



רע"פ 7704/21 - היתם בשיר נגד הצבאי הראשי, לשכת עורכי הדין

בבית המשפט העליון

רע"פ 7704/21

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות

המבקש: היתם בשיר

נגד

המשיב: התובע הצבאי הראשי

המבקשת להצטרף
לשכת עורכי הדין

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי
לערעורים בתיק ע"ת/14/21; בקשה להצטרף להליך
כידית בית המשפט מטעם לשכת עורכי הדין מיום
20.12.2021

בשם המבקש (מטעם הסנגוריה עו"ד כפיר דור; עו"ד הילה קנטרוביץ'
הצבאית הראשית):

בשם המשיב: עו"ד אינה יסכה אברמוב

בשם המבקשת להצטרף
כידית בית המשפט: עו"ד לירז סבן; עו"ד יוסי יעקובי; עו"ד ערן גולן

החלטה

בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים (השופטת אל"מ נ' זומר) מיום 13.10.2021
בע"ת 14/21 (להלן: פסק הדין).

1. ביום 4.5.2020, הוגש לבית הדין הצבאי לתעבורה מחוז דרום (להלן: בית הדין הצבאי) כתב אישום נגד



המבקש, שבו יוחסה לו עבירה לפי תקנה 28(ב) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 (להלן בהתאמה: התקנה ותקנות התעבורה), האוסרת על אחיזה ושימוש בטלפון שלא באמצעות דיבורית בעת שהרכב נע, וזו לשונה:

(ב)1) בעת שהרכב בתנועה, הנוהג ברכב -

(א) לא יאחז בטלפון קבוע או נייד, ולא ישתמש בהם ברכב אלא באמצעות דיבורית;

(ב) לא ישלח או יקרא מסרון (s.m.s);

(2) בתקנת משנה זו -

"דיבורית" - התקן המאפשר שימוש בטלפון בלא אחיזה בו ובלבד שאם ההתקן מצוי בטלפון, הטלפון יונח ברכב באופן יציב המונע את נפילתו;

"טלפון" - מכשיר המיועד לתקשורת אשר קיימים בו לחצנים לחיוג.

2. כעולה מכתב האישום, ביום 9.2.2020 נהג המבקש ברכב צבאי בכביש 866, סמוך לצמת עין אל אסד, בעת ש"אחז בידו הימנית במכשיר טלפון נייד והשתמש בו, כאשר מכשיר הטלפון מצוי בהתקן, וזאת בעת שהרכב הצבאי היה בתנועה". אין מחלוקת בין הצדדים כי בעת הנהיגה, המבקש הסיר את ידו מן ההגה למשך כעשר שניות, הניח את אצבעותיו על שני צידי מכשיר הטלפון הנייד שהיה מונח בהתקן, וסימן, באמצעות האצבע המורה, תנועת V על גבי מסך על מנת לקבל שיחת טלפון. משלא נקלטה פעולת הסימון, חזר עליה המבקש בשתי הזדמנויות נוספות עד שהשיחה נענתה, כאשר בין פעם לפעם חלפו כשתי שניות, במהלכן אצבעותיו נותרו על צדי הטלפון אך האצבע המורה לא נגעה בו.

3. בית הדין הצבאי הרשיע את המבקש לפי החלופה של אחיזת מכשיר הטלפון, וגזר עליו קנס בסך 800 ש"ח ופסילת רשיונות מותנית. בית הדין הצבאי דחה את פרשנות המבקש ללשון תקנה 28(ב) לפיה השימוש בתיבה "אלא באמצעות דיבורית" שבתקנה, משמעו כי המחוקק התיר אחיזה או שימוש בטלפון כל עוד הוא מצוי בדיבורית, שהיא התקן יציב. בהקשר זה קבע בית הדין הצבאי, כי פרשנותו זו של המבקש מנוגדת ללשון התקנה ולתכליותיה. בית הדין הצבאי ציין כי התיבה "אלא באמצעות דיבורית" מתייחסת לאיסור להשתמש בטלפון הנייד ולא לאיסור לאחוז בו. משכך סבר בית הדין הצבאי כי אין לפרש את התקנה באופן שמתיר להסיר את היד מן ההגה לצורך אחיזה בטלפון אף אם הוא מצוי בהתקן יציב. לצד זאת, צוין כי התקנה מתירה את פעולת השימוש בטלפון המצוי בהתקן כאשר המגע בטלפון ממוקד ונדרש במישרין לצורך פעולה מותרת. בענייננו, קבע בית הדין הצבאי, השימוש שהמבקש עשה בטלפון הוא מענה לשיחת טלפון, שהיא פעולה מותרת מקום שבו הטלפון הונח באופן יציב. מכיוון שעד התביעה מסר כי אילו התמצה השימוש בטלפון בשלוש נגיעות נפרדות לצורך מענה לטלפון, לא היה נרשם למבקש דו"ח והתביעה אף היא הבהירה כי לא הייתה מגישה כתב אישום במצב דברים זה, סבר בית הדין הצבאי כי השאלה הצריכה לענייננו היא האם הנחת ידו של המבקש, באופן רציף, על צדי הטלפון מהווה "אחיזה" ולפיכך מוציאה את המקרה מגדר שימוש שהוא מותר לפי התקנה.

4. בית הדין הצבאי השיב על שאלה זה בחיוב בציינו כי תפיסת המבקש את הטלפון בשני צדיו אף אם אינה



"אחיזה" אופיינית, מתיישבת עם המשמעות המילולית של המונח "אחיזה" ועם לשון התקנה שאוסרת על כל אחיזה בטלפון באשר היא. עוד צוין כי תכלית התקנה היא למנוע הסרת יד מההגה מעבר להכרח ובפרט למנוע הסחת דעת שיכולה להתלוות לאחיזה בטלפון הנייד במהלך נהיגה. בענייננו, צוין כי המבקש הותיר את אצבעותיו על שני צדי הטלפון משך שניות ארוכות והדבר עלול היה להוביל להסחת דעת. משכך, קבע בית הדין כי האופן שבו פעל המבקש נופל בגדר האיסור הקבוע בתקנה.

5. לסיום העיר בית הדין הצבאי כי הדעת אינה נוחה מכך שאין בנמצא הנחיה ברורה ביחס לגבולות האיסור שייאכף מכוח התקנה. בהקשר זה צוין כי התביעה הצבאית אף היא הביעה בעבר עמדה כי קיים פער בין גבולות האיסור התיאורטי להסרת יד מההגה ובין המקרים שבהם ראוי לייחס לנהג עבירה לפי תקנה 28. על רקע זה העיר בית הדין הצבאי כי מן הראוי שהתביעה הצבאית תגבש מדיניות ברורה בעניינים הללו ותפרסם אותה בהקדם.

6. המבקש לא השלים עם תוצאות ההליך וערער לבית הדין הצבאי לערעורים. המבקש טען כי בנסיבות המקרה שתוארו, המגע במכשיר הטלפון אינו מהווה "אחיזה" בטלפון כמשמעות מונח זה בתקנה 28(ב) לתקנות התעבורה, כפי שפורש בפסיקה. כמו כן נטען כי פסיקת בית הדין הצבאי בענייננו מהווה חידוש נוכח היעדר נהלי אכיפה ברורים של התביעה הצבאית. המשיב מצדו עמד על כך שמעשיו של המבקש עולים כדי "אחיזה" אסורה וזאת בין אם היא נלווית לשימוש במכשיר ובין אם לאו. בנוסף, המשיב הביא לידיעת בית הדין הצבאי לערעורים כי בחודש מאי 2021, לאחר הדיון בפני בית הדין הצבאי, עודכנו הנחיות התביעה הצבאית הראשית בעניין "החובה להחזיק בהגה או בכידון" (הנחית תעבורה מס' 5.02.02 - חלק עבירות) (להלן: ההנחיות המעודכנות). בהנחיות המעודכנות, בפרק "מדיניות העמדה לדין", צוין, בין היתר, כי "מגע, שאינו רגעי, בטלפון כשהוא ממוקם בהתקן המקבע אותו לרכב, אינו שימוש בטלפון באמצעות דיבורית, כהגדרתה בתקנה". לפיכך, מגע כאמור - עולה כדי עבירה לפי תקנה 28(ב) [הדגשות במקור].

7. בדיון שנערך במעמד הצדדים, ביקש בית הדין הצבאי לערעורים להפעיל את סמכותו לדון בטענות החורגות מנימוקי הערעור שהובאו בפניו בציינו כי הסמכות המסורה לו בהקשר זה "היא רחבה ומשתרעת על שטח המריבה כולה כפי שהיה בערכאה הראשונה". בהתאם לכך התבקשו הצדדים למסור את התייחסותם לאפשרות כי המבקש יורשע בחלופת "השימוש" בטלפון הנייד לפי התקנה ולא בחלופת האחיזה, כפי שקבעה הערכאה הדיונית. המבקש טען כי סמכות בית הדין לערעורים לדון בנימוקים שלא נטענו לכתחילה על ידי הצדדים היא סמכות מרחיקת לכת, אך לגופם של דברים טען כי גם חלופת השימוש אינה מתקיימת בנסיבות העניין. נטען כי המגבלה היחידה שהציב המחוקק בתקנה נוגעת לשימוש שעניינו תקשורת (כדוגמת גלישה באתרים ובאפליקציות, צפייה בסרטים וכיוצא בזאת) וכי התחקות אחר פרוטוקול הדיון בוועדת הכלכלה שעסקה בתיקון תקנה 28, במתכונתה הנוכחית, מעלה כי התיקון נועד להתיר שימוש במכשיר, לרבות חיוג מבלי שנאסר מגע ממושך במכשיר לשם כך. תימוכין לכך מצא המבקש בעובדה שבשנת 2007, השנה שבה נכנסה לתוקף התקנה בנוסחה העדכני, מרבית הטלפונים הניידים, ובפרט אלו שהותקנו ברכבים, כללו לחצנים פיזיים במכשיר אשר לצורך התקשורת או מענה לשיחה, נדרש הנהג לבצע פעולות ממושכות של לחיצה על מספר לחצנים בטלפון. משכך, טען המבקש כי ההתפתחות הטכנולוגית שחלה בטלפונים הניידים אינה מצדיקה יצירת עבירה שלא באמצעות תיקון חקיקתי.

8. המשיב מצדו טען כי פרשנותו של המבקש את התקנה אינה סבירה. לשיטתו, מענה לשיחת טלפון הוא מותר אך יש להגבילו לשימוש סביר בנסיבות העניין, וזאת בהתאם לאופן שבו פורשה התקנה בערכאות השונות.

9. בפסק דינו מיום 13.10.2021, עמד בית הדין הצבאי לערעורים על הקושי הטמון בקביעה לפיה פעולות המבקש מהוות אחיזה אסורה במכשיר הטלפון. בהקשר זה צוין כי ספק אם הנחת אצבעות בצידי הטלפון, שהיה מצוי



בהתקן, עונה על משמעותו המילולית של איסור ה"אחיזה". כן צוין כי הקושי בקביעתו של בית הדין הצבאי מתחדד לנוכח הפסיקה הקיימת ופרשנותה את המונח "אחיזה" כמובנו בתקנה. עם זאת, בית הדין הצבאי לערעורים סבר כי ניתן להרשיע את המבקש בעבירה לפי תקנה 28(ב) מהטעם שפעולותיו בעת שנהג, עולות כדי "שימוש" אסור בטלפון.

10. בית הדין הצבאי לערעורים התייחס להנחיות המעודכנות של המשיב שנזכרו לעיל. בהקשר זה צוין כי המדיניות על פי ההנחיות המעודכנות הקובעת כי "מגע, שאינו רגעי בטלפון" מהווה עבירה לפי תקנה 28(ב) - תואמת את פסיקת הערכאות הדיוניות, הן במערכת השיפוט הכללית והן במערכת השיפוט הצבאית. בית הדין הצבאי לערעורים הוסיף וציין כי תכלית התקנה היא לאסור על שימוש בטלפון במהלך נהיגה שלא באמצעות דיבורית, על מנת למנוע כל הסחת דעת או הפרעה לריכוז, אך לצד זאת המחוקק ביקש להתיר דיבור בטלפון ומענה לשיחה שאחרת תהיה זו "גזרה שהציבור לא יוכל לעמוד בה". על רקע זה קבע בית הדין הצבאי לערעורים כי פרשנות המשיב לאיסור הקבוע בתקנה, כפי שהיא משתקפת בהנחיות המעודכנות, ולפיה התרת המגע במכשיר הטלפון בעודו מונח בהתקן יציב מותרת ככל שהשימוש נעשה "באופן רגעי" ו"לשם מענה לשיחה, לדחייתה, לחיוג מהיר או להבטחת פעולתו התקינה של הרכב", היא הפרשנות הראויה בנסיבות העניין. בהקשר זה צוין בית הדין הצבאי לערעורים כי אין בפרשנות האמורה משום "חקיקה שיפוטית" כפי שטען המבקש, כי אם "התמודדות עם הקדמה הטכנולוגית באמצעות "מציאת מענה בחקיקה הקיימת על דרך של פרשנות הולמת" (סעיף 41 לפסק הדין). כמו כן נקבע כי השאלה האם שימוש בטלפון שמטרתו היא - חיוג מקוצר, קבלת שיחה או דחייתה - הוא בגדר "מגע רגעי" מותר, תוכרע בכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות העניין וכנגזרת ממשיך המגע והיקפו.

ישום מבחן זה על ענייננו, הולך את בית הדין הצבאי לערעורים למסקנה לפיה פעולותיו של הנהג - שכללו נגיעה במכשיר במשך כעשר שניות ברציפות בעודו נוהג בכביש שהמהירות המותרת בו היא בין 70 ל-80 קמ"ש - חורגות מגדר "מגע רגעי" במכשיר. משכך, מצא בית הדין הצבאי לערעורים לדחות את הערעור, ולהותיר את הרשעת המבקש בעבירה לפי תקנה 28(ב) על כנה, אך לפי חלופת ה"שימוש" הקבועה בה.

11. מכאן הבקשה שלפניי.

תמצית טענות הצדדים

12. המבקש טוען כי קביעת בית הדין הצבאי לערעורים ולפיה נגיעה בטלפון, לצורך מענה לשיחה כאשר הטלפון מצוי בהתקן קבוע, מהווה עבירה - היא קביעה חדשנית המנוגדת ללשון החוק, לתכליותיו ולפסיקת בתי המשפט. לטענתו, קביעותיו של בית הדין הצבאי לערעורים נסמכות על ההנחיות המעודכנות של התביעה הצבאית, וזאת על אף שההנחיות שונות ונכנסו לתוקף לאחר שניתן פסק הדין של בית הדין הצבאי. בהקשר זה טוען המבקש כי בית הדין הצבאי החיל, בדיעבד, מדיניות אכיפה חדשה שלא הייתה קיימת במועד ביצוע העבירה ומדיניות חדשה זו אף לא תואמת את משטר האכיפה של משטרת ישראל ביחס לאזרחים שאינם משרתים בצבא. בנסיבות אלו טוען המבקש לקיומה של אכיפה בררנית המפלה את ציבור הנהגים המשרתים בצבא, ועוד הוא סבור כי במצב דברים זה ראוי היה לבטל את כתב האישום נגדו משיקולי צדק.

13. המבקש מוסיף וטוען כי לשון התקנה ברורה. היא מתירה לעשות שימוש במכשיר הטלפון באמצעות דיבורית לצורך התקשרות, ואין ללמוד ממנה על הסייגים והמגבלות שנקבעו בהנחיות המעודכנות, אשר אומצו בפסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים. לטענת המבקש מסקנה זו מתבקשת בשים לב להיסטוריה החקיקתית של התקנה. על כך מוסיף המבקש וטוען כי תכלית התיקון שבמסגרתו הותקנה תקנה 28(ב), הייתה להרחיב את סל ההתנהגויות המותרות



לנהג ביחס למצב החקיקתי שקדם לתיקון ולהתאים את הדין למציאות באותם ימים. לטענת המבקש, אימוץ ההנחיות המעודכנות של התביעה הצבאית על ידי בית הדין הצבאי לערעורים משמעותה יצירת נורמה חדשה המרחיבה את האיסורים שהמחוקק ביקש לקבוע בגדרי תקנה 28(ב), באופן שבו השימוש בטלפון באמצעות דיבורית הותר רק לצורך מענה לשיחה, לדחייתה, לחיוג מהיר או להבטחת פעולתו התקינה של הרכב. ואולם, לשיטתו, קביעת איסורים באופן הזה צריך שתיעשה על ידי המחוקק ולא בדרך של חקיקה שיפוטית כפי שנעשה בעניינו. לחלופין טוען המבקש, כי אף אם לשון התקנה סובלת מספר פרשנויות, יש להעדיף את הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין, כמצוות סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

14. לבסוף טוען המבקש כי פסק הדין של בית הדין הצבאי לערעורים מוליך לתוצאות קשות. נטען כי פסק הדין יוצר חוסר ודאות משפטית באשר הוא משנה את פניה של העבירה מעבירה ברורה של אחריות קפידה לעבירת "סל" במסגרתה נדרש ליצוק תוכן עובדתי ונסיבתי לתוך מושגי שסתום - כגון "מגע רגעי", "חיוג מקוצר", "נסיבות השימוש והיקפו". עוד נטען כי לעובדה שהערכאה הצבאית מפרשת את הדין הכללי, כבעניינו, עשויה להיות השלכה לא רק על המשרתים בצבא כי אם על כלל אזרחי המדינה המחזיקים ברשיון נהיגה. מטעמים אלו סבור המבקש כי קביעות בית הדין הצבאי לערעורים חורגות מעניינו הפרטני והן ובעלות השלכות רחב ומכאן שמוצדק לדון בהן ב'גלגול שלישי'.

15. המשיב מצדו טוען כי הבקשה אינה עומדת באמות המידה שנקבעו בפסיקה למתן רשות ערעור על פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים. נטען כי בית הדין הצבאי לערעורים ביסס את הכרעתו על שורה ארוכה של מקרים שנדונו הן בערכאות הצבאיות והן במערכת המשפט הכללית ובכולם השתקפה העמדה לפיה מגע שאינו רגעי בטלפון הנייד - אף כשהוא מצוי בהתקן המונע את נפילתו - אסור, ומשכך אין בקביעות שבפסק הדין משום חידוש. לטענת המשיב פסק הדין מיישם את הדין כפי שפורש בפסיקה על נסיבותיו הפרטניות של המבקש וגם מהטעם הזה אין הצדקה לדון בעניינו פעם נוספת. עוד טוען המשיב כי מדיניות התביעה הצבאית באשר להיקף השימוש המותר בטלפון נייד בזמן נהיגה היא מדיניות עקבית המבוססת על לשון התקנה ותכליתה ועל פסיקת הערכאות השונות. כן נטען שההנחיות המעודכנות לא חידשו ולא הוסיפו איסורים שלא נאכפו קודם לכן אלא פירטו את המדיניות שהותוותה עוד בנוסח הקודם של ההנחיות. לטענת המשיב, הפרשנות המוצעת של המבקש לתקנה 28(ב) לפיה כל מגע בטלפון לשם תקשורת הוא מותר, ללא תלות במשך המגע ובהיקפו, חותרת תחת תכליות התקנה לצמצם ככל הניתן הסחת דעת מטעמי בטיחות. המשיב מוסיף וטוען כי אמנם לצורך אכיפת התקנה יש לבחון את סבירות מעשי הנהג ואולם לשיטתו הוראות אחרות בתקנות התעבורה מחייבות אף הן הפעלת שיקול דעת מצד גורמי האכיפה באשר להתנהגות הנהג. לבסוף, טוען המשיב כי המבקש לא הניח תשתית ראייתית מספקת להוכחת טענתו בדבר אכיפה בררנית ומשכך אף לא עומדת לו טענה להגנה מן הצדק.

16. ביום 20.12.2021 הגישה לשכת עורכי הדין בקשה להצטרף להליך כ"ידידת בית משפט" (להלן: הלשכה). בעיקרו של דבר, הלשכה מצטרפת לטיעוני המבקש וסבורה כי בפסק הדין נקבעו קביעות חדשניות וקשות המצדיקות לקיים בו ערעור נוסף. לטענת הלשכה, הסוגיות העקרוניות שפסק הדין מעורר טרם נדונו על ידי בית המשפט העליון ומן הראוי שאלו יעברו תחת שבט ביקורתו. עיינתי בבקשת ההצטרפות אך בשים לב לתוצאה שאליה הגעתי, לא מצאתי מקום להידרש אליה.

דיון והכרעה

17. סעיף 440ט(ב) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955 (להלן: חוק השיפוט הצבאי) קובע כי לא תינתן רשות לערער על פסק דין של בית הדין הצבאי לערעורים אלא בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש. בהקשר



זה נפסק כי השיקולים המנחים את בית משפט זה בקובעו אם להעניק רשות ערעור לפי סעיף 440 טלחוק השיפוט הצבאי, דומים במהותם לשיקולים המנחים את בית המשפט בבואו לדון בבקשות רשות ערעור לפי חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, כפי שנקבע ברע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982); וראו רע"פ 1331/14 אבו נ' התביעה הצבאית הראשית (7.3.2014)). על-פי שיקולים אלו, רשות ערעור תינתן מקום שבו מתעוררת שאלה ייחודית, בעלת חשיבות חוקתית, ציבורית או משפטית אחרת (ראו רע"פ 7593/07 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 5 (17.4.2008) (להלן: עניין פלוני)). שיקולים נוספים שיכולים להצדיק מתן רשות ערעור לדיון ב'גלגול שלישי' בפני בית משפט זה הם שיקולי צדק. מדובר במקרים נדירים וחריגים ביותר שבהם מתגלה אי-צדק בולט, או כאשר מתעורר חשש שנגרם למבקש עיוות דין (ראו, למשל: רע"פ 1730/14 פלוני נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 6 (9.3.2014)).

18. לאחר שעיינתי בפסקי הדין של בתי הדין הצבאיים ושקלתי את טענות הצדדים, הגעתי לידי מסקנה כי מקרה זה - אף שהוא מעורר שאלות חשובות החורגות מעניינו הפרטי של המבקש - אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים שבהם תינתן רשות ערעור.

טענתו העיקרית של המבקש היא כי פרשנותו של בית הדין הצבאי לערעורים את תקנה 28(ב) היא פרשנות שגויה, נעדרת אחיזה לשונית ומנוגדת לתכלית התקנות. ואולם בית משפט זה עמד, לא אחת, על כך שהשיקול המנחה במתן רשות ערעור אינו דבר קיומה של טעות בפסק הדין, אלא קיומו של פגם המחייב "תיקון נורמטיבי" (ראו רע"פ 1275/06 התובע הצבאי הראשי נ' קוזין (22.2.2006); וראו גם עניין פלוני, בפסקה 5).

19. לא שוכנעתי כי הפרשנות שאומצה על ידי בית הדין הצבאי לערעורים לתקנה 28(ב) - ודאי בנסיבות שבהן המבקש נגע במכשיר הטלפון במשך זמן לא מבוטל בעודו נוהג - היא פרשנות בלתי סבירה המחייבת "תיקון נורמטיבי" כאמור. הפרשנות שהעניק בית הדין הצבאי לערעורים לתקנה 28(ב) עולה בקנה אחד עם תכלית התקנה כפי שפורשה על ידי בית משפט זה בעבר (ראו: רע"פ 10020/16 בן יוסף נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (24.4.2018), שם צוין כי היא נועדה "למנוע את הפניית תשומת הלב מן הנהיגה וזאת הן בדרך של אחיזת הטלפון בעת הנהיגה והן בדרך של שימוש פעיל בו"; דברים ברוח דומה נקבעו ביחס לנוסחה הקודם של התקנה, כעולה למשל מעניין פלוני, פסקה 5 והאסמכתאות שם). פרשנות זו אף מתיישבת עם פסיקה קודמת של הערכאות הצבאיות ושל בתי המשפט האזרחיים, בהן הובעה עמדה עקרונית דומה ולפיה "שימוש" בטלפון כמובנו בתקנה 28(ב), הוא שימוש המוגבל לנגיעה קצרה או רגעית בטלפון ואינו כולל פעולות ממושכות שעלולות להוביל להסחת דעת (לדוגמה איתור איש קשר בספר טלפונים, קריאה ושליחת הודעות sms ועוד) (פסקה 38 לפסק הדין והאסמכתאות שם). משכך, לא שוכנעתי כי הכרעתו של בית הדין הצבאי לערעורים עולה כדי חידוש המצדיק מתן רשות ערעור.

20. אף אין בידי לקבל את טענותיו הנוספות של המבקש לקיומה של אכיפה בררנית ולתחולה רטרואקטיבית של ההנחיות המעודכנות בעניינו. פסק הדין מפנה אמנם להנחיות המעודכנות שפורסמו לאחר שהמבקש ביצע את מעשה העבירה שיוחס לו בכתב האישום, אך עיון בפסקי הדין שצורפו על ידי המבקש כמו גם בפסקי הדין שנזכרו על ידי בית הדין הצבאי לערעורים בהכרעתו, מעלה כי המבקש לא הרים את הנטל להראות כי ההנחיות המעודכנות הוסיפו איסורים שלא נאכפו קודם לכן.

21. טרם סיום, ראיתי להעיר עם זאת כי מאז שתוקנה תקנה 28(ב), לפני כ-15 שנים בקירוב, התעוררו לא אחת שאלות פרשניות בדבר היקף השימוש המותר מכוחה של התקנה ובאשר למדיניות אכיפתה. בשים לב לכך שאופן השימוש במכשירים ניידים השתנה באופן ניכר לאורך השנים האחרונות, מן הראוי כי מחוקק המשנה ורשויות האכיפה



המוסמכות ישובו ויבחנו את הצורך בתיקון נוסף או בהבהרה של התקנה (על הקושי הפרשני שעוררה התקנה בנוסחה הקודם והצורך בתיקונה אז ראו: רע"פ 6359/06 בשותי נ' מדינת ישראל (3.5.2007)).

22. סוף דבר - הבקשה לרשות ערעור נדחית.

ניתנה היום, ו' באדר א' התשפ"ב (7.2.2022).

ה נ ש י א ה
