

מהפך בעקבות מהפכה: מהפך בסוגיית הכאת ילדים ותלמידים לשם חינוכם בעקבות המהפכה החוקתית

מאת

בנימין שמואל^{*}

- א. פתח דבר
- ב. המצב הקודם: היתר הכאה לשם חינוך כל עוד זו סבירה ומתונה
- ג. ההתפתחות במשפט הישראלי בהשוואה למשפט המשווה והצורך בבסיס איתן להצדקתה
- ד. השלכת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על שלבי התהליך המשפטי שהוקיע את ההכאה לשם חינוך
 1. כיצד מתקשר חוק היסוד לזכויות הילד, לטובתו ולהגנה עליו, בכלל, ולסוגיית הכאה לשם חינוך, בפרט?
 2. מאבק בין שתי גישות בבת-משפט השלום והמחוזיים (1991–1998)
 3. איסור פלילי על הכאת תלמידים לשם חינוכם בפסיקת בית-המשפט העליון (1998)
 4. איסור פלילי על הכאת ילדים לשם חינוכם בתא המשפחתי בפסיקת בית-המשפט העליון (2000)
 5. זכות לתלמיד שלא להיענש בעונש גופני לפי חוק זכויות התלמיד (2000)
 6. ביטול ההגנה הנזיקית להורים ולמורים שנקטו הכאה חינוכית מתונה וסבירה (2000)
 7. פסיקה של בית-המשפט העליון בערעורים על החלטות בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה (2000 ואילך)
- ה. אחרית דבר

^{*} מרצה בכיר, מנהל המרכז לזכויות הילד והמשפחה ומנהל אקדמי של הקליניקות המשפטיות במכללת שערי משפט, Visiting Assistant Professor באוניברסיטת דיוק בצפון-קרוליינה, 2006/7–2007/8 ומורה בפקולטות למשפטים באוניברסיטאות תל-אביב ובר-אילן. תודות ליפה זילברשץ ולערן פיינר על עצות מחכימות. עיקרי הדברים הועברו בהרצאה בכנס בנושא "15 שנה לחוקי היסוד: השפעת חוקי היסוד על המשפט הלא חוקתי" לכבוד נשיא בית המשפט העליון בדימוס, השופט אהרון ברק, הקריה האקדמית אונו, 19.6.07.

א. פתח דבר

הלגיטימיות להכאת ילדים ותלמידים כאמצעי לחינוכם נתונה בוויכוח עתיק יומין הן בשיח הציבורי, הן בשיח המשפטי והן בשיח מדעי ההתנהגות. הסוגיה, הנקראת במינוח מודרני בשם "ענישה גופנית" חולשת על כמה תחומים, ביניהם חינוך ילדים ותלמידים; הדין הפלילי; דיני הנזיקין; הדין המשמעתי לעובדי הוראה העובדים בשירות המדינה; וזכויות הילד וזכויות האדם. התחומים שלובים זה בזה, ועובדה זו היא אולי אחד הגורמים לריבוי ההשקפות והדעות בנושא. התשובה לשאלה אם דרך חינוך מסוימת היא לגיטימית אם לאו היא במידה רבה פרי השקפות חברתיות, ערכיות, מוסריות, פילוסופיות, תרבותיות, חינוכיות ופסיכולוגיות הרווחות בכל תקופה ותקופה, ואין מדובר בשאלה משפטית "טהורה". ואכן, קיימות גישות שונות בסוגיה הן בקרב מומחים ממדעי החברה והן בקרב מומחי משפט, כפי שנראה להלן.

ברוב מדינות העולם ענישה גופנית מותרת, כל עוד היא עומדת בסייגים שונים, שהצד השווה בהם הוא היותה של ההכאה קלה, סבירה ומתונה ולשם חינוך בלבד. כעשרים מדינות ברחבי העולם (פחות מעשירית ממספר המדינות בעולם), רובן באירופה, אסרו עד היום בצורה זו או אחרת על ענישה גופנית בתא המשפחתי (המספר מעט גבוה יותר באשר למערכת החינוך).¹ רק שתיים מהן אסרו זאת דרך המשפט הפלילי – ישראל וקפריסין. כל השאר הלכו בדרך עדינה יותר וקבעו סעיפים הצהרתיים למדי בחקיקה אזרחית (חוקי משפחה, חוקי כשרות משפטית וחוקי זכויות אדם) שנועדו לאו דווקא להעמיד הורים לדין פלילי, אלא להטמיע בקרב הציבור נורמות של חינוך בדרכים לא אלימות. רק מדינה אחת בעולם – ישראל – אסרה זאת בפסיקת בית-המשפט העליון (פרשת פלונית)² ולא בחקיקה,³ לאחר כמעט יובל שנים

¹ לסקירה מעורכנת ראו SUSAN H. BITENSKY, CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN – A Benjamin Shmueli, *Who's Afraid of Banning Corporal Punishment? A Comparative View on Current and Desirable Models*, 26 PENN ST. INT'L. L. REV. 57 (2007); לאתר העוקב בצורה שוטפת אחר המצב לעניין זה במדינות העולם השונות ומודיע על כל מדינה נוספת שנוספה למאגר המדינות האוסרות בצורה זו או אחרת על ענישה גופנית ראו www.endcorporalpunishment.org תחת הכותרת Online global table: legality of corporal punishment.

² ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000), (להלן: פרשת פלונית/ הלכת פלונית).

³ באיטליה ניתן גם כן פסק-דין פלילי בבית המשפט העליון האוסר על ענישה גופנית. Cambria v. Cambria, Cass., sez. VI, 18; Republic of Italy, 6th Penal Section, March 18, 1996 (marzo 1996, Foro It. 1996, 407 (Italy)), אלא ששם לא קיימת שיטה של תקדים מחייב כמו בארצות ה-common law כבישראל, שכן איטליה היא מדינת civil law. ואכן, בהמשך הדרך

שבהן היה מדובר בשיטת חינוך לגיטימית בהתאם לפסיקה קודמת של אותו בית משפט (פרשת ראסי) משנות החמישים, שהתבססה על החוק האנגלי בנידון למילוי חֶסֶד בחוק (לקונה).⁴ כאמור, ישראל היא גם אחת משתי מדינות בלבד שבחרו לטפל בסוגיה באמצעות הדין הפלילי.

כאשר ממילא קיימת מחלוקת עניפה בסוגיה זו, דרכו של המשפט הישראלי נראית קיצונית ויוצאת דופן מבין כל שיטות המשפט שאסרו על ענישה גופנית, והוויכוח הציבורי והאקדמי בעניין זה בישראל לאחר קבלת האיסור מצביע על כך בבירור.

אך זאת יש לומר בפה מלא: האיסור שהתקבל בישראל בפסיקת בית המשפט העליון אינו עומד על כרעי תרנגולת. איסור זה בוסס בצורה נחרצת ביותר, ובעיקר בהסתמך על שני אדנים: האחד מקומי – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵ והוא המרכזי מבין השניים מבחינת השפעתו על קבלת האיסור; והאחר בין-לאומי – אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שאושרה בישראל כשנה לפני קבלת חוק היסוד.⁶

המדובר בהחלט במהפך משפטי וחברתי – מהפך מהיתר לענוש גופנית ילד כל עוד הענישה מתונה וסבירה, לאיסור פלילי כמעט מוחלט על דרך חינוך זו בישראל. אך אותה פרשת פלונית בהחלט אינה עומדת לבדה – היא חלק ממהפך בפסיקה הפלילית הן לגבי מערכת החינוך והן לגבי התא המשפחתי, ששלח זרועות גם לחקיקה בנזיקין ובתחום זכויות התלמיד גם לפסיקה המשמעתית החלה על עובדי מדינה.

למעשה אפשר לזהות שישה שלבים באותו מהפך (שבהם נדון להלן), ההופכים אותו למדורג משהו: (1) התפתחותה של גישה בבתי משפט השלום והמחוזיים במהלך שנות התשעים של המאה העשרים, שלפיה יש לאסור על הכאת ילדים לשם חינוכם, בניגוד להלכה הישנה, הלכת ראסי, של בית המשפט העליון; (2) איסור פלילי על

סטו בתי המשפט מפסק דין זה. להרחבה ראו BITENSKY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 247–249.

4 ע"פ 7/53 ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 790 (1953) (להלן: פרשת/הלכת ראסי). הפסיקה האנגלית שעליה התבסס בית-המשפט הייתה: R. v. Hopley, [1860] 3 F.202; Mansell v. Griffin, [1908] 1 Q.B. 465; 19 Digest 599, 271; Cleary v. Booth, [1893] 1 Q.B. 465; R. v. Newport (Salop) Justices, Wright, Ex Parte [1929] 2 K.B. 416; K.B. 160.

5 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב, 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו/חוק היסוד).

6 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה). לדיון בהשפעת אמנת האו"ם על סוגיית ענישה גופנית לילדים במבט השוואתי ובמחלוקת בדבר השאלה אם האמנה אכן מדברת מפורשות על ענישה גופנית או שמא על אלימות, התאכזרות והתעללות בלבד ראו Benjamin Shmueli, *The Influence of the UN Convention on the Rights of the Child on Corporal Punishment – A Comparative Look*, 10 OREGON REV. INT'L L. 189 (2008). על אלימות כלפי ילדים בראי האמנה לזכויות הילד "התעללות והזנחה של ילדים בישראל: הנפגעים, אכיפת החוק והמשפט, רפואה, חינוך ורווחה" 152 (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים, התשס"ז).

הכאת תלמידים לשם חינוכם בפסיקת בית-המשפט העליון בשנת 1998 בפרשת **שדה-אור**⁷; (3) איסור פלילי על הכאת ילדים לשם חינוכם בתא המשפחתי בפסיקת בית-המשפט העליון בשנת 2000 בפרשת **פלונית**; (4) חקיקת חוק זכויות התלמיד התשס"א–2000⁸, ובו זכות אזרחית לתלמיד שלא להיענש בעונש גופני ומשפיל; (5) ביטול, בשנת 2000, של סעיף 24(7) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]⁹, שהקנה הגנה נזיקית להורים ולמורים שנקטו ענישה גופנית סבירה; (6) פסיקות נחרצות של בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה באשר לעובדי הוראה שהכו תלמידים לצרכי חינוך, לאורך השנים, ובעיקר פסיקה של בית-המשפט העליון בערעורים על החלטות בית-דין זה החל משנת 2000.

אותו מהפך אמנם היה הדרגתי וארך שנים ספורות, ואין לנתקו גם מחקיקה ישראלית ובין-לאומית שעסקה בזכויות הילד ובאלימות במשפחה שנחקקה באותן שנים (אם כי זו לא עסקה במישרין בענישה גופנית קלה)¹⁰; אך הוא נתפס בציבור כפתאומי ומפתיע. במיוחד אמורים הדברים כלפי שיאו של אותו מהפך: הטלת איסור על ענישה גופנית בתא המשפחתי דרך פסיקת בית-המשפט העליון בפרשת **פלונית**, שכן זו נוגעת לרוב הציבור ולא רק למורים ולעובדי מערכת החינוך. הטענה בחיבור זה תהיה כי קשה להאמין שאותו מהפך, שהשפעתו הפוטנציאלית משליכה כמעט על כל בית-אב בישראל, אכן היה יוצא לפועל, או באופן כה גורף ונחרץ למצער, לולא "המהפכה החוקתית"¹¹ שקדמה לו; לאמור: בחינת כל ששת

7 ע"פ 5224/97 **מדינת ישראל נ' שדה-אור**, פ"ד נב (3) 374 (1998) (להלן: פרשת **שדה-אור**).

8 חוק זכויות התלמיד, התשס"א–2000, ס"ח 42 (להלן: חוק זכויות התלמיד).

9 ס' 24(7) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח התשכ"ח 266 בוטל בחוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 9), התש"ס–2000, ס"ח 213 (להלן: תיקון מס' 9 לפקודת הנזיקין).

10 בין אותם חיקוקים יש לציין את חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן–1989, ס"ח 10, הידוע בכינוי "החוק למניעת התעללות בקטנים וחסרי ישע", שהוסיף לחוק העונשין עבירות מיוחדות של תקיפה הגורמת לחבלה, והתעללות בקטין ובחסר ישע וחובת דיווח על חלק מעבירות אלה המבוצעות בידי אחראי או הורה; ליחס בין חוק זה לבין ענישה גופנית ראו בנימין שמואלי "בין תקופה, התעללות וענישה גופנית כלפי ילדים" **ספר זכויות הילד** 63 (בהוצאת רמות והמכללה למינהל, 2009). חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991, ס"ח 138, שהוא חוק אזרחי המאפשר כמה סעדים להגנה על קורבן אלימות במשפחה, והמרכזי בהם הוא צו הרחקה; ובמישור הבינלאומי, כאמור, האמנה, לעיל ה"ש 6.

11 תיאור חוקי היסוד, בעיקר אלה שהתקבלו בשנת 1992, כ"מהפכה חוקתית", מזוהה בעיקר עם נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק. ראו פסק דינו בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת **מגדל**); אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992); רות גביון "המהפכה החוקתית-תאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997). כן ראו גיליון כח של כתב-העת **משפטים** מ-1997, שהוקדש כולו לנושא.

שלביו של המהפך מצביעה על כך שאותו מהפך לא היה, ככל הנראה, מתאפשר ללא הישענות על צוק איתן שיצדיק את אותו מהפך ואת הדרך הקיצונית שבה הלך הדין הישראלי בסוגיה זו, הן לגופו, והן בהשוואה לנעשה במשפטן של מדינות אחרות (בעיקר בכל הקשור לתא המשפחתי). אותו צוק איתן היה ההיאחזות בזכות לשמירה על הגוף, החיים והכבוד, החקוקות בשני סעיפים הנמצאים על ספינת הדגל של "המהפכה החוקתית", הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פרשנותן של הוראות אלה בחוק היסוד שימשו בסיס מרכזי ומשפיע בצורה המכרעת ביותר על כל ששת שלבי המהפך. השפעת חוק היסוד, כפי שזה פורש בפסיקת בית המשפט העליון, היתה מכרעת, והיא זו שלמעשה הכתיבה את המהפך; שכן במדינות אחרות שבהן הסדרים חוקתיים דומים, ענישה גופנית קלה וסביהרה לא נאסרה. פרשנות חוק היסוד שימשה בידי המשפט הישראלי, בעיקר בידיו של בית המשפט העליון בהולכו במסלול החקיקה השיפוטית, אך גם בשלבים האחרים של המהפך, "סולם" המסייע לטפס ולהגיע לראשו של אילן גבוה בדמות איסור פלילי על ענישה גופנית. איסור זה התקבל בצורה שונה וקיצונית מזו של שאר מדינות העולם שטיפלו בסוגיה באמצעות המשפט, בתוספת להוקעה משפטית של התנהגות זו במשפט הישראלי הן בתחום הנזיקי, הן בתחום המשמעתי והן בתחום זכויות הילד – זכויות האדם.

ב. המצב הקודם: היתר הכאה לשם חינוך כל עוד זו סבירה ומתונה

בשנות החמישים של המאה העשרים המשפט הפלילי הישראלי שלפני המהפך בנה את ההסדר המשפטי הראשוני בסוגיה על הדין האנגלי, באמצעות הפסיקה של בית המשפט העליון, ואילו בדיני הנזיקין היה קיים הסדר חקיקתי. שני ההסדרים היו דומים. תחילה להסדר הפלילי. כאשר עלתה סוגיית הענישה הגופנית לדיון בפעם הראשונה בבית המשפט העליון בפרשת ראסי¹² בשנת 1953, היה זה אך טבעי שהשופטים יפנו, לצורך השלמת חסר (לקונה משפטית), אל המשפט האנגלי.¹³ בפקודת החוק הפלילי דאז לא היתה קיימת הגנה להורה או למורה שהיכו את הילד באופן מתון וסביר לצורכי חינוכו.¹⁴ בית המשפט השתמש בסמכות הטבועה המוקנית

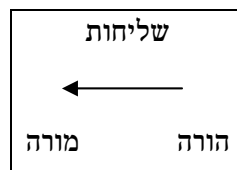
¹² פרשת ראסי, לעיל ה"ש 4.

¹³ ההינתקות מחבל הטבור האנגלי אירעה עם חקיקת חוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, ס"ח 163, (להלן: חוק יסודות המשפט). על פי חוק זה, כל סוגיה שאין לה תשובה מפורשת בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש, תתבסס על השלמה ממקורות מקומיים ולא אנגליים. לפני כן, במקרה של לקונה היה צורך לפנות, על-פי סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1922–1947 (להלן: דבר המלך במועצה), לדין האנגלי.

¹⁴ השאלה, אם אכן היה מדובר בלקונה מצריכה עיון נוסף, שהרי אם לא קיימת הגנה מיוחדת

לו ופיתח הגנה כזו בפסיקה. דלאל מיכאיל ראסי, נזירה יוונית-קתולית שכינהה כמפקחת משגיחה בבית יתומות, הענישה, בשלוש הזדמנויות שונות, שלוש ילדות בעקבות מעשיהן (אחת ברחת מן המוסד, השנייה נחשדה בגניבה והשלישית הפריעה במהלך השיעור). העונשים כללו סטירות, בעיטה בגב, משיכה בשערות, הטחת ראש לקיר, הפלה ארצה, הכאה במקל עד כדי נפחות בראש ודקירת שפה במחט עד כדי דימום והתנפחות השפה. בערכאה הראשונה קבע השופט ד"ר משה עציוני ז"ל, בעקבות פנייה לדין האנגלי, כי אין חולק על כך שזכותם הטבעית של הורים להעניש את ילדיהם, אפילו בעונש גופני, בתנאי שהעונש יהיה מתון ומתקבל על הדעת. אם נעשה הדבר כדי לספק יצר או זעם או שהעונש הוא בלתי-מתון ומוגזם באופיו ובממדיו, אם הוא עולה על כוח סבלו של הילד או שנעשה במכשיר בלתי-כשר ומסכן חיים או אבר מאבריו של הילד, העונש ייחשב מוגזם, והאלימות תיחשב לבלתי חוקית. לפיכך הרשיע בית המשפט המחוזי את הנאשמת תוך קביעה, כי מעשיה לא עמדו בסטנדרטים אלה.¹⁵

גם פסק הדין בערעור יצא מנקודת הנחה שלהורה רשות להפעיל באופן עקרוני עונשי גוף כלפי ילדו וכי סמכות זו מועברת על ידו למורה, למנהל, למפקח ולמשגיח במערכת החינוך, אם פעלו לטובתו של הילד. מ"מ הנשיא, השופט שניאור זלמן חשין ז"ל, פנה גם הוא אל הדין האנגלי, שהתיר שימוש בעונשי גוף מתונים ומתקבלים על הדעת להורה ולמורה. הוא פסק, כי הורים ומחנכים אכן זכאים להטיל על ילדיהם עונשי גוף כדי לחנכם בדרך הישרה.¹⁶



עם זאת, קבע השופט חשין כי יש להעניש בזהירות רבה, כדי שלא ייווצר מצב שבו לא יוטל על ילד עונש שאינו מתקבל על הדעת. תפקיד העונש צריך להיות עקירת הרע מנפשו של הילד ולא סיפוק תאוות נקם של ההורה

במקרי הכאה לשם חינוך, דומה כי עבירת התקיפה חלה בלא הגנה ועל כן אין לקונה.

¹⁵ ת"פ (מחוזי חי') 427/52 **היועץ המשפטי נ' ראסי**, פ"מ(ת) 2(153, 154 (1952).

¹⁶ על דוקטרינת השליחות במשפט האנגלו-אמריקאי, המקנה למורה מעין מעמד כשל ההורה עקב כניסתו לנעליו בנסיבות מסוימות והנקראת "*in loco parentis*", ראו שלמה נחמיאס "ענישה גופנית במוסדות החינוך במבחן משפטי" **הפרקליט** לז 234, 234 (1986).

והמחנך. הוא הסכים לפסיקת הערכאה הראשונה שאין להשתמש במכשיר העשוי לסכן את חיי הילד או להטיל בו מום וסיכום, כי מדובר רק בשאלה של מידת העונש והתאמתה לחומרת החטא. השופט מבחין במפורש בין ענישה גופנית שהיא מתונה וסבירה, ובין מעשי אכזריות שהם בגדר התעללות. לפיכך בפרשת ראסי עצמה הותיר בית המשפט העליון את ההרשעה על כנה, מכיוון שהעונשים שהשיתה הנזירה על הילדות לא היו מתונים וסבירים. השופט חשין ראה בפסיקתו משום פסיקה משפטית "טהורה" הקובעת איזו התנהגות תיחשב לעבירה פלילית ואיזו לא, ולא ראה בה משום החלטה במישור הפדגוגי המנחה את המחנך באיזו שיטת חינוך יבחר.

יש לציין, כי השופט שניאור זלמן חשין המשיך באותו קו בפרשה נוספת שנידונה לפניו זמן קצר לאחר מכן. באותו מקרה טענה אִם לילדים, כי האב מכה אותם ודרשה לנתקם ממנו. השופט דחה את הבקשה בין השאר בשל הסיבה הבאה:

"לא היו הוכחות, כי מר ג. (האב – ב'ש') הפרזו על המידה, או הלכה את הילד ללא כל אבחנה. נהפוך הדבר: היו הוכחות, כי העונש הוטל מיד לאחר שהתנהג הילד שלא כשורה, ובוצע בגופו של הילד במקום שהלקאה עשויה לגרום כאב אך לא נזק... ובאין הוכחה ברורה על הפרזה יתירה אין גם החוק אוסר על הורים להטיל ענשי גוף על בניהם."¹⁷

בדבריו גם רמזים לקני מידה שבהתקיימם ההכאה חורגת, לדעתו, מגבולות של מתניות וסבירות: (1) הכאה מעבר למידה; (2) הכאה הגורמת נזק ולא רק כאב; (3) הכאה הנעשית בלא הבחנה; (4) הכאה שאינה תגובה מיידית למעשיו של הילד. לגיטימיות השימוש בענישה גופנית עולה גם מדוגמא שנותן השופט אהרן ברק בפסק דין משלהי שנות השמונים. לדבריו,

"רכיב עובדתי אחר בעבירת האיומים הוא, שהפגיעה בגופו, בחירותו, בנכסיו, בשמו הטוב או בפרנסתו של אדם, תהיה "שלא כדין". כך, למשל, הורה המאיים על ילדו בפגיעה מסוימת, והאיום נעשה לצורכי חינוך הילד ובמסגרת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו, אינו מבצע עבירה פלילית של איום, שכן האיום הוא בפגיעה כדין. איום לפגיעה הוא כדין אם הדין מתיר את הפגיעה באופן שבו היא נעשתה"¹⁸ (ההדגשות אינן במקור)

¹⁷ ע"א 319/54 ד. ג. נ' ה. ג., פ"ד יא 261, 267, 272–273 (1957).

¹⁸ ע"פ 103/88 ליכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 373, 385 (1989).

בהמשך לכך קבע פרופ' שניאור זלמן פלר בשלהי שנות השמונים, כי תחום החינוך זקוק לעתים לצעדים אשר "אלמלא ננקטו למטרה חיונית וחיונית זו, היה בהם כל הנתונים כדי להצמיח עבירה פלילית".¹⁹ הוא מציין, כי אמנם אין כל הוראה נורמטיבית כתובה הקובעת את תחולת הצידוק כסייג לפליליות צעדים מסוג זה, אך "קשה לתאר אדם, שקטין נתון למרותו, אשר לא נקט כלפיו צעדים כאמור, המתבטאים באיומים, בהגבלות חופש התנועה ואף בעונשי גוף מסויימים... צעדים לשם חינוך קטין, שהינם בגדר הסביר, הנקוטים על-ידי מי שהקטין נתון למרותו, אינם מהווים עבירה פלילית. זוהי נורמה חברתית מקובלת, המהווה תשתית לסייג הצידוק לגבי מעשים כאלה".²⁰ לדבריו, נגיעה מכאיבה בגוף הילד, אם נעשתה על ידי הורה מטעמי מרות על הילד, יכולה להיות מותרת אם היא סבירה, בעוד שאם היתה נעשית כלפי ילד של הזולת או כלפי המבוגר, היה בה משום עבירה.²¹

לאורך השנים, אף לאחר פרשת פלונית ובעקבותיה, הונחו על שולחן הכנסת הצעות חוק, שמטרתן היתה לעגן פטור פלילי, אם בצורה של הגנת צידוק בחוק העונשין אם בדרכים אחרות, להורה ולמורה שהשתמשו בענישה גופנית קלה. הצעות אלו מעולם לא אושרו.²²

"ותשקוט הארץ (כמעט) ארבעים שנה". היריעה שפרש בית-המשפט העליון בפרשת ראסי שימשה בסיס לפסיקת הערכאות הפליליות השונות במשך כמעט יובל שנים, כהלכה מחייבת. גם בשנות התשעים, לפני ביטול הלכת ראסי, המשיכו בתי המשפט בערכאות השונות ליישמה, תוך צעידה ממקרה למקרה לפי הנסיבות ויישום עקרונות של מידתיות, סבירות ומתינות, בהתאם לפרשת ראסי, בלא צורך לאסור באופן גורף על ענישה גופנית. במקרים נקודתיים נאמרו אמרות ברוח הלכות אלה גם בפסיקה המאוחרת להלכת פלונית.²³ הלכת ראסי בוטלה בשלבים בפסיקות בית המשפט העליון בשנים 1998 ו-2000, אך עוד בטרם מלאה העשור הרביעי לקיומה החלו הרהורים באשר לתוקפה בערכאות הנמוכות, כפי שנפרט להלן. במישור הנזיקי נקבעה בסעיף 24(7) לפקודת הנזיקין הגנה להורים ולמורים אם

¹⁹ ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 497–498 (1987). גם אמירה זו תומכת, לדעתי, במסקנה שלולא הגנה שכזו בפסיקה למעשה לא היה מדובר בלקונה כלל, שכן בפשטות יש במעשים משום עבירה של תקיפה.

²⁰ שם.

²¹ שם, בעמ' 488.

²² לתיאור אותן הצעות ראו בנימין שמואלי "מה לפמיניזם ולזכויות הילד? השפעת תיאוריות פמיניסטיות על איסור ענישה גופנית לילדים כמקרה מבחן" **משפחה במשפט** א 57, 87–90 (2007).

²³ ראו, למשל, ת"פ (מחוזי י-ם) 113/03 **מדינת ישראל נ' וולך**, תק-מח 204(3) 1633, פס' 12 (2004).

השתמשו בכוח מתון וסביר לחינוכו של הילד. הספר **דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית** נכתב בסוף שנות השבעים על ידי פרופ' אהרן ברק, ופרופ' יצחק אנגלרד (שניהם חברי ההרכב בפרשת **פלונית**, שבה נאסרה ענישה גופנית בתא המשפחתית בשנת 2000. השופט אנגלרד היה חבר גם בהרכב בפרשת **שדה-אור**, שבה נאסרה ענישה גופנית במערכת החינוך בשנת 1998) וד"ר מישאל חשין. בספר זה תומכים המחברים במפורש (בפרק שכתב פרופ' ברק) בענישה גופנית מתונה וסבירה של הורים ומורים כסייג לתקיפה במישור הנזיקי, ואף מציעים להרחיב את ההגנה לתחומים נוספים. לדבריהם, סבירות מעשה החינוך שבהכאה נבחנת בין השאר גם בהתאם להשקפות החברה הישראלית על החינוך, על מטרותיו ועל דרכי הגשתו.²⁴ כאמור, הגנה זו בוטלה לבסוף בשנת 2000.

אם כן, בדין הפלילי היתה קיימת הגנה בפסיקה, ובדין הנזיקי היתה ההגנה מעוגנת בחקיקה, כך ששררה הרמוניה בין שתי מערכות הדינים. לבסוף בוטלו שתי ההגנות באותה שנה – שנת 2000.

ג. ההתפתחות במשפט הישראלי בהשוואה למשפט המשווה והצורך בבסיס איתן להצדקתה

ההתפתחות במשפט הישראלי שהביאה לביטולה המוחלט של הלכת **ראסי**,²⁵ להטלת איסור פלילי על ענישה גופנית הן במערכת החינוך והן בתא המשפחתית, לביטול ההגנה הנזיקית להורה ולמורה מפני תביעה בגין עוולת התקיפה ולהרשעת מורים גם בדין המשמעתי עקב נקיטתם ענישה גופנית, אירעה במהלך בן שישה שלבים, כפי שיוזכר להלן וכפי שיידון במפורט בפרק הבא. בכל אחד משלבי המהלך אפשר לחוש היטב בהשפעתו של חוק היסוד:

(1) מאבק בין שתי גישות בבתי משפט השלום והמחוזיים במהלך שנות התשעים של המאה העשרים. הגישה האחת גרסה, כי ענישה גופנית קלה עדיין מותרת, בהתאם להלכת **ראסי** של בית המשפט העליון משנות החמישים; והגישה האחרת גרסה, שענישה גופנית אסורה כיום, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם עקרון כבוד האדם העולה מחוק היסוד (החל על ילדים), בהיותה מזיקה ומשפילה.

(2) איסור פלילי על ענישה גופנית במערכת החינוך בפסיקת בית המשפט

²⁴ אהרן ברק, יצחק אנגלרד ומישאל חשין – **תורת הנזיקין הכללית** 423–424 (מהדורה שנייה, גר טדסקי עורך, התשל"ז).

²⁵ פרשת **ראסי**, לעיל ה"ש 4.

- העליון בשנת 1998 בפרשת **שדה-אור**,²⁶ שבה נקבע כי הלכת **ראסי** הישנה אינה הולמת עוד את הנורמות המקובלות כיום, שכן ענישה גופנית מסכנת את שלום התלמידים ועלולה לפגוע בערכי כבוד האדם ושלמות הגוף העולים בעיקר מחוק היסוד. כך בוטלה הלכת **ראסי** לגבי מערכת החינוך.
- (3) איסור פלילי על ענישה גופנית בתא המשפחתי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת 2000 בפרשת **פלונית**,²⁷ שבה נקבע כי דינה של הלכת **ראסי** להתבטל גם במסגרת התא המשפחתי, שכן ענישה גופנית נתפסת כיום כשיטת חינוך פסולה מכול וכול, בבחינת שריד לתפיסה חברתית-חינוכית שאבד עליה הכלח. בדרך למסקנה זו נשען בית המשפט על הקביעה, כי ענישה גופנית מפרה את זכותם הבסיסית של ילדים לאוטונומיה, לכבוד ולשלמות הנפש והגוף, כעולה בעיקר מחוק היסוד.
- (4) חקיקתה של זכות אזרחית לתלמיד שלא להיענש בעונש גופני ומשפיל, בחוק זכויות התלמיד התשס"א–2000,²⁸ "ברוח כבוד האדם", כהשפעה ישירה של חוק היסוד.
- (5) ביטולה, בשנת 2000, כמה חודשים לאחר מתן פסק הדין בפרשת **פלונית**, של ההגנה הנזיקית שעמדה להורים ולמורים אשר נקטו ענישה גופנית בנחיצות סבירה, שהיתה קיימת בסעיף 24(7) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש],²⁹ כהמשך ישיר של הפסיקה הפלילית בפרשת **פלונית** (ולאחר נסיגות עקרים לעשות כן בשנים שקדמו לאותה פסיקה), משום שהסעיף אינו עולה בקנה אחד עם נורמות היסוד של כבוד האדם.
- (6) פסיקות נחרצות של בית המשפט העליון בערעורים על החלטות בית הדין למשמעת של עובדי המדינה באשר לעובדי הוראה שהיכו תלמידים לצורכי חינוך, בעיקר משנת 2000 והלאה, תוך הפניה לפסיקות בפרשות **שדה-אור** ו**פלונית** והשלכה מהן; וכן הבהרה, כי ענישה גופנית אסורה גם לפי הדין המשמעי עקב נורמות היסוד החדשות.
- מהלך זה גורף ונחרץ, ששיאו בהטלת איסור פלילי על ענישה גופנית לילדים ולתלמידים, ודווקא בפסיקה, חייב גיבוי ברמות בסיס משפטי מוצק כחקיקת יסוד הן להצדקת המהפך גופו והן בהשוואה למשפטי המדינות, מכיוון שאף המדינות אשר אסרו על ענישה גופנית עשו זאת בדרך מעודנת בהרבה.
- ברוב מדינות העולם לא נאסרה ענישה גופנית כדרך לחינוך הילדים, במיוחד בתא

26 פרשת **שדה-אור**, לעיל ה"ש 7.

27 פרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 2.

28 חוק זכויות התלמיד, לעיל ה"ש 8.

29 ס' 24(7) בוטל בתקון מס' 9 לפקודת הנזיקין, לעיל ה"ש 9.

המשפחת. ברוב המדינות המודרניות ענישה גופנית אינה מותרת לחלוטין – על השימוש בדרך זו מוטלים סייגים הנובעים בדרך כלל מעקרונות של מתינות וסבירות. סייגים אלה מצטרפים להגנות פליליות כלליות, כגון צידוק, זוטי דברים, ואף צורך או הגנה עצמית, אם מדובר בהורה או באדם אחר התוקף את הילד לשם הגנתו מפני התנהגות שלו העלולה להזיק לו עצמו או לאחרים. בחלק מאותן מדינות הסייגים מפורטים יותר ובחלקן הם כוללים היגד כללי בדבר הצורך במתינות וסבירות ותו לא, והיגד זה מתמלא בתוכן בפסיקה, מקרה אחר מקרה. במדינות מסוימות ענישה גופנית נאסרה דווקא במערכת החינוך, תוך הבחנה בין מתן שיקול דעת וסמכות נרחבים יותר להורה מאשר למורה ותוך ביטול מעשי של עקרון השליחות שמכוחו הוכרה – במיוחד במשפט המקובל (ומכוחו גם בפרשת ראסי בישראל) – האפשרות של המורה והמנהל להשתמש בענישה גופנית כלפי התלמיד, מכיוון שהוא נמצא בנעלי ההורה (*in loco parentis*) בזמן שהותו של הילד במערכת החינוך.³⁰

את שיטות המשפט שבחרו להתיר ענישה גופנית כל עוד היא עומדת בסייגים של מתינות וסבירות, תוך קביעת סעיף הגנה מיוחד (בדרך כלל בדין הפלילי), אפשר למעשה לחלק לשתיים: חלק מאותן שיטות הסתפקו בכותרת של מתינות וסבירות, כאמור, והלכו בפסיקה ממקרה למקרה תוך ניסיון שלא לקבוע מסמרות מראש באשר למתינות ההתנהגות וסבירותה. זו למעשה דרכם של הדין האנגלי³¹ והדין האמריקני.³²

³⁰ נחמיאס, לעיל ה"ש 16. לסקירה השוואתית מעודכנת ראו המקורות לעיל בה"ש 1. להלן יובאו אסמכתאות לשיטות משפט ספציפיות שיוזכרו.

³¹ על המצב באנגליה ראו David Orentlicher, *Spanking and Other Corporal Punishment of Children by Parents: Overvaluing Pain, Undervaluing Children*, 35 Hous. L. Rev. 168–170 (1999); Scott A. Davidson, *When Is Parental Discipline Child Abuse?*, 147, 168–170 (1999); *The Vagueness of Child Abuse Laws*, 34 U. Louisville J. Fam. L. 403, 405–407, P.M. Bromley & N.V. Lowe, *Bromley's Family Law* (7th; 410–411 (1996); Brenda Hale, *Understanding Children's Rights: Theory and Practice*, 44; ed., 1987) Fam. Court Rev. 350 (2006). מדובר בהרצאה של הברונית הייל מריצ'מונד, שופטת בית הילדים, שהוצגה בקונגרס העולמי הרביעי בנושא דיני משפחה וזכויות הילד, קייפטאון, דרום-אפריקה, מארס 2005, וגרסה שלה פורסמה לאחרונה גם בעברית: הייל מריצ'מונד "הבנת זכויות הילד: תיאוריה ומעשה" **משפחה במשפט** א 13 (2007); Chris Barton & Gillian, *Shmueli*; Douglas, *Law and Parenthood* 150–152 (1995). בעמ' 70–71. לעומת זאת, בבתי הספר הציבוריים באנגליה נאסרה ענישה גופנית ב-1986, ובבתי-הספר הפרטיים עדיין לא נאסרה במפורש, אם כי בפועל נזנח השימוש בדרך זו (*Education* (No. 2) Act 1986, c.61, § 47–48 Hale, שם, בעמ' 351, 356.

³² ה-Model Penal Code האמריקני, המשמש בסיס לחקיקה פלילית במדינות רבות בארצות הברית, מאפשר להורה להשתמש בענישה גופנית כלפי ילד, כל עוד הכוח מופעל למטרה של "promoting the welfare of the minor", וכוח זה אינו מוגזג (*Model Penal Code, Part I*, Art. 3, § 3.08 (2001)). בכ-16 מדינות בארצות הברית קיימת חקיקה המתירה במפורש ענישה

שיטות משפט אחרות שנשענו גם כן על בסיס של מתינות וסבירות ניסו לתחום יותר את המסגרת הכללית, בעיקר על-ידי סקירה מפורטת של סייגים לענישה גופנית, הנגזרים למשל מגיל הילד, חומרת ההכאה, השימוש בכלים ומכשירים, נסיבות ההכאה ועוד. בדרך זו הלך המשפט הקנדי, הן לגבי הורים ואחרים אחרים על הילד והן לגבי מורים,³³ ודרכו זו דומה להפליא לזו של המשפט העברי.³⁴

כעשרים מדינות ברחבי העולם, רובן באירופה, אסרו על ענישה גופנית הן בתא המשפחתי והן במערכת החינוך. ברובן ננקטה דרך מעניינת וייחודית, השונה מן הדרך המקובלת בסוגיות אחרות. המחוקק באותן מדינות בחר בחקיקת סעיפים אזרחיים דווקא, בחוקי משפחה, זכויות אדם או כשרות משפטית, המצהירים על זכות אזרחית לילד שלא להיענש בעונש גופני תחת קביעת איסור פלילי להורה או למורה לעשות כן. מטרתם של סעיפים אזרחיים אלה הינה חינוך הציבור לנורמה חדשה ולא דווקא ענישה פלילית בפועל להורה, ובחלק מאותן מדינות אכן לונתה החקיקה החדשה במסע ציבורי-חינוכי במטרה להטמיע את הנורמה. הראשונה לנקוט כן מאז שנות

גופנית בתא המשפחתי, ובמדינות אחרות קיימות פסיקות של בתי המשפט המתירות זאת. ענישה גופנית במשפחה לא נאסרה באף אחת מן המדינות. ראו Kandice K. Johnson, *Crime or Punishment: The Parental Corporal Punishment Defense – Reasonable and Necessary, or Excused Abuse?*, 1998 U. ILL. L. REV. 413, 436 (1998) לעיל ה"ש 1, בעמ' 265–266; Ronnie Warburg, *Corporal Punishment in School: A Study in the Interaction of Halakha and American Law with Social Morality*, 37 TRADITION 57, 57 (2003), והמקורות שם בה"ש 5; Shmueli, שם, בעמ' 71–73. גם כאן, במערכת החינוך המצב מעט שונה. כמחצית ממדינות ארצות הברית בחרו עד היום לאסור ענישה גופנית בבתי-הספר. ראו Leonard P. Edwards, *Corporal Punishment and the Legal System*, 36 SANTA CLARA L. REV. 983, 1014 (1996), שם, בעמ' 278–290. מדינות אחרות מותירות את הנושא לשיקול דעתה של המערכת הבית ספרית, ובמדינות אחרות קיים היתר הדומה לזה שבתא המשפחתי.

Joan E. Durrant, *The Abolition of Corporal Punishment in Canada: Parent's versus Canadian Foundation for Children's Rights*, 2 INT'L J. CHIL. RTS. 129 (1994) Children, Youth and the Law v. Attorney General in Right of Canada, 2004 SCC 4 1 S.C. R. 76 [2004]; Shmueli, שם, בעמ' 73–77.

כך על פי הזרם השמרני-מסורתי בדין העברי. בדורות האחרונים אפשר לזהות מגמה שונה הקוראת להגבלה מסיבית של דרך חינוך זו, אם כי זו אינה נאסרה עדיין בדין העברי. ראו בנימין שמואלי "ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם על פי המשפט העברי – גישות מסורתיות וזרמים מודרניים – בעקבות ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור; וע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל פלילים י 365 (2001). אך השוו יחיאל ש' קפלן "המגמה החדשה בעניין ענישה גופנית של ילדים לצורכי חינוך" קריית המשפט ג 447, 483–485 (2003), המעריך, בהתאם לניתוח זכויות הילד על פי הדין העברי, כי לו עלתה הסוגיה כיום בפני בית הדין הרבני, היה זה נוטה לקבוע איסור על ענישה גופנית.

השמונים של המאה העשרים היתה שוודיה, שבעקבותיה הלכו שאר מדינות סקנדינביה,³⁵ ובעקבותיהן מדינות נוספות באירופה, ובהן אוסטריה,³⁶ גרמניה,³⁷ בולגריה,³⁸ ואיסלנד.³⁹ חלק מהסעיפים קובעים במפורש זכות לילד שלא להיחשף לכל צורה של ענישה גופנית, ואחרים קובעים איסור על אלימות לסוגיה באופן כללי. בחלק מאותן מדינות (שהבולטת בהן היא גרמניה) אף הושם דגש רב מאוד על חקיקה המחייבת טיפול קהילתי במשפחה מטעם שירותי הרווחה למניעת שימוש באלימות בסכסוכים משפחתיים, להפסקתה ולטיפול בה אם כבר אירעה, תחת העמדת הורים לדין פלילי. פתרון מעניין זה, הדורש בחינת התאמתו לכל שיטת משפט ולכל חברה, פירושו למעשה יצירת נורמה שלא על מנת לאכוף אותה דווקא, אלא כדי להביא אותה לידיעת הציבור ולנסות לחנכו להשתמש בדרכים חלופיות לא-אלימות לפתרון סכסוכים במשפחה, תוך שילוב פתרונות קהילתיים וחברתיים.⁴⁰

³⁵ לסקירה על המצב במדינות סקנדינביה ראו ROWAN BOYSON & LUCY THORPE, EQUAL PROTECTION FOR CHILDREN: AN OVERVIEW OF THE EXPERIENCE OF COUNTRIES THAT ACCORD CHILDREN FULL LEGAL PROTECTION FROM PHYSICAL PUNISHMENT 24–25, 38 BITENSKY; (2002) לעיל ה"ש 1, בעמ' 170–154, 184–180; Joan Senzek Solheim, A Cross-Cultural Examination of Use of Corporal Punishment on Children: A Focus on Sweden and the United States, 6 CHILD ABUSE & NEGLECT 147 (1982) Dennis; Alan Olson, The Swedish Ban of Corporal Punishment, 1984 BY.U L. REV. 447, 454–455 (1984) Durrant; לעיל ה"ש 33, בעמ' 479; Edwards; לעיל ה"ש 32, בעמ' 1019; Tamar Ezer, Children's Rights in Israel: an End to Corporal Punishment?, 5 OR. REV. INT'L L. 139, 170–175 (2003) Shmueli; לעיל ה"ש 1, בעמ' 115–108; אוריאה האוור "הפסקת ענישה גופנית של ילדים על מנת למנוע התעללות" ילדים בישראל על סף האלף הבא 221, 223–221 (אשר בן-אריה ויפה ציונית עורכים, 1999).

³⁶ Austrian Civil Code § 146a (ABGB). לגבי המצב באוסטריה ראו Shmueli, שם, בעמ' 116–115.

³⁷ German Ostracism of Force in Upbringing Act § 1631 (II) (Federal Law Gazette 2000 I) לגבי המצב בגרמניה ראו Durrant, לעיל ה"ש 33, בעמ' 167–166; BOYSON & THORPE, לעיל ה"ש 35, בעמ' 54–52; BITENSKY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 197–189; Shmueli, שם, בעמ' 118–116.

³⁸ Child Protection Act, art. 11(2), State Gazette No. 48 (2000).

³⁹ Children's Act, art. 28(2), No. 76 (2003).

⁴⁰ להרחבה בדבר ראו Shmueli, לעיל ה"ש 1, בעמ' 123–116. אמנם, קיימת מחלוקת בין מלומדים באשר לשאלת האכיפה הפלילית של אותם סעיפי חוק אזרחיים, שאינם מלווים בכל סנקציה שהיא. ישנם הסבורים, כי מדובר בסעיפים אזרחיים שכוחם הצהרתי ואי-אפשר להעמיד הורה לדין עקב הפרתם (Adrianne A. Haeuser, Reducing Violence towards U.S. Children: Transferring Positive Innovations from Sweden (unpublished, 1988) BITENSKY; ראו לעיל ה"ש 1, בעמ' 156; Olson; לעיל ה"ש 35, בעמ' 453–435; Murray A. Straus & Carrie L. Yodanis, Corporal Punishment by Parents: Implications for Primary Prevention 301

שתי מדינות בלבד מתוך אותן מדינות בחרו בפתרון בדמות הטלת איסור פלילי של ממש על ענישה גופנית בתא המשפחתי ובמערכת החינוך – קפריסין וישראל. אך קיימים שני הבדלים מהותיים בין שני ההסדרים: בקפריסין בחר המחוקק לחוקק סעיף חוק פלילי האוסר זאת ולאחר מכן נוהל מסע פרסום ציבורי חינוכי להטמעת הנורמה.⁴¹ בישראל, כאמור, שיאו של התהליך בפסיקת בית המשפט העליון שאסרה על ענישה גופנית במסגרת התא המשפחתי, שלא גובתה בחקיקה (גם לאחר אותה פסיקה) וגם לא נוהל מסע ציבורי ממשלתי להטמעת אותה נורמה.

אין מטרתו של חיבור זה למתוח ביקורת על ההסדר הישראלי או לדון בצורה זו או אחרת בחינוכיות השימוש בענישה גופנית כדרך חינוך או בצורך לאסור אותה.⁴² המטרה היא אך להצביע על כך, כי הפתרון שננקט בישראל הוא בעייתי וקיצוני מהיבטים שונים אף בהשוואה לאותן מדינות שאסרו גם הן על ענישה גופנית אך עשו זאת בצורה מעודנת יותר. לכן הבחירה בפתרון כזה חייבה, לצורך הצדקתו, היתלות באילן גבוה ולצורך כך נבחר, ובטבעיות – כך נראה – חוק היסוד. אמנם, היתה השפעה

(of Assaults on Spouses and Children, 2 U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 35, 65 (1995)). לעומתם, ישנם הסבורים כי דווקא הדבר אפשרי ואפשר להעמיד הורים לדין פלילי גם בעקבות אותם סעיפים אזרחיים (ראו סקירה אצל BITENSKY, שם, בעמ' 155–157). עם זאת, גם האחרונים מודים כי מדובר באפשרות תיאורטית למדי ולא זו היתה מטרתה של אותה חקיקה, אלא חינוך הציבור וקביעת נורמה חדשה בתקווה שתחלחל ותשנה את המצב הקיים בלא התערבות המשפט הפלילי, ובפועל אכן לא מוגשים באותן מדינות כתבי אישום בגין ענישה גופנית קלה.

⁴¹ The Law which Provides for the Prevention of Violence in the Family and Protection of Victims, Annex (I), Laws of Cyprus 2000/I, Law No. 119(1) of 2000, Criminal Code, Ch. 154. לסקירה קצרה ראו Shmueli, שם, בעמ' 99–101. מלומדים מסבירים, כי החוק חל על כל צורה שהיא של אלימות כלפי ילדים, כולל ענישה גופנית, שלמעשה אינה מוזכרת במפורש בחוק. ענישה גופנית אסורה באיסור פלילי גם בבתי הספר ובמוסדות החינוכיים בקפריסין. ראו BITENSKY, שם, בעמ' 174–180.

⁴² זאת נעשה כבר בעבר ובהרחבה. לביקורת על המצב בישראל מהיבטים שונים ראו Rhona Schuz, *Child Protection in the Israeli Supreme Court: Tortious Parenting, Physical Punishment and Criminal Child Abuse*, THE INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW 165 (2001) (להלן: Schuz, 2001); Rhona Schuz, 'Three Years On': An Analysis of the Delegalization of Physical Punishment of Children by the Israeli Courts, 11 INT'L. J. OF CHILD. RTS. 235 (2003); אוולין גורדון "שופטים ללא גבולות" תכלת 10, 65 (2001); אמנון סטרשנוב **ילדים ונוער בראי המשפט** 187–188 (2000); לסלי סבה "'חושך שבטו' בהוראת בית המשפט: הרהורים בעקבות מהפך משפטי" **מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום** – **לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות** 425 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003); Shmueli, שם, בעמ' 88–108. לתמיכה בפתרון הישראלי ראו BITENSKY, שם, בעמ' 205–211; Ezer, לעיל ה"ש 35.

בתהליך בישראל גם למקורות נוספים, ובראשם אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד,⁴³ אך דומה כי ההשפעה המרכזית היא של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; מה עוד שהאמנה אינה קובעת במפורש איסור על ענישה גופנית⁴⁴ ומה עוד שהפרשנית המוסמכת של

⁴³ אמנם, האמנה (לעיל ה"ש 6) לא נקלטה ישירות בחקיקה הישראלית, אך בפסיקה (בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002) (להלן: עניין יתד)) בשנות התשעים נקבעה חזקה פרשנית, שלפיה יש להתאים את חוקי המדינה לנומרות המשפט הבין-לאומי שמדינת ישראל מחויבת להן וכי החוקים יתפרשו ככל האפשר בהתאם לחזקה זו. האמנה יכולה להוסיף על כל חוק שנחקק במדינות החברות והמגן על זכויות הילד בצורה טובה ויעילה יותר מאשר האמנה, אך לא לגרוע ממנו (דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד 25–26, 29–30 (2001) (הוגש לוועדת האו"ם לזכויות הילד על ידי משרד החוץ ומשרד המשפטים); ע"פ 3112/94 אבו חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, פס" 9 (1999). בשנת 2002 אושר בכנסת ישראל חוק הקולט את הוראות האמנה בצורה עקיפה – חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב–2002, ס"ח 486. מטרתו של חוק זה היא לחייב את הרשות המחוקקת והמבצעת לבחון במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה את השפעת ההצעה על זכויות הילד ברוח עקרונות האמנה. לפי חוק זה, המחוקק גם מחויב לציין בדברי ההסבר של הצעת חוק לקריאה ראשונה, שלכאורה נראה שכרוכה בה השפעה, ולו עקיפה, על זכויות הילד, את עובדת קיומם של פגיעה או שיפור בזכויות אלה – לפי העניין. בשנת 1997 הוקמה על ידי שר המשפטים דאז, צחי הנגבי, ביוזמה משותפת עם המועצה הלאומית לשלום הילד, ועדה של אנשי ציבור בראשות שופטת בית משפט המחוזי בתל אביב, סבינה רוטלוי, בעברה שופטת נוער, לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה על פי עקרונות האמנה (דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד, פורסם באתר משרד המשפטים www.justice.gov.il/MOJHeb/HavaadLeZhuzyot). הוועדה התבקשה בין השאר לבחון את הצורך לחוקק חוק לקידום זכויות הילד שבו ישולבו, לאחר בחינה מחודשת של החקיקה הקיימת, כל הוראות החוק הנוגעות לילדים ולנוער; וכן לבחון הקמת גופים ומנגנונים שיישמו, יתאמו ויפקחו על מימוש זכויות הילד על פי האמנה. עקרונות הסדרת החקיקה נעשו מתוך נקודת המבט שילד בכל גיל הוא נשוא לזכויות משל עצמו. מסקנות הוועדה הוגשו בשנים 2003–2004. הוועדה המליצה לחוקק סעיף חוק בדין הפלילי שיעגן את זכותו של הקטין להגנה על גופו, בין השאר באמצעות הטלת איסור על ענישה גופנית או אמצעים משפילים כאמצעי משמעת הן על ידי הורים הן במערכת החינוך (דו"ח ועדת המשנה בנושא "הקטין בהליך הפלילי" ס' 9.7.3.4 "אמצעי משמעת וענישה במעונות – קביעת איסור על ענישה גופנית ו/או משפילה", בעמ' 136–137 לדו"ח; וס' 9.8.5.6 "הגנה מפני אלימות ואמצעי משמעת", בעמ' 152–153 לדו"ח. שני הסעיפים רלוונטיים לקטינים במעונות ובמוסדות. כמו כן ראו דו"ח ועדת המשנה בנושא "חינוך" ס' 5.3 "אמצעי משמעת", בעמ' 99–104, 106–107, שם ההתייחסות היא הן להורים ולאחראים על הילד והן למערכת החינוך). בכך פירשה הוועדה את האמנה פירוש המעמדי ענישה גופנית בשורה אחת עם צורות של ניצול, פגיעה, התעללות והזנחה, מתוך הנחת מוצא של האמנה, שעל פיה כל אמצעי משמעת משפיל הוא בראש ובראשונה פגיעה בזכות הילד לכבוד. חלק גדול מההמלצות הענפות של הוועדה לא יושמו עד עתה.

⁴⁴ קיימת מחלוקת בין מלומדים אם איסור כזה נובע בצורה זו או אחרת מס' 19(1) לאמנה. ישנם

האמנה, היא ועדת האו"ם לזכויות הילד (Committee on the Rights of the Child) שהוקמה מכוח סעיף 43 לאמנה, עודדה את המדינות החברות לאמץ דווקא את המודל הסקנדינבי, הקובע, כאמור, זכות אזרחית לילד שלא להיחשף לענישה גופנית, ולא איסור פלילי על ביצועה בידי הורה או מורה.⁴⁵ ישנם הרואים בכך מטרה מכוונת ליצור באמנה סטנדרט מינימום בלבד, מתוך תקווה שהמדינות אכן ימלאו אותו, וזאת בהצבת רף עליון שספק אם כל המדינות יוכלו להגיע אליו, בבחינת "גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה".⁴⁶

אכן, אין פלא שפתרון כמו זה הישראלי לא ננקט ברוב מדינות העולם וזאת משלושה היבטים שונים (שני ההיבטים הראשונים מבדילים בין הפתרון הישראלי לזה הקפריסאי; ההיבט השלישי מבדיל בין הפתרון הישראלי והקפריסאי כאחד ובין הפתרון שננקט בשאר המדינות): (1) הטלת האיסור בפסיקה ולא בחקיקה; (2) אי-קיום מסע חינוכי ממשלתי להטמעת הנורמה; (3) הליכה במתווה של הסדר פלילי ולא של הסדר רך יותר של חקיקת זכות אזרחית. והדברים קשורים זה בזה, שכן הפיכת חלק גדול מן ההורים לעבריינים בעקבות נקיטתם ענישה גופנית קלה, גם אם זו אינה מומלצת ועלולה להזיק לילד, היא בעייתית ועלולה להיות הרסנית לתא המשפחתי הן בהיבט הפלילי (מעצר, צווי הרחקה, ענישה פלילית עד כדי מאסר) הן בהיבט האזרחי (אפשרות לתביעת נזיקין אזרחית כלפי הורה) והן בהיבט שלמות המשפחה. הבעייתיות אכן גדולה במיוחד לגבי פתרון כמו בישראל, שכן הליכי חקיקה, להבדיל

הסבורים, שהסעיף עמום מדי ואינו מאפשר להורה לדלות מסקנות אופרטיביות באשר להיתר או לאיסור לנקוט ענישה גופנית קלה (Schuz 2001, לעיל ה"ש 42, בעמ' 174). אחרים התנגדו נחרצות לפרשנות, שלפיה לאמנה תחולה לגבי ענישה גופנית (Susan O'Rourke Von Struensee, *Violence, Exploitation and Children: Highlights of the United Nations Children's Convention and International Response to Children's Human Rights*, 18 (1995) SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 589). לעומתם, היו שטענו, כי הגם שס' 19 אינו חד וברור, עליו לשמש בסיס לחקיקה האוסרת על כל אלימות כלפי ילדים, ובכלל זה ענישה פיסית (MICHAEL FREEMAN, *CHILDREN'S RIGHTS: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* (1996)), בעוד היו שטענו, כי ס' 19(1) דווקא קובע איסור מפורש על ענישה גופנית (Michael Freeman, *Children are Unbeatable*, 13 CHILDREN & SOCIETY 130, 135 (1999); BITENSKY, לעיל ה"ש 1, בעמ' 116). לדיון נרחב בסוגיה זו ראו Shmueli, לעיל ה"ש 6.

⁴⁵ U.N. Doc., CRC/C/34, Annex IV, 63 (1994) (מסמכי האו"ם); THE IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 242-247, prepared for UNICEF by Rachel Hodgkin & Peter Newell, United Nations Children's Fund (1998). מסקנות הוועדה הן בגדר המלצה, ופרשנותה את האמנה אינה מחייבת, אם כי יש להתחשב בה לפחות כאל מקור משלים כגון ספרות משפטית.

⁴⁶ Ruth Lawrence-Karski, *Legal Rights of the Child: The United States and United Nation Convention of the Rights of the Child*, 4 INTE'L J. CHILD. RTS. 19 (1996).

מפסיקה, אורכים זמן רב יותר ומאפשרים הטמעת הנורמה החדשה, גם תוך משא ומתן בין נציגי החלקים השונים של הציבור היושבים בפרלמנט; בעוד פסיקה היא פתאומית, נעשית בן-יום, בלא הכנה מוקדמת, ופותחת פתח לטענה שדעות השופטים אינן משקפות את דעות האוכלוסייה. נוסף על כך בלא הטמעה טובה של הנורמה – למשל: באמצעות מסע חינוכי-הסברתי אינטנסיבי – האיסור עלול להיתפס כ"גזרה שאין הציבור יכול לעמוד בה". הבעייתיות גדולה עוד יותר בחברות רב-תרבותיות, שבהן מגזרים שונים על רקע דתי, עדתי או אחר וכן מהגרים רבים כמו בישראל.⁴⁷ בישראל התנהל ויכוח חברתי ומשפטי רב לאחר הפסיקה בפרשת פלונית ובין השאר התרעמו חוגים דתיים על כך שלא נעשתה פנייה כזו או אחרת בפסק הדין למשפט העברי, אף לא לפסוק המפורסם "חושך שבטו שונא בנו ואהבו שחרו מוסר",⁴⁸ מה שהיה משפר את יכולתם להפנים ולקבל את הנורמה החדשה גם אם היא שונה מזו שאליה הם מורגלים. אכן יש להניח, שהידרשות כלשהי לדין העברי במדינה שבה כחמישית מהאוכלוסייה מגדירה את עצמה כדתית ועוד אחוזים רבים המגדירים עצמם כמסורתיים, היתה מסייעת להטמעת הנורמה או לפחות לריכוך חלק מהאנטגוניזם נגדה. בקבוצות אחרות בישראל, כגון במגזר הערבי או בקרב חלק מקהילות העולים, ענישה גופנית מקובלת מאוד,⁴⁹ והפסיקה לא נתפסה ככזו המשותפת לכל הקבוצות הללו. בקפריסין, כאמור, שגם בה הנורמה נקבעה בדיני העונשין (וגם בה חברה רב-תרבותית), נעשה השינוי בחקיקה, וכך בבד נעשה גם מסע פרסום במטרה לחנך את הציבור – שגם הוא רב-תרבותי – לגבי הסטטוס המשפטי החדש.

לפיכך הטיפול המשפטי הפלילי הגורף, בעיקר אם הוא מתבצע בפסיקה ובלא מסע הסברתי קודם (או לפחות מקביל), נתפס, בניתוח השוואתי, ככזה שאינו עדין דיו, גם אם הוא מוצדק עקרונית לדעות מסוימות, בשל יישום עקרונות של זכויות הילד. בנקודה זו אכן היה צורך בעוגן מרכזי, כגון חוק היסוד, להצדקת השינוי הגורף והפתאומי (כך השינוי נתפס בקרב הציבור), בייחוד כאשר זה נעשה בפסיקה ולא בחקיקה, ובניגוד לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון ששלטה בכיפה במשך עשרות בשנים ובסתירה לפסיקות של ערכאות נמוכות שנתלו בתקדים שנקבע באותה הלכה ישנה.

⁴⁷ לדיון בענישה גופנית בחברה רב-תרבותית מבחינה משפטית וחברתית, תוך הידרשות לגישה אינדיבידואליסטית, השמה דגש בפרט, מול גישה קולקטיביסטית-משפחתית, היכולה לכאורה להתאים יותר לחברה רב-תרבותית בסוגיית ענישה גופנית, ראו Shmueli, לעיל ה"ש 1, בעיקר בעמ' 123–137.

⁴⁸ משלי יג, כד. לדיון בפסוק על משמעויותיו ופירושו ובדין העברי בסוגיה באופן כללי וראו שמואלי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 375–381.

⁴⁹ Schuz 2001, לעיל ה"ש 42, בעמ' 180.

ד. השלכת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על שלבי התהליך המשפטי שהוקיע את ההכאה לשם חינוך

1. כיצד מתקשר חוק היסוד לזכויות הילד, לטובתו ולהגנה עליו, בכלל, ולסוגיית הכאה לשם חינוך, בפרט?

גם בתקופתנו המודרנית, תקופת ההגנה על זכויות האדם, קיימות גישות שונות לתפיסת הכאה לשם חינוך. ה"מאבק" בולט במיוחד בשדה מדעי החברה. גישה אחת גורסת שכל ענישה גופנית, קלה כמתונה, מנוגדת לכבוד האדם של הילד בהיותה משפילה וכואבת ואף עלולה לגרום לנזקים גופניים, נפשיים והתפתחותיים;⁵⁰ והגישה האחרת גורסת, שהיא אינה מזיקה או שיעילותה עולה על נזקה, והיא אף חשובה לעיצוב גבולות לילד.⁵¹

שתי הגישות הללו מקבלות בימינו לבוש משפטי. הגישה הגורסת, שענישה גופנית מזיקה ופוגעת בכבודו של הילד, מקבלת לבוש משפטי של "זכויות הילד"

⁵⁰ Peter Newell, *Respecting Children's Right to Physical Integrity – What the World Might Be Like*, in THE HANDBOOK OF THE CHILDREN'S RIGHTS – COMPARATIVE POLICY AND PRACTICE 224–225 (1995); Orentlicher, *Policy and Practice* 224–225 (1995); בעמ' 155–160; ALICE MILLER, *FOR YOUR OWN GOOD: HIDDEN CRUELTY IN CHILD-REARING AND THE ROOTS OF VIOLENCE* 7, 61, 65–66, 115–116, 232 (3rd ed., Hildegard & Hunter Elizabeth Thompson Gershoff, *Corporal Punishment by Parents and Associated Child Behaviors and Experiences: A Meta-Analytic and Theoretical Review*, 128 PSYCHOL. BULL. 539 (2002); MURRAY A. STRAUS & DENISE A. DONNELLY, *BEATING THE DEVIL OUT OF THEM: CORPORAL PUNISHMENT IN AMERICAN FAMILIES* 119–120 (1994); PHILLIP GREVEN, *SPARE THE CHILD: THE RELIGIOUS ROOTS OF PUNISHMENT AND THE PSYCHOLOGICAL IMPACT OF PHYSICAL ABUSE* 193–198 (1990); Warburg, *Abuse* 193–198 (1990); Johnson, *Shaming* 58 (1990); לעיל ה"ש 32.

⁵¹ Diana Baumrind, *A Blanket Injunction Against Disciplinary Use of Spanking Is Not Warranted by the Data*, 98 PEDIATRICS 828 (1996); Diana Baumrind, Robert E. Larzelere & Philip A. Cowan, *Ordinary Physical Punishment: Is It Harmful? A Review*, 98 PEDIATRICS 824 (1996); Majorie Lindner, *Comment on Gershoff (2002)*, 128 PSYCHOL. BULL. 580 (2002); Gunnoe & Carrie Lee Mariner, *Toward a Developmental-Contextual Model of the Effects of Parental Spanking on Children's Aggression*, 151 ARCHIVES OF PEDIATRICS AND ADOLESCENT MEDICINE 768 (1997); Robert E. Larzelere, *A Review of the Outcomes of Parental Use of Nonabusive or Customary Physical Punishment*, 98 PEDIATRICS 824 (1996).

(כחלק מ"זכויות האדם") שתוכנן נשאב מעקרונות יסוד, כגון "שוויון", "כבוד האדם" ו"זכות האדם על גופו". ואכן, ברבע האחרון של המאה העשרים אפשר להצביע על שיטות משפט רבות העוברות לדוקטרינת "זכויות הילד", הרואה את הילד כנושא זכויות ולא כנשוא זכויות, במידה רבה על חשבון זניחה מוחלטת או חלקית של דוקטרינה ותיקה יותר – "טובת הילד".⁵² זכויות הילד הן אישיות ונפרדות מאלה של ההורים. הן גורמות למשפט לצמצם את מרווח ההתנהגויות ההוריות המותרות. ודוק: בדרך כלל אין דוקטרינת זכויות הילד מפורשת בצורה קיצונית, המבקשת להתייחס לילד בדיוק כמו למבוגר, אלא בהתאם להתפתחות הילד לפי גילו.⁵³

על פי גישה זו, כל נקיטת דרך אחרת תביא למצב של תוהו ובוהו, שכן תחום שאינו שפיט "מזמין" את בעל הכוח והשררה במשפחה לעשות בה ככל העולה על רוחו. ברוב המקרים יחסי הכוח בתא המשפחתי מצביעים על הורה חזק ובעל מרות ועל ילד כאורגן החלש.⁵⁴

הגישה האחרת תגרוס שיש לאפשר, מנימוקים שחלקם פטרנליסטיים, לשמור על מרווח סמכויות גדול יותר להורה מתוך ראיית החשיבות שבדינמיקה המשפחתית כל עוד הדבר יעיל להתפתחותו של הילד ואינו גורם נזק רב, גם אם אפשר להצביע על חלופות טובות יותר ופוגעניות פחות בנסיבות העניין, כפי העולה מהבחינה המסורתית יותר של "טובת הילד".⁵⁵ אמנם, דוקטרינת "טובת הילד" מכירה בילד

⁵² לסקירה על תהליך המעבר (החלקי) בין הדוקטרינות ראו פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך שני 217 ואילך (1989); שולמית אלמוג **זכויות של ילדים** 45–52 (התשנ"ז); ישראל צבי גילת **דיני משפחה – יחסי הורים וילדים – מזונות, יחסי ממון, משמורת וחנינון** פרק 6, 463 ואילך (2000); לסלי סבה **זכויות האדם ומערכת הענישה – האם שנות ה-90 הניבו שתי מהפכות חוקתיות?** **מחקרי משפט** יג 183, 214 והאסמכתאות בה"ש 189 (1996); יחיאל ש' קפלן **"זכות הילד לתבוע את הוריו בגין התעללות נפשית" מגמות בקרימינולוגיה: תאוריה, מדיניות ויישום – לכבוד ד"ר מנחם הורוויץ בהגיעו לגבורות** 463, 469–465 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003) (להלן: קפלן, התעללות נפשית); יחיאל ש' קפלן **זכויות הילד בפסיקה בישראל – ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה** **המשפט** ז 303 (התשס"ב) (להלן: קפלן, מפטרנליזם לאוטונומיה); ישראל צבי גילת **"מגמתם של היחסים שבין הורים וילדים בדיני התורה וטמיעתם במשפט הנוהג בישראל"** **מאזני משפט** א 297, בעיקר בעמ' 312–321, 374–356 (התש"ס); דעות שונות של השופטים בע"א 2266/93 **קטין נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221 (1995) (להלן: פרשת ע"א 2266/93).

⁵³ להרחבה ראו קפלן, מפטרנליזם לאוטונומיה, שם בעמ' 308–309.

⁵⁴ לעניין זה חשיבות גם מכיוון הביקורת הפמיניסטית והרלוונטיות שלה לעניין זכויות הילד, בכלל, ולסוגיית ענישה גופנית, בפרט. לעניין זה ראו שמואלי, לעיל ה"ש 22; Benjamin Shmueli, *What Has Feminism got to do with Children's Rights? A Case Study of a Ban on Corporal Punishment*, 22 Wis. Women's L.J. 177 (2007).

⁵⁵ המונח נמצא בשימוש בדיספלינות שונות, כגון פסיכולוגיה, עבודה סוציאלית, פסיכיאטריה וחנינון. יש לציין גם, כי עיקרון זה רב-משמעויות גם בעולם המשפט. הדיון הענף של השופטים

כנשוא זכויות נפרדות משל הוריו וכזכאי להגנה ולהתפתחות פיסית, נפשית, רוחנית וחברתית, אך בד בבד היא מבינה כי צרכים אלו אינם חזות הכול ויש להעמידם בשורה אחת עם אינטרסים נוספים, כלליים-חברתיים ופנים-משפחתיים, וביניהם הכרה בסמכות נרחבת יחסית להורה, גם אם לא מוחלטת. בבסיס הדוקטרינה מצוי הרעיון, שהמבוגר צריך לדאוג לילד ולהגן עליו גם מפני פעולות והחלטות העלולות לגרום לו נזק אם יבצע אותן, מכיוון שילדים טרם הגיעו לכלל התפתחות פיסית ושכלית מלאה ולא תמיד הם מסוגלים לקדם את האינטרסים שלהם בצורה טובה. לא תמיד הילד בשל להחליט בענייניו, ולתן חלל זה נכנסים מבוגרים – החברה, המדינה ובתי-המשפט – והם אלה שיחליטו בדרך כלל עבור הילד באופן שקול. דוקטרינת "טובת הילד" עולה בקנה אחד, ולו באופן חלקי, עם ההתחשבות בשלמות המשפחה ועם זכויות ההורים למלא את חובתם לטובת הילד, למשל: בסוגיית גידולו וחינוכו.⁵⁶ דוקטרינה זו היתה עד לאחרונה עיקרון מרכזי בשיטות משפט רבות, וגם עם המעבר (החלקי בדרך כלל) של חלקן לדוקטרינת "זכויות הילד" קשה לומר, שהיא נזנחה לחלוטין (גם בישראל נוהגת למעשה שיטה מעורבת).⁵⁷

אדרבה: גם אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שאמנם כוללת סעיפים רבים המשקפים דוקטרינה של זכויות הילד, דווקא קובעת בסעיף 3 שלה, כי "בכל הפעולות הנוגעות לילדים... תהיה טובת הילד שיקול ראשון במעלה". מהותה של האמנה היא למעשה הקניית זכויות לילד באופן מדורג ובהתאם לגילו, אולי כביטוי למצב שבו קשה להבחין בצורה חותכת בין הדוקטרינות.⁵⁸

לפי רציונל זה, סוגיית ענישה גופנית לילדים אינה משקפת בהכרח קונפליקט בין זכויות הילד לזכויות ההורה. ישנה כאן נקודת מבט גם על טובתו של הילד, גם על

בפרשת ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 52, מצביע על כך.

⁵⁶ לכאורה קיימת מחלוקת לגבי משמעות המושג "זכויות ההורה". פרופ' שיפמן מסביר, כי אי-אפשר להתמקד רק בילד ובזכויותיו ולזנוח את זכויות ההורה, גם אם בדרך כלל המשפט מודגיש את חובותיהם (שיפמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 219–222). לעומתו, ד"ר שרשבסקי סבור כי עקרון "טובת הילד" הוא חזות הכול ואין מקום לדון בזכויות ההורה אלא בכאלה שמטרתן לאפשר את מילוי חובת ההורים על הצד הטוב ביותר (בנציון שרשבסקי **דיני משפחה** 401 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993)). ייתכן, שזו גם כוונתו למעשה של פרופ' שיפמן. יש לציין, כי פרופ' טדסקי הזהיר (בהקשר לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות) שאין להתחשב יתר על המידה ב"טובת הילד" בלא התחשבות גם בזכויותיהם הטבעיות של ההורים (גד טדסקי "משבר המשפחה וחסיד המסורת" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** 282, 286 ה"ש 17 (גד טדסקי עורך, התשכ"ד)).

⁵⁷ זו מסקנתו של קפלן, מפטרנליזם לאוטונומיה, לעיל ה"ש 52, ובכל הכבוד הראוי יש לסמוך ידיים על מסקנה זו.

⁵⁸ דומה, שגם מסקנה זו עולה מסקירתו של קפלן, שם.

"טובת התא המשפחתי" וזכויותיה העצמאיות של המשפחה, תוך נקיטת הנחה בסיסית כי אי-אפשר להשיג שוויון בזכויות בין ילד למבוגר מכיוון שכשירותיותו של הילד אינן דומות לאלה של המבוגר ואישיותו עדיין אינה בשלה להחלטות עצמאיות.⁵⁹ לפי גישה זו, ההתחשבות בזכויות הילד אינה נזנחת, אך יהיה זה רק שיקול אחד במכלול השיקולים; שכן מרכז הכובד הוא טובת הילד לטווח הרחוק, גם אם הדבר אינו עולה תמיד בקנה אחד עם זכויותיו המיידיות. לכן אליבא דתפיסה זו, התנהגויות הוריות, כגון ענישה גופנית, לא תישללנה משפטית כל עוד הן עומדות בסייגים מצמצמים, כגון מתינות וסבירות. הדבר בולט בעיקר בתא המשפחתי: על המשפט לאפשר לתא זה לנהל את ענייניו בצורה אוטונומית, כאשר פגיעה קלה אל לה שתגרור את המשפט להתערב. יש להותיר את הסנקציות, אם בכלל, לשדה המוסר החברתי; וגם אם מומחים ממדעי החברה ממליצים שלא לפעול בצורה מסוימת כלפי הילד, עדיין אין הדבר גוזר בהכרח הטלת איסור משפטי על אותה התנהגות.⁶⁰ בהמשך לכך, על הטענה כי בכך יהיה תחום לא שפיט המזמין את בעל הכוח לעשות שם כרצונו, יש להשיב שגם הקביעה כי עניין מסוים אינו שפיט או שהוא נתון לחסינות היא בבחינת שפיטות: המשפט דן בסוגיה ונוקט עמדה, שעניין מסוים אינו אסור משפטית כל עוד הוא עומד בסייגים מסוימים, כגון מתינות, סבירות ומידתיות.

לפיכך לגישה זו אין בהכרח לשלול ענישה גופנית כדרך חינוך. אמנם, דוקטרינת טובת הילד מכירה בילד כנשוא זכויות, אך היא דינמית, משתנה בהתאם לנסיבות, והשלכותיה שונות, למשל, בין משפחה יציבה ו"נורמלית" למשפחה מסוכסכת ומפורקת.⁶¹ דוקטרינה זו לא נזנחה למרות המעבר של מדינות רבות, ובהן ישראל, להסתמכות חלקית על דוקטרינת "זכויות הילד". ואדרבה, כאמור, היא קיבלה חיזוק בסעיף 3 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד. עם זאת, כאמור, האמנה מגלמת מגמה מעורבת של "זכויות הילד" יחד עם "טובת הילד", ומהותה הקניית זכויות לילד במדורג ובהתאם לגילו. האמנה מביאה בחשבון גם את זכויות ההורים וחובותיהם, זכויות בני המשפחה וזכויות המשפחה, בכלל.⁶² מדובר במעין סטנדרט-ביניים, המביא

⁵⁹ ראו יאיר רונן **מחקר בנושא רב תרבותיות** 27–29 (2001) (הוגש לוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט). המחלוקת נעה על מידת גזירת הפטרנליזם מהנחה זו, ועיינו MICHAEL FREEMAN, *THE MORAL STATUS OF CHILDREN: ESSAYS ON THE RIGHTS OF THE CHILD* (1997); 37–38 (1997) Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, in *PATERNALISM* 3 (1997).

⁶⁰ להרחבה בעניינים אלה ראו בנימין שמואלי **ההתערבות המשפטית ביחסי הורים וילדים: ענישה גופנית, כליאת שווא והזנחה**, (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2005).

⁶¹ שיפמן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 218–222.

⁶² ראו, למשל, במבוא לאמנה (לעיל ה"ש 6, בעמ' 222–223), בס' 2 ו-5, ובסעיפים רבים אחרים המדברים על חשיבות הקשר בין הילד להורה.

בחשבון לא רק את זכויות הילד, אלא גם את הרצון שלא לשבור את סמכות ההורה ולא לפגוע כך בכלי חשוב ב"משחק התפקידים" בדינמיקה המשפחתית. כפי שראינו, שתי הגישות הללו משתקפות גם במשפטי העמים. בינתיים קיים רוב מספרי ברור לטובת הגישה השנייה על פני הגישה הראשונה, שכן ברוב מדינות העולם, גם המערבי, ענישה גופנית מתונה וסבירה מותרת. באשר לישראל, את שתי הגישות הללו יש לבחון כיום, ומאז שנת 1992, מול חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והפרשנויות העולות ממנו לעניין ענישה גופנית לילדים. חוק זה, שנחקק באותה שנה, קיבל מעמד-על במשפט הישראלי בכך שהעניק תוקף חוקתי לזכויות היסוד של האדם. תכליתו להגן לא רק על גופו של אדם, אלא גם על כבודו, ולמנוע את השפלתו, בהתאם למטרה העולה מסעיף 1א לחוק – למנוע פגיעה בערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שני סעיפים בחוק רלוונטיים לענייננו:

"שמירה על החיים, הגוף והכבוד

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

הגנה על החיים, הגוף והכבוד

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו."

למעשה זכויות האדם לא היו זרות למשפט הישראלי גם לפני החוק,⁶³ אך חקיקת היסוד הפכה את כבוד האדם והשמירה על גופו לזכות יסוד מוגנת, שלה רמה נורמטיבית גבוהה מזו של חוק "רגיל" ושל הלכה של בית המשפט.⁶⁴ בהקשר זה, כבוד הילד מקבל מעמד מיוחד, שכן אבן בוחן של החוק עשויה להיות מידת הגנתו על החלשים בחברה. פרופ' אהרן ברק ציין בכתביו, כי במרכזו של חוק היסוד עומד כל אדם – בגיר כקטין.⁶⁵ שופט בית המשפט העליון ד"ר מישאל חשין מציין, כי "קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל

⁶³ מגילת העצמאות מושתתת על יסודות החירות והצדק לפי חזון נביאי ישראל, והיא קוראת לשוויון זכויות חברתי ומדיני. בית המשפט העליון גיבש את זכויות היסוד השונות לאורך השנים, וחוקי היסוד לא יצרו אותן יש מאין אלא איגדו אותן בהוראות סטטוטוריות, תוך קביעת הסדרים לחלוקתן ולהגנה עליהן. ראו על כך מאיר שמגר "כבוד האדם ואלימות" **משפט וממשל ג** 39, 33 (1995).

⁶⁴ פרשת **מגדל**, לעיל ה"ש 11. ראו בעיקר פס' 55–56 לפסק דינו של הנשיא מאיר שמגר.

⁶⁵ אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163, 165–166 (יצחק זמיר עורך, 1993); אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** כרך שלישי 435 (1994).

זכויותיו של איש גדול".⁶⁶ דברים אלה וגם אלה צוטטו שוב ושוב בפסיקה ובספרות. בשנים שלאחר קבלת חוק היסוד, ובעקבות הנורמות העולות ממנו, החלו להישמע הרהורים בשאלת לגיטימיות הענישה הגופנית, אף אם היא מתונה וסבירה. שופט בית המשפט העליון המנוח חיים כהן ציין במאמרו, כי

"בעקבות חקיקת חוק-היסוד ייטיב המחוקק עשות אם יעיין מחדש בכמה מן ההיתרים המצויים בחוק, שמא רחבים הם יתר על המידה... זכות ההגנה על גופו שחוק-היסוד מעניק לכל אדם בגיר, צריכה, מקל וחומר, להיות מנת חלקו של הקטין: לא רק משום שזה מסוגל גם בעצמו להגן על גופו וזה אינו מסוגל, אלא משום ששלומם וטובתם של ילדים הוא אחד הערכים הגדולים של המדינה – הן כמדינה יהודית והן כמדינה דימוקרטית".⁶⁷

פרופ' שולמית אלמוג כתבה דברים דומים, אולי אף נחרצים יותר. לדבריה, לאחר חקיקת חוק היסוד ועל פי מוסכמות זמננו, יש צורך לבחון מחדש את ההיתר הכללי להורים להשתמש בכוח. היא סבורה, כי אין דין מכה קלה שנועדה לרסן פעוט בן שלוש ולעצור אותו מלרוץ לכביש כדין סטירת לחי לנערה בת שש עשרה. ככל שהילד או הילדה גדולים יותר, השימוש בכוח פוגע יותר בכבודם כבני אדם ומשפיל אותם ועל כן ראוי להימנע ממנו.⁶⁸

עם זאת, ובהינתן שאף זכות אדם אינה מוחלטת ויש לאזנה עם זכויות אחרות, קיימות גם התבטאויות בפסיקה בדבר חשיבותה של זכות ההורה לחנך את ילדו כזכות יסוד אף היא, שהיא למעשה גם, ובעיקר, זכותו של הילד להתחנך על ידי הוריו. בהקשר זה, נאמר על ידי נשיא בית-המשפט העליון מאיר שמגר כי קיים צורך בהתערבות מדינתית צרה ככל האפשר בזכות זו. יש לשמור ככל האפשר על פרטיות המשפחה ואוטונומיית גידול הילדים וחינוכם, כך שהתערבות תהיה "בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו", כגון במקרים שבהם יש צורך להגן על הילד כאשר ההורים אינם ממלאים את תפקידם כראוי.⁶⁹ גם דברים אלה צוטטו שוב ושוב. אך יש לומר, שלא ברור אם אכן הזכות לחינוך,⁷⁰ שהיא חלק מאשכול של זכויות חברתיות,

⁶⁶ ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 94(2) 1166 (1994).

⁶⁷ חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 30–31 (1994).

⁶⁸ אלמוג, לעיל ה"ש 52, בעמ' 61.

⁶⁹ פרשת ע"א 2266/93, לעיל ה"ש 52, בעמ' 235, 237–239. באותו מקרה היה מדובר בוויכוח בין ההורים בדבר חינוך הילדים, עקב הצטרפותו של אחד ההורים לכת ורצונו לצרף לה גם את הילדים.

⁷⁰ זכות זו מוזכרת גם בס' 28 לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 6.

מתפרשת כיום כזכות חוקתית על-חוקית העולה מחוק היסוד.⁷¹ גם בהנחה שהזכות לחינוך היא זכות חוקתית, וככזו היא שוות ערך מבחינה עקרונית לזכות לשלמות הגוף והכבוד, אפשר להתווכח אם הזכות לחינוך כוללת מלכתחילה אפשרות להעניש גופנית ילד (וגם תלמיד) אם לאו. זו אכן היתה הפרקטיקה הנהוגת במדינות העולם מקדמת דנא. אך האם תקופת זכויות אדם גוזרת אחרת? האם הזכות לחינוך אכן כוללת ענישה גופנית קלה, או שמא על האיזון בין הזכויות להצביע על ניצחון ברור לזכות לשלמות הגוף והכבוד? ההתפתחויות בפסיקה – ולאחריה גם בחקיקה – בישראל הצביעו על תשובה ברורה מאוד לשאלה זו. החלקים הבאים בפרק זה יצביעו על כך בבירור.

2. מאבק בין שתי גישות בבתי משפט השלום והמחוזיים (1991 – 1998)

במהלך שנות התשעים התפתחו בבתי המשפט המחוזיים ובבתי משפט השלום שתי גישות באשר ללגיטימיותה של ענישה גופנית קלה, המשקפות למעשה את שתי הגישות שהוצגו בחלק הקודם: הגישה האחת תומכת בענישה גופנית מתונה וסבירה, בהתאם להלכת **ראסי** (גישה זו תכונה להלן גישת סטרשנוב); והגישה האחרת גורסת כי ענישה גופנית, אף אם היא קלה, מתונה וסבירה, אסורה כיום, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם עקרון כבוד האדם העולה מחוק היסוד (החל על ילדים), בהיותה מזיקה ומשפילה (גישה זו תכונה להלן גישת רוטלוי). גישת רוטלוי נסמכה על כמה אדנים, וביניהם הכרזה על בטלותה של הלכת **ראסי** מפני שאינה עולה בקנה אחד עם המצב החברתי והמשפטי הקיים בעקבות קבלת חוק היסוד ואמנת האו"ם ותמורות בזכויות הילד בכלל. שתי הגישות הנוגדות הללו בערכאות הנמוכות הביאו לידי מצב משפטי מעניין, שבו ההכרעה במקרה אשר בו הורה היכה את ילדו במתינות ובסבירות לשם חינוכו נפלה בהתאם לשופט היושב בדיון ולאמוצו גישה זו או אחרת. ועתה נבוא לפירוט.

בראשית שנת 1992, חודשים ספורים לפני קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן על ידי שופט בית-המשפט המחוזי בתל אביב, אמנון סטרשנוב, פסק הדין בפרשת **אסולין**.⁷² באותו מקרה בעט אב בבנו על רקע זריקת אבנים של האחרון לעבר עגלת אחותו הקטנה, אמו ואחותו הגדולה שהיתה רכובה על כתפי האב. הבעיטה פוּנְהָ לישבן, אך הילד הסתובב והבעיטה מצאה את דרכה לבטנו. האב נחקר במשטרה,

⁷¹ בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834 (2002); יורם רבין הזכות לחינוך פרק תשעה עשר (2002); יובל אלכשן "השעון המקולקל מסרב לנוע" משפט נוסף 1, 9 (2001). הדברים מחייבים כמובן עיון נפרד.

⁷² ת"פ (מחוזי ת"א) 570/91 מדינת ישראל נ' אסולין, פ"מ התשנ"ב (1) 431 (1992) (להלן: פרשת אסולין).

הושם במעצר לצורך חקירה למשך חודש ימים ולאחר מכן שוחרר בערבות למשך חודש נוסף במגבלות שאסרו עליו לחזור למקום עבודתו ולביתו וכן להתראות עם ילדיו. בית המשפט מצא, כי האב לא נהג להכות את ילדיו או להתעלל בהם כדבר שבשגרה, אך נהג להרים יד על בנו, אמנם לעתים תכופות, רק על רקע התנהגותו הפרועה והתפרצויותיו החוזרות והנשנות וכתגובה עונשית ספציפית בכל מקרה ומקרה, בניסיון כן לרסנו ולהרגיעו. השופט סטרשנוב מדגיש בייחוד את חומרת הצעדים שננקטו על ידי מערכת האכיפה כלפי האב, שבנסיבות העניין היו קשים וחריפים במיוחד ונשענו בעיקר על דברי העדה, הסבתא (אמו של האב) – במשטרה – עדות שהיתה, לדבריה שלה בעת עדותה במשפט, מוגזמת מעל לכל פרופורציה.

השופט זיכה את האב תוך דיון בנושא הענישה הגופנית, שנסמך בין השאר על הלכת **ראסי**, על הדין העברי ועל דבריו של פרופ' פלר, הרואה, כאמור, בצעדים מסוימים של שימוש סביר בכוח לחינוך הקטין כתשתית ראויה לסייג הצידוק.⁷³ לדבריו של השופט סטרשנוב, משימתם הלא פשוטה של ההורים לחנך את ילדיהם נעשית בדרכים שונות הן, ובעיקר, בדרכי נועם והן, במידת הצורך, באמצעי ענישה והרתעה, בכלל זה עונשי גוף. לדבריו, השימוש במידת כוח סבירה וקלה, כתגובה עונשית הולמת וראויה, וזאת במקרים המתאימים יוצאי הדופן, הוא אחד האמצעים החינוכיים שהורה ראוי לנקוט כלפי ילדו. אמנם, לעתים קשה מאוד להבחין בין שימוש בכוח כאמצעי חינוכי, המותר על פי הדין, ובין התעללות ומעשי אלימות לשמם, האסורים מכול וכול; אך לדבריו, הכול תלוי בנסיבות המקרה לגופן, ביחס שבין המעשה המחייב תגובה עונשית ובין האמצעי הננקט בגינו, ובעיקר בכוונתו של ההורה – האם היא כוונה חינוכית, או שמא הכוונה היא לספק יצר אלים. לדבריו, השימוש באמצעי זה חייב להיעשות במידה ובשיקול דעת הולם. אין דינן של סטירת לחי או מכה בישבנו של הילד, המקובלות כאמצעים חינוכיים הולמים, כדין שימוש באגרופים או בחפצים קשים לצורך הכאה – אלה אמצעים פסולים. כמו כן לא הרי שימוש חד-פעמי ונדיר בכוח כלפי נער סורר, כמו הכאה שיטתית יום-יומית הבאה להשפיל ולבזות את הילד ושאינן לה לחינוך ולא כלום. לדבריו, ברור כי כל שימוש באלימות, הגורם או העלול לגרום חבלה או פגיעה גופנית קשה לילד, אסור בתכלית האיסור. הוא מסכם, כי ענישה גופנית מצד הורה כלפי ילדו במטרה לחנכו, להנחיל לו הרגלי משמעת ולרסנו – כל עוד היא נעשית במידה הראויה, ביישוב הדעת ובתבונה אנוש, איננה פסולה מבחינה חינוכית או משפטית.⁷⁴

⁷³ פלר, לעיל ה"ש 19, בעמ' 497–498.

⁷⁴ ייתכן שבנסיבותיו של המקרה היה אפשר להימנע מדיון בענישה גופנית לשם חינוך; שכן אם הילד סיכן את המשפחה בהתנהגותו, אולי היה אפשר לטעון לסייג של הגנה עצמית, אך לא נאריך בכך כאן.

בדבריו אלה ממשיך השופט סטרשנוב את הקו המנחה מפרשת **ראסי**, המותיר להורה שיקול דעת ומרחב פעולה כל עוד העונש ניתן במידה ובמשורה, בתבונה וביישוב הדעת ולא תוך זעם וכעס. בהתאם להלכת **ראסי**, הוא מבחין בין ענישה גופנית ובין מעשי התעללות ואלימות.⁷⁵ לפיכך מציין השופט, כי אף שאינו סומך ידיו על כל אמצעי הענישה שנקט האב וייתכן כי הלה אכן איבד את עשתונותיו וחרג במקצת בתגובותיו על רקע הפרובוקציות הקשות של בנו הסורר, עדיין מעשיו לא הגיעו לכדי עבירה של תקיפת קטין או התעללות בקטין.

שופטים רבים נוספים בערכאות השלום והמחוזי הלכו בעקבות הלכות **ראסי ואסולין**, אם במפורש ואם בצורה משתמעת, וקבעו כי לא כל שימוש בכוח של הורה כלפי ילדו נכנס בגדרה של עבירה פלילית.⁷⁶ היו אף שקבעו במפורש, כי הגם שחלפו שנות דור מאז פרשת **ראסי**, הדברים לא נתקוהו בבסיסם.⁷⁷

גישת סטרשנוב מותירה למעשה בידי ההורה שיקול דעת מסוים וקובעת, כי קיימת ענישה גופנית שהיא מחוץ לתחום הפלילי. לפי גישה זו, יש לנתק את השקפותיו האישיות של השופט מהתוצאה המשפטית, וגם אם הוא סבור כי אין מדובר בשיטת חינוך ראויה, עליו ליישם את החוק ולא להרשיע אם אין פליליות במעשה, שכן בית המשפט אינו המקום לדון בשיטות חינוך ראויות.⁷⁸

⁷⁵ ייתכן שההבחנה כאן למעשה חדה עוד יותר מאשר בפרשת **ראסי**, שם דובר על מידתיות וסבירות כקני מידה לבחינה, ובפרשת **אסולין** נוספו על כך גם קלות המעשה, היותו הולם וראוי והתאמתו למקרים יוצאי דופן בלבד. השופט סטרשנוב חזר בהרחבה על גישתו בספר שפרסם לאחר מכן. ראו סטרשנוב, לעיל ה"ש 42, בעמ' 88–187.

⁷⁶ ראו למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 211/93 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 11.1.94); ת"פ (מחוזי חי') 218/94 **מדינת ישראל נ' שמילוביץ**, דינים מחוזי כו(3) 141 (1995); ת"פ (מחוזי חי') 194/95 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 96(2) 1052 (1996); ת"פ (מחוזי ת"א) 461/95 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 23.7.96); ת"פ (שלום ת"א) 4227/93 **מדינת ישראל נ' פלוני**, פ"מ התשנ"ד (4) 112 (1994) (להלן: פרשת **ת"פ 4227/93**); ת"פ (שלום ת"א) 2133/95 **מדינת ישראל נ' אבידן**, פ"מ תשנ"ה (4) 451 (1996); ת"פ (שלום ת"א) 5439/95 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 5.9.96) (להלן: פרשת **ת"פ 5439/95**); ת"פ (שלום ת"א) 5513/93 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-של 96(1) 2051 (1996) (להלן: פרשת **ת"פ 5513/93**); ת"פ (שלום ת"א) 1138/96 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-של 96(4) 58 (1996); ת"פ (שלום טבריה) 549/97 **מדינת ישראל נ' חראנבה**, תק-של 98(1) 1274 (1998).

⁷⁷ פרשת **ת"פ 4227/93**, שם, בעמ' 121.

⁷⁸ להלן דוגמאות לשופטים שיישמו את ההלכה אף שצינו במפורש, כי אינם מסכימים עמה במלואה: שופט בית משפט השלום (דאז) בתל אביב, ד"ר עמירם בנימיני בפרשת **ת"פ 5513/93**, לעיל ה"ש 76; ופרשת **ת"פ 5439/95**, לעיל ה"ש 76; שופט בית משפט השלום (דאז) בתל אביב גלעד נויטל בת"פ (שלום ת"א) 5143/96 **מדינת ישראל נ' דניאל**, תק-של 97(3) 3437 (1997). תודות לשופטים בנימיני ונויטל על העברתם לידי את פסקי הדין.

בשנים העוקבות, דהיינו במחצית שנות התשעים, החלה להתפתח במקביל בערכאות המחוזי והשלום גישה שונה, המתערבת ואוסרת באופן גורף כמעט כל צורה של ענישה גופנית, בהשפעה ברורה של כמה מקורות, כשהמרכזי שבהם הוא חוק היסוד ונורמות של זכויות הילד והאדם. לפי גישה זו, היתר לענישה גופנית, אפילו אם היא מתונה וסבירה, אינו עומד עוד במבחן הזמן. מכיוון שאין להתעלם מהלכת **ראסי** של בית המשפט העליון, טענה גישה זו כי ההלכה התיישנה בשל ערכים חדשים, ובייחוד בעקבות המפנה המשפטי שהביאו עמם חוק היסוד והאמנה, וההשקפה החברתית שלפיה אלימות היא אלימות ואין עוד מקום לשימוש בה כדרך חינוך. נושאת הדגל של הגישה היא מי שהפכה זמן קצר לאחר מכן ליו"ר הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בהתאם לאמנה בדבר זכויות הילד – שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, לימים סגנית הנשיא, סביונה רוטלוי. שני פסקי הדין המרכזיים שלה בעניין זה פורסמו באותו יום (5 בספטמבר 1997) ובהם היא פרשה בהרחבה את משנתה בסוגיה. מקרה אחד היה המקרה שעליו הוגש הערעור לבית המשפט העליון בפרשת **פלונית**. המדובר היה באם שהואשמה, כי היכתה בהזדמנויות שונות את שני ילדיה.⁷⁹ האם הודתה, כי אכן עשתה חלק מן הפעולות הללו (לגבי חלקן טענה שנעשו בצחוק, ולגבי חלק אחר הכחישה) ושדרך החינוך שהיא נוקטת שונה מן המקובל; אולם היא טענה, כי היא מכה את ילדיה רק כאשר הדבר בלתי-נמנע והמכות משמשות להרתעה ולשם חינוכם לציות. היא לא הביעה חרטה על מעשיה ולא התחייבה להפסיקם להבא. במקרה האחר דובר באב שנהג להכות את ילדיו לאורך זמן בחלקי גוף שונים באמצעות ידיו וכן באמצעות נעל ומקל של מטאטא.⁸⁰ האב טען, כי היכה את ילדיו בתגובה למעשיהם רק ביד או בישבן – מכות מקובלות הנחשבות ל"שום דבר" ול"מכה קטנה כמו שכל אבא ואמא [נותנים לילדיהם- ב"ש]". השופטת דחתה את טענות הנאשמים בשני המקרים והרשיעה אותם, בקובעה כי ענישה גופנית לחינוך הילד אסורה מבחינה מוסרית ומשפטית. היא הסתמכה על חוק היסוד והאמנה וכן על עקרונות כלליים מן המשפט העברי (כגון "כבוד הבריות") והסבירה, כי יש לסטות מהלכת **ראסי**, ולמעשה לבטלה, מכיוון שאינה

⁷⁹ ת"פ (מחוזי ת"א) 511/95 **מדינת ישראל נ' פלונית**, תק-מח (3) 97 (1898) (1997). היה מדובר בילדים בני חמש ושבע שהוכו בישבן, בראש, בעורף וביד (מכות כואבות, באמצעות היד או קבקב גומי, שהותירו אדמומיות בעור), והאם גם סטרה להם בשל עניינים של מה בכך. כן הואשמה שהיכתה פעם אחת את בתה באמצעות שואב אבק (אישום זה לא הוכח), ואת בנה – במכת אגרוף בפניו, מה שגרם לשבירת אחת משיניו. הכאתם של הילדים נעשתה באופן תדיר, שיטתי ונמשך, עד כי הילדים, שהיו נתונים בשליטתה של האם, הפנימו את "תורתה", שלפיה יש קשר בין התנהגותם הרעה ובין האלימות שנקטה כלפיהם. מסכת האלימות השתלבה בחיי הילדים ונראתה להם טבעית.

⁸⁰ תפ"מ (מחוזי ת"א) 64/96 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח (3) 97 (1983) (1997).

רלוונטית עוד בימינו. כמה שופטים נוספים בערכאות השלום והמחוזי הלכו בתלם זה.⁸¹

אפשר לדון רבות בשוני בנסיבות המקרים שנידונו בפני השופטים סטרשנוב ורוטלוי ובאיזו מידה אכן גישותיהם כה שונות ונוגדות, אין כאן המקום לכך. אנו מתרכזים בעובדה, כי ההתפתחות שהביאה ליצירתה של גישת רוטלוי והתפתחותה נשענת במידה רבה על חוק היסוד. יש לציין, כי עקיפת הלכת ראסי הישנה עד כדי ניסיון של ממש לבטלה על ידי ערכאה נמוכה יותר, המחויבת לפסוע בעקבות אותה הלכה על פי סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, בעייתי עד מאוד מבחינה קונסטיטוציונית⁸² ולכן היה צורך בעוגן רציני לכיצוע מהלך כזה, והעוגן היה גם, ובעיקר, חוק היסוד.

כאמור, אחרי כל גישה החרו החזיקו שופטים נוספים בערכאות השלום והמחוזי.

⁸¹ ת"פ (מחוזי י-ם) 512/96 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 3219 (3)97 (1997); ת"פ (מחוזי ת"א) 245/93 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם, 1993). החלטה בערר על הארכת המעצר שקבעה דברים דומים ניתנה עוד קודם לכן וסימנה למעשה את התחלתה של אותה גישה. ראו ערר (מחוזי ב"ש) 1059/96 **מדינת ישראל נ' י.ח.** (לא פורסם, 22.10.96).

⁸² חוק יסוד השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. הסטייה של ערכאות נמוכות מתקדים מחייב של בית המשפט העליון תורצה על ידי בית המשפט בשניים: (1) הנורמות שבבסיס ההלכה התיישנו ושוב אינן רלוונטיות, בעיקר לאחר חוק היסוד; (2) מאז חקיקת חוק יסודות המשפט ב-1980 (לעיל ה"ש 13) אין פונים עוד לדין האנגלי, ומכיוון שכך ההלכה שנשענה על דין זה בזמנו אינה רלוונטית עוד. שני ההסברים בעייתיים ביותר: ההסבר הראשון בעייתי, שכן על פי איזו סמכות ביטלו הערכאות הנמוכות הלכה של בית המשפט העליון, גם אם היא ישנה וגם אם קיימת טענה שהיא אינה עולה בקנה אחד עם חוק היסוד (והאם ביטול זה כשלעצמו מחייב)? האם בשיטת התקדים המחייב אין זה אך תפקידם של המחוקק או של בית המשפט העליון עצמו (כפי שנעשה כמה שנים לאחר מכן בפרשת **פלונית**, לעיל ה"ש 2) לשנות הלכה מחייבת? התיישנות ההלכה כשלעצמה אינה מבטלת אותה. אפשר גם כאן לדון בשאלה, האם הלכת ראסי למעשה התבטלה מאליה לאחר חקיקתו של חוק היסוד, או שמא מכיוון שמדובר בהלכה שניתנה לפני חוק היסוד היא עדיין בתוקף; ואף לדון בשאלה, אם הפגיעה של הלכה זו בחוק היסוד כה גדולה, עד כי דינה להתבטל שניתנה לפני חוק היסוד. דומה, כי גם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, עצמו (ס' 10, שמירת דינים) הלכות ישנות כאלה לא יתבטלו לא מאליהן ולא על ידי ערכאה נמוכה (לפי הפסיקה, הן יפורשו במידה ההולמת את חוק היסוד). הטענה האחרת בעייתית באותה מידה. הטענה שעקב חקיקת חוק יסודות המשפט בשנת 1980 בוטל הצינור היונק הלכות מן המשפט האנגלי דרך סימן 46 לדבר המלך במועצה ולכן אין מקום עוד להלכת ראסי, שמילאה את הלקונה הקיימת בדין הישראלי דרך היזקקות לדין האנגלי בנידון – היא בעייתית. ראשית, כאמור, כלל לא ברור שהיתה כאן לקונה. אך גם אם היתה כזו, בקביעה זו של בית המשפט יש משום ביטול כל ההלכות שנקלטו מן הדין האנגלי לדין הישראלי בשנים 1948–1980, ואין הדבר כן, שכן הן הפכו להיות הלכות עצמאיות ישראליות; אלא שהצינור לקליטה במקרים של לקונה השתנה ב-1980 ולא השפיע על ההלכות הישנות, שאם לא כן דינן של ההלכות שנקלטו בין השנים הללו במישורים המשפטיים השונים – להתבטל!

בעיקר ניכרה מבוכה בקרב שופטי בתי משפט השלום, שהלכות בתי המשפט המחוזיים צריכות להנחות אותם בהתאם לסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה (גם אם לא לחייבם ממש). השופטים בערכאות השלום החליטו לבור להם מתוך פסיקותיהם הנוגדות של בתי המשפט המחוזיים את הגישה הקרובה יותר להשקפתם האישית ולפסוק לפיה. שופטים שתמכו בגישת סטרשנוב הסתמכו כמובן על הלכת **ראסי** הישנה כתקדים מחייב של בית המשפט העליון. על כל פנים, מצב משפטי זה, למרות היותו מרתק ונדיר, בוודאי אינו רצוי מבחינת היציבות המשפטית. הוא גם אינו עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות בפלילים, מכיוון שפירושו חוסר ודאות מוחלט באשר להתייחסות המשפטית לסוגיה ומתן אפשרות לכל שופט להכריע בסוגיה בהתאם לנטיות לבו, להשקפותיו האישיות ול"אני מאמין" שלו בנושא חינוך ילדים, בכלל, והתערבותו הראויה של המשפט ביחסי הורים-ילדים, בפרט.

במצב כזה, שבו קיימות שתי גישות שונות והדין למעשה תלוי בדין, הכרעה על ידי המחוקק או באמצעות פסיקת בית המשפט העליון היתה מחויבת המציאות, וכך אכן אירע כעבור זמן לא רב. כשנתיים ומחצה לאחר מתן פסקי הדין של השופט רוטלוי אמר בית המשפט העליון את דברו בצורה נחרצת בסוגיה. אך לפני כן נכונה עוד אבן דרך מרכזית בהתפתחות באשר למערכת החינוך דווקא.

3. איסור פלילי על הכאת תלמידים לשם חינוכם בפסיקת בית המשפט העליון (1998)

בשנת 1994, כשנתיים לאחר כניסתו לתוקף של חוק היסוד, נורתה יריית הפתיחה במסלול שבסופו נאסרה ענישה גופנית במערכת החינוך. הביסוס לאותה התפתחות היה כבוד האדם של התלמיד. בחודש אוקטובר באותה שנה ניתן בבית המשפט העליון פסק הדין בפרשת **אלגני**.⁸³ המדובר היה במורה מן המגזר הערבי, שמשכה באוזנו של תלמיד כיתה ב וגרמה לתלישת חלק מתנוך האוזן. מורה אחרת שהעידה הסבירה, כי משיכת אוזן או הכאה בסרגל הם בבחינת אמצעי משמעת מקובלים ומותרים במגזר הערבי. השופט אהרן ברק קבע, כי על אף שהמשיכה לא היתה חזקה בצורה יוצאת דופן ולא נעשתה מתוך כוונה להשפיל את התלמיד או להתעלל בו, בכל זאת מדובר בהתנהגות חמורה שפגעה קשות בגופו של התלמיד ובנפשו. לדבריו, אלימות פיסית כלפי תלמיד אסורה, שכן גופו ונפשו אינם הפקר, וכבודו כאדם נפגע אם מוריו מפעילים כלפיו אלימות פיסית. משיכת אוזן אינה אמצעי מותר לעודד את זכרונו של תלמיד, ומכות סרגל על היד אינן אמצעי אזהרה מותר. עם זאת, השופט ברק לא ביטל בפסק דינו את הלכת **ראסי**, אף לא לגבי מערכת החינוך, לפחות לא במפורש. אם כן, עקרונות כבוד האדם שימשו בסיס להלכה זו.

⁸³ ע"פ 4405/94 מדינת ישראל נ' אלגני, פ"ד מח(5) 191 (1994) (להלן: הלכת אלגני).

אם היה אפשר לטעון כי הלכת אלגני מצומצמת לנסיבותיה (משיכה באוזן) וחלקה אולי אף הוא אוביטר דיקטום (באשר להכאה באמצעות כלים ומכשירים כגון סרגל), והיא אינה חלה על ענישה גופנית קלה, אזי הספקות הוסרו כעבור כארבע שנים. פסק הדין בעניין **שדה-אור**,⁸⁴ שניתן בחודש יולי שנת 1998, אסר לחלוטין כל צורה של ענישה גופנית על ידי מורים, גננות ואנשי חינוך. גננת הואשמה בכך, שנהגה באלימות כלפי ילדים בני שלוש עד חמש בגן שניהלה. אלימות זו כללה הפחדת הילדים, הכאתם באיברים שונים וכן משיכתם באוזניים ובשערות, הטחתם בכוח אל הכיסא או אל הרצפה, דחיפתם בגב עד כדי הפלה, תפיסתם בצוואר ומשיכתם בחולצה תוך הידוקה על הצוואר ועוד. הגננת גם התבטאה כלפי הילדים בצורה מעליבה, והכול באורח שיטתי ולאורך תקופה. הגננת הודתה בחלק מהמעשים הללו וטענה, כי מדובר בהפעלת כוח מתון שאמנם נעשה מתוך כעס, עצבנות, לחץ וחוסר סבלנות, אך המטרה היתה חינוך הילדים והבהרת כללי המשמעת בגן. המקרה הגיע תחילה להכרעת בית המשפט המחוזי בחיפה.⁸⁵ אמנם, בית המשפט מצייין כי מעשי הגננת חרגו מן הסביר, אך שני יסודות מצטברים מרכזיים להתרת שימוש בכוח מחנך התקיימו במקרה זה: השימוש המוגבל בכוח לא הותיר סימנים בגוף הילדים, ומטרתו היתה הרתעת הילדים לשם חינוכם. בית המשפט מסביר, כי לא תמיד אפשר לממש את האידיאל שלפיו אין להכות כלל, וישנם מקרים שבהם גם מעשים שאינם במסגרת הסביר בכל זאת לא יגיעו לכדי עבירה פלילית ולכן הוא מזכה את הגננת.⁸⁶ בית המשפט העליון (פסק דינה של השופטת דליה דורנר, שהסכימו עמו השופטים תאודור אור ויצחק אנגלרד) קיבל את ערעור המדינה וקבע, כי המעשים אינם בגדר חינוך ומקיימים את יסודות עבירת התקיפה.⁸⁷ בית המשפט קבע, כי הלכת **ראסי** אינה הולמת עוד את הנורמות המקובלות כיום, ובימינו כל שימוש בכוח על ידי אנשי חינוך, גם למטרת חינוך, אסור, בייחוד כלפי ילדים רכים בשנים. ענישה גופנית עלולה להשיג את ההיפך מהמצופה כאשר הדמות המחנכת, המשמשת מודל לחיקוי, נוקטת בעצמה אמצעים של אלימות. לעניין זה אין חשיבות לגבי חומרתו של העונש הגופני שהופעל כלפי ילד. תפיסת עולם שגויה בהקשר זה מסכנת את שלומם של הילדים ועלולה לפגוע בערכי היסוד של החברה הישראלית – כבוד האדם ושלמות הגוף. ההלכה נשענה על כמה אדנים, ובהם ערכי היסוד של השיטה המשפטית הישראלית, המתבטאים גם בחוק יסוד: כבוד

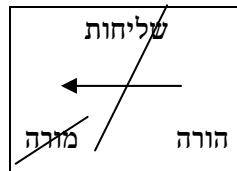
⁸⁴ פרשת **שדה-אור**, לעיל ה"ש 7.

⁸⁵ ת"פ (מחוזי חי') 117/95 **מדינת ישראל נ' שדה-אור**, תק-מח 397 (3) 506 (1997), פסק דינו של השופט מנחם נאמן.

⁸⁶ אם כי הוא מרמז, תוך ביקורת על התביעה, כי קיים פורום אחר לבירור המקרה ויש להניח כי כוונתו היתה לדין המשמעותי.

⁸⁷ ס' 379 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

האדם וחירותו, פרשת אלגני, אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד⁸⁸ ועוד. הלכת ראסי בוטלה אפוא כעת באשר למערכת החינוך. לחוק היסוד היה חלק חשוב ומכריע בכך. עקרון השליחות, שמכוחו מורה שנכנס בנעלי ההורה (*in loco parentis*) מקבל את סמכותו של זה להעניש בעונש פיסי, בוטל כעת למעשה, אך עדיין לא נאסר על הורה לנקוט בעונש גופני קל. לגבי הורים ההיתר היה עדיין שריר וקיים בנקודת זמן זו.



אך פסיקות אלה לגבי מערכת החינוך הכשירו את הקרקע לקביעת איסור דומה במסגרת התא המשפחתי בישראל. צעד נוסף כזה לא נעשה במדינות רבות שבהן הסתפקו בהטלת האיסור במערכת החינוך בלבד. אכן, ניתן לקבוע שהאיסור על ענישה גופנית במערכת החינוך בישראל הצביע על שלב משפטי חשוב בדרך להכשרת לבבות לאיסור על ענישה גופנית בדרך חינוך גם בתא המשפחתי. אמנם, קשה לומר בפסקנות כי ההלכות שנידונו בהקשר למערכת החינוך חלחלו בפועל לתודעה הציבורית, אך היה להן חלק מרכזי בהתפתחות המשפטית העתידה, ולו בראייה רטרוספקטיבית הבוחנת את ההתפתחויות המשפטיות, בכלל, והשלכותיה של "המהפכה החוקתית", בפרט.

⁸⁸ ס' 3(3) לאמנה (לעיל ה"ש 6, עמ' 224) מטיל אחריות על מוסדות חינוך לשמור על שלומו ובריאותו של הילד, וס' 28(2) לאמנה (שם, עמ' 236) מטיל אחריות על המדינה לדאוג לכך, שהמשמעת בבתי הספר תונהג בהתאם לכבוד האדם של הילד ולעקרונות האמנה. לפרשנות הסעיפים כמחייבים את המדינות החברות לקבוע איסור על ענישה גופנית גם במוסדות החינוך ראו Hodgkin & Newell, לעיל ה"ש 45, בעמ' 242–247.

4. איסור פלילי על הכאת ילדים לשם חינוכם בפסיקת בית המשפט העליון (2000)

בינואר 2000 ניתן פסק הדין בפרשת פלונית.⁸⁹ פסק דין זה ניתן בערעור של האם על הרשעתה באותו מקרה שנידון בבית המשפט המחוזי בפני השופטת רוטלוי.⁹⁰ כאמור, המדובר היה באם שהאשמה בכך שהיכתה בהזדמנויות שונות ובאופן תדיר את שני ילדיה הקטנים באיברים שונים ובאביזרים שונים, ולמעשה הפכה אותם למעין משרתים או עבדים שלה ושלטה בהם בלא מצרים. הילדים הוכו קשות על ידה כאשר לא עשו את דברה. האם הודתה בחלק מהמעשים, לא הביעה חרטה עליהם וטענה כי אמנם היא נוקטת דרך חינוך השונה מן המקובל, אך הדבר נעשה לצורך חינוך הילדים לציות ולמשמעת. על פי דעת הרוב בערעור, שנכתבה על ידי השופטת דורית בייניש והסכים לה הנשיא אהרן ברק, המעשים נכללים בגדר עבירות תקיפה⁹¹ והתעללות גופנית.⁹² על האם נגזרה תקופת מבחן ועונש מאסר על תנאי, אך לא מאסר בפועל.⁹³

חלק גדול מפסק הדין נסב על שאלת הגדרת ההתעללות הגופנית – עבירה שאינה מוגדרת בחוק העונשין או בכל חוק אחר. תוך כדי הדיון הרחיבה השופטת בייניש את היריעה ודנה בטענת הגנה של האם, כי מעשיה כלל אינם עולים כדי עבירה פלילית, מכיוון שהם בבחינת ענישה גופנית – אמצעי משמעת לחינוך הילדים ולהטבת דרכם. בהביאה בחשבון את התמורות בזכויות הילד ולאחר השוואה נרחבת עם שיטות משפט שונות, שחלקן הלא-מבוטל (כגון קנדה, אנגליה וחלק ממדינות ארצות הברית) דווקא תומך גם כיום בענישה גופנית סבירה ומתונה, הגיעה השופטת בייניש למסקנה כי הדברים שנקבעו בפרשת שדה-אור לעניין אנשי חינוך יפים גם לגבי הורים. לדבריה, ענישה גופנית כלפי ילדים כשיטת חינוך היא פסולה מכול וכול, מהווה שריד לתפיסה חברתית-חינוכית שאבד עליה הכלח ואסורה בחברתנו כיום. גם השופטת בייניש נשענת בדרך למסקנה זו על חוק היסוד ועל האמנה וכן על שיטות משפט נוספות שאסרו על השימוש בענישה גופנית, וביניהן המשפט במדינות סקנדינביה. יצוין, כי ההסתמכות על הדין הסקנדינבי בעייתית משהו, מכיוון שהמשפט במדינות אלה פיתח הסדר שונה באופן מהותי מזה שאליו הגיעה השופטת בייניש – הסדר אזרחי חקיקתי

⁸⁹ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 2.

⁹⁰ פרשת ת"פ 511/95, לעיל ה"ש 79.

⁹¹ ס' 379 לחוק העונשין, בנסיבות המחמירות של ס' 382(ב)(2) – עבירה שהעונש עליה הוא ארבע שנים.

⁹² ס' 368 לחוק העונשין – עבירה שהעונש עליה הוא תשע שנים כאשר היא מבוצעת על ידי הורה.

⁹³ לדעת השופט יצחק אנגלרד, שהסכים לעונש, היה אפשר להגיע לאותה תוצאה גם בעקבות הרשעה בגין עבירה של תקיפה בלבד, בנסיבות המחמירות של ס' 382(ב)(2), מכיוון שהמעשים המתוארים אינם מקימים עבירה של התעללות כפי שהוא רואה אותה לשיטתו.

ולא פלילי-פסיקתי. נוסף על כך השופטת תומכת את יתדותיה גם בצורך לבחון את הלגיטימיות של שיטות החינוך בהתאם לתמורות בהשקפות חברתיות-ערכיות. לדעתה, השקפות שהיו נכונות בזמן פרשת ראסי השתנו ואינן רלוונטיות עוד, וכיום אבד הכלח על השימוש בענישה גופנית כדרך חינוך.

בסוף פסק דינה מסייגת השופטת בייניש בצורה מסוימת את ההלכה הגורפת שקבעה זה לא כבר וקובעת, כי בסייגים המוכרים כיום לאחריות הפלילית – ובהם הגנת זוטי דברים⁹⁴ ושיקול דעתה של התביעה שלא להעמיד לדין – יש כדי לבטא הבחנה הולמת בין שימוש בכוח בידי הורים למטרות של ענישה חינוכית, שהוא פסול ואסור, ובין שימוש סביר בכוח כדי למנוע פגיעה בילד או בזולתו, וכן "מגע קל, גם אם תקיף, בגופו של ילד לשם שמירה על הסדר".⁹⁵ מהו אותו "מגע קל אך תקיף"? השופטת אינה מציינת זאת, אך יש להניח כי הכוונה במונח זה היא, למשל, להיתר להלביש ילד בכוח שעה שהוא מתנגד לכך, לאחוז בו בתקיפות כדי שינקת את אשר לכלך, כדי שלא יתרחק וילך למקום מסוכן או כדי לקחת בכוח מכשיר מסוכן מידי או צעצוע שלקח מאחיו. אולי הכוונה גם ל-Holding – מעין "אחיזה מרסנת", שלפיה כשילד מתפרע ומשתולל אפשר לחבקו בכל הגוף או לתפוס בחזקה את ידו או את רגלו (בתקיפות, אך מבלי לגרום לכאב) מעין "חיבוק דב" האמור להיות חם ואוהב גם אם תקיף, המגביל את ההשתוללות ומפסיקו מביצוע מעשיו, אפילו במשך זמן רב וכיוצא בזה. ישנם הרואים בכך למעשה החלה של הגנת הצורך,⁹⁶ אם כי לדידי, הדבר קשה מכיוון שהשופטת יכולה היתה להפנות במפורש להגנה זו כשם שהפנתה להגנת זוטי דברים.

הנשיא ברק הסכים לפסק דינה של השופטת בייניש ולא הוסיף דבר משלו, במהלך בלתי-אופייני מבחינתו, בוודאי כאשר מדובר בפסיקה בנושאים ערכיים שכאלה. התמיהה מתחדדת על רקע גישתו שבאה לידי ביטוי הן בחלק בספר שכתב בידי הנזיקין בשנות השבעים של המאה העשרים⁹⁷ הן בדוגמא שאליה הפנה בפסק דין בסוף שנות השמונים של מאה זו.⁹⁸ אמנם, שופט יכול כמובן לשנות את דעתו, אך היה יכול להיות מעניין לקרוא בפסק הדין את הסיבות לשינוי זה. יש להניח, שגם הנשיא ברק היה מציין שהמנוף לשינוי הוא בראש ובראשונה חוק היסוד. יש לציין, כי הנשיא ברק התבטא בדבר, באומרו שהיה לו מה להוסיף משלו על פסק דינה של השופטת בייניש, אלא שהוא בחר להסכים בלבד כדי להציג גישה אחידה ככל האפשר בשאלה

⁹⁴ ס' 34 יז לחוק העונשין.

⁹⁵ פרשת פלונית, לעיל ה"ש 2, בפס' 30 לפסק דינה של השופטת ביניש.

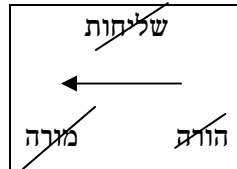
⁹⁶ סבה, לעיל ה"ש 42, בעמ' 443.

⁹⁷ ברק, אנגלרד וחשין, לעיל ה"ש 24, בעמ' 423–426.

⁹⁸ פרשת ליכטמן, לעיל ה"ש 18.

כבוד משקל זו.⁹⁹

על כל פנים, כך למעשה בוטלה הלכת ראסי גם בכל הקשור לתא המשפחתי. הלכת פלונית, כמו הלכת שדה-אור הקודמת לה, נשענת בעיקר על זכויות הילד העולות מחוק היסוד, תוך קביעה כי ענישה גופנית מפרה את זכותם הבסיסית של ילדים לאוטונומיה, לכבוד ולשלמות הנפש והגוף.



בתי המשפט בערכאות הנמוכות, המחויבים לתקדים זה, אכן ציטטו שוב ושוב מהלכת פלונית. חלקם הסכימו עמה במפורש;¹⁰⁰ אך היו פסיקות שהביעו תמיכה מסויגת בלבד בהלכה זו, תוך אמירות שלפיהן קשה להיות כה נחרצים וקשה להתעלם מקיומה של מחלוקת משפטית ולבר-משפטית בסוגיית הענישה הגופנית.¹⁰¹ עם זאת, אפשר להכליל ולומר כי מבחינה משפטית, אף שלא נחקק עד היום חוק פלילי או אזרחי האוסר על ענישה גופנית, המצב ברור – ענישה גופנית לילד ולתלמיד אסורה באיסור פלילי, וחוק היסוד שימש נדבך ובסיס חשוב מאוד לתוצאה זו. אמנם, איסור על ענישה גופנית לא נקבע בינתיים בחקיקה הפלילית הישראלית, אך למהלך זה היה המשך הן בחקיקה בנזיקין ובאשר לזכויות התלמיד הן בפסיקה המשמעתית לעובדי חינוך.

5. זכות לתלמיד שלא להיענש בעונש גופני לפי חוק זכויות התלמיד (2000)

בשנת 2000 נחקק בכנסת חוק זכויות התלמיד ובו סעיף 10, האוסר על ענישה גופנית ומשפילה במוסדות החינוך "ברוח כבוד האדם ועקרונות אמנת האומות המיוחדות בדבר זכויות הילד", כמאמר סעיף 1 לחוק זה, וכהשפעה ישירה של חוק היסוד ושל האמנה. סעיף זה, שכותרתו "אמצעי משמעת", קובע כי "כל תלמיד זכאי לכך שהמשמעת במוסד החינוך תונהג באופן ההולם את כבוד האדם ובכלל זה הוא זכאי

⁹⁹ דבריו נאמרו בכנס לרגל צאת ספרו לאור של השופט אמנון סטרשנוב, **ילדים ונוער בראי המשפט**, 27.6.00, בבית ציוני אמריקה בתל אביב.

¹⁰⁰ ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 40297/00 **מדינת ישראל נ' פלוני** (2000), הכרעת הדין פורסמה בפדאור 781 (9)02, וגזר הדין בתק-מח 2002 (2) 685 (2002).

¹⁰¹ ראו, למשל, ת"פ (מחוזי ת"א) 40076/00 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 2000 (2) 9120 (2000); ת"פ (שלום י"ם) 1423/99 **מדינת ישראל נ' פלונית**, תק-של 2001 (1) 73 (2001).

שלא יינקטו כלפיו אמצעי משמעת גופניים או משפילים". מסעיף זה, וכן מסעיף 1 לחוק, עולה כי עונשי גוף אינם עולים בקנה אחד עם כבוד האדם ועם עקרונות האמנה, שסעיף 28(2) שלה מנחה להנהיג בבתי הספר הליכי משמעת שיש בהם לשמור על כבוד הילד. חשיבות הסעיף אינה רק במישור ההצהרתי, במיוחד בשל השינוי שאירע באותה שנה בפקודת הנזיקין, כפי שיפורט מיד.

6. ביטול ההגנה הנזיקית להורים ולמורים שנקטו הכאה חינוכית מתונה וסבירה (2000)

במשך שנים רבות היתה קיימת בסעיף 24(7) לפקודת הנזיקין הגנה מפני תקיפה במקרים של ענישה גופנית חינוכית. וזה היה נוסחו של הסעיף, שפורסם במקורו בפקודה המנדטורית משנות הארבעים של המאה העשרים:

24. בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם... (7) הנתבע הוא הורו או אפוטרופסו או מורהו של התובע, או שהיחס שלו אל התובע דומה לשל הורו או אפוטרופסו או מורהו, והוא ייסר את התובע במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו";

השופטת סביונה רוטלוי הביעה את דעתה, בתקופה שלאחר קבלת חוק היסוד ולאחר הלכת שדה-אור, באופן נחרץ בעד ביטול סעיף 24(7) לפקודת הנזיקין, וכך ביקשה לקעקע את הענישה הגופנית כדרך חינוך גם בהיבט הנזיקי בהתאם לחוק היסוד:

"... ראוי שהמחוקק ישקול את ביטול סעיף 24(7) לפקודת הנזיקין... גם סעיף זה, כהלכת ראסי, הינו אנכרוניסטי ואיננו משקף עוד את אורחות חיינו ואת התפישה, שהילד איננו מהווה רכוש הוריו. סעיף זה משקף את התפיסה האנגלית הנושנה, לפיה הורים ומחנכים זכאים לתקוף ילדים, כל עוד הדבר נעשה לשם "חינוכם"... נראה לי כי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והאמנה לזכויות הילד מתבקשת מחיקתו של סעיף כה מבייש ומשפיל מספר החוקים."¹⁰²

משאלתה התגשמה כעבור זמן לא רב.

בשנת 2000 בוטל הסעיף, בנימוק שהוא אינו עולה בקנה אחד עם נורמות היסוד של כבוד האדם, בהצעת חוק של חברת הכנסת דאז ענת מאור.¹⁰³ בכנסת נעשו כמה נסיונות לבטל את הסעיף בשנים שקדמו לאותה שנה ודומה, כי אין זה מקרה שהמהלך

¹⁰² תפ"ח (מחוזי ת"א) 22/98 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 7.13 (לא פורסם, 1.10.98).

¹⁰³ ס' 24(7) בוטל בתיקון מס' 9 לפקודת הנזיקין, לעיל ה"ש 9.

צלח דווקא לאחר מתן פסק הדין בפרשת פלונית, שהעלה את הנושא לסדר היום הציבורי.

כאמור בחלק הקודם, בשלהי אותה שנה נחקק חוק זכויות התלמיד, ובו סעיף 10 הקובע זכות לתלמיד לאי-ענישתו בעונש גופני או משפיל, מתוך שהדבר אינו עולה בקנה אחד עם כבוד האדם, והדבר שימש נדבך נוסף באותה התפתחות. בעקבות התפתחויות אלה יכול כיום ילד לתבוע את הוריו ותלמיד יכול לתבוע את מוריו בנזיקין בגין ענישה גופנית בעוולות שונות, כמעט בלא כל הגנה. יש לציין, כי בישראל פתוחה הדרך לילד כבר מקדמת דנא להגיש תביעה נזיקית נגד הורה (ולא רק נגד מורה או אדם זר) ולזכות בפיצויים, מכיוון שישראל לא פיתחה חסינות הורית מפני תביעה כזו כפי שהיה במשפט המקובל המסורתי ועדיין קיים בו באופן מסוים.¹⁰⁴ אך ילד, וגם תלמיד, יכולים כיום להגיש תביעה נזיקית בגין ענישה גופנית נגד הורה ומורה ביתר קלות בהשוואה למצב שלפני שנת 2000. כך שתי תביעות של ילדות נגד אביהן בגין תקיפה מינית כבר הוכרו כמעט בכל העילות שיצוינו להלן.¹⁰⁵ גם תביעה בגין הזנחה חומרית ורגשית הוכרה כנגד אב שלא סיפק צורכי מחיה לילדיו, דחה אותם והתנכר אליהם, כאשר ההכרה בתביעה ברכיב של ההזנחה הרגשית היה בה משום זכות בכורה עולמית.¹⁰⁶ ההתפתחות הבאה יכולה בהחלט להיות תביעת נזיקין בגין ענישה גופנית: אם כיום ענישה גופנית היא עבירה פלילית וסעיף ההגנה הנזיקי מפני עוולת התקיפה בוטל, אין לשלול תביעה נזיקית בגינה כנגד הורה ומורה. האפשרויות לתביעה הן כדלהלן:

(1) תביעה בעוולת התקיפה, בהתאם לסעיף 23 לפקודת הנזיקין. עוולה זו אינה

¹⁰⁴ לדיון באפשרות התביעה הנזיקית של ילד כלפי הורה במשפט המשווה ראו בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: האם ילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבע?" **משפטים על אהבה** 269 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005). לדיון בחסינות ההורית (parent-child immunity) במשפט המקובל ראו GEORGE C. CHRISTIE, JAMES E. MEEKS, ELLEN S. PRYOR & JOSEPH SANDERS, CASES AND DAN B. DOBBS & PAUL T. ; MATERIALS ON THE LAW OF TORTS 543-545 (4th ed., 2004) RICHARD A. EPSTEIN, ; HAYDAN, TORTS AND COMPENSATION, 386-390 (4th ed., 2001) FRANK J. VANDALL, ELLEN WERTHEIMER & MARK C. ; TORTS 613-614 (1999) Sandra L. Haley, ; RAHDERT TORTS: CASES AND PROBLEMS 668-688 (2nd ed., 2003) *The Parental Tort Immunity Doctrine: Is It A Defensible Defense?*, 30 U. RICH. L. REV. 575 (1996).

¹⁰⁵ תמ"ש (משפחה י"ם) 2160/99 ל' באמצעות אמה נ' ל', פדאור משפחה 27(21) 05 (2005); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 10970/04 ש.ג. נ' ש.ד., תק"מ-ש 2006(4) 89 (2006).

¹⁰⁶ ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נג(5) 69 (1999) (להלן: פרשת אמין). תביעה דומה נדחתה בשעתה במדינת אורגון שבארצות הברית. ראו *Burnette v. Wahl* 588 P.2d 1105 (Or., 1978). להרחבה ראו שמואלי, לעיל ה"ש 104; קפלן, התעללות נפשית, לעיל ה"ש 52.

דורשת יסוד של נזק, להבדיל מרוב העוולות הנזיקיות. מכאן, שילד יכול לתבוע את הוריו ומוריו שהיכוהו, אף אם הדבר נעשה לצורך חינוכו ואם לא נגרם לו נזק עקב ההכאה (או שלא הצליח להצביע עליו ולהוכיחו). כעת, לאחר ביטול סעיף 24(7), לא קיימת הגנה ספציפית מפני עוולת התקיפה במקרה של ענישה גופנית.

- (2) תביעה בגין רשלנות, בהתאם לסעיפים 35–36 לפקודת הנזיקין. עוולה זו שונה מן התקיפה: היא אינה דורשת כוונה, אך דורשת הוכחת נזק. אפשר לתבוע בגינה אף אם המעשה היה מכוון,¹⁰⁷ ועצם קיומה של עוולה פרטיקולרית (תקיפה) אינו שולל שימוש בעוולת מסגרת זו.¹⁰⁸
- (3) לגבי הורים בלבד: הפרת חובה חקוקה, בהתאם לסעיף 63 לפקודת הנזיקין, של סעיפים שונים בחוק הכשרות המשפטית, המחייבים את ההורה לפעול בתום לב ולטובת הקטין.¹⁰⁹ בפסיקה נקבע, כי טובת הילד תשמש עקרון-על ביישומו של חוק זה, לרבות לעניין פרשנות ההגנות להורה.¹¹⁰ מכיון שכך, על הורה שהעניש גופנית את ילדו להצביע שהדברים נעשו לטובתו של הילד ובתום לב, דבר שיהיה קשה להוכיח בשל הפסיקה החדשה בפלילים והרציונל לביטול ההגנה הנזיקית הספציפית לעוולת התקיפה.
- (4) לגבי מורים בלבד: הפרת חובה חקוקה של סעיף 10 לחוק זכויות התלמיד.

כמעט בכל אפשרויות התביעות הללו קשה להצביע על הגנה ממשית להורה ולמורה אפילו הענישו בעונש פסי קל, סביר ומתון, ולא נקטו אלימות קשה. אפשר אולי לנסות להתבסס, אם כי בדוחק, על הגנות כלליות בפקודת הנזיקין ומחוץ לה. הגנה כללית שבחוק הכשרות יכולה אולי להתאים. הורה – ואולי גם מורה – יוכלו בכל זאת לנסות ולהסתמך על הגנת סעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות. סעיף זה, שכותרתו "אחריות הורים", גורס כך: "ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוסטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין; הם לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לרכושו של הקטין תוך מילוי תפקידי אפוסטרופסותם, אם פעלו בתום לב ונתכוונו לטובת הקטין". במובן מסוים הגנה זו נרחבת יותר מהגנת הסעיף שבטול, סעיף 24(7) לפקודת

¹⁰⁷ ראו פרשת אמין, שם.

¹⁰⁸ ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

¹⁰⁹ כגון ס' 14, 15, 17 ו-22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב–1962, ס"ח 120 (להלן: חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות). דומה, כי ס' 22 יכול לשמש הן מגן הן חרב, כפי שנראה מיד.

¹¹⁰ דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (נ1) 48, 66, 95–100 (1995).

הנזיקין, בהיותה בוחנת את כוונתו הסובייקטיבית של ההורה ולא קריטריון אובייקטיבי של סבירות, כבואה להגן על ההורה אם פעל לטובת ילדו.¹¹¹ עם זאת, קשה להאמין שלאחר ביטול הסעיף תתאפשר הגנה כזו בפועל, אף רחבה יותר מזו שבוטלה, אף אם מבחינה משפטית הדבר אפשרי.

הגנה כללית אחרת היא הגנת מעשה קל ערך שבסעיף 4 לפקודת הנזיקין: "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". באשר להגנה זו, הרי שהאמירה בפרשת **פלונית**, שהיא אמנם פלילית, כי יש עדיין מקום להגנת זוטי דברים, מול האמירה הנורמטיבית הנחרצת בפסק הדין שכל ענישה גופנית קלה אסורה ונוגדת את ערכי כבוד האדם, נראות תרתי דסתרי. על כל פנים, גם באשר לפלילים וגם באשר לדיני הנזיקין, הגנות אלה (זוטי דברים ומעשה קל ערך, בהתאמה) קיימות כהגנות כלליות ויש לסמוך על בתי המשפט שעניניהם בראשם ולא ירשיעו במקרים קלים מאוד, אם אלה הצליחו להסתגן דרך מסגרת התביעה, אף אם מבחינה ערכית מדובר במעשה פסול – הכול כפי הרציונל של הגנה זו. מכיוון שהסיפא של סעיף 4 לפקודת הנזיקין הנ"ל מדבר על "נסיבות נתונות", אפשר להזכיר כאן את הרציונל שבדבריו של פרופ' פלר בהקשר לפלילים, שיכול להיות רלוונטי גם כאן: מעשה מסוים של תקיפה הנעשה כלפי זר ואינו מקים כל הגנה שהיא, יכול להקים הגנה בנסיבות מסוימות של חינוך הילד, אולי גם התלמיד, אם התקיפה קלה.¹¹² על כל פנים דומה, כי ההגנה יכולה לחול במקרים הקלים באמת, שממילא, כאמור, רובם, אם לא כולם, לא יבשילו לכדי כתב אישום כלל. בכל מקרה אחר שאינו מגיע לידי אלימות

¹¹¹ Schuz 2001, לעיל ה"ש 42, בעמ' 82.

¹¹² פלר, לעיל ה"ש 19, שם. הדברים נאמרו באשר לסייג הצידוק דווקא – סייג שאינו קיים בנזיקין, אך הרציונל שמאחוריו יכול להיות רלוונטי לעניין פרשנות הגנה זו שבס' 4 לפקודת הנזיקין. רציונל כזה בעייתי יותר בהתאם להסדר החדש בקודקס – ס' 4 לתזכיר הצעת חוק דיני ממונות התשס"ו–2006, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B_1B2E2A/0/mamonot.pdf. הס' החדש מקבל כותרת של "זוטי דברים" (בהשוואה למונח הפלילי הקיים בנדון כיום), ולשונו: "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו". בדברי ההסבר מצוין, כי הכוונה בנוסח החדש היא להעניק חסינות דיונית ולא מהותית (C74E/0/mamonot_hesber2.pdf), שכן הנוסח החדש מציע רק שלא תוגש תביעה כזו, בהתעלם מהדיון בתוכנה; ואילו במצב הקיים לא יראו בכך משום עוולה כלל. בסעיף החדש אין אפוא הירדות לנסיבות, כמו בסעיף הקיים. לדיון בסעיף החדש מול הקיים ראו מיגל דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי** כרך א 67 (2005); דניאל מור "מבט ביקורתי על עקרונותיה של הרפורמה המוצעת בדיני הנזיקין" **משפטים** לו 703, 716 (2006); אבישי אור "עקרון 'זוטי דברים' (*De Minimis*) כעקרון יסוד בהצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006 (הקודקס האזרחי החדש)" **המשפט** יב – ספר עדי אור ז"ל 121 (2007).

של ממש, בוודאי לא לכדי התעללות, לא בטוח כלל ועיקר שיהיה שימוש בהגנה זו.

7. פסיקה של בית המשפט העליון בערעורים על החלטות בית הדין למשמעת של עובדי המדינה (2000 ואילך)

בית המשפט העליון קבע, החל בשנת 2000, בכמה החלטות בערעורים על החלטות בית הדין המשמעתי של עובדי המדינה בעניינם של מורים שהיכו תלמידים, כי הכאת תלמידים לצורכי חינוך אסורה באיסור חמור ובכל מגזר שהוא (באחת ההחלטות נטענה טענה, כי הדבר מקובל במגזר הערבי בישראל). נקבע כי מורה העושה כן ייענש בחומרה בדין המשמעתי, בהתאם לסנקציות המופיעות בדין, ובהן נזיפה, קנס ואף פיטורין.¹¹³ במסגרת אחד הערעורים הללו, במקרה שבו אמנם לא היה מדובר בענישה גופנית קלה אלא בהכאה קשה ואלימה, נקבע כי עבירת תקיפה כלפי תלמיד יכולה להיות עבירה שיש עמה קלון,¹¹⁴ אם כי בכל מקרה ומקרה תלוי הדבר בנסיבות ביצוע העבירה ובנסיבות האישיות. פסיקות אלה, שחלקן ניתנו על ידי השופט יצחק זמיר, עד לפרישתו, וחלקן על ידי השופטת דורית בייניש, עד לשיבתה בכס נשיאת בית המשפט העליון, מצטרפות לפסיקות רבות אחרות בבית הדין המשמעתי עצמו במחוזות השונים לאורך השנים.¹¹⁵ החלטות אלה קבעו, כי ענישתו הגופנית של

¹¹³ ע"מ 1730/00 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 433, 437–438 (2000); ע"מ 4503/00 אמין נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(3) 1296 (2000); ע"מ 1682/02 עבר אל ווהב נ' מדינת ישראל, תק-על 2002(2) 1300 (2002); ע"מ 3362/02 מדינת ישראל נ' אבו עסבה, פ"ד נו(5) 6 (2002) (להלן: פרשת אבו עסבה).

¹¹⁴ פרשת אבו עסבה, שם.

¹¹⁵ ראו, למשל, פסקי-דין הן לפני ההתפתחויות החדשות והן אחריהן: בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 21/83, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, ינואר 1985, 4 (1985); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 73/92, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, אפריל 1994, 12 (1994); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 58/95, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מאי 1997, 3 (1997); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 43/96, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מרס 1999, 26 (1999); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 50/96, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מאי 1998, 23 (1998); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 137/96, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, אוקטובר 1998, 41 (1998); בד"ם 50/96 (משמעת של עובדי המדינה), פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מאי 1998, 23 (1998); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 31/97, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מרס 1999, 9 (1999); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 42/97, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מאי 1998, 29 (1998); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה ת"א) 144/97 (לא פורסם, 8.7.99); בד"ם (משמעת של עובדי

תלמיד פוגעת בכבודו ובנפשו, והן התבססו על אותם אדנים שעליהם התבססה הפסיקה הפלילית בפרשות **שדה-אור** ו**פלונית**, ובראשם נורמות היסוד בתחום זכויות הילד והאדם, כעולה בראש ובראשונה מחוק היסוד.

יש לציין, כי חוק שירות המדינה (משמעת),¹¹⁶ שמכוחו קם ופועל בית הדין למשמעת של עובדי המדינה, מחייב עובד מדינה להתנהג בצורה הולמת גם מחוץ לשעות עבודתו ומעבר למילוי תפקידו. לפיכך נקבע בבתי הדין המשמעתיים גם, כי אלימות במסגרת התא המשפחתי מקימה עבירת משמעת לעובדי מדינה אף אם אין התנהגות זו קשורה כלל לתפקידו של הנאשם בעבודתו בשירות המדינה.¹¹⁷ מכאן, שהשלכות הפסיקה הזו חלות גם על ענישה גופנית בתא המשפחתי ולא רק במערכת החינוך, והן רלוונטיות לא רק לגבי עובדי הוראה, אלא לגבי כל עובדי המדינה.

ה. אחרית דבר

המהפך בישראל – מהיתר מסויג לענישה גופנית לאיסור את השימוש בה – לא היה קורם עור וגידים, למצער לא באותו אופן, לולא המהפכה – היא המהפכה החוקתית של זכויות האדם, המתבטאת בעיקר ביישומו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והשלכות על זכויות הילד. מדובר בפרשנות, שלפיה הזכות לשמירה על הגוף, החיים

המדינה חי' 7/98 (לא פורסם, 11.3.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה ב"ש) 13/98 (לא פורסם, 7.6.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה ת"א) 19/98 (לא פורסם, 18.5.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 34/98 (לא פורסם, 13.1.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה ב"ש) 59/98 (לא פורסם, 22.6.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 70/98 (לא פורסם, 24.3.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 83/98 (לא פורסם, 25.7.99); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 248/99 (לא פורסם, 7.5.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה י"ם) 265/99 (לא פורסם, 1.8.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 9/00 (לא פורסם, 15.6.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 278/99 (לא פורסם, 30.5.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 288/99, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, אוקטובר 1998, 3 (1998); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 72/00 (לא פורסם, 20.7.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 9/00 (לא פורסם, 15.6.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 165/00, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מרס-אפריל 2001, 70 (2001); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה) 3/01, פסקי דין והחלטות של בית המשפט העליון ושל בית הדין למשמעת, מרס-אפריל 2001, 121 (2001).

¹¹⁶ חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963, ס"ח 50.

¹¹⁷ ראו, לדוגמא, בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 28/00 (לא פורסם, 26.7.00); בד"ם (משמעת של עובדי המדינה חי') 71/00 (לא פורסם, 1.8.00), שם הורשע אימאם הכפר בהכאת אחיינו לשם חינוכו.

והכבוד, החקוקה בחוק היסוד, גוזרת איסור על כל ענישה גופנית שהיא, הנתפסת כפוגעת בגופו של הילד ובנפשו ויש בה משום הפרה של כבוד האדם של הילד. מהפך זה ניכר הן בפסיקה פלילית תקדימית של בית המשפט העליון, שאסרה על ענישה גופנית – תחילה במערכת החינוך ולאחר מכן גם בתא המשפחתי, ובכך הפכה תקדים ישן של אותו בית משפט; הן בחקיקה של הכנסת בפן האזרחי, שביטלה הגנה נזיקית מפני תקיפה, אשר עמדה להורים ולמורים שהענישו עונש גופני סביר, וחוקקה זכות אזרחית למען התלמיד שלא להיחשף לעונש גופני ומשפיל מאת מוריו; הן בפסיקה משמעתית הנוגעת לעובדי מערכת החינוך שהשתמשו בכל כוח שהוא כלפי תלמידים או אף של עובדי מדינה, בכלל, שנהגו באלימות כלפי ילדיהם שלהם. מתוך כל אותן התפתחויות בולטת בעיקר הפסיקה בפרשת **פלונית** משנת 2000, שאסרה על ענישה גופנית בתא המשפחתי הן מבחינת היקף השינוי (החל על רוב בתי האב בישראל) הן מבחינת ההד ציבורי שהיה לאותה פסיקה. אך בכל אותם שלבים בולטת השפעתו הניכרת של חוק היסוד.

היה קשה מאוד לבצע את המהפך בלא אותה מהפכה של חוקי היסוד, שהעלתה על נס את כבוד האדם, בכלל, לרבות כבוד האדם של הילד, הן לגופו של מהפך בישראל הן בהשוואה לשיטות משפט אחרות, שרובן המוחלט (גם מקרב אלה שהקיאו מקרבן את הענישה הגופנית) לא הגיעו לקיצוניות שנקט הדין הישראלי. זה האחרון בחר לאסור על ענישה גופנית בפלילים ולהכלילה בגדר עבירות התקיפה. מדינה אחת נוספת בעולם פסעה במסלול זה, קפריסין, אך זו ביצעה את המהלך בתהליך מסודר בחקיקת הפרלמנט וליוותה את המהלך במסע ציבורי וחינוכי נרחב. בישראל נעשה הדבר בפסיקה ובלא מסע חינוכי מכין, ומסע כזה אף לא נעשה בדיעבד. שאר המדינות שבחרו להוקיע את הענישה הגופנית, כמעט כולן באירופה (שהן עדיין מיעוט בולט ממדינות העולם ואף ממדינות אירופה), בחרו בדרך עדינה הרבה יותר – קביעת זכות אזרחית לילד שלא להיחשף לעונש גופני, הקבועה בחוקים אזרחיים (חוקי כשרות משפטית, משפחה או זכויות אדם). בהנחה שבית המשפט העליון היה מודע לדרך שהוא נוקט בהשוואה לדרך שננקטה במדינות אחרות (ואכן, בפסק הדין חלק השוואתי לא מבוטל, אם כי אין זכר להבחנות בין פתרון אזרחי לפלילי או להבדל הניכר בין איסור שנקבע בחקיקה מסודרת לאיסור שנקבע בפסיקה), הרי שהפתרון הישראלי הקיצוני והבעייתי, במיוחד בחברה רב-תרבותית, שבחלקים גדולים שלה מדובר בדרך חינוך מקובלת ומושרשת, הצריך עוגן משפטי מוצק ואיתן להצדקת השינוי. עוגן זה היה אותה פרשנות ברורה לסעיפים 2 ו-4 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגוזרת הגנה מוחלטת על זכויות הילד. סיוע לאותה פרשנות ניתן מכיוונים נוספים, ובהם הפרשנות לאמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, אם כי חוק היסוד בוודאי שימש כעוגן המרכזי.

ודוק: אין ברצוני לומר שהמהלך לא היה יוצא לדרך כלל בלא חוק היסוד, שהרי סוף כל סוף חלק מערכי היסוד וזכויות הילד התפתחו קודם לכן או במקביל והיו קיימים מכוח הפסיקה של בית המשפט העליון גם בלא עיגון רשמי בחוק היסוד. אך המטריה החוקתית בוודאי סייעה באופן מכריע למהפך, עד כי קשה היה לאין ערוך להצדיק את המהפך ולבססו לולא פרשנות שיפוטית מתאימה של חוק היסוד, לפחות לא באותה צורה קיצונית. סוף כל סוף לא אירע באותן שנים מאורע מסוים דרמטי שיצדיק בהכרח, דווקא אז, מהפך שכזה ושינוי כה ניכר של ההלכה הקודמת; והא ראייה, כאמור, שהעובדה כי רוב המדינות בעולם, אף הנאורות ביותר, לא ביצעו מהלך כזה ולא קבעו שאבד הכלח על השימוש בענישה הגופנית, כפי שנקבע בבית המשפט העליון בישראל. חוק היסוד נרתם בטבעיות על ידי בית המשפט העליון בשבתו בערעורים פליליים – ולאחר מכן גם על ידי המחוקק האזרחי – למלאכה זו. פרשנותו של חוק היסוד הן בהיבט של תחולתו הכללית על ילדים הן בהיבט של פרשנות הזכות לשלמות הגוף והכבוד שבו כחלה על מקרי ענישה גופנית וגוברת על הזכות לחינוך (אם זו אכן כוללת שימוש בענישה גופנית קלה), סייעה להגיע לתוצאה הראויה מבחינתו של בית המשפט העליון בישראל, ובעקבות כך, במידה מסוימת, גם של המחוקק.

לפרשנות השיפוטית של הנורמה בחוק היסוד תפקיד מכריע, ועובדה כי במדינות מודרניות אחרות הסדרים חוקתיים דומים לא הרתיעו את בתי המשפט מלקבוע כי ענישה גופנית מסויגת, מתונה וסבירה, אינה נוגדת את זכויות האדם והילד ולפיכך אין לבטל חוק המתיר עשייתה. כך, למשל, דעת הרוב בבית המשפט העליון בקנדה קבעה, כי סעיף הקובע שענישה גופנית מתונה וסבירה לילד ולתלמיד, המסויגת בסייגים שונים כגון גיל הילד, חומרת ההכאה ומטרתה ואיסור על הכאה בכלים ומכשירים, אינה סותרת את הוראות מגילת הזכויות – הצ'רטר הקנדי.¹¹⁸ המסקנה

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, in IV CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD 60–76 (Gisbert H. Franz ed., 1999) (להלן: הצ'רטר/ הצ'רטר). גם הצ'רטר הקנדי משמש מטרייה חוקתית או מעין-חוקתית, שלה מעמד על-חוקי, וחוקים "רגילים" הנוגדים אותו עשויים להתבטל בהוראת בית המשפט, כמו, במידה מסוימת, המצב בישראל באשר לחוקי היסוד. העתירה לבית המשפט העליון הקנדי התבססה על הטענה, שסעיף חוק פלילי המתיר ענישה גופנית בסייגים מסוימים נוגד את הצ'רטר ועל כן יש להכריז על ביטולו. בקנדה ההסדר שונה מ"פסקת ההגבלה" בס' 8 לחוק היסוד. ס' 1 לצ'רטר קובע, שאין להגביל את הזכויות המוגנות על פי הצ'רטר, אלא אם הדבר נעשה במגבלות סבירות הקבועות בחוק. החוק הרלוונטי הוא החוק הפלילי. המשפט הקנדי מאפשר להורה, למי שנכנס בנעליו ולמורה להכות ילד לצורכי חינוך אם עמד בסייגים שתוכנם מתינות וסבירות, על פי Criminal Code, R.S., c. 1985, ch. C-34, § 43 (Can.).

"Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the

השונה שאליה הגיעו בתי המשפט בישראל ובקנדה – שתי מדינות דמוקרטיות, מודרניות ורב-תרבותיות, החתומות על אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד ונמנות עם המאשרות אותה – מצביעה למעשה על פרשנות משפטית שונה להסדרים חוקיים-חוקתיים דומים, כאשר ההסדר בקנדה רחב עוד יותר וכולל זכויות שבישראל לא נכנסו במפורש לחוק היסוד, בעיקר עקב מחלוקות פוליטיות, כגון הזכות לשוויון, ולענייננו, גם אי-אפליה על רקע גיל. האם בקנדה לא "אבד הכלח על ענישה גופנית", כפי שהתבטא בית המשפט העליון בישראל? האם בחברה הקנדית נורמות תרבותיות וחברתיות פחותות ערך מאלה שבישראל? דומה, כי הכול בגדר פרשנות משפטית ואפשר לראות זאת היטב בהתפלגות הדעות בפסק הדין של בית המשפט העליון בקנדה. אכן, הפרשנות של הוראות החוק או החוקה היא זו שהכתיבה את התוצאה השונה בישראל ובקנדה, וכמו קנדה כך גם מדינות אחרות, שבהן ההסדר בחוק נתפס כמשביע רצון ולא נמתחה עליו ביקורת חריפה מבחינה חוקתית בבית המשפט העליון או בבית המשפט לחוקה. מדינות דמוקרטיות מערביות רבות חיות "בשלום" עם מצב שבו ענישה גופנית קלה מותרת, בצד סעיפים בחוק או בחוקה המצהירים על כבוד האדם ושלמות גופו – סעיפים החלים גם על ילדים, אך מאוזנים אחרת מול זכותם של

case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances."

הפסיקה סייגה את הסעיף ופירשה אותו באופן מסורתי בצמצום. הסוגיה עלתה לדיון בבית המשפט העליון של קנדה בשנת 2004 בערעור על פסק דין של בית המשפט לערעורים של מחוז אונטריו (לעיל ה"ש 33). דעת הרוב גרסה, כי קיים איזון מוצלח בחוק העונשין הקנדי בין טובת הילד לטובת המדינה ולרצון לאפשר להורים ולמורים מרווח מסוים לחינוך הילד והתלמיד בלא שהתנהגותם תקבל תווית של פליליות – איזון שבעקבותיו עולה, כי הסעיף אינו נוגד את הצ'רטר. הסעיף מספק די מסננות כדי להגן על טובת הילד, כבודו ובטחונו. הוא קובע גבולות ואינו פרוץ, מונע אכיפה שרירותית ומטרתו חיובית – חינוך הילד ותיקון דרכיו, ולא ענישתו על מעשים שעשה בעבר. ההורה והמורה צריכים לדעת, כי לרשותם תחום מסוים שבו הם יכולים, וצריכים, למלא את חובת החינוך בלא מוראו של הדין הפלילי, ושרק מעבר לאותו תחום הם חשופים לאישום פלילי. מכאן, שהסעיף אינו מאפשר התנהגות קשה ואכזרית ולכן אינו מנוגד לצ'רטר, האוסר התנהגות כזו. שני שופטים סברו, בדעת מיעוט, כי הסעיף דווקא מנוגד לצ'רטר, שכן הוא מנוגד לזכויות היסוד של הילד העולות מן הצ'רטר ולכן יש לבטלו. לדעה זו, שימוש בכל סוג של כוח שהוא כלפי הילד, לא רק פוגע בכבודו אלא הופך אותו לאזרח מ"דרגה שנייה" ממש, הוא יוצר אפליה על רקע גיל (בין ילדים למבוגרים), כך שלמעשה הוא מנוגד לעקרון השוויון. לצ'רטר ולכללי הצדק הטבעי ויש בו משום ראיית ילדים כרכוש הוריהם. דעת מיעוט זו דומה מאוד לדעת הרוב בפרשת **פלוני** בישראל. שופט אחד סבר, כי הסעיף צריך להקנות חסינות להורים אך לא למורים. לדעתו, יש להבין חוסר רצון להתערב בתא המשפחתי, אך לא כן הדבר בהכרח לגבי מערכת החינוך.

ההורים וחובתם לחנך את הילדים.

סקירת המהלך וניתוחו הם לא רק בחינה משפטית-היסטורית של השפעה נקודתית של חוק היסוד והמהפכה החוקתית, בכלל, על סוגיית הענישה הגופנית. מדובר בפתח להבנה אפשרית של תהליכים נוספים במשפחה, בכלל, וביחסי הורים וילדים, בפרט, שבהם יהיה אפשר לאתר השפעה מכרעת לפרשנות חוק היסוד על זכויות הילד, במקומות שבהם בעבר נקודת הכובד הושמה על זכות ההורה (או על מאבק בין זכויות של הורים), ואילו כעת אפשר לפרש זאת כך שהמרכז הוסט לעבר הדיון בזכויות הילד. יש לנסות ולבחון דרך אותה מנסרה משפטית גם עניינים, כגון שמיעת הילד על ידי בתי המשפט בסכסוכי משמורת וחיפה ומתן משקל נכבד לדעתו, ולו מגיל מסוים; זכות הילד לפרטיות בביתו ובמערכת החינוך (למשל: לעניין חיפוש בכליו או מעקב מצולם אחריו); והכרה בתביעה נזיקית שהילד מגיש נגד הורה או מורה.

לפיכך תם ולא נשלם: מהפך בזכויות הילד בנושא ענישה גופנית בעקבות "המהפכה החוקתית", כן; מהפך בזכויות הילד בכלל; עניין שעדיין דורש הוכחה.