



תת"ע 2568/08/18 - מדינת ישראל נגד ישי יעקב מעודה

בית משפט השלום לתעבורה בתל אביב - יפו

תת"ע 2568-08-18 מדינת ישראל נ' ישי יעקב מעודה
לפני כבוד השופטת ענת יהב

בעניין: מדינת ישראל
ע"י עו"ד רות בשארי

המאשימה

נגד

ישי יעקב מעודה
ע"י ב"כ עו"ד גולן יקיר

הנאשם

הכרעת דין

כנגד הנאשם הוגש כתב אישום המייחס לו כי ביום 12.12.17 בסמוך לשעה 09:57 בכביש 4, בקילומטר ה-112.9 מדרום לצפון, נהג במונית מסוג רנו, וזאת תוך שהשתמש או אחז בטלפון, שלא באמצעות הדיבורית, בניגוד לתקנה 28(ב)(1)(א) לתקנות התעבורה.

ביום 26.11.2018 התקיים דיון ובו טען הנאשם באמצעות בא כוחו כי "אין המדובר בטלפון נייד, אלא במירס, כך גם כותב השוטר, לפיכך העבירה אינה מתקיימת..." וביקש לקבוע את התיק להוכחות.

מן האמור עלה כי אין מחלוקת בדבר העובדות אלא אך ורק לעניין השאלה האם מכשיר מירס הוא טלפון, אם לאו, והאם יש להתייחס אליו כאל מכשיר שלא ניתן להחזיקו ביד כן הוריתי כי ההגנה תעביר טיעוניה כאשר הם מגובים בפסיקה, בתוך 30 ימים, החלטתי זו ניתנה במעמד הצדדים.

לאחר הגשת סיכומי המאשימה הועלתה טענה לאכיפה בררנית במסגרת בקשה שכותרתה "תגובה לסיכומי המאשימה" והכל כפי שיבואר בהמשך.

פרשת התביעה

בסיכומיה גורסת המאשימה כי ביום, בזמן ובמקום האמורים לעיל, נהג הנאשם בנתיב השני מימין מבין שלושה נתיבים כאשר השוטר האוכף הבחין בו בנסיעה במקביל אליו דרך חלון קדמי ימני כי מחזיק בידו הימנית טלפון



נייד מסוג מירס ושפתיו זזות. נוסף לכך, הנאשם השיב בסמוך לאחר ביצוע העבירה "לא ידעתי שאסור לדבר במירס רק אמרתי לנהגים שכל הכביש הולך להיסגר".

המאשימה צירפה פסיקה עניפה התומכת בטענה כי מכשיר מירס הינו מכשיר טלפון אשר חוסה תחת האיסור לשימוש בעת נהיגה.

פרשת ההגנה

ההגנה אינה מתכחשת לאמור בהודעת תשלום הקנס אולם טוענת היא מספר טענות בהקשר לעבירה הנטענת. ראשית, אליבא דדעת ההגנה, לא בוצעה עבירה שכן המדובר במכשיר קשר מסוג מירס ולא בטלפון נייד. שנית, כי בעניינו של הנאשם מתקיימת אכיפה בדרנית שכן, המאשימה אינה אוכפת עבירה זו כנגד נהגי מוניות, אנשי משטרה ופיקוח עירוני ושלישית, כי קיימים מחדלים בהודעת תשלום הקנס שכן, זו מולאה באופן הנוגד את הנוהל ואת הפסיקה אשר ניתנה בבית המשפט העליון במסגרת רע"פ 6487/12 **צבי דביר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 15.07.2013) משום שלא נרשמו צבע המכשיר ומספר הטלפון הסולארי.

דין והכרעה

הגנה מן הצדק - אכיפה בדרנית:

ראשית אתייחס לטענה המקדמית אשר הועלתה ע"י ב"כ הנאשם, ולא בהזדמנות הראשונה.

אכן הצדק עם ההגנה וטענה מקדמית ניתן להעלותה בכל שלב (ע"פ 1523/05 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 02.03.2006); וכן ת"פ (מחוזי ירושלים) 524/90 **מדינת ישראל נ' בנק לאומי לישראל בע"מ** (פורסם בנבו, 10.04.1994) וזאת למניעת עיוות דין ומטעמי צדק אולם הצדק אינו דייר בודד והוא שוכן בשותפות עם עקרון תום הלב ועל כן, מן הראוי כי על אף שניתן להעלות טענת הגנה מן הצדק בכל שלב, יש להעלותה בהלימה לעקרון תום הלב ומכאן, כי יש להעלותה בהזדמנות הראשונה ובהתאם לסדרי הדין.

רבות דובר בגנותה של האכיפה הבררנית והשלכותיה המזיקות לאמון הציבור ברשויות שלטון החוק ובבג"ץ 6396/96 **סימונה זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע**, נג(3) 289 (1999) הובאו מקצת הדברים (להלן: "עניין זקין");

"ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בדרנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בדרנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני, על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס



של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט. הסמכות להגיש אישום פלילי היא סמכות חשובה וקשה. היא יכולה לחרוץ גורל אדם. כך גם הסמכות לאכוף חוק בדרך אחרת, כגון הסמכות לעצור אדם או הסמכות להחרים רכוש. היא חייבת להיות מופעלת באופן ענייני, שוויוני וסביר.

הרי לנו הוא כי ריחה של האכיפה הבררנית הבאיש למרחקים ומכאן כי נקיטת אכיפה בררנית הינה חמורה ביתר שאת אשר פוגעת אנושות בערכי השוויון, הצדק והמוסר.

אני סבורה כי דווקא משום כך ולאור חומרתם של דברים כפי שהובאו והובעו, הנטל המוטל על כתפי הטוען לאכיפה בררנית כלפי הרשות שלימינה חזקת תקינות המעשה המנהלי - רב הוא, שכן, משמעה של טענת אכיפה בררנית הינה האשמת הרשות בהפליה פסולה, דה פקטו, האשמה חמורה מעין זו יש לבססה כראוי "אין די בסקירת הדוקטרינה המשפטית והפרכת של טענות לחלל האוויר... כלל הוא כי הטוען להגנה מן הצדק, לרבות מטעמי אכיפה בררנית, זקוק להוכחה, ולו לכאורה בכדי שבית המשפט ישתכנע שהתנהגותה של הרשות הינה כה מקוממת עד שיש לתת לנאשם הגנה מן הצדק..." (בתפ [חולון] 1016/12 גלברט יהודה אריה נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה חולון 27.08.12).

על מנת לבחון האם התקיימה אכיפה בררנית נפסק בע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' ד"ר איתמר בורוביץ, נט(6) 776 (2005) כי;

"שאלת החלטה של הגנה מן הצדק על מקרה נתון טעונה בחינה בת שלושה שלבים: בשלב הראשון על בית-המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים שננקטו בעניינו של הנאשם ולעמוד על עוצמתם במנותק משאלת אשמתו או חפותו. בשלב השני על בית-המשפט לבחון אם בקיומו של ההליך הפלילי חרף הפגמים יש משום פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות. בשלב זה נדרש בית-המשפט לאזן בין האינטרסים השונים, שהעיקריים שבהם פורטו לעיל, תוך שהוא נותן דעתו על נסיבותיו הקונקרטיות של ההליך שבפניו.

בתוך כך עשוי בית-המשפט לייחס משקל, בין היתר, לחומרת העבירה המיוחסת לנאשם; לעוצמת הראיות (הלכאוריות או המוכחות) המבססות את אשמתו; לנסיבותיהם האישיות של הנאשם ושל קורבן העבירה; למידת הפגיעה ביכולתו של הנאשם להתגונן; לחומרת הפגיעה בזכויות הנאשם ולנסיבות שהביאו לגרימתה; למידת האשם הרובץ על כתפי הרשות שפגעה בהליך או בנאשם וכן לשאלה אם הרשות פעלה בזדון או בתום-לב. ברי כי בגיבוש האיזון בין השיקולים הנגדיים ייחס בית-המשפט לכל אחד מהשיקולים את המשקל היחסי הראוי לו בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנתון.

כך למשל ככל שמעשה העבירה חמור יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין, וככל שמעשה הרשות שערורייתי יותר, ופגיעתו בנאשם ובזכויותיו חמורה יותר, יגבר משקלו של האינטרס הציבורי שבשמירת זכויותיו של הנאשם ובריסון כוחה של הרשות. **בשלב השלישי, משוכנע 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. (הדגשים אינם במקור ע.י.)

עפ"י הפסיקה דלעיל, בשלב הראשון על בית המשפט לזהות את הפגמים שנפלו בהליכים בעניינו של הנאשם, בעניינו הפגם הנטען הינו אי אכיפת התקנה כלפי כוחות המשטרה ועובדי הפיקוח העירוני, וזאת מבלי שההגנה הניחה כל יסוד לטענה זו ואף לא הציגה בדל ראייה או ידעה להצביע על מקרה ספציפי כלשהו אלא טענה בעלמא ולמעלה מכך, אני סבורה כי אי אכיפת איסור השימוש בזמן מבצעי עולה לכדי אכיפה חלקית מותרת ולא כאכיפה בררנית, באשר האינטרס הציבורי העומד על הפרק הינו לאין ערוך ומשכך, אני סבורה כי אין בקיומו של ההליך הפלילי פגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות והדעת סובלת יותר כי אף לו קיימת פגיעה בתחושת הצדק וההגינות הסובייקטיבית של הנאשם הרי שמסקלה פחות אל מול האינטרס הרב של הציבור (והנאשם בכללו) של כוחות ביטחון מתפקדים.

בנוסף ולמצער יצוין כי, לשערי בית משפט זה, מתדפקים מקרים רבים של תאונות דרכים קטלניות אשר יש ונגרמו בשל שנייה של שימוש בטלפון נייד בעת הנהיגה, כאשר הפגיעה הנטענת בעלמא בתחושותיו של הנאשם מחד, והאינטרס לשלום הציבור מנגד הרי שלא ניתן יהא להשלים עם תוצאה של עשרות אלפי נהגי מוניות עושים שימוש בטלפון נייד משולב ווקי טוקי אגב נהיגה, נוסעים בכבישי ישראל רק משום שאנשי משטרה עושים שימוש בטלפון נייד אגב נהיגה - לצרכים מבצעיים.

אף לו היה בידי ההגנה לשכנע את בית המשפט כי קיומו של ההליך כרוך בפגיעה חריפה בתחושת הצדק וההגינות - ולא כן הוא, הרי שאף אז על בית המשפט היה מוטל לבחון האם לא ניתן לרפא את הפגמים שנתגלו באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטולו של כתב האישום ולא להוביל באופן אוטומטי לזיכויו של הנאשם או ביטול האישומים נגדו, או מקצתם.

לאורם של דברים אלו אני סבורה כי עוד בטרם זיהוי הפגמים ובחינת משקלם על ידי בית המשפט, על מעלה הטענה מוטל הנטל להביא לפתחו של בית המשפט את הנימוקים להעלאת הטענה באשר הם נתמכים בראיות ולכל הפחות, על מעלה הטענה להצביע על ניסיון כן לבסס את הטענה. כך למשל, ההגנה יכלה להציג מסמך ובו בקשה אשר מופנית על ידה למאשימה במסגרת ביסוס טענת הגנה מן הצדק עפ"י סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 ובה היא מבקשת מידע הנחוץ לה לצורך ביסוס הטענה לו הייתה עושה כן או כל ראייה אשר תוכל ללמדנו כי יש ממש בטענה וכי היא אינה מועלית באופן ערטילאי שהוא בבחינת "מסע דייג".

ויודגש כי, מעלה הטענה אינו נדרש לסתור את מעשיה של הרשות אלא עליו לעמוד במבחן תלת שלבי, בשלב הראשון על מעלה הטענה להצביע על כך כי יש בידיו ולו ראייה לכאורית; בשלב השני עליו להראות כי לגבי אותה ראייה לכאורית יש די כדי ללמד על פגם או חוסר צדק הנעוצים במעשיה של הרשות באופן היורד לשורשו של עניין; והשלב השלישי, על מעלה הטענה לשכנע את בית המשפט כי בהוכחה לכאורית זו, לא קיימת האפשרות כי בסיסה של טענת אכיפה בררנית הנשענת על אותה ראייה לכאורית, תוכרע בסופו של יום - כאכיפה חלקית מותרת.



בענייננו, בידי ההגנה לא עלה לבסס כראוי טענת אכיפה בררנית וזאת מכמה טעמים, ראשית, ההגנה לא הציגה כל ראיה לכאורית אשר יש בה בכדי להטיל צל של ספק, פגם או חוסר צדק במעשי הרשות בהקשר של אכיפה בררנית בנדון דידן. אציין כי אף לו היה עולה בידיה של ההגנה להציג ראיה לכאורית לפיה העבירה אינה נאכפת לגבי אנשי משטרה ופיקוח עירוני הרי שהאפשרות המסתברת יותר כי בסופו של יום הייתה מוכרעת היא כאכיפה חלקית מותרת.

למעלה מכך ועל מנת לא להוציא את הנייר חסר, אמנה טעמים נוספים אשר היוו אף הם משקל לבסיס החלטתי לדחות את הטענה.

ראשית, הטענה הועלתה במסגרת תגובה לסיכומי המאשימה ולא במסגרת בקשה מסודרת, דבר אשר יש בו, לטעמי, על מנת ללמד על אמינותה.

שנית, אף תגובה זו נוסחה באופן לקוני, אשר נראה כי נעשה ונלוש ברגע האחרון ונטען בעלמא מבלי שישנו ביסוס כלשהו לטענה.

שלישית, לטעמי, אין ההגנה יכולה לשים בסל אחד אנשי משטרה אשר עוסקים בהצלת חיים ושאף הם אינם עושים שימוש במכשירי הקשר דרך קבע אלא רק לצורך מבצעי ואנשי פיקוח עירוני אשר בכלל תפקידיהם הסרת מפגעים וסיוע לכוחות הביטחון לעיתים, עם נהגי מוניות אשר יוצאים לעבודתם ושביכולתם להציב מכשיר קשר לצורך מניעת סיכון מכל המשתמשים בדרך אשר יכול ויהפוך לקטלני, כפי שבחרה שלא לטעון במשוכה אחת אכיפה בררנית גם כלפי נהגי אמבולנסים ונהגי כבאיות, שגם הם עוסקים בהצלת חיים קריטית ומיידית, לאור כל האמור, אני דוחה את הטענה.

עבירת השימוש/ אחיזה בטלפון הנייד שלא באמצעות הדיבורית:

המסגרת הנורמאטיבית:

המקור הנורמאטיבי לשימוש בטלפון בעת הנהיגה מצוי בתקנה 28 (ב) לתקנות התעבורה והוא קובע כי:

"(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.

ברבות השימוש בטלפונים אגב נהיגה, שאף עלול לשאת תוצאות קטלניות בחובו, ראה המחוקק לתקן תקנה זו כהמשך לתקנה 28 (א) המחילה חובה להחזיק את ההגה בשתי ידיים, לאחר שנכח כי קיים צורך בהתייחסות ספציפית למכשיר טלפון.

האם מכשיר ה"מירס" הוא "טלפון" כהגדרתו בתקנה:

ביום 29.5.19 התקיים דיון ובו הציג ב"כ הנאשם את מכשיר המירס אשר היה בחזקת הנאשם במועד הנטען לעבירה וכבר אז הביע בית המשפט את דעתו בעניין מכשיר ה"מירס" כלפיו נטען על ידי ההגנה בתוקף כי הוא "מכשיר קשר" שהמדובר במכשיר טלפון לכל דבר ועניין כאשר יש לו פעולה נוספת של לחיצה ואפשרות שיחה (ע' 4 ש' 8-9 לפרוטוקול).

יצוין כי "מירס" הייתה חברה סלולארית רשומה ("מירס תקשורת בע"מ") וכיום הינה "HOT MOBILE" ואין המדובר בדגם מכשיר. חברת "מירס" צלחה דרכה בעיקר בזכות שיווק מכשירי סלולאר מדגמים שונים, משולבי ווקי-טוקי, המשווקים אף כיום וניתן למצוא בהם את כל האפשרויות המאפיינות את מכשיר הטלפון החכם; החל מתכונות ווקי-טוקי, אפשרויות גלישה, גישה לרשתות החברתיות, מסך מגע, מצלמות, יישומי OFFICE וכלה בשני כרטיסי סים, קרי, שני מספרי טלפון שונים - חבר את כל אלו והרי לך מלוא האפשרויות הבלתי מוגבלות לצורך היסח הדעת בשעת הנהיגה וניתוק מהסביבה.

מחוקק המשנה הגדיר את המונח "טלפון" כמכשיר המיועד לתקשורת אשר קיימים בו לחצנים לחיוג, בית המשפט התרשם כי המכשיר אותו הציג הנאשם עונה על הקריטריונים שבתקנה קרי, יש בו לחצנים והם משמשים לחיוג. על אף שכיום מרבית מכשירי הטלפון אינם בעלי לחצנים לחיוג אלא בעלי מסך מגע אשר באמצעותו מבוצע החיוג, אין לייחס לכך חשיבות וראה לעניין זה דבריו של כב' הש' דורות בעפ"ת (מחוזי י-ם) 58780-05-16 ברוך בן יוסף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.11.2016);

"נוסח זה של התקנה נקבע בתקנות התעבורה (תיקון מס' 2), התשס"ח-2007, ק"ת 6630, מיום 20.12.07. הנוסח הנ"ל של התקנה הולם מכשירי טלפון מן הדור שהיה קיים בשנת 2007, בין היתר, לאור כך שהתקנה מתייחסת במפורש לטלפון אשר קיימים בו לחצנים לחיוג, דבר שהיה נפוץ בעת ההיא. כידוע, כיום אין בטלפונים החכמים לחצנים, שכן החיוג וההקלדה נעשים באמצעות מסך מגע."

אולם, אין בעובדה כי כיום נפסדים לחצנים פיזיים מהטלפון על מנת להפכו להיתר, שכן, תכליתה של החקיקה אינה נפסדת יפים לכך הם דבריו של הש' חיים כהן בספר "המשפט" [תשנ"ב] עמ' 210;



"מחוקק שדיבר לפני מאה שנים במרכבות ובסוסים, יתפרש כיום כאילו התכוון למכוניות: לא משום ש'מרכבות וסוסים' אף מכוניות במשמע, ולא משום שהעלה על דעתו שמעשי חקיקתו יחולו על מכוניות; אלא אף-על-פי ש'מרכבות וסוסים' לא במכוניות במשמע, אף-על-פי שלא העלה בדעתו שיהיו אי-פעם מכוניות בנמצא ומרכבות ייעלמו מן הרחובות; אלא משום שמטרת החוק הייתה-ונשארה- להסדיר את התנועה בדרכים, ולהשגת מטרה זו מן הדין לפרש 'מרכבות וסוסים' לרבות מכוניות וכלי-רכב ממונעים אחרים".

מכאן, כי תכליתה של החקיקה הינה למנוע תאונות דרכים אשר עלולות להיגרם עקב שימוש בטלפון הגורם להיסח דעת מהכביש ועל כן תיקן שימוש מצומצם אשר אף הוא, הותנה באי אחיזת הטלפון ובאמצעות דיבורית.

יצוין כי, אף על פי שלשון ההגדרה **"לחצנים לחיוג"** טבועה בתקנה בלשון רבים, האיסור חל אף במכשיר טלפון המצויד במסך מגע שהינו **משולב** ווקי טוקי ובו מצוי לחצן אחד ויחיד המשמש לחיוג לצד השני באמצעות לחיצה על הלחצן שכן, מורה לנו סעיף 5 **לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981** כי האמור בלשון יחיד - אף לשון רבים במשמע, וכן להיפך.

אולם ועל מנת למנוע לזות שפתיים ראיתי להרחיב קמעה ולשלול טענה אפשרית לפיה בדין הפלילי אנו מצויים ובשדה זה מן הראוי להקל עם הנאשם מקום בו לא צוין האיסור הספציפי מפורשות ע"י המחוקק כדוגמת "לחצן לחיוג" ומכאן יהא מי שיטען כי לשון רבים אינה כוללת יחיד ובכך לפרשו על דרך ההיתר, מה שלא כן הוא.

הדברים הועלו במסגרת רע"פ 3237/99 **אהובה לוי נ' מדינת ישראל**, נג(4) 140 (1999) שם המבקשת הורשעה בבית המשפט לתעבורה בשל כך שנהגה כאשר לאחת מאוזניה צמודה אוזניה המחוברת למכשיר טלפון סלולרי, שם ביארו השופטים כך;

"הוראותיו האמורות של סעיף 5 לחוק הפרשנות כפופות לסייג הקבוע בסעיף 1 לחוק האמור, שלפיו: הוראות החוק הנ"ל לא יחולו אם יש "...בענין הנדון או בהקשרו" דבר שאינו מתיישב עם הוראות אלו. לשיטתי, הסייג האמור חל לעניין פרשנות התיבות הנ"ל בתקנה 169 לתקנות, וזאת משום שיישום הוראותיו של סעיף 5 הנ"ל אינו מתיישב - לטעמי - עם תכלית חקיקתה של התקנה האמורה.

תכליתו של האיסור שקובעת תקנה 169 הנ"ל היא למנוע מצב שבו "מתנתק" הנוהג ברכב מסביבתו עלידי הצמדת אוזניות לשתי אוזניות, וזאת להבדיל מ"כרסום" גרידא ברמת הקשב של הנהג וביכולת לקלוט "קולות" המושמעים בסביבתו הקרובה..."

הסייג הקבוע בסעיף 1 לחוק הפרשנות, **התשמ"א - 1981** המורה כי "...חוק זה יחול לגבי כל חיקוק והוראת מינהל... ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם חוק זה" מתקיים גם בענייננו שכן, תכלית האיסור הקבוע בתקנה 28(ב)(1)(א) הינה שהנוהג ברכב, ימנע מהסחת דעת הנגרמת באמצעות שימוש בטלפון אגב נהיגה, למותר לציין כי תכליתה של תקנה 28(ב) הינה כי הנוהג רכב יעשה זאת כאשר שתי ידי אוחזות בהגה לשם השגת ריכוז ושליטה מירביים על הרכב.

על מנת לעקור מהשורש כליל את היתכנותה האפשרית של הטענה כי כביכול המחוקק התכוון להחיל שימוש בווקי טוקי בגדרי השימושים המותרים (ומהמצומצמים) או לכל הפחות, שתק בנושא זה - הרי לנו כראייה כי



לצורך השימוש בטלפון משולב ווקי טוקי יש **לאחוז** במכשיר הטלפון המשולב ורק לאחר מכן ללחוץ על לחצן הווקי טוקי ומאחר ואחיזה במכשיר טלפון אסורה אף היא, הרי שמכללא אחיזה זו, גם אחיזה לצורך לחיצת הלחצן הייעודי לכך, **לרבות** בטלפון משולב ווקי טוקי, חוסה בגדר האיסורים הקבועים בתקנה ועל כן אני קובעת כי מכשיר הטלפון המשולב ווקי טוקי (כפי שהגדירו הנאשם "מירס") הינו מכשיר טלפון האסור לפי תקנה 28(ב).

השימוש בטלפון:

הנאשם אינו מתכחש לעובדה כי השתמש בטלפון הנייד אולם מסייג את השימוש אשר נעשה לשימוש בתכונת ה"ווקי טוקי" בלבד המובנית במכשיר. על אותו היקש יוכל כל נאשם לטעון כי לא עבר על האיסור לשלוח או לקרוא מסרונים s.m.s בעת הנהיגה, איסור הטבוע בתקנה 28(ב)(2)(ב), אלא עשה שימוש בפונקציית הודעות מוקלטות המצויה באפליקציית ה"Whatsapp" מובן מאליו כי, הן הקלטת s.m.s באמצעות אפליקציית "Whatsapp" והן קיום שיחה באמצעות לחצן חיוג ווקי טוקי חוסים שניהם בגדר האיסורים המנויים בתקנה.

כאמור, הנאשם אינו מכחיש כי עשה שימוש בטלפון הנייד אלא בתחילה טען כי הדבר אינו מהווה עבירה, מאחר ונראה כי טענה זו נזנחה על ידי ההגנה בסופו של דבר (ראה ס' 23 לסיכומי ההגנה) ומאחר שקבעתי כי טלפון משולב ווקי טוקי עונה על ההגדרה המנויה בסעיף התקנה, הרי שהעבירה התקיימה.

מחדלי חקירה:

בסיכומיה טענה ההגנה כי עיון בהודעת תשלום הקנס מלמדת כי השוטר אשר ערך את הדו"ח לא רשם את צבע המכשיר ואת מספר הטלפון הסלולארי וזאת בניגוד לנוהל האכיפה ובניגוד להוראת בית המשפט העליון במסגרת רע"פ 6487/12 **צבי דביר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 15.07.2013), לפיכך, קיימים מחדלי חקירה ועל כן ומשום שנפלו פגמים באופן רישום הדו"ח יש לקבוע כי אין המדובר בשימוש בטלפון נייד - דין הטענה להידחות.

ההגנה אינה יכולה לטעון טענות עובדתיות חילופיות במצטבר הדבר משול כ"אחוז בזה וגם מזה אל תנח ידך", אין ההגנה יכולה לתפוס את החבל משני קצותיו ואינה יכולה לטעון בראשית; לא בוצעה עבירה, ולאחרית; בוצעה עבירה אולם האכיפה היא בררנית, ולסיום לטעון למחדלי חקירה ובזהירות ייאמר כי העלאת טענה זו בשלב כה מאוחר, מעלה על פניו כי אף ההגנה מכירה בכך כי אכן מדובר בעבירה אולם דינו של האישום לביטול עקב המחדלים.

יצוין כבר עתה כי מחדל אינו מוביל לביטול אוטומטי של האישום או לזיכויו של הנאשם. ישנם מחדלים שתימצא להם תרופה באמצעות חומרי חקירה נוספים אשר מופיעים בתיק. לטעמי, דרישה זו מתקיימת אף בענייננו. שכן, מה לנו במחדל עורך הדו"ח, אשר לא ציין את מספר הטלפון והדגם של המכשיר אשר באמצעותו בוצעה העבירה הנאכפת, כשלפנינו הודאת הנאשם עצמו והצגת המכשיר לפני בית המשפט, אותו המכשיר אשר נטען כלפיו ע"י ההגנה כי זהו המכשיר אשר היה בחזקת הנאשם במועד אכיפת העבירה ועל כן, אני קובעת כי אף לו התקיים מחדל, הרי שלנוכח הודאת הנאשם הרי שמשקלו של מחדל זה, מועט ביותר.



לאור כל הנימוקים שמניתי לעיל, אני קובעת כי המאשימה עמדה בנטל המוטל עליה, ואני מרשיעה את הנאשם בעבירה של נהיגה תוך שהחזיק או השתמש בטלפון הנייד, שלא באמצעות הדיבורית.

ניתנה היום, כ"ג אלול תשע"ט, 23 ספטמבר 2019, במעמד הצדדים