

הרשעה בעבירה של תקיפת ילד ע"י אמו ועבירה של "התעללות בקטיין"

לתקציר - מאגר סביר

לרשימת נושאים קשורים

ע"פ 4596/98

פלונית

נגד

מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

[4.2.99, 25.1.2000]

הנשיא א' ברק

השופטת ד' ביניש

השופט י' אנגלרד

ערעור על פסק דין בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו מיום 3.6.98 בת.פ. 511/95 שניתן על-ידי כבוד השופטת ס' רוטלוי

עו"ד א' שנצר - בשם המערערת

עו"ד ח' ארצי - בשם המשיבה

### פ ס ק - ד י נ

השופטת ד' ביניש :

המערערת, אמם של הקטינה ה.ב., ילידת 1987 (להלן: ה' או הקטינה) ושל הקטיין נ.ב., יליד 1989 (להלן: נ' או הקטיין), הורשעה בבית-המשפט המחוזי בתקיפת ילדיה ובהתעללות בהם. על הרשעה זו מערערת היא בפנינו.

לפי המתואר בכתב האישום, במהלך השנים 1994-1995, היכתה המערערת בהזדמנויות שונות את שני ילדיה בישבנם וסטרה על פניהם. בנוסף, הואשמה המערערת בכך שבמועד לא ידוע, היכתה את בתה באמצעות שואב אבק. כן הואשמה בכך שבערב יום הכיפורים תשנ"ה היכתה את בנה באגרוף בפניו, ושברה את אחת משיניו. נוכח מעשים אלה, הועמדה המערערת לדין בגין התעללות בקטיין, עבירה לפי סעיף 368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), וכן בגין תקיפת קטיין, עבירה לפי סעיף 368ב(א) סיפא לחוק העונשין.

בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, מפי השופטת ס' רוטלוי, החליט שלא להרשיע את המערערת בתקיפת קטיין לפי סעיף 368ב(א), אולם הרשיעה בעבירת תקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין. כן הורשעה המערערת בעבירת התעללות בקטיין. בגזר-הדין נקבע כי המערערת תועמד בפיקוח שירות המבחן למשך שמונה-עשר חודשים, תוך שקצינת המבחן תדווח לבית המשפט על התקדמות הטיפול אחת לשלושה חודשים. כן נגזרו על המערערת שנים-עשר חודשי מאסר על תנאי למשך שלש שנים מיום מתן גזר-הדין.

לפנינו ערעור הן על ההרשעה והן על חומרת העונש.

הכרעת הדין של בית-המשפט המחוזי

1. בעקבות פנייה של פקידת סעד למשטרת רמתגן, זומנו הקטינים ביום 24.10.95 למתן עדות בפני חוקר הנוער עמי רון (להלן: חוקר הנוער). עדויותיהם של הקטינים בפני חוקר הנוער הוגשו כראיה לבית-המשפט קמא לפי סעיף 9 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשס"ו-1955. (להלן: חוק הגנת ילדים).

הקטינה ה' העידה בפני חוקר הנוער כי המערערת מכה אותה ואת אחיה בישבנם, ואישרה שמדובר במכות כואבות, שמוותירות במקום אדמומיות. הקטינה נשאלה על ידי חוקר הנוער לגבי מכות שקיבלה במקומות אחרים בגופה, והשיבה כי המכות היו בישבנה בלבד. הקטינה הכחישה כי ננשכה על-ידי האם, ומסרה כי החבר של אמה אינו מכה אותה ואת אחיה. כשנשאלה האם הוכתה על-ידי המערערת בחגורה ובמקל לא ענתה, אולם סיפרה על סיטואציה בה הוכתה על-ידי אמה באמצעות שואב אבק במותנה "וכשקמתי מאוד זה כאב" (ת/6 בעמ' 19-20). לשאלתו של חוקר הנוער לגבי נפילת שינו של נ', סיפרה הקטינה כי ביום חופש שהו היא ואחיה בבית; נ' הרעיש והשתולל "אז אמה רצה ונתנה לו בוקס וזה מה שקרה נפלה לו שן" (ת/6 בעמ' 17). הקטינה אף ענתה בתמימות כי אחיה מוכה יותר ממנה: "לי פחות היא נותנת כי אני מתנהגת יפה והוא (נ' - ד.ב.) לא שומע..." (ת/6 בעמ' 23). היא הוסיפה כי בבוקר היום בו נחקרה "שוב הוא (נ' - ד.ב.) עשה בעיות... אז אמה נתנה לו סטירה כאן והוא בכה..." (ת/6 בעמ' 23). לעניין תדירות המכות, מסרה הקטינה כי קיבלה מכות "יום יום" (ת/6 בעמ' 22). חוקר הנוער מצא את עדותה של הקטינה ה' מהימנה, תמימה

ומציאותיות, והוסיף כי הקטינה "אינה נקמנית ואינה מביעה כעס על האם. אין סתירות בדבריה". (ת/7 בעמ' 3).

בית-המשפט קמא קבע כי עדות הקטינה שניתנה בפני חוקר הנוער מהימנה, וזאת בהתבסס על אותות האמת שהתגלו בעדות, ונוכח התרשמות בית-המשפט מהאזנה לקלטת השיחה בין הקטינה לבין חוקר הנוער ומקריאת תמליל השיחה ביניהם.

בית-המשפט ציין, כי חקירתה של הקטינה היתה שוטפת וכי טון הדיבור שלה בקלטת השתנה בהתאם לתוכן דבריה. כן התרשם הוא כי שפתה של ה' אמנם אינה עשירה, אולם דבריה ברורים, קשורים למציאות, מובנים והגיוניים, והיא מבחינה בבירור בין הדמויות השונות בחייה. בית-המשפט קמא הוסיף וקבע כי הקטינה ניסתה לדייק ככל יכולתה בפרטים שמסרה, וכי היא לא היתה מעוניינת להכפיש את אמה או לבדות סיפורים מליבה.

בית-המשפט קיבל את הערכת חוקר הנוער, לפיה יתכן שהקטינה הגזימה באומרה כי קיבלה מכות "יום-יום". עם זאת, העלה בית-המשפט השערה כי יתכן שהקטינה אינה מבחינה בין מכות פיזיות לבין כעס וצעקות, ועל כן טענה שהמכות היו יום-יומיות. בהמשך לכך ציין בית-המשפט כי אף אם ההכאות אינן מבוצעות יום-יום אלא בתדירות נמוכה יותר, אין בעובדה זו כדי לפגום באמינות עדותה של הקטינה בעיניו.

2. הקטין נ' תיאר בעדותו בפני חוקר הנוער את תגובותיה הכועסות של אמו להשתובבות או עשיית רעש מצידו או מצד אחותו. כן סיפר הוא על תגובותיה האלימות של האם; הוא סיפר על הכאותו בישיבו או בראשו באמצעות כפכף מגומי וציין כי אמו מכה אותו בכפכף גם בעורפו ובידו. כן הוסיף: "היא יכולה גם לתת לי כאפות". (ת/9 בעמ' 10-11). הקטין העיד מיוזמתו על אירוע נפילת השן, כשהתיאור שמסר תואם במדויק את התיאור של אחותו ביחס לאותו אירוע:

"אתה יודע למה נפלה לי שן?... כי היא (המערערת - ד.ב.) נתנה לי בוקס... כי עשיתי הרבה רעש. היא אמרה לי שקט". (ת/9 בעמ' 9). כן סיפר הקטין כי הוא מוכה יותר מאחותו "...כי אני עושה יותר רעש" (ת/9 בעמ' 9). לגבי תדירות המכות, סיפר כי הוא מוכה כפעם בשבוע, וכי הפעם האחרונה בה הוכה היתה "מתי שנפלה לי שן". (ת/9 בעמ' 14, 11). בסיום דבריו, נשאל הקטין אם היה מעוניין שידברו עם אמו כדי שתפסיק להכותו, והוא השיב בחיוב.

חוקר הנוער סבר כי עדותו של הקטין נ' אמינה. בית-המשפט קמא קבע כי להתרשמות זו היה בסיס מוצק: דבריו של הקטין תאמו את עדות אחותו הן בפרטים שוליים (כגון סדר יומם המשותף של שני הילדים) והן בפרטים מהותיים (כגון נסיבות נפילת שינו של נ'); חיזוק לתיאורו של הקטין באשר להכאותו באמצעות כפכף נמצא בעדות המערערת, לפיה היא נוהגת להשליך על ילדיה נעליים; גם עדותו של נ' לפיה המערערת נותנת לו "כאפות", מקבלת חיזוק נוכח עדות המערערת עצמה שהודתה כי היא נותנת לעתים "ציפחות על העורף" לילדים; בית-המשפט סבר כי תיאור האלימות שמסר הקטין אינו דרמטי או מוגזם, ובדומה לגישת אחותו, נראה כי גם אצל נ' התגובות הקשות של האם למעשיו, משתלבות במסכת חייו באופן טבעי.

בית-המשפט קמא נתן דעתו לעובדה שעדותו של הקטין היתה שונה מעדות אחותו בשני פרטים: תדירות המכות (ה' טענה כי המכות הן יום-יומיות ואילו נ' טען שמדובר בפעם בשבוע), והמועד האחרון בו הוכה נ' (ה' טענה כי עוד בבוקר יום החקירה בפני חוקר הנוער סטרה המערערת בפניו של נ'. מנגד, העיד נ' כי הפעם האחרונה שהוכה על-ידי המערערת היתה כשנפלה לו השן). למרות נקודות השוני הללו, קבע בית-המשפט:

"אי התאמה זו אינה פוגעת במהימנות מי מהילדים. מעדותם, מעדות הנאשמת (המערערת - ד.ב.) ומראיות אחרות עולה כי האוירה בבית הינה אוירה של חינוך נוקשה, צעקות ואלימות. בהחלט יתכן שלעומת הכאה בכפכף והכאה על פיו, סטירה 'סתם' אינה נחשבת בעיניו של נ' כהכאה ממש, וייתכן כי לא חפץ לספר אודות אירוע הבוקר, לאור דבריה של ה', שסיפרה כי אינו רוצה שידעו מה קרה לו (אם כי אין להתעלם מכך שני היה זה שהעלה מיוזמתו את עניין נפילת השן). מכל מקום, אין באי התאמות אלו משום פגיעה באמינות עדותו של נ', ואני קובעת כי היא מהימנה".

(עמ' 60 להכרעת הדין).

3. בפני בית-המשפט קמא העידו שלוש הגננות אשר טיפלו בקטינים בשנת 1994.

לדברי הגננות, שני הקטינים איחרו לגן בתכיפות, כמעט יום ביומו, ואף נעדרו ממנו מספר לא מבוטל של ימים. כל אחת מהגננות העידה כי הבחינה בסימנים הנראים כסימני מכות על גופם של הילדים.

הגננת של נ' סיפרה כי לפחות פעמיים, בהפרש של שלושה שבועות, הגיע הקטין לגן עם סימני חבלות ליד עינו. כששאלה הגננת את המערערת לפשר הסימנים, השיבה המערערת כי מדובר באלרגיה, ובמשך מספר ימים לאחר מכן לא שלחה את נ' לגן. הגננת הוסיפה כי כשהיתה מתקרבת לנ' הוא היה מגיב ברתיעה לאחור ובתנועה של פחד, ובלשונה - "כמו אל תגעו בי" (עמ' 10 לפרוטוקול).

עוזרת הגנת בגן של ה' סיפרה כי הקטינה הופיעה לגן יום אחד עם סימנים צהובים על ידה. לדבריה של עוזרת הגנת, היא שאלה את ה' לפרש הסימנים, והקטינה השיבה לה כי המערערת היכתה אותה במקל, שכן חדרה לא היה מסודר.

כן העידה עוזרת הגנת כי :

"גם כשהייתי מדברת איתה לא פעם, והייתי מרימה סתם יד, היא (ה') היתה בתנועת התגוננות ואפילו שהיתה מוכנה להתחבות (כך במקור - ד.ב.) מתחת לשולחן כי היא חשבה שאני רוצה להכות אותה, וזה קרה לא פעם אחת אלא לעתים קרובות".

(עמ' 14 לפרוטוקול).

הגנת של ה' סיפרה כי הקטינה נעדרה מן הגן במשך שלושה ימים, וכששבה לגן סיפרה כי המערערת היכתה אותה בזרועה. לדבריה, לא בנקל סיפרה לה ה' את הדברים, ועבר זמן עד שהעזה לספר שהוכתה על-ידי אמה. הגנת העידה כי כאשר סיפרה לה ה' על המכה שנתנה לה אמה בזרוע, היא הבחינה בסימן כחול, כעין שטף דם פנימי, באזור עליו הצביעה ה'.

בית-המשפט קמא קבע כי עדויות הגנות שטיפלו בקטינים אמינות בעיניו. הוא הוסיף כי התרשם שטובת הילדים היתה בראש מעייניהן, וכי אין לומר שהגנות ניסו להפריז בחומרת הממצאים או להעליל על המערערת עלילות, כטענת המערערת.

4. המערערת עצמה מסרה במשטרה שתי הודעות. הן בהודעותיה במשטרה והן בעדותה בבית-המשפט, לא הכחישה המערערת כי היא מכה את ילדיה. היא גם הודתה כי דרך החינוך בה היא נוקטת קשה מן המקובל, אולם טענה כי היא מכה את ילדיה רק כאשר הדבר בלתי נמנע, והוסיפה: "אני רואה במכות כגורם הרתעה" (ת/2).

לטענתה, היא אינה מכה את ילדיה בתדירות גבוהה והיא "לא סופרת ממקרה למקרה שבו הוא (נ' - ד.ב.) מקבל סטירה או מכה על הטוסיק" (ת/2). באשר לאופי המכות, סיפרה המערערת כי היא מכה את נ' על ישבנו "ולפעמים בצחוק, צ'פחה על העורף" (ת/2). כאשר המערערת עומתה עם גירסאות הילדים ביחס לסיטואציות ספציפיות שתוארו על-ידם, היא הכחישה אותן. כך למשל, כאשר נשאלה בחקירתה במשטרה אם היכתה את ה' באמצעות שואב אבק, אמרה: "באמת שלא זכור לי שום מקרה כזה" (ת/2). בעדותה בבית-המשפט הציגה עמדה שונה, באומרה: "אני מעולם לא היכיתי את הילדה שלי עם שואב אבק. אין לי שואב אבק בבית...". (עמ' 30 לפרוטוקול). המערערת עומתה גם עם תיאורו של נ' בדבר הכאתו באמצעות כפכף גומי בחלקים שונים בגופו, כגון- ישבנו, ראשו, עורפו וידו. היא הכחישה כי היכתה את בנה בכפכף, אולם הודתה בחצי פה כי "יכול להיות שפעם זרקתי נעל לכיוון שלו" (ת/2). לדבריה, כאשר היא עייפה ודורשת מאחד הילדים לבצע משימה כלשהי, היא משליכה לעברו נעל והוא מבין את כוונתה ומבצע את המשימה: "זה דבר מוסכם והוא יודע שלא יקרה לו שום דבר...". (עמ' 33 לפרוטוקול).

המערערת לא הכחישה את אירוע נפילת השן של נ', במיוחד נוכח הצילומים בהם נראה הקטין חסר שן. עם זאת, בניגוד לילדיה שתיארו כיצד הרעישו ובשל כך היכתה אמם את נ' באגרופה ואחת משיניו נפלה, הציגה המערערת גירסה מרוככת יותר. לדבריה, היכו הילדים זה את זה מכות נמרצות, עד כי חששה לשלומם.

בעודה מלווה את ה' לחדר אחר, נכנס נ' אל חדר האמבטיה. המערערת נכנסה אחריו והחלה להטיף לו מוסר. כדבריה: "הוא התחיל לענות לי שהיא (ה') עשתה ככה וככה, להצטדק, לבלבל לי את המוח עם סיפורים. הוא לא הביע חרטה בכלל.

מאד התרגזתי עליו ונתתי לו סטירה בפה ואז השן עפה החוצה וירד לו קצת דם...". לטענתה, מדובר בשן חלב שהתנדנדה בפיו של נ' לפני כן. בעדותה בבית המשפט הוסיפה כי בעת האירוע לא פעלה בחוסר שליטה וכי "לא נכון שהייתי מחוממת" (עמ' 32 לפרוטוקול).

המערערת הודתה כי בתקופה האמורה בכתב האישום, הילדים לא הגיעו לגן באופן סדיר. בהודעתה הראשונה במשטרה מסרה כי הדבר אירע בעקבות תקופה קשה וטראומטית עבורה, בה סבלה גם מבעיות בריאות. עם זאת, בעדותה בבית- המשפט שינתה את עמדתה וטענה כי "עם כל הכבוד למוסדות החינוך, גם בבית חשוב ויום כיף עם האמא מלמד יותר מהגנים" (עמ' 28 לפרוטוקול). כשנשאלה לגבי תשובתה במשטרה, ענתה שזו "תשובה שנתתי שתספק אותם באותו רגע" (עמ' 37 לפרוטוקול).

המערערת לא הביעה חרטה על הכאת ילדיה ואף סירבה להתחייב לכך שתפסיק להכות את הקטינים כאשר הדבר נראה לה נחוץ.

בית-המשפט קמא לא נתן אמון בעדותה של המערערת, וקבע כי היא נמסרה באופן מניפולטיבי, כשהמערערת מבקשת להציג עצמה כקורבן של רשויות הרווחה והמשפט, של מערכת החינוך והגנים, וכקורבן לשקרי ילדיה. כך למשל, קבע בית המשפט, כי הגירסאות שנתנה המערערת לגבי היעדרויות ילדיה

מהגן אינן אמינות בעינינו נוכח דברי הגנות ועדויות הקטינים. נקבע כי סביר יותר שהאיחורים וההיעדרויות של ה' וני' מהגן נבעו מכך שהמערער לא טרחה לקום בבוקר ולהכניס ליציאה לגן, וכן מניסיונה להסתיר את סימני המכות מעיני הגנות.

5. עדויות הקטינים בפני חוקר הנוער, היוו את הבסיס להוכחת אשמתה של המערערת. נוכח הקביעה כי עדויות שני הקטינים מהימנות הן, פנה בית-המשפט קמא לבחון האם הוכח סיוע לעדויותיהם, כדרישת סעיף 11 לחוק הגנת ילדים.

ביחס לאישום בדבר הכאת הקטינים במהלך שנת 1994, מצא בית-המשפט קמא סיוע הדדי בעדויות הקטינים, וכן מצא סיוע בעדויות הגנות אשר טיפלו בקטינים בתקופה הרלוונטית. לגבי הכאת הקטינים בשנת 1995, נקבע כי דברי הקטינים מהווים סיוע זה לזה, וכן נמצא להם סיוע בדברי המערערת עצמה. באשר לפריט האישום הנוגע להכאתה של ה' באמצעות שואב אבק, נקבע כי אין לכך סיוע ספציפי, ועל כן לא ניתן לקבוע כי האירוע הנוגע לכך התרחש.

על בסיס עדויות הקטינים והסיוע שנמצא להם, קבע בית-המשפט קמא כי הקטינים הוכו על-ידי המערערת במקומות שונים בגופם (ראש, עורף, ידיים, ישבן), כשלעתים היתה המערערת זורקת עליהם נעליים ולעתים היכתה אותם באמצעות כפכף. את הסברה של המערערת לעניין זריקת נעליים על ילדיה, דחה בית המשפט קמא מכל וכל, באומרו:

"...גרסה זו היא, למצער, בלתי מתקבלת על הדעת. 'אילוף' ילדים באמצעות זריקת נעליים הינו אמצעי פסול מכל וכל. הטענה כי הילד מסכים לכך ומבין כי לא יאונה לו רע, מלמדת יותר מכל על תפיסת הילדים בעיניה של הנאשמת כרכושה, בו היא יכולה לנהוג כחפצה. ברצותה, תכה על פיו או על ישבנו, ברצותה תשליך עליו נעליים, תאיים או תעניש.

בדבריה יש סיוע לדבריו של נ' בדבר הכאתו באמצעות נעל או כפכף, והגם שפריט זה אינו מצויין כלשונו בכתב האישום, הוא מהווה חלק מאישום ההכאה הכולל".

(עמ' 68 להכרעת הדין). בית-המשפט קמא הוסיף, כי במקרה דנן הוכחה הפעלת אלימות שיטתית ונמשכת מצד המערערת כלפי ילדיה; גם אם כל מעשה הכאה בודד אינו "אכזרי" וכשלעצמו יכול להתפס כמעשה של תקיפה, הרי מכלול האירועים ומסכת האלימות המצטברת הם חמורים, ועולים כדי התעללות.

6. בהמשך הכרעת דינו, התייחס בית-המשפט קמא לפריט האישום העוסק בנפילת שינו של נ'. נקבע כי התיאור שמסרו הילדים ביחס לאירוע נפילת השן אינו שונה באופן משמעותי מגירסתה של המערערת לאירוע זה: משניהם עולה כי המערערת היכתה את נ' בחוזקה על פיו וכי בעקבות כך נפלה שינו של נ'. בית-המשפט קמא ציין בהקשר זה כי אין נפקא מינה אם מדובר היה בסטירה (כפי שטענה המערערת) או באגרוף (כפי שהעידו הקטינים). בית-המשפט הוסיף וקבע כי יתכן ששן החלב נטתה ליפול ועל כן נפילת השן אינה תוצאה של מכה חזקה עד כדי שבירת שן קבועה, אולם המכה היתה חזקה דיה כדי להוות אירוע כואב וטראומטי לא רק בזיכרונו ובגופו של נ', אלא גם בזיכרונו של אחותו ה'. עם זאת קבע בית-המשפט, כי לא הוכחה כוונה מצד המערערת לגרום לקטין חבלה של ממש. אשר על כן, לא ראה בית-המשפט להרשיע את המערערת בגין אירוע נפילת השן, בעבירה של תקיפת קטין לפי סעיף 368ב(א) לחוק העונשין, ובחר להרשיעה בגין מעשה זה בעבירת התקיפה לפי סעיף 379 לחוק העונשין.

7. כפי שעוד יפורט בהמשך בהרחבה, המערערת טענה בפני בית-המשפט קמא, כי אף אם הוכחו היסודות העובדתיים של העבירות האמורות, הרי אין במעשיה משום תקיפה או התעללות, שכן ענישת ילדיה בעונשים גופניים על מנת לחנכם לציות, אינה מפרה נורמה משפטית כל שהיא. בית-המשפט קמא דחה טענה זו בקובעו כי הטלת עונשים גופניים על ילדים באופן שיטתי, הכאת ילד על פיו, זריקת נעל לכיוונו והכאתו בכפכף, אינם עומדים במבחן הסבירות ופסולים הם מבחינה משפטית ומוסרית.

בסופם של דברים, הורשה המערערת בעבירה של התעללות בקטין ובעבירת התקיפה.

הדיון בערעור

8. בפתח הדברים אציין, כי לא מצאתי לשנות מן הממצאים העובדתיים וממצאי המהימנות שקבע בית-המשפט קמא. בית-המשפט המחוזי שמע את העדים אשר הופיעו בפניו והתרשם מהם. כן האזין לקלטת השיחה בין הקטינים לחוקר הנוער וציין בפירוט את אופן התרשמותו מעדויותיהם. כדרכו של בית-המשפט זה, לא נראה להתערב במסקנותיה של הערכאה הדיונית בעניינים אלה.

סיוע לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים

9. טענתו הראשונה של בא-כוח המערערת הינה, כי טעה בית-המשפט קמא משקבע שהוכח הסיוע הנדרש לעדותם של הקטינים בפני חוקר הנוער.

על טיבו של ההסדר לעניין העדת קטינים לפי חוק הגנת ילדים, נאמר מפי השופט א' גולדברג בזו הלשון:

"חוק הגנת ילדים נועד לאזן בין 'משולש אינטרסים': האינטרס החברתי בהבאת עבריינים לדין והענשתם; האינטרס החברתי והפרטי להגן על הילד מנזק נפשי נוסף כתוצאה מחשיפתו להליכים משפטיים, ובכללם חקירתו הנגדית; והאינטרס - המשותף לנאשם ולחברה - בקיומו של הליך הוגן וגילוי האמת.

האזיון שבחוק מתבטא בהסדרים שנקבעו בו. הגנת הילדים מצאה ביטוייה, בין השאר, בהוראות הקובעות כי ילד יחקר רק על ידי חוקר נוער, או בעדות בבית משפט ברשות חוקר נוער (סעיף 4 לחוק)...האינטרס החברתי בענישת עבריינים מתבטא בהכשרת עדות שנגבתה על ידי חוקר נוער, על אף שלא עמדה במבחן חקירה נגדית, ועל אף הכלל הפוסל עדות שמיעה (סעיף 9 לחוק). והאינטרס בהליך הוגן ובגילוי האמת מצא ביטוי בסעיפים 10-11 לחוק. לפי סעיף 11 לא יורשע אדם על סמך עדות שנגבתה על ידי חוקר נוער אלא אם יש לה סיוע בראיה אחרת".

(רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (395, 385) (1).

בעניין שלפנינו, לא העידו הקטינים בפני בית-המשפט המחוזי, מחשש שעדותם בפני בית-המשפט תגרום להם לפגיעה נפשית (ת/7 בעמ' 3; ת/10 בעמ' 3; עמ' 24 לפרוטוקול). כאמור, הוגשו עדויותיהם של הקטינים בפני חוקר הנוער כראיה לבית-המשפט, לפי סעיף 9 לחוק הגנת ילדים.

הסתמכות על עדות ילד שנגבתה על-ידי חוקר נוער, מבלי שלבית-המשפט ניתנה הזדמנות להתרשם באופן ישיר מן הילד ומעדויותו, ומבלי שניתנה לנאשם הזדמנות לחקור בחקירה נגדית את הילד, פוגעת בזכויותיו של הנאשם. דרישת הסיוע לעדות קטין לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים מטרתה למתן את חומרתה של פגיעה זו, ולהבטיח קיומו של הליך הוגן. בהתאם לכך, נפסק לא פעם, כי הסיוע הנדרש לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים, אינו טכני אלא ענייני וממשי (ראו: ע"פ 192/56 יהודאי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (א) 365, 367; 1) ; ע"פ 532/82 פייבר נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(247, 243) 3) ; ע"פ 694/83 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(263) 249, (4). עוד נפסק, כי על מנת שראיה תוכל לשמש סיוע, עליה לקיים שלושה תנאים מצטברים: עליה לבוא ממקור נפרד ועצמאי ביחס לעדות הטעונה סיוע; עליה לסבך או להיות נוטה לסבך את הנאשם באחריות לביצוע המעשה המיוחס לו, אם כי אין היא חייבת להתייחס לכל פרט מפרטי המעשה; ובנוסף, עליה להתייחס "לנקודה" ממשית השנויה במחלוקת בין הצדדים.

(ראו: ע"פ 399, 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(203, 197) 4) ; ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מז(297, 292) (1). לכך יש להוסיף, כי המשקל ההוכחתי של הסיוע הנדרש ישתנה ממקרה למקרה, בהתאם למהימנותה, אמינותה ומשקלה ההוכחתי של העדות העיקרית הטעונה סיוע. (ראו: ע"פ 4009/90 הנ"ל, בעמ' 298; ע"פ 1121/96, 1528 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (353, 360) (3).

10. טענתו של בא-כוח המערערת לפנינו היא, כי טעה בית-המשפט קמא בכך שראה בעדויות הקטינים סיוע הדדי לצורך סעיף 11 לחוק הגנת ילדים. דינה של טענה זו להידחות. כבר נקבע בפסיקתנו פעמים רבות כי עדות הטעונה סיוע, יכולה היא עצמה לשמש סיוע. כך, למשל, נפסק כי עדויות שותפים לעבירה יכולות לסייע זו לזו, כשהללו נזקקות לסיוע (ראו למשל: ע"פ 85/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 69, 57; ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(464, 457) (2). גישה זו מתקיימת גם ביחס לעדויות קטינים שנגבו על-ידי חוקר נוער. על-אף שעדויות אלה טעונות סיוע על-פי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים על מנת שישמשו בסיס להרשעה, יכולות הן להוות סיוע האחת לחברתה.

(ראו לדוגמא: ע"פ 694/83 הנ"ל, בעמ' 262; ע"פ 4009/90 הנ"ל, בעמ' 297) (298)--

בעניין שלפנינו, גבה חוקר הנוער את עדותם של שני הקטינים באופן נפרד, כך שהאחד לא ידע או הושפע מתוכן עדותו של השני. בית-המשפט קמא נתן אמון בעדותו של כל אחד מן הקטינים והיה מוכן לסמוך על דבריהם. שני הקטינים העידו על המשמעת הנוקשה השוררת בביתם, על כעסה של אמם בנסיבות שונות ועל תגובותיה האלימות. שניהם העידו כי את רוב המכות סופג נ', והסבירו כי הוא זה שמרעיש ומשתולל יותר מבין השניים. שניהם סיפרו שהוכו על-ידי אמם בישבנם. ראיית הסיוע המרכזית נמצאת בתיאורם את אירוע נפילת השן של נ'.

מכאן, שעדויותיהם של ה' ונ' תומכות ומאמתות אחת את רעותה בנקודות מהותיות, ועל כן מהוות הן סיוע הדדי.

11. טענתו הנוספת של בא-כוח המערערת לעניין זה הינה, כי טעה בית-המשפט קמא בכך שמצא סיוע לגרסת הקטינים בעדויות הגננות. אין ממש בטענה זו; הגננות העידו כי ראו סימני מכות על גופם של ה' ונ'. יש בכך כדי להוות סיוע לעדויות הקטינים בדבר הכאתם. כן צדק בית-המשפט קמא בקובעו שעדויות הגננות לעניין התנהגותם של הקטינים בגן (כגון עשיית תנועות של התגוננות ורתיעה מצד הקטינים כשהגננות היו

מתקרבות אליהם), דומות לעדות על מצב נפשי של קורבן עבירה, וכאלה יכולות הן לשמש סיוע לעדות הקטינים בדבר ביצוע מעשי אלימות בהם. (השוו: ע"פ 1528, 1121/96 הנ"ל, בעמ' 361-362).

המערערת עצמה הודתה כי היא נוהגת להכות את ילדיה, להשליך לעברם נעליים, ואף לתת להם לפעמים "ציפחות" על העורף. כן הודתה כי אלימותה גרמה לנפילת שינו של נ. על כן ניתן לקבוע כי קיים סיוע לעדויות הקטינים בדבר הכאתם על-ידי אמם, גם בדברי המערערת עצמה. ניתן, איפוא, לקבוע, כי נמצא סיוע מספיק לעדויות הקטינים בדבר האלימות שהפעילה נגדם המערערת.

עבירת ההתעללות:

12. בא-כוח המערערת טען בפנינו עוד, כי אין בחומר הראיות דבר המצביע על התעללות של מרשתו בילדיה. סעיף 368 לחוק העונשין, שכותרתו "התעללות בקטין או בחסר ישע", קובע בהאי לישנא:

"העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים".

חוק העונשין אינו מגדיר את המושג "התעללות". גם בדברי ההסבר להצעת החוק ובדברי הכנסת לא ניתנה לו כל הגדרה. (ראו: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשמ"ט-1989, ה"ח 146; דברי הכנסת, 28.11.89 בעמ' 609; ראו גם רע"א 1684/96 עמותת תנו לחיות נגד מפעלי נופש חמת גדר בע"מ ואח', פ"ד נא(847, 832) 3 מפ"י השופט מ' חשין).

פנינו להגדרה המילונית של הביטוי "התעללות", כדי שזו תשמש לנו כנקודת מוצא פרשנית. וכך מגדיר א' אבן-שושן במילונו את המושג "התעללות":

"התנהגות קשה ואכזרית; יחס בלתי אנושי". (א' אבן-שושן המילון החדש (תשמ"ח, כרך א) 319);

המשמעות הלשונית אינה מבטאת בהכרח את המשמעות המשפטית, ולפיכך לא נוכל להסתפק בהגדרה הלשונית בלבד כדי לקבוע מהו "מעשה התעללות", כמשמעותו בחוק. את המשמעות המשפטית של לשון החקיקה אנו מפרשים על-פי תכלית החוק ותוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי. (א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג, כרך ב) 104--79).

לעניין תכלית החקיקה, ניתן דעתנו לכך שסעיף 368 לחוק העונשין נכלל בסימן 11 לפרק י' לחוק העונשין. עניינו של סימן זה הוא פגיעה בקטינים וחסרי ישע והוא נחקק במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989.

מדברי ההסבר להצעת החוק, ניתן ללמוד על המטרות שעמדו בבסיס השינוי החקיקתי. וכך נאמר שם:

"הפגיעה במי שאין בכוחו להגן על עצמו כגון ילדים, זקנים ונכים, בהצעת חוק זו - חסרי ישע, מצדיקה התייחסות מיוחדת של המחוקק הן בדיני ענישה והן לגבי חובת הדיווח על פגיעה בחסרי ישע".

(הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשמ"ט-1989, ה"ח 146)

תיקון החוק אשר במסגרתו הוחק סעיף 368, מבטא מגמה חברתית שהתפתחה במיוחד בתקופה שקדמה לחקיקת התיקון. המודעות החברתית הגוברת לחומרת התופעה של פגיעה בקטינים ובחסרי ישע ולהיקפה הניעה את המחוקק הישראלי להחמיר עם מבצעייהם של מעשים אלה. מודעות זו גרמה להגברת המאבק בתופעות שליליות מהסוג האמור לא רק בישראל אלא גם במדינות אחרות. על רקע זה, ועל -פי לשונו של הסעיף, אין ספק כי תכליתו האחת היא להגן על קטינים ועל חסרי ישע מפני הפגיעות להן הם חשופים. בהתאם לכך נבחן אנו את משמעות המונח "התעללות" בסעיף 368 לחוק העונשין.

מנוסח הסעיף ניתן ללמוד כי המחוקק מכיר בשלושה סוגים של התעללות; התעללות גופנית, התעללות מינית והתעללות נפשית. הגבולות בין סוגי ההתעללות הינם לא אחת מטושטשים. כך למשל, מקרים של התעללות מינית יכול שיכללו גם התעללות גופנית-פיזית; ומקרי התעללות פיזית והתעללות מינית יכללו מטבע הדברים גם התעללות נפשית [ראו: 12 C. Lyon & de Cruz Child Abuse (Liverpool, 1993)].

בעניין שלפנינו, המרכיב הדומיננטי באלימות שהפעילה המערערת כלפי ילדיה היה גופני. על כן נתמקד בשאלת התייחסותה של "התעללות גופנית" במקרה דנן.

13. מה היא "התעללות גופנית"? מה הוא המבדיל בינה לבין עבירת התקיפה והיכן עובר קו הגבול ביניהן? התשובה לשאלות אלה אינה פשוטה. ככלל, נראה כי התעללות, [התעללות גופנית בגדרה, מתייחסת למקרים

שמחמת אופיים וטיבם - המצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אליהם כאל מקרי תקיפה בלבד. היותה של ההתעללות התנהגות הטומנת בחובה אכזריות, הטלת אימה או השפלה - אפיונים עליהם נעמוד להלן - מקנה לה את התווית הסטיגמטית הבלתי מוסרית, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה עבירה הכרוך בהפעלת כוח.

כשם שקשה ליתן הגדרה ממצה ומדויקת למושג "התעללות", כך קשה היא ההגדרה של "התעללות גופנית"; זאת, מעצם תפיסת מושג ההתעללות כבעל משמעות ערכית - נורמטיבית שלילית, המתאר תופעה רבת פנים וכולל בחובו תחום רחב של התנהגויות אפשריות. (ראו: supra, at pp. 3-4, Lyon & de Cruz, פסיקתנו, אשר אישרה במקרים רבים הרשעות בעבירה של התעללות, מיעטה לדון במשמעות הביטוי, וטרם ניתנה לו הגדרה ממצה. עם זאת, הפסיקה העניקה תוכן לבעירת ההתעללות תוך צעידה ממקרה למקרה. אף אנו לא נתיימר ליתן הגדרה כוללת, ונסתפק בהצגת יסודות העבירה והתכונות המאפיינות, לשיטתנו, מקרים של "התעללות גופנית".

14. עבירת ההתעללות הינה עבירה התנהגותית ולא עבירה תוצאתית. מכיוון שכך, אין התביעה נדרשת להוכיח גרימת נזק בפועל לקורבן בבואה להוכיח ביצועה של עבירת התעללות. כדברי השופט דורנר בע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור (טרם פורסם):

"עבירת ההתעללות בקטין לפי סעיף 368 לחוק העונשין הינה עבירה התנהגותית, ולא עבירה תוצאתית שהשלמתה מותנית בהוכחת התקיימותה של תוצאה כלשהי. אדרבא, ניתן לשער מצבים קשים של התעללות אשר אינם מותירים אחריהם סימנים ובכל זאת יחשבו כחריגים ואכזריים...".

(פסקה 10 לפסק הדין).

ההתעללות הגופנית יכולה להתבצע על-ידי מעשה אקטיבי, אולם יכולה היא לשאת אופי של מחדל. (כך למשל, ניתן לתאר מצב בו הרעבה או הזנחה, יגיעו לכדי התעללות גופנית).

באופן כללי נראה כי התנהגות, בין במעשה ובין במחדל, המהווה "התעללות גופנית", תכלול הפעלת כוח או אמצעי פיזי כלפי גופו של הקורבן במישרין או בעקיפין, ותעשה באופן ובמידה שעלולים לגרום נזק או סבל פיזי-גופני או נפשי-רגשי, או שניהם (לעניין "הפעלת כוח" - השווה עם ההגדרה בסעיף 378 לחוק העונשין).

על היותה של ההתנהגות בעלת פוטנציאל לגרימת נזק או סבל ניתן ללמוד, בין היתר, מסוגו וטיבו של המגע או האמצעי שננקט; ממידת הכוח שהופעל כלפי הקורבן ומעוצמתו; מההקשר והנסיבות בהן הופעל הכוח או האמצעי הפיזי; מתדירות הפעלתו ומשך הזמן בו הוא הופעל; משיטתיות השימוש בכוח או באמצעי הפיזי; מחריגותה של ההתנהגות וסטייתיה מן המקובל בחברה וכיוצא באלה שיקולים.

אף שגרימת נזק בפועל אינה יסוד מיסודות עבירת ההתעללות, הרי ברור שהוכחת נזק פיזי או נפשי לקורבן עשויה לשמש כלי ראיתי כדי להוכיח את התקיימותו של הפוטנציאל לסבל ולנזק, ואת החומרה או החריג שבמעשה המהווה, על-פי הנטען, התעללות.

מאחר שבמקרים רבים מצוי הקורבן בעמדת נחיתות וביחסי תלות כלפי המתעלל בו, הרי שבהערכת טיבה של ההתנהגות, עוצמתה ומידת הפוגעות שבה, קשה ליתן משקל רב לעמדת הקורבן. יתכן שהקורבן אף לא הרגיש את ההשפלה או שלא הכיר ביחס האכזרי שהופנה כלפיו. בשל מעמדו של הקורבן ובהתחשב בתכליתו של תיקון מס' 26 לחוק העונשין - הגנה על קטינים וחסרי ישע - מתבקשת המסקנה כי נקודת המבט המכריעה לצורך קביעת התקיימותה של התנהגות העולה כדי עבירת התעללות היא זו של המתבונן מן הצד, קרי נקודת המבט האובייקטיבית הבוחנת את התנהגותו של המתעלל כלפי הקורבן.

15. בנוסף לאמור לעיל, ניתן להצביע על מספר סממנים אופייניים להתנהגות המהווה התעללות. מאפיינים אלה, על-אף שאין הם מהווים רשימה ממצה או סגורה, עשויים לשמש לעזר בזיהוי התנהגות העולה לכדי התעללות.

ראשית, בדרך-כלל ניטה לראות "התעללות גופנית" מקום שמדובר בסדרה מתמשכת של מעשים (או מחדלים). כאשר מדובר בהתעללות פיזית מתמשכת על פני זמן, יתכן שכל מעשה (או מחדל) בשרשרת ההתעללות, כשלעצמו, לא יישא אופי אכזרי או משפיל. עם זאת, הצטברות המעשים (או המחדלים) והתמשכותם על פני זמן, הם שיביאו לדרגת חומרה ולאכזריות, להשפלה ולביזוי או להטלת אימה שיקימו התעללות. (ראו לדוגמה המקרים הנדונים בע"פ 3796, 3783/98 פלוני נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, (טרם פורסם); ע"פ 142/97 פלוני נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם); ע"פ 7861/96 פלוני נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם)).

על אף שככלל קל יותר לזהות מעשה התעללות כאשר הוא מורכב מסדרת מעשים, גם מעשה (או מחדל) חד-פעמי יכול ויהווה מעשה התעללות פיזית. כדי שהפעלת כוח חד-פעמית תיחשב התעללות פיזית, עליה למלא דרישה שתייחד אותה מתקיפה. בדרך-כלל היא תאופיין באחד או יותר מאלה: באכזריות, בהטלת פחד

**ואימה משמעותיים על הקורבן, בהשפלה וביזוי בולטים של הקורבן, או בפרטנציאל חמור במיוחד של פגיעה (פיזית או נפשית) בו.** (השוו: ע"פ 2696/96 פלוני נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם) וכן דנ"פ 9003/96 פיזנטי נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם), שם נקבע כי מעשה בודד של גזיזת אחת מפאותיו של ילד בשנתו על-ידי אביו, הקים התעללות נפשית; ראו גם ע"פ 295/94 חכמוב נ' מדינת ישראל, (טרם פורסם), בו נקבע כי גזיזת שיער ראשה של קטינה תוך הפעלת כח כדי שלא תשרך את דרכיה הוא מעשה התעללות).

סממן נוסף המאפיין התעללות מתבטא בכך שבדרך כלל נועדה ההתנהגות להטלת מרות, להפחדה, לענישה או לסחיטה, אף כי לא בהכרח כך. (ראו למשל: ע"פ 2011/95 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

כמו-כן, ניתן להצביע על כך, כי בדרך כלל ימצא המתעלל בעמדת כוח או מרות כלפי קורבנו, באופן שהקורבן מצוי בעמדת נחיתות, ללא יכולת להגן על עצמו. מאפיין זה של פערי כוחות יביא לכך, שפעמים רבות יהיו ההשפלה והטלת האימה על הקורבן שלובים באופן מובנה במעשה ההתעללות. **מערכת יחסים שקיים בה פער בין כוחו ומעמדו של המתעלל לבין קורבנו, מתקיימת לא רק בהקשר של התעללות בקטינים אלא מצוייה היא גם בהוראות עונשיות אחרות האוסרות על התעללות.**

ראו למשל: סעיף 65 לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955; סעיף 2(א) לחוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994; וכן סעיף 3(3) לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991. בבואנו לבחון את התקיימות יסודותיה של עבירת ההתעללות במערכת היחסים שבין הורה לילדיו, עלינו לזכור כי במערכת יחסים זו מצויים פערי כוחות משמעותיים: ההורה הוא בעל כוח המרות והשליטה, ואילו הילד הוא הנזקק והתלוי. ביחסי כוחות אלה, אין בכוחו הפיזי והנפשי של הילד להגן על עצמו באופן אפקטיבי מפני הורהו. משום כך, בבואנו לפרש את החוק עלינו לתת ביטוי למצבם הרגיש והפגיע של קטינים ולעמדת הנחיתות וחוסר האונים בהם שרויים, כאשר בוגר שהוא בעל סמכות כלפיהם, לא כל שכן אחד מהוריהם, מפעיל נגדם אמצעי פיזי, הגורם סבל או עלול לגרום סבל או נזק, באופן שתואר לעיל. בנסיבות אלה, ובהתקיים האפיונים עליהם עמדנו, נזהה את המעשה "כמעשה התעללות".

16. היסוד הנפשי הנדרש בעבירה לפי סעיף 368 שהינה, כאמור, עבירה התנהגותית, הוא "מחשבה פלילית" כמשמעותה בסעיף 20(א) לחוק העונשין (ראו: פסק-הדין בעניין שדה אור הנ"ל, בפסקה 10 לפסק-הדין). על כן, **אין נדרשת הוכחת כוונה להתרחשותה של תוצאה מזיקה, ובלבד שהתקיימה מודעות לטיב ההתנהגות (למעשים או למחדלים) ולקיום הנסיבות הרלוונטיות הקבועות בעבירה הנדונה.**

17. לסיכום פרק זה אוסיף עוד, כי משקבענו כי המונח "התעללות" כולל, מעצם טיבו, משמעות ערכית שלילית, קשה להעלות על הדעת נסיבות בהן ימצא צידוק למעשה ההתעללות. היותה של התעללות התנהגות הכוללת אכזריות, הטלת אימה או השפלה, מקנה לה תווית של סטייה מוסרית, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה של הפעלת כוח גם אם הוא אסור.

בהתאם לכך, אם קבענו כי מעשה (או מחדל) מסויים עולה כדי התעללות (להבדיל מתקיפה) נקטנו בכך עמדה מוסרית שלילית ביחס אליו, אשר אינה עולה בקנה אחד עם צידוק חוקי, או עם הגנה של צידוק המעוגנת בנורמה חברתית מקובלת (לעניין נורמה חברתית כצידוק ראו: פרופ' ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב) עמ' 497-500).

מן הכלל אל הפרט

18. במקרה שלפנינו, המערערת היא אמם של הקטינים ועל כן עונה להגדרת "אחראי על קטין או חסר ישע" שבסעיף 368 לחוק העונשין. נתון זה הוא בבחינת רכיב המהווה נסיבה מחמירה בעבירה לפי סעיף 368.

כאמור לעיל, הקטינים הוכו על-ידי המערערת בשנים 1994-1995. המערערת היכתה את ילדיה במקומות שונים בגופם (ראש, עורף, ידיים, ישבן), לעתים באמצעות כפף ולעתים בזריקת נעליים. אין מדובר באקט חד פעמי, אלא בדפוס התנהגות אלים מתמשך. הכאתם של הקטינים בידי המערערת נעשתה בתדירות ובאופן שיטתי, עד כי הקטינים, שהיו נתונים לשליטתה, הפנימו את "תורתה" לפיה יש קשר בין התנהגותם לבין הפעלת האלימות נגדם. כך התרשם בית-המשפט קמא, אשר קבע כי מסכת האלימות שהפעילה המערערת כלפי הקטינים, השתלבה בחייהם ונראתה להם "טבעית".

יתכן שכל הכאה במסכת ההכאות לא היתה, כשלעצמה, אכזרית. עם זאת, שיטתיות המכות; התמשכותן על פני זמן והתדירות בה חוו הקטינים אלימות מצד אמם; הכאתם באמצעות חפץ כמו כפף; וכן אווירת הטרור והמרות הנוקשה אשר שררה בבית, כשעניינים של מה בכך גררו אחריהם הכאה גופנית כואבת, תוך פרוץ זעם - כל אלה מצביעים על כך שלפנינו התנהגות אכזרית של האם כלפי ילדיה תוך ביזוי כבודם, בראותה אותם כרכוש בו היא יכולה לנהוג כחפצה.

אין ספק כי באלימות שהפעילה המערערת כנגד הקטינים היה משום פוטנציאל לנזק ואף מעבר לכך, שהרי הגננות הבחינו בסימני מכות על גופם של ה' ונ', ואף העידו על הרתיעה והפחד ששלטו בקטינים בעת



שהתקרבו לאחד מהם, רתיעה המצביעה על מצבם הנפשי כילדים מוכים. צדק, אם כך, בית-המשפט קמא, בקובעו כי מעשי האלימות של המערערת כלפי ילדיה עולים כדי התעללות.

אכן, יתכן שהמערערת לא התכוונה לגרום נזק לילדיה, וכדבריה ביחס למכה על פיו של נ': "לא התכוונתי לגרום לו נזק ואני מצטערת" (ת/2). אולם כפי שהובהר לעיל, העדר כוונה להתעלל או לגרום נזק מצד המערערת, אינה רלוונטית לצורך התקיימות העבירה לפי סעיף 368 לחוק העונשין.

19. בשולי הדברים אעיר, כי סעיף 368ב(א) לחוק העונשין, העוסק בתקיפת קטין או חסר ישע הגורמת לו חבלה של ממש, לפיו הואשמה המערערת, אינו מחייב כי התוקף יתכוון לגרום חבלה חמורה; די במצב נפשי של פזיזות ביחס לאפשרות גרימה של תוצאה זו. מכיוון שכך, המכה שנתנה המערערת לני בפניו ואשר גרמה לנפילת שינו (ולעניין זה, אין נפקא מינא אם היה מדובר בשן חלב שהתנדדה קודם לכן בפיו של הקטין אם לאו), מקיימת את יסודות העבירה לפי סעיף 368ב(א) לחוק העונשין, ולכל הפחות - את הנסיבות המחמירות לעבירת התקיפה, הקבועות בסעיף 382(ב) לחוק העונשין. חסד נעשה עם המערערת שהורשעה בגין אירוע זה בעבירת תקיפה גרידא לפי סעיף 379 לחוק העונשין, ולא באחת משתי העבירות החמורות יותר לעיל.

ענישה גופנית של הורה כלפי ילדו

20. בא-כוח המערערת טען בפנינו כי המכות שהיכתה המערערת את הקטינים אינן עולות כדי עבירה פלילית, שכן מדובר בעונשים גופניים שהטילה המערערת על ילדיה כאמצעי משמעת, על מנת לחנכם ולהיטיב את דרכם.

טיעון זה, שהועלה גם בפני בית-המשפט המחוזי, מעלה את שאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית מצד הורה כלפי ילדו. השופטת המלומדת של בית- המשפט קמא דחתה טיעון זה מכל וכל, לאחר שפרשה יריעה רחבה ומקיפה בנתחה את סוגיית הלגיטימיות של הענישה הגופנית של ילדים בידי הוריהם.

מסכימה אני עם המסקנה אליה הגיעה השופטת כפי שנוסחה על ידה בזו הלשון:

"על בית המשפט הקובע נורמות שיפוטיות וערכיות, להוקיע אלימות של הורים כלפי ילדיהם, הגם שהן עטופות במחלצות של 'פילוסופיית חינוך' ולשרש תופעות אלו אחת ולתמיד".

21. שאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית של ילדים בידי הורים אינה מיוחדת לנו, ומתמודדות איתה מדינות רבות אחרות. ניתן למצוא מגוון גישות לעניין זה, אשר השוני ביניהן נובע מתפיסות ערכיות, חברתיות, חינוכיות ומוסריות שהתפתחו במשך השנים בחברות שונות.

גישה אחת, שהיתה נחלתו של המשפט המקובל האנגלי, היא זו המקנה להורה הגנה מפני אחריות פלילית, אם העניש את ילדו בעונש גופני "סביר". גישה זו שמה את הדגש על זכויות ההורים וסמכויותיהם. לפי אותה גישה - זכות ההורים לגדל את ילדיהם מתבטאת, בין היתר, בסמכותם להחליט על אופן הגידול והחינוך שלהם; במסגרת מילוי תפקידם לטובת ילדיהם, רשאים ההורים גם לנקוט באמצעי משמעת לרבות שימוש בכוח. על כן, אם הורה פועל מתוך מניע נאות וסבור כי ענישה גופנית היא אמצעי משמעת ראוי, אין להתערב בשיקול דעתו, כל עוד השימוש בכוח כלפי הילד אינו מופרז ואינו למעלה מהנדרש להשגת המטרה החינוכית. לפי גישה זו, יתרונו של מבחן "סבירות" העונש, נעוץ בכך שהוא מספק את הגמישות הנדרשת כדי לבחון נסיבותיו של כל מקרה לגופו. (ראו: "Spanking and other Corporal unishment of Children" D. Orentlicher by arents: Overvaluing ain, Undervaluing Children" 35 Hous. L.; Rev. (1998) 147, 168-170, וכן, S. A. Davidson "When Is arental Discipline Child Abuse? The Vagueness of Child Abuse Laws" 34 U. Louisville J. Fam. L. (1995-6) 403, 405-410-411, 407, והשוו עם: "אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנויקין- תורת הנויקין הכללית (ג' טדסקי עורך, תש"ל) 423).

כך, נקבע במשפט המקובל האנגלי עוד בשנת 1860, כי הורה לא יישא באחריות פלילית אם העניש את ילדו בעונש גופני "סביר ומתון". בפסק-הדין בעניין (1860 R v. Hopley 175) E.R. 1204 (1860 R v. Hopley 175) בעמ' 1206, קבע בית- המשפט כי:

"... a parent or a schoolmaster...may for the purpose of correcting what is evil in the child inflict ... moderate and reasonable corporal punishment, always, however, with this condition, that it is moderate and reasonable. If it be administrated for the gratification of passion or of rage, or if it be immoderate and excessive in its nature or degree, or if it be protracted beyond the child's powers of endurance, or with an instrument unfitted for the purpose and calculated to produce danger to the life or limb; in all such cases the punishment is excessive, the violence is

unlawful, and if evil consequences to life and limb ensue, then the person inflicting it is answerable to the law, and if death ensues it will be manslaughter

במהלך השנים, נקבע בפסיקה האנגלית כי "סבירות" העונש תיבחן לפי כלל נסיבות המקרה, תוך התייחסות לגיל הילד, מצבו הפיזי, רמת הבנתו ובגרותו הרגשית. כן תיבחן שיטת הענישה לפי משך הזמן בו היא הופעלה והסיבה בעטייה הופעל הכוח. [ראו :

Lyon & de Cruz, supra, at p.8; A. B. Wilkinson & K. Mck. Norrie The Law Relating to parent and Child in Scotland (Edinburgh, 1993) 179 . M. Bromley & N. V. Lowe Family Law (7ed., --1987) 274]. ;180

סמכותו של הורה להעניש את ילדו בעונשים גופניים קיבלה ביטוי גם בחקיקה האנגלית. החוק העניק מעמד לעניין זה גם למורים, למחנכים ולאפוטרופסים. סעיף 1 ל- Children and Young Persons Act 1933 אשר תוקן במסגרת ה- Act 1989 Children, קובע עבירה של יחס אכזרי כלפי ילד מתחת לגיל 16. בסעיף 1(7) לחוק הנ"ל נקבע :

Nothing in this section shall be construed as affecting the right of any parent, teacher, or other person having the lawful control or charge of a child or young person, to administer punishment to him

ניסיון שנעשה באנגליה לבטל בחוק את הלכת המשפט המקובל המסמיכה הורים להעניש גופנית את ילדיהם, לא נשא פרי. [ראו : C. Barton & G. Douglas Law and Parenthood (London, Dublin : Education Act 1986 ביטל באופן סטטוטורי את סמכותם של מורים ואנשי חינוך בבתי ספר ציבוריים ובבתי ספר הנתמכים על-ידי המדינה, להשתמש בענישה גופנית כנגד תלמידים. ראו על כך - Lyon & de Cruz, supra, at pp. 242-243 .

ה- Model Penal Code האמריקאי, המשמש בסיס לקודקסים פליליים רבים במדינות ארצות-הברית, מקנה אף הוא הגנה להורה שהפעיל כוח כנגד ילדו למטרות חינוך ומשמעת. ואלה מילותיו :

: justifiable if

The actor is the parent or guardian or other person similarly responsible for the general care (1) and supervision of a minor or a person acting at the request of such parent, guardian or other responsible person and

a) The force is used for the purpose of safeguarding or promoting the welfare of the minor, ) including the prevention or punishment of his misconduct; and

b) The force used is not designed to cause or known to create substantial risk of causing death, ) serious bodily injury, disfigurement, extreme pain or mental distress or gross degradation

(art I, Article 3, s. 3.08 )

בהתאם ל- Model Penal Code האמריקאי, נקבעה בחוק הפלילי של מדינות רבות בארצות-הברית הגנה המתירה להורים להשתמש בעונשים גופניים "סבירים" למטרות חינוך והטלת משמעת. במדינות אלה נפסק כי בית-המשפט, בשוקלו את "סבירות" העונש שהוטל על הילד, יבחן את אישיותו של הילד ; את גילו ומינו של הילד ; את מצבו הגופני והנפשי ; את הנחיצות בהפעלת הכוח ואת עוצמתו. כן נפסק כי עונש גופני שהורה הטיל על ילדו מתוך כעס ואיבוד עשתונות איננו משמש למטרות חינוכיות, ועל כן לא יפטור את ההורה מפני אחריות פלילית ראו לדוגמה : (State of Iowa v. Arnold 543 N.W.2d 600 (1996

מדינות אחדות בארצות-הברית קבעו הגדרה סטטוטורית ל"סבירות" העונש הגופני שרשאי הורה להטיל על ילדו. לעתים, ההגדרות הן רחבות. כך לדוגמה, קובע החוק במדינת פנסילבניה, בדומה ל- Model Penal Code כי עונש גופני של הורה כנגד ילדו לא יקים אחריות פלילית אם :

the force used is not designed to cause or known to create a substantial risk of death, serious "bodily injury, disfigurement, extreme pain or mental distress or gross degradation". a.C.S.A. s. (509 (1) (ii)). 18

מדינת צפון דקוטה, עונש גופני של הורה כלפי ילדו אינו פסול כל עוד הוא אינו גורם לנזק חמור, שהוגדר בלשון החוק כ- " [serious physical harm or traumatic abuse" : N. D. C. C s. 50-25.1 - 02(2) ; כן ראו : פסק-הדין בעניין Raboin v. North Dakota Department of Human Services (Supp. 1995); בו נקבע כי המכות ה"חינוכיות" של ההורים לא עלו כדי התעללות בילדים, משום שלא נמצאה עדות לנזק שכזה].

מספר מצומצם של מדינות בארצות-הברית מקנות להורים פטור מאחריות פלילית בשל הפעלת "כוח סביר", כל עוד לא הוכח שפעלו מתוך כוונה להזיק לילד.

ראו בהנחיות לתובע : V. I. Vieth "When arental Discipline Is a Crime: Overcoming The Defense of Reasonable Force" 32 AUG rosecutor .29

באשר לגישות השונות של החקיקה במדינות השונות בארה"ב ראו :

K. K. Johnson "Crime or unishment: The arental Corporal unishment Defense - Reasonable (and Necessary, or Excused Abuse?" U. Ill. L. Rev. 413 (1998)

בקנדה, קובע סעיף 43 לקוד הפלילי, שכותרתו "Correction of child by force", בזו הלשון :

"Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using " force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances". R.S.C., 1985, c. C - 46, (s. 43 (1985

סעיף זה נכלל בחוק הפלילי בקנדה עוד משנת 1892. בפסיקה הקנדית נקבע כי הדרישה בסעיף 43 הנ"ל, לפיה השימוש בכוח צריך להיעשות לשם תיקון דרכיו וחינוכו של הילד, לא מתקיימת אם מטרת השימוש בכוח היתה לנטוע פחד בלב הילד (, [1995] O.J. 2939, para. 51. R. v. Komick ), כנגד הילד באופן לא מחושב, מתוך כעס ואיבוד שליטה. (, [1995] A.J. 905, para. 13; וכן- R. v. D.W. [1995] A.J. 905, para. 13; וכן- R. v. D.H. [1998] O.J. 3347, para. 31.) גם הדרישה ל"סבירות" השימוש בכוח פורשה באופן מגביל. בפסק-הדין בעניין (R. v. Dupperon [1984] 16 C.C.C. (3d 453, para. 31) נפסק כי בבוחנו את שאלת סבירות השימוש בכוח מצד הורה כלפי ילדו, ישקול בית-המשפט שיקולים כגון : גיל הילד ; רמת הבנתו וההשפעה האפשרית של הפעלת הכוח כלפיו ; וצמת הכוח שהופעל ; נסיבות הפעלתו ; וכן טיב הנזקים שנגרמו לילד, אם אכן נגרמו.

סעיף 43 הנ"ל פורש ואף יושם בפסיקה הקנדית, אך הסעיף זכה לביקורת רבה בבת-המשפט השונים שם. הביקורת מצביעה על אי הבהירות בענין הגדרתו של כח "סביר" לעניין פטור מאחריות. לפי הטענה, הועמדו לדין והורשעו הורים שעשו שימוש בכח מועט, ואילו הורים אחרים שהשתמשו בכח מופרז, נמצאו לא פעם זכאים. כך למשל, הובעה באחד מפסקי הדין תרעומת על כך שהתנאי בדבר "סבירות" השימוש בכוח, פורש ויושם באופן שונה על-ידי שופטים שונים ועקב כך נוצרה אי אחידות בישום הסעיף בפסיקה ; כן נמתחה ביקורת על כך שהקריטריונים שנקבעו בעניין R. v. Dupperon באשר ל"סבירות" הפעלת הכוח של הורה כלפי ילדו, אינם קובעים גבולות ברורים בין שימוש "סביר" בכוח לבין שימוש "מופרז" בו. עקב כך, חסרים ההורים הנחיה ברורה המבחינה בין שימוש בכוח מותר לפסול. באותו פסק דין ציין בית-המשפט כי קנדה חתומה על אמנת זכויות הילד משנת 1989, ובהקשר זה נאמר :

"the Convention stands in direct conflict with the state of the law. One wonders how section ... 43 can remain in the Criminal Code in the face of Canada's international commitment. To the extent this paradox might inform any discussion of the constitutionality of the defence, it is not a question likely to be tested by a court, because the party who would have to raise the question ... would be the crown itself

The only personal view I will express is that I think this is an area that begs for legislative ...  
"reform"

(R. v. James [1998] O.J.1438)

ביקורת דומה על סעיף 43 הנ"ל הובעה בפסק-דין נוסף :

I consequently hope that the law makers will see to establish clearer rules, so that parents will " know with some degree of certainty when they are permitted to physically discipline their children; or alternatively, if arliament determines that corporal punishment is no longer tolerable in our society, to then repeal Section 43 of the Code

The current state of uncertainty is inadequate to protect children, while simultaneously, "potentially placing otherwise law abiding parents at risk of obtaining a criminal record

(R. v. J.O.W [1996] O.J. 4061)

לעומת הגישה המקנה להורה הגנה מפני אחריות פלילית אם העניש את ילדו בעונש גופני "סביר", קיימת גישה השוללת מן ההורה סמכות לענישה גופנית כלפי ילדו. גישה זו שמה את הדגש על זכות הילד לכבוד, לשלמות הגוף ולבריאות הנפש. לפי אותה גישה, ענישה גופנית כשיטת חינוך לא רק שאינה משיגה את מטרתה, אלא היא גורמת לנזקים פיזיים ונפשיים לילד, שעלולים להטביע חותמם עליו גם בבגרותו. במאמרים שונים שפורסמו לאחרונה בארצות הברית, עומדים המחברים על הפער שבין ההתייחסות המשפטית, המגלה פעמים רבות סובלנות כלפי ענישה גופנית סבירה שנועדה למטרות חינוך, לבין התייחסותם של בעלי המקצוע בתחום הרפואה, החינוך והפסיכולוגיה, שאינם רואים בה כל תועלת. (ראו : מאמרו הנ"ל של Orentlicher וכן מאמרו הנ"ל של Johnson).

הגישה החינוכית-המקצועית השוללת ענישה גופנית כאמצעי חינוך קיבלה ביטוי במשך השנים בחקיקה של מספר מדינות ובהן שבדיה, פינלנד, דנמרק, נורבגיה, ואוסטריה, אשר אסרו או הגבילו עד מאד את סמכותם של הורים להעניש את ילדיהם בענישה גופנית. (ראו : Douglas. supra, at p. 151; Orentlicher, supra, & Barton 23 at p. 166). ומן הגישות השונות, לטענת ההגנה של המערערת המתבססת על ענישה גופנית לשם חינוך.

המערערת טוענת כי פעלה במסגרת סמכויותיה כהורה, והענישה את ילדיה בעונשים גופניים סבירים כדי לחנכם ולהפכם ממושמצים, שכן כך הבינה את טובתם. לגישת בא-כוחה, יש בכך כדי להוות צידוק חוקי להתנהגותה של המערערת, ולשחררה מאחריות פלילית. האם כך הוא הדבר?

אעיר תחילה, כי טענת ההגנה המבוססת על ענישה גופנית סבירה אינה יכולה לעמוד כנגד מעשי התעללות. כבר עמדתי על כך, שמעשה התעללות הוא בעל תווית של סטייה מוסרית. על כן, לעולם אין צידוק חוקי או צידוק המעוגן בנורמה חברתית מקובלת למעשה התעללות. בהתאם לכך, סבורה אני, כי אם היו מעשיה של המערערת מעשי התעללות, אין היא יכולה לחסות תחת כנפיו של צידוק מן הסוג של ענישה סבירה למטרות חינוכיות.

טענתו של הסניגור רחבה יותר, ולפיה, אין בהפעלת הכוח המיוחסת למרשתו עבירה פלילית כלל. לשיטתי, הדיון בטענת ההגנה, הנסמכת על ההצדקה לענישה גופנית לשם חינוך, רלוונטי לעבירת התקיפה שהמערערת הורשעה בה; דיון זה רלוונטי, איפוא, לשיטתו של מי שסבור כי המעשים שביצעה המערערת בילדיה אינם עולים כדי "מעשה התעללות", אלא מהווים הם שורה של מעשי תקיפה.

24. טענת הסניגור בדבר קיומו של צידוק חוקי להתנהגות המערערת מתבססת על פסיקתו של בית-משפט זה בע"פ 7/53 דלאל ראסי נ' היועה"מ, פ"ד ז 790 (להלן : הלכת ראסי). שם פסק השופט ש' ז' חשין כי :

"במקרה שלפנינו אין חילוקי דעות רציניים בין ב"כ בעלי הדיון, כי אב ומחנך זכאים להעניש קטינים הנתונים למרותם, ואפילו באמצעות עונשי גוף...הורים זכאים להטיל על בניהם עונשי גוף כדי לחנכם בדרך ישרה וללמדם משמעת".

(עמ' 794-793 לפסק-הדין).

באותו פסק-דין הביא בית-המשפט את הלכת המשפט האנגלי בסוגיה זו, כפי שנקבעה בפסק דין R. v. Hopley שצוטט לעיל.

פסק דינו של השופט ש' ז' חשין המנוח באותו עניין, נסמך על הפנייה למשפט המקובל האנגלי, שהיתה קיימת בזמנו בסימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922.

דבריו שימשו בסיס למספר פסקי דין בערכאות נמוכות יותר לאחר שנים. (ראו למשל: ת"פ (ת"א) 570/91 מדינת ישראל נ' אסולין, פ"מ נב(431) 1, מפי השופט א' סטרשנוב).

גישה דומה שמקורה אף הוא במשפט האנגלי, נקטה בפקודת הנזיקין, המעניקה הגנה להורים ולמורים מפני אחריות נזיקית בעוולות של תקיפה וכליאת שווא.

סעיף 24 לפקודת הנזיקין קובע כי בתובענה בגין עוולת התקיפה, תהא זו הגנה לנתבע אם:

"(7) הנתבע הוא הורו או אפוטרופסו או מורהו של התובע, או שהיחס שלו אל התובע דומה לשל הורו או אפוטרופסו או מורהו, והוא ייסר את התובע במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב דרכו".

(הגנה דומה מצויה בסעיף 27(6) לפקודת הנזיקין, לעניין עוולת הכליאה).

סעיף 24(7) הני"ל לפקודת הנזיקין מקורו בנוסח האנגלי של הפקודה משנת 1944. סעיף זה מבטא השקפת עולם המעוגנת בתרבות שעל רקעה צמח. הלכת ראסי של השופט ש' ז' חשין, נפסקה בשנת 1953. היא מבוססת על הלכת המשפט המקובל האנגלי, שההפניה אליו בוטלה מאז, עם חקיקת חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980; עם חלוף הזמן, ניצבת בפנינו השאלה - האם התפיסה עליה מושתתים סעיף 24(7) לפקודת הנזיקין והלכת ראסי, משקפת את עמדתו של המשפט הישראלי הפלילי כיום.

**אעיר תחילה, כי אין בהגנה הקבועה בסעיף 24(7) לפקודת הנזיקין כדי לפטור הורה מאחריות המוטלת עליו לפי דיני העונשין.** על היחס בין ההגנה הקבועה בפקודת הנזיקין לאחריות הפלילית ראו: ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין, (תשמ"ד, כרך א) בעמ' 417-418, הסובר כי אין בהגנות שמקורן בדין האזרחי, כדי להרחיב את מעגל הסייגים לאחריות הפלילית, וכי הביטוי "שלא כדיון" המופיע כרכיב בחלק מהעבירות בחוק העונשין, אינו מתייחס להגנה, להבדיל מאיסור פוזיטיבי הקיים בדין האזרחי. כן ראו לעניין זה: פסק-הדין בעניין שדה אור הני"ל, בפסקה 6 לפסק-הדין; וכן דעתי בע"פ 3779/94 חמדני משה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 7. כשלעצמי, אינני סבורה כי יש בהגנה הקבועה בפקודת הנזיקין כדי להשפיע על שאלת אחריותם של הורים בפלילים, על פי העבירות הנדונות בפנינו. מכל מקום, יש להניח שגם הפרשנות שתיתן להגנה שבפקודת הנזיקין בדבר "הנחיצות הסבירה" להורה לייסר את ילדו תהיה בהתאם להתפתחות הגישות החינוכיות בנות זמננו.

25. הכרעה בשאלת הלגיטימיות של ענישה גופנית כלפי ילדים, מושפעת במידה רבה מהשקפות חברתיות-ערכיות. השקפות אלה נתונות כמובן לשינויים בהתאם להתפתחויות חברתיות ותרבותיות; מה שנראה טוב ונכון בעבר, יכול שלא להיראות כך בהווה. (השוו: י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין דיני הנזיקין- תורת הנזיקין הכללית הני"ל, בעמ' 424, הערת שוליים 13; כן ראו: פסק-הדין בעניין שדה אור הני"ל, בפסקה 7 לפסק-הדין).

פסק-הדין בעניין שדה אור הני"ל משקף את השינויים שחלו בחברה הישראלית בתחום הנושק לעניין שלפנינו. בעוד שבהלכת ראסי משנת 1953 נקבע כי מורים ואנשי חינוך מוסמכים להטיל עונשי גוף "מתונים ומתקבלים את הדעת" על תלמידיהם, הרי בהלכת שדה אור שניתנה זה לא מכבר, נפסק על ידי השופט דורנר, אליה הצטרפו בהסכמה השופטים אור ואנגלרד, בזו הלשון:

"אומנם, בפסק הדין הראשון שדן בסוגיה של ענישה גופנית במסגרת מערכת החינוך - ע"פ 7/53 ראסי נ' היועה"מ, פ"ד ז 790, בעמ' 794-795 - נקבע כי מותרת ענישה גופנית על-ידי מורים ומנהלים. אך מאז ניתן פסק-דין זה חלפו כ-45 שנים, וההשקפה שבוטאה בו, המתירה שימוש באמצעי אלימות לצרכים חינוכיים, אינה הולמת עוד את הנורמות החברתיות המקובלות עלינו...

...על-פי ההשקפות החינוכיות המקובלות כיום, שימוש בכוח למטרות חינוכיות, הוא עצמו מתבל בהשגת אותן מטרות, ככל שמדובר בחינוך לחברה סובלנית ונטולת אלימות גופנית ומילולית... לעניין זה אין חשיבות לגבי חומרתו של העונש הגופני שהופעל כלפי הילד. ככלל, עונש גופני אינו יכול להוות אמצעי לגיטימי בידי מורים, גננות או אנשי חינוך אחרים. תפיסת עולם שגויה בהקשר זה, מסכנת את שלומם של הילדים, ועלולה לפגוע בערכי היסוד של חברתנו - כבוד האדם ושלמות הגוף".

וראו דברי הנשיא ברק בע"פ 4405/94 מדינת ישראל נ' מרבית עבד אלגני, פ"ד מח(5): 192

"אלימות פיזית כלפי תלמיד אסורה היא. מלקות, מכות ומשיכות אוזניים - אין מקומן בבית-הספר. חדר הכיתה הוא מקום הוראה ולא זירת אלימות. גופו של תלמיד ונפשו אינם הפקר. כבודו כאדם נפגע אם מוריו מפעילים כלפיו אלימות פיזית".

**26. דברים אלה, שנאמרו לגבי מורים, גננות ואנשי חינוך, יפים לדעתי גם לעניין הורים, על-אף השוני במעמדם ובזכויותיהם של האחרונים ביחס לילדיהם, לעומת אלה של אנשי חינוך כאמור.**

אכן, זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית. היא מבטאת את הקשר הטבעי בין הורים לילדים. המשפט הישראלי מכיר כמובן בזכויות הוריות אלה. (ראו: ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(235, 221) 1).

**זכותם של ההורים כלפי ילדיהם אינה רק זכות טבעית, היא מעוגנת בחוק. סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962, קובע לאמור:**

"תפקידי ההורים

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום-מגוריו, והסמכות לייצגו."

חוק העונשין מטיל אחריות פלילית בשל אי קיום חובות הורה במסגרת אחריותו לקטין, כקבוע בסעיף 323 לחוק העונשין:

"חובת הורה או אחראי לקטין

הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו או חבלה בגופו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה."

הורים הם האחראים הראשוניים והעיקריים על ילדיהם, והחובות והזכויות שהוענקו להם בחוק, מקנות להם שיקול-דעת כיצד לגדל את ילדיהם ולחנכם.

התפיסה הבסיסית, הן מבחינה משפטית והן מבחינה פסיכולוגית-חינוכית, היא, כי במקרה הרגיל שיקול-דעתם של ההורים הוא אשר מסמל ומגבש באופן הטוב ביותר את החלטות הראויות בגידול ילדיהם. עם זאת, שיקול דעת זה אין פירושו שההורים אוטונומיים לחלוטין בהחלטות לגבי ילדיהם. שיקול דעתם של ההורים מוגבל, וכפוף תמיד לצורכי הילד, לטובתו ולזכויותיו. (ראו: סעיפים 14, 1715 ו-22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962). הזכות של ההורים כלפי ילדיהם נושאת בחובה חובה, היא חובתם הכללית של ההורים לפעול לטובת ילדם ולקבל החלטות המקדמות את טובתו. ובלשונו של פרופ' פ' שיפמן: "זכותם של ההורים שהם - הם ולא אחרים - ימלאו את החובה לגדל את הילד". (פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט, כרך ב) 219).

על רקע זה מקובל שזכויות ההורים לגדל ולחנך את ילדיהם אינן זכויות מוחלטות. יחסיותן מתבטאת בחובת ההורים לדאוג לילד, לטובתו ולזכויותיו.

(ראו: ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(237, 221) 1; כן ראו: דני"א 7015/94 היועה"מ נ' פלונית, פ"ד נ(48) 1, בעמ' 65 מפי השופטת דורנר, ובעמ' 99 מפי השופט מ' חשין).

החוק מטיל חובה על רשויות המדינה להתערב בתא המשפחתי ולהגן על הילד במקרי הצורך, בין היתר מפני הוריו שלו. התפיסה הבסיסית של החוק הינה שהילד אינו רכוש הוריו, ואין הם יכולים לעשות בו ככל העולה על רוחם.

כאשר ההורה אינו מקיים כראוי את חובותיו או משתמש לרעה בשיקול-דעתו או בסמכויותיו ההוריות באופן המסכן או הפוגע בילד, תתערב המדינה ותגן על הקטין. כוחה של המדינה להתערב בתא המשפחתי נובע מחובתה להגן על אלה שאינם מסוגלים להגן על עצמם. (ראו: סעיף 27 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; סעיף 3 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ד-1960; חוק ההגנה על חוסים, תשכ"ו-1966; חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א - 1991 וכן חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981).

בהתאם לתפיסה האמורה, מטיל חוק העונשין, כאמור לעיל, אחריות פלילית על הורה בגין תקיפת ילדו, הזנחתו או התעללות בו. ההגנות העומדות להורים בנסיבות מסוימות מפני תביעות נזיקיות של ילדיהם עקב הפעלת סמכויותיהם ההוריות (סעיף 24(7) לפקודת הנזיקין, וסעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית) אין בהן, כשלעצמן, כדי לפטור מאחריות פלילית מקום שהוכח כי נתקיימו יסודותיה של עבירה, המטילה אחריות כזו על הורים לפי חוק העונשין.

27. מחקרים פסיכולוגיים וחינוכיים מראים כי השימוש בענישה מצד הורים, הגורמת לילדיהם כאב או השפלה, אינו רצוי, ואף עלול להיות מזיק. הסיבות לכך מגוונות: במקרים רבים, ענישה "קלה" מתדרדרת עם הזמן לאלימות קשה יותר, שכן ההורה חש שעליו להגביר את עוצמת העונש על מנת להעביר לילדו את "המסר החינוכי" בו הוא מעוניין; כן מלמדים המחקרים, כי ענישה גופנית שראשיתה למטרות משמעת מתדרדרת להתעללות שיטתית, המסכנת את שלומו של הילד. ענישה הגורמת כאב או השפלה כשיטת חינוך, עלולה לפגוע לא רק בגופו של הקטין אלא גם בנפשו. במקום לעודד אצל הילד משמעת עצמית, עלולה היא לגרום לו נזקים פסיכולוגיים ניכרים: הילד יחוש מושפל, דימויו העצמי ייפגע, ועלולים להיווצר אצלו חרדה וכעס מוגברים; בהיותו של הורה מודל חיקוי לילדו, עלול הילד לסגל לעצמו צורת התנהגות אלימה, באופן שמעגל האלימות ילווה אותו הלאה בחייו, ומקורבן אלימות עלול הוא להפוך בבגרותו לאדם אלים בעצמו. [ב' בטלהיים הורה מתקבל על הדעת (111-129) 1993; Orentlicher, supra, at pp. 155-160; וראו ההפניות שם למחקרים בתחום, בין היתר למחקרו של T. Berry Brazelton ולספרם של M. A. Straus ו-D.A. Johnson (1994) - Beating the Devil out of Them כמו כן ראו מאמרו הנ"ל של Johnson והמחקרים שאליהם הוא מפנה].

בית-המשפט אינו יכול ואינו רשאי לעצום עיניו מפני התפתחויות חברתיות ומהלקחים שהופקו ממחקרים חינוכיים ופסיכולוגיים אשר שינו מן הקצה אל הקצה את ההתייחסות לחינוך תוך שימוש באמצעי ענישה גופניים.

28. מעבר לכך שענישה מכאיבה או משפילה כשיטת חינוך, אינה משיגה את מטרותיה באופן אמיתי וגורמת לילד נזקים גופניים ונפשיים, היא מפרה את זכותם הבסיסית של אוכלוסיית הילדים בחברתנו לכבוד, ולשלמות הנפש והגוף.

בית-המשפט הבוחן את ההיבט הנורמטיבי של התנהגות הורה כלפי ילדו, יביא בגדר שיקוליו את ההתייחסות המשפטית בת זמננו למעמדו של הילד ולזכויותיו. כך במדינות רבות בעולם, וכך גם בישראל בעידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעידן שלאחר הצטרפות ישראל לאמנה בדבר זכויות הילד.

כיום ניתן לקבוע, כי בחברה כשלנו הילד הוא אדם אוטונומי, בעל אינטרסים וזכויות עצמאיות משלו; על החברה מוטלת החובה להגן עליו ועל זכויותיו.

בלשונו של השופט מ' חשין:

"קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש - גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול".

(ע"א 6106/92 פלונית נ' היועה"מ, פ"ד מח(836, 833, 2), פ"ד מח(235, 221, 4).

לעניין זכויותיו של הילד וטיבן ראו גם דבריו של הנשיא שמגר בע"א 2266/93 הנ"ל:

"מושג 'זכויות הילד' מורה לנו כי לילד נתונים זכויות. מושג 'זכויות הילד' הוא בגדר פריסת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטוייה בהכרה בזכויותיו ובכך שמכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו".

(עמ' 253-254 לפסק הדין).

(ראו גם דבריה של השופטת שטרסברג-כהן באותו פסק-דין, בעמ' 267. זאת, מבלי שאביע דעתי לגבי המחלוקת שנפלה בין חבריי בעניין שהיה לפנייה, ואשר איננו משליך ישירות על ענייננו. וכן ראו: דנ"א 7015/94 הנ"ל, בעמ' 100 מפי השופט מ' חשין).

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר העלה את מעמדו של כבוד האדם לדרגה חוקתית עלחוקית, משמש אף הוא מקור חשוב לענייננו. הוא מקנה תוקף מחייב לכבוד ולהגנה שעל החברה לספק לחלשים ולחסרי הישע שבתוכה, וביניהם קטינים הנופלים קורבן לאלימות מצד הוריהם. על זכויותיו של קטין לפי חוק היסוד נאמר מפי הנשיא ברק:

"במרכזו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עומד 'האדם'... 'באשר הוא אדם'. על כן מוענקות הזכויות לאדם הבגיר ולאדם הקטין".

א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג) 435).

לעניין השפעתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על המדיניות המשפטית הראוייה ביחס לשימוש באלימות כלפי ילדים מצד הוריהם, יפים דבריו של השופט ח' כהן במאמרו "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה - עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היובל (תשנ"ד) 9:

"ואולם דומני כי בעקבות חוק-היסוד ייטיב המחוקק עשות אם יעיין מחדש בכמה מן ההיתרים המצויים עתה בחוק, שמא רחבים הם יתר על המידה. הדברים אמורים במיוחד לענין זכותם של הורים ומורים לפגוע בגוף ילדיהם או תלמידיהם 'במידת הנחיצות הסבירה למען ייטיב (הנפגע) דרכו'... זכות ההגנה על גופו שחוקהיסוד מעניק לכל אדם בגיר, צריכה, מקל חומר, להיות מנת חלקו של הקטין: לא רק משום שזה מסוגל גם בעצמו להגן על גופו וזה אינו מסוגל, אלא משום ששלומם וטובתם של ילדים הוא אחד הערכים הגדולים של המדינה - הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית".

(עמ' 31-30).

התפיסה המכירה בזכויות הילד להגנה על שלמות גופו ונפשו, קיבלה את ביטוייה המובהק באמנה בדבר זכויות הילד שאושרה בישראל ביום 4.8.91 ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 2.11.91. האמנה אוסרת באופן מפורש על שימוש באלימות גופנית או נפשית כלפי ילדים, ומחייבת את המדינות לנקוט אמצעים למניעת אלימות כלפי ילדים. כך קובע סעיף 19(1) לאמנה, בתרגומה הרשמי לעברית:

"המדינות החברות ינקטו אמצעים תחיקתיים, מינהליים, חברתיים וחינוכיים מתאימים, על מנת להגן על הילד מפני אלימות גופנית או נפשית לסוגיהן, ומפני חבלה, פציעה או שימוש לרעה, הזנחה או טיפול רשלני, ניצול או התעללות...שעה שהוא נתון בטיפול הורים, אפוטרופסים חוקיים או אדם אחר המופקד על הטיפול בו".

(כ"א 221, 31, בעמ' 230).

29. 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, כך גם כאשר ההורה מאמין בתום לב שמפעיל הוא את חובתו וזכותו לחינוך ילדו. הילד תלוי בהורה, זקוק לאהבתו, להגנתו ולמגעו הרך. הפעלת ענישה הגורמת לכאב ולהשפלה אינה תורמת לאישיותו של הילד ולחינוכו, אלא פוגעת באזכויותיו כאדם. היא פוגעת בגופו, ברגשותיו, בכבודו ובהתפתחותו התקינה. היא מרחיקה אותנו משאיפתנו לחברה נקיה מאלימות. אשר על כן, נדע כי שימוש מצד הורים בעונשים גופניים או באמצעים המבזים ומשפילים את הילד כשיטת חינוך, הינו אסור בחברתנו כיום.

תימוכין לגישה זו, ביחס לאחריות הפלילית של הורה הפוגע בילדו לשם "חינוך", ניתן למצוא באי קבלתו של סעיף 49(5) להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וכללי), תשנ"ב-1992. לפי הנוסח אשר הוצע לסעיף 49 הנ"ל שכותרתו "צידוק", לא היה נושא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה, אם:

"(5) עשהו לשם חינוך של קטין הנתון למרותו, ובלבד שלא חרג מן הסביר".

[ראו: הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, בעמ' 137]

בין הקריאה הראשונה לבין הקריאה השניה והשלישית של הצעת החוק בכנסת, הושמט סעיף 49(5) הנ"ל, ולא היווה חלק מתיקון חוק העונשין כפי שהתקבל. וכך הסבירה ח"כ יעל דיין את גישתה בנושא, בעת הדיון בקריאה השניה והשלישית של ההצעה במליאת הכנסת.

"בחברה שלנו, שיש בה התעללות בילדים, שיש בה אלימות נגד חלשים, שיש בה אלימות נגד חסרי ישע, שיש בה אלימות בכוח מרות, גם במשפחה, ובעיקר במשפחה, לפעמים איננו יכולים לסמוך על ה"סביר". איננו יודעים מה זה "סביר"... אחד רואה את החינוך בשלוש סטירות לחי, אחר רואה אותו בכוויות מכה או במכשיר, ואחר רואה את זה בכליאה. אסור בכלל להכניס כאן נורמות ביניים כלשהן, משום שזה צריך להיות חד משמעי - לא תופעל אלימות ולא יופעל שום אמצעי של כפייה על קטין או על מישהו שנמצא תחת מרות או סמכות או אפוטרופסות של מישהו".

(דברי הכנסת, 25.7.94, בעמ' 9847-9848).

30. יטען הטוען כי בקביעתנו זו, גוזרים אנו על הציבור גזירה שלא יוכל לעמוד בה, שהרי בקרבנו מצויים הורים לא מעטים, העושים שימוש בכוח שאינו מוגזם כלפי ילדיהם (כגון- מכה קלה בישבן או על כף היד),



כדי לחנכם ולתת בהם משמעת. האם נאמר כי הורים אלה עבריינים הם? (ראו: דברי ח"כ דן מרידור בדברי הכנסת, 25.7.94, בעמ' 9842-9843; וכן ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ב). 497-498).

התשובה הראויה היא כי במצב המשפטי, החברתי והחינוכי שבו אנו נתונים, אין להתפשר על חשבון סיכון שלומם ושלמותם של קטינים. יש גם להביא בחשבון, שאנו חיים בחברה בה האלימות פושה כנגד; **היתר לאלימות "קלה" עלול להידרדר לאלימות שחומרתה רבה**. אין לסכן את שלמות גופו ונפשו של קטין בענישה גופנית כל-שהיא; אמת המידה הראויה צריכה להיות ברורה וחד משמעית, **והמסר הוא כי אין ענישה גופנית מותרת**.

**אין לשכוח, עם זאת, כי להורה עומדות ההגנות הקבועות בחוק העונשין, הקבועות סייגים לאחריות פלילית בנסיבות מתאימות, ובהן יכללו כל אותם מקרים של שימוש בכוח לצורך הגנה על גופו של הקטין או של אחרים**. בסייגים המוכרים לפטור מאחריות פלילית יש, לגישתי, כדי לבטא הבחנה הולמת בין שימוש בכוח בידי הורים למטרות של "ענישה חינוכית" שפסולה היא ואף אסורה, לבין שימוש סביר בכוח שנועד למנוע נזק לילד עצמו או לזולתו, או לאפשר קיום מגע קל, גם אם תקיף, בגופו של ילד לשם שמירה על הסדר.

בנוסף, **קיימות בדין הפלילי "מסננות" מספיקות, על מנת שמקרים קלי ערך, לא ייכנסו לגידרו**. כך למשל ניתן בידי התביעה שיקול-דעת שלא להעמיד לדין בהעדר עניין לציבור (סעיף 56 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב התשמ"ב-1982]); כן מצויה בדין הפלילי הגנת "זוטי דברים" (סעיף 34 לחוק העונשין), שאף בה יש כדי למנוע הטלת אחריות פלילית בשל שימוש בכוח קל ערך של הורה כלפי ילדו.

זאת ועוד. בדרך כלל, מעשה שאדם בעל מזג רגיל לא היה בא בתלונה עליו איננו מהווה יסוד לאחריות פלילית. לכן, לדוגמה, לא כל נגיעה שגרתית של אדם בזולתו תגרור הטלת אחריות פלילית על מבצעה, גם אם תיכנס היא, לכאורה, בגדר יסודותיה הפורמליים של עבירת התקיפה. **מובן שיחסי הורה-ילד כרוכים במגע פיזי מתמיד, ועל כן מגע פיזי שגרתית בין הורה לילדו לא יהווה בסיס לעבירה פלילית**.

לגישתי, ניתן לסמוך על המסננות שהזכרתי, שבאמצעותן לא תוטל אחריות פלילית על הורה במקרים קלי ערך שאינם מצדיקים אכיפה במסגרת דיני העונשין.

מן הכלל אל הפרט

31. במקרה שלפנינו, הכאת המערערת את ילדיה לא היתה הכאה חד פעמית קלת ערך שאינה עוברת את סף הזוטות, אלא דפוס התנהגות מתמשך, אשר יצר אוירת מתח ואלימות שיטתית בבית. הקטינים הוכו מכות כואבות בשל דברים של מה בכך, עד שהאלימות הפכה לחלק בלתי נפרד מחייהם. אותותיהם של מעשי המערערת ניתנו בגופם של הילדים ובנפשם הרכה. מאמינה אני למערערת כי חשה היא אהבה כלפי ילדיה; אך בכך אין כדי לשנות את העובדה כי מעשי האלימות שביצעה בילדיה פסולים ואסורים הם. טענתה כי הדבר נעשה לטובתם למען יטיבו דרכיהם, עומדת בניגוד לערכי היסוד של חברתנו בדבר כבוד האדם ושלמות גופו ונפשו של הקטין. **גם טענתה של המערערת לפיה התנהגות ילדיה פרועה, והיא מגדלת אותם לבדה ונאלצת להתמודד בכוחות עצמה עם קשיי החיים, אין בה כדי להצדיק אלימות שיטתית נגד הקטינים**. על כן, צדק בית המשפט קמא בקובעו כי לא קם צידוק חוקי למעשי המערערת שיש בו כדי לפוטר מאחריות פלילית. אשר על כן, ומכל הטעמים שפורטו לעיל, דין הערעור על ההרשעה להידחות.

32. המערערת ערערה לחלופין על העונש שנגזר עליה - שנים-עשר חודשי מאסר על תנאי, אותם תרצה אם תעבור תוך שלוש שנים מיום גזר הדין כל עבירה של אלימות, שהינה בגדר פשע לפי חוק העונשין, וכן לגבי העבירה שבה הורשעה בתיק זה.

השופטת של בית משפט קמא הורתה בגזר דינה, כי המערערת תועמד בפיקוח שירות המבחן למשך שמונה-עשר חודשים, וקצינת המבחן תדווח לבית המשפט על התקדמות הטיפול אחת לשלושה חודשים.

בעת הדיון לפנינו, הודיעה לנו קצינת המבחן, כי שירות המבחן פנה לבית המשפט המחוזי לבטל את המבחן, משום שבאותו שלב המערערת לא שיתפה פעולה, כאשר מטרת המבחן היתה לשפר את תפקודה ההורי. מהצהרותיה של המערערת בעת הדיון בפנינו, עלה ספק אם יכולה היא לעמוד בהתחייבות כלפי שירות המבחן.

בנסיבות אלה נראה כי ראוי לשקול מחדש מהו העונש האפקטיבי שניתן לגזור על המערערת. חלף זמן רב מאז החלו ההליכים, ומן הראוי לקבל תמונת מצב מעודכנת ביחס למצב המערערת לצורך הכרעה בעניין גזר דינה. לפיכך, בטרם ננקוט עמדה ביחס לערעור על גזר-הדין שהושת על המערערת, נבקש לקבל בתוך ארבעים וחמישה יום תסקיר מעודכן של שירות המבחן ביחס לאפשרויות הפיקוח על המערערת.

אשר על כן, אנו דוחים את הערעור ביחס להרשעת המערערת. פסק-דיננו לעניין גזר הדין יינתן לאחר קבלת תסקיר מעודכן כאמור לעיל.

הנשיא א' ברק

**השופט י' אנגלרד**

1. מסכים אני עם חברתי, השופטת ד' ביניש, כי בדין הורשעה המערערת בתקיפת ילדיה, עבירה לפי סעיף 379 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. בנסיבות המקרה הנדון, דרכי הענישה האלימות, שננקטו על ידי האם כלפי הילדים, לא היו סבירות וגם לא היו בגדר זוטי דברים.

2. לעומת זאת, קשה עליי הרשעתה של המערערת בעבירת ההתעללות, עבירה לפי סעיף 368 לחוק העונשין. גם חברתי, השופטת ד' ביניש, הרחיבה את הדיבור על הבעיות שהמונח "התעללות" מעורר בהקשר הפלילי. היא מצביעה על כך כי המשמעות הלשונית, שעל פי המילון היא "התנהגות קשה ואכזרית; יחס בלתי אנושי", אינה מבטאת בהכרח את המשמעות המשפטית, ולפיכך אין להסתפק בהגדרה הלשונית בלבד. לטעמה, יש לשאוב את המשמעות המשפטית של המונח מתכלית החוק "ותוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי".

3. הבעיה העקרונית המוחשית, עליה עמדה חברתי, היא מהו המבדיל בין עבירת ההתעללות לבין עבירת התקיפה והיכן עובר הגבול ביניהן. ביתר דיוק, השאלה היא מהם היסודות הנוספים, במקרה של התעללות גופנית, להבדיל מהתעללות נפשית או מינית, הדרושים כדי להפוך עבירת תקיפת קטין או חסר ישע, עבירה לפי סעיף 368 או סעיף 382(ב) לחוק העונשין, לעבירת התעללות בהם.

4. לאחר שחברתי, השופטת ד' ביניש, ציינה כי התשובה לשאלה הנזכרת אינה פשוטה, היא פרשה יריעה רחבה כדי לאפיין את הממד המיוחד של עבירת ההתעללות. במסגרת זו היא פתחה בכך "כי התעללות, והתעללות גופנית-פיזית בגדרה, התייחסה למקרים שמחמת אופים וטבעם המצפון והרגש אינם מאפשרים להתייחס אליהם כאל מקרי תקיפה בלבד". והיא המשיכה בקובעה כי:

היותה של ההתעללות התנהגות הכוללת אכזריות, הטלת אימה או השפלה...מקנה לה את התווית הסטיגמטית הבלתי מוסרית, שאינה נלווית בהכרח לכל מעשה עבירה, הכרוך בהפעלת כוח.

עם זאת, קבעה חברתי, כי אין היא מתיימרת ליתן הגדרה כוללת וכי תסתפק בהצגת יסודות העבירה והתכונות המאפיינות מקרים של התעללות גופנית.

5. בין המאפיינים האלה מצויים הפעלת כוח או אמצעי פיזי כלפי גופו של הקורבן, במישרין או בעקיפין, הנעשים באופן ובמידה שעלולים לגרום נזק או סבל פיזי-גופני או נפשי-רגשי, או שניהם. ובהקשר לכך היא ציינה:

אף שגרימת נזק בפועל אינה יסוד מיסודות עבירת ההתעללות, הרי ברור שהוכחת נזק פיזי או נפשי לקורבן עשויה לשמש כלי ראייתי כדי להוכיח את התקיימותו של הפוטנציאל לסבל ולנזק ואת החומרה או החרג שבמעשה המהווה, על פי הנטען, התעללות.

בהקשר זה היא ציינה כי:

נקודת המבט המכריעה לצורך קביעת התקיימותה של התנהגות העולה כדי עבירת התעללות היא זו של המתבונן מן הצד, קרי נקודת המבט האובייקטיבית הבוחנת את התנהגותו של המתעלל כלפי הקורבן.

6. כאן עברה חברתי למנות את המאפיינים, על אף שאין הם מהווים, לדבריה, רשימה ממצה או סגורה. ואלה הם: ראשית, סדרה מתמשכת של מעשים או מחדלים, כאשר יתכן שכל מעשה (או מחדל) בשרשרת ההתעללות, לא ישא אופי אכזרי או משפיל. עם זאת הצטברות המעשים או המחדלים והתמשכותם על פני זמן, הם שיביאו לדרגת חומרה, לאכזריות, להשפלה ולביזוי או להטלת אימה, שיקימו התעללות. שנית, תכונות אלה של אכזריות, הטלת פחד ואימה, השפלה או ביזוי יכולות להתקיים גם במעשה חד פעמי. שלישית, מעשים שנועדו להטלת מרות, להפחדה, לענישה או לסחיטה. רביעית, הימצאותו של המתעלל בעמדת כוח או מרות כלפי קורבנו, באופן שהקורבן מצוי בעמדת נחיתות וחוסר אונים ללא יכולת להגן על עצמו, כלומר מאפיין של פער כוחות.

7. באשר ליסוד הנפשי, ציינה חברתי, שמאחר שעבירה לפי סעיף 368 היא עבירה התנהגותית, הרי המחשבה הפלילית הנדרשת, כמשמעותה בסעיף 20(א) לחוק העונשין, היא המודעות לטיב ההתנהגות ולקיום הנסיבות הרלוונטיות הקבועות בעבירה הנדונה.

8. לאחר תיאור המאפיינים של היסוד העובדתי של עבירת ההתעללות ולאחר ציון יסוד המחשבה הפלילית של עבירה זו, עברה חברתי לנסיבות המקרה שלפנינו.

וכך אמרה:

הקטינים הוכו על ידי המערערת בשנים 1994-1995. במקומות שונים בגופם (ראש, עורף, ידיים, ישבן) לעתים באמצעות כפף, לעתים בזריקת נעליים. **אין מדובר באקט חד פעמי אלא בדפוס התנהגות אלים מתמשך.** הכאתם של הקטינים בידי המערערת נעשתה בתדירות ובאופן שיטתי, עד כי הקטינים, שהיו נתונים לשליטתה, הפנימו את "תורתה" לפיה יש קשר בין התנהגותם לבין הפעלת אלימות נגדם.

והיא ממשיכה:

יתכן שכל הכאה במסכת ההכאות לא היתה, כשלעצמה, אכזרית. עם זאת, **שיטתיות המכות; התמשכותן על פני זמן והתדירות** בה חוו הקטינים אלימות מצד אמם; הכאתם באמצעות חפץ כמו כפף; וכך **אוירת הטרור והמרות הנוקשה אשר שררה בבית,** כשעניינים של מה בכך גררו אחריהם הכאה גופנית כואבת, תוך פרצי זעם - מצביעים על כך שלפנינו התנהגות אכזרית של האם כלפי ילדיה, תוך ביזוי כבודם, בראותה אותם כרכוש בו היא יכולה לנהוג כחפצה.

כן ציינה:

באלימות שהפעילה המערערת כנגד הקטינים היה משום פוטנציאל לנזק ואף מעבר לכך, שהרי הגננות הבחינו בסימני מכות על גופם של [הקטינים], ואף העידו על הרתיעה והפחד ששלטו בקטינים בעת שהתקרבו לאחד מהם, רתיעה המצביעה **על מצבם הנפשי כילדים מוכים.**

9. עם זאת, מצוין בחוות דעתה של חברתי כי "יתכן שהמערערת לא התכוונה לגרום נזק לילדיה". אולם, לדבריה, היעדר כוונה להתעלל או כוונה לגרום נזק מצד המערערת, אינו רלוונטי לצורך התקיימות העבירה לפי סעיף 368 לחוק העונשין. במקום אחר קבעה חברתי כי היא מאמינה שהמערערת חשה אהבה כלפי ילדיה, "אך בכך אין כדי לשנות את העובדה כי מעשי האלימות שביצעה בילדיה פסולים ואסורים".

10. לפני שאנתח מקרוב את גישתה של חברתי, השופטת ד' ביניש, ברצוני להקדים מספר הערות עקרוניות. **בעיני יש חשיבות מכרעת לעקרון החוקיות בפלילים,** כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק העונשין. היבט נוסף של עיקרון זה הוא כלל הפרשנות, הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין, לפיו "אם ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". על פי עקרון החוקיות, **מן הראוי כי היסוד העובדתי בעבירות יוגדר בבירור, ככל האפשר, כך שהכפוף לסנקציה הפלילית ידע מראש את תחומי האסור והמותר. לכן, יש להימנע, ככל האפשר, מהגדרות סתמיות, שמשמעותן אינה ברורה.**

11. יצוין, כי במשפט של ארצות הברית נוהגים בתי המשפט לפסול, מטעמים חוקתיים של הליך הוגן (due process הוראות בחוקים פליליים על יסוד סתמיות) (vagueness) בהקשר של שלום הילדים ראה, למשל, את פסק הדין, (Wyo, 1963) 2d 967, 384 State v. Gallegos, שבו קובע בית המשפט העליון של מדינת ויומינג, לאחר פירוט העקרונות הדורשים מסוימות בחוקים פליליים, את הדברים הבאים:

Section...a part of the child protection act, declares it is the policy of the act to protect children from all types of abuse which jeopardize their health, welfare or morals. Without doubt statutes directed to that end are essential for the safeguarding of youth and for the preservation of health and moral standards. However, criminal statutes cannot be couched in terms so vague (and indefinite as to deny due process to an accused. (p. 968

הסוגיה של חוקיות הוראה פלילית, הלוקה בסתמיות, לא עלתה בפנינו, ולכן לא אנקוט בה עמדה כלשהי לגבי משפטנו. אתמקד בשאלת פרשנותה של הוראה מעין זו. דעתי היא כי מן הראוי לנקוט דרך פרשנות, אשר תרפא את פגם הסתמיות עד כמה שניתן. עקרון פרשנות זה, עולה לדעתי הן מעקרון החוקיות הקבוע בסעיף 1 לחוק העונשין הן מעקרון הפרשנות המקלה הקבוע בסעיף 34כא לחוק העונשין. יצוין, כי גם בארצות הברית קיים עיקרון פרשני מעין זה, תחת הכינוי "עקרון החסד" (rule of lenity). ראה בהקשר זה re S.K 564 A.2d 1382 (D.C. App. 1989 In):

The statute under which the alleged [child] abuser is charged must sufficiently apprise him or her of what is prohibited...If that statute is ambiguous, it is strictly construed, for the rule of (lenity applies. (p. 1388

13. מה טיבו של המונח "התעללות"? מקורו בתנ"ך: ראשיתו בתורה בספר שמות י, ב "את אשר התעללתי במצרים" (ראה אבן עזרא, על אתר "ודברה תורה כלשון בני אדם לומר התעללתי כאדם משנה התולדת

[=הטבע] להנקם מאחר"); וראה גם שמואל א' ו, ו"ל...הלוא כאשר התעלל בהם וישלחום וילכו"; וכן בספר במדבר כב, כט "ויאמר בלעם לאתון כי התעללת בי, לו יש חרב בידי כי עתה הרגתיך". בנביאים ראשונים: שופטים יט, כה "ולא אבו האנשים לשמע לו ויחזק האיש בפלגשו ויצא עליהם החוץ, וידעו אותה ויתעללו בה כל הלילה עד הבוקר וישלחוה בעלות השחר"; וכן שמואל א' לא, ד "ויאמר שאול לנשא כליו שלף חרבך ודקרני בה פן יבואו הערלים האלה ודקרנו ויתעללו בי...". ועוד בתנ"ך: דברי הימים א' י, ד; ירמיהו לח, יט "ויאמר מלך צדקיהו אל ירמיהו אני דאג את היהודים אשר נפלו אל הכשדים פן יתנו אתי בידם והתעללו בי".

14. לפי מפרשי התנ"ך "התעללות" היא מעשי שחוק, גנאי, ביזיון, נקמה, אכזריות, תעתוע והשפלה.. לפי מילון בן יהודה מי שהתעלל בפלוני "עשה לו מעשים רעים, קשים, באיבה, בבזיון". וברוך דברים אלה, נאמר במילון אבן שושן, אשר צוטט על ידי חברתי, השופטת ד' ביניש, כי התעללות היא "התנהגות קשה ואכזרית; יחס בלתי אנושי".

15. אולם, לדעת חברתי, כאמור, המשמעות הלשונית אינה מבטאת בהכרח את המשמעות המשפטית. לכן אין היא מוכנה להסתפק בהגדרה הלשונית בלבד כדי לקבוע מהו מעשה התעללות ויש לפרש את המושג, לטעמה, על פי תכלית החוק תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי. מה, אם כן, לטעמה, משמעות המושג, כפי שהיא עולה מדבריה המובאים לעיל? נקודת המוצא שלה היא כי אין ליתן הגדרה כוללת, אלא די בהצגת יסודות העבירה והתכונות המאפיינות את המקרים של התעללות גופנית. כלומר, אפשר להעניק תוכן לעבירת התעללות תוך צעידה ממקרה למקרה. לפי גישתה, הכלים אשר יאפשרו להבחין בין מקרי תקיפה סתם לבין מקרי התעללות הם המצפון והרגש של הבורח את המעשים. נקודת מוצא זו אינה מקובלת עליי. כאמור, עקרון החוקיות מחייב כי העבירה תוגדר מראש בהגדרה כוללת ככל שניתן, והרעיון כי המצפון והרגש יגדירו לאחר המעשה את אופיו הפלילי אינו מתיישב עם הכלל ש"אין עונשין אלא אם כן מזהירין" (סנהדרין נו ב).

16. עם זאת, כמובא לעיל, חברתי מצביעה על מספר סממנים אופייניים להתנהגות המהווה התעללות, אם כי תוך הדגשה כי אינם מהווים רשימה ממצה או סגורה. ראשון בין המאפיינים של התעללות גופנית הוא קיום סדרה מתמשכת של מעשים או מחדלים. לדבריה, יתכן שכל מעשה, כשלעצמו, לא ישא אופי אכזרי או משפיל. "עם זאת הצטברות המעשים (או המחדלים) והתמשכותם על פני זמן הם שיביאו לדרגת חומרה ולאכזריות, להשפלה ולביזוי או להטלת אימה שיקימו התעללות". בהנחה שאכן הצטברות המעשים והתמשכותם יכולות להפוך את ההתנהגות לאכזרית ולמשפילה, שאלה היא מהי מידת ההצטברות וההתמשכות שתביא את ההתנהגות לגדרי התעללות. כלומר, מה מידת התכיפות הדרושה לשם כך? שאלה זו מצביעה, שוב, על גורם אי וודאות, שאינו רצוי במסגרת החוק הפלילי.

17. כיצד התמודדה הפסיקה עם סתמיותו של מושג התעללות? השימוש הראשון במושג "התעללות" נעשה בעבירת שררה כלפי פקודים, עבירה לפי תקנה 87 לחוקת השיפוט תש"ח. המדובר בשימוש לרעה בסמכותו או בדרגתו של חייל כלפי פקודיו, בה אחת הנסיבות המחמירות היא התעללות כלפי הפקוד. בע/209/55 התובע הצבאי הראשי נ' רבי"ט נחמד, פסקי-דין נבחרים של בית הדין הצבאי העליון בשבתו כבית הדין לערעורים (1954-1955, כרך ב') 614, מפנה בית הדין הצבאי העליון לע/224/54, שבו נאמר:

לצרכי הקביעה אם העבירה היתה מלווה התעללות או לאו אין נפקא מינה אם מעשה השררה שהתבטא בהכאות פקוד מתגלם במכה אחת ויחידה או במספר פגיעות בגופו של הפקוד. המבחן הנכון לשיקולים בנקודה זו אינו קנה מידה כמותי של המכות או הפגיעות שספג הפקוד אלא המסיבות, הדרך והצורה של אותן הפגיעות.

בע/4/52 התובע בצבאי הראשי נ' סרן טימור פסקי-דין נבחרים (1951-1953, כרך א') 181, בעמוד 187 כותב בית הדין העליון:

אין אנו מקבלים את טענת התביעה כי המעשה של המשיב היה מלווה בהתעללות. לא הוכח כי המשיב פעל לשם סידור חשבון אישי או בצורה שמראה שרצה להשפיל את טוראי ל.. בפני חבריו או להכאיב לו במיוחד. חוקת השיפוט הוחלפה בחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו-1955. בחוק מופיעה עבירת התעללות בסעיף 65. הוראה זו כללה בתוכה מספר חלופות, שאחת מהן היא עצם הכאת חייל נמוך בדרגה. בע/152/78 סגן משנה אהרון נ' התובע הצבאי הראשי, פסקי-דין נבחרים (1978, כרך א') 200, קובע בית הדין:

הפסיקה קבעה כי אין לסייג את החלופה השלישית [של סעיף 65(א) "או שהתעלל בהם אחרת"] לפגיעה גופנית דווקא, וכי תתכן עבירה של התעללות (לפי חלופה זו) על ידי פגיעה בכבודו של החייל, ביזוי או השפלתו. כן נקבע כי המבחן אם המעשה הוא בגדר התעללות אם לאו, הוא אובייקטיבי. הווה אומר, אין צורך להוכיח כי המפקד התכוין לפגוע בכבודו של פקודו. די בכך אם מבחינה אובייקטיבית עשויה התנהגותו כלפי החייל להתפרש באופן כזה.

ובהמשך אומר בית הדין:

בפסקי דין אחרים...נקבע כי התעללות יכולה לבוא לידי ביטוי על ידי מעשים שיש בהם כדי "להשפיל" את החייל או "במטרה להכאיב לו".

18. העיון בפסיקה הצבאית מעלה, כי בעוד שהשופטים היו בדעה כי במעשה ההתעללות, שאינו מוגדר כהכאת חייל נמוך בדרגה או אדם הנמצא במשמורת, חייב להתקיים מבחינה אובייקטיבית ממד של השפלה, הרי נחלקו דעותיהם לגבי היסוד הנפשי. היו בין השופטים שגרסו כי תנאי הוא שיתקיים גם יסוד של כוונה להשפיל. אולם רוב השופטים סברו כי די באופי המשפיל מבחינה אובייקטיבית ללא צורך ביסוד של כוונה. ראה ע/290/58 התובע הצבאי הראשי נ' סרן גד ואח', פסקי-דין נבחרים (63, 57 (1959); ע/156/70 סגן מאיר נ' התובע הצבאי הראשי, התובע הצבאי הראשי נ' סגן מאיר ואח', פסקי-דין נבחרים (280, 291 (1970); ע/152/78 הנ"ל בעמוד 203 ומנגד ע/143/72 התובע הצבאי הראשי נ' סגן יוסף, פסקי-דין נבחרים (198) 194, (1972); ע/85/62 סמל בראון נ' התובע הצבאי הראשי, פסקי-דין נבחרים (180, 185 (1962).

19. אעבור כעת לפסיקה של בתי המשפט האזרחיים בנושא ההתעללות. אפרט תחילה את היסודות העובדתיים של עבירת ההתעללות לפי סעיף 368 לחוק העונשין כפי שהם עולים מתוך פסקי הדין.

כך נכתב בע"פ 295/94 חכמוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם):

אין מחלוקת כי המערער גזז את שערות ראשה של בת זקוניו, ילדה בת 12 תוך שהוא מפעיל כנגדה כוח במהלך הגזיזה ופוצע את גולגלתה...תופעה זו, יש שתלבש צורה של אלימות קשה, יש שהיא תמצא ביטוייה בכליאת הילד ושלילת חירותו ויש שהיא מופגנת במעשה אומלל, מביש ונפשע כמעשהו של המערער.

השופט ג' בך, תיאר מעשי התעללות בע"פ 3958/94 פלונית נ' מדינת ישראל (לא פורסם):

המדובר, בין היתר, בהכאה קשה של הבנים, לעתים באמצעות כלים כגון מקל או חגורה, בנשיכתם, בצביטתם, ובהטחת ראשם בקיר, וכן בהטלת עונשים בלתי סבירים עליהם. המעשה החמור ביותר התבטא בכך, שהמערער הסבה לאחד הבנים חבלה חמורה בכך שחיממה סכין ובעודה לוחטת גרמה באמצעותה כוויות בכפות ידיו של הילד. לכך עוד התווספו מעשי התעללות נפשיים שונים...

ובע"פ 7861/96 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) צויין כי:

...המערער נהג לכנס את ילדיו בסלון ביחד, להשפיל ולהעליב את האם בנוכחותם, ולאיים כי אם האם תתלונן ירצח אותה. המערער נהג לנעול את הילדים בחדרם למשך יום שלם. פעם הוא נכנס לחדרה של בתו וירק עליה. פעם אחרת גזז את פאת בנו בניגוד לרצון הבן. כן הוא סטר לבנו והקניט אותו בנוכחות ילדים אחרים ובעט בו ברגליו. הוא היכה בן אחר שלו בפניו עם קלטת וידאו וזרק עליו נעל.

וכך קבע חברי השופט יי קדמי בע"פ 3754/97 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם):

...המכות שהיכה האב - ללא רחם - בבנותיו, לא גרמו לאף אחת מהן לשברים או לחבלות באברי גוף פנימיים. ברם, - די בתיאור אופן של המכות ושל הסימנים הפיסיים שאלה הותירו אחריהם, כדי לתת ביטוי לעוצמתן ולחומרתן; והצלקות הנפשיות - לרבות הפחדים, החששות והסיוטים - שאלה הותירו, מטבע הדברים, בנפשותיהן של המוכות מי ישורן.

ובע"פ 3783/98, ע"פ 3796/98 פלוני נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד (טרם פורסם) תיאר בית המשפט את המעשים אשר הביאו להרשעת האב בהתעללות:

...מדי פעם היכה מי מהן בחגורה צבאית העטורה באבזמי ברזל, או במטאטא או בקולב וכן באמצעות אגרופים, בעיטות וכיוצא באלה. מדי פעם ספגו חבלות כתוצאה מהתקיפות...הוא הכשיר את חדר המגורים בדירה למגוריו בלבד...הוא מנע מהן צורכי חיים בסיסיים, לרבות מזון ושימוש בחשמל. הוא הרבה לגדף את אשתו ובנותיו ולכנותן בכינויים משפילים.

20. מן הפסיקה עולה כי במקרים שבהם הרשיעו בעבירת התעללות גופנית התקיימה אלימות קשה ואכזרית כלפי הקרבן שהיתה בה גם משום השפלתו. **לטעמי, מן הראוי להגדיר ברוח זו את היסוד העובדתי של התעללות גופנית, דהיינו, מעשים של אלימות קשה ואכזרית שיש בהם כדי להשפיל את הקרבן ולבזותו. הגדרה זו תואמת את המשמעות המילולית של המונח התעללות, ואיני רואה סיבה כלשהי לסטות מן המשמעות הזאת.**

21. הדרישה כי בהתעללות גופנית חייבים להתקיים מעשים שיש בהם חומרה מיוחדת, המתבטאת באלימות אכזרית ומשפילה, תואמת גם את תפיסת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בדירוג העונשים בשל העבירות השונות הנוגעות לקטינים ולחסרי ישע. כך, בהוראות סעיף 368 לחוק העונשין, דינו של התוקף קטין או חסר ישע וגורם לו חבלה של ממש - דינו - מאסר חמש שנים. היה התוקף אחראי על הקטין או על חסר הישע, דינו - מאסר שבע שנים. אם נגרמה להם חבלה חמורה, והתוקף היה אחראי עליהם, דינו - מאסר תשע שנים. והנה, דינו של העושה מעשה התעללות גופנית (נפשית או מינית) בקטין או בחסר ישע שהוא אחראי עליו, דינו גם הוא - תשע שנים. **נמצא, כי המחוקק דימה את המתעלל לתוקף הגורם חבלה חמורה**

דווקא. לכן, הקשר הדברים מחייב כי יש לצמצם את עבירת ההתעללות הגופנית למעשים שיש בהם חומרה מיוחדת, כלומר, באלימות בעלת אופי אכזרי ומשפיל, העשויה לגרום לקרבן סבל מיוחד.

22. מסקנה זו מביאה אותי לשאלה, האם עבירת ההתעללות היא אמנם עבירה התנהגותית גרידא - כדעת חברתי השופטת ד' בייניש וכדעת שופטים אחרים בבית משפט זה - או שמא היא עבירה תוצאתית. התשובה לשאלה זו משליכה, כמובן, השלכה ישירה ומהותית על המחשבה הפלילית הדרושה לקיום העבירה. התשובה לשאלה זו אינה קלה כלל ועיקר. ההתעללות מוגדרת על ידי הוראת סעיף 368 לחוק העונשין כמעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית בקטין או בחסר ישע. ניסוח זה מרמז במידת-מה על קיום תוצאה של סבל אצל קרבן ההתעללות. יתרה מזו, מאחר שההתעללות הגופנית היא עבירה הקרובה עניינית ורעיונית לעבירת גרימת חבלה לקטינים ולחסרי ישע - אך הגיוני היה כי גם היא תהיה עבירה של תוצאה. כמו כן, במציאות קשה להניח כי אדם יורשע במעשה התעללות גופנית, מבלי שייגרם לקרבן סבל ממשי. אך, אין לשכוח כי מבחינה עקרונית, האחריות הפלילית הרגילה מוטלת על אדם בשל התנהגותו האסורה, המלווית במחשבה פלילית של מודעות לטיב המעשה, ולא דווקא בשל תוצאות מעשיו. לכן, אם אין הוראה מפורשת בחוק הקושרת את האחריות לגרימת תוצאות, ההנחה היא כי העבירה היא של התנהגות. דומה, אם כן, כי על אף הקירבה של עבירת ההתעללות לגרימת תוצאה של סבל לקטין או לחסר ישע, במהותה היא נשאר עבירת התנהגות. לכן, אין העבירה מותנית בהוכחת תוצאה מזיקה אצל קרבן ההתעללות.

23. בהנחה כי בעבירת התנהגות מדובר, הרי נשאר לקבוע את היסוד הנפשי, דהיינו, את המחשבה הפלילית הדרושה לקיום העבירה. לפי הוראת סעיף 20(א), המחשבה הפלילית של עבירה התנהגותית היא המודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות הנמנים עם פרטי העבירה. לאור מסקנתי כי טיב המעשה של עבירת ההתעללות הגופנית מתבטא במעשה אלימות קשה ואכזרית שיש בו כדי להשפיל, הרי על המבצע מעשה כזה להיות מודע לנסיבות אלה.

24. אשוב כעת להחלת עקרונות אלה על הנסיבות המיוחדות של מקרה זה. הפכתי בעובדות והפכתי בהן ולא השתכנעתי כי לפנינו מקרה של התעללות, החייבת להתבסס, לפי תפיסתי, על היסוד העובדתי של אלימות קשה ואכזרית. אזכיר פעם נוספת, כי לפי מבנה העבירות הבאות להגן על קטינים וחסרי ישע, עבירת ההתעללות מקבילה במהותה - לפי חומרת העונש - לגרימת חבלה חמורה. והנה, בנסיבות המקרה הנדון, החליט בית המשפט לזכות את המערערת מן העבירה של תקיפת קטין הגורמת חבלה של ממש, לפי סעיף 368(א) לחוק העונשין. על זיכוי זה לא הוגש ערעור. אמנם, עצם הזיכוי בעבירה של תקיפה זו, אינו אומר שאין אפשרות להרשיע את המערערת בהתעללות בשל מעשי אכזריות כלשהם שעשויים היו לגרום לקטין סבל מיוחד, אם כי לא חבלה של ממש. אך, כאמור, לא מצאתי כי התנהגותה של המערערת עלתה כדי התעללות. מסקנה זו לגבי היסוד העובדתי, פוטרת אותי מן הצורך לבחון את קיומה של המחשבה הפלילית.

25. לטעמי, אין זו מדיניות משפטית נאותה לייחס לנאשמים באופן שגרתי מעשי התעללות, מבלי שיש במעשיהם מאפיינים בעלי חומרה מיוחדת. נוהג שגרתי מעין זה עשוי להביא לידי פחות במשמעותה המוסרית של העבירה. במיוחד יקרה דבר זה, כאשר העונש הנגזר על העבריין הוא קל יחסית, כפי שקרה במקרה זה. לדעתי, במקרה זה לא היה כל צורך להוסיף על עבירת התקיפה לפי סעיף 379 בנסיבות מחמירות של סעיף 382(ב) לחוק העונשין, שעונשה המירבי הוא ארבע שנות מאסר, עבירה של התעללות, שעונשה המירבי הוא תשע שנות מאסר. את גזר דינה - שהעמיד את עונשה של המערערת על העמדתה בפיקוח שירות המבחן למשך 18 חודשים ולמאסר על תנאי של 12 חודשים - ניתן היה לבסס בצידוק מלא וללא כל קושי ענייני על עבירות התקיפה שביצעה המערערת כלפי ילדיה על פני תקופה ממושכת למדי. לטעמי, על ידי הגדרת מעשים אלה - שאין כל מקום להקל בהם ראש - בנוסף על היותם תקיפה בנסיבות מחמירות, גם כמעשי התעללות, לא מושגת מטרה חברתית נוספת על זו של הרשעת המערערת בתקיפה.

אי-לכך, לו דעתי היתה נשמעת, הייתי מזכה את המערערת מעבירת ההתעללות.

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' בייניש.

ניתן היום, י"ח בשבט תש"ס (25.1.2000).