

## אחים ואחיות במשפט

מאת  
רות זפרן\*

### תקציר

מאמר זה מבקש למקד את המבט למקומם של אחאים בעולם המשפט, בתחום דיני המשפחה אך גם מחוץ לספרה זו, ולטעון כי על הדין להכיר ביחסים בין אחאים כקטגוריה של יחסים הראויה לתשומת-לב מיוחדת, ובהתאם להעניק להם הגנה משפטית נאותה. בחלקו הראשון של המאמר אעסוק בייחודו של הקשר בין אחאים, אעמוד בקצרה על חשיבותו הרגשית כמעגל החיים, ואציג את ביטויי המרכזיים במחקר הפסיכולוגי והסוציולוגי. בחלק השני של המאמר אציג את המקום שניתן ליחסי אחאים בדיני המשפחה והיום. אמפה את ההקשרים שבהם זכו קשרים אלה בהכרה ובהסדרה משפטיות, ואעמוד בקצרה על תוכנם של הסדרים אלה. בהקשר זה אתמקד באחאות בין ילדים ובהיבטים לא-כלכליים של יחסיהם. בחלקו השלישי של המאמר ארחיב את נקודת-המבט ואצא אל מחוץ לדיני המשפחה ואל מחוץ ליחסי אחאים קטיניים. בחלק זה אמפה תחומים משפטיים וסוגיות שמצויים מחוץ לעולם דיני המשפחה ואשר קיימת בהם התייחסות לאחאים (או לפחות ציפיה להתייחסות לאחאים). חלק זה אינו מתיימר להתייחס לכל סוגיה אפשרית, שכן יש רבות כאלה; הסוגיות שנבחרו להצגה הן כאלה הנוגעות במישורן

---

\* מרצה בכירה, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודה לעוזרי-המחקר שלי אושרה גואטה, דנה כהן, מתן קדר, תומר קנת, נדב שפר ותומר שקד. תודה לזהר פורט, מידענית בספריית הבינתחומי הרצליה. תודה לחברי מערכת עיוני משפט עדי דובסון, שנהב מצה ואורי שפראך, וכן לעורך דניאל פינדלר. אני מודה לאיילת בלכר-פריגת, לצבי טריגר, למילי מאסס, לרם ריבלין ולשרון שקרגי על הערותיהם לגרסאות קודמות. תודה לאנשי-המקצוע ששוחחו איתי על היבטים מעשיים של הסוגיות הנדונות במאמר זה, ואשר שיתפו אותי בחוויותיהם: עו"ד אפרת וינטר; עו"ד חגית מזרחי, יועצת משפטית במשרד הרווחה והשירותים החברתיים; עו"ד שרון ציונוב, מנהלת מערך הקליניקות המשפטיות של בית-ספר רדזינר למשפטים; עו"ד קרן ממן-סמל, מנהלת הקליניקה לסיוע רגיש מגדר לבני נוער; השופטת גלית ויגוצקי, נשיאת בית-המשפט לנוער; עו"ס שלוה ליבוביץ, מפקחת ארצית אומנה, השירות לילד ולנוער במשרד הרווחה; עו"ס אורנה הירשפלד, עובדת סוציאלית ראשית לחוק האימוץ ומנהלת השירות למען הילד; ועו"ס איריס רוזן, מנהלת "מעגלים" – מרכז ילדים-הורים לגיל הרך, חיפה. מאמר זה מוקדש בהוקרה ובהאבה לעורכת-הדין לימור סולומון ז"ל על פעילותה הייחודית לקידום זכויות ילדים בישראל.

או בעקיפין בהיבטים רגשיים של הקשר האחאי. בחינת הדין הפוזיטיבי – הן בדיני משפחה והן בתחומים האחרים – מלמדת כי יחסי אחאים לא זכו במעמד משפטי שלם ועקבי, אם כי בדיני המשפחה ניתן להצביע על שינוי שחל בשנים האחרונות ועל מאמץ חקיקתי, פסיקתי ומנהלי להעמיק את ההגנה על הקשרים בין אחאים. לקראת סיום אשרטט בקווים כלליים את העמדה הראויה בעיניי לאימוץ על-ידי הדין – עמדה אשר מכירה ביחסי אחאים ומבטיחה הגנה משפטית אפקטיבית עליהם, לפחות בהקשר של שמירת הקשר בין אחאים.

#### מבוא

- א. משמעותם של יחסי אחאים וחשיבותם
    1. היבטים סוציולוגיים
    2. היבטים פסיכולוגיים
  - ב. אחאים במשפט הפוזיטיבי – דיני משפחה
    1. עיצוב הסדר המשמורת
    2. חטיפה בין-ארצית
    3. השמה במסגרות חוץ-ביתיות
      - (א) כללי
      - (ב) השמה חוץ-ביתית: פנימיות
      - (ג) משפחות אומנה
      - (ד) אימוץ: סגור-פתוח-סגור
    4. התחקות אחר אחאים לאחר מסירה לאימוץ
    5. אחאות במשפחות "חדשות"
      - (א) כללי
      - (ב) מקרה-מבחן ראשון: אחאות במשפחה שבראשה שתי נשים
      - (ג) מקרה-מבחן שני: התחקות אחר אחאים מאותו תורם זרע
    6. סיכום-ביניים: יחסי אחאים בדיני משפחה
  - ג. אחאים במשפט הפוזיטיבי – תחומי משפחה אחרים
    1. עדות, סיוע לאחר מעשה וחיפוי על עברה
    2. עברות פליליות כלפי בני משפחה
    3. שימוש בגופה של אחות לצורך סיוע לאחותה – תרומת תאי מין ונשיאת עוברים
    4. הנצחה, זיכרון והחלטות הקשורות לגופו ולפרטיותו של המת
    5. זכויות וחובות כלכליות – מבט כללי
- מילים לסיום

## מבוא

דיני המשפחה המסורתיים העמידו במרכזם את בני-הזוג. עיקר הדגש היה מערך היחסים המשפטי בין בעל לאישה. הדין הסדיר בפירוט רב את הכניסה לנישואים, את היציאה מהם ואת מערך היחסים הכלכליים בין בני-הזוג. רק מאוחר יותר – בין היתר בעקבות המשמעות שהתהוותה לילדים בחיי המשפחה והחברה, השינוי שחל בעמדת-היסוד כלפי ילדים וההכרה בצורך להגן עליהם – נהפכו גם יחסי הורה-ילד לקטגוריה חשובה ונבדלת בדיני המשפחה.<sup>1</sup> שינוי זה בא לידי ביטוי ביצירת דינים חדשים שנועדו לספק הגנה לילד, וכן בעריכת תיקונים והתאמות בדינים קיימים על-מנת להפוך את הילד לגורם משמעותי במסגרתם.<sup>2</sup>

מאמר זה יבקש לטעון כי דיני המשפחה, ובהקשרים מסוימים גם דינים אחרים, צריכים להכיר בקטגוריה שלישית של יחסים בין אחאים. יובהר מייד כי קטגוריה זו אינה (ואינה צריכה להיות) בעלת אותה עוצמה ואותה מידה של משמעות כמו הקטגוריות של הורות וזוגיות. על-אף חשיבותם של יחסי אחאים, ואף שאטען כי ראוי להכיר בהם משפטית ולהגן עליהם, אין בכך, כמובן, כדי להעמידם במישור משפטי שווה לזה של יחסי הורות או יחסי זוגיות, או להציעם כחלופה ליחסים אלה מבחינה משפטית. עם זאת, כפי שאטען לאורך המאמר, יש להכיר בהם כקטגוריה נוספת של יחסים הראויה לתשומת-לב, ובהתאם להעניק להם הגנה משפטית. טעם מרכזי לכך הוא החשיבות שיש להם בחיינו – התבוננות מרוכזת על יחסי אחאים מלמדת כי מדובר ביחסים ייחודיים ובעלי עוצמה רבה וחשיבות גדולה לחיי הרגש של האדם ורווחתו.<sup>3</sup> המחקר בנוגע אליהם בדיסציפלינות אחרות הולך וגובר בשנים האחרונות, בפרט בפסיכולוגיה ובסוציולוגיה, אך הם אינם זוכים בביטוי משפטי מספק. יש מקום לחשוב (והיו שכבר החלו לעשות כן בשיטות משפט אחרות)<sup>4</sup> על מקומו של המשפט בהסדרת הקשר בין אחאים במשפחות התואמות את המודל הגרעיני ההטרונורמטיבי

1 בהקשר זה ראו באופן כללי את חיבורה המונומנטלי של ג'ון קרבון: JUNE CARBONE, FROM PARTNERS TO PARENTS: THE SECOND REVOLUTION IN FAMILY LAW (2000). בישראל ראו בקצרה איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ארבעים (ומשהו) שנה של עיוני משפחה" עיוני משפט מ 547, 583-576 (2017).

2 בסדרת מאמרים מציעה ד"ר איילת בלכר-פריגת להמשיג מחדש את מערכת החיובים בין ההורים ולהתנתק מהקטגוריות המוכרות לנו של הורות ונישואים. ראו איילת בלכר-פריגת "מזוגיות להורות משותפת – מסגרת משפטית להסדרת היחסים הכלכליים בין הורים במשותף" משפט ועסקים יט 821 (2016); Ayelet Blecher-Prigat, *The Costs of Raising Children: Toward a Theory of Financial Obligations Between Co-Parents*, 13 THEORETICAL INQUIRIES L. 179 (2012). כן ראו שחר ליפשיץ "יחסי משפחה וממון: אתגרים ומשימות בעקבות תיקון מס' 4 לחוק יחסי ממון" חוקים א 227, 310-306 (2009).

3 ביחס להיבט זה ראו בהרחבה פרק א להלן.

4 ג'יל הסדיי עסקה בנושא בהרחבה – ראו Jill Elaine Hasday, *Siblings in Law*, 65 VAND. L. REV. 897 (2012); ועוד קודם לכן עסק בנושא ויליאם פטון – ראו William Wesley Patton & Sara Latz, *Severing Hansel from Gretel: An Analysis of Siblings' Association Rights*, 48 U. MIAMI L. REV. 745 (1994); William Wesley Patton, *The Status of Siblings' Rights: A View into the New Millennium*, 51 DEPAUL L. REV. 1 (2001).

(להלן: משפחות "מסורתיות") – למשל, על הצורך לשמור על קשר בין האחאים במסגרת עיצוב הסדרי הטיפול והאחריות ההורית לאחר גירושים או בנסיבות של אימוץ. כפי שמאמר זה מלמד, התייחסותו של הדין הישראלי לסוגיות אלה אינה סדורה ואינה שלמה, וספק אם הדין מקנה להם את ההגנה הראויה להם.

נוסף על בחינת מעמד המשפטי של אחאים במשפחות "מסורתיות" – בחינה שתיעשה במאמר זה בהרחבה – יבקש מאמר זה לגעת גם במשפחות "מסורתיות" פחות, ובפרט במשפחות שנוצרו בסיוע טכניקות הולדה מתקדמות בשילוב תרומת זרע או ביצית. בנסיבות אלה מגיעים לעולם ילדים בעלי מטען גנטי משותף שאינם גרים באותו בית, ולהפך – ילדים הגדלים באותו בית אך אינם חולקים מטען גנטי משותף. על רקע זה מתעוררות דילמות חדשות, הנוגעות בעיקר ביצירת קשר בין אחאים (כמובן, כתלות בהגדרה מהם אחאים) ובשמירתו של קשר זה.

לצד הדיון ביחסים המשפטיים בין אחאים (ילדים) במשפחה, ולצורך הבנת יחסו המשפטי המורכב של המשפט הישראלי לקשר האחאי, יתבונן המאמר על ההסדרה המשפטית של יחסי האחאים גם מחוץ להקשר של דיני המשפחה ובנסיבות הנוגעות באחאים בגירים. המאמר אומנם אינו יכול להציע דיון מלא ושלם בכל הסוגיות ובכל ההיבטים המשפטיים שבהם קיימת (או צריכה להתקיים) התייחסות ליחסי אחאים במשפט, אולם ההתבוננות שתוצע כאן תלמד כי יחסו של הדין הכללי לקשר האחאי חסר אף יותר מיחסם של דיני המשפחה לקשר זה. נדמה כי בחינת הדין הקיים מציפה צורך כולל בהתייחסות אסדרתית של הדין לנושא זה. חלקו הראשון של המאמר יעסוק בייחודו של הקשר בין אחאים. אעמוד בקצרה על חשיבותו הרגשית של הקשר במעגל החיים, ואציג את ביטויי המרכזיים במחקר הפסיכולוגי והסוציולוגי. בחלק השני של המאמר אציג את המקום שניתן ליחסי אחאים בדיני המשפחה דהיום. אמפה את ההקשרים שבהם זכו קשרים אלה בהכרה ובהסדרה משפטיות, ואעמוד בקצרה על תוכנם של הסדרים אלה. בהקשר זה אתמקד באחאות בין ילדים ובהיבטים לא-כלכליים של יחסיהם. בחלקו השלישי של המאמר ארחיב את נקודת-המבט ואצא אל מחוץ לדיני המשפחה ואל מחוץ ליחסי אחאים קטינים. בחלק זה אמפה תחומים משפטיים וסוגיות שמצויים מחוץ לעולם דיני המשפחה ואשר קיימת בהם התייחסות לאחאים (או לפחות ציפייה להתייחסות לאחאים). חלק זה אינו מתיימר להתייחס לכל סוגיה אפשרית, שכן יש רבות כאלה; הסוגיות שנבחרו להצגה הן כאלה הנוגעות במישורין או בעקיפין בהיבטים רגשיים של הקשר האחאי. בחינת הדין הפוזיטיבי – הן בדיני משפחה והן בתחומים האחרים – מלמדת כי יחסי אחאים לא זכו במעמד משפטי שלם ועקבי, אם כי בדיני המשפחה ניתן להצביע על שינוי שחל בשנים האחרונות ועל מאמץ חקיקתי, פסיקתי ומנהלי להעמיק את ההגנה על הקשרים בין אחאים. לקראת סיום אשרטט בקווים כלליים את העמדה הראויה בעיניי לאימוץ על-ידי הדין – עמדה אשר מכירה ביחסי אחאים ומבטיחה הגנה משפטית אפקטיבית עליהם, לפחות בהקשר של שמירת הקשר בין אחאים. מאמר זה אינו מתיימר להציע תשתית נורמטיבית שלמה להכרעה בכל סיטואציה שבה עשויה להתעורר שאלה הנוגעת ביחסי אחאים, אך הוא מבקש לשים אליהן לב, להצביע על מגבלות הדין ולהציע קריאת כיוון כללית, תוך יצירת הבחנות בין סוגי סיטואציות.

## א. משמעותם של יחסי אחאים וחשיבותם

### 1. היבטים סוציולוגיים

מכל הקשרים שיש לאדם, הקשר בין אחאים הוא הממושך ביותר באופן טיפוסי. הוא נוצר עם הלידה (של האחאי השני) ומסתיים עם פטירת הראשון מביניהם. ברוב המקרים הוא ארוך יותר מקשר הורי (המסתיים עם פטירת ההורה, המתרחשת לרוב קודם) ומקשר זוגי (המתחיל רק בגיל מאוחר יותר). ברוב המקרים קשר זה כולל רכיב של מגורים משותפים במשך פרק־זמן משמעותי; חינוך משותף; וחוויות משותפות. הוא מתפרש על־פני שנות הילדות ושנות ההתבגרות, ומשתנה מאוד לאורך עשרות שנות התמשכותו כתוצאה מגורמים חיצוניים ואירועי חיים משתנים.<sup>5</sup>

קשר זה כולל יסודות משמעותיים של שיתוף וטיפוליות: ראשית, אחאים חולקים את טיפול ההורים בהם; שנית, לעיתים קרובות הם ממלאים תפקידים טיפוליים זה כלפי זה הן במהלך הילדות והן מאוחר יותר במהלך החיים הבוגרים, ואף בגיל השלישי (על־פי חלוקה גילאית ומגדרית,<sup>6</sup> וכתלות במאפיינים אישיותיים וכן בתרבות ובחברה הרלוונטיות<sup>7</sup>); ושלישית, במקרים רבים יחסי האחאות כוללים גם שיתוף או חלוקה בנטל סביב הטיפול בהורים המתבגרים,<sup>8</sup> בעיקר לנוכח תוחלת החיים העולה, המובילה לצורך בטיפול ארוך־שנים.<sup>9</sup> לצד ההיבט הטיפולי, אחאים גדולים נוטלים חלק בחברות של אחיהם הקטנים, כסוכני העולם החברתי. בכך, כפי שיוצג מייד בהקשר הפסיכולוגי, הם יכולים להוות מקור לחיקוי חיובי אך גם שלילי.

- 
- 5 VICTOR G. CICIRELLI, SIBLING RELATIONSHIPS ACROSS THE LIFE SPAN 1–3 (1995)
- 6 בפרט בין אחיות: JERRIE L. MCGHEE, *The Effects of Siblings on the Life Satisfaction of the Rural Elderly*, 47 J. MARRIAGE & FAM. 85 (1985)
- 7 על השפעת הגורם התרבותי ראו באופן כללי CICIRELLI, לעיל ה"ש 5, בעמ' 69–85. בחברות חקלאיות לא־מתועשות אחאים ממלאים תפקיד טיפולי הדומה במהותו לתפקיד ההורי: THOMAS S. WEISNER & RONALD GALLIMORE, *My Brother's Keeper: Child and Sibling Caretaking*, CURRENT ANTHROPOLOGY 169 (1977) 18. התפקיד הטיפולי בא לעיתים על־חשבון צורכיהם האישיים של האחאים, אך הם ממלאים אותו תוך הכרה בחשיבותו החברתית: PATRICIA ZUKOW-GOLDRING, *Sibling Caregiving*, in HANDBOOK OF PARENTING: VOL. 3 – BEING AND BECOMING A PARENT 253, 258, 266 (Marc H. Bornstein ed., 2nd ed., 2002)
- 8 Bonnie Lashewicz, *Sibling Resentments and Alliances During the Parent Care Years: Implications for Social Work Practice*, 11 J. EVIDENCE-BASED SOC. WORK 460 (2014)
- 9 מחקרים מלמדים כי במקרים רבים אחד האחאים נבחר לגורם המטפל המוביל או הבלעדי: TENNILLE J. CHECKOVICH & STEVEN STERN, *Shared Caregiving Responsibilities of Adult Siblings with Elderly Parents*, 37 J. HUM. RESOURCES 441, 442 (2002)

בניגוד לקשרים אחרים, המשלבים לרוב יסודות של בחירה (בחירה אם להינשא ועם מי או החלטה אם להביא ילד לעולם),<sup>10</sup> אחאות,<sup>11</sup> בהגדרתה, אינה מגלמת בחירה. ההחלטה אם להביא ילד לעולם נתפסת בעיקרה כהחלטה אוטונומית של ההורה (ולרוב של זוג ההורים), ואילו אחאות נכפית על הילד, לעיתים קרובות מתוך תפיסה שהולדת אחאי רק תיטיב עימו, ולעיתים היא אף נעשית למענו.<sup>12</sup> יתר על כן, בניגוד לנישואים, שאפשר להביאם אל קיצם בגירושים, או הורות, שניתן לקטוע על-ידי מסירה לאימוץ, אחאות היא כפויה, והאחאים אינם יכולים להשתחרר ממנה מבחינה משפטית-פורמלית.

עם זאת, לאורך השנים אחאים יכולים לעצב כבחירתם את הקשר שלהם (כשם שניתן, יש להניח, לעשות לגבי קשרים משפחתיים אחרים) בין כיחסים קרובים, המגלמים יסודות של שיתוף ו/או טיפול, ובין כיחסים רחוקים יותר, עד כדי ניתוק מוחלט של הקשר הרגשי. בחלק מן המקרים יחסים אלה מגלמים אהבה, קרבה ואינטימיות, תחושה של אחריות הדדית או דאגה; במקרים אחרים (או בתקופות אחרות) הם עלולים לגלם איבה חריפה, תחרות וקנאה;<sup>13</sup> ולעיתים התחושות מעורבות.<sup>14</sup> לגורמים חיצוניים שונים עשויה להיות השפעה על טיב הקשר. בין היתר נמצא מתאם בין טיב הקשר לבין השיוך המגדרי של האחאים (אחיות נוטות לשמור על קשר קרוב יותר עם אחיהן ואחיותיהן), וכן נמצא כי המרחק הגיאוגרפי ומצבם המשפחתי של האחאים יכולים אף הם לנבא את מידת הקרבה ועוצמת הקשר ביניהם.<sup>15</sup> בכיוון ההפוך נמצא כי לטיב היחסים ולאופיים יש השפעה על הרווחה האישית ואופן ההתנהגות של הפרט במישורים שונים של חייו.<sup>16</sup> היבטים אלה יוצגו בחלק הבא, העוסק בתובנות העולות מן המחקר הפסיכולוגי בתחום.

10 לא בכל קשר של נישואים מובטחת בחירה, ובוודאי לא בכל התעברות, וכל בחירה, גם כזו שאינה מגלמת כפייה ישירה, מושפעת מלחצים חברתיים-תרבותיים. ראו בהקשר זה אורנה דונת "טובים השניים מן האחד? כמה הגיונות תרבותיים של מוסד האחאות בישראל" סוציולוגיה ישראלית טו 35, 39 (2013).

11 המושג "אחאות" (siblingship) משמעו "היות אחאים", קרי, היות נתון בקשר אחאי.

12 דונת, לעיל ה"ש 10.

13 למחקר בנוגע לאהבה ולקרבה בין אחאים ראו, למשל, Kory Floyd, *Brotherly Love II: A Developmental Perspective on Liking, Love, and Closeness in the Fraternal Dyad*, 11 Jennifer L. J. Fam. Psychol. 196 (1997). למחקר על תחרות וקנאה בין אחאים ראו, למשל, Bevan & Kristen A. Stetzenbach, *Jealousy Expression and Communication Satisfaction in Adult Sibling Relationships*, 24 COMM. RESEARCH REPORTS 71 (2007).

14 על משמעותה, חשיבותה ופניה השונים של אחאות ראו, ג'פרי קלוגר אפקט האחאים – מה היחסים בין אחים ואחיות מגלים עלינו 15 (דפנה לוי מתרגמת, 2013). לגרסת המקור ראו JEFFREY KLUGER, *THE SIBLING EFFECT: WHAT THE BONDS AMONG BROTHERS AND SISTERS REVEAL ABOUT US* (2011).

15 Lynn K. White & Agnes Riedmann, *Ties Among Adult Siblings*, 71 Soc. Forces 85, 91, 15 (1992) כן ראו McGhee, לעיל ה"ש 6.

16 Laurie Kramer & Lew Bank, *Sibling Relationship Contributions to Individual and Family Well-Being: Introduction to the Special Issue*, 19 J. Fam. Psychol. 483 (2005)

## 2. היבטים פסיכולוגיים

עיון במחקר הפסיכולוגי מלמד שני דברים מעניינים: האחד, שיחסי אחאים נחקרו מעט יחסית עד השנים האחרונות; והאחר, שהמחקר התמקד בהשפעות שליליות של יחסים בין אחאים. הספרות בתחום החלה לשגשג בשני העשורים האחרונים, ובמיוחד בעשור האחרון.<sup>17</sup> White ו־Riedmann מציינים, במאמרם משנת 1992,<sup>18</sup> כי המחקרים העוסקים באחאים הם מעטים ושוליים, ובכל מקרה מבוססים על קבוצות־מחקר קטנות. זאת ועוד, אותם מחקרים מעטים שעסקו באחאים בדקו את ההשפעות השליליות של אחאים אלה על אלה, ולא האירו את ההשפעה החיובית שיש ליחסים אלה, קרי, את השפעתם המיטיבה ואת התמיכה הגלומה בהם. מאפיינים אלה של המחקר והיקפו המצומצם הובילו בדברי המבוא לספר ראשון מסוגו, משנת 2010, שעסק ביחסי אחאים בהקשר הטיפולי,<sup>19</sup> וכן בסקירת המערכת של כתב־עת רב־תחומי לכריאות נוער משנת 2013<sup>20</sup> – שני פרסומים המסמנים את השינוי האמור במגמה.

בשנים האחרונות התרחב כאמור העיסוק ביחסי אחאים, אם כי במקביל התרחשה הגדלה גם במחקר שעסק ביחסי משפחה אחרים, בפרט ביחסי הורות וביחסי זוגיות.<sup>21</sup> נוסף על כך, לצד דיון נרחב בהשפעות פתולוגיות של אחאים אלה על אלה,<sup>22</sup> נבדקו והוארו גם צדדיו

17 כך, למשל, בספרו משנת 1995 מצייני Ciciirelli כי ההתקדמות המחקרית בנושא אחאים איטית בהשוואה למחקר הנוגע בבני־זוג או בהורים – ראו Ciciirelli, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1. טענות דומות מופיעות גם במאמרים מאוחרים יותר: Avidan Milevsky & Mary J. Levitt, *Sibling Support in Early Adolescence: Buffering and Compensation Across Relationships*, 2 Eur. J. Dev. Psychol. 299, 300 (2005). ראו גם Kramer & Bank, לעיל ה"ש 16, בעמ' 483.

18 ראו White & Riedmann, לעיל ה"ש 15, בעמ' 99.

19 SIBLING DEVELOPMENT: IMPLICATIONS FOR MENTAL HEALTH PRACTITIONERS (Jonathan Caspi ed., 2010).

20 Katherine Jewsbury Conger, *Beyond Tattling: What Can Siblings Tell Us About Adolescent Behavior?*, 53 J. ADOLESCENT HEALTH 151 (2013).

21 על סדר־הגודל של היקף המחקרים ביקשתי ללמוד מן הבריקה הכללית הבאה: באמצעות ה־psychology database של ProQuest, ובסיוע עוזרת־המחקר אושרה גואטה, בדקנו את מספר המאמרים שפורסמו ב־peer-reviewed journals בשני העשורים האחרונים ואשר כוללים בכותרתם לפחות אחת מן המילים "sibling", "brother" או "sister", לעומת כאלה הכוללים בכותרתם לפחות אחת מן המילים "parent", "mother" או "father". הבריקה העלתה כי מספר המאמרים שהתפרסמו בשנים 2008–2018 בנושא אחאים היה גדול פי 1.6 ממספרם בשנים 1998–2008. עלייה דומה נרשמה במספר המאמרים בנושא הורים.

22 מחקרים רבים מראים כי קיומן של התנהגויות שליליות מוחצנות בקרב אחאים גדולים (התנהגויות אנטי־סוציאליות, אלימות, שימוש בסמים ובאלכוהול, פעילות מינית מוקדמת ועוד) מנבא התנהגויות שליליות כאלה גם בקרב אחיהם הקטנים. כך, למשל, במחקר משנת 2013 נמצא כי קיומה של התנהגות שלילית מוחצנת בקרב אחאים גדולים מהווה גורם סיכון חברתי ייחודי להחצנת בעיות כאלה גם בקרב אחיהם הקטנים, אשר שווה בעוצמתו לזה הנובע מחברים ומהורים, ואשר מקורו בלמידה חברתית ובחיקוי: Ivy N. Defoe et al., *Siblings Versus*

החיוביים של הקשר בין אחאים. כך, למשל, עמד המחקר על המקום שיש לאחאים גדולים בחיי אחיהם הקטנים ועל תפקידיהם כמטפלים, כמודלים לחיקוי, כיועצים, כמורים או כחברים למשחק.<sup>23</sup> נמצא כי במצבים מסוימים אחאים יכולים לפצות על היעדרות או ריחוק רגשי של הורים.<sup>24</sup> קשרים חיוביים עם אחאים נמצאו כמנבאים מידה רבה יותר של הבנה רגשית וחברתית, יכולות קוגניטיביות, רגישות מוסרית ויכולת הסתגלות פסיכולוגית.<sup>25</sup>

*Parents and Friends: Longitudinal Linkages to Adolescent Externalizing Problems*, 54

J. CHILD PSYCHOL. & PSYCHIATRY 881 (2013)

באופן דומה, מחקר משנת 2005 מראה כי שילוב של יחסים קונפליקטואליים בין אחאים בגיל מוקדם, חשיפה להתנהגויות אנטי-סוציאליות של האחאי הגדול והשתתפות בהן בגיל ההתבגרות מגבירים את הסיכוי לבעיות הסתגלות של האחאים הצעירים – אפקט שנשמר גם כאשר נוטרלו השפעות הוריות: Jim Snyder, Lew Bank & Bert Burraston, *The Consequences of Antisocial Behavior in Older Male Siblings for Younger Brothers and Sisters*, 19 J. FAM. PSYCHOL. 643 (2005)

כן נמצא כי שימוש של אחאים גדולים באלכוהול ובסמים ניבא שימוש כזה על-ידי אחיהם הקטנים, גם לאחר נטרול השפעותיהם של ההורים והחברים: Shawn D. Whiteman, Alexander C. Jensen & Jennifer L. Maggs, *Similarities in Adolescent Siblings' Substance Use: Testing Competing Pathways of Influence*, 74 J. STUD. ALCOHOL & DRUGS 104 (2013) דמיון בין אחאים מבחינת שימוש בחומרים מסוכנים יוחס במחקר מאוחר יותר למאפיינים כגון השפעה הרדית, חברים משותפים והערצה של האחאי הגדול: Shawn D. Whiteman, Alexander C. Jensen & Jennifer L. Maggs, *Similarities and Differences in Adolescent Siblings' Alcohol-Related Attitudes, Use, and Delinquency: Evidence for Convergent and Divergent Influence Processes*, 43 J. YOUTH ADOLESCENCE 687 (2014)

דמיון בין אחאים נמצא אף ביחס להתנהגויות עברייניות וסוּתות: Abigail A. Fagan & Jake M. Najman, *Sibling Influences on Adolescent Delinquent Behaviour: An Australian Longitudinal Study*, 26 J. ADOLESCENCE 547 (2003) ראו גם Snyder, Bank & Burraston, לעיל בהערה זו; Whiteman, Jensen & Maggs, *Similarities and Differences in Adolescent Siblings' Alcohol-Related Attitudes, Use, and Delinquency*, לעיל בהערה זו.

23 ראו, למשל, Zukow-Goldring, לעיל ה"ש 7, בעמ' 258 ו-266.

24 Wyndol Furman & Duane Buhrmester, *Children's Perceptions of the Qualities of Sibling Relationships*, 56 CHILD DEV. 448 (1985); Grania Sheehan, Yvonne Darlington, Patricia Noller & Judith Feeney, *Children's Perceptions of Their Sibling Relationships During Parental Separation and Divorce*, 41 J. DIVORCE & REMARRIAGE 69, 88 (2004) במחקר זה נמצא כי אחאים מהווים גורם מגן בעת גירושי הורים.

25 ראו Milevsky & Levitt, לעיל ה"ש 17, בעמ' 300. מחקר בראשיתו בתחום תיאוריית ההיקשרות מלמד אף הוא על חשיבותם של יחסי אחאים ועל הפוטנציאל הגלום בהם (במיוחד על רקע היעדרות הורים, אך לאו דווקא על רקע זה) כבסיס למודלים של היקשרות שישפיעו על קשרי האדם במהלך חייו. ראו עינב שולמן התקשרות לאח ופתרון הקונפליקט האדיפאלי בין אחאים – השפעת חשיפה תת סיפית לייצוגים מנטאליים של האח על מיניות ויחסים זוגיים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בראיילן – המחלקה לפסיכולוגיה, 2010). אף שנראה טבעי להתייחס לקשר בין אחאים כאל מערכת היקשרות, לנוכח האינטנסיביות שלו וחשיבותו, בפועל נעשה שימוש מועט מאוד בתיאוריית ההיקשרות



עידוד קשר בין אחאים הניב תוצאות התנהגותיות חיוביות (כשליטה עצמית וכישורים חברתיים), כמו-גם השפעות חיוביות על הישגים אקדמיים.<sup>26</sup> נלמד כי תמיכה בין אחאים יכולה לשמש חוץ מפני גורמי סיכון כעוני,<sup>27</sup> וכי היא בעלת אפקט מגן במהלך משברים משפחתיים ואירועי חיים מלחיצים.<sup>28</sup> חשוב לציין כי בשל התמשכותו של הקשר האחאי, יש לו חשיבות לא רק בילדות, כי אם גם בבגרות ובזקנה.<sup>29</sup> ניכר כי לקשר בין אחאים בגיל מבוגר יש פוטנציאל לספק תמיכה חברתית ורגשית ממשית.<sup>30</sup> ברור כיום כי לאחאים יש השפעה

- 
- כדי לבחון יחסים בין אחאים. רוב המחקרים בתחום ההיקשרות עסקו ביחסים עם הורים בילדות או עם בני-זוג בבגרות. ראו שם, בעמ' 20. לעמדות השונות ביחס לקיומה של היקשרות בין אחאים ראו, למשל, Mary D. Salter Ainsworth, *Attachments and Other Affectional Bonds Across the Life Cycle*, in ATTACHMENT ACROSS THE LIFE CYCLE 33, 46 (Colin Murray Parkes, Joan Stevenson-Hinde & Peter Marris eds., 1991); Robert B. Stewart, *Sibling Attachment Relationships: Child-Infant Interactions in the Strange Situation*, 19 DEV. PSYCHOL. 192, 198 (1983); Robert B. Stewart & Robert S. Marvin, *Sibling Relations: The Role of Conceptual Perspective-Taking in the Ontogeny of Sibling Caregiving*, 55 CHILD DEV. 1322, 1330 (1984).
- 26 Mark E. Feinberg et al., *Siblings Are Special: Initial Test of a New Approach for Preventing Youth Behavior Problems*, 53 J. ADOLESCENT HEALTH 166, 170 (2013)
- 27 Susan J.T. Branje, Cornelis F.M. van der Wal, Milevsky & Levitt, לעיל ה"ש 17, בעמ' 317; Lieshout, Marcel A.G. van Aken & Gerbert J.T. Haselager, *Perceived Support in Sibling Relationships and Adolescent Adjustment*, 45 J. CHILD PSYCHOL. & PSYCHIATRY 1385, 1393 (2004)
- 28 Krista Gass, Jennifer Jenkins & Judy Dunn, *Are Sibling Relationships Protective? A Longitudinal Study*, 48 J. CHILD PSYCHOL. & PSYCHIATRY 167, 172 (2007)
- 29 Glenna Spitze & Katherine Trent, *Gender Differences in Adult Sibling Relations in Two-Child Families*, 68 J. MARRIAGE & FAM. 977, 977 (2006)
- 30 במחקר של White & Riedmann, לעיל ה"ש 15, בעמ' 99, נמצא כי מתוך כ-8,000 מבוגרים בעלי אחאים, כחצי מהמשתתפים היו בקשר עם אחאיהם על בסיס חודשי, וקרוב לשני שלישים מתוכם החשיבו לפחות אחד מאחאיהם כחבר קרוב. 30% מהמשתתפים הצהירו כי במקרה חירום האחאי שלהם יהיה הראשון שאליו יתקשרו. מעניין שהשפעת הקשר בבגרות תלויה בשיוך המגדרי של האחאי. כך, משתתפים שיש להם אחיות דיווחו על מידה רבה יותר של אינטראקציה חיבה ותמיכה בקשר האחאות שלהם בהשוואה לנשים וגברים ללא אחיות אך עם אחים. במחקר אחר, שנערך בקרב משתתפים מקרב גילאי 61-91, נמצא כי גברים ונשים שתפסו את הקשר שלהם עם אחותם כקרוב הראו תסמינים פחותים של דיכאון (כלומר, התאפיינו ברווחה נפשית רבה יותר), בעוד קשר עם אחאי שנתפס כקרוב לא היה רלוונטי לרווחה הנפשית. נוסף על כך, נשים שתפסו את הקשר שלהן עם אחותן כקונפליקטואלי או כאדיש הראו תסמינים רבים יותר של דיכאון. ראו Victor G. Cicirelli, *Feelings of Attachment to Siblings and Well-Being* in *Later Life*, 4 PSYCHOL. & AGING 211, 214 (1989). ברור, עם זאת, כי המחקרים האמורים לא הצליחו להסיר ספקות שמקורם בשאלת הסיבתיות, ולא הצליחו לנטרל באופן שלם את האפשרות להיפוך בין הסיבה לתוצאה.

גדולה על התפתחותו של הפרט ועל התנהגותו, ולקשרי האחאות מיוחסת חשיבות רבה.<sup>31</sup> תחום ספציפי של מחקר פסיכולוגי, שאליו אשוב בהמשך המאמר, נוגע בהשמה במשפחות אומנה או במשפחות מאמצות. כאן ניתן להצביע על נתונים המלמדים על ההשפעות החיוביות שיש להשמה משותפת של אחאים הן על התנהגותם בבית האומנה והן על התנהגותם מחוץ לבית – למשל, בבית-הספר (הפחתה בהיקף בעיות ההתנהגות ושיפור ההישגים האקדמיים).<sup>32</sup> השמה משותפת של אחאים עשויה לשפר גם את קשריהם של האחאים עם בני גילם, להגביר את רווחתם הנפשית<sup>33</sup> ולהעצים את חוסנם.<sup>34</sup> מאידך גיסא, קשר קונפליקטואלי בין אחאים כמו-גם פתולוגיות אחרות, בפרט על רקע משברים שהם חוו יחד, עלולים להוות גורם סיכון.<sup>35</sup> לכן לא בכל מקרה השמה משותפת של אחאים נכונה ובעלת פוטנציאל מטיב. עם זאת, ככל שהיא אכן מתאימה, יש בה ככל הנראה פוטנציאל משמעותי לשפר את רווחתם של האחאים.<sup>36</sup> תחום אחר של המחקר הפסיכולוגי נוגע ביחסי אחאים בגירויים ולאחריהם.

- 31 לסקירה של מגוון ההשפעות וההשלכות של קשרי אחאות, שחלקן חיוביות וחלקן שליליות, ראו Shawn D. Whiteman, Julia M. Becerra Bernard & Alexander C. Jensen, *Sibling Influence in Human Development*, in *SIBLING DEVELOPMENT: IMPLICATIONS FOR MENTAL HEALTH PRACTITIONERS 1* (Jonathan Caspi ed., 2010).
- 32 Devi Miron, Ayesha Sujana & Melissa Middleton, *Considering the Best Interests of Infants in Foster Care Placed Separately from Their Siblings*, 35 *CHILDREN & YOUTH SERV. REV.* 1385, 1389–90 (2013); Rebecca L. Hegar & James A. Rosenthal, *Foster Children Placed with or Separated from Siblings: Outcomes Based on a National Sample*, 33 *CHILDREN & YOUTH SERV. REV.* 1245, 1250 (2011). מעניין שהשמה משותפת של אחאים, הן במשפחות אומנה והן במסגרות אחרות, מגדילה את הסיכוי לשמירת קשר אפקטיבי עם ההורים. השמה מופצלת מקשה על ההורים באופן אובייקטיבי, שכן הם נאלצים להתרוצץ בין מוסדות שונים ברחבי הארץ ולפנות זמן וכסף לניהול הקשרים. בהתחשב בקושי שיש להורים ממילא, שבעטיו יצאו הילדים מחזקתם, משימה זו נראית לעיתים קרובות בלתי-אפשרית.
- 33 ראו Miron, Sujana & Middleton, לעיל ה"ש 32, בעמ' 1389.
- 34 Sabrina M. Richardson & Tuppert M. Yates, *Siblings in Foster Care: A Relational Path to Resilience for Emancipated Foster Youth*, 47 *CHILDREN & YOUTH SERV. REV.* 378 (2014).
- 35 לתיאורי מקרים שבהם הומלץ על נתק בין אחאים ראו יואה שורק ופירא ניג'ם-אכתיאלאת "מאימוץ ילדים לקהילת האימוץ" – חקר מקרים: אימוץ עם קשר ואימוץ על-ידי משפחות אומנות 39 (2012) [brookdale.jdc.org.il/wp-content/uploads/2018/01/626-12-Expanding-Adoption-REP-HEB.pdf](http://brookdale.jdc.org.il/wp-content/uploads/2018/01/626-12-Expanding-Adoption-REP-HEB.pdf). Karen Rothschild & Daniel Pollack, *Revisiting the Presumption of Jointly Placing Siblings in Foster Care*, 12 *SEATTLE J. SOC. JUST.* 527 (2013).
- 36 L. Oriana Linares et al., *Placement Shift, Sibling Relationship Quality, and Child Outcomes in Foster Care: A Controlled Study*, 21 *J. FAM. PSYCHOL.* 736, 741–42 (2007).

אף שרוב המחקרים הגיעו למסקנה כי יחסי אחאים הושפעו מן הגירושים ומדרך התנהלותם, קרי מעוצמת הקונפליקט וממשכו,<sup>37</sup> קיימת מחלוקת ביחס לטיבה של ההשפעה האמורה.<sup>38</sup> מן המחקר הפסיכולוגי עולה, לפחות באופן מסתבר, כי רצוי לשמר את הקשר בין האחאים בעת הגירושים ולאחריהם, מתוך רצון להבטיח את מערכת התמיכה האחאית ולחזק את הילדים מול ההשלכות השליליות של התפרקות התא המשפחתי, של הקונפליקט ההורי ולעיתים אף של היעדרות אחד ההורים.<sup>39</sup> קלוגר סבור כי הסדר של משמורת מפוצלת מחריף את הטרואומה שהילדים חווים בעקבות הגירושים. לטענתו, כאב הפרדה מהורה הלא-משמורן יוחרף אם הם יאלצו לספוג גם פרדה מאחאי, בעוד שאם הם יישארו יחד, הם יוכלו לנחם זה את זה, ויהיה להם קל יותר לשאת את כאב הגירושים, שכן טראומה משותפת היא בדרך-כלל טראומה מרוכבת.<sup>40</sup> מחקרים שונים מראים, בין היתר, כי משמורת מפוצלת מונעת מילדים תמיכה ונחמה אחאיות חשובות, מקדמת התפתחות של בריתות לא-בריאות

37 להצגת מגוון השפעות אפשריות ומחקרים שונים ראו באופן כללי קלוגר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 139-129.

38 קבוצה אחת של מחקרים מצביעה על כך שילדים שחוו גירושים מקיימים קשר חזק ומיטיב עם אחאיהם. ראו, לדוגמה, Caroline Abbey & Rudi Dallos, *The Experience of the Impact of Divorce on Sibling Relationships: A Qualitative Study*, 9 CLIN. CHILD PSYCHOL. & PSYCHIATRY 241 (2004).

קבוצה אחרת של מחקרים מלמדת דווקא כי יחסי אחאים שהוריהם התגרשו (בפרט אם אלה התגרשו כאשר הילדים היו מבוגרים יותר ואם רמת הקונפליקט ההורי במהלך הגירושים הייתה גבוהה) מתאפיינים בריחוק ובקונפליקט, וזאת בהשוואה לאחאים במשפחות ללא גירושים. ראו, למשל, Avidan Milevsky, *Perceived Parental Marital Satisfaction and Divorce: Effects on Sibling Relations in Emerging Adults*, 41 J. DIVORCE & REMARRIAGE 115 (2004); Patricia Noller et al., *Conflict in Divorcing and Continuously Married Families: A Study of Marital, Parent-Child and Sibling Relationships*, 49 J. DIVORCE & REMARRIAGE 1 (2008) קבוצה שלישית של מחקרים שותפה למסקנה כי לגירושים יש השפעה על הקשר האחאי, אך מעלה כי ההשפעה אינה שלילית בהכרח. כך, למשל, נמצא כי ילדים שהוריהם התגרשו ניהלו קשרים אינטנסיביים יותר עם אחאיהם – חלקם אכן קשרים שהתאפיינו בעוינות ובקונפליקט חזקים יותר, אך חלקם קשרים שהתאפיינו דווקא בקרבה ובחום רבים יותר. ראו, למשל, Sheehan, Darlingon, Noller & Feeny, לעיל ה"ש 24. מחקר אחר מלמד כי אומנם רמה גבוהה יותר של קונפליקט הורי מובילה לקונפליקטים רבים יותר גם בין האחאים, אך הדבר אינו משפיע על ההיבטים החיוביים של קשר האחאות, כגון איכות מערכת היחסים ותדירות הקשר: Anne Rigt Poortman & Marieke Voorpostel, *Parental Divorce and Sibling Relationships: A Research Note*, 30 J. FAM ISSUES 74 (2009).

39 Sheehan, Darlingon, Noller & Feeny, לעיל ה"ש 24, בעמ' 90.

40 ראו קלוגר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 130-129. במחקר אחד לא נמצא כי לפיצול יש בהכרח השפעה שלילית על יחסי האחאים, והסתמן כי אולי אף יש בהם יסוד מיטיב. ראו Bruce Hawthorne, *Split Custody as a Viable Post-Divorce Option*, 33 J. DIVORCE & REMARRIAGE 1 (2000).

בין הילד לבין ההורה המשמורן, ופוגמת בפיתוח קשרי האחאים, שכן אלה מצריכים רמת גישה פיזית ורגשית גבוהה בין האחאים.<sup>41</sup>

### ב. אחאים במשפט הפוזיטיבי – דיני משפחה

בירור מקומם של יחסי אחאים במשפט ובדיקת הסדרתם של יחסים אלה יתמקדו, במסגרת מאמר זה, בקטינים ובעיקר בהיבטים לא-כלכליים של יחסיהם, לעיתים תוך זליגה לגיל הבגירות בהקשרים קרובים.<sup>42</sup> למעשה, במוקד הדיון לא יעמוד מערך החובות והזכויות של אחאים בינם לבין עצמם, אלא שאלת זכותם מול צדדים שלישיים, ובעיקר מול המדינה ורשויותיה, להגנה על הקשר ביניהם או להבטחת הגשמתו העתידית.

עיקר העניין שיחסי אחאים בגיל הצעיר מעוררים נוגע בשמירת הקשר ביניהם במצבי משבר ובנסיכות של פירוק התא המשפחתי. שתי סוגיות מרכזיות זוכות בהתייחסות בשיטות משפט רבות, לרבות בישראל. היבט אחד הוא זה הנוגע בשימורו ובהבטחתו של הקשר בין אחאים לאחר פרדת ההורים וכחלק מהסדרתה של שאלת המשמורת. היבט אחר נוגע בשימור הקשר בין אחאים ובהבטחתו לאחר אימוץ או השמה במשפחות אומנה או בפנימיות. היבטים אחרים צפים ועולים בהקשרים הנלווים לסוגיות אלה – למשל, בהקשר של חטיפה בין-ארצית על-ידי אחד ההורים על רקע סכסוך בין ההורים; בנסיכות של אימוץ, כאשר אחד האחאים מבקש לאתר את רעהו שנים מאוחר יותר; ובאופן דומה, בנסיכות של הולדה מתרומה של זרע או ביצית, כאשר הצאצאים מבקשים לאתר את אחאיהם הגדלים במשפחות אחרות.

התבוננות מרוכזת על הזירות שבהן עולה שאלת הקשר בין אחאים, שתיעשה בפרק זה, מלמדת על חולשתו היחסית של הקשר מבחינה משפטית. הקשר האחאי, הנתפס כמובן מאליו בנסיכות משפחתיות "תקינות", כאשר המשפחה מתפקדת כיחידה אינטגרטיבית, אינו מוגן באופן שלם כאשר המשפחה מתפרקת. בהקשרים מסוימים האחאים נעדרים כליל מההתייחסות המשפטית, ובאחרים הם בגדר "נוכחים נפקדים", במובן זה שהדין אומנם מכיר במשתמע במעמדם, בזכויותיהם ובהגנה על האינטרסים שלהם, אך הכרה זו אינה מדוברת כמעט ונתפסת כ"מובנת מאליה".

41 כך, למשל, אחד המחקרים מלמד כי אחאים שהופרדו לאחר הגירושים היו בקשר תדיר פחות, שהתאפיין באי-יציבות ובהרמוניה פחותה בהשוואה לקשר בין אחאים שלא הופרדו לאחר הגירושים. Sylvie Drapeau, Marie Simard, Madeleine Beaudry & Cecile Charbonneau, *Siblings in Family Transitions*, 49 FAM. RELATIONS 77 (2000).

42 התייחסות עקיפה ליחסי אחאים בגיל הבגירות קיימת בהקשר של היבטים כלכליים בהעברה בין-דורית. סוגיה מרכזית אחת היא סוגיית הירושה. חלק מן השיטות בחרו לעצב את דיני הירושה תוך הבטחת חלקם של הצאצאים בעיזבון. ראו באופן כללי סיליה וסרשטיין פסברג **משפט בין-לאומי פרטי** כרך ב 1061 (2013). שאלת מקומם של יחסי אחאים בבגירות עולה (או ראוי שתעלה) גם אגב דיון במחלוקות סביב נחלות "בן ממשיך". ראו, למשל, ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נוו(6) 295, פס' 33 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'צה (2002). גם השאלה בדבר חובת התמיכה בין אחאים בגירים (בדומה למוזונות) לאחר מות ההורים, כפרט במקרה של נזקקות של אחד מהם (חולה או מוגבל), עשויה להיות רלוונטית בהקשר זה.

טעם אחד המסביר את העמדה האמורה עשוי להיות נעוץ בעירוב שהתקיים (ועודנו קיים) בין יחסי הורים ליחסי אחאים. עם השנים, ולנוכח ההכרה ביחסי הורה-ילד כיחסים הראויים להכרה משפטית, הובלעו היבטים מסוימים של יחסי האחאות בתוך אלה. יחסי הילדים נכרכו ביחסי ההורים – בני-הזוג – בינם לבין עצמם, וזכו במענה רק כחלק מאסדרתם של יחסים אלה; הם לא עמדו כיחסים בפני עצמם, אלא היו בגדר יחסים "מתזוכים". במובן זה המשפט לא התעלם מיחסים אלה, אך הוא לא נתן להם מעמד עצמאי ולא הסדיר אותם בנפרד. הצורך להסדיר אותם בנפרד לא הודגש, בין היתר, עקב החפיפה או התיאום שהתקיימו בין האינטרס של שמירת הקשר בין הילד להורה לבין האינטרס של שמירת הקשר בין האחים. לרוב לא הייתה קיימת אחאות שאינה נובעת מהורות משותפת, כך שאחאות והורות צעדו יד ביד. לאחאים היו הורים משותפים (או לפחות הורה אחד משותף), ולכן הסדרת יחסי האחאים חסתה תחת כנפיהם של יחסי הורה-ילד, המוכרים משפטית. יסוד זה נכון במיוחד בסוגיה המרכזית של משמורת, שתידון להלן. הסדר המשמורת, שהבטיח קשר בין הורה לילדיו, עשה כן למעשה גם לגבי הילדים בינם לבין עצמם. בתחום של עיצוב הסדרי המשמורת לא התעוררו שאלות מורכבות, שכן הסדרים אלה תאמו לרוב פורמט אחד – משמורת אימהית על כלל הילדים והסדר מפגשים לאב. בנסיבות אלה הובטח הקשר בין האחאים ממילא. אולם עם השינויים שהתרחשו בחלוקת התפקידים במשפחה ה"מסורתית" – הגדלת היקף הטיפול האבהי לנוכח ההכרה במעמדו של האב כגורם מטפל גם לאחר פירוק המשפחה – ועם הגיוון שחל במבנים המשפחתיים עצמם, כפי שנראה בהמשך המאמר, אין עוד זיקה מתחייבת בין יחסי הורות ליחסי אחאות. שינוי חברתי זה מצדיק שינוי משפטי, שאכן מתחיל אט-אט להיווצר.

עוד נראה כי הסתייגותו המסורתית של הדין מהכרה פורמלית בקשר האחאי עשויה להיות נעוצה גם באופן כינונם של היחסים האמורים ושל מערך הזכויות והחובות הפנימי ביניהם. אחאות היא תוצאה בלתי-נמנעת של החלטותיהם של אחרים ומעשיהם. אחאים אינם בוחרים ליהפך לאחאים, ואינם יכולים להשתחרר ממעמד זה לפי רצונם. מאפיין זה עשוי אולי להסביר את רתיעתו של המשפט מלהטיל אחריות משפטית בין אחאים. כך, למשל, החובות הכלכליות שהם חבים אלה כלפי אלה, דוגמת חובת המזונות, אינן מפותחות, ואכיפתן מוגבלת ככל הנראה.<sup>43</sup> אפשר שעמדה יסודית זו, אשר נרתעת מעיצוב האחאות כסטטוס בעל חיובים משפטיים פוזיטיביים, משפיעה על עיצוב הקשר כקשר המצוי מחוץ להסדרה המשפטית, ומשליכה גם על ההיבטים האחרים – ההיבטים של שמירת הקשר – הנדונים במאמר זה. במילים אחרות, אפשר שההגנה על הקשר הרגשי בין אחאים זוכה בהתייחסות משפטית מוגבלת שכן המשפט אינו מכיר באחאות כסטטוס משפטי לכל דבר ועניין, ואינו עוסק בו בהקשרים המשפטיים המקובלים במערכות משפחה אחרות. באלה

43 מעניין שבחוק הישראלי הוכרה חובת תשלום מזונות בין אחאים. ראו ס' 4(5) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959. בהעדר גישה לפסיקה, קשה להעריך עד כמה סעיף זה מיושם.

האחרונות הוכר האינטרס לשמר את הקשר (לרבות הרגשי) כחלק ממכלול של זכויות וחובות ובאופן הנלווה אליו.<sup>44</sup>

עם זאת, שינויים שהתרחשו בשנים האחרונות בפסיקה, בחקיקה ובקרב הדרג המקצועי מלמדים כי תשומת-לב רבה יותר מופנית לכיוון הקשר האחאי, הזוכה בחיזוק.<sup>45</sup> נדמה כי שני טעמים עומדים בבסיסו של שינוי זה. ראשית, עמדה זו עולה בקנה אחד עם השינוי שהתרחש בהתייחסות החברתית והמשפטית הכללית לילדים ולמעמדם במשפחה. העמדה המסורתית היסודית דחקה את הילדים אל שולי החברה והמשפט, וראתה בדיני המשפחה דינים שנועדו לשרת את בני-הזוג זה כלפי זה, ומאוחר יותר גם זה כלפי זה ביחסיהם עם ילדיהם. עמדה זו משתנה בהדרגה. זה שנים שילדים הולכים ותופסים מקום משמעותי יותר בשיח האקדמי, בעולם המשפט ובמציאות החברתית.<sup>46</sup> שינוי זה, כך נדמה, אינו פוסח על ההיבט של יחסי אחאים, ובעשורים האחרונים – במיוחד מחוץ לישראל<sup>47</sup> אך לאחרונה גם בארץ, כפי שנראה בפרק זה – מתחילים לכוון את המבט גם לעבר יחסי אחאים.

שנית, נראה כי שינוי זה מתקיים במקביל לשינוי המתרחש בתחומי מחקר אחרים, ואפשר שהוא אף מושפע ממנו. על-פי סברה זו, בעבר, בהעדר הכרה מדעית-מקצועית בחשיבותו של הקשר האחאי לרווחת הילד ולהתפתחותו, לא נמצאה כביכול אף למשפט סיבה להכיר בו ולהגן עליו. אולם עם השינוי שתואר לעיל במחקר הפסיכולוגי – אשר החל בשני העשורים האחרונים לכוון יחסי אחאים באופן נרחב ומשמעותי יותר, ולהאיר גם את

44 דוגמה מאלפת בהקשר זה היא הקישור שנעשה בין זכותו של מאומץ לרשת את הוריו הביולוגיים לבין זכותו לפגוש אותם עובר למותם. ראו בהקשר זה אמ"ץ (משפחה ת"א) 37767-12-14 המבקשת 1 נ' היעוץ המשפטי לממשלה, פס' 41 לפסק-דינה של השופטת תמר סנונית פורר (פורסם בנוב, 6.10.2015), שם נאמר: "החריג לכלל על פתיחת תיק האימוץ מצוי בכלליו ונהליו של השירות למען הילד ולאור חוק הירושה על פיו המאומצת יורשת את הוריה הביולוגיים. חריג זה מצוי בכך שהיה וההורה הביולוגי נמצא במצב סופני, והדבר מתבקש על ידי ההורה הביולוגי, השירות למען הילד מיידע את המאומצת בדבר מצבו של ההורה על מנת לאפשר לה את ההזדמנות האחרונה ליצירת קשר טרם הפטירה." האם ניתן לחשוב על קישור חד יותר בין הזכאות הכלכלית לבין הכרה בזכות רגשית? חיבור עוצמתי נוסף קיים בהקשר של הלכת בן מורד. אף שהלכה זו מותנה עם השנים, היא מבטאת זיקה ברורה בין שאלת הזיכוי (או החיוב) במזונות לשאלת הקשר האישי-הרגשי, אם כי מהכיוון ההפוך: כאן ילד עלול לאבד את זכותו למזונות או להיענש בהפחתה של שיעור המזונות אם לא נהג כבוד באביו ו/או סירב לפגוש אותו.

45 במקביל לכתיבת מאמר זה נחשפתי לכמה קבוצות-חשיבה וניירות עמדה שגובשו בנושא – למשל, לנייר שגובש במסגרת הקליניקה הסוציו-משפטית לנוער ולצעירים בסיכון, המסלול האקדמי, המכללה למינהל, בהנחייתה של עו"ס ענבר כהן; ולנייר עמדה שגובש, כפי שיוזכר להלן, בשירות לילד ולנוער במשרד הרווחה, במסגרת פעילותה של עו"ס שלוה ליבוביץ, מפקחת ארצית אומנה.

46 על שינויים אלה באופן כללי ראו סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" המשפט 22, 3, 2006; יחיאל ש' קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303, 304-305 (2002).

47 ראו את סקירתה המפורטת של Hasday, לעיל ה"ש 4, ביחס לסוגיות משפטיות שונות בתחום דיני המשפחה.

ההיבטים החיוביים הגלומים בהם – נראה שגם המשפט משתנה. ככל שגבר הדגש המושם ברווחת הילד בשיח המשפטי באופן כללי (תופעה שהחלה להתבסס בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת),<sup>48</sup> ולנוכח ההכרה הגוברת בחשיבותו של הקשר האחאי במישור הרגשי, אפשר שהחלה לחלחל התפיסה המבססת את מקומו של קשר זה כיסוד הראוי לשקלול ואף להגנה משפטית. חשוב לציין כי אף-על-פי שהשינויים האמורים מתרחשים בסמיכות זה לזה, ואף שייכתן קשר של סיבה ותוצאה ביניהם, בפרט לנוכח ההשפעה הגוברת שיש למחקר הפסיכולוגי על עולם המשפט בהקשרים קרובים, אפשר שהם מתרחשים במקביל וללא קשר סיבתי. כלומר, אפשר שההכרה הגוברת בחשיבותם של יחסי האחאים בעולם המשפט מתרחשת במקביל להכרה האמורה בעולם הפסיכולוגיה, ולא כתוצאה ממנה.

בחלקים הבאים של המאמר יוצגו הסיטואציות המרכזיות שבהן מתעוררת שאלת הקשר האחאי, ותיבחן בקצרה עמדת המשפט ביחס אליהן.

### 1. עיצוב הסדר המשמורת

החוק הישראלי נעדר הסדר מפורש המפרט את אמות-המידה לחלוקת האחריות ההורית, או כפי שמקובל עדיין לכנותה – קביעת הסדר המשמורת. לצד חזקת הגיל הרך, שגובשה בחוק בשנת 1962,<sup>49</sup> ולאור עקרון-העל בדבר "טובת הילד", המעוגן בחוק ובפסיקה, פיתחו בתי-המשפט אמות-מידה לעיצוב ההכרעה.<sup>50</sup> אחת מהן היא האינטרס בהבטחת הקשר בין האחאים. התמונה המתקבלת מעיון בפסקי-הדין ביחס למקומו של השיקול בדבר אי-הפרדה בין אחאים אינה שלמה ואינה מדויקת, שכן הפסיקה המתפרסמת במאגרים אינה משקפת אלא את מקצת פסקי-הדין הניתנים בתחום, והמחקר האמפירי בנושא אינו קיים למעשה.<sup>51</sup> עם זאת, ניתן ככל הנראה לומר כי השיקול מוכר וזוכה בהגנה לא-מבוטלת. אמת-מידה זו באה לידי ביטוי גם בספרות העיונית.<sup>52</sup> העמדה העקרונית של בתי-המשפט, ככל שהיא באה לידי ביטוי בפסיקה, היא שאין להפריד בין אחאים, ושבעיצוב הסדרי הטיפול והאחריות של הורים ביחס לילדיהם יש להבטיח במידת האפשר השמה משותפת של האחאים וביקורים משותפים אצל ההורה האחר, כך שרוב הזמן הם יהיו בצוותא, בין בבית ההורה המטפל

48 רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" עיוני משפט לו 269, 285 (2013) (להלן: זפרן "הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית").

49 ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

50 על אופן ההכרעה בשאלת האחריות ההורית ראו בהרחבה זפרן "הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 285.

51 רוב הפסיקה בענייני משפחה נותרת חסויה ואינה מפורסמת. ראו בהקשר זה רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואייל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין: השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד 603, 617-618 (2011).

52 דן שניט "חזקת הגיל הרך" ביישוב סכסוכי משמורת ילדים: המשכיות, שינוי או ביטול" עיוני משפט יט 185, 187, 197 (1994); מרדכי פרישטיק וציפי יגלניק "השיקולים המנחים את בתי המשפט לענייני משפחה בקביעת משמורת על ילדים" חברה ורווחה כז 9 (2007); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 276-277 (1989).

המרכזי (המשמורן) ובין בבית המטפל המשני, שעומו הם נפגשים בתדירות משתנה.<sup>53</sup> הנמקת בתי-המשפט להעדפת משמורת האחאים יחד מדגישה אחד משני יסודות או את שניהם: את החשיבות של שמירת הקשר בהווה, במיוחד במצב המשברי של פרדת ההורים;<sup>54</sup> או את החשיבות של שמירת הקשר לעתיד, לצורך שמירת האינטרס המשפחתי והאישי לאורך מעגל החיים.<sup>55</sup>

מעניין ששיקול זה עומד ברקע ההכרעות אך אינו ניצב לרוב בקדמת הבמה. בעשורים האחרונים (ובמידה רבה גם כיום) היה מקובל להקנות את המשמורת לאימהות, ובהעדר נסיבות חריגות הושמו כל הילדים יחד בבית האם, תוך שהם נפגשים עם האב יחד בתדירות משתנה אך מוגבלת.<sup>56</sup> במובן זה שאלת מקומה של ההשמה המשותפת לא עלתה לדיון, ולמעשה לא אותגרה. בחינת פסקי-הדין שמתפרסמים במאגרים המשפטיים (אשר אינם משקפים כאמור את מכלול הפסיקה בתחום) מלמדת על מקרים מעטים בלבד שבהם ניצבה שאלת ההשמה המשותפת של האחאים בלב הדיון.<sup>57</sup> השאלה מתעוררת לרוב כאשר אחד ההורים מצוי בנתק מאחד הילדים אך לא מאחרים, שאז נלוות להכרעה של בית-המשפט בנוגע למשמורת האחאים (יחד או בנפרד) התייחסויות מפורשת לנושא. גם כאשר אחד הילדים הגדולים יותר או כמה מהם הגיעו לגיל שבו רצונם מהווה שיקול מכריע בקביעת בית-המשפט או מכתוב את העובדות בשטח, עשויה להתעורר שאלת ההשמה המשותפת או הנפרדת של האחאים – למשל, עקב בקשת אחד מהם לעבור למשמורתו של ההורה האחר ובכך להתנתק בפועל מאחאיו.

חשוב לציין כי השיקול בדבר שמירת הקשר בין האחאים כפוף לטובתו של כל אחד מהם בנפרד, כך שאם השמתם יחד תפגע באופן אחר ברווחתם, היא עשויה להידחות. מצב כזה עשוי להיווצר, לדוגמה, כאשר הורים (או מי מהם) פיצלו בין אחאים בפועל עוד קודם להכרעה השיפוטית, וטובתם מחייבת שמירה על הפיצול בשם העדפת היציבות בחייהם מבחינת רציפות הקשר עם ההורה,<sup>58</sup> או כאשר נוצרו נסיבות לאחר פרדת ההורים שבהן

53 להבטחת קשר אחאי לפחות במסגרת הביקורים ראו תמ"ש (משפחה קר') 3382/02 ד.ש. נ' ד.ר. (פורסם בנבו, 30.8.2006).

54 תמ"ש (משפחה טב') 10-08-39341-א.מ. נ' א.מ., פס' 55 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 25.12.2011); עע"ם (מחוזי ת"א) 1010/98 פלונית נ' פלוני, פס' 23 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 25.2.1999).

55 בש"א (מחוזי י-ם) 6802/04 פלוני נ' אלמונית, פס' 89 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 19.12.2014). לעיתים שני האינטרסים משולבים יחד. ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1241/04 פלוני נ' פלונית, פס' 14 לפסקי-הדין (לא פורסם, 2.11.2004).

56 דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 29-28 (2008).

57 התייחסות אגבית וקצרה לאינטרס ההשמה המשותפת ראו בפסקי-הדין של השופט ניצן סילמן שבהם הוא מתייחס לכך בכלליות: תמ"ש (משפחה קר') 10428-03-10 פלונית נ' אלמוני, פס' 25 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 25.5.2013); תמ"ש (משפחה קר') 10-10-1681 פלוני נ' פלונית, פס' 77 לפסקי-הדין (פורסם בנבו, 27.4.2011).

58 כך, למשל, פסק השופט זגורי בתמ"ש (משפחה נצ') 14160-09-12 פלונית נ' פלוני, (פורסם בנבו, 12.8.2013), ואשרר בקביעתו המשפטית מציאות שבה הטיפול באח ובאחות התפצל בין ההורים. מציאות זו נוצרה בפועל על-ידי התנהגות ההורים שנתיים קודם לכן, כאשר



ביקש מי מהילדים (או כמה מהם) לשנות מסידור המשמורת הקבוע ולעבור להורה האחר, בעוד האחרים מעדיפים להישאר אצל ההורה הנוכחי או שרווחתם מכתובה זאת. במצבים אלה הפרדתם, ככל שתיקבע, תהווה תוצאת-לוואי של העדפת שיקול חשוב אחר.<sup>59</sup> מעניין שבת-הדין הרבניים, אף שהם כפופים לאותו דין, נוהגים אחרת בפרשנותו וביישומו, ונוהגים ברגישות מופחתת ביחס לאינטרס של שמירת הקשר בין אחאים. כלל-היסוד בהלכה (שאינו אמור לחול ככזה בפסיקתם) מבחין בין השמה של בנים לבין השמה של בנות, ויכול לכן להוביל להכרעות בדבר השמה מפוצלת. על-פי ההלכה, בנים אצל אמם עד גיל שש, ובנות – לעולם.<sup>60</sup> אף שבת-הדין כפופים כאמור לחוק האזרחי ומחויבים לעקרון טובת הילד, ניתן לאתר גם כיום בפסיקתם שרידים של אותה הבחנה בין בנים לבנות. כך, למשל, לאחרונה פיצל בית-הדין בין משמורת הבת (אצל האם) לבין משמורת הבן (אצל האב), באומרו: "אמנם ידוע כי מקובל אצל בעלי המקצוע טובת הילדים תמיד להיות יחד, אך לדעתנו זאת אינה 'תורה מסיני'. אדרבה – ההלכה קובעת כי הבת אצל האם והבן לאחר גיל שש אצל אביו."<sup>61</sup> עמדה זו של בית-הדין התומכת במשמורת מפוצלת אינה יחידה.<sup>62</sup> יש להעריך כי ככל שתגבר הליטיגציה סביב הסדרי הטיפול והאחריות ההורית, תהיה הסוגיה של השמת אחאים נוכחת יותר בפסיקה, ותחייב הכרעות בהיקף משמעותי יותר. לנוכח זאת, וככל שהנושא של עיצוב הסדרי הטיפול והאחריות ההורית יזכה סוף-סוף בהסדרה חדשה ומלאה בחוק, יהיה ראוי לכלול גם את השיקול של שמירת הקשר בין האחאים כאחד השיקולים הראויים לבדיקה ולהגנה בעיצוב ההכרעה השיפוטית.

מעניין שבהצעת החוק שעוצבה בעקבות פרסום הדוח של "הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין" (ועדת שניט)<sup>63</sup> לא זכה השיקול האמור בהכרה ישירה ומפורשת. הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה-2015,<sup>64</sup> מונה בסעיף 11 את השיקולים שעל בית-המשפט לשקול כחלק מעקרון טובת הילד, שאותו יש להבטיח בעיצוב כל הכרעה והכרעה. אחד השיקולים שעל בית-המשפט לשקול הוא זה המבטיח את "זכותם של הילדה

---

האם עזבה את הבית בלוויית בתה בלבד. השופט זגורי קבע (שם, פס' 37) כי "אמנם ידוע, כי עיקרון איחוד בין אחים הינו עיקרון חשוב בסכסוכי משמורת. ברם על בית המשפט לשקול את טובתו של כל ילד וילד בנפרד, כאשר שיקול האיחוד הוא רק אחד הפרמטרים הנלקחים בחשבון במסגרת בחינת תרומתו לבריאות הנפשית של כל אחד מהם..."

59 בית-המשפט מזכיר אומנם בקצרה את שיקול אי-הפרדה בין אחאים כשיקול חשוב בהכרעה בסכסוכי משמורת, ומציין כי הנטייה היא להימנע מהפרדה ביניהם, אך דוחה אותו לגופו. תמ"ש (משפחה ק"ג) 3551/05 ז. ר. נ' ז. ש. (פורסם בנבו, 15.10.2006).

60 ראו שיפמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 244; בניציון שרשבסקי דיני משפחה 400 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993).

61 תיק (אזורי ת"א) 1022695-3/10 פלונית נ' פלוני, פסק-דינו של הרב ישראל שחור (לא פורסם, 18.8.2016).

62 תיק (אזורי אש"י) 65393/5 פלוני נ' פלונית (15.11.2015).

63 משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין (2011) (להלן: דוח ועדת שניט).

64 הצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה-2015, פ/591/20.

או הילד לקיום קשר עם בני משפחתם".<sup>65</sup> אומנם, אחאים הם בוודאי בגדר בני משפחה, ועל-כן מן ההוראה האמורה נובע שגם את שמירת הקשר ביניהם על בית-המשפט לשקול, אולם ההוראה חסרה בעיניי בשני מובנים: ראשית, אין הבחנה בין אחאים לבין בני משפחה אחרים, ומשתמע כי אחאים הם ככל בני המשפחה המורחבת; שנית, ההוראה אינה מבחירה כיצד יש להבטיח את הקשר ביניהם, ומאחר שהם מסווגים יחד עם בני המשפחה האחרים, ניתן לחשוב שהאינטרס שלהם בשמירת קשר יכול להיות מוגשם על-ידי מפגשים, ולאוו דווקא (ולא כבררת-מחדל) על-ידי השמה משותפת. פרשנות זו של ההוראה בהצעת החוק מתחזקת לנוכח המלצות ועדת שניט עצמן, הקובעות כשיקול לקביעת טובת הילד לצורך עיצוב הסדרי הטיפול ההורי את "זכותו של הילד לקשר משפחתי ומידת הנכונות והיכולת של כל אחד מההורים לאפשר את מימוש הקשר".<sup>66</sup> הרוח מציין כי העדפת הורה זה או אחר לצורך קביעת הסדר הטיפול ההורי תלויה ב"נכונות כל אחד מהם לאפשר לילד גם קשר עם בני משפחתו הקרובים – אחיו, אחיותיו והורי הוריו".<sup>67</sup> ספק אם גישה זו מקנה לאינטרס של שמירת הקשר בין אחאים את המקום הראוי לו.

כאמור, מאמר זה אינו מתיימר להעמיק בכל הקשר שבו שאלת האחאות עשויה לעלות לדיון, ואינו מציע לעצב את פרטי ההסדר שראוי לנקוט בכל הקשר והקשר. עם זאת, נדמה שניתן לומר כי האינטרס של שמירת קשר בין אחאים אינו יכול להיות מובטח בהקשרה של סוגיית המשמורת אלא בקביעה כי השמה משותפת של אחאים תהווה בררת-מחדל, שיהיה אפשר לחרוג ממנה רק במקרים מיוחדים שעל בית-המשפט יוטל לנמקם. נוסף על כך, מאחר שרוב ההכרעות בענייני טיפול בילדים מתקבלות בהסכמה בין ההורים, ניתן לקבוע כי אישור הסכם הכולל בתוכו משמורת מפוצלת יותנה בהנמקה של ההורים המבקשים את אישור ההסכם שתבהיר מדוע משמורת זו היא לטובת ילדי המשפחה.<sup>68</sup>

## 2. חטיפה בין-ארצית

הקשר קרוב שבו יש מקום לשקילת האינטרס של שמירת קשר בין אחאים כחלק מן ההכרעה השיפוטית הוא זה הנוגע בהחזרת ילדים שנחטפו על-ידי אחד ההורים ממשמורתו החוקית של רעהו והוצאו למדינה אחרת. במקרה הרגיל, אם נחטפו שני אחאים, אמור לחול עליהם דין אחד – חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991 – ולהכתיב תוצאה דומה ביחס לשניהם: החזרתם למדינה המוצא, בנסיבות רגילות, או השארתם במדינה שאלה נחטפו, בנסיבות יוצאות-דופן. במקרה זה שמירת הקשר האחאי מובטחת מעצם קביעתה של הכרעה משותפת אחידה לגבי שניהם. אולם אפשר שנסיונות המקרה יכתיבו הפעלת דין דיפרנציאלי על כל אחאי. אר-אז תצוף ותעלה השאלה מהו המקום שיש להעניק לשיקול של שמירת הקשר בין האחאים. על ייחודה של סוגיה זו אפשר ללמוד מן הדוגמה הבאה: הורה עזב את המדינה שבה הוא דר דרך קבע עם שני צאצאיו (האחד בן שמונה-עשרה והאחר בן עשר), תוך הפרת זכויות המשמורת של ההורה האחר ביחס לילד הקטין (מעשה העלול

65 שם, ס' 11(ב)(4).

66 דוח ועדת שניט, לעיל ה"ש 63, בעמ' 55 (ס' 9(ב)(7) להצעת החוק שמופיעה שם).

67 שם, בעמ' 63.

68 לקו רעיוני דומה ראו Hasday, לעיל ה"ש 4.

לעלות כדי חטיפה). בנסיבות אלה חוק אמנת האג חל רק על הצעיר מבין האחים, בעוד אחיו, הבגיר, אינו כפוף לאותו משטר משפטי. הילד הצעיר אמור עקרונית להיות מוחזר לאלתר למדינה שממנה הוצא ואל ההורה שממנו נחטף, בעוד הבגיר רשאי להגר ולשנות את מקום מגוריו ללא הסכמת ההורה. האם בעיצוב ההכרעה ביחס לאח הצעיר על בית-המשפט להביא בחשבון את קיומו ומשמעותו של הקשר בין שני האחים? מה מכתוב החוק בנסיבות אלה? נסיבות שבהן חל הסדר משפטי דיפרנציאלי מתגבשות גם כאשר האחאי של הילד החטוף נולד לאחר החטיפה במדינה שאליה נחטף הילד;<sup>69</sup> או כאשר אחאי אחד עבר למדינה האחרת באישור ההורה או באישור בית-המשפט (למשל, אם המשמורת עליו נתונה באורח בלעדי להורה המהגר ובית-המשפט התיר את ההגירה) בעוד האחאי האחר נחטף ללא אישור ההורה או בית-המשפט; או כאשר אחאי אחד מבוגר דיו להביע את דעתו ומתנגד לחזרה למדינת המוצא, בעוד האחר צעיר מכדי להביע את דעתו;<sup>70</sup> או כאשר אחאי אחד הגיע לגיל שש-עשרה ואינו כפוף עוד לאמנה;<sup>71</sup> או כאשר מדובר ב"חצאי אחאים", שהאחד נחטף ממשמורת הורה בעוד האחר, שנולד להורה החוטף מבן-זוג או מבת-זוג אחרים, היגר איתם כדון.<sup>72</sup> חוק אמנת האג, המאמץ את אמנת האג לדין הישראלי, אינו מתייחס לשיקול אי-ההפרדה בין האחאים אף לא באחד מסעיפיו.<sup>73</sup> הדרך היחידה להתחשב בקיומו של אחאי נוסף ובשיקול אי-ההפרדה בין אחאים היא דרך החרג הקבוע בסעיף 13(ב) לאמנת האג, המסופחת כתוספת לחוק אמנת האג, בטענה שהפרדה בין האחאים תגרום נזק פסיכולוגי בלתי-נסבל לקטין ולכן יש הצדקה לחריגה מבררת-המחדל המכתובה החזרה למקום מגוריו הרגיל של הילד, קרי, למדינה שממנה נחטף. אולם סעיף 13(ב) מפורש בצמצום רב, וככלל אין בשיקולים הנובעים מטובת הילד כשלעצמם כדי להצדיק את מניעת החזרתו של הילד למקום מגוריו הרגיל.<sup>74</sup> על-אמנת להצדיק מניעה כאמור, הנזק (הפיזי או הנפשי) שנטען כי ייגרם לילד חייב להיות חמור. רוב הפסיקה מקפידה על הרף האמור, ומספר הפעמים שבהן

69 כמו בנסיבות המקרה שנדונו בעמ"ש (מחוזי חי') 4646-11-08 ל' מ' נ' מ' מ' (פורסם בנבו, 13.1.2009). לעמדה אחרת, שלפיה גם ילד שנולד מחוץ למקום המגורים הרגיל של שני הוריו עשוי להיות כפוף להוראות האמנה, ראו ע"מ 575/04 פלוני נ' פלונית, פס' 51 לפסק-דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 9.11.2004).

70 כמו בנסיבות המקרה שנדונו בתמ"ש (משפחה פ"ת) 15992-12-14 פלוני נ' פלונית, עמ' 39 (פורסם בנבו, 1.3.2015).

71 תחולת האמנה, ובהתאם גם תחולתו של החוק, מוגבלות לגיל שש-עשרה: ס' 4 לאמנה ברבר ההיבטים האזרחיים של חטיפת ילדים בינלאומית, כ"א 31, 43 (נחתמה ב-1980).

72 שתי הסיטואציות האחרונות נדונו בכתיבתה של פרופ' רונה שזו אגב דיון בפסיקה ישראלית ובפסיקה אנגלית: Rhona Schuz, *Separating Siblings in Hague Convention Abduction Cases*, 6(1) FAM. L. NEWS 39 (2013); Rhona Schuz, *Case Commentary, Habitual Residence of the Child Revisited: A Trilogy of Cases in the UK Supreme Court*, 26 CHILD & FAM. L.Q. 342 (2014).

73 וגם לא לדמויות משפחתיות אחרות בחייו של הילד החטוף.

74 לדיון בסעיף ובפרשנותו ראו שמואל מורן, אלון עמירן והדרה בר הגירה וחטיפות ילדים: היבטים משפטיים ופסיכולוגיים 110-107 (2003).

נקבע כי יש להימנע מלהחזיר ילד למקום מגוריו הקבוע, עקב חשש לנזק חמור, מצומצם למדי.<sup>75</sup> גם השיקול בדבר שמירת הקשר בין אחאים אינו שונה בהקשר זה. השיקול בדבר שמירת הקשר בין אחאים עלה לדיון גלוי באחת הפרשות, עקב נסיבותיה המיוחדות, אך הוסג לגופו של עניין.<sup>76</sup> אף שבית-המשפט מצהיר על חשיבות האינטרס של שמירת הקשר בין אחאים, ואף שלשיטתו "...השכל הישר יכול ללמדנו זאת, ולמותר יהא להכביר מלים; דרך הטבע היא גידולם של האחים בצוותא",<sup>77</sup> הוא נמנע מלקבוע כי הפגיעה העלולה להיגרם מניתוק הקשר בין האחאים מצדיקה חריגה מכלל-היסוד הקבוע באמנה שלפיו יש להשיב ילדים חטופים למדינת מוצאם. נהפוך הוא, בית-המשפט מכריז כי השיקול של שמירת הקשר בין אחאים, על-אף חשיבותו, יהווה עילה להפעלת סעיף 13(ב) לאמנה רק במקרים חריגים ויצאי-דופן, ולא יצדיק לרוב את מניעת החזרתו של ילד למדינת מוצאו גם במחיר הפרדתו מאחאיו.<sup>78</sup> כפי שמציינת בבירות השופטת ברק-ארז באותו מקרה:

"יש לומר שהפרדה בין אחים היא אכן תוצאה קשה, לנוכח ערכו של הקשר הבלתי אמצעי בין אחים – כקבוצת תמיכה, כחברים, כמשענת רגשית וחומרית, בין בהווה ובין לעתיד לבוא. חשיבותו של הקשר הקיים בין אחים זוכה להכרה גוברת הן בפסיקתו של בית משפט זה... והן בספרות המשפטית... פסק דיננו אינו חותר תחת הכרה זו. דא עקא, בענייננו, המחיר של הפרדה בין אחים אינו עומד בפנינו לבדו. הבחירה האמיתית במקרה מסוג זה היא הבחירה בין הפרדה בין אחים לבין ניתוקם למעשה של האחיים כולם מן האב. התוצאה היא קשה כך או כך. בנסיבות אלה, יש לתת משקל לחלקה של האם ביצירת המצב שנוצר – לא משיקולים של אשמה דווקא, אלא בעיקר כדי למנוע חתירה תחת תכליותיה של אמנת האג. ביסודם של דברים, ומלכתחילה, יש לזכור שטובתם של ילדים מחייבת שההכרעה בשאלות שעניינן משמורת וטיפול לא תתקבל על דרך של 'כל דאליים גבר'. פרשנותה של האמנה צריכה להיעשות לאורה של תכלית זו, תוך צמצום החריגים להפעלתו של כלל החזרה למצבים שבהם הקושי קשור בהורה המבקש את השבת הילד או בסביבת המחיה שהוא יכול לספק לילד."<sup>79</sup>

לפי העמדה העקרונית המשתמעת מן הדברים, כמעט תמיד יידחה השיקול בדבר שמירת הקשר בין אחאים מפני השיקול של החזרת ילד חטוף למדינת מוצאו. שהרי לעולם הבטחת שמירתו של הקשר האחאי תכתיב בנסיבות כאלה הפרדה של ההורה מילדו או מילדיו שנחטפו ממנו, ותעמוד בניגוד לאינטרס לא לגבות את הצד העושה דין לעצמו וחוטף באופן

- 75 לסקירת הפסיקה ראו שם, בעמ' 111-131.
- 76 בע"מ 2270/13 פלונית נ' פלוני, פס' כג רלב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 30.5.2013).
- 77 שם, פס' כג.
- 78 בע"מ 672/06 פלוני נ' פלונית, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 15.10.2006) ("אי החזרתו של הילד החטוף מותרת, במסגרת החריגים, רק במקרים קיצוניים בהם משקל צרכיו של הילד החטוף הוא בעל עוצמה כה גדולה עד כי הוא גובר אף על תכליתה המרכזית של האמנה – למנוע חטיפות ילדים וטלטולם מארץ לארץ"). הדברים צוטטו גם בבע"מ 2270/13, לעיל ה"ש 76, פס' כו לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.
- 79 בע"מ 2270/13, לעיל ה"ש 76, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

חד־צדדי וכוחני את הילד. יתרה מזו, תוצאת ההפרדה בין האחאים נגרמת מן החטיפה עצמה (שהרי אילו נשארו האחאים במדינת המוצא, הם יכלו לקיים את הקשר ביניהם באין מפריע), ובית־המשפט מדגיש וקובע כי "העילה להימנע מהחזרה צריכה שתהא חורגת מן הנסיבות המלאכותיות שנוצרו עקב החטיפה"<sup>80</sup>.

עם זאת, נדמה כי נסיבותיו של המקרה המתואר למעלה – ובמיוחד העובדה שהשיקול של הפרדת האחאים עלה לדין מפורש רק בערעור<sup>81</sup> והעובדה שהאחאים היו רכים בשנים – הן שהשפיעו יותר מכל על עמדת בית־המשפט כלפי הטיעון האמור ועל התוצאה, שכן הולדתו של האח סמוך לחטיפה לא אפשרה התפתחות של קשר משמעותי בין האחים, ועובדת היותם רכים בשנים לא אפשרה להם להביע את התנגדותם לחזרה.

אכן, באחד המקרים הקשים שהתבררו לפני בית־המשפט לפניי משפחה, שם היו האחאים גדולים יותר והיה ביניהם קשר קרוב, הוביל השיקול בדבר שמירת הקשר ביניהם לתוצאה שחייבה את הישארות שלושתם יחד בארץ.<sup>82</sup> באותו מקרה נחטפו השלושה על־ידי אמם ממשמורת אביהם בארצות־הברית, ולנוכח אישיותו של האב, התנהגותו ומערך היחסים בין ההורים, עלה חשש רציני לנזק קשה שייגרם עם החזרתם למדינת המוצא. יתר על כן, הובע רצון ברור של שניים מן האחאים (הגדולים מביניהם) להישאר בישראל. דעתה של האחיות הקטנה הייתה נחרצת פחות, ומפאת גילה (אחת־עשרה שנים) רמז בית־המשפט כי אפשר שאין בדבריה כשלעצמם כדי לכסס את הישארותה בישראל. עם זאת, הוא פסק כי אין להפריד בין האחאים, וכי החשיבות של הישארותם יחד צריכה להכתיב את הישארותה בישראל. בית־המשפט מצטט מדברי המומחה בעדותו בבית־המשפט, אשר ציין כי הפרדה בין האחאים היא בגדר "רעיון הזוי", ופוסק כי "ככלל, לא נוטים בתי המשפט להפריד בין אחים בהעדר הכרח לעשות כן, על מנת שנוכח התא המשפחתי המתפרק יוכלו לפחות האחיים לשמור על זהותם המאוחדת. על אחת כמה וכמה ילדים אלה, אשר חוו בחייהם הצעירים מסכת תהפוכות שהייתה מותירה גם מבוגר בכלבול ובחוסר אונים. הילדים הצליחו לשמור על עצמם, גם בזכות היותם ביחד והתמיכה ההדדית. הקירבה ביניהם יקרה עד מאד ואין לפגוע בה"<sup>83</sup>. בית־המשפט העליון, שאליו הוגש ערעור, דחה אותו ואישר את פסק־הדין המותיר את הילדים בישראל, אך מבלי להעמיק בשיקול של שמירת הקשר בין האחאים. בית־המשפט מצטט, כמעט כלאחר־יד, כי "רעיון ההפרדה בין האחיים נדחה על ידי המומחה ועל ידי ערכאות קמא... רעיון ההפרדה בנסיבות דומות נדחה אף במשפט המשווה"<sup>84</sup>.

בדומה להכרעות בנוגע לסוגיית המשמורת, גם בהקשר זה ראוי ליתן מקום לקשר האחאי ולהשפעתה של הכרעה נתונה על קיומו. אף שחזקה על בתי־המשפט שישקלו שיקול זה במסגרת השיקולים הכלליים שהם שוקלים (ובהקשר ייחודי זה – במסגרת יישום ההוראה באמנת האג בדבר מניעת נזק), הנחיה מפורשת הייתה יכולה להגביר את המודעות לאינטרס זה ואת ההגנה עליו. עם זאת, ואף שברור בעיניי כי יש מקום לתת לשיקול זה

80 שם, פס' כו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

81 כפי שקרה גם לפסק דינו במקרה נוסף – ראו עמ"ש 11-08-4646, לעיל ה"ש 69.

82 תמ"ש 14-12-15992, לעיל ה"ש 70, עמ' 39.

83 שם.

84 בע"מ 2808/15 פלוני נ' פלונית, פס' 5 לפסק־הדין (פורסם בנבו, 20.5.2015).

משקל משמעותי, יש לזכור כי הוא נמצא במתח תמידי ואמיתי עם השיקול של שמירת קשר עם ההורה האחר, וכמובן עם התכלית היסודית של האמנה. מן הטעם הזה אין ככל הנראה מקום לקבוע חזקה לשמירת הקשר בין אחאים, אך יש לדרוש שבתי-המשפט ישקלו את השיקול בכל מקרה ומקרה ויעניקו לו משקל ניכר. אמירתו של בית-המשפט לענייני משפחה בפרשה האחרונה שהוזכרה למעלה, ואשרור קביעתו בפסק-הדין של בית-המשפט העליון, מבטאים עמדה התומכת בשיקול של שמירת הקשר בין אחאים.

### 3. השמה במסגרות חוץ-ביתיות

#### (א) כללי

היבט אחר של יחסי אחאים במשפט נוגע בהבטחת קשר בין אחאים לאחר הוצאתם מרשות הוריהם והשמתם במסגרת טיפולית חלופית (כגון פנימיות), ובמקרים מסוימים במסגרתן של משפחות אומנה או משפחות המיועדות לאמצם. השמה במסגרות חוץ-ביתיות נועדה להגן על הילדים מפני הזנחה או התעללות, לשקם אותם ולספק להם מסגרות טיפול חלופיות.<sup>85</sup> בשל העובדה שמרבית החומרים בתחום חסויים ואין גישה להחלטות שיפוטיות ומקצועיות בעניינם של ילדים המוצאים מן הבית למסגרות טיפול חלופיות, קשה לקבל תמונה ברורה ביחס למקום שיש לקשרי אחאות במסגרתן.<sup>86</sup> משיחות שניהלתי עם נשות-מקצוע בתחום<sup>87</sup> עולה כי שיקול זה נשקל, אולם משקלו מוגבל, וההגנה על קשרי אחאים בהקשר זה חזקה פחות מאשר בהסדרי טיפול ואחריות הורית לאחר פרדה.<sup>88</sup> אילו ציפים הכרוכים ברווחת הילדים עצמם (בעיקר הצורך במציאת פתרון זמין ומהיר להשמתם), וכן קשיים אדמיניסטרטיביים ותקציביים בהפעלת חלופות ההשמה, פוגעים ביישום ההגנה על אינטרס זה, שנתפס כחשוב על-ידי אנשי-המקצוע בתחום – משפטנים ואנשי רווחה כאחד.<sup>89</sup>

85 באופן כללי ראו ענת זעירא, שלהבת עטר-שוורץ ורמי בנבנשתי "ילדים ובני נוער בהשמה חוץ-ביתית בישראל – סוגיות ואתגרים" מפגש לעבודה חינוכית-סוציאלית כ(36) 9 (2012).

86 פסקי-הדין של בית-המשפט לנוער וההחלטות של ועדות לתכנון טיפול והערכה אינם מתפרסמים.

87 לאורך כתיבת המאמר שוחחתי עם כמה עורכות-דין ועובדות סוציאליות הפועלות בתחום במגוון תפקידים בשירות הפרטי והציבורי: עו"ד לימוד סולומון ז"ל; עו"ד אפרת וינטר; עו"ד חגית מזרחי, יועצת משפטית במשרד הרווחה והשירותים החברתיים; עו"ד שרון ציונוב, מנהלת מערך הקליניקות המשפטיות של בית-ספר רדזינר למשפטים; עו"ד קרן ממן-סמל, מנהלת הקליניקה לסיוע רגיש מגדר לבני נוער; השופטת גלית ויגוצקי, נשיאת בית-המשפט לנוער; עו"ס שלוה ליבוביץ, מפקחת ארצית אומנה, השירות לילד ולנוער במשרד הרווחה; עו"ס אורנה הירשפלד, עובדת סוציאלית ראשית לחוק האימוץ ומנהלת השירות למען הילד; ועו"ס איריס ריון, מנהלת "מעגלים" – מרכז ילדים-הורים לגיל הרך, חיפה.

88 שנדונו לעיל בתת-פרק ב1.

89 ראו, למשל, אניטה וינר ויוג'ין וינר ילדים בחסות אנוש: מחקר מעקב ארוך טווח אחרי ילדים במוסדות לגיל הרך 19 (1990): "רוב העובדים הסוציאליים בישראל, בארצות הברית ובבריטניה משוכנעים, שאחים ואחיות ממלאים תפקיד חשוב בחיי הילד ומאמינים בחשיבותה של השמת אחים יחד, כאשר אלה חייבים להימצא מחוץ לבית. מאמצים רבים מושקעים במציאת משפחות אומנות המוכנות לקלוט קבוצות אחים; אולם הסיכוי לכך הוא קלוש, וכאשר מחפש עובד סוציאלי פתרון לילד, הוא מהסס אם להעמיד תנאי זה בראש סולם העדיפויות." ובהמשך

מבדיקת החקיקה עולה כי אין בה כל התייחסות גלויה לאינטרס של שמירת הקשר בין אחאים. הנחיותיהם של הגורמים המקצועיים בישראל אינן גלויות ונגישות במלואן, אולם מאלה שנגישות עולה כי גם בהן אין האינטרס זוכה אלא בהגנה חלקית. כך, למשל, בתקנון העבודה הסוציאלית<sup>90</sup> – שעוצב מכוח תקנות שירותי הסעד<sup>91</sup> ואשר כולל מאות הנחיות פעולה לשירותי הרווחה – אין הנחיה מפורשת בנוגע לשמירת הקשר בין אחאים בהקשרים חשובים שרלוונטיים לנושא,<sup>92</sup> והיא מוצאת ביטוי מפורש רק בהקשר של סידור ילד בתמיכה יומית.<sup>93</sup>

מטרידה עוד יותר העובדה שבמספר גדול של ניירות עמדה ודוחות שפורסמו בשנים האחרונות בנושא של השמה חוץ-ביתית של ילדים ובני-נוער בישראל, כמו-גם בנושא עבודתם של שירותי הרווחה מול ילדים אלה, חסרה התייחסות לאחאים. כך, למשל, במחקר שליווה תוכנית נסיונית לשמירת קשרי משפחה ולשיקומם בעת סידור חוץ-ביתי-פנימייתי הושם כל הדגש ביחסי הורה-ילד, והאחאים נעדרו כליל מן התמונה;<sup>94</sup> הדוח שפרסמה "הוועדה לבחינת מדיניות המשרד בנושא הוצאה של ילדים למסגרות חוץ-ביתיות ונושא הסדרי ראייה" (ועדת סילמן) נעדר אף הוא התייחסות לאחאים;<sup>95</sup> ועוד.<sup>96</sup> העדר זה מדבר בעד עצמו.

- (שם, בעמ' 148): "כאשר יש לסדר את הילדים מהר ככל האפשר, הופכת השארת האחיים יחד לבעלת חשיבות משנית. במחקרנו מצאנו, שאחים ואחיות הם מקור תמיכה אפשרי ובר קיימא אשר אינו מנוצל די לטובת הילד." נדמה שדברים אלה, שנכתבו בראשית שנות התשעים של המאה הקודמת, נכונים גם כיום. הדברים מצאו ביטוי גם בשיחות שניהלתי עם אנשי-מקצוע בתחום.
- 90 תקנון עבודה סוציאלית, [www.molsa.gov.il/CommunityInfo/Regulations/SocialRegulations/Pages/Open\\_Tass.aspx](http://www.molsa.gov.il/CommunityInfo/Regulations/SocialRegulations/Pages/Open_Tass.aspx)
- 91 תקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים), התשמ"ו-1986.
- 92 על שתיקת הנהלים ראו, למשל, הוראות והודעות משרד הרווחה והשירותים החברתיים 8.2 "הנהלים הנוגעים לסדר ילדים במשפחות אומנה לטיפול בהם ולפיקוח עליהם" (7.4.2011). עם זאת, ראוי לשים לב כי בעמ' 53 להוראה האמורה, במסגרת טופס הנתונים האישיים שצריך למלא לגבי הילד, מופיעה השאלה: "האם יש אחים שאינם חיים בבית ההורים?" יש לשער כי שאלה זו אינה מופיעה סתם, וכי מדובר בנתון המובא בחשבון. מכל מקום, יש להניח כי העדר ההתייחסות הנאותה לנושא האחיות במסגרת ההשמה במשפחות אומנה יתוקן בקרוב לנוכח חוק האומנה החדש שנחקק. ראו להלן בחלק 3ב(ג).
- 93 תקנון עבודה סוציאלית, לעיל ה"ש 90, פרק 8, הוראה 8.28, ס' 5.1. תמיכה יומית היא מסגרת המיועדת להעניק לילד טיפול ותמיכה אישיים במסגרת משפחתית אך מבלי לנתק את קשריו עם משפחתו הטבעית ועם הקהילה שהוא משתייך אליה. כך האחריות לצרכיו, לשלומו ולחינוכו של הילד מתחלקת בין המשפחה הטבעית לבין משפחת התמיכה הביתית, שכונתה בעבר "אומנה יומית".
- 94 אירית מירו ועמנואל גרופר שימור ושיקום קשרי משפחה בעת סידור חוץ ביתי-פנימייתי (2006).
- 95 משרד הרווחה והשירותים החברתיים דין וחשבון הוועדה לבחינת מדיניות המשרד בנושא הוצאה של ילדים למסגרות חוץ-ביתיות ונושא הסדרי ראייה (2014).
- 96 ראו עוד דליה לב שדה "השמה חוץ-ביתית של ילדים ובני נוער בישראל: עמדת מנהלת שירות ילד ונוער במשרד הרווחה" מפגש לעבודה חינוכית-סוציאלית כ(36) 205 (2012); זעירא, עטר-שוורץ ובנבנשתי, לעיל ה"ש 85; פורום כפרי הנוער והפנימיות מגמות שינוי באוכלוסיית

חשוב לציין כי ברוח משנת 2003 של ועדת-המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית – ועדה שפעלה תחת "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה" (ועדת רוטלוי) – הוקדש לנושא מקום.<sup>97</sup> ועדת-משנה זו, בראשותם של רמי בנבנישתי ורינת וייגלר, עמדה על החשיבות של שמירת הקשר בין הילד לבין הוריו ושאר בני משפחתו. הוועדה מצאה כי בפרקטיקה אין הקפדה מספקת על שמירת קשר כאמור (אפילו בין הילד להוריו), וכללה בהצעת החוק, שניסחה כחלק מהמלצות הדוח,<sup>98</sup> הוראה מפורשת בעניין שמירת הקשר בין אחאים.<sup>99</sup> בסעיף 36(ב) להצעת החוק שניסחה ועדת-המשנה בנושא ההשמה חוץ-ביתית נכתב: "כאשר מתקיים צורך בהשמה חוץ ביתית של ילד ושל אחיו או אחיותיו, תיבחר ככל שניתן מסגרת השמה אשר תוכל לקלוט את כל האחים והאחיות יחדיו, ושתמנע את הצורך בהפרדתם." סעיף 36(ג) להצעת החוק מציין: "השמתו תהיה במסגרת המאפשרת לו לשמור על קשרים משמעותיים עם בני משפחתו, וככל האפשר בקרבה גיאוגרפית אליהם." אולם מכלול המלצות של ועדת-המשנה לא עוגנו בחקיקה עד היום, למעט נושא האומנה, שיידון בהמשך הפרק.

ככל אחד משלושת החלקים הבאים יתמקד הדיון בפתרון אחר של השמה חוץ-ביתית, החל בפנימיות, המשך במשפחות אומנה וכלה באמצעי החריג ביותר של השמה באימוץ.

#### (ב) השמה חוץ-ביתית: פנימיות

האינטרס של שמירת הקשר בין אחאים בהקשר של השמה בפנימיות עשוי להיות מוגן באחת משתי צורות: האחת חזקה יותר, על-דרך שיבוץ משותף יחד באותה מסגרת פנימית; והאחרת חלשה יותר, על-דרך קביעה של הסדרי מפגש וקשר בין האחאים, אם בחופשות מן הפנימייה ואם בפעילויות משותפות אחרות.<sup>100</sup> שמירת קשר באמצעות טלפון, הודעות טקסט, דואר אלקטרוני או רשתות חברתיות אפשרית ורצויה, אך אינה יכולה להוות תחליף למפגש ישיר בלתי-אמצעי.

הספרות מלמדת על קשיים ביישום האינטרס של שמירת קשר בין אחאים בכל הנוגע בהשמה בפנימיות. ראשית, קיים השיקול הכלכלי, המוביל למיעוט מקומות פנויים במערך

החנכים בכפרי הנוער ובפנימיות (2012); הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מעקב אחר ילדים ובני נוער המצויים בטיפול רשות חסות הנוער במשרד הרווחה והשירותים החברתיים (נייר עבודה מס' 73, 2012).

97 משרד המשפטים, הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה דוח ועדת המשנה בנושא השמה חוץ ביתית (2003) (להלן: דוח ועדת-המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית).

98 שם, בעמ' 43 ואילך – פרק 4, שכותרתו "הצעת חוק השמה חוץ ביתית של ילדים, התשס"ג-2003"; וכן שם, בעמ' 151 ואילך – לשון החוק המוצע (להלן: הצעת חוק השמה חוץ-ביתית).

99 ס' 11 ו-36 להצעת חוק השמה חוץ-ביתית, שם. כן ראו במיוחד דוח ועדת-המשנה בנושא השמה חוץ-ביתית, לעיל ה"ש 97, בעמ' 91 ואילך – תת-פרק 5.5, שכותרתו "הזכות לגדול עם ההורים והזכות לקשר עם הורים ומשפחה".

100 וינר ווינר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 150 ("אם השמת אחים יחד אינה אפשרית, חייבת להימצא תכנית חלופית, אשר תאפשר לאחים להיפגש באופן קבוע. עניין זה אינו מודגש במידה מספקת בספרות המקצועית הדנה בנושא ההשמה").



פנימיות הרווחה בכל רגע נתון, דבר שמקשה השמה של יותר מילד אחד בבת אחת באותה פנימייה או צירוף ילד לאחאי שלו שכבר משובץ בפנימייה נתונה. בצד המכשלה הכלכלית, הקושי בהשמה משותפת נעוץ גם במבנה הארגוני של הפנימיות. כך, חלקן מיועדות לקבוצות גיל מסוימות, ואינן יכולות להכיל יחד אחאים בני קבוצות-גיל שונות, בפרט כאשר מדובר בשילוב בין הגיל הרך לגילאים מבוגרים. היבט אחר של המבנה הארגוני נוגע בהפרדה המגדרית הקיימת ברבות מן הפנימיות, אשר מונעת השמה משותפת של אחים ואחיות.<sup>101</sup> נוסף על כך, פנימיות שונות פונות לקהלים שונים – רגיל, שיקומי, טיפולי, בתר-אשפוזי או חלף אשפוז – ומתגוננות בהתאם לפרופיל של הילדים האמורים לשכון בהן. מכיוון שצרכיו של אחאי אחד אינם זהים בהכרח לאלה של האחרים, ייתכן שמבחינה מקצועית יש לשלוח אותו למסגרת שונה מזו של אחאיו. אולם על-אף הקשיים האמורים, יש לציין כי בכל השמה ראשונה של ילד בפנימייה, אם מי מאחאיו כבר שוהה במערך הפנימיות, נבדקת האפשרות להשמה משותפת, ובמידת האפשר, ובכפוף לאילוצים שתוארו, היא מתבצעת.<sup>102</sup> גם שמירת הקשר לאחר השמה במסגרות נפרדות אינה מובטחת באופן מיטבי, כפי שהעידו גורמים מקצועיים שעמם שוחחתי. כך, השמתם של ילדים בפנימייה אינה מגיעה לרוב עם הנחיה או התניה בדבר שמירת קשר עם אחאיהם. היוזמה לשמירת הקשר – שיכול להתקיים טלפונית, במפגש אישי בפנימייה או מחוץ לה ובפעילות כללית משותפת – מוטלת על כתפיהם של העובדים הסוציאליים בפנימיות, שידיהם מלאות בעבודה. אף שרכיבים מהם פועלים ככל הנראה בניסיון לשמר את הקשר, ההקצאה הכספית לנושא חסרה, והתיאום הלוגיסטי והמקצועי-טיפולי מורכב. גם מפגש בבית ההורים אינו פשוט לתיאום ולקיום. לא תמיד קל לתזמן יציאה לחופשה בעת ובעונה אחת, שכן לכל פנימייה יש תוכנית פעילות נפרדת, וגם אם מצליחים לתאם חופשה בו-זמנית, לא תמיד מתאפשר הביקור המשותף, עקב הקושי של ההורים להלין בבתם כמה ילדים יחד.

מכשלות אלה לשימור הקשר בין אחאים שהוצאו להשמה חוץ-ביתית נובעות בחלקן ממגבלות של תקציב וכוח-אדם. נראה כי יצירת מסגרות פנימייה אשר יתבססו על יחידות גיל גמישות – כפי שהציעו וינר ווינר עוד בשנת 1990<sup>103</sup> – ויהיו מעורבות מבחינה מגדרית תקל השארת קבוצות אחאים יחד. הקצאה גדולה יותר של תקציבים תוכל כמוכך לסייע, שכן היא תאפשר גמישות רבה יותר בהשמת אחאים יחד או בצירוף אחאי למוסד שבו כבר שוהה אחאי שלו. נוסף על כך, גיוון במענה המקצועי שמסגרת נתונה יכולה לתת – דבר שמתרחש בשנים האחרונות יותר ויותר<sup>104</sup> – עשוי להקל השמה משותפת של אחאים בעלי צרכים שונים. מסגרת לקיום מפגשים משותפים של אחאים הנמצאים במסגרות השמה נפרדות מחייבת אף היא הקצאת משאבים נוספת. אולם לצד מגבלות התקציב נראה כי חסר

101 על הפרופיל של הפנימיות השונות ניתן ללמוד מהאתר של משרד העבודה, הרווחה והשירותים החברתיים – [www.molsa.gov.il/Populations/Youth/ChildrenAtRisk/ExtraHomeAssigning/](http://www.molsa.gov.il/Populations/Youth/ChildrenAtRisk/ExtraHomeAssigning/). Pserch/Pages/ChildInsSearch.aspx

102 כפי שלמדתי בשיחות שקיימתי עם נשות-המקצוע – ראו לעיל ה"ש 87.

103 וינר ווינר, לעיל ה"ש 89, בעמ' 149.

104 כפי שלמדתי בשיחות שקיימתי עם נשות-המקצוע – ראו לעיל ה"ש 87.

נוהל המחייב את המוסדות להבטיח שמירת קשר בין אחאים, והדבר נעשה (אם בכלל) רק ביוזמה אישית של אנשי-המקצוע.

### (ג) משפחות אומנה

הצעת חוק השמה חוץ-ביתית שהוזכרה לעיל, ואשר גובשה במסגרת המלצותיה של ועדת-המשנה לוועדת רוטלוי בנושא השמה חוץ-ביתית,<sup>105</sup> לא השתכללה אומנם לכלל חוק עד היום, אולם נושא האומנה, המהווה חלק ממנה, גובש בשנת 2016 בחוק אומנה לילדים, שמתרתו להגן על זכויות ילדים המוצאים לאומנה ועל זכויות הוריהם.<sup>106</sup> חוק זה כולל הוראה מפורשת הנוגעת באחאים. במסגרת הסעיף הדין בבחירת משפחת אומנה נקבעה הוראה שלפיה –

”אם מתקיים צורך בהשמה של ילד ושל אחיו, תיבחר ככל האפשר משפחת אומנה שתוכל לקלוט את כל האחיים יחדיו, ותמנע את הצורך בהפרדתם...”<sup>107</sup>

בכך יש ביטוי ראשון מסוגו בחוק הישראלי להכרה באינטרס של שמירת הקשר בין אחאים. נוסף על כך, כפי שלמדתי משלווה ליבוביץ, המפקחת הארצית על האומנה בשירות ילד ולנוער במשרד הרווחה, נושא האחאים עלה לדיון בעת האחרונה בקרב הגורמים המקצועיים בשירות. ממסמך עבודה שגובש על-ידיהם<sup>108</sup> עולה עמדה מקצועית מורכבת שיכולה לזרות אור על הדרישה המופיעה בחוק שתיבחר השמה משותפת ”ככל האפשר”. לצד ההכרה בחשיבות הקשר בין האחאים מוכר גם הקושי המיוחד הנובע מהשמה כזאת הן למשפחה הקולטת והן לאחאים עצמם. לנוכח המורכבות הפסיכולוגית של ההכרעה, ההנחיה המקצועית הלא-רשמית שגובשה במסמך העבודה הפנימי קובעת כי ”בין הגורמים החשובים ביותר בהחלטה להשמה של אחים ביחד או בנפרד הם מורכבותו ומצבו הרגשי של כל ילד, ההערכה של מהות הקשר בין האחיים והצרכים של כל אחד”. לאחר בחינה קפדנית של אמות-המידה שהמסמך מפרט, ”מתכנסים להחלטה האם מחפשים סידור משותף ככל מחיר או בנפרד”. ”במידה ויש היתכנות להשמת האחיים ביחד ונמצאה משפחה בעלת כוחות ויכולות – והכוונה הן ליכולות פיזיות, מבחינת תנאי המחיה וזמינות ההורים, והן ליכולות תפקודיות ורגשיות – זו תהיה ההשמה המיטבית”, כך נקבע במסמך. אך ”במידה ואחד מהנ”ל אינו מתקיים, ההשמה המיטבית תהא במשפחות אשר יוכלו לספק את צרכי הילדים, ובנוסף, לבנות ולשמור את הקשר האחאי”.

המסמך מוסיף ומפרט כיצד יובטח הקשר האחאי כאשר ההשמה בוצעה בשתי משפחות אומנה נפרדות. בין היתר מומלץ לנסות לאתר משפחות אומנה המתגוררות בקרבת מקום, וליידע את משפחות האומנה ולהכיין מראש בדבר הצורך לשמר קשר בין האחאים, ולא רק בינם לבין ההורים. המסמך מדגים אפשרויות לשמירת קשר בסיוע מרכזי קשר, כאשר ההורים

105 ראו לעיל ה”ש 98 והטקסט שליידה.

106 חוק אומנה לילדים, התשע”ו-2016.

107 ס’ 32(2) לחוק אומנה לילדים.

108 ואשר עותק ממנו נשלח למחברת בפברואר 2016, ונמצא בידי ובידי מערכת עיוני משפט.

מעורבים, ובאופן ישיר בין משפחות האומנה על-ידי קיום סבב ארוחות ומפגשים – כל פעם אצל משפחת אומנה אחרת – בערבי-שבת, בחגים ובימי-הולדת. בהעדר נתונים כמותיים או מספריים קשה להעריך מה מידת יישומן של ההמלצות ומהי הפרקטיקה הנוהגת כיום. עם זאת, החשיבה המסודרת המתקיימת בנושא והנכונות להבטיח את הקשר בין אחאים הן בוודאי צעד חשוב ומשמעותי.

#### (ד) אימוץ: סגור-פתוח-סגור<sup>109</sup>

גם בהקשר של אימוץ מתעוררים היבטים שונים הנוגעים בשמירת הקשר בין אחאים<sup>110</sup>. כמו במגוון ההקשרים של השמה חוץ-ביתית, גם כאן ייתכנו סיטואציות בעלות מאפיינים שונים. כך, למשל, כאשר הכרזת ברי-האימוץ נעשית במקביל ביחס לכמה אחאים, שמירת הקשר ביניהם עשויה לבוא לידי ביטוי, באופן האולטימטיבי, בהשמתם המשותפת יחד במשפחה המיועדת לאמצם. הגנה חלשה יותר מוקנית כאשר הם מופנים למשפחות נפרדות (במידת האפשר כאלה המתגוררות בסמוך) והקשר ביניהם נשמר על-ידי הגדרת האימוץ כפתוח וקביעת הסדרי קשר ומפגשים בדרגה ובעוצמה משתנות. אולם במקרים רבים ההשמה אינה נעשית במקביל, אלא בהדרגה או תוך פיצול אופן הטיפול שנקבע להם. כאשר המסירה נעשית בהדרגה, לפי סדר הלידה, הגנה על הקשר ביניהם עשויה לקרוא לצירוף ילד אל אחאי גדול שלו שכבר אומץ ולקליטתו באותה משפחה. במקרה של פיצול באופן הטיפול ובאופיו – למשל, אם אחאי אחד נשלח לאימוץ, אחר נשאר בבית ההורים ושלישי מושם במסגרת חוץ-ביתית אחרת, כגון פנימייה – האינטרס של שמירת הקשר עשוי להיות מובטח על-ידי עיצוב הסדר מפגשים ביניהם.<sup>111</sup> האפשרויות מגוונות ומשתנות בהתאם לפערי הגיל בין האחאים, לקשר הקיים ביניהם בזמן ההחלטה על ההשמה, למצבם של ההורים המטפלים ולמצבם של הילדים עצמם.<sup>112</sup>

גם בהקשר זה החקיקה הישראלית שותקת.<sup>113</sup> עם זאת, עיצוב האימוץ כפוף לעקרונות טובת הילד,<sup>114</sup> והשיקול בדבר הקשר האחאי יכול לבוא לידי ביטוי במסגרתו. כמו בכל סוגיה הקשורה לאימוץ, עמדתן של רשויות הרווחה היא שמעצבת במידה רבה את אופן הגשמת החוק. הסטנדרט של טובת הילד מהווה כר פורה להפעלת שיקול-הדעת המקצועי ולנקיטת המדיניות הראויה על-ידי רשויות הרווחה.

- 109 כפרפרזה על שם ספרו ושירו של יהודה עמיחי – פתוח סגור פתוח.
- 110 להתייחסות לסוגיה זו בספרות הישראלית, אם כי בצורה מוגבלת, ראו שיפמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 276-277; נילי מימון דיני אימוץ ילדים 181 (1994).
- 111 לתיאור מגוון של קשרים אפשריים בין אחאים ראו שורק וניג'ס-אכטילאט, לעיל ה"ש 35, בעמ' 38-39.
- 112 לשונות כזו, המקשה השמה משותפת, ראו, למשל, רע"א 7535/11 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם נבנו, 29.1.2012). שונות זו שוללת לעיתים לחלוטין את האפשרות להציע או לבחון השמה משותפת. ראו בע"מ 9739/11 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם נבנו, 17.1.2012).
- 113 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק האימוץ).
- 114 ס' 1(ב) ו-1ב לחוק האימוץ. על עקרון טובת הילד בהקשר של אימוץ באופן כללי ראו מימון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 241-253.

עמדתן המוצהרת של רשויות הרווחה, ובראשן השירות למען הילד, אוהדת את השיקול של שמירת הקשר בין האחאים.<sup>115</sup> המדיניות המיוחסת לשירות למען הילד, האחראי על מנגנון האימוץ, היא "למסור לאימוץ קבוצות אחים יחד", ו"כאשר לא ניתן למסור את הקטינים כקבוצת אחים לאותה משפחה, הם נמסרים בנפרד ונשמר הקשר הישיר בין המשפחות המאמצות".<sup>116</sup> עמדה חד-משמעית התומכת בהגנה על הקשר האחאי בוטאה נחרצות גם על-ידי הגורמים המשפטיים המלווים את עבודת השירות ביעוץ המשפטי של משרד העבודה והרווחה.<sup>117</sup> עם זאת, לצד מחויבות הצהרתית זו ניצבת המציאות, שהיא מורכבת הרבה יותר. אילוצים שמקורם בנסיבות חייהם של הילדים, בטיב הקשר בין הילדים, בעמדות המאמצים, בקושי של משפחה לאמץ יותר מילד אחד במקביל ובשיקולים כלכליים – דוחים לעיתים את שימור הקשר בין האחאים. כך, למשל, מספרת מנהלת בית-מעבר על ילדים שהושמו במתכוון במשפחות נפרדות בשל מה שנתפס מבחינה מקצועית כטובתם:

"הם הגיעו לפה עם יחסים מעוותים ביניהם... היה שם ניכור אמתי בין האחאים. כל מפגש של הבן עם הרגישות של הבת היה מחזיר אותו לפגיעות ולכאב שחוה בבית, והוא לא יכול היה לשאת את זה. כשהאחים היו באים במגע ביחד זה כאילו הטראומה נפגשת ומייצרים ביחד את המציאות שהייתה להם בבית, משתוללים בפראות, בועטים ושוברים, קשה לרסן אותם, חוסר שקט, תזוית, כמו אות ביניהם ויוצאים לדרך, ראינו את זה במיוחד בביקורים של המשפחה המולידה... חששתי שכל משפחה שיגיעו אליה יפרקו את המשפחה. המפגש ביניהם היה חולני, מעולם לא הצלחנו להוציא את הפתולוגיה מהיחסים ביניהם. לכן המלצתי שיאומצו בנפרד."<sup>118</sup>

במקרה אחר הנסיבות שהכתיבו כביכול הפרדה היו חד-משמעיות פחות. העובדת הסוציאלית שליוותה את המקרה מתארת את השיקולים שהביאו לידי כך שהבן והבת הצעירים נמסרו יחדיו למשפחה מאמצת אחת ואילו הבן הגדול נמסר למשפחה מאמצת אחרת:

"לגבי אימוץ של שלושה ילדים תמיד יש דילמה אם למסור אותם לאימוץ בקרב משפחה אחת, כי במקרה כזה האימוץ עלול לקרוס. הבן והבת הצעירים תקינים מבחינה קוגניטיבית ולימודית ולבן הגדול היו פערים לימודיים וקשיים רגשיים. לפעמים נוכחות של אחים ביחד היא הרסנית. בנוסף, לא הסכמנו שהבן הגדול יאומץ יחד עם אחיו הצעירים מבני המשפחה המולידה כי הוא היה ילד מאוד הורי ביחס לאחיו הקטנים, וזה לא היה בריא לו להמשיך לגדול עמם. אם היה חי עם האחאים לא בטוח שהיה יכול להתאושש ולראות את עצמו."<sup>119</sup>

- 
- 115 ביטוי מובהק לעמדה זו נתנה אורנה הירשפלד, מנהלת השירות למען הילד, בשיחה טלפונית ממושכת שקיימתי איתה בחודש מרץ 2016.
- 116 שורק וניג'ם-אכתילאת, לעיל ה"ש 35, בעמ' 9.
- 117 בשיחה טלפונית עם עו"ד חגית מזרחי, יועצת משפטית במשרד הרווחה והשירותים החברתיים (22.2.2016).
- 118 שורק וניג'ם-אכתילאת, לעיל ה"ש 35, בעמ' 38.
- 119 שם, בעמ' 38.

גם בסוגיה של השמה באימוץ יש חוסר בסיסי בנתונים ומיעוט מחקרים. בהתאם, ההערכה המוצגת כאן מבוססת על מידע שנאסף מן הפסיקה, מן הספרות ומשיחות עם אנשי-מקצוע בתחום.<sup>120</sup> הפסיקה, ככל שהיא נגישה (ובשל מגבלת הנגישות מדובר כאן בעיקר בניתוח פסיקה של בית-המשפט העליון), מלמדת כי בתי-המשפט מכירים באינטרס של שמירת הקשר בין אחאים, אולם ההגנה שהם מספקים לו אינה עקבית. לצד אמירות וקביעות נחרצות של בית-המשפט והתעקשות על הבטחת הקשר, ניתן למצוא גם פסיקה המקנה לו הגנה חלשה, הן במידת הנחישות שבית-המשפט מפגין להבטחת הקשר בין אחאים והן ביכולת התמרון שלו, המוגבלת מראש ובדיעבד על-ידי פעולתם של גורמי הרווחה והערכתם המקצועית. יש לזכור כי פעולתם של גורמי הרווחה קודמת לדיון בבית-המשפט, ומייצרת מציאות שאינה מאפשרת תמיד את הבטחת האינטרס האמור.<sup>121</sup> נוסף על כך, חוות-דעתם המקצועית של גורמי הרווחה, המלווה כל תיק אימוץ, מנחה בדיעבד את הקביעה השיפוטית, בפרט לנוכח האינטרס של טובת הילד, הנתפס כמצוי בתחום מומחיותם.<sup>122</sup>

אמירות ברורות בעד הגנה על הקשר האחאי ניתן למצוא בפסיקה מוקדמת של בית-המשפט העליון, המציין, בלשונו הפיזית של השופט מנחם אלון, כי "שבת אחים יחד – טובה היא להם וברכה יש בה".<sup>123</sup> קביעות המבקשות להגן על הקשר האחאי בהקשר של אימוץ ניתן לאתר גם בפסיקה מאוחרת יותר. כך, למשל, השיקול של שמירת הקשר בין האחאים היווה באחד מפסקי-הדין טעם לשלילת עצם ההכרזה על האחאים ככני-אימוץ ולהשאתם בקרב משפחתם, מתוך הנחה שאימוץ יוביל בהכרח לפיצול ביניהם.<sup>124</sup>

התעקשות יוצאת-דופן להבטיח השמה משותפת גילה בית-המשפט העליון בבע"ם 1549/07, שם עודד בית-המשפט נמרצות את השירות למען הילד לאתר משפחה שתהיה נכונה לאמץ שתי אחיות יחד. בית-המשפט קבע כי "אין גם חולק, כי בנסיבות המיוחדות של הענין, ישנה חשיבות מיוחדת להותיר את שתי הילדות-האחיות יחדיו, ולא להפריד ביניהן. המשימה למצוא משפחה אחת אשר תתאים, תוכל, ותרצה לקחת לרשותה את שתי הבנות הינה משימה קשה, במיוחד כאשר מסגרת הזמן העומדת לצורך הגשתה היא מוגבלת

120 מעניין שגם כאן המחקר – גם זה הערכני שעסק באימוץ עם קשר – בחר להתעלם במכוון ממקרים של קשר בין אחאים. ראו שם, בעמ' 14.

121 למקרה כזה שבו מתח בית-המשפט ביקורת מפורשת על רשויות הרווחה, שמחדלן מנע אפשרות להשמה משותפת, ראו אמ"ן (משפחה חי) 10-08-31808 היועץ המשפטי לממשלה – הלשכה המשפטית, משרד הרווחה נ' ע 1, פס' 13 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 13.11.2011). לדוגמה מאלפת נוספת למצב שבו בחירה מוקדמת של זהות המשפחה המועמדת לאימוץ על-ידי רשויות הרווחה מנעה השמה משותפת, ראו ע"א 3236/90 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(3) 460, פס' 20 לפסק-הדין (1991).

122 על היבט זה ראו באופן כללי זפרן "הדין בשאלת חלוקתה של האחיות ההורית", לעיל ה"ש 48, בעמ' 285.

123 ע"א 451/88 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 330, פס' 14 לפסק-דינו של השופט אלון (1990). אולם לעיתים אמירות אלה נותרות במישור הרטורי בלבד – ראו ע"א 138/85 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(3) 631, פס' 5 לפסק-הדין (1985).

124 אמ"ן (מחוז ת"א) 2/11 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 31 לפסק-דינה של השופטת רות לבהר שרון (פורסם בנבו, 24.11.2011).

ביותר...".<sup>125</sup> למרות הקושי לא נרתע בית-המשפט מלדחוק בשירות למען הילד לנקוט פעולות נמרצות לאיתור משפחה מתאימה,<sup>126</sup> ולאחר סדרת החלטות אכן איתר השירות משפחה שהייתה נכונה לקבלן יחד.

עם זאת, לא ברור עד כמה פסיקה זו משקפת את עמדת-היסוד של בתי-המשפט. ככל הנראה (והדברים צריכים להיאמר בזהירות רבה, שכן אין כאמור נתונים זמינים המלמדים על התמונה השלמה), בחלק מן האימוצים אין השמה משותפת, ואחאים מופרדים מבלי שמוקנה להיבט זה משקל ראוי בהחלטה.<sup>127</sup> במקרים אחרים קיימת התייחסות לנושא בפסק-הדין, אולם בית-המשפט, המודע לאילוצים בשטח, מותיר את היישום הקונקרטי לרשויות הרווחה, ומאפשר השמה מפוצלת והפרדה בין אחאים או בין חלקם.<sup>128</sup>

גם אם השמה משותפת אינה רלוונטית או אינה אפשרית, האינטרס של שמירת הקשר בין אחאים יכול כאמור לבוא לידי ביטוי בשמירת קשר לאחר אימוץ או לאחר השמה במסגרות נפרדות.<sup>129</sup> באחד מפסקי-הדין של בית-המשפט העליון הובלט השיקול של שמירת הקשר בין האחאים, ואף שהדבר לא הוביל להשמה משותפת שלהם באותו בית ממש, הובטח קשר מתמשך ביניהם.<sup>130</sup>

לצד ההצהרה החד-משמעית של גורמי הרווחה כי הם תומכים בשמירת קשר כאמור, ניצבת, גם בהקשר זה, המציאות המורכבת יותר. יש לזכור כי עמדתו היסודית והמפורשת של בית-המשפט (בעקבות עמדתן של רשויות הרווחה) תומכת באימוץ סגור.<sup>131</sup> בית-המשפט מכיר בו כברירת-מחדל, ונוהג חשדנות רבה כלפי חריגה ממנו.<sup>132</sup> אף שהעמדה המסויגת

- 125 בע"מ 1549/07 פלוני נ' פלונית, פס' 5 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 17.5.2007).
- 126 שם. ראו את מקבץ ההחלטות בתיק מן הימים 11.3.2007, 20.3.2007, 25.3.2007, ו-29.3.2007.
- 127 לעיתים השאלה בדבר שמירת הקשר בין האחאים אף אינה זוכה בתשומת-הלב המלאה הראויה לה, ונבלעת בתוך מכלול של שיקולים אחרים הנוגעים בטובתם. ראו את דבריו של בית-המשפט בבע"מ 5024/10 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' יא, טו ויטז לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.8.2010).
- 128 למגוון הכרעות ברוח זו ראו ע"א 522/87 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מא(4) 436 (1987); ע"א 4474/90 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(2) 436 (1991); ע"א 3063/90 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מה(5) 837 (1991). חשוב עם זאת לציין כי בפסק-הדין האחרון מבין אלה הובעה מחויבות גבוהה לשמירת קשר בין אחאים, והפיצול נפסק בלית ברה, כפי שמשמע מפס' 6 לפסק-הדין.
- 129 דניאל גוטליב "אימוץ פתוח: גיבוש גישה ישראלית" רפואה ומשפט 19, 109, 116 (1998).
- 130 בע"מ 6593/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.3.2007).
- 131 אימוץ סגור הוא אימוץ שבו הקשר בין הילד לבין הוריו מולידיו מנותק, ונשמרת אנונימיות הדרת, כך שלמאומץ ולמאמציו אין מידע מזהה על הוריו מולידיו, ולאחרונים אין מידע ביחס לזהות המאמצים, למקום הימצאו של המאומץ ולמצבו.
- 132 לסקירה ממצה בדבר עמדת בית-המשפט בנושא פתיחותו של האימוץ ראו בע"מ 2103/13 פלונית נ' משרד הרווחה – היועץ המשפטי לממשלה, פס' 20-22 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 18.6.2013). לסקירה מוקדמת יותר, אך מפורטת ורלוונטית, ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 3/06 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 21-38 לפסק-דינה של השופטת רוטלי (פורסם בנבו, 10.6.2007).

כלפי אימוץ פתוח נובעת בעיקרה מחשד בנוגע להורים הביולוגיים, היא משפיעה במידה רבה גם על יחסו של בית-המשפט לפתיחות של האימוץ בהיבט של הקשר בין אחאים. ראשית, ההיבט האחרון עלול להשליך על הראשון, שכן שמירת הקשר בין האחאים עלולה להוביל לחשיפתם לקשר עם ההורים הביולוגיים, לפגימה באנונימיות או להפעלת לחץ על המאמצים והילד בהקשר זה.<sup>133</sup> שנית, תפיסת-היסוד המלווה את העמדה המשפטית, אשר טוענת כי סגירותו של אימוץ חשובה מבחינה פסיכולוגית לצורך הצלחתו, תקפה (ככל שהיא תקפה בכלל) גם בהקשר של שמירת הקשר עם אחאים. גם קשר זה עשוי לכאורה לאיים על בניית הקשר עם המאמצים ולפגוע בתרמית ה"טבעית" של המשפחה ובניסיון שלה ליצור משפחה "רגילה", הדומה במאפייניה למשפחה ה"טבעית". היבט שלישי נוגע בהתנגדותם של ההורים המאמצים. באופן שיטתי נטען כי הללו מתנגדים לקשר עם ההורים המולידים, וכי כפיית קשר כזה עליהם תרתיע אותם מלאמץ ותקשה איתור משפחה לאימוץ. טענה דומה, שלפיה מאמצים פוטנציאליים יירתעו מאימוץ בשל הדרשה לאפשר קשר בין המאומץ לאחאי שלו, מושמעת גם בהקשרנו.<sup>134</sup>

אולם אפשר שבעמדה היסודית הזאת, המתנגדת כאמור לאימוץ פתוח, מתחילים להיווצר בקיעים, בפרט ככל הנוגע בקשר בין האחאים. גישה ליברלית יותר כלפי פתיחות באימוץ הביעה באוזני אורנה הירשפלד, ראש השירות למען הילד, בשיחה שקיימנו.<sup>135</sup> לשיטתה, כאשר אי-אפשר להבטיח אימוץ משותף, השירות פועל לשמירת קשר בין האחאים שאומצו במשפחות נפרדות. כך, למשל, עם איתור המשפחה המועמדת לאמץ מוסבר לה הצורך בשמירת הקשר העתידי בין האחאים. אולם קשר זה מוגן רק ככל שבמועד המסירה כבר קיימים יחסים בין האחאים, ולא תונהג פתיחות כאשר אחד המאומצים הוא תינוק בן-יומו שאין לו, עובר למסירה, כל קשר עם אחאיו.<sup>136</sup> אמירה הקוראת להגן על הקשר בין אחאים באמצעות אימוץ פתוח נלמדת מפסק-דין של בית-המשפט העליון שניתן בשנת 2013 על-ידי השופטים דנציגר, רובינשטיין ועמית.<sup>137</sup> השופט דנציגר, המייצג את עמדת המותב כולו, קובע כי יש להחזיר את התיק לבית-המשפט למשפחה לצורך דיון ממוקד בשאלה אם וכיצד יש לשמר את הקשר בין האחיות, שעל אימוצה הוכרו, לבין שני אחיה, שנמסרו למשפחת

133 גוטליב מזכיר כי אי-אפשר (ולא רצוי) לצפות שילד שנותר במשמורת הוריו יסתיר מהם פרטים הנוגעים בקשר שלו עם אחאיו שנמסרו לאימוץ. לפיכך פתיחת אימוץ בנסיבות שבהן ילד אחד נמסר לאימוץ והאחרים (או האחד) מטופלים בבית ההורים היא בעייתית ברמת ההגדרה. ראו גוטליב, לעיל ה"ש 130, בעמ' 116. בפסיקה עצמה ראו ע"א 5034/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(5) 33 (1997).

134 ע"מ 3/06, לעיל ה"ש 132, פס' 38 לפסק-דינה של השופטת רוטליי.

135 שיחה טלפונית שקיימתי עם אורנה הירשפלד באוקטובר 2016.

136 ההבהרה נמסרה לי בשיחה טלפונית שקיימתי עם אורנה הירשפלד.

137 רע"א 9192/12 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.2.2013). גם בערכאות הדיוניות ניתן למצוא מקרים שבהם בית-המשפט מורה על שמירת קשר בין אחאים לאחר השמה באימוץ. ראו, למשל, אימוץ (משפחה י-ם) 5/09 היוהמ"ש לממשלה נ' פלונית, פס' 110 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.4.2010). בפסק-דין אחרים נשקלה האפשרות האמורה, אך בסופו של דבר הוחלט להימנע מאימוץ כליל – ראו אמ"ץ 2/11, לעיל ה"ש 124; אמ"ץ 31808-08-10, לעיל ה"ש 121.

אומנה. השופט רובינשטיין מצטרף וקובע כי "במקרה דנא עסקינן לא בהורים הביולוגיים אלא באחים, ולמצער גם זו לטובה. ברגישות הראויה, יוכל בית המשפט לענייני משפחה להתוות, בשיתוף עם גורמי הרווחה, וכמובן ההורים האומנים-המאמצים, דרך זהירה לשימור הקשר המשפחתי המסוים, ואולי לזרוע בכך זרעי ברכה לעתיד".<sup>138</sup> השופט רובינשטיין חוזר על עמדתו הכללית העקבית שלפיה "יתכן שנושא האימוץ ה'פתוח' טעון חשיבה 'פתוחה' בעולם משתנה".<sup>139</sup> קשה להעריך אם התמיכה באימוץ פתוח הינה בגדר סנונית ראשונה המבשרת על מגמה חדשה או קביעה חריגה שאינה מעידה על הכלל.<sup>140</sup>

בדומה למסקנות הדיון בהקשרים הקודמים, התמונה המצטיירת מקריאת מגוון החומרים בתחום ומהשיחות עם אנשי-המקצוע מלמדת כי קשר זה מוגן באופן שאינו שלם, ובפועל, לצד הצהרה כללית של בית-המשפט העליון ולצד נכונות רעיונית של רשויות הרווחה להגן על הקשר האחאי, קשר זה מוגן באופן חלקי בלבד. עמדות מקצועיות נוגדות, מורכבות המקרים והקושי לאתר משפחה שתוכל לעמוד בנטל הכרוך באימוץ של כמה ילדים מכתובים הגנה מוגבלת בלבד לקשר האחאי. בהעדר מידע נגיש לא אוכל להעריך את שיעור המקרים שבהם נשמר קשר בין אחאים כאשר ההשמה מפוצלת בין מסגרות או משפחות שונות, ואת היקף הקשר שנשמר.

#### 4. התחקות אחר אחאים לאחר מסירה לאימוץ

אף שסוגיית ההתחקות אחר אחאים לאחר מסירה לאימוץ אינה נוגעת בהכרח בקטינים, בחרתי לדון בה כאן שכן היא קשורה באופן הדוק לשאלת עיצובו של האימוץ כפתוח או כסגור, ולשיטת רבים היא ממוקמת על קשת המאפיינים של האימוץ ככזה. התייחסותו של המשפט לסוגיית ההתחקות מכתובה במידה רבה את האפשרות ליצור ולבסס קשר בין אחאים שהופרדו עקב הוצאה של שניהם או של אחד מהם מבית הוריהם. אם המשפט מתיר התחקות כזו, אזי גם אם האימוץ עוצב מלכתחילה כאימוץ סגור ולא נשמרה כל זיקה בין הילדים לאורך ילדותם, האפשרות להתחקות אחר אחאים מאוחר יותר, בגיל הבגרות, יכולה לאפשר את הקשר ולהקל את יצירתו. מאידך גיסא, עמדה השוללת את הזכות להתחקות ומונעת גישה למידע מזהה עלולה להכשיל את הקשר או להכביד את יצירתו. הרצון ליצור קשר או לחדשו יכול להיות הדדי או חד-צדדי, להיווצר בפער זמן (עקב פערים בגיל או בהתפתחות האישית) ולהתאפיין בציפייה שונה ביחס להיקף הקשר ולטיבו.

האינטרס של יצירת קשר בין אחאים בהקשר זה אינו זוכה בהכרח במשפט הישראלי, בוודאי לא באופן שלם. חוק האימוץ אינו מזכיר באופן מפורש את האפשרות להתחקות אחר

138 רע"א 9192/12, לעיל ה"ש 137, פס' ג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

139 שם, פס' ב.

140 השופט רובינשטיין הביע תמיכה עקרונית באימוץ פתוח כבר בפרשה קודמת – בע"מ 10791/05 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' ט(5) לפסק-דינו (פורסם בנבו, 9.2.2006): "...יתכן שנושא האימוץ ה'פתוח' טעון חשיבה 'פתוחה' בעולם משתנה... הרגישות המופלגת, שכמעט אין למעלה הימנה, של נפש הקטין, מקרינה תדיר ומזהירה מהחלטות נחפזות, אך הלב והמוח אינם שוכחים גם את ההורים ואת זיקתם הטבעית והאנושית." אמירות שונות ברוח זו מופיעות בפסיקה כבר שנים מספר, אם כי לרובן מתלוות הסתייגויות, והיישום מתמהמה.



אחאים. הוראות החוק מאפשרות עקרונית גישה לרישום המקורי ולנתונייהם המזהים של ההורים,<sup>141</sup> ודרך אלה ניתן כעיקרון להגשים את האפשרות לאתר אחאים. עם זאת, בפועל הוראות אלה אינן מיושמות, והשירות למען הילד, החולש על המידע, מסנן את המידע שניתן למאומץ ביחס לזהות הוריו.<sup>142</sup> כך או כך, בהנחה שכל האחאים אומצו והשמתם הייתה במשפחות נפרדות, לא תועיל הגשמת זכות ההתחקות אחר ההורים הביולוגיים לצורך איתורם, שכן לעיתים מזומנות אף להורים הביולוגיים עצמם אין כל קשר איתם. אפילו אם חלק מן האחאים לא אומצו, ובהנחה שהם טופלו על-ידי ההורים הביולוגיים, ההתחקות אחר ההורים הביולוגיים אינה מבטיחה יצירת קשר עם אחאים אלה, וזאת לנוכח האופן שבו השירות למען הילד מפרש ומיישם את חוק האימוץ. מידע מזהה על-אודות ההורים הביולוגיים לא נמסר במישרין, ורק אם הסכימו ההורים להיפגש עם המאומץ ויכול האחרון לקבל מידע, וגם זאת רק בהתאם לרצון ההורה. עריכת המפגש בתיווך השירות ובחסותו מעניקה להורה הביולוגי את השליטה הבלעדית במידע שיימסר למאומץ בנוגע לאחאיו. העמדה המוצהרת של שירותי הרווחה – קרי, של השירות למען הילד – אינה מכירה בזכות ההתחקות אחר אחאים.<sup>143</sup> השירות למען הילד יפעל לאפשר יצירת קשר בין אחאים רק במקרה של מפגש רצונות עצמאי ובלתי-מתווך ביניהם. כלומר, השירות למען הילד – שמחזיק במידע מזהה על-אודות מאומצים ועל-אודות הוריהם המולידים, כמרגם על-אודות אחאיהם שנמסרו אף הם לאימוץ, ואשר אחראי גם לטיפול במאומצים בגירים – אינו נכון למסור מידע מזהה על-אודות אחאים, ואף אינו נכון להתחקות אחר אחאים לבקשת מאומץ וליידע אותו בדבר רצונם. רק כאשר שני מאומצים פנו באופן בלתי-נלוו ומיוזמתם שלהם אל השירות בבקשה לאתר את אחאיהם, יתאפשר מפגש מתווך ביניהם. ככל ששניהם בגירים ואיש מהם לא פגש את ההורה הביולוגי, יאפשר השירות למען הילד את המפגש ביניהם ללא התערבות שיפוטית. אולם אם אחד מהם או שניהם קטינים, או כאשר אחד מהם פגש את ההורה הביולוגי ואילו האחר לא פגש אותו, יותר המפגש בין האחאים רק באישור בית-משפט.<sup>144</sup> הפסיקה מלמדת כי גם בתי-המשפט אינם נכונים לסייע בהקשר זה, והם מגבים את מדיניותו של השירות למען הילד. דוגמה מאלפת להתעלמותו של בית-המשפט מזכותם של אחאים לקשר עולה מפסק-הדין שניתן בתיק אימוץ 72/10.<sup>145</sup> באותה פרשה ביקש מאומץ בגיר לקבל מידע מזהה על-אודות אמו הביולוגית, ובין היתר לסלול נתיב למפגש ולקשר עם שני אחאים ביולוגיים – אחאים למחצה מהאם. בית-המשפט אינו מתעכב כמעט על בקשתו של המאומץ ככל שהיא נוגעת באיתור אחאיו, בציינו כי "מול זכותו של המבקש להכיר את אחיו מצד הוריו הביולוגיים אף לאחים הביולוגיים יש זכות משל עצמם. אם אכן

141 ס' 30 לחוק האימוץ.

142 רות זפרן "זכות המאומץ להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים – התבוננות ביקורתית מנקודת מבט השוואתית" משפחה במשפט א 225 (2007).

143 "הנחיות מעודכנות לעיון והעברת מסמכים לבקשת מאומץ: בקשת מאומצים לעיון וקבלת מסמכים מתיקי האימוץ בשירות למען הילד" (1.6.2017). (עותק מצוי בידי המחברת ובידי מערכת עיוני משפט).

144 כך נמסר לי בשיחה עם עו"ד חגית מזרחי, יועצת משפטית במשרד הרווחה והשירותים החברתיים (22.2.2016).

145 אמ"ץ (משפחה ת"א) 72/10 פ' ר' נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 23.1.2012).

האחים אינם יודעים דבר, איזו זכות יש למבקש לערער את עולמם ולגלות להם את סיפורו. מדוע זכותו של המבקש גוברת על זכות האחים אשר גדלו לתוך מציאות מסוימת ולא ניתן לברר עימם האם ברצונם להיחשף למציאות אחרת וכיצד ישפיע עליהם הגילוי החדש?<sup>146</sup> בחירתו של בית-המשפט להמשיג את בקשתו של המאומץ הבגיר כמצויה בקונפליקט עם אחאיו אינה הכרחית, וספק אם היא ראויה. בית-המשפט שואל "איזו זכות יש למבקש לערער את עולמם ולגלות להם את סיפורו". בשאלתו זו מגולמות שתי הנחות-יסוד שאינן מתחייבות, להבנתי: האחת, שמדובר ב"סיפור" של המערער ושלו בלבד; והאחרת, שהידיעה תערער את עולמם של אחאיו במובן השלילי של הרברים. האם אי-אפשר לומר כי סיפורו של המערער הוא למעשה גם הסיפור של אחאיו, גם אם הם אינם מודעים לו בשלב זה? האומנם גילוי עובדת קיומו של אח שנמסר לאימוץ ומבקש כעת ליצור איתם קשר הינה בהכרח רעה ומטלטלת, כזו ש"תערער את עולמם"? וגם אם יש בה היבטים שקשים להכלה ולעיבוד, האם מתפקידו של בית-המשפט למנוע מהם את המידע, שמשותף בעיקרו להם ולאח, ואשר עשוי ליצור בעבורם אפיק של היכרות ואולי אפילו יחסים עם אחיהם למחצה? התפיסה שלפיה המידע שייך לאח בלבד – הראייה האטומיסטית של כל אחאי בנבדל מאחאיו – אינה מחויבת המציאות; היא נעוצה בתפיסה ליברלית-אינדיווידואלית של הפרט וזכויותיו, ואפשר שהיא אף צבועה בתיוג שלילי של מוסד האימוץ בכללותו.<sup>147</sup>

על ההיבט העיוני האמור המבקש להתנגד לתפיסה האטומיסטית – זו הרואה את הזכויות כמשמשות את הפרט כשהוא לעצמו, ומכירה בהן כיסוד של חיץ המבדיל בין פרטים ומגן עליהם במסגרת הקונפליקט האפשרי בינם לבין האחר – יש להוסיף את המימד המעשי. בעידן הרשתות החברתיות מגוון האפשרויות לאתר אחאים באופן עצמאי, על-אף התנגדות ההורים וכלי סיועם של שירותי הרווחה, הולך וגדל. עידן זה יוצר מציאות חדשה המחייבת עדכון של הדין ונוהלי העבודה. אם מטרת הדין והנהלים היא להגן על בני המשפחה הביולוגית, אזי עמדה שתחשוף אותם לאיתור עצמאי ובלתי-מתווך, באמצעות רשתות חברתיות, היא בעייתית. הפתרון אינו בעצימת עיניים וכדבקות בעמדה המצמצמת את האפשרות לאתר בני משפחה, אלא דווקא במעורבות ובסיוע של הרשות, על-ימנת להפוך את האיתור לתהליך מיטיב במידת האפשר לכל הצדדים.<sup>148</sup>

פסק-דין נוסף שבו נדונה בקשת אחיות (יחד עם האם הביולוגית) ליצירת קשר עם אחותם שנמסרה לאימוץ ניתן על-ידי השופטת תמר סנונית פורר בתיק אמ"ץ 14-12-37767.<sup>149</sup> בתביעה שהגישו האם ושלוש אחיות התבקש השירות למען הילד ליידע את האחיות, שנמסרה לאימוץ שלושים ושמונה שנים קודם לכן, בדבר רצונן בקשר איתה או לחלופין בדבר מצבה

146 שם, פס' 7 לפסק-הדין.

147 ראו באופן כללי רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

148 מעניין שבעיה שהשירות למען הילד מנסה להתמודד עימה בימים אלה היא נסיונות של אימהות ביולוגיות לאתר את ילדיהן דרך רשתות חברתיות. כפי שמסרה לי אורנה הירשפלד, מנהלת השירות למען הילד, הניסיון להתמודד עם תופעה זו מתמקד באמצעים עונשיים ואכיפתיים: הגשת תלונות במשטרה, עמידה על קיום הליכים פליליים נגד אימהות אלה מכוח ס' 34 לחוק אימוץ ילדים, ופנייה בדרישה להורדת הרשומות הרלוונטיות מן הרשתות החברתיות.

149 אמ"ץ 14-12-37767, לעיל ה"ש 44.

הרפואי המידרדר של האם. חשוב לציין, ויש בכך כדי להאיר את עמדתם של שירותי הרווחה, כי המדינה – באמצעות היועץ המשפטי לממשלה, המייצג למעשה את עמדתו המקצועית של השירות למען הילד – התנגדה נחרצות לשתי הבקשות. התנגדותה של באת-כוח היועץ המשפטי לממשלה נותרה על כנה אף שהתברר במהלך הכירור כי המאומצת יודעת על דבר אימוצה. הנימוק העיקרי להתנגדות היה החשש לפגיעה בפרטיותה של המאומצת.

באופן מקדמי ראוי להבהיר כי להבדיל מפסק-הדין הקודם שהוזכר לעיל, שבו התבקשה ההתחקות על-ידי המאומץ, כאן המבקשות היו בנות המשפחה הביולוגית שלא אומצו. הדין בישראל מבחין בין הצדדים, ובעיקרון מעדיף את זכויותיו של מי שנמסר לאימוץ לקבל מידע וליזום קשר על אלה של הצד האחר, שאינו זכאי לכל זכות בהקשר זה. זוהי "פריבילגיה" הקנויה למאומץ, כפי שמגדיר זאת בית-המשפט,<sup>150</sup> ואף היא, כפי שהודגם לעיל, אינה מבטיחה לו את מימושה.

באותה פרשה קובעת השופטת סנונית פורר כי בקשת האם והאחיות ליזום קשר עם האחיות שנמסרה לאימוץ נעדרת כל עילה משפטית, ולכן היא דוחה אותה. גם בקשתן שהאחות תודע בדבר רצונן בקשר נדחית, תוך שבית-המשפט מצהיר:

"אין כל אחיזה לפרשנות חוק האימוץ המתבקשת על ידי המבקשות כי יש להן מעמד כך שהן תהיינה היוזמות של פתיחת תיק האימוץ... רצונן העז וכמיהתן הכנה... ראויים לכל הערכה. אך אין רצון זה מקנה עילה משפטית המקנה להן לפתוח את תיק האימוץ ואין בו גם די על מנת לחייב את השירות למען הילד להודיע לאחותן וליידע אותה על רצונן ליצור עימה קשר."<sup>151</sup>

עם זאת, בית-המשפט נענה לבקשת האם הביולוגית ליידע את המאומצת כי היא חולה במחלה סופנית, אף שתוחלת חייה הצפויה עומדת על שנים מספר, וזאת עקב מצבה הקוגניטיבי ההולך ומידרדר בשל מחלת האלצהיימר שהיא לוקה בה. בית-המשפט מרחיב נוהג שקיים כבר כיום המאפשר ליידע מאומץ בדבר מצבו הסופני של ההורה הביולוגי, וזאת מתוך הכרה ב"זכותה של המאומצת לסגור מעגל ולשלוט בגורל חייה."<sup>152</sup> התעלמותם של נוהלי העבודה של השירות למען הילד מזכות ההתחקות של אחאים שהופרדו כתוצאה מאימוץ, העמדה המעשית של השירות למען הילד שמקשה מאוד את מימושה של זכות זו, שתיקת המחוקק בסוגיה והגישה המצמצמת של בית-המשפט הנובעת מכל אלה, מחייבות, לעניות דעתי, חשיבה מחדשת בנושא, וזאת לנוכח הכמיהה הגלויה של אחאים (מאומצים כמרגם ביולוגיים) למידע ולקשר.

## 5. אחאות במשפחות "חדשות"

(א) כללי

במשפחה ה"מסורתית", המורכבת מזוג הורים – איש ואישה – החיים בזוגיות ומביאים יחד ילדים לעולם, האם יולדת ילדים שנושאים את המטען הגנטי שלה ושל בן-זוגה, כך

150 שם, פס' 32 לפסק-הדין.

151 שם, פס' 25-26.

152 שם, פס' 52 לפסק-הדין.

שהאחאים מוגדרים אחאים ביולוגיים מלאים, עם זיקה גנטית זה לזה ולשני ההורים. נוסף על כך הם מתגוררים יחד באותו בית ומטופלים על-ידי שני ההורים, ולפיכך יוצרים בעיקרון יחסים רגשיים משמעותיים, כמתואר למעלה. יצירת הקשר בין האחאים היא תוצאה של הולדתם לאותם הורים וחייהם המשותפים באותו בית. שמירת הקשר ביניהם לאורך השנים, גם במקרה של פרדת ההורים, נגזרת כאמור מן ההסדר שיעוצב בין ההורים ומהבטחת הקשר עימם. גם הגדרתם כאחאים אינה מוטלת בספק – הם מחזיקים בזיקה גנטית מלאה בד בבד לזיקה הרגשית, ומעמדם כ"אחאים" ברור וידוע.

הצורך להכיר ביחסי אחאות כקטגוריה משפטית נפרדת ומוגנת מתחדד במציאות שבה יחידות המשפחה מתגוננות וסוגי הזיקות בין הילדים (האחאים) משתנים. משפחות חד-מיניות ומשפחות חד-הוריות מביאות לעולם ילדים בסיוע טכניקות הולדה, בסיוע תורמי זרע או תורמות ביצית ובסיוע פונדקאיות. גם הולדה במשפחות הטרונורמטיביות עשויה להסתייע בגורמים שלישיים. על רקע אלה אפשר שילדים יגדלו יחד באותו בית אך לא תהיה ביניהם זיקה גנטית, או לחלופין שהם יגדלו בבתים נפרדים, לעיתים ללא קשר ואף מבלי להכיר זה את זה או לדעת האחד על קיומו של האחר, למרות זיקתם הגנטית. בנסיבות אלה ייתכנו מצבים שבהם קיימת זיקת אחאות (מסוגים שונים) ללא תיווך הורי. כלומר, שני ילדים עשויים להיות אחאים זה של זה מבלי שיהיו להם הורים משותפים או למצער מבלי שיהיו להם הורים גנטיים משותפים.<sup>153</sup> בהעדר הורות משותפת, האינטרסים של הילדים עלולים "ליפול בין הכסאות" ולא להיות מוכרים בדין הקיים. לפיכך הכרה באינטרסים אלה והגנה עליהם מחייבות הכרה ישירה ביחסי האחאות.

ייחודו של קשר האחאות – העובדה שאין מדובר ב"סטטוס" משפטי, המגלם אגד קבוע של זכויות וחובות, ושאינן מרשם לרישום אחאות – מאפשר, להבנתי, להתחמק משאלת ההגדרה של אחאות ומן הצורך לשרטט מראש את המבחנים המדויקים לזיהוי אחאים. העובדה שבמשפחות "מסורתיות", שבהן נולדים לזוג הורים ילדים ביולוגיים משותפים שאותם הם מגדלים בצוותא, נוצרים "כמו מאלהם" אחאים אפשרה אף התעלמות משאלת הזיקות המאפיינות אותם. אולם הגיוון המשפחתי המאפיין את תקופתנו ביתר שאת מצריך התבוננות מרוכזת על מנעד הזיקות האחאיות ועל האינטרס המתבסס להגנה עליהן. נרמה שניתן לקבוע כי ככל שהזיקה בין שני ילדים חזקה יותר, וכוללת הן רכיבים ביולוגיים והן רכיבים רגשיים, עוצמת ההגנה על אחאותם צריכה להתגבר. אפשר אף לטעון כי קשר אחאי רגשי, שמקורו בחיים משותפים ובטיפול הורי משותף, זכאי להגנה עמוקה יותר מקשר גנטי

153 יש להקדים ולומר משהו כללי על ההבחנה בין סוגי הזיקות האחאיות, ובהתאם על האינטרס או הזכות הנובעים מהם. כאמור, משפחות "חדשות" – בוודאי משפחות שנוצרו בסיוע טכניקות הולדה ובמעורבות של גורמים הוריים נוספים (תורמי גמטות או פונדקאיות), אך גם משפחות שניות ("משולבות") לאחר גירושם ומשפחות דו-גרעיניות – מייצרות סוגים שונים של זיקות אחאיות. בחלק מהם קיימת זיקה רגשית בלבד, עקב מגורים משותפים וטיפול על-ידי אותם מבוגרים, המשמשים דמויות הוריות או מעין-הוריות, בלא זיקה גנטית; באחרים קיימת זיקה רגשית בד בבד עם זיקה גנטית להורה אחד משותף (כמו במקרה של משפחות "פרק ב" שהביאו לעולם ילדים נוספים) או לגורם שחיצוני ליחידה המשפחתית (כמו במקרה של הולדה לזוג נשים מאותו תורם זרע); ובסוגים אחרים הזיקה מתמצית בזיקה גנטית, ואין כל זיקה רגשית-טיפולית – למשל, כאשר ההולדה מקורה בתורם גמטה משותף אך למשפחות נפרדות.

בעלמא שאין בצידו קשר רגשי כלשהו. עם זאת, ברצוני לטעון כי גם קשר אחאי שמושתת כל-כולו על זיקה גנטית, ואשר נעדר היבט רגשי הנעוץ ביחסי קרבה, זכאי להגנה, גם אם מופחתת. קשר זה אינו נטול משמעות. המקום שתרכות המערב מעניקה לגנטיקה, והחשיבות הרגשית שאנו מייחסים למוצא הגנטי וליסודות של דמיון והמשכיות, מצדיקים גם הכרה משפטית במשמעות של קשר זה, ולו לצורך יצירתם של תנאי-רקע שיאפשרו צמיחתו של קשר רגשי.<sup>154</sup>

בחלקים הבאים אדון בשני מקרי-מבחן המתהווים על רקע הולדה בסיוע תרומת זרע. הדילמות המתעוררות ביחס לשתי הסיטואציות שונות, וכך גם האינטרסים שהגנתם מתבקשת. בדיון המפורט אעמוד על ההבחנות בין סוגי הזיקות הנרקמות בין האחאים (לרבות "חצאי אחאים" או אחאים בעלי זיקה רגשית), על האינטרסים הנובעים מזיקות אלה ועל ההגנה שכל אחד מהם ראוי לה. עם זאת, חשוב להבהיר כבר עתה כי הדיון המובא כאן אינו מתיימר למצות את הסוגיה של יחסי אחאים במשפחות ה"חדשות".

### (ב) מקרה-מבחן ראשון: אחאות במשפחה שבראשה שתי נשים

נניח ששתי נשים החיות יחד כזוג מביאות לעולם ילדים בסיוע תרומת זרע. כל אישה יולדת בסיוע תרומה אנונימית שמקורה בבנק הזרע,<sup>155</sup> והן מגדלות יחד את הילדים באותו משק-בית ובשיתוף. לצורך הדיון כאן נניח עוד כי האימהות אינה משותפת מבחינה משפטית, וכי זיקת ההורות בין הילד של האחת לבת-הזוג אינה מוכרת. הן לא פעלו ליצירת אימוץ צולב (כפי שהיה נהוג בעבר) או לקבלת צו הורות (כמקובל כיום), והן אינן עומדות על כך שכל אחת מהן תקבל מעמד משפטי ביחס לילדי רעותה.<sup>156</sup> לאחר שנשים אחדות השתיים נפרדות. הילדים, שגדלו יחד כאחאים, עשויים למצוא את עצמם מופרדים. אם האימהות אינן חפצות בשמירת קשר זו עם ילדי האחרת, או אם אחת מהן פועלת לניתוק הקשר, אפשר שהאינטרס של הילדים בשמירת הקשר ביניהם יופקר. בוואריאציה על מקרה-המבחן האמור, הילדים חולקים לא רק קשר רגשי שמקורו בחיים משותפים ובגידול באותו משק-בית בשנות חייהם הראשונות, אלא גם קשר גנטי שמקורו בתורם הזרע. שתי הנשים, שביקשו להדק את הקשר

154 על משמעותו של הקשר הגנטי בהקשרן של תרומות זרע, ועל חשיבותו מבחינה רגשית בהתייחס לתורם הזרע, ראו באופן כללי רות זפרן "סודות ושקרים" – על שאלת זכותו של צאצא תרומת זרע להתחקות אחר זהות אביו הביולוגי" משפטים לה 519 (2005) (להלן: זפרן "סודות ושקרים"). על מחקרים הממוקדים באחאות שמקורה בתורם זרע משותף ראו, למשל, Rosanna Hertz & Jane Mattes, *Donor-Shared Siblings or Genetic Strangers: New Families, Clans, and the Internet*, 32 J. FAM. ISSUES 1129 (2011); Rosanna Hertz, Margaret K. Nelson & Wendy Kramer, *Donor Sibling Networks as a Vehicle for Expanding Kinship: A Replication and Extension*, 38 J. FAM. ISSUES 248 (2017); Lucy Frith, Eric Blyth, Marilyn Crawshaw & Olga van den Akker, *Searching for 'Relations' Using a DNA Linking Register by Adults Conceived Following Sperm Donation*, 13 *BIOsocieties* 170 (2018).

155 על הפרקטיקה באופן כללי ראו איילת בלכר-פריגת ורות זפרן "ילדים זה שמחה: הורות בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות על ידי בני זוג בני אותו מין" זכויות הקהילה הגאה: משפט, נטייה מינית וזהות מגדרית 395 (עינב מורגנשטרן, יניב לוינסקי ואלון הראל עורכים, 2016).

156 על אימוץ צולב במתווה של פרשת ירוס-חקק ראו להלן ליד ה"ש 159 ואילך.

המשפחתי ביניהן ובין ילדיהן, עשו שימוש בזרע שמקורו באותו תורם זרע אנונימי. אולם גם בנסיבות אלה, אם הן לא פעלו להשגת הכרה משפטית בקשר ביניהן והן אינן מעוניינות לשמר קשר זו עם ילדי רעותה, הקשר בין האחאים עלול להתנתק.

ניתן לטעון כי סיטואציה זו אינה ייחודית רק למשפחות חד-מיניות או למשפחות "חדשות" בכלל. זוג הורים הטרוסקסואלים שנפרדו יכולים עקרונית להחליט על "חלוקה" של הילדים המשותפים, כך שהאחד יושם בבית האם והאחר בבית האב, תוך ניתוק הקשר ביניהם. אם הם פעלו כך תוך הסכמה וללא התערבות של בית-המשפט, לא יוכל לכאורה איש לדעת על המצב ולבוא להגנת הקשר האחאי. עם זאת, ככל שהמקרה יגיע לפתחו של בית-המשפט (למשל, כחלק מאישור הסכם מראש או עקב חרטה של אחד ההורים בדיעבד), ניתן להניח כי בית-המשפט יתערב וינסה למנוע בנסיבות אלה את הניתוק האמור. אולם להבדיל מנסיבות של משפחה הטרוסקסואלית, שבה ההורות מוכרת אוטומטית מכוח הלידה, במקרה של משפחה חד-מינית ובהעדר הכרה ביחסי ההורות אפשר שבית-המשפט יאשר את הסכם הפרדה בין בנות-הזוג, לא יתערב בתוכנו ולא יבקש לעמוד על הגנת הקשר האחאי, אשר אינו מוכר לדידו מבחינה משפטית. הדבר נכון גם לגבי משפחות "פרק ב": כאשר זוג הביא אל הקשר ילדים מקשרים קודמים, הילדים גדלים יחד באותו בית פרק-זמן משמעותי, אך הם נטולים קשר ביולוגי וקשר משפטי פורמלי, ועלולים עליכן למצוא את עצמם במצב דומה אם בני-הזוג ייפרדו.

מקרה מעין זה הגיע לפתחו של בית-המשפט העליון.<sup>157</sup> באותה פרשה נפרדו זוג הנשים מבלי שהסדירו קודם לכן את יחסי ההורות של כל אחת מהן עם ילדי רעותה. לאחר הפרדה ביקשה האחת לנתק את הקשר בין בת-זוגה לשעבר לבין בתה, בעוד רעותה ביקשה להכיר במשמורת משותפת ביחס אליה. מהחלטתו של בית-המשפט העליון בבקשת ערעור על הסדרי הראייה הזמניים שנקבעו על-ידי בית-המשפט קמא משתמעת הכרה בטענה כי ילדתה של כל אישה מחזיקה אינטרס לגיטימי ובר-הגנה בשמירת קשר עם האחרת (אחותה).<sup>158</sup> ראוי לציין כי באותו מקרה חלקו הילדות גם מטען גנטי משותף, כאשר שתי הנשים השתמשו בתרומת זרע מאותו תורם.

בווריאציה אחרת על מקרה-המבחן האמור, האימהות פועלות עוד במהלך הקשר הזוגי להשגת הכרה במעמדן כאימהות משותפות, ומקבלות צו לאימוץ צולב במתווה שבוסס בפרשת ירוס-חקק<sup>159</sup> או במתווה החלופי שגובש בשנת 2015 למתן צו הורות פסיקתי.<sup>160</sup>

157 בע"מ 4890/14 פלונית נ' פלונית (נבו, 2.9.2014). מקרה זה אף הוביל להכרעה התקדימית אשר סללה את הדרך (במקרים אחרים) להוצאת צו הורות פסיקתי לבנות-זוג בזוגיות חד-מינית בנסיבות של הולדה בסיוע תרומת זרע, ואינה את הצורך באימוץ צולב.

158 ניתן ללמוד זאת הן מתיאור העובדות בפסק-הדין (שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט פוגלמן), הן מחלקו של הדין (שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט פוגלמן) ובעצם הנכונות לקבל את הערעור לדין בגלגול שלישי ולהצהיר על נכונותם העקרונית של פסקי-הדין של הערכאות הדיניות.

159 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 46 (2005).

160 צו הורות פסיקתי יוצר יחסי הורות משפטית בדומה לאימוץ אך מבלי להיזקק להליכי אימוץ מלאים, הדורשים תקופת מבחן ואבחון מוקדם ומקיף של המאמצים. בנסיבות של צו הורות אפשר שבית-המשפט יצהיר עליו ללא קבלת תסקיר סעד ומבלי להיזקק לתקופת המתנה או לתקופת

מקרים אלה מתקרבים כמוכנים מסוימים למאפייניה של הורות במשפחה הטרור-נורמטיבית לנוכח ההכרה המשפטית-הפורמלית ביחסי הילד וההורה. עם זאת, מעניין שבמקרה של אימוץ צולב, כפי שגובש בפרשת ירוס-חקק, ואף שהתבסס קשר הורי בין כל אישה לילד שילדה רעותה, אין בהכרח קשר אחאי בין הילדים כולם, שכן לשיטתו של בית-המשפט העליון, הכרעתו "מצמצמת עצמה להוראות-חוק האימוץ ולסטטוס הנוצר מכוחו של החוק – סטטוס של הורה-ילד – ואין בה כדי להשליך אל-מחוץ למסגרת מצומצמת זו".<sup>161</sup> הדגש הוא שבמתן צו האימוץ אין כדי להעניק הכרה משפטית לזוגיות החד-מינית, ואין בו כדי לבסס הכרה בבני-הזוג ובילדיהם כ"משפחה". מכאן משתמע שאין בכך גם כדי להוביל להכרה ביחסים בין הילדים כיחסי אחות.

דברים מפורשים בעניין זה מציינים בית-המשפט המחוזי באותה פרשה. הדברים רלוונטיים לענייננו אף שהקביעה בכל הנוגע באפשרות לאמץ בנסיבות אלה אושרה בבית-המשפט העליון בניגוד לדעת הרוב בבית-המשפט המחוזי. השופט חיים פורת מציין:

"צווי אימוץ לא יהפכו את שלושת הילדים לאחים מבחינה משפטית. האימוץ ניתן להורה ויוצר קשר הורי משפטי בינו לבין המאומץ, אך האימוץ לא יוצר קשר משפטי בין המאומץ לבין קרובי ההורה המאמץ, לרבות לא עם ילדיו הביולוגיים (סעיף 16 לחוק האימוץ); זהו המצב על-פי החוק כיום. אולי הוא לא רצוי, אולם עד שלא יתקן החוק – זהו המצב המשפטי. לכן הציפיות של המערערות מן האימוץ הן מוגזמות, שכן תישאר הנפרדות המשפטית בין הילדים ולא תוכל להיווצר משפחה אחת מבחינה משפטית, שבה שלושה ילדים, משום שלכל הורה ילדים משלו שאינם ילדיו הביולוגיים של ההורה האחר."<sup>162</sup>

מקרה אחרון זה מלמד כי אפילו כאשר מבוססת הורות משפטית פורמלית בין הילד להורה על-ידי צו אימוץ צולב (ומכללא גם צו הורות), אין הדבר מוביל להכרה בקשר האחאי, ולפיכך אין בכך משום פתרון לבעיה המתוארת. גבולותיה המשתנים של המשפחה בימינו אינם יכולים להצדיק הפקרתם של אחאים ופגיעה באינטרס המהותי של שמירת הקשר ביניהם. הדבר נכון כאשר הם מחזיקים בזיקה כפולה – גנטית ורגשית כאחד – אך גם כאשר זיקתם מתמצה בפן הטיפולי-הרגשי. כלומר, גם כאשר ילדים נולדו לבנות-זוג מתורמי זרע שונים, עצם חייהם המשותפים באותו בית במשך תקופה משמעותית ובמסגרת משפחתית משותפת מייצרים קשר רגשי אחאי הראוי להגנה מתמשכת לאחר פרדת האימהות.

ניסיון, ובכך יקצר את ההליכים ויפשט אותם. לפסיקה התקדימית שהתגבשה בעקבות עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה ראו אמ"ץ (משפחה ת"א) 13-12-57740 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 1.3.2015). לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהוגשה בתיק זה, ראו [lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/%D7%AA%D7%9E%D7%A9%2057740-12-13%20%D7%AA%D7%92%D7%95%D7%91%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%A9%D7%94%D7%95%D7%91%D7%99%D7%9C%D7%94.pdf](http://lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/judgment/file/%D7%AA%D7%9E%D7%A9%2057740-12-13%20%D7%AA%D7%92%D7%95%D7%91%D7%AA%20%D7%94%D7%99%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%A9%D7%94%D7%95%D7%91%D7%99%D7%9C%D7%94.pdf). למקרה נוסף ראו אמ"ץ (משפחה ת"א) 14-01-245 ס.א.א. נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 4.9.2014).

161 פרשת ירוס-חקק, לעיל ה"ש 159, פס' 17 לפסק-דינו של השופט חשין.  
162 ע"מ (מחוזי ת"א) 10/99 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 20 לפסק-דינו של השופט פורת (פורסם בנבו, 10.5.2001).

## (ג) מקרה־מבחן שני: התחקות אחר אחאים מאותו תורם זרע

במקרה־המבחן השני, ילדים שנולדו כתוצאה משימוש בזרע של אותו תורם מטופלים במשפחות נפרדות שאין ביניהן בעיקרון כל קשר. ילדים אלה, המהווים אחאים גנטיים (או כפי שמקובל לכנותם – "חצאי אחאים"), עשויים לבקש להתחקות אלה אחר אלה. במקרה זה אינטרס ההתחקות שלהם מבוסס על הרצון להשלים מידע חסר ולקבל תמונת־עולם מלאה יותר על רקעם הגנטי, ואולי אף ליצור קשר אישי ביניהם – קשר חברי או אפילו קשר משפחתי. אינטרס זה עשוי להתקיים כאשר תרומת הזרע אנונימית אך גם כאשר קיימת אפשרות גישה כזאת או אחרת למידע בדבר התורם.<sup>163</sup>

נכון להיום אינטרסים אלה אינם מוכרים מבחינה משפטית.<sup>164</sup> בישראל תרומות הזרע, המבוצעות דרך בנקי הזרע המקומיים, הינן אנונימיות, ואפשרות הגישה למידע מזהה, ואפילו למידע כללי בלתי־מזהה, אינה קיימת. לכל־היותר יש בידי האימהות מידע כללי מצומצם מאוד שהן קיבלו עובר לבחירת הזרע, והן יכולות (אך לא חייבות) למסור אותו לילדם. בכל מקרה אין גורם רשמי שאליו יוכלו הצאצאים לפנות בבקשה שיסייע בידיהם לאתר אלה את אלה, כך שאף אם שני (חצאי) אחאים גנטיים חפצים לפגוש זה את זה, אין להם אפשרות לעשות כן באופן מסודר.

יש מי שיטען כי בנסיבות אלה אין מדובר ביחסי אחאים כלל. הדגש המושם בקשר הרגשי, וראיית האחאות כתוצר של יחסי קרבה, של קבלת טיפול באותה מסגרת ביתית על־ידי הורים משותפים, של חינוך משותף ושל חוויות חיים משותפות, אכן נכונים ומוצדקים. אלה היסודות הניצבים בליבם של יחסי משפחה. עם זאת, ואף שהזיקה הגנטית אינה (ואינה צריכה להיות) חזות הכל, היא נקודת מוצא משמעותית לקשרי משפחה.<sup>165</sup> נדמה כי אי־אפשר להתעלם ממשמעותו של המוצא הגנטי כיסוד בעל חשיבות תודעתית, הנעוץ במקום שיש לגנטיקה בתרבות המערב.

האינטרס בקבלת מידע נוגע בשני היבטים: האחד, מידע כללי – בראש ובראשונה אם יש לצאצא אחאים גנטיים ומה מספרם, אבל גם נתונים ביחס אליהם, ובכלל זה נתונים כלליים (בני כמה הם, מה שיוכם המיני, היכן הם גרים וכמה עיסוקם) ונתונים רפואיים; והאחר, נתונים מזהים. קבלת נתונים מזהים עשויה להתבסס על אינטרס ספציפי (דוגמת מניעת קשר רומנטי עם אחאי ובסופו של דבר נישואי אחאים) או על רצון לנסות לבסס כאמור קשר אישי, בין על בסיס חברי ובין על בסיס אחאי־משפחתי. כך, למעשה, המידע המקל איתור אחאים עשוי להוות תשתית ליחסים עתידיים.

163 לדיון נרחב במקרה זה ראו Naomi Cahn, *The New Kinship*, 100 GEO. L.J. 367 (2012).

164 בהקשר זה ראו בהרחבה זפרן "סודות ושקרים", לעיל ה"ש 154. לנייר עמדה ערכני בנושא זה, הכולל המלצות להסרה הדרגתית של החיסיון, ראו ועדת האתיקה של האגודה הישראלית לחקר הפוריות "הגישה האתית לאנונימיות של תרומת תאי מין" (נייר עמדה, 2015). [www.ayala.org.il/ViewContent.aspx?CategoryId=82](http://www.ayala.org.il/ViewContent.aspx?CategoryId=82)

165 הדוגמה המובהקת לכך היא כמובן יחסי הורה-ילד, שהגנטיקה היא נקודת המוצא לזיהויים ולהגדרתם גם כיום.



ברי כי בעידן הרשתות החברתיות הגישה למידע ולאנשים זרים הולכת ומתרחבת, ובפועל ניתן לעקוף את מגבלות האנונימיות.<sup>166</sup> ההגנה על פרטיותן של המשפחות – על האימהות הנעזרות בתרומה ועל יתר בני המשפחה – מחייבת דווקא מתן מידע כללי, ואולי אף מידע מזהה, תוך קביעת מנגנון מסודר לשימוש בו.

מעניינת בהקשר זה עמדתה של ועדת האתיקה של האגודה הישראלית לחקר הפוריות (איל"ה), שגובשה בספטמבר 2015, ולפיה "התורמים יוכלו להתיר לבנק הזרע / יחידת הפיריון לאפשר חשיפה של מספרם הסידורי המזהה כדי לאפשר היכרות בין הצאצאים שלהם המעוניינים להכיר את אחיהם ואחיותיהם".<sup>167</sup> אף שיש לברך על כך שהוועדה מסיבה את תשומת-הלב לסוגיית האחאים, יש לתמוה מדוע היא מותירה לתורם את ההחלטה אם להסיר את החיסיון בין האחאים. ספק בעיניי אם המלצתה זו, המותירה לתורם זרע שבחר לשמור על האנונימיות שלו כלפי צאצאיו את הסמכות למנוע גם את חשיפת זהותם של הצאצאים בינם לבין עצמם, אכן מוצדקת וראויה.

## 6. סיכום־ביניים: יחסי אחאים בדיני משפחה

המחקר בדבר מקומו של הקשר האחאי בדיני המשפחה בישראל משרטט תמונה מורכבת. מחד גיסא, נדמה כי מאז ומעולם נכח הקשר האחאי כשיקול־רקע בעיצוב הסדרי המשמורת, אולם מאידך גיסא, מקומו נשמר כאגבי והוכפף לאינטרסים של ההורים. מרכזיותו של התחום והעובדה שהוא עומד בלב השיח הציבורי וצפוי להסדרה מחודשת בקרוב מחדדות את הצורך ליתן לו מקום מפורש. הצעת חוק הורים וילדיהם או הצעות נקודתיות יותר לתיקון חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, העומדות לדיון, צריכות להעניק לשיקול של שמירת הקשר האחאי מקום מפורש, ולטעמי אף לאמץ חזקה בדבר השמה משותפת, הנעדרת כיום מהדין. אף האסדרה של החזרת ילדים חטופים מכוח אמנת האג נעדרת התייחסות מפורשת לאחאים, אולם כאן, להבדיל מסוגיית המשמורת, נראה כי מצב זה ראוי. אומנם ראוי שהשיקול של שמירת הקשר בין אחאים יישקל, וכך גם מתרחש בפועל בעבודתם השיפוטית של בתי־המשפט, אולם לנוכח ייחודה של הסוגיה, המחייבת הגנה חזקה על האינטרס של ההורה שממנו נחטף הילד ועל האינטרס במניעת חטיפות באופן כללי, נדמה כי אין מקום לעיגון מפורש של האינטרס האחאי.

מגוון הסוגיות שנדונו בהקשר של השמה חוץ־ביתית מלמד על הגברת המודעות לאינטרס האחאי בשנים האחרונות, אולם משקלו עודנו מוגבל, ונוכחותו נופלת מן הרמה המיטבית. חלק מאנשי־המקצוע ומקובעי המדיניות מודעים כיום לשיקול האחאי יותר מבעבר, אך עדיין חלק מן הרוחות, הנהלים והחקיקה מתעלמים ממנו כליל. למגבלת המודעות המקצועית לנושא מצטרפת מגבלה תקציבית. כלומר, גם כאשר אנשי־המקצוע ערים לצורך להגן על

166 לאתררים או לקבוצות חברתיות שמטרתם איתור אחאים מתרומת זרע ראו, בישראל, <https://www.facebook.com/search/top/?q=%D7%90%D7%9E%D7%94%D7%95%D7%AA%20%D7%9E%D7%97%D7%A4%D7%A9%D7%95%D7%AA%20THE%20DONOR%20SIBLING%20REGISTRY>, ובארצות־הברית, <https://www.donorsiblingsregistry.com/>.

167 ועדת האתיקה של האגודה הישראלית לחקר הפוריות, לעיל ה"ש 164.

הקשר האחאי, אילוצים שונים, ביניהם אילוצי כוח-אדם והקצאת כספים לתשתיות (בעיקר לפנימיות), מכבידים מאוד את הגנתו. יש לזכור כי פעולות הרווחה להגנה על ילדים בהקשר של השמה חוץ-ביתית וכן רוב ההכרעות המשפטיות בתחום חסויות, כך שקשה להעריך במדויק עד כמה השיקול של שמירת הקשר האחאי אכן נשמר ובאיזו מידה של עקביות. על-מנת לספק הגנה אפקטיבית על אינטרס חשוב זה יש צורך באזכורו המפורש בחוק, בהכללת הנחיות ברורות לגבי בנהלים ובהקצאת משאבים. כל אלה חסרים כיום ברוב התחומים של השמה חוץ-ביתית.

סוגיה נוספת שנדונה בפרק היא ההתחקות אחר אחאים, שאינה זוכה בהגנה לא בהקשר של אימוץ ולא בהקשר של הולדה בסיוע תרומת זרע. בהקשר הראשון – הקשר האימוץ – חסר זה בולט במיוחד לנוכח האסדרה המפורטת של התחום, הן מבחינה חקיקתית והן מבחינה מנהלית. לצד הכרה חלקית באינטרס ההתחקות אחר ההורים, גם המחוקק וגם הנהלים שותקים בנוגע להכרה באינטרס ההתחקות אחר האחאים. שתיקה זו מפורשת על-ידי בתי המשפט כהסדר שלילי, ומכאן ששקילת השיקול בדבר הגנת הקשר האחאי אינה מובטחת. הפרקטיקה של תרומות זרע אינה מוסדרת בחקיקה ראשית, אלא בנהלים פנימיים, ואלה אינם מתייחסים לאחאים, אך מטילים אנונימיות כללית, המונעת התחקות גם אחר אחאים. ניסיון להתחקות אחר אחאים, ביוזמת האימהות של הילדים והילדים עצמם, מתקיימת, ככל שהיא מתקיימת, בנתיבים חלופיים, ובעיקר דרך האינטרנט ובאמצעות רשתות חברתיות. הצורך לבסס תשתית לאיתור אחאים חיונית בעיניי. היבט זה מחייב טיפול רגיש, במיוחד בהקשר של אימוץ, וחשיבה ממוקדת בנסיבות של הולדה בסיוע תרומת זרע.

באופן כללי ניתן לומר כי היקף קליטתו של שיקול האחאות אינו אחיד, וקיימת שונות בהטמעתו בתחומים שונים. מעניין שברוב הסוגיות השיקול נעדר לחלוטין מן החוק, והיה ראוי שהוא יזכה בהכרה מפורשת. הכרה כזו הייתה מגבירה את המודעות אליו, הן מצד גורמי הרווחה והן מצידן של ערכאות השיפוט, מובילה להקצאה תקציבית, ובסופו של דבר מביאה לידי העצמתו. נכון להיום ההכרה בהיבט זה צומחת מלמטה, קרי מגורמי הרווחה, ולעיתים גם מבתי המשפט, אם ברמות הוראה ישירה לרשויות הרווחה לספק הגנה לאינטרס האמור ואם ברמות ניסיון לתמרץ את גורמי הרווחה לפעול להגנתו, וזאת תוך שימוש במונחי-שסתום, כגון טובת הילד או מחויבות למניעת נזק. עם זאת, מידת ההגנה המסופקת אינה אחידה, ולטעמי, כאמור, בחלק מן המקרים היא אינה מספקת.

מציאות קיומן של המשפחות ה"חדשות" מעוררת סיטואציות חדשות-ישנות, שגם אם לא התעוררו בעבר באותה מתכונת, הן חולקות דילמות משותפות עם סיטואציות שמוכרות מן המשפחה ה"מסורתית". ההפרדה האפשרית בין זיקת ההורות לזיקת האחאות קוראת להתמקדות בקשר האחאות, אשר בעבר נבלע לעיתים קרובות בקשר ההורות. קשרי אחאות, שבעבר הובטחו דה-פקטו כחלק מקשרי הורה-ילד, מחייבים כיום הכרה נפרדת, שכן ייתכן שהם נוצרו בנפרד, מבלי שנוצרה הורות משותפת. ניתן להבחין בהקשר זה בין שני מצבים אופייניים: האחד, כאשר ילדים חולקים הורים משותפים אך אינם מוכרים כבעלי זיקת אחאות בהעדר קשר גנטי ביניהם ו/או בהעדר זיקה זוגית מוכרת בין ההורים; והאחר, כאשר אחאים חולקים מטען גנטי משותף אך אינם חולקים הורים משפטיים (ותפקודיים) משותפים. שתי הסיטואציות שהוזכרו כאן – שמירת קשר בין אחאים שנולדו לבנות-זוג מאותו מין והתחקות אחר אחאים שנולדו מאותו תורם זרע – מגבשים זיקות שונות ואינטרסים שונים, ובהתאם

גם מידת ההגנה שראוי להעניק להם משתנה. הבנה עדכנית של יחסי משפחה מכתובה הכרה מודגשת בקיומו של הקשר הרגשי, קרי, ביחסים עצמם. אלה דורשים הכרה משפטית חזקה וזכאים לה. כך גם בהקשר האחאי. ברי שכאשר הם מתנגשים באינטרסים אחרים, ביניהם אינטרסים של ההורים, נדרש איוון רגיש ומורכב. עם זאת, במקוד נמצאים הילדים, ועל-כן הקשר האחאי – הקשר המשפחתי הקרוב והמיוחד שנבט ביניהם – זכאי לשימור ולהגנה משפטית. אולם העדרו של קשר כזה, כמו במקרה של צאצאי תרומת זרע שמתופלים בבתים נפרדים ואשר אין ביניהם כל קשר או היכרות, אינו מנביע בהכרח התעלמות מהאחאות. הזיקה הגנטית, אף שהיא אינה חזות הכל, היא נקודת מוצא לקשר; היא כר לרקמת יחסים (אמיתיים ואפילו רק מדומיינים) עם ילד או אדם אחר שעומו חולקים יסוד פיזי בעל השלכות רגשיות משמעותיות.

בחלקו הבא של המאמר תורחב זווית ההתבוננות ויוצג מבט פנורמי יותר על יחסים בין אחאים במשפט. בדומה לדיני המשפחה, גם תחומי המשפט האחרים – לרבות הדין הפלילי, דיני הראיות וכמה הקשרים אזרחיים-מנהליים – מציגים יחס לא-אחיד לקשרי אחאים. לעיתים נמצא הגנה אפקטיבית על קשרי אחאים (בדומה לקשרי משפחה קרובים אחרים), ולעיתים ההגנה עליהם חסרה. רק בחלק מן המקרים ניתן לאתר טעם רציונלי לאי-האחידות, בעוד במקרים אחרים נדמה כי מקורה בחוסר תשומת-לב מספקת של המחוקק לקשר האחאי, שחשיבותו טרם התבססה משפטית. כפי שיודגם בחלק הבא, נראה כי עולם המשפט בכללותו טרם התוודע לצורך להכיר בקטגוריה של קשרי אחאות, וזאת להבדיל מדיני המשפחה, שבהם כבר החלה להתבסס הכרה כאמור.

### ג. אחאים במשפט הפוזיטיבי – תחומי משפט אחרים

כמו קשרי משפחה אחרים, ובפרט קשר הזוגיות וקשר ההורות, אף הקשר האחאי ציץ ועולה בהקשר של מגוון סוגיות משפטיות החורגות מתחום דיני המשפחה. לצורך חלק זה, המבקש להציע נקודת-מבט רחבה יותר על שיטת המשפט הישראלית וללמוד על מקומם של האחאים במסגרתה, נבחרו לדיון הסדרים (וחקרים הסדריים) שיש להם השפעה ישירה או עקיפה על טיב הקשר הרגשי בין אחאים או שיש בהם כדי לגלם או לבטא את חשיבות הקשר הרגשי האמור בראי המשפט. כך, הפרק עוסק בסוגיות של המשפט הפלילי – הן בהגדרת עברה נגד בן משפחה או עברות הנלוות לעברות של בן המשפחה, הן בחומרת העונש כאשר העברה נעברה כלפי בן משפחה, והן במתן עדות על-ידי בן משפחה; בסוגיות הקשורות לגוף – הן בראשית החיים (למשל, בהקשר של הולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות) והן בסופם (למשל, בהרשאה לקבל החלטות לגבי גופו של המנוח ולגבי ההגנה על פרטיותו); וכן בהיבטים כלכליים (כגון זכויות סוציאליות), אם כי אלה נדונים בקצרה בלבד. כפי שנראה, הפרק מלמד על יחס אסדרתי לא-עקבי ועל חסרים בנוגע ליחסי אחאות, ונראה כי בשלב הראשון נדרש להסב את תשומת-ליבו של המחוקק ליחסים אלה.

## 1. עדות, סיוע לאחר מעשה וחיפוי על עברה

הדין הישראלי מחריג את חובת העדות בהקשרים פליליים ופוסל בני-זוג<sup>168</sup> וכן הורים וילדים<sup>169</sup> מלהעיד אלה כלפי אלה.<sup>170</sup> טעמי הפסילה מתחלקים לשניים:<sup>171</sup> טעם אחד נעוץ בספק שמוטל במהימנותן של עדויות כאלה בשל הקרבה בין המעיד לדבר,<sup>172</sup> שהרי במקרה הרגיל, כאשר יחסי המשפחה תקינים, ניתן להניח כי בני-זוג ייטו לגונן זה על זה, וכך גם הורה על ילדו, ועל-כן הם יימנעו מלהעיד עדות שתוביל להרשעתם של קרוביהם. בשל חשש זה בדבר מהימנותה של העדות נקבע כי יש לפסול אותה מלכתחילה. הטעם האחר הוא הרצון להגן על התא המשפחתי ועל הקשר הרגשי בין חבריו, קרי, להימנע ממצב שבו הדין מציב את בני-זוג או את ההורה וילדו בעמדת ניגוח ומחייב אותם למעול בנאמנותם הרגשית-המשפחתית, להעיד נגד אהוביהם ובכך לפעול נגד מה שנתפס כחובה להגן על בני משפחתם ולדאוג לרווחתם.<sup>173</sup>

הכרה ביחסי אחאים – הן לעניין עצם משמעותם וחיבותם בחיי הרגש של בני-האנוש כעניין שבעובדה, והן לעניין המשמעות הנורמטיבית שראוי להעניק להם לצורך קביעתם כיעד שראוי לקידום ולהגנה – הייתה אמורה להוביל להרחבת תחולתו של הפטור מעדות גם על אחאים, שהרי הרציונלים המתוארים מתאימים במהותם גם לקשרי אחאות. הצעות כאלה אכן עלו בעבר,<sup>174</sup> אולם הדין הישראלי בחר לא להכיר בהן, ונמנע מלהעניק הגנה לקשר הרגשי בין אחאים בהקשר זה. אחאים יכולים אם כן להעיד זה נגד זה, ואף ניתן לכפות אותם להעיד בניגוד לרצונם.

לצד הסדר זה, המבחיץ לעניין עדות בין בני-זוג והורים, מצד אחד, לבין אחאים, מצד אחר, ניתן להצביע על הסדרים אחרים, קרובים רעיונית במהותם לסוגיית העדות הפלילית, המתייחסים לזיקה האחאית כמו לזיקה הזוגית או ההורית, קרי, הסדרים הרואים בכל בני המשפחה הגרעינית, לרבות אחאים, כמי שקשריהם ראויים ליחס מיוחד. דוגמה אחת כזאת

168 ס' 3 לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971.

169 ס' 4 לפקודת הראיות.

170 בכפוף לחריגים שבס' 5 לפקודת הראיות.

171 קיים טעם נוסף הנעוץ בייחודו של הקשר הזוגי, הנתפס הן בהלכה היהודית והן במשפט המקובל כקשר היוצר איחוד. במובן זה בעל ואישה, מתוך שהם הנפכים ל"בשר אחד", אינם יכולים להעיד זה נגד זה, שכן עדות כזו תהא מעין "עדות עצמית". ראו ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 681, פס' 6 לפסק-דינו של השופט שמגר (1979). לטעם אפשרי נוסף ראו אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על הכשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273, 316 (2007).

172 על רציונל זה ראו עניין עומרי, לעיל ה"ש 171, פס' 6 לפסק-דינו של השופט שמגר; אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 87 (1985); יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 439-440 (2009).

173 כפי שמציין השופט אגרנט ביחס לבני-זוג, "התרת העדות עשויה לפגוע ביחסי האמון ההדדי אשר צריכים לשרור בין השניים". ראו ע"פ 78/62 דרשני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז 1814, פסק-דינו של השופט אגרנט (1962). כן ראו עניין עומרי, לעיל ה"ש 171, פס' 6 לפסק-דינו של השופט שמגר; הרדוף, לעיל ה"ש 171, בעמ' 284 ואילך.

174 ש"ז פלר וא' הרנון "הצעת החוק לתיקון פקודת העדות (מס' 6), תשכ"ז-1967" הפרקליט כד 99, 94 (1968).

היא החריג לאיסור חיפוי על עברה בהקשר של עברות על בטחון המדינה. חוק העונשין, התשל"ז-1977, כולל בסעיף 95 הוראה שלפיה מי שידע כי אדם פלוני זומם לעבור עברה או עבר עברה מסוג זה, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע אותה או את תוצאותיה, חייב בפלילים. אולם לצד ההוראה הכללית נקבע פטור, בסעיף-קטן ג, שלפיו "הוראות סעיף זה לא יחולו על בן זוג, הורה, צאצא, אח או אחות של אדם שזמם או עבר עבירה כאמור". דוגמה שנייה היא זאת המנויה בסעיף 134 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955. סעיף זה קובע כי אי-מניעת עברה על-ידי חייל הינה עברה כשלעצמה, ומטיל עונש בשיעורים הקבועים שם על "חייל שידע כי חייל אחר זומם או מנסה לעבור עבירה צבאית שענשה עולה על שלוש שנים מאסר, ולא פעל באופן סביר כדי למנוע את עשייתה או השלמתה". אולם לצד האיסור נקבע בסעיף-קטן ב כי "...בן-זוג, הורה, צאצא, אח או אחות של חייל שזמם או ניסה לעבור עבירה כאמור בסעיף קטן (א), אשר לא הודיעו לרשויות המוסמכות על המזימה או הנסיון – אין רואים אותם כאילו לא פעלו באופן הנדרש לפי אותו סעיף קטן". לעומת זאת, וללא כל הסבר גלוי להבחנה בין ההוראות,<sup>175</sup> סעיף 260 לחוק העונשין קובע ביחס לעברה של סיוע לאחר מעשה כי "היודע שפלוני עבר עבירה ומקבל אותו או עוזר לו בכוונה שיימלט מעונש, הריהו מסייע לאחר מעשה, זולת אם היה בן זוג, הורה, בנו או בתו של העבריין...". סעיף זה – המקנה פטור לבן-זוג או לבת-זוג, וכן להורים ולילדים אהודי, בנוגע לסיוע לאחר ביצוע העברה – אינו מתייחס כלל לאחאים, וזאת חרף העובדה שהרציונל העומד מאחורי הסעיף, קרי ההגנה על שלמות התא המשפחתי, משותף להוראות הקודמות.

החוט המקשר בין ההוראות השונות, על-אף השוני הברור ביניהן, מזהה את המשמעות הרגשית של הקשר המשפחתי, ומכיר בצפייה האנושית לסייע לקרובים. הן משקפות את ההבנה כי לא יהיה זה נכון לצפות שבני משפחה ינהגו אחרת, ולמעשה גלומה בהן נכונות לפגוע באינטרס של מיצוי הדין עם עבריינים בשם הכבוד לקשר המשפחתי הקרוב וההגנה עליו. קשה להבנתי להסביר מדוע בחלק מהקשרים אלה הקשר האחאי מוכל בקשר המשפחתי המוגן בעוד באחרים הוא אינו מוכל בו. הגנה עקבית על הקשר האחאי, גם בהקשר הפלילי, יהיה בה, מטבע הדברים, כדי לסמל את חשיבותו ואולי אף להעצימו במישור המעשי.<sup>176</sup>

## 2. עברות פליליות כלפי בני משפחה

הקשר אחר שבו מוכרת המשמעות הייחודית של הקשר המשפחתי הקרוב ומופעל סטנדרט נורמטיבי שונה הוא עברות כלפי בני משפחה, ובפרט עברות מין. בניגוד להיבטים

175 מעניין שאף הספרות בתחום אינה עומדת על הטעמים להבחנה האמורה, הנדמית שרירותית לגמרי. ראו, למשל, ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 514 (1984); שחר אלדר "ערך האמון והמשפט הפלילי בישראל" חובות אמון בדין הישראלי 215, 239-240 (רות פלאטר-שנער ויהושע (שוקי) שגב עורכים, 2016).

176 בהעדר מחקר, קשה להעריך מה ההשפעה שיש לכל הוראה בפני עצמה על עוצמת הקשר האחאי. נראה, עם זאת, כי כוחן המצטבר של ההוראות כולן עשוי להיות בעל השפעה של ממש. לכוחו ההבטעי והסמלי של המשפט באופן כללי ראו Cass R. Sunstein, *On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2025-27 (1996).

הקודמים, שבהם הובילה ההתייחסות השונה של הדין לצמצום האחריות הפלילית של בן המשפחה, כאן התוצאה הפוכה: הקרבה הקיימת וזאת המצופה מובילות את המחוקק דווקא להחמרה עם בן משפחה הפוגע בקרוב לו.

ההחמרה נובעת, ככל הנראה, משני טעמים.<sup>177</sup> האחד הוא המועדות לעברות מין הקיימת במשפחה, הנובעת (כביכול) מהקרבה הפיזית בין חבריה, מן המגורים המשותפים ומן ההתנהלות הצמודה והאינטימיות הנמשכת לאורך שנים, המייצרים הזדמנויות לפגיעה. מועדות זו עלולה להתעצם על רקע יחסי המרות והכוח העשויים לאפיין את קשרי המשפחה הבין-דוריים (למשל, בין הורים לילדים) וכן את אלה שבין אחאים גדולים לאחאיהם הצעירים יותר. יחסים אלה עלולים ליצור מצע נוח (ומסוכן) להפעלת לחץ לקיום קשר מיני ולכפייתו. הטעם האחר הוא החשיבות של שימור היחידה המשפחתית כיחידה שנקייה מאינטראקציות מיניות במישור היחסים הבין-דוריים והאחאיים, עלי-מנת שהיא תוכל לספק את הביטחון וההגנה הנדרשים להתפתחותם התקינה של ילדים, וליצור אזור חופשי מפגיעה רגשית ופיזית אשר יאפשר את רווחתם של הילדים ושגשוגם.

חוק העונשין מודע לפוטנציאל הסיכון הטמון בקשר האחאי, מצד אחד, ולחשיבות שימורו כקשר לא-מיני, מצד אחר, ולכן מפעיל סטנדרט מחמיר של ענישה. רף הענישה המאפיין עברות מין במשפחה גבוה מרף הענישה הכללי על עברות מין.<sup>178</sup> חשוב לציין בהקשר זה כי רף הענישה המחמיר חל גם על אחאים חורגים.

מאידך גיסא, כאשר מובאת לפני בית-המשפט עברה של אלימות במשפחה ובית-המשפט סבור כי יש להרשיע בגינה, נתונה לבית-המשפט, על-פי סעיף 86 לחוק העונשין, סמכות מיוחדת להפנות את העבריין (גם אם הוא אחיו או אחיו החורג של הנפגע) לטיפול בקהילה, נוסף על הענישה הפלילית המקובלת או במקומה. גם הרציונל העומד מאחורי הוראה זו כרוך ביחודו של הקשר המשפחתי ובמורכבות הנובעת מהרשעה בגין מעשה אלימות שנעשה במשפחה. לצד ההחמרה בענישה, הנדרשת הן לנוכח הפגיעה העורפת הגלומה במעשה אלימות כלפי בן משפחה והן לשם מאבק בתופעה של "אלימות במשפחה" כתופעה חברתית המחייבת התייחסות, סבר המחוקק כי נכון לאפשר לבית-המשפט להפעיל שיקול-דעת ולקדם ביתר שאת אמצעים שיקומיים, וזאת לשם הבטחת המשך תפקודה של המשפחה, בתקווה שמכאן ואילך היא תתנהל באופן נקי מאלימות ומפגיעה. הוראה זו, העומדת כביכול במתח עם הדרישה להחמיר בענישה, משקפת את מורכבותם של מקרים אלה ואת הצורך לטפל בהם בכלים ייחודיים, פליליים וטיפוליים כאחד.

גם העובדה שלטיפול באלימות במשפחה מוקדש חוק נפרד – חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991 – משקפת את עמדתו של הדין לסוגיה. מחד גיסא, החוק מעניק כלים מגוונים ונמרצים לטיפול בתופעה ולמניעתה, לרבות צווים במעמד צד אחד המיועדים לתת מענה מגוון לקשת של מצבי פגיעה וסיכון; ומאידך גיסא, הוא יוצר חלופות העוקפות

177 אמנון סטרשנוב "עבירות מין – חידושי החקיקה והפסיקה" המשפט ב 265, 285-286 (1994).  
 178 כקבוע, למשל, בס' 351 לחוק העונשין. סעיף זה קובע, למשל, כי רף הענישה על אינוס בתוך המשפחה יוחמר משש-עשרה שנה (כקבוע בס' 345) לעשרים שנה (כקבוע כאן). באופן דומה, הענישה על מעשה מגונה בקטין בן משפחה תוחמר משבע שנים (כקבוע בס' 348) לעשר שנים (כקבוע כאן).

את הנתיב הפלילי המקובל, אשר לעיתים אינו מתאים להקשר המשפחתי. גם חוק זה כולל בהגדרת "בן משפחה" גם אחאים.<sup>179</sup>

עמדתו של החוק כלפי עברות מין במשפחה והתייחסותו המחמירה לאחאים, לרבות "אחאים חורגים", ראויות בעיניי. הן מגוננות על היחידה המשפחתית ומקדמות את האינטרס להבטיח שגשוג רגשי וקשרים אחאיים מיטיבים. אין פלא שבתחום זה הדין נוהג בהחמרה, וזאת לנוכח ההכרה הקיימת – כפי שהוצגה בתיאור המחקר הפסיכולוגי לעיל בפרק א – בהיבטים השליליים והפתולוגיים של הקשר האחאי ומכאן כפוטנציאל הפגיעה הגלום בו. כד בכד, עמדת הדין ביחס למניעה ולדרכי הענישה, המקדמת דווקא גישה מחמירה פחות מבחינת הכלים העונשיים הקלסיים, ראויה אף היא, בהכירה בייחודו ובמורכבותו של הקשר המשפחתי האחאי ובהתמשכותו לאורך החיים, ובחותרה להגן עליו.

### 3. שימוש בגופה של אחות לצורך סיוע לאחותה – תרומת תאי מין ונשיאת עוברים

הדין הישראלי מגביל את היכולת לרתום את גוף האישה לצורך סיוע לאחותה (או לאחיה) בהקשר של הולדה בסיוע טכניקות הולדה מלאכותיות. כך, נקבע איסור עקרוני לגבי נשיאת עוברים במסגרת התקשרות לפונדקאות על-ידי אחות (כמורגם שאר בנות המשפחה),<sup>180</sup> ובאופן דומה נקבע איסור לגבי תרומת ביצית מן האחות.<sup>181</sup> תרומת ביצית מאת אחות ניתנת לאפשר רק מטעמים רתיים ובאישור ועדת החריגים.<sup>182</sup> הגבלת ההתקשרות לנשיאת עוברים על-ידי אחות (או שאר קרובות-משפחה) אינה חלה על קרבה שמקורה באימוץ, להבדיל מקשר-דם.<sup>183</sup> ההבחנה בין קרבת-דם לקרבה הנוצרת באימוץ מאירה את הרציונל המיידני למגבלה – טעם דתי הנעוץ בחשש העריות – אולם התחקות אחר כוונת המחוקק מלמדת גם על טעמים אחרים, רגשיים במהותם.<sup>184</sup>

179 לצד ההוראה הפורמלית קיימת גם הנחיה של פרקליטות המדינה, המופנית לפרקליטיה ולמשטרה, לפעול באופן שיוביל לרף ענישה גבוה. ראו "מדיניות הענישה בעבירות מין והתעללות בתוך המשפחה" הנחיות פרקליטת המדינה 9.8 (התשס"ג) / [www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/009.8.pdf](http://www.justice.gov.il/Units/StateAttorney/Guidelines/009.8.pdf).

180 ס' 3(2)(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים).

181 ס' 13(ה)3(א) לחוק תרומת ביציות, התש"ע-2010.

182 ס' 22(א)1 לחוק תרומת ביציות.

183 ס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

184 אומנם, בדברי ההסבר להצעת חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1995, ה"ח 260, אין התייחסות למגבלת ההסתייעות בקרובות-משפחה, אולם בחינת עמדותיהם של חברי ועדת אלוני – הוועדה שהמלצותיה עמדו ברקע חקיקת החוק – עשויה להפיץ מעט אור. דעת הרוב בוועדה סברה אומנם כי לא יהיה זה ראוי להגביל הסתייעות בקרובות-משפחה, אולם דעת המיעוט של ד"ר מרדכי הלפרין סברה כי הן בשל טעמים רתיים והן בשל טעמים רגשיים ראוי לא להסתייע בקרובות-משפחה. דעת המיעוט התקבלה כאמור, והחוק עצמו מגביל קרובות-משפחה מלשמש פונדקאיות. על עמדותיהם של חברי ועדת אלוני

הטעמים למגבלות אלה אינם עומדים בהכרח בסתירה להכרה במשמעות הרגשית של הקשר האחאי, ואפשר לטעון כי הם אף נובעים ממנה (או עשויים לנבוע ממנה) ומן הרצון להגן על קשר זה לפני מעשה ולשמרו לאחר מעשה. כך, באשר להגנת הקשר לפני מעשה, אפשר להסביר את המגבלות בחשש שבני משפחה יפעילו לחץ רגשי על קרוביהם לסייע בתחום האינטימי והמורכב של הולדה, ובאשר לשלב שאחרי מעשה, אפשר להסביר בחשש שסיוע כאמור ישבש את הקשר המשפחתי (האחאי כמו־גם ההורי שנוצר זה מקרוב). מדובר במגבלות פטרנליסטיות הנובעות מהבנה מערבית של טיב הקשר המשפחתי, ממידת ה"הקרבה" המצופה בין בני משפחה, ומן החשש לערער את גבולות המשפחה ואת התפקידים המשפחתיים (מי היא אִם ומי היא דודה בהקשר של פונדקאות או תרומת ביצית). ככל שמאחורי המגבלות הפטרנליסטיות האמורות עומד (גם) רציונל רגשי, ראוי להפעיל על כל סוגי האחאים.

#### 4. הנצחה, זיכרון והחלטות הקשורות לגופו ולפרטיותו של המת

משמעותו של הקשר הרגשי בין בני משפחה אינו מתמצה רק במהלך חייו של אדם. לעיתים מתעוררות שאלות בעלות משמעות רגשית אדירה דווקא לאחר מותו של אדם. בנסיבות אלה קרוביו של אדם עשויים לבקש ליטול חלק בהכרעות לגבי גופו, כבודו או הנצחתו. מדובר בהכרעות שבהן עשוי להיות להם אינטרס אישי ישיר שהם מבקשים לבטא או בהכרעות שבהן הם מבקשים לייצג את רצון המנוח, מכוח הקרבה אליו במהלך חייו והיומרה לדעת את אשר היה מבקש לעצמו לאחר מותו או סמוך לפניו. בהקשרים אחרים נדרשת הכרה בקרובים עצמם, בצורך שלהם לכאוב, להתאבל או להשתייך אל המנוח מבחינה סמלית. אציג להלן כמה הקשרים שבהם הסוגיה מתעוררת.

חוק האנטומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, מסדיר את האפשרות לבצע נתיחה לאחר המוות לשם גילוי נסיבות המוות, מצד אחד, ואת האפשרות לקצור איברים מגופו של נפטר לצורך ריפוי אדם אחר, מצד אחר. סעיף 6א(א)(1) קובע את מדרג קרובי הנפטר שרשאים לאשר ניתוח זה, ומציב את האחאי כבעל סמכות לאשר את הניתוח רק כאשר הנפטר לא הותיר אחריו בת־זוג, צאצאים או הורים. בניגוד למעמדו של האחאי במתן אישור פוזיטיבי לעריכת ניתוח כאמור (ואין בדבריי כאן כדי להביע עמדה אם הצבתו כאחרון בסדר המאשרים מוצדקת אם לא), מודר האחאי לחלוטין ממעגל הרשאים להתנגד לניתוח ולשימוש באיברי המת להצלת חיים. בנסיבות אלה יכולים להתנגד רק בן־זוג, הורה או צאצא.<sup>185</sup> הסדר משלים לחוק האנטומיה והפתולוגיה מצוי בחוק חקירת סיבות מוות, התשי"ח-1958, המאפשר לפנות לבית־משפט השלום בבקשה לפתיחת חקירה בדבר נסיבותיו של מוות אשר יש יסוד סביר להניח כי הוא לא היה טבעי או נגרם בעברה.<sup>186</sup> על־פי סעיף 19 לחוק חקירת סיבות מוות, בקשה כאמור יכולים להגיש, בין היתר, קרובי המנוח מדרגה ראשונה, לרבות

ראו כרמל שלו "הארות על דין וחשבון הוועדה לבחינת הנושא של הפריה חוץ־גופית" המשפט

ג 53, 60 (1996).

185 ס' 6א(ד) לחוק האנטומיה והפתולוגיה. אמנון כרמי בריאות ומשפט 1529 (2003).

186 כרמי, לעיל ה"ש 185, בעמ' 1529-1530.



אחאיו.<sup>187</sup> על חקירה לפי החוק יופעלו ההוראות המנויות בחוק האנטומיה והפתולוגיה, על תנאיהן שצוינו לעיל.<sup>188</sup>

האחאים זוכים להיכלל – ובחלק מן ההקשרים אף מקבלים מעמד שווה לזה של קרובי המנוח האחרים, קרי, של בן-הזוג, ההורה או הצאצא – בהסדר המאפשר נקיטת הליכים להבטחת פרטיותו של המנוח, המעוגן בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, בפרט בנוגע למניעת פרסום תצלום של המנוח ולמחיקת מידע על-אודותיו ממאגרי מידע המשמשים לדיוור ישיר.<sup>189</sup> החוק אינו קובע מעמד אחיד לאחאי של המנוח ביחס לכל סוגיה וסוגיה, ובחלק מהן האחאי יכול לבוא בנעלי המנוח רק כאשר אין בנמצא קרובים אחרים.<sup>190</sup> אף שאי-אפשר לאתר הסבר כתוב לשונות האמורה בין סעיפי החוק, ניתן להסביר אותה בחלק מן המקרים באופן הבא: ככלל, אחאים נמצאים רחוק יותר במדרג קרובי-המשפחה, ועל-כן זכאים לעמוד על זכותו של נפטר לפרטיות רק אם אין קרובים המדרוגים גבוה יותר במדרג (בן-זוג, ילדים או הורים של המנוח); אולם כאשר הפגיעה בפרטיות משליכה באופן ישיר גם על פרטיותם ורווחתם (למשל, כאשר שמו של מנוח נמצא במאגר דיוור ישיר, ועל-כן דברי דואר על שמו ממשיכים להישלח אליהם), הם זכאים לדרוש את הפסקת הפגיעה. עם זאת, דווקא במצבים שבהם הפגיעה עלולה להשליך עליהם רגשית באופן עמוק יותר (למשל, בנסיבות של פרסום תמונה של גופת המנוח) הם זכאים למנוע את הפרסום ולתבוע בגין הפרה רק אם בני המשפחה הקרובים יותר אינם בחיים. הנה כי כן, אף שהחוק ביקש להעניק מעמד לאחאיו של המנוח ולאפשר להם לבוא בנעליו, ולהבנתו אף לתבוע בגין פגיעה עקיפה בהם עצמם (כמו במקרה של פרסום תצלום של גופת המנוח), הגנה זו חלקית ואינה אחידה. מקום משמעותי מוקנה לקרובים ביחס להחלטה בדבר הימנעות מטיפול רפואי בחולה הנוטה למות. על-פי סעיף 5(ג) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005, ובחלק מן התנאים המאפשרים להימנע ממתן טיפול רפואי לחולה הנוטה למות, עשויה להידרש הצהרה של אדם שקרוב לחולה כי החולה אינו רוצה להוסיף לחיות, וזאת לצורך שלילתה של חזקת הרצון לחיות.<sup>191</sup> תקנה 12 לתקנות החולה הנוטה למות<sup>192</sup> מפרטת מיהו אותו קרוב שיכול ליתן את ההצהרה האמורה. בגדר אותו קרוב, קובעת התקנה, נכללים בעלי קרבה משפחתית, לרבות אחאים. מעניין שהחוק והתקנות אינם מסתפקים בקרבה משפחתית פורמלית, אלא דורשים כי מי שיצהיר על רצונו של החולה יהיה אדם שקרוב אליו במונח המהותי, כלומר, אדם אשר מכיר אותו היטב, מצוי איתו בקשר רציף ומסור לו.<sup>193</sup>

היבטים סמליים יותר לחשיבות המוקנית למעמדם של אחאים באים לידי ביטוי בשתי הוראות אשר בחרו בגישות שונות. אחד גיסא, סעיף 4א(ב) לחוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, התשכ"ג-1963, וסעיף 7 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970,

187 ס' 19 לחוק חקירת סיבות מוות.

188 ס' 28 לחוק חקירת סיבות מוות.

189 ס' 2א(א)(3)(ד), 2א(ב) ו-17(ו) לחוק הגנת הפרטיות.

190 השוו, למשל, ס' 17(ו) וס' 25(ב) לחוק הגנת הפרטיות. מעניין שאחאים לא הוזכרו בחוק המקורי, ונוספו לחוק רק בעשור הראשון של המילניום הנוכחי.

191 ס' 5(ג) לחוק החולה הנוטה למות.

192 תקנות החולה הנוטה למות (ועדות, מסמכים, מאגר מידע ודיווח), התשס"ח-2007, ק"ת 186.

193 שם; ס' 3 לחוק החולה הנוטה למות.

הכירו בזכותם של אחאים להיעדר ממקום עבודתם ביום הזיכרון, בדומה לזכותם של בני המשפחה השכולים האחרים – בני-זוג, הורים, צאצאים וסבים. מאידך גיסא, על-פי תקנה 2(3) לתקנות בתי קברות צבאיים,<sup>194</sup> יש לציין כבררת-מחדל על כרית המצבה של חלל צה"ל את שמות הוריו, אך לא את שמות קרוביו האחרים, לרבות שמות אחאיו. הוספת שמות האחאים מותרת, אם בכלל, ככל תוספת אחרת לכיתוב, רק בחלק המיועד לביטוי אישי ועל-פי מגבלותיו.<sup>195</sup> לכיתוב האישי נדרש אישור של הרשות המוסמכת – קרי, של ראש היחידה להנצחת החייל במשרד הביטחון – ונתון לשיקול-דעתה.<sup>196</sup> עם זאת, חשוב לציין כי הרשות יכולה לאשר חריגה מהכיתוב האחיד המוכתב בתקנות, בכפוף למגבלות הקבועות בהן, רק לפי בקשת קרוב של הנפטר ועל דעת כל קרוביו.<sup>197</sup> לפי חוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950, הכרעות מסוימות הנוגעות בקבורה של חייל או של איש כוחות הביטחון מוענקות לקרוביו, אם כי גם כאן, על-פי התוספת לחוק, האחאים מדורגים אחרונים מבין חברי המשפחה הגרעינית.

לסיכום, גם בהקשרן של הכרעות הנוגעות במנוח – בגופו, בפרטיותו, בשמו הטוב ובהנצחתו – ניתן למצוא אי-אחידות ביחסו של הדין לאחאיו של המנוח בהשוואה לקרובי-משפחה אחרים מדרגה ראשונה – הורים, צאצאים או בני-זוג. בכמה הקשרים משמעותיים ניכר כי זכותם של אחאים ליטול חלק בהכרעות הנוגעות במת תוגשם רק בכפוף להגשמת הזכות על-ידי הקרובים האחרים או לאחר שהללו ויתרו עליה או אינם בנמצא. מודל זה של סדר הקרבה נכון כבררת-מחדל – הוא משקף את המציאות החברתית במקרים רבים, והוא קל יחסית ליישום. עם זאת, בולטים בהעדרם במגוון הסוגיות אחאים שיחסייהם אינם מוכרים פורמלית, קרי "אחאים חורגים", ויש לוודא שמוקנית להם הזדמנות להשמיע את קולם גם בהקשר זה.

## 5. זכויות וחובות כלכליות – מבט כללי

במגוון ההקשרים שהוצגו עד כה מובלט הפן הרגשי בקשר האחאי, וברורה ההצדקה לאסדרה הייחודית שאימץ הדין ביחס לאחאים (או לזאת שהיה ראוי שהוא יאמץ ביחס אליהם). בצד הקשרים אלה יוזכרו כאן בקצרה מגוון של הקשרים כלכליים שיש להם נגיעה עקיפה (או שהייתה יכולה להיות להם נגיעה) בקשר האחאי במובנו הרגשי.

194 תקנות בתי קברות צבאיים (כללים לכיתוב על מצבות), התשנ"ז-1997, ק"ת 678 (להלן: תקנות בתי קברות צבאיים).

195 כפי שעולה מן הדיווח החדשותי ביחס לבקשתו של משפחת החלל לי מט ז"ל, שנפל במהלך מבצע "צוק איתן", לפי שעה המדינה אינה מאשרת הוספה של שמות האחאים על כרית המצבה. ראו שבתי בנרט "משפחת הלוחם הניחה מצבה זמנית: נהרג במשמרת של נתניהו ויעלוך" וואלה:חדשות 24.7.2015 [news.walla.co.il/item/2875575](http://news.walla.co.il/item/2875575).

196 על הרקע ההיווצרות האפשרות להוספת כיתוב אישי ראו דנג"ץ 3299/93 ויכסלכאום נ' שר הביטחון, פ"ד מט(2) 195 (1995).

197 תק' 3 לתקנות בתי קברות צבאיים. לנוכח ההגדרה של "קרוב" בס' 1 לתקנות, הבקשה צריכה להיות מוגשת על דעת כל קרוביו של הנפטר. אלה כוללים, על-פי התוספת לחוק בתי קברות צבאיים, התש"י-1950, גם את אחאיו של הנפטר.

הקשר הזוגי – ובאופן מובהק קשר הנישואים ההטרורסקסואלי – זוכה במקום של כבוד בשיטות המשפט השונות.<sup>198</sup> מערך של תמריצים כלכליים מסמן את כדאיות הכניסה לקשר זוגי, ובכלל זה הטבות שונות בדיני המס, במימון משכנתאות, בתחום העבודה, בביטוח הלאומי, בביטוח הפרטי ועוד. נוסף על כך, קיומו של הקשר מטיל חיובים כלכליים הדדיים בין בני-הזוג (ובאופן מסורתי על הבעל כלפי אשתו) בנוגע לתמיכה כלכלית במהלך הקשר ולאחריו (אחרי גירושים או מוות). ברי כי הגיוני לייחד חלק ניכר מחיובים אלה לקשר הזוגי, וברור עוד כי בשל מגבלות תקציביות של פרטים, של מקומות עבודה ושל החברה בכללותה, אי-אפשר להעניק אותם בכפל, קרי, גם לטובת בן-הזוג או בת-הזוג וגם כלפי בני משפחה אחרים, דוגמת אחאים. כפי שכתבתי בראשית הדברים, המאמר אינו מתיימר לטעון כי יחסי אחאים צריכים לקבל מעמד זהה לקשר הזוגי (או לקשר ההורי), ובוודאי אין הם צריכים להחליף אותם באופן גורף. עם זאת, כאשר קשר אחאי החליף את הקשר הזוגי ודימה – במובנים המשמעותיים של תמיכה רגשית וכלכלית – קשר זוגי-משפחתי, נכון לדעתי לחשוב על הכרה בו כקשר שווה-ערך לקשר הזוגי או ההורי גם בהקשרים כלכליים מסוימים (נוסף על ההקשרים הכלכליים שמוכרים כבר כעת באופן חלקי, כגון ירושה<sup>199</sup> ומזונות<sup>200</sup>).

דוגמה מאלפת בהקשר זה היא התביעה שהגישו האחיות פישביין נגד הביטוח הלאומי באמצעות הקליניקה לסיוע משפטי לזקנים ולניצולי שואה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן.<sup>201</sup> באותה פרשה פנו האחיות פישביין, בנות תשעים בערך, למוסד לביטוח לאומי בבקשה ליהנות מקצבת שארים כאילו היו "ידועות בציבור". בהעדר הכרה בקשר האחאי לצורך קבלת הטבה של קצבת שארים על-פי חוק הביטוח הלאומי,<sup>202</sup> ביקשו האחיות להיות מוגדרות כידועות בציבור וליהנות בעתיד, עם פטירת מי מהן, מקצבת שארים כאילו היו אלמנות. לשיטתן, אורח החיים שבו בחרו לחיות – העובדה שהן רווקות ללא ילדים שכרכו את גורלן זו בזו, ובכלל זה מתגוררות יחד באותו משק-בית ומנהלות חשבון בנק משותף – מבסס מעמד של ידועות בציבור לצורך פרשנותה של הוראת החוק הספציפית ומתן ההטבה הסוציאלית האמורה. בית-הדין דחה את בקשתן (תוך שהוא מאמץ את עמדתם של הביטוח הלאומי והיועץ המשפטי לממשלה), וקבע כי אחיות אינן יכולות להיות מוגדרות כידועות בציבור הן על-פי לשון החוק, המדברת על "ידועה בציבור כאשתו", והן על בסיס תכלית החוק, המעניקה את ההטבה האמורה של קצבת שארים רק למי שמוגדר בקרבת המשפחה האמורה: בן-זוג או בת-זוג (מכוח נישואים או מעמד של ידועים בציבור). בית-הדין עומד על ההבחנה בין קצבת שארים, המוקנית לבן-הזוג או לבת-הזוג של המבוטח ללא קשר למעמדו כתלוי, אלא מכוח מעמדו המשפחתי, לבין הטבות אחרות, המתבססות על תלות כלכלית (דוגמת קצבת התלויים). אף שהאחיות ממלאות אולי את התנאים המהותיים

198 Erez Aloni, *The Marital Wealth Gap*, 93 WASH. L. REV. 1 (2018)

199 ס' 10, 11, 12 ו-14 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965. חוק הירושה קובע כי בהעדר צוואה, סדר הקרובים היורשים כולל גם את האחאים, וזאת אחרי בן-הזוג, הצאצאים וההורים.

200 ס' 4 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959, קובע את סדר הזכאים לתמיכת מזונות, ומציין בגדרם גם את האחאים. לתנאים לגיבוש הזכאות של אחאים ראו ס' 5 לחוק.

201 ב"ל (אזורי ת"א) 1277-06-15 פישביין – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 12.1.2017).

202 ס' 252 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי).

של הקשר הזוגי – קשירת גורל ושיתוף כלכלי – בבסיסו קשר האחאות אינו קשר זוגי, ולכן הוא אינו מזכה בקבלת ההטבה האמורה.<sup>203</sup>

מקרה שנדון לפני בית-הדין האירופי – המקרה של האחיות Burden מאנגליה, שמאפייני יחסיהן דומים למאפייני יחסיהן של האחיות פישביין מישראל – מעלה אף הוא שאלות דומות.<sup>204</sup> באותו מקרה ביקשו האחיות לזכות במעמד שווה-ערך לזה של זוג נשוי (או לשותפות אזרחית של זוגות חד-מיניים), על-מנת לזכות בפטור ממס ירושה במקרה של פטירת האחת וירושת נכסיה על-ידי האחרת על-פי צוואתה של הנפטרת. דעת הרוב בפסק-הדין קבעה כי במדיניות האמורה אין כדי ליצור אפליה העולה כדי הפרה של סעיף 14 לאמנה האירופית לזכויות אדם ושל סעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה,<sup>205</sup> באשר למדינה יש סמכות לקדם מטרות חברתיות (כגון הקמת תאים משפחתיים של זוגות על-דרך נישואים או שותפות אזרחית) על-ידי קביעת מדיניות כלכלית דיפרנציאלית. דעת הרוב סברה כי קיים שוני מהותי בין זוגיות פורמלית המוסדרת ברישום (נישואים או שותפות אזרחית) לבין קשר האחיות, שהוא קשר מלידה, ולפיכך לא מתגבשת במקרה זה הפליה (קרי, יחס שונה כלפי מי שהם דומים במהותם). דעת המיעוט סברה כי מרגע שנפרצו גבולות הנישואים הפורמליים וההטבה מוענקת גם ליחידות משפחתיות שאינן מבוססות על נישואים (כגון שותפות אזרחית), הנטל מוטל על המדינה להסביר מדוע היא מבחינה בין תא משפחתי אחד לרעהו, ומדוע היא מבכרת קשר של נישואים על קשר-דם.<sup>206</sup> דעת המיעוט הנוספת סברה כי לנוכח אופי יחסיהן של האחיות יש להגדירן ככנות-זוג, וככאלה הן זכאיות ליחס שווה לזה הניתן לבני-זוג מאותו מין שעייגנו את יחסיהם בשותפות אזרחית – עייגן אשר סגור בפניהן לנוכח היותן אחיות.<sup>207</sup>

מבלי להביע דעה אם הכרעתו של בית-הדין במקרה של האחיות פישביין מוצדקת לאור לשון החוק ותכליתו, המבקשים, לשיטת בית-הדין, לייחד את ההטבה לזוגיות, המקרה מעלה תהייה אם אין מקום לשנות את החוק כך שיכלול הענקה גם לאחאים בעלי מאפייני קשר ייחודיים כמו במקרה זה. קצבת השארים נועדה להבטיח תמיכה כלכלית לבת/בן-הזוג ולילדים שגרו עם המנוח, אך היא אינה דורשת הוכחת צורך כלכלי או הוכחת תלות, אלא תלויה רק בהיות המנוח מבוטח המגבש זכאות. ככזאת היא נמצאת על התפר שבין זכות של המבוטח לבין הטבה שנועדה לסייע לקרוביו. על-אף המורכבות הכרוכה בהרחבת סל הנהנים מהטבות הביטוח הלאומי, ועל-אף הקושי המובנה ביצירת הגדרות שיחייבו בדיקה תוכנית של אופי היחסים (להבדיל מקטגוריות פורמליות פשוטות להוכחה),<sup>208</sup> ברור כי

203 סמוך לפני ירידת המאמר לדפוס פורסם פסק-הדין בערעור שהוגש בעניינן של האחיות לבית-הדין הארצי לעבודה – עב"ל (ארצי) 45818-02-17 א.פ. נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בתקדין, 15.6.2018). הערעור נדחה.

204 Burden v. The United Kingdom (13378/05), [2008] E.C.H.R. 357 (להלן: עניין Burden).

205 העוסק בזכות ליהנות מקניין.

206 פסק-דינו של השופט Zupančič בעניין Burden, לעיל ה"ש 204, בעמ' 29.

207 פסק-דינו של השופט Borrego בעניין Burden, לעיל ה"ש 204, בעמ' 32.

208 קושי שקיים ממילא גם כיום בהקשר של ידועים בציבור.

הרחבת המבחנים והגשתם באופן שיכלול גם יחסים הדוקים בין אחאים, המחליפים בפועל יחסי זוגיות, יבטאו את חשיבותם בפועל ויתמרוצו את ביסוסם.<sup>209</sup>

## מילים לסיום

אף שאחאות הייתה מאז ומעולם נדבך מרכזי בחייו של הפרט, היא נכחה לאורך השנים רק בשוליו של המחקר האקדמי (הפסיכולוגי כמו-גם המשפטי), וזכתה בהכרה חלקית בלבד באסדרה המשפטית עצמה. מציאות זו, כך נראה, נמצאת כיום בעיצומו של שינוי. ההכרה ביחסי אחאים בדיסציפלינה הפסיכולוגית מקבלת מקום בולט יותר מבעבר, ובד בבד נוכחותה בשיח המשפטי גוברת. עם זאת, נדמה כי המודעות לקשר האחאי, שכבר החלה להתגבש בדיני המשפחה, חסרה עדיין בתחומי משפט אחרים. האחאות אומנם מוכרת בהקשרים מסוימים – לעיתים כקטגוריה חלופית לקשר משפחתי קרוב יותר (כגון זוגיות או יחסי הורות) כאשר זה חסר, ולעיתים נדירות יותר כקטגוריה בפני עצמה – אולם ניכר כי קשר זה אינו עומד לנגד עיני המחקר באופן סדור ושגרתי. ההכרה ביחסי האחאות בכלל, ובנפרד מיחסי ההורות בפרט, הינה שלב מתבקש בהתפתחות הדין. תוצאה זו מתחייבת, בין היתר, לנוכח חשיבותם של יחסים אלה מבחינה אישית-רגשית, אשר הולכת ומתבררת גם במחקר הפסיכולוגי; לנוכח ההכרה המתחזקת בזכויות ילדים והחתימה להגן על האינטרסים שלהם בנפרד מאלה של מבוגרים; ולנוכח הגיוון במבנים המשפחתיים. שינויים אלה מצדיקים חשיבה מחודשת על יחסי אחאים, הן בדיני המשפחה והן מחוץ להם, והענקת הגנה משפטית ליחסים אלה.

שאלה מרכזית המתעוררת בהקשר זה נוגעת בצורך ביצירת קטגוריה נבדלת לאחאים, כלומר, בצורך לקבוע מבחינה משפטית הגנה על אחאים כאחאים. זאת, להבדיל, למשל, מהנחיה לבתי-המשפט להגן על "קשרים משמעותיים" של הילד – הנחיה המטילה על בית-המשפט את המשימה לאתר ולזהות מערכות יחסים משפחתיות ואחרות המחייבות טיפול מיוחד של הדין. השאלה מתחזקת על רקע המגמה אשר מבקרת את השימוש בקטגוריות

209 יש להזכיר כי חוק הביטוח הלאומי אינו מתעלם כליל מיחסי אחאים בהקשר של תמיכה כלכלית אחרי מות המבוטח. ס' 130 לחוק מגדיר מי הם תלויים הזכאים לתמיכה, וס' 130(4) מונה במסגרתם "אח או אחות הגרים בביתו של המבוטח לפחות שנים עשר חודשים לפני הפגיעה וכל פרנסתם על המבוטח ואינם מסוגלים לכלכל עצמם וכל עוד אינם מסוגלים לכלכל עצמם". באופן דומה, ס' 5 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963, מסדיר את תשלום הפיצויים לשאריו של עובד שנפטר, וקובע כי זכאותו של אחאי תתגבש כאשר אין לנפטר בן-זוג או ילדים קטנים, וככל שפרנסתו של האחאי (שהתגורר עם הנפטר) הייתה על הנפטר. השו"ע (ארצי) 1308/02 קרקובסקי – מדינת ישראל, משרד הבריאות (פורסם בנבו, 29.7.2003). כמו-כן, ס' 1 ו-9(א) לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), התש"י-1950, מסדירים את תשלום הקצבה לאחאי של חייל שנספה במערכה, וקובעים כי קצבה זו תשולם לאחאי מקום שהתקיימו התנאים הבאים: גיל האחאי הנוטר בחיים מתחת לשמונה-עשרה, אין אחאים בגירים נוספים העומדים ברשות עצמם, והאחאי הקטין היה סמוך על שולחנו של האחאי שנספה. הוראות אלה מגבשות במידה רבה זכאות של אחאים לתמיכה כלכלית כאשר הקשר האחאי מדמה למעשה קשר הורי.

וקוראת להשתחרר מהן, כחלק מזיהוי הפגמים הנלווים אליהן ככיכול. החשש הוא מפני קטגוריות לא-מדויקות אשר לוקות, כמעט בהגדרה, בנוקשות ובהכללת-יתר או בהכללת-חסר, פוגעות בשיקול-הדעת השיפוטי, וכתוצאה מכך יוצרות מענים תת-מיטביים לטיפול בסיטואציות מגוונות. שאלה נלווית לשאלה האמורה נוגעת בבחירה דווקא באחאות (או רק באחאות) כקטגוריה נבדלת הראויה להתייחסות מיוחדת. שאלה זו מורכבת יותר למענה. על-אף הביקורת המושמעת נגד שימוש בקטגוריות, ליצירת קטגוריה יש יתרונות. הקטגוריה מסייעת בזיהוי פורמלי של אינטרסים, בהבטחת עוצמתם ובהגנה עליהם. על-כן יש מקום ליצירת קטגוריה נפרדת של אחאות, ואת הביקורת האמורה והתהיות הגלומות בה, אשר אינן מבוטלות, יש להביא בחשבון בעת עיצובה של אותה קטגוריה נפרדת וכחלק מקביעת הנורמות הכרוכות בה.

הקריאה להכיר ביחסי אחאים כקטגוריה נבדלת אינה מוציאה הכרה אפשרית בקטגוריות אחרות של יחסים משמעותיים. עם זאת, ואף שאני סבורה כי נכון להרחיב עוד יותר את המבט ולדבר על הצורך להעניק הכרה משפטית ליחסי ילדים עם מגוון של גורמים משמעותיים בחייהם – הן עם גורמים מטפלים (כגון סבים) והן עם ילדים אחרים (ובפרט חברים קרובים) – אני סבורה שיחסי אחאים ראויים לדיון נפרד. אמנה בקצרה שלוש סיבות לכך. ראשית, כמוצג בדיון בראשית המאמר, אחאות הינה קשר משמעותי וחשוב מאין כמוהו. שנית, הצדדים לקשר, בחלק מן ההקשרים שבהם בחרתי להתמקד במאמר זה, הם ילדים, ודווקא ילדים זקוקים לקטגוריה שתגן עליהם באופן אפקטיבי. קביעתה של קטגוריה זו כנתון משפטי תחייב את מקבלי ההחלטות – קרי, את גורמי הרשות המבצעת הרלוונטיים, ובראשם אנשי רשויות הרווחה, ואת בתי-המשפט – להכיר בהם ולהעניק להם הגנה משפטית, גם אם הם אינם יכולים להשמיע את קולם ואין מי שיעשה זאת במקומם, בין משום שההורים טרודים בייצוג האינטרסים שלהם עצמם או משום שאין הורים מתפקדים המסוגלים לייצגם. שלישית, קטגוריה כקטגוריה משמשת לצמצום שיקול-הדעת השיפוטי, ובכך יתרונה.

אולם כחלק מעיצוב הקטגוריה ניתן וצריך להגדיר את הנורמה המתחייבת מאותה קטגוריה כסטנדרט, ולא דווקא כרשימת כללים סגורה ונוקשה. כלומר, הנורמה שצריכה להתלוות לקטגוריית האחאות צריכה להיות רחבה וגמישה דייה לאפשר שונות בין סוגים שונים של יחסי אחאים מבחינת האינטרסים שאפשר להעלות בשמם ומבחינת האיזון מול אינטרסים נוגדים, ביניהם של בני משפחה אחרים. ממילא האחאות אינה יכולה להכתיב התייחסות לאחאים כאל מקשה אחת.

יוער כי הקריאה להכרה בקטגוריה של אחאים במישור השיפוטי ובמישור המנהלי-המקצועי אינה תחליף למלאכת חקיקה בנושא. לאורה של קטגוריה זו על המחוקק לבחון את הסדרי החקיקה (אלה הקיימים ואלה העתידיים) ולוודא כי לאחאים ולהגנה על היחסים ביניהם ניתן המקום הראוי. במילים אחרות, היכן שקיימת חקיקה בנושא שיש בו אינטרס של הגנה על קשרי אחאים, ובוודאי במקומות שבהם החקיקה הקיימת מכירה בהגנה על יחסי משפחה אחרים (יחסי הורות או זוגיות), נדרשת בדיקה שיטתית של המחוקק במטרה לקבוע אם אין מקום להרחיב את ההגנה כך שתכלול גם יחסי אחאים. במקומות אחרים שיש בהם רלוונטיות ייחודית לאחאים – למשל, בהקשר של קביעת משמורת – נדרש, לטענת המאמר, שהחוק יכיר בהם מפורשות. עד אז מלאכת ההגנה על קשרים אלה מוטלת על כתפי

בית־המשפט. בהקשרי משפחה, שבהם עקרון טובת הילד מוכר ממילא כעיקרון מוביל, על בית־המשפט לוודא כי הקשר האחאי נשקל וזוכה בהגנה מספקת במסגרתו. מאמר זה אינו מתיימר למצות את הדיון בסוגיות השונות הקשורות לאחאים במשפט, בין בתחום דיני המשפחה ובין בתחומים האחרים – לא באלה הרלוונטיות לכלל המשפחות (ביניהן המשפחות ה"ישנות"), ובפרט לא באלה המיוחדות למשפחות ה"חדשות" – אלא רק להציגן בקצרה, כנקודת מוצא לדיון שיהיה צורך לנהל בדיוק רב ובהרחבה במקום אחר. הדיון כאן אינו פורש את מגוון האינטרסים הנוגדים ואת מורכבות ההכרעה ביניהם. בהתאם, הוא אינו משרטט את הפתרון שיש לנקוט בכל מקרה. הטענה הבסיסית שבמוקד המאמר היא שעל המחוקק ועל בית־המשפט לראות לנגד עיניהם את האינטרס האחאי, להכיר בו ולהעניק לו הגנה. אופי ההגנה וביטוייה הקונקרטיים ייבחנו במקום אחר, אך אפשר שגם לאחר בדיקה מדוקדקת של כל האינטרסים תהיה המסקנה דומה: במקום כללים סגורים ומדוקדקים יש להעדיף סטנדרט רחב, אשר מקנה הגנה אפקטיבית לאחאים, מחד גיסא, אך נמנע מלאיין את שיקול־הדעת של גורמי ההחלטה, מאידך גיסא. כך או כך, גם אם לא בכל מקרה תהיה להכרה באחאות השפעה על התוצאה המשפטית, ראוי שבת־המשפט יפסקו בסוגיות השונות תוך התחשבות ביחסים אלה ובאינטרס האחאי הגלום בהם.

