



07.12.2021

לכבוד	לכבוד	לכבוד
עו"ד עמית מררי	ד"ר אביחי מנדלבלית	עו"ד שגית אפיק
המשנה ליועץ המשפטי לממשלה	היועץ המשפטי לממשלה	היועצת המשפטית לכנסת
למשפט פלילי		במייל: ibdavid@knesset.gov.il
בפקס: 02-6467001	בפקס: 02-6467001	בפקס: 02-6753495

לכבוד
עו"ד עמית איסמן
פרקליט המדינה
במייל: state-attorney@justice.gov.il
בפקס: 02-6467006

שלום רב,

הנדון: תיקון חוק העונשין – קביעת עונש מזערי לעבירת החזקת נשק בלא רשות על פי דין
(תיקון מס' 140 – הוראת שעה), התשפ"ב-2021

לאור ההצבעה על הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 140 – הוראת שעה), התשפ"ב – 2021 (להלן: "תיקון החוק"), הריני לפנות אליכם כדלקמן:

1. תיקון החוק מחמיר בענישה בעבירות של רכישה, אחזקה, נשיאה, הובלה, ייצור, ייבוא או סחר בנשק לא חוקי, על ידי הגבלת שיקול הדעת השיפוטי והגדרת עונש מזערי לענישה, וזאת באמצעות תיקון לסעיף 144 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").
2. על פי תיקון החוק, יתווסף לסעיף 144 סעיף קטין "ז", ולפיו "הורשע אדם בעבירה לפי סעיף קטן (א) רישה, (ב) רישה או (ב2), לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו; עונש מאסר לפי סעיף קטן זה לא יהיה, בהעדר טעמים מיוחדים, כולו על-תנאי".
3. משכך, העונש המינימלי לעבירה של רכישה או החזקה בהעדר טעמים מיוחדים יעמוד על שנה ותשעה חודשים, לעבירה של נשיאה או הובלה שנתיים וחצי, ולעבירה של ייצור, ייבוא או סחר

שלוש שנים ותשעה חודשים. בנוסף, על עונש מזערי להיות, לפחות בחלקו, מאסר בפועל, כשכל סטייה מהוראה זו תהיה מטעמים מיוחדים שיירשמו.

4. בדברי ההסבר לחוק, צוין כי "למרות העונש הכבד הקבוע בצידה של עבירה זו והחמרת הענישה על ידי בתי המשפט בשלוש השנים האחרונות, עלה מספר עבירות החזקת הנשק שלא כדין ומספר העבירות הקשורות לעבירה זו".

5. בנוסף, צוין בנוסח הצעת החוק כי "עונשים מזעריים בעבירות פליליות הם כלי חריג ויוצא דופן, במיוחד לאור חקיקת חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, שקבע את הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, ופרסום מסקנות הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (בנובמבר 2015)". משכך, הודגש כי מדובר על הסדר שנדרש "נוכח התפשטות ההתחמשות של קבוצות גדולות באוכלוסייה בנשק בלתי חוקי, ייחודיות התופעה והשלכותיה החמורות, בפרט המחיר שהיא גובה בחיי אדם". לפיכך, מטרת החקיקה, כפי שצוין בדברי ההסבר, הינה "העלאת רמת הענישה והגברת ההרתעה".

6. תיקון החוק מצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט ופוגע בעקרון ההלימה והיסוד הטמון בענישה אינדיבידואלית בהליכים פליליים. אמנם לשון החוק היא ניטרלית אך לפי תכליתה היא תיצור הלכה למעשה ענישה קטגורית בעלת אלמנט הפרדה בין נאשמים ערבים ליהודים, ומייצרת בכך שתי מערכות חוק וענישה נפרדות. משכך, תיקון החוק יגביר את מספר הכלואים הערבים בבתי הכלא, יעלה את הסיכון לרצידיביזם ועלול להגביר את אחוזי הפשיעה בחברה הערבית. בנוסף, תיקון החוק מתייחס לעבירות הנשק באופן גורף מבלי לשים לב להבדל המהותי ביניהם, ומעניק בכך כוח משמעותי לתביעה ולפרקליטות בניהול תיקים פליליים, ומותיר בידיהם קלפי מיקוח חסרי תקדים. כוח זה יפגע בזכות להליך הוגן ואף עלול להוביל להודאות והרשעות שווא. בכך, תיקון החוק מגביר את חוסר השוויון ומעמיק את הפער הקיים בין ערבים ליהודים.

7. תיקון החוק פוגע בזכויות יסוד, חורג ממתחם הסבירות ונוגד את התכלית שלשמה הוא נחקק (מיגור הפשיעה בקרב החברה הערבית). הפגיעה בביטחון האישי של האזרחים הערבים, והעליה המדאגה במספר מקרי הירי בחברה הערבית נוצרו, בעיקר, מהאפליה העמוקה והשיטתית והעדר האכיפה ביישובים הערביים, כאשר הסמכויות המוקנות למשטרה מלכתחילה הוזנחו במשך עשרות שנים. החמרת הענישה על ידי הגדרת עונשי מינימום הינו אמצעי בלתי מידתי הפוגע בזכות להליך הוגן ובזכות לחירות.

8. תיקון החוק עבר היום לפנות בוקר, באישון לילה, בתמיכה של ארבעה חברי כנסת, ללא מתנגדים או נמנעים, זאת על אף השפעתו מרחיקת הלכת ופגיעתו החמורה בזכויות יסוד.

9. משכך, נבקש את התערבותכם הדחופה בנדון למניעת יישומו. לחלופין, במידה ויוחלט על יישומו של החוק, נבקש לקבל לידינו את מדיניות הענישה המתוכננת בעבירות הנשק, וכן כיצד יוגדרו אותם מקרים בהם יותר לבית המשפט לחרוג מעונשי המינימום מטעמים מיוחדים שיירשמו.

10. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". ההליך הפלילי, ואמצעי הכליאה הכרוכים בו כאמצעי ענישה או מניעה, נחשבים לחריג לזכות זו, ובהיותם אמצעים פוגעניים חלה חובה להשתמש בהם בזהירות יתרה. משכך, על הענישה באמצעות כליאה, וההחמרה בה בהקשר הזה, להיבחן על פי פסקת ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

11. על פי פסיקת בית המשפט העליון, על המחוקק להתחשב במכלול התכליות הרלוונטיות לתחום המוסדר, ולפיקך להתחשב גם בחובה לכבד זכויות אדם.¹ כך, תכלית היא ראויה אם היא מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על זכויות האדם. בהעדר תשתית עובדתית מוצקה, ונחיצות לפגיעה בזכויות היסוד, חוק אינו יכול להיות מיועד לתכלית ראויה. משכך, נדרש קשר רציונלי בין מטרות החקיקה והתכלית שהיא באה למלא לבין המצב העובדתי הקיים בנושא.

12. החקיקה נשענת על ההשערה שהצבת עונשי מינימום תביא לירידה ברמת הפשיעה ולהרתעת עבריינים פוטנציאליים. ואולם, וכפי שיוצג בהמשך, השערה זו נעדרת תשתית עובדתית, ומשכך מעלה את החשש כי העלאתה וקידומה נובעים משיקולים זרים. בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט לא הוצג אף מחקר אמפירי או נתון סטטיסטי המראה בבירור כי הצבת עונשי מינימום תוביל לירידה כלשהי ברמת הפשיעה. להבדיל, נתונים רבים מצביעים על מגמה הפוכה לגמרי; עונשי מינימום מעלים את רמת הפשיעה, מגדילים את אוכלוסיית בתי הסוהר ומגבירים את החשש מפני רצידיביזם.

13. נתונים אלו מעידים כי תיקון החוק לא בוסס מבחינה עובדתית, מחקרית או אמפירית, ומשכך, לא נועד לתכלית ראויה. בחינה אובייקטיבית למטרת הצעת החוק, וכן לתכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד המחוקק בעת הדיון בה מצביע על פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות יסוד.²

14. החקיקה ציינה בדברי ההסבר שלה כי חרף העובדה שעונשים מזעריים הם כלי חריג ויוצא דופן – בייחוד לנוכח תיקון 113 לחוק העונשין ומסקנות הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים: דין וחשבון (להלן: "ועדת דורנר") – התיקון יביא לשינוי המבוקש בהעלאת רמת הענישה ובהגברת ההרתעה. ואולם, מחקרים רבים מלמדים כי לא ניתן להביא להרתעה באמצעות החמרת הענישה או הטלת חובת עונש מאסר בפועל, בייחוד לתקופות קצרות. עמדה על כך ועדת דורנר בציינה:

"בהעדר מידע אחר באשר להשפעת המאסר בנסיבות מסוימות, אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות שימוש במאסרים ממושכים יותר" (ועדת דורנר, עמ' 22).

¹ בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 62 לפסק הדין של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 30.04.2006).
² ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל (2016), 163.

15. החמרת הענישה באופן גורף וקטגורי נוגד את עקרון ההלימה ובחינת חלופות מאסר. כך, הדגישה ועדת דורנר כי הכליאה הינה גורם המביא להגברת רמת העבריינות ואף לחזרת העבריין למעגל הפשיעה:

"גורמים שונים כמו חשיפה לאלימות, הצורך לאמץ דפוסי התנהגות עברייניים כדי לשרוד בתקופת המאסר והתפתחות רשת חברתית עבריינית לצד התיוג החברתי השלילי של אסירים משוחררים מביאים לכך שהכלא בסך הכולל מעודד נטיות עברייניות יותר מאשר מדכא אותן. בנוסף, בזמן השהות בכלא מאבד העבריין חלק גדול מהכישורים הנדרשים להתקיים בחברה ולהתפרנס באופן חוקי, כך שאורח חיים עברייני הופך לעיתים להיות האופציה היחידה עבורו עם שחרורו. במקביל, הכלואים מלמדים אחד את השני כיצד לבצע עבירות חדשות ואיך לשפר טכניקות של פושע. מכאן שלכליאה השפעה ארוכת טווח על גישתם של האסירים לפשע ולאלימות, על הקשרים החברתיים שלהם ואף על זהותם. מידת ההשפעה של הכליאה על העבריינות החוזרת אינה ברורה לחלוטין. אולם יש בסיס משמעותי להערכה כי לכליאה השפעה קרימינולוגית, כך שהסיכוי לרצידיביזם גדול יותר בקרב מי ששחרר מהכלא, בהשוואה לנאשם דומה שנדון לעונש מסוג אחר. לכן, אם בזמן שהותם בכלא, הכליאה מצמצמת את העבריינות באמצעות הרחקת הכלואים מהציבור, עם שחרורם היא מגדילה את העבריינות, בשל ההשפעה הקרימינולוגית" (שם, בעמ' 26-27).

16. הצבת ענישה מזערית לשלושת סעיפי החוק תביא להחמרה בענישה הכרוכה בתקופת מאסר מינימלית, ומשכך, להגדלת אוכלוסיית האסירים הערבים בבתי הסוהר, בייחוד כאלה שמרצה עונשים קצרים, וזאת במקום לנתב את המדיניות לכיוון השיקומי תוך טיפול בבעיות העומק בחברה הערבית. עונשי מוצא מונעים ענישה אינדיבידואלית ומאחדים, לכאורה, את סטנדרט הענישה לפי סוג העבירה, להבדיל מבחינת כל מקרה לגופו וקביעת מתחם הענישה ההולם את המקרה הספציפי.

17. בית המשפט העליון עמד על חשיבות הענישה האינדיבידואלית כנגזרת ממכלול הנסיבות והשיקולים הפרטניים שבכל מקרה, ועל הקושי להשוות בין גזרי דין שניתנו לנאשמים שונים ובנסיבות עובדתיות ואישיות שונות (ע"פ 1987/15 עופר דורי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.08.2015)).

18. ועוד, פסק בית המשפט העליון כי חקיקה גורפת, בייחוד כשקיימים אמצעים שפגיעתם פחותה יותר, אינה יכולה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה – קל וחומר כאשר מדובר על שלילת חירותו של האדם:

"ההסדר בסעיף 325(ב) קובע שלילה גורפת של הגמלאות בכל מקרה של הרשעת ילדיהם בעבירות מן הסוג המנוי בו והטלת עונש מאסר, ללא בדיקה אינדיווידואלית הנוגעת להתנהגותם של ההורים בפועל (או מתן זכות טיעון בעניין זה להורים). גם אם תכליתה של שלילת

הגמלאות היא הרתעתית-מניעתית ומכוונת לכלל אוכלוסיית ההורים לשם מניעה מראש של ביצוע העבירות, **לא שוכנעתי כי זו מחייבת הסדר גורף, וכי בדיקה פרטנית (או מתן אפשרות לקיומה) תעקר תכלית זו או תפגע בה** [...] ההסדר הגורף שלפנינו, המורה על שלילת גמלאות מהורי קטינים כתלות בהרשעת הקטינים והטלת עונש מאסר בלבד אינו מקיים את הדרישה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות החוקתית פחותה" (בג"ץ 3390/16 עזאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת (נבו 08.07.2021), בעמוד 158).

19. גישה זו מתכתבת עם ההתנגדות לעונשי מינימום באופן כללי, וכפי שציננה ועדת דורנר:

"ככלל, יש להימנע מקביעת עונשים מזעריים לעבירות, שכן עונש מזערי מקשה על בית המשפט להתאים את הענישה לעקרון ההלימה (במקרים בהם העבירה בוצעה ברף התחתון של החומרה) ולמטרות הענישה האחרות (ועדת דורנר, בעמ' 31).

20. ואולם, ציננה ועדת דורנר בהמלצותיה (וכך גם בהחלטת הממשלה מס' 1840) כי אם בכל זאת המחוקק מעוניין לחוקק עונש מזערי, ובטרם יוצע שינוי כזה, יש צורך לבחון את רמות הענישה הנהוגות בעבירה הרלוונטית, להציג את העלות המשוערת של השינוי המוצע ולוודא האם המצב המשפטי הקיים אכן אינו מאפשר לבתי המשפט להטיל עונשים העומדים בעקרון ההלימה.

21. ואכן, הוצגו בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט נתונים רבים וחוות דעת שונות מטעם פרקליטות המדינה, מחלקת התביעות, הסניגוריה הציבורית, ומומחים שונים המדגישים כי יש להימנע מחקיקה כזו. פרופסור אורן גזל-אייל שהתנגד להצעת החוק הציג את חוסר היעילות בהחמרת הענישה כאשר המטרה היא הרתעה:

"עלות של שנת מאסר היא כ-200,000 שקל. את הכסף הזה יכולנו להשקיע בצורה הרבה יותר חכמה באכיפה יותר יעילה, במערכות חלופיות בתוך הקהילה. כדי להכניס היום אסיר לכלא צריך להוציא אסיר אחר במקומו. מספר האסירים היום בכלא הוא 14,000. בהחלט יש מקום לסל צעדים כשיש עלייה בעבירות של שימוש בנשק, בהנחה שיש עלייה כזאת כפי שמרכז המחקר ציין. אני חושב שהתופעה הזאת מחייבת התייחסות מיוחדת, אבל עונש מינימום לא יקדם את המאבק בעבריינות הזאת, כי גם בלי עונש מינימום יש מגמה של החמרה בענישה" (פרוטוקול דיון ועדת החוקה, חוק ומשפט בהכנה לקריאה ראשונה, 02.08.2021).

22. גם עו"ד ישי שרון מהסניגוריה הציבורית עמד על השינויים שעוברת מערכת המשפט ומערך הכליאה:

"המערכת שלנו עוברת למסלולים של פיתוח חלופות לכליאה, מתוך הבנה שמאסרים קצרים זה דבר שיותר מזיק מאשר מועיל. מכיוון שיש למאסרים קצרים אפקט שרק מזדרדר לעבריינות, הוא לא מונע

אותה, אנחנו מנסים לחשוב על מהלכים שבהם אנחנו יכולים להטיל על אותו נאשם עונש בקהילה מחוץ לכותלי הכלא. הצעת החוק הזאת מכתיבה מסלול הפוך, לכן אנחנו חוששים שהתוצאה תהיה שיהיה מסלול אחד שמדבר על נאשמים יהודים, שאז אנחנו נקדם מהלכים יפים מאוד של הימנעות ממאסרים קצרים ונפתח חלופות לכליאה, ומסלול אחר של החמרה בענישה ושליחת אנשים למאסר דווקא כשמדובר בנאשמים ערבים. אנחנו חושבים שמדובר בהצעת חוק לא מועילה, לא נדרשת שיכולה להזיק בסופו של יום" (שם).

23. העדר הצורך בענישת מינימום אף משתקפת מנתוני המשרד לביטחון פנים שהוצגו בוועדה, ובהן ניתן לראות כי בתי המשפט דווקא מחמירים את הענישה בשנים האחרונות:

"הנתונים שהבאנו מתייחסים לשנים 2016-2021, והם מתייחסים רק לרישת הסעיף, דהיינו רק לעבירה של החזקת נשק, לא להחזקת מחליפי נשק או תחמושת. הנתונים הובאו בחתך של ענישה - עבודות שירות, מאסר בפועל, ופסקי דין שניתנו ולא כללו מאסר בפועל ועבודות שירות. 72% מפסקי הדין כללו רכיב של מאסר בפועל, 20% כללו רכיב של עבודות שירות, ו-8% לא כללו מאסר ולא עבודות שירות. החל משנת 2016 רף המאסר בפועל היה 62%, כאשר אחר כך יש עלייה לטובת ה-70%. אם ב-2016 78% מפסקי הדין שניתנו היו מאסר עד שנה, בשנת 2018 רף הענישה הופך להיות גבוה יותר. עדיין אנחנו עומדים על משהו כמו 55% רף ענישה של עד שנה, ובסביבות 40% מעבר לזה" (שם).

24. ובכן, ניכר כי בתי המשפט דווקא נוקטים במדיניות ענישה חמורה, כאשר הנטייה המובהקת היא להטיל עונשי מאסר בגין עבירות נשק תוך הענקת משקל גדול מאוד למציאות החברתית ולשיקולי ההרתעה. הסניגוריה הציבורית הדגישה נושא זה בנייר העמדה שהוצג בפני הוועדה, ואף הצביעה על ייצוג יתר של ערבים במעצר ובמאסר, כאשר 61% מכלל העצורים הם ערבים, ו-47% מבין האסירים הפליליים הם ערבים. הנתון המדאיג מכולם נמצא בתקופות המאסר; 41% מאותם אסירים פליליים ערבים מרצים תקופות מאסר קצרות של עד שנתיים, אל מול 33% מהאסירים היהודים. ההבדל הזה נובע, בעיקרו, מהבדל בגישת הענישה שהתכללה טוב לחדריהם של השופטים – יותר ערבים נכנסים לכלא לתקופות מאסר קצרות, בעוד שיותר יהודים מקבלים מענה שיקומי מחוץ לכותלי הכלא.³ הטלת עונשי מינימום יביא להגדלת מספר האסירים הערבים המרצים תקופות קצרות ובכך ירחיב את מעגל הפשיעה.

25. הטלת חובת מאסר בעבירות נשק אינו קשור, גם כן, לקשיים העומדים אל מול הרשויות בניהול תיקים מהסוג הזה. תמי בן שושן, קמ"ד חקירות במשרד לביטחון הפנים, הדגיש בוועדה כי הסיבה להעדר הרתעה "ענישתית" בעבירות נשק הינה דווקא הקשיים הראייתיים שנתקלת בהן המשטרה:

³ עמדת הסניגוריה הציבורית באשר להצעת חוק העונשין (תיקון) – עונש מינימום על החזקת נשק בלתי חוקי, התשפ"א-2021 (הוגש לוועדה ביום 26.11.2021).

"אני רוצה להתייחס לטענת הסנגוריה על מדוע, אם יש לנו עבירה של החזקת נשק, כמות כתבי האישום כל כך נמוכה. החזקת נשק היא לא בהכרח תפיסת נשק על גופו של אדם, לכן לא מיד אתה תופס חשוד. הרבה מאוד מעבירות החזקת הנשק הם תפיסת נשק באיזה שהוא מתחם, באיזה שהוא מקום אחר ציבורי, כשאנחנו מאד מתקשים לקשור בין הנשק לבין החשוד. כמו שצינו פה האנשים לפניי, הפעולות של איסוף הראיות בעבירה של החזקת נשק הן מאוד מאוד קשות" (שם).

26. למשרד לביטחון הפנים ולמשטרה אין אומדן למספר כלי הנשק הבלתי-חוקיים במדינה, ואולם המספרים נעים, על פי דיווחים שונים, בין עשרות למאות אלפי כלי נשק.⁴ התמודדות המשטרה עם הפשיעה המאורגנת, או העדר התמודדותה, התלוותה בהפקרה מוחלטת לביטחון האישי של האזרחים הערבים. לנוכח העדר האכיפה, התפשטו ברחבי הערים הערביות כמות ענקית של נשק, והפכו להיות נדבך מרכזי במרחב הציבורי.

27. לפי דוח מבקר המדינה שיצא השנה, המשטרה טרם חוללה את השינוי המיוחל בטיפול בעבירות הירי. על אף שהפשיעה הלכה והתעצמה בחברה הערבית, ואירועי הירי הגיעו לשיא של כ-9,200 אירועי ירי בשנה,⁵ שיעור כתבי האישום בתיקי הנשק ירד. בשנת 2019, למשל, תיקי החקירה שנפתחו בעבירות נשק ירד ל-30%, כשיעור כתבי האישום שהוגשו בתיקי עבירות ירי עמד על 5% בלבד.⁶ משכך, ההחלטה להחמיר בענישה כאשר הסיבה המובהקת הינה מדיניות משטרתית (או העדרה) אינה עומדת בתכלית שלשמה מוצע החוק, ומהווה אמצעי פסול שפגיעתו חסרת תקדים, כך שייחוס קטיגורי לכלל עבירות הנשק תוך שלילת היכולת המשפטית האפקטיבית לבחינת כל מקרה לגופו אינו מידתי וגורף.

28. יתר על כן, צמצום שיקול הדעת השיפוטי והגדרת עונשי מינימום יפגע בזכותו של החשוד או הנאשם להליך הוגן, בייחוד כאשר אל מול צמצום זה מתחזק מעמדה של התביעה והמשטרה בהליך הפלילי. הגדרת עונשי מינימום לשלושת עבירות הנשק יחדיו מעביר את שיקול הדעת לתביעות בכל עבירת נשק, ומאפשר להם להתמקח על סעיפי האישום, עובדות המקרה או ההודאה ביודעם כי קרוב לוודאי, בתשתית ראייתית מספקת, תהיה תקופת מאסר מסוימת. אורכה של התקופה נמצא אם כן בידי התביעה עוד בשלבי החקירה. כך, חשוד שיואשם בעבירת נשק חמור יעדיף לסגור על הסדר טיעון, סגור לפני פתוח, כשהתביעה שולטת בפועל במתחם הענישה ובסעיפי האישום.⁷

29. העמקה זו של יחסי הכוח בין התביעה לחשוד נתפסת כבעייתית במיוחד לנוכח העובדה שמרבית התיקים נסגרים היום בהסדרי טיעון ואינם מגיעים כלל להליך הוכחות בבית המשפט. ואולם, גם אם תיק מסוים יגיע לבתי המשפט, לא יוכל השופט לקבוע מתחם ענישה ההולם את המקרה הנמצא לנגד עיניו, ויאלץ, לנוכח התיקון, לקבוע מתחמי ענישה התואמים את טיעוני הפרקליטות.

ארצות הברית – מקרה מובהק להשלכות עונשי המינימום על הפשיעה, חוסר השוויון והעמקת הפערים

⁴ מרכז המחקר והמידע של הכנסת, "עבירות נשק – נתונים והתמודדות הרשויות", 46.
⁵ דוח מבקר המדינה, "התמודדות משטרת ישראל עם החזקת אמצעי לחימה לא חוקיים ואירועי ירי ביישובי החברה הערבית וביישובים מעורבים – ביקורת מעקב" (2021), בעמ' 71.
⁶ שם, בעמ' 28-29.
⁷ אורן גזל-אייל ורותי לזר, "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא", חוקים ג 41-97 (2011).

30. לארצות הברית ניסיון ארוך שנים עם עונשי מינימום. באמצע המאה הקודמת, נחקקו בקונגרס האמריקאי מספר חוקים המצמצמים את שיקול הדעת השיפוטי ומחייבים עונשי מינימום לנשק, שימוש בסמים, גניבת פרטים מזהים ועוד. כיום, לאחר כ-50 שנה בהם נכלאו אלפי בני אדם באופן המוני ברחבי ארצות הברית, מדינות רבות התחילו ברפורמות רחבות היקף. יותר משלושים מדינות כבר שינו את מדיניותן וביטלו את עונשי המינימום.⁸ בפנסילבניה, למשל, רפורמות בעונשי המינימום ביחד עם שינויים נוספים הביאו דווקא לירידה ברמת הפשיעה, ומספר האסירים במדינה נמצא בירידה.⁹

31. רפורמות אלו מתכתבות עם הראייה המודרנית למשמעותו של המאסר בהיבט ההרתעתי הרחב (הן לעברין הספציפי והן לדפוס העבריינות בחברה), וההבנה כי בתי סהר, גם אם קיימים בהם אלמנטים שיקומיים, מהווים קרקע פורייה לעבריינות. כיום, אין כל מחקר אמפירי המראה כי עונשי מינימום מרתיעים פעילות עבריינית,¹⁰ וברוח ועדת דורנר, הם דווקא מובילים לרצידיביזם ועבריינות. בעבירות סמים בארצות הברית, למשל, בהן קיים עונש מינימום, לא נרשם כל קשר בין גזירת עונש מחמירה לבין אחוזי השימוש או המעצר בגין עבירות סמים.¹¹

32. יתר על כן, ניסיונה של ארצות הברית מלמד רבות על השפעתן מרחיקת הלכת של עונשי המינימום ביצירת פערים משמעותיים בין קבוצות לאומיות או אתניות שונות, כשגם כאן קבוצות מיעוטים מקופחות מהוות רוב מאוכלוסיית בתי הסוהר. על-פי סקר שנערך בשנת 2016, 40.4% מהעבריינים שנגזר עונשם בעבירות המכילות עונשי מינימום היו היספנים, 29.7% שחורים ו-27.2% לבנים. לנתונים אלו נוסף נדבך נוסף המדגיש את חוסר השוויון המבני בהתוויית המדיניות בעונשי מינימום; 62.7% מהאסירים השחורים הורשעו בעבירות המכילות עונש מינימום באותה שנה.¹²

33. על אף המחשבה הרווחת, עונשי מינימום אינם מייצרים וודאות או אחידות בפסיקה. להבדיל, הם מעבירים את שיקול הדעת לתביעה ומאפשרים להם לבחור את העבירה המתאימה בהתאם לעונש אותו הם מעוניינים להשיג, זאת במקום להתאים את סעיף האישום בהתאם לנסיבות העבירה עצמה. על פי מחקר שבחן את עונשי המינימום וחוסר השוויון, נמצא כי פרקליטים בארצות הברית מגישים מספר כפול של כתבי אישום המכילים עונשי מינימום נגד שחורים בהשוואה ללבנים.¹³

34. התמודדות ארצות הברית עם עונשי מינימום מראה לנו בבהירות יתרה את השלכותיהם ארוכות הטווח; הצעת החוק תחזק את שיקול הדעת של התביעה, תעלה את מספר האסירים הערבים שמרצים עונשי מאסר בעבירות המכילות עונשי מינימום, ועלולה להעמיק את הפשיעה בחברה הערבית. יותר מהכול, היא לא תשיג, ואין ביכולתה להשיג, הרתעה בעבירות הנשק.

⁸ State Reforms to Mandatory Minimum Sentencing Law," October 30, 2020. <https://famm.org/wp-content/uploads/Chart-STATE-REFORMS-TO-MANDATORY-MINIMUM-SENTENCING-LAWS-2018.pdf>.

⁹ Pennsylvania Department of Corrections, "Crimelines: The 20 Year story of Crime and Incarceration." <https://www.cor.pa.gov/About%20Us/Statistics/Documents/Reports/Crimelines%20Report.pdf>

¹⁰ Michael Tonry, *The Most Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings*, 38 CRIME & JUST. 65 (2009).

¹¹ Pew Charitable Trusts, "More Imprisonment Does Not Reduce State Drug Problems," Mar. 8, 2018. <https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/issue-briefs/2018/03/more-imprisonment-does-not-reduce-state-drug-problems>.

¹² U.S. SENTENCING COMM'N, AN OVERVIEW OF MANDATORY MINIMUM PENALTIES IN THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 43 (2017), 53, available at <https://www.ussc.gov/research/research-reports/2017-overview-mandatory-minimum-penalties-federal-criminal-justice-system>.

¹³ Sonja B. Starr & M. Marit Rehani, *Mandatory Sentencing and Racial Disparity: Assessing the Role of Prosecutors and the Effects of Booker*, 123 YALE L.J. 2, 28-29 (2013).

35. לבסוף, חשוב לציין כי הגדרת החוק כ"הוראת שעה" אינה בעלת משמעות חוקתית מהותית, ואין ביכולתה לרפא או להקל את הפגיעה חסרת התקדים של הצעת החוק בזכויות הפרט. עמד על כך בית המשפט העליון בעניין **גיוס תלמידי הישיבות** :

"אינני אומר כי בעצם הגבלת תוקפו של מעשה חקיקה כלשהו – או בהגדרתו כ"הוראת שעה" – יש כדי לחסן את מעשה החקיקה מפני ביקורת חוקתית. אף פגיעה "זמנית" בזכות חוקתית שאינה לתכלית ראויה או שמידתה עולה על הנדרש, אינה פגיעה מותרת, וחוק הפוגע פגיעה כזאת עלול להיפסל. אך ייתכנו מקרים שבהם יחליט בית- המשפט, על יסוד שיקולים של מדיניות שיפוטית, להתחשב ב"זמניותו" של חוק "זמני" כנימוק למידתיותו, ועל יסוד זה להניח – בלי לפסוק – כי החוק עומד ביתר מבחניה של הביקורת החוקתית" (בג"ץ 24/01 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד נו(2) 699 (2002)).

36. ואולם, ובשונה מעניין **גיוס תלמידי הישיבות**, אין מדובר במקרה הנדון על שלב ביניים שנועד לאפשר את השלמת הדיון הציבורי בסוגיה והשלמת החקיקה בעניינה. להבדיל, הצעת חוק זו נועדה לאפשר במידי עונשי מינימום וסמכויות נרחבות למשטרה ולפרקליטות, שכתוצאה לה ייווצרו שינויים עמוקים במצב הקיים.

37. יתר על כן, הזמניות של ההוראה אין משמעה זמניות של הפגיעה בזכויות. שכן, אדם אשר מועמד לדין בתקופה זו, הזכויות החוקתיות הנ"ל, ובעיקר הזכות לחירות ולהליך הוגן, נפגעות. דהיינו, אין מדובר בפגיעה זמנית בזכויות אדם שלאחריה מתאיינת הפגיעה, אלא בתקופת זמן מסוימת במסגרתה נפגעות זכויות אדם בצורה לא מידתית, והטומנת בתוכה השפעות ארוכות טווח על חייהם של האנשים, ובייחוד האזרחים הערבים.

38. השימוש הגורף והרחב ב"הוראת שעה" אינו בהכרח מעיד על זמניות. הצבעה חדשה על הוראת השעה לאחר תום התקופה שהוגדרה לה מראש אינה שונה מהותית מהסמכות הקנויה למחוקק בחיקוק, ביטול או תיקון חוקים. כל חוק יכול להתבטל בכל עת, ועל כן, כל חוק הוא בבחינת "הוראת שעה" כל עוד הוא לא בוטל.¹⁴ כך, לדוגמה, האריך המחוקק את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 במשך 17 שנה, ויצר בכך שינוי עמוק במצב הדברים הקיים ופגע קשות בזכות לחיי משפחה.¹⁵

39. לסיכום, תיקון חוק העונשין וקביעת עונש מזערי לעבירות נשק לא חוקי אינו חוקתי היותו פוגע בזכות לחירות ובזכות להליך הוגן ללא תשתית עובדתית ראויה המצדיקה את ההחמרה. תיקון החוק, יגדיל את אי השוויון הקיים מלכתחילה בין יהודים לערבים, יעמיק את הפער החברתי ויגדיל את אחוזי הפגיעה והעוני על ידי כליאה חסרת תקדים של ערבים והגדלת ייצוגם בבתי הסוהר.

¹⁴ ראו אמנון רייכמן, "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית", **עבודה חברה ומשפט** י (תשס"ד) 307.
¹⁵ ראו גיא דוידוב ואחר', "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 **משפט וממשל** ח (תשס"ה) 643.

40. נבקש את התערבותכם הדחופה בנדון למניעת יישומו של החוק ולחלופין נדרוש את פרסומן של ההנחיות מטעם פרקליט המדינה בדבר יישומו ידי הפרקליטות בכך שימזערו ככל הניתן את הנזק בפגיעה בהליך הוגן של הנאשמים.

נודה לתגובתכם תוך שבועיים.

בברכה,

עדי מנסור, עו"ד