



ת"פ 66506/01/17 - מדינת ישראל נגד דברה בנימין

בית משפט השלום באשדוד

ת"פ 66506-01-17 מדינת ישראל נ' דברה

תיק חיצוני: 379838/2016

בפני כבוד השופטת בכירה רבקה שורץ

מדינת ישראל

ע"י עו"ד גלית זימרן

נגד

דברה בנימין

ע"י עו"ד סגי זקס

הכרעת דין

הנאשם זכאי מחמת הספק.

א. כללי

כנגד הנאשם שני אישומים בגין מכירת אלכוהול לקטין, שגילו לא עלה על 18 שנים, בניגוד לסעיף 193א(א1) לחוק העונשין.

שני האירועים התרחשו באותו יום 30/08/2016 בהפרש של כשעה.

באירוע הראשון מכר הנאשם בקבוק בירה מסוג "הייניקן" ובקבוק מים ואילו באירוע השני מכר בקבוק בירה "קרלסברג" וחטיפים, לאותו קטין.



הקטין פעל כסוכן משטרתי במסגרת מבצע נגד מכירת אלכוהול לקטינים באשדוד.

הנאשם שימש כבעלים ומוכר בעסק "ביג טיים" באשדוד.

ב. עמדות הצדדים

עמדת ההגנה

ההגנה לא כפרה בעובדות.

ההגנה ביססה את הגנתה על טענות משפטיות הנוגעות לחוקתיות התיקון, חוסר התאמה בין הוראות המחוקק אשר יוצר חוסר בהירות ומעלה ספק ממנו רשאי הנאשם ליהנות בהתאם לסעיף 34כא לחוק העונשין, וכן לטענת הגנה מן הצדק לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

ההגנה הפנתה למראהו של הסוכן אשר נחזה להיות בגיר כבן 23 וציינה, כי המדובר במכשלה.

ב"כ הנאשם ציין כי אם תכלית האכיפה לבדוק אם מתבצעת מכירה לקטין ראוי היה לשלוח קטין כבן 15, שמראהו מצביע בבירור על היותו קטין ולא בחור על גבול הבגירות אשר ללא ספק נראה כאדם בוגר.

ההגנה הצביעה על דוח הפעולה - ת/9 ממנו עולה, כי ביום האירוע המשטרה הפעילה את אותו סוכן - קטין - לביצוע קניות בשלושה בתי עסק, שתי רכישות מכל עסק ובכל ששת המקרים בוצעה הרכישה ללא דרישת תעודה מזהה. לדידה, ת/9 היא הראייה המזכה, בהיותה מאששת את הטענה שהמשטרה הציבה מכשלה ביום הארוע לכל אותם בעלי עסקים.

ההגנה הוסיפה כי סעיף 193א על סעיפי המשנה שלו מייצרים מצב בלתי תקין מבחינה פלילית כאשר האחד - סע' 193א(1) קובע בצידו עונש מאסר, בעוד שסעיף 193א(ג) הקובע חזקת מודעות הפך את הסעיף לעבירה מסוג אחריות קפידה, שאינה מצריכה הוכחת יסוד נפשי להתגבשותה וככלל אין להטיל עונש מאסר בגינה (סעיף 22ג) לחוק העונשין).

לטענת ההגנה, העובדה שהמחוקק קבע בצד העבירה המיוחסת לנאשם שישה חודשי מאסר, אין הלימה בין העונש שנקבע לבין הפרשנות שהמאשימה מבקשת לייחס לעבירה.

ההגנה גם הפנתה לנוסח סעיף 193א(ג) לחוק העונשין שאינו מחייב בעל עסק לבקש תעודת זהות ואינו מתיישב עם חזקת המודעות שבסעיף 193א(ג) לחוק.

הוסיפה ההגנה וציינה כי בשלב חקיקת התיקון לחוק חברי הועדה זכו לביקורת מהיועץ המשפטי של הועדה אפשר



הפנה תשומת לבם, כי אין זה נכון להפוך את העבירה לעבירת קפידה במשתמע.

חברי הועדה היו ערים לקושי ואף שיכלו לתקן את נוסח סעיף 193א(ג) לחוק העונשין ולחייב דרישת תעודה מזהה - לא עשו כן.

ההגנה סבורה כי נוסחי הסעיפים יוצרים אי בהירות בגינה יש תחולה לסעיף 34(כא) לחוק העונשין.

ההגנה גורסת כי נוסחו של סעיף 193א(ג) גובר על סעיף 193א(1) לחוק העונשין נוכח סעיף 34(כ) לחוק, דרישת המאסר והעובדה שהמחוקק היה ער במהלך החקיקה לקושי הפרשני אך נמנע לתקן את נוסח סעיף 193א(ג) לחוק על דרך הפיכת המילה "רשאי" ל-"חייב".

ההגנה הדגישה כי אף שבעקבות תיקון 39 לחוק העונשין נפרדנו מעבירות של איסור מוחלט, נוסח הסעיף בעקבות התיקון מחזיר אותנו לאחור, מאחר שחוסם את ההגנות שהמחוקק מאפשר לעבירות אחרות עם יסוד של מודעות ואף לעבירות מסוג אחריות קפידה.

ב"כ הנאשם טען כי הנאשם פעל בתום לב, כאשר טעה לחשוב שהקונה בגיר.

ב"כ הנאשם סבור כי מדובר בטעות סבירה והראייה ששני בעלי עסקים נוספים באותו יום טעו לחשוב שאותו קונה הינו בגיר.

על כן ומאחר שהמחוקק לא מחייב בדיקת תעודה מזהה, מבקש ב"כ הנאשם לקבוע כי יש ספק סביר ולזכות את הנאשם.

עמדת המאשימה

מנגד המאשימה מבקשת לדחות את טענות ההגנה.

ב"כ המאשימה הפנתה לעובדות בהן לא כפר הנאשם והיא סבורה כי הנאשם לא הבין את הנטל שהוטל עליו להוכחת ההגנה שבחוק.

ב"כ המאשימה ציינה כי נוכח סעיף 193א(ג) היה על הנאשם לדרוש תעודה מזהה כדי לבדוק את גילו.

ב"כ המאשימה גורסת כי חזותו של הקונה לא השתנתה מאז האירוע ועד למשפט ולדעתה "אינו נראה בדמותו כקטין" (עמ' 24 שורות 23-24 לפרוטוקול).

הוסיפה ב"כ המאשימה וציינה את העובדה שבחנות לא היה מוצג שלט האוסר על מכירת אלכוהול לקטין.



ב"כ המאשימה טוענת, כי העובדה שהנאשם סבור כי "הופל על ידי המשטרה" באמצעות סוכן מדיח, מובילה למסקנה, כי לא הבין את הצורך או החובה לדרוש תעודה מזהה מהקונה שנכנס לחנות לרכוש משקה.

ב"כ המאשימה הדגישה כי הנאשם נכשל פעמיים באותו יום כשמכר לאותו קונה בירה ללא בדיקת גילו, וזאת אף שהקונה לא הפעיל לחץ כלשהו או שידול למכור לו.

ב"כ המאשימה גורסת כי גם אם מראהו של הקונה היה בוגר מכפי גילו אין הנאשם זכאי לחסות במסגרת הגנה מן הצדק הואיל והיה עליו לדרוש הצגת תעודה מזהה.

נוכח חזקת המודעות שבסעיף גורסת ב"כ המאשימה כי היסוד הנפשי של העבירה הוכח וכי הנאשם לא הוכיח שהוצגה בפני תעודה מזהה המלמדת כי הקונה אינו קטין.

ב"כ המאשימה מבקשת בנסיבות להרשיע את הנאשם.

שני הצדדים הפנו לפסיקה בסוגיה.

ג. דיון

בפן העובדתי - אין מחלוקת עובדתית ביחס לעובדות כתב האישום.

הקטין העיד בפני בית המשפט ובית המשפט התרשם מהופעתו (להלן: הקונה).

בית המשפט אף התבונן בסרטונים שהוגשו לבית המשפט בהם תועדה הרכישה ע"י הקונה.

הקונה נחזה בוגר לגילו.

בסיכומיה ציינה ב"כ המאשימה כי להערכתה, לא חל שינוי בחזותו של הקונה במהלך התקופה שחלפה ממועד האירוע (אז היה קטין כבן 17) עד מועד העדות בבית המשפט, כשהוא כבר בוגר (בן 18.5 שנים).

ואכן אין כמעט הבדל.

הן בסרטונים והן בעדותו בבית המשפט הקונה נראה בחור בריא, רחב כתפיים, גובהו 1.85.

במועד האירוע הקונה חבש כובע לראשו.

בית המשפט התרשם, כי במועד העבירה נראה הקונה בוגר מעל גיל 20 וכי מראהו אינו מעורר ספק לגבי בגירותו.



בבית המשפט אישר הקונה (עת/1) בעדותו, כי בעבר היו אנשים שטענו לגבי גילו וחשבו שהוא מבוגר יותר (עמ' 12 לפרוטוקול שורות 28-29 לפרוטוקול).

הנאשם העיד כי סבר לתומו שמדובר בקונה שנראה לו כבן 25 שנה (ת/4, עמ' 19 לפרוטוקול שו' 16).

ביום האירוע אותו קונה פקד עסקים נוספים. נראה כי גם בעלי העסקים האחרים התרשמו שמדובר בבגיר הראיה כי מכרו לו אלוהול ללא דרישת תעודה מזהה (ת/9).

נשאלת השאלה האם לנאשם עומדת הגנה של טעות במצב הדברים או הגנה מן הצדק.

המסגרת הנורמטיבית

193 א. (א1) המוכר משקה משכר לקטין, דינו - מאסר שישה חדשים.

(א2) המספק משקה משכר לקטין או הרוכש משקה משכר בעבור קטין, במקום ציבורי, שלא

בנוכחות האחראי על הקטין ובהסכמתו או שלא בחוג משפחתו, דינו - מאסר שישה חודשים; בסעיף קטן זה, "אחראי על קטין" - הורה, הורה חורג, אפוטרופוס, או מי שהקטין נתון במשמורתו או בהשגחתו, לפי דין או לפי הסכמה של הורה, הורה החורג או אפוטרופוסו.

(ב) בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים לשם שתיה במקום, לא ימכור ולא יגיש משקה משכר לקטין ולא יעודד אדם כאמור לשתות משקה משכר; העובר על הוראה זו, דינו - מאסר ששה חדשים.

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

(ג1) 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.



(ד) בעל עסק שבו נמכרים משקאות משכרים, יציג במקום בולט בעסקו, בצורה שיקבע שר המשטרה בתקנות, הודעה המפרטת את הוראות סעיף זה ואת הוראות סעיף 193(ג).

(ה) מי שלא קיים הוראות סעיף קטן (ד) רואים אותו כמי שלא קיים תנאי מתנאי רשיון שניתן לפי חוק רישוי עסקים, תשכ"ח-1968, והוראות החוק האמור יחולו עליו.

סיווג העבירה

עיון בנוסח סעיף 193א(1), 193א(ג) ו 193א(ג1) לחוק מלמד כי לצורך הרשעה בעבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין די בהוכחת שלושת היסודות העובדתיים - קרי מכירה, משקה משקה משכר, לקטין.

הסעיף אינו מצריך הוכחת יסוד נפשי נוכח חזקת המודעות שנקבעה בסעיף 193א(ג1) שהוסף בעקבות בעקבות תיקון מס' 107 בסעיף 4 לחוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), תש"ע-2010.

המחוקק קבע בסעיף 193א(ג1) לחוק חזקה עובדתית לפיה למוכר קיימת מודעות שקונה המשקה המשכר - קטין (להלן: חזקת המודעות) אלא אם יוכיח שבעקבות דרישה לפי סעיף 193א(ג) הקטין הציג תעודה מזהה מטעה.

המדובר בהגנה מצומצמת.

נטל ההוכחה מוטל על כתפי המוכר להוכיח במאזן ההסתברויות שלא ידע כי מדובר בקטין.

הסעיף הוא סעיף אסדרתי.

הסעיף נועד להילחם בתופעת השכרות של צעירים-קטינים לאחר שנמצא קשר בין רמת השימוש המופרז באלכוהול לבין אלימות מכל סוג שהוא.

"תופעת השכרות, על השלכותיה, מהווה כיום אחת הסכנות החמורות המאיימות על שלום הציבור והסדר הציבורי בישראל, והיא בעלת השפעה רבה על תופעות של אלימות, עבריינות ותאונות דרכים חמורות וקטלניות" [הח' הממשלה תשע' 469 עמ' 116, הח' הכנסת מס 311 עמ' 119].

אין ספק כי סעיף 193א על כל סעיפי המשנה נועד לתכלית ראויה והוא צורך חברתי בבחינת צוק השעה.

מאפייני סעיף 193א(ג1) מצביעים שעסקין בעבירה ללא יסוד נפשי ובסתירה לכללים המעוגנים בחלק הכללי של חוק העונשין.



הסעיף נחקק בהיעדר הלימה להוראת סעיף 22 לחוק העונשין הדורש קביעה מפורשת של המחוקק, אם בוחר לקבוע עבירה מסוג אחריות קפידה.

בתיקון 39 לחוק העונשין המחוקק כיוון לחסוך מהציבור פרשנות וחיפוש אחר מאפיינים של העבירה ולדאוג ליציבות משפטית. למרות זאת, העבירה לפי סעיף 193א(א) לחוק, דומה לעבירה מסוג אחריות קפידה אף שעסקינן בתיקון בלבד ואף שהמחוקק לא קבע זאת במפורש.

קושי נוסף שאינו מתיישב עם הוראת המחוקק בסעיף 22 לחוק העונשין הוא העובדה שהעונש שנקבע בצד העבירה לפי סעיף 193א(א) הינו מאסר.

גם הגבלת ההגנות הן בהשוואה לזו הקיימת בסעיף 22(ב) לחוק העונשין והן בהשוואה להגנות בדין הכללי.

יוצא איפוא שתיקון 107 יצר מסלול עוקף להוראת המחוקק בסעיף 22 לחוק העונשין תשלז- 1977 אשר מגדיר עבירה של אחריות קפידה והיקפה במסגרת תיקון 39 לחוק (בשנת 1995) שקבע בין היתר כי עבירה מסוג אחריות קפידה תקבע בחיקוק, וזו לשון 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 לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאין טענות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות. לעניין 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) לעניין אחריות לפי סעיף זה, לא יידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה

פלילית או רשלנות.

על כוונת המחוקק ומאפייני תיקון 39 עמד בית המשפט העליון ברע"פ 26/97, 608 לקס נגד מדינת ישראל (22.6.98) (להלן: לקס) וכך קבעה כב' הש' בייניש:

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



אולם, בכל הנוגע לעבירות שקדמו לתיקון חוק העונשין, חיים אנו לפי הדין שנהג עד לאותו מועד, ובהיעדר הוראות סטטוטוריות מפורשות נקבע סיווגן של העבירות על יסוד פרשנות החוק ועל-פי ההלכה הפסוקה.

בעבר נהגנו לסווג את עבירות האחריות הקפידה על-פי סימנים מובהקים האופייניים לאחריות הקפידה. לצורך סיווגן של עבירות שנחקקו לפני תיקון 39 לחוק העונשין, אין לנו אלא לשוב ולבחון סימנים אלה, וכן לברר אם כבר סווגו על-ידי הפסיקה כעבירות אחריות קפידה.

בין המאפיינים המובהקים של עבירות אחריות קפידה ניתן למנות את תכליתה של החקיקה שבמסגרתה נקבעו העבירות ואת התחומים שהיא נועדה להסדיר.

מאפיין אחר הוא אופן הוכחת ההרשעה בעבירות אלה, שכן בעבירות האחריות הקפידה תצא התביעה ידי חובת ההוכחה הנדרשת להרשעה אם תוכיח את היסוד העובדתי שבעבירות. לפיכך, בעבירות האחריות הקפידה מועבר הנטל לשכמו של הנאשם להוכיח כי יש לו הגנה הפוטרת אותו מאחריות. בנוסף לכך, בהגדרת עבירות אלה אין מוזכר היסוד הנפשי, ובדרך-כלל העונשים הקבועים בהן קלים יחסית.

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 סטנדרט 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. יפים לעניין זה דבריו של המלומד ש"ז פלר בספרו יסודות דיני עונשין (כרך א) [14], בעמ' 797:

"התפקיד הראשון של האחריות הקפידה הוא לעודד את האדם לגלות רמת זהירות גבוהה, כך שיעמוד בציוויים המבטיחים את שלום הציבור בתחומי הפעילות השוטפים ביותר ולעתים אף החיוניים ביותר, מבחינת היקפם ומשקלם החברתיים".

סיכום ביניים:

בהוראות סעיף 193א(1) וסעיף 193א(ג1) לחוק המחוקק לא קבע במפורש שהעבירה תסווג כאחריות קפידה, בניגוד לסעיף 22 לחוק העונשין המצוי בחלק הכללי.

התיקון מחזיר אותנו לתקופה שלפני תיקון 39 לחוק העונשין, שאז היו קיימות עבירות מסוג אחריות מוחלטת. במסגרת תיקון 39 בוטלו עבירות מסוג אחריות מוחלטת ובמקומן נקבעו עבירות מסוג אחריות קפידה בעניין יכול אדם לחסות בצל ההגנה שנקבעה בסעיף 22 (ב) לחוק העונשין או בצל הגנות אחרות שנקבעו בחלק הכללי של חוק העונשין.

על הבעייתיות עמד היועץ המשפטי של הועדה במהלך הדיונים לקראת חקיקה, עו"ד תומר רוזנר, למשל בפרוטוקול מס' 1 של ישיבה משותפת של ועדת הפנים והגנת הסביבה וועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעות חוק המאבק בתופעת השכרות יום שני, א' באדר התש"ע (15 בפברואר 2010), שם ציין כדלקמן:



"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... 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 יוכל להתגונן בפניה".

הסעיף אינו מצריך הוכחת יסוד נפשי כמו בעבירות מסוג אחריות קפידה.

כאשר המחוקק קבע את חזקת המודעות והגביל את הגנת המוכר לאפשרות מצומצמת אחת הוא הפך במשתמע את סוג העבירה שבסעיף 193א(ג1) לאחריות קפידה, אף שמדובר בתיקון ולא בחוק חדש ויש שיאמרו כי במסגרת התיקון שיצר את סעיף 193א(ג1) נקבעה, במשתמע, עבירה מסוג חדש - מחד היא נעדרת יסוד נפשי ומאידך המוכר יכול להתגונן כנגדה כאמור רק באמצעות הגנה אחת, מצומצמת בהיקפה ומעוררת קשיים.

במדרג העבירות על פי סוגן תמוקם עבירה מסוג זה בין אחריות מוחלטת לבין אחריות קפידה.

כך או כך, המצב החקיקתי אינו תקין.

עם זאת, נוכח לשונו הברורה של המחוקק, ניכר שחסם גם את השימוש בהגנה של טעות במצב הדברים לפי סעיף 34 יח' לחוק העונשין [למסקנה דומה הגיע כב' השו' הישאם אבו שחאדה בת"פ 51384-06-12, מדינת ישראל לשכת תביעות - שלוחת רמלה נ' עמרם סבאח, השו' אבו שחאדה (17.11.14), (שם בסעיף 13 לפסה"ד) (להלן: סבאח)].

הסתירה בין סוג העבירה לעונש המאסר שנקבע בצידה אינה בהלימה להוראת המחוקק הקובעת כי בעבירה מסוג אחריות קפידה לא ניתן להטיל מאסר אלא אם תוכח מחשבה פלילית או רשלנות.

קיים גם חוסר הלימה בין עונש המאסר הקבוע בצד העבירה לבין העונש הנהוג לקבוע לצד עבירה של אחריות קפידה, שבדרך כלל הינו עונש קל יחסית לזה שנקבע בגין עבירות חמורות יותר.

עקרון החוקיות

האנומליה שנוצרת בחוק העונשין בין שתי ההוראות, זו הקבועה בסעיף 22 לחוק העונשין המופיע בחלק המקדמי והכללי של חוק העונשין הקובע עקרונות יסוד בדיני עונשין, לזו שנקבעה במסגרת תיקון בסעיף 193א(ג1); שלילת האפשרות להתגונן אף שמדובר בעבירה מסוג אחריות קפידה שברגיל ניתן לעשות שימוש בהגנות לרבות הגנה של טעות במצב הדברים; וכן חוסר ההלימה בין סוג העבירה לעונש שנקבע בצידה, כל אלו מעלים שאלה חוקתית בהיותם נוגדים



את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

אשר מגלם בחובו את הזכות להליך הוגן ואת סעיף 4 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

דיון מעמיק בסוגייה קיים בפסק דין של כב' הש' צחי עוזיאל בת"פ (ת"א) 22791-09-13 מדינת ישראל נ' זורב שפטשווילי, השו' צחי עוזיאל (17.02.15).

בענייננו הנאשם בעל עסק, בין היתר למכירת משקאות.

המדינה רשאית לפגוע בעיסוקו של אדם אם הפגיעה נעשתה בחוק, ההולם את ערכי המדינה, אם הוא נועד לתכלית ראויה ואם הפגיעה לא תעלה על הנדרש.

במקרה שלנו הפגיעה נעשית באמצעות חקיקת חוק פלילי לתכלית ראויה אך היא לא נעשתה בהתאם להוראת סעיף 22 לחוק העונשין הגובר על הוראת סעיף 193א(ג) לחוק.

ככלל, היה על המחוקק לקבוע במפורש כי עסקין בעבירה של אחריות קפידה או עבירה מסוג חדש שאינה מצריכה הוכחת יסוד נפשי, זאת על מנת שהמוכר יעשה כל שביכולתו למנוע את העבירה.

המחוקק לא עשה כן במהלך התיקון כאן על אף העקרון, שעוגן בחלק הכללי לחוק העונשין, יוצא איפוא שעל סוג העבירה אנו לומדים במשתמע.

מצב דברים זה מוביל למסקנה כי הסעיף הוא בלתי חוקתי .

יתר על כן, יש אי בהירות וחוסר וודאות הנובעים מנוסח שתי הוראות באותו נושא כאשר הוראת סעיף 193א(ג) מסמיכה את המוכר לדרוש תעודה מזהה אך לא מחייבת אותו לעשות כן, בעוד שבמסגרת תיקון 107 כשהוסף סעיף 193א(ג1) הנוגע לחזקת המודעות, המחוקק לא תיקן את סעיף 193א(ג) ולא הפך את הדרישה ב 193א(ג) לחובה, אף שבהליכי חקיקת התיקון היה ער לבעייתיות [עיין למשל: פרוטוקול מס' 8 של ישיבת הוועדה המשותפת של ועדת הפנים והגנת הסביבה וועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעות חוק המאבק בתופעת השכרות].

חוסר ההלימה בין שתי ההוראות הנ"ל יוצר קושי אצל כל אדם סביר ולא רק אצל מוכר משקאות, שכן מתי יחליט לדרוש תעודה מזהה? באילו נסיבות?

האם מכל אדם תידרש בנסיבות תעודה מזהה?

אם יש ספק אם אדם קטין או בוגר אז ברור שעולה הצורך לדרוש תעודה מזהה אך אם אין כאן כל שאלה ואין חשד סביר להיות אדם קטין - היכן עובר הגבול בהיעדר חובה לדרוש תעודה מזהה?



דא עקא, הסעיף מעביר את הנטל להפרכת החזקה ישירות אל כתפי המוכר מבלי לאפשר להוכיח היעדר חשד סביר להיות הקונה קטין.

לענין הקושי בהעברת הנטל להפרכת החזקה אל כתפי הנאשם בהעדר יסוד סביר להניח שקיים חשד סביר שהקונה קטין, עיין בפרשת סבאח (סעיף 12 לפסה"ד).

כאשר אין חובה לדרוש תעודה מזהה מחד גיסא אך עסקינן בעבירה מסוג אחריות קפידה הכוללת בחובה חזקת מודעות ללא האפשרות להתגונן כמקובל במשפט הפלילי, לרבות בעבירות מסוג אחריות קפידה מאידך גיסא, הפגיעה בעיסוקו של המוכר עולה על הנדרש.

הסתירה בין שני הסעיפים יוצרת חוסר בהירות ועל כן זכאי הנאשם לחסות בצילו של סעיף

34כא לחוק העונשין תשל"ז - 1977 הקובע כדלקמן:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר

עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

בהקשר זה יש לזכור כי כשעסקינן בעבירות של אחריות קפידה יש להקפיד הקפדה יתרה בהוכחת כל יסודות העבירה, בשל העובדה שהמחוקק הקנה לתביעה יתרון ראייתי וחוסך ממנה להוכיח יסוד נפשי לצורך הרשעה.

ראו גם סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין תשל"ז - 1977 הקובע כדלקמן:

34כב. (א) לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר.

(ב) התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג.

טענה מן הצדק

ההגנה טענה לתחולתה של הגנה מן הצדק נוכח השימוש בקטין הנחזה להיראות בגיר. לטענתה התנהלות זו של המשטרה הינה נפסדת ומצדיקה ביטולו של כתב האשום.

טענת הגנה מן הצדק שהייתה בעבר יצירת הפסיקה, עוגנה בדין הפלילי בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 כאחת הטענות המקדמיות במשפט וזה לשונה:



"הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק".

בעבר, נדרשה לתחולת ההגנה, התנהגות שערורייתית של הרשות, כזו שיש בה משום רדיפה של הנאשם (ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ' (2) 221, 372), אולם במהלך השנים ההלכה רוככה, ונקבע כי ההגנה עשויה לחול גם בשל רשלנות הרשויות או בעטיין של נסיבות שלא היו תלויות בהן, אך המחייבות את המסקנה, כי לא ניתן יהיה להבטיח לנאשם קיום משפט הוגן, או שקיומו של ההליך הפלילי יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק (עיין: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776).

יש וקבלת הטענה תוביל לביטול כתב האישום, אם כי לא כדבר שבשגרה אלא במקרים חריגים, ויש שקבלתה תוביל להקלה בעונש.

הפסיקה קבעה שלושה שלבים לבחינת טענה של הגנה מן הצדק:

"בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם, וזאת במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה, נדרש בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים... בתוך כך עשוי בית המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם, וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנדון. כך, למשל, ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. בשלב השלישי, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנגלו באמצעים יותר מתונים ומידתיים מאשר ביטולו של כתב האישום... כן עשוי בית המשפט לקבוע, כי תיקון הפגיעה יכול שיעשה במסגרת בירורו של המשפט, כגון בבירור שאלת קבילותה של ראיה שהושגה תוך שימוש באמצעים פסולים" (שם בענין בורוביץ, בעמ' 807-808).

הטענה של הפעלת סוכן כפגם המקנה הגנה מן הצדק, נדונה בע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 10/02/2010, שם נקבע:

"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" (פסקה 67 לפסה"ד).

בת"פ 22791-09-13 מדינת ישראל לשכת תביעות - שלוחת רמלה נ' עמרם סבאח, כב' השו' אבו שחאדה

ערך בין היתר סקירה השוואתית על התפתחות הפסיקה באירופה, אנגליה ובישראל בסוגיית "סוכן ומדיח" והכללים לגבי



משמעו השימוש "בסוכן ומדיח" לבצוע עבירה והסעד לו יזכה נאשם בשל השימוש באמצעי זה.

הפסיקה הישראלית קבעה כי "שידול לביצוע עבירה באמצעות 'סוכן מדיח' היא הכרח בל יגונה" ו "רע הכרחי". עם זאת קיימת ביקורת בשל החשש לפגיעה באמון הציבור במערכת אכיפת החוק (עיין: ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל (18.10.78)).

עוד נקבע שם כי "יש להבדיל בין התנהגות סבירה לגילוי עבריינים לבין נקיטת אמצעי פיתוי והדחה, עד שקשה לעיתים לדעת אם בהיעדר אותם אמצעים פסולים היתה מתבצעת עבירה" (עיין: ע"פ 360/80 מדינת ישראל נ' אפנגר (29.10.18)).

אם בעבר הדחה לביצוע עבירה באמצעות סוכן שימשה עילה להקלה בעונש (עיין: ע"פ 360/80 מדינת ישראל נ' אפנגר) אזי בע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל (10.2.10) נקבע כי יש מקום לבחון את ההלכה מחדש לאור התפתחות הטענה של "הגנה מן הצדק".

נסיבות חריגות בהן הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות היא מהותית, עשויות להוביל לביטול כתב האישום (עיין בע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל (10.2.10) וכן יוסף נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו מיום 24.2.14).

שאלת הסעד שיקבל נאשם שהשימוש ב"סוכן מדיח" הביאוהו לביצוע עבירה תלויה בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה [רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל, הרכב כב' הש' ס. ג'ובראן, י. דנציגר, נ. הנדל (9.1.14)].

בענייננו, הקונה לא שידל את הנאשם למכור לו את המשקה המשכר ויש קושי לראות בו סוכן מדיח במובן הרגיל.

ואולם, הנאשם מנהל עסק חוקי למכירת משקאות וחטיפים.

העסק מנוהל באופן גלוי ולא בהיחבא.

לגיטימי שהמשטרה תיעזר בסוכנים קטינים כדי להתחקות אחרי בעלי עסקים המוכרים משקאות משכרים בניגוד לחוק כחלק מהמאבק בתופעת השיכרות, ברם כשבוחנים את האמצעי לבדיקת אופן התנהלות המוכר בעסק לא שמעתי הסבר מניח את הדעת מדוע המשטרה לא בחרה קטין שחזותו תואמת לגיל הקטינות או אפילו מעוררת ספק לעניין גילו.

כפי שתואר בהכרעת הדין, הקונה נראה אדם בריא, גובהו 1.85, תווי פניו ומבנה גופו יוצרים את הרושם שגילו נע בין 20 ל-30. הקונה העיד כי גם בעבר אחרים טעו ביחס לגילו (עמ' 12 לפרוטוקול שו' 28-29 לפרוטוקול).

העובדה שביום הארוע, שלושה בעלי עסק שהקונה פקד את חנותם לצורך רכישת משקה משכר, טעו לחשוב כי הוא בגיר (ת/9), מוכיחה כי הטעות כנה וסבירה.



השימוש בסוכן שנחזה להיות בגיר פוגע בתחושת ההגינות והצדק בשים לב לסוג העבירה, היותה עבירה אסדרתית שאין צורך בהוכחת יסוד נפשי לרבות העובדה שלנאשם לא עומדת הגנה של טעות במצב הדברים, העדר חובה לדרוש תעודה מזהה, חוסר הבהירות שעולה בשל נוסח סעיפי החוק שאינם מתיישבים זה עם האחר, והעדר תחולה להגנות אחרות המקובלות במשפט הפלילי.

עוצמת הפגיעה בנאשם בנסיבות בהן הופעל הסוכן בשל מראהו החזותי גבוהה ולא מידתית.

למען הסר ספק, גם אם הנאשם היה מעורב באופן כלשהו בעבר בעבירה הנוגעת למכירת משקה משכר לקטין אזי היה על המשטרה לבחון את אופן התנהלותו ע"י שימוש בסוכן הנחזה להיות קטין ולא בסוכן שחזותו מטעה בעליל.

דוקא בשל סוג העבירה היה על המשטרה להקפיד הקפדה יתרה בבחירת הסוכן מבחינת חזותו ולא להכשילו, במיוחד כאשר אין חובה לדרוש תעודה מזהה (עין והשווה בשנויים המתחייבים: לצורך להקפיד הקפדה יתרה על הוכחת יסודות עבירה מסוג אחריות קפידה ר"ע 213/83 אסולין נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1)519).

"הבחירה בסוכן שבאופן אובייקטיבי נחזה להיות בגיר מהווה הפרה של עיקרון המידתיות.

במקרה זה, ה"סוכן המדיח", הופעל עם דגש על אותו ייחוד שבעבירה, היינו עצם הבחירה בסוכן המסוים שהופעל במקרה דנן, כמי שבאופן אובייקטיבי נחזה להיות בגיר, יצרה "הזדמנות ייחודית" לנאשם לביצוע העבירה. יצירת הזדמנות ייחודית לנאשם לביצוע עבירה יש בה בכדי לפגוע בתחושת הצדק וההגינות, כאמור בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי" (שם, בעניין סבאח).

לאור כל האמור לעיל ובנסיבות המקרה דנן, הגעתי למסקנה כי השימוש בסוכן שהינו קטין, שנחזה לבוגר, הינו שימוש פסול, בלתי סביר ונוגד את תחושת הצדק וההגינות.

בנוסף לכל האמור לעיל, יש חוסר הלימה חברתי ומוסרי, כשהטילו אחריות רק על המוכר ונמנעו מהטלת אחריות גם על הקטין, שרוכש את המשקה.

בתחום התעבורה למשל רוב העבירות הן עבירות מסוג אחריות קפידה בשל הצורך להעלות את רמת הזהירות בדרכים. בין העבירות ניתן למצוא כאלו שביצוען גורר הכנת כתבי אישום הן כנגד הנהג והן כנגד נוסע ברכו אף שבפן העובדתי יסודות העבירה התבצעו רק ע"י אחד מהם. קיימת מטרה לחדד את המסר החברתי שבבסיס העבירה, להרתיע ולהעלות החתירה לשלומם וביטחונם של הציבור.

כך לדוגמא, כאשר נוסע ברכב אינו חגור בחגורת בטיחות השוטר מוסמך לייחס העבירה גם לנוסע וגם לנהג. הנוסע חייב לתת את הדין על מעשה העבירה אך גם הנהג יכול לקבל דוח בגין אותו מעשה שבוצע ע"י הנוסע, שכן בהיותו בעל השליטה על הרכב חייב הוא להבטיח בטחון נוסעיו ולוודא שכולם יהיו חגורים [תקנה 83ב(א) לתקנות התעבורה].



דוגמא אחרת- נהיגה ללא רישיון נהיגה ברכב גוררת הגשת כתב אישום כנגד הנהג [סעיף 10(א) לפקודת התעבורה] אך יכולה להוביל להגשת כתב אישום גם כנגד בעל הרכב שהתיר את הנהיגה [סעיף 10(ב) לפקודת התעבורה]. לדוגמא נוספת עיין סעיף 2(א) לפקודת בטוח רכב מנועי].

ברור שקיים אינטרס חברתי להגן על הציבור מפני אלימות.

כחלק מהצורך להילחם בתופעת השכרות, שהפכה רעה חולה וגורמת למעשי אלימות ופגיעה בבני אדם, ועל מנת לצמצם את צריכת האלכוהול בקרב צעירים במטרה להגן מפני הפרת הסדר הציבורי- יש גם צורך חברתי לחנך את הציבור להעביר מסר ברור בדבר האיסור הנוגע למכירת אלכוהול לקטינים.

ברם, האכיפה חייבת להתבצע תוך הקפדה על כללי הגינות ולא על פי דפוס של פעולה נפסדת, במיוחד כשקיימת אפשרות להאשים ולהרשיע בעבירה הנעדרת יסוד נפשי.

באשר לסעד

בשים לב לצבר כשלים הנוגעים להוראת הסעיף ואופן יישומו המתבטאים ב:

א. היות התיקון נוגד את חוקי היסוד - ועל כן בלתי חוקתי;

ב. היות הסעיף פוגע בעקרון החוקיות - עומד בסתירה לקביעתו הברורה של המחוקק המחוקק בתיקון 39 לחוק העונשין כיצד נזהה עבירה מסוג אחריות קפידה בעקבות התיקון;

ג. חוסר הבהירות הקיים בין שתי הוראות חוק באותו סעיף הדן באיסור מכירת אלכוהול לקטין ותחולת סעיף 34(כא) לחוק העונשין;

ד. התנהגותה הנפסדת של המשטרה אשר פעלה בחוסר הגינות, כשהשתמשה בקונה קטין הנחזה אובייקטיבית להיות בוגר הן במקרה דנן והן בשני מקרי אכיפה נוספים שבוצעו באותו יום כלפי בעלי עסק אחרים (שאף הם טעו לחשוב שהקטין בוגר) ;

כל אלו מובילים למסקנה, כי קבלת ההגנה מן הצדק במקרה דנן מצדיקה ביטול כתב האישום לפי סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי. [לתוצאה דומה עיין: ענין שפטשוילי, ענינו של דולן בת.פ. (ים) 57261-05-15 מדינת ישראל נ. איתי דולן (10.11.2016) וענינו של סבאח].

לא נעלם ממני פסק דינו של בית המשפט הנכבד בנצרת בענין ע"פ 14781-08-16 (נצרת) ברמי נ' מדינת ישראל (הרכב כב' הש' א. הלמן, י. שטרית, ס. דבור) (21.3.17), ואולם אין בהנמקות שם כדי להתמודד עם צבר הכשלים, שפורטו בהרחבה בהכרעת הדין .



אין ספק שפעולת משטרת ישראל בשליחת הסוכן נועדה למגר התופעה המסוכנת של מכירת משקאות משכרים לקטינים. אין ספק שהמשטרה פעלה למטרה ראויה

אין ספק שהמשטרה לא פעלה מתוך זדון, אך ראוי כי הפעלת סוכן תהא ביתר זהירות ובהקפדה ולא באופן מכשיל כפי שהיה במקרה דנן.

לאור כל האמור הנאשם זכאי מחמת הספק.

זכות ערעור תוך 45 יום.

ניתנה היום, כ"ה תשרי תשע"ט, 04 אוקטובר 2018, במעמד הנאשם ובאי כוח הצדדים.