כזכור, אנו בודקים את יסודות העבירה ובתוך כך – היסוד העובדתי (הראשון). בתוך היסוד העובדתי – רכיב ההתנהגות, רכיב זה חייב להימצא בכל עבירה פלילית – לא משנה איזו !  
התנהגות לעולם ותמיד חייבת להימצא.  
  
ישנה התנהגות על דרך המעשה (מקובל יותר) , כדי שלא נהיה עבריינים המחוקק אוסר עלינו לעשות משהו – לא תגנוב וכו'.  
לעומת זאת , הדרך הפחות מקובלת – התנהגות על דרך המחדל.  
להבדיל מהמעשה – כדי לא להיכשל במעשה העבירה, המחוקק מחייב אותנו **כן לעשות**, לעשות משהו על מנת להגשים את האינטרס שהמחוקק רוצה להגן עליו – לשמור מפני התעללות מחסרי ישע, קטינים וכו' למשל.  
המאפיין את המחדל – קיומה של חובה.   
כדי להפליל אדם בעבירת מחדל, חובה להצביע על **לא רק שלא עשה אלא שהיה חייב לעשות – להצביע על אותה חובה אותה הפר!**מבלי קיומה של חובה אין עבירת מחדל לגבי אותו אדם !   
  
"אי מניעת פשע" –למשל או לחילופין "התעללות בחסרי ישע / בקטינים" – הדגמה נוספת של עבירה על דרך המחדל.  
  
ישנן 2 צורות נוספות של התנהגות –  
  
\* עבירות המיצב / "עבירות הסטטוס" – במה מדובר? מדובר במצב שבו אתה מרשיע או מפליל אדם רק משום לכאורה שהוא נמצא במצב מסויים. אם אדם נמצא במצב מסוים – היכן ההתנהגות?   
דוגמא קלאסית: חברות בהתאגדות בלתי מותרת – ס' 147 לחוק העונשין ( - זו העבירה עצמה ובס' 145 – הגדרה משפטית).  
  
חבר להתאגדות אסורה [א/70]

147. מי שמלאו לו שש-עשרה שנים והוא חבר להתאגדות אסורה, ומי שתופש או פועל במשרה או בעמדה בה, או פועל כנציג שלה, או משמש מורה במוסד או בבית ספר המתנהלים או נחזים כמתנהלים בהנהלתה או בפיקוחה של התאגדות אסורה, **דינו - מאסר שנה אחת.**

חבר, לפי ההגדרה: אקטיבי (נושא משרה ולעשות עבור ההתאגדות פעולות לא חוקיות) או פסיבי (נתן הסכמתו להיות חבר ומאותו הרגע – רשום, לא עושה כלום רק רשום). מעצם **הסכמתו** להיות חבר והפך להיות חבר – המחוקק בא איתו חשבון. לפי לשון החוק, אף שלא עושה משהו אקטיבי – כלול בעבירה.  
  
  
ישנן תקנות מנדטוריות מ45' שהמשכנו אותן עם קום המדינה ב48', תקנה 85 מדברת על חברות בהתאגדות שאינה מותרת , לא מסתפקת בשנה אלא ב-5 שנים. כמובן חוזרת ונשנית אפוא השאלה – על מה אתה מעניש?! על סטטוס שאדם נמצא בו? הלא זה רק סטטוס, חבר וזה הכל!  
התשובה: פרופ' פלר משיב לכך – לא מדובר בעצם בהענשה או בהפללה בשל היותך בסטטוס נתון, **אלא משום אותה התנהגות שהביאה אותך להיות שם – הכנסת את עצמך לשם**. כדי להיות שם – עשית מעשה, גם האישור תופס. כדי להפליל אותך – עשית משהו על מנת להיות חבר. זה לא שרשמו אותך – אתה מתוך מודעות , ידיעה והסכמה הפכת להיות חבר ועל העשיה שקדמה לסטטוס – אתה נענש.  
הראיה, **אומר פלר – לפי לשון הס' 147 – כל מי שמתחת לגיל 16 – גם אם הוא חבר – אי אפשר לפי הס' הזה להעמידו לדין. אבל – ברגע שמלאו לאדם 16 שנים , קמה עליו חובת התנתקות**. כלומר – הס' מלמד על קום חובה שאם אתה לא רוצה להיות חבר ולא להפליל את עצמך – חייב להודיע מיד בהגיעך לגיל 16 – לא רוצה להיות חבר.  
גיל ה16- היא חובת העשיה. אחרי גיל 16 – גם אז צריך לעשות מעשה.  
אותו דבר גם בתקנת 85 .  
למעשה, הדרך החוקית להכריז על התאגדות כהתאגדות לא מותרת (יש כמה דרכים הקבועות בחוק) :  
אם שר הביטחון סבור שקמה התארגנות בתוכנו שאינה חוקית – שמטרותיה יש בהם כדי לסכן את ביטחון המדינה / אינטרס הציבור – יכול להכריז על אותה התאגדות כלא מותרת. מרגע שמפורסם ברשומות: החבר באותו אירגון צפוי לעבור את העבירה הזוץ  
  
**דרך אחרת**: הממשלה עצמה מחליטה שגוף מסוים הפך להיות עוין וקוראת "להוציאו מחוץ לחוק", מאותו יום הופך להיות התאגדות שאינה מותרת. ישנה לכך משמעות פוליטית ובנוסף הסתכנות בכך שלא יעלם הגוף אלא ירד למחתרת – האם ההתעסקות פשוטה יותר בהכרח אם הוא במחתרת?  
הדוגמאות האלו מצביעות על כך שעבירות המיצב אין בהן כדי להעניש אדם דווקא בסטטוס מסוים אלא בכך שהביא את עצמו למצב בו הוא נתון, להציב בסכנה את מדינת ישראל.  
לא מענישות על חוסר עשייה, לא על כך שאני נמצא בסטטוס אלא בעצם על העשיה שקדמה לאותו המצב , אליה הבאתי את עצמי.  
  
התנהגות מוכרת אחרת, שימושית יותר:  
**עבירות ההחזקה:** בפס"ד 8416/09, מ"י נ' אמיר מולנר, מדובר על אירוע שהתרחש בבית פרטי של אחד האנשים בר"ג, בה נכח אמיר מולנר. המשטרה הציבה מצלמות סתר בבית שתיעדו בדיוק מה קרה שם. היה פשוט יותר למשטרה ולפרקליטות אח"כ. **היה מדובר בכך שבמהלך פגישה אצל אחד האנשים שם, הובא למקום אקדח עם משתיק קול עם כדורים. הרעיון: להסליק , להחביא את האקדח בתוך איזשהו מתקן. לקחו ג'ריקן, חתכו אותו, (הכל מצולם) כאילו האקדח בו.**איך קושרים את האנשים הללו כל אחד בנפרד של פעולת ההסתרה?!  
האם ניתן לייחס לכל אחד מהם בנפרד ולכולם ביחד את החזקת האקדח הגנוב? הלא ברור שהוא לא אקדח חוקי.  
על כך נסוב המשפט.  
במחוזי, אחרי שנשמעו הראיות ונראו הצילומים, הוחלט כי יש להרשיע את מרביתם (מולנר ביניהם).  
העליון, בס' 16 לפס"ד (פוגלמן) : ס' 144 א לחוק העונשין, קובע כי (איסור החזקת נשק) :   
144. (א) הרוכש או המחזיק נשק בלא רשות על פי דין להחזקתו, דינו - מאסר שבע שנים. אולם אם היה הנשק חלק, אבזר או תחמושת כאמור בסעיף קטן (ג)(1) או (2), דינו - מאסר שלוש שנים.  
  
144 ג (1) – הגדרת נשק.  
תיקון מס' 12) תש"ם-1980 (תיקון מס' 33) תשנ"א-1991

(ג) בסעיף זה, "נשק" -

(1) כלי שסוגל לירות כדור, קלע, פגז, פצצה או כיוצא באלה, שבכוחם להמית אדם, וכולל חלק, אבזר ותחמושת של כלי כזה;

מהגדרה זו נלמד שאקדח צעצוע לא יכנס להגדרה זו !   
פוגלמן אומר שעבירת החזקת נשק מטילה אחריות פלילית על מי שברשותו ותחת החזקתו מצוי נשק בלא היתר זאת מעצם ההחזקה בנשק גם אם לא נעשה בו שימוש פעיל.  
  
אז אם כך – מהי החזקה?!  
הש' פוגלמן מפנה את תשומת הלב לס' 34 כד, אך קודם יש 2 צורות של החזקה:  
(1) החזקה פיזית (2) החזקה וירטואלית.  
בשני המקרים, זה וזה, נתפס בתוך אחת ההגדרות – יחשב כמחזיק.  
המחוקק מנסה כעת להקל עלינו להבין את הצורות הללו.  
  
בס' 34 מנסח את ההגדרה הבאה:  
 "החזקה" - שליטתו של אדם בדבר המצוי בידו, בידו של אחר או בכל מקום שהוא, בין שהמקום שייך לו ובין אם לאו; ודבר המצוי בידם או בהחזקתם של אחד או כמה מבני חבורה בידיעתם ובהסכמתם של השאר יראו כמצוי בידם ובהחזקתם של כל אחד מהם ושל כולם כאחד;

למעשה, כדי להיחשב כמחזיק – הצורה הפשוטה – פיזית, כשזה בידי, אך איני צריכה שזה יהיה בידי, כדי להחזיק – יש להיות מסוגל לשלוט באותו הדבר.  
מבחן השליטה, כלומר – יכול שהחפץ יהיה במקום אחר ולמרות שהוא במקום מרוחק ממני – יכול להחליט מה יקרה לו באופן פיזי, באמצעות השליטה. **החזקה ממשית :** באמצעות מבחן השליטה מאפשר לי להגיע ולהחליט מה יקרה לאותו החפץ.  
החזקה ממשית יכולה להיות של מס' אנשים שלכל אחד מהם יש את יכולת השליטה השווה.  
אם נסתיר נשק בתיבת דואר באיזה מקום, בכספת בנק. לכל אחד מאיתנו יש את המפתח לאותה התיבה, זה על דעת כולנו.  
לכל אחד יש את הסמכות והרשות להיכנס לשם ולקחת את הנשק ולעשות בו כרצונו. ברגע שזה המצב – שמס' אנשים שולטים באותו הדבר – למעשה, אנחנו מדברים בהחזקה משותפת של מס' אנשים – החזקה ממשית!! לכל אחד מהם יש אפשרות לגשת ולעשות מה שבא לו .  
  
  
המצב הנוסף, אם כן, החזקה וירטואלית: המחוקק מגדיר אותה בהמשך - יכול להיות שרק לאחד יש שליטה, לכל היתר אין שליטה אך הם יודעים והם מסכימים שרק לאחד מהם תהיה היכולת, הכח, להחליט מה קורה לאותו הדבר שבהחזקה.  
אם ידעתי והסכמתי והרשיתי שמישהו בשמי ומטעמי יחליט מה יקרה לאותו הדבר – זה **כאילו אני בעצמי מחזיק את אותו הדבר! על אף שבפועל לא מחזיק בו. הרשות שנתתי , המודעות שלי לכך – כאליו מחזיק בעצמי.**אם יתפס חפץ בידי אותו אדם – לא ניתן להעמיד לדין רק אותו אלאאת כל אחד מבני החבורה שאיפשרו זאת.  
מולנר, פיזית, לא החזיק את האקדח, אך ההסתודדות שלו עם אחרים, את ההנחיות – **הוא רק נותן הסכמתו ולכאורה לא עושה כלום**. המסקנה המתבקשת של ביהמ"ש המחוזי שמקבלת את אישור פוגלמן בעליון: מולנר, בעצם, היה חלק מאותה החזקה קונסטרוקטיבית משותפת של כולם!  
לכן לבסוף הורשע ונשלח ל-9 חודשי מאסר.  
  
לעניין האחריות – אותה אחריות, בעניין העונש- לביהמ"ש הרשות לחלק את העונש לפי שק"דו, כמובן שה"רוח החיה" תחטוף הכי הרבה.. לא חייב שכולם יענשו בצורה זהה.  
  
בתיקון 117 שונתה צורת החשיבה לגבי העונש (לפני מס' שנים). החוק הישראלי מצטיין בעיקר בקביעת עונשי מקסימום, לא אמר לו **בדיוק** איזה עונש להטיל על האדם . לימים, כשבתי המשפט הגזימו וחטאו לכוונת המחוקק – המחוקק שינה זאת אט אט. לא מ-0 ד 10 אלא למשל בעבירות מין קשות – יש עונש מינימום (רבע עונש נניח), אז המינימום שיקח זה 4 שנים. לכן הוכנס עונש המינימום – לחייב את בית המשפט להגיב נכון לפי דעת המחוקק בהתנהגויות חמורות באותה עבירה. גם זה לא הספיק ! אין קווים מנחים וקריטריונים, בתיקון מס' 117 ניסו להכניס סדר בדברים ובעצם הוא נכנס למה שקרוי "הבניית העונש" ובעצם הרעיון המקורי , בהצעת החוק, היה – לכל עבירה מכאן ואילך יהיה עונש מוצא. המקסימום – 10 אך עונש המוצא באותה עבירה נניח הוא העונש המקובל – 5 שנים. תתחילו לספור מ-5 שנים – מעלה או מטה.  
בסופו של דבר לא צלח, לא הצליחה להעביר כך את התיקון. במקום זה, קבעה **מתחם הענישה –** הש' צריך לשאול את עצמו קודם כל – בין מה למה אנחנו מדברים?! המחוקק למעשה מנחה באותו התיקון איך לקבוע את המתחם. היות ואנחנו לא מדברים שוב בבני אדם שכולם זהים או בנסיבות זהות , אז ניתן לזוז במתחם הענישה לפי הנסיבות של האדם והמקרה. כך התחיל להיות סדר – לא יתכן ששופט יקבע מתחם כזה ושופט מתחם אחר. היום באמת לא שאין לגמרי כבר קשר מי השופט. עדיין יש את העניין מיהו השופט – כי זה לא מדע מדויק, ועדיין בתוך המתחם יש ש' שינוע לכאן ולכאן, אבל לפחות יש משהו קבוע, משהו יציב! גם הש' המחמיר וגם המקל יאלצו לפעול בתוכם!   
  
נושא העונש במשפט הפלילי – נושא קשה מאוד בעבודת השופט.  
שופט שצריך להחליט מהו העונש - שאלה קשה. מרבית התיקים ילכו לערכאה גבוהה יותר , לערעור. אך היום המחוקק מנסה לכוון אותנו להיות מסודרים יותר לעזור לשופטים למצוא אחידות, שזה לא יהיה המזל אלא דברים שניתן לצפות ולמדוד אותם מראש.  
  
**חזרה להחזקה משותפת :**  המשטרה יודעת שהיו בבית סמים, את מי תאשים? בעל הבית , למשל, מחזיק הדירה   
( בעלים, שוכר, מי שגר בדירה ) – אם הוא נמצא שם! האם ניתן להאשים אותו כמחזיק הסמים בעיקר משום שהוא בעל השליטה במה שקורה בבית?  
  
\*אם המשטרה תערוך חיפוש בבית אדם, מוצאת סמים מוסלקים בארון בגדים נניח – האם נשוי, יש לו ילדים, את מי מאשימים?  
ניתן להגיד שיש לבחון למי שייכים הבגדים – לאישה נניח.   
היא תטען שאין לה מושג, לא משתמשת בסמים.  
הבעל והאישה מכחישים שניהם , לא יודעים לכאורה איך זה הגיע!  
מבחינת החוק – בסמים, ס' 7 לפק' הסמים המסוכנים – "המחזיק סם שאינו כדין דינו 3 שנות מאסר". עתה ראינו מהי החזקה.  
המשטרה / פרקליטות תצטרך להוכיח שאכן אדם מסוים היה בשליטה על אותו סם. איך הופך בעל שליטה? רק בדרך של מודעות! ביודעין שלט על אותו הדבר.  
נושא המודעות – יש גם דרך חלופית, עצימת עיניים. עוצם עיניו מדעת כמוהו כיודע. אם תבוא בטענות לבעלים – צריך להוכיח שידע. ואז – בתי המשפט באו לעזרת המשטרה, התביעה, הציבור בכלל, חזקה על בעל מקום שהוא יודע מה שקורה במקום שלו! לא חזקה מוחלטת אלא לכאורית!  
ככל שהמקום יותר אינטימי לאדם – ככה חזקה יותר חזקה.  
  
בצבא: כשמדובר במדי א' – זו החזקה .  
כשמדובר במדי ב' – לא בהכרח שלו. בגד ב' נשלח ומקבל של מישהו אחר. ואז אין ביטחון שזה שלך, שהיית מודע. אז בגדי ב' הורדו מהבדיקות. הדרך לבדוק: דגימות שתן! ידוע שסם שנכנס לגוף אדם, קורה לו מה שקורה לכל חומר אחר – הגוף מפרק אותו , כשיוצא מאיתנו החוצה משאיר סימנים ייחודיים רק לו.   
  
\*\* כאשר מדובר בשימוש (בס' אוסר על החזקה ושימוש) – לא ניתן לומר שהשתמש – אלא מדעת! סם אונס למשל – ברגע שימצאו סם בגוף אישה – אפשר להגיד לה שהשתמשה שלא כדין בסם, אך כשנדע שאחר עשה זו – פטורה מאחריות ! לא ניתן לבוא אליה בטענות.  
  
גופו של האדם – אדם לא יכניס לתוכו דברים עליהם לא יודע, חזקה על האדם שהכניס זאת מדעת (טוען שסיממו אותך – תצביע על מי וכו').  
  
נושא ההחזקה – אין ספק שהימצאות אקראית של אדם במקום שנעברה עבירה (לא היה חלק משם, סתם הגיע לבקר ואז באה המשטרה) – העובדה שנמצאת במקום בו בוצעה רגע קודם עבירה , לא מעידה בהכרח שאתה עבריין, אלא מה? **הכל תלוי בנסיבות – למה אתה נמצא שם ומה עשית שם?! התביעה היא זו שצריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר שאכן אדם החזיק מה שאסור לו בהחזקה. עצם כך שהיה בקרבת מי שהחזיק בסמים לא מעידות דווקא עליו.**  
נושא ההחזקה – ממשית או וירטואלית ויש לשים לב שלמעשה שתגובת המחוקק היא לא על עצם הדבר הפסיבי בהחזקה אלא על היכולת לשלוט במוחזק! היא שמסכנת את החברה ! היכולת לגשת או להורות לגשת אל החומר , אל הנשק – היא הבעייתית.  
  
\* החזקה ממשית, וירטואלית – נשק, סמים !  
  
יש עוד יחידות של החזקה – החזקת כלי פריצה למשל.  
על עצם העובדה שהמשטרה תופסת אצלך באוטו למשל אביזרים, מכשירים שבאופיים משמשים לפריצה – עוד לא עשית כלום והמשטרה לא יודעת על כוונתך – עצם החזקה זו ברשותך היא המסוכנת וכאמור זו עבירה שהמחוקק יצר ומעניש על עצם ההחזקה, מפה הסכנה.  
---  
  
יש הבחנה, קו מבחין בין היסוד העובדתי לבין היסוד הנפשי ואין לערבב ביניהם ! **בדיון בביהמ"ש העליון, אנו למדים שישנן עבירות (לא רבות) בחוק העונשין שאי אפשר לומר במידה גדולה של ודאות שהרכיב ההתנהגותי הנמצא בהן הוא באמת כולו מצוי ביסוד הפיזי של העבירה. (כמו שאנו מצפים שרכיב התנהגותי כולו ימצא ביסוד העובדתי – לדעת העליון באותן העבירות, אומנם אותן התנהגויות נמצאות ביסוד העובדתי, אך אין לנתק מאותה התנהגות גם את ההיבט הנפשי** .  
עבירה אליה נדרש העליון כשדיבר בעבירת ההתעללות בקטין או בחסר ישע – ס' 368 לחוק העונשין:

(א) העורך טקס המרת דתו של קטין או עושה פעולה אחרת המביאה לידי המרת דתו של קטין, בניגוד להוראות סעיף 13א לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, דינו - מאסר ששה חדשים.

(ב) המשדל קטין, בפניה ישירה אליו, להמיר דתו, דינו - מאסר ששה חדשים

שני המקרים דנו בהתנהגויותיהן של אמהות שהואשמו בהתעללות בילדיהן. גדר המחלוקת הגיעה עד לביהמ"ש העליון, התחיל מהערכאה הדיונית שם נשפטו אותן אמהות. טענת האמהות היתה : לכל היותר מדובר בתקיפה ולא בעבירת התעללות .  
ביהמ"ש אכן נדרש לבדוק , משום שישנם כמה אופנים של התעללות:   
**התעללות פיזית:**  כשאדם מתעלל בזולתו באופן פיזי, יש לה ביטויים פיזיים כלפי הזולת ואנו חושבים שאפשר לכנות זאת כהתעללות..

באותה התעללות פיזית ניתן גם לומר שזו עבירת תקיפה! יש פה תקיפת הזולת . תקיפה יכול שלא תגרום נזק, ויכול שכן – שתסתיים בפציעה/ בחבלה חמורה או נכות וכו'.  
גם התקיפה לכשעצמה לא מבטאת , אינה מסבירה מתוכה – איזה סוג תקיפה אנו מדברים.  
המחוקק לא מתספק בזה – יש תקיפות שהן יותר מתקיפה!  
בכך מדובר – התעללות.  
המוכרת אמנם היא ההתעללות הפיזית, אך ישנה גם **ההתעללות המינית ואת זו הנפשית –** גם שאין בנפשית מגע פיזי כתוצאה מכך שתמנע ממנו דברים חשובים לו – סבל נפשי מצטבר (אם יותר מפעם אחת) וגם זו התעללות**.**  
**האכזריות**, שנצמדת להתנהגות , ההשפלה (לא בהכרח בכל התנהגות תקיפה) אם הן מצטרפות לתקיפה – יעידו על התעללות.  
  
**ס' 368 ג – עבירת ההתעללות:**התעללות בקטין או בחסר ישע (תיקון מס' 26) תש"ן-1989

368ג. העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו - מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או תסר ישע, דינו - מאסר תשע שנים.

מתייחסת אל חלשים בחברה – קטינים / חסרי ישע, ניתן להתעלל בהם בגלל הבדלי מעמד הכוח בין המתעלל לקטין/ חסר הישע.  
  
\* במקרים בהם למשל מתעללים בזקנים – כאשר מפעילים עוצמה כמי שמופקד על הזולת, מי שאמור היה לסייע לזולת על מנת לא רק לתקוף אותו אלא בצורה אכזרית. יכול שתבוא באופן פיזי, מיני או נפשי.  
  
חוץ מצורות ההתעללות – לא אומר מהי התעללות.  
  
**פס"ד 4698/06 – פלוני נ' מ"י.**פסקה 2 – מדובר כאמור על התעללות כשברור שהינה התעללות פיזית ! מדובר בסדרת מעשים שאב עשה לילדיו.  
" שרשרת מעשי תקיפה תיחשב למעשה התעללות מתו איפיון הלך הנפש של המבצע את העבירה אשר לצופה מן הצד ניבטים ממנו אכזריות , השפלה , ביזוי וכיוצ"ב. "  
ואז ציטטו שם את דברי הש' בייניש בפס"ד אחר: אם קבענו שמעשה / מחדל מסוים עולים כדי התעללות (להבדיל מתקיפה) הרי נקטנו בכך עמדה מוסרית שלילית ביחס אליו אשר אינה עולה בקנה אחד עם צידוק חוקי או עם הגנה של צידוק המעוגנת בנורמה חברתית מקובלת".  
  
האב / האם ביקשו לטעון, להצדיק את התנהגותם בצרכים חינוכיים, כך חינכו אותם, כך יודעים שיש לחנך ילדים – "אנחנו כהורים זו אחריותנו, זכותנו – לעשות כך גם לילדנו".  
אם הכוונה של הטוענים כך, להכניס אל החוק הפלילי הישראלי – הגנה שלא כתובה בספר , הגנה מהסוג של צידוק מטעמים חינוכיים – הרי לא קיים דבר כזה. לאמור : ביהמ"ש לא מקבל את זה.  
יש להדגיש: חוק העונשין אכן מונה בס' 34 ו - 34 כ את כל ההגנות שיש במשפט הפלילי, אבל , חשוב להדגיש: ההגנות הנמצאות שם – לא בבחינת רשימה סגורה, כלומר – אפשר להוסיף על ההגנות האלה,אם אכן בתי המשפט יחשבו שההוספה היא צודקת ונכונה.  
  
אסור לביהמ"ש כמובן ליצור עבירות (עיקרון החוקיות) ולהרחיב אותן, אך כן מותר לו בדרך של פרשנות, לעשות כל פעולה שיש בה כדי להקטין את האחריות הפלילית, אם אתה מוסיף הגנה שיש בה לפטור אדם מאחריות פלילית – לטובתו! לכן, מוסמך בעצם ביהמ"ש להוסיף הגנה.  
  
לפני שנת 95' , לפני תיקון 39, הכירו בזכות הורים לנקוט מידה מסוימת של אלימות כלפי ילדיהם ולפטור אותם מטעמי "צידוק חינוכי". אם היו הורים מועמדים באשמת תקיפה – יכלו לטעון ל"צידוק חינוכי".  
  
חוק העונשין מ36' המנדטורי, כלל עונשים גופניים – מאסר עם עבודת פרך, עם קום המדינה כמובן שבוטל !  
  
מ95' כל ההגנות כאמור מנוסחות מחדש ועובדה שכשמנסחים את ההגנות מחדש – המחוקק לא רוצה להכניס פנימה את ההגנה שהיתה קיימת בפסיקה – צידוק מטעמים חינוכיים. העליון יגיד אחכ שהעובדה שהמחוקק לא הכניס זאת – לא חסר, לא לקונה אלא אמירה של המחוקק – **הסדר שלילי** ! לא רצה מבחירה.  
  
בפרוטוקולים של הכנסת , פרופ' פלר הציע לוועדה להכניס את ההגנה, הכנסת לא רצתה לעשות כן.  
ההורים, שהגיעו לביהמ"ש לאחר 95' – טענו לה, ביהמ"ש אמר – היה ואיננו! אין הגנה כזו המשפט הישראלי. לא רק שלא ראוי, המחוקק, בהסדר השלילי – לא רצה להכניס את ההגנה לספר החוקים ולכן אינה קיימת! לא שיכחה אלא אמירה על דרך השתיקה!  
  
נושא הניסיון להתגונן ע"י האחראים – נדחה מיד, אין צידוק, אז איך נבין מהי התעללות?  
ביהמ"ש העליון אומר בהמשך: "אמור מכאן, עבירת ההתעללות מתייחדות מרוב העבירות בכך שמרכיב ההתנהגות הנדרש להתקיימותה אינו ניתן לבידוד פיזי של המעשה בלבד אלא שזור הוא מתוכו בהלוך נפשו של העושה... **מעשה ההכאה כשלעצמו מהוה את מרכיב ההתנהגות של עבירת התקיפה, אולם – אין הוא מהווה כשלעצמו את מרכיב ההתנהגות של עבירת ההתעללות. ע"מ שישתכלל לכלל עבירת התעללות – חייבים להצטרף אליו מרכיבים נוספים המעלים בעיני המתבונן את מעשי התקיפה לכזה המכוון לביזוי , להשפלה , להתאכזרות או לדוגמאות אחרות של התייחסות ערכית בעיני המתבונן שמבחינה בין הכאה של תקיפה להכאה שהיא התעללות".** קו ההבחנה בין תקיפה סתם לבין תקיפה שהיא התעללות – **אנחנו, המסתכלים מהצד על המעשה – איך נקלוט זאת?** מה ביטא המכה כשעשה זאת? **אם אנחנו בטוחים שמה שרצה – השפלה, התעמרות, התאכזרות באותו חסר ישע, קטן – אזי שהמדובר הוא בהתעללות.  
עולה השאלה: האם מעשה אחד ויחיד יכול להיות בגדר התעללות?**תשובת העליון: **תלוי** באיזה מעשה יחיד מדובר. ככל שמדובר באחד ויחיד אבל עוצמתי מאוד, קשה מאוד מבחינת תוצאותיו – **מוט לוהט לדוגמא שצורבים ילד** באמצעותו – מעשה אחד ויחיד אך אין שום ספק שהוא כל כך אכזרי שדי בו כדי להעיד עליו שזאת לא סתם תקיפה אלא התעללות.  
**דוגמא נוספת מהפסיקה: אב דתי שרצה לחנך את בנו – גזר לו פאה**. ביהמ"ש העליון קבע כי אמנם זהו מעשה אחד אך יש בו השפלה מבחינה הערכית כלפי האדם שדי כדי להעיד עליה שהיא מעשה התעללות.

**כמובן שכשמדובר בסדרה של מקרים גם אם כל מקרה בפני עצמו לא אכזרי מספיק – אך אם מכים ילד יום אחד יום – ההצטברות עושה את אותה תקיפה להתעללות! אין זו רשימה סגורה, אי אפשר לכתוב ההתנהגויות שיחשבו להתעללות!**  
בייניש אומרת שבעיני המסתכל מהצד, **מבחן אובייקטיבי** למעשה – כי האדם שעושה זאת אולי חושב שזה בסדר גמור . גם הסופג הזה לעיתים, אותו חסר ישע / קטין – לא רואים בו בהכרח משהו פסול ואסור. המבחן להתעללות לא עובר דרך התחושה הסובייקטיבית של הנוגעים בדבר אלא איך אדם אובייקטיבי המסתכל מהצד יכול להבין את אותה ההתנהגות !   
  
הואיל וממילא אנו לא מסתכלים כמו שבדר"כ אנחנו מסתכלים ביסוד הנפשי – האדם עצמו נבחן – היתה לו מודעות? היתה לו כוונה? בדיקת אדם ואילו כאן – לא בדיקת המניע אלא איך זה נראה לנו מבחוץ. לדעת גרוס – המבחן האובייקטיבי לא שייך ליסוד הנפשי של האדם. המבחן האובייקטיבי – רק בעבירות רשלנות.   
  
**התעללות – עבירת התנהגותית ולא תוצאתית**! די בכך שהיתה התנהגות מהסוג המשפיל , ללא קשר לתוצאה. לכן, בעצם, ביהמ"ש היה צריך לומר לדעת גרוס שמדובר בהתנהגות שיש לה נסיבה, שאחת מהנסיבות הנלוות לה היא אותה השפלה או התאכזרות או ביזוי. הרכיב האובייקטיבי הוא הנסיבה ולא יסוד נפשי.  
מה האופי למעשה של ההתנהגות – נסיבה לדעת גרוס, המצטרפת אל אותה ההתנהגות.  
ביהמ"ש העליון רצה לומר כנראה שלא מדובר בעוד מעשה תקיפה אלא הרבה יותר – תקיפה עם אופי מסוים. את האופי המסוים – ביהמ"ש רואה לקשור זאת ביסוד הנפשי. האופי המסויים – נסיבה מיוחדת שבצד ההתנהגות ולא צריך ללכת ולומר שיש משהו שאין להפריד בין היסוד העובדתי לנפשי!

פס"ד נוסף שהוזכר כאן אומר דברים דומים בעבירת ההתעללות.  
  
התנהגות עם זיקה נפשית דרך הדגמה: מדובר בעבירות ערכיות שבעצם לא ניתנות להגדרה מדויקת בגלל שהן ערכיות ( למשל – התעללות, עניין מתחום המוסר והמצפון וקשה לכמת ולהגדיר במדויק את אותם המושגים, אך יותר מאשר תקיפה – כן או לא).  
  
**הנושא הבא: הרכיב האחרון ביסוד עובדתי – התוצאה.**כמו הנסיבות כך גם התוצאה, הרכיבים לא חייבים להימצא ביסוד העובדתי, ימצאו בעבירה זו או אחרת לפי רצון המחוקק רק משום שהיו חיוניים בעיני המחוקק כדי להגדיר את ההתנהגות אסורה.  
ס' 64 פק' התעבורה: אדם המעורב בתאונה ( זו ההתנהגות) ולא עוצר ע"מ לבדוק ולהגיש עזרה (נסיבה) עובר עבירת **הפקרה של אחרי פגיעה.**  
תוצאה גם היא לא חייבת להימצא בכל עבירה! ס' 379 – תקיפה סתם. עבירה האומרת שאם אתה תוקף את הזולת שלא בהסכמתו . **תקיפה היא כל פעולה שיש בה ביטוי פיזי כלפי הזולת. למשל אם אתה מאיר על אדם בפנס – תקיפה**. **גם אם אין נזק!** כמובן שגם דחיפה ללא תוצאה – כנ"ל, המחוקק לא מתנה את התקיפה בנזק. אם הוא לא רוצה שיגרם נזק – חבלה חמורה – 333 ! חוץ מהתקיפה סתם, כל יתר עבירות התקיפה – תוצאתיות! **כי המחוקק רוצה מראש למנוע ממך להביא לתוצאה שהיא מסוכנת גם לאדם וגם לחברה ולכן ישתמש בתוצאה ע"מ לתת לנו להבין מה אסור לעשות!** כך גם כל עבירות ההמתה – שלושתן – רשלנות, הריגה ורצח – תוצאתיות! המחוקק לא יודע למנות לנו את כל האפשרויות לגרימת מוות ולכן משתמש ב"גרימה", אם תביא למות אדם . יש דרגות שונות: רשלנות – צורה אחת , 3 שנות מאסר, אך אם תגרום למוות בזולת מתוך מודעות, אדישות, קלות דעת – 20 שנות מאסר. רצח מתוך כוונה תחילה (מתכנן, מחליט) – החמור ביותר של נטילת חיי אדם!  
  
בפעם הבאה נדבר על הקש"ס הקשור בנושא התוצאה.