

שופטים ללא גבולות

אוולין גורדון

ל בית המשפט העליון יצאו מוניטין כאחד מבתי המשפט האקטיביסטיים ביותר בעולם הדמוקרטי.¹ אולם בחורף האחרון הביא בית המשפט את האקטיביזם שלו לשיא חסר תקדים בפסיקה המבוססת על הנחות משפטיות קלושות ביותר, שהפכה את רובם המכריע של ההורים בישראל לעבריינים. הפעם לא הסתפק בית המשפט בהתערבות בנושאים פוליטיים וחברתיים בזירה הציבורית, אלא פנה לטפל גם בדרך שבה בוחרים הורים ישראלים לחנך את ילדיהם.

ב־25 בינואר 2000 קבעו שלושה שופטי בית המשפט העליון, במקרה פלוניח נ' מדינת ישראל, כי מכה קלה של הורה על זרועו או על אחוריו של ילד היא תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין – עבירה שדינה מאסר של שנתיים. לא רק ענישה אכזרית או מופרזת, כתב בית המשפט, אלא כל ענישה גופנית "פסולה היא מכל וכל, והיא שריד לתפישה חברתית־חינוכית שאבד עליה הכלח".² לדעת השופטים שהכריעו בתיק זה – הנשיא אהרן ברק, דורית בייניש ויצחק אנגלרד – העניין ברור וחד־משמעי:

הפעלת ענישה הגורמת לכאב ולהשפלה אינה תורמת לאישיותו של הילד ולחינוכו, אלא פוגעת היא בזכויותיו כאדם. היא פוגעת בגופו, ברגשותיו, בכבודו ובהתפתחותו התקינה. היא מרחיקה אותנו משאיפתנו לחברה נקייה מאלמות. אשר על כן, נדע כי שימוש מצד הורים בעונשים גופניים או

באמצעים המבזים ומשפילים את הילד כשיטת חינוך, הנו אסור בחברתנו
כיום.³

ושמא יפרש מישהו הצהרה זו כאמירה מוסרית גרידא ולא כהכרעה משפטית
מחייבת, מיהרו השופטים למנוע אי-הבנה זו:

בקרבנו מצויים הורים לא מעטים, העושים שימוש בכוח שאינו מוגזם כלפי
ילדיהם (כגון מכה קלה בישבן או על כף היד), כדי לחנכם ולתת בהם
משמעת. האם נאמר כי הורים אלה עבריינים הם?... התשובה הראויה היא
כי במצב המשפטי, החברתי והחינוכי שבו אנו נתונים, אין להתפשר על
חשבון סיכון שלומם ושלמותם של קטינים. יש גם להביא בחשבון, שאנו
חיים בחברה בה האלימות פושה כנגד; היתר לאלימות "קלה" עלול להידרדר
לאלימות שחומרתה רבה. אין לסכן את שלמות גופו ונפשו של קטין
בענישה גופנית כל-שהיא; אמת המידה הראויה צריכה להיות ברורה וחד-
משמעית, והמסר הוא כי אין ענישה גופנית מותרת.⁴

במילים אחרות, בית המשפט הציג את השאלה האם הורה שטפח על כף
ידו של ילדו צריך להיחשב עבריין, והשיב עליה במפורש בחיוב.
רב הפיתוי לפטור את פסק הדין כחוליה נוספת בשרשרת של החלטות
המראה עד כמה רחוקים השופטים מהוראות החוק הישראלי ומן ההשקפות
של הרוב המכריע בישראל. אפשר לטעון גם שמאחר שפסיקה זו אינה ניתנת
לאכיפה, והיא תיתקל בהתעלמות כללית – אין מקום לדאגה רבה. אולם פסק
הדין בעניין פלוניח ראוי לשימת לב, משום שהוא מייצג את החדירה העמוקה
ביותר עד כה של בית המשפט העליון לחייהם הפרטיים של אזרחי ישראל.
הוא גם מוריד את רף ההנמקה המשפטית שהשופטים רואים כנחוצה בבואם
להצדיק שינויים מהפכניים בחוק הישראלי, הופך על פניו עיקרון רב-שנים
בדיני המשפחה בדרך הפותחת פתח לאכיפה שרירותית, ומאיים לקעקע את
סמכות שלטון החוק, כמו גם את סמכותו של בית המשפט עצמו. ההחלטה
בעניין ענישה גופנית של ילדים אכן מבהירה יותר מכל פסק דין אחר שניתן
לאחרונה עד כמה מאיים האקטיביזם של בית המשפט העליון על האיזונים
העדינים שבהם תלויה הדמוקרטיה הישראלית.

ב

בהתחשב באופי המהפכני של פסק דין פלוני, הדעת נותנת שלא ניתן היה להחליט במקרה זה בלא הכרעה לגופו של עניין הענישה הגופנית, ושבידי השופטים היו הצידוקים המשפטיים האיתנים ביותר להנמקת הכרעתם. ברם, למעשה, בית המשפט היה יכול להכריע בעניין בלי להידרש לשאלת חוקיות הענישה הגופנית של ילדים כלל ועיקר.⁵ יתר על כן, הנימוקים לפסק הדין חורגים באופן שערורייתי מקני המידה המקובלים להנמקה משפטית.

המקרה עצמו פשוט למדי: זהו ערעור של אישה מרמת גן אשר הורשעה בתקיפת בתה בת השבע ובנה בן החמש ובהתעללות בהם. בית המשפט המחוזי בתל אביב מצא שבמהלך השנים 1994–1995 חבטה האם בילדים שוב ושוב בראשם, בזרועותיהם, בגבם ובישבנם, השליכה עליהם נעליים והכתה אותם בקבקבי גומי. ההתעללות בשני הילדים השאירה סימנים גלויים אשר צוות בית הספר דיווח עליהם; מורה אחת העידה, למשל, שהילדה באה לבית הספר כשעל זרועה סימני חבלה צהובים, אשר נגרמו, לדבריה, על ידי האם כאשר הכתה בה במקל משום שחדרה לא היה מסודר. במקרה אחד הנחיתה האם על פניו של בנה מכה שעקרה אחת משיניו.⁶ יתר על כן, שני הילדים הראו סימנים ברורים של מצוקה נפשית עקב ההכאה התכופה. מורה אחת דיווחה שלעתים קרובות היה הילד נרתע בבהלה כאשר התקרבה אליו, ומורה אחרת הבחינה ש"גם כשהייתי מדברת איתה [עם הילדה] לא פעם, והייתי מרימה סתם יד, היא הייתה בתנועת התגוננות ואפילו הייתה מוכנה להתחבא מתחת לשולחן כי היא חשבה שאני רוצה להכות אותה".⁷ לנוכח משקל הראיות דחה בית המשפט המחוזי את טענת האם שפעולותיה נועדו לשרת מטרות חינוכיות. בית המשפט, כתבה השופטת סביונה רוטלוי, אינו יכול להשלים עם פעולות אלימות כאלה "הגם שהן עטופות במחלצות של 'פילוסופיית חינוך'".⁸

בית המשפט העליון היה יכול פשוט לאשר את ההרשעה. האישה הנידונה חרגה בבירור מן הגבולות הסבירים של חינוך למשמעת, גם בהנחה שענישה גופנית מתונה נחשבת מותרת.⁹ אולם השופטת דורית ביניש, אשר כתבה

את פסק הדין, התעקשה לדון גם בחוקיותו של מקרה היפותטי של "מכה קלה בישבן או על כף היד". בעשותה כן בחרה לבחון מחדש תקדים שקבע בית המשפט העליון עצמו בשנת 1953, בדלאל ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פסיקה שהייתה חלק מקובל מן המשפט הישראלי במשך כמחצית המאה.¹⁰ באותה פסיקה תקדימית, שהכירה בחוקיות של הכאה קלה בידי הורים ומורים, התבסס בית המשפט על החוק האנגלי, בהתאם להוראות החוק שחלו באותה העת במקרים של לאקונה משפטית (מקרה שבו החוק הכתוב אינו מספק את ההנחיה הנחוצה לשם הכרעה).¹¹ עם חלוף הזמן, משהשתנתה דעת הקהל בעניין ענישה גופנית בבתי ספר, אסר משרד החינוך במוחלט על מנהלים ומורים להכות תלמידים – מדיניות שאישר בית המשפט העליון בפסיקות מן השנים 1994 ו-1998.¹² עם זאת, לגבי הורים, הוסיף בית המשפט העליון, לרבות הנשיא אהרן ברק, לדבוק בעקביות בתקדים משנת 1953 – והמחוקק, בתי המשפט והקהילה המשפטית ראו בו חלק מחייב של המשפט הישראלי, אף שלא נחקק באופן רשמי.¹³

בנמקה את החלטתה להפוך על פניו תקדים זה, גייסה בייניש, בתמיכת שני עמיתה,¹⁴ לא פחות משישה טיעונים נפרדים. כל אחד מהם בפני עצמו היה קלוש מכדי להצדיק את מסקנת בית המשפט. בחינתם בזה אחר זה היא מעין סיור מודרך בין הסוגים השונים של טיעונים מופרכים החביבים על בית המשפט העליון בבואו להצדיק את פלישותיו לתחום החקיקה השיפוטית. קו ההנמקה הראשון של בייניש בפסק הדין הוא הטענה שישראל צריכה לבחון את הנהוג במדינות דמוקרטיות אחרות. בפתיחת הדיון היא יוצאת ידי חובה בהצגת מורכבות העניין: "ניתן למצוא מגוון גישות לעניין זה, אשר השוני ביניהן נובע מתפישות ערכיות, חברתיות, חינוכיות ומוסריות שהתפתחו במשך השנים בחברות שונות".¹⁵ אחר כך היא פונה לחקור את הנהוג בבריטניה, קנדה וארצות-הברית, מקומות שבהם החוק מתיר במפורש ענישה גופנית מתונה של ילדים בידי הוריהם.¹⁶ אך כל זה אינו אלא הקדמה לשבחים שהיא מרעיפה על הגישה המתחרה, הבאה לידי ביטוי בשבדיה, פינלנד, דנמרק, נורבגיה ואוסטריה. בעשרים השנים האחרונות, אליבא דבייניש, שמו מדינות אלה דגש "על זכות הילד לכבוד, לשלמות הגוף ולבריאות הנפש", ולפיכך העבירו חקיקה שבה "אסרו או הגבילו עד מאוד את סמכותם של הורים להעניש את ילדיהם בענישה גופנית".¹⁷ בלשון שהיא נוקטת, כמו גם באזכורים המובאים בהמשך בפסק הדין, מבהירה בייניש שהיא מאמינה כי מקומה של ישראל בין המדינות המתקדמות המרכיבות קבוצה שנייה זו.

טיעון זה פגום מכמה בחינות. ראשית, בית המשפט התעלם מהבדל מהותי בין אותן חמש מדינות ובין ישראל: כל בתי המחוקקים שלהן העבירו חקיקה מפורשת המוציאה ענישה גופנית אל מחוץ לחוק, ואילו הכנסת לא עשתה זאת.¹⁸ שנית, בניגוד למשתמע מן התיאור של בייניש, אותן חמש מדינות שהיא מזכירה הן רשימה כמעט שלמה של הדמוקרטיות שאסרו ענישה גופנית בידי הורים, בעוד ש־76 מתוך 84 המדינות הדמוקרטיות בעולם בחרו שלא להתערב בזכות ההורים להשתמש בענישה גופנית מתונה לשם חינוך ילדיהם.¹⁹ אין זה מובן מאליו שישאל, שרווחות בה השקפות מסורתיות בעיקרן בתחום חיי המשפחה, צריכה לצאת נגד הגישה הבינלאומית המקובלת באשר לאופן שבו מוסדרים יחסים בין הורים לילדים, כדי לעצב את דמותה בהתאם לקומץ מדינות אירופיות שהפכו לחממה הניסיונית של העולם לנורמות ולחקיקה חברתית רדיקליות.

אך גם אם סקנדינביה היא אכן המודל הנבחר לדיני המשפחה הישראליים, הרי אין בניסיון של מדינות אלה כדי לתמוך במהפכה שיפוטית, כמו שנעשה בפסק דין פלוני. ממשלותיהן של אוסטריה והמדינות הסקנדינביות – שלא כמו בית המשפט הישראלי – נזהרו שלא להפוך את הענישה הגופנית לעבירה פלילית בן לילה. הן העדיפו ליישם תהליך הדרגתי אשר טיפח הסכמה רחבה, וביקשו לשנות תחילה את עמדות הציבור ומנהגיו, ורק לאחר מכן למסד שינוי זה באמצעות חקיקה – וגם אז קבעו כי ענישה גופנית של ילדים תיחשב עוולה אזרחית ולא עבירה פלילית.²⁰ שבדיה, אשר הייתה בשנת 1979 למדינה הראשונה שאסרה ענישה גופנית בידי הורים, עשתה זאת רק לאחר מסע הסברה בן ארבע־עשרה שנה שבמהלכו השקיעו ממשלותיה, בזו אחר זו, מאמצים חינוכיים אדירים כדי ליידע הורים בדבר שיטות חלופיות של חינוך למשמעת, בעוד בית המחוקקים מתקן בהדרגה את דיני המשפחה באופן שהציב מגבלות הולכות ורבות על הענישה הגופנית. כאשר החל תהליך זה ב־1965, חשבו 53 אחוזים מההורים השבדים שענישה גופנית נחוצה לעתים בגידול ילדים. שש שנים לאחר מכן סברו כך רק 35 אחוזים, ושיעורם הוסיף לרדת עד חקיקת החוק בשנת 1979.²¹ ההצבעה האחידה כמעט של בית המחוקקים השבדי בעניין האיסור על ענישה גופנית (רק 6 מתוך 265 חברי הבית הצביעו נגד החוק) שיקפה אפוא הסכמה הולכת וגדלה בקרב החברה השבדית.²²

לאחר שהציגה תמונה מסולפת של הנהוג בעולם הדמוקרטי, פונה בייניש לדון בנסיבות הקיימות בחברה הישראלית, ומציינת כי

ההכרעה בשאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית כלפי ילדים, מושפעת במידה רבה מהשקפות חברתיות-ערכיות. השקפות אלה נתונות כמובן לשינויים בהתפתחויות חברתיות ותרבותיות; מה שנראה טוב ונכון בעבר, יכול שלא להיראות כך בהווה.²³

המשתמע מהצהרה זו, ובייניש מנסחת זאת בצורה מפורשת יותר בהמשך פסק הדין, הוא ש"ההשקפה החברתית-ערכית" בישראל אינה מתירה עוד להורים, בשום פנים ואופן, להעניש את ילדיהם ענישה גופנית.²⁴ אולם ההוכחה היחידה שהיא מביאה לטענה זו היא שבית המשפט העליון עצמו שינה את עמדתו, כאשר פסק פעמיים נגד ענישה גופנית בבתי ספר, במהלך שנות התשעים. הנימוקים של בית המשפט באותם מקרים, כתבה בייניש, "יפים לדעתי גם לעניין הורים, על אף השוני".²⁵

היה אפשר לצפות שטיעון מסוג זה ייתמך בראיה המוכיחה שהשינוי ביחס לענישה גופנית בידי הורים הכה שורש בציבור הרחב ולא רק בקרב השופטים – בדומה לתמורה שחלה בגישת הציבור בעניין הכאה בבתי ספר.²⁶ עד כמה שהדבר מתמיה, פסק הדין אינו מציע שום ראיה כזאת. בית המשפט אינו מאזכר שום סקר דעת קהל על עמדותיו של הציבור הישראלי, ואינו מצטט מחקרים ישראליים על גידול ילדים – למרות נגישותם של שני בחנים אלה ל"השקפה החברתית-ערכית" של תושבי ישראל על ענישה גופנית. ליחס דומה זוכות עמדותיהם של המומחים בתחום: בית המשפט לא רק גילה אדישות כלפי העובדה שאנשי מקצוע רבים בישראל מצדדים בענישה גופנית בנסיבות מסוימות;²⁷ הוא אף מתעלם מאותם מומחים ישראלים התומכים בעמדתו, ובוחר להראות מהי "ההשקפה החברתית-ערכית" בישראל באמצעות אזכור מחקרים שנכתבו באנגלית עבור הורים אמריקנים ובריטים. הוא גילה זלזול דומה גם בנתונים שעלו מסקרים רלוונטיים. שלושה שבועות בלבד בטרם ניתן פסק דין פלוני, פרסם ידיעות אחרונות תוצאות של סקר דעת קהל שהראה כי 57 אחוזים מן הישראלים היהודים מאמינים שלכל הפחות "ייתכן" שיש מצבים שבהם נכון להכות ילד למטרות חינוכיות.²⁸ ומחקר משנת 1996 מצא כי 75 אחוזים מן ההורים הישראלים אישרו שהם מענישים את ילדיהם באמצעות הכאה, לפחות מדי פעם.²⁹

אי-אפשר אפילו לדון את השופטים לכף זכות ולהניח שהם לא היו ערים למציאות זו. פסק הדין הבהיר שהם בחרו במודע להתייחס בביטול לעמדת הרוב.³⁰ כפי שהסביר אחר כך הנשיא אהרן ברק בנאום שבא להגן על ההכרעה:

"אנחנו לא פוסקים לפי סטטיסטיקה של דעת הציבור. בית המשפט צריך לתת ביטוי לתפישות עומק של ההיסטוריה ולא להיסטריה".³¹

לאחר שנשלו בביסוס הטענה כאילו חלו שינויים יסודיים בעמדות הסובייקטיביות של הציבור הישראלי, מפנים בייניש ועמיתיה את מבטם לתחום מדעי החברה בניסיון למצוא שם בסיס אובייקטיבי להחלטתם. "מחקרים פסיכולוגיים וחינוכיים", כותבת בייניש, "מראים כי השימוש בענישה מצד הורים, הגורמת לילדיהם כאב או השפלה, אינו רצוי, ואף עלול להיות מזיק".³² לאחר שסקרה מספר מצומצם של מאמרים וספרים התומכים בטענה זו, היא מסכמת: "בית המשפט אינו יכול ואינו רשאי לעצום עיניו מפני התפתחויות חברתיות ומהלקחים שהופקו ממחקרים חינוכיים ופסיכולוגיים אשר שינו מן הקצה אל הקצה את ההתייחסות לחינוך תוך שימוש באמצעי ענישה גופניים".³³

אלא שלאחר ההצהרה הזאת מוסיפים השופטים לעשות בדיוק את זה – הם עוצמים את עיניהם נוכח כל הראיות העלולות לסתור את טענתם. כפי שיודע כל מי שמתמצא במצב המחקר העדכני בדבר ענישה גופנית על ידי הורים, התוצאות בתחום זה רחוקות מלהיות חד-משמעיות.³⁴ אף שנכון הוא שהרבה מחנכים ופסיכולוגים בולטים טוענים נגד ענישה גופנית,³⁵ מצביעים כמה מחקרים חשובים שפורסמו בשנים האחרונות על כך שענישה גופנית שאין בה משום התעללות היא שיטה יעילה במיוחד ליצירת משמעת, המסייעת לילדים להתנהג טוב יותר ובצורה אלימה פחות. בפברואר 1996, למשל, קיימה האקדמיה האמריקנית לרפואת ילדים כנס שבחן את השפעותיה של ענישה גופנית, ואת המחקרים שהוצגו בו פרסמה בגיליון מיוחד של כתב העת היוקרתי שלה פדיאטריקס.³⁶ אפשר שעבודת המחקר החשובה ביותר שהופיעה שם הייתה עבודתו של רוברט לרזלר, שערך סקירה מקיפה של 166 מחקרים על ענישה גופנית שפורסמו בשני העשורים הקודמים. לאחר שדחה את המחקרים שלא עברו ביקורת עמיתים או שכללו פגמים מתודולוגיים חמורים – כגון הכללת מקרים של התעללות בילדים יחד עם ענישה קלה – נותרו בידי לרזלר שלושים וחמישה מחקרים שעמדו באמות המידה הקפדניות שלו. מתוכם, מספר המחקרים שהוכיחו תוצאות חיוביות של ענישה גופנית – התנהגות טובה יותר ואלימה פחות מצד ילדים – היה שווה פחות או יותר למספר המחקרים שהוכיחו תוצאות שליליות.³⁷ יתר על כן, "המחקרים שרמת המהימנות הפנימית שלהם גבוהה יותר נטו לגלות

תוצאות חיוביות", גם בהשוואה לשיטות יעילות אחרות של חינוך למשמעת, כגון נזיפות מילוליות והסברים מנומקים.³⁸ בדומה לזה, בשנת 1997 פרסם כתב העת היוקרתי הארכיון לרפואת ילדים ונוער מחקר של הפסיכולוגית מרג'ורי לינדנר גונז, שעקבה אחרי 1,100 בנים ובנות במשך תקופה של חמש שנים וגילתה שילדים בני ארבע עד שבע שהוכו קלות בידי הוריהם היו מעורבים בפחות תגרות בבית הספר – דבר שהוליד את החוקרת למסקנה כי "בנוגע לרוב הילדים, הטענות שענישה גופנית קלה מלמדת אותם להיות תוקפנים נראות לא-מבוססות".³⁹

במחקרים אלה כשלעצמם אין כדי להוכיח שענישה גופנית היא אמצעי חינוכי רצוי. עם זאת, המסקנה העולה מהם בבירור היא שהמומחים לא הגיעו לכלל הסכמה רחבה, ושכל אדם המבקש לבסס הכרעה משפטית על קיומה של הסכמה כזאת עושה זאת מתוך התעלמות מן הממצאים. כמו שציין לרזלר, "הממצא החשוב ביותר של הסקירה הוא שמחקרים איכותיים המתעדים תוצאות מזיקות של ענישה גופנית שאין בה כדי התעללות מעטים מכדי לתמוך ביעוץ או בנקיטת מדיניות נגד מנהג עתיק זה של הורים".⁴⁰

ג

ק לאחר שמיצו את הטיעונים המשווים, הסוציולוגיים והמדעיים, מנסים בייניש ועמיתיה לבסס את הכרעתם באופן ישיר יותר על המשפט הישראלי. ואולם גם כאן מבוססת המסקנה שלהם על מה שאי-אפשר לכוונתו אלא שימוש מגמתי ביסודות המשפט הקיימים.

דבר זה ניכר בטיעונים המשפטיים שבחר בית המשפט לבחון; הוא דחה כלאחר יד כל מקור משפטי שעלול היה לעמוד נגד מסקנתו, או פשוט התעלם ממנו. כך, למשל, אף שחוק העונשין מחריש בשאלת הענישה הגופנית המתונה בידי הורים, דיני הנזיקין אינם שותקים. אחד המצבים הנזכרים במפורש בפקודת הנזיקין כהגנה תקפה נגד תביעות הוא מקרה שבו "הנתבע הוא הורו או אפוטרופסו או מורהו של התובע... והוא ייסר את התובע במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו". בייניש מכירה בעובדה זו, אך פוטרת אותה בהצהרה שחסינות מפני תביעה אזרחית בגין הכאת ילד אינה פוטרת הורה

מאחריות פלילית – טענה אשר, אף שהיא נכונה מבחינה טכנית, אינה גורעת מן הרלוונטיות של חקיקה זו כהנחיה בדבר כוונת המחוקק בשאלת הענישה הגופנית של ילדים.⁴¹

פסק הדין מתעלם גם מן ההוראות המפורשות המצויות בחוק יסודות המשפט (1980), בנוגע לאופן שבו יש להתמודד עם לאקונה משפטית. לפי חוק זה, יש למלא לאקונות כאלה באמצעות המקורות והמסורות המהווים את "מורשת ישראל".⁴² אולם בית המשפט סירב להידרש במפורש או במשתמע למקורות היהודיים – אשר רובם ככולם מתירים להורים לחנך את ילדיהם למשמעת באמצעות ענישה גופנית מתונה.⁴³

לאחר שפתרה בדרך זו את הקשיים שהעמידו בפניה המקורות המשפטיים הבעייתיים, פתחה בייניש את הדיון בחוק הישראלי בהעלותה על נס את מה שהפך במהרה לצידוק הרב-תכליתי של בית המשפט העליון לכל חקיקה שיפוטית, דהיינו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משנת 1992. אליבא דבייניש, קובץ זה של עקרונות מופשטים – שאינו אומר דבר על ענישה גופנית מצד הורים – "משמש אף הוא מקור חשוב" לאיסור מוחלט על ענישה גופנית של ילדים.⁴⁴

באופן טיפוסי, פסק הדין אינו מאזכר שום סעיף ספציפי בחוק, שממנו משתמע איסור כזה, וגם אינו מצטט מתוך דיוני הכנסת בחוק, כדי להראות שהמחוקק אכן התכוון לאסור ענישה גופנית. ואכן, בדיקת חוק היסוד הזה וההיסטוריה החקיקתית שלו מבהירה שכל קשר בינו ובין פסק הדין של בית המשפט הוא במקרה הטוב פרי הדמיון. בחוק זה, הדבר הקרוב ביותר להתייחסות לנושא הענישה הגופנית הוא ההצהרה ש"אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" – משפט שקשה למצוא בו השעיה ברורה של זכות האם לחנך את ילדה בן החמש בעזרת מכה קלה על היד.⁴⁵ גם הדיון הפרלמנטרי הארוך בחוק יסוד זה אינו מראה ולו ברמז שאיסור כזה עלה על דעת המחוקקים.⁴⁶

במקום לצטט את החוק עצמו או את דבריהם של המחוקקים שניסחו אותו, מגנה בייניש על עמדתה באמצעות הפניה למאמר אקדמי שכתב שופט בית המשפט העליון בדימוס חיים כהן, המציע שלנוכח חקיקתו של חוק זה ב-1992 "יטיב המחוקק עשות אם יעיין מחדש בכמה מן ההיתרים המצויים עתה בחוק, שמא רחבים הם יתר על המידה. הדברים אמורים במיוחד לעניין זכותם של הורים ומורים לפגוע בגוף ילדיהם או תלמידיהם..."⁴⁷.

ההנחה ששופט בדימוס מבין את כוונת המחוקק יותר מן המחוקקים עצמם היא מפוקפקת. אך גם אם נקבל הנחה זו, המאמר נותן תמיכה קלושה למדי לפסיקתו של בית המשפט, מאחר שכהן מצהיר בהקדמתו במפורש שאין הוא מתיימר לפרש את החוק בדרך הראויה לשופט. "כבר זקנתי", הוא כותב, "ומשכתי ידי מן הפרשנות השיפוטית, ואין אני מתיימר להסיג גבולה. פרשנותי היא אקדמית, תיאורטית, חובבנית..."⁴⁸. בהתחשב בעובדה שכהן אינו מציג לבתי המשפט לפרש את חוק היסוד כאוסר ענישה גופנית, אלא רק שהמחוקק יבחן מחדש את עמדתו בנושא, קשה עוד יותר לקבל את הטענה שחוק יסוד זה יכול להיות "מקור חשוב" לאיסור שעליו הכריז בית משפט. בהעדר מקורות משפטיים ישראלים לבסס עליהם את החלטת בית המשפט, אין פלא שבייניש פונה למשפט הבינלאומי, אשר בשנים האחרונות משמש את בית המשפט העליון יותר ויותר לייבוא "חקיקה" שאין לה תימוכין בחוקי המדינה. במקרה זה ביקש בית המשפט למצוא תימוכין לעמדתו באמנת האו"ם בדבר זכויות הילד, שאושרה על ידי ישראל באוגוסט 1991, ובייחוד בסעיף 19, המחייב את כל המדינות החתומות לנקוט "אמצעים תחיקתיים, מינהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים על מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, ומפני חבלה, פציעה או שימוש לרעה, הזנחה או טיפול רשלני, ניצול או התעללות..." שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפטרופוסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו".⁴⁹

לכאורה, מעמדה של ישראל כמדינה שחתמה על אמנה האוסרת "אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, חבלה, פציעה או שימוש לרעה" אינו מחייב אותה לאסור צורות מתונות של ענישה גופנית. יש להרחיב במידה ניכרת את הגדרתם של מונחים כמו "אלימות" או "שימוש לרעה" כדי שיחולו גם על מקרים שבהם אם סוּטרת קלות לבנה על היד.⁵⁰ אף על פי כן, נראה שיש בסיס כלשהו לפירוש של בית המשפט, שכן הגדרה מרחיבה כזאת בדיוק הוצעה על ידי עשרת החברים היושבים בוועדת האו"ם לזכויות הילד – הוועדה המופקדת על המעקב אחר הציות לאמנה. בשנת 1993 – שנתיים לאחר האשרור בידי ממשלת ישראל – החלה ועדה זו לפרש את סעיף 19 כך שענישה גופנית של ילדים חייבת להיאסר על פי חוק בכל המדינות שאשררו את האמנה.⁵¹

ברם, קביעת הוועדה שהאמנה אוסרת ענישה גופנית של ילדים אינה יכולה לחייב את בית המשפט העליון של ישראל לכפות איסור כזה. מבחינה

אמפירית, ברי כי רוב המדינות אינן מפרשות את האמנה באופן זה: רק ב־9 מתוך 190 מדינות שאשררו את האמנה הייתה ענישה גופנית אסורה במועד שבו ניתנה ההחלטה של בית המשפט הישראלי.⁵² יתר על כן, ישנם יסודות משפטיים מוצקים שניתן לדחות באמצעותם את הטענה שהאמנה אכן מחייבת את החתומים עליה לכפות איסור ענישה גופנית. המשפט הבינלאומי מגן על שותפות לאמנות מסוג זה מפני מחויבות לפרשנות מאוחרת המרחיבה את התחייבויותיהן, מן הטעם שהתרת שינויים כאלה תשלול באופן רטרואקטיבי מידה ניכרת יותר של ריבונות מכפי שהתכוונו להקריב. במועד שבו אשררה ממשלת ישראל את האמנה, לא הייתה כל ראייה לכך שהאו"ם התכוון כי המדינות החתומות יתחייבו להוציא ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם אל מחוץ לחוק.⁵³ יתר על כן, לאמנה בדבר זכויות הילד אין בישראל תוקף של חוק – עובדה שבית המשפט העליון עצמו אישר בפסיקות קודמות.⁵⁴ ואכן, צוות של משרד המשפטים דחה לאחרונה את האפשרות לעגן את האמנה בחקיקה מקומית.⁵⁵

ד

לאחר שדנו במגוון כה רחב של נושאים – ענישה גופנית בעולם הדמוקרטי, הנורמות המשתנות בחברה הישראלית, המחקר במדעי החברה, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואמנת האו"ם בדבר זכויות הילד – חשו השופטים ככל הנראה שביססו את טיעונם באופן מוצק דיו על מנת להגיע למסקנתם: שמעשה ענישה גופנית של ילד למטרות חינוכיות "הנו אסור בחברתנו כיום".⁵⁶ רק אז פנו לבחון את החוק הפלילי הישראלי בנושא זה. "תימוכין לגישה זו", הם כותבים, "ניתן למצוא באי־קבלתו של סעיף 49(5) להצעת חוק העונשין" – ובכך מפנים אותנו להחלטת הכנסת מ־1994, שדחתה תיקון הפוסטר במפורש הורים מאחריות פלילית לענישה גופנית סבירה של ילדיהם.⁵⁷ אך בחינת הדיונים בכנסת מוכיחה שמניעי המחוקקים היו הפוכים מאלה שבייניש מייחסת להם: לאמיתו של דבר, הכוונה הברורה של חברי הכנסת הייתה שבתי המשפט יוסיפו לכבד את האוטונומיה של ההורים בתחום זה.

בעת ההיא ערכה הכנסת בדיקה יסודית ומקיפה של חוק העונשין, שאחת ממטרותיה הייתה לקבע בחקיקה את ההגנות, הצידיקים והפטורים שנעשו מקובלים על יסוד תקדימים שקבעו בתי המשפט. עם ההגנות הללו נמנתה גם ההגנה הפוטרת הורים שהכנו את ילדיהם מהרשעה בתקיפה, כל עוד נעשה הדבר "לשם חינוך של קטין" ו"בלבד שלא חרג מן הסביר". חבר הכנסת דן מרידור (אז עדיין חבר הליכוד), אשר ישב בראש ועדת המשנה שעשתה את רוב מלאכת הקודיפיקציה, עמד בראש המצדדים בהכללת פטור זה בחקיקה. הוא טען כי אסור לכנסת להניח את מתן הפטורים האלה בידי בתי המשפט. הוא גם הזהיר שבפועל יש יסוד לחשוש שבתי המשפט לא ימשיכו לכבד את התקדים המבוסס והוותיק בנושא זה.⁵⁸ התנגד לו בוועדת המשנה יצחק לוי מן המפד"ל, אשר הסכים שאין לאסור ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם, אך טען שהכללה מפורשת של הפטור בחוק העונשין עלולה לעודד הורים להגביר את השימוש בענישה גופנית.⁵⁹ הכנסת אינה צריכה, אפוא, לתקן את החקיקה בנקודה זו, טען, אלא לסמוך על בתי המשפט שיבינו את כוונת המחוקק כראוי. כמה מומחים משפטיים מן האקדמיה ומן הממשלה תמכו בעמדת לוי. ש"ז פלר, מן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, טען שניתן להניח את הנושא בבטחה "לחכמת התביעה ולחכמת בתי המשפט... חיינו עם המצב הזה עד עכשיו, ולא היה לנו קשה".⁶⁰ אפילו יצחק קדמון, מנהל המועצה לשלום הילד' והמתנגד הבולט ביותר בישראל לענישה גופנית של ילדים, אמר לחברי ועדת המשנה שהטעם לכך שאין לכלול את הפטור בחוק הוא הרצון להימנע מהעברת "מסר" מוטעה להורים, שכן הם יכולים לפרש את הפטור כאור ירוק להרחיק לכת:

אנו לא מבקשים זאת [איסור על ענישה גופנית] כי אנו חושבים שהחברה הישראלית עדיין אינה בשלה לכך... כל מה שאנו מבקשים בשלב זה הוא שתשאירו את המצב כפי שהיה עד לקבלתו של החוק הזה... שלא יטעה חלק מהציבור להבין שיש כאן מסר חדש.⁶¹

אותו ויכוח עצמו נמשך גם בדיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט שבראשה ישב חבר הכנסת דדי צוקר (אז ממר"צ), אשר הופקדה על הכנת הצעת החוק לשם הצגתה לפני הכנסת. בפורום זה דחק מרידור בעמיתיו למלא את חובתם על ידי ביצוע הקודיפיקציה של הדין הקיים, והזהיר שאחרת "בית המשפט יכול לפסוק שההוצאה של ההגנה הזאת היא מכוונת, ולכן מהיום והלאה אין

הגנה כזאת בכלל".⁶² לוי הכריז שוב שאי-הכללת פטור משאירה את המצב המשפטי הקודם על כנו, והדגיש שוב ושוב ש"אנחנו לא משנים את החוק".⁶³ הוא אף הוסיף ואמר שיתנגד בפועל לאיסור על ענישה גופנית של ילדים משני טעמים:

קודם כל בגלל המציאות, מכיוון שלא נעשה את כל ההורים עבריינים. שנית, מפני שיכול להיות שיש פעמים שצריך להשתמש במעשה זה או אחר.⁶⁴

עמדתו של לוי התקבלה על ידי רוב חברי הוועדה, וסעיף הצידוק הוצא מטיטוט החקיקה.

כאשר הגיעה הצעת החוק למליאת הכנסת לאישור סופי, ניסו מרידור, עם חבר הכנסת אברהם פורז (אז ממר"צ) ועוד שני חברי כנסת, להכניס שוב את הסעיף שיתיר במפורש להורים להשתמש בענישה גופנית מתונה. יצחק לוי ייצג שוב את עמדת הרוב – והפעם באופן רשמי, שכן יושב ראש הוועדה, דדי צוקר, מינה אותו לעשות כן.⁶⁵ "אם נשמיט לא נאמר איסור מוחלט", טען לוי, "אם נשמיט נאמר לא כלום".⁶⁶ כאשר נדחק לפינה על ידי פורז, הוא חזר והדגיש: "לא משנים".⁶⁷ כשהצביעו אפוא חברי הכנסת נגד הצעת מרידור, עשו זאת על סמך ההבנה שהם אינם מבטלים את הפטור המשפטי המתיר להורים ענישה גופנית של ילדיהם.

באופן תמוה, מגייסת בייניש סדרת דיונים זו – שבשום שלב במהלכה לא צידדו הן תומכי הפטור המפורש והן מתנגדיו העיקריים באיסור על ענישה גופנית על ידי הורים – כדי לטעון שהמחוקק ערער על המעמד החוקי של ענישה גופנית. לשם הצדקת הפרשנות הזאת, מדלגת בייניש על דיוני ועדת המשנה ועל דיוני הוועדה, ומתעלמת מנאומיהם של מרידור ולוי במליאה. תחת זאת היא מצטטת חברת כנסת יחידה, יעל דיין מן העבודה – הנואמת היחידה שטענה, בשלב כלשהו בתהליך החקיקה, בזכות איסור על הורים להעניש את ילדיהם ענישה גופנית.⁶⁸ בהסבירה את התנגדותה לעמדת מרידור, הצהירה דיין: "אסור בכלל להכניס כאן נורמות ביניים כלשהן, משום שזה צריך להיות חד-משמעי – לא תופעל אלימות ולא יופעל שום אמצעי של כפייה על קטין או על מישהו שנמצא תחת מרות או סמכות או אפטרופוסות של מישהו".⁶⁹ וציטוט זה, שאינו מייצג לא את דעת הרוב בוועדה ולא את עמדת המיעוט, אלא את נקודת המבט של מחוקקת יחידה, הוא זה שבו משתמשת בייניש כדי לקבוע את כוונת המחוקק.⁷⁰

ששת הנימוקים של בית המשפט העליון בפסק דין זה מדגימים יחדיו עד כמה מוכנים השופטים להרחיק לכת כדי לתת להחלטותיהם מראית עין משפטית. הם קובעים, בלי להביא כל נימוק של ממש לקביעה זו, שמקומה של ישראל בקרב המיעוט הזעיר של הדמוקרטיות שבתי המחוקקים שלהן אסרו ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם; הם יוצרים את הרושם המוטעה שהחברה הישראלית מצדדת בעמדתם; והם מתעלמים לחלוטין ממחקרים מדעיים חשובים הסותרים את מסקנתם. בזירה המשפטית, הם מתעלמים מכל מקור שיש בו כדי לסתור את דבריהם, או דוחים אותו בקש; מחילים את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על סוגיית הענישה הגופנית, אף שהוא אינו מתייחס אליה; ומגלים התחייבויות משפטיות העולות כביכול מתוך פרשנות של ועדות האו"ם לאמנה, אף שמשדר המשפטים, וגם בית המשפט העליון עצמו, מעולם לא הכירו באמנה זו כמסמך מחייב. לבסוף, בית המשפט מעוות את כוונת המחוקק ומעמיד פני מי שמוציא אל הפועל את רצון הכנסת, בעודו מסכל אותו למעשה.

מקבץ זה של סילופים, עיוותים ופרשנויות שווא אומר הרבה על איכות ההנמקה השיפוטית המקובלת כיום על בית המשפט. אולם השימוש בהנמקה מופרכת מסוג זה, חמור ככל שיהיה, הוא סימפטום של הבעיה ולא מקורה. שורש הבעיה הוא התעקשותו של בית המשפט לפעול כגוף מחוקק – התעקשות המחייבת לוליינות משפטית כאשר בית המשפט מבקש לשמר את המיתוס שהוא רק ממלא את תפקידו כמפרש הדין הקיים.

למעשה, רק במסגרת פרדיגמה של גוף מחוקק ניתן למצוא היגיון במעשי בית המשפט. כפי שמסביר פסק הדין, השופטים חשו שאין ביכולתם "לעצום עיניים" בפני "השקפות חברתיות-ערכיות" של הציבור, "התפתחויות חברתיות ותרבותיות" ולקחים "שהופקו ממחקרים חינוכיים ופסיכולוגיים". ואמנם, כל אלה הם גורמים שלמחוקקים אין זכות לעצום עיניים בפניהם.

ברם, לפי החוק הישראלי הכתוב, אין השופטים אמורים להיות מחוקקים. זכות זו שמורה לכנסת. תפקידו של בית המשפט הוא לפרש את החוקים שקבע המחוקק וליישם אותם במקרים פרטיים. ויש סיבה טובה מאוד לחלוקת הסמכויות הזאת: בית מחוקקים נבחר, המורכב ממאה ועשרים חברים בעלי רקע דתי, אתני, חברתי-כלכלי, גיאוגרפי וחינוכי מגוון, מוכשר לקבוע מהי "ההשקפה החברתית-ערכית" של הציבור הרבה יותר מהרכב של שלושה שופטים שלא נבחרו, הבאים מרקע כמעט זהה. כפי שהזהיר הנשיא לשעבר

של בית המשפט העליון, השופט משה לנדוי, בית המשפט הוא "אוליגרכיה", והוא עושה שירות דוב לדמוקרטיה כאשר הוא נכנס לנעליו של המחוקק.⁷¹ ואכן, הראיות שבנמצא מצביעות על כך שהציבור אינו שותף להשקפה החברתית-ערכית של בית המשפט בסוגיה העומדת על הפרק. אפס, בעיני בית המשפט, הקביעה מה "הנו אסור בחברתנו כיום" ומהן "תפישות חברתיות-חינוכיות" "שאבד עליהן הכלח", כמעט אינה קשורה להשקפת הרוב בחברה, אך היא קשורה מאוד להשקפות השופטים.

ה

מלבד התקדים המדהים שיוצר פסק הדין בכל הנוגע להנמקה משפטית קלושה ולחקיקה שיפוטית, ההכרעה בעניין פלוני מייצגת גם חדירה דרמטית אל קרקע משפטית בתולה: הפללה של התנהגות שכיחה, שבית המשפט סבור כי אינה רצויה. סביר להניח שהתוצאות יהיו הרות אסון, הן לדיני המשפחה בפרט והן לשלטון החוק בכלל.

הבעיה הבולטת ביותר של פסק הדין בנושא ענישה גופנית של ילדים היא שהוא מתייג כעבריינים קבוצה גדולה באוכלוסייה – דהיינו אותם שלושה רבעים מן ההורים המשתמשים בענישה גופנית מסוג זה כדי לכפות על ילדיהם משמעת. קודם לפסק הדין, השפיעו רוב ההחלטות האקטיביסטיות של בית המשפט על יחידים או על קבוצות מוגבלות; הן גם כפו הגבלות אזוריות (כמו האיסור על אדם לשמש כשר), ולא הטילו אחריות פלילית.

מפתה לומר שהפללה גורפת זו של הציבור אינה גורמת נזק ממשי, שכן ההחלטה אינה ניתנת לאכיפה. ואכן, השופטים עצמם מיהרו להבהיר נקודה זו: "אין לשכוח... כי להורה עומדות ההגנות הקבועות בחוק העונשין, הקבועות סייגים לאחריות פלילית".⁷² במילים אחרות, הורה שנאשם בהכאת ילדו יכול עדיין להישען על כמה הגנות שיצילו אותו ממאסר.

אך הגנות אלה אין בהן נחמה לכל מי שמודאג מן התוצאות הפוטנציאליות של פסיקה זו. הראשונה בהגנות האלה, לפי בייניש, היא שהורים המכים את ילדיהם, בדיוק כמו כל עבריון אחר, יוכלו להינצל מהרשעה אם יוכיחו שמדובר ב"שימוש סביר בכוח שנועד למנוע נזק לילד עצמו או לזולתו".⁷³ אולם הם

יתקשו להוכיח זאת, כיוון שבדרך כלל אפשר למנוע ילד קטן מלהזיק לעצמו או לאחרים על ידי ריסונו בלבד. מטרתה של ענישה גופנית, לדעת אלה המצדדים בשימוש בה, אינה למנוע מילד לתקוע מזלג בשקע חשמלי ברגע נתון, אלא להרתיעו מלעשות כן גם כשההורה איננו נוכח.

בדומה לזה טען בית המשפט ש"בנוסף, קיימות בדין הפלילי 'מסננות' מספיקות, על מנת שמקרים קלי ערך לא ייכנסו לגדרו. כך למשל ניתן בדי התביעה שיקול דעת שלא להעמיד לדין בהעדר עניין לציבור; כן מצויה בדין הפלילי הגנת 'זוטי דברים'."⁷⁴ אבל גם דברים אלה אינם משכנעים לאור הרטוריקה של בית המשפט עצמו נגד ענישה גופנית מתונה. מיום שפסק בית המשפט שגם הטפיחה הקלה ביותר על היד "פוגעת בזכויותיו [של הילד] כאדם", ו"פוגעת בגופו, ברגשותיו, בכבודו ובהתפתחותו התקינה"; ומיום שפסק שאפילו המכות הקלות ביותר צריכות להיחשב מעשה פלילי משום ש"אנו חיים בחברה בה האלימות פושה כנגע", מקום שבו אפילו "אלימות 'קלה' עלולה להידרדר לאלימות שחומרתה רבה" – יצר במו ידיו גורם-לחץ שיקשה על מוסדות אכיפת החוק לראות במקרים המובאים בפניהן מעשים "חסרי עניין לציבור" או "קלי ערך".

מדאגה באותה מידה היא אמונתו של בית המשפט שהורים יהיו מוגנים מפני אישום משום ש"מעשה שאדם בעל מזג רגיל לא היה בא בתלונה עליו איננו מהווה יסוד לאחריות פלילית". אם, למשל, נתקלת בטעות במישהו ברחוב, לא יסתיים אירוע זה, בדרך כלל, באישום פלילי, אף שפעולה כזאת "תיכנס היא, לכאורה, בגדר יסודותיה הפורמליים של עבירת התקיפה."⁷⁵ אולם, מכיוון שבית המשפט הבהיר שאפילו ענישה גופנית מתונה של ילד גורמת נזק חמור הן לקרבן והן לחברה, הרי לאדם "בעל מזג רגיל" תעמוד בהחלט הזכות להתלונן אם ירצה; ולפיכך לא תחול הגנה זו אלא לעתים נדירות.

התשובה לשאלה אם אכן ימצא מי שיתחיל לחקור ולשפוט הורים בגין סטירה מזדמנת נתונה לניחוש בלבד. מה שוודאי הוא שכל ניסיון ליישם פסיקה זו יהיה בהכרח שרירותי. המטרה לא תהיה לתפוס את כל העבריינים, או אפילו את רובם, משום שאף אחד אינו מעוניין לכלוא שלושה רבעים מן ההורים הישראלים מאחורי סורג וברית. ואם לא ייעצרו ויישפטו רק "עבריינים כבדים" – ולשם כך די היה בהגדרה הקיימת של תקיפה – אין כל דרך סבירה להחליט את מי להעמיד לדין. אפילו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה יהודית קרפ, שהיא עצמה תומכת נלהבת באיסור על ענישה גופנית,

הזהירה את הכנסת שאיסור גורף יוליך ל"אכיפה לא־שוויונית", שכן חוסר האפשרות לאכיפה כוללת "ייתן שיקול דעת רחב לתביעה, וההורים יהיו במצב של חוסר ודאות בכל הנוגע לשאלה מתי הם נכנסים למערכת הפלילית ומתי לא".⁷⁶

תסריט סביר יותר הוא שהפסיקה פשוט לא תיאכף כלל. אך גם במקרה כזה, השלכותיה על מערכת המשפט עלולות להיות הרסניות. השופטים עצמם הכירו באחת ההשלכות האלה כאשר כתבו "יטען הטוען כי בקביעתנו זו, גוזרים אנו על הציבור גזירה שלא יוכל לעמוד בה, שהרי בקרבנו מצויים הורים לא מעטים, העושים שימוש בכוח שאינו מוגזם כלפי ילדיהם (כגון – מכה קלה בישבן או על כף היד), כדי לחנכם ולתת בהם משמעת".⁷⁷ בית המשפט פטר את הטענות הזה כלאחר יד, אך למעשה אי־אפשר להקל בו ראש – משום שגזירה שהציבור "אינו יכול לעמוד בה" היא דרך בטוחה ליצור זלזול בחוק, ובעיקר בבית המשפט עצמו. כפי שאמר מרידור בדיוני ועדת המשנה: "לקבוע שכל ההורים עבריינים כל הזמן, שכל יום כל ההורים עבריינים – זה פשוט עושה צחוק מהחוק".⁷⁸

ואכן, התגובות הראשוניות לפסק הדין מצד כמה מתומכיו הנמרצים הראו שלא סביר כי רשויות החוק יתייחסו לפסיקה ברצינות. יצחק קדמן מן 'המועצה לשלום הילד' הסביר את העניין:

בית המשפט העליון אינו רוצה לראות את ההורים בבית סוהר, וגם אנחנו לא. הוא אפילו לא רוצה לראות את ההורים עומדים לדין על ענישה גופנית של ילדים. מה שאנחנו רוצים זה שהציבור יקבל מסר ברור מבית המשפט: ילדים ומכות – זה לא הולך ביחד.⁷⁹

כאשר אפילו התומכים בהחלטתו של בית המשפט העליון טוענים שהפסיקה לא נועדה ליישום, מעמדו כסמכות משפטית נתון בצרות. התוצאה של שחיקה כזאת במעמד בית המשפט היא כאוס – עולם חדש ואמיץ שבו הן הממונים על אכיפת החוק והן הציבור הרחב יצטרכו לנחש אילו מבין הכרעותיו נועדו לאכיפה ואילו אינם אלא תוכחה מוסרית.

אבל המסוכן מכל הוא התקדים שיצר פסק דין פלנוי להתערבות המדינה בתחומים האינטימיים ביותר של החיים. קודם לכן, למעט מספר מוגבל של מקרים חריגים שבהם ביקשו הצדדים לסכסוך את התערבות בית המשפט, ניסה בית המשפט להישאר מחוץ לחיי הפרט.⁸⁰ מעולם לא השתמע מכך

שהמשפחה חסינה מפני החוק: כמו שציין בית המשפט כדן, החוק רואה ילדים כבני אדם שיש להם זכויות אדם יסודיות, והאוטונומיה האישית מעולם לא הרחיקה לכת עד כדי היתר להשתמש בילד כ"שק איגרוף".⁸¹ משום כך ישראל, כרוב המדינות בעולם, חוקקה חוקים נגד התעללות ותקיפה בידי הורים, והיא מצפה מבתי המשפט שלה לאכוף אותם.

עם זאת, כבוד לאוטונומיה של הפרט מחייב שהמגבלות המשפטיות על חייו הפרטיים של היחיד לא יעלו על המינימום ההכרחי הדרוש לתפקוד החברה. ואכן, בית המשפט העליון עצמו נוקט קו פעיל בקידום תפישה זו, והכבוד לאוטונומיה של הפרט עומד בלב לבן של רבות מהחלטותיו, בשורה ארוכה של נושאים – מפלורליזם דתי עד זכויותיהם של הומוסקסואלים.⁸² אפס, במקרה שלפנינו נטש בית המשפט את דאגתו המהוללת לאוטונומיה של הפרט. קשה להעלות על הדעת עניין אישי יותר מן האופן שבו בוחר אדם ללמד את ילדיו לעשות את הדבר הנכון. הזכות לחנך את ילדיך על פי הבנתך היא מן הזכויות יקרות הערך ביותר שחברה חופשית מעניקה לחבריה. זו הסיבה שרוב מוחץ של מדינות "נאורות" החליט שהכאה שאין בה כדי התעללות נופלת בתחום האוטונומיה האישית הלגיטימית, שבו אין מקום לחוק. ואכן, אחד מן הצדדים היותר מדאיגים של פסק הדין הוא האופן שבו הוא ממחיש כי בעיני בית המשפט העליון, אין גבול לזרועותיו הארוכות של החוק – עמדה שנשיא בית המשפט העליון אהרן ברק מבסס באופן תיאורטי זה זמן רב. ברק הוא שטבע את האמרה המפורסמת "מלוא כל הארץ משפט", שאותה הסביר כך:

כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על ידי המשפט.⁸³

אולם זו הפעם הראשונה שבית המשפט מיישם רעיון זה באופן מלא כל כך. ואי־אפשר להניח שהכרעה זו הייתה סטייה מקרית: הנשיא ברק הגן עליה מאוחר יותר כאשר הצהיר במפורש שיחסים במשפחה צריכים להיות שפויים – כלומר, כפופים לביקורת שיפוטית – כמו כל היחסים האחרים בחברה:

ברגע שתחום מסוים הוא לא שפיט, בעל הכוח עושה מה שהוא רוצה... משמעות הדבר שהרשות המבצעת, שהיא בעלת הכוח, או המשטרה, עושים מה שהם רוצים. לומר שיחסי המשפחה הרגילים הם לא שפיטים, משמעות הדבר היא שמי שייפגע הוא הילד, משום שהאב והאם הם בעלי הכוח.⁸⁴

ברם, אם אוטונומיה אישית קיימת רק משום ש"היא מוכרת על ידי המשפט", דהיינו על ידי בית המשפט העליון, אזי הפסיקה בנושא הענישה הגופנית מורה שהאוטונומיה הזאת נמצאת בסכנה חמורה. שכן באמצעות פסיקה זו הצהיר בית המשפט שאין למעשה כל עיקרון מוסרי המקובל בקרב השופטים, שהם יימנעו מלתרגמו לנורמה משפטית מחייבת – תוך שהם שוללים מאזרחי ישראל את זכותם לבחור בעצמם.

ן

הפסיקה בנושא הענישה הגופנית הייתה צריכה להמחיש לציבור הישראלי שערכיו נדחקים הצדה בשיטתיות ומפנים מקומם לאלה של שופטי בית המשפט העליון. על כן ניתן היה לקוות שפסק הדין ידרבן את אזרחי ישראל לדרוש יתר היצמדות לנורמות ולנהגים המשמרים את הדמוקרטיה – הגדלת תפקידם של נבחרי הציבור במינוי השופטים, שימת קץ להכתמת שמם של אזרחים המבקרים את בית המשפט העליון, ופסקי דין המגלים יותר כבוד לעמדות הכנסת.⁸⁵ אולם תגובת הציבור לאיסור על ענישה גופנית של ילדים מלמדת שתביעה כזאת אינה צפויה בעתיד הקרוב. הפסיקה אכן עוררה דיון קצר בנימוקים בעד ונגד ענישה גופנית, אך כמעט לא התקיים ויכוח על זכותו של בית המשפט לתת פסק דין כזה.⁸⁶ למרות שסקר דעת קהל שנערך זמן קצר לאחר מתן פסק הדין מצא כי 58 אחוזים מן היהודים הישראלים התנגדו להתערבות בית המשפט בענישת ילדים בידי הוריהם, אותו רוב בחר, בדרך כלל, לשתוק.⁸⁷

ישנם שני הסברים אפשריים לשתיקה זו, וכל אחד מהם נותן עילה לדאגה. הסבר אחד הוא שהציבור החל לראות בבית המשפט העליון גורם

שולי: הוא מוכן בהחלט שבית המשפט יוציא כל פסיקה שהיא, משום שאין לו שום כוונה לציית לה. ההסבר השני הוא ששנים של אקטיביזם שיפוטי הולך וגובר שכנעו את רוב הישראלים שהם חסרי אונים במאבקם נגד חדירתו של בית המשפט לחייהם הפרטיים. זה, כמובן, מטריד באותה מידה: אזרחים הסבורים שהם חסרי אונים נגד גחמותיו של בית המשפט העליון שלהם עלולים לאבד את אמונם במשטר הדמוקרטי. כך או כך, בין שהסיבה היא בזז או ייאוש, התעלמות מפסק הדין אינה תגובה נאותה לטווח הארוך. בסופו של דבר יצטרכו אזרחי ישראל להחליט אם הם רוצים שבית המשפט העליון שלהם ישמש פוסק בנושאים ערכיים גדולים כקטנים.

ברם, ברמה היום-יומית, הגוף הנושא בעיקר האחריות לריסון בית המשפט הוא הכנסת. עליה להתחיל למלא את חובתה כגוף מחוקק בכך שתפסיק ליצור חללים משפטיים, שבית המשפט עט על ההזדמנות למלאם. אין כיום כל הצדקה להסתמך, כמו שעשה יצחק לוי, על האיפוק ועל השכל הישר של הזרוע השיפוטית. וכמו שאמר דן מרידור לחבריו המחוקקים בדיון על סעיף הציודק בעניין ענישה גופנית של ילדים: "אנו לא רוצים שבית המשפט יחוקק אלא שהמחוקק יחוקק".⁸⁸ מרדכי קרמניצר, לשעבר דיקן הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, אשר השתתף בניסוח חוק העונשין, דחק גם הוא בכנסת לרדת מן היציע אל המגרש המשפטי ולמלא את חובתה כמחוקקת:

העובדה שבתי המשפט יכולים, לפי מה שנקבע כאן, להמשיך לייצר סייגים, היא לא סיבה להזמין את המחוקק להתפרק מאחריותו ולהסדיר דברים. אם אני שואל את עצמי מיהו הגוף שצריך לקבוע בעניין זה, קביעה ערכית ממדרגה ראשונה – האם בתי המשפט, שאנחנו אף פעם לא יודעים איך זה יגיע אליהם, איזה מקרה מתאים להכללה [או] לא מתאים להכללה, או המחוקק; נדמה לי שזה צריך להיות המחוקק.⁸⁹

בעקבות פסק הדין של בית המשפט העליון הגישו שלושה חברי כנסת הצעות חוק פרטיות שמטרתן להתיר ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם.⁹⁰ אולם, בפועל קשה להפוך תגובות כאלה, שהן אד הוק ולאחר מעשה, לחוק, מאחר שהן מוצגות בהכרח על ידי הממסד המשפטי, ובעקבותיו רוב כלי התקשורת, כפלישה בלתי לגיטימית של המחוקק לתחום סמכותו של בית המשפט.

כל עוד לא תחדל הכנסת ממנהגה הפחדני לנסח חוקים בלשון מעורפלת המותירה את ההחלטות החשובות באמת בידי בתי המשפט, לא ישוב מאזן הכוחות בין שלושת ענפי הממשל של מדינת ישראל לעמוד על כנו. הכנסת, והציבור שממנו היא מקבלת את המנדט שלה, צריכים אפוא לראות בפסק הדין בעניין הענישה הגופנית של ילדים תמרור אזהרה למחוקק שמשנה לשנה נעשה פחות ופחות רלוונטי.

אוולין גורדון היא עיתונאית הכותבת על ענייני משפט, ועורכת עמיתה בחכלת.

הערות

1. על האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט העליון ראה הלל נייער, "תורת המהפכה של אהרן ברק", חכלת 3, חורף התשנ"ח/1998, עמ' 11-43; אוולין גורדון, "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו", חכלת 3, חורף התשנ"ח/1998, עמ' 44-77.

2. פלוג'ת נ' מדינת ישראל, ע"פ 4596/98, פסקה 29.

3. פלוג'ת, פסקה 29.

4. פלוג'ת, פסקה 30.

5. בשפה המשפטית הדבר נקרא "אוביטר דיקטום" (*obiter dictum*) – אמרת אגב – חוות דעת של שופט בעניין שאינו מהותי למקרה הנידון. "אוביטר דיקטה" מעוררות בדרך כלל התנגדות מצד משפטנים, משום שתפקידו של בית המשפט הוא להכריע במחלוקות של ממש ולא במחלוקות תיאורטיות שאולי תתעוררנה בעתיד. הרבה משפטנים אף טוענים שאמרות כאלה אינן מחייבות. עוד סיבה לחשדנות כלפי אמרות האגב היא שהן עלולות לפתוח קופות של שרצים, גם בלא כוונה. אחת מהאוביטר דיקטה המפורסמות ביותר בהיסטוריה היא זו שכתב השופט רוג'ר טייני, מבית המשפט העליון של ארצות-הברית, בפסק הדין בעניין דרד סקוט מ-1856. שם, בתוך ההכרעה שסקוט הוא עבד ואינו רשאי לתבוע בבית משפט פדרלי, הכריז טייני ש"פשרת מיזורי", שקבעה מתי תיחשב עבדות לחוקית ומתי תיחשב לא-חוקית במדינות חדשות שהצטרפו לארצות-הברית, נוגדת את החוקה. היסטוריונים רבים רואים בפסיקה זו אחת מן העילות העיקריות לפרוץ מלחמת האזרחים.

6. הבת טענה גם שאמה הכתה אותה פעם בשואב אבק, אבל בית המשפט לא הצליח לאמת האשמה זו.

7. פלוניח, פסקה 3.

8. פלוניח, פסקה 20.

9. אכן, בית המשפט עצמו העלה טענה כזאת כאשר אישר את הרשעת האם בעבירה חמורה יותר של התעללות – מעשה אשר, במילותיו של בית המשפט, "אינו עולה בקנה אחד עם צידוק חוקי או עם הגנה של צידוק המעוגנת בנורמה חברתית מקובלת". פלוניח, פסקה 17. בכך שהרשיע את האם בהתעללות, הצהיר בית המשפט שמעשיה חרגו מגבולות הסביר, ודי היה בקביעה זו כדי להצדיק את הרשעתה בתקיפה, בלי להידרש לנושא של ענישה גופנית מתונה באופן כללי.

יש לציין שגם בית המשפט המחוזי לא הצליח להפעיל ריסון עצמי בעניין זה. השופטת רוטליי השתמשה בממצאיה כמקפצה להכרזה גורפת שכל ענישה גופנית בידי הורים אינה חוקית. בית המשפט העליון, על כל פנים, לא ייחס ככל הנראה חשיבות רבה לדעתה של רוטליי בנושא זה. אף שפסק הדין של בייניש מצטט בהרחבה מדבריה של רוטליי הן בתאור הממצאים העובדתיים והן בהנמקת פסק הדין, הוא מתייחס רק בקצרה לביקורת החריפה שלה על הענישה הגופנית.

10. דלאל ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ע"פ 7/53, פסקי דין של בית המשפט העליון (להלן "פ"ד"), ז, תשי"ג-תשי"ד/1953, עמ' 790.

11. הזיקה הזאת אל המשפט האנגלי בוטלה על ידי חוק יסודות המשפט התש"ס/1980, אשר קבע שלאקונה כזאת יש למלא מתוך היזקקות ל"מורשת ישראל", כלומר למסורת היהודית. קביעה זו יכלה לחזק את הטענה שתקדים ראסי כבר אינו תקף – אילולא העובדה שבמקרה זה המסורת היהודית והמשפט האנגלי מוליכים לאותה תוצאה. ייתכן שזו הסיבה לכך שבית המשפט, אף שהוא מציין את ביטול הזיקה למשפט האנגלי, אינו מביא זאת כאחד מן הטעמים לכך שיש להתייחס לתקדים ראסי כמיושן.

12. הפסיקה מ-1994 מצויה בפסק דין מדינת ישראל נ' מרבח עבד אלנוי, ע"פ 4405/94, פ"ד מח (5), תשנ"ד-תשנ"ה/1994. ההחלטה מ-1998 מצויה בפסק דין מדינת ישראל נ' שדה אור, ע"פ 5224/97, פ"ד נב (3), תשנ"ה-תשנ"ט/1998. בפסק הדין המאוחר ציטט בית המשפט שלוש הוראות מינהליות נפרדות מתוך חוזרי מנכ"ל שפורסמו בשנים 1991, 1994 ו-1997, שכולן אוסרות ענישה גופנית בבתי הספר.

13. בפסק דין משנת 1988, ליכטמן נ' מדינת ישראל, ע"פ 103/88, פ"ד מג (3), עמ' 373-388, כתב ברק שהורה המאיים להכות את ילדו "והאיום נעשה לצורכי חינוך הילד ובמסגרת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו", לא יהיה אשם בעבירה פלילית, משום שהפגיעה שהורה מאיים בה תהיה "פגיעה כדין". מובא אצל אמנון סטרשנוב, ילדים ונוער בדאי המשפט (תל אביב: לשכת עורכי הדין, 2000), עמ' 275. קיימים כמה פסקי דין של ערכאות נמוכות יותר שהכריזו כי ענישה גופנית בידי הורים אינה חוקית, והבולט שבהם הוא פסק הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב משנת 1997 בתיק פלוניח. אולם בישראל, מעמדה המשפטי של פסיקת ערכאה נמוכה אינו חורג מן המקרה שלפניה, ועל כן פסקי דין אלה, גם אם תרמו למאבק הציבורי נגד ענישה גופנית של ילדים, לא היה בכוחם לשנות את הדין הקיים.

14. השופט אנגלרד כתב דעת מיעוט שבה קבע כי יש לבטל את הרשעת האם בהתעללות ולאשר את ההרשעה בתקיפה. הוא לא נקט עמדה בשאלת האי-חוקיות של כל ענישה גופנית בידי הורים, שבייניש כתבה עליה בדעת הרוב.

15. פלוניח, פסקה 21.

16. אף שאין בארצות-הברית חוק פדרלי המתיר ענישה גופנית של ילדים, "חוק העונשין האמריקני לדוגמה" (American Model Penal Code) מתיר ענישה גופנית בידי הורים, והרוב מתוך חמישים המדינות אימצו סעיף זה מחוק העונשין לדוגמה, או התירו במפורש ענישה גופנית בידי הורים באמצעות בית המחוקקים של המדינה או בתי המשפט שלה.

17. פלוניח, פסקה 22.

18. לסקירה של הדרך שבה אומצו איסורים על ענישה גופנית של ילדים בארצות אלה, ראה Peter Newell, *Children Are People Too: The Case Against Physical Punishment* (London: Bedford Square, 1989), pp. 67-96; Susan H. Bitensky, "Spare the Rod, Embrace Our Humanity: Toward a New Legal Regime Prohibiting Corporal Punishment of Children," *University of Michigan Journal of Law Reform* 31:2, Winter 1998, pp. 362-379 (להלן בהתאמה: גם ילדים הם בני אדם; "חשון שבטך").

19. הקביעה אילו מן המדינות הן דמוקרטיות לקוחה מתוך נתוני 'פרידום האוס' מיום 1 בינואר 2000. Adrian Karatnycky, "A Century of Progress," *Journal of Democracy* 11:1, January 2000, pp. 192-193. עוד שלוש מדינות שחוקיהן או ההחלטות השיפוטיות שלהן פורשו על ידי כמה מומחים כאוסרות גם על ענישה גופנית קלה בידי הורים הן קפריסין, לטביה ואיטליה. המקרה האיטלקי דומה לזה של ישראל, בכך שגם שם היה זה בית המשפט הגבוה ולא המחוקק שהוציא את הענישה הגופנית אל מחוץ לחוק. אולם, בתי המשפט באיטליה אינם כפופים לעקרון התקדים המחייב, ועל כן בתי משפט אחרים אינם מחויבים לפעול בהתאם לפסיקה זו והם חופשיים לפרש את החוק האיטלקי אחרת, ולומר שאינו כופה איסור על ענישה גופנית. על המצב באיטליה ראה ביטנסקי, "חשון שבטך", עמ' 380-386.

20. בעניין זה ראה במיוחד ניואל, גם ילדים הם בני אדם, עמ' 67-96. ביטנסקי מציעה פרשנות הפוכה וטוענת שאף ששבדיה ורוב המדינות שאסרו ענישה גופנית עשו זאת באמצעות החוק האזרחי, עצם היישום של איסורים אלה הפך את הענישה הגופנית, בעקיפין, לעבירה שהיא גם עבירה פלילית. ביטנסקי, "חשון שבטך", עמ' 362-378.

21. Kandice K. Johnson, "Crime or Punishment: The Parental Corporal Punishment Defense—Reasonable and Necessary, or Excused Abuse?" *University of Illinois Law Review* 1998:2, p. 478 (להלן "החטא או עונשו").

עד 1981 ירד מספר ההורים התומכים בענישה גופנית ל-26 אחוזים. למידע נוסף על דעת הקהל בשבדיה, ראה Dennis Alan Olson, "The Swedish Ban of Corporal Punishment," *Brigham Young University Law Review* 1984:4, pp. 454-455.

22. ג'ונסון, "החטא או עונשו", עמ' 478. במדינות האחרות שהטילו איסור כזה התגלה דפוס דומה. דנמרק, למשל, העבירה ב-1985 חוק המגביל במידה רבה ענישה גופנית בידי הורים, וכעבור שתיים-עשרה שנים תיקנה את החוק ואסרה זאת לחלוטין. בפיןלנד (1983)

ובאוסטריה (1989) אימצו בתי המחוקקים את האיסור על ענישה גופנית בידי הורים פה אחד, דבר המלמד שעד אז קנה לו הרעיון תמיכה נרחבת. על כך ראה ביטנסקי, "חשון שבט", עמ' 368-378.

23. פלוניח, פסקה 25.

24. ראה במיוחד פלוניח, פסקה 27: "בית המשפט אינו יכול ואינו רשאי לעצום עינו מפני התפתחויות חברתיות ומהלקחים שהופקו ממחקרים חינוכיים ופסיכולוגיים אשר שינו מן הקצה אל הקצה את ההתייחסות לחינוך תוך שימוש באמצעי ענישה גופניים". ראה גם פלוניח, פסקה 29: "בהתאם לכל האמור, יש לקבוע, כי ענישה גופנית כלפי ילדים, או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הורים, פסולה היא מכל וכל, והיא שריד לתפישה חברתית-חינוכית שאבד עליה הכלח".

25. פלוניח, פסקאות 25-26.

26. פסקי הדין של בית המשפט העליון שאסרו ענישה גופנית בבתי ספר נתנו בסך הכל תוקף למדיניות שכבר יושמה על ידי משרד החינוך. אף שאין זו הוכחה מוחלטת לכך שהגישות בציבור הכללי השתנו – שכן רשויות ממשלה אינן משקפות תמיד את רצון הציבור – הרי העובדה שהוראות המינהל של המשרד האוסרות ענישה גופנית הוצאו תחת שלוש ממשלות בזו אחר זו, בשנים 1991, 1994 ו-1997, על ידי שרים ממר"צ ומן המפד"ל, מלמדת שמדיניות זו זכתה להסכמה רחבה למדי.

27. מתוך ארבעה-עשר הספרים בעברית אשר נבדקו לצורך כתיבת מאמר זה, שנדפסו כולם בחמש-עשרה השנים האחרונות, שבעה טענו שענישה גופנית של ילדים היא ענישה ראויה בנסיבות מסוימות ושבעה טענו שלא. אולם, ארבעה מתוך השישה שנכתבו על ידי ישראלים מצדדים בענישה גופנית: רפי יעקובי, ידירות עם ילדים (תל אביב: פקר, 1995); מרים לוי, הורים כהלכה (ירושלים: הוצאת ראובן מס, 1991); יפה ברזכאי, הורים כמחנכים (ירושלים: אוצר הספרים, 1985); דני וולף, להיות הורים (תל אביב: ידיעות אחרונות, 1993). שני הספרים המבטאים התנגדות לענישה גופנית בכל הנסיבות הם ספרן של מיכל רוזמן ומירה דיטל, אינפלינציה הורית PQ (קריית ביאליק: אח, 1999), וספרה של ד"ר רחל פסטרנק, המעגל הראשון: המשפחה כמחנכת: חמסה או מלכודת (תל אביב: איתאב, 1994). לעומת זאת, חמישה מתוך שמונת הספרים שתורגמו מאנגלית נוטים להתנגד לענישה כזאת. אף שנתונים אלה אין די בהם כדי להסיק מסקנה כלשהי בדבר דעת הרוב בקרב המומחים בישראל, הם מעמידים בספק את קביעתו המשתמעת של בית המשפט כאילו נוצרה בישראל הסכמה כללית חדשה.

28. את הסקר הזה ערך מכון גיאוקרטוגרפיה, שראיין לשם כך חמש מאות מבוגרים. ידיעות אחרונות, מוסף שלך, 2 בינואר, 2000, עמ' 7. משאל זה המעיט מהתנגדותם של אזרחי ישראל לאיסור על ענישה גופנית, משום שלא כלל ערבים ישראלים, וקרוב לוודאי שלא היה בו ייצוג הולם לחרדים – כלומר, הוא לא הביא בחשבון את עמדותיהן של שתי הקהילות שבהן ענישה גופנית של ילדים מקובלת ביותר.

29. משאל דעת קהל זה נערך על ידי 'המועצה הלאומית לשלום הילד' ואוחר ברשימתה של טובה צימוקי, "בלי ידיים", ידיעות אחרונות, 30 באוקטובר, 1996. קרוב לוודאי שמשאל זה ממעיט באחוז ההורים המשתמשים בענישה גופנית, משום שבסקרים כאלה יש נטייה לדיווח חסר מצד הורים המתנגדים באופן עקרוני לענישה גופנית, ואינם רוצים להודות שבפועל הכו את ילדיהם. בעניין זה ראה Murray A. Straus, *Beating the Devil Out of Them*:

Corporal Punishment in American Families (New York: Lexington Books, 1994), pp. 52-53
(להלן להוציא את השד במכות).

30. בייניש כתבה בפסק הדין: "יטען הטוען כי בקביעתנו זו, גוזרים אנו על הציבור גזירה שלא יוכל לעמוד בה, שהרי בקרבנו מצויים הורים לא מעטים, העושים שימוש בכוח שאינו מוגזם כלפי ילדיהם (כגון - מכה קלה בישבן או על כף היד), כדי לחנכם ולתת בהם משמעת". רק פסיקה הסותרת את ההרגלים והאמונות של רוב האוכלוסייה נתונה בסכנה שתיעשה גזירה "שאינן הציבור יכול לעמוד בה". פלוניח, פסקה 30.

31. אהרן ברק, נאום מיום 27 ביוני, 2000, בבית ציוני אמריקה בתל אביב, מצוטט אצל דליה שחורי, הארץ, 28 ביוני, 2000.

32. פלוניח, פסקה 27.

33. פלוניח, פסקה 27.

34. קיומן של דעות סותרות בקרב אנשי מדעי החברה היא סיבה אחת לכך שמשפטנים רבים התייחסו בספקנות להסתמכות על מחקר כזה: לא זו בלבד שהמחקר בתחום מדעי החברה אינו מביא בדרך כלל למסקנות חד־משמעיות, אלא שמשקל ה"ראיות" עובר לעתים קרובות מצד אחד של הטיעון לצדו האחר - ולעתים במהירות רבה.

35. לדיון במחקר ובטיעונים המוכיחים את ההשפעות השליליות של ענישה גופנית לילדים, ראה שטראוס, להוציא את השד במכות; וכן Irwin A. Hyman, *The Case Against Spanking: How to Discipline Your Child Without Hitting* (San Francisco: Jossey-Bass, 1997), pp. 58-62.

36. *Pediatrics* 98:4, October 1996, Supplement.

37. Robert E. Larzelere, "Presentation: A Review of the Outcomes of Parental Use of Nonabusive or Customary Physical Punishment," *Pediatrics* 98:4, October 1996, Supplement, pp. 824-828. (להלן "סקירה").

38. לרזלר, "סקירה", עמ' 824. המומחית להתפתחות דיאנה באומרינד מסכימה עם ממצאיו של לרזלר: "ענישה גופנית של ילדים בבית לצורך משמעת, כאשר היא נעשית בתבונה, יכולה לעצב התנהגות חברתית קונסטרוקטיבית ובכך להגן על הילדים מפני התוצאות הטבעיות והכואבות יותר של התנהגות שלילית המתרחשת מחוץ לסביבה המשפחתית המגוננת". Diana Baumrind, "Response: A Blanket Injunction Against Disciplinary Use of Spanking Is Not Warranted by the Data," *Pediatrics* 98:4, October 1996, Supplement, p. 830. היא גם מצטטת מחקר המראה שילדיהם של הורים שהשתמשו בענישה גופנית מתונה היו פחות אלימים כלפי ילדים אחרים, ושאלומות ילדים הייתה קשורה בענישה גופנית מופרזת או בהעדרה המוחלט.

38. Marjorie L. Gunnoe and Carrie Lea Mariner, "Toward a Developmental-Contextual Model of the Effects of Parental Spanking on Children's Aggression," *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, vol. 151, August 1997, p. 768.

40. לרזלר, "סקירה", עמ' 827.

41. פלוניח, פסקה 24. הדבר המפתיע ביותר בדחייה שטחית זו הוא שבית המשפט היה יכול להביא נימוק משכנע הרבה יותר לאי־רלוונטיות של פקודת הנזיקין. ב־3 בנובמבר

1999 עברה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת חוק למחוק סעיף זה (היא עברה בקריאה שלישית ביוני 2000, חמישה חודשים לאחר שבית המשפט נתן פסק דין זה). לפיכך, בית המשפט היה יכול לטעון שכוונת המחוקק נוטה כבר לכיוון הנגדי. בנוגע לאפשרות להשתמש בפקודת הנזיקין לשם הבהרת כוונת המחוקק בשאלה, האם ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם צריכה להיות פטורה מאחריות פלילית, ראה אמנון סטרשנוב, ילדים וזווער בראי המשפט, עמ' 234-236.

42. חוק זה החליף את ההפניה המשפטית הקודמת למשפט הבריטי כמקור למילוי לאקונוות.

43. כמו שציין שופט בית המשפט המחוזי אמנון סטרשנוב בספר שפורסם לאחרונה, פסק הדין לא כלל "שום ציטוט או הפניה, ולו ברמז, למשפט העברי". סטרשנוב מדגיש: "התעלמות זו מדיני המשפט העברי אינה עולה בקנה אחד עם הוראות סעיף 1 לחוק יסודות המשפט". סטרשנוב, עמ' 273. לדיון על מקורות יהודיים המצדדים באוטונומיה להורים לגבי ענישה גופנית של ילדיהם, ראה דעתו של השופט הרב אסף בפרשת ראסי מ-1953, וסטרשנוב, עמודים 219-225. לדעה מנוגדת ראה הרב יצחק לוי, "יהדות והכאת ילדים", זכויות הילד בישראל: קובץ מאמרים ומקורות, בעריכת יצחק קדמן וגליה אפרת (ירושלים: המועצה הלאומית לשלום הילד, 1998), עמ' 97-100.

44. פלוני, פסקה 28.

45. מטרתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהיא מובאת בסעיף הפותח שלו, היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". החוק מפרט שש חירויות יסוד שהוא בא להגן עליהן, ובהן: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; "אין פוגעים בקניינו של אדם"; "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". ומאחר שזכויות אלה אינן יכולות להיות מוחלטות – שכן המשטרה צריכה לעצור חשודים בעבירות והממשלה צריכה להטיל מסים וכולי – כולל חוק היסוד גם סעיף מאזן, הקובע שאפשר לפגוע בחירויות אלה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש".

46. דברי הכנסת, כרך י (1991), עמ' 1235-1249; דברי הכנסת, כרך יב (1991), עמ' 1527-1532; דברי הכנסת, כרך כד (1992), עמ' 3781-3794.

47. חיים כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט: ספר היוכל, עמ' 30 (להלן "ערכיה").

48. כהן, "ערכיה", עמ' 11. יתר על כן, כהן מציין שכעניין של מדיניות פרשנית הוא התעלם מכוונת המחוקק, משום שאינו מחשיב את "כל הדיונים הפרלמנטריים והחוקי-פרלמנטריים שנסתיימו באותה פשרה פוליטית שמצאה ביטוי בחוק היסוד" כרלוונטיים לפרשנות החוק. כהן, "ערכיה", עמ' 18.

49. בית המשפט מצטט מתוך התרגום הרשמי לעברית, בפלוני, פסקה 28. הגרסה האנגלית של האמנה מצויה באתר האינטרנט של האו"ם על זכויות האדם: www.unchr.ch.

50. על הערפול בלשון האמנה בנקודה זו, ראה David P. Stewart, "Ratification of the Convention on the Rights of the Child," *Georgetown Journal on Fighting Poverty* 5:2, Summer 1998, pp. 161-184.

51. בהסתמך על המסמכים הרשמיים של הוועדה לזכויות הילד, נראה שהוועדה הגיעה לעמדה זו במועד כלשהו בין המושב השני לחמישי, שהתקיימו בין ספטמבר 1992 לינואר 1994. מסקנות והמלצות שאימצה הוועדה לזכויות הילד במושבים השני עד החמישי, פסקאות 482-483, 19 במאי, 1994. אתר האינטרנט של האו"ם על זכויות האדם: בסיס הנתונים של גופי האמנות. בהזדמנויות מספר הציעה הוועדה שמדינות מסוימות ישנו את חוקיהן. ראה במיוחד את הדו"חות על פולין, בריטניה, קנדה, בלגיה, פורטוגל וגרמניה. לסקירה כוללת על העמדה שאימצה ועדת האו"ם לזכויות הילד, ראה ביטנסקי, "חשון שבטך", עמ' 388-404.

52. מלבד שמונה המדינות הדמוקרטיות שצוינו קודם במאמר זה, מדינה לא-דמוקרטית אחת, קרואטיה, אסרה בינואר 1999 לחלוטין ענישה גופנית של ילדים. מאה ותשעים המדינות שאשררו את האמנה הן כל חברות האו"ם חוץ מארצות-הברית וסומליה.

53. ואכן, פעילים למען זכויות הילד בישראל ציינו באותה עת כי "החוק הישראלי תואם באופן כללי את הוראות האמנה". Surie Ackerman, "Israel Ratifies UN Child Rights Convention: Changes Expected in Processing of Minors' Arrests in Areas," *The Jerusalem Post*, November 5, 1991. Irwin Cotler and Philip Veerman, "A Tool for Teaching Human Rights," *The Jerusalem Post*, October 7, 1991.

54. ראה למשל עמותת שוחר ילח נ' שר החינוך ואחרים, בג"ץ 1554/95 ובג"ץ 7715/95, פסקה 38, פ"ד נ (3), תשמ"ה, עמ' 2 (שניהם נידונו באותו פסק דין). יחד עם זאת, בית המשפט העליון אימץ שיטת פרשנות שלפיה יפורש החוק הישראלי, ככל האפשר, כך שיעלה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. בעניין זה ראה סופיאן אבו חסן נ' מדינת ישראל, ע"פ 94/3112, פסקה 9, פ"ד נג (3), תשמ"ד, עמ' 422. אפשר להניח שבייניש החילה אותו עיקרון פרשני כשהשתמשה באמנה לזכויות הילד כבמקור לאיסור ענישה גופנית של ילדים, אף שאינה מתייחסת לעניין זה בפסק הדין.

55. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, יהודית קרפ, ייצגה את עמדת משרד המשפטים בוועדת הכנסת למעמד הילד, ביום 12 ביוני 2000. דיוני ועדת הכנסת למעמד הילד, 12 ביוני 2000. מאז 1995 הייתה קרפ חברה בוועדת האו"ם לזכויות הילד ומשום כך הייתה בקיאה ביותר בנושאים הקשורים למידה שבה האמנה מחייבת את החתומות עליה.

56. פלוניח, פסקה 29.

57. פלוניח, פסקה 29. התיקון הוצע ב-1992, אך הקריאה השלישית התרחשה רק שנתיים לאחר מכן.

58. טענתו המרכזית של מרידור הייתה שכל הפטורים חייבים להיכתב במפורש בחוק: "שאנשים לא יצטרכו לחפש בפסקי דין של בית המשפט העליון את הדין, אלא יוכלו להגיע לסעיף ולמצוא בו את הדברים". פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 2. אולם הוא חשש גם שאם ייוותר פטור זה מחוץ לחוק הכתוב, יפרש בית המשפט העליון את ההשמטה כהצהרה על כוונת הכנסת לאסור ענישה גופנית של ילדים – חשש מוצדק, כפי שהתברר תוך זמן לא רב.

59. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 24-25.

60. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 20 ביולי, 1993, עמ' 39. גם קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הדגישה ש"יש הבדל בין אמירה פלילית מפורשת, לבין ביטול הגנה". פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 11. רב־פקד אלינוער מזוז מן המחלקה המשפטית של משטרת ישראל ביטאה את ההנחה שביסוד הטיעון בצורה בוטה בדיוני הוועדה על הגנה מוצעת אחרת בחוק העונשין: "גם אם אנחנו מבטלים את הסעיף, אני לא רואה את החשש שכל שופט ימציא לו דוקטרינות. הרי קיים הכלל הרגיל של חלוקה בין תפקידים של בית משפט וכללי פרשנות לפי חוק יסודות המשפט. והתחום הזה, כמו בכל התחום של המשפט. לא בכל נושא שופט קם בבוקר – אולי חוץ מן שופט בית המשפט העליון אהרן ברק – וממציא דוקטרינה חדשה". פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 בפברואר, 1993, עמ' 7.
61. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 17.
62. דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, 25 באפריל, 1994, עמ' 37.
63. דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, 25 באפריל, 1994, עמ' 40.
64. דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, 25 באפריל, 1994, עמ' 38.
65. דברי הכנסת, כרך מ (1994), עמ' 9823. גם מרידור, יושב ראש ועדת המשנה, מינה את לוי להיות נציג עמדת הרוב. דברי הכנסת, כרך מ (1994), עמ' 9832.
66. דברי הכנסת, כרך מ (1994), עמ' 9844.
67. דברי הכנסת, כרך מ (1994), עמ' 9845. לוי אמר שאין צורך בפורש מפורש כדי להגן על ההורים, כיוון שאפשר לסמוך על התביעה והשופטים שלא יעמידו לדין או ירשיעו במקרים שבהם אין בכך צורך. דברי הכנסת, כרך מ (1994), עמ' 9833.
68. אף שדיין הצביעה עם הרוב בדיוני הוועדה, היא לא הצהירה אז על עמדתה. למעשה, היא לא עשתה כן עד רגעי הסיום של דיוני המליאה.
69. דברי הכנסת, כרך מ (1994), עמ' 9847–9848.
70. שנים מספר לאחר מכן סיפר חבר הכנסת דדי צוקר לעיתונות שהוועדה עמדה על כך "שחשוב לקבוע עיקרון כללי האוסר שימוש בכוח בכל מסגרת ובכל תנאי, גם כאשר מדובר ביחסי תלות בתוך משפחה. על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אסור לפגוע בגופו של אדם". צימוקי, "בלי ידיים", עמ' 2. אלא שצוקר לא ביטא עמדה זו כלל בדיוני הוועדה או המליאה, ומינה את יצחק לוי – אשר התנגד לאיסור על ענישה גופנית של ילדים – לייצג את עמדת הוועדה. על כן, לעמדתו של צוקר בדיעבד אין משקל רב בקביעת כוונת המחוקק.
71. משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט", משפט וממשל, כרך ג, מס' 2, 1996, עמ' 705.
72. פלונית, פסקה 30.
73. פלונית, פסקה 30.
74. פלונית, פסקה 30.

75. פלוניח, פסקה 30.

76. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 6. קרפ, כמו שצוין בהערת שוליים קודמת, היא אחת מחברות ועדת האו"ם לזכויות הילד, הגוף אשר החליט לפרש את האמנה בדבר זכויות הילד כמחייבת את המדינות החתומות עליה לאסור ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם. היא גם הבהירה בכל דיוני ועדת המשנה שהיא הייתה מעדיפה איסור על ענישה גופנית של ילדים. להצגה מפורטת של השקפתה של קרפ בעניין הסכנה שבאכיפה שרירותית, ראה יהודית קרפ, "ענישה גופנית – ההיבט המשפטי", חינוך באל"מות – חינוך לאל"מות: ענישה גופנית והכאת ילדים (ירושלים: המועצה הלאומית לשלום הילד, 1993), עמ' 8–9. גם דן מרידור העלה את הנושא של אכיפה שרירותית: "היועץ המשפטי לממשלה או המשטרה יחליטו לפי ראות עיניהם... או השקפתם המתחלפת מתי יעמידו לדין ומתי לא. אדם יהיה עבריין, אך היועץ המשפטי לממשלה יחליט על פי ראות עיניו כי את ראובן הוא מעמיד לדין ואת שמעון לא". פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 2.

77. פלוניח, פסקה 30.

78. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 20 ביולי, 1993, עמ' 43. קרפ התריעה באופן דומה לפני ועדת המשנה ש"א-אכיפת החוק תגרום לביזיון החוק". פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 6.

79. ריאיון בגלי צה"ל, בתכנית "בוקר טוב ישראל", 26 בינואר, 2000.

80. דוגמה טובה לזה היא ההחלטה המפורסמת בעניין נחמני, שבה פסק בית המשפט העליון שרות נחמני תוכל להשתיל את הביציות שהפרה בעלה לשעבר אצל אם פונדקאית, חרף התנגדותו. זהו בוודאי עניין פרטי מאוד, אך באותו מקרה ביקשו בני הזוג מבית המשפט במפורש להכריע בנושא. יתר על כן, בית המשפט לא היה יכול להתחמק מהכרעה על ידי פנייה לחוק המתאים, משום שלא היה חוק כזה: החוק לא אמר מילה בסוגיה זו. לפני התערבותו של בית המשפט התקבלה החלטה בבית החולים שבו אוחסנו הביציות. אולם מאחר שבני הזוג לא מינו את בית החולים כבורר ושום חוק לא נתן לו סמכות לקבל על עצמו תפקיד זה מבלי שנתבקש, לא היה להחלטת בית החולים כל תוקף משפטי.

81. פלוניח, פסקה 29.

82. לעתים המשקל שנותן בית המשפט לאוטונומיה של הפרט גובל באבסורד – כמו בפסיקתו שהמדינה חייבת לספק מסכות גז מיוחדות לאנשים בעלי זקן ללא תשלום משום ש"זקן הוא חלק מן הדימוי העצמי של האדם". עקיבא נוף נ' משרד הביטחון, בג"ץ 205/94, פ"ד נ (5), תשנ"ד, עמ' 449.

83. אהרן ברק, "השקפת עולם בדבר משפט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט 17, 1992; מצוטט אצל הלל נייער, "תורת המהפכה של אהרן ברק", עמ' 13.

84. אהרן ברק, נאום מיום 27 ביוני, 2000, בבית ציוני אמריקה.

85. לדיון על הליכי מינוי שופטים בישראל בהשוואה להליכים במדינות דמוקרטיות אחרות, ראה מרדכי הלר, "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון", תכלת 8, סתיו התש"ס/

1999, עמ' 54-77. על הסטיגמטיזציה של אלה המבקרים את בית המשפט העליון, ראה גורדון, "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו", חכלת 3, חורף התשנ"ח/1998, עמ' 44-77, ואולין גורדון, "הדלגיטימציה הזוחלת של חופש הביטוי", חכלת 7, אביב התשנ"ט/1999, עמ' 27-40.

86. ראה, למשל, התגובות שצוטטו בידיעונו אחרונות מיום 26 בינואר 2000, או ריאיונות רדיו שונים בנושא זה מיום 25 בינואר ו-26 בינואר.

87. בסקר דעת קהל שערכה חברת הסקרים 'מחשוב' עבור מרכז גשר נמצא, כי 58 אחוזים מן המשיבים אמרו שבית המשפט לא היה צריך לפעול להטלת איסור על ענישה גופנית של ילדים.

88. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 23 במאי, 1993, עמ' 20.

89. פרוטוקול משיבת ועדת משנה של ועדת חוקה, חוק ומשפט לעניין חוק העונשין, 20 ביולי, 1993, עמ' 40. אולם הטיפול הכושל של הכנסת בחוק העונשין מחוויר לעומת כמה מן הפרצות האחרות שזיכתה בהן את בית המשפט העליון. הבולטת מכולן היא הפרצה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עצמו, שבו הצהירה הכנסת כי הזכויות המנויות בחוק היסוד אפשר לפגוע בהן רק בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", ואז הניחה לבית המשפט לקבוע מהם ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל.

90. השלושה היו אברהם רביץ ומשה גפני (יהדות התורה), וראובן ריבלין (ליכוד). הצעת חוק של חבר הכנסת משה גפני, פ/1345, 20 בפברואר, 2000; הצעת חוק של חבר הכנסת ראובן ריבלין, פ/1487, 6 במרץ, 2000; הצעת חוק של חבר הכנסת אברהם רביץ, פ/1468, 19 ביולי, 2000.