

ת"פ 51384/06/12 - מדינת ישראל נגד הנאשם, עמרם סבאח

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 51384-06-12 משטרת ישראל תביעות- שלוחת רמלה נ' סבאח

בפני כב' השופט הישום אבו שחאדה

בעניין: מדינת ישראל באמצעות לשכת תביעות-
שלוחת רמלה ע"י עוה"ד גילה בן עוזיהו

נגד

הנאשם עמרם סבאח ע"י עוה"ד ערן ראו

ה כ ר ע ת - ד י ן

א. כתב אישום

1. כנגד הנאשם הוגש כתב אישום הכולל שני אישומים. בכל אחד מהאישומים מיוחסת לו עבירה של מכירת משקה משכר לקטין לפי סעיף 193א(א1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**). על פי עובדות האישום הראשון, הנאשם עבד בחנות (פיצוצייה) שבבעלות אשתו, הגב' רחל סבח, ואשר נקראת "מפגש המזל", וזאת בתחומי העיר לוד (להלן: **החנות**). ביום 4.6.12, בשעה 16:15 או בסמוך לכך, מכר הנאשם בחנות לקטין יליד 4.1.95 (להלן: **הקטין**) מספר פריטים, ביניהם שני בקבוקי בירה "קרלסברג", שהינו משקה המכיל אלכוהול וזאת בתמורה ל-30 ₪. על פי עובדות האישום השני, באותו היום, 4.6.12, בשעה 19:30 או בסמוך לכך, מכר הנאשם בחנות לקטין בקבוק בירה "קרלסברג", שהינו משקה המכיל אלכוהול, בתמורה ל-11 ₪.

ב. טענות הצדדים

2. הנאשם לא כפר בעובדות כתב האישום ואישר שאכן בשני האישומים מכר את בקבוקי הבירה, אך טען את הטענות המשפטיות שלהלן:

א. העבירה של מכירת משקה אלכוהול לקטין לפי סעיף 193א לחוק העונשין היא עבירה שיש לסווגה כעבירה של מחשבה פלילית ולא עבירה של אחריות קפידה.

ב. אותו אדם שנכנס לחנות באותו היום, בשתי הזדמנויות שונות, היה בעל מבנה גוף מאוד גדול ועם זיפי זקן, וכלל לא נחזה להיות קטין, אלא בגיר. בנסיבות אלה, לנאשם לא היתה "מודעות" לעובדת היותו קטין ולכן עומדת לו טענת הגנה בדבר "טעות במצב דברים" לפי סעיף 34 לחוק העונשין. על כן, יש לזכות את הנאשם משני האישומים.

ג. אותו קטין פעל כ-"סוכן" שהופעל על ידי המשטרה ולא כלקוח רגיל. בנסיבות אלה, יש לבחון האם התנהלותה של המשטרה כמי שהפעילה "סוכן מדיח" פגעה בהוגנות ההליך הפלילי. לטענת הנאשם, הפעלה של "סוכן מדיח" על ידי המשטרה, שנוטל חלק אקטיבי בעידוד ביצועה של העבירה, צריכה להיות שמורה לפשעים חמורים. העבירה של מכירת משקה משכר לקטין הינה עבירה יחסית קלה ולא היה מקום לעשות שימוש באמצעי של סוכן מדיח, וזאת לא כל שכן על ידי הטעיית הנאשם תוך שימוש בקטין שעל פי מראהו נחזה להיות בגיר. לפיכך, ככל שלא תתקבל הטענה שיש לזכות את הנאשם מחמת "טעות במצב דברים" עומדת לנאשם טענה של הגנה מן הצדק שמצדיקה לבטל את כתב האישום.

3. המאשימה משיבה לטענות אלה כדלקמן:

א. לגבי סיווג העבירה של מכירת משקה המכיל אלכוהול לקטין, המאשימה, בסיכומיה, טענה תחילה שמדובר בעבירה של מחשבה פלילית ולאחר מכן טענה שמדובר בעבירה של אחריות קפידה.

ב. בכל מקרה, נטל ההוכחה שמוטל על המאשימה בעבירה שבנדון, הוא הוכחת היסוד העובדתי בדבר "מכירה", של "משקה משכר" וזאת ל-"קטין". סעיף 193א(ג) לחוק העונשין מסמיך בעל עסק או מי שעובד בעסק בו נמכרים משקאות משכרים לדרוש מאדם המבקש שיספקו לו משקה משכר, להציג לו תעודה בה ניתן לוודא את גילו. כמו כן, סעיף 193א(ג1) יוצר חזקה שבעובדה שאותו בעל עסק או מי שעובד בעסק היה מודע לעובדה שהקונה הוא קטין. הנאשם יוכל לסתור חזקה זו במאזן ההסתברויות אם יוכיח שהוצגה בפניו תעודה ולפיה הוא אינו קטין.

ג. הנאשם לא ביקש תעודת זהות מהקטין ולכן אין לו אלא להלין על עצמו, וחזקה עליו שהיה מודע לעובדה שמדובר בקטין. בנסיבות אלה, אין מנוס מהרשעתו של הנאשם.

ג. התשתית הראייתית

4. המחלוקת בין הצדדים היא בעיקרה מחלוקת משפטית ולא מחלוקת עובדתית. אביא בקצרה את התשתית הראייתית שהונחה בפני וזאת כחומר רקע לדין המשפטי שיערך בהמשך. העיד בפני הקטין שהסביר שבמועד הרלוונטי לכתב האישום שימש כסוכן משטרתי למטרת גילוי של עבירות של מכירת משקאות משכרים לקטינים. הקטין הבהיר שנכנס ביום 4.6.12 בשתי הזדמנויות שונות לחנות וקנה בירה וזאת בהנחיית המפעיל המשטרתי. הנאשם לא ביקש ממנו להציג תעודת זהות, אותה נשא על גופו

(פרוט' עמ' 8 - 9; עמ' 16 ש' 5-7). כמו כן, ציין שבחנות לא היה כל שילוט שמתייחס לאיסור למכור משקאות משכרים לקטינים (פרוט' עמ' 9 ש' 20-21). לאחר כל קניה מסר את בקבוקי הבירה לחוקר המשטרה (פרוט' עמ' 10 ש' 6-7). במועד מתן העדות בבית המשפט הבהיר שגובהו 1.92 וכי במועד שהופעל כסוכן משטרה, גובהו היה כ-1.85 - 1.87 ומשקלו היה (גם נותר) 105 ק"ג (פרוט' עמ' 11 ש' 2-12).

5. כמו כן, הצדדים הסכימו על הגשת שני דיסקים המתעדים את הרכישה של בקבוקי הבירה בשני האישומים (ת/1 ו-ת/2). בנוסף, העיד השוטר ניר תורגמן שערך שני דו"חות פעולה בנוגע לשתי המכירות נשוא כתב האישום (פרוט' עמ' 17-18; ת/3 ו-ת/4). כמו כן, הבהיר שהקטין הופעל כסוכן באזור העיר רמלה (פרוט' עמ' 18 ש' 28). שאר חומר החקירה הוגש בהסכמה, שכלל תמונות של בקבוקי הבירה שנרכשו, מזכרים בדבר קבלתם בתחנה (ת/7 ו-ת/8) וכן דו"חות פעולה של שוטרים (ת/3 עד ת/6).

6. הנאשם העיד שהינו בן 67, ואישר את שתי המכירות של בקבוקי הבירה, אך טען שמימדי גופו הגדולים של האדם שנכנס לחנות וקנה את בקבוקי הבירה לא עוררו אצלו ספק כלשהו כי מדובר בקטין ומנקודת המבט שלו מאחר ואותו אדם נחזה להיות בגיר, לא מצא צורך לבקש ממנו תעודת זהות על מנת לוודא את גילו (פרוט' עמ' 23 - 27). כמו כן, העידה אשתו של הנאשם, שבכל מקרה לא היתה נוכחת במקום בעת ביצוע שתי המכירות (פרוט' עמ' 28-29).

7. לאחר צפייה בדיסקים המתעדים את שתי המכירות נשוא כתב האישום, וכן התרשמות מהקטין (שבמועד שמיעת עדותו כבר בגר), הנני קובע כממצא עובדתי שהאפשרות להסיק שמדובר בבגיר בשנות העשרים לחייו ולא בנער בשנות העשרה לחייו, היא אפשרות סבירה ביותר.

ד. סיווג העבירה: אחריות קפידה או מחשבה פלילית?

8. ההוראות הרלוונטיות לענייננו הן סעיף 193א(א1), (ג) ו-(ג1) לחוק העונשין ואשר מורות כדלקמן:

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

(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."

9. רכיבי היסוד העובדתי של העבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין הינם כדלקמן:

א. מכירה;

ב. של משקה משכר;

ג. לקטין.

10. רכיבי היסוד הנפשי הינם למעשה "מודעות" לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. בדרך כלל (למעט מקרים מיוחדים שבהם מדובר בקיום סייג לאחריות פלילית כגון מחמת מצב נפשי) סוגיית המודעות לשני הרכיבים הראשונים של היסוד העובדתי, קרי, "מכירה" של "משקה משכר" איננה מתעוררת. מי שנמצא בתוך חנות שיעודה הוא מכירה של מוצרים שונים למטרות רווח, בדרך כלל מודע לפעולת המכירה אותה הוא מבצע וכן לסוג המוצר שנמכר על מנת לבקש את המחיר המתאים לאותו מוצר. הבעיה מתעוררת כאשר נכנס לחנות אדם שלא מוכר למוכר ומבקש לרכוש משקה משכר והמוכר אמור להחליט באופן מיידי האם לבקש ממנו תעודה מזהה על מנת להיווכח לגילו האמיתי, או לא. סוגיית המודעות של המוכר לגילו של הקונה, בין בפועל ובין בכח, עומדת במוקד ההגדרה של העבירה של איסור מכירת משקה משכר לקטין ומכאן רצונו של המחוקק ליצירת חזקה שבעובדה בדבר מודעותו של המוכר לגילו של הקונה.

11. ה-"חזקה שבעובדה" שמופיעה בסעיף 193א סעיפים קטנים (ג) ו-(ג1), פועלת לפי הסדר הבא:

א. תחילה, על המאשימה להוכיח את שלושת רכיבי היסוד העובדתי (מכירה, של משקה משכר, לקטין).

ב. בדרך כלל שאלת המודעות של המוכר לעצם המכירה ולעובדת היות המוצר משכר משקה משכר, אינה מתעוררת.

ג. גם אם הקונה הוא אדם זר לחלוטין שהמוכר מעולם לא פגש בו, חזקה על המוכר שידע שמדובר בקטין.

ד. נטל ההוכחה עובר למוכר להוכיח שלא ידע שמדובר בקטין.

ה. ההוכחה לגבי העדר הידיעה של המוכר לגבי גילו של הקונה, צריך שתיעשה במאזן ההסתברויות.

ו. ההפרכה של החזקה שבעובדה כי המוכר היה מודע לדבר היותו של הקונה קטין, יכולה להיעשות בדרכי אמת, ואין בלתי. על הנאשם להראות שדרש מהקונה מסמך רשמי שמאשר שגילו הוא מעל 18 שנים (כגון תעודת זהות). במקרה שבו המוכר ביקש תעודה מזהה, יכולות להיות שלוש אפשרויות שונות:

1.ו. הקונה לא מציג תעודה מזהה (תהיה הסיבה לכך אשר תהיה) ולכן על המוכר להימנע מלמכור לו את המשקה המשכר, ואם ימכור לו בכל זאת, יורשע בדיון;

2.ו. הקונה מסכים למסור את התעודה המזהה שברשותו וממנה עולה שמדובר בקטין, היינו מי שלא מלאו לו 18 שנים, על המוכר להימנע מלמכור לו את המשקה המשכר, ואם ימכור לו בכל זאת, יורשע בדיון;

3.ו. הקונה מסכים למסור את התעודה המזהה שברשותו ואם עולה ממנה שמדובר בבגיר, אזי, המוכר יהיה רשאי למכור את המשקה לקונה. אם בדיעבד יתברר שהתעודה המזהה איננה התעודה של הקונה ובפועל מדובר בקטין (כגון החזיק תעודה מזהה של אחר שדומה לו או תעודה מזוייפת), אזי, תיבדק שאלת "מודעותו" של המוכר לעובדה שמדובר בקטין על פי דוקטרינת "עצימת העיניים", היינו האם על פי הנסיבות הכלליות של האירוע היה עליו בכל זאת לחשוב שמדובר בקטין (כגון היעדר התאמה בין התמונה שמופיעה בתעודת הזהות לבין הקונה, או פער גילאים מאוד גדול בין גילו של בעל תעודת הזהות לבין מראהו של הקונה, או תעודת זהות שעל פניה נראית מזוייפת).

ז. אם המוכר לא ביקש לראות תעודת זהות, על מנת להיווכח לגבי גילו האמיתי של הקונה, האם הינו מעל או מתחת לגיל 18 שנים, החזקה שבעובדה לפיה הוא מודע לכך שמדובר בקונה קטין, תהפוך מחזקה שניתנת לסתירה לחזקה חלוטה.

12. עינינו הרואות, שהמחוקק לא כלל בהוראות סעיף 193א לחוק העונשין שני רכיבים שהינם קריטיים לנאשם להוכחת חפותו:

א. העדר דרישה לחשד סביר - אין כל דרישה בחוק, בטרם שעובר נטל ההוכחה לנאשם

להראות שלא היה מודע לכך שהקונה הוא קטין, שהמאשימה תוכיח תחילה שישנם נתונים אובייקטיביים שהיה בהם בכדי לעורר "חשד סביר" אצל המוכר שמדובר בקטין (כגון: תוויו פנים ילדותיים, מבנה גוף קטן שמטה את הכף לעבר הסברה שמדובר בקטין ולא בבגיר, תלבושת בית ספר שיש בה בכדי ללמד שמדובר בתלמיד, התנהגות ילדותית ולא בוגרת וכיוצא באלה אפשרויות) (להלן: **חוסר 1**). היעדר אזכור מפורש לקיומו של "חשד סביר", לפי מבחן אובייקטיבי, בלשון הוראת סעיף 193א לחוק העונשין, נוגע

לליבת המחלוקת שבין הצדדים במקרה שבפני, וזאת לא כל שכן לאור הקביעה העובדתית שקבעתי לעיל שהאפשרות להסיק שמדובר בבגיר ולא בקטין, וזאת לאור מראהו ומבנה גופו של הסוכן, היא אפשרות סבירה.

ב. החובה להפריך את החזקה שבעובדה רק בדרך אחת : הדרך היחידה להפרכת החזקה שבעובדה בדבר מודעות לקטינותו של הקונה, היא להראות שהיתה דרישה מטעם המוכר לקבלת תעודה מזהה בטרם המכירה של המשקה המשכר, ולאחריה קבלה בפועל של התעודה המזהה ויודא מתוכה שאכן מדובר בקטין. במילים אחרות, אפשרויות ההפרכה של החזקה שבעובדה הצטמצמו לסיטואציה עובדתית צרה ביותר. למוכר אין בכלל שיקול דעת לנסות להפריך את החזקה בדרך אחרת (להלן: **חוסר 2**).

שני הרכיבים האמורים יקראו להלן, למען הנוחות, "**שני החוסרים**".

13. ישאל השואל, האם ניתן למלא את שני החוסרים על ידי פרשנות שיפוטית? האם בית המשפט רשאי ללמוד על קיומם של שני החוסרים במבנה העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, כאשר המחוקק השמיט את שני החוסרים מלשון החוק. שאלה זו טרם נדונה בפסיקה. לדעתי, התשובה היא שלילית. להלן נימוקי :

א. המחוקק יצר "חזקה שבעובדה" שמבחינה ראייתית פועלת לרעתו של הנאשם, וזאת בניגוד לתפיסה הקלאסית של המשפט הפלילי שלנאשם עומדת חזקת החפות ועל המאשימה להוכיח את אשמו מעל לכל ספק סביר. במילים אחרות, המחוקק בדרך זו נטל מהנאשם "מגן" שהיה נתון לו בדרך כלל. עם זאת, המחוקק מצא לנכון לאזן את הנטילה מידי הנאשם של "מגן" זה על ידי מסירה לידיו של "מגן" מסוג אחר, והוא הזכות לבקש מאזרח או תושב, בדיוק כמוהו, להזדהות בפניו באמצעות תעודת זהות. יוזכר שהזכות לבקש מאדם תעודת זהות, גם אם אין חשד סביר שביצע עבירה, שמורה לאנשי מרות בלבד, כגון שוטר או חייל במילוי תפקידם, וראש רשות מקומית (ראו הוראות סעיף 2 לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה התשמ"ג - 1982 וכן ראו בג"צ 6539/03 גולדמן נ' מדינת ישראל - משרד הפנים פ"ד נט(3) 385, 390 (2004); ע"פ 617/80 למברטו נ' מדינת ישראל פ"ד לה (2) 313, 315 (1981); בג"צ 791/13 **דני בן שבת נ' מדינת ישראל - משטרת נהריה** [פורסם בבנו] (10.2.2013)). משמצא המחוקק לערוך את האיזונים האמורים בתוך מבנה העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, אין מקום להוסיף, בדרך של פרשנות שיפוטית, אלמנטים נוספים שהמחוקק לא מצא לנכון לציבם. במילים אחרות, לא ניתן לקרוא אל תוך החוק את מה שאין בו.

ב. לגבי חוסר 1: חיזוק למסקנתי שלא ניתן לקרוא אל תוך מבנה העבירה של מכירת משקה משכר לקטין את מה שאין בה לעניין חוסר 1 (העדר דרישה להוכחת חשד סביר) הוא, בדרך האנאלוגיה, במבנה העבירה של הסעה, הלנה והעסקה של תושב זר. בסעיף 12א(ד)(1), תתי

סעיפים (א) ו-(ב), לחוק הכניסה לישראל התשי"ב - 1952, נקבעו שני אלמנטים שהם רלבנטיים לענייננו:

1. על הנאשם הנטל להוכיח את "הנסיבות שגרמו לו שלא לחשוד" שהתושב הזר נכנס לישראל שלא כדין.

2. ברגע שהמאשימה מוכיחה את מודעותו של הנאשם כי העובד, הנוסע,

המולן הוא תושב זר, אזי עליו הראייה להוכיח שבדק את מסמכיו של אותו תושב זר שהוא יושב בישראל כדין.

לענייננו, בעת שהמחוקק רצה להתייחס לרכיב של ה"חשד" שנוצר אצל הנאשם, כרכיב חיוני במבנה העבירה, הרי שעשה זאת באופן מפורש בלשון החוק. ללמדך, שכאשר המחוקק השמיט את ההתייחסות לנושא ה-"חשד", בגוף הוראות החוק, כפי שנעשה בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין, חזקה על המחוקק שעשה זאת במודע ולכן יש לכבד את רצונו. ככל שהיתה למחוקק כוונה אחרת חזקה עליו שהיה דואג לציין זאת בלשון החוק שנחקק, כפי שנעשה בעבירה של העסקה, הלנה והסעה של תושב זר.

ג. לגבי חוסר 2 (הגבלת יכולת הנאשם להפרכת החזקה שבעובדה לדרך אחת בלבד): חיזוק למסקנתי שלא ניתן להשלים בדרך של פרשנות שיפוטית את חוסר 2 אל תוך העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, על ידי יצירת האפשרות להפריך את החזקה בדרך שונה מזו הקבועה בחוק, הוא מתוך עיון בשלוש עבירות אחרות שבהן קיים נטל על הנאשם להפרכת חזקות שבעובדה הפועלות לחובתו. ראשית, העבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב לפי סעיף 413 לחוק העונשין. שנית, העבירה של החזקת סכין למטרה לא כשרה לפי סעיף 186 לחוק העונשין. שלישית, העבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית לפי סעיף 7(א) ו-7(ג) רישא לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש] התשל"ג-1973. בכל אחת מהעבירות האמורות, קיימת חזקה שבעובדה שהנטל על הנאשם להפריכה. בעבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב, הנטל על הנאשם להוכיח שהנכס אינו גנוב. בעבירה של החזקת סכין, הנטל על הנאשם להוכיח שהיא הוחזקה למטרה כשרה. בעבירה של החזקת סם, הנטל על הנאשם להוכיח שאם החזיק כמות סם מעל לזו הנקובה בתוספת לפקודה (15 גרם במקרה של חשיש ו-0.3 גרם במקרה של הירואין/קוקאין), הסם הוחזק לצריכתו העצמית. אם לא יעמוד בנטל קיימת חזקה שבעובדה שהחזקה הייתה שלא לצריכתו העצמית. בכל אחת מהעבירות האמורות, המחוקק לא הגביל את הנאשם לדרך אחת בלבד להוכחת טענתו. ללמדך שכאשר המחוקק בחר להגביל את הנאשם לדרך אחת בלבד להפרכת החזקה, כמו בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין, הדבר נעשה במודע ויש לכבד את רצונו של המחוקק.

14. מכאן אעבור לדון במחלוקת שנפלה בין הצדדים לעניין סיווג העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, האם עבירה של אחריות קפידה או שמא עבירה של מחשבה פלילית.

15. סעיף 22 לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"22. (א) אדם נושא באחריות קפידה של עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות; ואולם, אין בהוראת סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל העבירות שחוקקו טרם כניסתו של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחה 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 ידון אדם למאסר, אלא אם כן הוכחה מחשבה פלילית או רשלנות."

16. בפסיקה נקבע שעבירה של אחריות קפידה היא עבירה שבעניינה אין התביעה נדרשת להוכיח יסוד נפשי של מחשבה פלילית או רשלנות, אלא די בהוכחת התקיימות היסוד העובדתי (רע"פ 26/97 **לקס נ' מדינת ישראל** פ"ד נב (2) 693, 679 (1998); רע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' שבתאי** [פורסם בנבו] (10.9.13) פסקה 20 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן (להלן: **פסק דין שבתאי**); רע"פ 4946/07 **מקלדה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (19.2.09) פסקאות 22 - 24 לפסק דינה של כבוד השופטת ארבל). ודוק, הגם שהתביעה אינה נדרשת להוכיח יסוד נפשי כדי להביא להטלת אחריות על הנאשם, אין מדובר במשטר של אחריות מוחלטת, אלא בקביעת חזקה המעבירה את הנטל על כתפי הנאשם (פסק דין **שבתאי**, פסקה 21; רע"פ 4936/12 **האני נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (27.6.12) פסקה 12 להחלטתו של כב' השופט שהם; רע"פ 362/13 **ג'מיל נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (27.8.13) פסקאות 14-15 להחלטתו של כב' השופט מלצר). בכל מקרה, לא ניתן לדון נאשם למאסר אלא אם כן הוכחה התביעה באופן פוזיטיבי קיומו של יסוד נפשי (סעיף 22 (ג) לחוק העונשין).

17. כך היא העבירה שבפני. בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין לא מדובר במשטר של אחריות מוחלטת. עבירה זו, כפי שהוסבר לעיל, יש בה יסוד עובדתי ויסוד נפשי. היסוד העובדתי כולל בתוכו שלושה מרכיבים (מכירה, של משקה משכר, לקטין). שאלת היסוד הנפשי מתעוררת, בדרך כלל, רק לגבי המודעות לרכיב של קטינותו של הקונה. לגבי המודעות לעובדת היות הקונה קטין, המחוקק יצר חזקה שבעובדה כי המוכר היה מודע לגילו של הקונה, גם אם אין כל היכרות קודמת ביניהם. התביעה פטורה מהוכחת מודעותו של הנאשם לרכיב זה ביסוד העובדתי. אם לא די בכך, המחוקק מצא לנכון

לקבוע דרך אחת בלבד לסתירת החזקה, ואין בלתי, והיא על ידי הוכחה כי ביקש תעודה מזהה מהקונה על מנת לבדוק את גילו. ככל שהנאשם ירצה לסתור את החזקה בדרך אחרת, דרכו תהיה חסומה.

18. הנתונים הנ"ל מחזקים את מסקנתי שהעבירה שבפניי של מכירת משקה משכר לקטין לפי סעיף 193א לחוק העונשין היא עבירה של אחריות קפידה. העבירה של מכירת משקה משכר לקטין לפי סעיף 193א לחוק העונשין היא במהותה עבירה "אסדרתית" (רגולטורית) (על מהותן של עבירות אסדרתיות שמסווגות כעבירות של אחריות קפידה, ראו רע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' שבתאי** [פורסם בנבו] (10.9.13)).

19. יוזכר שבסעיף 22(א) לחוק העונשין נקבע שעבירה תיחשב כעבירה של אחריות קפידה אם נקבע ב-"חיקוק" שהיא לא דורשת מחשבה פלילית. בעיני, החזקה שבעובדה שנקבעה בסעיף 193א(ג) לחוק העונשין היא ההוראה הרלבנטית שמסווגת את העבירה של מכירת משקה משכר לקטין כעבירה של אחריות קפידה. החזקה שבעובדה, למעשה, פוטרת את המאשימה מהוכחת המודעות של הנאשם לעובדת היותו של הקונה קטין ומעבירה את הנטל אליו להפרכת החזקה. זו היא דרכן של עבירות אחריות קפידה, מתן פטור למאשימה מהוכחת היסוד הנפשי והעברת הנטל לנאשם להוכיח שלא היה לו יסוד נפשי לביצוע העבירה.

ה. הטענה של "טעות במצב דברים"

20. הנאשם העלה טענה של "טעות במצב דברים", לפיה מראהו החיצוני של האדם שנכנס אליו לחנות, לאור מבנה גופו הגדול ומראה פניו, גרמו לו לטעות ולחשוב שמדובר בבגיר ולא בקטין. על כן, לא מתקיים רכיב המודעות לעובדה שהקונה הוא קטין, דבר המוביל למסקנה שיש לזכותו מהעבירות שיוחסו לו בשני האישומים. טענה זו דינה להידחות.

21. סעיף 34יח לחוק העונשין קובע כדלקמן:

"34יח. טעות במצב דברים

(א) העושה מעשה בדמותו מצב דברים שאינו קיים, לא ישא באחריות פלילית אלא במידה שהיה נושא בה אילו היה המצב לאמיתו כפי שדימה אותו.

(ב) סעיף קטן (א) יחול גם על עבירת רשלנות, ובלבד שהטעות היתה סבירה, **ועל עבירה של אחריות קפידה בכפוף לאמור בסעיף 22(ב).**"

למען הנוחות נביא את הוראות סעיף 22(ב) לחוק העונשין, שדן בעבירות אחריות קפידה, בשנית:

"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."

(ההדגשה לא במקור)

22. על מנת שהנאשם יוכל להיזקק לטענה בדבר "טעות במצב דברים" עליו להוכיח את יסודות הטענה היינו "בדמותו מצב דברים שאינו קיים", בחושובו "כנות" שאכן מדובר בבגיר. בפסיקה נקבע כי מי שהיה מודע לקיומה של נסיבה, או חשד בקיומה ונטל באופן מודע סיכון שהיא מתקיימת, לא יוכל להיחשב כמי שטעה טעות כנה לגביה (ע"פ 3314/06 **אייזנקוט נ' מדינת ישראל** [פורסם ב-נבו], פסקה 30 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר; ע"פ 635/10 **פלוני נ' מדינת ישראל** [פורסם ב-נבו], פסקה 9 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל). הנטל להוכיח את "כנות" הטעות הוא על הטוען טענה זו.

23. במקרה שבפניי, לאור המבנה של העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, הטענה של "טעות במצב דברים" לא יכולה להתקיים. הנאשם לא יכול להוכיח את "**כנות**" הטעות שלו שסבר שהיה מדובר בבגיר ולא בקטין, מהטעם הפשוט שעליו להראות תחילה שבדק את תעודת הזהות של הקונה על מנת לבדוק את גילו. ככל שלא בדק את תעודת הזהות של הקונה, תהיה הסיבה לכך אשר תהיה (גם אם לא התעורר אצלו חשד שמדובר בקטין בשל מראהו הבוגר של הקונה), נוצרת חזקה סטטוטורית חלוטה שהיה מודע לכך שהקונה הוא קטין. במילים אחרות, בכל הנוגע לרכיב ביסוד הנפשי בדבר מודעות לעובדה שהקונה הוא קטין, הטענה של "טעות במצב דברים", מקום שהנאשם לא בדק את תעודת הזהות של הקטין, לעולם לא יכולה להתקיים. החזקה שבעובדה שמופיעה בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין, שוללת, מניה וביה, את האפשרות להעלות טענה של "טעות במצב דברים" מקום שהנאשם לא דרש מהקונה להראות לו תעודת זהות על מנת להיווכח לגילו. האפשרות היחידה שבה הטענה של "טעות במצב דברים" כן תתקיים בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין היא במסגרת דלת אמותיה של החזקה שבעובדה, קרי, שהנאשם יוכל להעלות אותה רק לאחר שעשה את כל המוטל עליו, על ידי בדיקת תעודת הזהות של הקטין, ובכל זאת טעה בעניין מסוים. בכל מקרה, זה לא המקרה שבפני.

24. למען השלמת התמונה שהטענה של "טעות במצב דברים" איננה אפשרית במסגרת העבירה של מכירת משקה משכר לקטין לפי סעיף 193א לחוק העונשין, לאור החזקה שבעובדה, אפנה, בדרך האנאלוגיה, למבנה העבירה של מכירת משקה משכר לקטין בדין האנגלי ואשר מוגדרת בחוק הנקרא **Licensing Act 2003**. בסעיף 146, סעיפים קטנים (1), (4) ו-(5), לחוק האמור, נקבע כדלקמן:

Sale of alcohol to children .146"

(1) A person commits an offence if he sells alcohol to an individual aged under 18

עמוד 10

כל הזכויות שמורות לאתר פסקי דין - verdicts.co.il ©

- (4) Where a person is charged with an offence under this section by reason of his own conduct it is a defence that
- a) he believed that the individual was aged 18 or over, and
- b) either)
- i) he had taken all reasonable steps to establish the individual's age, or
- ii) nobody could reasonably have suspected from the individual's appearance that he was aged under 18
- (5) For the purposes of subsection (4), a person is treated as having taken all reasonable steps to establish an individual's age if
- a) he asked the individual for evidence of his age,) and
- b) the evidence would have convinced a reasonable person".

25. כמו בדין הישראלי, בדין האנגלי קיימת חובה על המוכר לוודא את גילו של הקונה, לרבות על ידי דרישה להצגת מסמך מזהה וזאת כתנאי למכירתו של המשקה המשכר לקונה. עם זאת, להבדיל מהדין הישראלי, בדין האנגלי קיימת הוראה מפורשת בלשון החוק שמעניקה לנאשם טענת הגנה שפוטרת אותו מאחריות לביצועה של העבירה וזאת אם יוכיח שהקונה על פי מראהו ומכלול נתוניו, נחזה להיות בגיר, וזאת כטענת הגנה עצמאית ונפרדת מטענת ההגנה הנוספת שעומדת לו בעקבות כך שדרש ובדק את מסמכיו של הקונה. על פי מבנה העבירה של מכירת משקה משכר לקטין בדין האנגלי, הטענה בדבר "טעות במצב דברים" מופיעה במפורש בלשון החוק בהגדרת העבירה. בדין האנגלי, אם הנאשם יצליח להוכיח שמראהו החיצוני של הקונה, וזאת גם אם לא בדק את מסמכיו של הקונה לבירור גילו, משווה לקונה חזות של בגיר, אזי, יזכה בדין. לעומת זאת, בחוק הישראלי אין הוראה דומה בסעיף 193א לחוק העונשין, ולכן הטענה של "טעות במצב דברים" לעולם לא תעמוד לנאשם, אם לא עשה את המוטל עליו לבדוק את תעודת הזהות של הקטין (השוו עם דברי כבוד השופט שוהם בפסקאות 4 ו- 10 להחלטתו ב-רע"פ 5079/14 **ערביאן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.7.14)).

1. הטענה של הגנה מן הצדק בשל שימוש ב- "סוכן מדיח"

26. טענה נוספת של הנאשם היא שהשימוש ב"סוכן מדיח" מטעם המשטרה, שהינו קטין ומראהו עלול להטעות שמדובר בבגיר, מקימה עבור הנאשם טענה של הגנה מן הצדק שמובילה לביטול כתב האישום. אערך השוואה עם ההתפתחות שחלה בסוגיה של "סוכן מדיח" בפסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם וכן גם בדין האנגלי. ההיזקקות למשפט המשווה הינה לצורך השלמת התמונה וניסיון לראות את הדברים מפרספקטיבה רחבה ובכל מקרה ההכרעה תיעשה על פי הדין הישראלי.

הדין בטענת הנאשם שהשימוש ב-"סוכן מדיח" מקים עבורו טענה של הגנה מן הצדק יערך בארבעה שלבים:

- א. ראשית, אביא תיאור של פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בסוגיה של "סוכן מדיח";
- ב. שנית, אעמוד על הכללים שנקבעו בפסיקה האנגלית לגבי "סוכן מדיח";
- ג. שלישית, אעמוד על הכללים שנקבעו בפסיקה בישראל לגבי "סוכן מדיח";
- ד. רביעית, מן הכלל אל הפרט, קרי, יישום של הכללים על המקרה שבפני.

1.ו. פסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בסוגייה של "סוכן מדיח"

27. מדינות רבות ביבשת אירופה חתמו ביניהן על אמנה לקידום זכויות האדם אשר בשמה הרשמי נקראת **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. האמנה האירופית לזכויות אדם (להלן: **האמנה**) הקימה את בית המשפט האירופי לזכויות אדם ואשר מושבו בשטרסבורג בצרפת. האמנה קובעת שכל אדם, ארגון לא ממשלתי או קבוצה, אשר מצויים בתחומה של מדינה שהינה צד לאמנה, רשאים להגיש עתירה לבית המשפט האירופי לזכויות אדם כנגד אותה מדינה וזאת מקום שזו הפרה את אחת הזכויות שמוגדרות באמנה (סעיף 34 לאמנה). הזכות להגיע לבית המשפט האירופי לזכויות אדם קמה רק לאחר מיצוי מלוא ההליכים המשפטיים בערכאות המשפטיות של המדינה שבה מצוי האדם הטוען להפרה של זכות מזכויותיו על ידי אותה מדינה (סעיף 35(1) לאמנה). סמכויותיו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם אינן מצטמצמות לסעד הצהרתי בלבד בדבר פגיעה בזכות על פי האמנה, אלא יש לבית המשפט גם סמכות לתת סעד אופרטיבי לנפגע (סעיפים 41 ו-46 לאמנה).

28. בסעיף 6(1) לאמנה הוגדרה הזכות של נאשמים העומדים לדין במשפט פלילי להליך הוגן (a) right to a fair trial).

29. פסק הדין המנחה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם בסוגיה של "סוכן מדיח" הוא

Teixeira De Castro v. Portugal [1998] ECHR 52 (להלן: **Teixeira**). באותו פסק דין היה מדובר בשוטרים בפורטוגל שפעלו באופן סמוי והתחזו להיות אזרחים מן השורה ופנו לאדם מסוים על מנת לקנות ממנו הרואין. אותו אדם, הפנה אותם למערער כמי שפוטנציאלית עשוי להשיג סמים עבורם. המערער פנה לאדם שלישי שאותו הכיר כמי שהיה יכול לסייע להם לרכוש סמים. האדם השלישי השיג את הסם עבור המערער מאדם רביעי והמערער מסר אותו לשוטרים הסמויים. הסמים שסופקו היו שקית

המכילה 5 גרם הירואין ושקית נוספת שהכילה 10 גרם הירואין. לשוטרים לא היה חשד קודם כלשהו שהמערער היה מעורב בביצוע עבירות סמים. כמו כן, סוכני המשטרה הסמויים אף שידלו את המערער לשמש כמתווך עבורם ברכישת הסם תמורת תשלום כספי לעצמו. המערער נדון לשש שנות מאסר בפועל. ערעורו לערכאה המשפטית הגבוהה ביותר בפורטוגל נדחה ולכן הגיש ערעור אחרון לבית המשפט האירופי לזכויות אדם מכוח האמנה. המערער טען שהיתה כאן הדחה מופרזת שפגעה בזכותו להליך הוגן על פי סעיף 6(1) לאמנה. טענתו התקבלה והתוצאה הסופית היתה שמדינת פורטוגל חויבה על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם לשלם לו פיצוי כספי עבור תקופת המאסר שריצה וזאת בשל פגיעה בזכותו להליך הוגן.

30. על הקביעה בהלכת **Teixeira** שאסור ל-"סוכן מדיח" לבצע "הדחה מופרזת" חזר בית המשפט האירופי לזכויות אדם גם בפסיקה מאוחרת יותר. נביא את סיכום הכללים בסוגיית "הסוכן המדיח" כפי שהובאו בפסק הדין שניתן בעת האחרונה בעניין

Furcht v. Germany [2014] ECHR 1138 (ניתן ביום 23.10.2014) :

א. הכרח בל יגונה - אין מניעה משפטית לעשות שימוש בכלי של "סוכן מדיח" לצורך מלחמה בפשיעה (פסקאות 46 ו-47 לפסק הדין);

ב. קיימת חובה לקבוע הגבלות מתי ייעשה שימוש בכלי ה-"סוכן המדיח" ובאיזו מידה- לא ניתן להקריב את הזכות להליך הוגן על מזבח המלחמה בפשיעה (פסקה 47 לפסק הדין).

ג. דרישה לקיומו של חשד סביר קודם או נטיה קודמת לביצוע העבירה, וזאת במנותק מפעילותו של הסוכן, וזאת כתנאי לעשיית שימוש בכלי "הסוכן המדיח" (פסקאות 50 ו-51 לפסק הדין).

ד. נטל ההוכחה - על המאשימה רובץ הנטל להוכיח שלא היתה הדחה וזאת באותם מקרים שטענתו של נאשם שהיתה הדחה מופרזת ע"י הסוכן לביצוע העבירה היא לא בלתי סבירה בעליל (פסקה 53 לפסק הדין).

31. על סיכום הכללים בסוגיית "הסוכן המדיח" ראו גם פסק דין נוסף של בית המשפט האירופי לזכויות אדם שגם ניתן לאחרונה בעניין **Nosko v. Russia** [2014] ECHR 1166 (ניתן ביום 30.10.14, פסקאות 49 - 55 לפסק הדין).

2.ו. הגדרת הכללים שנקבעו בדין האנגלי לגבי "סוכן מדיח"

32. האמנה האירופית לזכויות אדם נקלטה לתוך הדין האנגלי באמצעות חוק של הפרלמנט שנקרא

עמוד 13

Human Rights Act 1998 (להלן: **חוק זכויות האדם**). על פי סעיף 6 לחוק זכויות האדם, רשות ציבורית (שכוללת עובדי ציבורי למיניהם וערכאות שיפוטיות) מנועה מלפעול בדרך שתעמוד בניגוד לזכות מהזכויות שמפורטות באמנה. כמו כן, הזכויות שמפורטות באמנה גוברות על כלל במשפט המקובל, בדיני היושר, ועל חקיקה ראשית. קיימת חובה לפרש חקיקה ראשית, במידת האפשר, כך שתעמוד בהתאמה לזכויות המפורטות באמנה (סעיף 3 לחוק זכויות אדם). במקרים שבהם לא ניתן לתת לחיקוק פרשנות שתעמוד בקנה אחד עם הוראות האמנה, יש להפנות את העניין לאחת הערכאות הגבוהות באנגליה על מנת שתדון באפשרות למתן "הצהרת אי התאמה" (declaration of incompatibility) בין החיקוק לבין האמנה (סעיפים 4 ו-5 לחוק לזכויות אדם). במקרה שבו ניתנת הצהרת אי התאמה על ידי הערכאה המוסמכת, אזי, שר בממשלה שאמון על ביצוע אותו חוק או חקיקת משנה, יהיה רשאי לתקן את החוק או את חקיקת המשנה על מנת להסיר את אי ההתאמה (סעיף 10 לחוק). קיימת חובה על בתי המשפט באנגליה, בעת שמתעוררת סוגיה שנוגעת לאחת הזכויות המפורטות באמנה, לקחת בחשבון את הפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם (סעיף 2 לחוק לזכויות אדם). לדיון באופן קליטתם של האמנה ושל פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם אל תוך הדין האנגלי, ראו בהרחבה:

Archbold **Criminal Pleading, Evidence and Practice** [2014] (P.J. Richardson, ed., Sweet and Maxwell) pp. 1803 - 1811

להלן: **Archbold**.

33. יוצא מכך, שסעיף 6(1) לאמנה וכן פסיקתו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם אשר לפיה שימוש "מופרז" בכלי של "סוכן מדיח" מהווה הפרה של הזכות להליך הוגן, הם חלק אינטגרלי מהמשפט הפנימי באנגליה.

34. נושא ההפעלה של סוכן משטרתי מוסדר בדין האנגלי בחקיקה, תוך הגדרת סמכויותיהם, זכויותיהם וחובותיהם של המפעיל והמופעל (ראו: Archbold pp.1797- 1798).

35. הדוקטרינה המקבילה בדין האנגלי לדוקטרינת "הגנה מן הצדק" במשפט הישראלי ואשר תוביל לבטלות כתב האישום בשל פגיעה בהוגנות ההליך הפלילי היא הדוקטרינה של

"**abuse of process**".

36. סוגיית ה-"סוכן המדיח" מוגדרת כ- **entrapment** (מלכודת) ועשויה להביא, במקרים המתאימים, לביטולו של כתב האישום בשל פגיעה בהוגנות ההליך הפלילי. על סוגיית ה- entrapment בדין האנגלי, ראו:

37. פסק הדין המנחה בדין האנגלי בסוגיית "הסוכן המדיח" הוא פסק הדין בעניין:

R v. Looseley [2001] UKHL 53 (להלן: **Looseley**) שניתן על ידי בית הלורדים, בהרכב חמישה שופטים, ובו נקבעו קריטריונים מפורטים ומנחים לצורך הבחנה בין פעולת הדחה לביצוע עבירה על ידי סוכן משטרה שהינה מותרת לבין פעולת הדחה אסורה שיש בה בכדי לפגוע בהוגנות ההליך הפלילי ואשר תצדיק את ביטול כתב האישום. מן הראוי לציין שכל אחד מחמשת שופטי ההרכב הסכים עם הערותיו של חברו, היינו מדובר בפסק דין שניתן פה אחד.

38. בפסק דין **Looseley** השופט Nicholls בפסקאות 6 - 18 לפסק דינו סקר את הדין שחל באנגליה בחמשת העשורים שחלפו עד למתן פסק הדין בכל הנוגע לסוג הסעד שלו יזכה נאשם בשל שימוש בכלי של "סוכן מדיח". ההתפתחות היתה בשלושה שלבים:

א. בשלב הראשון, בפסיקה הושמעו דברי ביקורת על התנהגות המשטרה בשל "הדחת יתר" של חשודים בביצוע עבירות, אך מבלי לתת לנאשם סעד אופרטיבי;

ב. בשלב השני, היתה הכרה באפשרות להקלה בעונש;

ג. בשלב השלישי, פסילת הראיה שהושגה על ידי "הסוכן המדיח" וכן הכרה באפשרות לביטול כתב האישום, כאשר על בית המשפט להחליט מה הסעד הראוי ביותר מבין השניים על פי נסיבותיו של כל תיק ותיק.

39. כמו כן, בפסק דין **Looseley** ישנה התייחסות נרחבת לפסק דין **Teixeira** שניתן על ידי בית המשפט האירופי לזכויות אדם ולקליטת הכללים שנקבעו בו אל תוך הדין האנגלי.

40. נעמוד להלן על המבחנים שנקבעו בפסק דין **Looseley** לצורך הבחנה בין הדחה "מותרת" לבין הדחה "אסורה" ואשר משמשים את בתי המשפט באנגליה בערכאות הנמוכות:

א. מבחן ההזדמנות הייחודית (exceptional opportunity) - יש לבחון האם התנהגותו של הסוכן המדיח היתה בבחינת מתן "הזדמנות ייחודית" לנאשם לביצוע עבירה או שמא, מדובר בהזדמנות רגילה שאינה ייחודית (unexceptional). ככל שמדובר בהזדמנות רגילה, שהנאשם היה נתקל בה באופן רגיל, גם ללא סיועו של הסוכן המדיח לביצוע העבירה, בתי המשפט יטו לראות בפעולת ההדחה כפולה מותרת. על אותו משקל, ככל שהסוכן המדיח הציב בפני נאשם הזדמנות בעלת מאפיינים ייחודיים

המלמדת על הדחת יתר של הנאשם על ידי הסוכן, בית המשפט יטה לראות בפעולת ההדחה כפעולה אסורה (פסקה 24 לפסק דינו של השופט Nicholls).

ב. איסור לבצע "מבחני מוסר" (virtue test) - על המשטרה להימנע, ללא הצדק סביר לכך, לבצע "מבחני מוסר", שמטרתם להעמיד במבחן את חולשותיו של הטבע האנושי. בעניין זה יש ליישם את עיקרון המידתיות בעת בדיקת פעולתה של המשטרה (פסקה 24 לפסק דינו של השופט Nicholls). השופט Hoffmann נתן דוגמא של הנחת ארנק, מלא בשטרות של כסף בגינה ציבורית ועריכת תצפית לראות מי מהעוברים ושבים ישלח את ידו לשטרות שבארנק ולאחר מכן העמדתו לדין. התנהגות כזו תיראה כהתנהגות בלתי ראויה שכל מטרתה "לצוד" את חולשותיו של הטבע האנושי על מנת לייצר עבירה "preying on the weakness of human nature to create crime" (פסקה 58 לפסק דינו של השופט Hoffmann).

ג. אופייה של העבירה (nature of the offence) - יש לתת את הדעת לאופייה של העבירה שעומדת על הפרק. ישנן עבירות מסוימות שמתבצעות בחשאי וקיים קושי לאתרו ומכאן הצורך להפעלת "סוכן מדיח" לצורך גילוי של עבירות אלה. כך למשל עבירות שוחד ועבירות של סחר בסמים הן מסוג העבירות שעשויות להצדיק שימוש ב-"סוכן מדיח" בשל כך שנעשות בהסתר, תוך נקיטה בכללי זהירות שונים ואשר מקשים על גילוי.

ד. קיומם של אמצעים אחרים - ככל שקיימים אמצעים אחרים לגילוי העבירה, דבר שמייתר את הצורך לעשות שימוש בכלי של "סוכן מדיח", מן הראוי מלהימנע מלעשות שימוש בכלי זה. יצוין גם שחומרת העבירה איננה נתון בלעדי לבדיקת הצורך לעשות שימוש בכלי של "סוכן מדיח" ותמיד יש לבחון את הנסיבות בכללותן (פסקה 26 לפסק דינו של השופט Nicholls ופסקה 66 לפסק דינו של השופט Hoffmann).

ה. קיומו של חשד סביר למעורבות בפלילים - על המשטרה לפעול בתום לב, וללא מטרות זדון או נקמה כלפי אדם מסוים או קבוצה מסוימת. אחת הדרכים לבחון את תום ליבה של המשטרה בהפעלת "סוכן מדיח", הוא בדיקה האם בטרם ביצוע פעולת ההדחה היה חשד סביר קודם לכך שאותו אדם מעורב בביצוע סוג העבירות שלשם גילוי הופעל הסוכן המדיח. בנוסף, אותו חשד לא חייב להיות כנגד אדם ויכול שיהיה מופנה כנגד עסק או מבנה שממנו מתבצעת פעילות פלילית. חשד סביר זה יכול להגיע גם ממקורות מודיעיניים (פסקה 27 לפסק דינו של השופט Nicholls).

ו. מידת הפגיעות של הנאשם (vulnerability) - יש לתת את הדעת למידת הפגיעות של נאשם מסוים שהופעל כנגדו סוכן מדיח. מקום שמדובר בנאשם "פגיע", במובן זה שבדרך כלל אינו מעורב בעולם הפשיעה ובהתנהלותו הרגילה איננו מבצע עבירות מהסוג שלשם גילוי הופעל ה-"סוכן המדיח", על המשטרה להימנע מפעילות אקטיבית של שידול כלפיו (פסקה 28 לפסק דינו של השופט Nicholls).

ז. עבירות אסדרתיות (רגולטוריות - regulatory offences) - אין כל מניעה להשתמש בכלי של "סוכן מדיח" גם בעבירות קלות שמוגדרות כעבירות אסדרתיות. דוגמאות לעבירות מסוג זה הן למשל מכירה של אלכוהול מעבר לכמות המותרת, מכירה של קלטות וידאו לקטינים והסעת נוסעים בשכר ללא היתר. מדובר בסוג של עבירות שיכולות להתבצע על ידי חלקים בציבור שבדרך כלל התנהגותם אינה מתאפיינת בעבריינות קשה כגון סחר בסמים בהיקף נרחב או קשירת קשר לביצוע שוד. במקרים מעין אלה של עבירות אסדרתיות, אין מניעה לעריכת רכישות בוחן אקראיות באמצעות סוכן (purchasing test). אולם, יש לבחון בקפדנות אם מי שכלפיו מבוצעת הרכישה היה קיים לגביו חשד סביר למעורבותו בביצוע של עבירות מעין אלה, או האם היתה לו נטיה קודמת לביצוע, וזאת עובר למועד ביצוע העבירה אשר לשם גילוייה הופעל סוכן (פסקאות 55 - 57 לפסק דינו של השופט Hoffmann).

ח. גיבוש קוד התנהגות רשמי - מאחר והנושא של הפעלת סוכנים משטרתיים, לסוגיהם השונים, מוסדר בחוק בדין האנגלי, יש לתת את הדעת לשאלה האם הפעלת ה-"סוכן המדיח" היתה מכח חקירה משטרתית רשמית ומפוקחת ועל פי הנהלים המקובלים, או לא. ככל שהסוכן לא פעל על פי הנהלים המקובלים, תהיה סובלנות נמוכה יותר מטעם בתי המשפט להכשרת ההדחה (פסקאות 60 - 61 לפסק דינו של השופט Hoffmann).

41. הכללים שנקבעו לעיל בפסק דין **Looseley** הם הכללים המנחים בפסיקה האנגלית לצורך בדיקת חוקיות מעשיו של סוכן מדיח וניתן לראות בפסיקה יישום של כללים אלה בהקשרים שונים. לדוגמאות ראו: **Archbold**, pp. 378 - 379. כללים אלה, כמובן שאינם מחייבים את בית המשפט בישראל, אך יכולים לשמש כהשראה, וזאת בשינויים המחויבים, למשפט הישראלי בכלל ולמקרה שבפני בפרט.

3.1 הגדרת הכללים שנקבעו בפסיקה בישראל לגבי "סוכן מדיח"

42. נביא להלן את עיקרי הכללים שנקבעו בפסיקה הישראלית לגבי משמעות השימוש ב"סוכן מדיח" לביצוע עבירה, לעניין מהות הסעד שלו יזכה נאשם בשל השימוש באמצעי זה. מן הראוי לציין שחלק ניכר מהכללים שנקבעו בנקודות זמן שונות בפסיקה הישראלית תאמו את הכללים שנקבעו בפסיקה האנגלית בנקודת הזמן הרלוונטית. להלן הכללים:

א. שידול על ידי המשטרה לביצוע עבירה - בפסיקה "סוכן מדיח" הוגדר כסוכן משטרתי המשדל אדם לעבור עבירה שלולא השידול לא היה מבצעה. פעולת ההדחה היא למעשה שידול, שעניינו שתילת רעיון ביצוע העבירה במחשבתו של המשודל (ע"פ 1224/07 **בלדב נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (10.2.10), פסקה 65 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (להלן: **בלדב**). לגבי סוגי הסוכנים השונים שמופעלים על ידי משטרת ישראל ראו את מאמרו של גדי אשד "החקירה המשטרתית והמודיעין האנושי" **משפט וצבא** (תשס"ו) 223.

ב. הכרח בל יגונה - בתי המשפט בהזדמנויות שונות ראו בשידול לביצוע עבירה באמצעות "סוכן מדיח" כפעולה מוצדקת לצורך המלחמה בפשיעה, מעין "הכרח בל יגונה" וכ"רע הכרחי" אך תמיד עם נימה ביקורתית לגבי עוצמת השידול שנעשה בו שימוש בשל החשש לפגיעה באמון הציבור במערכת אכיפת החוק בשל כך שאנשי משטרה שאמונים על מניעת העבירות, מעודדים את ביצוען ולאחר מכן מעמידים את המבצע לדין (ראו למשל דברי כב' השופט זילברג ב-ע"פ 129/61 **שלום נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד טו, 2445, 2446 (1961) (להלן: **שלום**), וזאת תוך הפניה לפסיקה האנגלית מאותה תקופה שבה נאמרו דברים דומים; ע"פ 15/78 **ביבס נ' מדינת ישראל** לב(3) 64, 71-74 (1978)). נקבע כי יש להבדיל הבדל היטב בין התנהגות סבירה לגילוי עבריינים לבין נקיטת אמצעי פיתוי והדחה, עד שקשה לעיתים לדעת אם בהיעדר אותם אמצעים פסולים הייתה העבירה מתבצעת (ראו למשל ע"פ 360/80 **מדינת ישראל נ' אפנג'ר** פ"ד לה(1) 228, 232 (1980) (להלן: **אפנג'ר**), וגם כאן תוך היזקקות, בין השאר, להלכות שנקבעו בדין האנגלי באותה עת).

ג. עילה להקלה בעונש - בעבר, ושוב תוך הסתמכות על הפסיקה האנגלית בתקופה הרלוונטית, נקבע שהדחה על ידי סוכן משטרה אינה מהווה הגנה הפוטרת מאחריות פלילית, אלא עילה להקלה בעונש בלבד (**אפנג'ר**, 232; ע"פ 470/83 **מורי נ' מדינת ישראל** פ"ד לט(1) 1, 5 (1985), (להלן: **מורי**)).

ד. דרישה לחשד קודם למעורבות בפלילים - נקבע כי אל לה למשטרה להצמיד "סוכן מדיח" לאדם, אלא אם בדיה מידע אמין, המחשיד אותו אדם כמי שנוהג לבצע פשעים מהסוג העומד לחקירה, והמשטרה משוכנעת, כי רק על ידי הפעלת הסוכן ניתן להשיג את הראיות הדרושות להעמדת החשוד לדין (**מורי**, עמ' 5).

ה. מבחן אובייקטיבי ומבחן סובייקטיבי - בבוא בית המשפט לבחון האם ה"סוכן המדיח" פעל כשורה, כחלק מתפקידו בגילוי עבירות והבאת העבריינים לדין, או שמא חרג לתחום האסור, על בית המשפט לבחון את נסיבות האירוע על פי שני מבחנים, אחד אובייקטיבי ואחד סובייקטיבי. המבחן האובייקטיבי מטרתו לבחון את התנהגות הסוכן המדיח. המבחן הסובייקטיבי מטרתו לבחון את התנהגותו של הנאשם ועד כמה הוא היה עלול לבצע את העבירה ממילא גם ללא שידולו של הסוכן, היינו, יש לבדוק האם היתה לנאשם "נטיה קודמת" לביצוע אותה עבירה (ע"פ 1856/10 **ספיה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (22.11.10) פסקה 41 בדברי כבוד השופט דנציגר) (להלן: **ספיה**).

ו. הצורך בקביעת גבולות סבירים - בד בבד עם ההכרה בנחיצות השימוש באמצעי של סוכן משטרה סמוי, הודגש כי יש להציב לכך גבולות סבירים (**מורי**, עמ' 5; **בלדב**, פסקה 66). עליית משקלה של טענת ההגנה מן הצדק בעשורים האחרונים עשויה להצדיק הערכה מחודשת של ההלכה מקובלת ביחס ל"סוכן מדיח", לצורך קביעת גבולות המותר ואסור בשימוש אמצעי זה, כדי שלא יחטא לתכלית שלשמה נוצר (**בלדב**, פסקה 67).

ז. שימוש ב-"סוכן מדיח" עשוי להקים טענת "הגנה מן הצדק" - הגישה שהיתה נהוגה בעבר בפסיקה

הישראלית שונה באופן מהותי מהגישה הנוהגת כיום במשפט האנגלי, בדבר ביטול כתב אישום בשל שימוש ב"סוכן מדיח". עם זאת ראוי לבחון הלכה זו מחדש וזאת לאור התפתחותה של טענת ה"הגנה מן הצדק" (**בלדב**, פסקה 72). אין להוציא מכלל האפשרות כי תיתכנה נסיבות חריגות, שבהן תרומתו של "סוכן מדיח" מטעם הרשות לביצוע עבירה פלילית תהייה כה מהותית עד כי יהיה בה להקים לנאשם טענת "הגנה מן הצדק" אשר בהתקבלה, עשויה היא להביא לביטול האישום נגדו (**בלדב**, פסקה 72 לדברי כבוד השופטת פרוקצ'יה; ע"פ 3396/09 **אלהיב נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (5.9.11), פסקה 29 בדברי כבוד השופטת ארבל; ע"פ 6021/11 **יוסף נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (24.2.14) פסקה 33 בדברי כבוד השופטת ארבל).

ח. מתן סעד של ביטול כתב אישום או פסלות הראיה - השימוש ב"סוכן מדיח" עשוי לעורר לעיתים את השאלה אם הסעד שלו יזכה הנאשם הוא של ביטול ההליך בשל "הגנה מן הצדק", או שמא פסלות הראיה שהושגה על ידי שימוש ב"סוכן מדיח" על פי דוקטרינת "הפסילה הפסיקתית". שאלת סוג הסעד שיינתן, תלויה בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה (רע"פ 1201/12 **פלוני נ' מדינת ישראל** (9.1.14) פסקאות 7 - 8 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל (להלן: **פלוני**)).

43. עינינו הרואות שבכל הנוגע לסוג הסעד שלו יזכה נאשם בשל השימוש שנעשה על ידי המשטרה בכלי של "סוכן מדיח" באופן שפוגע בתחושת ההגינות והצדק, התפתחות הפסיקה הישראלית היתה בשלושה שלבים עיקריים, וזאת בדומה (וכמעט במקביל) לשלבי ההתפתחות שהיו בדין האנגלי:

א. בשלב הראשון - השמעת דברי ביקורת על ידי בית המשפט על אופן התנהלות המשטרה, מבלי לתת סעד אופרטיבי לנאשם (ראו לדוגמא, פסק דין **שלום** (1961)).

ב. בשלב השני - בפסיקה מאוחרת יותר, היתה נכונות של בית המשפט להכיר באפשרות להקל בעונשו של נאשם (ראו לדוגמא, פסק דין **אפנ'ר** (1980) ופסק דין **מורי** (1985)).

ג. בשלב השלישי - נוצרה נכונות של בית המשפט להכיר בקיומם של מצבים שיצדיקו מתן סעד אופרטיבי חריף שיכול לבוא לידי ביטוי או בדרך של קבלת טענה של הגנה מן הצדק ועקב כך ביטול כתב האישום, או בדרך של פסילת הראיה שהושגה מכח פעילותו של ה"סוכן המדיח", על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (ראו לדוגמא פסק דין **בלדב** (2010); **ספיה** (2010), **פלוני** (2014)).

4.1 מן הכלל אל הפרט

44. נחזור לענייננו. הנאשם טוען כי עומדת לו טענה של הגנה מן הצדק עקב שימוש בסוכן מדיח שהוא קטין שנחזה להיות בגיר על פי מבנה גופו ומראה פניו. הטענה של הגנה מן הצדק נקלטה למשפט הישראלי והתפתחה כטענת הגנה פסיקתית, עד להפיכתה לטענה מקדמית בסעיף 149(10) לחוק סדר

הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב 1982 (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**). המבחן בהחלטה של הגנה מן הצדק, הינו תלת שלבי, כפי שנקבע ב-ע"פ 4909/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ פ"ד נט(6) 776, 807: **בשלב הראשון**, על בית משפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. **בשלב השני**, על בית משפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי, חרף הפגמים, יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. **בשלב השלישי**, מששוכנע בית המשפט כי קיומו של ההליך אכן כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות, עליו לבחון אם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום.

45. נבחן כעת את עובדותיו של המקרה שבפני לגבי נסיבות הפעלתו של הסוכן על פי המבחן התלת שלבי, תוך התייחסות לכללים שנקבעו בפסיקה הישראלית, וכן בדרך ההשראה מהפסיקה של בית המשפט האירופי לזכויות אדם ומהדין האנגלי.

4.1 (א) השלב הראשון: זיהוי הפגמים בנוגע להפעלת הסוכן המדיח

46. פגמים אלה הינם כדלקמן:

א. ההתנהלות ה**רגילה** של הנאשם והעסק שבו עבד איננה מאופיינת במעשה עבירה. אין כל איסור בחוק לניהול פיצוייה. אין כל איסור בחוק להחזקת משקאות משכרים, לסוגיהם השונים, בתוך פיצוייה לצורך מכירתם לכל דורש (למעט קטינים ושיכורים, ראו הוראות סעיפים 193(ג) ו-193א לחוק העונשין).

ב. העסק שבו עבד הנאשם (פיצוייה) מעצם מהותו, פועל **בפרהסיה**, קבל עם ועדה, וזאת להבדיל אלפי הבדלות מפעילות עבריינית כדוגמת סחר בסמים (למשל, פסק דין **אפנג'ר**), שוחד (למשל פסק דין **בדלב**), שידול לביצוע רצח (למשל, פסק דין **ספיה**), עבירות מין נגד קטינים (למשל, פסק דין **פלוני**) אשר בדרך כלל מתבצעת בהסתר ותוך נקיטה בכללי זהירות למניעת גילוייה ולכן מצדיקה שימוש בסוכן מדיח לשם גילוייה. עסק של פיצוייה שבנסיבות רגילות מתנהל באופן גלוי ולעיני כל לא תמיד יצדיק שימוש בסוכן מדיח.

ג. ודוק, טענתו של הנאשם שהשימוש בסוכן מדיח שמורה רק לעבירות של פשע חמור דינה להידחות ולדעתי אין כל מניעה שיעשה שימוש בכלי זה גם בעבירות רגולטוריות (אסדרתיות), כדוגמת העבירה של מכירת משקה משכר לקטין. ברור שדרושה פעולה אקטיבית מטעם הסוכן לצורך התגבשות העבירה, בדרך של כניסה לחנות ובקשה לקנות משקה משכר. אילולא פעולה אקטיבית זו המכירה לעולם לא תתבצע. אולם הקו המנחה יהיה תמיד עיקרון **המידתיות**. כפי שיובהר בהמשך, האופן שבו הופעל ה-"סוכן המדיח" במקרה שבפני היה בלתי מידתי.

ד. העדר חשד קודם - על פי הראיות שהובאו בפניי, לא היתה כל אינדיקציה לקיומו של חשד סביר קודם בטרם שלחת הסוכן הקטין לפיצוציה שבה עבד הנאשם, כי הנאשם או העסק עצמו היו מעורבים בביצוע עבירות של מכירת משקאות משכרים לקטינים. בנסיבות אלה, הדבר מצדיק בדיקה מדוקדקת יותר מדוע היה צורך בהפעלת "סוכן מדיח". לא השתכנעתי שבנסיבות העניין היה קיים צורך אמיתי בהפעלת סוכן מדיח, בין כלפי הנאשם ובין כלפי העסק שבו עבד.

ה. העדר בחינה של אמצעים אחרים - לא הובא בפני הסבר על ידי המאשימה האם נבחנו אמצעים אחרים לצורך גילוי עבירות של מכירת משקאות משכרים לקטינים. לא השתכנעתי שבנסיבות העניין לא ניתן היה לגלות ביצוען של העבירות של מכירה של משקה משכר לקטין בדרכים אחרות שאינן "סוכן מדיח". במילים אחרות, לא הובאה בפני כל ראיה שבנסיבותיו של הנאשם ונסיבות העסק שבו עבד לא היה מנוס מהפעלת סוכן מדיח לצורך גילוי עבירה של מכירת משקה משכר לקטין.

ו. העדר נטיה קודמת - לא הוכח בפני שלנאשם היתה "נטיה קודמת" (predisposition) לביצוע העבירה נשוא כתב האישום, היינו שבאופן כללי איננו נזהר במכירת משקאות משכרים לבאי החנות ואיננו מקפיד לבקש תעודת זהות במקרים ברורים או גבוליים שיכולים לעורר חשד שמדובר בקונה שהוא קטין.

4.1 (ב) השלב השני: בדיקת עוצמת הפגיעה בזכויות הדיוניות של הנאשם

47. במקרה שבפני, הבחירה בסוכן שבאופן אובייקטיבי נחזה להיות בגיר (גובה 1.85 עד 1.87, משקל 105 ק"ג ותוויו פנים בוגרים שמקנים לו מראה של בחור צעיר בשנות העשרים לחייו) מהווה הפרה של עיקרון המידתיות.

48. לגבי בדיקת עוצמת הפגיעה בזכויות הדיוניות של הנאשם, יש לתת את הדעת לאופייה של העבירה (nature of the offence) שעומדת על הפרק.

49. לאור אופייה של העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, בהיותה עבירה אסדרתית של אחריות קפידה, אם היה נכנס לחנות קטין שנחזה להיות בגיר על פי מבנה גופו ותוויו פניו, ואשר אינו סוכן מדיח, אלא לקוח רגיל, ורוכש משקה משכר, והנאשם לא היה מבקש ממנו להציג בפניו תעודת זהות על מנת להיווכח לגילו האמיתי, הנאשם היה מורשע בדיון. לנאשם גם לא היתה עומדת טענה של "טעות במצב דברים" לפיה הוטעה לחשוב שמדובר בקטין ולכן לא דרש ממנו תעודת זהות על מנת להיווכח לגילו האמיתי. מכאן ה-"פגיעות" של נאשמים פוטנציאליים העובדים בעסקים שבהם נמכרים משקאות משכרים, וזאת אם נשתמש בדרך האנלוגיה ב-"מבחן הפגיעות" (vulnerability) שנקבע ע"י השופט Nicholls בפסק דין **Looseley**. אלמנט "הפגיעות" של נאשמים בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין הוא שמיחד את עבירה זו כעבירה אסדרתית ששוללת מהנאשם את היכולת להתגונן מקום שלא ביקש לראות את תעודת הזהות של הקונה על מנת להיווכח לגילו.

50. במקרה שבפני, 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" (exceptional opportunity) לנאשם לביצוע העבירה, וזאת באנלוגיה מהמבחן שנקבע ע"י השופט Nicholls בפסק הדין בעניין **Looseley**. יצירת הזדמנות ייחודית לנאשם לביצוע עבירה יש בה בכדי לפגוע בתחושת הצדק וההגינות, כאמור בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי.

ו.4(ג) השלב השלישי בחירת הסעד

51. במקרה שבפני, עולה השאלה האם ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו בהתנהלות המשטרה בעת הפעלת "הסוכן המדיח" באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום. האמצעים המתונים יותר יכולים להיות או פסילת הראיות שהושגו ע"י הסוכן, בדמות בקבוקי הבירה, על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית; או הקלה בעונשו של הנאשם. סבורני שלאור הנסיבות הכוללות של הנאשם ושל האירועים נשוא כתב האישום, שני האמצעים האמורים אינם נותנים מענה מספיק לריפוי הפגיעה בתחושת הצדק וההגינות עקב ההפעלה של "סוכן מדיח", כפי שנעשה בתיק שבפני.

52. לאור כל האמור לעיל, על פי סמכותי בסעיף 150 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982, הנני מורה על ביטול כתב האישום כנגד הנאשם.

ניתנה היום, כ"ד חשוון תשע"ה, 17 נובמבר 2014, במעמד הצדדים