



ע"פ 3870/20 - בנימין דברה נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 3870/20

לפני:

כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופט (בדימ') מ' מזוז

המערער:

בנימין דברה

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר
שבע מיום 25.09.2019 בע"פ 29421-11-18 שניתן
על ידי כבוד סגן הנשיאה א' ביתן והשופטים י' עדן וד'
בן טולילה

תאריך הישיבה:

ט' בניסן התשפ"א (22.03.2021)

בשם המערער:

עו"ד יורם סגל-זקס; עו"ד דוד ויצטום

בשם המשיבה:

עו"ד דגנית כהן ויליאמס

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפנינו ערעור ב"גלגול שלישי", לאחר שבית המשפט המחוזי ביושבו כערכאת ערעורנתן בפסק דינו רשות ערעור לבית משפט זה, ביחס לסוגיה של מכירת משקה אלכוהולי לקטין בנסיבות שבהן הוא לא התבקש להציג תעודה מזהה בעת רכישת המשקה (ע"פ 29421-11-18, כב' סגן הנשיאה א' ביתן והשופטים י' עדן וד' בן טולילה) (להלן: פסק הדין)).



בפרט, ההליך מתמקד בחזקה שקבע המחוקק ביחס למודעות המוכר כי מדובר בקטין, אם לא התבקשה הצגתה של תעודה מזהה בעת הרכישה: "בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, אשר מכר, הגיש או סיפק 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" (סעיף 193א(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). ודוקו, החוק אינו קובע חובה לדרוש תעודה מזהה. דרישת התעודה אינה חובה ואי דרישתה אינה עבירה. דרישת התעודה היא, על פני הדברים, כלי בעל תפקיד ראייתי ביחס למודעותו של בעל העסק לכך שמדובר בקטין, במסגרת העבירה של מכירת משקה משכר לקטין. נציג כבר בשלב זה את הקושי שמצוי במרכז ההליך:

בעל עסק מכר לקטין משקה בלי לבקש תעודת זהות. לאחר מכן טען כי יש בידו ראיות אחרות המוכיחות כי לא היה מודע לכך שמדובר בקטין. למשל: מדובר במצב חריג שבו הקטין היה נראה מבוגר מאוד, למשל כמו גבר בן 30. ודוגמאות נוספות: הקטין היה מאופר כדי להטעות את המוכר, או שלבש מדי קצין בצה"ל. בכל המקרים הללו חומר הראיות מעלה אפשרות שבעל העסק לא סבר כלל, מבחינה סובייקטיבית, שיתכן כי מדובר בקטין, למרות שלא ביקש תעודה מזהה (ואולי מטעם זה לא ביקש את התעודה). ומהו הקושי? מושכלות ראשונים בדיני העונשין כי בעבירת מחשבה פלילית נדרשת הוכחה של מחשבה כזו, ובעניינו - מודעות לקטניותו של הרוכש. הדין מכיר כמובן באפשרות להוכיח נתונים מסוימים באמצעות חזקות, ובכך אין חידוש, אך במקרה שלנו לצד החזקה הראייתית קבע המחוקק גם מעין "מחסום ראייתי": הדרך היחידה לסתור את חזקת המודעות היא דרישת תעודה מזהה, הא ותו לא ("אלא אם כן הוכיח... שהקטין הציג לו תעודה"). מחסום זה מונע הצגת ראיות מזכות באופן גורף, מעין "תורת שלבים" פלילית שמונעת שימוש בראיות - קבילות - המבוססות על נסיבות המקרה. המחסום מונע מהנאשם להוכיח את חוסר מודעתו, וסותר לכאורה את דרישת ההוכחה הקונקרטית של המחשבה הפלילית כתנאי להרשעה. ערכאות קמא והצדדים בטיעוניהם ניסו ליישב את המתח בין לשון החוק לעקרונות דיני העונשין בדרכים שונות: התעלמות מהמחסום הראייתי הקבוע בחוק, קביעה כי מדובר בעבירה של "אחריות קפידה" שבה לא נדרשת הוכחה כי הנאשם היה בעל מחשבה פלילית, או התגברות על הקושי באמצעות כלים אחרים של הדין הפלילי. כפי שיבואר להלן, לגישתי הדרך הראויה להשקיף על הסוגיה היא כמעין הסדר קונקרטי של "עצימת עיניים", שתפור ללשון החוק ולמידותיה הספציפיות של עבירת מכירת האלכוהול לקטין. זוהי התמצית ומכאן להרחבה.

2. ערעור זה, שהוא כאמור "גלגול שלישי" של הכרעת הדין, הוא למעשה ההליך החמישי שנדון בבתי המשפט בעניינו של המערער, שמכר לקטין כבן 17 וחודשיים בקבוק בירה בשתי הזדמנויות שונות, בהפרש של כשעה, מבלי לדרוש ממנו להציג תעודה מזהה. הקטין, לא למותר לציין, היה סוכן משטרתי שפעל במסגרת מבצע נגד מכירת אלכוהול לקטינים. על יסוד עובדות אלה, שלא היו שנויות במחלוקת בין הצדדים, ביקשה המדינה להרשיע את המערער בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין. בית משפט השלום באשדוד זיכה את המערער (ת"פ 66506-01-17, כב' השופטת הבכירה ר' שורץ). ראשית, נקבע כי מדובר בעבירה של אחריות קפידה. נבהיר כבר עתה כי משמעות קביעה זו היא כי ניתן להרשיע את הנאשם בעבירה, מבלי שהמדינה נדרשת להוכיח יסוד נפשי כלשהו (לרבות רשלנות), אלא די בהוכחות היסוד העובדתי. הנאשם, מצידו, יכול להוכיח כי לא היה בעל מחשבה פלילית ולא התרשל, ועשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה, ובנסיבות אלה יהיה פטור מאחריות פלילית (סעיף 22 לחוק העונשין). שנית, בית משפט השלום זיכה את המערער, למרות שלא הייתה מחלוקת כי הוא ביצע את היסוד העובדתי של העבירה, לא ביקש תעודה מזהה, וחרף הקביעה שמדובר בעבירה של אחריות קפידה. נקבע כי עומדת למערער הגנה מן הצדק שמצדיקה את ביטול כתב האישום, שכן חזקת המודעות לקטניות הרוכש שקבועה בסעיף 193א(ג) לחוק העונשין יוצרת הסדר בלתי חוקתי, ונוכח "חוסר ההגינות" של המשטרה, שהשתמשה כסוכן בקטין בעל מראה של בגיר.



בית המשפט המחוזי בבאר שבע קיבל בפסק הדין את ערעור המדינה, והרשיע את המערער בשתי עבירות של מכירת משקה משכר לקטין. שופטי הרוב (כב' כב' סגן הנשיאה א' ביתן והשופט ד' בן טולילה) הסכימו עם בית משפט השלום כי מדובר בעבירה של אחריות קפידה, אך לשיטתם לא היה מקום לקביעת הגנה מן הצדק, שכן לא נפל כל פגם בדין או בהתנהלות המשטרה. שופט המיעוט (כב' השופט י' עדן) הסכים להרשעת המערער, אך סבר כי מדובר בעבירת מחשבה פלילית, וכי בנסיבות העניין הוכחה מודעות המערער לקטינותו של הרוכש מכוח החזקה שקבועה בחוק. בית המשפט המחוזי נתן בפסק הדין רשות ערעור לבית משפט זה – ומכאן הערעור הנוכחי – והחזיר את ההליך לבית משפט השלום לשם גזירת הדין. להשלמת התמונה יצוין כי בית משפט השלום קבע בגזר דינו כי המערער היה בעל יסוד נפשי של רשלנות בעת מכירת המשקאות לקטין, וגזר עליו שני חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 3,000 ש"ח. ערעור מטעם המערער על גזר הדין התקבל, תוך שבית המשפט המחוזי קובע כי לא הוכחה רשלנותו ולפיכך יש לבטל את עונש המאסר המותנה שנגזר עליו (עפ"ג 9903-02-20, כב' סגן הנשיאה א' ביתן והשופטים י' פ' אקסלרד וי' ייטב). כפי שצוין: עסקינן בגלגול שלישי בתיק שבו זהו ההליך החמישי.

3. במסגרת ההליך שלפנינו קיימת הסכמה בין המדינה למערער כי העבירה של מכירת משקה משכר לקטין אינה עבירה של אחריות קפידה אלא של מחשבה פלילית, כך שתנאי להרשעת הנאשם הוא הוכחת מודעות לקטינות הרוכש. מעבר לכך ששני הצדדים סבורים כי כך עולה מלשונו המפורשת של החוק ("המוכר משקה משכר לקטין, דינו – מאסר שישה חודשים... חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח... שהקטין הציג לו תעודה...") (סעיפים 193א(1), 193א(ג) לחוק העונשין)), לכל אחד מן הצדדים – סנגוריה וקטגוריה – יש יתרון בנקיטת עמדה כזו: מבחינת הסנגוריה, הקביעה כי מדובר בעבירת מחשבה פלילית פותחת את הפתח לטענה שלא הוכחה המודעות לקטינות הרוכש, ובהתאם לכך את האפשרות לזיכוי גם במקרה שבו לא התבקש הקטין להציג תעודה מזהה. מאידך גיסא, ומעניינים תביעות, חומרתן של עבירות מחשבה פלילית רבה יותר, עניין שמתבטא גם באפשרויות הענישה (ראו למשל סעיף 22(ג) לחוק העונשין).

לצד ההסכמה כי אין לראות בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין כעבירת אחריות קפידה, קיימת בין הצדדים מחלוקת בשאלה כיצד לפתור את המתח שהוצג לעיל – עבירת מחשבה פלילית מצד אחד, ומצד שני "מחסום ראיתי" לכל ראיה בעניין המחשבה הפלילית, מלבד הדרישה להציג תעודה מזהה. הפתרון שמציעים באי כוח המערער הוא קביעה כי חרף לשון החוק, יש לאפשר לנאשם להוכיח את חוסר מודעתו לאפשרות שמדובר בקטין בכל ראיה קבילה, ולא רק באמצעות דרישת תעודה מזהה. המדינה, מנגד, עומדת על כך שהדרך היחידה להוכיח חוסר מודעות לפי לשון החוק היא לדרוש תעודה מזהה. ואולם, המתח האמור מוביל לכך שבמקרים המתאימים, שבהם עולה מראיות שונות כי לא היה מקום לחשוב שמדובר בקטין, לא יוגש נגד הנאשם כתב אישום מלכתחילה, אף על פי שהוא לא דרש תעודה מזהה מהקטין. כך ניתן יהיה "להתגבר" בצורה עקיפה על המחסום הראיתי שקובע החוק. בתשובה לשאלת ההרכב בדיון, נטען עוד שאם בכל זאת הוגש כתב אישום והסנגור מעוניין לטעון שיש להתחשב בראיות האחרות, המקום המתאים לדון בכך הוא במסגרת טענה של הגנה מן הצדק. להשלמת התמונה, גובש בפרקליטות המדינה – גם תוך כדי ההליך ובעקבותיו – נוהל שעניינו העמדה לדין בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין. בין היתר, נקבע כי "על אף לשון החוק, בנסיבות מיוחדות, כאשר בפני המוכר עמדו אינדיקציות ממשיות לכך שמדובר בבגיר (לדוגמא: כאשר הקונה הקטין מאופר באופן מקצועי ובדרך זו מתחזה לאדם שנחזה להיות, ללא כל ספק, אדם מבוגר; כאשר הקונה הקטין הגיע לבוש במדי קצונה; או כאשר אדם שהמוכר מכיר וסומך עליו אמר לו שהוא מכיר את הקונה הקטין וכי מדובר באדם מבוגר), במסגרת שיקולי מדיניות התביעה בהעמדה לדין, לא יוגש כתב אישום כנגד המוכר, גם אם לא הוצגה בפניו תעודת זהות".



מחלוקת נוספת שנפלה בין הצדדים היא עובדתית, ותחומה לנסיבות המקרה: האם בנסיבות העניין הוכחה מודעתו של המערער לאפשרות שמדובר בקטין? המערער מצביע על קביעת בית המשפט המחוזי ב"גלגול הרביעי" של התיק (פסק דינו של בית המשפט המחוזי בעפ"ג 9903-02-20 שהוזכר למעלה), לפיה התביעה לא הוכיחה כי המערער היה מודע לקטניות או אפילו היה רשול בהקשר זה. המדינה, מנגד, סבורה כי בנסיבות המקרה הוכח כי הייתה למערער מחשבה פלילית, כפי שעולה מהערת אחד השופטים בפסק הדין, מעדותו של הקטין לפיה היו מקרים שבהם חשבו בעבר כי הוא צעיר מכפי גילו, ומכיוון שלא מדובר במקרה שבו חזותו של הקטין יוצאת דופן.

הוצגו, אם כן, הבעיה המשפטית וההצעות לפתרון. כפי שצינתי בפתח הדברים, דרכי שונה מהדרכים שהוצעו בפסק הדין ושהציעו הצדדים בתיק זה. לכך אפנה כעת.

חזקת המודעות לקטניות

4. ראינו עד כה שלוש דרכים מרכזיות להתמודד עם הקושי שמעוררת חזקת המודעות לקטניות בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין – של בית משפט קמא, של הסנגוריה ושל התביעה. בעיני כל הפתרונות שהוצעו מעוררים קשיים מכיוון זה או אחר.

הפתרון שנפסק בדעת הרוב בפסק הדין הוא לראות את העבירה של מכירת משקה משכר לקטין כעבירה של אחריות קפידה. ברם, פרשנות כזו אינה מתאימה ללשון החוק. עבירת אחריות קפידה היא עבירה שההרשעה בה אינה דורשת להוכיח מחשבה פלילית, ואפילו לא רשלנות: "אדם נושא באחריות קפידה בשל עבירה, אם נקבע בחיקוק שהעבירה אינה טעונה הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות" (סעיף 22א) לחוק העונשין). בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין, לעומת זאת, לא נקבע כי היא אינה טעונה הוכחה של מחשבה פלילית או רשלנות. כל שנקבע הוא כי "המוכר משקה משכר לקטין, דינו – מאסר שישה חודשים" (סעיף 193א(1) לחוק). השתיקה בקשר ליסוד הנפשי פירושה כי נדרשת מחשבה פלילית (סעיף 19 לחוק העונשין). הוספת חזקת המודעות לקטניות אינה משנה את המצב, שכן גם היא אינה קובעת כי אין צורך להוכיח מחשבה פלילית או רשלנות. להפך, נקבעה "חזקה כי [בעל העסק] היה מודע לכך שמכר... משקה משכר לקטין". נדרשת מודעות, אלא שיש חזקה שמסייעת להוכיח אותה. הנאשם יכול לסתור את החזקה באמצעות דרישת תעודה מזהה, ואז שב הדין הכללי לחול על ההליך, תוך דרישה מהמדינה להוכיח את אשמת הנאשם בראיות מספיקות. כדי להמחיש את העניין, נניח שבעל העסק הוכיח כי ביקש תעודה מזהה. במקרה כזה לא תחול החזקה. אך גם אם החזקה אינה חלה, התביעה עדיין יכולה לנסות להוכיח – לפי דיני הראיות הרגילים – כי המוכר היה מודע לאפשרות שמדובר בקטין, למשל באמצעות ראיות לפיהן הנאשם חשד שמדובר בתעודה מזויפת. הנה כי כן, קיומה של החזקה גם הוא אינו הופך – לא להלכה ולא למעשה – את העבירה לעבירת אחריות קפידה. כפי שהובהר, הן המדינה והן הסנגוריה הסכימו עם מסקנה זו, ולפיכך אין צורך להאריך בה מעבר לאמור עד כה.

הפתרון השני הוצג בידי הסנגוריה. לפי קו זה, קריאת החוק כיוצר מחסום ראייתי בפני נאשם שלא דרש תעודה מזהה, כך שהוא אינו יכול להציג ראיות מזכות אחרות – יוצרת תוצאה בלתי חוקתית. הפתרון שהציעה הסנגוריה הוא מתן אפשרות לנאשם לסתור את חזקת המודעות בראיות שונות, ולא רק באמצעות דרישת תעודה מזהה. אין בידי לקבל פתרון זה. לשונו של החוק הברורה, וקובעת במפורש כי הדרך היחידה של בעל העסק להוכיח כי לא היה מודע לכך שמדובר בקטין היא לדרוש תעודה מזהה: "אלא אם כן הוכיח, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין". התעלמות מלשון החוק, ולמעשה ביטול חלק ממנו ב"תקיפה



עקיפה", היא תוצאה דרסטית וחריגה, ששמורה למקרים קיצוניים שבהם החוק פוגע באופן ישיר בזכות חוקתית. איני סבור כי הדבר נדרש במקרה שלנו ובהליך זה, גם מפני שכפי שיורחב להלן – ניתן לפרש את החוק באופן שעולה בקנה אחד עם עקרונות מושרשים בדין הפלילי.

הפתרון השלישי הוצג בידי באת כוח המדינה. ישנה הכרה בכך שבמקרים שונים אין מקום להטלת אחריות פלילית על הנאשם, גם אם לא דרש תעודה מזהה מן הקטין. אך נוכח לשון החוק, סברה המדינה כי לא ניתן לפטור מאחריות במסגרת החוק עצמו, אלא יש להידרש לכלים עקיפים, כגון אי הגשת כתב אישום מלכתחילה או קבלת טענת הגנה מן הצדק במסגרת ההליך הפלילי. גם עמדה זו אין בידי לקבל. המדינה עצמה מכירה בקושי להטיל אחריות פלילית רק על יסוד "מחסום ראייתי", ומבלי להידרש כלל לראיות בעלות פוטנציאל מזכה. לפי גישה זו, החוק אכן מעורר בעיה ביחס לעקרונות יסוד בדין הפלילי, והפתרון מצוי בידי רשויות התביעה ולא בהסדר החקוק עצמו. אך אם זהו המצב, נראה שיש מקום להבין את החוק בצורה שונה. מוטב כי בית המשפט יציע פתרון לשוני וקונקרטי לסוגיה, ולא להשאיר את העניין לשיקול דעתה של התביעה האם להגיש כתב אישום.

עד כאן הבעיות. ומכאן לפתרון.

5. כהקדמה לפירושו של סעיף 193א(ג) לחוק העונשין עלינו להציג את ההסדר של "עצימת עיניים", שקבוע בסעיף 20(ג)(1) לחוק העונשין:

"רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם".

ההסדר של עצימת עיניים מחליף את דרישת ה"מודעות" שקיימת בעבירות מחשבה פלילית, בדרישה ל"חשד" בצירוף הימנעות מלבררו. במילים אחרות, התביעה אינה נדרשת להוכיח את מודעות הנאשם, אלא יכולה להסתפק בהוכחה של חשד ואי בירור. ה"חשד" שעל התביעה להוכיח הוא סובייקטיבי, דהיינו יש להוכיח כי הנאשם חשד בפועל בקיומה של אפשרות שמעשיו מקיימים את יסודות העבירה: "על החשד להיות אישי-סובייקטיבי, ואין להסתפק בחשד שהיה מתעורר בלבו של אדם מן היישוב ('האדם הסביר')... בכך נדחתה העמדה שצדדה בהכנסת מדד אובייקטיבי ל'עצימת עיניים', ולפיה גם חשד ש'צריך היה' להתעורר בלבו של הנאשם (אף אם לא התעורר בפועל) ישמש תחליף לידיעה ממשית" (ע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 895-896, השופטת ד' ביניש (2001) (להלן: עניין אזולאי)). עם זאת, אחד הכלים להוכחת החשד הסובייקטיבי הוא מבחן "אובייקטיבי": האם אדם אחר בנעליו של הנאשם היה חושד בקיום יסודות העבירה (ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל, פסקה 46 לחוות דעתי (8.12.2015) (להלן: עניין מרגולין)); ע"פ 11699/05 סרפא נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 498, 508-509 (2008)). הדרישה לחשד סובייקטיבי היא המפתח להבנת ההסדר של עצימת עיניים. אמנם ישנו ויתור על הדרישה ל"מודעות" והחלפתה ב"חשד", אולם הדרישה לחשד סובייקטיבי נותנת מענה לעקרון האשם, ותורמת להגשמת שיקולי מדיניות נוספים שניצבים ביסוד הדין הפלילי שונים, כגון הרתעה, הכוונת התנהגות והגשמת תכליות חברתיות שונות (ראו יצחק קוגלר "על דרישת המודעות כלפי הנסיבות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין" פלילים ה' 149, 162-163 (1996) (להלן: קוגלר)).

6. ההסדר של עצימת עיניים מעלה שורה של סוגיות שתורות אחר הגדרה. לענייננו רלוונטיות שתיים מהן. ראשית, מהי רמת החשד המחייבת את הנאשם בבירור וחושפת אותו להרשעה בעבירת מחשבה פלילית. שנית, מהן



הפעולות שנדרש נאשם לבצע כדי לעמוד בחובת הבירור המוטלת עליו, לשם פטור מאחריות פלילית אם יתברר בדיעבד כי ביצע עבירה. אשר לשאלה הראשונה, עמדת הפסיקה היא כי "מנוסחו של סעיף 20(ג)(1) לחוק עולה, בנוסף, כי לצורך קיום מצב של 'עצימת עיניים' די בחשד ממשי (או בלשונו של פרופ' פלר: 'חשד מעשי-רציונלי')... בכך הכריע המחוקק לגבי אמרות שונות בפסיקה טרם תיקון 39 לחוק, אשר היה ניתן לפרשן כאילו הכלל הוא שנדרשת רמת חשד גבוהה על מנת שישמש תחליף למודעות בפועל" (עניין אזולאי, עמוד 896. ההדגשות נוספו. וכן ראו ע"פ 5529/12 אוהב ציון נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לפסק דינה של השופטת א' חיות (9.11.2014) (להלן: עניין אוהב ציון)). אמת המידה של "חשד ממשי" נותנת מענה עקרוני לשאלה מהי רמת החשד הנדרשת, אך יש להודות כי גם קריטריון זה גמיש וניתן ליישמו בדרכים שונות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, ומכל מקום אין לשלול את האפשרות שעבירות ונסיבות שונות יצדיקו לצקת תוכן שונה לרמת החשד, לרבות החשד הממשי.

אשר לשאלה השנייה – רמת הבירור הנדרשת. השאלה עד כמה נדרש אדם לברר את חשדו, כדי שלא ייחשב כמי ש"נמנע מלברר" את החשד אם יתברר בדיעבד כי ביצע עבירה, מכירה בהבדל שיש בין מי שלא חושד מלכתחילה, ובין מי שחשד, ביצע פעולות בירור, והגיע למסקנה מסוימת. מי שאינו חושד מלכתחילה כלל לא בא בשעריה של עבירת המחשבה הפלילית. ברם, מי שחשד בקיומן של עובדות כאלה ואחרות וביצע פעולות לבררן – וכל עוד לא הוביל הבירור לתשובה ודאית בעיני הנאשם – עדיין יודע מבחינה סובייקטיבית כי יש אפשרויות שונות ביחס למצב העיניים האמיתי. נניח שהנאשם הגיע בעקבות הבירור שערך למסקנה שההסתברות לביצועה של עבירה קטנה ביותר. האם בנסיבות כאלה ייחשב למי ש"נמנע מלברר" את החשד אם יתברר בדיעבד כי ביצע את העבירה? האם יש לקבוע כי בכל מקרה שבו אדם ניסה לברר חשד מסוים ולא הצליח בכך – עליו להימנע מעשיית המעשה או שיהיה חשוף לאחריות פלילית? לדוגמאות שונות ראו עניין מרגולין, פסקאות 46-47, 49 לפסק דיני.

בפסיקה נקבע כי השאלה אם עמד הנאשם בחובת הבירור תלויה במספר קריטריונים ושיקולי מדיניות. יש, למשל, חשיבות לרמת החשד הסובייקטיבי שנותרה בנאשם לאחר הבירור, לחומרת העבירה הנדונה, לערך החברתי שבביצוע הפעולה ולשאלה אילו פעולות ניתן להמשיך ולבצע כדי לברר טוב יותר את החשד, אם בכלל. אף עשוי להיות קשר בין השיקולים השונים. לדוגמא, רמת חשד גבוהה יותר יכולה להוביל לחובת בירור כבדה יותר (עניין מרגולין, פסקאות 45-47; קוגלר, עמודים 162-173). אם מדובר בעבירה חמורה מאוד – למשל אדם שיש לו ספק אם קיבל את הסכמתה החופשית של אישה לקיום יחסי מין – חובת הבירור היא מוחלטת או כמעט מוחלטת, במובן זה שככלל יש להימנע מביצוע המעשה עד להסרת החשד באופן מלא. לעומת זאת, ביחס לעבירות קלות יותר ישנם שיקולים שעשויים לפטור מאחריות אדם לאחר שביצע פעולות בירור מסוימות. יתכן למשל שחשדו של סוחר כי נכס מסוים הושג בפשע, ונסיון לברר זאת ללא הצלחה, יפטרו אותו מאחריות פלילית ביחס לעבירה של קבלת נכסים שהושגו בפשע לפי סעיף 411 לחוק העונשין, גם אם יתברר בדיעבד כי הנכס הושג בפשע (ראו חוות דעתי בעניין אוהב ציון בהקשר דומה). אם כן, בדומה לסוגיית רמת החשד, גם סוגיית רמת הבירור הנדרש עשויה להצמיח מענה שונה בנסיבות שונות וביחס לעבירות שונות.

בטרם נשוב ונבאר את רלוונטיות הדוקטרינה של עצימת עיניים לתיק זה, נעיר כי במשפט העברי ניתן למצוא גישות שונות כלפי הסוגיות האמורות. לדעת רבים מפרשני התלמוד הבבלי, אם אדם חושד כי מעשה מסוים עולה לכדי עבירה, עליו להימנע מעשיית המעשה, ואם יתברר בדיעבד כי מדובר בעבירה – תוטל עליו אחריות לפי דין התורה (ראו למשל רשב"א, תורת הבית, בית ד, שער א). ברם, לדעת הרמב"ם – לפי רבים ממפרשיו – ככלל אין איסור מדין התורה להימנע מעשיית מעשה שהוא "ספק עבירה". לשון אחר, "ספיקא דאורייתא לקולא" (לפחות לפי דין התורה, הגם שהדבר יכול להיות אסור מדברי חכמים). ובלשון הרמב"ם: "ואילו אסרנו כל ודאי מותר בשביל ספק איסורא, שאפשר שימצא באותו



הסוג הוודאי או במינו - היינו אוסרים כל המותרות כולם. וכבר ביארנו בכלל העקרים שביארנום שהדברים כולם מותרים מן התורה אלא מה שנתאמת שאסור, ושאמרם ז"ל 'ספקא דאורייתא לחומרא' הוא אסור מדבריהם, לא מן התורה" (אגרות הרמב"ם, סא, שפח (מהדורת שילת, ירושלים תשמ"ז)). מעניין לראות כי אחד מטעמי ההיתר לפעול במצבי ספק, לפחות במצבים מסוימים, הוא שיקול המדיניות לפיו הפגיעה בפרט ובחברה תהיה חמורה מדי - "היינו אוסרים כל המותרות כולם" - ומכאן, בין היתר, הצורך להקל. מכל מקום, הרמב"ם אינו מרחיב יתר על המידה מהם גבולותיה של קביעה זו וטעמיה, ודברים אלה בוארו בידי פרשנים נוספים. למשל, לפי גישה אחת, דבריו של הרמב"ם אינם עוסקים במעשים חמורים שעונשם (למי שפועל במזיד) הוא עונש "כרת", אלא רק במעשים חמורים פחות שעונשו של מי שמבצע אותם במזיד קל יותר (כסף משנה, הלכות טומאת מת, פרק ט, הלכה יב). לפי גישה נוספת, ההיתר לפעול במצבי ספק אינו חל במצבים שבהם האפשרות שמדובר בעבירה ממשיכה יותר, שכן אז האדם "יאשם יותר... על כן קרוב למזיד בעת אכילתו" (פירושא לשלח, ויקרא, ה, יז). שיקולים אלה - חומרת העבירה ורמת החשד - מזכירים את השיקולים הרלוונטיים גם לפי הפסיקה הישראלית ביחס לאחריותו הפלילית של הפועל במצבי ספק, שניסה לברר את חשדו ללא הצלחה (ראו מיכאל כהן ומירי קולומבוס "ספק עבירה, עבירה?" פרשת השבוע 463 (התשע"ו)). נעיר עוד כי הרב שמעון שקופ (ראש ישיבה, מחכמי המשפט העברי המרכזיים במחצית הראשונה של המאה ה-20, ליטא) מפרש את דברי הרמב"ם בדרך ייחודית, שאף קשורה לחזקת המודעות לקטניות שנדונה בתיק זה. לפי גישתו, הרמב"ם אינו סבור כי יש פטור מאחריות לפי דין התורה אם מתברר בדיעבד כי מדובר בעבירה, אלא יש היתר לקחת סיכון - על אחריותו של האדם - תוך הכרה בכך שאם אכן מדובר בעבירה ישנם אשם ואחריות (שעריישראל, פרקג, ד"ה ועפ"י. וראו הרב שמואל טלטלחיים, סימן ה, שלו-שלז (התשע"ד)). כך, ניתן להוסיף, בדומה לבעל עסק שבוחר לא לדרוש תעודה מזהה מרוכש משקה אלקהוולי שנראה בגיר, אך עשוי להיות גם קטין.

המשפט העברי מהווה דוגמא מאלפת לשיטה שמודעת היטב לקיומו של ספק עובדתי, והשלכות העניין על ההתנהגות הנורמטיבית המצופה מאדם במצב זה. די להזכיר את החידוש הגדול בכך שלא רק פיקוח נפש דוחה את השבת, אלא אף ספק פיקוח נפש. זהו עניין של מדיניות משפטית: עד כמה על האדם להתייחס ברצינות לקיומו של ספק, נוכח מעמדה ההלכתי הרם של חובת פיקוח הנפש (ראו רמב"ם, משנה תורה, הלכות שבת, פרק ב). מקרה מעניין נוסף הוא נכונות ההלכה להקל בדיני כשרות לגבי שימוש בכלים בלי לפסול אותם להמשך שימוש - היתר שמתייחס למצבי ספק באופן מקל יותר כשהמשתמש עני (לעומת מצב שבו המשתמש עשיר. ראו שולחן ערוך, יורה דעה, הלכות בשר בחלב. וכן ראו ניל הנדל "הספק כמושג משפטי בהלכה" (טרם פורסם)).

7. נשוב לענייננו. ההסדר של עצימת עיניים חל גם על העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, בדומה למרבית עבירות המחשבה הפלילית (לדין - שאינו רלוונטי לענייננו - בעבירות שבהן לא ניתן להסתפק בחשד והימנעות מביור כתחליף לדרישת המודעות ראו למשל (ומבלי להביע עמדה) ע"פ 3417/99 הר שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001); מרדכי קרמניצר "החובה להלשין או החובה לדווח - על העבירה של אי מניעת פשע" המשפט יא 55, 72-78 (2005)). ברם, וכפי שעלה מתיקון החקיקה שהוסיף את חזקת המודעות לקטניות רוכש המשקה, ההסדר הכללי של עצימת עיניים לא הוביל ליכולת הרשעה אפקטיבית בעבירה של מכירת משקה משכר לקטין. מהליכי החקיקה עלה כי הדין הכללי הציב משוכה גבוהה ביותר בפני בתי המשפט מבחינה ראייתית, שכן מבחינה מעשית היה קשה מאוד להוכיח את יסודות העבירה הנדרשים: "התופעה של חוסר היכולת שלנו לאכוף את האיסור למכור לקטין זה משהו שאנחנו יודעים עליו. רוב התיקים שלא מוגשים זה מחוסר ראיות. האדם אומר: לא ידעתי שהוא קטין. איך יכולתי לדעת שהוא קטין?" (דברי סנ"צ אלעזר כהנא בפרוטוקול מס' 6 משיבת הוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה, וועדת החוקה, חוק ומשפט, 15.3.2010). על כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק כי "במצב הדברים הקיים, נוצר לכאורה העדר תמריץ מצד המוכר לדרוש תעודה כאמור" (סעיף 10 להצעת חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה), התש"ע-2009, ה"ח הממשלה 124, 469 (הצעה לתיקון עקיף של ס' 193א לחוק העונשין, התשל"ז-1977)). מעבר



לקושי להוכיח מודעות לקטניות, ישנו קושי גם להוכיח חשד והימנעות מבירור. חשד – שכן בעל העסק עשוי לטעון כי מדובר בקטין שנראה מבוגר יחסית, ובנסיבות אלה חשדו היה קל, אם בכלל, ולא "חשד ממשי". הימנעות מבירור – שכן ניתן היה לטעון כי גם אם היה חשד מסוים כי מדובר בקטין, די בשאלה לגבי הגיל כדי לענות על דרישת הבירור בנסיבות העניין. הנה כי כן, בפועל לא היה די בהסדרי הדין הכללי כדי להוביל לאכיפה אפקטיבית של העבירה.

וכאן הגענו לעיקר. לגישתי, חזקת המודעות שקבועה בסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין אינה אלא הסדר ייחודי וספציפי של עצימת עיניים, שנתפר למידות העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, ונועד לאפשר אכיפה אפקטיבית של העבירה – אך זאת מבלי לחרוג ממושכלות יסוד בדיני העונשין. החידוש שבהסדר הספציפי ביחס להסדר הכללי של עצימת עיניים נעוץ בשניים. ראשית, התאמת רף החשד הנדרש למציאות של מכירת משקאות משכרים לקטנים שנראים בוגרים מכפי גילם. שנית, לשון החוק. דהיינו, מידת הבירור הנדרשת: החוק קובע כי ככל שישנו חשד כי מדובר בקטין, רק דרך אחת פתוחה בפני בעל העסק לברר כדין את חשדו – דרישת תעודה מזהה. שני רכיבים אלה מאפשרים, מבחינה מעשית, לאכוף את הדין, אך עדיין שמורה לבעל העסק אפשרות להוכיח כי מדובר במקרה חריג שבו הוא כלל אינו בא בשערי הסעיף, בהיעדר חשד סובייקטיבי כי מדובר בקטין. אבאר את עמדתי.

8. לטעמי, נקודת המוצא הפרשנית כפולה. ראשית, המחוקק התכוון למילותיו המפורשות, ובפרט – לכך שהדרך היחידה של בעל העסק להוכיח כי חזקת המודעות לקטניות הרוכש אינה חלה היא דרישת תעודה מזהה. לא ניתן להוכיח כי חזקת המודעות אינה חלה בראיות אחרות, כגון מראהו של הקטין. שנית, חזקה כי המחוקק לא התכוון לסטות מכללי היסוד של דיני העונשין, ולחסום על הסף נאשם שמעוניין להציג ראיות קבילות – ויתכן שבעלות משקל רב – שתומכות בזיכוי בהעדר מחשבה פלילית. מהליכי החקיקה אף לא עולה כי נעשה ניסיון לפרוץ דרך חדשה בדיני העונשין, אלא הייתה התבססות על הדין הקיים ועל כלים מוכרים בגדרו. כיצד ניתן ליישב בין שתי ההנחות בנסיבות העניין? התשובה טמונה בהבדל שבין חשד למודעות. עיון בלשון סעיף 193א(ג1) מלמד כי המחסום הראיתי שניצב בפני הנאשם מתייחס למודעות – אך לא לחשד: "בעל עסק... אשר מכר... משקה משכר לקטין... חזקה כי היה מודע לכך שמכר... משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין". ברם, יש להבין קביעה זו כחלה על מי שנמצא במצב של חשד סובייקטיבי. זהו שער הכניסה לסעיף, כפי שעולה מהחלק הכללי של דיני העונשין ומעקרונותיו הבסיסיים, לפיהם לא ניתן להרשיע בעבירת מחשבה פלילית מי שאפילו לא חושד ביסודות העבירה (בשונה מהאפשרות להרשיע בעבירה כזו מי שאין לו מודעות לנסיבות, אך הוא חושד ונמנע מלברר). משמעות הדברים היא שהסעיף עוסק מלכתחילה בחושד, ולא נחסמה האפשרות להציג ראיות ביחס לכך שאין אפילו חשד. לפי פירוש זה, תנאי בסיסי לתחולת חזקת המודעות הוא כי מדובר במקרה שבו התעורר חשדו של בעל העסק. במקרה כזה, נכנסת חזקת המודעות לתוקף – בדומה לאופן הרגיל של הסדר עצימת העיניים: אדם חושד (אך לא מודע) כי מתקיימות נסיבות העבירה, ובנסיבות אלה יש לראות אותו כמודע (בדומה למעין חזקת מודעות) לקיומן, אלא אם הוא פועל לשם בירור החשד. כך גם בענייננו. בעל עסק חושד כי מדובר בקטין, ובנסיבות אלה רואים אותו כמודע לקטניות, אלא אם הוא מברר את חשדו באמצעות דרישת תעודה מזהה.

סעיף 193א(ג1) לחוק קובע הסדר ספציפי ומיוחד ביחס לעבירה של מכירת משקה משכר לקטין, הן ביחס למידת החשד הנדרשת כדי לבוא בשערי הסעיף, והן ביחס לחובת הבירור הנדרשת. אשר לדרישת החשד, ההסדר נועד לאפשר אכיפה אפקטיבית יותר גם במצבים שבהם הקטין נראה מבוגר מכפי גילו. מן הסעיף ניתן ללמוד כי לצורך העבירה הנדונה, די במודעות לאפשרות שמדובר בקטין, דהיינו כי גם אם מדובר במי שנראה בגיר – אין לשלול את האפשרות שבכל זאת מדובר בקטין. ניתן לומר כי בעבירה מיוחדת זו, ולנוכח לשון החוק שמייחדת את דרך הבדיקה



לבחינת תעודה מזהה - עסקינן בחשד קל. די בכך בעבירה הנדונה. זוהי דרך לשלב בין לשון החוק ועקרונות המשפט הפלילי. זהו רף החשד שמכניס את בעל העסק אל גדרי הסעיף, ומחייבו לדרוש תעודה מזהה אם ברצונו לסתור את חזקת המודעות. ושוב יודגש כי מדובר בשאלה סובייקטיבית - הדרישה היא כי בעל העסק יחשוד בפועל שמדובר בקטין, ולא כי האדם הסביר היה חושד בכך. אפשר להוסיף ולשאול כיצד ניתן להוכיח זאת, והתשובה לכך היא, כפי שהובהר בסקירת הפסיקה דלעיל, שניתן להיעזר במבחן אובייקטיבי ככלי עזר ראייתי לבחינת מצבו הסובייקטיבי של בעל העסק. מבחן עזר משמעותי הוא מראהו של הקטין, אף על פי שיכולה להיות חשיבות גם לנתונים אחרים. ככל שלא מדובר בקטין שבאופן חריג ביותר נראה מבוגר מאוד, קטין מאופר, מחופש או כיוצא באלה - הדבר תומך בכך שבעל העסק ידע כי יש אפשרות שמדובר בקטין, גם אם היה סבור שיש הסתברות גבוהה יותר שמדובר בבגיר. ושוב נדגיש כי מראהו של הקטין הוא בגדר מבחן עזר ראייתי, ולא תחליף מהותי לבחינה הסובייקטיבית. משמעות הדבר היא שניתן להציג ראיות נוספות, ושאלת החשד הסובייקטיבי תוכרע לפי מכלול הראיות ולא רק לפי מראהו של הקטין. נתונים נוספים שיכולים לסייע הם, למשל, השאלה האם מדובר במי שעיסוקו בממכר משקאות חריפים או אדם שהחליף אותו באופן זמני, או חילופי דברים שונים בין בעל העסק לרוכש. להשלמת התמונה, אף אין להתעלם מהמצב של התעודה המזהה, גם במקום שזו התבקשה. רוצה לומר, הצגת תעודה בידי הרוכש אינה פוטרת את בעל העסק מאחריות בכל מצב. טול, לדוגמא, מקרה שבו הרוכש אינו דומה לתמונה על התעודה, תעודה ללא תמונה ועוד.

אשר לדרישת הבירור, גם כאן קובע החוק חידוש ביחס לדין הכללי. כפי שהוזכר, השאלה מהו רף הבירור הנדרש בכל מקרה ומקרה תלויה במשתנים רבים, ובין היתר בשיקולי מדיניות שונים. אלמלא הייתה נקבעת בחוק חזקת המודעות לקטניות אפשר היה לסבור כי הואיל ומדובר בעבירה קלה יחסית, שעונשה הוא לכל היותר ששה חודשי מאסר - רף הבירור הנדרש אינו גבוה, וניתן להסתפק, למשל, בשאלה לגבי הגיל. כך במיוחד אם החשד אינו כבד. בא המחוקק וקבע כי חוסר האפשרות לאכוף את העבירה באופן אפקטיבי מצדיק לדרוש מן החושד רמת בירור גבוהה, גם אם בנסיבות העניין חשדו אינו כבד אלא קל, ואף לקבוע כי יש רק דרך אחת לברר את החשד - דרישת תעודה מזהה.

9. פרשנות כזו של הסעיף נותנת מענה לכל הבעיות שהוצגו לעיל: מן הצד האחד, ובהתאם ללשון הסעיף, מדובר בעבירת מחשבה פלילית ולא בעבירה של אחריות קפידה. מצד שני, הסעיף אינו יוצר בעיות של חוקיות או של סתירה לעקרונות דיני העונשין. מצד שלישי, אין סטייה מלשונו של הסעיף, הקובע רק דרך אחת לסתור את חזקת המודעות - דרישת תעודה מזהה. כפי שהובהר, זה המצב במקום שבו הוכח חשד סובייקטיבי של בעל העסק. לאמור, הדרך היחידה, לפי קביעת המחוקק, לברר חשד כי מדובר בקטין היא לבקש תעודה מזהה. בשאלה לגבי גילו או התבססות על מראהו - כאשר העניין אינו מובהק - לא סגי. מן הצד הרביעי, ההסדר מגשים את תכליתו. נוצר כלי שניתן להשתמש בו כדי לאכוף את הדין ולהרשיע נאשמים שהוכחה אשמתם בהליך פלילי. מטבע הדברים, ברוב המקרים של המקרים שבהם קטין נראה מבוגר, הוא אינו נראה עד כדי כך מבוגר עד שלא ניתן לסבור כלל שמדובר בקטין, הגם שניתן להניח כי ישנם מצבים חריגים. ואם אין כל נסיבה אחרת שתומכת בטענת הנאשם כי לא העלה על דעתו כלל את האפשרות שמדובר בקטין - העובדה שמדובר בקטין שנראה מבוגר מגילו לא תמנע מעבר לשלב הדיוני הבא, דהיינו בחינת השאלה האם דרש בעל העסק תעודה מזהה.

אפשר לבקר את הפרשנות שהוצגה באופן הבא: הדרישה כי התביעה תוכיח בכל תיק ותיק כי המוכר חשד באופן סובייקטיבי שמדובר בקטין (אף כי אין צורך להוכיח שהיה מודע לכך), עלולה להוביל לכך שבכל תיק ותיק יהיה צורך לקיים דיון הוכחות, תוך הידרשות של בית המשפט למכלול נסיבות העניין, ובין השאר לתמונת הקטין ולשאלה האם מראהו מעורר, מבחינה אובייקטיבית (ככלי עזר ראייתי להוכחת החשד הסובייקטיבי), חשד כי מדובר בקטין. התשובה לביקורת זו כפולה. ראשית, מהליכי החקיקה עולה כי מטרת המחוקק לא הייתה להקל על העומס בבתי המשפט או



לחסוך את הצורך בניהול דיון הוכחות פרטני. התכלית הייתה אחרת: למנוע מצב שבו בפועל יש קושי רב להגיע להרשעה – ולו לאחר ניהול הליך פרטני. הפתרון היה יצירת כלי שיאפשר להגיע בפועל להרשעות, גם במקרים שבהם הקטין נראה מבוגר מכפי גילו. כלי כזה אכן נוצר בחוק. פירוש החוק מגשים אפוא את תכליתו, ואינו פוגע בה או מסכל אותה. שנית, עמדת המדינה עצמה היא כי אם עולה טענה של סנגור שלפי מראהו של הקטין בעת הרכישה, או לפי נסיבות אחרות של המקרה, עולה כי לא היה לבעל העסק כל ספק שמדובר בבגיר – יש לבחון את הטענה ולהכריע בה. אלא שבניגוד לפרשנות לפיה במקרה כזה כלל לא חלה חזקת המודעות לקטניות, המדינה סבורה כי הדרך הראויה היא אי הגשת כתב אישום, או דיון בטענות במסגרת הגנה מן הצדק אם בכל זאת הוגש כתב אישום. לאמור, גם לשיטת המדינה לא ניתן להסתפק באי הצגת תעודה מזהה, אלא יהיה על בית המשפט להידרש לכל טענה פרטנית בדבר מראהו של הקטין. אין אפוא מחלוקת בעניין זה, ואין לומר כי הדבר מסכל את תכלית החוק.

יובהר עוד כי אין באמור כדי ליתר את הנוהל שנקבע בפרקליטות או לגרוע מחשיבותו. מעבר לכך שהנוהל עוסק גם במצבים שאינם קשורים במישרין לענייננו – למשל אי הגשת כתב אישום ביחס למכירה בודדת של משקה עם אחוז אלכוהול נמוך – ראוי לתת משקל לדברים גם במסגרת ההחלטה האם להגיש כתב אישום, ויפה עשתה המדינה בקביעת נוהל מסודר בנושא.

10. חברי, השופט ד' ברק-ארז והשופט (בדימ') מ' מזוז חולקים על עמדת, וסבורים כי סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין אינו מאפשר לנאשם שלא דרש תעודה מזהה להוכיח כי לא היה לו אפילו חשד קל שהרוכש הוא קטין. לשיטתם, דרך ההתמודדות המתאימה עם מקרי הקצה שהוצגו לעיל אינה במסגרת סעיף 193א(ג1), אלא אי הגשת כתב אישום מלכתחילה, או דיון בטענות הנאשם ובראיות שהציג במסגרת טענת הגנה מן הצדק בהליך הפלילי. ביחס לעמדתם אומר שלוש – מעשית, עיונית ולשונית.

ראשית, מבחינה מעשית איני סבור כי יש הבדל רב בין עמדתי לעמדותיהם של חברי. גם לשיטתי, בדומה לחברי, במקרה ה"שגרתי" שבו אדם צעיר שנראה בגיר רוכש משקה משכר (ומתברר כי מדובר בקטין), ובעל העסק אינו דורש תעודה מזהה, ואין נתונים נוספים לכאן או לכאן – ניתן להגיע להרשעה. זאת על בסיס המסקנה שבעל העסק לא שלל לחלוטין את האפשרות שמדובר בקטין, והיה לו לפחות חשד קל בעניין. שנית, ומבחינה עיונית, בעיניי הקושי שמתעורר במקרה אינו נעוץ בכך שסעיף חוק "רגיל" עלול להוביל במקרי קצה להרשעה בלתי צודקת – שאז ניתן להתמודד עם הקושי בדרכים "עקיפות". הקושי נעוץ בלב סעיף החוק, ככל שנפרשו כיוצר "מחסום ראיתי" שמונע מראש ובאופן גורף הצגת ראיות קבילות ומזכות ביחס ליסוד הנפשי במסגרת עבירת מחשבה פלילית. לפי פרשנות זו מדובר בהסדר ייחודי, ולא בכדי לא הוצגה כל דוגמה נוספת להסדר כזה. הקושי לא נובע אפוא ממצבי הקצה, אלא מההסדר החוקי עצמו. בנסיבות אלה הפתרון המתאים בעיניי הוא התמודדות עם הקושי במסגרת סעיף החוק, ולא הותרת הבעייתיות בחוק תוך פתרון שנשען על כלים עקיפים – מדיניות התביעה או הגנה מן הצדק. שלישית, ובכל הנוגע ללשון החוק, זו אכן אינה מאפשרת במפורש לנאשם להוכיח העדר חשד. ברם, החלק הכללי של חוק העונשין קובע מסגרת, שיוצקת לעבירות הספציפיות תוכן שאינו כתוב בהן במפורש. כפי שהובהר, מסכים אני כי המחוקק יכול לקבוע – בכפוף לעקרונות המשפט הפלילי – חזקות או להעביר נטלי הוכחה, ואף לקבוע כי בנסיבות מסוימות נאשם יישא בנטל ה"טקטי" להוכיח העדר מודעות או חשד. ברם, להשקפתי אין להשלים עם פרשנות שמאפשרת להרשיע (מעיקר הדין) בעבירת מחשבה פלילית גם במקום שבו יש ראיות קבילות וברורות בדבר העדרו של חשד, שהוא שער הכניסה לעבירות מחשבה פלילית. מסגרת כללית זו היא הבסיס לפרשנות הלשונית של סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין, לפיה יש לקרוא לתוכן את האפשרות של נאשם להוכיח כי לא היה כלל בסיס לחשד, הגם שהדבר לא נכתב במפורש.



התוצאה האופרטיבית

11. כזכור, מלבד המחלוקת המשפטית נפלה בין הצדדים גם מחלוקת עובדתית ביחס לנסיבות המקרה: המדינה סבורה כי נסיבות ביצוע העבירה בעניינו מעלות כי המערער אכן פעל במחשבה פלילית, ואילו לשיטת המערער יש לקבוע כי הוא לא היה אפילו רשולן ביחס לאפשרות שמדובר בקטין. חשיבות המחלוקת העובדתית היא בכך שאם תתקבל טענת המערער, הרי שלא הוכח כי חשד באופן סובייקטיבי באפשרות שמדובר בקטין, וממילא כלל לא חלה חזקת המודעות לקטינות ויש לזכותו אף על פי שלא דרש מן הקטין תעודה מזהה.

המדינה תמכה את טענתה העובדתית בשלושה נתונים. אחד, התרשמותו של אחד השופטים בבית המשפט המחוזי, שצפה בסרטון המתעד את רכישת המשקאות בידי הקטין. ההתרשמות הייתה כי לפי מראה הקטין, אין לשלול את האפשרות שמדובר במי שגילו נמוך מ-18 שנים. יוער כי יתר שופטי ההרכב לא התייחסו בחוות דעתם לשאלת מראהו של הקטין בנסיבות העניין. שני, המערער בעל נסיון רב במכירת משקאות משכרים, ויודע היטב כי עליו להיזהר בכך. נתון שלישי הוא עדות הקטין עצמו, לפיה היו מקרים שבהם טעו לחשוב שהוא צעיר מגילו האמיתי. יש להודות כי טענות אלה בעלות משקל ביחס לכך שמדובר במי שגם אם מראהו כשל בגיר – עדיין קיימת אפשרות כי מדובר בקטין. בנוסף לכך, במקרנו אין כל נתון רקע או נסיבה אחרת שיכולים ללמד כי המערער סבר שאין כל אפשרות שמדובר בקטין. נראה כי במקרה הרגיל די יהיה בנתונים שהוצגו כדי לקבוע את חשדו של נאשם, באופן שמוביל לבחינת השאלה האם דרש מהקטין תעודה מזהה. יחד עם זאת, בעניינו התקיימו, כמפורט לעיל, הליכים נוספים. לאחר פסק הדין הוחזר התיק לבית משפט השלום, שקבע, במסגרת גזר הדין, כי המערער היה בעל יסוד נפשי של רשלנות כלפי האפשרות שמדובר בקטין. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המערער על כך, וקבע כי לא הוכח בנסיבות העניין שהמערער היה רשולן – ונוסיף: ובוודאי שלא בעל מודעות בפועל – ביחס לקטינות. הכרעה זו אף הובילה לביטול עונש המאסר המותנה שהוטל על המערער בבית משפט השלום, לאור הכלל שלפיו בעבירה של אחריות קפידה (וזו הייתה ההנחה לגבי העבירה בפסק הדין) אין לגזור על נאשם עונש מאסר, אלא אם הוכחו מחשבה פלילית או רשלנות (סעיף 22(ג) לחוק העונשין). המדינה לא ביקשה לערער על הכרעה זו.

צא ולמד כי ישנו פסק דין חלוט, לפיו לא זו בלבד שהמערער לא היה מודע בפועל לכך שהרוכש היה קטין, הוא אף לא היה רשולן ביחס לכך. קרי, אפילו המוכר הסביר בנעליו של המערער לא היה יכול להיות מודע לכך. בנסיבות אלה, ובמיוחד בשים לב לשלב הדיוני שבו מצויים אנו, אין מקום לקבוע כי הוכח שהמערער חשד שמדובר בקטין, באופן שמחייבו לבקש תעודה מזהה כדי לסתור את חזקת המודעות הקבועה בסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין. התוצאה היא שלא הוכח היסוד הנפשי הנדרש בעבירה, באופן שמוביל לזיכוי המערער מהעבירות של מכירת משקה משכר לקטין.

בשולי הדברים, המערער העלה בערעורו טענות נוספות, למשל ביחס לשימוש שעשתה המשטרה בסוכן הקטין. ברם, שאלות אלה לא זכו לליבון שמצדיק דיון נוסף בגלגול שלישי, ובכל מקרה מקובלת עליי הכרעת בית המשפט המחוזי ביחס ליתר הטענות שהועלו. הדבר מוביל להערה דיונית. גם אם היבטים מסוימים של המקרה מתאימים ל"גלגול שלישי", נראה כי היה מקום להותיר לבית משפט זה את ההכרעה האם לתת רשות ערעור בנסיבות העניין, וביחס לאילו רכיבים של פסק הדין. זהו הנוהג המקובל ויש בכך הגיון מעשי. למשל, לגבי איזו סוגיה להעניק רשות ערעור. מוטב כך גם לפי המסורת המשפטית של השיטה הישראלית, שמותרת את סוגיית מתן רשות הערעור ושאלת ההיקף לערכאה שאמורה לדון בעניין. לצד זאת, הסנגוריה והתביעה עשו את מלאכתן נאמנה וטובה. המדינה הייתה מיוצגת בידי באת כוח מטעם פרקליטות המדינה, ואילו המערער היה מיוצג בהליך זה ובחלק מההליכים קמא בידי סגור פרטי ובא כוח



מטעם הסנגוריה הציבורית. התיק אכן מעורר גם שאלה עקרונית, ואף הוביל לתיקון וחידוד הנוהל של פרקליטות המדינה בנושא. עמדות הצדדים בכתב ובדיון בעל פה סייעו לחדד את הקשיים וגם את הפתרונות. כך ראוי.

12. סוף דבר, אציע לחבריי לזכות את המערער מהעבירות של מכירת משקה משכר לקטין שבהן הורשע.

ש ו פ ט

השופט (בדימ') מ' מזוז:

1. חוששני כי אין בידי להסכים לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל. אני סבור כי לשון החוק ברורה, כמו גם תכליתו. אני גם סבור כי אין בפרשנות החוק כלשונו וכפשוטו משום יצירת קושי ביחס לעקרונות המשפט הפלילי, כטענת הסניגוריה הציבורית מטעם המערער, לפיכך איני רואה צורך בקונסטרוקציה שמציע חברי שמגמתה להתגבר על קושי זה. להלן אפרט בתמצית טעמי עמדתי זו.

2. סעיף 193א לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכותרתו "איסור מכירת משקאות משכרים לקטין", כפי שתוקן בשנת 2010 (ס"ח תש"ע 505), קובע בחלקיו הרלבנטיים לענייננו לאמור:

"193א. (א) ...

(1א) 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.

(1ג) בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, אשר מכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין בניגוד להוראות סעיפים קטנים (א) עד (ב), חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין."

3. ההסדר הקבוע בסעיף 193א לחוק העונשין הוא ברור. החוק קובע איסור פלילי על מכירת משקה משכר לקטין. על מנת שהמוכר יוכל להימנע מביצוע העבירה, החוק מסמיך אותו לדרוש מהקונה "שיציג לו תעודה בה ניתן לוודא את גילו". החוק אמנם אינו מחייב את המוכר לזהות את הקונה באמצעות תעודה מזהה, אך אם לא עשה כן, קובע החוק כי "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".

החוק מעניק למוכר כלי פשוט ואפקטיבי להימנע מביצוע העבירה, על ידי הסמכתו לדרוש תעודה מזהה מהמבקש לקנות משקה משכר. מקום שהמוכר, מטעמיו הוא, לא עושה שימוש בכלי זה, הוא נוטל על עצמו, במודע, את הסיכון כי מדובר בקונה קטין, ואם אכן יסתבר שהקונה היה קטין, החוק קובע "חזקת עצימת עיניים", היינו - כי המוכר היה מודע לכך שמדובר בקטין, וזאת על בסיס הסיכון שלקח על עצמו כאשר נמנע מלדרוש תעודה מזהה לבירור גילו של הקונה, הימנעות אותה רואה החוק כ"עצימת עיניים", שדינה כדין מודעות (סעיף 20(ג) לחוק העונשין).

אציין לענין זה כי בתחילה ביקשה הצעת החוק לחייב את המוכר, ולא להסתפק בהסמכתו, לדרוש תעודה מזהה בכל מכירה, אך במסגרת הדיונים בוועדה בכנסת הוחלט להקל על המוכר ולא לחייבו לדרוש תעודה מזהה בכל מכירה, גם כאשר ברור לחלוטין שאין מדובר בקטין, כגון שעומד בפניו אדם שלפי חזונו "רואים שהוא אדם קשיש", או אדם המוכר למוכר אישית כבגיר. ברם הקלה זו נקבעה בגדר שטר ושוברו בצדו - משלא דרש המוכר תעודה מזהה והתברר כי הקונה הוא קטין, לא יוכל המוכר לטעון לאי-מודעות, וזאת כאמור מכוח חזקת עצימת העיניים.

4. בפנינו לא הייתה עוד מחלוקת כי מדובר בעבירה של מחשבה פלילית, ולא בעבירה של אחריות קפידה, כפי שסברו שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי. המחלוקת לפנינו התמקדה אך באשר למשמעות שיש ליתן לחזקה הקבועה בסעיף קטן (ג1). לגישת המדינה, מדובר בחזקה של עצימת עיניים, כמפורט לעיל, אשר הדרך היחידה לסתור אותה היא שהמוכר יוכיח "שהקטין הציג לו תעודה ... ולפיה הוא אינו קטין". לעומת זאת, לגישת המערער, באמצעות הסניגוריה הציבורית, החזקה אך מעבירה את הנטל לנאשם לענין הוכחת המודעות, אך אינה מגבילה את הגנתו רק למצב בו הוכיח שהקטין הציג לו תעודה לפיה הוא אינו קטין (כגון תעודה מזויפת), אלא הוא זכאי לסתור את החזקה גם בדרכים אחרות.

5. פרשנות זו לה טוענת הסניגוריה הציבורית אינה מקובלת עלי (ולמעשה גם לא על חברי השופט הנדל). היא אינה מתיישבת עם לשון החוק המפורשת ועם הגיונו. לשון החוק היא כאמור ברורה: מקום שמוכר מכר משקה משכר לקטין תוך שהוא נמנע מלדרוש תעודה מזהה "חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח... שהקטין הציג לו תעודה ... ולפיה הוא אינו קטין". הגיון הדברים ברור אף הוא: החוק מעניק למוכר סמכות לדרוש תעודה מזהה, ומקל עמו בכך שאינו מחייבו לעשות כן. אך מקום שהמוכר מוותר על מימוש סמכותו זו לדרוש תעודה מזהה ומתברר שמכר משקה משכר לקטין, החוק רואה אותו כמי שהיה מודע לכך שמכר משקה משכר לקטין מכוח חזקת עצימת עיניים. נזכיר כי התיקון מ-2010 לסעיף 193א נועד להתגבר על קושי רב באכיפה של העבירה קודם לתיקון, בשל הקושי להוכיח את מודעות המוכר שמדובר אכן בקטין. ההסדר החדש שנקבע בחוק נועד - על ידי הסמכה לדרוש תעודה מזהה, לצד קביעת חזקת עצימת עיניים - לאפשר אכיפה אפקטיבית של איסור מכירת משקאות משכרים לקטינים.

פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם ההיסטוריה התחקיתית של התיקון, כמצוין לעיל, לפיה המחוקק ראה להקל עם המוכר, ולוותר על חובת דרישה להצגת תעודה מזהה, אך זאת תוך הטלת הסיכון על המוכר במקום שהוא אינו דורש תעודה מזהה.

6. חברי השופט הנדל סבור, כטענת הסניגוריה הציבורית, שיש קושי מסוים בפרשנות החוק כפשוטו "ביחס



לעקרונות יסוד בדין הפלילי, שכן עלולים להיות מצבים בהם הנסיבות מצביעות על כך שהמוכר עשוי היה באמת ובתמים לטעות בגילו של הקונה, ואז נמצא מרשיעים את המוכר למרות העדר מודעות לכך שמדובר בקטין. לפיכך הוא מציע פרשנות חדשה - לה לא טען לפנינו איש מהצדדים, והיא גם לא הועלתה בהליכים דלמטה - לפיה יש לקרוא את הוראת סעיף 193א(ג) כקובעת "הסדר ייחודי וספציפי של עצימת עיניים", הקובע אמות מידה מקלות לשני התנאים לקיומה של "עצימת עיניים" הקבועים בסעיף 19(ג)(1) לחוק העונשין - באשר לקיומו של חשד שמדובר בקטין, ובאשר לחובת בירור החשד.

7. איני שותף לגישתו זו של חברי, הן מהטעם שפרשנות זו אינה מתיישבת עם לשונו הברורה של החוק, כמפורט לעיל, והן משום שאיני סבור כי קיים בענייננו קושי ביחס לעקרונות המשפט הפלילי המצדיק פרשנות מעין זו.

התופעה כי בנסיבות מסוימות עשויה התנהגות לענות אחר יסודות העבירה, אך למרות זאת לא יהא זה צודק או ראוי להגיש כתב אישום, אינה תופעה חריגה אלא היא תופעה רווחת כמעט בכל סוגי העבירות. בית משפט זה עמד על תופעה זו בהזדמנויות רבות בעבר, אף ביחס לעבירות חמורות. כך בנוגע לעבירת השוחד -

"כבר הזהיר השופט ויתקון, כי אם נחיל את ההוראות האמורות בענין טובת הנאה, שיכולה לשמש כשוחד, 'באופן מילולי, נגיע לפעמים לידי אבסורד' (ע"פ 794/77 חייט נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 127 בעמ' 132). ועל כך חזר השופט י' כהן (כתוארו אז) בע"פ 736/77 בריגה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 825 בעמ' 827, תוך שהוא מוסיף, כי 'בסופו של דבר אין להתעלם מאמות המידה שמכתיב לנו השכל הישר, כשאנו באים לשקול אם מתן טובת הנאה מהווה עבירת שוחד'... (ע"פ 205/84 צדיק נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 85, 98)"

(דברי השופט א' גולדברג בע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 489-488 (1997)).

הדרך להתמודד עם קושי זה היא במסגרת שיקול הדעת הרחב המסור בשיטת המשפט הישראלית לרשויות התביעה שלא להגיש כתב אישום אף בהתקיים ראיות לביסוס יסודות העבירה, וזאת מהטעם של "העדר ענין לציבור"; ובלשון החוק: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין..." (סעיף 62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, להלן: החדס"פ). ואכן, כידוע, כרכי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה והנחיות פרקליט המדינה גדושים בהנחיות לגבי הפעלת שיקול דעת התביעה בעבירות שונות, לרבות אימתי יש להימנע מהגשת אישום למרות קיום ראיות להתמלאות יסודות העבירה. ואמנם כן, בכל שנה נסגרים אלפי תיקי חקירה בעילה של "העדר ענין לציבור" על ידי זרועותיה השונות של התביעה הפלילית.

קושי זה ביחס לעבירה דנן עלה בדיון לפנינו שהתקיים ביום 22.3.2021, אשר בסימום החלטנו להורות למדינה להגיש הודעת עדכון אשר תתייחס לקביעת נוהל הקובע אמות מידה להעמדה לדין בעבירה הנדונה. בהתאם לכך אכן הוגש לנו מטעם המדינה מסמך "מדיניות ההעמדה לדין בעבירה של איסור מכירת משקאות משכרים לקטין", אשר קובע בין היתר נסיבות בהן לא יוגש כתב אישום אף בהתקיים יסודות העבירה.

אוסף ואזכיר כי החלטות התביעה לענין סגירת תיק, בין בהעדר ראיות מספיקות ובין "מחוסר ענין לציבור",



נתונות לערר לפי סעיף 64 לחסד"פ. כן ניתן לטעון לענין זה במשפט, ככל שהוגש כתב אישום, במסגרת טענה מקדמיתל"הגנה מן הצדק" לפי סעיף 149(10) לחסד"פ. זאת, בנוסף לאפשרות להליך של ביקורתשיפוטית, במקרים מתאימים.

בנסיבות אלה איני רואה כל צורך או צידוק לפרשנות שיש בה סטייה מלשון החוק ומתכליתו, כמפורט לעיל. אוסיף כי חברי מנסה אמנם ליצוק תוכן לפרשנות שהציע המיועד להקל על אכיפה אפקטיבית של העבירה, לעומת הפרשנות לה טענה הסניגוריה הציבורית, אך עדיין אין ספק כי הפרשנות של חברי תחייב הליך יותר מורכב וממושך לעומת זה אותו ביקש המחוקק לקבוע.

8. אשר על כן אני סבור כי יש לקבל את הערעור בנוגע לקביעה בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בדעת הרוב, כי העבירה של מכירת משקה משכר לקטין היא עבירה של אחריות קפידה, ולקבוע כי מדובר בעבירה של אחריות פלילית, כפי שקבע שופט המיעוט בבית המשפט המחוזי, אך לצד זאת להותיר את הרשעת המערער על כנה, וכן את גזר הדין בעניינו.

ש ו פ ט (בדימ')

השופטת ד' ברק-ארז:

1. עובד בחנות לממכר משקאות אלכוהוליים מכר משקה משכר לקטין, בניגוד לאיסור מכירת משקאות משכרים לקטין הקבוע בסעיף 193א(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). האם פתוחה בפניו הדרך להוכיח כי לא ידע שמדובר בקטין, אף אם לא ביקש שתוצג לו תעודה מזהה שעל-פיה ניתן לוודא את גילו של הקונה במעמד הרכישה? כמו כן, מהו המענה למצבים שבהם הטלת אחריות פלילית על המוכר פוגעת בחוש הצדק? ובאופן קונקרטי, האם המענה אמור להתבסס על הרחבה של האפשרויות הראייתיות הניתנות לנאשם להוכיח את היעדר מודעותו לגילו של הקונה, או שמא על כלים אחרים, כגון האפשרות להעלות טענה של הגנה מן הצדק או עתירה להקלה בעונש? אלה השאלות שנדונו בפנינו.

2. השאלות האמורות מתעוררות נוכח החזקה העובדתית שנקבעה בחוק העונשין ביחס להוכחת מודעותו של מי שמכר משקה משכר לקטין. סעיף 193א(1) לחוק העונשין קובע את האיסור על מכירה כאמור בזו הלשון:

"המוכרמשקהמשכרלקטין, דינו - מאסרשישהחודשים".

בהמשך לכך, סעיף 193א(ג) לחוק העונשין, אשר נוסף לחוק מאוחר יותר כתיקון עקיף, במסגרת חוק המאבק בתופעת השכרות, התש"ע-2010 (להלן: חוקהמאבקבתופעתהשכרות) - והוא אשר עומד במרכז הערעור דנן - קובע:



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

3. לכאורה, בהתאם לכך, בעל עסק או עובד בו שמכר משקה אלכוהולי לקטין מוחזק כמי שידע את גילו של הקונה, ויכול לסתור חזקה זו רק אם יוכיח (ברף הוכחה של מאזן הסתברויות) שדרש הזדהות באמצעות תעודה מזהה, ולא בשום דרך אחרת.

4. כפי שנטען בפנינו, הסדר זה, המשקף איזון הגיוני שיפה לרוב המכריע של המקרים, עלול לגרום לאי-צדק באותם מקרים – לא בהכרח שכיחים – שבהם הנאשם טעה טעות כנה ביחס לגילו של הקונה, אך גם לא דרש ממנו להציג תעודה מזהה.

5. חברי השופט נ' הנדל ביקש לתת מענה לקושי זה על דרך אימוץ פרשנות הגורסת כי חזקת המודעות האמורה בסעיף 193א(ג) לחוק העונשין היא למעשה הסדר ספציפי של "עצימת עיניים", והיא ניתנת לסתירה. לשיטתו, לנאשם עומדת האפשרות לטעון שמדובר במקרה חריג שאינו באבשעריהסעיף, מאחר שכלל לא קיין בלבו חשדסובייקטיביכימדוברבקטין, ואז תידרש התביעה להוכיח קיומו של חשד כאמור (תוך התייחסות לכלול הנסיבות, כמפורט בפסקאות 5 ו-9 לפסק דינו). במובן זה, פסק דינו של חברי השופט הנדל סולל את הדרך לכך ששאלת קיומו של היסוד הנפשי אצל הנאשם תיבחן באמצעות שלל ראיות (ולא רק בהתבסס על כך שביקש לראות תעודה מזהה של הקונה). במילים אחרות, חברי השופט הנדל סבור כי הדרך ליישב את החשש מפני אי-צדק בתוצאה באותם מצבי קצה היא פרשנות הסעיף באופן שמחייב את התביעה, בשלב הראשון, לנהל מעין "הליך מקדמי" על מנת להכריע בשאלה האם הנאשם "עצם את עיניו" ביחס להיותו של רוכש המשקה האלכוהולי קטין, או שמא, כטענתו, כלל לא חשד באשר לכך.

6. מנגד, חברי השופט (בדימ') מ' מזוזסבור כי יש לפרש את הסעיף כפשוטו, כך שבמקרה של מכירת משקה אלכוהולי לקטין מבלי שקדמה לה בקשה להצגת תעודה מזהה, לא יוכל הנאשם לסתור את חזקת המודעות באמצעות שום ראיה נוספת. במילים אחרות, הגנתו של הנאשם, במישור הדין המהותי, תהא מוגבלת להוכחה שדרש הזדהות באמצעות תעודה מזהה בלבד. הא ותו לא. המענה לאי-הצדק שעלול להיגרם במקרי גבול אמור להימצא, לשיטתו, בשיקול הדעת הרחב המסור לתביעה הפלילית ביחס להגשת כתב אישום (לרבות האפשרות העומדת לנאשם להעלות טענה של הגנה מן הצדק).

7. להשלמת התמונה אוסיף ואזכיר, כי במהלך הדיון הוצג לנו נוהל של הפרקליטות המתייחס לאפשרות של אי-העמדה לדין במקרים מסוימים של מכירת אלכוהול לקטין שבהם לא התבקשה הצגת תעודה מזהה. בהמשך לכך, ביום 4.7.2021 מסרה המדינה כי בינתיים עודכן הנוהל ועוגן במתכונת של הנחיה מטעם המשנה לפרקליט המדינה בנושא ("מדיניות ההעמדה לדין בעבירה של איסור מכירת משקאות משכרים לקטין", להלן: הנוהל).

8. לאחר שבחנתי את הדברים, והגם שאני שותפה להצגת הדילמות על-ידי חברי השופט הנדל, אינני שותפה לפרשנות המוצעת על-ידו להוראות החוק, ואני מצטרפת בעיקרו של דבר לעמדתו של חברי השופט (בדימ') מזוז.



בהתאם לכך, גם לשיטתי דין הערעור להידחות.

9. כחברי השופט הנדל, אף אני סבורה שהוראת סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין חורגת מדרך המלך של הוכחת אשמה במשפט הפלילי. אולם, להשקפתי המענה לקושי שהיא עשויה לעורר במצבי קצה טמון בפתרונות אחרים, ולא בפרשנות שהוצעה על-ידו. תחילה יש להבהיר, כי בניגוד לדעת הרוב בבית המשפט המחוזי, דעתי היא כי העבירה של מכירת משקאות משכרים לקטין הקבועה בסעיף 193א לחוק העונשין היא עבירה של מחשבה פלילית, ואין לפרשה כעבירה של אחריות קפידה. למעשה, כפי שהבהיר חברי השופט הנדל, בשלב הדיוני הנוכחי אף אחד מן הצדדים לא תמך עוד בפרשנות לפיה מדובר בעבירה של אחריות קפידה. לשון הסעיף אינה מגדירה את היסוד הנפשי של מבצע העבירה, ועל כן המסקנה המתבקשת מבוססת על ברירת המחדל של דרישה לקיומה של מחשבה פלילית (בהתחשב בכך שעבירות שבהן היסוד הנפשי הוא רשלנות או אחריות קפידה נדרשות לציין זאת, כאמור בסעיפים 21-22 לחוק העונשין). הקושי טמון אפוא בכך, שהעבירה דורשת יסוד נפשי, אך בד בבד נחסמת בפני הנאשם להוכיח את היעדרו, קרי, את האפשרות שלא הייתה לו כל מודעות למכירת המשקה האלכוהולי לקטין – אלא בדרך אחת ויחידה. הקושי האמור מתעצם לנוכח העובדה שלצד העבירה קבוע עונש מאסר של עד ששה חודשי מאסר.

10. אכן, הציפייה להצגת תעודה מזהה היא על פניה סבירה והוגנת. אולם, עמדת המערער היא שאין לצמצם את דרכי ההוכחה אך ורק להצגת תעודה מזהה. בהקשר זה נטען בפנינו כי עשויים להיות מצבי קצה שבהם עמידה על כך כדרישה-בלעדית-אין תוביל להרשעה בלתי צודקת – כך למשל במקרה של קטין שהיטיב להתחזות ("באופן מקצועי", כלשון הנוהל שהוגש לעיונו). לעומת זאת, עמדת המדינה היא שאין פסול במגבלה הראייתית האמורה בהתחשב בתכלית החקיקתית של המאבק הציבורי במכירה של משקאות אלכוהוליים לקטינים, על הסכנות הכרוכות בכך.

11. בשונה מחברי השופט הנדל, אינני סבורה שניתן לאמץ פרשנות המצמצמת את הכלל הברור שנקבע בסעיף 193א לחוק העונשין. זאת, בשים לב ללשון החוק, לתכליתו ולהיסטוריה החקיקתית שלו.

12. לשון החוק – כידוע, נקודת המוצא לפרשנות הדין היא לשון החוק, גם אם היא אינה מסתיימת רק בה. בנסיבות העניין, אני סבורה שקיים קושי רב בפרשנות המוצעת על-ידי חברי השופט הנדל, קודם כל משום שהיא מתנגשת במישרין עם לשון החוק. על-פי לשונו המפורשת של סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין, קיימת חזקה כי מי שמכר משקה אלכוהולי לקטין היה מודע להיותו של הקונה קטין. כידוע, מודעות ליסודות העבירה כוללת בתוכה גם מצב של עצימת עיניים, אשר כמוה כידיעה לכל דבר ועניין (ראו: ע"פ 7704/13 מרגולין' מדינת ישראל, פסקה 42 לפסק דינו של השופט הנדל (8.12.2015); ע"פ 8080/12 מדינת ישראל' אולמרט, פסקה 16 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (28.9.2016)). אם כך, במישור המעשי, קביעה לפיה על התביעה להוכיח עצימת עיניים כתנאי לתחולת החזקה מרוקנת למעשה את לשון החוק מתוכן. הציפייה כי התביעה תוכיח בפועל עצימת עיניים נמצאת אפוא ב"התנגשות חזיתית" עם החזקה שבחוק.

13. תכלית החוק – לאזובלבד שהפרשנות האמורה אינה מתיישבת עם לשון החוק, אלא שהיא אף אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו. כחברי השופט (בדימ') מזוז, אף אני סבורה כי הפרשנות המוצעת מכרסמת במידה משמעותית בתכלית החקיקה, כפי שהיא עולה מהנוסח שבו בחר המחוקק, על מנת להיאבק באופן בלתי מתפשר בנגע החברתי של מכירת משקאות אלכוהוליים לקטינים. תקצר היריעה מלפרט את פגיעה הרעים של תופעה זו. לפיכך אין זה מופרז להטיל סטנדרט של דרישה לזיהוי באמצעות תעודה מזהה לצורך ביצועה של פעולת המכירה.



אכן, יש מערכות יחסים אנושיות שבהן הצגת תעודה עשויה להכביד, אך שונים הם פני הדברים כאשר מדובר במכירה של חומר שמבחינות מסוימות הוא מסוכן. כאשר מדובר בממכר של מוצר שהוא מסוכן על-פי טיבו (וביתר שאת בהקשרם של לקטינים) הדרישה להזדהות באופן חד-משמעי צריכה להיחשב נטל סביר. זאת ועוד: היא אף אינה זרה למאטריה. כך למשל, הדרישה להזדהות מוכרת בהקשר של הספקת תרופות שהן בגדר סמים מסוכנים, ואין חולק כי זוהי דרישה ראויה, שהגיונה בצידה (ראו: תקנה 14 לתקנות הסמים המסוכנים, התש"ם-1979).

14. המסקנה בדבר תכלית החקיקה מתחזקת לנוכח השוואת נוסחו של סעיף 193א(ג) להוראת חוק אחרת בחוק העונשין המקלה יותר (באופן יחסי) על סתירת החזקה בדבר המודעות לזיהויו של אדם כקטין. כך, סעיף 203ד לחוק העונשין קובע, ביחס לעבירות לפי סימן י' לחוק זה, שעניין בזנות ובתועבה, כי "הטוען שלא ידע את גילו של האדם שבו או שלגביו נעברה עבירה לפי סימן זה - עליו הראיה". במקרה זה הותר המחוקק פתח רחב דיו לסתור את החזקה שהונחה, אשר אינו מצומצם לראיה אחת ויחידה, כמתחייב בין השאר מחומרת העבירה ומאופייה. זאת, בשונה מהוראת החוק הרלוונטית לענייננו שבה ההנחה החד-משמעית היא שבידי הנאשם אפשרות אחת בלבד להוכיח כי לא היה מודע לגילו של הקונה - על בסיס דרישתו שהאחרון יזדהה באמצעות תעודה מזהה. ההבדל בין ההסדרים הוא ברור, ואין מקום לטשטש אותו.

15. על כך יש להוסיף, כי בהקשרים אחרים בחוק העונשין שבהם אוסר החוק על מכירת מוצרים לקטינים, נקט המחוקק בדרך שונה בכל הנוגע לכוחה הראייתי של הדרישה להצגת תעודה מזהה. כך, בקשר לאיסור על מכירת כרטיסי הגרלה והימורים לקטינים, הקבוע בסעיף 231א לחוק העונשין, נקבע כי "המציע, מוכר או מפיץ כרטיסים רשאי לדרוש מאדם המבקש לקנות או לקבל כרטיסים שיציג לו תעודה שבה ניתן לוודא את גילו" [ההדגשה הוספה - ד' ב' א']. בדומה, סעיף 185א לחוק זה, הקובע איסור מכירת אגרופן או סכין לקטין, קובע אף הוא כי "רשאי בעל עסק או מי שעובד בעסק לדרוש מאדם המבקש שישמור על אגרופן או סכין, למעט סכין לצורכי בית, תעודה שבה ניתן לוודא את גילו" [ההדגשה הוספה - ד' ב' א']. בגדרן של דוגמאות אלו, אם כן, בשונה מאשר במקרה שבפנינו, לא זו בלבד שהמוכר אינו חייב לדרוש את הצגתה של תעודה מזהה, אלא שביכולתו להוכיח את היעדר המודעות להיותו של הקונה קטין גם באמצעות כל ראיה אחרת (שכן סעיפים אלו אינם קובעים כל חזקה ראייתית). המסקנה ההכרחית היא כי בכל הקשר והקשר המחוקק שוקל את מאפייניה של ההתנהגות הנדונה, על הסיכונים הכרוכים בה והמאפיינים החברתיים שלה. המחוקק יכול היה לבחור בגישה מקלה יותר בענייננו, אך נמנע מלעשות כן. עלינו לכבד בחירה זו.

16. ההיסטוריה החקיקתית - כפי שציין חברי השופט (בדימ') מזוז, בעת שנדונה הצעת חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה), התש"ע-2009, זו שהולידה את התיקון שבו הוסף לחוק העונשין סעיף 193א(ג), נשקלה תחילה האפשרות להטיל על מוכרי משקאות משכרים חובה כללית לדרוש בכל מכירה של משקה משכר הצגתה של תעודה מזהה כתנאי לביצועה, כלומר כדרישה גורפת. הצעה זו נפסלה, בשל ההכבדה הצפויה על המוכרים, פעמים רבות שלא לצורך. לאחר דיונים, נתקבלה גישת ביניים כפי שעוגנה בסופו של דבר בסעיף 193א(ג) לחוק העונשין: מצד אחד, המחוקק לא עמד על החובה להציג תעודה מזהה, ומצד אחר, הוא קבע חזקה שמשמעותה כי רק אותה דרישה של תעודה מזהה תוכל לעמוד כראיה הנזקפת לזכותו של המוכר (ראו: פרוטוקול ישיבה 6 שלהוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה ווועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 7 (15.3.2010)). חזקה זו, שהפכה לידועה ומוכרת בקרב מוכרי המשקאות המשכרים, נועדה ליצור תמריץ לדרישה להצגת תעודה מזהה, ובכך לצמצם את טווח הטעות של מכירת משקאות משכרים לקטינים. פתרון זה מגשים אפוא היטב את תכלית החקיקה, והוא מבטא איזון עדין שחשוב לא להפר.



17. אם כן, בהתחשב בלשון החוק ובתכליתו, אין מקום לפתוח בדרך פסיקתית את השער שסגר המחוקק - להבאת ראיות נוספות שלא בא זכרן בסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין. גישה כזו עלולה לכרסם באופן משמעותי בהכוונת ההתנהגות שבה בחר המחוקק - על מנת להביא את מוכרי המשקאות המשכרים לדרוש הזדהות באמצעות תעודה מזהה, ובכך לצמצם את מכירתם של משקאות אלכוהוליים לקטינים. יתר על כן, גישה זו, המחייבת את התביעה לנהל מעין "הליך מקדמי" בשאלת החשד הסובייקטיבי של המוכר, אף צפויה להביא לסרבול ההליך הפלילי שלא לצורך. כפי שמלמדות נסיבות העניין שבפנינו, הערכות לגבי גילם של אנשים עשויות להיות סובייקטיביות מאד, ועל כן להוביל להתדיינות מורכבת בעניין הנושא אופי רגולטורי, שאמור להיות פשוט ליישום ולאכיפה.

18. ומה באשר לחשש מפני אותם "מצבי קצה" שבהם התוצאה של העמדה לדין עלולה להיות בלתי צודקת באופן מובהק? אני סבורה כי אין לחשוש מאלה בשל משקלם המצטבר של מספר טעמים. ראשית, כפי שהדגישה המדינה ואלה הם מושכלות ראשונים, לרשויות התביעה מסור שיקול דעת רחב ביחס להחלטה על הגשת כתב אישום, ואי-צדק מובהק בהגשתו עשוי לשמש שיקול רב משמעות בהקשר זה. שנית, המודעות לצורך בהפעלתו של שיקול דעת במקרים מסוג זה חודדה בעקבות פרסום הנוהל העדכני בנושא. לא למותר לציין כי ניהול ההליך הנוכחי תרם במידה רבה לגיבוש הנוהל, שלא נעשה באופן מיטבי ושיקוף דיו עובר לכך. מכל מקום, כעת אנו נמצאים במצב שונה מעיקרו. שלישית, החלטתה של התביעה בכל הנוגע להגשת כתב אישום אינה סוף פסוק. במקרים המתאימים, אין מניעה להעלאת טענה של הגנה מן הצדק אם הגשת כתב האישום הייתה נגועה במניפולציה או הטעייה לא לגיטימיות מצד התביעה, כמו גם באי-צדק מהותי מסוג אחר (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"דנט(6) 776, 807 (2005); רע"פ 1611/16 מדינת ישראל נ' ורדי, פסקאות 59 ו-86-89 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצרופסקאות 3-5 לפסק דיני (31.10.2018); ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל, פסקאות 48 ו-53-59 לפסק דיני (1.3.2017)). על פני הדברים, יש בערובות אלה די על מנת לשכך את הקשיים שעליהם הצביע המערער. אין אפוא צורך ללכת את כבדת הדרך הנוספת ולאמץ את פרשנותו של חברי השופט הנדל, שאינה משקפת את לשון החוק, ואף עלולה לפגוע ביעילות האכיפה.

19. זווית מועילה נוספת לבחון את המחלוקת שבפנינו היא להוריד לקרקע המציאות את הטענות העקרוניות בדבר אי-הצדק שעלול להיגרם לנאשמים שלא ביקשו מקומם להציג להם תעודה מזהה, על מנת לבחון אותן הלכה למעשה. לצורך כך, חשוב להבחין בין שתי קטגוריות עיקריות של מקרים - שאותן אכנה מקרי "הקטין הרמאי" ומקרי "הקטין הנחזה כבוגר". הקטגוריה של "הקטין הרמאי" מכוונת למצבים שבהם קטין התחזה במרמה להיראות כאדם מבוגר, באמצעות תחפושת שעטה על עצמו, ובמקרים מסוימים אף באמצעות איפור חריג שנועד להציג אותו כזקן. מקרים אלה צפויים להיות נדירים, וככל שיתרחשו, יכול להינתן להם מענה בגדר שיקול הדעת של התביעה, או למצער בדיעבד במסגרת העלאת טענה של הגנה מן הצדק. לעומת זאת, הקטגוריה של "הקטין הנחזה כבוגר" כוללת את המקרים הנפוצים יותר, שבהם הקטין נחזה להיות בוגר מכפי גילו, ויהיו מי שיטעו לחשוב שהוא אדם בוגר. ניתן להתרשם כי חברי השופט הנדל סבור כי במקרים מסוג זה יש לקיים הליך של בירור הנוגע לשאלת קיומו של חשד סובייקטיבי בלב המוכר באשר לעובדת קטנותו של הקונה (דהיינו עצימת עיניים ביחס לאפשרות כזו). לעומת זאת, כאשר אנו משווים לנגד עינינו את תכלית החקיקה, דומה שהיא נועדה למנוע דווקא התדיינות מסוג זה. "שולי הביטחון" אמורים להיות בצד של הרחבת דרישת הזהוי. יידעו מוכרים של משקאות אלכוהוליים כי דרישה להצגתה של תעודת זהות גם ממי שנחזה להיות בגיר היא הנורמה, ויכלכלו צעדיהם בהתאם. הטעמים לכך ברורים: הדרישה להזדהות באמצעות תעודה אינה מכבידה במיוחד, ואין כל נזק ממשי בכך שהצגת תעודה מזהה תידרש גם כאשר הקונה הוא בגיר, מלבד טרחה שולית. לעומת זאת, המחיר החברתי של מכירת אלכוהול לקטינים, וכך גם מחיר האישי הכרוך בכך מבחינת הקטין עצמו, הם כבדים. המחוקק אמר את דברו באופן ברור, ומכאן שאין מקום לנטיילת סיכונים במצבי גבול.



20. כפי שצוין, ההתדיינות הנוכחית הובילה לגיבוש נוהל מנחה בכל הנוגע להגשת כתבי אישום לפי סעיף 193א לחוק העונשין. בשלב הנוכחי, חשיבות הנוהל היא קודם כל בעצם גיבושו, ומבלי שאני נוקטת עמדה ביחס לפרטי ההנחיות המופיעות בו. בזהירות המתבקשת אעיר עם זאת, כי הנחיות אלה נוטות לעבר מדיניות המצמצמת מאד את תחום המקרים שבהם לא יוגשו כתבי אישום. כך למשל, האינדיקציות שצוינו בהן להתקיימותן של "נסיבות מיוחדות" שבהן ניתן יהיה לשקול שלא להעמיד את המוכר לדין מתייחסות לקטין המאופר "באופן מקצועי", לקטין לבוש במדי קצונה, או למצב שבו אדם המוכר למוכר מעיד על הקונה כי אינו קטין. כשלעצמי, אני סבורה כי אין להמעיט בחשיבות הנודעת ל"שכבה" של טענת הגנה מן הצדק ביחס ליישומה של ההסדר. ממילא, אין צריך לומר כי העלאת הטענה של הגנה מן הצדק אינה מוגבלת לאינדיקציות שפורטו בנוהל.

21. כמו כן, אין לשלול כי בנסיבות שבהן לא התבקשה הצגתה של תעודה מזהה אך קיים הסבר המניח את הדעת לכך, בית המשפט יביא במניין השיקולים הרלוונטיים לקביעת העונש גם את המגבלות הראייתיות שהטיל החוק על כוחו של הנאשם לסתור את חזקת המודעות.

22. לבסוף, יש לשים לב לכך שסעיף 193א(ג1) לחוק העונשין אינו הסדר כללי החל על כל אדם. החזקה העובדתית הקבועה בסעיף היא בעלת אופי רגולטורי. היא חלה רק על "בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים...". יש אפוא להיזהר מפרשנות שתפגע בתכלית הרגולטורית המובהקת של ההסדר, שמערבת שיקולים נוספים על השיקולים שחלים על הסדרים כלליים הנוגעים להתנהגות בין אנשים, בהתחשב בתמריצים הכלכליים הקיימים ביחס למכירה בהיקף גדול ולחתימה לרגולציה יעילה ופשוטה.

23. ומכאן, לנסיבותיו של המקרה שלפנינו. כעולה מהעובדות כפי שהוצגו לנו, המערער הוא בעל עסק לממכר של משקאות אלכוהוליים והוא עוסק בתחום במשך למעלה מ-16 שנים. הוא אינו חדש בתחום, ואף לא מי שפועל בו באופן ארעי. ממילא הוא מודע היטב לאיסור שחל על מכירת משקאות אלכוהוליים לקטינים. באשר להתרשמותו מגילו של הקונה באירועים שעמדו ביסודו של כתב האישום, המערער העיד כי העריך שהוא "לפחות [בן] 25, הוא בא עם כובע והיו לו זיפים בפנים" (עמ' 19 לפרוטוקול הדיון בבית משפט השלום מיום 5.7.2018). יצוין כי התרשמותם של השופטים בערכאות הקודמות בעניין זה הייתה הפוכה. כך או כך, זהו מקרה שנופל באופן מובהק לגדר המקרים של "קטין הנחזה לבוגר", שתוארו לעיל, אשר בהם חשוב לתמרץ את מי שעוסקים במכירת אלכוהול לעמוד על הצגת תעודה מזהה. אם כן, אף נסיבותיו הקונקרטיות של המקרה אינן תומכות בסטייה מלשונו הברורה של סעיף 193א(ג1) לחוק העונשין. הן אף אינן באות בגדרו של הנוהל העדכני וכן לא מניחות בסיס לתחולתה של הגנה מן הצדק. השימוש בסוכן במקרה זה לא היה בעל אופי חריג – אלא נועד לבחון את תפקודם של עסקים לממכר לאלכוהול דווקא במקרי הגבול הטיפוסיים. במלים אחרות, המקרה שבפנינו הוא המקרה הפרדיגמטי שאותו ראה המחוקק לנגד עיניו, ולא מקרה חריג המצדיק התחשבות מיוחדת. אשר על כן, כחברי השופט (בדימ') מזוזאף אני סבורה שיש לדחות את הערעור ולהותיר את הרשעת המערער על כנה.

ש ו פ ט ת

הוחלט פה אחד לקבל את הערעור ביחס לסוגיית סיווג העבירה של מכירת משקה משכר לקטין, ולקבוע כי מדובר בעבירת מחשבה פלילית.

עמוד 20



כן הוחלט, כאמור בחוות דעתם של השופטת ד' ברק-ארזוהשופט (בדימ') מ' מזוז, לדחות את הערעור בכל
הנוגע להרשעת המערער, בניגוד לחוות דעתו של השופט נ' הנדל, שסבר כי יש לקבל את הערעור ולזכותו.

ניתן היום, כ' באב התשפ"א (29.7.2021).

שופט (בדימ')

שופטת

שופט
