

"אתה בשבט תכנו ונפשו משאול תציל"*
**מסורות דתיות והסדרים משפטיים הנוגעים לענישה גופנית בישראל ובארצות
הברית: מבט השוואתי**

מאת

תמר מורג**

בחינת הגורמים החברתיים, התרבותיים והמשפטיים המשפיעים על עיצוב ההסדרים המשפטיים הנוגעים לסמכות ההורה לנקוט ענישה גופנית כלפי ילדו יכולה לספק תובנות מרתקות על אודות הגורמים המשפיעים על דיני הורים וילדים באופן כללי. בחינה השוואתית של המשפט הישראלי והאמריקאי בהקשר זה מצביעה על ממצא מעניין ביותר. בשנות הארבעים של המאה הקודמת, המצב המשפטי בישראל ובארצות הברית בנוגע לסמכות ההורים לנקוט ענישה גופנית היה כמעט זהה. ואולם, המצב המשפטי בארצות הברית נותר עד היום כמעט ללא שינוי, ואילו בישראל הוא השתנה לגמרי. בניתוח ההשוואתי במאמר זה אבקש להתחקות אחר ההשפעה הפרוטסטנטית של גורם אחד על ההסדרים המשפטיים בנושא זה בשתי שיטות המשפט: המסורות הדתיות. טענתי המרכזית היא שמאז ימיה הראשונים של ארצות הברית, גישות פרוטסטנטיות לחינוך ילדים השפיעו באופן ניכר על הענקת היתר רחב בחוק האמריקאי לשימוש בענישה גופנית. יתר על כן, גישות אלה ממשיכות גם היום למלא תפקיד מרכזי בביצור ההיתרים לשימוש בענישה גופנית במשפט האמריקאי. לעומת זאת, מגמות פרשניות ספציפיות בדת ובמסורת היהודית והיעדר הפרדה מלאה בין דת למדינה במשפט הישראלי היו בין הגורמים שהקלו את ביטול ההיתרים לענישה גופנית על ידי הורים במשפט הישראלי.

- א. **מבוא**
- ב. **התפתחותם של ההסדרים משפטיים הנוגעים לענישה גופנית בארצות הברית ובישראל**
1. **הסיפור האמריקאי**
 2. **הסיפור הישראלי**
- ג. **דתות שונות ומסגרת משפטית-חוקתית שונה**
- ד. **השפעת המסורת הדתית הפרוטסטנטית על התגבשות המשפט בנוגע לענישה גופנית בארצות הברית**
1. **תפיסות היסוד הפרוטסטנטיות-פונדמנטליסטיות בנושא חינוך ילדים**
 2. **ביטויים להשפעת התפיסות הפרוטסטנטיות בדבר חינוך ילדים על המשפט האמריקאי**
- א. **חקיקה המעגנת באופן מילולי את לשון הברית הישנה לעניין סמכות הורית**
 - ב. **פניית בתי המשפט לברית הישנה כמקור סמכות**
 - ג. **הדמיון בין לשון המשפט ובין הלשון של ספרות הדרכת הורים פרוטסטנטית-פונדמנטליסטית**
- ה. **השפעת המסורת היהודית על התפתחות המשפט בנוגע לענישה גופנית בישראל**
1. **התפיסה היהודית-רבנית בעניין החטא הקדמון**
 2. **מקומה של הפרשנות**
 3. **ביטויים להשפעה של המסורת הדתית היהודית על המשפט הישראלי**
- ו. **סיכום**

* משלי כג 14. כמפורט בהמשך מאמר זה, פסוק זה בתרגומו לאנגלית "Though shall beat him with the rod and shalt deliver his soul from hell", הינו סמל לתפיסה הפרוטסטנטית פונדמנטליסטית הקושרת בין הכאת ילדים ובין הצלת נפשותיהם מהגיהנום.

** מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ובמכללה האקדמית תל אביב-יפו. יו"ר הוועדה לבחינת דרכי הטיפול וההליכים בנוגע לילדים בסיכון לפי חוק הנוער (טיפול והשגחה). בעבר סגנית יו"ר הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט (ועדת רוטלוי). בין השנים 1989-1999 היועצת המשפטית של המועצה הלאומית לשלום הילד.

אני מודה למערכת כתב העת ולקוראים החיצוניים על הערות מועילות למאמר זה, אשר תרמו לו באופן ניכר. תודה מיוחדת לניב ורובל על הסיוע הרב והמצויין במחקר.

א. מבוא

ד"ר יצחק קדמן, אשר לכבודו יוצא כרך זה של כתב העת **משפחה במשפט**, הוא ללא ספק האדם המרכזי והמוביל בהנעת אחד השינויים החברתיים-תודעתיים החשובים ביותר בחברה הישראלית – ההכרה בילד כאדם נפרד ונושא זכויות.

הייתה לי הזכות לעבוד לצידו של ד"ר יצחק קדמן החל מהשנים הראשונות להקמת המועצה הלאומית לשלום הילד ועד לסוף שנות התשעים. הן בשנות עבודתי במועצה לשלום הילד כיועצת המשפטית ומנהלת מרכז "הילד והמשפט", והן בשנים שלאחר מכן הייתי עדה שוב ושוב לחדות המחשבה, ההעזה, הרהיטות ומעל לכול למסירות חסרת הגבולות של ד"ר קדמן להגנה על ילדים ולשמירה על זכויותיהם.

במהלך שנות התשעים לקחה המועצה הלאומית לשלום הילד, בהנהגתו של ד"ר קדמן, חלק מרכזי בתהליך השינוי אל עבר ביטול ההיתרים לענישה גופנית, שבו עוסק מאמר זה. אבחנותיו של ד"ר קדמן - הן באשר למציאת סימוכין מובהקים בהלכה היהודית להסתייגות מענישה גופנית והן בהתייחס להבדלים העמוקים שבין תפיסת הילדות ביהדות לזו שבנצרות הפרוטסטנטית היו אחד ממקורות ההשראה לכתיבתו של מאמר זה.

סמכותו של הורה לנקוט ענישה גופנית כלפי ילדו היא סוגיה העומדת בלב דיני הורים וילדים, ובחברות רבות הינה סמל לשאלה של גבולות האוטונומיה ההורית. בחינת הגורמים המשפיעים על עיצוב ההסדרים המשפטיים הנוגעים לסמכות ההורה לנקוט ענישה גופנית יכולה להעניק לנו תובנות מעמיקות בדבר הגורמים המעצבים את המשפט בתחום דיני הורים וילדים בכלל ובדבר הגורמים המשפיעים על תחמתם של גבולות האוטונומיה ההורית בפרט.

כיצד ניתן אפוא לבחון את השאלה: מהם הגורמים המעצבים את המשפט בתחום זה? נראה שהדרך הטובה ביותר לעשות זאת הינה בחינה השוואתית של שיטות משפט שונות, שבאמצעותה אפשר יהיה לאתר ולבודד בצורה טובה את הגורמים המעצבים את המשפט בתחום זה.

והנה, כאשר אנו מעמידים בהקשר זה, זו מול זו, את שיטת המשפט הישראלית ושיטת המשפט האמריקאית, אנו מגלים דבר מעניין ביותר. בעוד באמצע המאה העשרים, סמוך להקמתה של מדינת ישראל, היה המצב המשפטי בסוגיה זו כמעט זהה בישראל ובארצות הברית, הרי שבסוף המאה העשרים נשאר המצב המשפטי בארצות הברית כמעט ללא שינוי, בעוד בישראל השתנה המצב המשפטי לגמרי. לפנינו אפוא נקודת מוצא יוצאת מהכלל לבחינת הסיבות שאפשרו, ואף קידמו את השינוי במצב המשפטי בשיטה האחת מחד גיסא, ולגורמים ששימרו את המצב המשפטי הקיים בשיטה האחרת מאידך גיסא.¹

¹ ההשוואה בין ישראל ובין ארצות הברית עשויה להעלות את השאלה אם ניתן להתייחס למשפט האמריקאי כשיטת משפט אחת. מספר רב של כותבים עמדו על כך שלפחות במבט השוואתי קיים דמיון רב בחקיקת המדינות בארצות הברית וכי לחקיקת המדינות בארצות הברית מאפיינים ייחודיים. ראו לעניין זה בין היתר את מחקרו של JAMES Q.

כרקע לבחינה ההשוואתית של שתי שיטות משפט אלו חשוב לציין כי בתקופה שבמרכז מאמר זה, החל ממחצית המאה העשרים ובעיקר החל מסוף שנות השבעים, חלו במדינות רבות בעולם שינויים מרחיקי לכת בכל הנוגע להסדרה המשפטית של סמכות ההורה לנקוט ענישה גופנית. במהלך תקופה זו בוטלו היתרים לשימוש בענישה גופנית ונקבעו איסורים מפורשים על שימוש בענישה גופנית, הן במוסדות החינוך והן במסגרת הביתית, ב-63 מדינות.² לאמיתו של דבר, ארצות הברית היא המדינה המערבית שבה היה השינוי אל עבר ביטול היתרים לענישה גופנית המצומצם ביותר.

כמה חוקרים עמדו על הייחודיות של הסיפור האמריקאי בנוגע לקביעתו ועמידותו של ההיתר לענישה גופנית של הורים כלפי ילדיהם, וניסו להציג הסברים ראשוניים להגנות הרחבות אשר הוענקו להורים בגין שימוש בענישה גופנית. גריוון, אשר לכתבתו אתיחוס ביתר הרחבה בהמשך מאמר זה, מציג בספרו את הטענה שההסדרים המשפטיים הנוגעים לסמכות הרחבה של הורים לנקוט ענישה גופנית יסודם בהשפעה העמוקה של הנצרות בכלל, ושל המסורת הפרוטסטנטית בפרט, על החברה האמריקאית.³ לטענתו, תפיסות יסוד של הדת הפרוטסטנטית, ובכלל זה תפיסות יסוד בדבר טבע האדם, הצורך לעקור את הרע מנפשו של הילד, האמונה בגיהנום ובגן עדן והחשיבות המיוחדת לסמכות הורית, השפיעו באופן עמוק על החברה האמריקאית. תפיסות אלו היו לטענתו גם גורם מרכזי בעיצוב המשפט.

ואולם, אבחנות מעניינות אלו של גריוון באשר להשפעת הדת על המשפט נותרות בגדר הצגת היפותזה כללית. גריוון, אשר כאמור בחן את המשפט ואת החברה האמריקאיים מתוך עצמם, לא הציג הוכחה ברורה להשפעה זו או הסברים באשר לשאלה כיצד חודרות תפיסות דתיות אלו למשפט האמריקאי הנוקט, דווקא בגישה של הפרדה ברורה בין הדת למדינה.

שטראוס, אשר ביקש גם הוא לתת הסברים להיתרים הרחבים שנקבעו במשפט האמריקאי בגין שימוש בענישה גופנית על ידי הורים ולהיעדר השינוי במשפט בתחום זה, מציג הסבר מכיוון אחר. הוא מייחס את קיומם של היתרים אלו לשני מאפיינים מרכזיים של תפיסת העולם האמריקאית: אינדיבידואליזם קיצוני וחשש מהשלטון.⁴ גם שטראוס, בדומה לגריוון, אינו מעגן את טענותיו בהוכחות, והן נותרות כהשערות כלליות בלבד.

גם בקרב החוקרים הישראלים היו שניסו לתת הסברים ראשוניים לתהליך הפנימי שהתרחש בישראל. סבה במאמרו מציע את ההסברים הבאים לשינוי שעבר המשפט הישראלי⁵: עליית

WHITMAN, HARSH JUSTICE: CRIMINAL PUNISHMENT AND THE WIDENING DIVIDE BETWEEN AMERICA AND EUROPE (Oxford University Press, 2003)

Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children,² www.endcorporalpunishment.org/countdown

PHILIP J. GREVEN, SPARE THE CHILD: THE RELIGIOUS ROOTS OF PUNISHMENT AND THE PSYCHOLOGICAL IMPACT OF PHYSICAL ABUSE (First Vintage Books Ed. 1992).

MURRAY A. STRAUS & DENISE A. DONNELLY, BEATING THE DEVIL OUT OF THEM: CORPORAL PUNISHMENT IN AMERICAN FAMILIES AND ITS EFFECTS ON CHILDREN (2009).

⁵ לסלי סבה "חושך שבטו שונא בנו" 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).

האקטיביזם השיפוטי, עליית המגזר השלישי, עליית הפמיניזם, חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והצטרפות ישראל לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.⁶ בדומה לכתיבה שניסתה להסביר את הסטטיות של המשפט האמריקאי בתחום זה, גם מאמרו של סבה מבקש להסביר את השינוי במשפט הישראלי אגב בחינה של הסיפור הישראלי בלבד ובליויי הצגת היפותזות כלליות בלבד. האבחנות המעניינות אך המוגבלות מבחינת כוחן המשכנע וההסברי של גריוון, שטראוס וסבה, המבוססות על בחינת הסיפור הישראלי והאמריקאי מתוך עצמם בלבד, מחדדות את הצורך בבחינה השוואתית אשר יכולה להעניק נקודת מבט חשובה ונוספת לדיון זה.

במאמר זה אבקש לבחון את השפעתו של גורם אחד בלבד מבין הגורמים אשר עשויים היו להשפיע על התפתחות המשפט בתחום זה – המסורות הדתיות. הטיעון המרכזי שאותו אבקש לבסס הוא כי מאז היווסדה של ארצות הברית, לגישות פרוטסטנטיות לעניין חינוך ילדים הייתה השפעה ניכרת על קביעת היתרים לשימוש בענישה גופנית כלפי ילדים בארצות הברית. יתרה מכך, גישות אלו ממשיכות למלא תפקיד מרכזי בשימור היתרים אלו עד היום. בניגוד לכך, גישות פרשניות מסוימות של המשפט העברי היו בעלות תפקיד מרכזי בתהליך אשר הביא לאיסור על ענישה גופנית כלפי ילדים בישראל.

יודגש כי איני מבקשת לטעון שמסורות דתיות אלו היו הגורם היחיד או הדומיננטי בעיצוב המשפט בתחום זה, אלא שהיה להן משקל של ממש לצד גורמים אחרים בעיצוב המשפט. על התפקיד החשוב של המסורות הדתיות אפשר, לדעתי, ללמוד באמצעות בחינה משווה, כפי שאבקש לעשות כאן.

למאמר זה ארבעה חלקים: בחלקו הראשון אתייחס להצגת הסיפור הישראלי והסיפור האמריקאי בכל הנוגע להתפתחותם של הסדרים משפטיים הנוגעים לענישה גופנית; בחלקו השני של המאמר אעסוק בבחינה השוואתית של המסורות הדתיות הדומיננטיות בשתי החברות ושל המסגרת החוקתית של כל אחת משיטות המשפט; בחלקו השלישי של המאמר אבחן את השפעת המסורת הדתית הפרוטסטנטית על התגבשות המשפט בנוגע לענישה גופנית בארצות הברית; בחלקו הרביעי של המאמר אבחן את השפעת המסורת היהודית על התפתחות המשפט בנוגע לענישה גופנית בישראל.

ב. התפתחות ההסדרים המשפטיים הנוגעים לענישה גופנית בארצות הברית ובישראל

1. הסיפור האמריקאי

הסיפור האמריקאי, בהקשר של השימוש בענישה גופנית, הוא סיפור על מצב משפטי שהינו סטטי בעיקרו. השאלה העיקרית הנשאלת בהתייחס אליו היא אפוא, מדוע לא התחולל שינוי בתחום זה? בארצות הברית קיימים היתרים מיוחדים לעניין שימוש בענישה גופנית על ידי הורים בכל המדינות, הן בתחום הפלילי והן בתחום הנזיקי. ההיתרים לשימוש בענישה גופנית בתחום הפלילי עוגנו לראשונה בפסיקת בתי המשפט באמצע המאה התשע עשרה. פסיקה זו נסמכה באופן ברור על המשפט המקובל, אגב הפניה לפסקי דין אנגליים או לכתיבתו של בלקסטון.⁷ במהלך שנות השישים

⁶ אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושררה ונכנסה לתוקף ב-1991).

⁷ ראו (1984) 263 LEGAL RIGHTS OF CHILDREN HOWARD A. DAVIDSON & ROBERT M. HOROWITZ, במקרים מסוימים, מן העמדות המוקדמות ביותר של המשפט המקובל המוקדם הובאה על ידי בלקסטון: "הכאה היא, במקרים מסוימים, מוצדקת או חוקית; כאשר אחד בעל סמכות, בתור הורה או מורה (מאסטר), מעניש במתינות את ילדו, תלמידו או

והשבעים עוגנו היתרים אלו באופן מפורש בחקיקה של חלק ניכר מן המדינות. חקיקת מדינות אלו נסמכה בבירור על העקרונות שהותוו בפסיקה האנגלית ונקלטו במשפט האמריקאי. המשפט המקובל היה עד לשנות השמונים מקור פרשנות מרכזי לחקיקה זו.

בחינת הפסיקה האמריקאית המוקדמת העוסקת בענישה גופנית של ילדים על ידי הורים מצביעה על שתי מגמות עיקריות:

א. הגדרת גבולות הענישה הגופנית המותרת בהתאם לכוונת ההורה או למידת הפגיעה בילד.

בהתאם לפסיקה זו, הורה לא יהיה אחראי בפלילים בגין שימוש בענישה גופנית אלא אם

כן הוכח זדון או נזק בלתי הפיך לילד.⁸

ב. קביעת היתר לשימוש בענישה גופנית סבירה.⁹

בניזקין, על אף ביטולה של דוקטרינת החסינות בניזקין בתחום המשפחה, שעל פיה נקבעה חסינות כללית בגין תביעות ילדים כנגד הוריהם,¹⁰ נותרו על כן ההגנות בגין שימוש בענישה גופנית ידי הורים בכל המדינות.¹¹ בשנת 1965 נקבעה במסגרת ה-Restatements הגנה ברורה ומפורשת בגין שימוש בענישה גופנית על ידי הורים.¹²

מאז קליטתם של הסדרים אלו במשפט האמריקאי בתחילת המאה התשע עשרה, נותר המצב המשפטי בעיקרו בעינו.¹³ השינויים שניתן להצביע עליהם במשפט האמריקאי מצומצמים ונוגעים בעיקר לתחימת הגבול שבין ענישה גופנית מותרת ובין התעללות. מאז שנות התשעים של המאה העשרים ניתן להצביע על מגמה של צמצום ההגדרות הנוגעות לענישה גופנית סבירה. כן התקבלו תיקוני חקיקה אשר הגדירו את היקף הענישה הגופנית המותרת באופן מצומצם יותר.¹⁴ עם זאת, עצם הסמכות ההורית לנקוט ענישה גופנית כמעט ולא נבחנה מחדש מאז קליטתן של הגנות אלו.

במובחן מהמצב המשפטי הנוגע לשימוש בענישה גופנית על ידי הורים, ניתן להצביע על תהליך של שינוי איטי בכל הנוגע להיתרים הנוגעים לשימוש בענישה גופנית כלפי ילדים על ידי מורים. בשנת

המתמחה שלו". ראו WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND: A FACSIMILE OF THE FIRST EDITION OF 1765-1769 120 (1979).

⁸ ראו לדוגמה 39 So. 569, 570 (Ala. 1905) *Holmes v. Alabama*, שם מצוין כי לאחד בעל סמכות הורית יש רשות להפניק סמכות זו, כל עוד יעשה זאת ללא "מניעים רשעים או זדוניים". לדיון נוסף במקרים או פסקי דין אלו ראו Monrad G. Paulsen, *The Legal Framework for Child Protection*, 66 COLUM. L. REV. 679 (1966).

⁹ ראו 347 P.2d 482, 489 (Mont. 1959) *Montana v. Straight*, שם נפסק כי כל הפעלת כוח צריכה להיות מוצדקת ומידתית. ראו גם: 270 P. 1064, 1065 (Wyo. 1928) *State v. Spiegel*, שם נפסק כי כל ענישה במסגרת התפקיד ההורי לא תחרוג מגבולות המידתיות.

¹⁰ לדיון בדוקטרינת החסינות במשפט האמריקאי ראו Gail D. Hollister, *Parent-Child Immunity: A Doctrine in Search of Justification*, 50 FORDHAM L. REV. 489 (1982). לדיון מקיף בשאלת אחריות הורים בניזקין ראו בנימין שמואלי "ציווי משפטי על אהבת הורה לילדו ופיצוי בגין הזנחה רגשית: הילך משפט המדינה בעקבות משפט הטבעי" **משפטים על אהבה** 269 (משפט חברה ותרבות, ארנה בן-נפתלי ורחנה נווה עורכות 2005).

¹¹ Elizabeth Deana Pollard, *Banning Child Corporal Punishment*, 77 TUL. L. REV. 575, 576-577 (2003); G. Porter, *Tort Liability in the Age of the Helicopter Parent*, 64 ALA. L. REV. 533, 536 (2013).

¹² Restatement (second) of Torts, 147(1) (1965). בזמן כתיבת מאמר זה עדיין לא פורסם חלקו השלישי של ה-Restatement בנוגע להגנות בעניין ענישת ילדים, כך שאין ביכולתי להתייחס לעמדתם העשווית של מלומדי ה-ALI (The American Law Institute), אשר אמונים על חיבור ה-Restatements.

¹³ ראו: Dorine Lamble Coleman, Kenneth A. Dodge & Sarah Keeton Campbell, *Where and How to Draw the Line Between Reasonable Corporal Punishment and Abuse*, 73 L. & CONTEMP. PROBS. 107 (2010).

¹⁴ ראו לדוגמה 98 Cal. Rptr. 2d 93 (Cal. Ct. App. 2000) *In re Jasmine G.*, "בחברה חופשית, מן ההכרח שיהיה טווח רחב של גישות באשר לענישה גופנית וטיפול בילדים. כמוכן, הכאה באמצעות חגורה ושוט סוסים חוצה את הגבול ופולשת אל תחום ההתעללות בילדים".

1977 דן בהרחבה בית המשפט העליון בפרשת *Ingraham v. Wright*¹⁵ בשאלת סמכותו של המורה לנקוט ענישה גופנית וקבע כי השימוש בענישה גופנית על ידי מורים אינו מנוגד לתיקון השמיני לחוקה, האוסר על ענישה אכזרית ובלתי רגילה. ניתן עם זאת לעמוד על תהליך איטי, שתחילתו בסוף שנות השבעים של המאה הקודמת, אשר הביא עד היום לביטול היתרים לשימוש בענישה גופנית בבתי ספר ציבוריים בשלושים מדינות ובמחוז קולומביה, וכך גם בבתי ספר ציבוריים ופרטיים במדינות איווה וניו ג'רזי.¹⁶

2. הסיפור הישראלי

הסיפור הישראלי¹⁷ מתחיל במקום שבו נמצא היום המשפט האמריקאי, וישבו היה גם במידה רבה במשך מרבית המאה העשרים.¹⁸ לפני יותר מחמישים שנה נקלטה מן המשפט האנגלי, במסגרת פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **ראסי** משנת 1953, ההגנה בפלילים להורים ומורים בגין שימוש בענישה גופנית. פסק הדין עסק בערעור על הרשעתה של נזירה, מחנכת במוסד נוצרי, בגין שימוש בענישה גופנית.¹⁹ בית המשפט העליון עיגן בפסק דין זה לראשונה הגנה בפלילים בגין שימוש בענישה גופנית סבירה על ידי הורים ומורים והגדיר את שאלת סמכותו של הורה לנקוט ענישה גופנית כלקונה משפטית. בהתאם לסעיף 46 לדבר המלך במועצתו²⁰ הפנה פסק הדין למשפט האנגלי כמקור משלים ונסמך על אותם פסקי הדין אנגליים שעליהם נסמכה הפסיקה המוקדמת במשפט האמריקאי, ואשר הינם עד היום הבסיס להגנות הקבועות בחקיקה ובפסיקה בארצות הברית. לסיכום המצב המשפטי בנושא זה קבע השופט שניאור-זלמן חשין:

מכאן הכלל העולה כי הורים זכאים להטיל על בניהם עונשי גוף כדי לחנכם בדרך הישרה וללמדם משמעת. בשלחם את ילדיהם לבית הספר, מעבירים ההורים את זכותם זו למורים ולמנהלים, אולם גם הורים וגם מחנכים חייבים לנהוג זהירות יתרה ובבואם להעניש לא יטילו אלא עונשים מתונים ומתקבלים על הדעת, כדי לעקור את הרע מנפשו של הילד ולא לשם סיפוק תאוות נקם ובמכשיר שאינו עשוי לסכן את הילד או להטיל מום באבר מאבריו. לא עשו כן, ועברו על המותר – עתידים הם ליתן את הדין.²¹

השופט שמחה אסף, מצא עיגון נוסף לסמכות ההורה לנקוט ענישה גופנית במשפט העברי וזאת אף שלמשפט העברי לא היה בשלב בו נכתב פסק הדין מעמד רשמי. השופט אסף פותח בהפניה לפסוקים

¹⁵ *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

¹⁶ ראו *Countdown to Universal Prohibition*, GLOBAL INITIATIVE TO END ALL CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN (17.6.2017), <https://endcorporalpunishment.org/countdown>.

¹⁷ לסקירה מפורטת של המשפט הישראלי והתפתחות הפסיקה בנושא ראו: בנימין שמואלי "מהפך בעקבות מהפכה: מהפך בסוגיית הכאת ילדים ותלמידים לשם חינוכם בעקבות המהפכה החוקתית" **קריית המשפט** ח 289 (2009); ליאור ברשק ודנה פוג'י "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה, בעקבות ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל" **מחקרי משפט** כ 7 (2003); יפעת בויאר ויחזק קדמן "בין ענישה גופנית להתעללות: רב המשותף על השונה" 673 **התעללות והזנחה של ילדים בישראל** (דבורה הורוביץ, יורם בן-יהודה ומאיר חובב עורכים 2007); יחיאל ש' קפלן "המגמה החדשה בעניין ענישה גופנית של ילדים לצורכי חינוך" **קריית המשפט** ג 447 (2003); יוסי גרין **דיני חינוך: יחסי הורים, ילדים ועובדי הוראה** 141-121 (2010); סבה, לעיל ה"ש 5. יש לציין כי כבר בשנות השמונים עמד נחמיאס על הקשיים בהלכת **ראסי** בכל הנוגע לשימוש בענישה גופנית במוסדות חינוך. ראו שלמה נחמיאס "ענישה גופנית במוסדות החינוך במבחן משפטי" **הפרקליט** לו 234 (1986).

¹⁸ שמואלי, שם; סבה, שם.

¹⁹ ע"פ 7/53 **ראסי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ז 790 (1953). להערת פסיקה על פסק דין זה ראו פלטיאל דייקן "עונשי חנוך" **הפרקליט** י 3 (1954).

²⁰ ס' 47 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1947-1922.

²¹ שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) שניאור-זלמן חשין. בפסק דין נוסף של השופט חשין, ניתן לזהות יחס מחמיר ונוקשה לחינוך ילדים, בדומה לעמדתו בפסק דין **ראסי**. כך הוא כותב: "טובת הילד אין פירושה שפע מותרות, ריבוי תענוגות, תפנוקים לאין שיעור, ואין היא מצטמצמת ביד רכה, בדברי מחמאה ובשפת חלקות. דברים אלה מורים לעתים על אהבה מזויפת ועל מסירות של חנופה. יש מייסר את בנו, ואף מרים עליו יש לעתים, ואף על פי כן יימצאו מחנכים שיאמרו שאין הדבר מביא רע לילד" (ע"א 319/54 ד.ג. נ' ה.ג., פ"ד יא 261, 267-268 (1957)).

אחדים מספר משלי: "חושף שֶבֶטוֹ שׁוֹנֵא בְּנוֹ וְאֶהְבּוֹ שְׁחָרוּ מוֹסְרִי",²² "יִסֵּר בְּגֶד וַיִּנְחֶד וַיִּתֵּן מַעֲדָנִים לְנַפְשׁוֹ",²³ "אֵלֶת קְשׁוּרָה בְּלֵב נָעַר שֶׁבֶט מוֹסְרִי יִרְחִיקָהּ מִמֶּנִּי".²⁴ בהמשך דבריו הוא מביא בפירוט מקורות מאוחרים יותר המצביעים על גבולות הענישה הגופנית המותרת, ובכלל זה פסיקתו של הרמב"ם: "ומכה אותם המלמד להטיל עליהם אימה, ואינו מכה אותם מכת אויב, מכת אכזרי. לפיכך לא יכה אותם בשוטים ולא במקלות אלא ברצועה קטנה".²⁵ המסקנה העולה מפסק דינו של השופט אסף הינה שבמקרה הספציפי חרחה הנאשמת מגבולות ההיתר לשימוש בענישה גופנית בהלכה, אך באופן כללי ענישה כזו אינה פסולה מעיקרה.

בתחום הנזיקי נקלטה הגנה בגין שימוש בענישה גופנית על ידי מורים והורים בפקודת הנזיקין משנת 1944 מתקופת המנדט הבריטי.²⁶ פקודה זו נותרה בעינה עם הקמת מדינת ישראל בשנת 1948. סעיף 24 לפקודה קבע: "בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם [...] הנתבע הוא הורו או אפטרופסו או מורהו של התובע [...] והוא ייסר את התובע במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו".²⁷

במהלך שנות התשעים חל בישראל שינוי מהיר ודרמטי, אשר הוביל לאיסור גורף על ענישה גופנית על ידי הורים ומורים. תחילתו של השינוי בפסק דינו של השופט סטרשנוב, אשר אישר את הלכת **ראסי** ואשר הביא להתנגדות ציבורית חזקה ביותר.²⁸ המשכו של תהליך זה בהחלטת הכנסת לדחות הצעה לעיגון ההגנה בגין שימוש בענישה גופנית סבירה על ידי הורים ואנשי חינוך במסגרת הצעה לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וכללי),²⁹ בפסיקות בית המשפט העליון בענייני **שדה אור**³⁰ ו**אלגני**³¹ אשר ביטלו את ההגנה בגין שימוש בענישה גופנית על ידי אנשי חינוך ובפסיקותיהן של השופטת פלפל³² והשופטת רוטלוי³³ מבית המשפט המחוזי, אשר קבעו כי אין להכיר עוד בהגנה בגין שימוש בענישה גופנית על ידי הורים. שיאו של תהליך זה בפסק דינו של בית

²² משלי יג 24.

²³ שם, כט 17.

²⁴ שם, כב 15.

²⁵ משנה תורה, תלמוד תורה, פרק ב, הלכה ב.

²⁶ פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944.

²⁷ בעניין זה מעניין לציין כי בשנת 1964 הוגשה מטעם הממשלה הצעת חוק לתיקון דיני העונשין, שבה הוצע כי עבירת התקיפה לא תיחשב לעבירה אם "היא נעשתה בקטין תוך כדי חינוך, על ידי אדם הממונה על חינוכו מכוח דין, הסכם או נוהג, והיא לא חרחה מן הסביר בנסיבות המקרה" (הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (פגיעות בגוף האדם), התשכ"ד-1964, ה"ח 97, ס' 11(3)). זהו ביטוי נוסף לגישה הישנה שרווחה בישראל בנוגע לענישה גופנית. ראו גם ש"ז פלר **יסודות בידיני עונשין** כרך ב 488-489, 497-498 (1987).

²⁸ ת"פ (מחוזי ת"א-יפו) 570/91 **מדינת ישראל נ' אסולין**, פ"מ תשנ"ב(1) 431 (1992). לביקורת ציבורית על פסק הדין ראו יצחק קדמן "לא בני אדם" עו"ד **מידע** 23 (1993); תום שגב "ילד טוב ילד רע" **הארץ** 17.1.1992. [המקורות האחרונים נמצאים ברשות המחברת].

²⁹ התשנ"ב-1992, ה"ח 115. לפי הנוסח אשר הוצע לסעיף 5(49), שכותרתו "צידוק", לא היה נושא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם "עשהו לשם חינוך של קטין הנתון למרותו ובלבד שלא חרג מהסביר". בין הקריאה הראשונה לבין הקריאה השנייה והשלישית של הצעת החוק בכנסת הושמט סעיף 5(49) הנזכר לעיל ולא היה חלק מהצעת החוק הממשלתית לתיקון חוק העונשין. קבוצת חברי כנסת, אשר כללה את דן מרידור (הליכוד), אברהם פורז (מרצ), יוסף עזרן (שי"ס) ואברהם רביץ (יהדות התורה), הגישה הצעה זו כהסתייגות להצעת החוק הממשלתית. ההסתייגות נדחתה. ראו ד"כ 12.12.1994, 9832.

³⁰ ע"פ 5224/97 **מדינת ישראל נ' שדה אור**, פ"ד נב(3) 374 (1998).

³¹ ע"פ 4405/94 **מדינת ישראל נ' אלגני**, פ"ד מח(5) 191 (1994). ראו גם דבריו של השופט דב לוין בע"פ 1351/92 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד מו(3) 631, 634 (1992): "יש בחברתנו אבות לילדים ובעלים לנשותיהם, אשר – מתוך תחושת שתלטנות – נוהגים באלה, הסרים למרותם בעריצות, באלומות ובהתעללות, שאין הדעת סובלתן [...] 'פילוסופיית חינוך' נפסדת ומעוותת זו יש לעוקרה מהשורש, עד שלא יימצא לה בקהילתנו איש שיחזיק בה ויאמץ אותה ללבו כדרך חיים. בית המשפט, במדיניות הענישה שהוא מיישם, יכול לתרום לעקירת התופעה רק על דרך ענישה מכאיבה, מרתיעה ומרסנת". כן ראו דברים ברוח דומה בע"פ 295/94 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.2.1994).

³² ערר (בייש) 1059/96 **מדינת ישראל נ' י.ח.** 18 (לא פורסם).

³³ ת"פ (מחוזי ת"א-יפו) 511/95 **מדינת ישראל נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 15.9.1997) החלטה דומה מאוד התקבלה באותו יום על ידי השופטת רוטלוי בת"פ (מחוזי ת"א-יפו) 64/96 **מדינת ישראל נ' פלוגי** (פורסם בנבו, 15.9.1997).

המשפט העליון בעניין **פלונית**,³⁴ אשר ביטל באופן "חגיגי" ודקלרטיבי את ההיתר לענישה גופנית אשר נקבע בהלכת **ראסי**.

וכך קבעה לעניין זה נשיאת בית המשפט העליון דאז השופטת דורית ביניש:

בהתאם לכל האמור, יש לקבוע, כי ענישה גופנית כלפי ילדים, או השפלתם וביזוי כבודם כשיטת חינוך מצד הוריהם, פסולה היא מכל וכל, והיא שריד לתפיסה חברתית-חינוכית שאבד עליה הכלח. הילד אינו רכוש הורה; אסור כי ישמש שק איגרוף, בו יכול ההורה לחבוט כרצונו [...] אשר על כן, נדע כי שימוש מצד הורים בעונשים גופניים או באמצעים המבזים ומשפילים את הילד כשיטת חינוך, הינו אסור בחברתנו כיום.³⁵

חודשים ספורים לאחר פרסום פסק הדין בעניין **פלונית** ביטלה הכנסת את ההגנה האזרחית שהייתה קיימת עד למועד זה בסעיף 24 לפקודת הנזיקין, ואשר הקנתה הגנה להורה או מורה מפני תביעה בגין תקיפה, אם "ייסר את התובע במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו".³⁶ כן התקבל בתקופה זו חוק זכויות התלמיד.³⁷ בסעיף 10 לחוק נקבע: "כל תלמיד זכאי לכך שהמשמעת במוסד החינוך תונהג באופן ההולם את כבוד האדם, ובכלל זה הוא זכאי שלא יינקטו כלפיו אמצעי משמעת גופניים או משפילים". יש לציין, כי השופטת ביניש לא ראתה את הסוגיה של ענישה גופנית ככזאת שקיימת בנוגע אליה לקונה משפטית, ולפיכך לא פנתה כלל לחוק יסודות משפט.

הפסיקה הישראלית אשר הביאה לביטול ההיתרים לענישה גופנית נסמכה על כמה אדנים מרכזיים: עיגון ערך כבוד האדם כערך המכונן של המשפט הישראלי במסגרת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הצטרפות ישראל לאמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד, התנתקות ישראל מן המשפט האנגלי ועמדת המשפט העברי.³⁸ הדיון במאמר זה יתמקד, כאמור, בהשפעתו של גורם אחד מבין הגורמים האמורים – המשפט העברי.³⁹

³⁴ ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (1998).

³⁵ הלכת **פלונית**, שם, בעמ' 185.

³⁶ פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (תיקון מס' 9), התש"ס-2000, ס"ח 213. תיקון זה התבסס על הצעת חוק לתיקון פקודת הנזיקין (מס' 10) (ביטול ההגנה המיוחדת על תקיפת קטין), התש"ס-1999, ה"ח 152.

³⁷ התשס"א-2000, ס"ח 42.

³⁸ לניתוח השלכותיהם של מכלול הגורמים האמורים ועל הפסיקה הישראלית מתוך בחינה השוואתית של המשפט הישראלי והמשפט האמריקאי, ראו – Tamar Morag, *The Ban on Parental Corporal Punishment in Israel – What Facilitated the Change?* 4 CORPORAL PUNISHMENT OF CHILDREN: COMPARATIVE LEGAL AND SOCIAL DEVELOPMENTS TOWARDS PROHIBITION AND BEYOND 222 (Bernadette J. Saunders, Pernilla Leviner & Bronwyn Naylor eds., 2018).

³⁹ על השוני שבין תפיסת המשפט האמריקאי ובין תפיסת המשפט העברי בכל הנוגע לענישה גופנית בבתי ספר עמדה ורבורג במאמרה: Ronnie Warburg, *Corporal Punishment in School: A Study in the Interaction of Halakha and American Law with Social Morality*, 37 TRADITION 57 (2003). במאמרה סוקרת ורבורג את פסיקת בית המשפט העליון של ארצות הברית בפסק הדין בעניין *Ingraham v. Wright* משנת 1977 (לעיל ה"ש 15), שבו נקבע כי שימוש בענישה גופנית בבתי הספר, כל עוד הוא נעשה בצורה סבירה, אינו מנוגד לחוקה האמריקאית. ורבורג עומדת על כך שלמרות מחלוקות מהותיות בתרבות ובכתיבה האמריקאיות בדבר השימוש בענישה גופנית כלפי ילדים, כל הניסיונות לצמצם את היקף ההיתרים לענישה גופנית בבתי הספר נכשלו עד כה. אל מול גישת המשפט האמריקאית מעמידה ורבורג את גישת המשפט העברי, שבה ניתן לעמוד על עמדות שונות בנוגע לגיטימיות השימוש בענישה גופנית, ובכלל זה עמדות המבקשות להגדיר באופן צר יותר מאשר במשפט האמריקאי את ההיתרים לשימוש בענישה גופנית

ג. דתות שונות ומסגרת משפטית-חוקתית שונה

מתוך בחינה השוואתית של התפתחות התייחסותם של המשפט הישראלי והאמריקאי לנושא הענישה הגופנית עולה כי בשתי החברות מתקיים דיאלוג מתמיד ומתמשך בין המשפט לבין הדת והמסורת-הדתית. הדבר כמובן אינו מפתיע לאור הקשר היסודי והאוניברסלי שבין מוסד המשפחה ובין הדת, אשר ביטוייו, בין היתר, בטקסים הקשורים בהקמת המשפחה, בתפקידה של הדת בשימור המשפחה ובתפקידה של המשפחה בקיומה והמשכה של המסורת הדתית.

שתי החברות מתאפיינות בקשר חזק של תושביהן לדת ולמסורת הדתית. ארצות הברית הינה מדינה דתית ביותר, וככל הנראה המדינה הדתית ביותר בעולם המערבי, למעט פולין ואירלנד.⁴⁰ בישראל, למרות הבדלים ברורים ביחס לדת ולמידת הדתיות, מרבית האוכלוסייה מתאפיינת בקשר ברור למסורת היהודית.⁴¹

עם זאת, לשתי שיטות המשפט גישה בסיסית שונה באשר לקשר שבין הדת למשפט. בישראל מדובר במבנה מסובך וייחודי, שבו המשפט אמור לתת ביטוי להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, כאשר היהדות מבטאת הן לאום והן זהות דתית. מחויבות מורכבת זו הביאה לסדרה של פשרות ופתרונות ערכיים, אשר אחד הבולטים ובעלי השפעה בהקשר של מחקר זה הוא השימוש במונח "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", המצוי בחוק יסודות המשפט,⁴² כמקור המשלים של שיטת המשפט.⁴³ מורכבות ההסדרים בתחום הדת והמדינה באה לידי ביטוי במתן מעמד רשמי לדת במשפט בכמה עניינים, ובכלל זה בהענקת סמכות שיפוט לבתי הדין הדתיים בענייני המעמד האישי.⁴⁴

בארצות הברית, במובחן מישראל, הן חופש הדת והן הפרדת הדת מהמדינה הם עקרונות חוקתיים ברורים ויסודיים המעוגנים בתיקון הראשון לחוקה. ואולם, בחינה היסטורית של יחסי דת ומדינה מראה כי ההפרדה בין הדת ובין המדינה היא תוצאה של התפתחות היסטורית הדרגתית, וכי בראשיתו של המשפט האמריקאי הפרדה זו כלל לא הייתה ברורה. התיקון הראשון לחוקה מ-1786⁴⁵ הצהיר על קיומה של הפרדה כאמור, אולם הפרשנות שניתנה לתיקון הראשון בשלב הראשון הייתה פרשנות מצמצמת. לאמיתו של דבר, ההפרדה החדה המוכרת היום לבשה את צורתה בעיקר

כלפי ילדים. מחקרה מעמיד את המשפט העברי והמשפט האמריקאי זה מול זה, ולא אל מול גישת הנצרות. עם זאת, הטיעונים המרכזיים העולים ממנו מחזקים את הטיעונים העולים במאמר זה.

⁴⁰ SEYMOUR MARTIN LIPSET, AMERICAN EXCEPTIONALISM: A DOUBLE-EDGED SWORD 19 (1996).

⁴¹ שלומית לוי, חנה לוינסון ואליהוא כ"ץ, **אמונות, שמירת מצוות ויחסים חברתיים בקרב היהודים בישראל** (1993); אביעזר רביצקי **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?** (נייר עמדה 4, המכון הישראלי לדמוקרטיה 1997) (להלן: רביצקי, **דתיים וחילוניים בישראל**). רביצקי מציין כי שלושה רבעים מהאוכלוסייה מעידים שהם צמים ביום כיפור. 56% מהאוכלוסייה מדווחים שהם "מאמינים בכל ליבם" שהתורה ניתנה לעם היהודי בסיני.

⁴² התש"ס-1980, ס"ח 163.

⁴³ לאחרונה תוקנה לשונו של חוק יסודות המשפט, ונוסחו העכשווי של ס' 1 הוא: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל" (ההדגשה נוספה). ראו חוק יסודות המשפט (תיקון), התשע"ח-2018, ה"ח 638.

⁴⁴ חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), התשי"ג-1953, ה"ח 165.

⁴⁵ U.S. CONST. amend. I: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]"

החל משנות הארבעים של המאה שעברה.⁴⁶ בהקשר זה, של היעדר ההפרדה חדה בין המשפט ובין הדת במשפט האמריקאי המוקדם, מעניין במיוחד להצביע בפסיקה האמריקאית המוקדמת על אמירות מפורשות המכריזות על כך כי: "Christianity is Part of the Common Law". אמירות אלה, המכירות בנצרות כמקור סמכות לגיטימי במשפט האמריקאי, התבססו על גישת המשפט המקובל, כפי שביטא אותה בלקסטון.⁴⁷ באמירות אלו יש כדי להצביע הן על היסודות הדתיים הנוצריים של המשפט המקובל והן על מודעותם של אנשי המשפט האמריקאים לקשר זה.

מהן המסורות הדתיות הדומיננטיות, שאת השפעותיהן על המשפט בכל הנוגע לתחימת גבולות האוטונומיה ההורית עלינו לבחון בכל אחת משיטות המשפט?

בישראל, מדינת הלאום של העם היהודי, המסורת הדתית הדומיננטית אינה רק, כמובן, המסורת היהודית, אלא שבמסגרת מסורת זו ניתן לראות מעין "מונופול" של הזרם הדתי המרכזי, הזרם האורתודוקסי. גם אם אפשר לאתר בזרם האורתודוקסי גוונים וגוונים-גוונים, זרמים ותתי-זרמים, הרי שאפשר להצביע בו, לענייננו, על תפיסות יסוד ברורות. בארצות הברית, שהכוח המלכד שלה כלל אינו קשור בדת, אין מקום כמובן לדבר כיום על דת כלשהי בעלת מעמד רשמי. ואולם, אף על פי שההטרוגניות הדתית בארצות הברית הולכת וגדלה, אין להתעלם משתי עובדות רלוונטיות ביותר. האחת היא היותה של ארצות הברית, כפי שכבר הזכרתי לעיל, מדינה שתושביה הם בחלקם הגדול אנשים הרואים את עצמם כדתיים ומחויבים בדרך כלשהי למסורת הדתית.⁴⁸ העובדה האחרת היא שהרוב המכריע של אזרחי ארצות הברית הם נוצרים, וכי כפי שיפורט להלן, בראייה היסטורית, לזרם הנוצרי הפרוטסטנטי הייתה השפעה רבה על עיצוב דמותה של ארצות הברית בראשיתה.

ממצאי מחקר זה עולה כי לנצרות הפרוטסטנטית, ובתוכה למסורת הפוריטנית, הייתה השפעה עמוקה בשלבי עיצובה של המסגרת המשפטית האמריקאית. סימני השפעה זו, על אף השינויים שעבר המשפט האמריקאי ובכללם ההתחזקות העצומה של רעיון הפרדת הדת מהמדינה, ניכרים, לטענתי, עד עצם היום הזה. מחקר השוואתי היסטורי זה מצליח, לדעתי, לחשוף השפעות אלו במידה מסוימת. נוסף על ההשפעה שנותרה מן היסודות הדתיים שחדרו לבסיס המשפט האמריקאי, אנו מוצאים שלתפיסות הדתיות הפרוטסטנטיות ולמקום המרכזי שהן מייחסות לסמכות ההורית לנקוט ענישה גופנית יש היום, בעידן של ההפרדה החדה בין דת למדינה, השפעה מסוג אחר. השפעה זו באה לידי ביטוי בכך שלתפיסות דתיות פרוטסטנטיות יש משקל ציבורי ומשפטי המשפיע על תחימת המסגרת הדתית שבה "אל למשפט להתערב", זאת כדי שלא לפגוע בחופש הדת. בניגוד לעבר, שבו השפעתן של הקבוצות הדתיות על המשפט האמריקאי בסוגיית ענישת ילדים הייתה ישירה, ברורה ואקטיבית, במצב העניינים היום השפעה זו עדיין נוכחת, אך היא מתבצעת בעיקרה דרך הגנת חופש הדת והצבת הטענה שמדובר בסוגיה השייכת לתחום הדתי, שמשפט האזרחי אין סמכות לחדור אליו. הגנה זו פסיבית באופייה, ודווקא דרכה, דרך חופש הדת,

⁴⁶ לסקירה היסטורית על התיקון הראשון לחוקה האמריקאית ראו LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1154 (3d ed. 2003).

⁴⁷ STUART BANNER, WHEN CHRISTIANITY WAS PART OF THE COMMON LAW, 16 L. & HIST. REV. 27 (1998); לעיל הי"ש 7.
⁴⁸ לעיל הי"ש 40.

מתבטאת השפעתן של הקבוצות הדתיות על סוגיה זו במשפט האמריקאי. את טענתי זו אפתח בהמשך המאמר.

נקודת המוצא לבחינת השפעתה של הדת על המצב המשפטי בנוגע לענישה גופנית בישראל ובארצות הברית היא הברית הישנה, ובמיוחד ספר משלי, הקדושים לשתי הדתות. מנקודת מוצא זו אפנה לבחון את היסודות המרכזיים של התפיסות הדתיות שהשפיעו על המשפט בארצות הברית בנוגע לענישה גופנית ואת הדרך שבה באה השפעה זו לידי ביטוי. לאחר מכן אבחן בחינה דומה את התפיסות הבסיסיות של הדת היהודית שהשפיעו על המשפט והדרכים שבהן נעשתה השפעה זו בישראל.

ד. השפעת המסורת הדתית הפרוטסטנטית על התגבשות המשפט בנוגע לענישה גופנית בארצות הברית

1. תפיסות היסוד הפרוטסטנטיות-פונדמנטליסטיות בנושא חינוך ילדים

בתוך קבוצת המתישבים הראשונים במושבות האמריקאיות הראשונות, שהיו רובם פרוטסטנטים, היה מקום מיוחד ודומיננטי לחברי התנועה הפוריטנית; עמדותיהם של אלה היו ככלל הקיצוניות ביותר על קשת התפיסות הדתיות בכלל, ובכל הנוגע לטבע האדם וחינוך ילדים בפרט. יסודותיה של התנועה הפוריטנית נטועים במאה השש עשרה באנגליה. חברי התנועה היו פרוטסטנטים אשר האמינו כי יש לפעול לטיהור הכנסייה האנגלית מאופייה המושחת של הכנסייה הקתולית. נקודת הציון ההיסטורית המרכזית להתפתחות התנועה הפוריטנית הייתה ההסדר שנקבע על ידי המלכה אליזבת הראשונה (The Elizabeth Settlement), בשנת 1558, בעניין עריכת רפורמה בכנסייה האנגליקנית. חברי התנועה פרשו מן הכנסייה האנגליקנית בעקבות הסדר זה, משום שלא היה בו כדי לתת מענה הולם לרפורמה הפרוטסטנטית המקיפה אשר נדרשה, על פי תפיסתם, בכנסייה האנגליקנית.

הממסד הכנסייתי האנגליקני והמלוכה האנגלית חששו מרעיונותיהם המהפכניים של הפוריטנים, רדפו אותם בתחומי הממלכה ואסרו עליהם לחיות כאמונתם. בעקבות רדיפותיהם, רבים מהפוריטנים היגרו לאמריקה, שאומנם הייתה תחת שלטון אנגלי אך מרוחקת ממרכז הממלכה. הפוריטנים הגיעו לאמריקה במהלך המאה השבע עשרה מתוך מטרה להגשים את תפיסתם הדתית בחברה חדשה שתיבנה על יסודות תפיסתם זו. עבורם, ההגירה לאמריקה הייתה גאולה וישועה, מעין הימלטות מאירופה המושחתת והנידונה לכליה אל עבר העולם החדש, שהינו מקום מפלט בטוח לנאמני אלוהים.⁴⁹ הם ראו את עצמם כבעלי שליחות מיוחדת לכוון ולהדריך את אורחות ההתנהגות של חברת המתישבים החדשה ולעגן את אותן תפיסות באשר לחינוך ולאורח חיי האדם והמשפחה במשפט המדינה.⁵⁰

⁴⁹ אביהו זכאי "היסטוריה ואפוקליפסה של ההגירה הפוריטנית לאמריקה" בעקבות קולומבוס: אמריקה 1492-1992, 227, 231-232 (מירי אליאב-פדלון עורכת 1996).

⁵⁰ לדיון כללי בנושא התנועה הפוריטנית בארצות הברית ראו JOHN DILLENBERGER & CLAUDE WELCH, PROTESTANT CHRISTIANITY INTERPRETED THROUGH ITS DEVELOPMENT 91-111 (2nd ed. 1988 Charles Scribner's Sons; Underlining edition, 1954); JAMES A. MORONE, HELLFIRE NATION: THE POLITICS OF SIN IN AMERICAN HISTORY 34-100 (Yale University Press, 2003).

רבים עמדו על השפעתן של הקבוצות הפרוטסטנטיות במושבות האמריקאיות, בפרט של הקבוצות הפוריטניות, על התפתחות התרבות האמריקאית. כבר דה טוקוויל אמר בעניין זה:

It seems to me, that I can see the entire destiny of America contained in the first Puritans that came along.⁵¹

אחרים הצביעו על ההשפעה הישירה והעמוקה של התפיסות הפוריטניות על התפתחות הכלכלה האמריקאית, על התפיסה המדינית האמריקאית ועל התחומים הרלוונטיים ביותר לדיוננו: תפיסת המוסר האמריקאית⁵² והתפתחות המשפט.⁵³ כפי שאראה להלן, דברים אלה בדבר ההשפעה העמוקה וארוכת הטווח של הפוריטנים על התרבות האמריקאית נכונים גם בבואנו לבחון את יסודות ההסדרים המשפטיים הנוגעים לענישה הגופנית.

להיבטים מרכזיים של התפיסות הפוריטניות היו שותפים גם זרמים ותנועות פרוטסטנטיות אחרים, וחלקים מהן נותרו בעלות נוכחות וקיום חזקים בקבוצות הדתיות הפרוטסטנטיות-פונדמנטליסטיות עד היום. ביסודן של תפיסות דתיות אלו עומדים כמה עקרונות החשובים לענייננו: הראשון שבהם הוא העיקרון העומד בבסיס הרפורמה הפרוטסטנטית – ההימנעות מגורם מתווך בין האדם לכתבי הקודש ולא. מעיקרון זה נובעים שלושה עקרונות משנה: היצמדות ישירה של כל אחד מהמאמינים למילותיהם של כתבי הקודש כלשונן וכפשוטן, היעדר הכרה בבעלי סמכות הלכתית ופרשנית המרחיבים ומפרשים את האמור בכתבי הקודש והימנעות כמעט מלאה ממבנה דתי היררכי וממוסד. בעקבות עקרונות דתיים אלו נבדלת הנצרות הפרוטסטנטית מהנצרות הקתולית בכך שהיא נעדרת מנגנון כנסייתי, שיש בכוחו להעניק לאדם ישועה, וזו יכולה להינתן רק מכוח חסדי האל. עקרון-על דתי נוסף, אשר אינו ייחודי לנצרות הפרוטסטנטית, הוא עקרון החטא הקדמון, קרי האמונה שבשל חטא גן העדן יצר האדם רע מנעוריו.⁵⁴

מאפיין נוסף של האמונה הפרוטסטנטית הרלוונטי במיוחד לענייננו, ואשר דומיננטי בקרב הזרמים ששורשיהם בתנועות הקלוויניסטיות והיה בעל משמעות עמוקה בקרב המתישבים הראשונים, הוא הקיום המוחשי והעמוק במסורת הדתית של גן העדן (Heaven) מזה והגיהנום (Hell) מזה.

⁵¹ ראו I ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA (3rd ed. 1835).

⁵² לניתוח מעמיק בנושא השפעת הפוריטנים על המוסר, הפוליטיקה והתרבות האמריקאיים, ראו MORONE, לעיל ה"ש ROBERT N. BELLAH, RICHARD MADSEN, WILLIAM M. SULLIVAN ANN SEIDLER & STEVEN M. TIPTON; 50 HABITS OF THE HEART: INDIVIDUALISM AND COMMITMENT IN AMERICAN LIFE 25-26 (1985).

⁵³ לדיון בנושא השפעה הפוריטניזם על יסודות מערכת המשפט האמריקאית, ראו ROSCOE POUND, THE SPIRIT OF THE COMMON LAW 32-60 (1921).

⁵⁴ יש הבדלים בין התפיסה הקתולית בנוגע להבנתה של דוקטרינת החטא הקדמון לבין הבנתה אצל הזרמים הפרוטסטנטים השונים. אין זה המקום לדון בסוגיה זו לעומקה, אך בכלליות אציין כי הנצרות הפרוטסטנטית, ובפרט הזרמים ההולכים בדרכם של ראשוני הפרוטסטנטים מרטין לותר וז'אן קלווין, נוקטת עמדה קיצונית של החטא הקדמון, שלפיה האדם נמצא באופן תמידי במצב של חטא ואין ביכולתו לבחור בדרך הטובה, אלא אם כן הוא זוכה לחסדו של האל. במציאות זו, אין ביכולת הטבילה ושאר הסקרמנטים למרק את האדם מהחטא הקדמון. לעומתם, הגישה הקתולית הרווחת, בעיקר מאז ועידת טרנטו (1545-1563), גורסת כי אומנם האדם נולד כנגוע בחטא הקדמון, אך סקרמנט הטבילה מטהר את הנטבל מן החטא ומעניק לו את הרצון החופשי. מכל מקום, בנצרות הפרוטסטנטית המודרנית והליברלית נחלש כוחה של דוקטרינת החטא הקדמון. ראו "החטא הקדמון" האנציקלופדיה העברית – כללית יהודית וארצישראלית כרך שבעה-עשר 279 (יהושע פראוור עורך ראשי 1988) (להלן: "החטא הקדמון", האנציקלופדיה העברית), והמקורות המובאים שם.

חוקרים אחדים עמדו על הקשר שבין התפיסות הפרוטסטנטיות האמורות לבין תפיסות חינוכיות דתיות. אליסון ושותפיו ערכו בדיקה מקיפה של כתיבה פרוטסטנטית קונסרבטיבית העוסקת בסוגיות של חינוך וטבע האדם החל מן המאה השבע עשרה. מסקירה זו עולה הגישה הבסיסית החינוכית שלפיה בשל חטאו של האדם הראשון נולד הילד כשהוא בעל נטייה טבעית לחטא, ותפקידו של ההורה לפעול לשינוי נטיות אלו של הילד בדרך של הפעלת חינוך נוקשה ובכלל זה ענישה גופנית. בלשונו של אליסון :

A crucial part of all the Conservative Protestant rationale for firm child discipline involves the imperative of conversion. If the sinful tendencies of youngsters go unchecked, their very souls are believed to be in jeopardy.⁵⁵

למסקנות דומות מגיע גריוון מבחינה היסטורית דומה שהוא עורך. גריוון מחדד שני מאפיינים של אותן תפיסות חינוכיות. האחד, שנקודת המוצא של התפיסה החינוכית היא שמטרת החינוך לשבור את רצונו הטבעי של הילד. מאחורי תפיסה זו עומד העקרון האחר שעליו עומד גריוון והוא שללא אותה שבירת רצון נידון הילד לגיהנום. במרכז התפקיד ההורי עומדת אפוא החובה ההורית להצלת נפשותיהם של ילדיהם מגיהנום.⁵⁶

ביטוי לתפיסות יסוד אלו, שעל פיהן הילד נולד רע מנעוריו וללא חינוך נוקשה שנועד לשנות את טבעו הבסיסי הוא צפוי להגיע לגיהנום, ניתן למצוא בכתיבה הפוריטנית והפרוטסטנטית-פונדמנטליסטית החל מן המאה השבע עשרה ועד היום. כך בספר *OF FORM GODLY GOVERNMENT HOUSEHOLD* משנת 1621 כותבים הפוריטנים האנגלים רוברט קלוור וג'ון דוד :

The Young Child which lieth in the Cradle is both wayward and full of affection: and though his body be but small, yet he hath a reat (wrong doing) heart and is altogether inclined to evil. If fhis sparkle be suffered to increase it will rage over and burn down the whole house. For we are changed and become good not by birth but by education [...] Therefore parents must be wary and circumspect [...] they must correct and sharply remove their children for saying and doing ill.⁵⁷

Christopher G. Ellison, John P. Bartkowski & Michelle L. Segal, *Conservative Protestantism and the Parental Use of Corporal Punishment*, 74 SOCIAL FORCES 1003, 1007 (1996)

Joseph E. Illick, *Child-Rearing in Seventeenth Century England and America*, in THE HISTORY OF CHILDHOOD 303, 316 (Lloyd DeMause ed., 1974)

Illick, שם, בעמ' 316-317 המצטט את ROBERT CLEAVER & JOHN DOD, A GODLY FORM OF HOUSEHOLD GOVERNMENT (1621).

מתוך תפיסה זו בדבר החשיבות העצומה שבעיצוב נפשו של הילד, הפנייתה לערוצים חיוביים והצלתה מטבעה הבסיסי הרע והנגוע בחטא הקדמון העלו הפוריטנים ככלל ואנשי הזרמים הפרוטסטנטיים הפונדמנטליסטיים בפרט את חינוך הילדים למקום ראשון בחשיבותו. גישה זו, שעל פיה חיוב ההורה להשקיע את מרב המאמצים בחינוך הילדים ובהצלת נפשותיהם כמוהו כמצווה דתית, הביאה לכך שהמסורת הפוריטנית הייתה בעלת תפקיד מרכזי במה שגיון סמרוויל כינה "גילוי הילדות" – ההכרה בתקופת הילדות כתקופה נפרדת שבה מעוצבת אישיותו של הילד, הדורשת התייחסות שונה ופיתוח של כלים חינוכיים המותאמים למאפייניה, אגב התייחסות לשונות הקיימת בין ילדים למבוגרים.⁵⁸

תפיסה חדשה ודתית ייחודית זו בדבר המקום המרכזי שיש להעניק לחינוך ילדים ועיצוב אישיותם הביאה ליצירה חסרת תקדים בהיקפה של שני סוגי ספרות, שמהעיון בהם ניתן ללמוד רבות הן על עצם החשיבות הדתית של חינוך ילדים על ידי הוריהם, והן על דרכי החינוך הנתפסות כרצויות על פי תפיסות דתיות אלו. הסוג האחד של ספרות זו הוא ספרות המיועדת לילדים, והאחר הוא ספרות הדרכה להורים.

ספרי הילדים הפוריטניים שפורסמו במאה השבע עשרה באנגליה היו ככל הנראה הספרים הראשונים אשר נכתבו במיוחד לילדים בתרבות המערבית. יתרה מזו, במשך עשרות השנים שלאחר מכן, הרוב המכריע של ספרי הילדים שנכתבו באנגליה היו ספרים שנכתבו על ידי קבוצות פורטיניות או קבוצות דתיות קרובות.⁵⁹ ספרות ילדים זו רצופה כולה בעידוד הילדים לשמוע בקול הוריהם ולציית להם צייתנות מלאה כדרך של הבטחת שכר ועונש מידי שמיים. המוטיב החוזר בספרות זו הוא איום ישיר וציורי בשליחת הילד שלא יישמע להוריו לגיהנום. דוגמה אחת מני רבות לכתובה מסוג זה נתן למצוא בשירו של אייזק ווטס, Heaven and Hell:⁶⁰

Heaven and Hell

There is beyond the Sky
A heaven of joy and love
And Holy children When they die
Go to that world above

There is a dreadful hell
And everlasting pains

⁵⁸ ראו (CHARLES JOHN SOMMERVILLE, THE DISCOVERY OF CHILDHOOD IN PURITAN ENGLAND (1992) דוגמה נוספת משיריו של ווטס המבהירה הן את החטא המולד בילד והן את חשיבות הציות להורים היא שירו "הציות להורים":

"Obedience to Parents" = "Have you not heard what dreadful plagues/ Are threaten'd by the Lord,/ To him that breaks his father's law,/ Or mocks his mother's word?/ What heavy guilt upon him lies!/ How cursed is his name!/ The ravens shall pick out his eyes,/ And eagles eat the same". ISAAC WATTS, DIVINE AND MORAL SONGS FOR CHILDREN (1715).

⁶⁰ אחד מהספרים המאוירים הראשונים שפורסמו עבור ילדים. הספר פורסם בתשע מהדורות שונות וזכה לפופולריות רבה. לדיון על ספרו ועל גישותיו החינוכיות של ווטס ראו: SOMMERVILLE, לעיל ה"ש 58, בעמ' 131, 141-142.

There sinner, Must with devils dwell

In darkness Fire and chains

החל מימי הפוריטנים באנגליה נטלו חברי קבוצות דתיות פרוטסטנטיות חלק מרכזי גם בפיתוחה של ספרות הדרכה להורים בהיקף רחב ביותר. כפי שעולה, כאמור, ממחקריהם של גריוון ואליסון, ספרות זו שמה דגש ברור בחובת ההורה להשליט משמעת הורית נוקשה ובאחריותו הברורה להצלת נפשותיהם של ילדיו.

על חשיבותה של המשמעת ההורית עומד ג'ונת'ן אדוארדס, מטיף אוונגליסטי פוריטני הנחשב לתאולוג האמריקאי החשוב ביותר במאה השמונה עשרה:

And let Children Obey their Parents, and yield to their instructions,
and submit to their orders, as they would inherit a blessing and not a
curse.⁶¹

וכך גם הכומר ג'ק היילס הכותב בספרו "כיצד לחנך ילדים" משנת 1972:

Require strict obedience. This Obedience should always be immediate instant without question or argument [...] Obedience is the foundation of all character. It is the foundation of the home.⁶²

גריוון עומד במחקרו על הדרך שבה תפיסות חינוכיות דתיות אלו באות לידי ביטוי בשפה שנוקטת אותה ספרות להדרכת הורים, כמו גם כתיבה תאולוגית פוריטנית, לתיאור טבעם של ילדים ומטרות החינוך. בין היתר, הוא שם את הדגש בשימוש חוזר במילים כגון *stubbornness, stoutness, rebellious*, לתיאור טבעם של ילדים, ובמילים כגון *conquer, Subdue, obedience repress* לתיאור התפקיד ההורי.⁶³

ביטוי לשימוש בשפה זו בכתיבה הפוריטנית ניתן למצוא, למשל, במכתבה של סוזנה וסלי לבנה ג'ון משנת 1732, המובא אצל גריוון.⁶⁴

When a child is corrected it must be *conquered* and this will be no hard matter to do.

ביטוי קיצוני יותר לשפה זו ניתן למצוא בעצות לחינוך ילדים של ג'ון רובינסון משנת 1628:

⁶¹ מצוטט אצל (1977) PHILIP GREVEN, THE PROTESTANT TEMPERAMENT 33; JACK HYLES, HOW TO REAR CHILDREN, chapter 18 (1st ed. 1972) (ההדגשות בציטוט הן של המחברת); GREVEN, THE PROTESTANT TEMPERAMENT, שם, בעמ' 244; GREVEN, SPARE THE CHILD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70.

⁶³ GREVEN, SPARE THE CHILD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 62-70.
⁶⁴ שם, בעמ' 64. ההדגשות בציטוט, הן של המחברת ואינן במקור. סוזנה וסלי הייתה אימם של ג'ון וצ'ארלס וסלי, מייסדי המתודיזם באנגליה של המאה השמונה עשרה.

Surely there is in all children, though not alike, a *stubbornness and stoutness of mind* arising from natural pride, which must in the first place *be broken and beaten down*.⁶⁵

כלי מרכזי המובא בספרות ההדרכה להורים לאותה שבירה הכרחית מטעמים דתיים של רצון הילד וטבעו הרע הוא הענישה הגופנית. זו מובאת בספרות ההדרכה להורים לא רק כאמצעי מרכזי להצלת נפשו מהגיהנום, אלא אף כציווי דתי בפני עצמו. כאסמכתא דתית מרכזית להיות הענישה הגופנית עצמה מצווה דתית, שבאמצעותה ניתן להציל את נפשות הילדים מהגיהנום, מובא הפסוק מספר משלי (בתרגום המלך גיימס): "Thou shalt beat him with the rod, and shalt deliver his soul from hell",⁶⁶ או במקור העברי: "אַתָּה בְּשֶׁבֶט תִּכְנֹנוּ וְנַפְשׁוֹ מִשְׂאוֹל תִּצְּלִי".⁶⁷ פסוק זה מופיע כמוטיב חוזר בכתיבה הפרוטסטנטית הפונדמנטליסטית המסתמכת על פרשנות מילולית של התנ"ך.

כך, כותב ג'ון אליוט בחיבורו "Harmony of the Godpells" משנת 1678 בהתייחס לשאלה אם לנקוט ענישה גופנית:

The gentle rod of the mother is a very soft and gentle thing: [...] yet by the blessing of God with it, and upon the wise application of it. It would break bond the bindeth up corruption in the heart [...] Withhold not correction from the child, for if thou beatest him with the rod he shall not die, though shall beat him with the rode and shall deliver his soul from hell.⁶⁸

כך קובע לעניין זה הכומר ג'יק היילס בשנת 1972:

The parent who spanks the child keeps him from going to hell. Proverbs 23:14 Though shall beat him with the rod and shalt deliver his soul from hell [...] **Spanking should be administered firmly.** It should be painful and it should last until

⁶⁵ שם, בעמ' 65 (ההדגשות בציטוט הן של המחברת). ג'ון רובינסון היה כומר הצליינים בהולנד, אך זה לא התלווה אליהם לעולם החדש.

⁶⁶ Proverbs 23:14 (King James Version)

⁶⁷ משלי כג 14.

⁶⁸ Illick, לעיל ה"ש 56, בעמ' 328.

the child's will is broken. It should last until the child is crying.

Not tears of anger but tears of broken will.⁶⁹

מהדברים שצוטטו לעיל עולה קישור ברור בין הפנייה לפסוק זה ובין התפיסה הרואה בענישה גופנית כלי להצלת נפשותיהם של ילדים מהגיהנום. בהקשר זה, מעניין לשים לב לכך שהביטוי "Hell", המופיע בתרגום המלך גיימס לאנגלית ואשר עיקר הכתיבה הפרוטסטנטית עושה בו שימוש שכן הינו התרגום הנוצרי המובהק לאנגלית, אינו תואם את המשמעות הלשונית המקורית העברית של הפסוק מספר משלי. המשמעות הלשונית העברית המקורית לא כללה את המונח "גיהנום" במשמעות של המקום בעולם הבא שאליו נשלחים החוטאים, מושג שכלל לא הוכר במחשבה היהודית של אותו הזמן. הטקסט העברי "אַתָּה בְּשֶׁבֶט תִּקְּנוּ וּנְפֹשׁוּ מִשְׂאוֹל תִּצְּלִי" ⁷⁰ נוקט את המונח "שאוול" אשר משמעו ארץ המתים, אשר אין בה הבחנה בין טובים לרעים או ביטוי לשכר ועונש. ⁷¹ הערה זו מתייחסת למשמעות הלשונית המקורית של הפסוק, שממנה עולה כי על פי לשון ספר משלי יש בענישה הגופנית כדי להציל נפשו של הילד ממוות. כפי שאראה בהמשך הדברים, אופייה הפרשני המיוחד של המסורת הדתית היהודית אפשר לרכך מאוד גם משמעות מקורית לכאורה זו. הציווי להורים להקפיד על ענישה גופנית מופיע בספרות ההדרכה להורים לא רק כציווי מרכזי אלא כסמל לדרך החינוכית הדתית הראויה בכלל ולהשלטתה של משמעת הורית. כך קובע לעניין זה ריצ'ארד פוגאט מחבר הספר "מה אומר התנ"ך על חינוך ילדים":

God has specifically established the rod as a symbol of parental authority [...].⁷²

2. ביטויים להשפעת התפיסות הפרוטסטנטיות בדבר חינוך ילדים על המשפט האמריקאי

להשפעה של המסורת הדתית עליה עמדנו, על המשפט האמריקאי המוקדם בכל הנוגע לענישה גופנית בפרט ולחשיבות הסמכות ההורית בכלל, יש מספר ביטויים ברורים העולים מן המחקר ההיסטורי-השוואתי.

א. חקיקה המעגנת באופן מילולי את לשון הברית הישנה לעניין סמכות הורית

כאמור, אחד הביטויים להשפעה הדתית על יסודות המשפט האמריקאי הייתה הפנייה המתמדת של המושבות הראשונות אל הברית הישנה כמקור לחקיקה ומקור משפטי משלים, אגב עיגון מילולי ממש של לשון התנ"ך בחוק. בהקשר של מחקר זה, מדובר בחוקים אשר זכו לכינוי "חוקי הילדים העקשנים" (The Stubborn Children's Laws), ואשר חוקו הלכה למעשה כמעט באופן מילולי את הלכות "בן סורר ומורה" מספר דברים. ⁷³ כך נקבע בחוק שהתקבל ב-Massachusetts בשנת 1642:

⁶⁹ HYLES, לעיל ה"ש 62, בעמ' 95-96 (ההדגשות במקור); GREVEN, SPARE THE CHILD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 60, 62. ⁷⁰ לעיל ה"ש 67.

⁷¹ "גיהנום" האנציקלופדיה העברית – כללית יהודית וארצישראלית כרך עשירי 648 (1954). חשוב לציין כי תרגום המלך גיימס למילה "שאוול" הוא גיהנום, לכן השימוש במילה גיהנום בהקשר זה איננה משום פרשנות ספציפית לביטוי. אבקש להודות לבתיה סטיין על שעמדה על ההבדל בין העברית המקורית לתרגום האנגלי.

⁷² J. RICHARD FUGATE, WHAT THE BIBLE SAYS ABOUT CHILD TRAINING 137 (Myron Yeager ed., 1980). ריצ'ארד פיוגייט עומד בראש מוסד המחקר התנ"כי; GREVEN, SPARE THE CHILD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 61.

⁷³ להשוואה של שפת החוק לטקסט התנ"כי ראו GEORGE LEE HASKINS, LAW AND AUTHORITY IN EARLY MASSACHUSETTS 146 (University Press of America, 1960). ההבדל העיקרי בהשוואה לטקסט המקורי לפי הסקנים הוא דרישת גיל 16 שהתווספה בחקיקת מדינת מסצ'וסטס.

If a Man have a stubborn or rebellious son, of sufficient years and understanding, Viz. Sixteen years of age, which will not obey the voice of his Father or the voice of his mother, and that when they have chastened him will not harken unto them : then shall his Father and Mother being his natural parents, lay hold on him and bring him to the Magistrates assembled in Court and testify unto them that their son is stubborn and rebellious and will not obey their voice and chastisement, but lives in notorious crimes, such a child shall be put to death.⁷⁴

חוקים דומים חוקקו בסמוך לכך בקונטיקט (1650), רוד איילנד (1668) וניו המפשייר (1679).⁷⁵ בחינת השימוש בחקיקה זו מעלה כי ככל הנראה מעולם לא הורה בית משפט על עונש מוות לילדים על פיה, אולם ילדים הועמדו לדין על פי חוקים אלו ונדונו בעיקר לעונשי מלקות.⁷⁶ דוגמה נוספת לחקיקה המעגנת סמכות הורית המבוססת על הוראות הברית הישנה היא חוק שהתקבל במושבה מסצ'וסטס, שעל פיו :

If a child or children [...] shall curse or smite their natural father or mother he or they shall be put to death.

חוק זה היווה עיגון מילולי כמעט של האמירות המקראיות: "וּמַכָּה אָבִיו וְאִמּוֹ – מוֹת יוּמָת"⁷⁷ ו"וּמַקְלָל אָבִיו וְאִמּוֹ – מוֹת יוּמָת".⁷⁸

חוקי "בן סורר ומורה" ו"מכה ומקלל אביו ואמו" מבטאים בצורה חדה את הצלחת המסורות הדתיות האמורות להחדיר את המשמעת ההורית כעיקרון בסיסי בחוק המדינה החילונית. האימוץ המילולי כמעט של לשון המקרא, כפי שהיא מופיעה בספרי דברים ושמות, וקבלת הטקסט המקראי כפשוטו, עד כדי נכונות להטיל, לפחות על פי הכתוב, עונש מוות על בן שאינו מציית להוריו או פוגע בכבודם, נותן ביטוי חד לגישה הדתית פרוטסטנטית הנצמדת ללשון המקרא כמקור הסמכות העליון, כמו גם לעצם החשיבות המיוחסת למשמעת ההורית על פי התרבות הפוריטנית.

ב. פניית בתי המשפט לברית הישנה כמקור סמכות

הביטוי הבולט הנוסף להשפעת המסורות הדתיות האמורות על המשפט האמריקאי המוקדם הוא הפנייה בפסיקה האמריקאית, עד לאמצע המאה העשרים, לפסוקים מספר משלי כמקור סמכות לענישה גופנית. אף על פי שמדובר במספר פסקי דין קטן יחסית, יש בהם כדי לתמוך בטענה בדבר השפעת המסורת הדתית על המשפט. מפניית בתי המשפט ומהלשון שנוקטים השופטים בעניין זה ניתן ללמוד על הנכונות הבסיסית של בתי המשפט, או לפחות חלק מהם, לראות במסורת הדתית

MARY ANN MASON, FROM FATHER'S PROPERTY TO CHILDREN'S RIGHTS: THE HISTORY OF CHILD CUSTODY IN THE UNITED STATES 11 (1994).

⁷⁵ שם.

⁷⁶ שם.

⁷⁷ שמות כא 15.

⁷⁸ שם, 17; ראו HASKINS, לעיל ה"ש 73.

"The : 1957 *People v. Baldini* משנת 1957 :
court is appreciative of the fact that the statute permits punishment and that the Bible
sanctions the same"⁷⁹ מעניין במיוחד לעמוד על כך, שכן הפסוק המצוטט לעיל מספר משלי,
שהינו סמל לתפיסה הפרוטסטנטית-פונדמנטליסטית הקושרת בין הכאת ילדים ובין הצלת
נפשותיהם מהגיהנום - "Thou shalt beat him with the rod and shall deliver his soul from
hell"⁸⁰ – מובא בכל פסקי הדין הפונים לספר משלי כמקור סמכות נורמטיבי.⁸¹

ג. הדמיון בין לשון המשפט ללשון של ספרות הדרכת הורים פרוטנסטית-פונדמנטליסטית
כאמור, ממצאיהם של גריוון ואחרים העלו שהספרות הפרוטסטנטית-פונדמנטליסטית שנועדה
להדרכת הורים עשתה שימוש בלשון קשה במיוחד, המבטאת את התפיסה בדבר טבעו הבסיסי הרע
של הילד והצורך לשבור את רצונו. בחינת הפסיקה והחקיקה המוקדמות של ארצות הברית מעלה
שבכל הנוגע לענישה גופנית בפרט, ולסמכות הורית בכלל, נעשה שימוש בלשון דומה, שהקשר בינה
לבין אותה ספרות הדרכה והתפיסות שעמדו מאחוריה אינו יכול להיות מקרי.

כך למשל, בית המשפט העליון של צפון קרוליינה קבע בפסק דינו משנת 1837 בעניין *State v.*
Rachel Pendergras בנוגע לסמכותו של הורה לנקוט ענישה גופנית :

One of the most sacred duties of parents is to *train up* and qualify their
children.. this duty cannot be effectually performed without the ability
to *command obedience to control stubbornness to quicken dilligence*
and to reform bad habits.⁸²

ובדומה, בהתייחס לסמכות מורה בבית הספר, קבע בית המשפט בעניין *Patterson v. Nutter* :

He must govern these pupils, *quicken the slothfu, Spur the*
*indolent, restrain the impetuous and control the stubborn.*⁸³

השימוש בשפה זו, אשר שמה דגש בחובות ברורות של משמעת הורית וציות, חוזר על עצמו, אם כי
באופן מרוכז בחקיקה ובפסיקה המאוחרות יותר. כך, ה-Restatement מונה תנאים להגנה בנוזקין
בגין שימוש בענישה גופנית וקובע כי מטרת הענישה הגופנית לכפות ציות להורה :

These include [...] whether the punishment inflicted is necessary and
appropriate to *compel obedience.*⁸⁴

⁷⁹ ראו *People ex rel. Ebert v. Baldini*, 159 N.Y.S. 2d 802 (N.Y. City Ct. 1957) לעיל הי"ש 66.

⁸¹ ראו פסקי הדין הבאים : *People ex rel. Ebert v. Baldini*, לעיל הי"ש 79 ; *People v. Mummert*, 50 N.Y.S.2d ; 243 (N.Y. County Ct. 1944).

⁸² *State v. Pendergrass*, 19 N.C. (2 Dev. & Bat.) 365 (N.C. 1837) (ההדגשות בציטוט הן של המחברת).

⁸³ *Patterson v. Nutter*, 7 A. 273 (Me. 1886) (ההדגשות בציטוט הן של המחברת).

⁸⁴ ראו Restatement, לעיל הי"ש 12 (ההדגשות בציטוט הן של המחברת).

אפילו כשבוחנים את השפה שבה משתמש בית המשפט העליון בעניין *Ingraham* משנת 1977,⁸⁵ אשר עסק באיסור על ענישה גופנית בבתי הספר, ניתן למצוא קישורים לשוניים מסוימים לשפה שבה נעשה שימוש על ידי "דור המייסדים" באשר לטיבם של יחסי הורים וילדים ותפקיד ההורים בהשלטת משמעת:

We cannot believe paddling a child a long accepted means of disciplining and inculcating concepts of *obedience and responsibility* offends current notions of decency and human dignity.⁸⁶

בחינת פסקי הדין האמריקאיים שניתנו החל משנות התשעים של המאה הקודמת מצביעה על קיומו של תהליך, סמוי במידה רבה מן העין הציבורית, של שינוי אל עבר צמצום היקפה של הענישה הגופנית המותרת. אחד הסימנים המרמזים על תזוזה מסוימת, קשה לאבחון, בפסיקה האמריקאית הוא השינוי בשפה שבתי המשפט נוקטים בהתייחס לסיבות שבגללן רשאים ההורים להעניש את ילדיהם, ובכלל זה בענישה גופנית. אם בפסיקה המוקדמת יותר ניתן היה כאמור למצוא קישור לשוני ברור לתפיסות הדתיות של הנצרות הפונדמנטליסטיות-הפרוטסטנטיות בדרך של שימוש בבוטויים כגון: "Impretuous", "Indolence", "Sothful" ו-"Stubborn" לטבעם של ילדים, ו-"To Command" ו-"To Control" לתיאור מטרות הענישה, הרי שבפסיקה המאוחרת הלשון שונה. בפסיקה מאוחרת זו כבר לא ניתן לאתר בוטויים אלו. את מקומם כתיאורים של התפקיד ההורי מממלאים בוטויים כגון: "To act in good faith and with parental affection"⁸⁷ ואת תיאורי טבעם של ילדים מחליפים תיאורים כגון "misbehaviour"⁸⁸ ו-"misconduct".⁸⁹

יש אפוא אינדיקציות ברורות למדי לחדירת המסורת הדתית הפרוטסטנטית לבסיס של המשפט האמריקאי בתחום הענישה הגופנית. להשפעה זו של הדת על עיצוב המשפט האמריקאי המוקדם יש חשיבות רבה במיוחד בניתוח מקורות ההשפעה על המשפט האמריקאי העכשווי. כאמור, בבחינת הסיפור האמריקאי, פסקי הדין אשר התקבלו עד לאמצע המאה העשרים היו הבסיס הברור לחקיקה המקיפה שהתקבלה בנושאים אלו במהלך שנות השבעים של המאה העשרים. בקביעתם של המבחנים לעניין היקף הענישה הגופנית המותרת התבססה חקיקה זו מפורשות על המבחנים אשר נקבעו לעניין זה בפסיקה המוקדמת. יתרה מזו, עד לשנות השמונים פנתה הפסיקה האמריקאית באופן מפורש לפסיקה המוקדמת כמקור פרשני לפרשנותם של חוקים אלו.⁹⁰

⁸⁵ לעיל ה"ש 15.

⁸⁶ לדיון בשפה שבית המשפט נוקט, ראו GREVEN, SPARE THE CHILD, לעיל ה"ש 3, בעמ' 102.

⁸⁷ ראו Harold v. State, C.A. No. 95-5246 (R.I. Super. Ct. Sept. 13 1996).

⁸⁸ ראו In re D.T., 35 Pa. D. & C. 4th 454, 457 (Pa. C.P. 1996).

⁸⁹ ראו Chronister v. Brenneman, 742 A.2d 190 (Pa. Sup. Ct. 1999).

⁹⁰ לסקירה על חקיקה מדינתית ראו Kandice K. Johnson, *Crime or Punishment: The Parental Corporal Punishment Defense – Reasonable and Necessary, or Excused Abuse?* 1998 U. Ill. L. REV. 413 (1998).

כאמור, תופעות אלו, של פנייה ישירה אל הפסיקה והחקיקה המוקדמות או אף אל המקורות הדתיים עצמם, הולכות ונחלשות בשנות השמונים. בה בעת הולך ופוחת השימוש בשפה בעלת מאפיינים דומים לאלה של הספרות הפרוטסטנטית-פונדמנטליסטית.

לכאורה, ניתן היה לצפות שהתרחקות זו של המשפט ושפת המשפט מההשפעות הדתיות-פרוטסטנטיות הישירות צריכה היה להביא לשינוי ברור של המצב המשפטי, אל עבר צמצום ההיתרים לענישה גופנית. הדבר אינו קורה, ולכל היותר ניתן למצוא רק סימנים קלושים לשינוי מגמה כזה, שהם עדיין רחוקים מלהיות אפילו תחילתו של תהליך. יש לתמוה: מהי הסיבה לכך? התשובה לחידה זו מצויה, כך נראה, בתהליכים אחרים, שתוצאתם היא המשך השפעה חזקה, אם כי בדרך אחרת, של המסורות הדתיות הפרוטסטנטיות-פונדמנטליסטיות על המשפט האמריקאי.

כאמור, החל משנות הארבעים ניתן להצביע על תהליך של התחזקות ההפרדה המוקפדת בין הדת למדינה בארצות הברית, אגב עיגון רחב ונוקשה יותר של חופש הדת. לתהליך זה מצטרפת תופעה משמעותית ביותר. החל משנות השבעים ניתן לזהות תהליך ברור של היחלשות הזרמים הפרוטסטנטיים המתונים והתחזקות חדה של הזרמים הפונדמנטליסטיים, תהליך שהתעצם לאורך שנות השמונים והתשעים.

חברי זרמים פונדמנטליסטיים אלו פעילים ביותר במסגרת הימין הדתי בכלל, ובמסגרת התנועה לזכויות הוריות בפרט,⁹¹ המתגבשת לכדי גורם דומיננטי בפוליטיקה האמריקאית החל משנות התשעים. לקבוצות אלו קווים ומאפיינים דומים לא מעטים, בהקשר של עניינינו, לאותן קבוצות דתיות פרוטסטנטיות פונדמנטליסטיות שהן ערש לידתם של החברה והמשפט האמריקאיים. כך, נושא סמכות ההורה לנקוט ענישה גופנית נתפס על ידי קבוצות אלו כעומד בלב התפיסה הדתית כציפור הנפש של הזהות הדתית, וככזה הוא שוכן בליבת הזכות לחופש דת וראוי להגנה רבה. המאבק של הימין הדתי לעיגון זכויות הוריות העלה כנושא ראשון במעלה את סוגיית הענישה הגופנית. לטענת הקבוצות הדתיות הפונדמנטליסטיות, נכונות לצמצום סמכויות הוריות או להכרה בזכויות ילדים עלולה להביא לאיסור על ענישה גופנית, תוצאה קיצונית ואבסורדית לדידם. ביטוי חד לסמליות הרבה המיוחסת לזכות ההורה לשימוש בענישה גופנית על ידי מנהיגי הימין הדתי בארצות הברית ניתן למצוא במכתב לגיוס תרומות שנכתב על ידי ג'ון אשקרופט, אשר מונה מאוחר יותר לתובע הכללי של ארצות הברית ונחשב לנציג הבכיר של הימין הדתי בממשל בוש. במכתב זה הוא מתאר את האמנה בדבר זכויות הילד בתור:

An unconscionable surrender of parental rights because it would make spanking a crime.⁹²

בשנים האחרונות ניתן לזהות שינוי מסוים בעמדתן של קבוצות נוצריות מתונות בארצות הברית. ההתפתחות הבולטת והחשובה ביותר בהקשר זה הינה סדרת החלטות שהתקבלו על ידי הכנסייה המתודיסטית המאוחדת, כנסייה פרוטסטנטית שאליה משתייכים כשלושה אחוזים וחצי מתושבי

⁹¹ Linda L. Lane, *The Parental Rights Movement*, 69 U. COLO. L. REV. 825 (1998)
⁹² Laurie Goodstein, *Ashcroft's Life and Judgements Steeped in Faith*, N.Y. TIMES, Jan. 14, 2001, ראו <https://www.nytimes.com/2001/01/14/us/ashcroft-s-life-and-judgments-are-steeped-in-faith.html> לדין
בעמדות מנוגדות ראו: Susan Kilbourne, *Opposition to US Ratification of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Responses to Parental Rights Arguments*, 4 LOY. POVERTY L. J. 55 (1998)

ארצות הברית.⁹³ בשנת 2004 קיבלה הכנסייה שתי החלטות: החלטה התומכת בקבלת חקיקה האוסרת על ענישה גופנית בבתי ספר, והחלטה המעודדת הורים, שלא לנקוט ענישה גופנית כלפי ילדים בבית.⁹⁴ הכנסייה שבה ואימצה החלטות אלה בשנת 2012.⁹⁵ עיון בנוסח ההחלטות מצביע על כך שהן התבססו על מחקרים פסיכולוגיים המצביעים על נזקי הענישה הגופנית ועל תפיסות דתיות הרואות ענישה גופנית כמנוגדת לדרכה של הנצרות. קבלתן של החלטות אלו דווקא על ידי הכנסייה המתודיסטית היא בעלת חשיבות סמלית רבה, לאור העמדות החד-משמעיות בזכות ענישה גופנית אשר ביטאו ג'ון וסלי, ממיסדי כנסייה זו, ואימו סוזנה.⁹⁶ החלטות דומות התקבלו בשנת 2012 על ידי הכנסייה הפרסביטריאנית בארצות הברית,⁹⁷ כנסייה פרוטסטנטית הכוללת כאחוז (1%) מתושבי ארצות הברית.⁹⁸

יש להדגיש כי שתי הכנסיות שהוזכרו משתייכות לקבוצת כנסיות פרוטסטנטיות בארצות הברית המוכרות כזרם המרכזי (Mainline Protestants). קבוצת כנסיות אלו היא השנייה בגודלה בנצרות הפרוטסטנטית בארצות הברית, לאחר הנצרות האוונגליסטית, וחבריה מהווים כ-15% מאוכלוסיית ארצות הברית.⁹⁹ האוכלוסייה המשתייכת לכנסיות אלו מאופיינת בהיותה לבנה ברובה המוחלט, משכילה, אמידה ומבוגרת.¹⁰⁰ תפיסות היסוד של החברים בכנסיות המשתייכות ל-Mainline Protestants שונות באופן ניכר מאלו של הפרוטסטנטים האוונגליסטים. כך, בעוד האוונגליסטים נוטים להבין את כתבי הקודש פשוטם כמשמעם (Biblical literalism), ה-Mainline Protestants נוטים לפרשם באופן שאינו מילולי, המתחשב גם ברקע ההיסטורי, התרבותי והחברתי שלהם.¹⁰¹ עמדתם זו יכולה להסביר מדוע יחסם לענישה גופנית, שאינו עומד בקנה אחד עם המשמעות המילולית של כתבי הקודש, שונה מיחסם של הנוצרים האוונגליסטים הפונדמנטליסטים, הדבקים במשמעות המילולית הישירה של כתבי הקודש. לצד הבדל תאולוגי זה, אנשי ה-Mainline Protestants מחזיקים בתפיסות ליברליות יותר מאלה של האוונגליסטים. כך

⁹³ ראו Pew Forum on Religion & Public Life, *U.S. Religious Landscape Survey: Religious Affiliation: Diverse and Dynamic* (2016): <https://www.pewforum.org/religious-landscape-study>

⁹⁴ ראו <http://childrenshealthcare.org/wp-content/uploads/2010/10/2004-01-fnl.pdf>

⁹⁵ ראו <https://www.childrenshealthcare.org/wp-content/uploads/2010/11/UMC-resolutions.pdf>

⁹⁶ ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט הסמוך אליה.

⁹⁷ ראו ממצאי הסקר של מכון Pew, לעיל ה"ש 93.

⁹⁷ לעיל ה"ש 94.

⁹⁷ לעיל ה"ש 95.

⁹⁷ ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט הסמוך אליה. כן ראו [www.childrenshealthcare.org/wp-](http://www.childrenshealthcare.org/wp-content/uploads/2010/07/CP-Presbyterian-resolutions.pdf)

[content/uploads/2010/07/CP-Presbyterian-resolutions.pdf](http://www.childrenshealthcare.org/wp-content/uploads/2010/07/CP-Presbyterian-resolutions.pdf)

⁹⁸ ראו ממצאי הסקר של מכון Pew, לעיל ה"ש 93.

⁹⁹ שם.

¹⁰⁰ שם.

¹⁰¹ Esther Chan & Elaine Howard Ecklund, *Narrating and Navigating Authorities: Evangelical and Mainline Protestant Interpretations of the Bible and Science*, 55 J. SCI. STUDY RELIGION 54 (2016); John P. Hoffmann & John P. Bartkowski, *Gender, Religious Tradition, and Biblical Literalism*, 86 SOC. FORCES 1245 (2008). ראו גם ממצאי הסקר של מכון Pew בנוגע אליהם, לעיל ה"ש 93, וכן דברי ה-United Church of Christ, "We take the Bible seriously but not Mainline Protestants ל-משתייכות ל-Mainline Protestants הגורסת כי "We take the Bible seriously but not Mainline Protestants literally", United Church of Christ, *The Bible and the United Church of Christ* 5 [d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/unitedchurchofchrist/legacy_url/5413/Bible-and-the-UCC-FINAL-2.pdf?1418429664](https://www.cloudfront.net/unitedchurchofchrist/legacy_url/5413/Bible-and-the-UCC-FINAL-d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/unitedchurchofchrist/legacy_url/5413/Bible-and-the-UCC-FINAL-2.pdf?1418429664)

לדוגמה, רובם תומכים בהיתר להפלות, בקבלת הומוסקסואליות כלגיטימית ואף בהכרה בנישואין חד-מיניים.¹⁰² כמו כן, רוב כנסיות ה-Mainline Protestants מסמיכות נשים לתפקידי כמורה.¹⁰³

לצד התפתחויות משמעותיות אלו, ניתן להצביע על המשך תמיכה ניכרת בענישה גופנית בקרב הזרמים הפרוטסטנטיים-פונדמנטליסטיים. ממחקר אמפירי רחב היקף שהתפרסם על ידי אליסון וברדשאו בשנת 2009 עלה כי עדיין קיים קשר ברור בין אמונה פרוטסטנטית-פונדמנטליסטית ובין תמיכה בענישה גופנית. באופן מיוחד הם עומדים במאמרם בין היתר על הקשר שבין אמונה בצורך להציל נפשות הילדים מהגיהנום ובין התמיכה בענישה גופנית.¹⁰⁴ לדברי אנדרסון, הגורם המרכזי המשפיע על היקף השימוש בענישה גופנית בבתי הספר במדינות השונות בארצות הברית הוא אחוז הפרוטסטנטים הפונדמנטליסטים החיים באותה מדינה.¹⁰⁵

ההצלחה של קבוצות דתיות פרוטסטנטיות אלו לשמר את ההיתר לענישה גופנית, ואף לבצר את ההגנה עליו, אינה נובעת רק מכוחן הפוליטי של קבוצות אלה. מקורה גם ביכולתן להבהיר כי תחום זה של ענישה גופנית, ובמידה רבה התחום הרחב יותר של זכויות הורים לחנך את ילדיהם על פי דרכם, הם תחומים שכל פגיעה בהם משמעותה פגיעה בחופש הדת. כאשר הערך החוקתי של חופש הדת והפרדת הדת מהמדינה הולכים ומתחזקים, יש בכך כדי להסביר את שימור המצב בתחום זה של הענישה הגופנית. הדבר שבתקופות קודמות, שבהן לא הייתה הפרדה מלאה בין דת למדינה, ניתן להסבר בעיקר בהשפעה ישירה של אותם גורמים דתיים על המשפט עצמו, ובתקופות מאוחרות יותר בהישרדות של אותן השפעות ראשוניות והתבססותן כמקורות משפטיים מחייבים, יכול להיות מוסבר, לדעתי, בעשרים או שלושים השנים האחרונות בהשפעה עקיפה של אותם גורמים דתיים, "מן החוץ", אגב התבססות על הערך החוקתי של חופש הדת והפרדת הדת מהמדינה. ברבות השנים, השינוי בעמדתם ובהשפעתם של הגורמים הדתיים בארצות הברית גרם למעין טרנספורציה של דרכי השפעתם על המשפט האמריקאי בסוגיית הענישה הגופנית של ילדים: מהשפעת "חרב", קרי השפעה ישירה ואקטיבית, להשפעת "מגן", השפעה עקיפה ופסיבית, אגב היאחזות בזכות החוקתית לחופש דת. לפי תיאורי זה, אומנם אופי ההשפעה הדתית על המשפט האמריקאי בסוגיה העומדת במרכז דיוננו השתנה מאוד, אך ההשפעה עצמה נותרה, גם אם בהיקפים ובביטויים אחרים, ואגב השלכות שונות.

ה. השפעת המסורת היהודית על התפתחות המשפט בנוגע לענישה גופנית בישראל

המסורת הדתית היהודית-רבנית, הגם שלכאורה יסודותיה נעוצים בטקסטים דומים לאלו של המסורת הדתית הנוצרית-פרוטסטנטית, שונה בענייננו מן המסורת הפרוטסטנטית בכלל ומהמסורות הפרוטסטנטיות הקיצוניות יותר בפרט, בשני היבטים חשובים: יחסה לסוגיית החטא הקדמון ועמדתה כלפי מקומה של הפרשנות.

¹⁰² ממצאי הסקר של מכון Pew, לעיל הי"ש 93.

¹⁰³ Ryan P. Burge and Paul A. Djupe, *What is a Mainline Protestant?* RELIGION IN PUBLIC, June 28, 2018, <https://religioninpublic.blog/2018/06/28/what-is-a-mainline-protestant>

¹⁰⁴ Christopher G. Ellison & Matt Bradshaw, *Religious Beliefs, Sociopolitical Ideology, and Attitudes Toward Corporal Punishment*, 30 J. FAM. ISSUES 320 (2009)

¹⁰⁵ Kaitlin P. Anderson, *The Politics of School Discipline: A Quantitative Analysis of the Legalization and Use of Corporal Punishment in the United States*, 24 J. PUB. MGMT. & SOC. POL'Y 107 (2018)

1. התפיסה היהודית-רבנית בעניין החטא הקדמון

דוקטרינת "החטא הקדמון" (Peccatum Originale), שזכתה לפיתוח ולהתקבלות רחבה בדת הנוצרית, לא נדונה באופן נרחב במחשבה היהודית-רבנית. אכן, לשונו של המקרא מצביעה במפורש על קיומו של קשר סיבתי בין חטא אדם וחווה בגן עדן לבין העונש. חטא זה הביא לעולם את המיתה האנושית, את חבלי הלידה, את העמל ואת היגיעה.¹⁰⁶ מכל מקום, ביהדות הרבנית סיפור חטאו של אדם הראשון אינו משמש להסבר חטאיה או חולשותיה של האנושות כולה, כפי שמעשה זה הובן בתאולוגיה הנוצרית. מקורו של רעיון החטא הקדמון הנוצרי הוא בדברי פאולוס: "כשם שעל ידי אדם אחד בא החטא לעולם, ועקב החטא בא המוות, כך עבר המוות לכל בני אדם משום שכולם חטאו".¹⁰⁷ דוקטרינה זו זכתה להתפתחות רחבה בדת הנוצרית, החל מאבות הכנסייה כטרטוליאנוס, אשר הרחיבו את הרעיון העומד בבסיסה, ועד לאוגוסטינוס הקדוש, אשר העמידה כאחד מיסודות האמונה הנוצרית.¹⁰⁸ לדברי אוגוסטינוס, אדם הראשון אופיין בכך שהייתה בידיו "יכולת שלא לחטוא" (posse non peccare).¹⁰⁹ בניגוד לכך, לאחר החטא הקדמון הוא הפך לכזה שאינו מסוגל שלא לחטוא, קרי טבעו של האדם הוא להיות חוטא. לפי הגישה האוגוסטינית, שהפכה למקובלת בכנסייה בימי הביניים, הכוח לרפא את החטא הקדמון נמצא בידי הכנסייה הנוצרית. תהליך הריפוי מתבסס על הסקרמנטים, במיוחד על טקס הטבילה, אשר לפי האמונה ממרקת את הנטבל מאשמת החטא הקדמון ומחלישה את הנטייה לחטא שנתרה באדם, וכן על סקרמנט התשובה (סקרמנט הווידוי), המשמיד את החטא הנוכח באותו רגע ומחליש את הנטייה לחטוא בעתיד.¹¹⁰

חוקרים ותאולוגים כבר עמדו על כך שלרעיון החטא הקדמון קיימים ניצנים בספרות היהודית בימי בית המקדש השני.¹¹¹ לעניין זה ראוי לציין את המימרה התלמודית מפי רבי יוחנן: "בשעה שבא נחש על חוה הטיל בה זוהמא [...] ישראל שעמדו על הר סיני פסקה זוהמתן עובדי כוכבים שלא עמדו על הר סיני לא פסקה זוהמתן".¹¹² אורבך גורס כי אומנם ניתן להבין שאמרה זו, וכן מקורות חז"ליים נוספים, מקבלים את רעיון החטא הקדמון, אך קריאה נקייה שלהם מצביעה על כך שהם מרוקנים את הרעיון מכל משמעות בכל הנוגע לחטא ועונשו בנוגע לעם ישראל.¹¹³ בכך הם נוקטים עמדה פולמוסית כנגד מקומו של חטא אדם הראשון במחשבה הפאולינית. יתר על כן, התפיסה הבולטת אצל חז"ל דווקא מדגישה כי הנשמה המגיעה לעולם היא נשמה טהורה ונקייה וכי הצדדים הרעים שבה מצטברים לאורך חיי האדם כתוצאה של בחירותיו שלו.¹¹⁴ אם כן, אומנם מחד גיסא, הרעיון בדבר השפעת החטא הקדמון

¹⁰⁶ אפרים אלימלך אורבך חז"ל – פרקי אמונות ודעות 372 (מהדורה חמישית, 1982).

¹⁰⁷ פאולוס האיגרת אל הרומיים 5, 12 (הברית החדשה המבוארת, הוצאת החברה לכתבי הקודש) וכן ראו פאולוס האיגרת אל הקורינתיים א, 15, 21-22.

¹⁰⁸ להרחבה בעניין ראו סטיבן אוזמנט "המסורות הסכולסטיות" גאולה וכו': לתולדות הנצרות בימי הביניים 163, 170-164 (אביעד קליינברג עורך 1999).

¹⁰⁹ SAINT AUGUSTINE, THE CITY OF GOD, book 14, chapter 26 (R.W. Dyson trans. Cambridge University Press, 1998).

¹¹⁰ אוזמנט, לעיל ה"ש 108, בעמ' 168.

¹¹¹ "החטא הקדמון", האנציקלופדיה העברית, לעיל ה"ש 54. שטרמן מחלקת את עמדת המחקר כלפי מקומו של רעיון החטא הקדמון לשני שלבים: בשלב הראשון סברו המלומדים כי דוקטרינה זו זרה לחלוטין למחשבה היהודית; בשלב השני, לאחר גילוי חלקי פסוקים בספרים חיצוניים ובכמה מדרשים, התפתחה העמדה הרואה בחטא הקדמון רעיון בעל זיקה רבה ליהדות. ראו: דבורה שטרמן "סוגית החטא הקדמון והפרשנות לדברי הרמב"ם בהגות היהודית במאות השלש-עשרה והארבע-עשרה" דעת 20, 65, 67 (1988); FREDERICK ROBERT TENNANT, THE SOURCES OF THE DOCTRINES OF THE FALL AND ORIGINAL SIN 232 (1903).

¹¹² בבלי, עבודה זרה כב, ע"ב. דרשה זו מופיעה בשני מקומות נוספים בתלמוד הבבלי: בשבת קמו, ע"א וביבמות קג, ע"ב. ראו גם הברייתא "ארבעה מתו בעטיו של נחש" בבבלי, שבת נה, ע"ב. לביבליוגרפיה נרחבת על מדרש זה בהקשריו היהודיים והנוצריים ראו: לוי גינצבורג אגדות היהודים כרך ראשון 209-210, הערה 3 (התשכ"ו).

¹¹³ אורבך, לעיל ה"ש 106, בעמ' 377-378.

¹¹⁴ ראה לכך מדברי התלמוד הנאמרים בתפילת השחרית מדי יום: "אלוהי נשמה שנתת בי טהורה" (בבלי, ברכות ס, ע"ב וכן בבלי, שבת קנב, ע"ב).

על האנושות כולה והיותו גורם לכך שעל כל בני האדם נגזר לחטוא מקורם בספרים יהודיים קדומים, אך מאידך גיסא, המחשבה החז"לית לא אימצה רעיון זה אל חיקה. כהמשך לדעת חז"ל, גם ההגות היהודית בימי הביניים התפלמסה בחריפות עם הדוגמה הנוצרית בדבר החטא הקדמון.¹¹⁵ אלטמן גורס כי חכמי ישראל דחו באופן כללי את תורת החטא הקדמון בשל עמדתם הפולמוסית כנגד התאולוגיה הנוצרית ועל רקע השקפתם שעל כל יחיד מוטלת האחריות למעשיו. הרע הנעשה בידי בני האדם הוא תוצאה של כניעה ל"יצר הרע" הטבוע באדם ולא תוצאה של החטא הקדמון, כלומר הוא מבטא חולשה מוסרית של היחיד ולא פגם אנושי שמקורו באדם הראשון.¹¹⁶ חכמים סברו שבכל אדם מתחולל מאבק פנימי בין היצר הטוב ובין היצר הרע, מאבק אשר תוצאתו אינה קבועה מראש ואין בו אימוץ של המחשבה הנוצרית בדבר אופיו המושחת של טבע האדם מיום לידתו.¹¹⁷ לאור האמור, ניתן להבין בנקל מדוע לא אומצו בדת היהודית תפיסות חינוכיות המבקשות לעקור את הרע מנפשו של הילד.

2. מקומה של הפרשנות

שלא כנצרות הפרוטסטנטית, אשר ביסודה עקרון ההיצמדות ללשון כתבי הקודש, היהדות היא דת פרשנית שלעיתים, ללא העמקה בתהליך ההתפתחות הפרשני, קשה אף לאתר בה את הקשר בין הטקסט המקורי ובין ההלכה הדתית. ניתן למעשה לתאר את תולדות ההלכה כרצף של מהלכים פרשניים. המדרש מפרש את המקרא, התלמוד את המשנה, הגאונים והראשונים את התלמוד וכך הלאה. במהלך שנות התשעים התפרסמו מחקרים אחדים העומדים על טבעה הפרשני של היהדות ועל מקומם של ערכים בתהליך עיצובו של המשפט העברי.¹¹⁸ מבין מחקרים אלו מעניין במיוחד לענייננו ספרו של משה הלברטל, **מהפכות פרשניות בהתהוותן**, שבו הוא בוחן את הגישה הפרשנית במסורת הדתית בכמה סוגיות הנוגעות לתחום דיני המשפחה ולמעמדם של הורים ביחס לילדיהם. הגישה הפרשנית של הדת היהודית, כפי שמצביע עליה הלברטל, מאפשרת להכניס אל תוך המסורת הדתית עצמה את ערכי הזמן והתקופה, מבלי שהדברים ייחשבו למהפכניים או סוטים מן המסורת. גישה זו, שביסודה האמונה שהמצוות והחוקים המצויים בכתבים המוקדמים ניתנו לעם ישראל יחד עם ריבוי המשמעויות והפרשנויות שיצטרפו אליהם בעתיד, היא המאפשרת את אותה התאמה מתמדת של מצוות הדת לערכים משתנים לאורך הדורות. כך מתאר דברים אלו משה הלברטל: "ההנחות אודות הטקסט הפתוח וחירותו של הפרשן ליצור בו כבשלו, עומדות לו בבואו לבצע מהפכות פרשניות בגבולה של המסורת, מהפכות שבהן הוא מפעיל שיקולים אנושיים ובאמצעותן הוא מפרש את הכתובים. הפרשן העומד בפני הטקסט המקודש אינו נרתע מן המשימה, משום שהוא תופס שכך אמנם ניתן לו הטקסט מלכתחילה – כחיטין לעשות בהם סולת".¹¹⁹

¹¹⁵ לסקירה מקיפה של הביקורת היהודית על האמונה הנוצרית בחטא הקדמון ראו: JOEL E. REMBAUM, *Medieval Jewish Criticism of the Doctrine of Original Sin*, 7 AJS REV. 353 (1982).

¹¹⁶ אלכסנדר אלטמן "צלם אלוהים בתאולוגיה היהודית והנוצרית" פנים של יהדות – מסות נבחרות 24-21 (1983).
¹¹⁷ מכל מקום, מחקרים מספר הראו כי כמה הוגים יהודים שאבו השראה מרעיון החטא הקדמון, כדוגמת רבי הלל מוורונה, עמנואל הרומי, רבי שלמה בר יודא הנשיא, רבי חסדאי קרשקש ומנשה בן-ישראל. ראו המחקרים: יוסף ב' סרמוניטה ר' הלל בן שמואל בן אלעזר מוירונא ומשנתו הפילוסופית 96-121 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים 1962); דניאל י. לסקר "החטא הקדמון וכפרתו לפי חסדאי קרשקש" דעת 20 (1988); נסים יושע "בין תיאולוגיה לאנתרופולוגיה: עיון בחיבורו של ר' מנשה בן ישראל *De la Fragilidad Humana y* *Inclinacion del Hombre al Peccado*" תרביץ סא 273, 281-283 (1992).

¹¹⁸ משה הלברטל **מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה** 13 (1999).

¹¹⁹ שם, בעמ' 203.

ההבדל שבין הגישה הפרשנית היהודית לבין הגישה הנצמדת לכתבם של כתבי הקודש של הנוצרים הפרוטסטנטים-פונדמנטליסטים הוא הבדל תהומי ורב-משמעות. לדעתי, המודעות להבדל זה יכולה להוביל אל חלק מן ההסברים להבדלים שבין הגישות – זו של המשפט הישראלי וזו של האמריקאי – לסוגיה זו. התוצאה הישירה של הבדל זה בין המסורת היהודית והמסורת הפרוטסטנטית היא שגם ההשקפה ההלכתית היהודית, המסורתית יותר והליברלית פחות, רחוקה מאוד מהגישה הפרוטסטנטית-פונדמנטליסטית ביחס לענישה גופנית. ראבילו עומד על כך שבתקופת המשנה והתלמוד צומצם באופן ניכר, באמצעות הכלי הפרשני, היקף ההיתרים לענישה גופנית לעומת ההיתרים העולים מלשון המקרא כפשוטו.¹²⁰ דוגמה מובהקת לתהליך זה המובאת על ידי ראבילו היא דבריו של רב, אחד מגדולי חכמי התלמוד, האומר לרב שמואל בר שילת: "כשאתה מכה את הילד – תכהו בשרוך נעל".¹²¹

בנימין שמואלי, אשר ערך מחקר מקיף על גישת המשפט העברי בנושא הענישה הגופנית, מציג מגוון של גישות פרשניות לאורך הדורות להוראות ספר משלי בנושא הענישה הגופנית. הוא עומד על כך שהלכה למעשה המקורות הנזכרים תדיר מספר משלי, ובהם הפסוק "חושך שבטו שונא בנו", אינם מקורות נורמטיביים במשפט העברי, אלא מקורות של עצה והנחיה שאינם בבחינת ציווי מחייב.¹²² הקו הבולט לאורך הפעילות הפרשנית הענפה בסוגיה זו, העולה מסקירתו של שמואלי, הוא של בחינה מתמדת אגב התלבטות בשאלות ערכיות של סוגיית הענישה הגופנית, שתוצאתה תחימה בדרך פרשנית של סייגים ומגבלות על הענישה הגופנית. מקבץ סייגים ומגבלות אלה, שאליהם מגיעים פוסקי ההלכה בדרך פרשנית, הוא מעניין ביותר ומלמד על כוחה של הדרך הפרשנית. כך, סייגים לעניין עוצמת ההכאה ואיסור השימוש באביזרים לצורך ההכאה, סייגים לעניין גיל הילד, הוראה לעניין הצורך בהתאמת העונש לילד על פי אופיו, כללים לעניין סמיכות הענישה למעשה ואיסורים על הכאה מתוך כעס.

מבין הסייגים לענישה הגופנית הנבנים בהלכה היהודית בדרך פרשנית, מעניין לתת את הדעת במיוחד לסייג אחד אשר פיתוחו מתחבר להיעדר הקליטה של הרעיון שלפיו יש לעקור מן השורש את החטא הקדמון הטמון בילד, באשר הוא. כפי שמציין שמואלי, פוסקי הלכה מרכזיים סייגו את השימוש בענישה גופנית לילדים שאינם פעוטות.¹²³ ההיתר לשימוש בענישה גופנית הוגבל על ידי פוסקים אלו לגיל תחילת לימודיו של הילד בחדר, גיל אשר נע בין ארבע לשבע. הגבלת השימוש בענישה גופנית לילד "גדול" נבעה ממגוון סיבות, ובהן מן החשש לגרום נזק גופני ונפשי לילד קטן והיעדר תועלת בענישה גופנית בגיל קטן במיוחד, שכן ילד בגיל זה לא ידע לקשר בין מעשיו ובין ההכאה. לענייננו, מעניין במיוחד לעמוד על כך שאחד הנימוקים שהובאו בתמיכה לאיסור ענישה גופנית בפעוטות הוא כי בילד כה קטן אין כל רע, שהרי עדיין לא התקלקל. ההלכה מבטאת בעניין זה תפיסה בסיסית שונה מזו הרואה בילד מי שמלכתחילה צריך לתקנו ולהביאו אל דרך הישר.¹²⁴

¹²⁰ מרדכי א' ראבילו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" דיני ישראל ה' 85, 138 (התשל"ד); בבלי, בבא בתרא כא, ע"א.

¹²¹ בבלי, בבא בתרא כא, ע"א.

¹²² בנימין שמואלי "ענישה גופנית של ילדים בידי הוריהם על-פי המשפט העברי – גישות מסורתיות וזרמים מודרניים" פלילים י' 365 (2001); חנינה בן-מנחם "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין" שנתון המשפט העברי ח' 113 (התשמ"א).

¹²³ שמואלי, שם, בעמ' 391-400.

¹²⁴ שמואלי, שם, בעמ' 391-392, ובמיוחד הערה 86 והאסמכתאות המובאות בה. שמואלי מפנה בעניין זה לכמה מקורות הנוגעים לתפיסה של טבע האדם ביהדות. היו שלמדו מהפסוק "כי יצר לב האדם רע מנעוריו" (בראשית ח' 21), כי הילד נולד טוב מיסודו, אך גורמים סביבתיים וחברתיים "מקלקלים" אותו בהמשך חייו, בנעוריו. ראו: למשל, אונקלוס וחזקוני, שם. לפירושים אחרים, ואולי מקובלים יותר, ראו רש"י, אור החיים, אבן עזרא, אברבנאל ורמב"ן, על אתר.

שמואלי מסכם את בחינת המשפט העברי בקביעה כי מעיקר הדין העברי, הענישה הגופנית אומנם מותרת, אך ההיתר להשתמש בה הוגבל באופן ניכר וסווג בדרכים פרשניות.¹²⁵

3. ביטויים להשפעה של המסורת הדתית היהודית על המשפט הישראלי

בחינה של המשפט הישראלי מעלה כי המסורת היהודית הדתית משחקת תפקיד מרכזי בסוגיית ענישה גופנית של ילדים, עוד לפני התפתחותו בעשור האחרון ואף לפני חקיקת חוק יסודות המשפט ב-1980. בסוגיה זו ניתן למצוא במשפט הישראלי המוקדם, כלומר עד לשנות השמונים, נוכחות של תפיסות דתיות יהודיות במשפט. נוכח זאת, מבט השוואתי לעבר המשפט האמריקאי והישראלי יש בו כדי לחדד גם את ההבחנות שעמדנו עליהן בנוגע להשפעת המסורת הדתית במשפט האמריקאי. בפסק הדין המרכזי של התקופה המוקדמת, בעניין **ראסי**, אשר ניתן שנים רבות לפני שניתן למורשת ישראל מעמד רשמי בדין הישראלי, פונה השופט הדתי שמחה אסף אל מקורות הלכתיים ופרשניים בנושא הענישה הגופנית. כאמור, כאשר השופט אסף, אשר מונה להרכב הראשון של בית המשפט העליון מתוך רצון ליתן ביטוי למסורת היהודית, מבקש להציג את גישת היהדות לסוגיה, הוא פותח את דבריו בפנייה לפסוק מספר משלי "חֹשֶׁךְ שֶׁבֶטוּ שׁוֹנֵא בְנוֹ וְאֶהְבֹּ שְׁחָרוּ מוֹסֵר"¹²⁶ ולשני פסוקים נוספים מספר זה: "יִסֵּר בְּנֶדְוּ וְיִנְחָדוּ וְיִתְּנוּ מַעֲדָנִים לְנַפְשָׁם"¹²⁷ ו"אֵינְתָּן קְשׁוּרָה בְּלֵב נֶעֶר שֶׁבֶט מוֹסֵר יְרַחֵקָה מִמְּנוֹ"¹²⁸. ברם, לאחר הצגת גישה מוקדמת זו של המקרא מבקש השופט אסף, אגב הסתמכות על מקורות פרשניים מאוחרים יותר, להציג את הגישה שהתפתחה לאורך הדורות ואשר עולה ממנה מאמץ ניכר לצמצם את היקף ההיתר לענישה גופנית.

עיון בפסק הדין מחדד את ההבדלים היסודיים שבין השפעת המסורת היהודית על הפסיקה הישראלית לבין השפעתה של המסורת הנוצרית על הפסיקה האמריקאית שהוצגה לעיל. כך, אף על פי שדיונו של השופט אסף פותח בעמדת המסורת היהודית בספר משלי, הרי שעיקר הדיון הוא בהצגת גישות פרשניות מאוחרות ממתנות לפשט הפסוק. כבר בפסק דין מוקדם זה ניתן לזהות כי בית המשפט נמנע מלפנות אל הפסוק "אֶתְּהָ בְּשֶׁבֶט תִּכְנֹנוּ וְנַפְשׁוֹ מִשְׂאוֹל תִּצְלִיל"¹²⁹ מספר משלי, אשר כאמור מופיע, בתרגומו האנגלי, בכל פסקי הדין שבהם פנו בתי המשפט במשפט האמריקאי המוקדם לספר משלי כמקור סמכות להיתר לענישה גופנית. כאמור, פסוק זה בתרגומו לאנגלית "Thou shalt beat him with the rod and shall deliver his soul from hell"¹³⁰, חוזר באופן קבוע בכתיבה הפרוטסטנטית כביטוי לתפיסה הדתית הקושרת בין ענישה גופנית והצלת נפשות הילדים מהגיהנום. בישראל, לאורך כל הפסיקה, עוד מאז פסק הדין בעניין **ראסי**, ולמרות הפניות הרבות למקורות המשפט העברי בפסיקה הישראלית, אין כמעט התייחסות לפסוק זה.¹³¹ לדעתי, הבדל דק זה, אשר לכאורה רק מצביע על שוני מינורי בפניית בתי

¹²⁵ לסקירת המשפט העברי ראו גם אביעד הכהן "ביד חזקה ובורוע נטויה ובמורא גדול!" – אלימות כלפי ילדים במשפט העברי ובמדינה יהודית ודמוקרטית - נספח לדו"ח וועדת רוטלוי" בתוך משרד המשפטים **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: חלק כללי** 5 (נכתב על ידי תמר פלד-אמיר, 2003) (להלן: "ביד חזקה").

¹²⁶ לעיל ה"ש 22.

¹²⁷ לעיל ה"ש 23.

¹²⁸ לעיל ה"ש 24.

¹²⁹ לעיל ה"ש 67.

¹³⁰ לעיל ה"ש 66.

¹³¹ כפי שיפורט בהמשך הדברים, הפעם הראשונה, ולאמיתו של דבר היחידה, שבה מאוזכר פסוק זה היא בפסקי הדין של נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, השופט ד"ר רון שפירא, אשר ניתנו לאחר קביעת ההלכה על ידי בית המשפט העליון, האוסרת ענישה גופנית. הנשיא שפירא אומנם אזכר את הפסוק, אך ציין שגם אותו ניתן ואף ראוי לפרש ככזה שאינו מתיר ענישה גופנית של ילדים. לפירוט ראו להלן ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**. והטקסט הנלווה.

המשפט בישראל ובארצות הברית לפסוקים מספר משלי, פותח צוהר לשוני עמוק ויסודי העומד בבסיס תפיסות העולם של שתי שיטות המשפט, האמריקאית והישראלית, בעניין ענישה גופנית של ילדים. כאמור, בהשפעת זרמים נוצריים פרוטסטנטיים חלחלה למשפט האמריקאי המוקדם התפיסה שהענישה הגופנית הינה חינוכית ונועדה להציל את נפשו של הילד מהגיהנום, ולפיכך יש לה חשיבות דתית בפני עצמה. לעומת זאת, תפיסת העולם היהודית אינה רואה בענישה גופנית אמצעי להצלת נפש הילד מן הגיהנום, ולפיכך אינה תופסת את עצם הענישה הגופנית כחובה או כמצווה דתית בפני עצמה, אלא רואה בה מכשיר חינוכי לכל היותר ונוטה לצמצמה ככל האפשר. לאור הדברים הללו, מובן מדוע אימצה הפסיקה האמריקאית אל חיקה את הפסוק "אתה בשוט תכהו ונפשו משאול [מגיהנום] תציל", אשר מבטא בנחרצות את החשיבות הדתית הטמונה בענישה גופנית. מנגד, גם מובן מדוע הפסיקה הישראלית, שבה ניכרות עקבות השפעתה של המסורת היהודית-דתית, מרבה לצטט את הפסוק "חושך שבטו שונא בנו", המוזכר פעמים רבות בספרות הרבנית, ומבכרת אותו על הפסוק "אתה בשוט תכהו ונפשו משאול תציל", שכן אין בו חיבור בין ענישה גופנית ובין הצלת נפשו של הילד מגיהנום, רעיון שבמהותו זר למסורת היהודית.

באשר ללשון שנוקטים בתי המשפט הישראליים בהתייחסותם לטבע הילד ולמטרות הענישה הגופנית, כמעט לא ניתן למצוא בפסיקה הישראלית ביטויים נוקשים הדומים לאלו המופיעים בפסיקה האמריקאית המוקדמת, ואשר יש בהם משום ביטוי לתפיסה הרואה בענישה הגופנית כלי להשתלטות הכרחית על מרדנותם ועקשנותם הטבעית של ילדים.¹³² נראה שניתן להסביר זאת ראשית כול בכך שפסיקה זו נתנה בתקופה מאוחרת, שבה חל כאמור גם בארצות הברית שינוי בשפה שנוקטים בתי המשפט. ייתכן שבשוני זה יש ביטוי נוסף לכך שתפיסות אלו, קרי ראיית הענישה הגופנית ככלי לדיכוי המרדנות הטבעית אצל ילדים, זרות ליהדות.¹³³

חריג בולט בפסיקה הישראלית להימנעות משימוש בשפה הנוקשה המופיעה בפסיקה האמריקאית הוא התבטאותו של השופט חשין בפסק הדין בעניין **ראסי**, שבה הוא מבקש לסכם את הפסיקה האנגלית. כאמור, כאשר הוא מבקש להבהיר את החובה להימנע מענישה גופנית שאינה מתונה ושאינה למטרות חינוכיות הוא מציין כי על פי הפסיקה האנגלית על הורים ומחנכים "לנהוג זהירות יתירה, ובבואם להעניש לא יטילו אלא עונשים מתונים ומתקבלים על הדעת, כדי לעקור את הרע מנפשו של הילד, ולא לשם סיפוק תאוות נקם".¹³⁴

התבטאות זו של השופט חשין, בדבר ענישה גופנית שמטרתה "לעקור את הרע מנפשו של הילד", שבה וזוכה להתייחסות עם פתיחת הדיון הציבורי בתחילת שנות התשעים בשאלת ההיתר לענישה גופנית. ד"ר יצחק קדמן, מנכ"ל המועצה לשלום הילד, בביקורתו על פסק הדין בעניין **ראסי**, מצביע על התחושה הצורמת שיש בשימוש בלשון זו, הלקוחה מן המשפט האנגלי: "ההנחה [...] כי יש לעקור את הרוע מנפשו של הילד" היא הנחה נוצרית מובהקת שאין לה כל בסיס ואחיזה ביהדות".¹³⁵ בלב ההליך של שינוי המצב המשפטי בנוגע לענישה גופנית עומד דיון פרשני דתי באשר לפרשנותו של אותו פסוק, המסמל בתרבות הישראלית את ההיתר הדתי לכאורה לענישה גופנית, "חושך שבטו שונא בנו ואוהבו שחרו מוסר".

¹³² לדיון בלשון הפסיקה האמריקאית ראו לעיל ה"ש 81-91 והטקסט הסמוך אליהן.

¹³³ לעיל ה"ש 89-90 והטקסט בסמוך אליהן.

¹³⁴ עניין **ראסי**, לעיל ה"ש 19, בעמ' 795.

¹³⁵ קדמן, לעיל ה"ש 28.

מתחילת שנות התשעים נכנסת אל השיח הציבורי הכללי והחוף-דתי הגישה שלפיה הפרשנות הנכונה לעידן המודרני של הפסוק "חושך שבטו שונא בנו" היא זו הקוראת דווקא להימנע מענישה גופנית כלפי ילדים. תחילתו של השינוי בוויכוח הציבורי המתפתח בעקבות פסק דינו של השופט סטרשנוב מבית המשפט המחוזי בתל אביב משנת 1992, אשר שב ואישר את הלכת **ראסי**. בפסק דין זה שב השופט סטרשנוב והפנה לפסוק זה כמקור סמכות להיתרים לשימוש בענישה גופנית:

דומה, כי השימוש במידת כח סבירה וקלה, כתגובה עונשית הולמת וראויה, וזאת במקרים המתאימים ויוצאי הדופן, הינו אחד האמצעים החינוכיים שהורה רשאי גם רשאי לנהוג בו כלפי ילדו. ככתוב בתורת משה "חושך שבטו שונא בנו - ואוהבו שחרו מוסר".¹³⁶

במאמר שפרסם פרופ' נחום רקובר, אז המשנה ליועץ המשפטי לממשלה לענייני משפט עברי, אדם דתי שנחשב לאחד מבני-הסמכא המרכזיים בתחום המשפט העברי, הוא שיבח את השופט סטרשנוב על פסיקתו ועל פנייתו למשפט העברי וחיזק אותה במקורות נוספים מן המשפט העברי.¹³⁷ בתגובה פרסם ד"ר יצחק קדמן, מנכ"ל המועצה לשלום הילד באותה עת, אף הוא אדם דתי, כתבה התוקפת בעוצמה את פסק הדין של השופט סטרשנוב,¹³⁸ והציגו כפסק דין המגלה השקפת עולם חשוכה, המסרבת להכיר בכך שילדים הם בני אדם לכל דבר. קדמן תוקף חריפות את ההסתמכות על המשפט העברי שבפסק הדין ואת התמיכה שמעניק לה פרופסור רקובר. קדמן טען, אגב הצגת מקורות נוספים, כי מבחינת מכלול המשפט העברי יש להגיע למסקנה הפוכה דווקא, שלפיה הענישה הגופנית אסורה. בדבריו מתמקד קדמן באותו הפסוק, "חושך שבטו שונא בנו", המזוהה כאמור במשפט ובתרבות הישראלית, יותר מכל מקור אחר במשפט העברי, עם ההיתר לענישה גופנית. לדבריו, המבססים את ההיתר לענישה גופנית על פסוק זה טועים טעות חמורה בהתעלמם מחלקו השני של הפסוק - "ואוהבו שחרו מוסר", אשר אמור ללמד על משמעות חלקו הראשון. לטענתו, מחלקו השני של הפסוק ניתן ללמוד שהפסוק לא בא להמליץ על ענישה גופנית, אלא על הלקאה מוסרית בשבט הלשון בלבד. תקיפת מאמרו של רקובר על ידי קדמן מקבלת ממד מעניין נוסף בטענתו שרקובר מבטא עמדה המבוססת למעשה על תפיסת עולם נוצרית בדבר הרוע הטמון בנפשו של הילד, תפיסה המנוגדת לתפיסת היהדות. וכך אומר קדמן: "ההנחה [...] כי יש לעקור את הרוע מנפשו של הילד' היא הנחה נוצרית מובהקת שאין לה כל בסיס ואחיזה ביהדות".¹³⁹

אחד מנושאי הדגל של גישה פרשנית זו הוא הרב יצחק לוי, חבר כנסת לשעבר מטעם המפד"ל, אשר נותן ביטוי לדעותיו לא רק במסגרת דיונים של אנשי דת אלא במסגרת הדיון הציבורי-פוליטי הכללי.¹⁴⁰ בתקופת היותו שר החינוך והתרבות פרסם הרב לוי מאמר בשם "יהדות והכאת ילדים", שבו הציג עמדה פרשנית שעל פיה היהדות אינה ממליצה לנקוט ענישה גופנית:

במבנה הפסוק "חושך שבטו שונא בנו – ואוהבו שחרו מוסר" טמונה חכמה; בתחילתו מדבר הפסוק על מי ששונא את בנו ובחלקו השני מדבר על מי שאוהב את בנו: "ואוהבו שיחרו מוסר". כלומר, המעלה הגבוהה יותר היא "האוהב" ולא "השונא". והאוהב מה הוא עושה? הוא [...] יודע להקדים את

¹³⁶ עניין **אסולין**, לעיל הי"ש 28, בעמ' 437.

¹³⁷ נחום רקובר "חינוך ילדים ואמצעי ענישה" **עו"ד מידע** 23, 43 (1992).

¹³⁸ קדמן, לעיל הי"ש 28.

¹³⁹ במאמרו כותב רקובר את הדברים הבאים: "[...] עצם ההכאה יכולה להיות אמצעי מחנך ומועיל [...] צריך שיהיה בה כדי לתרום לעקירת הרע מנפש הילד" (רקובר, לעיל הי"ש 137). במאמרו מציין קדמן כי ביטוי דומה הופיע בפסק הדין בעניין **ראסי** וכי אף שם באה לידי ביטוי תפיסה המבוססת על עמדת הנצרות.

¹⁴⁰ הרב לוי מייצג בדבריו במידה רבה זרם פרשני רחב הרבה יותר אותו מכנה שמואלי ה"זרם המודרני", אשר תחילתו עוד במאה השמונה עשרה. זרם זה נקט עמדות פרשניות מצמצמות בנוגע להיקף ההיתר לענישה גופנית. ראו: שמואלי, לעיל הי"ש 122, בעמ' 420-422 וכן ביתר פירוט בעמ' 420-440.

הדברים כך, שהוא לא צריך להגיע להפעלת השבט [...] דרך חינוכית זו נמצאת במעלה גבוהה יותר, בה מתבטאת האהבה לילד. למעשה, פרשנות הפסוק הפוכה מהמשמעות שנוהגים לייחס לו.¹⁴¹

הטכניקה הפרשנית שהרב לוי נוקט היא ביטוי לאותה טכניקה פרשנית אופיינית ליהדות לאורך הדורות שנדונה לעיל, כזו המבקשת להתאים את פרשנות הטקסט לערכים ומציאות משתנים. פרשנות זו של הרב לוי ושל פוסקים נוספים צועדת בשנות התשעים צעד פרשני נוסף מעבר לזה שאליו מגיע השופט אסף בהלכת **ראסי**. בעוד השופט אסף קורא לפרשנות המתירה ענישה גופנית בסייגים אשר גם הם מתרחקים מרחק רב מלשון ספר משלי כפשוטה, הרי שלאור פרשנות מאוחרת זו ניתן לטעון כי אין כל ניגוד בין איסור על ענישה גופנית ובין היהדות.

קו פרשני ליברלי זה הוא נדבך חשוב, ולדעתי הכרחי, בשינוי המצב המשפטי בישראל בכל הנוגע לענישה גופנית. מקום מרכזי במסגרת תהליך זה יש לחוק יסודות המשפט, אשר התקבל בכנסת בשנת 1980 וביטל את הוראת סעיף 46 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, שקבע כי במקרה של לקונה יש לפנות אל המשפט האנגלי. על פי נוסח החוק דאז, יש לפנות במקום זאת אל "עקרונות החירות הצדק והשלום של מורשת ישראל" כמקור משלים.¹⁴²

התייחסות ראשונה להשלכות ההתנתקות מן המשפט האנגלי והחלפתו במורשת ישראל כמקור משלים, ניתן למצוא בפסק דינו של השופטת פלפל מבית המשפט המחוזי בבאר שבע.¹⁴³ בפסק דין זה נקבע לראשונה כי אין להכיר עוד בהגנה בגין שימוש בענישה גופנית על ידי הורה. השופטת פלפל ביססה את פסק דינה על כמה אדנים אשר חייבו להערכתה את ביטולה של הלכת **ראסי**: חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התנתקות המשפט הישראלי מהמשפט האנגלי כמקור משלים והחלפתו במורשת ישראל.¹⁴⁴ ניתוח מפורט הרבה יותר של השלכות חקיקתו של חוק יסודות המשפט על הדיון בשאלת סמכותו של הורה לנקוט ענישה גופנית ניתן למצוא בפסקי דינה של השופטת רוטלוי מבית המשפט המחוזי בתל אביב מאותה תקופה. פסקי דין אלה הינם בעלי חשיבות מיוחדת לאור העובדה שהחלטת בית המשפט העליון בפרשת **פלונית** התקבלה בערעור על אחד מהם.¹⁴⁵ השופטת רוטלוי מתמודדת עם טיעון אפשרי, שעל פיו גם לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט יישמעו קולות המצדדים בענישה גופנית ואשר יבססו את טענתם על הפנייה אל המשפט העברי. פנייה זו תיעשה, בין היתר, בהסתמך על הטיעון שיש לראות בפסוק "חושך שבטו שונא בנו"¹⁴⁶ לגיטימציה לשימוש

¹⁴¹ יצחק לוי "יהדות והכאת ילדים" **זכויות הילד בישראל: קובץ מאמרים ומקורות** 97 (יצחק קדמן וגליה אפרת עורכים 1998).

¹⁴² כאמור, לעיל ה"ש 43, לאחרונה תוקן החוק ו"המשפט העברי" נוסף בו כמקור השראה לשופט. נוסח החוק הנוכחי:

1. **מקורות משפט משלימים**

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היוסר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל.

2. **ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו ושמירת דינים**

(א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922-1947 – בטל.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה.

¹⁴³ לעיל ה"ש 32.

¹⁴⁴ השופטת פלפל אינה דנה בפירוט במקורות המשפט העברי ומסתפקת באמירה כללית שעל פיה אין מורשת ישראל מחייבת הכרה בסמכות ההורה לנקוט ענישה גופנית. עניין י.ח., לעיל ה"ש 32. בעניין הצורך בחשיבה מחודשת בנוגע לענישה גופנית לאור חוק היסוד ראו: חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** ספר היובל 9 (1993).

¹⁴⁵ עניין 511/95 **פלונית** ועניין 64/96 **פלוני**, לעיל ה"ש 33.

¹⁴⁶ משלי כג 14.

במכות. לטיעון זה היא משיבה בשתי רמות: **ראשית**, לטענתה פירוש זה של הפסוק מנוגד לפרשנות הראויה, המבטאת דווקא הסתייגות משימוש בענישה גופנית. תמיכה לעמדה זו היא מוצאת בסקירה מקיפה של מקורות הלכתיים אשר עסקו בפרשנות סעיף זה בפרט ובסוגיית הענישה הגופנית במשפט העברי בכלל. וכך היא קובעת לעניין זה: "המלה 'שבטו' שבפסוק אין משמעה 'מקל' – כפי שניסו אחדים לטעון – אלא פירושה 'מוסר' או 'תוכחה'. ראייה לדבר, מהסיפא של הפסוק האומר 'ואוהבו – שיחרו מוסר', כלומר ההורה שאוהב את בנו מקדים לחנך את בנו בדברי מוסר ותוכחה עוד משחר ילדותו, ומכאן ההוכחה שהרישא של הפסוק, עניינה ההורה שמנע מבנו דברי מוסר ולא ההורה שחשך מבנו מכות".¹⁴⁷ **שנית**, לדבריה, גם אם ניתן למצוא תימוכין לשימוש בענישה גופנית כלפי ילדים במקורות מסוימים במשפט העברי, הרי ששילובה של ההלכה כמקור משפט משלים אמור להיעשות "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", כלשון סעיף 1 לחוק יסודות המשפט דאז. מכאן שלא ההלכה עצמה היא המקור המשפטי הנורמטיבי, אלא העקרונות המוסריים, העומדים בבסיס תפיסת עולמה. התכלית שלובת הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית באה להבטיח שעקרונות ההלכה ישולבו בדין ובפסיקה כל עוד מתאימים הם לאופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ובכפוף לערכיה, ובכלל זה ערך היסוד של כבוד האדם.¹⁴⁸

התייחסות מקיפה לשאלת פרשנותו של המשפט העברי בנושא ענישה גופנית ניתן למצוא אף בפסק דין מקיף אשר ניתן על ידי אהרון מלמד, נשיא בתי המשפט לנוער באותה עת ואדם דתי בעצמו. פסק דינו של השופט מלמד ניתן בסמוך למתן פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת **פלונית**, ועל רקע הצעות החוק אשר הועלו בכנסת באותה עת לעיגון זכותם של הורים לענישה גופנית.¹⁴⁹ בפסק הדין העקרוני, שאותו ביקש להעביר לידיעתו של נשיא בית המשפט העליון, בחן השופט מלמד את שאלת הדין הראוי בנושא ענישה גופנית של ילדים. עיקר פסק הדין הוקדש לשאלת הפרשנות הראויה של המשפט העברי בכלל ושל הפסוק "חושך שבטו שונא בנו" בפרט. בהתבסס על דיון זה ועל ניתוח הידע הפסיכולוגי הקיים בדבר נזקיה של הענישה הגופנית קובע השופט מלמד כי יש להתנגד נחרצות לחקיקה הבאה להתיר שימוש בענישה גופנית כלפי ילדים.¹⁵⁰

מאז מתן פסק הדין של בית המשפט העליון בשנת 2000, אשר אסר על ענישה גופנית באופן גורף, וכן מאז ביטול ההגנות בפקודת הנזיקין, אנו מוצאים פנייה חוזרת ונשנית בפסיקה הישראלית לפרשנות המשפט העברי כמקור סמכות מרכזי לאיסור על ענישה גופנית בפסיקה הישראלית.¹⁵¹ ממכלול פסיקה זו עולה אמירה ברורה שעל פיה ביטול ההיתרים לענישה גופנית על ידי בית המשפט העליון בהלכת **פלונית** אינו עומד בניגוד לעמדת המשפט העברי.

¹⁴⁷ עניין 511/95 **פלונית**, לעיל הי"ש 33, פס' 47 לפסק דינה של השופטת רוטלוי.

¹⁴⁸ שם, פס' 55 לפסק דינה של השופטת רוטלוי.

¹⁴⁹ למעשה הוגשו שלוש הצעות חוק פרטיות של ח"כ רביץ, גפני וריבלין. ח"כ גפני וריבלין משכו את הצעותיהם והתקיים דיון רק בנוגע להצעת החוק של ח"כ רביץ. הצעת חוק של חבר הכנסת ראובן ריבלין: הצעת חוק העונשין (תיקון) – הגנה מפני אחריות פלילית בגין הפעלת כוח מתון כנגד קטיף לתכלית חינוכית), התש"ס-2000, פ/1487/15; הצעת חוק של חבר הכנסת אברהם רביץ: הצעת חוק חושך שבטו שונא בנו (התרת ענישה חינוכית), התש"ס-2000, פ/1468/15. לדיון בכנסת בהצעת החוק של ח"כ רביץ ראו: פרוטוקול ישיבה 134 של הכנסת ה-15, 66-71 (19.7.2000).

¹⁵⁰ נער (חי') 1107/99 **מדינת ישראל נ' פלוני** (לא פורסם).

¹⁵¹ ראו: ת"פ (שלום פ"ת) 3993/05 **מדינת ישראל נ' שאלתיאל** (פורסם בנבו, 29.1.2007); ת"פ (שלום פ"ת) 3023/05 **מדינת ישראל נ' סולוביוב** (פורסם בנבו, 14.11.2006); ת"פ (שלום ב"ש) 7299/01 **מדינת ישראל נ' פחימה** (פורסם בנבו, 15.4.2007); ת"פ (שלום י-ם) 3716/05 **מדינת ישראל נ' ורטהיימר** (פורסם בנבו, 20.8.2006).

פסק דין בולט במיוחד לעניין זה הוא זה של השופט נועם סולברג בעניין **פלונית**.¹⁵² פסק הדין עוסק במקרה של אישה מהמגזר החרדי שנהגה באלימות פיזית קיצונית כלפי ילדיה, אשר הובילה גם לחבלות קשות. אחת מטענות ההגנה שהועלתה במקרה זה הייתה שההלכה היהודית מעודדת הכאת ילדים לשם חינוכם. בפסק דינו סוקר השופט סולברג בהרחבה את מגוון הדעות בהלכה היהודית ומציין כי קיימות בהלכה דעות מגוונות לעניין זה. השופט סולברג מזהה מגמה שבמסגרתה נעה ההלכה היהודית מתמיכה בהכאת ילדים לשם חינוך להסתייגות מנוהג זה ואף לאיסורו.¹⁵³ לדידו, עצם ההיתר להכות לשם חינוך הוא תולדה של מוסכמות חברתיות ונורמות סביבתיות שהיו אופייניות לעת העתיקה ולימי הביניים. מוסכמות חברתיות אלה השתנו, וגם ההלכה היהודית הושפעה מהתפתחות זו.¹⁵⁴ מסקנתו של השופט סולברג הייתה שהכאה כשיטת חינוך אינה יעד בפני עצמו אלא אמצעי בלבד, ולכן אין כל מניעה לוותר על אמצעי זה אם אינו תואם את הנורמות העכשוויות, ולפיכך אין כל היתר להכאה כאמצעי חינוכי.¹⁵⁵

פסק דין מקיף נוסף אשר נתן בתקופה זו הוא זה של השופט חנוך פדר מבית משפט השלום בכפר סבא בעניין **הר נוי**.¹⁵⁶ פסק הדין עסק במקרה של אדם שהיכה את בנה של אשתו ואת אשתו, וטען להגנתו שעשה זאת למען מטרות חינוכיות, שכן הכאה המותרת לפי המסורת היהודית. בפסק דינו, השופט פותח בהתייחסות קצרה לנעשה באנגליה ובארצות הברית בסוגיית הענישה הגופנית, שם נותרו על כנם ההיתרים לענישה גופנית,¹⁵⁷ אך את חלק הארי של דיונו הוא מקדיש לעמדת המשפט העברי בעניין, אגב פריסת יריעה רחבה של התפתחויות ההלכה בימים עברו ובזמננו אנו. השופט פדר מדגיש כי המשפט העברי צמצם את מתן ההיתר לענישה גופנית, בפרט זה הנוגע למחנכים, והשית עליו סייגים רבים, זאת במטרה לבטא איזון בין ענישה גופנית כאמצעי יעיל לחינוכו של הילד מחד גיסא, לבין זכויותיו וכבודו והחשש מן הנזק האפשרי שייגרם לו מאידך גיסא.¹⁵⁸ בהסתמכו על מקורות אלו השופט פדר דוחה את טענת ההגנה וקובע כי העמדות המודרניות בהלכה קרובות מאוד לעמדת המשפט הישראלי כפי שבוטאה בהלכת **פלונית**. הוא גם מקדיש דיון נרחב לאופייה של ההלכה כמרובת דעות, בפרט בסוגיה האמורה, וגורס כי על המשפט הישראלי לדבוק בעמדה התואמת את ההתפתחות החברתית-תרבותית בסוגיה והולמת יותר את המציאות העכשווית.¹⁵⁹

כאמור לעיל, הפסיקה הישראלית כמעט אינה פונה לפסוק "אתה בשבט תכנו ונפשו משאול תציל", שהינו סמל להיתר לשימוש בענישה גופנית בכתיבה הפרוטסטנטית, ומבכרת על פניו פנייה לפסוק "חושך שבטו שונא בנו". עם זאת, ניתן למצוא כמה פסקי דין שיש בהם התייחסות מעניינת לפסוק זה, הרווח כל כך בפסיקה האמריקאית. התייחסות משמעותית ראשונה לפסוק¹⁶⁰ מצויה בפסק דינו של השופט עודד מודריק מבית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו.¹⁶¹ השופט מודריק מביא את הפסוק כסמל לגישה החינוכית התומכת בענישה גופנית ואשר יש לדחותה ולעוקרה מהשורש, שכן היא מיושנת, מזיקה ולא רלוונטית לימינו:

¹⁵² ת"פ (מחוזי י-ם) 2122/06 **מדינת ישראל נ' פלונית** (פורסם בנבו, 23.1.2007).
¹⁵³ שם, פסי' 19-16 לפסק דינו של השופט סולברג.
¹⁵⁴ שם, פסי' 22-20 לפסק הדין.
¹⁵⁵ שם, פסי' 23 לפסק הדין.
¹⁵⁶ ת"פ (שלום כ"ס) 1801/04 **מדינת ישראל נ' הר נוי** (פורסם בנבו, 27.6.2005).
¹⁵⁷ שם, בעמ' 7 לפסק הדין. ראו גם התייחסותה של השופטת ביניש בהלכת **פלונית**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 173-177.
¹⁵⁸ עניין **הר נוי**, לעיל ה"ש 156, בעמ' 28-29 לפסק הדין.
¹⁵⁹ ראו בהרחבה את דיונו על המשפט העברי, שם, בעמ' 27-64 לפסק הדין.
¹⁶⁰ מבדיקה שערכתי, פסק הדין הראשון המאזכר את הפסוק הוא ת"פ (שלום נצי') 1138/96 **מדינת ישראל נ' פלונית** (פורסם בנבו, 12.12.1996), של השופט נחמיהאס. אומנם הפסוק מאוזכר שם, בעמ' 3, אך אין בו דיון כלל מעבר לאזכורו.
¹⁶¹ ת"פ (מחוזי ת"א-יפו) 40157/99 **מדינת ישראל נ' פלונית** (פורסם בנבו, 9.1.2000).

אכן, לעת הזאת ברי ששוב אין תוחלת לרעיונות מעין: "אל תמנע מנער מוסר, כי תכנו בשבט לא ימות; אתה בשבט תכנו ונפשו משאול תציל" (משלי כג-13). גם בגדי השחור של אברכים או חסידי דת דווקניים אינם יכולים לכסות על פירכתה של "דידקטיקה" חינוכית כזאת. הא ראייה שהנאשם עצמו שמע מפי רבו את גנותה הרבה של שיטת הכאת בנו במקל חובלים.¹⁶²

התייחסות קצרה לפסוק "אתה בשבט תכהו ונפשו משאול תציל" מופיעה גם בשני פסקי דין של השופט שפירא אשר ניתנו בסמוך לאחר פסיקת הלכת פלונית, ואשר בהם פסק השופט שפירא, בהתאם להלכה זו, על איסור שימוש בענישה גופנית.¹⁶³ כחלק מהדיון בגישת המשפט העברי לענישה גופנית של ילדים הוא מתייחס לפסוק האמור ואינו מתעלם מכך שניתן לראות בו תמיכה בענישה גופנית לשם חינוך, אך גורס כי ניתן וראוי לפרשו על דרך הצמצום:

האמור במשלי [...] "**אתה בשבט תוכנו ונפשו משאול תציל**", זכה לפירושים שונים. יש אשר פירשו את הביטוי כלגיטימציה לענישה גופנית. ואולם, יש המפרשים את הפסוק כהוראה לקבוע לילד גבולות של התנהגות ולהטיל עליו מרות באופן בו ידע להבדיל בין מותר ואסור. ניתן לראות את ה"שבט" כשבט מוסר, במונח זה שעל ההורה להבהיר לילד כי קיימים גבולות של התנהגות מותרת, ואולם זאת לאו דווקא באלימות אלא תוך שימוש במרות מוסרית.¹⁶⁴

ביטוי נוסף לעיסוק הנרחב בתקופה זו בשאלת גישת המשפט העברי בנושא ענישה גופנית של ילדים ניתן למצוא גם בכמה מאמרים אקדמיים העוסקים בגישת המשפט העברי. בדומה לפסיקה, הטיעון המרכזי העולה מהכתיבה האקדמית הוא שעמדת בית המשפט העליון בנושא זה יכולה לעמוד בקנה אחד עם גישת המשפט העברי.¹⁶⁵ כך, במאמרים שפרסם, לבדו או יחד עם כותבים נוספים, הדגיש ד"ר יצחק קדמן כי אין כל היתר הלכתי-מעשי לשימוש בענישה גופנית בימינו, ואף קיים איסור על ענישה שכזו.¹⁶⁶ אמירתו זו באה בהתבסס על עיון מעמיק במקורותיהם של המסורת היהודית והמשפט העברי. למסקנה זו, שלפיה היהדות אינה ממליצה על הכאה כשיטת חינוך ויש לראות ענישה גופנית כאסורה בתקופתנו לפי ההלכה, הגיעו גם הרב יצחק לוי, אביעד הכהן, יחיאל קפלן ורון שפירא במאמרים מקיפים שפרסמו בתקופה זו ועסקו בעמדת המשפט העברי.¹⁶⁷ ביטוי לעיסוק הרב בשאלת המשפט העברי בתקופה זו ניתן

¹⁶² שם, בעמ' 2 לפסק הדין.

¹⁶³ ת"פ (מחוזי חי') 368/02 **מדינת ישראל נ' א. ג.** (21.7.2004); ת"פ (מחוזי חי') 117/01 **מדינת ישראל נ' וייספלד** (פורסם בנבו, 27.8.2004). פסק הדין השני ניתן בהרכב של שלושה שופטים, ולצד השופט שפירא ישבו במושב השופט גיבוראן (אב"ד) והשופט גריג'ורה. ראו גם מאמרו הקצר: רון שפירא "ילדים בסיכון – ענישה, התעללות נפשית וגופנית והגבול שבניהם" **הסיניור** (2006): skira.sitec.co.il/skiramishpatit_imported_files/imported_maamarim_files/maamar111.pdf.

¹⁶⁴ עניין א. ג., שם, בעמ' 22. ראו בדומה, בעניין **וייספלד**, שם, בעמ' 14-15. בעניין זה מוסיף הרכב השופטים ומציין כי: "מכל האמור לעיל עולה כי ניתן לפרש את הביטויים של "שבט" ו"ייסורים", המוזכרים במקורות ההלכה, לאו דווקא כהיתר לענישה גופנית, אלא כהפניה לשימוש בשבט המוסר, דהיינו, הטלת מרות מוסרית על ילדים תוך קביעת גבולות של מותר ואסור (שם, בעמ' 15).

¹⁶⁵ ראו שמואל, לעיל ה"ש 122; קפלן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 472-485; נחמיאס, לעיל ה"ש 17, בעמ' 240-241; הכהן, "ביד

חזקה" לעיל ה"ש 125; Ron Shapira, *Disciplinary Measures against Minors as Justification in Criminal Law*, 125; 163-164 (1996) 30 Isr. L. Rev.

¹⁶⁶ יצחק קדמן "מניעת ענישה גופנית של ילדים – האתגר של זכויות הילד: מה באמת אומרת גישת המשפט העברי והמסורת היהודית" **עבודה חינוכית-סוציאלית בישראל** 186 (חזקה (חזו) אהרוני עורך 2011) (להלן: קדמן, "מניעת ענישה גופנית של ילדים"); בוואר וקדמן, לעיל ה"ש 17, בעיקר בעמ' 690-698.

¹⁶⁷ ראו יצחק לוי "יהדות והכאת ילדים (תגובה)" **תחומין** יז 157 (התשנ"ז); לוי "יהדות והכאת ילדים", לעיל ה"ש 141 (שמות המאמרים זהים אך תוכנם שונה); הכהן, "ביד חזקה", לעיל ה"ש 125; אביעד הכהן "חושך שבטו שונא בנו? על איסור האלימות בחינוך" **פרשת השבוע** 167 (פרשת בהעלתך התשס"ד).

למצוא גם בפרסומם של מספר ניכר של מאמרים בכתבי עת תורניים, שעסקו בבחינת עמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו.¹⁶⁸

עם זאת, לצד כתיבה האקדמית הרחבה הזו, אשר ביטאה תמיכה רחבה בהלכת **פלונית** אגב עיגונה בפרשנות ליברלית של המשפט הפלילי, מתפרסמים בתקופה שלאחר מתן פסק הדין שני פרסומים מרכזיים המסתייגים בצורה נחרצת מהלכה זו. האחד הוא ספרו של אמנון סטרשנוב, שופט בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו.¹⁶⁹ בהמשך לפסיקתו בעניין **אסולין**,¹⁷⁰ סטרשנוב סוקר בהרחבה את המצב המשפטי באנגליה, בארצות הברית ובמדינות נוספות שבהן לא בוטלו הגנות כאמור, וכן את העמדות של המשפט העברי והמשפט הישראלי (חקיקה ופסיקה) בסוגיה.¹⁷¹ בתוך כך, הוא מבקר נחרצות את פסיקת בית המשפט העליון בהלכת **פלונית**.¹⁷² הפרסום האחר הוא מאמר ביקורתי נוקב על פסק הדין מאת אוולין גורדון, "שופטים ללא גבולות", שבו היא מביעה ביקורת נוקבת על האקטיביזם השיפוטי שגילה בית המשפט העליון בפרשת **פלונית**.¹⁷³

בהקשר התרבותי הרחב יותר, ובהקשרים הנוגעים לקבלת חקיקה בנושא, ניתן לאתר פנייה חוזרת אל פרשנויות ליברליות של המשפט העברי מתוך רצון ברור של התומכים בשינוי שלא להינתק ממסגרת הקונצנזוס הלאומי-יהודי בקשר למסורת היהודית. כך למשל עולה מדבריה של חברת הכנסת לשעבר ענת מאור, בעת הדיון בכנסת בהצעה לביטול סעיף 24 לפקודת הנזיקין, שעניינו הגנה על הורה או מורה מפני תביעה בגין תקיפה אם הדבר נועד להיטיב את דרכי הילד:

כל הדוברים הציגו גישה אחרת – שגם המשפט "חוסך [כך במקור – ת"מ] שבטו שונא בנו" אין משמעותו להכות ילד, נהפוך הוא. יש פרשנויות בתוך היהדות ואתם מודעים לכך. ציינתם זאת ואני מעריכה את זה.¹⁷⁴

את שיאו של תהליך ההתמודדות עם המשפט העברי כמקור תרבותי העומד בבסיס ההיתר לענישה גופנית ניתן לאתר בהצעת החוק של חבר הכנסת רביץ לעיגון סמכותו של ההורה לנקוט ענישה גופנית, שכותרתה "חושך שבטו שונא בנו", ובתגובות לה.¹⁷⁵ ההצעה הוגשה בעקבות החלטת בית המשפט העליון בפרשת **פלונית**. הדיון בהצעת החוק היה במידה רבה קרב מאסף בתהליך השינוי שבהתייחסות למסורת היהודית כמקור להיתר לשימוש בענישה גופנית. המתנגדים להצעת החוק התמקדו במידה רבה בגישת

¹⁶⁸ כך, הרב אברהם שרמן, לימים דיין בבית הדין הרבני הגדול, הציג גישה המתירה ענישה גופנית בהסתמכו על מקורות שונים – אברהם ח' שרמן "אלימות הורים ומורים" **תחומין** טז 160, 167-168 (התשנ"ו). ראו בעניין זה גם אצל יהודה הרצל הנקין "החרמת חפצים מתלמידים" **תחומין** ח 186, 195-197 (התשמ"ז). לגישה אמביוולנטית, אך סלחנית, ראו חיים דוד הלוי **עשה לך רב** כרך א רלב-רלג (התשל"ו), וכן שם, כרך ה', בעמ' קצה-קצז (התשמ"ג). בתגובה למאמרו של הרב שרמן פרסם הרב יצחק לוי את מאמרו הנזכר לעיל, בו ביקר את הרב שרמן על גישתו הסלחנית לענישה גופנית – לוי, לעיל ה"ש 141. במאמרים נוספים הוצגה גישה הרואה בהכאה למטרות חינוך דרך לא אידיאלית אך מותרת בדיעבד – מאיר פרימן "גישת היהדות להכאת ילדים למטרת חינוך" **חינוך באלימות – חינוך לאלימות: ענישה גופנית והכאת ילדים: לקט מאמרים** 19 (המועצה הלאומית לשלום הילד 1993); וכן גישה הרואה בהיתר להכות ילדים לשם חינוך תוצאה של נורמה שהייתה קיימת בשנים עברו, ולאור מעבר נורמה זו מן העולם, גם ההיתר ראוי לו שיחלוף – נריה גוטל "חושך שבטו שונא בנו? הכאת ילדים: בין 'הלכה' ל'הלכה למעשה', לדרכה של מדיניות חינוכית הלכתית" **בשדה חמ"ד** מג 2-3, 119 (2000). ראו גם https://daat.ac.il/he-il/kitveyet/bisde_hemed/gutel-hosech.htm.

¹⁶⁹ אמנון סטרשנוב **ילדים ונוער בראי המשפט** 277 (2000).

¹⁷⁰ עניין **אסולין**, לעיל ה"ש 28.

¹⁷¹ שם, בעמ' 185-279.

¹⁷² שם, בעמ' 271-279.

¹⁷³ אוולין גורדון "שופטים ללא גבולות" **תכלת** 10, 65 (2001). <http://tchelet.org.il/article.php?id=66>.

¹⁷⁴ קפלן, לעיל ה"ש 17; הכהן, "ביד חזקה", לעיל ה"ש 125.

¹⁷⁵ להצעות החוק ראו ה"ש 149.

המסורת היהודית בכלל ובפרשנות הראויה לפסוק זה בפרט.¹⁷⁶ כך, במאמר של אביעד הכהן, אשר שהתפרסם בעיתון **הארץ** וביטא התנגדות נחרצת להצעת החוק, טען הכהן כי "כל קשר בין תורת ישראל והצעות חוק אלו הוא מקרי ביותר".¹⁷⁷

ביטוי נוסף לדיון המתמשך בגישת המשפט העברי כעוגן לתהליך השינוי בנושא זה ניתן למצוא בדוח הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת סביונה רוטלוי. ועדה זו מונתה כדי לבחון מחדש את מכלול החקיקה הישראלית לאור עקרונות האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.¹⁷⁸ בחלק הכללי לדוחות הוועדה נכלל דיון בסוגיית הדין הראוי בנושא ענישה גופנית של ילדים. הוועדה גיבשה סדרה של המלצות לעניין זה, ובכללן המלצה לעיגון האיסור בגין שימוש בענישה גופנית על ידי הורים במסגרת חקיקה המסדירה יחסי הורים וילדים.¹⁷⁹ כנספח להמלצות הוועדה נכללה חוות דעת מקיפה של פרופ' אביעד הכהן בנוגע לגישת המסורת היהודית בנושא ענישה גופנית.¹⁸⁰ הכהן מציג סקירה היסטורית של ההלכה והפרקטיקה בהתייחס לענישה גופנית כלפי ילדים, כפי שהיא עולה מבחינת מקורותיו של המשפט העברי. הוא עומד על מגוון הדעות בנושא זה ומציג טיעון ברור, שעל פיו ביישום הלכות המשפט העברי במדינת ישראל יש ליישם גישות אשר שללו שימוש בענישה גופנית כלפי ילדים מכול וכול, זאת כדי להביא לידי ביטוי לא רק את "ערכיה היהודיים" של מדינת ישראל, אלא גם את "ערכיה הדמוקרטיים".

ביטוי נוסף למרכזיות הדיון בגישת היהדות לדרכי חינוכם של ילדים ניתן למצוא בגילויי דעת שפרסמו בשנת 2008 כל אחד מן הרבנים הראשיים לישראל דאז, הרב שלמה עמאר והרב יונה מצגר, בתגובה לפניית המועצה לשלום הילד. עמדתם, כפי שבאה לידי ביטוי באותם פרסומים היא שיש להתרחק מכל אלימות כלפי ילדים ויש לנקוט כלפיהם כבוד.¹⁸¹

מתבקשת כאן השאלה, מדוע ניתן מקום נרחב כל כך בשיח הציבורי והמשפטי לשאלת עמדתו של המשפט העברי בסוגיה זו? התשובה לכך טמונה במאפיינים הייחודיים של מדינת ישראל כמדינת לאום של העם היהודי, אשר הכוח המלכד של אזרחיה היהודים הוא השורשים ההיסטוריים המשותפים והסמלים הדתיים שאינם ניתנים להפרדה מהזהות היהודית לאומית. אביעזר רביצקי, במאמרו "דתיים וחילוניים בישראל - מלחמת תרבות?", בוחן את מורכבות הקשר של הציבור בישראל למסורת היהודית.¹⁸² רביצקי טוען כי אף על פי שרוב הציבור היהודי בישראל אינו מגדיר את עצמו דתי, הרי שיש לציבור זה ככלל קשר עמוק למסורת היהודית כחלק מתחושת הזהות הלאומית. רביצקי מתאר בחדות את אותו קשר מורכב שבין התנועה הלאומית הציונית, האנטי-דתית ביסודה, לבין המחויבות הבסיסית

¹⁷⁶ אביעד הכהן "מכה שלא כתובה בתורה" **הארץ** 2.8.2000. ראו לעניין זה גם פסק דינו של השופט מלמד, לעיל ה"ש 150 והטקסט הסמוך לה. פסק הדין ניתן על רקע הצעת החוק של ח"כ רביץ ועסק כמעט כולו בשאלת הפרשנות הראויה לפסוק שבכותרתה ("חושך שבטו שונא בנו").

¹⁷⁷ הכהן, שם.

¹⁷⁸ לדיון בעבודת הוועדה ראו תמר מורג "השפעת הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט על תפישות העומק של הפסיקה הישראלית" **משפחה ומשפט** ג-ד 67 (2009-2010).

¹⁷⁹ משרד המשפטים **דין וחשבון הוועדה לבחינת עקרונות היסוד בתחום הילד והמשפט** 357-368 (2003). בראשות הוועדה עמדה השופטת סביונה רוטלוי, הדוח נכתב על ידי עו"ד תמר פלד-אמיר בהנחיית השופטת. המלצה זו לא יושמה עד היום, בין היתר מאחר שטרם יושמו כל המלצות הוועדה לעניין הסדרת האחריות ההורית.

¹⁸⁰ ראו אביעד הכהן "ביד חזקה", לעיל ה"ש 125.

¹⁸¹ ראו קדמן, "מניעת ענישה גופנית של ילדים", לעיל ה"ש 166, בעמ' 200-201.

¹⁸² רביצקי, **דתיים וחילוניים בישראל**, לעיל ה"ש 41.

העמוקה לסמלים הדתיים ולרצון של הרוב המכריע של האזרחים היהודים שמדינת הלאום היהודית לא תפעל בצורה המנוגדת באופן חד למסורת היהודית.

רביצקי עומד על ממצאי מחקרים המצביעים על כך שהן הציבור החילוני והן הציבור הדתי-אורתודוקסי ח של המסורות הדתיות ואופיים השונה של יחסי דת ומדינה, לבין השפעת ערכים דתיים על המצב המשפטי בנוגע לענישה גופנית, חושף תמונה מעניינת. למסורת הדתית הפרוטסטנטית בארצות הברית, הצמודה למשמעותה של לשון כתבי הקודש כפשוטה ולעקרון החטא הקדמון, יש השפעה רבה על תפיסת תפקידם של הורים בחינוך ילדיהם. מסורת דתית זו השפיעה בשלב ראשון על המשפט האמריקאי בדרך של השפעה ישירה על החוק והפסיקה, ובשלב מאוחר יותר, עם התגבשות ההפרדה החדה בין הדת ובין המדינה, היא השפיעה "מחוץ" למסגרת המשפט על ידי חיזוק ההכרה בחופש ההורים לחנך את ילדיהם כרצונם בכלל, ולנקוט ענישה גופנית כחלק מחופש הדת שלהם בפרט.