



ת"פ 22791/09/13 - מדינת ישראל נגד זורב שפטשוילי, אסף דדון - נדון, עמרי יהוד - כתב האישום בוטל

בית משפט השלום בתל אביב - יפו

ת"פ 22791-09-13 מדינת ישראל נגד שפטשוילי
ת"פ 23022-09-13 מדינת ישראל נגד דדון ואח'
בפני כבוד השופט צחי עוזיאל

המאשימה:	מדינת ישראל ע"י ב"כ, עו"ד יעל גבריאלי נגד
הנאשם בת"פ 22791-09-13:	זורב שפטשוילי ע"י ב"כ, עו"ד סנדי ליפשיץ
הנאשמים בת"פ 23022-09-13:	אסף דדון - נדון ע"י ב"כ, עו"ד סנדי ליפשיץ
	עמרי יהוד - כתב האישום בוטל ע"י ב"כ, עו"ד יוסי סקה

הכרעת דין

בהתאם להוראות סעיף 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אני מודיע על זיכוי הנאשם.

כתבי האישום, איחוד המשפטים והליך הבאת הראיות

- נגד הנאשם בת"פ 22791-09-13, זורב שפטשוילי (להלן - **זורב או הנאשם**), הוגש כתב אישום המייחס לו, במסגרת שני אישומים נפרדים, שתי עבירות של איסור מכירת משקה משכר לקטין לפי סעיף 193א(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן - **חוק העונשין**). בהתאם לעובדות, ביום 31.12.12, בשעה 20:00, בקיוסק "סיטונאות אירנה" ברחוב בלפור בבת-ים, מכר הנאשם לקטין א.פ., יליד 1995 (להלן - **הקטין**) פחית בירה גולדסטאר ובשעה 21:50 פחית בירה קרלסברג.
- נגד הנאשמים בת"פ 23022-09-13, אסף דדון (להלן - **אסף**) ועמרי יהוד (להלן - **עמרי**) הוגש באותו היום כתב אישום המייחס להם ביצוע עבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין לפי סעיף 193א(ב) לחוק העונשין. בהתאם לעובדות, ביום 31.12.12, בשעה 22:00, בקיוסק "סופר סאן" ברחוב רוטשילד בבת-ים, מכרו השניים לקטין בקבוק בירה הייניקן.



במסגרת אישום נוסף, יוחסה לאסף בלבד עבירה נוספת של איסור מכירת משקה משכר לקטין, שביצע באותו היום בשעה 20:45, עת מכר לאותו קטין בקבוק בירה קרלסברג.

3. עו"ד סנדי ליפשיץ, שייצגה את זורב ואת אסף, ועו"ד יוסי סקה, שייצג את עמרי, הודיעו, במסגרת תגובתם לכתב האישום, כי אינם חולקים על המסכת העובדתית המתוארת בכתב האישום וכי הגנתם תתמקד בטענה של הגנה מן הצדק, הנעוצה בהפעלתו של הקטין כסוכן מטעם המשטרה.

יוער, כי תחילה טענה ההגנה גם לקיומו של סייג טעות במצב דברים לפי סעיף 34 לחוק העונשין בקשר לגילו של הקטין, ובהמשך הודיעה, כי נוכח חזקת מודעות הגיל הקבועה בסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין, שאליה אדרש בהרחבה בהמשך (להלן - **חזקת מודעות הגיל**), הוחלט לזנוח טענה זו.

4. בהתחשב בכך שדובר בעבירות שבוצעו לכאורה באותו המועד ובמסגרת הפעלת אותו הקטין, הוחלט, בהסכמת הצדדים, על איחוד משפטו של זורב עם משפטם של עמרי ושל אסף לצורך שמיעת עדויות הקטין והשוטרים שהפעילו אותו.

5. לאחר שמיעת פרשת התביעה, הסכימו הצדדים כי אין צורך בשמיעת עדות הנאשמים וכי הימנעותם מלהעיד לא תיזקף לחובתם, וזאת בשל העובדה שהמחלוקת ביניהם היא בעיקרה משפטית.

6. ביום 28.4.14, הורשע אסף, בהתאם להודאתו ובמסגרת הסדר טיעון, בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין, ונגזר עליו מאסר מותנה, קנס והתחייבות. במסגרת הצגת ההסדר, הודיעה עו"ד ליפשיץ כי "**ביקשתי מהנאשם לנהל את התיק לאור טענות ההגנה שלנו, אך הוא עומד על כך לסיים את התיק היום**".

7. ביום 27.10.14, הודיעה המאשימה, לאחר בחינת עניינו של עמרי פעם נוספת, על ביטול כתב האישום נגדו בהתאם להוראות סעיף 94(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, כאשר הטעמים להסכמתה נעוצים, כך לפי דברי התובעת, בעובדה כי "**מדובר במכירה בודדת של בירה על-ידי מי שאיננו בעל העסק לקטין סוכן שהוא בן 17 ו- 11 חודשים ושבוע שנראה בוגר מכפי גילו**" (ע' 22, ש' 14).

8. לפיכך, בסופה של דרך, נותר להכריע בעניינו של זורב בלבד, כאשר לשיטת המאשימה החלטתה להמשיך ההליך נגדו נעוצה בכך שמדובר, בשונה מעמרי, במי שמכר משקה לאותו הקטין באותו היום, בשתי הזדמנויות בשעות 20:00 ו- 21:50.

תמצית טענות הצדדים וקביעת ממצאים

9. בתום המשפט, ביקשה המאשימה להרשיע את זורב במיוחס לו, וזאת נוכח היעדרה של מחלוקת עובדתית והיותה של העבירה המיוחסת לו "מעין אחריות קפידה". במסגרת סיכומיה, הסכימה התובעת כי הסוכן הקטין "**נראה בוגר מכפי גילו**", אלא שלשיטתה אין בכך כדי לסייע לנאשם בהגנתו, וזאת נוכח חזקת מודעות הגיל עמוד 2



הקבועה בחוק העונשין, אשר ניתן היה לסתור אותה רק אם היה מוכח כי הקטין הציג לנאשם תעודה מזויפת או כוזבת בקשר לגילו, מה שלא אירע בעניינו.

10. ההגנה, לעומת זאת, סבורה כי קמה לנאשם הגנה מן הצדק, המצדיקה, בנסיבות של תיק זה, ביטול כתב האישום נגדו, וזאת הן בשל השימוש בסוכן מדיח, בעצם הפעלת קטין הנראה מבוגר לגילו, והן בשל הפליה בין זורב לבין עמרי, שלגביו הוחלט כאמור על ביטול כתב האישום.

11. בטרם דיון והכרעה במחלוקות בין הצדדים ובסוגיות שהן מעוררות, יוזכר כי אין מחלוקת כי הקטין שהופעל על-ידי המשטרה, ואשר מתנשא לגובה של 1.95 מ', ביצע את הרכישות 23 ימים לפני שהיה בן 18 והפך לבגיר וכי מדובר, כך אף לפי דברי התובעת, במי אשר **"נראה בוגר מכפי גילו"** וכן **"בסוכן קטין כמעט בן 18 שאינו זעיר מימדים"**. בהקשר זה, ראוי להזכיר כי הקטין העיד בבית המשפט כי **"תמיד חושבים שאני מבוגר יותר"** (ע' 9, ש' 18 לפרוטוקול בת"פ 23022-09-13; ע' 12, ש' 13) וכן כי באותה תקופה נהג להתגלח **"לפעמים כן ולפעמים לא"** (ע' 10, ש' 19). עוד ראוי לציין, כי צפייה בסרטוני הוידאו שהגישה המאשימה (ת/1 עד ת/3) מביאה אף היא למסקנה כי הקטין נראה מבוגר לגילו וכמי שחצה את גיל 18. על רקע הדברים האמורים, ניתן לקבוע ממצא עובדתי לפיו הסוכן נראה בעת הרלבנטית, מבחינה אובייקטיבית, בגיר.

12. עוד ניתן לקבוע כי זורב טעה לסבור כי מדובר בבגיר ועל כן נמנע מלדרוש ממנו תעודה מזהה כדי לוודא את גילו. מהודעותיו של זורב במשטרה (ת/4; ת/5) עולה כי היה מודע לאיסור שבמכירת משקה משכר לקטין, כאשר לדבריו **"אם הייתי רואה בעיניים שזה קטין לא הייתי מוכר נקודה"** (ת/4, ש' 23). בהמשך, לאחר שהוצג לו הסרטון בו נראה מוכר לקטין, ציין זורב כי הסוכן המשטרתי **"לא נראה לי קטין גם בגודל וגם בגובה נראה בן 30.....אני רוצה לראות תעודה שלו הוא נראה לי הרבה יותר גדול"** (ת/5, ש' 10-11). בנסיבות אלה ובהתחשב בממצא הקודם בדבר מראהו הבגיר של הקטין, ניתן לקבוע, כממצא נוסף המשמש בסיס להמשך הדיון, כי זורב לא היה מודע לכך שמדובר בקטין ונהג בשל כך ללא מחשבה פלילית.

13. על רקע טענות הצדדים ובהתחשב בממצאים שנקבעו, מצאתי כי יש לבחון את עניינו של זורב בשלושה מסלולים שונים, כדלקמן:

- | | |
|-----|--|
| (א) | המסגרת המשפטית של העבירה - סיווגה של העבירה כעבירה של מחשבה פלילית או של אחריות קפידה ובהתאמה דיון בהשלכותיהם של הממצאים שנקבעו בדבר מראהו של הסוכן הקטין והיעדרה של מחשבה פלילית, על אשמתו של זורב. |
| (ב) | הגנה מן הצדק - התנהלות הרשות ושימוש בסוכן המהווה, לשיטת ההגנה, סוכן מדיח. |
| (ג) | הגנה מן הצדק - הפליה בין זורב לבין עמרי, שלגביו הוסכם על ביטול כתב האישום. |

דיון והכרעה

14. בפתח הדיון, מצאתי להקדים ולציין כי צעידה בכל אחד משלושת המסלולים הנ"ל הביאה אותי, בסופה של דרך,



אל אותה התוצאה והיא זיכוי של הנאשם בדין. בחינת מאפייניה של עבירת איסור מכירת משקה משכר לקטין, לאחר שהוספה לה בשנת 2010 חזקת מודעות הגיל, הובילה אותי למסקנה כי יש בחזקה כדי לפגוע בזכויות חוקתיות באופן שאינו עומד בפסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל כן יש לבטל את החזקה. כתוצאה מביטולה ונוכח אי התקיימותם של כל יסודות העבירה, יש מקום לזכות את זורב בדין. בנוסף, בחינת התנהלות הרשות, שהפעילה סוכן קטין הנראה בגיר, במבחנים של צדק והגינות, הביאה אותי לאותה התוצאה מטעמים של הגנה מן הצדק. להלן אפרט נימוקי בקשר לכל אחד מהמסלולים.

(א) המסגרת המשפטית - עבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין

(א)(1) רקע כללי - ההתפתחות החקיקתית

15. בטרם דיון בהיבטים המשפטיים של העבירה הנדונה, המתעוררים בשל נוסחה הנוכחי, ראוי להזכיר, בקצרה, את השינויים החקיקתיים בקשר לאיסור מכירת משקאות משכרים לקטינים. עד ליום 7.4.2010, שבו נכנס לתוקף תיקון 107 לחוק העונשין, שהוא למעשה התיקון האחרון בהקשר הנדון (להלן - **תיקון מספר 107**), נערכו במהלך השנים תיקונים שונים בחוק העונשין שעסקו בין השאר בשינוי סיווג העבירה מחטא לעוון; בהטלת אחריות פלילית, שלצידה אף עונש מאסר ולא רק קנס, על כל אדם שמוכר אלכוהול לקטין, ולא רק על בעל עסק; בשינוי המונח "בעל עסק" לכל מקום ולא רק מקום בו נמכרים משקאות "לשם שתייה במקום"; ועוד (ראו תיקון מס' 27 בשנת 1990; תיקון מס' 79 בשנת 2004 ותיקון מס' 95 בשנת 2007). במסגרת התיקון הקודם משנת 2007, שקדם לתיקון האחרון, הוענקה אף הסמכות, במסגרת סעיף 193א(ג), לכל בעל עסק או עובד "**לדרוש מאדם המבקש שיספקו לו משקה משכר, שיציג לו תעודה בה ניתן לוודא את גילו**".

16. עד לתיקון מספר 107 הייתה העבירה הנדונה עבירה התנהגותית קלאסית, אשר לשם הרשעה בה נדרשה התביעה להוכיח יסוד נפשי של מחשבה פלילית, כאשר להגנה, כבכל עבירה שכזו, עמדו כל ההגנות והסייגים הקבועים בפרק 1 לחוק העונשין, לרבות סייג הטעות במצב דברים (בקשר ליסוד הנפשי הנדרש בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין לפני תיקון מספר 107 ראו השופט י' קדמי בספרו **על הדין בפלילים, חוק העונשין** חלק רביעי, מהדורה מעודכנת תשס"ו-2006 (ע' 2137-2140); ת"פ (שלום אשדוד) 645/08 **תביעות לכיש נגד אוסינין** (פורסם בנבו, 24.3.2009); ת"פ (שלום קריות) 13270-01-09 **מדינת ישראל נ' לוגסי** (פורסם בנבו, 4.10.2010)).

17. במסגרת תיקון מס' 107, הוסיף המחוקק את סעיף 193א(ג) הקובע חזקת מודעות בקשר לגילו של הקטין. לשם הצגת תמונה מלאה בקשר לעבירה הנדונה במתכונתה כיום, מן הראוי להציג את ההוראות הרלבנטיות

יחדיו:

סעיף 193א(א) המוכר משקה משכר לקטין, דינו - מאסר שישה חודשים.

סעיף 193א. (ג) בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, רשאי לדרוש מאדם המבקש שיספקו לו משקה משכר, שיציג לו תעודה בה ניתן לוודא את גילו.

סעיף 193א. (ג) בעל עסק או מי שעובד בעסק, אשר מכר...משקה משכר לקטין,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.

עולה מן המקובץ, כי חזקה על כל מי שמכר משקה משכר לקטין שידע את גילו, אלא אם הוכיח בהתאם למאזן ההסתברויות כי הקטין הציג לו תעודה מזויפת או כוזבת בקשר לגילו, וזאת למרות שאין דרישה בחוק הקיים לבקש מכל קונה תעודה מזהה, אלא רשות לעשות כן (להלן - **חזקת מודעות הגיל**). מקבץ ההוראות האמור גרר אחריו מחלוקת באשר לסיווגה של העבירה כיום והאם עדיין ניתן לראות בה עבירה של מחשבה פלילית או שמא עבירה של אחריות קפידה.

(א)(2) סיווג העבירה לאחר תיקון מס' 107 והוספת חזקת מודעות הגיל - האם עדיין עבירה של מחשבה פלילית או של אחריות קפידה?

18. בטרם דיון בשאלת סיווגה של העבירה הנדונה לאחר תיקון מספר 107, ראוי להזכיר כי עבירות של אחריות קפידה הן עבירות אשר אינן דורשות הוכחת יסוד נפשי של מחשבה פלילית או רשלנות, ואלה מוסדרות כיום, לאחר תיקון מס' 39 לחוק העונשין (משנת 1995), בסעיף 22 לחוק העונשין. עוד יצוין, כי סעיף 22 הביא למעשה לביטולה של דוקטרינת האחריות המוחלטת שהייתה קיימת עובר לתיקון מס' 39, בגדרה לנאשם לא יכולה הייתה לעמוד טענת הגנה כלשהי בקשר לעבירה כזו, למעט היבטים מסוימים של היעדר רציה או כאשר היה מעורב גורם שלישי הנעוץ, למשל, ברעידת אדמה או ברק (ראו ד"נ 11/65 **גדיסי נגד היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד כ(1) 57 (1966)).

19. סעיף 22 לחוק העונשין קבע כאמור כי את מקומה של האחריות המוחלטת תתפוס אחריות הקפידה, בגדרה יתאפשר לנאשם לפטור עצמו מאחריות פלילית במקרים מסוימים. סעיף 22 קובע כדלקמן:

סעיף 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 שאינן 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.

עולה מן המקובץ, כי עבירה תסווג כעבירה של אחריות קפידה רק כאשר המחוקק קבע מפורשות כי אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות, למעט בקשר לעבירות שקדמו לתיקון 39, שאז אין צורך בקביעה מפורשת. בנוסף, הנאשם יוכל לפטור עצמו מאחריות מקום בו יוכיח שנהג ללא מחשבה פלילית ועשה "כל שניתן היה לעשות כדי למנוע את המעשה ואת תוצאותיו". עוד קובע סעיף 22 כי בעבירות מסוג אחריות קפידה לא ניתן להטיל עונש מאסר, אלא אם הוכח פוזיטיבית כי הנאשם נהג במחשבה פלילית או ברשלנות.

20. בכל הנוגע למאפייניהן של עבירות מסוג אחריות קפידה - מעבר לתכליתן להעלות את רמת הזהירות בתחומים מסוימים וכאלה אשר נקבע לצידן עונש קל - ראוי להפנות לדברי בית המשפט העליון ברע"פ 608/97 **לקס ואח' נגד מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) (1998) (להלן - פסק דין **לקס**) לפיהם:



"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. כיום באה דרישה זו לידי ביטוי בסעיף 22(ב) לחוק העונשין, שלפיו על הנאשם להראות כי עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה" (סעיף 2 לפסק דינה של כב' השופטת (כתוארה אז) בייניש) (ההדגשות אינן במקור).

21. בחינת מאפייניה של העבירה הנדונה, לאחר הוספת חזקת מודעות הגיל, מביאה למסקנה כי עסקינן כעת בעבירה של אחריות קפידה. כפי שעולה ממקבץ הוראות סעיף 193א, התביעה פטורה מהוכחת יסוד נפשי כלשהו בכל הנוגע לרכיב הקטינות ודי בהוכחת מכירת המשקה לקטין כדי להביא להרשעה בדין, כאשר הנאשם יכול לסתור את היסוד הנפשי רק אם יוכיח שהוצגה לו תעודה מזויפת או כוזבת בקשר לגיל.

22. יתר על כן, לא רק שמדובר בעבירה הכוללת את כל מאפייניה של עבירה מסוג אחריות קפידה, אלא שאף ניטלה ממנה האפשרות להתגונן באמצעות סייג הטעות במצב דברים, שכן גם טעות כנה כי מדובר בבגיר ולא בקטין לא תסייע לנאשם נוכח חזקת מודעות הגיל. למעשה, אפילו יוכח בפועל, כמו בענייננו, כי לא נתגבשה אצל הנאשם מחשבה פלילית כלשהי ואפילו יוכיח הנאשם כי בנסיבות הקונקרטיות לא היה בסיס לחשוד כי עסקינן בקטין ומטעם זה לא דרש ממנו תעודה מזהה, הרי שאין לו דרך להימלט מהרשעה בעבירה (בקשר לאי תחולת הסייג של טעות במצב דברים לפי נוסח הוראות החוק היום ראו גם ת"פ (שלום ת"א) 33876-07-11 **מדינת ישראל נגד נמרוד כרמונה** (פורסם בנבו, 9.10.13) (להלן - פס"ד **כרמונה**); ת"פ (שלום רמלה) 51384-06-12 **משטרת ישראל נגד עמרם סבאח** (פורסם בנבו, 17.11.14) (להלן - פס"ד **סבאח**); ת"פ (שלום כ"ס) **מדינת ישראל נגד ודים ליברנט** (לא פורסם, 4.2.2015) (להלן - פס"ד **ליברנט**)).

23. בהקשר זה, ראוי להפנות לפס"ד **סבאח** הנ"ל, במסגרתו הגיע כב' השופט אבו שחאדה לאותה המסקנה, כאשר בעניין **סבאח** אף עמדתה הרשמית של התביעה הייתה כי מדובר בעבירה מסוג אחריות קפידה (בענייננו ביקשה התובעת להגדיר העבירה כעבירה של "מעין אחריות קפידה", אם כי הסכימה כי מדובר בעבירה אסדרתית, על כל המשתמע מכך).

(א)(3) שאלת חוקתיותה של חזקת מודעת הגיל לאור סיווג העבירה

24. משנקבע כי מדובר כעת בעבירה של אחריות קפידה, הרי שלא ניתן לסיים הדיון כאן, ויש להמשיך ולדון בהשלכות הנובעות מהימנעותו של המחוקק מלציין הדבר במפורש במסגרת תיקון מס' 107 ויחד עם הוספת חזקת מודעות הגיל, כפי שמורה סעיף 22(א) לפיו, כאמור, "**אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות**".

25. אמנם המדובר בענייננו בהוספת חזקה בלבד, ולא בחקיקה של עבירה חדשה, אלא שהשפעתה של החזקה על אופייה ועל סיווגה של העבירה הנדונה חייבה בהתאמה התייחסות מפורשת של המחוקק כאילו היה מדובר בעבירה חדשה, שאם לא כן נמצא עצמנו עוקפים את דרישת המחוקק בסעיף 22(א) באמצעות חזקות שבחוק



(בקשר לדרישה באמירה מפורשת מצד המחוקק ראו יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך א 503 (מהדורה שלישית, 2014); וכן דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 114: "אשר למקור הסדרתה, על המחוקק לומר מפורשות בהוראה הקובעת את העבירה אם היא גוררת אחריה אחריות קפידה"). בהקשר זה, ראוי להפנות גם לדברי בית המשפט העליון בפסק דין **לקס** הנ"ל לפיהם:

"בחקיקה חדשה שתחוקק לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 39 לחוק העונשין, יתייחר החיפוש אחר סימני ההיכר המאפיינים עבירות של "אחריות קפידה", ואנו נעבור לעידן החקיקה הברורה והמפורשת כמצוות הוראת סעיף 22(א) לחוק העונשין".

26. יודגש, כי לאחר תיקון 39, נוהג המחוקק בהתאם למצוות סעיף 22(א) לחוק העונשין וקובע מפורשות, לצד עבירות של אחריות קפידה, כי אלה אינן טעונות הוכחה של מחשבה פלילית. מבין שלל דוגמאות, ראוי להפנות לסעיף 71א(ה) לפקודת בריאות העם מס' 40 לש' 1940, שחוקק בשנת 2008, ובו צוין כי **"עבירה לפי סעיף זה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה"**; סעיף 31א לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981 בו צוין כי **"עבירה לפי סעיף זה אינה טעונה הוכחה של מחשבה פלילית או רשלנות"** וכן לסעיף 64א לחוק העמותות, תש"ם-1980, שחוקק בשנת 1996, שכותרתו **"עבירות של אחריות קפידה"** ובמסגרתו מצוין, בנוסף, כי **"עבירה לפי סעיף זה אינה טעונה הוכחה של מחשבה פלילית או רשלנות"**. בענייננו, כאמור, הדבר לא נעשה.

27. במצב דברים זה, נראה כי קיימת אנומליה בחוק העונשין, הנעוצה בקיומן של שתי הוראות אשר אינן מתיישבות האחת עם השנייה: הראשונה משנת 1995, המצויה בסעיף 22(א), דורשת מהמחוקק לציין באופן מפורש בחקיקה עתידית כי עבירה היא מסוג של אחריות קפידה, ואילו השנייה, חזקה משפטית משנת 2010, המצויה במקבץ הוראות סעיף 193א, יצרה עבירה שכזו מבלי שהמחוקק ציין זאת. יש שיטענו כי ההוראה המאוחרת גוברת על הראשונה, שכן שתיהן מצויות באותו החוק, אלא שלא ניתן לפטור הדיון בדרך זו, במיוחד כאשר ההוראה המוקדמת מצויה בחלק המקדמי והכללי של חוק העונשין, שבו מעוגנים עקרונות היסוד של דיני העונשין.

28. בהינתן האנומליה האמורה ובהתחשב בכך שהוראת החוק הנדונה - אשר לצידה ענישה של מאסר או קנס - פוגעת, בשל טיבה, בזכויות החוקתיות של האדם לחירות ולקניין, מתעוררת בענייננו שאלה חוקתיות, ועל כן יש להמשיך ולבחון אם פגיעתה של חזקת מודעות הגיל בזכויות החוקתיות מקיימת באופן מצטבר את ארבעת התנאים שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיהם: **התנאי הראשון** - הפגיעה בזכות נעשתה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו; **התנאי השני** - החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל; **התנאי השלישי** - החוק נועד לתכלית ראויה; **התנאי הרביעי** - הפגיעה בזכות אינה עולה על הנדרש (אשר לגישה לפיה חקיקה פלילית תיחשב לעולם כפוגעת בזכויות אדם חוקתיות ראו ע"פ 4424/98 **סילגדו נגד מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) (2002) וכן רבין וואקי עמ' 53-58).

29. כבר עתה ראוי להדגיש, כי לא ניתן לחלוק על כך שההוראה הנדונה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל והיא נועדה לתכלית ראויה. דומני כי אין צורך להכביר מילים אודות הדאגה הציבורית, נוכח ממדי התופעה של עבירות פליליות, לעיתים בעלות תוצאות קטלניות, המתבצעות על ידי קטינים בהשפעת משקאות משכרים. לפיכך, יש למקד הדיון בשאלת התקיימותם של התנאים הראשון והרביעי שבפסקת ההגבלה.



30. התנאי הראשון שבפסקת ההגבלה, הדורש כי הפגיעה תהא בחוק, פירושו - בנוסף לדרישה הפורמאלית של עיגון בחקיקה - שהחוק חייב להלום את עקרון החוקיות בפלילים (ראו אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" **מחקרי משפט** יג 5, 13-14 (1996) (להלן - **אהרון ברק**)). לטעמי, יש קושי לומר כי חקיקתה של חזקה כמו חזקת מודעות הגיל, שהפכה עורה של עבירה מסוימת מעבירה של מחשבה פלילית לעבירה של אחריות קפידה, מבלי שהמחוקק ציין זאת מפורשות ובניגוד לעקרונות היסוד שבחוק העונשין, עולה בקנה אחד עם עקרון החוקיות. הדרישה שבסעיף 22(א) לחוק העונשין כי המחוקק יציין נתון זה מפורשות אינה נובעת רק מהצורך להזהיר את הציבור מפני מעשים הגוררים אחריות אחריות קפידה או כדי לצמצם את סמכותו של בית המשפט לסווג עבירות שכאלה, אלא גם מהחשיבות הנעוצה באמירה מפורשת שבכוחה ללמד כי המחוקק, שרק הוא מוסמך כיום לקבוע כי עבירה תהא מסוג אחריות קפידה (לעומת התקופה שקדמה לתיקון מס' 39, שאז הדבר נעשה בפסיקה), היה ער לכך שהוא מוציא תחת ידיו איסור פלילי הגורר אחריות אחריות קפידה, על כל המשתמע מכך (בקשר לפגיעה בעיקרון האשמה, ראו דין להלן).

31. בנוסף, מעקרון החוקיות נגזרת גם הדרישה כי הנורמה הפלילית תהא בהירה באופן שהציבור יידע כיצד לכלכל צעדים על מנת להימנע מהפרתה (אשר לדרישת הבהירות ככזו הנגזרת מעיקרון החוקיות ראו בג"צ 6358/05 **ואנונו נגד אלוף פיקוד צפון** (פורסם בנבו, 12.1.2006)). לכאורה, האיסור של מכירת משקה לקטין הוא ברור ומפורש. ואולם, כאשר מדובר בעבירה של אחריות קפידה וביתר שאת כזו אשר ניטלה לגביה האפשרות לטעון לסייג של טעות במצב דברים, קיימת חשיבות, בעיניי, כי דרגת הבהירות תהא גבוהה יותר ותתייחס לא רק לעצם האיסור עצמו, כמו בעבירות של מחשבה פלילית או רשלנות, אלא גם לאופן יישום הנורמה הפלילית, מה שלא ניתן לומר לגבי העבירה הנדונה. דומני, כי הניסיון להימנע מהפרת האיסור של מכירת משקה משכר לקטין גורר אחריו לא מעט שאלות והתלבטויות מצדו של מוכר המשקאות באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הבהירות הנדרשת בקשר לעבירות שהאחריות לגביהן היא קפידה, המאופיינות בסטנדרט התנהגות ברור. ואסביר - כזכור, אין חובה בחוק לדרוש תעודה מזהה מכל מי שמבקש לרכוש משקה משכר. לעומת זאת, הדרך היחידה "להימלט" מהעבירה הנדונה היא על דרך של דרישה להצגת תעודה מזהה. במצב דברים זה, קיים ערפל סביב מידת הקפדנות הנדרשת ממוכר לצורך יישום הנורמה. האם לבקש תעודה מזהה מכל אדם למרות שאין חובה בחוק? או רק מכל אדם שנראה מעל גיל 17? ועד איזה גיל? האם לדרוש מכל מי שנראה בעיני המוכר מעל גיל 10 ומתחת לגיל 40, כפי שהציע התובעת בסיכומיה, או שמא ניתן להסתפק במי שנראה כבן 25 ומטה, או 28 ומטה. וכן הלאה. כאן המקום להזכיר, כי נקבע כממצא כי הסוכן נראה בגיר וכי זורב סבר כי הוא כבן 30, אלא שאין באפשרותו להתגונן מפני עבירה זו של אחריות קפידה לפי נוסחה הנוכחי.

32. עוד יצוין, כי הימנעות המחוקק מלהזהיר את הציבור מפורשות כי מדובר באיסור של אחריות קפידה ואי הבהירות בקשר ליישום האיסור, כמפורט לעיל, אינם עולים בקנה אחד עם עיקרון החוקיות במובנו הרחב, לפיו, כידוע, אין עונשין אלא אם כן מזהירין, ועם דיני העונשין באופן כללי, אשר תכליתם בין היתר מתן הכוונה ואזהרה לשם מניעת עבירות ולא יצירת עבריינים וענישתם. לפיכך, לא ניתן לומר כי חזקת מודעות הגיל מקיימת את דרישת עיקרון החוקיות.

עקרון האשמה

33. התנאי הרביעי בפסקת ההגבלה דורש כי הפגיעה בזכות החוקתית תהא מידתית, וממנו נגזר בין היתר עיקרון האשמה, אשר לפיו היסוד הנפשי הוא הכרחי להתהוותה של עבירה פלילית. יודגש, כי יש הסוברים כי סעיף 22 לחוק העונשין, במסגרתו כאמור מוסדרות עבירות מסוג אחריות קפידה, פוגע מניה וביה בזכויות החוקתיות לחירות



ולקניין במידה העולה על הנדרש (עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית, וערך כבוד האדם- על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" **מחקרי משפט** יג 87, 88 (1996); מרים גור- אריה "סטיות מעקרון האשמה- חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994" **מחקרי משפט** יג 129 (1996)), ואילו אחרים סבורים כי סעיף 22(ב) המאפשר פטור מעבירות של אחריות קפידה בנסיבות מיוחדות מקנה מידתיות לפגיעה הנטענת (אהרון ברק, עמ' 13-14; מרדכי קרמיצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109, 109-110 (1996)).

34. בעניינו, יש קושי לומר - על רקע מאפייניה של העבירה הנדונה, שהם, במידה מסוימת, אף נוקשים יותר מעבירות אחרות של אחריות קפידה - כי הפטור מאחריות שניתן רק כאשר הוצגה תעודה מזהה מזויפת או כוזבת, מקיים את עיקרון האשמה ומספק את דרישת המידתיות. יודגש, כי בעוד שבכל העבירות מסוג של אחריות קפידה תהא לנאשם הגנה אם יוכיח כי נהג ללא מחשבה פלילית ונקט בכל האמצעים הזהירים או הנאותים למניעת העבירה, הרי שבעניינו קיימת הגנה אחת שאין בלתה הכוללת הצגת תעודת זהות מזויפת. בנוסף, בעוד שעבירות מסוג אחריות קפידה נהנות, ככלל, מכל הסייגים הכלליים המנויים בחלק הכללי בחוק העונשין, לרבות הסייג של טעות במצב דברים (ראו בהקשר זה סעיף 34(ב) המחיל הסייג על עבירות של אחריות קפידה), ניטלה אפשרות זו בקשר לעבירה הנדונה, וזאת כאמור בשל כלל מאפייניה. רק לשם המחשת נוקשות העבירה הנדונה ולשם הדין התיאורטי, יובהר כי כשם שלא תהיה הגנה לנאשם שלא דרש תעודה מזהה מקטין על סף בגירות אשר אליבא דכולי עלמא נראה בגיר, כך גם לא תהא הגנה לנאשם שלא דרש תעודה מזהה, למשל, מקטין שהתחפש בהצלחה לבגיר בסיועו של גורם מקצועי (מאפר), או מקטין הסובל ממחלה המקנה לו מראה מבוגר (כגון פרוגריה). דוגמאות אלה, על אף חריגותן, מלמדות על מאפייניה הנוקשים של העבירה הנדונה, לעומת עבירות אחרות מסוג אחריות קפידה.

35. עוד ראוי לציין, כי בהיעדרה של חובה בחוק לדרוש תעודה מזהה בקשר לגיל, הרי שספק אם ניתן לסווג עבירה פלילית, אשר אחת מנסיבותיה כוללת רכיב של מודעות לגיל קטניות, כעבירה של אחריות קפידה וכן ליטול ממנה את תחולתו של סייג הטעות במצב דברים, וזאת מבלי לפגוע בעיקרון האשמה ובמידתיות הנדרשת. היסוד הנפשי הנלווה לרכיב העובדתי של "קטין" הוא לעולם תלוי אמות מידה אובייקטיביות וסובייקטיביות הנעוצות לא רק במראהו של הקטין, אלא גם במהותו ובכישוריו של הגורם המבחן ואף בגילו שלו (גיל המוכר עשוי להשפיע על האבחון, שכן לא מן הנמנע כי מוכר בן 18 יסבור כי הרוכש הקטין בוגר ממנו ויסתפק בכך). לפיכך, להשקפתי, קביעת אחריות קפידה במקרים שכאלה, מבלי שקיימת אפשרות להתגונן במקרים מתאימים גם כאשר לא נדרשה הצגת תעודה מזהה, תפגע לעולם בעיקרון האשמה ובמידה העולה על הנדרש (בהקשר זה, ראוי להפנות לדברי בית המשפט בפס"ד **סבאח** הנ"ל בקשר לחסר חקיקתי בחזקת מודעות הגיל הנעוץ בהיעדר דרישה לחשד סביר כי מדובר בקטין בטרם העברת הנטל לנאשם להפרכת החזקה בדרך יחידה (סעיף 12 לפסק הדין)).

הליכי החקיקה בקשר לחזקת מודעות הגיל

36. גם בחינת הליכי החקיקה הנוגעים לחזקת מודעות הגיל מחזקים את מסקנתי בדבר אי חוקתיותה. הצעת חוק המאבק בתופעה השכרות (הוראת שעה), התש"ע-2009 פורסמה ברשומות ביום 23.12.09 במסגרתה הוספה בין השאר חזקת המודעות (בנוסח דומה לנוסח הסופי, למעט ציון כי הרף לסתירת החזקה על-ידי הצגת תעודת זהות הוא "בהתאם למאזן ההסתברויות", כפי שמופיע בנוסח הסופי), כאשר בדברי ההסבר להוספת החזקה צוין כי זו נולדה בשל היעדר תמריץ מצד המוכר לדרוש תעודה מזהה מרוכשי אלכוהול. עיון בהליכי החקיקה מצביע מפורשות על כך שהמחוקק עמד על כך שלא תוטל חובה בחוק על מוכרי אלכוהול לבקש תעודה מזהה מכל רוכש, כי אם רשות בלבד, ועל כן הוחלט על הוספת חזקת מודעות הגיל.



37. בהמשך התקיימו מספר דיונים בוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה וועדת חוקה, חוק המשפט, שרובם עסקו בתיקוני חקיקה אחרים הנוגעים לתופעת השכרות. אשר לחזקת מודעות הגיל, עולה באופן מפורש מהדיון שהתקיים ביום 15.3.10 (פרוטוקול מספר 6) כי גורמי החקיקה החליטו **להסיר** את חזקת מודעות הגיל מהצעת החוק בשל היבטים הנוגעים לחוקתיותה (עמוד 5). באותו דיון, במסגרת ניסיונות להחזירה להצעת החוק, התריע עו"ד תומר רוזנר, היועץ המשפטי של הוועדה, על הבעייתיות החוקתית הנעוצה בחזקה. בשל חשיבות הדברים, ראוי להביאם כלשונם:

"הבעיה שלכם עם היסוד הנפשי של העבירה, שאינו מופיע בסעיף החוק אלא בחלק הכללי של חוק העונשין. יסוד המודעות הנפשית, כפי שנאמר כאן, במצב שבו יש יסוד של עצימת עיניים. אם אנחנו רוצים ליצור פה עבירה של אחריות מוחלטת, לא אחריות קפידה אפילו, שבה המוכר אחראי תמיד ואין לו שום אפשרות לומר כי אין אפשרות מעשית להוכיח, אז בואו נגיד את הדברים במפורש: אנחנו רוצים ליצור פה עבירה שלא קיימת בספר החוקים בשום חוק שאני מכיר - " (עמוד 13 - ההדגשות אינן במקור).

"מאז 1995, שבה חוקק החלק הכללי של חוק העונשין, שבו נפרדנו מיסודות האחריות המוחלטת, שבה הנאשם לא יכול להתגונן בשום דרך שהיא. כאן אנחנו יוצרים מצב שבו אנחנו חוזרים לעבירה שהנאשם לא יכול להתגונן בפניה " (עמוד 14 - ההדגשות אינן במקור).

"כן. אנחנו מדברים על מקרים חריגים שבחריגים. מה שמציעים כאן זה ליצור מצב שבו יש חזקה שעברת על החוק, אלא אם כן אתה מוכיח אחרת, ואין לך דרך להוכיח אחרת באופן מעשי. זאת הבעיה שלנו " (עמוד 14 - ההדגשות אינן במקור).

38. בהמשך, בדיונים שהתקיימו באותו יום 15.3.10 (פרוטוקול מספר 7 - עמודים 18-20) וביום 16.3.10 (פרוטוקול מס' 8 - עמודים 41-42), הוחלט, למרות הדברים שנאמרו, להחזיר את חזקת המודעות להצעת החוק תוך שינוי הנוסח הראשוני על דרך של ציון כי סתירת החזקה תיעשה "ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי". לא למותר לציין, כי תוספת זו אינה יכולה להתגבר על ההיבטים החוקתיים שפורטו, מה גם שלא היה בה כדי לשנות דבר מהצעת החוק הראשונית, שכן סתירת חזקות שבדין נעשית בדרך כלל בהתאם למאזן ההסתברויות (ראו למשל החזקה שבסעיף 186 לחוק העונשין בדבר החזקת סכין למטרה לא כשרה וכן חזקת הסרסרות הקבועה בסעיף 200 לחוק העונשין בקשר למי שחי על רווחי זונה).

(א)(4) סיכום - אי חוקתיות חזקת מודעות הגיל וההשלכה לענייננו

39. עולה מן המקובץ, כי חזקת מודעות הגיל, שהוספה לחוק בשנת 2010, הביאה לשינוי העבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין, באופן שלא ניתן לסווג עוד כעבירה של מחשבה פלילית, כי אם עבירה של אחריות קפידה, וזאת מבלי שהמחוקק ציין זאת מפורשות, כנדרש על-ידי. כפי שפורט בהרחבה לעיל, הימנעותו זו של המחוקק ובחינת מאפייניה החדשים של העבירה הנדונה הביאו לכלל מסקנה כי חזקת מודעות הגיל אינה מקיימת את התנאים הראשון והרביעי שבפסקת ההגבלה, באשר היא חותרת תחת עקרון החוקיות בפלילים ועקרון האשמה במידה העולה על הנדרש ובאופן המשליך על חוקתיותה. במצב דברים זה, מתחייבת המסקנה כי יש לראות את חזקת מודעות הגיל כמבוטלת (אשר לביטול הוראת חוק על-ידי ערכאה דיונית בהליך פלילי בשל אי חוקתיות ראו ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נגד הנדלמן (פורסם בנבו, 14.4.2003)).



40. נוכח המסקנה האמורה וביטול חזקת מודעות הגיל, היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין המיוחסת לזורב הוא מחשבה פלילית, כפי שהיה עובר להוספת החזקה, על כל המשמעויות הנלוות לכך. במצב דברים זה ונוכח הממצאים שנקבעו בנוגע למראהו של הקטין ולהיעדרה של מחשבה פלילית, יש לאפשר לזורב ליהנות מתחולתו של סייג הטעות ולזכותו בדין, שכן, כזכור, טענה זו נזנחה על-ידי זורב רק בשל קיומה של חזקת מודעות הגיל.

(ב) **טענת ההגנה מן הצדק - הפעלת סוכן קטין על-ידי משטרה חרף מראהו הבוגר**

41. עוד טענה ההגנה כי הפעלתו של קטין הנראה בגיר, מקימה לנאשם הגנה מן הצדק המצדיקה ביטול כתב האישום נגדו. בהקשר זה, נטען כי התנהגות הרשות, אשר שיגרה סוכן מדיח קטין לרכוש מאזרח אלוהול, מהווה התנהגות נפסדת, שכן עסקינן בהכשלה והדחה לעבירה של אזרח תמים, על כל המשתמע מכך.

42. דוקטרינת ההגנה מן הצדק, שהוכרה תחילה בפסיקה ועוגנה בהמשך בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי, נותנת בידי בית המשפט את הכוח להורות על ביטולו של כתב האישום, אם השתכנע שהגשתו או בירורו פוגעים בעקרונות של צדק והגינות המשפטית, כאשר ברבות השנים הוסט המוקד מבחינת התנהגות הרשות אל הסתכלות כוללת על נסיבות ההליך תוך התמקדות בנאשם ובזכותו להליך הוגן (ע"פ 2910/94 יפת נגד מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 370 (1996); ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נגד בורוביץ, פ"ד נ(6), 776, ע' 807-808 (2005) (להלן- פרשת **בורוביץ**); ע"פ 5672/05 **טגר נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.10.2007)). בבואו של בית המשפט לבחון את תחולתה של ההגנה מן הצדק, עליו לצעוד במסלול המדורג, שתחילתו זיהוי הפגמים ועוצמתם, המשכו בבחינת השלכותיהם של הפגמים על קיומו של ההליך הפלילי מבחינת פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, וסופו, בבחינת אמצעים פחותים יותר לריפוי הפגמים.

43. אשר להפעלתו של סוכן מדיח, נפסק לא אחת כי זו עשויה לקדם טענה של הגנה מן הצדק מקום בו מדובר בסוכן משטרי המשדל אדם לעבור עבירה שלולא השידול לא היה מבצעה. בע"פ 1224/07 **לבדב נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.2.10) (להלן - פס"ד **לבדב**) נאמר בהקשר זה כי:

"כיום מקובלת הנורמה לפיה אל לו לסוכן סמוי לפעול להכשלת אזרח תמים, שאלמלא התערבות הסוכן לא היה מגיע לכדי ביצוע עבירה, ואל למשטרה לשגר סוכן מדיח לאדם אלא אם עלה בידה מידע אמין המחשידו כמי שנוהג לבצע פשעים חמורים מן הסוג המהווה נושא לחקירה, וכאשר השימוש בסוכן הכרחי לצורך קידומה. כן מקובל הכלל כי אל לו לסוכן סמוי להפעיל אמצעי לחץ ושכנוע מוגזמים כדי לשכנע חשוד לבצע עבירה" (ההדגשות אינן במקור) (סעיף 67 לפס"ד **לבדב**).

בכל הנוגע לתוצאה האפשרית של קבלת הטענה, הגישה הרווחת בפסיקה התייחסה בעיקר להקלה בעונש ולא לפטור מאחריות, אם כי נקבע לא אחת כי תיתכנה נסיבות חריגות שבהן הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תהא כה מהותית באופן שעשוי להביא לביטול כתב האישום (ראו פס"ד **לבדב** הנ"ל וכן ע"פ 6021/11 **יוסף נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.2.2014)).

44. פעילות המשטרה למיגור תופעת מכירת משקאות משכרים לקטינים, הכוללת שיגור סוכנים קטינים לרכישת אלוהול ממוכרים שאין לגביהם מידע כי עשו כן קודם לכן, נדונה בעבר על-ידי בתי משפט השלום בהקשרים של



הגנה מן הצדק על רקע שימוש בסוכן מדיח. בפס"ד **כרמונה** הנ"ל נקבע כי אין המדובר בסוכנת מדיחה, שכן האחרונה לא נקטה בפעולות שידול כלשהן מלבד התייצבותה עם משקה אלכוהולי בקופה. אשר למראה הקטינה, ציין בית המשפט כי **"לא נוכחתי כי הופעת הקטינה מיוחדת או חריגה מבחינת חזות חיצונית או בוגרת לגילה באופן מיוחד ויוצא דופן.."**. גם במסגרת ת"פ (שלום נצרת) 17504-09-12 **מדינת ישראל נגד ברמי** (פורסם בנבו, 11.11.2014) דחה בית המשפט הטענה כי מדובר בסוכן מדיח, כאשר במקרה זה דובר בקטין בן 17, שלא נטען לגביו כי נראה בגיר.

לעומת זאת, בפס"ד **סבאח** נקבע כי העובדה שמדובר בסוכן קטין שנחזה באופן אובייקטיבי להיראות בגיר, מחייבת קביעה כי מדובר בסוכן מדיח, שהפעלתו פסולה, עד אשר הוחלט לבטל את כתב האישום נגד סבאח מטעמים של הגנה מן הצדק.

45. לטעמי, בבואו של בית המשפט לדון בשאלת השימוש בסוכן מדיח בקשר לעבירה הנדונה, ראוי ליישם ההבחנה האמורה שנוצרה הלכה למעשה על-ידי בתי משפט השלום, לפיה שאלת קיומה של הדחה מצידו של הסוכן הקטין תיבחן על רקע מראהו מבחינה אובייקטיבית, והאם יש במראה כדי להטעות את המוכר הפוטנציאלי. יודגש, כי הפעלת סוכן במסגרת פעילויות לאיתור עברייני סמים, שוחד, מכירת תרופות מזויפות והפצת שטרי כסף מזויפים (עבירות שלגביהן מופעל לעיתים סוכן משטרי), מאפשרת, ככלל, לחשוד פוטנציאלי לבחור בין האפשרות לבצע העבירה או להימנע ממנה. לעומת זאת, כאשר מדובר בהפעלת קטין הנראה בגיר בקשר לעבירה הנדונה, לא נבחנת בהכרח שאלת בחירתו של המוכר להימנע מביצוע העבירה, שכן, לעיתים, כמו בעניינו של זורב, נעדר הוא מחשבה פלילית נוכח מראהו של הסוכן. במצב דברים זה, ניתן לומר כי המשטרה פעלה בניגוד לנורמה המקובלת שעליה עמד בית המשפט העליון בפס"ד **לבדב** הנ"ל **"לפיה אל לו לסוכן סמוי לפעול להכשלת אזרח תמים, שאלמלא התערבות הסוכן לא היה מגיע לכדי ביצוע עבירה"**. יישום הדברים האמורים לעניינו מביא למסקנה כי הקטין שימש למעשה סוכן מדיח באופן המקיים לזורב הגנה מן הצדק (לגישה שונה ראו עניין **ליברנט** הנ"ל).

46. יתר על כן, הבחירה של המשטרה לשגר לפעילות קטין הנראה בגיר מהווה, בנוסף לדברים שנאמרו לעיל, התנהלות נפסדת המצדיקה כשלעצמה ביטול כתב האישום נגד זורב. בהתחשב במאפייניה הנוקשים של העבירה הנדונה ואי תחולתו של סייג הטעות במצב דברים, היה על המשטרה להימנע מהכשלת זורב והבאתו לכאורה לכדי ביצוע עבירה. בקשר לאי הנוחות של בית המשפט מפעילות דומה של המשטרה, ראוי להפנות גם להחלטתו של בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה בב"ש 41/13 **לוי נגד משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 7.5.13), עת דן בבקשה לביטול צו סגירה של עסק שניתן בהתאם לחוק רישוי עסקים:

"ולא בכדי חזרה בה המשטרה וביטלה את הצו. הקטין הנדון- היה סוכן משטרה, אמנם קטין, אך גדול מימדים ובעל זקן- שממראהו לא ניתן להסיק כי מדובר בקטין. דהיינו - המשטרה לא באמת תפסה קטין שבא לחנות וקנה משקה משכר, אלא שלחה סוכן מטעמה שיהיה קטין בגיל - אך בגיר במראה באופן המטעה את רואהו. אני מעדיף שלא להוסיף בעניין זה, אך נוכח העובדה כי המשטרה ביטלה מרצונה - וללא צורך בהכרעה שיפוטית - את הצו הקודם...." (פסקה י' להחלטה).

47. כאן המקום לציין, כי לא נעלמה מעיני טענת המאשימה כי הסבירות שקטינים המצויים על סף בגירות יבקשו לרכוש משקה משכר גבוהה יותר מאשר לגבי קטינים הרחוקים מגיל בגירות, ועל כן נדרשת לגביהם הקפדה יתרה. הגם שנכון אני להסכים עם עמדה זו, הרי שאין בה כדי לקדם את הדיון בענייננו במסגרתו נבחנת הגינות ההליך כלפי הנאשם. יתר על כן, דומני כי נקיטת פעילות משטרתית מתאימה, הכוללת הצבת תצפיות בסמוך לבתי עסק חשודים או, במקרים מתאימים, הפעלת סוכנים שמראם אינו עלול להטעות, עשויה להביא למיגור או צמצום התופעה, מבלי להוסיף לה מימד מכשיל או מטעה.



48. אשר לתוצאה של קבלת טענת ההגנה מן הצדק, מקובלת עליי הדרך שבה נקט בית המשפט בפס"ד **סבאח**, עת הורה על ביטול כתב האישום בשל המסקנה כי לא ניתן לרפא הפגמים באמצעים מתונים יותר - וכך יש להורות אף בעניינו של זורב.

49. בטרם סיום חלק זה, מצאתי להעיר, כי ביטול חזקת מודעות הגיל וכתוצאה מכך מתן אפשרות להעמיד לדיון את תחולתו של סייג הטעות במצב דברים, יביאו לצמצום משמעותי בטענות של הגנה מן הצדק בשל מראה מבוגר של סוכן קטין. דומני, כי ההיזקקות לטענות אלה בגדרה של הגנה מן הצדק נבעה בעיקר מהעובדה שדובר, נוכח חזקת מודעות הגיל, באכסניה המשפטית היחידה שבה ניתן היה להעלותו.

(ג) טענת ההגנה מן הצדק - אכיפה בררנית אל מול עניינו של עמרי

50. טענה נוספת שהעלתה עו"ד סנדי ליפשיץ מתייחסת להבחנה שערכה המאשימה בין עניינו של עמרי, שהודה במכירת משקה משכר לאותו הקטין פעם אחת באותו יום, ואשר לגביו החליטה לבטל האישום, לעומת עניינו של זורב, שמכר באותו היום בשתי הזדמנויות משקה משכר לאותו קטין. אשר לעמרי, ציינה התובעת בסיכומיה כי **"מדובר במכירה בודדת של בירה על-ידי מי שאיננו בעל העסק לקטין סוכן שהוא בן 17 ו- 11 חודשים ושבוע שנראה בוגר מכפי גילו"**. עוד יוער, כי אין מחלוקת כי עמרי הועמד למבחן הסוכן פעם אחת בלבד, וזאת בשונה מזורב שאליו שוגר הקטין פעמיים. לגישת ההגנה, אין המדובר בהבחנה לגיטימית, כי אם בהפליה פסולה המצדיקה ביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק.

51. כידוע, אכיפה בררנית מצאה את מקומה בגדרה של טענת ההגנה מן הצדק והיא מתייחסת למקרים בהם מדובר באכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים. במקרים כאלה, עשוי בית-המשפט לבטל כתב-אישום אם שוכנע כי בנסיבותיו של המקרה הנדון ההחלטה להאשים את פלוני ושלא להאשים את אלמוני חורגת בבירור ממתחם הסבירות, כאשר לשם הוכחת פגיעה בשוויון, לא נדרשת בהכרח הוכחה של הפליה מכוונת וזדונית, ואין לשלול אפשרות כי הפגיעה תהיה פועל יוצא של פעולת רשות שבתום לב יסודה (פרשת **בורוביץ** הנ"ל; ע"פ 6328/12 **מדינת ישראל נגד פרץ ואחרים** (פורסם בנבו, 10.9.2013); בג"צ 6396/96 **זקין נגד ראש עיריית באר-שבע**, פ"ד נג(3) (1999)).

52. לטעמי, גם מטעם זה יש מקום להורות על ביטול כתב האישום מטעמים של הגנה מן הצדק. אני מתקשה לראות כיצד ניתן לערוך הבחנה, בנסיבות הקונקרטיות של תיק זה, בין עמרי לבין זורב באופן המצדיק ביטול כתב האישום נגד הראשון והמשך ההליך הפלילי נגד האחרון, וזאת ממספר טעמים: **ראשית** - אמנם זורב מכר משקה לקטין בשתי הזדמנויות באותו היום, אלא שמדובר בהזדמנויות סמוכות (בהפרש של פחות משעתיים), לאותו קטין, הנראה בגיר, כך שלא ניתן ללמוד מהתנהלותו של זורב כי מדובר במי שהפנים דפוס קבוע של מכירת אלכוהול לקטינים, כפי שניתן היה ללמוד, אולי, לו היה מדובר בשני קטינים שונים הנראים לגילם או אף בקטין אחד שמראהו אינו מכשיל. **שנית** - אין מדובר במקרה שבו זורב נחקר והוזהר על המקרה הראשון (כפי שנוקטת המאשימה בעבירות של שימוש בסמים לצריכה עצמית או שהייה בלתי חוקית), שאז המקרה השני עשוי היה לרמז על דפוס קבוע, כי אם בשתי הזדמנויות סמוכות ללא אזהרה או אירוע מנתק אחר ביניהן, כך שיש לראות בהן, בעיני, אירוע אחד, בדיוק כמו לגבי עמרי. **שלישית** - משמדובר בקטין שנראה בגיר ונקבע כממצא כי זורב נהג ללא מחשבה פלילית בשל כך, הרי שהעובדה שמדובר במכירה בשתי הזדמנויות אינה מקדמת את האינטרס הציבורי הכללי בהמשך ההליכים נגדו. גם זורב, כמו עמרי, הוטעה בפעם הראשונה לחשוב כי מדובר בבגיר ואין בסיס לסברה כי טעות זו לא הייתה ממשיכה לחול גם בפעם השנייה והסמוכה (ואף מעבר לכך). **רביעית** - הקטין



הונחה לרכוש משקה משכר מזורב בשתי הזדמנויות, וזאת בשונה מעמרי, שהועמד למבחן פעם אחת בלבד. סבורני, כי בנסיבות של התיק הנדון, יש לאפשר לזורב ליהנות גם מנתון זה ולהשוות את עניינו לעניינו של עמרי. מקבץ הנתונים הנ"ל הביא אותי למסקנה כי עניינם של עמרי ושל זורב דומים או למצער אינם שונים באופן המצדיק מסקנה שונה לגביהם, ואף מטעם זה אני מורה על ביטול כתב האישום וזיכוי של זורב.

סיכום

53. בטרם סיום, מצאתי לשוב ולהדגיש את החשיבות באכיפתה של תופעת מכירת אלוהול לקטנים, המאיימת לפגוע בשלום הציבור, בשל השלכתה הישירה על עבריינות כללית, אלימות קשה, תאונות דרכים חמורות וכיוצא באלה. בנסיבות אלה, יש לקדם תיקוני החקיקה המבקשים להתמודד עם תופעה זו.

54. בבואו למגר את התופעה, הוציא המחוקק תחת ידיו, בנוסף לתיקוני חקיקה ראויים, גם את חזקת מודעות הגיל, שיש בה כדי לפגוע בזכויות חוקתיות וזאת מבלי לקיים את כל תנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כתוצאה מכך, אין מנוס אלא להכריז על בטלותה של החזקה בשל אי חוקתיותה.

55. גם גורמי המשטרה, כך עולה מהדיון לעיל, הונעו ככל הנראה מאותה תכלית חשובה ונקטו בפעילות אכיפה בלתי מידתית, המתעלמת לא רק ממאפייניה הנוקשים של העבירה לאחר הוספתה של חזקת מודעות הגיל, אלא גם מהסיכון כי פעילות זו, הכוללת הפעלת סוכן קטין הנראה בגיר, אינה מביאה לאיתורם של עבריינים אלא ליצירתם. לאור הדברים האמורים, כל אחד מהמסלולים שבו צעדתי הביא אותי בסופה של דרך אל אותה התוצאה לפיה יש לזכות את זורב מהמיוחס לו.

זכות ערעור לבית המשפט המחוזי תוך 45 ימים.

ניתנה היום, כ"ח שבט תשע"ה, 17 פברואר 2015, במעמד ב"כ הצדדים והנאשם.