשעה, אם הראיות, לאחר שיישקלו, יהיו מהימנות על השופט. אך אם לא היו, מזכים ואין מרשיעים נאשם בשל כך בלבד שלא עמד בנטל הבאת הראיות שלא היה מוטל עליו מלכתחילה."

נמצא, שהשאלה היחידה העומדת לדיון לפנינו אינה נעוצה באבחנה בין נטל השכנוע לבין חובת ההוכחה אלא היא אם המשיב עמד בנטל השכנוע שהיה מוטל עליו להראות שהצוואה נפגמה בהשפעה בלתי הוגנת.

4. גם השאלה הראשונה אינה רלבנטית להכרעתנו, שכן התשובה לה לא תקדם אותנו בפתרון השאלה אם אמנם עמד המשיב בנטל השכנוע להראות שהצוואה לוקה בהשפעה בלתי הוגנת. אין אנחנו יכולים לדעת אם "נסיבות מוזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת" יוצרות חזקה שבעובדה על קיומה של השפעה בלתי הוגנת אם לאו, כל עוד לא נתנו את דעתנו לטיבן הקונקרטי של נסיבות כאלה שלפעמים הן יכולות ליצור חזקה שבעובדה או ראייה נסיבתית על קיומה של השפעה בלתי הוגנת ולפעמים - לאו. ודוק: אם אמנם יש בראיות שהובאו במשפט כדי ליצור חזקה שבעובדה או ראייה נסיבתית בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת לא הביאה המערערת ראייה לסתור; כמו שכתב חברי הנכבד השופט חשין בפסק המיעוט שלו, שאלביא דדעתו היה מקום לדחות את הערעור "לא משום שרינה ובאת כוחה שיכנעו אותי באמיתות גירסתן אלא משום שנטל השכנוע מוטל היה מלכתחילה על היועץ המשפטי לממשלה". אם אמנם - בניגוד לעמדתו - די היה בראיות שהובאו כדי להעמיד חזקה שבעובדה כאמור, לא הביאה המערערת ראייה לסתור שאפשר לבחון את מהימנותה.

5. חוזרים אנו איפוא לבקורת פסק-דינו הראשון וכפי שכבר רמזתי ספק בעיני אם לצורך זה בלבד היה מקום להורות על קיומו של דיון נוסף; אך אם בבקורת פסק הדין עסקין אני מצרף את דעתי לפסק-דינו של חברי הנכבד, השופט אור שהמשיב עמד בנטל השכנוע שהיה מוטל עליו ושתוצאת הרוב בפסק-דינו הראשון היא מבוססת. לענין זה יש מקום לשקול, בין השאר, את הגורמים הבאים: מצבו הפיסי, הנפשי והמנטלי של המנוח היה ירוד ביותר; ההיכרות בין המנוח לבין המערערת היתה קצרה והיא לא היתה קרובת משפחתו;

צוואה קודמת שנערכה על-ידי המנוח נפסלה מחמת השפעה בלתי הוגנת; המנוח אמר לרופאו כי "מנסים להחתים אותו על צוואת" והיתה תלות רבה של המנוח במערכת בח"י היום-יום שלו; הוא לא השאיר את נכסיו לד"ר בראייר הרופא המטפל בו כאיש מקצוע וכידיד אלא דווקא למערכת, כאשר דעתו של הרופא היתה שהמנוח, עקב מצבו לא היה כשיר לערוך צוואה. אם מוסיפים לכך שהמנוח לא זכה לחוות דעת משפטית עצמאית ולשאר הנסיבות שהוכחו - כך סבור אני - עמד המשיב בנטל השכנוע שהיה מוטל עליו והוכיח על-ידי ראיות מהימנות ברמת ההוכחה של עודף הסתברות שהצוואה לוקה בפגם של השפעה בלתי הוגנת. אכן לו הביאה המערכת ראיות נוספות שהיה בהן - לו נמצאו מהימנות - כדי לסתור את החזקה, יכול שהתוצאה היתה שונה, אך ראיות כאלה לא הובאו.

6. במהלך חוות דעתי עשיתי שימוש כמה פעמים בדיבור "רמת הוכחה לפי עודף ההסתברויות" ויכול ותישאל השאלה כיצד מתיישבים הדברים שנכתבו על ידי השופט ברנזון בע"א 423/75 פ"ד לא(1) 372, 378, שם נקבע כי כאשר: "הנסיבות ... 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", אפשר לקבוע קיומה של השפעה בלתי הוגנת "אלא אם כן הוכח היפוכו של דבר". לדידי אין בדברים האמורים אלא אילוסטרציה לנסיבות שבהן יכול בית המשפט לקבוע שהצוואה נפגמת בהשפעה בלתי הוגנת, מבלי לגרוע מהאפשרות שבית המשפט יגיע לאותה תוצאה גם על יסוד נסיבות אחרות.

פסקנו שסעיף 30(א) לחוק הירושה, תשכ"ה 1965- מעמיד צוואה בחזקתה שאינה לוקה בפגמים הנזכרים בה: אונס איום השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית. הלכה זו חלה גם כאשר מתקיימים בין המנוח לבין מוטב הצוואה יחסים מיוחדים שיצרו בעבר חזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת; עם זאת איני סבור שרמת ההוכחה המוטלת על מי שמבקש לבטל צוואה על יסוד טענה של השפעה בלתי הוגנת שונה מרמת ההוכחה האזרחית הרגילה. לפיכך - כך סבור אני - די במבחן של יותרת הראיות כדי להניע את בית המשפט לבטל צוואה על יסוד אחד הפגמים הנזכרים בסעיף 30(א). לדעתי עמד המשיב במקרה שלפנינו במבחן האמור.

לפיכך אני מצטרף לתוצאת הרוב בגלגול הראשון בבית המשפט העליון והייתי דוחה את העתירה, כאמור בפסק דינו של חברי הנכבד השופט אור.

המשנה לנשיא

### השופט ט' שטרסברג-כהן:

לאחר שחזרתי וקראתי בעיון את חוות הדעת השונות בערעור ובדין נוסף זה, לא מצאתי לשנות עמדתי בערעור, בו הסכמתי לחוות דעתו של חברי השופט א. גולדברג. אני מצטרפת לחוות דעתם של חברי השופט ת' אור והמשנה לנשיא השופט ש' לוין וברצוני להעיר, כי בעיני ההתבטאות לפיה קיימות "נסיבות מוזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת" אינה משקפת את מה שעולה ממסכת הראיות שהובאו בפני בית משפט קמא. טיבן הקונקרטי של הנסיבות כפי שהוכחו, מעמידות חזקה שבעובדה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת והמערערת לא הביאה ראיה לסתור חזקה זו. מכאן, שהמשיב עמד בנטל השכנוע שהיה מוטל עליו להראות שהצוואה נפגמה בהשפעה בלתי הוגנת.

אשר על כן, סבורה אני כי דין העתירה להידחות.

שופטת

### השופט ד' ביניש:

1. הייתה לי הזכות לעיין בחוות הדעת של חבריי בטרם אגבש דעתי שלי בשאלות שבאו לפנינו בעתירה זו, ורואה אני להצטרף לדעתם של המשנה-לנשיא, השופטים גולדברג, אור ושטרסברג-כהן כי דין העתירה להידחות, וכי יש להשאיר את פסק דינו של הרוב בערעור על כנו.

דומה בעיני כי בשאלות המשפטיות העיקריות שעומדות בפנינו אין תהום עמוקה של מחלוקת רובצת בין כולנו וכי למעשה, עיקר המחלוקת עניינה ביישום ההלכה על העובדות המיוחדות והנסיבות הקונקרטיים של המקרה שלפנינו.

2. השאלה האמיתית שמתבקשת בה הכרעה אינה אם די "בקיומן של נסיבות מזרות ואחוזות בחשד של השפעה בלתי הוגנת", כדי להקים חזקה שבעובדה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת, שכן שופטי הרוב בערעור, וכן המשנה-לנשיא והשופט אור בעתירה דנן, שוכנעו כי לא בחשד לקיום השפעה כאמור עסקינן, וכי העובדות והנסיבות שהוכחו בפרשה זו הקימו בפועל חזקה של "השפעה בלתי הוגנת". זאת, על-פי אמות המידה הנדרשות לצורך הקמת החזקה של השפעה בלתי הוגנת על מצווה, כפי שהותוו בהלכה שנפסקה בע"א 423/75 **בן נון נ' ריכטר**, פ"ד לא(1) 372, אשר היוותה נקודת מוצא משפטית משותפת הן לשופטי הרוב והן לשופטי המיעוט.

אשר ליסודות החזקה, מקובלים עלי המבחינים שהוגדרו בחוות דעתו של חברי השופט מצא, כ"מבחיני עזר" לצורך הקביעה אם קמה החזקה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת. נוכח התוצאה שיש להקמת החזקה ביחס להכרעה בדבר תקפותה של הצוואה, בין אם מעבירה היא את נטל הבאת הראיות בלבד ובין אם יש בה כדי להעביר את נטל השכנוע, מתבקשת בכל מקרה בחינה יסודית של המאפיינים המקימים את החזקה.

3. דרכינו נפרדות בשאלה אם בנסיבות הענין שלפנינו קמה בפועל חזקת ההשפעה הבלתי הוגנת. בענין זה סבורה אני כי העובדות והנסיבות שהוכחו, כפי שתוארו במיוחד בפסק דינו של השופט אור, אכן מקימות חזקה של "השפעה בלתי הוגנת", מצד העותרת על המנוח. משהקים המשיב את חזקת ההשפעה הבלתי הוגנת על-פי אמות המידה שהניחה פסיקתנו הענפה בסוגיה זו, עבר הנטל לעותרת להביא ראיות לסתור, והיא לא השכילה להביא מצידה ראיות שיהיה בהן כדי להוות את משקל הנגד, הדרוש כדי לערער את התשתית שהונחה על-ידי היועץ המשפטי לממשלה, כמתנגד לצוואה. אשר על כן, נותרה בעינה המסקנה המסתברת מהראיות שהובאו על ידי המשיב, בדבר קיום השפעה בלתי הוגנת מצד העותרת על המנוח בעת עשיית הצוואה.

4. אשר לשאלה השניה שהועמדה להכרעתנו בעתירה זו, בדבר טיבו של הנטל הראייתי המוטל על המבקש לקיים צוואה לאחר שקמה החזקה בדבר "השפעה בלתי הוגנת", חלקי עם אלה הגורסים כי נטל השכנוע מוטל על כתפי המתנגד לקיום הצוואה, וכי עם הקמת החזקה על ידי המתנגד, עובר נטל הבאת הראיות בלבד אל כתפי המבקש לקיים את הצוואה.

גם כך, כוחה המעשי של החזקה בדבר "השפעה בלתי הוגנת" הוא רב; חיובו של המבקש להביא ראיות לסתירת החזקה, מטיל עליו נטל משמעותי גם אם מדובר בנטל הבאת הראיות בלבד, וסביר להניח כי ברוב המקרים יהיה בכך כדי לחרוץ את גורל בקשתו. כבר נזדמן לנו בעבר לעמוד על כך כי הקושי הטבוע

באפשרות להוכיח את רצונו החופשי של אדם אשר איננו עוד בין החיים, מביא לכך שאנו נעזרים פעמים רבות בנטלי הראיות, ובדרך כלל מה שמכריע איננו הוכחה פוזיטיבית של העובדות, אלא השימוש בחזקה ובכללי דיני הראיות לענין נטל ההוכחה (ע"א 5640/92 אלוני יובל ואח' נ' אליצה באומן, פ"ד מט(5) 373, 381). בסופו של דיון רק אומר כי מקובל עלי שבמקרים בהם, על אף קיום החזקה, נותרות כפות המאזניים מעוינות, יצא המתנגד לצוואה וידיו על ראשו, כיוון שנטל השכנוע, הנטל הסופי, אינו מוסר מכתפיו לעולם.

5. בשולי הדיון בעתירה זו התפתח בין חברי הדיון המעניין בשאלה אלו הן החזקות שיש בהן "הכוח" להשפיע לא רק על הטלת נטל הבאת הראיות אלא גם על הטלת נטל השכנוע. סוגייה מעניינת זו הייתה לסלע מחלוקת בין שופטי בית-משפט זה, עוד בקרב "דור המייסדים" (ראו ד"נ 4/69 נוימן נ' כהן, פ"ד כד(2) 229).

מתקשה אני לעמוד בפיתוי שלא להתייחס כלל לדברי חברי בנושא זה. אסתפק איפוא בהערה קצרה ובכך שאביע ספק אם ניתן לקבל באופן גורף את שיטתו של חברי, השופט מצא, לפיה חזקה שיש בכוחה להעביר את נטל השכנוע תיקבע רק על-פי המקור הנורמטיבי הקובע את עצם קיומה של החזקה. כחברי, השופט אור, נוטה אף אני לדעה כי לא המקור הפורמלי, היינו, קביעת החזקה בדין החרות, מכריע בשאלה זו. מעמדה ותוצאותיה של חזקה ראייתית קשורים בדין המהותי המקים אותה, בתכליתה ובעוצמה הפנימית שיש בה. כך למשל כאשר הדין המהותי המסדיר תחום משפטי מוגדר הוא פרי היצירה השיפוטית, אינני רואה לכאורה מניעה כי גם הסדרת נטל השכנוע יקבע על-פיה.

עם זאת, סבורה אני כי נושא מורכב זה אינו מחייב הכרעה בענין שלפנינו ויש להניח כי לא ירפה מאיתנו וישוב להטרידנו בעיתו.

אשר-על-כן, אף אני סבורה כי דין העתירה להידחות.

שׁוֹפֵט

**השופט מ' חשין:**

עיינתי בחוות-הדעת שכתבו חברי השופטים מצא ואור, המישנה לנשיא לזין והשופטות שטרסברג-כהן ובייניש. כן הוספתי ועיינתי בחוות-הדעת שכתבנו - השופט גולדברג ואנוכי - בערעור נושא הדיון הנוסף.

בוודאי לא אפתיע את חבריי אם אומר כי מסכים אני עם דבריו של חברי השופט מצא וכי דעתי היא כשהייתה.

2. כולנו מסכימים זו הפעם, כך דומה, כי הטוען שהוראת-צוואה נעשתה מחמת השפעה בלתי-הוגנת, על שיכמו רובץ נטל-השיכנוע (הנטל מס' 1) להוכיח את טענתו. צוואה הנראית כשרה על-פניה, ופלוני מתנגד לקיומה בטענה כי המצווה עשאה מחמת השפעה בלתי-הוגנת, עליו נטל השיכנוע למתחילתו של המשפט ועד לסופו. על כך נחלקים אנו עתה - מזה הרוב ומזה המיעוט, עימו נמנים חברי השופט מצא ואנוכי - על השאלה האם בנסיבות העניין הוכח קיומה של השפעה בלתי-הוגנת על המנוח לעת שעשה את צוואתו כפי שעשאה.

לעיתים מזומנות נחלקים אנו בינינו בנושא יישומו של הדין על מערכת עובדות ספציפית, אך כלפי-חוץ מתחזים אותם חילוקי-הדעות להיותם שאלות תורתיות של עקרונות, של דוקטרינות ושל כללים. לעיתים עדים אנו לתופעה הפוכה. זו הפעם מדברים אנו - לכאורה - בשאלות של החלת הדין על מערכת עובדות ספציפית המונחת לפני בית-המשפט, ונחלקים אנו אך בנושא יישומו של הדין. האמנם כך? ספק בעיניי. דעתי היא, שנטעה באומרנו כי חילוקי-הדעות בין הרוב לבין המיעוט נתגלעו אך על הערכת מישקלן ודיותן של ראיות ולא על דברי-מהות. דומה עלי כי נעשינו שתי אגודות, בהתקבצנו - כל אגודה לעצמה - סביב "קָרְדו" שונה באשר לנכונותנו לכבד את רצונו הנחזה של אדם ובאשר לעוצמת הפאטרנליזם שנפעיל לשיפוט מעשיו ומחדליו של הזולת.

### השפעה בלתי הוגנת

3. סעיף 30(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, מודיע אותנו כי הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום או השפעה בלתי הוגנת, תהא בטלה. כל אחד מבני-משפחה רעים אלה - האונס, האיום וההשפעה הבלתי הוגנת - פורש עצמו על פני מערכים-ממערכים שונים, ונדרש הוא לפירוש באשר לתחום חלותו. עיקר הוא, שבית-משפט לא יראה צוואה כבת-תוקף אם יימצא לו כי בעשותו את צוואתו לא את רצונו-שלו עשה המנוח אלא את רצון זולתו. ועל דרך המטאפורה: בהתבקשו ליתן תוקף לצוואה, ישאל בית-המשפט את עצמו: האם היתה זו ידו ה"חופשית" של המנוח שכתבה את דבר-הצוואה - ידו שמוחו פקד עליה לכתוב את שכתבה - או שמא היתה זו, אמנם, ידו של המנוח, אלא שאותה יד הולֵכָה בידו של הזולת? לשון אחר: האם את רצון הזולת עשה המנוח או את רצונו-שלו?



ענייננו עתה הוא בהשפעה הבלתי הוגנת. נתבונן בדברים מקרוב וידענו, כי המושג של אי-הגינות הינו מושג-מיסגרת, כי נושא הוא בכרסו שאלות-של-עיקרון ביחסיהם של בני-אדם, ביניהם לבין עצמם: שאלות של הגינות ושל הוגנות, של מוסר אישי ושל מוסר חברתי. בתוך כל אלה נדרשים אנו עתה לקבוע באלו נסיבות נאמר כי פלוני עשה את צוואתו מחמת השפעה בלתי הוגנת. במילים אחרות: מה היא "השפעה בלתי הוגנת" עליה ניתן לומר כי שללה את רצונו ה"אמיתי" של המנוח לעת עשייתה של הצוואה?

כפי שאמרתי בחוות-דעתי בערעור (ע"א 5185/93 היועץ המשפטי לממשלה נ' מרום, פ"ד מט(1) 318, 331), כולנו נתונים אנו להשפעות הסובבים אותנו, ומעשינו נגזרים גם מאישיותנו גם מאילוצים אחרים הכופים עצמם עלינו. כל השפעות ואילוצים אלה הינם מרכיב ברצונו ה"אמיתי" של אדם, ולו היתרנו לאלה להכריע בשאלת קיומה או בטלותה של צוואה - אם תרצה: בשאלת קיומו או בטלותו של כל מעשה המלווה ברצון, כגון חוזה - כי אז לא היה לדבר סוף. החוק בענייננו מדבר בהשפעה בלתי-הוגנת, ורק השפעה כזו על עושה צוואה תביא לבטלותה של צוואה.

4. הילוכה של הוראת סעיף 30(א) לחוק הוא מן החמור אל הפחות-חמור, מן האונס ועד להשפעה הבלתי-הוגנת. בדומה לכך, נוכל להבחין בגדירתה הרצינאלית של ההשפעה הבלתי-הוגנת סוגי תופעות והתנהגויות שונים עד שנגיע אל אותה השפעה בלתי-הוגנת שעל-דעת החוק בכוחה להביא לביטולה של צוואה. מושג-המפתח בענייננו הוא מושג התלות: תלותו של המנוח בזולת. והנה, תלותו של המנוח באחר, באשר היא - ואפילו תלות מוחלטת היא - אין בה כדי להביא לפסילתה של צוואה. צוואה שנעשתה כפי שנעשתה אך באשר המנוח היה תלוי באחר, לא תיפסל מטעמי אותה תלות בלבד. יתר-על-כן: גם אם היה המנוח תלוי באחר, וגם אם אותו אחר השפיע עליו לעשות צוואה כפי שאכן עשאה, גם אז אין הצוואה פסולה. אין איסור על השפעה. אין גם איסור על השפעה לטובתו של אותו אחר המשפיע. ההשפעה חייבת שתהיה בלתי-הוגנת, השפעה שתישא בגופה מרכיב מהותי של אי-הגינות.

5. שניים הם היסודות המושכים לצדדים, כל אחד מהם לצידו-שלו: מזה, רצונו הנחזה של המנוח - רצון שמצא ביטויו בצוואה הכתובה - ומזה, הטענה כי הופעלה על המנוח השפעה בלתי-הוגנת כדי-כך שהצוואה ראוי לה כי תוכרז בטלה. השאלה המציגה עצמה לפנינו עניינה הערכת עומק הפגיעה שהיתה ב"רצונו החופשי" של המנוח לעת כתיבת הצוואה, עד שנכריז על בטלות הצוואה. בכל ענין וענין נשאל עצמנו אותה שאלה, והיא: עד היכן נכונים אנו להרחיק-לכת בכיבוד רצונו הנחזה של אדם. כשאני לעצמי, ארחיק-לכת בדרכי לכבד רצונו הנחזה של אדם. אליבא דידי, שומה עלינו להקפיד בכבוד האדם, ומרכיב מהותי בכבוד האדם הוא בהענקת

אוטונומיה מירבית למעשיו ולרצונו כפי שבאים הם לידי ביטוי במעשיו הנגלים לעין. על עיקר-יסוד זה אמרתי במקום אחר (ע"א 1212/91 קרן לב"י נ' בינשטוק, פ"ד מח(3) 705, 721):

"הכלל הגדול הוא, ששומה עלינו - החיים - לכבד את רצונו של המת, ומחובתנו לעשות כמיטב יכולתנו כדי ליתן תוקף לכוונתו כפי שזו באה לידי ביטוי בצוואתו. בסוף כל הסופות, המת לא הזיק לאיש - הוא לא ציוה אלא על רכושו - ולכאורה אין טעם שלא נכבד את רצונו באשר לחלוקת נכסיו אחרי מותו."

אכן, בנסיבות אלו ואחרות ניטול היתר לעצמנו שלא להכיר בצוואה, ונבטל דיספוזיציות שהמת הורה עליהן בצוואתו. ואולם לעולם חייבים אנו לזכור, כי התעלמות מרצונו הנחזה של המת:

"יש בה מידה גדושה של פאטרנליזם - אפשר אף פגיעה בכבוד האדם - ויהיו מי שיוסיפו ויאמרו, כי יש בה בהכרעה לא מעט התנשאות וארוגנטיות: שהחי יקבע את גורל רכושו של המת, אף-על-פי שהמת הביע את רצונו - בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים - כיצד יחולק רכושו לאחר מותו. בעודו בין החיים החליט פלוני על מעשיו כרצונו, ואיש לא אמר לו מה יעשה; עתה, משהלך לעולמו, החי מחליט עבורו, ובניגוד לרצונו המפורש. ומקציני בלשון יאמרו, הנה נתקיימה בנו האמירה: כי לכלב חי הוא טוב מן האריה המת." (שם, 721-722)

הוספתי ואמרתי על-כך בערעור נושא הדיון הנוסף (שם, 333-334):

"בדרך כלל עולה טענה זו של השפעה בלתי הוגנת במקום בו היה המנוח איש זקן וחולה שאינו מסוגל לדאוג לעצמו והתלוי בזולתו לסיפוק צרכיו האלמנטריים; לעתים (אך לא תמיד) איש ערירי; לעתים אדם רופס בשכלו, סובל מהפרעות נפשיות ובעל שיפוט לקוי ביחסיו עם זולתו; וכמעט תמיד אדם שמערכות גופו קורסות וכושרו לתפקיד כאדם לעצמו מצוי בשפל. במקום שכך תלוי אדם בזולתו, נוטים אנו להאמין כי אפשר אותה תלות יצרה השפעה בלתי הוגנת. ואולם כנגד כל זאת נדע ונזכור, כי למעט מקרים שבהם אבד כושרו המנטאלי של המנוח, כולו או בחלקו העיקרי, גם אדם שקרבו ימיו - ויהא מצבו השכלי והנפשי רע ככל שיהיה - זכאי לצוות על רכושו כרצונו, ולא לנו לשפוט אם צדק ואם לא צדק בהחלטתו לחלק את רכושו כפי שכתב בצוואתו. עלינו להזהיר עצמנו מפני פאטרנליזם לוחץ מהול בארוגנטיות, מניסיון להעמיד עצמנו במקומו של המנוח שעה שהוא במצבו הקשה ואנו על שבתנו..."

...לעניינה של השפעה בלתי הוגנת אדע - דומני שאדע - כי אדם היודע שימיו ספורים והוא אין אונים, יהיה נכון לתת מרכושו, או אף את כל רכושו - ושלא מחמת השפעה בלתי הוגנת - למי שהעניק לו חסד בחודשי חייו האחרונים - מעט יחס, מעט חום, מעט אהדה - כאשר העולם המשיך לנוע על צירו ואל עברו לא פנה. אכן, אותו אדם יהיה נתון להשפעה, השפעה חזקה שמקורה במצבו - מצב פיזי ירוד ומצב נפשי ירוד - אך דומני שיקשה עלינו לומר כי כל אלה שקולים כנגד השפעה 'בלתי הוגנת' שיש וראוי לזקפה לחובת הנהנה." (ההדגשה במקור - מ' ח')

אלה עיקרים הם המנחים אותי בחשיבה, וכשאני לעצמי ארחיק עצמי מפטרנליזם ככל שאוכל. אפשר במקום זה יאה הוא הדיבור (הגם שלא כהוראתו המקורית): "אל תדין את חברך עד שתגיע למקומו" (אבות ב, ד). הנה הוא המנוח שלפנינו: אדם כבן שבעים ושמונה שנים, ערירי, אלמן וחשוך-ילדים. אין לו חברים אלא מכרים בלבד, והאדם האחד הקרוב אליו היא המבקשת שלפנינו, רינה מרום. מדוע זה לא נכיר ברצונו להעניק לה את כל אשר לו? והרי טובה שעושה לו אשה זו בימים אחרונים יכולה שתהיה שקולה בעיניו כנגד כל החיים כולם. מדוע נסבור שמוטב היה בעיני המנוח כי כל רכושו ילך אל הבלתי-נודע - להכרעת חברי כל רכושו של המנוח עובר אל המדינה - ולא אל רינה מרום? אכן, המנוח היה תלוי ברינה מרום. רינה מרום השפיעה עליו כי יצווה את רכושו לה. ואולם, בגדרים שבהם רשאים אנו לנוע כשופטים - לנוע ולהתערב ברצונו הנחזה של אדם: מדוע ולמה נאמר כי השפעה זו היתה "בלתי הוגנת"?

הלבוש המשפטי של השקפותינו השונות הוא לבוש החזקה: שלדעת חברי קמה ונהייתה חזקה-שבעובדה לקיומה של השפעה בלתי-הוגנת, בעוד אשר לדעתי לא קמה ולא נהייתה חזקה מעין-זו. ואולם עיקר הוא לא בחזקה - כשהיא לעצמה - אלא בשיקולים המניעים את המערכת. חברי ואני, כולנו מסכימים על מבן השיקולים המכריעים. נחלקים אנו במישקל היחסי שנכונים אנו להעניק לאותם שיקולים, ביניהם-לבין-עצמם. על-פי השקפתי, אעשה כל שאוכל ולא אכתיב לזולתי דרכי-פעולה והילכי-מחשבה הנראים ראויים בעיניי.

6. אני מכבד את דעת חברי, ואולם דעתי נותרה כשהייתה לעת כתיבת פסק-הדין בערעור. על עומדי אני עומד.

### לעניין של "חזקות" במשפט

7. חילוקי דעות תורתיים נתגלעו בין חברי באשר למקורות יצירתה של חזקה-מן-הדין, ואמרתי להוסיף גם כאן מעט משלי. הכל מסכימים, כמובן, כי חוק חרות יכול שיקבע חזקה-מן-הדין, והרי זה אף שמה של החזקה. על כך נחלקו החולקים: האם גם ההלכה הפסוקה יכולה לייסד חזקה-מן-הדין, או שמא חזקה מעין-זו מקורה יכול שיהיה אך ורק בדין החרות? על חילוקי דעות אלה אומר עתה דברים אחדים.

8. שיטת-משפט, כל שיטת משפט, קובעת נורמות-משפט - עקרונות וכללים - האמורים לכוון דרכיהם והתנהגותם של בני-אדם. ואולם כלל-משפט המנוסח בלשון נורמה, ככל שיהא מפורט ומדוייק, יתקשה ליתן

פיתרון חד-משמעי לאירוע ספציפי שיארע בימים-יבואו. אם אלה דברים אמורים בכללי-משפט - קרא: בנורמות מפורטות, יחסית - לא-כל-שכן אמורים הם בנורמות-משפט מופשטות וכלליות; וככל שהנורמה תהא כללית יותר ומופשטת יותר, כן תרחב שדה-המחיה ל"פרשנות" וליישומם של עקרונות-יסוד במשפט.

9. לניתובו של בית-המשפט בדרך הנראית ראויה בעיניה, ולהקלה על מלאכת-השיפוט, מחזיקה שיטת המשפט - כל שיטת-משפט - בטכניקות מטכניקות שונות. טכניקה אחת היא ביצירתו של נטל-השיכנוע, ובהטלתו של נטל זה על מי מן הצדדים המתדיינים במשפט. במסגרת זו של נטל השיכנוע, יוצרת שיטת המשפט חזקות-מן-הדין (פרזומפציות; *praesumptiones juris*), ותכליתן: הטלת נטל השיכנוע בנושא פלוני על צד מן הצדדים המתדיינים. קביעת נטל השיכנוע משמעותה היא: הטלת סיכון על מי מן הצדדים המתדיינים, שבמקרה של ספק לסופו של משפט, הצד שהסיכון הוטל על שיכמו יצא וידו על התחתונה. ראו והשוו: A.A.S. Zuckerman, The Principles of Criminal Evidence (Clarendon Press, Oxford, 1989) ff. 104. עצם קביעתן של חזקות ייגזר מן המשפט המהותי ומעקרונות היסוד של שיטת-המשפט, ומדיניותה של שיטת המשפט - במיגזר זה או אחר - היא שתקבע את תוכנו.

10. המיבנה הפורמלי של חזקה-מן-הדין (וכמותה חזקה-שבעובדה - *praesumptio facti* או *praesumptio hominis*) הוא זה, שהוכחת עובדה מסויימת יוצרת "חזקה" לקיומה של עובדה אחרת. על דרך זה מוטל נטל מדין הראיות - נטל השיכנוע (הנטל מס' 1) בעניינה של חזקה-מן-הדין, ונטל הבאת ראיות (הנטל מס' 2) בעניינה של חזקה-שבעובדה - על מי שהחזקה פועלת לחובתו. דוגמה לחזקה-מן-הדין תימצא לנו בסעיף 29 לפקודת השטרות [נוסח חדש]. הוראת סעיף 29(א) לפקודה קובעת כי "כל צד שחתימתו מצויה על שטר, חזקה לכאורה שנעשה צד לו בעד ערך". מוסיפה עליה הוראת סעיף 29(ב), ולפיה "כל אוחז שטר, חזקה לכאורה שהוא אוחז כשורה". שתי הוראות-חוק אלו - וכל אחת מהן לעצמה - מייסדות עצמן על עובדה שיש להוכיחה ועל מסקנה הנדרשת מאותה עובדה (והיא החזקה). העובדה שיש להוכיחה במקרה הראשון היא זו, שפלוני חתם על שטר; ומשהוכחה העובדה, נמשכת ממנה חזקה כי אותו פלוני עשה עצמו צד לשטר בעד ערך. העובדה שיש להוכיחה במקרה השני היא, שפלוני הוא "אוחז" בשטר; ומשהוכח כך, נדרשת מכאן חזקה כי "האוחז" - "אוחז כשורה" הוא. על דרך זה מטיל החוק את נטל השיכנוע על מי שראוי, לדעתו, להטילו עליו, קרא: על מי שהחזקה פועלת לחובתו. לגופן של שתי חזקות אלו נוסף, כי כל אחת מהן מקפלת בגופה מדיניות במשפט השטרות: "לייעל את השימוש בשטר" (כדברי רופוס, הלא הוא השופט יואל זוסמן, במאמרו "הדבר מדבר בעדו", הפרקליט יב, תשט"ז 1955/56, 217, 222), לעודד שימוש בשטרות ולחזק את זרימתם של חיי-המסחר. בה-בעת, ובאותה משיכה, יש בהן בחזקות אלו כדי להקל על בתי-המשפט את מלאכת-השיפוט במשפטים הנסבים על שטרות שחוללו או שלא נפרעו במועדם.

11. ראוי כי נבחין בין חזקות "אמיתיות" - קאלו השתיים מפקודת השטרות - לבין הוראות-חוק שונות המתחזות להיותן חזקות: הוראות-חוק המנוסחות בלשון של חזקה - וחזקות כהגדרתן אין הן. נעמוד עתה על שני סוגים מבין הוראות-חוק אלו ה"מתחזות". הסוג האחד עניינו הוראות-חוק - או הלכות - הדוברות אמנם בלשון של חזקה, אך עניינן אין הוא בחזקה אלא בחלף-דיבור לקביעתו של נטל השיכנוע או בנגזרותיו של נטל זה. כך היא, למשל, "חזקת השפיות" כהוראתה בסעיף 18 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-, לפני תיקון 39. על-פי "חזקה" זו, "כל אדם הוא בחזקת שפוי וחזקה שהיה שפוי בשעה הנדונה, כל עוד לא הוכח היפוכו של דבר". הוא הדין ב"חזקת החפות", והיא, שחזקה על אדם כי חף-מפשע הוא כל עוד לא הוכח אחרת. גם הוראה אחת גם הוראה שניה, שתי ההוראות כאחת, אין עניינן כלל ב"חזקות". אין הן אלא חלף-דיבור לאמירה בדבר נטל השיכנוע. "חזקת החפות" משמיעה אותנו, כי נטל השיכנוע מוטל על התביעה להוכיח שפלוני עבר עבירה, ואילו "חזקת השפיות" מורה אותנו כי הנטל להוכיח אי-שפיות מוטל על הנאשם. נסיף כי כיום, לאחר תיקון 39 לחוק העונשין, מנוסח החוק - בעיקרו - בלשון-של-מהות, והוראת סעיף 34 מודיעה אותנו כי "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". להסיר ספק נסיף, כי אמרנו כל דברים אלה שאמרנו, בלא שנקל ראש בערך הפסיכולוגי והחוקתי של ניסוח נטל השיכנוע על דרך של "חזקה".

12. סוג אחר של "חזקות מתחזות" מציג לפנינו הסדר-מהות המנוסחים בלשון של חזקה. כך היא, למשל, הוראת סעיף 3(א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג 1973-, ולפיה במקום בו לא עשו בני-זוג הסכם ממון "יראום כמסכימים" להסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק "ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם-ממון בעל תוקף". על ניסוח מוזר זה שאלנו פעם (דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573, 661): "מה טעם רואה החוק להידרש לפיקציה שלפיה יראו... בני-זוג כמסכימים להסדר איזון המשאבים?... ומדוע לא קבע החוק - מפורשות - כי בהיעדר הסכם ממון יחול על בני הזוג הסדר איזון המשאבים האמור בחוק?" (ההדגשות במקור - מ' ח'). שאלנו והשבנו: "אף אתה אמור: המחוקק לא שחרר עצמו עדיין מהרגלי חשיבה של עבר... ומכאן דפוסי הלשון שהוא עושה בהם שימוש, דפוסי לשון שהיו יפים וטובים לזמנם אך עתה אבד עליהם הכלח...". (שם, שם).

13. כך היא החזקה החלוטה הקבועה בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, ודומה לה חזקת-השיתוף שקבעה ההלכה ביחסיהם של בני-זוג ביניהם-לבין-עצמם. על טיבה של חזקה זו עמדנו באריכות במקומות אחרים (ראו, למשל: פרשת נפיסי, שם, 617 ואילך; ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי (דרחי), פ"ד מח(3) 685, 699-704), ועתה נאמר אך זאת: במהלך חייה עברה חזקת-השיתוף גלגולים מגלגולים שונים: החל בגזירתה מ"הסכם מכללא",

המשך בהעמדת הדרישה לחיים "הרמוניים" בין בני-הזוג, בחיים ללא ריב, במאמץ משותף ועוד. לאמיתם של דברים, יצרה חזקת השיתוף כלל-של-מהות בדין ישראל, כלל שהזינו אותו יסודות השוויון, ההגינות, ההוגנות הצדק והיושר. אכן, הכלל הוא כלל דיספוזיטיבי: ניתן להתנות עליו, במפורש או מכללא, ובנסיבות מסוימות אף לא ייוולד או לא יתקיים; ואולם בעיקרו כלל-של-מהות הוא.

הבה נשווה את חזקת השיתוף להוראת חוקי החוזים, ונקשה: הנה הם חוקי החוזים למיניהם: מלאים הם עד-לשפתם הוראות דיספוזיטיביות, הוראות האמורות לחול על בעלי-חוזיה בהיעדר הסכם אחר ביניהם. גם הוראות אלו יכול היה המחוקק לנסח בלשון של חזקות; או, ב"תירגומן" של חזקות לשפת דין החוזים: על דרך ניסוחן כהסכמה מכללא - כדרכו של דין החוזים בהתפתחותו ההיסטורית במשפט האנגלי - כניסוחו של חוק יחסי ממון בין בני-זוג. כך, למשל, יכול היה שייאמר בחוקי החוזים: בהיעדר הסכם מפורש ביניהם, יראו צדדים לחוזה כמי שהסכימו להסדרים הקבועים בסעיפים אלה ואלה לחוק. המחוקק יכול היה כך לנסח את חוקי החוזים; יכול היה - ולא עשה כן. מדוע? כי "בחוקי החוזים ... נשתחרר המחוקק מדפוס המחשבה של ההסכמים מכללא [קרא, לענייננו: חזקות] - דפוס מחשבה שהיה כה אופייני להתפתחות דין החוזים במשפט האנגלי - בקובעו הוראות דיספוזיטיביות, לאמור, הוראות החלות על חוזים בהיעדר הוראה אחרת שבעלי החוזה הסכימו עליה" (פרשת נפיסי, שם, 621).

14. דומה עלי, איפוא - וכך סברתי גם בעבר - כי "חזקת השיתוף" אינה, לאמיתם של דברים, חזקה אלא הסדר מהותי המתחזה להיותו חזקה. ובניסוח מעט אחר: "חזקת השיתוף" אינה כלל חזקה, אלא קובץ תנאים-מהות ("פנימיים") שבהתקייםם מביאים הם לתוצאה משפטית מסויימת, ממש כהצעה וקבלה במשפט החוזים, שבהתקיימן מביאות הן להיוולדו של חוזה. "חזקת השיתוף" משמעותה היא זו, שבהתקיים תנאים אלה ואלה (קרא אשר תקרא: הסכם מכללא, חיים הרמוניים, חיים משותפים, מאמץ משותף וכיו"ב), בני-זוג הם שותפים לנכסים שנצברו במהלך הנישואים.

15. הארכתי בנושא חזקת השיתוף הואיל וחברי, השופט אור, מביא אותה כדוגמה לחזקה-מן-הדין פרי ההלכה, והיא חזקה אשר כוחה עימה להטיל את נטל השיכנוע על המבקש לסותרה (ראו פסקה 20 לחוות דעתו של חברי). מתוך שחזקת השיתוף הינה, לדעתי, חזקה "מתחזה" - במהותה אין היא אלא הסדר מהותי דיספוזיטיבי, יציר ההלכה - שוב אין ללמוד ממנה על יצירתה של חזקה-מן-הדין בהלכה. דברים בדומה ניתן לומר על הדוגמה השניה שמביא חברי ואשר עניינה זכות העיון במיסמכיה של רשות ציבורית. אשר לדוגמה השלישית (נטל השיכנוע באשר ליסודות מסויימים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו): במקרה זה מדברים אנו בנטל שיכנוע הנדרש (מכללא) מתוך מהותו של החוק.

אומרת חברתי השופטת בייניש באותו הקשר: "כאשר הדין המהותי המסדיר תחום משפטי מוגדר הוא פרי היצירה השיפוטית, אינני רואה לכאורה מניעה כי גם הסדרת נטל השיכנוע ייקבע על-פיה".

לדברים אלה נסכים ללא-היסוס, שהרי נטל השיכנוע נגזר מתוך המשפט המהותי (ראו: ד"נ 4/69 נימן נ' כהן, פ"ד כ"ד(2) 229, 294; John William McCormick on Evidence (4<sup>th</sup> ed., 1992, John William Strong, General Editor, Vol. 2 para. 337 at 432). ובמקום בו היתה זו ההלכה שיצרה את המשפט המהותי, פשוט הוא שאותה הלכה תקבע - בוודאי תשפיע - גם על קביעתו של נטל השיכנוע. ואולם לא בכך ענייננו. ענייננו הוא בהסדר שנקבע בחוק חרות, ובצידו של ההסדר החרות מבקשים מיקצת מחבריי להתיר להלכה - במקום שהדבר אינו נדרש מן החוק, לא במפורש ולא מכללא - ליצור חזקות ספציפיות מן הדין, חזקות שבכוחן לקבוע נטל שיכנוע.

לגופם של דברים לא אביע דעת נחרצת בשאלה ואשאיר אותה לימים יבואו.

16. נוסף עם זאת ונאמר: הגם שאין אנו שוללים מכל-וכל כוחו של בית משפט ליצור חזקות-מן-הדין - לאמור: חזקות הקובעות נטל שיכנוע - נוכל לומר, כי יצירתן של חזקות אלו בידי בית-משפט אין הוא חזון נפרץ. חזקה-מן-הדין, על-פי עצם טיבה, היא אחד מכלי-העבודה של חוק החרות; במקביל לה, אחד מכלי-העבודה של בית-משפט היא החזקה-שבועודה. החזקה-מן-הדין נגזרה על-פי מידתו של החוק, והחזקה-שבועודה נגזרה עבור בית-המשפט. דרך החוק היא לדבר באורח נורמטיבי, ובהיותה של החזקה-שבועודה מה שהיא - חזקה הנגזרת ממערכת עובדות מסויימת - לא למחוקק נועדה. במקביל, בית-המשפט מעסיק עצמו - במהלך עבודתו הרגיל - במערכת עובדות ספציפית המונחת לפניו, ועל-פי טבע הדברים יעשה שימוש בחזקה-שבועודה, לאמור, בחזקה הנסמכת אל מערכת עובדות ספציפית. אשר לחזקה-מן-הדין - שעל-פי טיבה קובעת היא נורמה כללית - זו לא תשדך עצמה בנקל לבית-משפט, מאותו טעם עצמו שבית-משפט אמור להכריע במערכת ספציפית המונחת לפניו.

לו נשמעה דעתי כי אז קיבלנו את העתירה והורינו על קיום הצוואה.

השופט א' גולדברג:

סברתי, ועדיין אני סבור, כי הנסיבות במקרה דנן מעמידות חזקה שבעובדה בדבר קיומה של השפעה בלתי הוגנת על המנוח. משלא נסתרה חזקה זו, עמד המשיב בנטל השכנוע כי הצוואה נגועה בהשפעה בלתי הוגנת. אין על כן השלכה מעשית בענייננו למחלוקת בדבר הלכה לעניין חלוקתם של נטלים בענייני צוואות. כך גם ציינתי בחוות דעתי שבפסק הדין נשוא דיון נוסף זה. מכל מקום, נשאר אני בדעה שהבעתי בפסק דיני, גם לעניין זה.

שופט

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של השופט אור.

ניתן היום, כ"ח בסיוון תשנ"ח (22.6.98).

המשנה לנשיא      שופט      שופט      שופט

שופט      שופטת      שופטת

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
F01.95015160