



ע"פ 29421/11/18 - מדינת ישראל נגד דברה בנימין

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ע"פ 29421-11-18 מדינת ישראל נ' בנימין
בפני כבוד סגן הנשיאה א' ביתן
כבוד השופט י' עדן
כבוד השופט ד' בן טולילה
המערערת: מדינת ישראל
נגד המשיב: דברה בנימין
פסק דין

ס. הנשיאה אליהו ביתן, אב"ד

כללי

1. המשיב, בעל עסק בו נמכרים בין היתר משקאות משכרים, הובא לדין על כך שבשתי הזדמנויות באותו היום, מכר אלכוהול לקטין ששימש סוכן משטרתי לענין זה, והתביעה ייחסה לו ביצוע שתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, לפי סעיף 193א(1) בחוק העונשין, תשל"ז-1977.

המשיב לא חלק על העובדות שנטענו בכתב האישום שהוגש נגדו והגנתו נשענה על טענות משפטיות, שיתוארו בהמשך.

2. בית המשפט שמע ראיות ובסופו של דבר זיכה את המשיב מחמת הספק מהעבירות שיוחסו לו.

3. נימוקי בית המשפט התמקדו בחוקתיות תיקון 107 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין") במסגרתו נקבעה החזקה שבעל עסק המוכר משקה משכר לקטין, מודע לכך שהקונה הוא קטין; ובפסול הטמון בשליחת סוכן משטרתי קטין הנחזה כמבוגר מגיל 18 לרכוש משקה משכר.

בית המשפט קבע, כי ההסדר הקבוע בסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין מלמד שהעבירה של מכירת אלכוהול בנסיבות שההסדר חל עליהן, היא עבירה "ללא יסוד נפשי ובסתירה לכללים המעוגנים בחלק הכללי של חוק העונשין"; ושההסדר נחקק "בהיעדר הלימה להוראת סעיף 22 לחוק העונשין, הדורש קביעה מפורשת של המחוקק שהעבירה היא עבירת אחריות קפידה"; ומצב דברים זה יוצר אי בהירות, אשר בהתאם לסעיף 34כא' לחוק העונשין מחייב להכריע את העניין לפי הפירוש המקל עם המערער.

באשר לשימוש בסוכן משטרתי קטין הנחזה כבגיר, נקבע, כי אמנם בנסיבות כבענייננו אין מקום לראות בסוכן המשטרתי כסוכן מדיח, ואמנם המשטרה רשאית להיעזר בקטנים כסוכנים לבדיקת עמידת בעלי העסקים בתנאי החוק הנוגעים למכירת אלכוהול, ואולם, בנסיבות, לא היתה הצדקה להשתמש בסוכן משטרתי קטין שנראה בעליל כבגיר, והתנהלות המשטרה במקרה זה מהווה הפרה של עיקרון המידתיות, ועל כן יש לקבל את טענת ההגנה מן הצדק ולבטל את כתב האישום שהוגש נגד המשיב.



מכלול הנימוקים כאמור, הביא את בית המשפט לזכות את המשיב מחמת הספק.

טענות הצדדים

1. המדינה תוקפת את החלטת בית המשפט על שני אדניה. לטענתה, העבירה שבסעיף 193א' לחוק העונשין היא עבירת "מחשבה פלילית" ולא עבירת "אחריות קפידה". לשיטתה, עבירת מכירת משקה משכר לקטין מחייבת הוכחת מחשבה פלילית, דהיינו הוכחת המודעות לקטניות הקונה, אלא שהחוק קובע חזקה שבהתקיים נסיבות מסוימות המוכר יודע שהקונה הוא קטין, וניתנת לנאשם האפשרות להוכיח כי הקטין הציג לו תעודה המלמדת על גילו הבגיר, כך שיש לנאשם דרך להפריך את החזקה. חזקות כאלה קיימות בהוראות נוספות בחוק העונשין, כמו בסעיף 203ד' ובסעיף 233. המשותף לכל החזקות המוזכרות הוא שהן משנות את נטל ההוכחה ביחס להוכחת המחשבה הפלילית, אך אין הן יוצרות עבירות של אחריות קפידה. ממילא, לא היה מקום למסקנות שבית המשפט הסיק מהנחתו שהמדובר בעבירת אחריות קפידה. עוד נטען, כי הדרישה ממי שמוכר אלכוהול לציבור היא בעצם לבדוק כל מי שנראה צעיר, באמצעות תעודה מזהה, ולא לסמוך על התרשמות מהמראה בלבד; ושהסדרים למכירת אלכוהול לציבור נועדו לקדם מטרות ראויות שאין דרך טובה אחרת להשיגן.

באשר לקביעת בית המשפט בנוגע לטענת ההגנה מן הצדק, נטען, כי הפעלת סוכנים משטורתיים קטינים הנחזים להיות בגירים, נועדה לתכלית ראויה ואין בה פסול; ושכל מקום, המשטרה אינה שולחת קטין הנראה מבוגר בצורה בולטת מגילו האמיתי ואין לה כל כוונה להכשיל את בעלי העסקים; ושבמקרה זה, מראה הסוכן המשטורתי לא היה במובהק של בגיר, חלק מהאנשים שראו אותו חשבו שהוא מבוגר מגיל 18 וחלק חשבו שהוא צעיר מגיל 18.

בסופו של דבר, ביקשה המדינה לקבל את הערעור ולהרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו.

2. באי כח המשיב ביקשו שלא להתערב בהחלטת בית המשפט, תוך הצגת שלל טענות - בהן יצירתיות ומושכות את הלב. לטענתם, עמדת המדינה כי הוראת החיקוק הרלוונטית דורשת מחשבה פלילית, סותרת את בקשתה להחיל על המוכר את חזקת ידיעת גיל הקונה במנותק מהתרשמותו הסובייקטיבית; בתי משפט שונים זיכו נאשמים בנסיבות דומות, בין בנימוק של אי חוקתיות החזקה ובין בנימוק של הגנה מן הצדק, והמדינה לא ערערה על פסקי הדין; אין מקום להרשיע אדם במכירת משקה משכר לקטין, שעה שמבהחינה הסובייקטיבית הוא סבר שעומד מולו אדם בגיר, ושמבהחינה האובייקטיבית אותו אדם נראה כבגיר; מתן תוקף לחזקה שבסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין, יוצר עבירה של אחריות מוחלטת, שעברה מן העולם במשפט הישראלי; אין הצדקה להכשיל מוכרים בשליחת סוכני משטרה קטינים הנראים כבגירים; ויש להכיר במקרים כאלו בטענת הגנה של טעות במצב דברים. הוצע, לראות בחזקה האמורה, חזקה הניתנת לסתירה, ולאפשר לנאשם להוכיח שהוא לא ידע שהקונה קטין; ונטען כי אי הבהירות הכללית שבסעיפי החוק הרלוונטים מצדיק בחירה בקו המקל עם הנאשם.

דין והכרעה

לאחר עיון בהכרעת הדין של בית המשפט קמא, בפסקי הדין שצויינו בה, בפסקי דין שהוצגו על ידי הצדדים, ובמקורות נוספים, ולאחר שמיעת טענות הצדדים ובחינת הסוגיות המשפטיות שעל הפרק, דעתי היא שדין הערעור להתקבל.



מכירת משקה משכר לקטין, עבירת "מחשבה פלילית" או "אחריות קפידה"

1. עבירת מכירת משקה משכר לקטין, קיימת בחוק העונשין מימים ימימה. עד לשנת 2010, בה חוקק חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקוני חקיקה), תש"ע-2010, היתה זו עבירת מחשבה פלילית "רגילה", ללא אפיון כלשהו המעמיד שאלה לגבי מעמדה זה.

2. חוק המאבק בתופעת השכרות הכניס תיקון עקיף בחוק העונשין (תיקון חוק העונשין מס' 107 תש"ע-2010), אשר הוסיף בחוק העונשין את סעיף 193א(ג), הקובע כדלהלן -

"בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, אשר מכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין בניגוד להוראות סעיפים קטנים (א1) עד (ב), חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין". (להלן: "החזקה").

קריאה פשוטה של הסעיף מעלה, שהחזקה מאפשרת להרשיע בעלים או עובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, במכירת משקה משכר לקטין, גם אם מקבלים את טענתו שהוא לא ידע שהקונה הוא קטין ושהוא לא התרשל בקשר לכך.

דהיינו, ניתן להרשיע בעבירה זו גם ללא הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות.

3. האפשרות להרשיע בעבירה ללא הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, היא המאפיין המהותי המרכזי של עבירות אחריות הקפידה, כפי שיבואר בהמשך.

4. ב"כ המדינה טוען, כי חזקות דוגמת החזקה שבסעיף 193א(ג1) בחוק העונשין, קיימות גם בסעיפים 203ד' ו-233(1) בחוק העונשין, ושחזקות אלה אינן הופכות את העבירות שבהקשר להן הן מופעלות לעבירות שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות - כנדרש בעבירות אחריות קפידה - אלא הן רק משנות את נטל ההוכחה בנוגע למרכיב ממרכיבי המחשבה הפלילית.

ההשוואה בין שלושת ההסדרים, והאופי הנטען של ההסדרים, בטעות יסודם.

סעיף 203ד' בחוק העונשין, מתייחס לעבירות זנות ותועבה שבחלק מהן יש משמעות לגילו של האדם, וקובע -

"הטוען שלא ידע את גילו של האדם שבו או שלגביו נעברה עבירה לפי סימן זה - עליו הראייה..."

סעיף 233(1) בחוק העונשין, מתייחס לעבירות של משחקים אסורים, וקובע כי מי שנמצא במקום משחקים אסורים, והיה לקצין משטרה יסוד להניח שבאותה שעה משחקים במקום משחקים אסורים, "רואים אותו כאילו הוא משחק בו משחק אסור, כל עוד לא הוכיח שנמצא במקום למטרה אחרת בלבד".

הגם שההסדר שבסעיף 203ד' אינו מנוסח בלשון "חזקה", הרי שמבחינה מהותית הוא מניח שהאדם שעשה את המעשה ידע את הפרט הרלוונטי בקשר לגילו של מי שבו או שלגביו נעברה העבירה. רכיב זה של ההסדר, דומה לתוכן החזקה שבסעיף 193א(ג1) - מודעות לקטנותו של הקונה.

אלא שבהסדר שבסעיף 203ד', נתונה לנאשם האפשרות להוכיח, בכל דרך שהיא, כולל בטענה של טעות במצב דברים לפי סעיף 34' בחוק העונשין, שהוא לא ידע את גילו של האדם שבו או שלגביו נעברה העבירה, ואם בסופו של דבר בית המשפט ישתכנע שהנאשם אכן לא ידע את גילו של האדם שבו או שלגביו נעברה



העבירה, **לא ניתן יהיה להרשיעו והוא יזוכה מהעבירה**. ואילו בהתאם לחזקה שבסעיף 193א(ג1), הדרך היחידה הפתוחה בפני הנאשם להוכיח שהוא לא ידע את גילו של הקונה היא להוכיח שהוצגה בפניו תעודה מזהה בה רשום שהקונה הוא בגיר. אין לנאשם כל דרך אחרת להוכיח את חוסר מודעותו לקטינות הקונה. טענת טעות במצב דברים לא תסייע לו, וגם אם בית המשפט יקבע כעובדה שהוא לא ידע את גילו של הקונה, **לא ניתן יהיה לזכותו והוא יורשע בעבירה**.

ההבדל בין שני ההסדרים, ברור לעין. ההסדר הראשון מעביר את נטל ההוכחה אל הנאשם, אולם בסופו של דבר, המודעות לנסיבה המדוברת היא בלב הכרעת הדין ועל פיה תיקבע התוצאה. וההסדר השני, קובע חזקת מודעות היכולה להיסתר על ידי הנאשם רק בדרך מסוימת אחת, אשר אם היא איננה עומדת על הפרק, רכיב המודעות לקטינותו של הקונה נראה כמוכח, ואין עוד מקום לדון בסוגיית המודעות, כך שגם אם בית המשפט יקבע כי הלכה למעשה הנאשם לא היה מודע לקטינותו של הקונה, הוא יצטרך לקבוע כי מודעות הנאשם לקטינות הקונה הוכחה ולא יהיה לו מנוס אלא להרשיע את הנאשם בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין.

משמעות ההסדר היא, כמודגם, שהתביעה פטורה מהוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, ושאל המדובר אך בהעברת נטל ההוכחה אל הנאשם.

החזקה שבסעיף 233(1) בחוק העונשין איננה נוגעת לרכיב הנפשי של העבירה - המודעות, אלא לרכיב העובדתי. המדובר בחזקה עובדתית, שמי שנמצא במקום שרגילים לערוך בו משחקים אסורים, בזמן שמתקיימים בו משחקים אחרים, משתתף במשחקים אסורים. גם כאן, פתוחה בפני הנאשם האפשרות להוכיח בכל דרך הנראית לו כי הוא נמצא במקום למטרה אחרת. וגם כאן, אם בית המשפט ישתכנע שהנאשם היה במקום למטרה אחרת מאשר משחקים אסורים, הוא יזכה אותו. זהו מקרה קלאסי של העברת נטל ההוכחה בלבד, שאינו משנה את טיב העבירה.

5. בעבירות שאינן עבירות תוצאתיות, כמו בענייננו, המחשבה הפלילית מוגדרת כ"מודעות לטיב המעשה ולקיום הנסיבות" (סעיף 20 בחוק העונשין). מודעות זו, היא מודעות בפועל, סובייקטיבית, קונקרטיית.

6. קטינות מקבל המשקה המשכר, היא נסיבה מרכזית בעבירת איסור מכירת משקאות משכרים לקטין.

המסקנה הנובעת מהטענה - שהמדינה מחזיקה בה - שעבירת איסור מכירת משקה משכר לקטין היא עבירת מחשבה פלילית, הינה בין היתר, שעל התביעה להוכיח קיומה של מחשבה פלילית אצל הנאשם, ושם בסופו של דבר מוכח, בכל דרך שהיא, שהנאשם לא היה מודע לקטינותו של הקונה, יש לזכותו מהעבירה.

החזקה, המקנה לתביעה פטור מהוכחת נסיבת הקטינות ואינה מאפשרת לבית המשפט הקובע שהנאשם לא היה מודע לקטינות הקונה, לזכות את הנאשם, אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הגדרת העבירה כעבירת מחשבה פלילית.

חזקה המייחסת מודעות שאינה ניתנת לסתירה אלא בדרך צרה אחת שכמעט ואיננה מעשית, מייצרת מעין מציאות פיקטיבית, מדומה, המנוגדת בתכלית למודעות הנדרשת ליצירת "מחשבה פלילית", בבחינת תרתי דסתרי.

ניתן לומר בהכללה, שעבירה שבית המשפט חייב להרשיע נאשם בביצועה גם אם הוא קובע שהנאשם לא היה מודע לנסיבה הכלולה בנוסחתה, לא יכולה להיות מוגדרת כעבירת מחשבה פלילית.

7. באופן כללי, העבירות שהמחוקק רואה לנכון להגדיר כבעלות "אחריות קפידה", באות להסדיר דפוסי



התנהגות הדרושים לשמירת שלום הציבור, בתחומי החיים השונים, שבמסגרתם נדרש הפרט לרמת זהירות מסוימת לקידום האינטרס הכללי.

"האחריות הקפידה הונהגה על-ידי המחוקק בעבירות מיוחדות שנועדו להסדיר תחומים מסוימים בחיי החברה. המדובר בתחומים המחייבים הסדרים כלכליים וחברתיים אחידים ובני-אכיפה, שיש בהם כדי לקבוע סטנדרד התנהגות מותאם לצורכי החברה בת זמננו. כדי להבטיח אכיפה פשוטה ויעילה של אותם כללי התנהגות וכדי להעמיק את האכיפה באותם תחומים, נקבעו עבירות שדרכי הוכחתן פשוטות, ומטעם זה פטר המחוקק את התביעה מהוכחת היסוד הנפשי של העבירה..." (רע"פ 26/97 **חיים לקס ואח' נ' מדינת ישראל** פ"ד נ"ב(2) 673.693)

מאפיינים נוספים לעבירות אחריות הקפידה הם, אופן הוכחת העבירה - בעבירות אלה התביעה יוצאת ידי חובתה בהוכחת היסוד העובדתי ואז הנטל להוכיח קיומה של הגנה עובר אל הנאשם; העונש הקבוע לצד העבירה הוא עונש קל יחסית; ובהגדרת העבירה לא מוזכר היסוד הנפשי. (ראה **יסודות דיני עונשין א' ש"ז** פלר עמודים 804-809)

8. בתקופה שקדמה לתיקון 39 לחוק העונשין, היו עבירות שהוגדרו בפסיקה כעבירות "אחריות מוחלטת", בהן כמעט ולא היתה לנאשם אפשרות להתגונן, ודי היה בהוכחת היסוד העובדתי של העבירה כדי להרשיע את הנאשם בדיון.

בע"פ 17/59 **מאור - מזרחי נ' היועץ המשפטי** (פ"ד יד(3) 1882, 1887-8), נאמרו הדברים הבאים, המבארים את מהות האחריות המוחלטת -

"...אחריות מוחלטת פירושה שאדם יכול לעבור את העבירה, גם אם לא התכוון לתוצאות מעשהו או מחדלו, גם אם לא ידע ולא ראה מראש, מה תהייה התוצאות, ואפילו אם לא התרשל באי ראייתו. לשון אחר, די ב- actus, המעשה או המחדל, ואין נפקא מינה, מה מצבו המנטלי של האדם, ובהמשך, "... אין אני סבור שהרעיון הגלום באחריות מוחלטת משמעותו האמיתית הענשת אדם על מעשה שגרם, לא במזיד ולא בשגגה. אחריות מוחלטת אינה אומרת ויתור על האלמנט המנטלי בכל צורה. הרציונל, כך נראה לי, הוא שבעבירות מן הסוג הזה מוחזק הנאשם בחזקת רשלן. כי מטבעו של דבר הוא שהתקלה שנגרמה לא תיגרם בלי חוסר זהירות..." "אין לתקוף איפוא את העקרון של אחריות מוחלטת על יסוד התיזה המוסרית, שהוא גורס אחריות בלי אשמה כלשהי. **אך נכון הדבר שבעבירות הנופלות לגדר האחריות המוחלטת פטורה התביעה מלהוכיח את הרשלנות.**"

9. אפיון מהותי זה, של פטור מהוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, קיים גם בעבירות אחריות הקפידה.

"בבואנו לסווג עבירות כעבירות אחריות קפידה, עלינו להביא בחשבון כי בדרך-כלל מדובר בעבירות התנהגות, אשר ככל העבירות הן כוללות הן יסוד עובדתי והן יסוד נפשי, אלא שבמובחן מהעבירות הרגילות, בעבירות של אחריות קפידה אין התביעה חייבת בהוכחת היסוד הנפשי; בהתקיים היסוד העובדתי קמה חזקת המחוקק כי נתקיים גם היסוד הנפשי. הנאשם יכול להסיר מעליו את האחריות הפלילית אם יסתור את היסוד הנפשי המיוחס לו על-פי החוק, היינו - אם יראה כי פעל ללא מחשבה פלילית או ללא רשלנות, ובנוסף לכך, וזו דרישה מוגברת המיוחדת לאחריות הקפידה, יראה כי נקט את כל האמצעים למניעת העבירה...." (פס"ד לקס עמ' 694)

10. כפי שניתן לראות, הצירוף של הוראה חוקית המייחסת לנאשם יסוד נפשי - ובכך פוטרת את התביעה



מהוכחת היסוד הנפשי - עם הוראה המאפשרת לפטור את הנאשם מאחריות אם יוכיח שפעל בכל האמצעים למניעת העבירה, הוא צירוף קלאסי של עבירת אחריות קפידה. (ולא כעולה מטענת המדינה שעצם קיומה של אפשרות לנאשם להוכיח שפעל בדרך מסוימת ובכך להיפטר מאחריות, מלמד שאין המדובר בעבירת אחריות קפידה)

11. תיקון 39 לחוק העונשין כלל בין היתר את הוספת פרק ד' לחוק, שנושאו "העבירה הפלילית והאחריות לה", אשר בסימן ג' בו, הוגדרו בסעיף 22, אחריות הקפידה והיקפה, כדלהלן:

"22(א) אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאין טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לענין סעיף קטן זה, "בדין" - לרבות בהלכה פסוקה.

(ב) לא יישא אדם באחריות לפי סעיף זה אם נהג ללא מחשבה פלילית וללא רשלנות ועשה כל שניתן למנוע את העבירה; הטוען טענה כאמור - עליו הראיה.

(ג) לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות."

12. עד כניסתו לתוקף של תיקון 39 לחוק העונשין (בשנת 1995), עבירות האחריות המיוחדות נקבעו בעיקר בדרך של פרשנות פסיקתית, בהתאם למאפיינים מסוימים שייחדו אותן.

מאז תיקון 39, קיימת הבחנה לענין הגדרת עבירת אחריות קפידה, בין עבירות שנחקקו לאחר התיקון לאלו שנחקקו לפניו. על מנת לקבוע שעבירה שהחיקוק הקובע אותה נחקק לאחר תיקון 39 הינה עבירת אחריות קפידה, נדרש **שייקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות**. ואילו בעבירות שחוקקו טרם התיקון, הקביעה אם מדובר בעבירת אחריות קפידה אם לא, הינה בהתאם לפרשנות ולהלכה הפסוקה שנקבעה או שתיקבע בשאלת סיווגה של העבירה כעבירת אחריות קפידה.

להשלמת התמונה יצוין, כי המגמה המסתמנת היא לצמצם את סיווג העבירות שנחקקו לפני תיקון 39 וטרם הוגדרו כעבירות אחריות קפידה, כעבירות אחריות קפידה.

"המגמה הבאה לידי ביטוי בתיקון 39 לחוק העונשין מחייבת אותנו לצמצם את סיווג העבירות של אחריות קפידה ככל הניתן, ולהותירו רק לעבירות שכבר סווגו ככאלה על-פי הדין, לרבות ההלכה הפסוקה. במצוות המחוקק ולפי הוראת סעיף 19 לחוק העונשין, בהיעדר קביעה המחייבת מסקנה אחרת, יש לסווג כל עבירה כעבירת מחשבה פלילית, אלא אם נקבע בה יסוד נפשי של רשלנות." (פס"ד לקס עמ' 695)

13. כפי שניתן לראות, התנאי המהותי להגדרת עבירה כעבירת אחריות קפידה - פטור מהוכחת מחשבה פלילית או רשלנות- הנדרש הן ביחס לחיקוקים שלאחר תיקון 39 והן ביחס לחיקוקים שקדמו לו, הוא אותו תנאי המופיע באופן עקבי בפסיקת בית המשפט העליון ובדעות משפטנים, הרבה לפני תיקון 39.

14. החיקוק האוסר מכירת משקה משכר לקטין קיים בחוק העונשין עוד לפני תיקון 39, אולם תיקון 107 לחוק העונשין, שבמסגרתו הוספה הוראת החזקה שבסעיף 193א(ג1) בחוק העונשין, המעלה את



שאלת טיבה של עבירת מכירת משקה משכר לקטין בנסיבות המקימות את החזקה ואת אפשרות הגדרתה כעבירת אחריות קפידה, חוקק בשנת 2010, אחרי תיקון 39. בנסיבות אלה יש להתייחס לחיקוק בו מופיעה החזקה, בהקשר לאפשרות סיווג העבירות שעליהן חלה החזקה כעבירות של אחריות קפידה, כחיקוק שנחקק לאחר תיקון 39.

15. במצב דברים זה, בהתאם לסעיף 22 לחוק העונשין, יש לבחון האם **החיקוק המדובר קובע שהעבירות עליהן חלה החזקה אינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות.**

16. עקרונית, קביעה כזו יכולה להיות בהוראה מפורשת וישירה, בלשון "עבירה זו אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות", או לשון דומה לה, אך יכולה גם להיות בנוסח אחר, **שהמשמעות שלו** היא שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. (ראה והשווה, פסק הדין ב- ד"נ 12/81 **שפירא ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(2) 645 בו בית המשפט סיווג עבירות מס מסוימות שבוצעו על ידי בעלי תפקידים בחברה, כעבירות אחריות מוחלטת, וסיווג עבירות מס אחרות, שבוצעו על ידי בעלי תפקידים אחרים בחברה, כעבירות אחריות קפידה, על יסוד לשון החוק - שלא קבעה מפורשות שמדובר באחריות מיוחדת, אלא שבית המשפט ראה **בתוכן** של ההוראה הרלוונטית, שמשמעותו היתה שהעבירות הן עבירות של אחריות מיוחדת, **כקביעה נורמטיבית הכלולה בחיקוק עצמו**, שהעבירות האמורות הן בעלות אחריות מיוחדת - "מוחלטת" ו- "קפידה".)

17. כאמור, לשון סעיף 193א' (ג) לחוק העונשין, המתייחסת גם לעבירה שבסעיף 193א' (א), הנוגעת לעניינו, היא -

"בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, אשר מכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין בניגוד להוראות סעיפים קטנים (א) עד (ב), **חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח**, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין". (להלן: "החזקה").

כפי שכבר צוין, הפורמט לפיו עם הוכחת היסוד העובדתי "רואים אדם כאשם בעבירה, אלא אם כן הוכיח כך וכך", הוא פורמט אופייני לעבירות האחריות הקפידה.

בנוסף, הפרשנות לפיה רואים בעבירה הכוללת הוראה המאפשרת הרשעה על יסוד הוכחת המרכיב העובדתי בלבד, תוך מתן אפשרות לנאשם להוכיח טענה כזו או אחרת, **כהוראה בחיקוק שהעבירה המדוברת אינה טעונה מחשבה פלילית או רשלנות**, היא פרשנות מוסכמת ומקובלת בעולם המשפט.

בנוגע למצב שלפני תיקון 39, פרופסור פלר ראה בקיומה של הוראה בחיקוק **כי הנטל להוכיח את אי הרשלנות מוטל על הנאשם**, כדרך של סיווג נורמטיבי של העבירה כעבירת אחריות קפידה -

"יש לציין כי דרך זו של סיווג נורמטיבי, אם כי עקיף, של העבירה בקטיגוריה של העבירות של אחריות קפידה באה לידי ביטוי בכל פעם בה קובע החוק, כסייג לאחריות פלילית, את חוסר הרשלנות שהוכחתו מוטלת על הנאשם. בכל המקרים הללו מוגדרת העבירה כעבירה שהיסוד הנפשי שבה אינו טעון הוכחה; וזוהי בדיוק ההגדרה של סוג העבירות של אחריות קפידה." (עמ' 806)

באשר להוראה הכלולה בסעיף 22 לחוק העונשין, הדורשת **קביעה בחיקוק** שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, אומר פרופ' פלר -



"לא למותר להוסיף כי **המבחן הנורמאטיבי** יכול שיהיה ישיר, תוך קביעה בלתי אמצעית כי עבירה פלונית גוררת אחריה אחריות קפידה, **ויכול שיהיה עקיף, כאשר לומדים זאת מהוראות חוק אחרות המשלימות את הגדרת העבירה או את דרכי הטלת האחריות על ביצועה**, כגון הוראות שקובעות את הסייג של "חוסר רשלנות". (שם, עמ' 819) (אמנם התייחסותו של פרופ' פלר היתה לנוסח "הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש", קודם שתיקון 39 התקבל, אולם בנקודה זו התיקון לא שינה מההצעה, כך שהדברים תקפים גם לאחר קבלת תיקון 39)

18. נוכח דברים אלה, נראה לי שיש לראות בהוראת החזקה, המהווה הוראה משלימה להגדרת העבירה ולדרכי הטלת האחריות על ביצועה, כקביעה בחיקוק שעבירת מכירת משקה משכר לקטין על ידי בעל עסק המוכר משקאות משכרים או על ידי עובד בעסק, אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, כדרישת סעיף 22(א) בחוק העונשין.

19. מן הבחינה המהותית, מאפייני העבירה של מכירת משקה משכר לקטין על ידי בעל עסק המוכר משקאות משכרים, מתאימים לעבירות אחריות הקפידה -

המדובר בחיקוק שבא להבטיח מטרה חברתית מסוימת; בתחום מוגדר - צמצום צריכת אלכוהול על ידי קטינים; שמטרתו לגרום לכך שבעלי עסקים המוכרים אלכוהול יקבלו עליהם כללי התנהגות מחמירים בנושא; ולשם כך יש להעמיד את האחריות לעבירה על יסודות מוחלטים; כך שתתאפשר רגולציה יעילה והכרעה משפטית מהירה, שיהיה בהן כדי להרתיע ולהשיג את המטרה.

20. בהתחשב במאפייני העבירה כאמור; במטרה שלשמה תוקן החוק; ובחזקה הקבועה בחוק; נראה לי שיש לקבוע כי העבירות בסעיפים 193א(א) עד(ב) בחוק העונשין, המבוצעות על ידי בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, עומדות בהגדרות המהותיות והפורמאליות הדרושות לסיווגן כעבירות אחריות קפידה, ויש להגדירן כעבירות אחריות קפידה. (ההוראה בסעיף 193א'(א) בחוק העונשין, הקובעת עבירת עידוד או שידול קטין לשתות משקה משכר; והעבירות של מכירה, אספקה, ורכישה, של משקה משכר לקטין, הכלולות בסעיפים קטנים (א1) ו-(א2), המבוצעות על ידי מי שאינו בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים; - שביחס אליהן לא חלה חזקת מודעות הקטינות - אינן מהוות עבירות של אחריות קפידה.)

21. הפרשנות הנטענת על ידי המערער, לפיה למרות החזקה, העבירות עליהן חלה החזקה הן עבירות מחשבה פלילית, סותרת מושגי יסוד של המשפט הפלילי ויוצרת אנומליה מושגית. לא ניתן לטעון שהרשעה בעבירה מסוימת דורשת מחשבה פלילית - שמשמעותה בין היתר מודעות לנסיבה הכלולה בנוסחת העבירה - ובה בעת לטעון לאי חלוצה של הגנת טעות במצב דברים; ולא ניתן לטעון שהעבירות עליהן חלה החזקה הן עבירות מחשבה פלילית, במצב בו גם אם בית המשפט קובע שהנאשם לא היה מודע לנסיבת קטינותו של הקונה, הוא חייב להרשיעו על יסוד החזקה המייחסת לו ידיעת עובדת קטינותו של הקונה. הדברים בסיסיים ומושרשים ואינם מצריכים הרחבה.

22. הנטיה המשפטית היא לצמצם בסיווג עבירות כעבירות אחריות קפידה -

עבירות כאלה פוגעות מטבען בכללי הצדק המקובלים ואינן עולות בקנה אחד עם ההצדקות המוסריות להרשעה ולענישה; בדרך כלל הגדרת עבירה כעבירת מחשבה פלילית מקלה עם נאשמים בהשוואה להגדרתה כעבירת אחריות מוחלטת, שכן, באפשרות הראשונה על התביעה להוכיח קיומה של מחשבה פלילית ובהעדר



הוכחתה יש לזכות את הנאשם, ובאפשרות השניה ניתן להרשיע את הנאשם על יסוד הוכחת המרכיב ההתנהגותי בלבד, גם ללא הוכחת מחשבה פלילית.

בסוגיה שבה אנו דנים, בהינתן החזקה, אין משמעות לענין ההרשעה, בין סיווג העבירה כעבירת מחשבה פלילית לסיווגה כעבירת אחריות מוחלטת. בשני המצבים, לאחר הוכחת היסוד העובדתי, החזקה פועלת את פעולתה והדרך של הנאשם להיפטר מאחריות לעבירה היא אותה דרך - הוכחת עיון בתעודה מזהה שהנתון הנוגע לגיל המופיע בה מלמד שמדובר בבגיר.

אולם, בכל הנוגע לעונש, היוצרות מתחלפות, וסיווג העבירה כעבירת אחריות קפידה הוא המקל יותר עם הנאשם, שכן, אם מסווגים את העבירה כעבירת מחשבה פלילית, אין כל הגבלה על העונש שניתן להטיל בגבולות העונש הקבוע לעבירה, בעוד שאם העבירה היא עבירת אחריות קפידה, הרי שמכ סעיף 22 בחוק העונשין לא ניתן להטיל מאסר אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

בהינתן האפשרות להרשיע אדם במכירת משקה משכר לקטין גם מבלי שאותו אדם היה מודע לעובדת קטינותו של הקונה - על כל המשמעויות הכרוכות בהרשעה - מן הראוי לבחור בחלופה המגדירה את העבירה כעבירת אחריות קפידה, המאזנת את התוצאה הקשה במיתון הענישה האפשרית.

23. באי כח המשיב הלינו על הפקעת ההגנה של טעות במצב דברים וביקשו לאפשר החלטה גם אם העבירה המיוחסת למשיב תסווג כעבירת אחריות קפידה.

לא ניתן לקבל את הטענה. הגנת טעות במצב דברים אינה מתיישבת עם האחריות הקפידה. המאפיין המרכזי של אחריות הקפידה הוא, שאין צורך להוכיח את היסוד הנפשי הדרוש להתהוות העבירה. המטרה של הגנת טעות במצב הדברים היא, להוכיח שלא התקיימה בנאשם המחשבה הפלילית הכלולה בנוסחת העבירה. מחשבה פלילית זו ממילא אינה דרושה הוכחה בעבירה של אחריות קפידה. משום כך בעבירות אחריות קפידה אין ולא יכולה להיות תחולה להגנת טעות במצב דברים. (ראה שם, פלר, פסקה 955).

24. הסתירה הנוצרת בין הגדרת עבירה כעבירת מחשבה פלילית לבין מצב בו חזקה חוקית פוטרת מהוכחת מרכיב ממרכיבי המחשבה הפלילית וגם מונעת שימוש בהגנת הצורך - העומדת לרשות הנאשם בכל עבירות המחשבה הפלילית והרשלנות - היא סתירה מהותית וחריפה שאינה ניתנת לפתרון קונבנציונלי; והקביעה שנוסח החזקה החלה על סעיפי העבירות שעל הפרק אינו נחשב "כקביעה בחיקוק" שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית כנדרש בסעיף 22 לחוק העונשין, ועל כן עבירות אלו אינן יכולות להיחשב כעבירות אחריות קפידה, יוצרת מצב כאוטי ממש.

לא לחינם בית המשפט קמא ובתי משפט אחרים שדנו בסוגיה נדרשו לפתרונות קיצוניים - למשל, בת.פ. 22791-09-13 **מדינת ישראל נ' זורב שפטשולי** (פורסם בנבו. מיום 17.2.15) בו בית משפט השלום תל-אביב קבע כי חזקת ידיעת הגיל בעבירת מכירת משקה משכר לקטין הינה בלתי חוקתית ויש לראות אותה כמבוטלת, וקבע כי הפעלת סוכן משטרה קטין הנראה כבגיר, גורמת להכשלת בעל העסק המוכר משקה משכר למי שנראה בעיניו כבוגר, ומצדיקה ביטול כתב האישום מחמת הגנה מן הצדק. ובת.פ. 51384-06-12 **מדינת ישראל נ' עמרם סבאח** (פורסם בנבו. מיום 17.11.14) בו בית משפט השלום רמלה הורה על ביטול האישום שהוגש נגד הנאשם, מחמת הגנה מן הצדק, על רקע הפעלת סוכן משטרה קטין הנחזה כבגיר.

הקביעה שהעבירות שעל הפרק הן עבירות מסוג אחריות קפידה, מבוססת על פרשנות עניינית ולשונית סולידית; פותרת את הסוגיה בלא צורך בנקיטה בצעדים קיצוניים, השמורים למצבים יוצאי דופן ונדירים, אשר ככלל מוטב



להימנע מהם; ועולה בקנה אחד עם מטרות המחוקק; ולצד זה מקלה עם הנאשמים בהשוואה לחלופה האחרת.

משמעות הגדרת העבירה כעבירת אחריות קפידה על ענייננו

1. המשיב איננו חולק על העובדות המשכללות את העבירה שיוחסה לו, שבקשר אליה החזקה חלה - דהיינו, על היותו בעלים של בית עסק המוכר משקאות משכרים ועל מכירת האלכוהול לקטין בשתי הזדמנויות - כך שהיסוד העובדתי של עבירת מכירת משקה משכר לקטין, שיוחסה למשיב, הוכח.
2. בהינתן תחולת החזקה על העבירה בנסיבותיה, יש לראות במשיב כמי שהיה מודע לכך שהוא מוכר משקה משכר לקטין. המשיב לא טען ולא הוכיח שהקטין הציג בפניו תעודה שעל פיה הוא בגיר, כך שלא עומדת לו ההגנה האפשרית בנסיבות, ועל כן יש לקבוע כי המשיב ביצע שתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, בניגוד לסעיף 193א' (א1) בחוק העונשין, תשל"ז-1977.

טענת ההגנה מן הצדק

1. בית המשפט קמא התרשם מחזותו של הקונה, שגילו של הקונה נע בין 20 ל- 30 שנה, וקבע כי בחירת המשטרה לשלוח אל עסקו של המשיב אדם "שחזותו מטעה בעליל" בהקשר לגילו, "פוגעת בתחושת ההגינות והצדק" ומקימה למשיב הגנה מן הצדק, שבעטייה הוא הורה על ביטול האישום וזיכוי המשיב מהעבירה שיוחסה לו.
2. אקדים ואומר כי לדעתי לא היה מקום לקבל את טענת המשיב להגנה מן הצדק ובנגזר מכך לא היה מקום לזכות את המשיב מהעבירה שיוחסה לו.

התרשמות ממראה הקונה על בגירותו, והשפעתה על טענת ההגנה מן הצדק בעבירת מכירת משקה משכר לקטין

1. כידוע, הרושם המתקבל ממראה חיצוני של אדם באשר לגילו, מושפע מנתונים רבים ומגוונים והוא רחוק מלהיות מדויק. לא קיימים סימני היכר חיצוניים מובהקים וחד משמעיים לגילו של אדם בוגר; לא כל הבוגרים בני גיל מסוים או בני שכבת גיל מסוימת, נראים אותו דבר; ואנשים שונים יכולים להתרשם בצורה שונה מגילו של אדם בוגר על סמך מראהו.
- הביטוי הגופני החיצוני הנלווה להתפתחות וההתבגרות האנושית, משתנה בתקופות החיים השונות. בשלבי הינקות, הילדות וההתבגרות, ההתפתחות הגופנית מואצת והשינויים הגופניים החיצוניים בין גיל לגיל, גם בפערי זמן קצרים יחסית, ניכרים לעין ומאפשרים להעריך בקרוב את הגיל. בהמשך, ההתפתחות הגופנית מתמתנת ורק כעבור תקופות זמן משמעותיות השינויים הגופניים שחלים באדם ניכרים לעין, וקשה יותר להעריך את הגיל בהתאם למראה. כך למשל קיים בדרך כלל הבדל גופני ניכר לעין בין תינוק בן יומו לתינוק בן חודש-חודשיים; בין ילד בן שנה לילד בן שנתיים; בין ילד בן 5 לילד בן 8; ובין ילד בן 12 לבחור בן 17. ומנגד, אין הבדלי חזות מובהקים בין אדם בן 18 לאדם בן 23; בין אדם בן 27 לאדם בן 35; או בין מבוגר בן 70 לזקן בן 80.
2. ענייננו יוכיח את חוסר הדיוק של הערכת הגיל על פי המראה החיצוני. בית המשפט קמא ציין שהקונה



נראה בעיניו כבן 20-30 שנה וכמי שמראהו לא מותיר ספק בנוגע לבגירותו.

המשרעת הגדולה הזו של 10 שנים, מדברת בעד עצמה ומלמדת שמראהו של אותו אדם יכול להתאים, בעיניו של אותו מתבונן, לטווח גילאים גדול מאוד, הנמדד בשנים רבות. ובאופן קונקרטי, על פי התרשמות בית המשפט קמא ממראהו של הקונה, היה סביר בעיני בית המשפט שגילו של הקונה הוא 20 שנה ובאותה מידה שגילו הוא 30 שנה. בהתחשב בפער השנים הקטן יחסית בין קטינות המתקרבת לגיל הבגירות לבין גיל 20, שאינו מתבטא בהבדלי מראה חיצוני מובהקים הניכרים לעין, קשה לומר באופן נחרץ שמראהו של מי שנראה בגיל 20 "לא יכול להותיר ספק ביחס לבגירותו".

3. ראיתי את דמותו של הקונה בסרטונים שבדיסק שסומן בבית המשפט קמא ת/3. מתוך מה שראיתי אינני יכול להיות שותף לתיאור של בית המשפט קמא בנוגע לגילו הנחזה של הקונה, וגם לא הייתי אומר שמראה הקונה לא יכול להתאים בשום אופן למראה של אדם הצעיר מגיל 18. אינני טוען שהתרשמותי טובה או מדויקת יותר מההתרשמות של בית המשפט קמא, או מהתרשמותו של כל אדם אחר, אלא רק שהיא שונה מזו של בית המשפט קמא, כפי שמטבע הדברים התרשמות מגיל על פי מראה יכולה להיות שונה מאדם לאדם.

4. בהקשר זה מעניין לציין, כי המשיב עצמו טען שהוא התרשם שהקונה בן 25, וכי ההגנה טענה בסיכומיה (כעולה מדברים שהוצגו בהכרעת הדין) שהקונה נראה בן 23. ושכפועל, בזמן הרלוונטי הקונה היה בן 17 ושלושה חודשים.

5. כך או כך, ברור שהמדובר בהערכות מזילות בעלות שוליים די רחבים, ולא בנתונים מבוססים ומדויקים. ובהתחשב בטווח השנים הרלוונטי לענייננו, הנוגע לשיוכו של אדם לקטגוריית "קטין" או "בוגר", אין מקום לתת להערכה כזו משקל של ממש.

6. בהינתן הגדרת עבירת מכירת משקה משכר לקטין; החזקה התקפה למצב בו מוכר המשקה המשכר לקטין הוא בעלים או מוכר בבית עסק בו נמכרים משקאות משכרים; והעובדה שהמדובר בעבירת אחריות קפידה; הרי שהשאלות הנוגעות למראהו של הקונה ולהנחת המוכר בנוגע לגילו הבוגר - המבטאות בעצם טענת טעות במצב דברים - אינן מעלות או מורידות לענין ההרשעה. שהרי, כאמור, בעבירה זו אין צורך להוכיח קיומה של מחשבה פלילית או רשלנות וניתן להרשיע אדם בביצועה על סמך הוכחת היסוד ההתנהגותי בלבד.

אם במקרה זה, הקונה היה מגיע אל עסקו של המשיב מיוזמתו ולא בשליחות המשטרה, המשיב היה מורשע במכירת משקה משכר לקטין, גם אם היה נקבע שחזותו של הקונה מטעה והוא נראה אדם בוגר, והיה נקבע שהמשיב לא היה מודע לקטינותו של הקונה וסבר בתום לב שהוא בוגר.

7. שאלת "החזות המטעה" של הקונה יכולה להיות רלוונטית במקרה של שימוש בסוכן משטרתי קטין, שחזותו בהקשר לגילו **מטעה בעליל** - בין משום שהוא נראה בוגר במובהק ובין משום שהופעתו מלמדת עליו שהוא בוגר. אולם, הנסיבות שיצדיקו להגדיר את חזותו של הסוכן כ"מטעה בעליל" ביחס לגילו, נדירות ויוצאות דופן. אין מקום לקבוע בענין זה כלל ממצא ואולם נראה לי שנסיבות דוגמת - איפור הסוכן או התחפשותו, כאדם מבוגר; סוכן שמראהו איננו מתאים לגילו בצורה חריגה וקיצונית, למשל על רקע מחלה או תופעה ביולוגית מיוחדת; או נסיבות ניראות חיצוניות מיוחדות, למשל, אם הסוכן מגיע לבית העסק בניידת משטרה, או ברכב צבאי, לבוש מדים ועונד דרגות; - היוצרות מצג מטעה



אובייקטיבית, בנוגע לגיל הקונה, עשויות להיחשב כשימוש בלתי ראוי בסוכן משטרתי, המצדיק מתן הגנה מן הצדק למי שהוטעה לחשוב שעומד בפניו אדם בוגר ומכר לו משקה משכר מבלי לבקש תעודה להוכחת בגירותו.

8. ניתן לומר בהכללה כי **טעות** של מוכר משקה משכר בנוגע לגיל הקונה, אינה מהווה הגנה מפני הרשעה בעבירה, אולם **הטעיה** של מוכר בנוגע לגיל הקונה, מצד גוף האכיפה, עשויה להקים הגנה מן הצדק.

הגנה מן הצדק בכלל, והחלטה במקרה זה

1. יוזכר, כי על מנת שטענת הגנה מן הצדק תעמוד לנאשם, יש לקבוע, כאמור בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ש"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית."

2. בסופו של דבר מדובר במי שביצע עבירה, אשר נשקלת לגביו האפשרות להקל בעונשו או לבטל כליל את האישום שהוגש נגדו כך שהוא יצא ללא הרשעה ועונש. לא כל פגיעה בהגינות או בצדק ולא כל סטיה מדרך הפעולה הראויה, מקימה הגנה מן הצדק. רק נסיבות רציניות ומשמעותיות, העומדות בהגדרה של "סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית" מצדיקות זאת.

"כפי שנקבע לא אחת, דוקטרינת ההגנה מן הצדק נועדה למקרים מיוחדים ונדירים יחסית, בהם פעולות האכיפה, החקירה או ההעמדה לדין מביאות לפגיעה מהותית בתחושת הצדק ובהגינות המשפטית, באופן שבו האינטרס במיצוי ההליך הפלילי והעמדתו לדין נסוג מפני הפגיעה החמורה בזכותו של הנידון להליך הוגן." רע"פ 5034/15 **סדר פירממדוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 31.10.18)

3. הדברים הבאים, שנקבעו בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ ואח' (פורסם בנבו, 31.3.2005), שדן במכלול ההיבטים הנוגעים לטענת ההגנה מן הצדק, מציגים בצורה קולעת את תמונת האינטרסים המרכזיים המעורבים בנושא, שיש צורך לאזן ביניהם -

"ההכרעה בשאלה אם המקרה שלפני בית-המשפט מצדיק את החלטה של הגנה מן הצדק, אמורה לשקף איזון נאות בין מכלול הערכים, העקרונות והאינטרסים השונים הכרוכים בקיומו של ההליך הפלילי. מן העבר האחד ניצבים האינטרסים התומכים בהמשך קיומו של ההליך, ובהם העמדת עבריינים לדין ומיצוי הדין עמהם; הוצאת האמת לאור; קיומם של מנגנוני גמול, הרתעה וענישה; שמירה על ביטחון הציבור; הגנה על זכויותיו של הקורבן הנפגע. ומן העבר האחר ניצבים האינטרסים השוללים, במקרה הקונקרטי, את המשך קיומו של ההליך, ובהם הגנה על זכויות היסוד של הנאשם; פסילת מהלכי הנפסדים של הרשות והרתעתה מפני נקיטת מהלכים דומים בעתיד; שמירה על טוהר ההליך השיפוטי; שמירת אמון הציבור בבית-המשפט." (ראה עמ' 32 לפסק הדין מול האות ד')

4. העובדה שמדובר בעבירת אחריות קפידה, שבגדרה ניתן להרשיע אדם גם ללא הוכחת מחשבה פלילית, כשלעצמה - למרות הפגיעה המסוימת המובנת בה בעקרונות של צדק והגינות משפטית - כמובן שאינה מקימה הגנה מן הצדק. עבירות אחריות הקפידה מוצדקות בטעמים טובים, כפי שהוסבר, ובהתחשב במכלול ההסדרים החלים לגביהן, יש לראות בהן כהכרח לגיטימי בל יגונה.



5. הפעלת סוכנים משטרתיים לבדיקת מכירת משקאות משכרים לקטינים, אינה פסולה ואינה יכולה לבסס כשלעצמה הגנה מן הצדק. הדעת נותנת שאם החוק קובע איסור או חובה מסוימים, תהיה לגורמי האכיפה הזכות לבדוק האם הציבור שכלפיו מופנים האיסור או החובה אכן עומד בהם. הפעלת סוכן היא אחת הדרכים לעשות זאת.

אמנם הדרך האוטנטית והמשקפת ביותר לבדוק אם עסק מסוים מוכר משקאות משכרים לקטינים היא לבדוק את גילם של האנשים היוצאים מבית העסק לאחר שקנו בו משקה משכר. ואולם, מהלך כזה כרוך בקשיים פרקטיים - לא תמיד אפשר לדעת שהקונה קנה משקה משכר. בד"כ המוצרים שנקנים נתונים בשקית או באריזה כלשהי וצריך לבדוק את תכולתה כדי לדעת מה היא מכילה. רכישת משקה משכר על ידי קטין אינה מהווה עבירה לקטין, ולא ברור שניתן לפנות אליו בדרישה להראות את פרטי קנייתו. המהלך בכללו מחייב שיתוף פעולה מצד הציבור הרחב, שלא תמיד קיים, וכרוך בהטרדת האזרח בפעולות נוספות כמו מסירת עדות במשטרה ובבית המשפט. ואפשרות החשיפה המוקדמת של הפעילות המשטרית, גדולה. אילוצים אלה ואחרים מעניקים יתרונות לדרך הפעולה של שימוש בסוכנים משטרתיים קטינים, המאפשרת לגלות את אלה שעוברים על החוק ולנקוט נגדם בצעדים, ויש בה כדי לתרום להרתעת קהל היעד הרלוונטי.

6. אחרי ככלות הכל עלינו לשוות נגד עיננו את מטרת החוק ותכליתו, שעל רקען נקבעה חזקת מודעות המוכר משקה משכר לקטינותו של הקונה. השימוש באלכוהול על ידי קטינים הוא תופעה חברתית חמורה והרסנית, שהשלכותיה מרחיקות לכת, לפרט, לסביבתו הקרובה ולחברה בכללה. קיים צורך ברור והצדקה מלאה להילחם בתופעה בכל הכלים העומדים לרשות החברה.

אחת הדרכים העיקריות להשגת האלכוהול על ידי הקטינים היא רכישתו בבתי עסק המוכרים משקאות משכרים. מטרת ההסדר החוקי בתחום הינה לגרום לכך שבתי עסק המוכרים משקאות משכרים, לא ימכרו משקאות משכרים לקטינים. המסר לבעל העסק הוא, אל תמכור משקאות משכרים לקטינים, ובאחריותך לדאוג שכך אכן יהיה.

אין המדובר בגזרה שהציבור הנוגע לה איננו יכול לעמוד בה, שכן, החוק מאפשר למי שמוכר משקאות משכרים לדרוש מקונה תעודה להוכחת גילו. כך שעומד לרשות המוכר כלי פשוט להבטיח שלא יסתכן בעבירה. ירצה, ישתמש בו ויבטיח לעצמו הגנה, ירצה, ימכור ללא בדיקת גיל ויסתכן בביצוע עבירה על כל המשתמע מכך.

7. באי כח המשיב העלו את הדאגה מהפגיעה העלולה להיגרם למוכר תמים במצבים יוצאי דופן, כמו במקרים של מחלה הגורמת לאדם צעיר להיראות כמבוגר מאוד. ואולם, דאגה זו היא יותר במישור העיוני, גם משום נדירות המצבים הקיצוניים וגם משום שיש להניח שכאשר גורמי האכיפה והתביעה ייתקלו במקרים כאלה, הם יפעילו את שיקול הדעת המתבקש, ואם לא יעשו כן, ישנן דרכים לתקוף את החלטתם.

8. בדיקות רנדומליות יזומות על ידי גופי האכיפה, הן חלק לגיטימי ממערך המאבק במכירת אלכוהול לקטינים. וככלל, אין מקום לאפשר לגביהן העלאת טענת טעות במצב דברים (גם אם במסווה של טענת הגנה מן הצדק) שאינה מתאפשרת במקרים שהקונה הקטין מגיע לרכוש אלכוהול מיוזמתו. רק מקרים מיוחדים, יוצאי דופן, יצדיקו קבלת הטענה.

9. ענייננו לא נכלל בקטגוריות של "מראה מטעה בעליל" ושל "הטעיה" מצד גוף האכיפה, היכולות עקרונית לבסס טענת הגנה מן הצדק. לא היה בחזותו של הקונה דבר יוצא דופן המטעה במובהק בנוגע



לגילו. והמשטרה לא נקטה בצעד כלשהו שיש בו כדי להטעות את המשיב. הקונה הגיע אל עסקו של המשיב בצורה טבעית, הוא לא הציג את עצמו בכזב ולא היה דבר באופן הופעתו שיכל להטעות, אובייקטיבית, בנוגע לגילו.

10. בנסיבות אלה אינני מוצא הצדקה להעניק למשיב הגנה מן הצדק.

סוף דבר

נוכח האמור, אציע לחברי לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, לפי סעיף 193א(1) בחוק העונשין, תשל"ז-1977, ולהחזיר את התיק לבית המשפט קמא לשמיעת טיעונים לעונש ומתן גזר-דין.

אליהו ביתן, שופט סגן הנשיאה

השופט יואל עדן

1. עיינתי בחוות דעתו המקיפה של חברי כב' סגן הנשיאה השופט א. ביתן, ומסכים אני לכך שיש לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, לפי סעיף 193א(1) לחוק העונשין ולהחזיר את התיק לבית משפט קמא לשמיעת טיעונים לעונש ומתן גזר דין.

לצד זאת, מסקנתי היא כי העבירה לפי סעיף 193א(1) הינה עבירה של מחשבה פלילית ולא עבירת אחריות קפידה. לענין זה משמעות ביחס לענישה אשר ניתן להטיל בגין עבירה לפי סעיף 193א(1) לחוק העונשין. הוראה זו קובעת מאסר של שישה חודשים לצד העבירה. מנגד, סעיף 22(ג) לחוק העונשין, קובע כי ביחס לעבירה של אחריות קפידה, לא ידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות.

משמסקנתי הינה כי מדובר בעבירה אשר היסוד הנפשי לצידה הינו של מחשבה פלילית, הרי שלטעמי ההשבה של ההליך לבית משפט קמא, צריכה להיות לטיעונים לעונש וגזירת העונש, בהתאם לענישה הקבועה בסעיף 193א(1), דהיינו ענישה של עד שישה חודשי מאסר, ולא כאמור בהוראת סעיף 22(ג) לחוק העונשין.

להלן יפורטו הנימוקים והמסקנות, ולא אחזור על העובדות אשר פורטו בפסק דינו של חברי.

2. השאלה המרכזית במחלוקת, הינה שאלה פרשנית ביחס לסעיף 193א(1) לחוק העונשין, האם בא הוא בגדר עבירה של מחשבה פלילית כאמור בסעיפים 19 ו- 20 לחוק העונשין, או בגדר עבירה מסוג אחריות קפידה, כאמור בסעיף 22(א) לחוק העונשין. בתי המשפט נחלקו בשאלה זו.

עמוד 14



כמפורט בפסק דין של בית משפט קמא, כמו גם בטיעוני ב"כ הצדדים, קיימים פסקי דין אשר ראו בעייתיות בחזקה אשר נקבעה בסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין, וראו בה כמקימה בעיה חוקתית, כמו גם התנגשות עם עקרון האשמה. ר' לדוגמא ת.פ. (ת"א) 22791-09-13 מ"י נ' **זורב שפטשילי** (17.2.2015), ת"פ (ר"מ) 51384-06-12 **משטרת ישראל נ' סבאח** (17.11.2014).

מנגד קיימים פסקי דין אשר קבעו כי מדובר בעבירה של מחשבה פלילית. כך, בע"פ (נצ') 14781-08-16 **ברמי נ' מ"י** (21.3.2017) דחה הרכב הערעורים את הערעור על פסק הדין של בית משפט השלום, אשר דחה את הטענה כי העבירה הינה של אחריות קפידה, וקבע כי מדובר בעבירה של מחשבה פלילית.

ר' גם ת.פ. (ק"ש) 17430-10-13 מ"י נ' **דניאל תורג'מן** (8.6.2015), ות.פ. (כ"ס) 29795-05-12 מ"י נ' **ליברנט** (4.2.2015), אשר דחו את הטענה בדבר היות העבירה, עבירת אחריות קפידה.

פרשנותי הינה כפרשנות שניתנה ע"י בית המשפט המחוזי בנצרת בע"פ 14781-08-16, דלעיל, ומצטרף אני לקביעה בסעיף 26 לפסק הדין לפיה:

"כפי שקבע בית המשפט קמא, חזקת המודעות שבס"ק (ג1) הנ"ל, אמנם משחררת את התביעה מהוכחת התקיימותה של מחשבה של פלילית של המוכר ביחס לנסיבה כי קונה האלכוהול הוא קטין, בכפוף לאפשרותו לסתור את החזקה. יחד עם זאת, אין משמעות הדבר כי לא נדרשת מחשבה פלילית. החזקה לא ביטלה את הדרישה בדבר קיומה של מחשבה פלילית, ובכלל זה, מודעות להיותו של הרוכש קטין, אלא שבאמצעות החזקה ביקש המחוקק להקל על התביעה בהוכחת אותה מודעות, בהעבירו את נטל הראיה לסתור את החזקה אל כתפי הנאשם, ברמה של מאזן הסתברויות".

בפסק הדין נשוא הערעור בע"פ 14781-08-16, ת.פ. (נצ') 17504-09-12 מ"י נ' **ברמי** (23.2.2016) התייחס בית משפט השלום לחזקת המודעות ולמטרה שעמדה בהוספתה, והיא כדי להוות תמריץ למוכרים לדרוש הצגת תעודת זהות, וכי מהותה של החזקה הינה ראייתית בלבד. כך נקבע בסעיפים 76, 77, 78 להכרעת הדין, ומצטרף אני גם לדברים אלו:

"76. חזקת המודעות שבס"ק (ג1) הנ"ל, אכן משחררת את התביעה מהוכחת התקיימותה של מחשבה פלילית של המוכר ביחס לנסיבה כי קונה האלכוהול הוא קטין, בכפוף לעמידת הנאשם בנטל המוטל עליו לסתור את החזקה. אין משמעות הדבר כי אין נדרשת מחשבה פלילית. מחשבה פלילית נדרשת גם נדרשת, לרבות מודעות לקטנותו של הקונה, אלא שבאמצעות החזקה ביקש המחוקק להקל על התביעה בהוכחת אותה מודעות, כאשר נטל הראיה לסתור את החזקה מוטל על הנאשם, ברמה של מאזן הסתברויות. כך נוהג המחוקק לעשות במקרים שבהם מחייב האינטרס הציבורי מאבק מיוחד בתופעה פלילית, וקובע חריגה מן הכלל ולפיו נטל ההוכחה מוטל כולו על התביעה. ר' למשל את סעיף 12א' (ד1) (1) לחוק הכניסה לישראל התשי"ב - 1952.

77. הוספת חזקת המודעות כאמור נועדה להוות תמריץ למוכרים לדרוש הצגת תעודת זהות במקרים בהם צעירים קונים אלכוהול כשאין עוד כל משמעות לחזותו ומראהו של הצעיר ולהתרשמותו הסובייקטיבית של המוכר מהקונה כשזה בפועל אכן קטין. מאידך לא נקבע כי דרישת תעודת זהות היא חובה שאי קיומה מהווה עבירה פלילית בפני עצמה, אלא שבלעדיה



לא תהיה למוכר כל הגנה מפני האשמה כי מכר אלכוהול לקטין. תכלית החיקוק הינו מאבק בתופעת השכרות ובהתפשטות תופעת שתיית אלכוהול גם בקרב נוער.

78. אינני מקבלת, איפוא, את טענת הסניגור כי מדובר בעבירה של אחריות קפידה, שכן לא נקבע בחוק כי אין צורך במחשבה פלילית או ברשלנות, ומהותה של החזקה היא ראייתית בלבד, ואין בה כדי לשנות מאופי העבירה".

3. תיקון 107 לחוק העונשין אשר היווה תיקון עקיף במסגרת חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התש"ע - 2010, ספר חוקים 2238 מיום 24.3.2010, הוסיף במסגרת סעיף 193א לחוק העונשין את החזקה האמורה בס"ק (ג) כדלקמן:

"בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, אשר מכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין בניגוד להוראות סעיפים קטנים (א1) עד (ב), חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין".

חזקה זו, אינה מבטלת את דרישת המחשבה הפלילית, ועניינה ראייתי, ומהווה עניין אשר המוכר יכול לפותרו, מראש, בתהליך המכירה, בידעו כי תידרש דרישה ראייתית זו, ככל שלבסוף יתברר שמדובר בקטין, והוא יטען לחוסר ידיעה.

מוכר משקה משכר יודע, מראש, מלשון החוק, כי אם לא יבקש שתוצג לו תעודה מהקונה בעת המכירה, כי יהיה לו קושי ראייתי להוכיח טענה לפיה לא היה מודע לכך שמכר את המשקה המשכר לקטין.

המחוקק, למעשה, ביקש שלא להטיל חובה גורפת על מוכרי משקאות משכרים לערוך בדיקה באמצעות תעודה מזהה, ובחר בגישת ביניים, לפיה קיימת הסמכות למוכר לדרוש הצגת תעודה בה ניתן לוודא את גילו של מי שמבקש שיספק לו משקה משכר, כאמור בסעיף 193א(ג) לחוק העונשין, אולם לא קבע חובה כזו.

המחוקק אפשר למוכר לבצע מכירה של משקה משכר גם ללא שהוצגה תעודת זהות, וזאת כדי שלא להכביד על המוכרים, ואולם, מנגד, מצא המחוקק לנכון לקבוע את החזקה האמורה, כפתרון אשר יביא ליצירת תמריץ למוכר לבקש הצגת תעודה כאמור, תמריץ אשר נועד למנוע אפשרות מכירה של משקה משכר לקטין.

יוער כי החוק עוסק לא רק במכירה אלא גם בהגשה ואספקה של משקה משכר לקטין, והאמור לעיל חל גם על חלופות אלו.

אילו היתה הוראת החוק שונה ומחמירה יותר עם המוכר, וקובעת חובה על המוכר לדרוש שתוצג לו תעודה במכירת משקה משכר, הרי שהפרת החובה היתה מביאה להשתכללות היסוד העובדתי של העבירה.

אילו היה מתווסף לעבירה של מכירת משקה משכר לקטין יסוד עובדתי של חובת הצגת תעודה כאמור, הרי שעבירה שכזו, אין חולק כי הינה עבירה של מחשבה פלילית.

ביחס למשמעות והסיבה של קביעת המחוקק את החזקה, ומנגד אי קביעת חובה לדרוש תעודה, אפנה לפרוטוקול מס' 6 משיבת הוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה, וועדת החוקה, חוק ומשפט, מיום 15.3.2010, שם נאמר ע"י ע. יועמ"ש, המשרד לבטחון פנים, סנ"צ אלעזר כהנא, כדלקמן:

"... לגבי הסעיף שנמחק בעניין חזקת המודעות - התופעה של חוסר היכולת שלנו לאכוף את



האיסור למכור לקטין זה משהו שאנחנו יודעים עליו. רוב התיקים שלא מוגשים זה מחוסר ראיות. האדם אומר: לא ידעתי שהוא קטין. איך יכולתי לדעת שהוא קטין? מה שאנחנו מבקשים לומר זה שעליך נטל הראיה להגיד שדרשת תעודת זהות. הבנתי שיש בעיה בניסוח אז אולי ננסה יותר טוב. בהצעה המקורית אמרנו שיש חובת הצגת תעודת זהות. אתה מוכר אלכוהול, תבקש להציג תעודת זהות. לדעתי, זה עלה גם באחד הדיונים בוועדה. אבל אמרנו שזו חובה גורפת. מגיע אדם שברור שהוא אדם קשיש, אז למה להטיל עליו חובה להציג תעודת זהות, ואם הוא לא מציג תעודת זהות אז כבר יש פה עבירה פלילית. זה לא הגיוני, למה שייציג תעודת זהות? רואים שהוא אדם קשיש. אמרנו שנעשה את זה הפוך, נאמר שאין חובת הצגת תעודת זהות, אבל לא תוכל להיפטר מהטענה שלא ידעת את הגיל אם לא דרשת...".

ובהמשך נאמרו הדברים הבאים:

"הלכנו על דרך מצמצמת ואמרנו שלא צריך תעודת זהות, אבל לא תוכל לפטור את עצמך בטענה שלא ידעת את הגיל אם לא דרשת תעודה".

בישיבה זו של הוועדה, מיום 15.3.2010, התקיים דיון ביחס לחזקה זו ולמשמעויותיה, ובישיבה זו נאמרו גם הדברים אשר צוטטו ע"י בית משפט קמא בעמ' 8-9 לפסק הדין, מפי היועץ המשפטי לוועדה (ולא בישיבה מיום 15.2.2010 כאמור בהכרעת הדין). הדברים האמורים של היועץ המשפטי של הוועדה אשר התייחס לבעיה ביסוד הנפשי של העבירה, נאמרו באותה ישיבה, לפני שבוצע תיקון לנוסח החזקה. ואנו רואים כי נוסח החזקה אשר הופיע בהצעת החוק - הצעת חוק מאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה) התש"ע - 2009, מס' 469, מיום 23.12.2009, שונה במעט מנוסח החזקה בנוסח הסופי שהתקבל כאמור בספר חוקים 2238, מיום 24.3.2010.

בפרוטוקול מס' 8 של ישיבת הוועדה הנ"ל, מיום 16.3.2010, דהיינו למחרת הישיבה בה הוצגה הבעייתיות, הוקרא בוועדה ע"י גלעד קרן מהיועץ המשפטי **"הנוסח על פי ההסכמה אליה הגענו עם נציגי המשטרה"**. (עמ' 53 לפרוט' הוועדה מיום 16.3.2010), ונוסח זה זהה לנוסח אשר לבסוף התקבל (למעט השינוי שנערך בסיפא בין בגיר ל-"אינו קטין").

הנה כי כן, ההפניה של בית משפט קמא לבעייתיות עליה עמד היועץ המשפטי של הוועדה, הינה לנוסח קודם, ולאחר מכן היתה הסכמה על הנוסח.

4. כאמור, אילו היתה העבירה כוללת יסוד עובדתי של דרישת הצגת תעודת זהות, הרי שהיה מדובר בעבירה של מחשבה פלילית, שכן לא יכולה היתה לקום כל טענה בדבר חזקה כזו או אחרת, ומכוח ההוראות הכלליות בחוק העונשין, וברירת המחדל הקבועה בסעיף 19 לא היתה עולה הטענה בדבר אפשרות להיות העבירה, עבירה של אחריות קפידה.

סבורני, כי ניסוח החוק באופן שנוסח לבסוף, כך שאינו מטיל חובה לדרוש תעודה מזהה, אך מנגד קובע את הצגת התעודה כדרישה ראייתית, אינו מביא את העבירה בגדרי עבירה של אחריות קפידה.

ראשית, לכל שאר רכיבי העבירה לא קיימת כל חזקה ונדרשת הוכחת מחשבה פלילית כברגיל.

ביחס לרכיב, המרכזי, של גיל הקונה, יכול המוכר, בידעו את דרישת החוק, מראש, בכל מקרה שבו הוא יסבור כי הדבר דרוש, שמא הקונה יכול והינו קטין, לדרוש הצגת תעודה, ובכך לאפשר לעצמו גם את ההגנה אשר



נקבעה לה דרישה ראייתית מסוימת.

יש לציין כי במסגרת הדיונים בוועדה כמפורט לעיל, הועלו סוגיות רבות, ובהן הסוגיה כיצד יוכיח המוכר כי אכן דרש תעודה. סוגיה זו עניינה לדיני הראיות, כבכל סוגיה עובדתית אחרת, משמועלית טענה עובדתית הדרושה להוכחה. המחוקק לא קבע דרך ספציפית להוכחת אותה דרישה ראייתית, כי הוצגה התעודה. ההוכחה של עובדה זו יכולה להתבצע בכל אחת מהדרכים הקבועות בדיני הראיות, בין בעדות, בין בצילום, ובכל ראייה קבילה.

5. מכל האמור, עולה כי המשמעות של החזקה שנקבעה בסעיף (ג1) הינה משמעות ראייתית, ואין בה כדי שלילת היות העבירה בעלת יסוד נפשי של מחשבה פלילית.

יתרה מכך, יש בחזקה זו כדי להקל על המוכר, וככל שהמוכר מבקש להימנע מהסיכון בביצוע העבירה, יכול הוא, מראש, לנקוט בדרך של דרישת הצגת תעודה.

אין מדובר בעניין אשר הינו רק לשלב של שמיעת הראיות בבית המשפט להוכחת היסוד הנפשי. מדובר במצב דברים הידוע מראש לכל מוכר משקה משכר. החוק אשר חזקה כי המוכרים מודעים לו, מאפשר, מראש, למוכר להיערך לשאלה העובדתית, ראייתית, אשר תהיה במחלוקת, ומאפשר לו שלא לקחת כל סיכון.

בכך, למעשה, יצר המחוקק תמריץ למוכר לבדוק את הגיל של הקונה באופן וודאי יותר מהתרשמות גרידא, ולצד זאת לא הטיל חובה לעשות כן.

אני מוצא כי זו תכליתו של סעיף קטן (ג1) לתיקון 107 לחוק העונשין, אשר קבע את החזקה האמורה. התמריץ למוכר לנקוט משנה זהירות כאמור.

האפשרות של המוכר לסתור את החזקה הינה פשוטה. יכול הוא להיערך לכך מראש באופן פשוט, ולהוכיח ברמה הנדרשת במשפט אזרחי, כי עשה כן, והוכחה זו הינה על פי כל הדרכים הראייתיות שיבחר הוא לנקוט בהן, בהתאם לדיני הראיות.

מוכר משקה משכר הינו בבחינת מי אשר יודע כי כאמור בחוק, אם יטען טענה בדבר חוסר מודעות להיות הקונה קטין, עליו להוכיח שהקטין הציג לו תעודה. ידיעה זו של המוכר היא ידיעה כבר בזמן המכירה, ולפיכך, יכול הוא להיערך לצורך זה של הוכחתה, כבר מראש, בעת המכירה.

6. מעבר לכך שלטעמי יש לראות בעבירה כעבירת מחשבה פלילית ולא אחריות קפידה, סבורני, שקביעה כי מדובר בעבירת אחריות קפידה, הינה קביעה בעלת משמעויות רבות, ובהן למעשה ביטול מלא, או חלקי, של הוראת חוק. סבורני, כי אין להגיע כדי תוצאה שכזו בפרשנות של סעיף 193א לחוק העונשין.

כך, משהמסקנה הינה שהעבירה הינה עבירת אחריות קפידה, אחת משתי אפשרויות תוצאתיות לה, ואכן כך נקטו בתי המשפט אשר ראו בעבירה כעבירת אחריות קפידה. התוצאה האפשרית האחת הינה ביטול החזקה, וזוהי התוצאה אליה הגיע בית משפט השלום בתל אביב, במסגרת ת.פ. (ת"א) 22791-09-13 מ"י נ' **זורב שפטשולי** (17.2.2015) דלעיל.

התוצאה האחרת הינה כי לא יוטל על מבצע העבירה עונש מאסר בפועל, למרות העובדה שהמחוקק קבע לצד העבירה מאסר בפועל, ובענייננו שישה חודשי מאסר בפועל.

כך או כך, עסקינן בהתערבות בקביעה של המחוקק, בין בעצם קיומה של החזקה, ובין בענישה שקבע המחוקק



בלשון החוק.

סבורני, כי ביטול הוראת חוק צריכה לזהירות רבה.

סעיף 193א(1) לחוק העונשין קובע:

"המוכר משקה משכר לקטין, דינו מאסר שישה חודשים".

התוצאה האופרטיבית של הרשעת המשיב בעבירות לפי סעיף 193א(1) לצד קביעה כי מדובר בעבירה של אחריות קפידה, הינה כי האמור בסיפא לסעיף 193א(1) על כי דינו מאסר שישה חודשים בגין כל עבירה, בטל.

מדובר בעבירה אשר במקורה נחקקה עוד קודם לתיקון 39 לחוק העונשין אשר קבע את ההוראה של סעיף 22 לחוק העונשין בדבר אחריות קפידה ובדבר אי הטלת מאסר בגינה. ואולם, תיקון 107 אשר הוסיף את החזקה, נחקק לאחר תיקון 39.

לכשחוקק תיקון 107, לא שינה המחוקק את הענישה אשר לצד העבירה לפי סעיף 193א(1) לחוק העונשין, אלא הותירה כענישה של שישה חודשי מאסר.

יתרה מכך, בחוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התש"ע - 2010 (ספר החוקים 2238 מיום 24.3.2010), נקבע בסעיף 5 תחת כותרת המשנה **"שמירת דינים"** כי: **"הוראות חוק זה באות להוסיף על הוראות כל דין, אלא אם נאמר אחרת בחוק זה"**.

האמור מחזק את הפרשנות לפיה אין לראות בעבירה כעבירה שהפכה להיות עבירת אחריות קפידה לאחר תיקון 107 אשר הוסיף את החזקה הקבועה בסעיף קטן (ג1).

זאת ועוד, משמדובר בביטול מסוים, של הוראת חוק, הרי שעסקינן בשאלה חוקתית. השאלה החוקתית קשורה לא רק בלשון ההוראה הספציפית, אלא גם להקשרה והתייחסותה להוראות חוק אחרות.

ר' לעניין זה בג"צ 215/62 **אברהם מויאל נ' עיריית תל אביב יפו** פ"ד טז, 2384 (16.11.1962) בעמ' 2387:

"כלל יסודי בפירוש חוקים הוא שכדי לעמוד על משמעותה האמיתית של הוראה מסויימת יש לקרוא בהקשר הדברים שבו היא מופיעה וכן יחד עם ולאור הוראות החוק בכללותו, ויש לתת לה פירוש כזה שיביא להתאמה והרמוניה בינה לבין שאר הוראות החוק".

עוד ר' ע"פ 4389/93 **יוסף מרדכי נ' מ"י פ"ד נ(3) 239 בעמ' 261 (4.8.1996)**:

"כל הוראותיו של חוק - אם מקומן הוא בראשיתו של החוק, אם באמצעו או בסופו - הינן איברים באותו גוף עצמו, ורק שילובן אלו באלו להיותן לאחדים יעמיד את החוק כאותו חי הנושא את עצמו...".

ישום הכללים האמורים תומך בפרשנות המיישבת את הוראות החוק השונות, ולא מביאה לביטול חלקי של הוראות מסוימות.

7. לתכלית החזקה שהתווספה בס"ק (ג1) התייחסות לעיל. נוסף כי תכלית החוק כולו, חוק המאבק בתופעת השכרות, הינה תכלית ברורה העולה הן מכותרת החוק והן מהוראותיו, והתכלית הינה מאבק



בתופעת השכרות.

חוק המאבק בתופעת השכרות הוא אשר כלל במסגרתו כתיקון עקיף את תיקון מס' 107 לחוק העונשין במסגרתו הוספה גם החזקה אשר בסעיף קטן (ג1).

לטעמי, פרשנות לפיה הוספת חזקה זו מביאה לכך שהעבירה הופכת לעבירת אחריות קפידה ולפיכך אין להטיל עליה מאסר בפועל, אינה מתיישבת עם תכלית החקיקה.

המשמעות הינה ביטול עונש המאסר, ואף צמצום של אפשרות המאבק בתופעת השכרות.

המחוקק, במסגרת חוק המאבק בתופעת השכרות, לא ביקש, ובפועל לא ביצע, הפחתה של הענישה, או ביטול של המאסר אשר לצד העבירה. פרשנות המביאה לתוצאה זו, אינה מתיישבת עם תכלית החוק.

8. לא ארחיב בטיעונים ובנימוקים נוספים, ואפנה לפסקי הדין דלעיל, ע"פ (נצ') 14781-08-16 **ברמי נ'** **מ"י** (21.3.2017), ות.פ. (נצ') 17504-09-12 **מ"י נ' ברמי** (23.2.2016), ולנימוקים המובאים במסגרתם.

אוסף בתמצית את הדברים הבאים:

החזקה אשר קבע המחוקק אינה חזקה חלוטה, ולנאשם אפשרות סבירה וראויה להוכיחה, ואף להיערך מראש להוכחתה.

זירות רבה נדרשת בקביעה ביחס להוראת חקיקה ראשית, כי דינה לביטול או ביטול חלקי, ואין אנו באים בגדרה של טענה חוקתית הבאה עד כדי ביטול של סעיף קטן (ג1) הקובע את החזקה, או לחילופין ביטול של ענישת מאסר אפשרית, כאמור בסעיף 193א(א1) לחוק העונשין.

הסמכות אשר נקבעה בחוק לפיה מוכר רשאי לדרוש הצגת תעודה לא בכדי נקבעה, וסמכות זו הינה רובד נוסף של הפרשנות ושל המסקנות כתוצאה מפרשנות זו. משקיימת סמכות זו למוכר, עליו לעשות בה שימוש, כל אימת שקיים סיכון שמא יצטרך הוא לכך, אם יתברר שמדובר בקטין.

חזקות ראייתיות כאלה ואחרות קיימות הן בחקיקה והן מכוח הפסיקה, ואינני סבור כי החזקה בסעיף 193א(ג1) הינה כזו אשר מביאה למסקנה פרשנית כי העבירה הינה של אחריות קפידה.

אינני מוצא כי נשללת מנאשם הגנת טעות במצב דברים לפי סעיף 34ח' לחוק העונשין, מקום בו נאשם הוא בעבירה לפי סעיף 193א(א1) לחוק העונשין. תחילה אפנה לאמור לעיל ביחס לכך שאילו היתה חובה לדרוש הצגת תעודה מזהה, הרי שלא היתה כל טענה בדבר עבירה של אחריות קפידה.

ואולם, גם במצב המשפטי הקיים, בהעדר החובה, קיימת לנאשם אפשרות להעלאת הגנה מכח סעיף 34ח' לחוק העונשין. ככל שהקטין הציג תעודה, ולמרות זאת מתברר בדיעבד כי זהו קטין, הרי שתעמוד למוכר הגנה של טעות במצב דברים. מצב זה יכול לקרות לדוגמה במצב בו התעודה מזויפת.

זאת ועוד, מצב הדברים שנוצר ע"י תיקון 107 והוספת החזקה, דומה במידה מסוימת לכללים שנקבעו ביחס לעצימת עיניים. אין זהות בין השניים, אולם כשם שמתקיים היסוד הנפשי של מחשבה פלילית בהתקיים התחליף למודעות של "**עצימת עיניים**" או "**עיוורון מכוון**", כך ניתן לראות את הוראת המחוקק בתיקון 107 לחוק



העונשין, כמבקשת לקבוע חזקה של עיוורון מכון מקום שמדובר היה בקטין אשר המוכר לא בדק כלל באמצעות תעודה אם קטין הוא.

אפנה בעניין זה לע"פ 3049/17 **אלימלך בראון נ' מ"י** (12.4.2018), אשר אמנם מתייחס לעבירה אשר במהותה ובסוגה שונה לחלוטין, אך קובע כי החלטה, שם, להימנע מבירור הנסיבות, מובילה לכך שרואים את הנאשם כאילו היה מודע להן. ההתייחסות שם היתה לעצימת עיניים במצב של אי בירור כלל ע"י המבצע את הנסיבה הרלבנטית. אמנם, בעצימת עיניים, ברגיל, נדרש תחילה קיומו של חשד, ואולם בנסיבות מסוימות, דוגמת ע"פ 3049/17, אי בירור כלל משמעותו עצימת עיניים, גם משלא הוכח קיומו של חשד.

המחוקק ביקש במסגרת תיקון 107 ליצור תמריץ, אך לא חובה, למוכר לבדוק את גילו של הקונה.

9. ביחס לטענת ההגנה מן הצדק, מצטרף אני למסקנה כי אין לקבל את הטענה. אינני מוצא כי היתה כאן הטעיה של המשיב, וכמו כן, הוראת החוק עניינה גם ביחס לקטינים, אשר יכול וחזותם אינה מביאה באופן ישיר למסקנה כי הם קטינים.

לצורך מקרים אלו בפרט חוקק תיקון 107 לחוק העונשין, על מנת להגביר את הזהירות של המוכר, ולהוות וליצור לו תמריץ לערוך בדיקות של הרוכשים וגילם.

10. מכל האמור, לטעמי העבירה לפי סעיף 193א(א1) לחוק העונשין הינה עבירה של מחשבה פלילית. לפיכך, יש להרשיע את המשיב בשתי עבירות לפי סעיף זה, ולהשיב את הדיון לבית משפט קמא לטיעונים לעונש ומתן גזר דין, תוך שהענישה אשר מוסמך הוא להטיל, הינה כאמור בסעיף 193א(א1) לחוק העונשין, בלא שחלה ההגבלה האמורה בסעיף 22(ג) לחוק העונשין.

יואל עדן, שופט

השופט דניאל בן טולילה

בפתח דבר יאמר סופו ולפיו, אף אני הגעתי לכלל מסקנה כי יש מקום לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, ולהחזיר את התיק לבית המשפט קמא לצורך גזירת עונשו.

בתוך כך, וביחס לסוגיה העקרונית הנוגעת לסיווגה של עבירת מכירת משקה משכר לקטין, דעתי הנה כדעת אב"ד, כב' סגן הנשיאה השופט ביתן, היינו מדובר בעבירה של אחריות קפידה ולא עבירה של מחשבה פלילית. ובמה דברים אמורים.

שורה של מאפיינים מייחדים את העבירות של אחריות קפידה על פני עבירות של מחשבה פלילית רגילה. בתמצית, מאפיינים אלו כוללים הסדרה בתחומי החיים בהם ישנו רצון לעודד את הציבור לנקוט בסטנדרט



זהירות גבוהה; המדובר בעבירות ששכיחותן גבוהה יחסית; עבירות שמטיבן הן MALA PROHIBITE וגם אם כל אחת בפני עצמה בעלת משקל אנטי חברתי נמוך, הצטברותן יכולה להוות סיכון לציבור; העונשים לצד עבירות מסוג שכזה אינם חמורים ולמעט חריגים, אינם כוללים עונשי מאסר.

עבירות של אחריות קפידה בדומה לכל עבירה פלילית הנן עבירות הכוללות גם יסוד נפשי וגם יסוד עובדתי. אלא מאי, ייחודן נעוץ בכך שהתביעה פטורה בעבירות מסוג שכזה מלהוכיח קיומו של יסוד נפשי ודי לה בהוכחת היסוד העובדתי שכן הנחת המוצא היא כי קיום היסוד העובדתי מעיד לכל הפחות על רשלנות. זהו למעשה המאפיין העיקרי והבולט של עבירות מסוג אחריות קפידה, גם אם לא היחידי (לדין נרחב בנושא ר' ש"ז פלר **יסודות בידי עונשין א'**, פרק י').

עבירות של אחריות קפידה מאפשרות לאדם שלא לשאת באחריות אפילו הוכח היסוד העובדתי (ובשל כך גם אין לראותן כעבירות שבעבר כונו עבירות של "אחריות מוחלטת"). הדרך לעשות כן מפורטת בהוראת סעיף 22(ב) לחוק העונשין ולפיה על האדם להראות שנהג בהיעדרה של מחשבה פלילית, או רשלנות יחד עם תנאי מצטבר נוסף : להראות שעשה כל שניתן על מנת למנוע את העבירה.

גם ביחס למתווה המאפשר פטור בעבירות מסוג שכזה, ישנה הלימה בין סעיף 22(ב) לחוק העונשין לבין האמור בסיפא של לשון סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין אשר גם אם אינו נוקט בלשון לפיה "**נהג ללא מחשבה פלילית או רשלנות**" האמור בו מעיד באופן אינהרנטי שהעבירה לא נעשתה במחשבה פלילית או ברשלנות.

נטל ההוכחה על מי הטוען לפטור זהה בשתי הוראות החיקוק כאשר על פי ההלכה הפסוקה בעבירות של אחריות קפידה יש להציג ראיות שעשויות "**להטות את כף המאזניים לטובת גרסתו**" (ראה בין היתר ד"נ 12/81 ש' שפירא ושות' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645). בהתאם לאמור בסיפא של סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין נטל ההוכחה הוא ברמה "**הנדרשת במשפט אזרחי**".

כאמור בחוות דעתו המפורטת של אב"ד, כל המאפיינים הייחודיים לעבירות של אחריות קפידה קיימים גם בעבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין לאחר הוספתו של תיקון 107 (שקבע את חזקת המודעות ביחס לגילו של הקטין). התאמה מצטברת זו של מאפיינים ובדומה לפתגם אמריקאי מוכר, מובילה למסקנה לפיה: "אם זה נראה כמו ברווז, הולך כמו ברווז ועושה קולות של ברווז, כנראה שזה ברווז" ובענייננו, עבירה של אחריות קפידה.

בכך אין סגי שכן לא עצם סיווג העבירה כעבירה מסוג אחריות קפידה הוביל לזיכויו של המשיב על ידי בית קמא אלא מה שהוגדר על ידו "**כשלים הנוגעים להוראת הסעיף ואופן יישומו**".

בנמקו, עמד בית משפט קמא על כך שהפיכתה של עבירת מכירת משקה משכר לקטין לעבירה מסוג אחריות קפידה נעשתה ללא קביעה מפורשת של המחוקק; יש חוסר הלימה בין העונש של 6 חודשי מאסר הקבוע לצידה של עבירת מכירת משקה משכר לקטין אל מול לשון סעיף 22(ג) לחוק; התיקון מצמצם את הגנות הקיימות לאדם בדין הכללי ובסעיף 22 לחוק העונשין תוך יצירתה של עבירה הנעה "**בין אחריות מוחלטת לבין אחריות קפידה**". בית משפט קמא אף חיווה דעתו לפיה כשלים אלו "**מעלים שאלה חוקתית בהיותם נוגדים את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו**" (עמ' 10 ש' 16).

אין בידי לקבל את קביעותיו של בית משפט קמא, לא ביחס לכשלים הנטענים, לא ביחס להיותו של תיקון 107 "בלתי חוקתי" וממילא גם לא למסקנה שגזר ממנה, היינו קבלתה של טענת הגנה מן הצדק, ואנמק.



אשר להיעדר הוראה מפורשת בחוק כי מדובר בעבירה של אחריות קפידה, קביעתו של אב"ד על נימוקיה (ולפיה הדבר יכול ויעשה גם בלשון דומה שמשמעותה היא שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית) אמונה עלי לחלוטין. חיזוק למסקנה לפיה אין חובה שקביעה בדבר היותה של עבירה מסוג אחריות קפידה תיעשה בלשון דווקנית ניתן למצוא בשורה של הוראות החיקוק בהן חלף הניסוח המוצע בסעיף 22 לחוק העונשין לפיו **"העבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית"** מצוין כי **"עבירה לפי סעיף זה הנה עבירה של אחריות קפידה"** (ר' לדוגמא סע' 63(ז) לחוק אוויר נקי, התשס"ח-2008; סעיף 7(ב) לחוק איסור נסיעת רכב בחוף הים, התשנ"ז-1997; סעיף 8 לחוק ארגון פיקוח בעבודה, תשי"ד-1954).

יתרה מכך, כפי שפורט על ידי בית משפט קמא, הרציונל מאחורי הצורך בקביעה מפורשת בחוק שעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית הוא החשיבות הנובעת באזהרת הציבור מפני מעשים הגוררים אחריות פלילית. אין זאת אלא כחלק מ"עיקרון החוקיות" ולפיו על הנורמה הפלילית להיות ברורה באופן שהציבור ידע לכלכל צעדיו מראש. משקלו של עיקרון זה גובר בשעה שמדובר בעברות מסוג MALE PROHIBITE.

בהינתן האמור, נשאלת איפוא השאלה האם מבחינה מהותית יש בתיקון 107 לעמוד בדרישות הנ"ל ולכן אוסיף, איזה מבין הניסוחים משרת בצורה מיטבית את הצורך בדבר קיומה של נורמה ברורה, מכוונת התנהגות, המזהירה מפני מעשים הגוררים אחריות פלילית.

במענה לשתי שאלות אלו סבורני כי אופן ניסוחו של תיקון 107 הנו ברור, חד משמעי ובמובנים רבים (בהקשר הספציפי של איסור מכירת אלכוהול לקטין) ברור אף יותר מאשר ניסוחו של סעיף 22 לחוק העונשין. שווה בנפשך את הסיטואציה שבה מוסבר ל"מוכר מן הישוב" כי במכירת אלכוהול לקטין אין צורך בהוכחות היסוד הנפשי (כאמור בסעיף 22 לחוק העונשין) מול הסיטואציה שבה מוסבר לו כי במידה וימכור אלכוהול לקטין, מבחינת המחוקק, הוא ימצא אשם, גם אם טעה לחשוב שמדובר בבגיר, אלא אם הוא יוכיח שביקש ממנו קודם לכן להציג תעודת זהות. והדברים מדברים מאליהם.

יתרה מכך, בעוד שהוראת סעיף 22 לחוק העונשין מדברת בלשון כללית על כך שעל הטוען לפטור להוכיח **"שעשה כל שניתן למנוע את העבירה"** באופן שאינו מלמד רבות ונתון לפרשנויות, תיקון 107 לחוק מצוין באופן קונקרטי נהיר וחד משמעי מה על המוכר לעשות על מנת שלא ימצא אשם בדיון. ודוק, אין פירוש הדבר כי הניסוח המופיע בסעיף 22 לחוק העונשין אינו משרת את תכלית אזהרת הציבור - רחוק מכך. הדברים נכתבים אך ללמד כי גם תיקון 107 בהיותו נורמה ספציפית, משרת היטב את אותן תכליות.

כשל נטען נוסף עליו התבסס בית משפט קמא נגע לחוסר ההלימה שקיים לכאורה בין ההנחיה הכללית בסעיף 22(ב) לחוק העונשין ולפיה בעבירות של אחריות קפידה אין להטיל עונש מאסר, אל מול העונש הקבוע בצד העבירה לפי סעיף 193א(1) לחוק העונשין שהנו 6 חודשי מאסר.

גם קביעה זו של בית משפט קמא אין בידי לקבל. הדברים אמורים בשים לב לכך שהן על פי הפסיקה והן בהתאם לחוק ניתן בעבירות של אחריות קפידה להשית עונש מאסר ובלבד שהוכחה מחשבה פלילית או רשלנות (וזאת במאובחן ממקרים שבהם הרשעה הנה מכוח "הפטור" שניתן למאשימה בהוכחת היסוד הנפשי). בכך ביצע המחוקק התאמה בין מדרג האשמה הגלום במעשיו של אדם לבין העונש שייגזר עליו. יפים לעניין זה דבריה של כב' השופטת בייניש (כתוארה אז) ברע"פ 26/97 **חיים לקס נ' מדינת ישראל** [פסקה 9 לפסק דינו של כב' הש' קדמי](פורסם בנבו, 22.6.98):

"לשיטתי, בנסיבות של הודאה, אשר די בהן כדי להביא להרשעה בעבירות של מחשבה פלילית"



או רשלנות, יש בהן די גם כדי לבסס עונש מאסר בעבירות אחריות קפידה. אין זה סביר לקבוע כי אם העבירות הן עבירות מסוג עבירות של "מחשבה פלילית" או "רשלנות", תוכל התביעה לבקש הטלת מאסר על הנאשמים אם הודו בעובדות כתב־האישום אך לא כן אם מדובר בעבירות אחריות קפידה, ובלבד שהודו באותן עובדות. בכל מקרה אין מתבקשת הוכחת יסוד נפשי ברמה גבוהה יותר בעבירות אחריות קפידה מבעבירות שיש להוכיח בהן יסוד נפשי. הודאה שיש בה משום הוכחת היסוד הנפשי הנדרש בעבירות הרגילות - "מחשבה פלילית" או "רשלנות" - יש בה ממילא כדי לבסס יסודות אלה לצורך הטלת מאסר בגין עבירות אחריות קפידה. כן, יש להביא בחשבון, שכאשר קבע החוק כי אין להטיל מאסר אלא אם כן הוכחו מחשבה פלילית או רשלנות, לא קבע בכך את דרכי ההוכחה ולא שלל את האפשרות כי היסוד הנפשי יוכח מקו ההגנה של הנאשם או בהודאתו, כפי שיכול להיות ביחס לכל עבירה פלילית". (הדגשות לא במקור).

הדברים מוצאים ביטוי מפורש גם בסיפא של סעיף 22 (ג) לחוק העונשין לאחר תיקון 39:

"לענין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות".

נוסף לאלה, בית משפט קמא סבור כי בתיקון 107 יש משום שלילתן של הגנות כלליות העומדות לרשותו של נאשם גם כאשר מדובר בעבירה של אחריות קפידה: **"אף שמדובר בעבירה מסוג אחריות קפידה שברגיל ניתן לעשות שימוש בהגנות לרבות הגנה של טעות במצב הדברים"** [ר' עמוד 10 שורה 5 להכרעת הדין].

קביעה זו של בית משפט קמא בטעות יסודה כפי שעמד עליה כב' האב"ד בחוות דעתו ולא מצאתי לחזור על הדברים. מעבר לכך - ושוב בבחינה מעשית של הדברים - סבורני כי אין לראות ב"מנגנון הפטור" המופיע בתיקון 107 כ- "מכשול בלתי עביר" או צמצום הגנות עד כדי יצירתה של עבירה "אחריות מוחלטת". המחוקק יצר מנגנון פשוט וקל מאוד ליישום ולפיו כל שעל המוכר לעשות הוא לבקש מקונה תעודת זהות תוך שהסמיכו אותו לעשות כן, הא ותו לא.

בית משפט קמא הפנה לכך שמקום שבו קיימת לכאורה סתירה בין חיקוקים שונים, או אז בהתאם לכללי הפרשנות והוראת סעיף 34כא לחוק העונשין, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל יותר עם הנאשם וכך יש לעשות גם במקרה הנדון.

גם בנדון דידן, אין בידי לקבל את דרך הילוכו הפרשנית של בית משפט קמא. כידוע ומבלי להרחיב את היריעה, בטרם בית המשפט בוחר את הפירוש המקל מבין שני פירושים אפשריים, שומה עליו להתחקות תחילה אחר תכלית החוק:

"כך נקבע כבר בפסיקתנו כי בשלב הראשון על הפרשן לבחון את לשונו ואת תכליתו של דבר החקיקה הרלוונטי ולקבוע האם לדבר החקיקה הנדון יש מספר פירושים אפשריים סבירים מבחינה לשונית, המגשימים את תכליתו [...]. לאחר שהפרשן קובע את תכליתו של דבר חקיקה מסוים, עליו לבחור מבין הפירושים האפשריים הסבירים של לשון דבר החקיקה את המשמעות



שמגשימה טוב יותר מכל משמעות אחרת את תכליתו של הדין. לפיכך, אם הפרשן מגיע למסקנה כי ישנו רק פירוש סביר אחד ללשון דבר החקיקה, המגשים את תכליתו, זהו הפירוש שלפיו יש לנהוג; שכן "אין לבחור במובן אפשרי שאינו מגשים את תכליתו של הדין" (ראו: עניין אסד, בעמ' 557; כן ראו ע"פ 6070/04 שיח נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 76, 93 (2005)). זאת, בין אם אותו פירוש מחמיר עם הנאשם ובין אם הוא מקל עימו בהשוואה לפירושים אפשריים אחרים מבחינה לשונית של דבר החקיקה הנדון" (דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן [פסקה 10 לפסק דינה של כב' הנשיאה בייניש] (פורסם בנבו, 2.3.09) (להלן: "דנ"פ כהן").

בעניינו, אין חולק בדבר התכלית הראויה העומדת בבסיס איסור מכירת אלכוהול לקטינים. נגזרת מכך, גם תיקוני החוק שנועדו להגשים תכלית זו. עיון בפרוטוקולים של דיוני וועדת "חוק חוקה ומשפט" שקדמו להחלתו של תיקון 107 (כחלק מהתחזקות אחר תכליתו) מלמד כי תיקון 107 "בא לעולם" מתוך קושי ממשי באכיפת החוק ולאור כך שמוכרים רבים (כדוגמת המשיב), טוענים כי טעו לחשוב שהקונה בגיר. כך ראה בין היתר את דברי היועמ"ש של משטרת ישראל, סנ"צ אלעזר כהנא, בישיבה מיום 15.3.10: "לגבי הסעיף שנמחק בעניין חזקת המודעות- התופעה של חוסר היכולת שלנו לאכוף את האיסור למכור לקטין זה משהו שאנחנו יודעים עליו. רוב התיקים שלא מוגשים זה מחוסר ראיות. האדם אומר: לא ידעתי שהוא קטין. איך יכולתי לדעת שהוא קטין. מה שאנחנו מבקשים לומר זה שעליך נטל הראיה להגיד שדרשת תעודת זהות". ובהמשך "אנחנו מדברים על העובדות בשטח. בשטח אנחנו לא מצליחים להוכיח את העבירה".

צא ולמד, התיקון לחוק וקביעת "חזקת המודעות" נעשה בכוונת מכוון ונועד לתת מענה לכך שאין משמעות להתרשמות הסובייקטיבית של אדם מגילו של הקונה, ומשכך, גם לא לטענה של טעות בעובדה. התיקון הנ"ל נועד להתאים את ההסדר החקיקתי לנעשה בשטח ולהפוך את הנורמה שעל חשיבותה אין חולק, לַבְּקָת אכיפה. יפים לעניין זה דברי כב' הש' פרוקצ'יה בדנ"פ כהן [פסקה 3 לחוות דעתה]:

"הפרשנות התכליתית של מעשה חקיקה צופה מעצם טיבה את פני העתיד, ומעגנת אל תוכה את הצורך המובנה להתאים את ההסדר החקיקתי לעיתות הזמן המשתנות, ולצרכים החברתיים המתהווים מעת לעת, הכל במסגרת המטרה שאותה מבקש החוק להשיג. שילובם של הצרכים המשתנים במסגרת תכלית החוק איננו רק מתיישב עם מטרת החוק. הוא מובנה בליבת התכלית עצמה, והוא עצם מעצמיה. ניתוק התכלית מהצרכים המשתנים ומהדינמיקה המשתנה של החיים מקפיא את המטרה בנקודת זמן היסטורית, שההיצמדות אליה עלולה לפגוע בהשגת מטרת החוק, ולהביא להחטאת היעד אותו התכוון מעשה החקיקה להשיג. במסגרת האופציות הלשוניות האפשריות של נוסח הכתוב, כך יש וראוי ליישם את תכלית החוק כדי להגשים באופן אמיתי ומלא את יעדיו" (הדגשות לא במקור ד.ב.ט).

לסיכום נקודה זו, הרי שדרך הילוכו הפרשנית של בית משפט קמא אינה מגשימה את תכלית החוק ומשכך, הבחירה בפירוש המקל לכאורה עם המשיב, אינה רלוונטית.

טענת הגנה מן הצדק - הפעלת סוכן קטין חרף מראהו הבוגר:

בית משפט קמא לא ראה במישור העקרוני פסול בשימוש שעושה המשטרה בסוכנים קטינים כדי להתחקות אחר בעלי עסקים המוכרים משקאות משכרים בניגוד לחוק. לצד האמור נקבע על ידו כי שימוש בסוכן קטין הנחזה להיות מבוגר מכפי גילו הנו בבחינת "התנהגות נפסדת" של המשטרה. בדומה לחבר"י, אף אני סבור שקביעתו



של בית משפט קמא אינה יכולה לסכון.

לא אדרש בשנית לכל נימוקי כב' אב"ד ואדגיש כי השימוש בקטין הנחזה להיות מבוגר מכפי גילו ומבקש לרכוש לעצמו אלוהול, אינו אלא דימוי סיטואציה שכיחה שכל מוכר בחנות משקאות יכול להימצא בה כדבר שבשגרה, ללא קשר לפעילות יזומה מצד המשטרה. משכך, אין לראות בהפעלה שכזו משום "פח ייקוש" או "יצירת עבריון חלף גיליו".

מעבר לכך, במובנים מסוימים ישנה גם הצדקה לשימוש בקטינים שחזותם אינה מעידה על גילם בהינתן כך שמצופה יותר שקטינים הקרובים לסף בגירות יבקשו לרכוש לעצמם ולאחרים אלוהול על פני קטני קטינים. בדומה, יש להניח שהקטינים בעלי חזות בוגרת יהיו אלו שישלחו - דווקא בשל חזותם - לקנות אלוהול עבורם ועבור חברים. לכך יש להוסיף כי בדרך הפעלה שכזו ניתן לאמוד את ההקפדה על הוראות החוק במאובחן ממקרים בהם ברור לכל בר בי רב שמדובר בקטין או בגיר.

לא למיותר להוסיף כי מחומר החקירה נלמד שהקטין במקרה שבפנינו לא הונחה לבצע את הקניה בכל מחיר או לנסות ולשכנע את המשיב, חרף סירובו, למכור לו אלוהול. בשני המקרים הלה נכנס לחנות, בחר לעצמו משקה אלוהולי, שילם עבורו ויצא מן החנות בתוך פרק זמן קצר.

בשולי הדברים, יצוין כי בית משפט קמא "קייבץ" את כל הפגמים שנפלו לשיטתו בישום החוק תחת האכסניה של הגנה מן הצדק - קיבל הטענה - וקבע כי הסעד שיש לתת בשל כך הנו ביטול כתב האישום. אף אם נכון הייתי לקבל את כל קביעותיו של בית משפט קמא, וכאמור אין בידי לעשות כן, נדמה כי בהתאם ל"מבחן המשולש" שנקבע בהלכת בורוביץ (ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' איתמר בורוביץ (פורסם בנבו, 31.3.05) ניתן היה לנקוט בסעד מתון יותר מאשר ביטולו של כתב האישום וזאת בנפרד מכך שהתוצאה המשפטית במקרה של ביטול כתב האישום אינה יכולה להיות זיכוי מחמת הספק כפי הוראתו של בית משפט קמא.

מכל המקובץ לעיל וכאמור בפתיח, מסקנתי היא כי יש מקום לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, ולהחזיר את התיק לבית המשפט קמא לצורך גזירת עונשו.

דניאל בן טולילה, שופט

אשר על כן הוחלט, פה אחד, לקבל את הערעור, להרשיע את המשיב בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, לפי סעיף 193א(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ולהחזיר את התיק לבית המשפט קמא לשמיעת טיעונים לעונש ומתן גזר-דין.



כן הוחלט, ברוב דעות, כי עבירה של מכירת משקה משכר לקטין, לפי סעיף 193א(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על ידי בעל עסק למכירת משקאות משכרים או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, היא עבירת אחריות קפידה.

על דעת כל חברי ההרכב ניתנת בזה רשות ערעור על פסק הדין, בהתאם להוראת סעיף 41 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984,

ניתן היום, כ"ה אלול תשע"ט, 25 ספטמבר 2019, במעמד הצדדים.

דניאל בן טולילה, שופט

יואל עדן, שופט

אליהו ביתן, שופט אב"ד
סגן הנשיאה