

## משלמים בחירותם: האם בשלה העת להורות על ביטולו של מוסד המאסר חלף קנס?

מאת

רביע אגבריה \* ואיילת עוז \*\*

### תקציר

בשנת 2014 בוטל מאסר החייבים במסגרת הליכי ההוצאה לפועל בישראל, מתוך הכרה בכך שאין הצדקה לכליאת אנשים בגין חובות כספיים. אף-על-פי-כן, גם כיום נכלאים בישראל מאות אנשים מדי שנה בגין אי-עמידה בחובות כספיים הנובעים מקנסות שהוטלו עליהם במסגרת הליך פלילי, וזאת בהתאם לסעיף 71 לחוק העונשין, הקובע אפשרות להטיל על נאשמים "מאסר במקום קנס". כך, בעוד שבמשפט האזרחי בוטלה האפשרות לעשות שימוש במאסר לצורך גביית חובות, במשפט הפלילי תופעה זו עודנה נפוצה, ומובילה לכליאתם של מאות אנשים מדי שנה.

מחקרים ברחבי העולם הראו כי מאסרים חלף קנסות מופעלים באופן לא-פרופורציונלי כלפי עניים, נשים וחברי קבוצות מוחלשות, שאינם יכולים לעמוד בתשלומי הקנסות שהוטלו עליהם. גם בישראל, בהתאם לנתונים המובאים לראשונה במסגרת מאמר זה, יותר מ-80% מן האנשים הנושאים מאסר חלף קנס בישראל הם אנשים שלא עמדו בתשלום קנס שגובהו עד 5,000 ש"ח. פגיעה זו באוכלוסייה החלשה ביותר חותרת תחת השוויון בין נאשמים בעלי אמצעים לבין נאשמים חסרי פרטה. הראשונים משלמים בכיסם, בעוד האחרונים משלמים בגופם ובחירותם.

מאמר זה יבקש להסיט את הזרקור הציבורי לפינה חשובה זו בדין הישראלי, ולעורר את הדיון במוסד המאסר חלף קנס ובהשפעתו על אנשים החיים בעוני בישראל. בחינה ביקורתית של מוסד המאסר חלף קנס ושל הדרך שבה הוא מופעל כיום בישראל, והתבוננות על השינויים שנערכו במנגנון זה במדינות שונות בעולם, מלמדות כי אין עוד מקום לקיים מוסד זה בצורתו הנוכחית – הן משיקולים ערכיים והן משיקולי יעילות – ובשלה העת לבטלו, כחלק מעריכת רפורמה משמעותית בכללים הנוגעים בהטלת קנסות פליליים ובררכי גבייתם. המאמר מציע לאמץ בישראל את מנגנון

\* עורך-דין וסטודנט לתואר מוסמך במשפטים באוניברסיטת הרווארד. שימש עורך-דין במחלקת  
תיקי בית-המשפט העליון בסנגוריה הציבורית הארצית בשנים 2017-2018.

\*\* שימשה מנהלת תחום המשפט המנהלי בסנגוריה הציבורית הארצית בשנים 2015-2018.

הקנס היומי המונהג במדינות אירופיות רבות, וכן להחליף את מוסד המאסר חלף קנס בהפעלה מידתית של מערך אמצעי הגבייה, אשר יורחב ויכלול גם הוצאת צו לשירות הציבור נגד נאשם שלא עמד בתשלום הקנס שהוטל עליו. חלופה זו מהווה מענה הוגן ואפקטיבי לאתגרים שבאכיפת קנסות, והיא תתרום לעידוד השימוש בקנסות כאמצעי ענישה, מבלי לשלם את מחיר הפגיעה הקשה בחירות ובשוויון הטמונה בשימוש במאסר חלף קנס.

#### מבוא

- א. הטלה והפעלה של מאסר חלף קנס בישראל
  1. על עונש הקנס
  2. המנגנונים לגביית קנסות – המרכז לגביית קנסות והאפשרות להפעיל מאסר חלף קנס
  3. הטלה והפעלה של מאסר חלף קנס
  4. ההיסטוריה החקיקתית של מאסר חלף קנס בישראל
  5. מאסר חלף קנס מנהלי
- ב. מאפייני השימוש במאסר חלף קנס בישראל
  - ג. על תכליות ומיתוסים – היש אכן הצדקה לשימוש במאסר חלף קנס?
    1. ביקורת התכלית האכיפתית של מאסר חלף קנס
    2. ביקורת התכלית העונשית של מאסר חלף קנס
    3. הביקורת החלוקתית על הטלת מאסר חלף קנס
  - ד. מאסר חלף קנס במשפט המשווה
    1. ארצות־הברית: ביקורת חוקתית על האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס במקרה של חוסר יכולת כלכלית לשלם
      - (א) מאסר בשל אי־תשלום חיובים כספיים בהליך הפלילי בארצות־הברית
      - (ב) ביקורת על השימוש במאסר חלף קנס בארצות־הברית
    2. אוסטרליה: בין נטישת המוסד של מאסר חלף קנס לבין הקשחתו
    3. אירופה: קשירה בין יכולת כלכלית לבין גובה הקנסות – מנגנון הקנס היומי
  - ה. הצעה לרפורמה: קביעת קנס מותאם־יכולת, ביטול המאסר חלף קנס ואימוץ דרכי אכיפה מידתיות

סיכום

"Pecuniary punishments should always be regulated by the fortune of the offender. The relative amount of the fine should be fixed, not its absolute amount..."

Jeremy Bentham<sup>1</sup>

"ידוע בתולדות המשפט, שבכל פעם שהציעו לבטל אמצעי אכזרי, אם לשם ענישה ואם לשם חקירה ואם למטרה אחרת, נשמעה הטענה, ובעיקר מפי שופטים ועורכי־דין, שבלעדי אותו האמצעי האכזרי, אך הברוק והמנוסה, יהיה העולם הפקר, וביטולו של אותו אמצעי אכזרי הוא בבחינת גזירה שאין רוב הציבור יכולים לעמוד בה."

(שר המשפטים פנחס רוזן בעת דיון בהצעת חוק שביקשה, בין היתר, לבטל את מאסר החייבים, נובמבר 1957)<sup>2</sup>

## מבוא

הסמכות להטיל מאסר חלף קנס על נאשמים ולהפעילו מצויה בקרן־זווית של המשפט הישראלי. מאסר חלף קנס הוא הסדר חוקי המאפשר כליאתו של אדם שלא שילם קנס שהוטל עליו במסגרת הליך פלילי. בדרך־כלל, לצד השתתפות קנס כספי על נאשם בגזירה, מוטלת תקופת מאסר חלף קנס שתופעל ככל שהנאשם לא יישא בתשלום הקנס. הפסיקה הכירה בשתי תכליות משולבות – אכיפתית ועונשית – כעומדות מאחורי מוסד המאסר חלף קנס. בעוד התכלית האכיפתית היא להניע את הנאשם לשלם את הקנס שהושת עליו באמצעות איום השימוש במאסר, התכלית העונשית היא לוודא כי נאשם לא יוכל לחמוק מנשיאה בעונש כלשהו, ועל־כן ישלם את חובו לחברה באמצעות נשיאה בתקופת מאסר מקום שהוא לא שילם את הקנס.

הסיבה לאי־תשלום קנס פלילי, ולפיכך להפעלתו של מאסר חלף קנס, יכולה להיות נעוצה בבחירה חופשית לכאורה של הנאשם לא לשלם את הקנס, אך גם בהעדר יכולת כלכלית של הנאשם. אף שבית־המשפט העליון דן בפסיקתו בשנים האחרונות בהליך שיש לנקוט לפני הפעלת מאסר חלף קנס, המשמעות של הטלת מאסר חלף קנס והפעלתו במסגרת ההליך הפלילי לא זכתה בתשומת־הלב המתבקשת, ולא לובנה עד היום באופן מלא על־ידי בית־המשפט העליון, על־ידי הכתיבה האקדמית או על־ידי קובעי המדיניות. מאמר זה מבקש להאיר פינה אפלה זו במשפט הישראלי, ויקרא למחוקק לקדם את ביטולו של מוסד המאסר חלף קנס, בהמשך לביטולו בעשור האחרון של המוסד המקביל בדין האזרחי, הוא מאסר החייבים בהליכי ההוצאה לפועל. בתוך כך יראה המאמר כי מוסד המאסר חלף קנס נוטה לפגוע באופן לא־פרופורציונלי בנאשמים חסרי יכולת, להבדיל מנאשמים המשתמטים מרצון מתשלום הקנס, וכי קיימים מכל מקום שיקולים ערכיים ושיקולי יעילות כבדי־משקל המטים את הכף לעבר ביטולו של המאסר חלף קנס ונקיטת דרכים חלופיות, וזאת גם ביחס לנאשמים שיש ביכולתם לשלם את הקנס ואשר ממאנים לעשות זאת.

1. JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 353 (R. Hildreth trans., 1891)

2. ד"כ 23, 261 (תשי"ח).

המאמר יפרט בתחילה את הדין המסדיר את הטלתם וגבייתם של קנסות בישראל וכן את הדין המסדיר את הטלתו והפעלתו של מאסר חלף קנס. כן נציג בקצרה את המצב הנוהג מבחינת היקף השימוש בסמכות זו בישראל כיום. נראה כי התכליות מאחורי מוסד המאסר חלף קנס אינן מוגשמות, וכן כי המנגנונים שפותחו עד היום בדין הישראלי להגנה מפני הפעלה לא־שוויונית של מאסרים חלף קנסות כלפי נאשמים חסרי יכולת כלכלית אינם מהווים הגנה אפקטיבית, כך שבפועל סמכות זו מופעלת באופן לא־פרופורציונלי כלפי נאשמים עניים. לאחר־מכן נפנה לסקור בקצרה את הדרך שבה סוגיה זו נבחנת במשפט המשווה. כפי שנראה, בשנים האחרונות גובר העיסוק הביקורתי בחיובים כספיים בהליכים פליליים בכלל ובתופעת המאסר חלף קנס בפרט במקומות רבים בעולם, וקולות רבים קוראים לבחון מחדש הסדרים מקובלים לגביית קנסות ומדגישים את ההיבטים החוקתיים והחלוקתיים הקשים שהסדרים אלה מעוררים. לנוכח כל אלה נציע בפרק המסכם של המאמר רפורמה מפורטת לקביעה ולאכיפה של קנסות פליליים בישראל, הנשענת על התוכנות שהועלו בפרקים הקודמים. תמציתה של הצעה זו היא אימוץ מנגנון חלופי להטלת קנסות במשפט הפלילי (הוא מנגנון הקנס היומי) שיבטיח את התאמת הקנס המוטל בהליכים פליליים ליכולתו הכלכלית של הנאשם; קביעת חובה למצות דרכי אכיפה מידתיות יותר; ולבסוף, ביטול הסמכות להטלת מאסר חלף קנס והחלפתה בסמכות להמרת קנסות שלא שולמו בצו לתועלת הציבור.

## א. הטלה והפעלה של מאסר חלף קנס בישראל

### 1. על עונש הקנס

הקנס הוא אחד העונשים הנפוצים ביותר במערכת המשפט הפלילית. על יותר מ־35% מן הנאשמים בבתי־משפט השלום ועל כ־26% מן הנאשמים בבתי־המשפט המחוזיים מוטלים קנסות כעונש יחיד או כעונש נלווה לרכיבי ענישה אחרים.<sup>3</sup> על־אף מרכזיותם של הקנסות, הם לא זכו אלא בדיון אקדמי מועט יחסית בישראל.<sup>4</sup> מאמר זה מתמקד אומנם באמצעי הגבייה של קנסות פליליים, ובהפעלת מאסר חלף קנס בפרט, אולם דומה כי עריכתו של דיון זה במנותק מההקשר – הכולל את עונש הקנס כשלעצמו, על מטרותיו ודרכי הטלתו – תחטא בחסר. על־כן נבקש לפתוח בהתייחסות קצרה למהותו ולאופיו של עונש הקנס.

3 אורן גזל־אייל, ענבל גלון וקרן וינשל־מרגל שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים 3, 19–22 (הרשות השופטת, מחלקת מחקר, 2012). המחקר בחן מדגם מייצג של 1,417 תיקים פליליים שנדונו בבית־משפט השלום ו־244 תיקים פליליים שנדונו בבית־המשפט המחוזי כערכאה ראשונה.

4 בניגוד לארצות־הברית ומדינות נוספות, שם נערכו מחקרים מקיפים בנושא, המאמר היחיד, למיטב ידיעתנו, אשר פורסם בעברית ודן בשימוש בקנסות ובהליכי גבייתם הוא תומר עינת "אכיפה של קנסות פליליים בישראל – מדיניות, בעייתיות והצעות לשיפור" מחקרי משפט יט 167 (2002). להתייחסות מקיפה לסנקציות מוניטריות ככלל ולקנסות בפרט בארצות־הברית ראו, למשל, Alexes Harris & Frank Edwards, *Fines and Monetary Sanctions*, in OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE (2017).

הקנס המוטל בהליכים פליליים נועד להגשים את מטרת הענישה. בכך הקנס הפלילי שונה באופיו ובתכליותיו מהקנס האזרחי, שמטרתו העיקרית היא אכיפה.<sup>5</sup> מבין מטרת הענישה, מקובל לראות בעונש הקנס כמשרת, בראש ובראשונה, את התכליות הפנולוגיות של גמול והרתעה.<sup>6</sup> הטלת קנס מהווה גמול על העברה במובן זה שהקנס מסמל מחיר אישי שעובר העברה נדרש לשלם לחברה בשל הפרת הנורמה החוקית, ומהווה גם פגיעה ביכולתו להגשים את חירותו האישית על-דרך הגבלת האפשרויות הכלכליות המצויות בידו. הפגיעה ביכולתו הכלכלית של עובר העברה משרתת גם את התכלית ההרתעתית שבענישה, על-ידי הפיכת העברה לבלתי-משתלמת והגדלת תוחלת הנזק אל מול התועלת הכלכלית, בפרט כאשר מדובר בעברות כלכליות.<sup>7</sup> עם זאת, קיימת מחלוקת באשר למידת יכולתו של הקנס לשרת תכליות של שיקום ומניעה,<sup>8</sup> להבדיל, למשל, מפיצוי לנפגע העברה, שנהוג לראות בו אמצעי אפקטיבי להגשמת תכליות שיקומיות.<sup>9</sup>

השימוש בעונש הקנס במשפט המודרני, כחלק ממערך של עונשים מוניטריים, צמח על רקע ביקורת הולכת וגוברת בדבר אי-יעילותו של עונש המאסר, והפנייה לחיפוש אחר "עונשים בינוניים" (intermediate sanctions), שיהוו חלופה יעילה וחסכונית לשיטות הענישה המסורתיות.<sup>10</sup> הנחת-המוצא המקובלת בספרות היא כי יש לעודד את השימוש בעונש הקנס על-חשבון השימוש בעונשים האחרים, ובראשם עונש המאסר, לנוכח היתרונות הגלומים בו מבחינת ההגנה על הפרט ומבחינת האינטרס החברתי. כך, למשל, בניגוד לעונש מאסר, הטלת קנס על אדם מאפשרת לו להיוותר חלק מן הקהילה, ואף מונעת את הנזק הנלווה למאסר בדמות יציאה של האדם ממעגל העבודה, פגיעה בפרנסת התלויים בו

5 בעניין ר"ע 277/82 נירוטטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826 (1983), עמדה הפסיקה על הבחנה זו בין קנס פלילי לקנס אזרחי, תוך התייחסות לתכליות השונות העומדות מאחוריהם. להתייחסות מוקדמת בפסיקה ראו גם ע"פ 758/80 יש לי בע"מ חברה פרטית נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 625, 630 (1981).

6 עינת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 168; גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 869-885 (2010). ראו גם Steven Shavell, *Criminal Law and Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, 85 COLUM. L. REV. 1232, 1236-41 (1985); Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169, 193-98 (1968); Richard A. Posner, *Optimal Sentences for White-Collar Criminals*, 17 AM. CRIM. L. REV. 409, 410 (1980).

7 ע"פ 4919/14 אזולאי נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק-דינו של השופט עמית וההפניות שם (פורסם בנבו, 6.3.2017).

8 ראו, למשל, ע"פ 3030/10 וקנין נ' מדינת ישראל, פס' 15 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.6.2011), שם צוין כי "בשל היות הקנס רכיב עונשי יש לשקול במסגרת הטלתו וקביעת גובהו את שיקולי הענישה השונים, כאשר לרוב להטלת קנס יש ערך גמולי והרתעתי גבוה וערך שיקומי ומניעתי שולי, אם בכלל". השוו לדבריו של השופט הנדל באותה פרשה, המסתייג מאמירה זו בציינו: "אוסף רק שלדעתי הערך השיקומי והמניעתי בהטלת עונש של קנס תלוי במידה משמעותית במהותה של העבירה ובאופייה".

9 ראו, למשל, R. Barry Ruback, *The Benefits and Costs of Economic Sanctions: Considering the Victim, the Offender, and Society*, 99 MINN. L. REV. 1779, 1787 (2015), וההפניות שם.

10 עינת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 167.

והכתמתו באות־הקלון של המאסר, וכל זאת לצד חיסכון בעלויות המערכתיות הגבוהות הכרוכות במנגנון הכליאה.<sup>11</sup> בכל המישורים הללו השימוש בעונש הקנס עולה בקנה אחד עם המגמה המתפתחת במשפט הישראלי בשנים האחרונות להפחית את השימוש במאסרים ככלל ובמאסרים קצרים בפרט.<sup>12</sup>

אולם חשוב לציין כי ההצדקה לשימוש בקנסות כאמצעי ענישה שנועד להפחית את השימוש במאסרים מניחה את השימוש בקנס כעונש יחיד או לכל־הפחות כעונש שאינו נלווה לעונש מאסר.<sup>13</sup> אך בחינת היקפי השימוש בקנס בפועל כאמצעי ענישה יחיד מלמדת כי נכון להיום אין כל ראייה לכך שבפועל עונשי הקנס מחליפים את השימוש במאסרים בישראל. ממחקר רחב־היקף שנערך בישראל בשנים 2010–2011 עולה כי בעוד השימוש במאסר בשילוב רכיבי ענישה נוספים נעשה ב־31% מתיקי בית־משפט השלום וב־77.8% מתיקי בית־המשפט המחוזי, השימוש בקנס כסנקציה בלבדית נעשה רק ב־4.4% מתיקי בית־משפט השלום וב־0.3% מתיקי בתי־המשפט המחוזיים.<sup>14</sup> עונש הקנס מוטל אם כן כמעט תמיד כעונש נלווה לעונשים אחרים, כגון מאסר או מאסר על־תנאי, ולא כעונש שמחליף עונשים אלה. כמו־כן, הנתונים אינם מצביעים על כך שבפועל השימוש בכלי זה מתייחד לעברות כלכליות דווקא (אם כי בעברות אלה נגזרים ככלל סכומים גבוהים במידה משמעותית מאלה הנגזרים בעברות אחרות).<sup>15</sup> יצוין בהקשר זה כי תמונת מצב זו שונה באופן משמעותי מתמונת המצב במקומות שונים בעולם, ובפרט בשיטות משפט המנהיגות את מנגנון הקנס היומי,<sup>16</sup> שבהן קנסות הם דרך הענישה העיקרית. בשיטות אלה הקנסות מהווים עונש בלעדי בכ־70% מההליכים הפליליים ואף יותר, בעוד עונש המאסר מוטל

- 11 שם, בעמ' 167–170 וההפניות שם. ראו גם Ruback, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1779–1780 ו־1800.
- 12 ראו הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון 26–28 (2015) (להלן: דוח ועדת דורנר); בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 13.6.2017); החלטה 1840 של הממשלה ה־34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016) (להלן: החלטת ממשלה 1840 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל"); דוח צוות התביעה לבחינת יישום דו"ח דורנר (2018).
- 13 ראו בהקשר זה את דבריו של השופט מזוז בע"פ 7416/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 24 (פורסם בנבו, 22.5.2016), שם ציין כי "בית המשפט אמנם מוסמך להטיל עונש של קנס, כעונש יחיד או כעונש נוסף לצד עונש מאסר, בכל העבירות שבצדן נקבע עונש מאסר; אולם דומה כי שימוש 'אקראי' בעונש זה עלול שלא להגשים את תכליות הענישה השונות שנדרש להשיגן". אשר על־כן, לתפיסתו של השופט מזוז, ראוי לבחון בזהירות את הצידוק להטלת קנסות בעברות שאינן כלכליות.
- 14 גזל־אייל ואח', לעיל ה"ש 3, בעמ' 19–22.
- 15 ראו ס' 36 לחוק העונשין, התשל"ז־1977, המאפשר להטיל קנס גם כאשר סעיף העברה אינו קובע את גובה הקנס. כן ראו ס' 61 לחוק העונשין, המגביל את גובה הקנס בהתאם לקטגוריה שבה העברה נופלת מבחינת חומרתה, אולם אליו מצטרף ס' 63 לחוק, המאפשר לחרוג מן הסכומים שבס' 61 מקום שמדובר בעברה כלכלית, ולקבוע במקרים אלה את סכום הקנס עד פי ארבעה משווי הנזק שנגרם או מטובת־ההנאה שהושגה על־ידי העברה.
- 16 מנגנון הקנס היומי (או מנגנון יחידות הקנס) הוא מנגנון הטלת קנסות כפונקציה של יכולתו הכלכלית של הנאשם. מנגנון זה יידון בהרחבה בהמשך המאמר (ראו תת־פרק 3 ופרק ה להלן), ואנו סבורים כי מן הראוי לאמצו כחלופה לשיטת הטלת הקנסות והמאסרים הנוהגת.

בפחות מ-10% מהמקרים.<sup>17</sup> אולם לנוכח ההמלצות בדוח ועדת דורנר והמגמה המסתמנת בהתפתחות המשפט הפלילי הישראלי, יש אפשרות שהקנס ייהפך לעונש מרכזי גם במערכת המשפט הפלילי בישראל, כחלק ממגמה של צמצום השימוש במאסרים ככלל ומאסרים קצרים בפרט, כנהוג במדינות אירופיות רבות.

## 2. המנגנונים לגביית קנסות – המרכז לגביית קנסות והאפשרות להפעיל מאסר חלף קנס

אחת הדרישות המקדמיות לאימוצו של עונש הקנס כעונש משמעותי מבין העונשים הקיימים היא יצירת מנגנון יעיל לאכיפת תשלום קנסות, אשר יזכה באמונם של בתי-המשפט ושל רשויות התביעה.<sup>18</sup> ללא מנגנון כזה ההנחה היא כי בתי-המשפט יעדיפו להטיל עונשי מאסר, שאכיפתם קלה, על הטלת קנסות שלא ייאכפו, ומכאן שיתרונות הקנס לא יוגשמו בפועל.<sup>19</sup>

על-פי הדין בישראל, לאחר שהקנס הוטל על-ידי בית-המשפט במסגרת גזר-הדין, על הנאשם לשלמו באופן מיידי, ככל שלא נקבע מועד אחר בגזר-הדין.<sup>20</sup> קנסות שלא שולמו במועד כפופים לתוספת פיגורים דרקונית ומיידית בשיעור של חמישים אחוזים מסכום הקנס (או חלקו שלא שולם) בשל האיחור, ובתום כל תקופה של שישה חודשים מן המועד שנקבע – חמישה אחוזים נוספים.<sup>21</sup>

- 17 כך, למשל, בגרמניה נגזר קנס ב-77.2% מההליכים הפליליים, ורק ב-7.5% נגזר עונש מסוג מאסר; בפנילנד נגזר קנס ב-75.8% מהמקרים, ורק ב-7.2% נגזר עונש מסוג מאסר; באנגליה 69% מההליכים מסתיימים בקנס, ורק 9.2% מסתיימים במאסר. ראו, JUSTICE POLICY INSTITUTE, FINDING DIRECTION: EXPANDING CRIMINAL JUSTICE OPTIONS BY CONSIDERING POLICIES OF OTHER NATIONS 21 (2011). ראו גם Hans-Jörg Albrecht, *Fines in the Criminal Justice & System*, in DEVELOPMENTS IN CRIME AND CRIME CONTROL RESEARCH 150 (Klaus Sessar ed., 1991). כמו-כן, באוסטרליה יותר מ-70% מהעונשים בהליכים פליליים כוללים רכיבים כספיים בלבד. Pat O'Malley, *Theorizing Fines*, 11 PUNISHMENT & Soc'y 67, 68 (2009).
- 18 עינת, לעיל ה"ש 4, בעמ' 168-169. ראו גם Ruback, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1780 ו-1796 וההפניות שם; Pat O'Malley, *Politicizing the Case for Fines*, 10 CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y 547 (2011) וההפניות שם.
- 19 רון חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החיביים" עיוני משפט כ 439, 472 ה"ש 83 (1996) (להלן: חריס "מאסר החיביים").
- 20 ס' 66 לחוק העונשין.
- 21 ראו ס' 67(ב) לחוק העונשין. ס' 69(א) לחוק מורה אומנם כי המרכז לגביית קנסות וכן בית-המשפט רשאים לפטור אדם למפרע מתשלום התוספת, אם שוכנעו שהיו סיבות סבירות לאיית-שלום הקנס או חלק ממנו במועד הקבוע. אולם יושם אל לב שעל-פי ס' 65 לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המרכז לגביית קנסות), המרכז אינו מוסמך לבטל ריביות שנצברו על חוב שהוא פיצוי לנפגעי העברה (להבדיל מקנסות ומאגרות). לביקורת על השפעתה של ריבית הפיגורים על יכולת השיקום של אסירים ראו אמיר ברנע "גם לאסירים מגיע ליווי פיננסי, כי לא כולם דנקנר" הארץ 4.9.2018 [www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.6450447](http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.6450447)

אכיפת תשלום הקנס, ככל שהנאשם לא עמד בתשלומים שקבע בית-המשפט בגזר-הדין, נעשית באחד משני מסלולי גבייה מקבילים: מסלול הנשען על סמכויותיו של המרכז לגביית קנסות, שהוקם מכוח חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המרכז לגביית קנסות), ומהווה יחידה ברשות האכיפה והגבייה;<sup>22</sup> ומסלול הנשען על האיום בהפעלת מאסר חלף קנס, ככל שכלי זה נקבע במסגרת גזר-הדין. בפרק הבא נדון בהרחבה בסמכות להטיל ולהפעיל מאסר חלף קנס – שהיא עיקרו של מאמר זה – אולם קודם לכן נתאר בקצרה את סמכויותיו של המרכז לגביית קנסות (העומדות בתוקפן בין אם קבע בית-המשפט את האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס ובין אם לאו).

המרכז לגביית קנסות הוא הגוף המופקד כיום על גביית קנסות מסוגים שונים, פיצויים ואגרות שונות המשתלמות לאוצר המדינה.<sup>23</sup> למרכז יש סמכויות הנוגעות בגביית חוב, בפריסתו, בדחיית תשלומו ובמתן פטור מתשלום תוספת פיגורים.<sup>24</sup> נוסף על כך, לרשמים שמונו לענייני המרכז נתונות סמכויות להטיל הגבלות שונות על החייב, כגון מניעת קבלת דרכון או הארכתו, עיכוב יציאה מן הארץ, הגבלת החייב כלקוח מוגבל מיוחד לפי חוק שיקים ללא כיסוי, התשמ"א-1981, ועוד. אולם זאת אך ורק לאחר שהוכח, כדרישת סעיף 7א לחוק, כי לחייב יש יכולת כלכלית לשלם את החוב (זאת, להבדיל מהפעלת מאסר חלף קנס שנקבע בשלב גזר-הדין, כפי שיורחב בהמשך).<sup>25</sup> על-פי נתוני המרכז לגביית קנסות, נכון לשנת 2017 היו במרכז 55,377 תיקים פתוחים לגביית קנס פלילי. תיקים אלה מהווים 3.7% מכלל התיקים שהמרכז מטפל בהם, אולם הסכום הכולל שלהם הוא 754.5 מיליון ש"ח, שהם 24.4% מכלל סכום החובות בתיקים שהמרכז מטפל בהם.<sup>26</sup> פעולת הגבייה

22 רשות האכיפה והגבייה היא יחידת-סמך במשרד המשפטים שכוללת הן את המרכז לגביית קנסות והן את ההוצאה לפועל.

23 ראו הגדרת חוב בס' 1 לחוק המרכז לגביית קנסות, הכוללת, בין היתר, "קנס, שהטיל בית משפט, המשולם לאוצר המדינה או לקרן".

24 ראו ס' 5ב ו-5ג לחוק המרכז לגביית קנסות. כן ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 38-40 לפסק-דינו של השופט עמית, אשר קבע כי למרכז יש סמכות לערוך חקירת יכולת כסמכות-עזר בהפעלת סמכויותיו. להשוואה בין הגבייה באמצעות המרכז לגביית קנסות לבין הגבייה הפוגענית יותר שקדמה לו, על-פי פקודת המסים (גביה), חא"י 1374, ראו רעות כהן חייבים לשנות: כיצד מדינת ישראל מדרדרת בעלי חוב לעוני 21 (האגודה לזכויות האזרח בישראל, 2015). הדרך לתקוף את החלטות המרכז בביקורת שיפוטית היא באמצעות השגה למנהל רשות האכיפה והגבייה, ולאחר-מכן הגשת עתירה לבג"ץ. ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 20-22 ו-31 לפסק-דינו של השופט עמית, וכן תק' 18 לתקנות המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ו-1996 (להלן: תקנות המרכז לגביית קנסות). הקובעות את סמכות ההשגה למנהל רשות האכיפה והגבייה. כן ראו תזכיר חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (ביקורת שיפוטית), התשע"ה-2015, אשר מציע להעביר את סמכות הביקורת השיפוטית על החלטות המרכז מבג"ץ לבית-משפט השלום, אשר יבחן את החלטות המרכז בהתאם לכללי המשפט המנהלי.

25 ראו ס' 7א לחוק המרכז לגביית קנסות. כן ראו ס' 5 לחוק לעניין דרישות התשלום הנדרשות בטרם יינקטו צעדים לגביית החוב לפי החוק.

26 יודגש כי מספרים אלה אינם כוללים את מספר התיקים העוסקים בדוחות מטרה (706,459 תיקים, המהווים 47% מכלל תיקי המרכז ו-10.2% מן הסכום הכספי הכולל), בקנסות תעבורה



השכיחה ביותר בתיקי המרכז, העולה עשרות מונים על השימוש בדרכי הגבייה האחרות, היא השימוש בעיקולי צד ג.<sup>27</sup> בנתונים אלה אין התייחסות לשיעורי הגבייה בקנסות פליליים בנפרד משיעורי הגבייה בכלל תיקי המרכז, כך שאי־אפשר להעריך באמצעות הנתונים את שיעור גביית הקנסות.

### 3. הטלה והפעלה של מאסר חלף קנס

לצד הסמכויות הנתונות למרכז לגביית קנסות בגביית כלל החובות שבסמכותו, וביניהם קנסות פליליים, הדין הישראלי קובע גם כלי גבייה חריג ונפרד לגביית קנסות פליליים, והוא האפשרות להטיל מאסר על אדם שלא עמד בתשלום הקנס שהוטל עליו במסגרת ההליך הפלילי. אורכו של המאסר חלף קנס יכול לנוע מימים ספורים ועד לשלוש שנים.<sup>28</sup> ההצדקה המקובלת לקיומו של כלי אכיפה נוסף וחריג זה היא כפולה – אכיפתית ועונשית.<sup>29</sup> ראשית, האפשרות של הפעלת המאסר נועדה לתמרץ באופן משמעותי את הנאשם לשלם את הקנס, וזאת לנוכח התוכנה שהזכרנו לעיל שלפיה קיומו של הליך גבייה אפקטיבי, אשר יבטיח כי קנסות פליליים ישולמו, הוא תנאי מוקדם לשימוש בעונש זה על־ידי התביעה ובתי־המשפט. ללא אמון באפקטיביות של הקנס, לא יהיה אפשר לראות בו חלופה בת־קיימא לעונשי מאסר ולעונשים אחרים שאינם מעוררים קשיי אכיפה. שנית, האפשרות להמיר את הקנס במאסר נובעת מכך שאם לא ישולם הקנס, תיפגע למעשה "משוואת הענישה" שקבע בית־המשפט, אשר ביקשה להוביל לפגיעה משולבת בנאשם. הפעלת המאסר, לפי גישה זו, נועדה למנוע מצב שבו הנאשם נשא בעונש קל מזה שאליו כיוון בית־המשפט שגזר את הדין. על־פי התכלית העונשית, מאסר חלף קנס מגשים את מטרת הענישה בכך שהוא מוביל לכך שגם אם לא יהיה אפשר לגבות מן הנאשם את הקנס – בין משום שהוא מתחמק מן

198,867 תיקים, המהווים 13.2% מתיקי המרכז ו־8% מן הסכום הכספי הכולל) ובפיצויים לנפגעי עברה בהליך פלילי (19,197 תיקים, שהם 1.3% מתיקי המרכז ו־12.9% מן הסכום הכספי הכולל). ראו רשות האכיפה והגבייה דו"ח שנתי על פעילות רשות האכיפה והגבייה לשנת 2017 85 (2018).

27 שם, בעמ' 91.

28 ראו ס' 71(א) לחוק העונשין. באשר להגבלת אורכו של המאסר חלף קנס לתקופת המאסר המרבית בגין העברה, קבע בית־המשפט – בע"פ 5023/99 חכמי נ' מדינת ישראל, פ"ד (נה) 3) 406 (2001) (בדעת רוב של השופטת פרוקצ'יה, בניגוד לדעתו של השופט טירקל) – כי אורכו של המאסר חלף קנס כשלעצמו מוגבל לאורך המאסר המרבי, ואין לקבוע כי אורך המאסר חלף קנס בצירוף עונש המאסר שהוטל מוגבלים יחד לאורך המאסר המרבי שנקבע לעברה. יצוין עוד כי המאסר המרבי נקבע לכל אירוע פלילי, כך שאם כתב האישום כולל יותר מאירוע אחד, ניתן להטיל על כל אחד מהם שלוש שנות מאסר חלף קנס. כך, למשל, בע"פ 10632/07 מזרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 10.6.2008) נקבעו למערער בסך־הכל ארבע שנות מאסר חלף קנס (שנתיים מאסר חלף קנס בגין כל אחד מן הקנסות שהוטלו עליו). לדיון בהתפלגות תקופות המאסר בפועל ראו להלן פרק ב.

29 לדיון מעמיק בהצדקות לשימוש במאסר חלף קנס ובביקורת שניתן להעלות באשר להצדקות אלה ראו להלן פרק ג.

התשלום ובין משום שאין ידו משגת לשלמו – עדיין יישא הנאשם בסאת הענישה שהוטלה עליו באופן שיגשים את ההכרעה הערכית שבגזר-הדין. הסמכות להטלת מאסר חלף קנס קבועה בסעיף 71 לחוק העונשין, והיא סמכות-דרשות העומדת לבית-המשפט בעת גזירת-הדין. להלן לשונו של הסעיף:

**"מאסר במקום קנס"**

17. (א) בית המשפט הדין אדם לקנס, רשאי להטיל עליו מאסר עד שלוש שנים למקרה שהקנס כולו או מקצתו לא ישולם במועדו ובלבד שתקופת המאסר במקום קנס לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס; נקבע לעבירה עונש קנס בלבד, או היתה העבירה עבירה של אחריות קפידה כאמור בסעיף 22(א) סיפה, לא תעלה תקופת המאסר במקום הקנס על שנה.
- (ב) בוטל.
- (ג) נשא אדם מאסר לפי סעיף קטן (א), לא יחוייב בתשלום הקנס והתוספת; נשא חלק מתקופת המאסר, לא יחוייב בתשלום חלק הקנס היחסי לתקופה שנשא עליו מאסר, והתוספת שיהיה חייב בה תחושב לפי אותו חלק מן הקנס שלא נשא עליו מאסר.
- (ד) הוטל מאסר לפי סעיף קטן (א) ולפני שנסתיימה תקופת המאסר שולם חלק מן הקנס תקוצר התקופה לפי היחס שבין הסכום ששולם לבין הקנס כולו.
- (ה) מי שהוטל עליו מאסר בשל אי תשלום קנס ישא אותו בנוסף לכל מאסר אחר, לרבות מאסר בשל אי-תשלום קנס אחר, בין שהמאסר האחר הוטל באותו משפט ובין שהוטל במשפט אחר, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת."

בתי-המשפט בישראל משתמשים כעניין שבשגרה בסמכותם להורות במסגרת גזר-הדין על האפשרות של נשיאת מאסר חלף תשלום הקנס: מדי שנה מועברים למרכז לגביית קנסות קרוב ל-30,000 תיקים שגזר-הדין בהם כולל מאסר במקום קנס, כשני שלישים מהם תיקי תעבורה. מדובר בכ-20% מן התיקים הפליליים ובכ-15% מתיקי התעבורה.<sup>30</sup> האפשרות להמיר את עונש הקנס בתקופת מאסר נקבעת בגזר-הדין עצמו על-ידי שימוש בלשון: "על הנאשם יוטל קנס בסך X או Y ימי מאסר תמורתו." קריאת הפסיקה מלמדת כי קביעה זו אינה מנומקת, ולא נערך בה דיון של ממש במסגרת הטיעונים לעונש.<sup>31</sup> ייתכן שפרקטיקה

30 ראו הנהלת בתי המשפט דו"ח שנתי 2017 26 (2017) [www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics\\_annual\\_2017/he/annual2017.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2017/he/annual2017.pdf). מכיוון שנתונים אלה מתייחסים רק לתיקים שבהם החוב לא שולם במועדו (שכן רק תיקים אלה מועברים למרכז לגביית קנסות), מספרם המלא של התיקים שבהם הוטל מאסר חלף קנס הוא גבוה אף יותר.

31 לא ידועים לנו מקרים שבהם נערך דיון מעמיק בערכאה הדיונית באשר לתקופת המאסר חלף קנס שיש להטיל על הנאשם. עיון במאגרי הפסיקה מעלה כי הכרעה זו ניתנת כבדרך אגב בעת השתת הקנס, ונותרת לשיקול-דעתו של בית-המשפט מבלי שנערך דיון באשר לעצם הטלת המאסר חלף הקנס או באשר לאורך התקופה שראוי להטיל. לפסיקה מן העת האחרונה שמטילה מאסר חלף קנס ללא נימוק של רכיב ענישה זה ראו, למשל, ת"פ (כלכלית ת"א) 33190-01-18

זו – של הטלת מאסר חלף קנס ללא נימוק – רווחת כל-כך בשל העובדה שהשימוש במאסר חלף קנס אינו נמנה עם הקביעות בגזר-הדין המחייבות הנמקה לפי סעיף 40יד לחוק העונשין. להשלמת התמונה יצוין כי סעיף 175 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 1651), התש"ע-2009 מחיל הוראות דומות בדבר הטלת מאסר חלף קנס גם על סמכותם של בתי-המשפט הצבאיים, שנוהגים אף הם להטיל קנסות שלצידם תקופות מאסר חלף קנס בהיקף של עשרות מיליוני שקלים בשנה.<sup>32</sup>

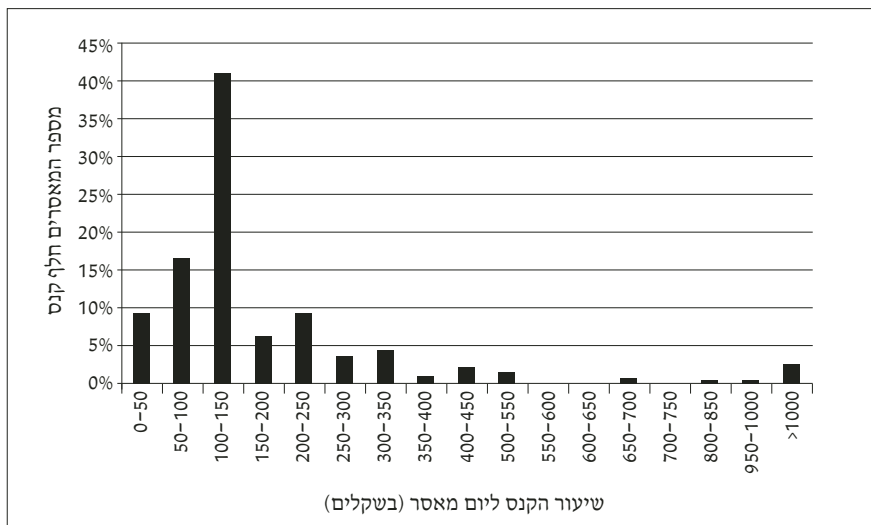
החוק והפסיקה אינם קובעים במפורש מהו היחס הראוי בין גובה הקנס לבין מספר ימי המאסר שיושטו אם הקנס לא ישולם. התייחסויות ספורדיות בפסיקה התייחסו ל"יחס המרה" של יום מאסר בגין כל 100 ש"ח מסכום הקנס,<sup>33</sup> אולם נתונים שהתקבלו מהמרכז

מדינת ישראל נ' גורטובוי (פורסם בנבו, 7.2.2019); תו"ב (מקומיים י-ם) 50905-07-16 מדינת ישראל נ' עבאסי (פורסם בנבו, 5.2.2019); ת"פ (שלום קר") 824-06-17 מדינת ישראל נ' ילירוב (פורסם בנבו, 7.1.2019). עוד על הסיבות המבניות שבגינן לא נערך דיון ממשי בהטלת מאסר חלף קנס במסגרת הטיעונים לעונש ראו בתת-פרק 3ג להלן. עם זאת, במקרים מעטים נמצא כי ערכאת הערעור נדרשה לעונש המאסר חלף קנס והתערבה בו. כך, למשל, בע"פ 4531/18 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.7.2018) ביטל בית-המשפט העליון את רכיב המאסר חלף קנס, בקובעו כי בהיתן מצבה הכלכלי של המשפחה יש חשש של ממש שהמערער, שהיה קטין, יישא תקופת מאסר נוספת של חמישים יום חלף קנס שהוטל עליו. ראו גם ע"פ 7925/15 אטורבאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.4.2016); ע"פ 785/15 פואקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.12.2015); עפ"ג (מחוזי ת"א) 11-17-22375 בליק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.3.2018).

32 ראו עמירה הס "60 מיליון שקלים קנסות הוטלו על פלסטינים בתוך שלוש שנים" הארץ 11.1.2019 [www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.6829018](http://www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.6829018). לפסיקה של בתי-משפט צבאיים מן העת האחרונה שמטילה מאסר חלף קנס ראו, למשל, (צבאי שומרון) 1242/16 התביעה הצבאית נ' בשאראת (פורסם בנבו, 17.1.2019); (צבאי שומרון) 4126/16 התביעה הצבאית נ' שביטה (פורסם בנבו, 8.3.2017); (צבאי שומרון) 4181/16 התביעה הצבאית נ' אבו הניה (פורסם בנבו, 8.3.2017). יובהר כי דיון מעמיק המנתח את החלתו של מוסד המאסר חלף קנס בבתי-המשפט הצבאיים ואת מנגנוני אכיפתו בשטחים הכבושים חורג מהיקפו של מאמר זה.

33 ראו, למשל, תו"ב (שלום עכו) 59438-11-12 ועדה מקומית לתכנון משגב נ' סואעד (פורסם בנבו, 7.2.2017), שבו מתייחסים בית-המשפט והתביעה כמובן מאליו לכך שהקביעה כי הנאשם חויב בתשלום קנס בסך 20,000 ש"ח או 20 ימי מאסר תמורתו מקורה בטעות סופר, שכן בגזר-דין מסוג זה חלף הקנס עומד על 200 ימים (דהיינו, יום מאסר בעבור כל 100 ש"ח בקנס). באשר ליחס בין גובה הקנס לבין אורך תקופת המאסר חלף קנס ראו גם, למשל, ע"פ 7159/13 ברזילי נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק-דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 16.3.2015): "השאלה מהו משך המאסר אשר יתמרץ נאשם לשלם את הקנס שנגזר עליו היא שאלה אמפירית, והתשובה עליה משתנה ממקרה למקרה. השיקולים השונים כוללים, בין היתר, את נסיבות חייו, אישיותו, מצבו הכלכלי, סדרי העדיפויות שלו וערכיו, ולכן ההתאמה בין גובה הקנס לבין תקופת המאסר במקומו אינה תוצאה של נוסחה מתמטית קבועה. על אף האמור נראה, כי בפסיקה התפתחה פרקטיקה של התאמה בין גובה הקנס לתקופת מאסר בגינה (חלף תשלום הקנס)."

לגביית קנסות מלמדים על שונות באורך המאסר המוטל בגין עונשי קנס זהים.<sup>34</sup> מנתונים הכוללים את כל המאסרים חלף קנסות שהופעלו בשנים 2017-2018 עולה כי בגין קנס של 100 ש"ח נאשם עשוי לשאת בין יום לשלושים ימי מאסר, וכי בגין קנס של 1,000 ש"ח הוא עשוי לשאת מאסר של יומיים עד מאה ימים. כך, בעוד הממוצע העולה מנתונים אלה מלמד כי "יחס ההמרה" בסכומים של עד 10,000 ש"ח הוא אכן כ-100 ש"ח ליום מאסר,<sup>35</sup> וכי בכ-41% מהמקרים היחס הוא בין 100 ל-150 ש"ח ליום מאסר, כפי שמראה תרשים 1, עדיין בכ-25% מהמאסרים "יחס ההמרה" נמוך יותר (דהיינו, נאשמים נושאים עונש מאסר ארוך יותר בגין אותו גודל קנס), ובשאר המקרים "יחס ההמרה" גבוה יותר (דהיינו, שווי הקנס לכל יום מאסר הוא גבוה יותר). נאשמים בקבוצה אחרונה זו הם בעיקרם נאשמים בעברות כלכליות, שבהן הקנסות גבוהים יותר.<sup>36</sup>



### תרשים 1: התפלגות המאסרים חלף קנסות לפי "יחס ההמרה" של שקלים ליום מאסר, 2017-2018

34 ראו תשובת רשות האכיפה והגבייה לפניית התנועה לחופש המידע מיום 16.12.2018, זמין בכתובת [www.meida.org.il/?p=9140](http://www.meida.org.il/?p=9140).

35 בחרנו להתייחס להתפלגות עד ל-10,000 ש"ח, הכוללת 88% מכלל המאסרים חלף קנסות, משום שהקפיצה בסכומים הגבוהים יותר, המתייחסים בעיקרם לעברות כלכליות, מובילה לעיוות הנתונים בכל הנוגע בתיקים פליליים שאינם בעברות כלכליות. אם מתחשבים במלוא הנתונים – כולל התיקים המעטים שבהם הוטל קנס של יותר מ-10,000 ש"ח, ובכלל זה 14 תיקים (0.02% מכלל המאסרים המופעלים) שבהם הושט קנס של יותר מ-100,000 ש"ח – אזי סכום הקנס הממוצע ליום מאסר הוא 266 ש"ח ליום.

36 "יחס ההמרה" הממוצע בקנסות של 10,000 ש"ח ומעלה הוא 400 ש"ח ליום מאסר, ובקנסות של יותר מ-100,000 ש"ח הוא 880 ש"ח ליום מאסר.

לצורך הוצאתה לפועל של האפשרות שנקבעה בגזר-הדין להמרת הקנס במאסר, על המרכז לגביית קנסות לפנות לבית-המשפט בבקשה להוצאת פקודת מאסר.<sup>37</sup> כפי שיפורט להלן, בהתאם להלכת גוסקוב,<sup>38</sup> פנייה כזו להוצאת פקודת מאסר יכולה להיעשות רק לאחר שנשלחה לחייב התראה בדואר רשום או במסירה אישית, שבמסגרתה ניתנה לו שהות של עשרים ימים לפחות לצורך פנייה להסדרת החוב. לאחר החתימה על פקודת המאסר, הפקודה מועברת מהמרכז לגביית קנסות למשטרה לצורך ביצועה.

במסגרת פסק-הדין בעניין גוסקוב התווה בית-המשפט העליון את הצעדים הפרוצדורליים שיש לנקוט במסגרת הליך ההפעלה של הוראת מאסר חלף קנס. באותו עניין פסל בית-המשפט את הפרקטיקה שקדמה לאותו מקרה, שלפיה המדינה הייתה פונה במעמד צד אחד לבית-המשפט בבקשה לביצוע צו מאסר חלף קנס ללא יידוע החייב, ובהתבסס על כך שהחייב ידע בעבר כי עלול להיות מופעל נגדו מאסר חלף קנס (כך, למשל, בעניינו של גוסקוב עצמו התקשר נציג המשטרה לבית הוריו שנים לאחר גזר-הדין וביקש ממנו להתייבב לצורך בירור בתחנת המשטרה, וכאשר הגיע לתחנת המשטרה, הוא נעצר לאלתר מבלי שידע במה מדובר).<sup>39</sup> בפסק-דין גוסקוב עיצב בית-המשפט הסדר שלפיו לפני פנייה להוצאת פקודת מאסר תישלח לחייב הודעה מן המרכז לגביית קנסות, אשר תכלול את מועד מתן גזר-הדין, את סכום הקנס שלא שולם, את אורך המאסר הצפוי לחייב אם לא ישלם את הקנס, ואת האפשרויות העומדות לפני החייב (להציג אסמכתה על פרעון החוב, להציג החלטה שיפוטית המעכבת או מבטלת את גביית הקנס או להגיע להסדר תשלומים בתוך חמישה-עשר ימים).<sup>40</sup> בעקבות פסיקה זו הורו בתי-המשפט לא פעם בשנים שלאחר-מכן על ביטול צווי מאסר חלף קנס או על עיכובם בשל כך שהמרכז לגביית קנסות לא שלח לנאשמים דרישות חוב כדין בטרם פנה לבית-המשפט בבקשה להוצאת פקודת המאסר.<sup>41</sup>

37 פקודת המאסר ערוכה בהתאם לתק' 31 לתקנות סדר הדין הפלילי, התשל"ד-1974, ולטופס 6 שבתוספת. להשלמת התמונה נציין כי קיים הליך חלופי להטלת מאסר חלף קנס, והוא "הצו המיוחד" לפי ס' 129א(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). הליך זה מאפשר לבא-כוח היועץ המשפטי לממשלה לבקש להמיר קנס במאסר גם כאשר אפשרות זו לא נקבעה במסגרת גזר-הדין. אולם מדובר בהליך חריג ביותר, אשר למיטב ידיעתנו לא נעשה בו שימוש כלל.

38 רע"פ 837/12 מדינת ישראל נ' גוסקוב (פורסם בנבו, 20.11.2012).

39 שופטת בית-המשפט המחוזי נגה אהד כתבה בהקשר זה: "מצב בו מגיע אדם לתחנת המשטרה, לאחר שזומן טלפונית על ידי האחרונה, באמתלה כלשהי, ומבלי שנאמר לו כי מדובר בפקודת מאסר שהוצאה נגדו במסגרת תיק פלילי (ולאחר שלא שילם קנס שהוטל עליו באותו תיק) ומשהתייבב במקום נאסר מיידית, מבלי שניתנת לו הזכות הבסיסית להגיב, לא בפני קצין משטרה ולא בפני שופט, ומבלי שקיבל התראה מראש אודות מאסרו הצפוי, נוגדת את עקרונות הצדק הטבעי ואת החובה החוקתית לקיים הליך הוגן טרם הפעלת מאסר במקום קנס..." ראו שם, פס' ז ו-כד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

40 שם, פס' כה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

41 ראו, למשל, ת"פ (שלום חי') 16-04-1843 מדינת ישראל נ' אמארה (לא פורסם, 28.1.2016); ת"פ (שלום ב"ש) 831/09 המרכז לגביית קנסות נ' בן ארויה (לא פורסם, 19.5.2016). באשר לדרישות החוב ראו ס' 5 לחוק המרכז לגביית קנסות. כן ראו תק' 10(1) ו-10(2) לתקנות המרכז

מרכיב נוסף שנכלל בהלכת גוסקוב הוא מתן האפשרות לחייב לפנות, לפני הוצאת צו המאסר, ב"השגה שיפוטית" לבית-המשפט שגזר את הדין. ראוי לציין כי פנייה בהשגה שיפוטית כאמור אינה מחייבת עריכת דיון במעמד הצדדים, וכי היקף סמכותו של בית-המשפט במסגרת אותה "השגה שיפוטית" נותר מעורפל במסגרת פסק-דין גוסקוב. בפסק-דין אזולאי, שנדון שנים מספר לאחר-מכן, הוגדר היקף "ההשגה השיפוטית" שנקבעה בהלכת גוסקוב באופן מצמצם, כך שכיום דרך-המלך להעמדת החלטות המרכז תחת ביקורת שיפוטית אינה במסגרת "ההשגה השיפוטית", אלא פנייה בהשגה למנהל המרכז לגביית קנסות ובהמשך עתירה לבג"ץ.<sup>42</sup>

הדין קובע הוראות נוספות המייחדות מאסר חלף קנס: החייב יישא את המאסר חלף הקנס לפני כל מאסר אחר שהוטל עליו (ואם הוא אסיר, אזי הפעלת המאסר חלף הקנס תקטע את נשיאתו במאסרו הרגיל, וזו תתחדש לאחר שהוא יסיים את תקופת המאסר חלף הקנס<sup>43</sup>); מאסר חלף קנס נצבר לכל מאסר אחר;<sup>44</sup> ובניגוד לעונש מאסר רגיל, אי-אפשר להורות על שחרור על-תנאי ממאסר חלף קנס, ועל החייב לשאת את מלוא התקופה בהתאם לשיעור הקנס שהוא טרם שילם.<sup>45</sup> עם זאת, על-פי הפסיקה בעניין ג'עפרי, ניתן לשאת מאסר חלף קנס

---

לגביית קנסות, אשר מפנות לטפסים שבתוספות הקובעים את נוסחן של דרישות החוב לפי ס' 5 לחוק. כן ראו פק"צ 04.23.00 "מאסר בשל אי תשלום קנס", המסדירה את המצאת ההתראות השונות לאסירים.

42 ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 25-27 לפסק-דינו של השופט עמית.

43 כך לפי ס' 46 לחוק העונשין. כמו-כן, הפסיקה קבעה כי אם המאסר חלף הקנס כבר נישא, אי-אפשר לבטלו למפרע על-ידי תשלום הקנס. ראו בג"ץ 60/83 שעת נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לז(1) 754 (1983), וכן בעת האחרונה רע"ב 6473/16 זלבאני נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 23.8.2016), רע"ב 6201/11 טייב נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 14.11.2011) ורע"ב 1104/11 עודה נ' שירות בתי הסוהר – מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.3.2011). עם זאת, בע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2016) פתח השופט סולברג, ללא הנמקה, פתח לסטייה מהלכת שעת בכך שהורה לבטל למפרע את המאסר חלף הקנס ולנכות את התקופה שהמערער ישב במאסר מעונש המאסר הרגיל שהושת עליו, וזאת בשל פגמים פרוצדורליים בהפעלתו של המאסר חלף הקנס. הבחנה זו, שלפיה ניתן לבטל למפרע מאסר חלף קנס שהופעל לא כדין לכתחילה, עולה גם מפסק-דין אזולאי, שבו קבע בית-המשפט, בהסכמת המדינה, כי בית-המשפט יכול להורות על עיכוב ביצוע למפרע של המאסר חלף הקנס אם מצא כי הוא הופעל לא כדין. ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 41 לפסק-דינו של השופט עמית.

44 ראו ס' 71(ה) לחוק העונשין. ראו גם בג"ץ 253/65 דוברבני נ' פקיד בית הסוהר חיפה, פ"ד יט(3) 145 (1965).

45 ראו ס' 1 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, המחיל את עצמו על "מאסר שנגזר במשפט פלילי, למעט מאסר בשל אי תשלום קנס". ראו בהקשר זה גם בג"ץ 4367/12 שיבלי נ' המרכז לגביית קנסות (פורסם בנבו, 24.6.2013), הקובע במפורש כי לא רק שאי-אפשר לנכות "שליש" ממאסר חלף קנס, אלא שתקופת המאסר בשל אי-תשלום קנס אף אינה באה במניין הימים לעניין חישוב תקופת המאסר המלאה שממנה ינוכה שלישי. אולם ראו רע"ב 1049/15 ניזירי נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 18.6.2015), אשר עסק בשאלת ההתחשבות במאסר חלף קנס לעניין שחרור מנהלי לפי ס' 68 ו-68ג לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש],

על-דרך עבודות שירות, שכן הוא מהווה "מאסר בפועל" לצורכי סעיף 51ב לחוק העונשין.<sup>46</sup> כמורכן, לאחר שנים רבות שבהן לא פורסם נוהל המסדיר את הליכי הוצאתו לפועל של מאסר חלף קנס, פורסם נוהל כזה בתחילת שנת 2019, ובו נקבע לראשונה הסדר שלפיו לפני פנייה להפעלת מאסר חלף קנס יינקטו דרכי אכיפה אחרות. על-פי סעיף 5.1.1 לנוהל של המרכז לגביית קנסות, לפני הפקת פקודת המאסר יש לבדוק ש"בוצעו הליכי גבייה בתיק לרבות עיקולי צד ג' ועיקולי רכב לרבות ניסיון תפיסתו", וכן ש"חלפו 3 חודשים ממועד הטלת העיקול והקנס לא שולם או שלא נתקבלו כספים בגין הליכים אלה".<sup>47</sup> כלומר, להבנתנו, הסעיף קובע במשמע הוראת מידתיות שלפיה אי-אפשר להפיק פקודת מאסר בטרם ננקטו אמצעי גבייה אחרים כלשהם, אולם אין הנוהל קובע במפורש כי יש לפעול להפעלת המאסר רק כחלופה אחרונה, כפי שקובעת, לגישתנו, חובת המידתיות החוקתית. הנוהל מסתפק בבדיקה פורמלית בלבד בדבר קיומן של פעולות גבייה כלשהן בתיק, בעיקר מסוג עיקול, מבלי לערוך בדיקה נוספת בעניין זה. חמור מכך – הנוהל מחריג מחובת הבדיקה של הליכים חלופיים חייבים השהים במשמורת חוקית, כגון אסירים ועצירים. לגישתנו, הבחנה זו של אחת מקבוצות החייבים המוחלשות והעניות ביותר, תוך פתיחת פתח רחב לפגיעה נוספת בחירותם, היא הבחנה שאינה כדין, המבוססת על שוני שאינו רלוונטי באשר להפעלת מאסר חלף קנס. חירותו של אדם אינה "שווה פחות" משום שהוא נושא מאסר או מעצר כדין, ואין בעובדה זו כדי להצדיק אי-בחינת חלופות פוגעניות פחות בעניינו.

התשל"ב-1971. על-פי פסק-הדין, כאשר מחשבים את תקופת המאסר של אסיר כדי לבחון אם היא קצרה מן התקופה המרבית המזכה אסיר באפשרות של שחרור מנהלי (שהיא ארבע שנות מאסר), אין לכלול בחישוב תקופה שנשא האסיר במסגרת מאסר חלף קנס. כלומר, גם אסיר שנגזר עליו בגזר-הדין עונש מאסר של פחות מארבע שנים אך ישב בפועל יותר מארבע שנים משום שהופעל נגדו מאסר חלף קנס יוכל להשתחרר בשחרור מנהלי. עם זאת, פסק-הדין קובע עוד כי כאשר מחשבים את תקופת המאסר של אסיר כדי לקבוע את אורכה של תקופת השחרור המנהלי שתנוכה ממאסרו (להבדיל מן העמידה בתנאי-הסף של תקופה קצרה מארבע שנים), יש לכלול את המאסר חלף הקנס בעת החישוב. ראו גם עת"א (מנהליים מר') 31053-02-16 דורון נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 11.8.2016), שבה קבע בית-המשפט כי אין לכלול תקופת מאסר חלף קנס בחישוב תקופת המאסר המלאה לעניין הזכאות ליציאה לחופשות (זכאותו של אסיר שנגזר עליו "מאסר ממושך" של יותר משבע שנים מוגבלת ביחס לזכאותו של אסיר שנגזר עליו מאסר קצר יותר).

46 ראו ע"פ 1100/91 מדינת ישראל נ' ג'עפרי, פ"ד מז(1) 418 (1993). ליישומה של הלכת ג'עפרי ראו, למשל, תו"ב (שלום קר') 48842-09-12 ועדה מרחבית תכנון מעלה נפתלי נ' עראף (פורסם בנבו, 18.7.2016); ע"פ (מחוזי חי') 37381-08-10 עפ"פי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.12.2010); רע"ס (שלום רמ') 5366-02-10 מועצה אזורית חבל מודיעין נ' יצחק (פורסם בנבו, 1.6.2016). בע"פ 741/16 שוויקי נ' המרכז לגביית קנסות (פורסם בנבו, 7.2.2016) אשררה השופטת ברק-ארז את תוקפה של הלכת ג'עפרי, וקבעה כי במקרים מסוימים אכן ניתן להמיר את תקופת המאסר חלף קנס במאסר על-דרך עבודות שירות, בשים לב למאמצי הנאשם לשלם את הקנס (באותו מקרה נדחתה בקשתו של המערער להמרת המאסר בפועל בעבודות שירות).

47 ס' 5.1.1(ז) לנוהל המרכז לגביית קנסות מס' 021-2018 "יישום וביצוע מאסר חלף קנס" (19.3.2019).

להשלמת התמונה מן הראוי לציין כי בדין הישראלי קבועה גם האפשרות להטיל מאסר חלף קנס בשל אי-תשלום של קנס שהוטל על עברה מנהלית לפי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן: חוק העבירות המנהליות). עברה מנהלית היא בדרך-כלל עברה על חקיקה רגולטורית, אשר אינה נאכפת בהליך פלילי רגיל, אלא באמצעות הטלת קנס על-ידי רשות מנהלית. סעיף 19 לחוק העבירות המנהליות קובע את הסמכות להטיל מאסר בפועל על אדם שלא שילם את הקנס המנהלי שהוטל עליו:

91. (א) לא שילם אדם קנס מינהלי שהוטל עליו תוך ששה חדשים מיום הטלתו, רשאי בית משפט, על פי בקשת תובע, לצוות כי יוטל עליו, במקום הקנס שלא שולם, מאסר שלא יעלה על שנה; בית המשפט לא יהיה רשאי להורות שהמאסר יהיה על תנאי.

(ב) הוראות סעיף 17(ג) עד (ה) לחוק העונשין יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על מאסר לפי סעיף קטן (א)."

כפי שעולה מלשון הסעיף, המנגנון להטלת מאסר חלף קנס מנהלי שונה מזה של הטלת מאסר חלף קנס בהליך פלילי. בהליך פלילי עצם האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס נקבעת כאמור בדרך-כלל כבר במעמד גזר-הדין, והפעלתה של אפשרות זו מתבטאת בהוצאה מאוחרת של פקודת מאסר על-ידי בית-המשפט לבקשת המרכז לגביית קנסות. לעומת זאת, בהליך מנהלי הקנס אינו כולל לכתחילה אפשרות לכפות את גבייתו באמצעות מאסר, ולצורך שימוש באמצעי גבייה זה התובע נדרש לפנות לבית-המשפט בהליך נפרד. התנאים שבהם תוגש בקשה זו מטעם תובע מנויים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה לעניין פרשנותו של חוק העבירות המנהליות.<sup>48</sup> בסעיף 7.4.3 להנחיה נקבע:

"מאסר במקום קנס הוא אמצעי חמור, ועל כן השימוש בדרך זו צריך להיעשות בזהירות ורק באותם מקרים בהם מתברר כי אין כל דרך מתאימה אחרת לגבות הקנס או לאכוף את תשלומו. ההחלטה על השימוש במאסר במקום קנס תתקבל לאחר התייעצות עם המשרד או היחידה הנוגעים בדבר."

על-פי מידע שהתקבל מרשות המיסים, בשנת 2017 הגישה הרשות 344 בקשות למאסר חלף קנס מנהלי, ובשנת 2018 – 349 בקשות. כל הבקשות שהוגשו התקבלו על-ידי בתי-המשפט, אולם אף לא באחד מהמקרים הללו בוצע בפועל הליך מאסר כחלופה לקנס.<sup>49</sup> לצד מידע זה, בדיקה במאגר "נבו" מלמדת כי במקרים רבים ביותר מוצאות פקודות מאסר חלף קנס מנהלי כאשר החייב לא התייצב כלל לדיון בעניינו.<sup>50</sup> מן המידע הקיים עולה אם כן בפועל הסמכות להטלת מאסר חלף קנס מנהלי מיתרגמת לקביעת הסדרי תשלומים בין החייבים לרשות, שאינם מובילים בסופו של יום להפעלת המאסר (זאת, בניגוד לתמונת

48 ראו "נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3041 (התשמ"ז).

49 ראו תשובת רשות המיסים לבקשת התנועה לחופש המידע (24.1.2019). [www.meida.org.il/?p=9140](http://www.meida.org.il/?p=9140)

50 ראו, למשל, מק"מ (שלום חי') 17-10-17433 פקיד שומה חיפה נ' גבריאלי (פורסם בנבו, 16.1.2018); מק"מ (שלום טב') 17-09-63231 מדינת ישראל נ' זועבי (פורסם בנבו, 11.1.2018); מק"מ (שלום נצ') 17-06-25306 פקיד שומה נצרת נ' עואברה (פורסם בנבו, 14.11.2017).



המצב באשר למאסר חלף קנס פלילי, המצביעה על מאות אנשים מדי שנה שנושאים במאסר בפועל).

#### 4. ההיסטוריה החקיקתית של מאסר חלף קנס בישראל

הורתו של רעיון המרת הקנס במאסר בישראל – כמו-גם של מאסר החייבים בהוצאה לפועל – היא בפקודת המאסר בגלל חוב, 1931 (שהוחלפה בהמשך בסעיף 70 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967).<sup>51</sup> הפקודה קבעה, בין היתר, כי פקיד ההוצאה לפועל יוכל לצוות על מאסרו של חייב בשלושה מקרים: אם הלה לא מילא אחר פסק-דין לתשלום מזונות; אם הוא לא מילא אחר פסק-דין במשפט פלילי לתשלום קנס או הוצאות משפט או מיסי בית-משפט; ובנסיבות מסוימות, אם הוא לא שילם חוב אזרחי.<sup>52</sup> תקופת המאסר המרבית עמדה ככלל על עשרים ואחד ימים, ובאשר לקנס או להוצאות משפט הגיעה בנסיבות מסוימות עד תשעים ואחד ימים.<sup>53</sup> הסדר מקביל נקבע גם בפקודת החוק הפלילי, 1936,<sup>54</sup> אשר קבעה בסעיף 2(42) כי בית-המשפט רשאי להטיל על הנאשם קנס ולצוות לאוסרו אם לא ישלם את הקנס, וזאת עד לתקופת מאסר מרבית של שלושה חודשים בגין קנס כגובה של יותר מעשרים פונט. הפקודה קבעה עוד, בסעיף 41(ג), כי ככלל קנס שהוטל כעונש בהליך פלילי ייגבה כאילו מדובר בחוב אזרחי לטובת המדינה.

על-אף הדמיון והקשר בין ההסדרים הנוגעים במאסר חייבים לצורך גביית חוב אזרחי לבין ההסדרים הקובעים את המאסר חלף קנס הפלילי, כבר בשלב ראשוני מאוד נערכה הפרדה דיונית בין מאסר חייבים בדין הפלילי לבין מאסר חייבים בדין האזרחי, ולצד דיונים ארוכי-שנים בשאלת ההצדקה למאסר חייבים בדין האזרחי, לא התקיים עד היום כמעט כל דיון דומה בדין הפלילי.<sup>55</sup> לא זו אף זו, לצד דיונים משמעותיים שהתנהלו כבר בשלב מוקדם

51 פקודת המאסר בגלל חוב, 1931, ע"ר 756 (להלן: פקודת המאסר בגלל חוב). לפקודה זו קדם חוק ההוצאה לפועל העות'מאני הזמני משנת 1914. ראו חריס "מאסר החייבים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 460-461. לסקירה קצרה של ההיסטוריה הרחוקה יותר של מאסר חלף קנס, כחלק מהתהוותו של עונש הקנס, ראו Derek A. Westen, *Fines, Imprisonment, and the Poor: "Thirty Dollars or Thirty Days"*, 57 CAL. L. REV. 778, 780-87 (1969).

52 ס' 2 לפקודת המאסר בגלל חוב.

53 ס' 3 לפקודת המאסר בגלל חוב.

54 פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1, 275.

55 לסקירה היסטורית של הנסיגנות לבטל את מאסר החייבים בדין האזרחי ראו חריס "מאסר החייבים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 443; רון חריס "ממאסר להפטר: הצעת סדר-יום חדש לחקיקת דינים לאכיפת חיובים" עיוני משפט כג 641 (2000); ירון אונגר **מאסר חייבים בהוצאה לפועל – רקע תיאורטי וסקירה משווה** 11-17 (הכנסת, הלשכה המשפטית, 2013) [fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/9170aa75-2f7b-e511-80d1-00155d0ad6b2/2\\_9170aa75-2f7b-e511-1949-80d1-00155d0ad6b2\\_11\\_8729.pdf](https://fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/9170aa75-2f7b-e511-80d1-00155d0ad6b2/2_9170aa75-2f7b-e511-1949-80d1-00155d0ad6b2_11_8729.pdf). מן הסקירה עולה, למשל, כי אומנם כבר ביולי 1949 הורה היועץ המשפטי לממשלה, יעקב שמשון שפירא, למחלקת החקיקה של משרדו להכין הצעת חוק בדבר ביטול מאסר חייבים בגין אי-תשלום חוב, אולם כבר אז הוא סייג והבהיר כי לדעתו יש להשאיר את ההוראה על כנה בכל הנוגע במאסר בגין אי-תשלום מזונות ובגין אי-תשלום קנסות.

ביותר בדבר הצורך בביטול מאסר החייבים בדין האזרחי, ההתפתחויות החקיקתיות באשר לאפשרות להטיל מאסר בגין אי-תשלום קנסות פליליים התאפיינו דווקא בהרחבתה שוב ושוב במסגרת תיקוני חקיקה שנועדו להגביר את אמצעי האכיפה של תשלום קנסות פליליים.<sup>56</sup> סעיף 22 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, אשר החליף את פקודת החוק הפלילי, הרחיב את סמכות המאסר, וקבע כי בית-המשפט הדין אדם לקנס רשאי להטיל עליו מאסר עד שישה חודשים במקרה שהקנס – כולו או מקצתו – לא ישולם במועדו. בהצעת החוק שקדמה לתיקון זה<sup>57</sup> הוסבר הרציונל בכך שהפרוצדורה הקודמת, שבה נגבה הקנס ככלל כאילו היה חוב אזרחי, הייתה "פרוצדורה ממושכת שברוב המקרים לא הביאה לידי תוצאות".<sup>58</sup> עוד קבע החוק את האפשרות להטיל מאסר חלף קנס בצו מיוחד (ההסדר שקבוע כיום בסעיף 129א(א) לחוק סדר הדין הפלילי, ואשר לא נעשה בו כמעט שימוש). בשנת 1963 תוקן החוק והאריך את התקופה המרבית של מאסר חלף קנס מחצי שנה לשנה.<sup>59</sup> ההחמרה האחרונה בעניין זה נעשתה בשנת 1980, שבה הוארכה התקופה המרבית של מאסר חלף קנס משנה לשלוש שנים.<sup>60</sup> השינוי הוסבר כך בהצעת החוק:

"לאור שיעורי הקנסות המוטלים כיום, וביחוד לאור שיעורי הקנסות שיוסמך בית המשפט להטיל לאחר קבלת החוק המוצע – נראה שמאסר עד שנה אחת אינו סנקציה מספקת להניע אדם לשלם קנסות גבוהים. עלול להיווצר מצב שבו בשל הסכום הגבוה של הקנס יעדיפו החייבים לפדותו במאסר. מוצע לכן להעלות את תקרת המאסר לשלוש שנים."<sup>61</sup>

במקביל להארכת תקופת המאסר חלף הקנס, תיקון מס' 2 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה)<sup>62</sup> הוסיף לחוק את הסעיפים הנוגעים בתוספת פיגור על אי-תשלום קנס (המקבילים לסעיפים 67-69 לחוק העונשין). מעניין ששיעורה של תוספת הפיגורים שנקבעה אז עמד על עשרה אחוזים מן הקנס, ובכל שישה חודשים עשרה אחוזים נוספים, וזאת בהשוואה לחוק העדכני, הקובע כאמור תוספת פיגורים של חמישים אחוזים מן הקנס, וחמישה אחוזים נוספים בכל שישה חודשים.

עוד קבע תיקון מס' 2 כי ניתן להפעיל מאסר חלף קנס רק אם גזר-הדין ניתן במעמד הנאשם או סנגורו או הומצא לנאשם. אולם בשנת 2000 בוטל תיקון זה, עם חקיקתו של סעיף 129א לחוק סדר הדין הפלילי, אשר קבע את האפשרות להטיל על הנאשם מאסר

56 לסקירת ההיסטוריה החקיקתית ראו עניין חכמי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 420-425.

57 הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953, ה"ח 6.

58 שם, בעמ' 11.

59 חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) (תיקון מס' 5), התשכ"ג-1963, ס"ח 80. החוק הוחלף בהמשך בחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], התשל"ל-1970, ס"ח 109, אשר הותיר על כנו, בס' 34, את הסמכות להטיל מאסר במקום קנס.

60 ס' 71 לחוק העונשין, אשר תוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 9), התש"ס-1980, ס"ח 60, 61 (ס' 11 לתיקון).

61 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 10), התשל"ט-1979, ה"ח 265, 269.

62 חוק דיני עונשין (דרכי ענישה) (תיקון מס' 2) התשל"ג-1973, ס"ח 44.

חלף קנס גם בהעדרו, <sup>63</sup> וזאת על-מנת למנוע את האפשרות שנאשם ימנע מן המדינה את האפשרות להמיר את עונש הקנס במאסר על-ידי כך שלא יתייצב למשפטו. בתחילה נקבע התיקון בהוראת-שעה (שעמדה בתוקפה למשך חמש שנים), <sup>64</sup> אך בשנת 2005 הוחלט להפוך את ההוראה להוראה של קבע. <sup>65</sup> לצד הרחבת האפשרות להטיל על נאשמים מאסר חלף קנס, כלל תיקון החקיקה גם חובה ליתן לנאשם התראה לפני הפעלת צו מאסר שניתן בהעדרו, <sup>66</sup> וכן אפשרות לכטל את הצו לאחר שניתן בהעדר הנאשם. <sup>67</sup>

63 וזאת כחריג לכלל הקבוע בס' 129 לחוק סדר הדין הפלילי, שלפיו אין לגזור מאסר על נאשם לא בנוכחותו.

64 ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26 והוראת שעה), התש"ס-2000, ס"ח 213. הוראת-השעה הוארכה לשנתיים נוספות, עד ליום 1.9.2005, בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26 והוראת שעה) (תיקון), התשס"ג-2003, ס"ח 534.

65 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 46), התשס"ו-2005, ס"ח 10. דברי ההסבר להצעת החוק שביקשה להפוך את ההסדר להסדר של קבע ציינו: "מנתונים שנאספו בתקופה האחרונה עולה כי ברובם המכריע של המקרים, משלמים החייבים את קנסותיהם בטרם ביצעו מאסרם בפועל, וכי רק במקרים בודדים נאלצו הרשויות לאסור את החייבים הלכה למעשה. מכאן ניתן ללמוד כי יש ערך מרתיע לעצם האפשרות להטיל על נאשם מאסר במקום קנס אף שלא בנוכחותו, תוך מניעת האפשרות להתחמק מהטלת עונש כאמור באמצעות אי התייצבותו של הנאשם למשפטו." הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26 והוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005, ס"ח 1030. נציין כי בניגוד לאמור בדברי ההסבר, נתונים שהובאו לפני ועדת החוקה, חוק ומשפט מלמדים כי היקף השימוש במאסר חלף קנס באותה עת לא היה "מקרים בודדים", כפי שצוין בהצעת החוק, אלא כמאה מקרים בשנה. ממסמך שהגיש המרכז לגביית קנסות לוועדת החוקה, חוק ומשפט עולה כי בשנת 2003 בוצעו בפועל 111 פקודות מאסר; בשנת 2004 – 113 פקודות מאסר; וימינואר 2005 עד אוגוסט 2005 – 140 פקודות מאסר. עוד עולה מאותו מסמך כי ברובם המוחלט של התיקים הפליליים במרכז לגביית קנסות באותה עת היה גובה החוב עד 10,000 ש"ח, וכי כמעט בכמחציתם הוא היה עד 1,000 ש"ח. אלה הנתונים שהובאו באותו מסמך לגבי גובה הקנסות הפליליים שהועברו לטיפול המרכז: גובה קנס עד 1,000 ש"ח כולל – 42.5% מהתיקים; גובה קנס בין 1,001 ל-5,000 ש"ח – 37% מהתיקים; גובה קנס בין 5,001 ל-10,000 ש"ח – 9.7% מהתיקים; גובה קנס 10,001 ש"ח ומעלה – 10.7% מהתיקים. ראו מכתב מאת המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות לייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט (7.9.2005) (המסמך זמין באתר הכנסת, בחומרי-הרקע לשיבתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 8.9.2005 בנושא חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 46), התשס"ו-2005 – הכנה לקריאה שנייה ושלישית, (fs.knesset.gov.il/16/Committees/16\_cs\_bg\_339624.doc).

66 ס' 129א(ג) לחוק סדר הדין הפלילי.

67 ס' 129א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי. בהצגת החוק במליאת הכנסת הוגיש יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת מיכאל איתן, את הצורך בהפעלה זהירה של מאסר חלף קנס: "הגישה היא רחמנית, היא סלחנית, היא מאפשרת את כל האלטרנטיבות. המחוקק לא שולח בקלות אנשים לבית-הסוהר. אם ניתנת לו האפשרות לשלם את הקנס ולא שילם, אנחנו אומרים לו, אתה יכול לפנות, אם יש בעיה שלא יכולת לבוא, אתה יכול לבקש שיודו ויבטלו את הצו, אתה תוכל להשמיע עוד הפעם את טענותיך. אם אתה צריך לשלם וכרגע אתה לא יכול, אתה יכול לבקש תשלומים. נעשה הכול על מנת שלא תלך לבית-הסוהר, אבל מצד שני אנחנו לא מוכנים בשום פנים ואופן שכאשר החוק קובע שלא מטילים מאסר על אדם שאיננו

## ב. מאפייני השימוש במאסר חלף קנס בישראל

על-פי נתוני המרכז לגביית קנסות, המובאים במסגרת מאמר זה לראשונה,<sup>68</sup> מדי שנה נכלאים מאחורי סורג ובריח מאות אנשים בשל העובדה שהם לא שילמו קנס שהוטל עליהם בהליך פלילי. מתוך כ-30,000 תיקים שגזר-הדין בהם כולל הוראת מאסר חלף קנס, מופקות מדי שנה כ-3,000 פקודות מאסר לחייבים, ומאות מביניהן מופעלות הלכה למעשה ומובילות לכליאתם של אנשים בשל אי-תשלום הקנס.

### טבלה 1: מספר התיקים שבהם הופקו פקודות מאסר לחייבים ומספר הפקודות שהופעלו, 2012–2018

שנה	סוג תיק	מספר התיקים שבהם כלל גזר-הדין אפשרות להטיל מאסר חלף קנס	פקודות מאסר מופקות	מספר תיקים שנסגרו בגין מאסר החייב (דהיינו, האדם נשא במאסר חלף הקנס)
2012	פלילי	7,657	2,116	450
	תעבורה	22,508		7
2013	פלילי	7,449	3,120	<sup>69</sup> 222
	תעבורה	19,978		8
2014	פלילי	7,710	3,110	476
	תעבורה	20,184		6
2015	פלילי	7,809	2,500	389
	תעבורה	20,973		4
2016	פלילי	29,155	3,376	483
	ותעבורה			
2017	פלילי	25,629	2,400	<sup>70</sup> 236
	ותעבורה			
2018	פלילי	לא נמסר	3,364	298
	ותעבורה			

בבית-המשפט – אנחנו נותנים פה פרס לאנשים, אומרים להם: לא כדאי לכם לבוא לשם בכלל. אם אתם באים, יכולים לתת לכם את זה. אם אתם לא באים, לא יכולים. אז הם לא באים. אנחנו אומרים: לא באתם, אפשר, אבל יצרנו לכם מספיק מנגנונים, שאם נגרם עוול, מידת הרהמים והחסד והמחילה תאפשר לכם לשלם קנס ולא ללכת למאסר. "פרוטוקול ישיבה מס' 289 של הכנסת ה-16, 25–26 (15.11.2005).

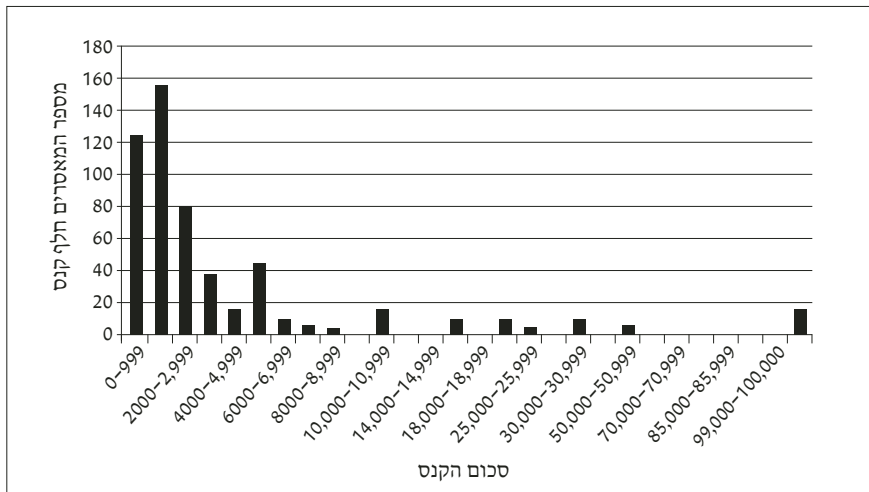
68 הנתונים הועברו לכותבים מן המרכז לגביית קנסות ביום 19.2.2017 וביום 30.1.2018 (לגבי נתוני 2017). כן ראו את הנתונים שהועברו לתנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 34.

69 הנתון הנמוך יחסית בשנת 2013 נובע, בין היתר, מכך שבתקופה שממתן החלטת-הביניים בעניין גוסקוב (5.3.2012) ועד למתן פסק-הדין הסופי בעניין גוסקוב, לעיל ה"ש 38 (20.11.2012), הוקפא הטיפול בכאלף תיקי מאסר חלף קנס. ראו הודעה משלימה מטעם המבקשת בעניין גוסקוב מיום 7.6.2012.

70 בין חודש נובמבר 2016 לחודש אפריל 2017 התקיים מבצע של הפחתת תוספות פיגורים לפי חוק הפחתת תוספות פיגור שנוספו על קנסות הנגבים בידי המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (הוראת שעה), התשע"ז-2016, ובתקופה זו לא ננקטו הליכים נגד החייבים.

מטבלה 1 עולה כי בכ- 10% מהתיקים שבהם נכללה הוראת מאסר חלף קנס בפסק-הדין הופקו בהמשך פקודות מאסר נגד החייבים, וכי בכ- 13% ממקרים אלה נסגרו התיקים על-דרך מאסר החייב בפועל. כלומר, בכ- 1% מכלל התיקים שבהם נכללת האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס היא אכן מיושמת בפועל. יוער כי נתונים אלה מתייחסים רק לקנסות שבגביהם הופקדה בידי המרכז לגביית קנסות, ואינם כוללים מקרים אפשריים נוספים שבהם הופקה או הופעלה פקודת מאסר בגין קנס פלילי שהוטל על-ידי בית-משפט צבאי.<sup>71</sup>

מבין הנאשמים שהופעל נגדם מאסר חלף קנס בשנים 2017-2018, 38% ישבו במאסר בגין סכום של עד 1,000 ש"ח; 43% ישבו במאסר בגין סכום של 1,001 עד 5,000 ש"ח; 7% – בגין סכום של בין 5,001 ועד 10,000 ש"ח; 8% – בגין סכום של בין 10,001 ל-50,000; ו-5% – בגין סכום של יותר מ-50,000 ש"ח. דהיינו, יותר מ-80% מן הנאשמים שנשאו מאסר חלף קנס בישראל הם אנשים שלא שילמו קנס שגובהו עד 5,000 ש"ח.

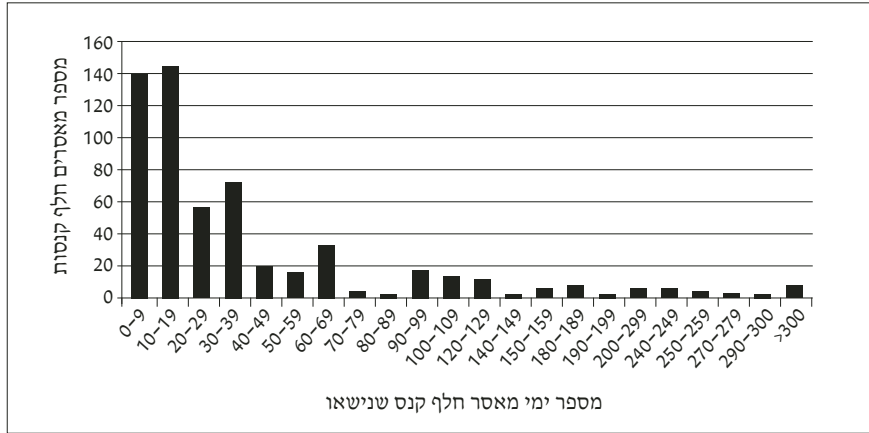


תרשים 2: התפלגות המאסרים חלף קנסות לפי סכום הקנס, 2018-2017

מבחינת אורכי תקופות המאסר חלף קנס, 23% מהנאשמים בשנים 2017-2018 נשאו מאסר של עד שבוע; 21% – בין שמונה ימים לשבועיים; 28% – בין שבועיים לחודש; 13% – בין חודש לחודשיים; 15% – בין חודשיים לשנה; ורק שלושה נאשמים נשאו מאסר חלף קנס של יותר משנה.<sup>72</sup>

71 בתשובה שקיבלו המחברים מהיועצת המשפטית לרשות האכיפה והגבייה הובהר כי הרשות אינה מטפלת בגביית קנסות שהוטלו במסגרת גזרי-דין של בתי-משפט צבאיים.

72 ראו לעיל ה"ש 34.



תרשים 3: התפלגות המאסרים חלף קנסות לפי משך המאסר, 2017-2018

### ג. על תכליות ומיתוסים – היש אכן הצדקה לשימוש במאסר חלף קנס?

הפסיקה והכתיבה האקדמית עמדו כאמור על שתי תכליות מרכזיות שמאסר חלף קנס נועד לשרת, ואשר מצדיקות את השימוש בסמכות חריגה זו: התכלית האכיפתית והתכלית העונשית.<sup>73</sup> על-פי התכלית האכיפתית, מאסר חלף קנס נועד לקדם גבייה אפקטיבית של הקנס.<sup>74</sup> על-פי הפסיקה, זוהי תכליתו העיקרית של מאסר חלף קנס. כאמור בעניין גוסקוב, "אין תכליתו של הסדר זה לשלול את חרותו של הפרט כאמצעי ענישה על שלא שילם את הקנס, אלא להביא את החייב לשלם את הקנס".<sup>75</sup> גם בעניין ניזרי הודגש כי מטרתו העיקרית של מאסר חלף קנס היא "להשתמש בחרב המתהפכת של המאסר-בכוח כדי להמריץ את מי שחוייב בקנס לשלמו".<sup>76</sup>

אומנם, לא נסתרה מעיניהם של בתי-המשפט ושל התביעה הטענה כי ככל שאין לנאשם יכולת כלכלית לעמוד בתשלום הקנס, אין כל הצדקה לנסות לתמרץ אותו באמצעות איום במאסר לשלם קנס שאין ביכולתו לשלמו. אולם במקרים אלה הצדיקה הפסיקה את הפעלת המאסר חלף הקנס בכך שמאסר זה נושא, לצד תכליתו האכיפתית, גם אופי עונשי.<sup>77</sup> האופי העונשי של המאסר חלף הקנס מתבטא בכך שניתן להחליף את הקנס שלא שולם במאסר באורך שקבע בית-המשפט. זהו, למשל, הטעם העומד בבסיס העובדה שהנשיאה במאסר

73 לדיון בתכלית הכפולה של מאסר חלף קנס בארצות-הברית, ולביקורות שניתן להעלות נגד הצדקות לכאוריות אלה, ראו Westen, לעיל ה"ש 51, בעמ' 789-795.

74 עניין חכמי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 426-427.

75 עניין גוסקוב, לעיל ה"ש 38, פס' לב לפסק-הדין.

76 עניין ניזרי, לעיל ה"ש 45, פס' 34 לפסק-דינו של השופט סולברג.

77 ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 12-15 לפסק-דינו של השופט עמית וההפניות שם.

באה במקומו של עונש הקנס ומשחררת את הנאשם מתשלום הקנס במלואו או בחלקו.<sup>78</sup> אופיו העונשי של מאסר חלף קנס הוא גם המבחין בינו לבין מאסר אזרחי בגין אי-תשלום חוב, למשל, אשר כל-כולו אמצעי אכיפה של תשלום החוב, ואין בו מימד עונשי כלשהו (ומשום כך הנשיאה בו אף אינה מפחיתה את החובה לשלם את החוב).<sup>79</sup> על-פי התכלית העונשית, מאסר חלף קנס נועד להגשים את מטרות הענישה המופנית כלפי הנאשם, ומכאן שיש הצדקה להפעילו גם כאשר אי-תשלום הקנס נובע מאי-יכולתו הכלכלית של הנאשם, ולא רק מאי-רצונו לשלם את הקנס שהוטל עליו.

אולם, כפי שנטען להלן, שתי הצדקות אלה אינן עומדות בפני הביקורת, ובחינתן לעומק מלמדת כי אין די ראיות לקבוע כי מאסר חלף קנס הוא כלי אפקטיבי יותר מן החלופות הקיימות לצורך גביית קנסות (ובוודאי לא כלי יעיל יותר), וכי אף מבחינה עונשית קשה לקבל את הטענה כי "משוואת הענישה", המתאימה את אורך המאסר לגובה הקנס ולמכלול מרכיבי הענישה בכל מקרה, אכן מתקיימת במציאות. יתרה מזו, נטען להלן כי גם אילו עמדו שתי הצדקות אלה בפני הביקורת והיו משכנעות, הפגיעה החלוקתית הקשה הטמונה במאסר חלף קנס, אשר מופעל באופן לא-שוויוני כלפי עניים ומוביל לפגיעה לא-פרופורציונלית בחירות הנאשמים, מצדיקה את ביטולו של מנגנון זה. להלן נדון בשלושה מרכיבים אלה של הטיעון – ביקורת התכלית האכיפתית; ביקורת התכלית העונשית; והביקורת החלוקתית – כסדרן.

## 1. ביקורת התכלית האכיפתית של מאסר חלף קנס

המצדדים בשמירה על מוסד המאסר חלף קנס מזכירים באופן תכוף את האפקטיביות של החשש ממאסר ביצירת תמריץ לתשלום הקנס. האיום במאסר, כך הם טוענים, יניע

78 ראו ס' 71(ג) לחוק העונשין.

79 עניין חכמי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 427. ראו גם בג"ץ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת – עמותה נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 720 (1993) (להלן: עניין פר"ח), שבו תקף בית-המשפט את מאסר החייבים האזרחי בהדגישו כי בהקשר האזרחי מתקיימת אך התכלית האכיפתית, ואין בו מקום לתכלית עונשית: "ואף זה מושכל ראשון בתפיסת העולם שבמערכת משפטנו... שמטרתם של הליכי ההוצאה לפועל היא לממש את פסק-דינו של בית המשפט על-ידי ירידה לנכסי החייב, ולא על-ידי ירידה לחייו של החייב... כאשר ברור שלחייב אין היכולת והאמצעים לשלם את החוב, אין אוסרין אותו על אי-תשלום החוב. שהרי מאסר בנסיבות כאלה אינו משמש כאמצעי כפייה לתשלום החוב, אלא כענישה על אי-תשלום החוב, וכזאת לא ייעשה במערכת משפטנו." אולם מעניינת בהקשר זה קביעתו של המשנה לנשיא אגון בעניין ג'עפרי כי על-פי הדין העברי, ההצדקה למאסר חלף קנס בדין הפלילי נמוכה מההצדקה למאסר חייבים בדין האזרחי. במילותיו המסכמות: "הקפדה יתרה מצויה אפוא במשפט העברי שלא לשלול חירותו של אדם עני ושלא לענות נפשו מאחורי סורג ובריה על אי-תשלום חוב שהוא חייב, משנתברר שאין ביכולתו לעמוד בכך; ואם כך הוא לעניין תשלום כסף, שהעני קיבל מפלוני וחייב הוא לו, מכל שכן שכך הוא לעניין תשלום קנס כספי בלבד, שהקנס הכספי בא להעניש אדם בעונש שהוא קל יחסית ולא להשיב כספים שנלקחו מאחר." ראו עניין ג'עפרי, לעיל ה"ש 46, פס' 19 לפסק-הדין. כן ראו מנחם אגון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי 111-237 (התשכ"ד).

את הנאשם לפנות לגיוס כספים מקרוביו או לחשוף כספים שהוסתרו עד אותה עת מפני הרשויות, ובאמצעות כספים אלה לשלם את הקנס.<sup>80</sup> תופעה זו – אותו "נס" המתרחש בשל החשש ממאסר – קיבלה את הכינוי Miracle of the Cells.<sup>81</sup> לתמיכה בטענה זו ניתן לכאורה להפנות לנתונים שסקרנו לעיל, המלמדים כי ברוב המקרים לא מופקת כלל פקודת מאסר, וכי גם כאשר פקודה כאמור מופקת, ברוב המקרים היא אינה מופעלת ועל-כן החייב אינו נאסר בפועל (כאמור, רק בכ- 1% מן המקרים שבהם קיימת אפשרות תיאורטית להפעיל מאסר הנאשמים אכן נאסרים בפועל). זאת, בהנחה שאי-הנשיאה במאסר אכן מצביעה על תשלום החוב במלואו.

אולם בחינה נוספת של הנתונים מלמדת כי אי-אפשר להסיק מהם בהכרח על האפקטיביות של מאסר חלף קנס. ראשית, עלינו לזכור כי אין בדינו נתונים המשווים בין אחוזי הגבייה בתיקים שבהם נקבעה האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס לבין אחוזי הגבייה בתיקים שבהם לא נקבעה אפשרות כזו. למיטב ידיעתנו, לא נערך בישראל כל מחקר שהשווה בין שיעורים אלה. על הזהירות שיש לנקוט כאשר מנסים להסיק מסקנות באשר לאפקטיביות של המאסר ככלי אכיפתי ללא השוואה לנתונים הנוגעים באפקטיביות של כלי גבייה אחרים ניתן ללמוד מן הנתונים שנאספו בעניין זה במסגרת הליכי הביטול של מאסר החייבים האזרחי, אשר לימדו כי בניגוד לתחזיות שהעלו גורמים שונים, החלפת המאסר באמצעי גבייה חלופיים – כגון שלילת רישיון, הגבלת שימוש בכרטיס חיוב ועיכוב יציאה מן הארץ – לא הובילה לירידה באפקטיביות של הגבייה, אלא להפך, היא אף הובילה לשיעורי גבייה גבוהים יותר.<sup>82</sup>

80 השאלה אם ראוי בכלל להוביל למצב שבו בני משפחתו וקרוביו של נאשם נאלצים לשלם עבורו את חובותיו הפליליים היא שאלה נפרדת הראויה לדיון. על פני הדברים, נראה כי גישה כזו אינה מגשימה את מטרות הענישה, ועלולה לגרום לפגיעה קשה ביותר במי שלא היו מעורבים כלל בביצוע עברה (טל, לדוגמה, מקרה שבו סבתו של נאשם מרגישה מחויבת לשלם את קנסותיו מכספי הפנסיה שלה על-מנת להגן עליו מפני כניסה לכלא). לביקורת על השפעה זו של המאסר חלף הקנס על בני משפחתו של הנאשם ראו Westen, לעיל ה"ש 51, בעמ' 792. עוד ראו בהקשר זה פס' 37 לפסק-הדין בעניין פר"ח, שם העיר בית-המשפט העליון, למעלה מן הצורך, כי גם מקום שאדם משתמט מתשלום חוב אזרחי לא ברור שניתן מבחינה חוקתית לאכוף עליו את התשלום על-דרך מאסר.

81 ראו David Weisburd, Tomer Einat & Matt Kowalski, *The Miracle of the Cells: An Experimental Study of Interventions to Increase Payment of Court-Ordered Financial Obligations*, 7 CRIMINOL. & PUB. POL'Y 9 (2008); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1723 (מהדורה שלישית, 2014).

82 ראו אונגר, לעיל ה"ש 55, בעמ' 16, המפנה לדוחות שהגישה רשות האכיפה והגבייה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. בדבריי ההסבר להצעת החוק הממשלתית של תיקון מס' 43 לחוק ההוצאה לפועל, אשר ביטל את הוראת החוק בדבר מאסר חייבים, נכתב, בין היתר, כי "המערכת מחויבת גם לשמירה על זכויותיו של החייב ובכלל זאת לזכות לחירות שאף היא נהנית ממעמד חוקתי... כיום עומדים לרשות הזוכה אמצעים רבים לגביית החוב, בין אם במסגרת קבלת מידע על נכסי החייב ובין אם באמצעות הטלת הגבלות שונות על החייב... במסגרת בדיקה שנערכה במהלך שלוש השנים האחרונות, בשל הוראת השעה שבתיקון מס' 29, נמצא כי למרות האיסור על הטלת מאסרים, שיעורי הגבייה דווקא עלו. כמו כן, לאור הקושי לבודד את החייבים בעלי היכולת המשתמטים מתשלום חובותיהם, מתוך קבוצת החייבים שאינם משלמים את חובותיהם,



בדומה לכך, ייתכן בהחלט שכלי האכיפה שנתונים בידיו של רשם המרכז לגביית קנסות (הדומים בעיקרם לכלי האכיפה שנוספו לאכיפה האזרחית עם ביטולו של מאסר החייבים), ואשר כיום לא נעשה בהם שימוש במקרים שבהם ממילא עומדת לרשות האפשרות לבקש את הפעלת המאסר חלף הקנס, די בהם להוביל לגבייה אפקטיבית מנאשמים שידם משגת לעמוד בקנס שהוטל עליהם.<sup>83</sup>

מעניין בהקשר זה שהתחקות אחר הדיונים שקדמו לביטולו של מאסר החייבים האזרחי מלמדת כי רבות מהטענות העיקריות שנשמעו נגד ביטול מאסר החייבים זהות כמעט לחלק ניכר מהטענות שנשמעות כיום בתמיכה בהפעלתו של המאסר חלף הקנס מבחינת התועלת האכיפית. הטענה המרכזית באותה עת הייתה כאמור שמאסר החייבים הוא כלי רב עוצמה ואפקטיבי כדי לכפות חייבים לשלם את חובם, ובכך הוא מקדם את עקרון שלטון החוק וקיומם של פסקי־דין. עוד נטען כי עצם קיומו של הליך המאסר בדיני ההוצאה לפועל מייצר הרתעה, הגורמת לכך שחייבים ונאשמים לא יבקשו לעצמם דרכי מילוט מתשלום חובותיהם או קנסותיהם. ביטול מאסר החייבים, כך נטען בזמנו, יעודד חייבים לחמוק מקיום חובותיהם.<sup>84</sup> טענה נוספת שהועלתה בהקשר זה, ואשר נפוצה כאמור גם במסגרת הדיון במאסר חלף קנס פלילי, היא שהשימוש בכליאה מוביל ל"נס" שבו הנאשמים נאלצים לחשוף את הכספים שברשותם ואשר אותם הסתירו עד אותה עת. כך, למשל, טען חבר הכנסת אליהו מרידור, ממפלגת חרות, במסגרת הליכי החקיקה הנוגעים במאסר החייבים האזרחי:

"האם לא דרך פשוטה יותר היא לומר לסרבן כזה, שבמקום שאנחנו נעמיד שוטרים ובלשים שיחפשו היכן אתה מסתיר את רכושך... נשים אותך בבית הסוהר, ואז אולי תואיל בטובך לגלות לנו מרצונך הטוב היכן הרכוש שלך..."<sup>85</sup>

יש חשש כי עלול להיאסר, בטעות, מי שאינו בעל יכולת כלכלית. לחילופין, איום המאסר עלול לגרום לחייב לפנות למקורות אחרים לקבלת הכספים, ובכלל זה גם לשוק האפור... לאור האמור מוצע לבטל את סעיף 7 [צ"ל 70] לחוק [ההוצאה לפועל], כך שתתבטל האפשרות לנקוט מאסר כלפי חייבים שאינם חייבים במזונות. "ראו הצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 43), התשע"ד-2014, ה"ח הממשלה 542, 542-543. לסקירת ההיסטוריה של ביטול מאסר חייבים ראו סקירה מקיפה שערכה הלשכה המשפטית של הכנסת לקראת הדיון בתיקון מס' 43: אונגר, לעיל ה"ש 55.

83 ראו בהקשר זה גם Weisburd et al., לעיל ה"ש 81. ראו גם Sally T. Hillsman, *Fines and Day Fines*, 12 CRIME & JUST. 49 (1990).

84 כך, למשל, כתב השופט דוד בר־אופיר במאמר שצייד בהותרתו של מאסר החייבים על כנו (וזאת ללא הפניה לנתונים, יש לציין): "למרבח הצער הולכת ונרשמת ירידה תלולה בתורים המזומנים שנכנסים לקופות ההוצאה לפועל... מצב דברים זה מעיד כמה עדים על כך כי רק הליך של מאסר יש בו כדי להרתיע חייבים סרבנים ובעלי יכולת בפני אי־פירעון חובות... מערכת הוצאה לפועל שלא יהיה בה הליך נגיש של מאסר – לא תוכל לתפקד ולמלא את היעדים שנקבעו לה בחוק. הליך המאסר הוא אמנם קשה ופוגע, אולם אין יעיל ממנו במסכת ההליכים שהעמיד המחוקק בחוק ההוצאה לפועל." ראו דוד בר־אופיר "מאסר חייבים וגביית חובות בהוצאה לפועל – הערות לבג"צ 5304/92 פר"ח 1992 נ' שר המשפטים ואח"י המשפט ב 327, 330-331 (1994).

85 ד"כ 29, 1784 (התש"ך), מצוטט אצל חריס "מאסר החייבים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 480.

שנית, אף המחקר האקדמי המשמש את המצדדים בשימוש במאסר חלף קנס מלמד אך על כך שמאסר חלף קנס מעלה את שיעור גביית הקנסות בקרב קבוצות שהן בעלות יכולת כלכלית לעמוד בתשלום הקנס. כך, מחקר שערכו דייוויד וייסבורד, תומר עינת ומט קוואלסקי בחן את ההשפעה שהייתה לאימוץ האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס על הליכי הגבייה בניו-ג'רזי.<sup>86</sup> על-פי מסקנות המאמר, הוספת רכיב של כליאה כאמצעי לאכיפת תשלום הקנס הובילה לעלייה משמעותית באחוזי תשלום הקנס, ומכאן שהמאמר מצדיק לכאורה את הכלי האכיפתי של מאסר חלף קנס. אולם מכיוון שהפעלת מאסר חלף קנס בארצות-הברית מתאפשרת לכתחילה רק במקרים שבהם הובאו ראיות כי הנידון בעל יכולת כלכלית לעמוד בקנסות שהוטלו עליו, אי-אפשר להצדיק על בסיס מחקר זה את השימוש במאסר חלף קנס ככלי אכיפתי נגד מי שאין ביכולתו לשלם את הקנס (והדברים מובנים גם באופן הגיוני, שכן אי-אפשר לתמרץ אדם לשלם כספים שאין לו).<sup>87</sup> החוקרים עצמם הבהירו בהקשר זה כי הנאשמים שנכללו במחקר הם בעלי יכולת תעסוקה ויכולת כלכלית, וכי אפקט דומה אינו מתקיים בהכרח בקרב קבוצות אחרות שאינן בעלות יכולת כלכלית. באשר לאלה, מציעים החוקרים, ייתכן שכלים שיקומיים יסייעו באופן משמעותי יותר בהעלאת שיעור הגבייה.<sup>88</sup>

שלישית, גם יוכח כי השימוש במאסר חלף קנס הוא דרך אפקטיבית יותר לגביית קנסות, יש לזכור כי מדובר באמצעי יקר יחסית, ועל-כן יש לבחון אם העלייה באפקטיביות של הגבייה מצדיקה את עלותה הגבוהה. וייסבורד ועמיתיו הביעו בהקשר זה ספקות אם העלייה בגביית הקנסות אכן מצדיקה את העלות הגבוהה של הפעלת המערכת להטלת מאסרים חלף קנסות ואת העלות הכרוכה בכליאה ובהגברת הצפיפות בבתי-הסוהר.<sup>89</sup> בישראל לא נערך כימות של העלות הביורוקרטית הנובעת מקיומו של מאסר חלף קנס (עלות בירוקרטית שאינה זניחה, בהתחשב בכללים שנקבעו בפסיקה להגשמת ההליך ההוגן בהפעלת מאסר חלף קנס). אולם בהינתן שעלות ממוצעת של שנת מאסר בישראל עומדת על כ-120,000 ש"ח לאסיר, ובהסתמך על הנתונים שנאספו באשר לכלל ימי המאסר חלף קנס שהושתו בפועל בשנים האחרונות,<sup>90</sup> העלות השנתית של הפעלת מאסר חלף קנס עמדה על כ-2.7 מיליון ש"ח בשנת 2017 (עלותם של 8,324 ימי מאסר חלף קנס מצטברים) ועל כ-5.3 מיליון ש"ח בשנת 2018 (עלותם של 16,059 ימי מאסר חלף קנס מצטברים). יש לזכור כי עלות כליאה זו נוספת על ההפסד הגלום באי-גביית קרנות הקנס עצמן, שכן המאסר מחליף את

86 ראו Weisburd et al., לעיל ה"ש 81. למחקרים קודמים ראו SILVIA S.G. CASALE & SALLY T. HILLSMAN, THE ENFORCEMENT OF FINES AS CRIMINAL SANCTIONS: THE ENGLISH EXPERIENCE AND ITS RELEVANCE TO AMERICAN PRACTICE (1986); STEVE UGLOW, CRIMINAL JUSTICE (1995); ANDREW R. KLEIN, ALTERNATIVE SENTENCING, INTERMEDIATE SANCTIONS AND PROBATION (1997).

87 Weisburd et al., לעיל ה"ש 81, בעמ' 15.

88 שם, בעמ' 30.

89 שם, בעמ' 29-30.

90 הערכת עלותה של שנת מאסר נסמכת על דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 27. הנתונים בדבר מספרם המצטבר של ימי המאסר נסמכים על הנתונים שמסרה רשות האכיפה והגבייה במענה לפנייה של התנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 34.

תשלום הקנס ובכך פוטר את החייב מתשלום. כך, למשל, נוסף על עלויות הכליאה כאמור, בשנת 2017 ובשנת 2018 עמד סכום הקנסות הכולל שבגיננו הושתו בפועל ימי מאסר חלף קנס על כ-3.7 מיליון ש"ח בכל שנה.<sup>91</sup>

מכל האמור עולה כי התכלית האכיפתית אין בה כדי להצדיק את השימוש במאסר חלף קנס, שכן אין בנמצא נתונים המוכיחים את הכרחיותו של המאסר חלף קנס ככלי אכיפתי הנדרש לשם קיומו של הקנס כאמצעי ענישה בר-קיימא, והנתונים שנאספו בהקשר זה עם ביטול מאסר החייבים מחזקים את הספקנות באשר להכרחיות זו. עוד ראינו כי אף אם יש למאסר חלף קנס תרומה מסוימת לשיעורי הגבייה, לא ברור שתרומה זו מצדיקה את העלות הביורוקרטית והשירדה של כלי זה, אשר מתחוויר כלא-יעיל מבחינה כלכלית. זאת, עוד בטרם בחנו את העלויות המוסריות והחלוקתיות הטמונות בו, שאליהן נפנה בהמשך פרק זה.

## 2. ביקורת התכלית העונשית של מאסר חלף קנס

כאמור, לצד התכלית האכיפתית התייחסה הפסיקה גם לאופיו העונשי של מאסר חלף קנס, אשר יכול לבוא במקומו של עונש הקנס ולמלא את מקומו במשוואת הענישה הכוללת שקבע בית-המשפט. אולם, לגישתנו, בחינה ביקורתית של תכליתו העונשית של מאסר חלף קנס מלמדת כי אף בה אין כדי להצדיק את השימוש במאסר חלף קנס.

ניתן להבין את תכליתו העונשית של מאסר חלף קנס בהתאם לאחת משתי פרשנויות אפשריות. האחת היא שקיים יחס המרה מסוים בין עונש הקנס לעונש המאסר, כך שהמרת עונש קנס שגובהו סכום מסוים בעונש מאסר שאורכו מסוים מובילה לפגיעה עונשית זהה בנאשם. מכאן שהפעלת המאסר חלף קנס אינה מובילה להחמרה עונשית נוספת, אלא אך מגשימה את חומרת העונש שהוטל על-ידי בית-המשפט בגור-הדין בדרך עונשית אחרת. הפרשנות האחרת היא שגם אם ההמרה של סוג העונש מקנס למאסר מובילה להחמרה מסוימת בעונשו של הנידון מבחינת עוצמת הפגיעה זו, החמרה זו מוצדקת בשל סירובו של האדם לשלם את הקנס שהוטל עליו – סירוב שהוא פסול כשלעצמו. גישה זו עולה, למשל, מפסק-הדין בעניין ניזורי ומן הפסיקה האמריקנית,<sup>92</sup> המצדיקים שימוש במאסר חלף קנס מקום שהוכח כי לנאשם יש יכולת כלכלית לשלם את הקנס ואף-על-פי-כן הוא עומד במריו ואינו משלם. כפי שסיכם זאת השופט סולברג בעניין ניזורי, "התרסה, זילות וסרבנות לשלם קנס, מן הראוי שיביאו את החייב אל מאחורי סורג ובריח".<sup>93</sup>

הפרשנות הראשונה – שלפיה ניתן להצביע על יחס המרה בין עונש הקנס לעונש המאסר שאינו מוביל להחמרה עונשית נוספת – הוצגה על-ידי המדינה בעניין אזולאי, למשל, ונאספה תחת הביטוי "עקרון ההכבדה העונשית האקוויוולנטית".<sup>94</sup> על-פי פרשנות זו, בית-המשפט שגזר את דינו של אדם לקנס, בין כרכיב ענישה בלעדי ובין כרכיב ענישה

91 הפער בעלות הכליאה בין השנים 2017 ו-2018 חרף סכום הקנסות הכולל הזהה נובע מהפער בימי המאסר חלף קנס שהושתו בפועל בגין אותו סכום מצטבר. יש בכך כדי להוות דוגמה נוספת לשרירותיות הקיימת בהמרת סכומי הקנס לימי מאסר על-פי השיטה הקיימת.

92 ראו להלן בפרק ד.

93 עניין ניזורי, לעיל ה"ש 45, פס' 39 לפסק-דינו של השופט סולברג.

94 ראו את תגובת המדינה בעניין אזולאי (לעיל ה"ש 7) מיום 8.3.2015.

מצטבר, הטיל עליו בכך הכבדה עונשית מסוימת במישור הכלכלי, אולם לצד קביעה זו הוא קבע כחלופה גם את משך המאסר שיגשים את אותה הכבדה עונשית אם הנאשם לא ישלם את הקנס שהוטל עליו. על-פי גישה זו, בין שהנאשם אינו יכול לשלם את הקנס שהוטל עליו ובין שהוא אינו רוצה לשלמו, תוגשם כך או אחרת "משוואת הענישה" באמצעות הטלת המאסר חלף הקנס. מטרת המאסר חלף הקנס היא להטיל על הנאשם עונש חלופי (ושווה בחומרתו) לעונש הקנס שאינו ממומש הלכה למעשה. על-פי גישה זו, אין כאמור כל פגיעה עונשית נוספת בנאשם שהופעל בעניינו מאסר, גם אם הסיבה לכך היא שאין ביכולתו לשלם את הקנס בשל חסרון-כיס.

אלא שקשה, לעמדתנו, לקבל פרשנות זו, הן ברמה המושגית הן ברמה המעשית, וזאת לנוכח ההבדלים המהותיים שבין עונש הקנס לעונש המאסר. כאמור, לקנס ולמאסר יש מאפיינים שונים הן מבחינת הפגיעה באדם עצמו הן מבחינת ההשלכות החברתיות. למעשה, ניתן להניח כי בחירתו של בית-המשפט להטיל לכתחילה על הנאשם עונש של קנס נבעה ממאפיינים אלה, ונועדה להוביל לענישה שלא תלקה ברבים מתחלואיו של עונש המאסר, שאם לא כן היה בית-המשפט מטיל על הנאשם לכתחילה עונש של מאסר, מבלי להזדקק ל"מעקף" של שימוש במאסר חלף קנס.

בתשובה לכך יטען הטוען כי ייתכן שבית-המשפט רצה לכתחילה להסתפק בקנס, שאינו כולל פגיעות פריפריאליות אלה, אולם למקרה שיתברר כי כלי ענישה זה אינו ניתן לאכיפה בפועל הוא קבע יחס המרה מושכל בין הקנס שלא ישולם לבין פגיעה עונשית חלופית בדמות מאסר. המצדדים בעמדה זו יוסיפו ויאמרו כי ניתן אף להצביע על מקרים שבהם דווקא עונש הקנס יהיה פוגעני יותר מאשר עונש המאסר. המקרה המובהק יהיה של אדם שממילא הוטל עליו עונש מאסר ממושך, ולכן ייתכן שהוא יבחר להאריך במידת-מה את עונש המאסר שהוא נושא על-מנת לפטור את עצמו מעונש קנס גבוה, אשר יהווה משקולת כלכלית כבדה על צווארו לכשיסיים לשאת את עונש המאסר; מקרה אחר יהיה של אדם אשר מפאת מצבו הכלכלי הקשה יעדיף לשאת עונש מאסר ולא לגרור עימו לעד קנס שהוא לא יוכל לעמוד בתשלומו. מקרים כאלה, כך הטענה, מלמדים כי במישור העקרוני אין קושי בהמרת עונש קנס בעונש מאסר הולם.

אולם דווקא דוגמאות אלה מלמדות כי אי-אפשר להפריד את שאלת המרת העונשים משאלת יכולתו הכלכלית של האדם ומכלל מאפייני המקרה. ההעדפה לשאת מאסר או לשלם קנס אינה מתקיימת במנותק ממצבו הכלכלי של הנאשם וממכלול נסיבות העניין (אדם עני יעדיף ככלל לשאת עונש מאסר, ולא למנוע מעצמו או ממשפחתו מצרכים בסיסיים, ואילו אדם עשיר יעדיף ככלל לשלם סכום כסף, שכן תשלום זה לא יפגע בליבת צרכיו). יתרה מזו, גם אם במישור העיוני ניתן ליצור משוואת ענישה ראויה, אשר תתגבר על קשיים אלה ותיגזר ממגוון הנסיבות האישיות, המשפחתיות והכלכליות של הנאשם, כמו-גם מעונשים אחרים שהוטלו עליו ומגוונים נוספים, לנוכח הפרקטיקה הנוהגת כיום במשפט הישראלי, שבה החלופה של מאסר חלף קנס ניתנת בשולי פסק-הדין וללא הנמקה, קשה לקבל ברצינות את הטענה כי "משוואת ההמרה" שאותה בחן בית-המשפט הביאה בחשבון את מכלול ההשלכות של המרת עונש הקנס בעונש המאסר, וערכה בעניין זה בחירה מושכלת בעניינו של הנאשם. אין זה מפתיע, אם כן, שבמקרים הספורים שבהם נדונה בפסיקה באופן מפורש שאלת ההצדקה להטלת הרכיב של מאסר חלף קנס – וזאת באותם מקרים נדירים שבהם

ערערו נאשמים במפורש על רכיב זה בגזר־דינם – התוצאה הייתה לא פעם ביטולו של הרכיב, ללא הוספת תקופת מאסר או רכיב ענישתי אחר שיבואו "במקומו" של הקנס במקרה שזה לא ישולם.<sup>95</sup> כלומר, גם אם במישור העיוני אפשר להצדיק את "עקרון ההכבדה העונשית האקוויוולנטית", בפועל קשה להלום גישה זו כמתארת את הפרקטיקה בבתי־המשפט. נפנה אם כן לפרשנות השנייה בנוגע לתכליתו העונשית של מאסר חלף קנס. על־פי פרשנות זו, אכן ייתכן שתתרחש החמרה בעונשו של הנאשם בשל ההמרה של הקנס במאסר, אולם החמרה זו מוצדקת משום שבא־תשלום הקנס הפר הנאשם את גזר־הדין שהושת עליו. אולם פרשנות זו מחייבת שתי מסקנות חשובות לענייננו. האחת היא שלפי פרשנות זו אין הצדקה להפעיל מאסר חלף קנס כלפי נאשמים שלא שילמו את הקנס לא מתוך בחירה, אלא מתוך חוסר בררה, קרי, העדר יכולת כלכלית. אין כל מימד של אשם בעצם היותו של נאשם חסר אמצעים לעמוד בקנס שהוטל עליו, ואין להענישו בחומרה רבה יותר בשל עוניו. המסקנה האחרת היא שעוצמת ההחמרה העונשית בהמרת עונש הקנס בעונש אחר צריכה להיות כזו שמוצדקת על־ידי מידת האשם – המוגבלת, יש לזכור – הגלומה בעצם "החצפת" הפנים כלפי מערכת המשפט המתבטאת בהתחמקות מתשלום הקנס. לעמדתנו, קשה להצדיק את הפגיעה הקשה בחירות ובזכויות הנלוות הנגזרות מן ההמרה הקיצונית של הקנס במאסר. ניתן לאמץ כלים מידתיים הרבה יותר להבעת שאט־הנפש הנורמטיבית מהתנהלות זו (ככל שמעוניינים לעשות זאת), שאינם מתבטאים בענישתו של אדם על־דרך מאסר בפועל, שהוא האמצעי מרחיק־הלכת והפוגעני ביותר בארגז הכלים של מערכת המשפט. לא בכדי אין שימוש רווח בעונש המאסר במקרים רבים אחרים של הפרת צווי בית־משפט מסוגים שונים, המהווים אף הם התרסה לכאורה שאינה נופלת מזו של הנאשם המסרב לעמוד בתשלום הקנס שהוטל עליו.<sup>96</sup>

מכאן שגם בהצדקה העונשית, המצטרפת לעיתים להצדקה האכיפתית למאסר חלף קנס, אין כדי להצדיק את השימוש באמצעי פוגעני זה, ולכל־הפחות היא עצמה מחייבת את הגבלת השימוש במאסר חלף קנס רק לנאשמים המתחמקים באופן מודע ומתוך בחירה מתשלום הקנס, ומונעת את הפעלתו כלפי נאשמים שאינם משלמים את הקנס מפאת חסרון־כיס.

95 כך, למשל, בע"פ 4531/18, לעיל ה"ש 31, קבע בית־המשפט העליון כי לנוכח מצבה הכלכלי של המשפחה קיים חשש של ממש שהמערער, שהיה קטין, יישא תקופת מאסר נוספת של חמישים יום אך בשל א־יתשלום הקנס, ומסקנה זו הובילה אותו לבטל באותו עניין את הרכיב של מאסר חלף קנס (מבלי שהתערב בגובה הקנס או בתנאי התשלום). גם במקרים אחרים ביטל בית־המשפט את רכיבי הקנס או המאסר חלף הקנס כאשר נסיבות התיק הצביעו על כך שהנאשם צפוי לשאת בפועל עונש מאסר נוסף. כך, למשל, במקרים שבהם בית־המשפט גוזר על הנאשם גם תשלום פיצוי וגם תשלום קנס, ובהינתן שפיצוי נגבה לפני קנס, משמעותו המעשית של סכום פיצוי גבוה היא פעמים רבות נשיאה בעונש הקנס בדרך של מאסר. ראו, למשל, ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל, פס' 126-128 (פורסם בנבו, 18.11.2014); ע"פ 3591/17 רז נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.4.2018). ראו גם ע"פ 679/15 גזאוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.3.2015), שבו נקבע כי בית־המשפט ישקול בחיוב עיכוב של תשלום קנס מקום ששוכנע כי א־יתשלום הקנס יוביל בהכרח להשתת מאסר חלף קנס.

96 כך, למשל, אין בדין אפשרות להפעיל מאסר חלף פיצוי שהוטל בהליך פלילי.

### 3. הביקורת החלוקתית על הטלת מאסר חלף קנס

מז התנונים שהובאו לעיל עולה כי כלפי כ-80% מן הנאשמים אשר נושאים בפועל עונשי מאסר חלף קנס בישראל הופעלו עונשים אלה משום שהם לא שילמו קנסות בשיעורים נמוכים של עד 5,000 ש"ח. באשר לרובם המכריע של נאשמים אלה ניתן להניח כי אי-התשלום נבע מחוסר יכולתם הריאלית לעמוד בתשלום זה, ולא מניסיון להסתיר סכומים אלה או מהעדפה לשאת עונש מאסר תמורתם. למעשה, טיעון ה"העדפה" עולה בצורה רצינית רק לגבי אחוז קטן של הנאשמים – אלה שנשאו בפועל בעונשי מאסר במקום לשלם קנסות גבוהים ביותר (ניתן להעריך קבוצה זו בכ-5% מכלל המאסרים חלף קנסות הנישאים בפועל, שהם המקרים שבהם עלה הקנס על 50,000 ש"ח).

נתונים אלה מעמידים במרכז התמונה את אחת השאלות המרכזיות הנוגעות במאסר חלף קנס, אשר נדונה לא פעם במסגרת פסיקתם של בתי-המשפט אולם תמיד בהקשר של האדם שהובא לפנייהם, ללא התייחסות לנתונים הכוללים, ואשר נוגעת בחשש – המתממש בנתונים, כאמור – שמאסר חלף קנס נישא בעיקרו על-ידי אנשים שאין ידם משגת לשלם את הקנס שהוטל עליהם. חשש זה הוא משמעותי, כמובן, הן מבחינת הפגיעה בחירותם של אנשים אך בשל חסרון-כיס והן מבחינת הפגיעה בעקרון השוויון בין עניים לעשירים. אכן, בית-המשפט העליון לא הכחיש קושי זה, ועמד עליו פעמים מספר בפסיקה, אולם כפי שיפורט להלן, אנו סבורים כי עד היום לא נקבעו מנגנוני ביטחון אפקטיביים בהקשר זה בדין הישראלי. זאת הסיבה לכך שבפועל גם בישראל – כמו במדינות אחרות, כעולה ממחקרים רבים שנערכו ברחבי העולם – מאסר חלף קנס מופעל ברוב המקרים כלפי אנשים דלי אמצעים שאין ביכולתם לשאת בקנס שהוטל עליהם.<sup>97</sup>

97 לספרות העומדת על ההשפעה של מאסר חלף קנס על אוכלוסיות מוחלשות ראו, למשל, Neil L. Sobol, *Charging the Poor: Criminal Justice Debt & Modern-Day Debtors' Prisons*, 75 Md. L. Rev. 486, 512–16 (2016); Alexes Harris, Heather Evans & Katherine Beckett, *Drawing Blood from Stones: Legal Debt and Social Inequality in the Contemporary United States*, 115 Am. J. Sociol. 1753, 1777–85 (2010); Michael Pinard, *Poor, Black and "Wanted": Criminal Justice in Ferguson and Baltimore*, 58 How. L.J. 857 (2015); ALLYSON FREDERICKSEN & LINNEA LASSITER, *DEBTORS' PRISON REDUX: HOW LEGAL LOOPHOLES LET COURTS ACROSS THE COUNTRY CRIMINALIZE POVERTY* (2015); ACLU, *MODERN-DAY DEBTORS' PRISONS: THE WAYS COURT-IMPOSED DEBTS PUNISH PEOPLE FOR BEING POOR* ACLU, *IN FOR A PENNY: THE* (להלן: ACLU, *MODERN-DAY DEBTORS' PRISONS*) (2014); (ACLU, *IN FOR A PENNY: THE* (להלן: ACLU, *RISE OF AMERICA'S NEW DEBTORS' PRISONS*) (2010) DOUGLAS N. EVANS, *THE DEBT PENALTY: EXPOSING THE FINANCIAL BARRIERS TO OFFENDER REINTEGRATION* 6–8 (2014); WESTERN AUSTRALIA LABOR PARTY, *LOCKING IN POVERTY: HOW WESTERN AUSTRALIA DRIVES THE POOR, WOMEN AND ABORIGINAL PEOPLE TO PRISON* 10 (2014); ABORIGINAL LEGAL SERVICE OF WESTERN AUSTRALIA, *ADDRESSING FINE DEFAULT BY VULNERABLE AND DISADVANTAGED PERSONS: BRIEFING PAPER* (2016); Tomas Fitzgerald, *Twenty Years of Stalled Reform: Imprisonment for Non-Payment of Fines in the Western Australian Criminal Justice System—A Brief History*, 2015 CURTIN L. & TAX. REV. 126, 157

המימד החלוקתי טמון כבר בהטלת עונש הקנס עצמו. מעצם הגדרתו, ללא מגננונים מאזנים, עונש הקנס הוא עונש רגרסיבי הפוגע בנאשמים עניים קשה יותר מאשר בנאשמים עשירים.<sup>98</sup> כך, בעניין אזולאי קבע השופט עמית כי "עבור נאשם דל אמצעים, יהיה הנטל לתשלום הקנס כבד לאין שעור מהנטל על נאשם בעל ממון, ואילו הטלת קנס נמוך על נאשם אמיד, אינה מהווה נטל כבד ומאינת את האפקט העונשי וההרתעתי".<sup>99</sup> הרגרסיביות של הקנס מתבטאת הן בפגיעתו השונה בנאשמים עניים ובנאשמים עשירים והן בעיוות שהוא יוצר להרתעה – מצד אחד, קנס אינו משיג הרתעה יעילה ככל שעובר העברה נעדר יכולת כלכלית, ומצד אחר, קביעת קנס שאינה מתחשבת במצב הכלכלי תוביל להטלת קנס נמוך מדי ובלתי-מרתיע על בעלי אמצעים. רגרסיביות זו מחמירה כאשר אי-היכולת לעמוד בקנס מביאה לידי הפעלת מאסר חלף קנס. כאמור בעניין ג'עפרי:

"מאסרו של אדם אך ורק בשל חוסר יכולתו הכלכלית לשאת בתשלום קנס כספי שהוטל עליו אינו מתיישב עם מדיניות ראויה של ענישה פלילית תקינה והולמת. יש בכך משום פגיעה קשה בעקרון השוויון: עברייני בעל אמצעים – יוכל לשלם את הקנס ולא ייאלץ לשהות מאחורי סורג ובריח; ומי שאין ידו משגת לשאת בתשלום – אחת דינו לרצות עונשו מאחורי סורג ובריח."<sup>100</sup>

החשש מפני יצירת הפליה על בסיס יכולת כלכלית הוביל לקביעת הסדר חריג, המעוגן בסעיף 440 לחוק העונשין, ולפיו יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם כבר בעת קביעת

98 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 32-33, 51-52 (20.12.2010) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 297); פרוטוקול ישיבה מס' 302 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 22-27 (27.12.2010); פרוטוקול ישיבה מס' 475 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 30-37 (21.11.2011) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 475), שם עמדו המשתתפים על חשיבות התאמתו של הקנס ליכולתו הכלכלית של הנאשם. מן הראוי לציין כי גם לעונשים אחרים יש מימד רגרסיבי, כמובן זה שהם משפיעים לעיתים באופן שונה על אנשים בהתאם ליכולתם הכלכלית (דוגמה אחת היא עונש של עבודות שירות, אשר השפעתו על מי שיש לו הכנסה חלופית היא מתונה ביחס למי שמקור הכנסתו העיקרי נפגע בתקופת עבודות השירות), אולם המייחד את עונש הקנס הוא שהרגרסיביות שלו היא אינה נטית להטלתו, לנוכח הערך השולי הפוחת של הכסף, המוביל לכך שסכום קנס זהה פוגע במישור העונשי פחות במי שמצבו הכלכלי טוב יותר. חשוב להבהיר כי הרגרסיביות של עונשי הקנס רחבה יותר מאשר עצם העובדה שסכום קנס זהה מוביל לפגיעה קשה יותר בנאשם ככל שהוא עני יותר. רגרסיביות נוספת נובעת, למשל, מאפשרות התשלום במישור הזמן – לגבי מי שאין באפשרותו לשלם במהירות ובמועד, משמעותם של הקנסות היא הותרתו כפוף לפיקוחה של המערכת הפלילית זמן רב לאחר ההרשעה. כמו-כן, אי-תשלום במועד מוביל בדרך-כלל לריביות ולריביות-פיגורים, המובילות לעלייה מעריכת בסכום הקנס, מה שמגדיל עוד יותר את הפער בין נאשמים על בסיס יכולתם הכלכלית. ראו בהקשר זה: ALEXES HARRIS, A POUND OF FLESH: MONETARY SANCTIONS AS PUNISHMENT FOR THE POOR (2016).

99 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 47 לפסק-דינו של השופט עמית.

100 עניין ג'עפרי, לעיל ה"ש 46, פס' 19 לפסק-הדין.

המתחם של עונש הקנס.<sup>101</sup> רבים ממשנתתפי הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט עמדו על החשיבות של עריכת בדיקה ברבר יכולתו הכלכלית של הנאשם בעת הטלת הקנס, פן ימצאו הנאשמים את עצמם מאחורי סורג ובריה בשל אי-תשלום קנסות שהם לא יכלו לעמוד בהם.<sup>102</sup> גם שנים לפני תיקון מס' 113 לחוק העונשין, הדרך המרכזית שבה הציעה הפסיקה להתמודד עם חשש זה הייתה באמצעות קביעת הקנס לכתחילה בהתאם למצבו הכלכלי של הנאשם, כך שהפעלת המאסר חלף הקנס לא תהיה תוצאה של חוסר יכולת כלכלית לעמוד בתשלום. לכן קבע המשנה לנשיא אֶלון בעניין ג'עפרי כי "מן הראוי אפוא, כי בית המשפט, בטרם יקבע את שיעור הקנס הכספי שיוטל על מי שהורשע בדיון, יבחן, בין היתר, את יכולתו הכלכלית, אם בדרך של קבלת תסקיר מאת שירות המבחן ואם בכל דרך אחרת שתיראה ראויה בעיניו".<sup>103</sup> גם בעניין חכמי עמדה השופטת פרוקצ'יה על כך שאף-על-פי שלמאסר חלף קנס יש גם מאפיינים עונשיים, מדיניות ראויה להפעלת המאסר חלף הקנס תהיה כזו שבה יימצא מתאם בין גובה הקנס והמאסר הנגזר במקומו לבין יכולתו הכלכלית האמיתית של הנאשם לעמוד בתשלום הקנס, וזאת על-מנת למנוע מצב שבו המאסר חלף הקנס מהווה תוספת עקיפה לתקופת המאסר הרגיל, ולא אמצעי אכיפה.<sup>104</sup> מתאם כזה יושג

101 לסקירת ההצדקות לסעיף זה ראו, למשל, עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 4, 183, 8 (2012); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 439 (2013). ראוי לציין כי גישה זו מקורה ברוח ועדת גולדברג, שעמד בבסיסו של תיקון מס' 113 לחוק העונשין – משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997). על-פי הצעת החוק שנכללה ברוח הוועדה, הציעו רוב חברי הוועדה להטיל קנס בהתחשב בשווי נכסיו והכנסתו הממוצעת של הנאשם (שם, בעמ' 19). לשם קביעת גובה הקנס או פריסת התשלומים הוצע שבית-המשפט יהיה רשאי לדרוש נתונים מהנאשם ומכל אדם או מוסד, ובהעדר נתונים מספיקים ייקבע שיעור הקנס על-פי הערכת בית-המשפט. לצורך בהערכת יכולת כזו היו שותפים גם בעלי דעת המיעוט בוועדה (שם, בעמ' 69). עם זאת, חשוב לציין כי הוראה זו נשמטה מהצעת החוק הממשלתית שהונחה על שולחן הכנסת בעקבות הרוח, ובסופו של יום נכללה בחוק רק לאחר דיונים בכנסת. ראו הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 446.

102 השופט מצא הביע חששו מפני הפעלה לא-צודקת של מאסרים חלף קנסות: "כמובן, 'בהתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם', שיהיה ברור לחלוטין שהנאשם מסוגל לעמוד בקנס, אחרת אתה דן אותו למאסר" (פרוטוקול ישיבה מס' 297, לעיל ה"ש 98, בעמ' 32). יושב-ראש הוועדה, חבר הכנסת דוד רותם, הדגיש: "אבל אם אני קובע שהעונש המתאים הוא קנס, אני לא רוצה שהשופט יגזור עליו כזה קנס שממילא הוא ייכנס גם לכלא" (פרוטוקול ישיבה מס' 475, לעיל ה"ש 98, בעמ' 30). חבר הוועדה חבר הכנסת אורי מקלב ציין: "אני חושב שזה הדבר הכי ברור, שקנס כספי תלוי באדם. קנס כספי במהותו הוא הכסף, הוא הטלת הסנקציה של הכסף. לכסף אין אותה משמעות אצל אדם כזה ואצל אדם אחר" (שם, בעמ' 32).

103 עניין ג'עפרי, לעיל ה"ש 46, פס' 19 לפסק-הדין.

104 עניין חכמי, לעיל ה"ש 28, פס' 8 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.



על-ידי הערכת יכולתו הכלכלית של הנאשם עוד בשלב הטלת הקנס.<sup>105</sup> על דברים דומים חזר השופט עמית לאחרונה בעניין אזולאי.<sup>106</sup> לגישתו, התוצאה שלפיה אדם נאסר בשל אי-יכולת לעמוד בתשלומי הקנס "לא אמורה להיות שכיחה, שכן בעת גזר הדין וקביעת הקנס חזקה על בית המשפט כי ישקול את יכולתו הכלכלית של הנאשם לעמוד בתשלום הקנס, על מנת להימנע מראש ממצב שהקנס יביא את החייב לחיי דלות או לחלופין לשלילת חירותו".<sup>107</sup> אולם מן הנתונים האמפיריים עולה כי תקווה זו של הפסיקה – שלפיה הקנס יגזור לכתחילה באופן שישקף את מצבו הכלכלי של הנאשם, בהתאם להוראות החוק, כך שתימנע הפעלת מאסר חלף קנס באופן לא-פרופורציונלי נגד נאשמים עניים – נכזבה.

לעמדתנו, לצורך הכנת הסיבה לכך שתקווה זו נכזבה, יש להבין את מהות ההבדל בין "המשפט עלי ספר" לבין "המשפט בפעולה" בהקשר זה.<sup>108</sup> על-מנת לקיים את תכליתו של סעיף 40ח באופן נאות, שיגן בפועל מפני החשש ממאסר של חסרי יכולת כלכלית, על בית-המשפט לבחון לעומק את יכולתו הכלכלית של הנאשם במסגרת הטיעונים לעונש וגזר-הדין. אולם אי-אפשר לסמוך על ההנחה כי הוראת החוק מספקת בטוחה הולמת לכך שבחינה כזו אכן תתקיים מבלי לקבוע מנגנונים מבניים מפורשים לשם כך. בחינת הפסיקה הישראלית, וכן ההיכרות עם הפרקטיקה הנוהגת, מלמדות כי בפועל בתי-המשפט אינם נוהגים בדרך-כלל לקבוע מתחם לעונש הקנס ההולם, וכן אינם רואים לעצמם חובה לאסוף מידע מדויק באשר ליכולותיו הכספיות של הנאשם לפני הטלת הקנס. הנושא נדון בדרך-כלל בקצרה בלבד, בשולי הטיעונים לעונש.<sup>109</sup> הסיבה לכך מובנת כאשר מביטים בהליך

105 שם. ראו גם עניין ניזרי, לעיל ה"ש 45, פס' 39 לפסק-דינו של השופט סולברג. כן ראו ע"פ 8573/96 מרקרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 588 (1997).

106 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 45-47 לפסק-דינו של השופט עמית.

107 שם, פס' 60 לפסק-דינו של השופט עמית.

108 Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 Am. L. Rev. 12 (1910).

109 כך, למשל, בע"פ 6978/15 ממנ נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 8.1.2018). הביע השופט הנדל את העמדה כי לכל-הפחות בהקשרים מסוימים אין לדרקדק כלל בדיקה זו, על-אף לשונו הברורה של ס' 40ח לחוק: "אכן, כשם שיש מקרים שבהם יש להעניק משקל ממשי ליכולת הכלכלית של הנאשם בבוא בית המשפט לקבוע את שיעור הקנס – כך יש מקרים שבהם משקלו של נתון זה יהא נמוך... יש לזכור כי הענישה, גם ברכיב הקנס, איננה בגדר 'תכנית כבקשתך'. הענישה כמשפט הפלילי אינה מוכרעת על פי תוצאות של חקירת יכולת, או ליתר דיוק – הצהרת יכולת, כאילו מדובר בלשכת הוצאה לפועל." שם, פס' 2 לפסק-הדין (ההדגשה הוספה). בכל הכבוד, דברים אלה, ובפרט הסיפא שהודגש לעיל, אינם משקפים בעינינו פרשנות ראויה של ס' 40ח לחוק, הקובע במפורש כי בעת הטלת קנסות יתחשב בית-המשפט, בין היתר, במצבו הכלכלי של הנאשם. דברים אלה גם עומדים במתח מול הדברים שקבע בית-המשפט העליון פחות משנה קודם לכן בעניין אזולאי, לעיל ה"ש 7. באותו עניין הדגיש כאמור השופט עמית את החשיבות שיש במתן משקל של ממש ליכולתו הכלכלית של הנאשם בעת קביעת הקנס, וזאת בפרט – כפי שיורחב בהמשך – במקרה שבו הוטל מאסר חלף הקנס. השופט עמית עמד על כך שההתחשבות ביכולתו הכלכלית של הנאשם בעת השתת קנס מביאה לידי ביטוי את התכלית ההרתעתית של הקנס, שכן "עבור נאשם דל אמצעים, יהיה הנטל לתשלום הקנס כבד לאין שעור מהנטל על נאשם בעל ממון, ואילו הטלת קנס נמוך על נאשם אמיד, אינה מהווה נטל כבד ומאיינת את האפקט העונשי וההרתעתי". מכל מקום, גם אם הקביעות בעניין

הטיעונים לעונש מנקודת־מבטם של הצדדים (ובראשם התביעה, הסנגור והנאשם): בשלב זה עיקר מרצם של הצדדים מושקע ברכיבי הענישה העיקריים, ובראשם עונש המאסר, ובניסיון לשכנע את בית־המשפט להטיל עונש מאסר או להתנגד לבקשה זו של התביעה (או לאורך המאסר), והעיסוק בהטלת הקנס או בגובהו נדחק לשולי הדברים. לא פעם טיעוניה של התביעה בהקשר זה (לא בתיקי עברות כלכליות) מסתכמים בקריאה כללית להשית על הנאשם גם קנס ופיצוי, וטיעוני הסנגוריה מתמצים בבקשה להמעט ברכיבים נלווים אלה. גם גזרי־הדין משקפים בדרך־כלל פערים אלה: הם מקדישים דיון ממצה לשאלת הטלתו של עונש המאסר ואורכו, ודנים ברכיבי הקנס הנלווים רק בשולי גזרי־הדין. כך לגבי גובה הקנס, וכך עוד יותר באשר לשאלה אם תיקבע בגזרי־הדין הוראה בדבר אפשרות ההמרה של הקנס במאסר, ומה יהיה אורכה של תקופת המאסר שתיקבע כחלופה לקנס. הבנה זו של מגבלות ההליך מבהירה מדוע הוראת סעיף 40 לחוק העונשין והפסיקה שעמדה על הצורך לקבוע את הקנס בהתאם ליכולת הכלכלית של הנאשם לא היו יכולות להוות (וכאמור, אף אינן מהוות בפועל, כפי שעולה מן הנתונים) ערובה מספקת למניעת מאסרם של נאשמים אך בשל חוסר יכולת כלכלית.

מנגנון חלופי למניעת כליאתם של נאשמים אך בשל חסרון־כיס העלה השופט עמית בעניין אזולאי.<sup>110</sup> מנגנון זה אינו מתמקד בשלב הראשוני של גזרי־הדין – אשר על מגבלותיו עמדנו לעיל – אלא בשלב המתקדם יותר של הבקשה להפעלת המאסר חלף הקנס. יתרונה של חלופה זו נעוץ בכך שהיא ממוקמת בשלב מאוחר יותר של ההליך, שבו כבר נודע כי הנאשם לא נשא בעונש הקנס שהוטל עליו, ועל־כן ניתן לדון באופן מעמיק, ובנפרד מרכיבי הענישה האחרים, בשאלה אם הנאשם יכול לעמוד בגובה הקנס שהוטל עליו, ואם אי־התשלום מקורו בחוסר רצונו של הנאשם לעמוד בקנס שהוטל עליו או בקשייו הכלכליים. אולם הגדרתה של חלופה זו בפסק־הדין נתחמה מראש למקרים חריגים, כך שגם מנגנון חדש זה אינו יכול להוות מנגנון כללי אפקטיבי למניעת כליאתם הלא־פרופורציונלית של נאשמים עניים בשל אי־תשלום קנסות.

השופט עמית הגדיר חלופה זו כך שתאפשר התחשבות ביכולת הכלכלית של הנאשם גם בשלב של הפעלת המאסר חלף הקנס (להבדיל משלב גזירת הקנס) אולם רק "ככל שיוכיח נאשם תם לב בהתנהגותו ובמעשיו כי לא ניסיון לחמוק מהדין עומד מאחורי אי התשלום אלא היעדר יכולת אמיתית – שמקורה בנסיבות שלא עמדו בפני בית המשפט בעת שגזר את הדין, או בפני המרכז לגביית קנסות עת שקיבל ההחלטה על פריסת החוב".<sup>111</sup> הקושי בהגדרת החלופה טמון, ראשית, בכך שעל הנאשם להראות נסיבות שלא עמדו קודם לכן לפני בית־המשפט (ובמשתמע – שלא היה אפשר להביאן לפני בית־המשפט), ועל־כן חלופה זו לא תהווה מזור למקרים הרבים שבהם חוסר היכולת הכלכלית היה קיים כבר בשלב גזירת

ממז אינן משקפות לעמדתנו את הפרשנות הראויה של הדין, הן משקפות, למרבה הצער, את הפרקטיקה הנוהגת באשר לדרך שבה בתי־המשפט מקילים ראש בבחינת יכולתו הכלכלית של הנאשם בעת הטלת הקנסות.

110 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7.

111 שם, פס' 60 לפסק־דינו של השופט עמית.

הדין אולם לא הובא לידיעתו של בית המשפט בשל הקשיים המבניים שצינו לעיל או הוצג רק בשולי הטיועונים לעונש.<sup>112</sup>

שנית, מבחן תום-הלב שנקבע בעניין אזולאי הוא מבחן מחמיר, שאך נאשמים מעטים יוכלו להסתייע בו. כך, למשל, פסק-דין אזולאי רואה בחייב אשר פנה למרכז לגביית קנסות לשם הסדרת מעמדו רק לאחר הפעלתו של צו מאסר חלף קנס משום חייב חסר תום-לב, אשר יש להניח כי השתהה מטעמים טקטיים בפנייתו.<sup>113</sup> לגישתנו, תפיסה זו, שלפיה עצם הפנייה המאוחרת מלמדת על חוסר תום-לב, אינה מביאה בחשבון את הקושי של אנשים השרויים בעוני לקדם באופן אפקטיבי את ענייניהם מול המרכז לגביית קנסות ורשויות דומות. המחקר מלמד כי ציבור עני אינו מנצל ככלל הליכים מנהליים שנועדו להקנות לו זכויות, אם מפאת חוסר הבנה של ההליכים הבירוקרטיים וחשיבותם ואם בגלל פחד מן הרשות.<sup>114</sup> הדבר נכון גם לגבי מיצוי ההליכים מול המרכז לגביית קנסות, שכן מדובר בהליכים שהיוזמה לפתיחתם מוטלת על שכס החייבים, ואשר מחייבים איסוף מסמכים קפדני ומשמעותי. אכן, גם במשפט האמריקני נמצא כי מנגנון דומה, ואף משמעותי יותר, אשר חייב את בתי-המשפט לבחון את היכולת הכלכלית לפני הפעלת מאסר חלף קנס לא הוביל להגנה אפקטיבית על נאשמים עניים מפני הפעלת מאסרים חלף קנסות.<sup>115</sup>

112 לעניין התייחסותו של השופט עמית לנתונים שלא עמדו לפני "המרכז לגביית קנסות עת שקיבל ההחלטה על פריסת החוב", נציין כי לעמדתנו אין לשלב זה כל רלוונטיות. ניתן להניח כי ככל שקיימת פריסה ריאלית וסבירה, היה המרכז נוקט אותה (או היה אפשר לחייבו לנקוט אותה באמצעות פנייה לערכאות נגד ההחלטה), אולם ככל שגובה הקנס חורג במידה משמעותית מיכולתו הכלכלית של הנאשם, יש מקרים רבים שבהם יהיה קשה ליצור פריסת תשלומים שהיא בה-בעת ריאלית וסבירה (בוודאי לנוכח תפיסתו המצמצמת של המרכז בהקשר זה) וגם אפשרית מבחינת יכולותיו הכלכליות של הנאשם. כל עוד למרכז אין סמכות לוותר על חלק מקרן הקנס, שאלת הפריסה כשלעצמה לא תוכל לפתור מקרים רבים מבין אלה המובילים בסופו של יום לכליאת הנאשמים.

113 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 64 לפסק-דינו של השופט עמית.

114 איל פלג אתגר העוני של המשפט המינהלי 157-155 (2013). נציין כי מנסיונה של הסנגוריה הציבורית, חלק ניכר מן הנאשמים אשר פנו אליה לייצוג בהליכי מאסר חלף קנס עשו זאת רק לאחר שהופעלה נגדם פקודת המאסר, וזאת לא מתוך חוסר תום-לב או רצון להתחמק מן הדין, אלא מתוך חוסר הבנה של האפשרויות העומדות לפניהם במסגרת הליכי הגבייה או חוסר יכולת לעמוד אף בהסדרי חוב "מקילים" יחסית שהוצעו להם על-ידי המרכז לגביית קנסות. ראו גם אבישי בניש ולירון דוד "זכות הגישה למנהל במדינת הרווחה: על (אי-)מיצוי זכויות חברתיות וחובת ההנגשה של החקיקה החברתית" משפט וממשל יט 395 (2018). עדות מוחשית לבעיות שאנשים השרויים בעוני ניצבים בפניהן כאשר הם נדרשים לפעול למיצוי זכויותיהם הובעה בשיר "אין לנו פונים מושלמים", שפרסמו עורכות-הדין הקהילתיות נירה שלו ויעל רימרכהן כבלוג שהן מנהלות. ראו נירה שלו ויעל רימרכהן "אין לנו פונים מושלמים" צדק הוא מוצר צריכה בסיסי – מימונה של עורכת דין קהילתית (31.10.2016). sociallawyering.wordpress.com/. לקביעה תקדימית של חובת הנגשת זכויות בחקיקה ראו חוק שירותי הסעד (תיקון מס' 8), התשע"ח-2018, ס"ח 114, אשר הוסיף את ס' 22 לחוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958, שכותרתו "סיוע במיצוי זכויות".

115 ראו להלן תת-פרק ד1.

מכל האמור עולה, כפי שעולה גם מן הנתונים, כי אין כיום במשפט הישראלי מנגנון אפקטיבי שיגן על נאשמים מפני כליאה רק בשל חסרון-כיס, וזאת הן במישור של קביעת גובה הקנס לכתחילה והן במישור של הפעלת המאסר חלף הקנס לאחר שהנאשם לא עמד בתשלום הקנס שהוטל עליו.

נציין עוד בהקשר זה כי הפגיעה הלא-פרופורציונלית בנאשמים עניים מתרחשת לא רק כאשר נאשמים אלה נכלאים בפועל. לעיתים, גם כאשר בסופו של יום שילם הנאשם את הקנס, הדבר נעשה אחרי שאיום המאסר הוביל להפעלת לחץ בלתי-ראוי ובלתי-מידתי על אותם נאשמים לצורך גיוס הסכומים – למשל, על-ידי ויתור על מצרכים בסיסיים או על חלק מקצבות הקיום שהם זכאים להן; על-ידי הפעלת לחצים קשים על בני משפחה למתן הסכומים; על-ידי גיוס סכומים מן השוק השחור או מן השוק האפור; או על-ידי גיוס סכומים בדרכים אחרות שמערכת האכיפה אינה אמורה לעודד.<sup>116</sup> במקרים מסוג זה, שהיקפם המדויק אינו ידוע לנו בשל העדר נתונים מספקים, מנגנון המאסר חלף קנס מוביל לפגיעה נוספת באוכלוסיות מוחלשות, שאינה מתבטאת בסטטיסטיקות הרשמיות.

אכן, יש דרכים רבות נוספות שבהן היה הדין יכול להוביל לגביית חובות יעילה יותר לכאורה – למשל, על-ידי איום בפגיעה גופנית באדם או בקרוביו – ורובנו נסבור כי דרכים אלה אינן מהוות כלי לגיטימי לגביית קנסות מצידה של המדינה. לגישתנו, הדבר נכון גם כאשר לאיום המאסר. כבג"ץ פר"ח – שבו בוטלה תקנה שאפשרה לראש לשכת ההוצאה לפועל לחתום על צו מאסר בלא נוכחות החייב – התייחס בית-המשפט העליון, למעלה מן הצורך, לפגיעה החוקתית הגלומה בשימוש בכלי המאסר לגביית חובות. בעניין זה ציין המשנה לנשיא אֶלון כי "ייתכן גם ייתכן כי מקום יש לבעל דין לחלוק ולומר שלפי הוראות חוק היסוד יש לחזור להצעה... שלפיה אין לאסור חייב גם כאשר ברור שהוא בעל יכולת לשלם את החוב והוא משתמט מלעשות כן, היינו שיש לשלול את אמצעי המאסר על חוב לחלוטין, גם כאשר מטרתו הבלעדית היא כפייה לתשלום החוב ולא ענישה על אי-תשלומו".<sup>117</sup> אשר על-כן ניתן לטעון כי גם אם הפגיעה הקשה בחירותו של האדם הכרוכה במימושו של כלי המאסר חלף קנס נועדה לתכלית ראויה, אין היא עומדת באמות-המידה החוקתיות, ובפרט במבחני המידתיות השונים, וזאת אף במנותק משאלת יעילותו הכלכלית והאכיפתית ובתכלית העונשית של השימוש במאסר. אכן, כפי שיורחב בהמשך, אנו סבורים כי אין הצדקה אפריורית לעשות שימוש בכלי המאסר לצורך גביית קנסות, לרבות במקרים שבהם מדובר בחייבים בעלי יכולת כלכלית, שכן מדובר באמצעי שפגיעתו בחירות האדם היא בלתי-מידתית.<sup>118</sup>

לקראת סיומו של פרק זה נבקש להבחין בין השימוש במאסר לכפיית תשלום של קנסות פליליים לבין מאסר-הכפייה הנוספים שנותרו בדין הישראלי, והם המאסרים לכפיית תשלום

116 ראו חלק ה(ב) להלן. כמו-כן, על הגבולות הקיימים לדרכי גיוס הכספים לתשלום קנסות ניתן ללמוד, למשל, מס' 252 ו-252א לחוק העונשין, האוסרים על קיום פעולת התרמה למען תשלום קנס וכן על תשלום קנס של עובד על-ידי תאגיד או על-ידי מעבידו.

117 ראו עניין פר"ח, לעיל ה"ש 79, פס' 37 לפסק-הדין (ההדגשות במקור).

118 עם זאת, אין באמור כדי למנוע כליל אפשרות של הטלת מאסר במקרים החריגים של גזירת הדין מחדש בשל אי-ציות לצו שירות לתועלת הציבור. ראו פרק ה בהמשך.

של חוב מזונות ולכפיית גט. מבלי להיכנס לשאלה אם ראוי להותיר על כנם את מאסרם של חייבים בחוב מזונות ואת המאסר לכפיית גט – שאלה החורגת מגדרו של מאמר זה – מן הראוי לעמוד על ההבחנות שבין שימוש במאסר לכפיית תשלום של חוב מזונות ולכפיית גט לבין שימוש במאסר לכפיית תשלום קנס שהוטל בהליך פלילי. באשר למאסר לכפיית תשלום מזונות<sup>119</sup> – ראשית, אפשרות המאסר של חייבים במזונות מוגבלת לעשרים ואחד ימים בכל פעם, בעוד המנגנון של מאסר חלף קנס בהליך הפלילי מאפשר כאמור הטלת מאסר של עד שלוש שנים, מבלי שההצדקה למאסר נבחנת כלל לאחר שפקודת המאסר הופעלה. שנית, ההחלטה בדבר גובה דמי המזונות מקורה בהחלטה שיפוטית שהתקבלה לאחר דיון מעמיק במצבו הכלכלי של החייב ובצורכי מחייתו. זאת, כאמור, בניגוד למצב הנוהג באשר להטלת קנסות פליליים, המוטלים ככלל ללא בדיקה כלכלית מעמיקה. לא זו אף זו, פסק מזונות, בניגוד לפסק-דין פלילי, אינו סופי, והחייב רשאי לפנות לבית-המשפט כדי לשנות את גובה החיוב בחוב מזונות.<sup>120</sup> לפיכך, לחייב אשר ירד מנכסיו ואין ביכולתו לעמוד עוד בחוב המזונות שהוטל עליו פתוחה הדלת לפנות לבית-המשפט כדי שישנה את גובה החיוב ויתאימו למצבו הכלכלי העדכני. לנאשם בפלילים, לעומת זאת, אין אפשרות לשנות את גובה הקנס עצמו לאחר שפסק-הדין הפלילי בעניינו נהפך לחלוט, אלא בדרך הנדירה ויוצאת-הדופן של פנייה בבקשת חנינה. למרכז לגביית קנסות, אשר לו הסמכות לפרוס או לרחות את תשלום הקנס, אין סמכות להתערב בגובה הקנס עצמו ולהפחיתו לנוכח שינוי הנסיבות. שלישית, הצדקה מסוימת להקשחת הגבייה באשר לחוב מזונות נובעת מאופיים המוחלש של הזוכים בחוב מזונות, שהם בני-זוג וקטינים. חולשתם של הזוכים והחשש מפגיעה בזכויות-היסוד שלהם הם העומדים גם בבסיס הדין הקובע כי מקום שחייב אינו עומד בצו מזונות, הביטוח הלאומי נכנס בנעליו, משלם את חוב המזונות לזוכים, ופועל בעצמו לגביית החוב מן החייב.<sup>121</sup> קנס פלילי, לעומת זאת, הוא קנס העובר לכיסי המדינה. תוצאה דומה עולה גם מן ההשוואה בין מאסר חלף קנס לבין מאסר לצורך כפיית מתן גט.<sup>122</sup> מבלי למצות את הדיון בנושא, ההצדקה שניתנה לשימוש בכלי מרחיק-לכת זה

119 ראו ס' 74 לחוק ההוצאה לפועל.

120 ראו ס' 13 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

121 ראו ס' 4 לחוק המזונות (הבטחת תשלום), התשל"ב-1972. ראו בהקשר זה רע"א 4445/96 בר-נוי נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נא(4) 571 (1997), שבו נקבע כי כאשר הנושה בחוב המזונות הוא המוסד לביטוח לאומי, אין להבחין לעניין הליכי מאסר החייבים בין חוב אזרחי רגיל לחוב מזונות.

122 ראו ס' 3 לחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995, וס' 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953. כן ראו ירון אונגר ואורלי אלמגור לוטן סרבנות גט בישראל – רקע הלכתי, משפטי, היקף התופעה והדרכים לטיפול בה (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 2011); "מאסר וצווי הגבלה כאמצעי לכפיית גט" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1301 (התשס"ג); ופקנ"צ 04.22.00 "אסירים אזרחיים". להשלמת התמונה ראו גם "מדיניות העמדה לדין וענישה בגין אי קיום צו שיפוטי של בית הדין הרבני למתן או קבלת גט" הנחיות פרקליט המדינה 2.24 (התשע"ז) (להלן: הנחיות פרקליט המדינה). המתווה את מדיניות התביעה בנוגע להעמדה לדין של סרבני גט בגין הפרת הוראה חוקית, במקביל לסנקציה האזרחית.

של מאסר בהקשר של כפיית גט נעוצה בכך שהשימוש במאסר נועד להפסיק את הפגיעה הקשה בזכויות היסוד של מסורבת הגט, ביניהן הזכות להינשא שנית, הזכות ללדת ילדים מבלי שאלה ייחשבו ממזרים, הזכות לקיים מערכת יחסים אינטימית ועוד.<sup>123</sup> בכך מאסר זה דומה למאסר בגין חוב מזונות, ושונה ממאסר חלף קנס המיועד לאוצר המדינה. נוסף על כך, להבדיל מיכולת כלכלית לשאת בתשלום הקנס – שאותה לא יוכל הנאשם להשיג יש מאין – באשר למתן גט "מפתחות הכלא" נתונים בכל עת בידי סרבן הגט, אשר יכול ליתן גט ולהשתחרר לאלתר ממאסרו.

לסיכום, כפי שטענו בפתחו של פרק זה, גם אילו היו טיעונים משכנעים התומכים בתכלית האכיפתית ובתכלית העונשית, לא היה מקום להמשיך להשתמש במאסר חלף קנס לנוכח התמונה העולה מן הנתונים, שלפיה כלי זה משמש, באופן לא-פרופורציונלי, לכליאתם של נאשמים עניים, וגורם בכך לפגיעה בשוויון כמשפט הפלילי בד בבד עם פגיעה לא-מידתית בחירות.

#### ד. מאסר חלף קנס במשפט המשווה

מאסר חלף קנס פלילי אינו תופעה ייחודית לדין הישראלי. עם זאת, פנייה למשפט המשווה מעלה כי במדינות שונות בעולם התפתחו כללים נוקשים באשר להפעלתה של סמכות המאסר חלף קנס, וכי במדינות מסוימות אף בוטלה סמכות זו לחלוטין. התבוננות משווה זו מהווה מקור הראה לפתרונות אפשריים בהקשר הישראלי, ועל רקע בחינת ההסדרים הנוגעים במדינות השונות, שתיעשה בפרק הנוכחי, נבקש בפרק הבא להציע רפורמה מיטבית להבטחת ההגנה על זכויות החייבים, למניעת הפליה בהליכי הגבייה ולשיפורו של מערך הטלת הקנסות מלכתחילה.

התבוננות משווה מראה כי במדינות כגון ארצות-הברית ואוסטרליה התפתחו בשנים האחרונות מחקר ושיח ציבורי ער בנושא כליאתם של אנשים בשל אי-תשלום חיובים כספיים הנובעים מההליך הפלילי, ובמסגרת זו נמתחה ביקורת חריפה נגד השימוש במאסר ככלי לגביית חובות. סקירה משווה זו, הן של המצב המשפטי הן של השיח הציבורי שצמח בעקבותיו, זורה אור על המצב המשפטי בישראל, ומעלה כי במדינות שונות בעולם מוקדשת תשומת-לב מיוחדת לנאשמים חסרי יכולת כלכלית, וכי על רקע זה, להבדיל מהמצב בישראל, התפתחו כללים משפטיים שנועדו למנוע את כליאתם של אנשים שאין ידם משגת לשאת בתשלום קנסות. עם זאת, שאלת יישומם של כללים אלה בפועל (בארצות-הברית בפרט) ממשיכה להעסיק חוקרים רבים ולהוות מוקד לביקורת.

בפרק זה נסקור את המצב המשפטי הקיים בארצות-הברית ובאוסטרליה, ומשם נעבור לסקירה קצרה של מנגנון הקנס היומי, אשר מונהג במדינות אירופיות שונות ומהווה שם חלופה לשיטת הטלת הקנס הסטנדרטית. הבחירה להתמקד בסקירת הדין בארצות-הברית ובאוסטרליה דווקא נובעת מכך שבמדינות אלה התפתחו כללים משפטיים מפורטים בנושא המאסר חלף קנס, שמוצאים ביטוי בחקיקה ובפסיקה, באופן המאפשר השוואה מעמיקה והפקת תובנות שעשויות להיות רלוונטיות למצב המשפטי בישראל. נוסף על כך, צמיחתו של

123 ראו הנחיית פרקליט המדינה, שם, פס' 3.

עיסוק אקדמי וציבורי רחב־היקף במדינות אלה בנושא המאסר חלף קנס מאפשרת ללמוד על השלכותיה של תופעה זו ועל המודלים שהוצעו להתמודדות עימה באופן המבוסס מחקרית. במקביל, הפנייה לסקירת מנגנון הקנס היומי – שהוצע לאמצו גם בארצות־הברית ובאוסטרליה – משרתת מטרה שונה במעט, ונועדה לזרות אור על מנגנון חלופי שאומץ במדינות אירופיות רבות, המבוסס על נקודת מוצא פרוגרסיבית באשר לענישה מוניטרית, שלפיה גובה הקנס המוטל על נאשם בהליך פלילי צריך להיות מותאם מלכתחילה ליכולתו הכלכלית. מנגנון חלופי זה עוסק אומנם באופן ההטלה של הקנס עצמו בהליך הפלילי, אולם הוא משליך ישירות גם על הסדרת הנושא של מאסר חלף הקנס, כפי שנפרט להלן. סקירה זו מאפשרת התבוננות על הסדרה חלופית של הטלת קנסות בהליכים פליליים אשר יש בכוחה – כפי שניציע בהמשך המאמר – לתת מענה לחלק ניכר מהבעיות הכרוכות בהטלת קנסות בישראל ככלל, ולספק פתרון לאתגר המאסר חלף קנס בפרט.

## 1. ארצות־הברית: ביקורת חוקתית על האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס במקרה של חוסר יכולת כלכלית לשלם

### (א) מאסר בשל אי־תשלום חיובים כספיים בהליך הפלילי בארצות־הברית

השימוש במאסר לאכיפת קנסות שהוטלו בהליכים פליליים נדון כיום במדינות שונות בארצות־הברית כחלק מתופעה רחבה יותר של כליאת אנשים בשל אי־תשלום חיובים כספיים שנוקפים לחובתם בהליך פלילי. חיובים אלה, המכונים לעיתים קרובות Legal Financial Obligations (LFOs) או Criminal Justice Debt, זכו בהתייחסות פסיקתית, מחקרית וציבורית רבה בשנים האחרונות.<sup>124</sup> קנסות, פיצויים ו"עלויות ואגרות"<sup>125</sup> הם הרכיבים העיקריים של ה־LFOs, ומהווים את הנתח המכריע של החיובים הכספיים הכרוכים בהליך הפלילי.<sup>126</sup> הדין הספציפי המסדיר את סמכויות גבייתם של LFOs ואת הסנקציות שניתן להטיל בשל אי־תשלומם משתנה בהתאם לדינייה של כל מדינה ובהתאם לסוג החוב (קנס, פיצוי או עלויות ואגרות). במדינות רבות קיים הסדר חוקי המאפשר כליאה של אנשים בשל אי־תשלום קנסות, עלויות ואגרות, וכן הפקעת תקופת מבחן (probation) או אי־הענקת שחרור

124 לסקירה ממצה מן העת האחרונה ראו, למשל, Karin D. Martin et al., *Monetary Sanctions: Legal Financial Obligations in US Systems of Justice*, 1 ANN. REV. CRIMINOL. 471 (2018).

125 רכיב זה ("Costs and Fees") מתייחס לעלויות ואגרות שונות הכרוכות בהליך הפלילי ובמאסר, אשר מוטלות הן באמצעות בית־המשפט והן באמצעות סוכנים אחרים (שירות בתי־הסוהר, המשטרה, התביעה ועוד). עלויות אלה כוללות, למשל, אגרת סנגור ציבורי, עלויות פיקוח אלקטרוני, עלויות הכרוכות בבדיקות מעבדה, החזר הוצאות לבית־המשפט, לתביעה ולסנגוריה הציבורית, עלויות טלפונים וטיפול רפואי בתוך כותלי בית־הסוהר ועוד. ראו Sobol, *ה"ש 97, בעמ' 501-504*.

126 ראו שם, בעמ' 499 וההפניות שם בה"ש 82. להרחבה על הסנקציות המוניטריות בהליך הפלילי ראו Ruback, *לעיל ה"ש 9*; Katherine Beckett & Alexes Harris, *On Cash and Conviction: Monetary Sanctions as Misguided Policy*, 10 CRIMINOL. & PUB. POL'Y 505, 524 (2011).

על־תנאי (parole) בשל אי־תשלום החובות, לרבות פיצויים.<sup>127</sup> אולם במקרים רבים הפעלת מכשירים אלה דורשת הוכחה של חוסר תום־לב מצד החייב. כך, למשל, לעניין אי־תשלום קנסות או עלויות ואגרות נקבע במפורש בחקיקה ראשית של מדינת אלבמה כי הפעלת מאסר חלף קנס מותנית באי־תשלום מרצון חופשי (willful nonpayment).<sup>128</sup> הסדר דומה נקבע, בין היתר, במדינות קרוליינה הצפונית<sup>129</sup> וניו־יורק.<sup>130</sup> קונסטרוקציה משפטית שונה, אשר נפוצה במדינות אחרות, היא נקיטת הליכים של בזיון בית־המשפט – עם אפשרות של עונש מאסר בציידים – בשל אי־תשלום קנסות, עלויות ואגרות, ולעיתים אף במקרה של אי־תשלום פיצויים. הסדר ממין זה קיים, למשל, במדינות אילינוי,<sup>131</sup> אריזונה,<sup>132</sup> פלורידה<sup>133</sup> ועוד.<sup>134</sup> אולם לצד ההסדרים הספציפיים שנקבעו בחקיקה המדינתית, עקרונות־היסוד הנוגעים בכליאתם של אנשים בשל אי־תשלום חובות הנובעים מההליך הפלילי, ובפרט קנסות, נקבעו זה כבר בפסיקת בית־המשפט העליון האמריקני משנות השבעים והשמונים, אשר ניתנה

127 בהקשר זה חשוב להבחין בין קנסות, עלויות ואגרות, מצד אחד, לבין פיצויים, מצד אחר. ראשית, חוב בגין קנסות, עלויות ואגרות נגבה ככלל כחוב אחד לטובת המדינה, בעוד פיצויים נגבים בנפרד לטובת הקורבן, תוך שימוש במערכי גבייה ובאמצעים שונים, אשר במקרים רבים אינם כוללים מאסר (ראו ACLU, IN FOR A PENNY, לעיל ה"ש 97, בה"ש 134-137, על העדר האפשרות לכלוא בשל אי־תשלום פיצוי או עלויות באוהיו). שנית, במדינות מסוימות חוב בגין קנסות, עלויות ואגרות מקבל עדיפות בסדר הנשייה על חובות מסוג פיצויים (זה הדין הנוהג במדינות כגון אלסקה, קולורדו, קונטיקט וג'ורג'יה; ראו גם Evans, לעיל ה"ש 97, בעמ' 6). שלישית, רוב המדינות הטלת פיצויים מצומצמת רק למקרים שבהם קיימים קורבנות עברה ספציפיים שניזוקו מבחינה כלכלית בעקבות העברה, ומשכך שיעור ההטלה של פיצויים נמוך במידה משמעותית משיעור הטלתם של קנסות או עלויות ואגרות (ראו SEN ROSENMERKEL ET AL., FELONY SENTENCES IN STATE COURTS, 2006 – STATISTICAL TABLES 8 (U.S. Dep't of Justice, Bureau of Justice Statistics, 2009), <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fssc06st.pdf>). זאת ועוד, הבחנה בין פיצויים לבין קנסות, עלויות ואגרות לצורך שאלת המאסר בשל אי־תשלום נפוצה הן בחקיקה והן בספרות, והספרות מתמקדת ככלל במאסר בשל אי־תשלום קנסות, עלויות ואגרות, בשל העובדה שחוב זה נגבה לטובת המדינה וכן בשל התכליות השונות העומדות מאחורי הטלת פיצוי בהליך פלילי (להרחבה ראו Beckett & Harris, לעיל ה"ש 126, בעמ' 510).

.Ala. Code. § 15-18-62 128

.N.C. Gen. Stat. § 15A-1364(b) ראו 129

.N.Y. Crim. Proc. Law. § 420.10(3) ראו 130

.730 Ill. Comp. Stat. § 5/5-9-3(a) 131

.Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-810 132

.Fla. Stat. § 938.30(11) 133

Richard E. James, *Putting Fear Back into the Law and Debtors Back into Prison: Reforming the Debtors' Prison System*, 42 WASHBURN L.J. 143, 151 (2002); ALICIA BANNON, MITALI NAGRECHA & REBEKAH DILLER, CRIMINAL JUSTICE DEBT: A BARRIER TO REENTRY n. 131 (2010) 134



על רקע פסיקות קודמות שעייגנו מבחינה חוקתית את איסור ההפליה בהליכים פליליים בין נאשמים בעלי אמצעים לנאשמים דלי אמצעים.<sup>135</sup>

פסק־הדין הראשון שהתייחס מפורשות לסוגיית חוקתיותו של מאסר חלף קנס ואף קבע הלכה בנושא זה ניתן כבר בשנת 1970 בעניין *Williams v. Illinois*.<sup>136</sup> באותו עניין קבע בית־המשפט העליון כי הארכת מאסרו של הנידון מעבר לתקופה המרבית הקבועה לעברה בחוק בשל אי־יכולתו לשאת בתשלום הקנס אינה חוקתית, באשר היא מפלה על בסיס יכולת כלכלית ועל־כן מנוגדת לתיקון מס' 14 לחוקה האמריקנית.

שנה אחת לאחר־מכן ניתן פסק־הדין בעניין *Tate v. Short*,<sup>137</sup> שם הורחבה הלכת *Williams* גם לעברות קנס, ונקבע כי המרת עברת קנס במאסר בשל אי־יכולת לשלם את הקנס אינה חוקתית מאותם טעמים. למעשה, מדובר במקרה פרטי שבו אורכה של תקופת המאסר המרבית שהחוק קובע הוא אפס, ועל־כן מאסרו של אדם בשל אי־יכולת תשלום הקנס אינה חוקתית. עם זאת, בית־המשפט הדגיש בהחלטותיו האמורות כי ההלכה אינה חלה במקרים שבהם לנידון יש יכולת כלכלית לשאת בתשלום הקנס אך הוא מתרשל או בוחר באופן מודע לא לשלמו.

פיתוח משמעותי נוסף בנושא חוקתיותו של מאסר חלף קנס חל כעשור לאחר־מכן בפסק־דין נוסף של בית־המשפט העליון בעניין *Bearden v. Georgia*.<sup>138</sup> אותו מקרה עסק בנאשם שנידון לתקופת מבחן בגין עברת גנבה, בתנאי שיעמוד בתשלום קנס על סך 500 דולר ופיצוי על סך 250 דולר. הנידון שילם סכום של 200 דולר, אך לאחר שפוטרו מעבודתו הודיע כי אין ביכולתו לשאת בתשלום יתרת החוב. משכך הפקיע בית־המשפט את תקופת המבחן שנגזרה עליו והמירה במאסר. בהמשך לקווים המנחים שנקבעו כאמור עוד קודם לכן, קבע בית־המשפט העליון כי הפקעת שחרור על־תנאי או תקופת מבחן של נידון בשל אי־יכולתו לעמוד בתשלום הקנס או הפיצוי אינה חוקתית, באשר היא מפלה על בסיס יכולת כלכלית. אולם נוסף על האמור נקבע לראשונה כי על בית־המשפט לברר את הסיבות שהובילו לאי־תשלום החוב, וככל שיימצא כי הנאשם עשה מאמצים לשלם את החוב אך אלה לא צלחו, כלומר שאי־תשלום החוב אינו נובע מבחירתו החופשית של הנאשם, יהא על בית־המשפט לשקול חלופות למאסר.<sup>139</sup> בכך קבע בית־המשפט העליון האמריקני את המבחן לחוקתיות מאסרו של נידון (לרבות על־דרך הפקעה של תקופת המבחן או של השחרור על־תנאי) בגין אי־תשלום קנס או פיצוי. מבחן זה קובע כאמור כי רק במקרה של אי־נכונות לשלם או אי־עשיית מאמצים כנים (*bona fide efforts*) לשלם יהיה אפשר להורות על מאסרו של

135 ראו, למשל, את פסק־הדין בעניין *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12, 17 (1956), שם נקבע כי "[i]n criminal trials, a State can no more discriminate on account of poverty than on account of religion, race, or color". כן ראו את פסק־הדין המכונן בעניין *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), שם נקבע כי התיקון השישי לחוקה מחייב את המדינות לספק ייצוג משפטי בהליכים פליליים לאנשים שאין ידם משגת לשכור עורך־דין מטעמם.

136 *Williams v. Illinois*, 399 U.S. 235 (1970).

137 *Tate v. Short*, 401 U.S. 395 (1971).

138 *Bearden v. Georgia*, 461 U.S. 660 (1983).

139 שם, בעמ' 672-673.

אדם. בתי-המשפט מחויבים מכוח הלכה זו לקיים דיון ביכולת התשלום (*Ability to Pay Hearing*) לפני הפעלת מאסר חלף קנס.

מצב משפטי זה שונה בצורה משמעותית מהמצב הקיים בישראל, וזאת בשלושה מישורים עיקריים. ראשית, בפסיקה הישראלית מעולם לא נקבע מפורשות כי הפעלת מאסר חלף קנס במצבים שבהם הנידון נעדר יכולת כלכלית אינה חוקתית. שנית, בניגוד לחובה הקיימת בארצות-הברית לקיים דיון ביכולת התשלום של הנידון לפני הפעלת מאסר חלף קנס, קיומו של דיון שיפוטי כאמור בישראל נתון לשיקול-דעתו של בית-המשפט, ומותנה מלכתחילה בפניית הנידון במסגרת "השגה שיפוטית", כפי שהוגדרה בפסק-דין גוסקוב.<sup>140</sup> שלישית, היקפה של הביקורת השיפוטית המתאפשרת בשלב זה מצומצם ביותר, ובית-המשפט אינו נדרש לבחון את יכולת התשלום של הנידון בפועל לפני אישור פקודת המאסר, אלא במקרים חריגים ובכפוף להוכחת תום-לב ושינוי נסיבות מיום מתן גזר-הדין, כאמור בעניין אזולאי.<sup>141</sup> מכל מקום, כפי שיפורט להלן, גם הבטחתה של הלכת *Bearden* להוות מגן אפקטיבי מפני כליאה לא-שוויונית של נאשמים עניים נכזבה במידה רבה.

### (ב) ביקורת על השימוש במאסר חלף קנס בארצות-הברית

לנוכח העיסוק הרב בתופעת כליאת ההמונים (*mass incarceration*) במסגרת השיח הציבורי והמשפטי בארצות-הברית,<sup>142</sup> תשומת-לב מיוחדת מוקדשת בשנים האחרונות לכליאתם של אנשים בשל אי-תשלום חיובים כספיים הנובעים מההליך הפלילי (LFOs). תופעה זו זכתה בכינוי החדש-ישן "Debtors' Prisons", ורבים כבר הכריזו על קימתו לתחייה של מוסד "מאסר החייבים", שבוטל בארצות-הברית כבר במחצית הראשונה של המאה התשע-עשרה, ואשר איסורו זכה ברוב המדינות בעיגון חוקתי.<sup>143</sup> במסגרת זו נמתחת ביקורת גוברת על אופן השימוש בסמכויות הכליאה בשל אי-תשלום LFOs, ועל כך שבתי-המשפט המדינתיים

140 עניין גוסקוב, לעיל ה"ש 38.

141 ראו תת-פרק 3ג לעיל.

142 ראו בהקשר זה Michelle Alexander, *The New Jim Crow*, 9 OHIO ST. J. CRIM. L. 7 (2011).

143 לספרות העוסקת במאסרם של נאשמים בשל אי-תשלום LFOs ובעלייתם של בתי-הכלא

לחייבים ראו Sobol, לעיל ה"ש 97; Ruback, לעיל ה"ש 9; Beckett & Harris, לעיל ה"ש

Christopher D. Hampson, *The New American Debtors' Prisons*, 44 AM. J. CRIM. ;126

L. 1, 48 (2016); Sarah Morgan, *Civil Rights/Constitutional Law—Indebted to the State:*

*How the Thirteenth Amendment's Promise of Abolition Holds Protections Against the*

*Modern Debtors' Prisons*, 39 W. NEW ENG. L. REV. 327 (2017); Andrea Marsh & Emily

Gerrick, *Why Motive Matters: Designing Effective Policy Responses to Modern Debtors'*

*Prisons*, 34 YALE L. & POL'Y REV. 93 (2015); Devon King, *Towards an Institutional*

*Challenge of Imprisonment for Legal Financial Obligation Nonpayment in Washington*

*State*, 90 WASH. L. REV. 1349 (2015); Note: *State Bans on Debtors' Prisons and Criminal*

*Justice Debt*, 129 HARV. L. REV. 1024 (2016); Torie Atkinson, *A Fine Scheme: How*

*Municipal Fines Become Crushing Debt in the Shadow of the New Debtors' Prisons*, 51

HARV. C.R.-C.L. L. REV. 189 (2016); CRIMINAL JUSTICE POLICY PROGRAM, *CONFRONTING*

.CRIMINAL JUSTICE DEBT: A GUIDE FOR POLICY REFORM (Harv. L. School, 2016)

מיישמים את הלכת *Bearden* באופן שמרוקן מתוכן את ההגנה המעוגנת בה מפני כליאת אנשים עניים בשל אייכולת תשלום, ומוביל לכליאתם בפועל של אנשים שאין ידם משגת לשלם את חובותיהם הפליליים.<sup>144</sup> ראשית, בחלק מהמדינות תועדה פרקטיקה נהוגה שלפיה בתי-משפט רבים אינם עורכים כלל "Ability to Pay Hearing", כלומר, אינם עורכים את הדיון שבמסגרתו יש לברר, כמתבקש מפסק-הדין בעניין *Bearden*, אם יש ביכולתו של החייב לשלם את החוב והוא ממאן לעשות זאת או שמא מדובר בחייב חסר אמצעים שאין ביכולתו לשאת בתשלום; שנית, במדינות רבות שבהן נערך לכאורה "Ability to Pay Hearing" ניכר כי בתי-המשפט נמנעים למעשה מלבחון את יכולתו הכלכלית של הנאשם, ומעדיפים לשלוח חייבים שאינם משלמים את החוב למאסר, במקום לשקול חלופות אחרות פוגעניות פחות, כמתבקש מפסק-הדין בעניין *Bearden*; שלישית, ביקורת רבה נמתחת על העדר סטנדרטיזציה בהערכת יכולתו הכלכלית של החייב, שמוביל להחלתם של מבחנים שונים על-ידי בתי-המשפט ולהסתמכות על נתונים לא-אמינים, כגון אם ברשות החייב יש בגדים ממותגים מפורסמים, אם החייב מעשן וכדומה.<sup>145</sup>

בספרות המחקרית ניכרת הסכמה רחבה כי מדובר בתופעה המובילה לכליאתם של אנשים עניים בשל מצבם הכלכלי ופוגעת ביתר שאת – כפי שניתן לצפות – במיעוטים ובאוכלוסיות מוחלשות בחברה, ובפרט בשחורים ובהיספנים.<sup>146</sup> הפגיעה באוכלוסיות אלה מתבטאת לא רק במאסרם לעיתים קרובות או בחשיפתם לסכנת מאסר בשל איי-תשלום הקנס, אלא גם בצמצום האפשרויות להשתקמותם ולהשתלבותם של החייבים בחברה לאחר המאסר, ורבים מהם נאלצים לוותר על צרכים בסיסיים, כגון אוכל וטיפול בריאותי, וכן על קצבות מחיה שהם זכאים להן לטובת תשלום, ולו חלקי, של החוב.<sup>147</sup> הצטברותם של מקרים רבים שבהם נכלאו אנשים רק בשל איי-יכולתם לשלם קנסות הובילה להתפתחותו של דיון ציבורי בעניין,<sup>148</sup> ובמדינות שונות אף הוגשו עתירות לשינוי

144 ראו בהקשר זה *Jaelyn Kurin, Indebted to Injustice: The Meaning of "Willfulness" in a Georgia v. Bearden Ability to Pay Hearing*, 27 GEO. MASON U. C.R. L.J. 265 (2017); Ann K. Wagner, *The Conflict over Bearden v Georgia in State Courts: Plea-Bargaining Probation Terms and the Specter of Debtors' Prison*, 2010 U. CHI. LEGAL F. 383 ראו גם דוחות ACLU לעיל בה"ש 97.

145 Kurin, שם, בעמ' 288-305.

146 Sobol, לעיל ה"ש 97, בעמ' 516-521; Harris et al., לעיל ה"ש 97, בעמ' 1777-1785; Pinard, לעיל ה"ש 97.

147 BANNON ET AL., לעיל ה"ש 134.

148 ראו, למשל, דוחות של ארגוני חברה אזרחית העוסקים בעניין זה: FREDERICKSEN & LASSITER, לעיל ה"ש 97; ACLU, MODERN-DAY DEBTORS' PRISONS; ACLU, IN FOR, לעיל ה"ש 97; A PENNY, לעיל ה"ש 97. ראו גם התייחסות עיתונאית לעלייתם מחדש של "בתי-הכלא לחייבים": *The New Debtors' Prisons*, N.Y. TIMES (Apr. 5, 2009), <http://www.nytimes.com/2009/04/06/opinion/06mon4.html>; Joseph Shapiro, *Supreme Court Ruling Not Enough to Prevent Debtors Prisons*, NPR (May 21, 2014), <http://www.npr.org/2014/05/21/313118629/supreme-court-ruling-not-enough-to-prevent-debtors-prisons>; Ed Pilkington, *Pay Up or Go to Jail: How a Mississippi Town Resurrected the Debtors'*

מדיניות הגבייה ולהפסקת כליאתם של חייבים בשל אי־יכולתם לשאת בתשלום LFOs.<sup>149</sup> כך, למשל, בעתירות שהוגשו נגד מחוז מונטגומרי באלבמה נגד כליאת חייבים שלא שילמו קנסות פליליים, ובפרט קנסות תעבורה, הושגה הסכמה שלפיה, בין היתר, כל מי ששכרו נופל מ־125% מקו העוני הפדרלי חזקה שהוא דל אמצעים ועל־כן לא יהיה אפשר להפעיל נגדו מאסר בשל אי־תשלום חובות פליליים.<sup>150</sup> במדינת אוהיו, בעקבות דוח של ACLU שסקר את תופעת "מאסר החייבים" במדינה,<sup>151</sup> החליט נשיא בית־המשפט העליון של אוהיו על רפורמה בכל הנוגע בגבייתם של קנסות וחובות פליליים בבתי־המשפט, אשר כוללת, בין היתר, העברת הכשרות לשופטים בנושא הטלת סנקציות כספיות בהליך הפלילי וגבייתן, וכן חלוקת הנחיות מפורטות על־גבי כרטיסיות (*bench cards*) לשופטים שמטרתן למנוע הישנותם של מצבים שבהם אנשים עניים נכלאים אך בשל אי־יכולתם לשלם קנסות. במסגרת ההנחיות שחולקו לשופטים פורטו הסמכויות הנתונות להם כדין בעת גזירת העונשים; החובה לקיים דיון שבו תיבדק היכולת הכלכלית של הנאשם לשאת בתשלום החוב כאשר הוא אינו משלמו; ומערך האמצעים שניתן לנקוט כאשר הנאשם אינו משלם את החוב, כגון עבודות לתועלת הציבור, הגבלת שימוש ברשיון נהיגה ועוד.<sup>152</sup> רפורמות דומות אומצו במסגרת

- 
- Prison*, THE GUARDIAN (Oct. 21, 2015), <https://www.theguardian.com/us-news/2015/oct/21/mississippi-debtors-prison-poverty-lawsuit>
- 149 במדינת ארקנסו ובמדינת קרוליינה הדרומית תלויות ועומדות עתירות נגד כליאתם של אנשים בשל אי־תשלום קנסות וחובות פליליים אחרים. ראו *Brown v. Lexington County, et al*, ACLU (July 22, 2017), <https://www.aclu.org/cases/brown-v-lexington-county-et-al>; *Dade v. City of Sherwood*, ACLU (last visited Oct. 8, 2019), <https://www.acluarkansas.org/en/cases/dade-v-sherwood>
- 150 Amended Complaint, *Cleveland v. City of Montgomery*, No. 2:13-cv-00732-MEF-TFM (M.D. Ala. Nov. 12, 2013), [https://www.splcenter.org/sites/default/files/d6\\_legacy\\_files/downloads/case/amended\\_complaint\\_harriet\\_cleveland\\_0.pdf](https://www.splcenter.org/sites/default/files/d6_legacy_files/downloads/case/amended_complaint_harriet_cleveland_0.pdf); Settlement Agreement, *Cleveland v. City of Montgomery*, No. 2:13-cv-00732-MEF-TFM (M.D. Ala. Sept. 12, 2014), [https://www.splcenter.org/sites/default/files/d6\\_legacy\\_files/downloads/case/exhibit\\_a\\_to\\_joint\\_settlement\\_agreement\\_-\\_judicial\\_procedures-\\_140912.pdf](https://www.splcenter.org/sites/default/files/d6_legacy_files/downloads/case/exhibit_a_to_joint_settlement_agreement_-_judicial_procedures-_140912.pdf); First Amended Class Action Complaint, *Mitchell v. City of Montgomery*, No. 2:14-cv-186-MEF (M.D. Ala. May 23, 2014), <http://equaljusticeunderlaw.org/wp/wp-content/uploads/2014/07/Complaint.pdf>; Settlement Agreement, *Mitchell v. City of Montgomery*, No. 2:14-cv-186-MEF (M.D. Ala. Nov. 17, 2014), <https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/CJ-AL-0007-0003.pdf>
- 151 ACLU, THE OUTSKIRTS OF HOPE: HOW OHIO'S DEBTORS' PRISONS ARE RUINING LIVES AND COSTING COMMUNITIES (2013)
- 152 להרחבה ראו *Jocelyn Rosnick & Mike Brickner, The Ohio Model for Combatting Debtors' Prisons*, 21 MICH. J. RACE & L. 375 (2016) <http://www.supremecourt.ohio.gov/Publications/JCS/finesCourtCosts.pdf>

עתירות שהוגשו באמצעות ACLU במדינות ג'ורג'יה<sup>153</sup> ומיסיסיפי<sup>154</sup> עולה, אם כן, כי חרף התפתחותם של מנגנונים משפטיים מפורטים בהרבה מאלה הקיימים בדין הישראלי – שמטרתם להבטיח משנה זהירות בהפעלת מאסר חלף קנס – בפועל תופעת המאסר חלף קנס בארצות-הברית ממשיכה להטריד רבים, ומעמידה בסימן שאלה את יכולתם של מנגנונים משפטיים אלה למנוע פגיעה באנשים עניים בשל מצבם הכלכלי. משכך, אנו סבורים אומנם שאימוץ מנגנונים דומים לאלה הקיימים בדין האמריקני עשוי לשפר את המצב המשפטי הקיים בישראל, אולם מסקירת הביקורות שהועלו בארצות-הברית על השימוש במאסר חלף קנס ניכר כי אין די במנגנונים אלה לצורך הבטחת הגנה אפקטיבית על חייבים חסרי יכולת. על-כן, לשם הבטחת הסדרה הוגנת ויעילה בעת ובעונה אחת, נציע, כפי שיפורט בהמשך, לערוך רפורמה הכוללת כמה רכיבים, שבבסיסה ביטול מוסד המאסר חלף קנס ואימוץ מנגנון הקנס היומי המונהג במדינות אירופיות רבות, בשילוב מסוים עם הסדרים הקיימים ברוב מדינות אוסטרליה.

## 2. אוסטרליה: בין נטישת המוסד של מאסר חלף קנס לבין הקשחתו

הדין הפרלוי האוסטרלי מסמיך את המדינות להשתמש במאסר כסנקציה בגין אי-תשלום קנס פלילי.<sup>155</sup> אולם השימוש במאסר חלף קנס באוסטרליה נפוץ כיום בעיקר במדינת אוסטרליה המערבית; ביתר המדינות הוגבל השימוש בפרקטיקה זו במידה משמעותית או נזנח לחלוטין.<sup>156</sup> כך, למשל, על-אף האפשרות החוקית להטיל מאסר בשל אי-תשלום קנס במדינת New South Wales, תיקון חקיקה משנת 1996 קבע כי השימוש במאסר יהיה אך ורק אמצעי אחרון במקרים של אי-ציות לצו שירות לציבור שניתן כחלופה לתשלום הקנס.<sup>157</sup> למן אותו תיקון חקיקתי לא נאסר איש בשל אי-תשלום קנס מתוקף הסמכות המעוגנת בסעיף זה.<sup>158</sup> בהקשר זה יצוין כי לפני תיקון החקיקה, בדומה למצב השורר כיום בישראל, נקבע כי יש לבסס את גובה הקנס על יכולתו הכלכלית של הנאשם,<sup>159</sup> אולם קיומה של הוראה זו כשלעצמה לא סיפק בטוחה הולמת להגנה על נידונים חסרי יכולת כלכלית. באופן דומה, במדינת אוסטרליה הדרומית הנתונים מראים כי בשנים האחרונות נזנחה פרקטיקת המאסר חלף קנס לחלוטין,<sup>160</sup> על-אף קיומה של אפשרות חוקית להשתמש במאסר

*Thompson v. Dekalb County*, ACLU (Mar. 29, 2015), <https://www.aclu.org/cases/thompson-v-dekalb-county?redirect=criminal-law-reform-racial-justice/thompson-v-dekalb-county> 153

*Kennedy v. City of Biloxi*, ACLU (Sep. 27, 2016), <https://www.aclu.org/cases/kennedy-v-city-biloxi> 154

Crimes Act 1914, sect. 15A 155

Fitzgerald, לעיל ה"ש 97, בעמ' 154. 156

ראו ס' 125 ל-Fines Act 1996 No 99, שכותרתו "Abolition of imprisonment as primary enforcement action for fine default" 157

Fitzgerald, לעיל ה"ש 97, בעמ' 154. 158

R v Rahme (1989) A Crim R 81 159

Fitzgerald, לעיל ה"ש 97, בעמ' 155. 160

במקרים של אי-ציות לצו שירות לציבור שניתן להטיל במקרים של אי-תשלום קנסות.<sup>161</sup> כמו-כן, בשנת 2014 התקבל במדינת ויקטוריה תיקון חקיקה<sup>162</sup> שהרחיב את ארגז הכלים לגביית קנסות (לדוגמה, באמצעות הטלת סנקציות עקיפות על חידוש רשיון רכב ועוד), תוך קביעת מאסר כסנקציה חריגה שניתן לעשות בה שימוש רק באישורו ובפיקוחו של בית-המשפט וכמוצא אחרון בלבד.<sup>163</sup>

מדינת אוסטרליה המערבית היא כאמור המדינה היחידה כיום באוסטרליה המשתמשת כעניין שבשגרה בסנקציית המאסר בשל אי-תשלום קנסות.<sup>164</sup> על-פי הדין באוסטרליה המערבית, השתת קנס מקנה לחייב תקופה של עשרים ושמונה ימים לתשלום,<sup>165</sup> אך ניתן לפנות לרשות הרלוונטית בבקשה לדחות את תשלום הקנס או לפרוס אותו. חייב שאינו נושא בתשלום הקנס חשוף להטלת צו עבודה לתועלת הציבור.<sup>166</sup> אי-מילוי אחר הוראות צו העבודה מאפשר לרשות להוציא פקודת מאסר לתקופה המחושבת לפי מפתח של 250 דולר ליום מאסר.<sup>167</sup> יש לשים לב שהסמכות להטלתם של צווי העבודה וצווי המאסר מופקדת בידי הרשות עצמה, ואינה מצריכה את אישורו של בית-המשפט.

החל בשנת 2009 חלה עלייה ניכרת במספר המאסרים חלף קנסות באוסטרליה המערבית, בעקבות הקשחת מדיניות האכיפה, בפרט בנוגע להוצאת פקודת מאסר בשל אי-מילוי אחר הוראות צווי העבודה לתועלת הציבור.<sup>168</sup> מחקרים שנערכו בעקבות העלייה בהיקף המאסרים במקום קנסות הצביעו על פגיעה לא-פרופורציונלית באוכלוסיית האנשים העניים ככלל ובקבוצות כגון נשים ואבוריג'ינים בפרט.<sup>169</sup> זאת ועוד, נמתחה ביקורת על מדיניות המאסר חלף קנס, שכרוכה בעלויות גבוהות לעומת עלויות הפיקוח על עבודה בקהילה, ונטען כי מדיניות המאסרים אינה מצליחה לייצר הרתעה בקרב החייבים, שכן שיעורי אי-התשלום –

161 ראו ס' 71 ל-Criminal Law (Sentencing) Act 1988 (SA).

162 Fines Reform Act 2014 (Vic).

163 שם, פרק 14 לחוק.

164 לסקירה מקיפה של החקיקה בנושא מאסר חלף קנס באוסטרליה המערבית ראו Fitzgerald, לעיל ה"ש 97.

165 ס' 45 ל-Fines, Penalties and Infringement Notices Enforcement Act 1994 (WA).

166 שם, ס' 47.

167 שם, ס' 53. הסעיף קובע כי תקופת המאסר תהיה הקצרה מבין השניים הבאים: (1) סכום הקנס חלקי יחידת הקנס היומית; (2) תקופת המאסר המרבית שניתן לשאת בגין העברה. לעניין חישוב יחידת הקנס היומית לפי מפתח של 250 דולר ראו Fitzgerald, לעיל ה"ש 97, בעמ' 135.

168 כך, למשל, בשנת 2008 נכלאו באוסטרליה המערבית 194 אנשים בגין אי-תשלום קנס, ואילו למן שנת 2009 נכלאים מדי שנה יותר מ-1,000 אנשים בשל אי-תשלום קנס. עם זאת, יצוין כי תקופות המאסר הנישאות בפועל בגין אי-תשלום קנס הן תקופות קצרות – כ-80% מהמקרים בשנים 2006-2015 לא עלתה תקופת המאסר על שבוע ימים, וכ-22% מהמקרים שוחררו החייבים תוך 48 שעות. ראו OFFICE OF THE INSPECTOR OF CUSTODIAL SERVICES, FINE DEFAULTERS IN WESTERN AUSTRALIA LABOR PARTY, לעיל ה"ש 97, בעמ' 10.

169 ABORIGINAL LEGAL SERVICE OF WESTERN AUSTRALIA, לעיל ה"ש 97; Fitzgerald, לעיל ה"ש 97.

וכנגזרת מכך גם שיעורי הכליאה בשל אי־תשלום קנסות – לא פחתו בעקבות הקשחת מדיניות הכליאה.<sup>170</sup>

### 3. אירופה: קשירה בין יכולת כלכלית לבין גובה הקנסות – מנגנון הקנס היומי

הסדר שונה בתכלית מהקנסות הפליליים הסטנדרטיים הנהוגים עד היום בשיטות משפט שונות, לרבות שיטות המשפט הישראלית והאמריקנית, הוא מנגנון הקנס היומי, הנפוץ במדינות אירופיות רבות. קנס יומי הוא קנס פלילי שבית־המשפט מטיל בגין ביצוע עברה מסוימת, והוא נקבע לכתחילה כפונקציה של מצבו הכלכלי של הנאשם שיישא בקנס (יחידת הקנס) וכן של חומרת העברה (ימי הקנס). הרעיון המרכזי העומד מאחורי השימוש בקנס יומי הוא ליצור מנגנון ענישה מוניטרי שוויוני במובנו המהותי, כלומר, להתאים באופן יחסי את סכום הקנס למצבו החברתי־הכלכלי של הנאשם, כך שהנטל הכלכלי שיישאו בו נאשמים שהורשעו בעברות בעלות חומרה זהה יהיה שווה מבחינת המשקל שיש לו על הכנסתם.<sup>171</sup> נוסף על כך, השימוש בקנס יומי נועד לשפר מלכתחילה את הסיכוי לתשלום החובות ולמזער את השימוש בסנקציית המאסר כחלופה לתשלום קנסות. זאת, בצד שיקולי יעילות כלכלית שנובעים מעלויות תפעול נמוכות ומחיסכון בעלויות מאסר.

קביעתו של קנס יומי מורכבת משני שלבים: ראשית, בית־המשפט קובע את מספר "יחידות הקנס" או "ימי הקנס" (fine units) בהתאם לחומרת העברה, לנסיבות ביצועה ולעברו של הנאשם, ובכפוף למגבלת ימי הקנס הקבועה בדינה של כל מדינה ומדינה; שנית, בית־המשפט אומד את מצבו הכלכלי של הנאשם, ועל־סמך אומדן זה קובע את ערכה הפיננסי של "יחידת הקנס היומית". בחלק מהמדינות אופן חישובה של יחידת הקנס היומית מוגדר מראש בחקיקה על־ידי נוסחה, שאליה מוזנים נתונים בדבר מצבו הכלכלי של הנאשם. הקנס הכולל הוא למעשה תוצר של הכפלת ערכה של יחידת הקנס היומית (שנקבע בהתבסס על מצבו הכלכלי של הנאשם) במספר ימי הקנס (שנקבע בהתבסס על חומרת העברה והעונש המתאים לנאשם). כך, למשל, בפיןלנד נקבע בחקיקה כי מספר ימי הקנס שניתן להטיל על נאשם יהיה בין 1 ל־120 ימים.<sup>172</sup> כן נקבע שם כי יחידת הקנס היומית תהא שווה ל־1/60 מממוצע משכורתו של הנאשם בניכוי מיסים וסכום קבוע של הוצאות מחיה בסיסיות.<sup>173</sup> לדוגמה, נניח כי נאשמים א־ב עברו עברה זהה בנסיבות דומות, וכי שניהם נעדי עבר פלילי קודם. עוד נניח כי ממוצע ימי הקנס המוטלים בגין אותה עברה הוא 90 ימים. כעת נניח כי א־ב נבדלים בהכנסתם: א משתכר 3,000 אירו בחודש בממוצע, ואילו ב משתכר 9,000 אירו בחודש בממוצע (לשם הפשטות נניח כי מדובר בסכום לאחר ניכוי מיסים וסכום

170 WESTERN AUSTRALIA LABOR PARTY, לעיל ה"ש 97, בעמ' 4 ו־10.

171 הרעיון לבסס את מדיניות הענישה המוניטרית על יכולתו הכלכלית של הנאשם הופיע כבר בכתביהם של פילוסופים דוגמת מונטסקייה וג'רמי בנתם. ראו Elena Kantorowicz-Reznichenko,

*Day Fines: Reviving the Idea and Reversing the (Costly) Punitive Trend*, 55 AM. CRIM.

L. REV. 333, 337 (2018)

172 Criminal Code of Finland, ch. 2(a), sect. 1(1)

173 Criminal Code of Finland, ch. 2(a), sect. 2(2)

קבוע של הוצאות מחיה). מכאן יוצא כי הקנס שיש להטיל על א הוא 4,500 אירו, ואילו על ב יש להטיל קנס של 13,500 אירו בגין אותה עברה, כך שהנטל הכלכלי היחסי שיוטל על כל אחד מהנאשמים יהיה שווה.

להבדיל מהמודל הפיני, בגרמניה לא נקבעה נוסחה אריתמטית לחישוב יחידת הקנס היומית, אם כי נקבע סטנדרט גמיש יותר שלפיו בית-המשפט יסמוך את אומדנו, ככלל, על שכרו היומי של הנאשם.<sup>174</sup> כמו-כן, סכום יחידת הקנס היומית הוגבל ל-30,000 אירו.<sup>175</sup> עוד נקבע כי מספר ימי הקנס ינוע בין 5 ל-360 ימים.<sup>176</sup> אי-קביעתה של נוסחה קשיחה שמבוססת על שכרו של הנאשם לחישוב יחידת הקנס היומית מאפשרת התחשבות בפרמטרים נוספים מלבד הכנסתו של הנאשם, כגון שווי נכסיו או הכנסותיו העקיפות, שכן לעיתים ממוצע השכר החדשי אינו משקף את עושרו בפועל של הנאשם. על-אף השוני היחסי ביניהם, הן המודל הפיני הן המודל הגרמני מבוססים על הרעיון של שימוש בקנסות המותאמים באופן יחסי להכנסתו או לעושרו של הנאשם.

פינלנד הייתה המדינה הראשונה שאימצה את מנגנון הקנס היומי, והיא החלה להשתמש בו כבר בשנת 1921. בעקבות זאת אימצו שוודיה ודנמרק מנגנונים דומים בשנים 1931 ו-1933, בהתאמה.<sup>177</sup> עשורים מספר לאחר-מכן אימצה גם גרמניה את מנגנון הקנס היומי, במסגרת רפורמה כוללת שערכה בתחום הפלילי בשנת 1975, וקבעה את הקנס היומי כבררת-מחדל חלף שליחת נאשמים למאסרים קצרים (עד שישה חודשי מאסר), למעט במקרים חריגים.<sup>178</sup> עם השנים הצטרפו למודל הקנס היומי מדינות נוספות, כגון צרפת בשנת 1983, שווייץ בשנת 2007, צ'כיה בשנת 2009 ועוד.<sup>179</sup> יש לשוב ולציין כי במדינות אלה הקנס מהווה את צורת הענישה המרכזית בגין עברות פליליות, בעוד מאסר מוטל על נאשמים בפחות מ-10% מהתיקים הפליליים, ונשמר למקרים חמורים המצריכים גינוי חברתי ומוסרי עמוק, שאינו בא לידי ביטוי בקנס.

יצוין כי בכל המדינות שבהן אומצה השיטה של קנס יומי, אי-תשלום הקנס עלול להוביל למאסרו של החייב, אולם ניתן ככלל להמיר מאסר זה בעבודות שירות. עם זאת, חלופת המאסר במנגנון הקנס היומי שונה מהמאסר חלף קנס בשיטת קנס כללית, דוגמת זו הנוהגת בישראל, בשני מישורים עיקריים. ראשית, חישובו של הקנס היומי על-סמך יכולתו הכלכלית של הנאשם ממזער מלכתחילה מצבים שבהם הנאשם אינו מסוגל לשאת בתשלום הקנס. כך, למשל, מחקר-חלוץ שנערך במחוז פולק במדינת איווה שבארצות-הברית לימד כי בעקבות

174 German Criminal Code, sect. 40

175 ש.ם.

176 ש.ם.

177 לכתובה מוקדמת העומדת על מנגנון הקנס היומי בשוודיה ראו Hans Thornstedt, *The Day-Fine System in Sweden*, 1975 CRIM. L. REV. 307, 307

178 יצוין כי עיגונה של הוראה זו בחוק הגרמני, המסיטה את הענישה ממאסר לקנס כאשר מדובר במאסר לתקופה קצרה, עולה בקנה אחד עם ההמלצות המופיעות ברוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 12, שלפיהן יש להפחית את השימוש במאסרים קצרים הפחותים משנה.

179 לרשימת המדינות המחילות קנס יומי ראו Kantorowicz-Reznichenko, לעיל ה"ש 171, בעמ' 340. להרחבה בנושא הקנס היומי בצרפת ראו Héléne Bioy, *Le Jour-Amende En Droit Pénal Français* (Ph.D. Thesis, University of Bordeaux, 2014)



אימוצה של שיטת הקנס היומי עלה שיעור הקנסות ששולמו במלואם מ-32% ל-72%, שיעור הנאשמים ששילמו לפחות חלק מסכום הקנס שהוטל עליהם עלה מ-45% ל-85%, וסך כל הסכומים שנגבו מתשלום קנסות עלה ביותר מ-80%.<sup>180</sup> כתוצאה מהעלייה בשיעורי הגבייה במדינות שאימצו את מנגנון הקנס היומי, האמצעי של מאסר חלף קנס מופעל בהן בשיעור זעום. מהנתונים הקיימים עולה כי בשנת 2013 עמד מספר המאסרים בשל אי-תשלום קנס בפינלנד על 48 מאסרים בלבד; בדנמרק – על מאסר אחד ויחיד; ובשוודיה לא נעשה כל שימוש במאסר חלף קנס באותה שנה.<sup>181</sup> נוסף על כך, בכל המדינות שבהן אומץ קנס יומי נקבע גם מפתח המרה אחיד וברור בין ימי הקנס לימי המאסר. בפינלנד, למשל, נקבע כי שלושה ימי קנס יומי שקולים ליום מאסר אחד.<sup>182</sup> מכאן ששיטה זו אף מונעת מראש פגיעה בשוויון בין נאשמים במישור של קביעת מספר ימי המאסר שיוטלו בגין אי-תשלום הקנס, שכן ימי המאסר שיש להשית מחושבים באופן אחיד לגבי כלל האוכלוסייה בהתאם לימי הקנס היומי שנקבעו בכל מקרה ומקרה.

### ה. הצעה לרפורמה: קביעת קנס מותאם-יכולת, ביטול המאסר חלף קנס ואימוץ דרכי אכיפה מידתיות

הבחינה הביקורתית של תכליות המאסר חלף קנס והפנייה למשפט המשווה מלמדות לגישתנו, ראשית, כי אין ראייה לכך שהשימוש בכלי זה נדרש לצורך גביית הקנסות; שנית, כי הוא אינו מגשים הלכה למעשה את תכליות הענישה; ושלישית, כי הוא פוגע באופן לא-שוויוני בנאשמים חסרי יכולת כלכלית. נוסף על כך מדובר באמצעי אכיפה יקר ובזבזני הן מבחינת עלותו הכלכלית הן מבחינת עלותו החברתית, והשימוש בו עומד בניגוד למגמות המקודמות בשנים האחרונות במשפט הפלילי הישראלי, המבקשות לצמצם ככל האפשר את השימוש בעונשי מאסר.<sup>183</sup>

לנוכח זאת, ובהשראת ההסדרים השונים העולים מן המשפט המשווה, נציע בפרק זה לערוך רפורמה כוללת בתחום הטלת הקנסות וגבייתם, ובתוך כך נקרא לביטולו של מוסד המאסר חלף קנס. ההסדר החלופי המוצע, כפי שיורחב להלן, נחלק למעשה לשני הסדרים משנה: האחד, אימוץ מנגנון הקנס היומי, שעניינו באופן הטלת הקנס מלכתחילה והתאמתו ליכולתו הכלכלית של הנאשם; והאחר, ביטול מוסד המאסר חלף קנס והחלפתו בהפעלה מידתית של מערך הגבייה, אשר ישודרג ויכלול אפשרות להמיר את הקנס בצו שירות לתועלת הציבור, כאמצעי אחרון.

180 Kantorowicz-Reznichenko, לעיל ה"ש 171, בעמ' 346.

181 RAGNAR KRISTOFFERSEN, CORRECTIONAL STATISTICS OF DENMARK, FINLAND, ICELAND, NORWAY AND SWEDEN 2009–2013, 21–24 (Correctional Service of Norway Staff Academy, 2014).

182 Criminal Code of Finland, ch. 2(a), sect. 5(1).

183 ראו דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 12, וכן החלטת ממשלה 1840 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל", לעיל ה"ש 12. לסקירת-על של המגמות במשפט הפלילי הישראלי בעשור האחרון ראו גם חגית לרנאו ואיילת עוז "מערכת האכיפה הפלילית בישראל בעשור האחרון – האם ניתן לחוש ברוחות של שינוי?" הסניגור 247, 4 (2017).

אף שעיקרו של מאמר זה עוסק בשימוש באמצעי הכפייה של מאסר חלף קנס, רפורמה מלאה המבקשת להתמודד עם כלל הקשיים המאפיינים את השימוש במאסר חלף קנס מוטב שתכלול התייחסות גם לבעיה ה"מקורית", שהיא הטלת קנסות שאינם תואמים את יכולתם הכלכלית של הנאשמים (ולכן מובילים להפליה אינהרנטית בין נאשמים עניים לנאשמים עשירים).

בהקשר זה אנו סבורים כי אימוץ מנגנון הקנס היומי יוביל לצמצום הרגרסיביות של עונש הקנס, הפוגע באופן קשה יותר בנאשם עני מאשר בנאשם עשיר, וזאת אף לכתחילה וללא קשר לשאלת הפעלתה של הענישה החלופית לקנס. המעבר לשיטת הקנס היומי יוביל, כאמור לעיל, להטלת קנסות שפגיעתם בחירות ובאוטונומיה של נאשמים שונים היא וזהה, משום שהיא מותאמת למצבו הכלכלי של כל אחד מהנאשמים. השימוש בקנס היומי מאפשר לכמת באופן מיטבי את הסבל והנזק המגולמים בענישה ולהגשים את עקרון ההלימה באמצעות קביעת הקנס בהתאם ליכולתו הפרטנית של הנאשם. מלבד הגשמתו של עקרון ההלימה באופן שוויוני במובן המהותי, כך שהמחיר שאותו ייאצו נאשמים זהים לשלם ייצור הכבדה וזהה בהתאם ליכולתם הכלכלית, אימוצו של מנגנון הקנס היומי יוביל להגשמת התכלית ההרתעתית של הקנס גם כאשר מדובר בנאשם בעל ממון, אשר כיום נהנה למעשה מיתרון כלכלי משמעותי שמאפשר לו לרוקן את תכליות הקנס מתוכנו, שכן הטלתו, כדברי השופט עמית בעניין אזולאי, "אינה מהווה נטל כבד ומאיינת את האפקט העונשי וההרתעתי"<sup>184</sup>.

משכך אנו סבורים כי ראוי לאמץ את מנגנון הקנס היומי גם בנפרד מן הדיון במאסר חלף קנס. הבעייתיות הטמונה במוסד המאסר חלף קנס, שצפויה להצטמצם במידה משמעותית בעקבות עצם אימוצו של מנגנון משוכלל של התאמת הקנסות ליכולת הכלכלית, מעניקה משנה חיוזק להצדקות לאימוצה של שיטת הקנס היומי. אימוץ מנגנון זה יש בו כדי לספק מענה מבני שיצמצם את הפער בין "המשפט עלי ספר" ל"משפט בפעולה", באופן שיבטיח השתתפות קנס בהתאם ליכולת הכלכלית של הנאשם כבר בשלב גזירת הדין, שכן הוא אינו תלוי בתמריצים הפרטניים של הצדדים בשלב זה (אשר מובילים, כפי שהראינו, למתן תשומת-לב מועטה בלבד לרכיב הקנס, בשל ההתמקדות בעונשים אחרים, ובראשם עונש המאסר). אימוץ הקנס היומי יפחית את החשש שנאשמים לא יצליחו לעמוד בנטל הכלכלי שהושת עליהם מלכתחילה.

יתרון משמעותי נוסף של מנגנון הקנס היומי טמון באפשרות של הפיכת הקנס לעונש העיקרי במערכת המשפט הפלילי וצמצום השימוש במאסרים ככלל ובמאסרים קצרים בפרט, כפי שנהוג במדינות אירופיות רבות וברוח ההמלצות של דוח ועדת דורנר והמגמה המסתמנת בהתפתחות המשפט הפלילי הישראלי.

לצד היתרונות הערכיים וקידומה של ענישה המתחשבת באופן יסודי במאפייניו הכלכליים הפרטניים של הנאשם, יש לזכור כי צמצום השימוש במאסרים יתבטא גם ביתרון כלכלי משמעותי כפועל יוצא מההיסכון של עלויות הכליאה הגבוהות. כמו-כן, חישוב הקנסות על בסיס שיטת הקנס היומי צפוי גם הוא להניב יתרון כלכלי בדמות עלייה בשיעורי גביית הקנסות וירידה משמעותית במקרים שבהם תופעל נגד נאשמים ענישה חלופית לאחור שלא

184 עניין אזולאי, לעיל ה"ש 7, פס' 47 לפסק-דינו של השופט עמית.

יכלו לעמוד בהם. לא במקרה, כאמור, השימוש במאסר חלף קנס במדינות שבהן אומצה שיטת הקנס היומי הוא זעום.<sup>185</sup>

לצד אימוצו של מנגנון הקנס היומי, וגם אם לא יאומץ מנגנון זה בישראל, אנו סבורים כי בשלה העת להורות על ביטולו של מוסד המאסר חלף קנס. לעמדתנו, המסקנה המתבקשת מן הניתוח שערכנו היא כי מוסד המאסר חלף קנס מהווה רכיב מסורתי שהורש לדין הישראלי מן הדין המנדטורי אשר הגיעה העת להיפרד ממנו – הן משיקולים ערכיים שעניינם מניעת פגיעה מיותרת ולא־מידתית בחירות והבטחת שוויון בין נאשמים עניים לעשירים,<sup>186</sup> והן משיקולי יעילות שעניינם בעלויות הגבוהות של המאסר ושל הבירוקרטיה הנלווית להפעלת מאסר חלף קנס לעומת התועלת הבלתי־מבוססת הנובעת מהגברת הגבייה לכאורה. הבחירה בביטולו של מוסד המאסר חלף קנס ובהמרתו בהסדר חלופי, כפי שיפורט להלן, משלבת לטעמנו באופן מיטבי בין מכלול ההסדרים הקיימים במשפט המשווה, ומהווה קביעה ערכית חשובה שלפיה השימוש במאסר כאמצעי גבייה של קנסות אינו ראוי.

נוסף על ביטול המאסר חלף קנס, הרפורמה המוצעת במישור ההפעלה המידתית של מערך הגבייה כוללת שני רכיבים מרכזיים: חובת מיצוי הליכי גבייה מידתיים יותר לפני הפעלת ענישה חלופית, וקביעת ענישה חלופית של צו שירות לתועלת הציבור מקום שהקנס לא שולם.

הרכיב הראשון הוא חובת מיצוי הליכי גבייה מידתיים יותר, המנויים כיום בחוק המרכז לגביית קנסות. לטעמנו, העובדה שניתן כיום בחלק מן המקרים להפעיל נגד נאשם מאסר חלף קנס גם כאשר אי־אפשר לנקוט בעניינו סנקציות לפי חוק המרכז לגביית קנסות, וכן המשקל המוגבל ביותר שניתן כיום במסגרת הנוהל של המרכז<sup>187</sup> לחובה להפעיל אמצעי אכיפה חלופיים (כך בכלל וכך בפרט באשר לאסירים ולעצורים), אינם מתקבלים על הדעת. לגישתנו, יש לקבוע במפורש בחוק כי לפני פנייה לענישה חלופית, וככל שיש לנאשם יכולת כלכלית לשלם את הקנס, יש לנקוט כלפיו, ראשית לכול, את הסנקציות המידתיות יותר הקבועות בחוק המרכז לגביית קנסות, כגון הגבלת שימוש בכרטיס חיוב או הגבלת שימוש ברשיון נהיגה.

רק ככל שאין לנאשם יכולת כלכלית לשלם את הקנס,<sup>188</sup> או אם נקיטת הסנקציות המידתיות יותר לא הובילה לתשלום הקנס, יש לפעול להפעלת ענישה חלופית. בהשראה מהדין האוסטרלי, ענישה חלופית זו תהיה ברמות צו שירות לתועלת הציבור, אשר יוכל

185 ראו תת־פרק 31 לעיל וההפניות שם.

186 נכונים לעניין זה דבריו של השר פנחס רוזן, שהובאו בפתח המאמר, בדבר הקושי של מערכת המשפט לוותר על אמצעים דרקוניים שבידה מתוך חשש לאיבוד שליטה, ובדבר הצורך של מערכת משפט מודרנית להתגבר על נטייה זו ולבטל כלים אכיפתיים אלה שפגיעתם גדולה מתרומתם.

187 ראו לעיל ה"ש 47.

188 אם תאומץ שיטת הקנס היומי, כהמלצתנו, המקרה של חוסר יכולת לעמוד בתשלום הקנס אמור להיות חריג שבחריגים. אולם גם אם תיוותר על כנה שיטת חישוב הקנס הקיימת, אין היגיון להפעיל סנקציות כלכליות נגד אדם שאין ביכולתו לעמוד כלל בתשלום הקנס, ובמקרה כזה יהיה נכון לפנות ישירות לשלב הענישה החלופית.

להיות מוטל על-ידי המרכז לגביית קנסות עצמו.<sup>189</sup> המרה של עונש קנס בעונש של שירות לתועלת הציבור מגשימה באופן ראוי, רציונלי ומידתי את "הענישה האקוויוולנטית". יצוין כי ככל שתאומץ שיטת הקנס היומי, ממילא יחושב לכתחילה היחס שבין "ימי העבודה" לבין גובה הקנס, כך שיהיה אפשר להתבסס על יחס זה גם בגזירת ימי השירות לתועלת הציבור במקרה שהקנס לא ישולם. ככל שלא תאומץ שיטה זו, יהיה אפשר לקבוע בחקיקה יחס ראוי בין גובה הקנס שנגזר בפסק-הדין לבין מספר ימי העבודה לתועלת הציבור שיש להשית בגינו.

נציין כי אנו קוראים לשמירה על רכיב של ענישה חלופית לקנס, על-אף הביקורת שהעלינו בהקשר זה, משני טעמים עיקריים. ראשית, אף שלגישתנו אי-אפשר כאמור לתמוך אמפירית בתועלת האכיפתית של מאסר חלף קנס, ובוודאי לא ביעילות הכלכלית של שימוש בו כאמצעי אכיפה, קשה לחלוק על העובדה שמדובר במנגנון ותיק שמערכת האכיפה כולה רגילה להסתמך ולהתבסס עליו. אשר על-כן יש חשש שביטולו של מוסד המאסר חלף קנס יוביל לעלייה בהטלת עונשי מאסר או עונשים אחרים על נאשמים חסרי אמצעים, מתוך חשש של בתי-המשפט שהטלת הקנס לא תיאכף באופן אפקטיבי. חשש זה, וחוסר האמון ביכולת האכיפה של עונש הקנס, עלולים כאמור להתור תחת השימוש בעונש זה, ובאופן פרדוקסלי להחמיר את הפגיעה בחירות ובשוויון אף מעבר למצב כיום. אם כן, קביעתה של חלופה עונשית היא עדיין מרכיב הכרחי בעינינו להבטחת קיומם של קנסות פליליים כעונשים בני-קיימא. שנית, אנו סבורים כי אחת הסיבות החזקות לכוחו של מוסד המאסר חלף קנס היא שהוא יוצר פתרון חד וברור במקרה שבו האדם לא עמד בתשלום הקנס. חלופה זו היא המבטיחה – לאנשי מערכת אכיפת החוק כמו-גם לציבור הרחב – שלא יהיה מצב שבו העונש שיוטל על אדם לא יקום והאדם יצא פטור מעונש. אשר על-כן אנו מקבלים את הטענה כי רכיב מרכזי בכל מנגנון חלופי למאסר חלף קנס חייב לכלול ענישה חלופית כלשהי שניתן להפעילה כחלופה מקום שעונש הקנס לא שולם. אנו ערים לכך שחלק מן הטענות החלוקתיות שהעלינו תקפות גם במקרה זה, אולם לעמדתנו עוצמתן נחלשת ככל שהענישה החלופית מתונה יותר, וממילא הפגיעה המוצעת על-ידינו קטנה במידה משמעותית מזו הקיימת כיום בדין הנהוג ובמציאות.

הרכיב האחרון ברפורמה המוצעת, ולמעשה השריד האחרון של מאסר חלף קנס שיוותר בדין הפלילי, מתייחס למקרים הקיצוניים שבהם חרף מיצוי אמצעי הגבייה ועל-אף הטלת צו שירות לתועלת הציבור, לא ימלא הנאשם אחר הוראות הצו. במקרה כזה תוסמך הרשות לפנות לבית-המשפט לשם ביטול צו השירות וגזירת העונש מחדש לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט, באופן שעולה בקנה אחד עם הקונסטרוקציה הקיימת כבר כיום בסעיף 771 לחוק העונשין, העוסק במקרים שבהם הוטל על נאשם עונש של צו שירות לתועלת הציבור

189 מובן כי שינוי מסוג זה מחייב שינוי בחקיקה, וכי הפעלת סמכות זו תהיה כפופה לביקורת שיפוטית על-פי העילות המנהליות. נציין כי לשיטתנו, מכיוון שממילא ההחלטה שקביעת מאסר חלף קנס והפעלתו ייעשו בקביעה שיפוטית לא הובילה ליצירת הגנה אפקטיבית כלשהי מפני שימוש לא-ראוי במאסר חלף קנס, ולנוכח הקשיים המבניים בקיום דיון מלא וממצה בסוגיה של ענישה חלופית במקום תשלום הקנס במסגרת גזר-הדין, שעליהם עמדנו לעיל, אין אנו רואים עדיפות לקביעה שיפוטית בהקשר זה, אלא דווקא לקביעה מנהלית, המבוססת על חובת הרשות לאסוף את כל הנתונים הנדרשים להכרעה בהתאם לכללי המשפט המנהלי.

והוא הפר את הצו. במקרים כאלה בית-המשפט רשאי לבטל את צו השירות ולגזור על הנאשם עונש על העברה המקורית שבגינה הוטל עליו צו השירות. בהקבלה, במקרה שבו יפר נאשם את צו השירות לתועלת הציבור שהופעל בעניינו בשל אי-תשלום קנס שהוטל עליו, ישוב התיק לבית-המשפט, אשר יוכל לגזור מחדש את דינו של הנאשם תוך התחשבות בכלל הנסיבות, ובכלל זה במצבו הכלכלי, בתום-ליבו ובעונשים האחרים שהוטלו עליו. במקרים חריגים אלה איננו סבורים כי קיימת מניעה אפריורית שבית-המשפט יוכל לגזור עונש מאסר על הנאשם,<sup>190</sup> שכן במסגרת זו תינתן לנאשם האפשרות להשיע את טענותיו, וניתן להניח כי לפני בית-המשפט יעמדו כלל השיקולים הרלוונטיים לקביעה מושכלת של הענישה החלופית שראוי להטיל על הנידון הספציפי. מצב זה שונה באופן אינהרנטי מעונש המאסר חלף קנס הקבוע כיום, אשר נקבע לרוב כבר בעת גזירת הדין, ללא דיון והנמקה ממצים, ומופעל לא פעם ללא מיצוי של הליך הגבייה.

כאן המקום לציין כי אומנם אנו סבורים כי מן הראוי לאמץ את שני הסדר-המשנה בד בבד, אולם לצורך התמודדות עם הבעיות הטמונות במוסד המאסר חלף קנס ניתן גם לאמץ, בשלב הראשון, את הסדר-המשנה השני, שעניינו ביטול המאסר חלף קנס והפעלה מידתית של מערך הגבייה, ללא תלות באימוץ מנגנון הקנס היומי. עם זאת, יודגש כי אף שמצב זה אפשרי, הוא אינו רצוי, לגישתנו, שכן מלבד היתרונות המבניים של מנגנון הקנס היומי, שלגישתנו מספקים מענה הולם לבעיית-השורש של הטלת קנסות שאינם מותאמים לנאשם מבחינה כלכלית, אימוץ שיטת הקנס היומי גם יפשט וייעל ככלל את הליך הגבייה של קנסות פליליים. קביעת מנגנון קנס יומי המשקלל באופן יסודי את יכולתו הכלכלית של הנאשם תאפשר יצירת חזקה ניתנת לסתירה שלפיה לנאשם יש יכולת כלכלית לשלם את החוב, ומשכך היא תפתח פתח לשימוש בסנקציות החמורות יותר בחוק המרכז לגביית קנסות, אשר מותנות כאמור בהוכחת יכולת כלכלית לתשלום.<sup>191</sup> מנגנון זה ייצור אם כן הרמוניה חקיקתית בהפעלת הסמכויות. גם הנתונים האמפיריים – המלמדים כי רוב גדול מקרב מי שנושאים כיום מאסר חלף קנס הם נאשמים שנגזרו עליהם קנסות נמוכים יחסית, והם נושאים תקופות מאסר קצרות יחסית – מצביעים על כך שמילוי צו לתועלת הציבור יהווה חלופה ריאלי ומתאימה מקום שלא שולם הקנס.

בתמצית, אם כן, הרפורמה המוצעת מורכבת משני ראשים עיקריים ובלתי-תלויים: ראשית, אימוץ מנגנון הקנס היומי, שיקבע את הקנסות לאחר בדיקה יסודית של היכולת הכלכלית של הנאשם ובהתאם לתוצאותיה; שנית, ביטול מוסד המאסר חלף קנס ושכלול מנגנוני הגבייה כך שהרשות תוסמך להמיר את עונש הקנס, כמוצא אחרון, בצו שירות לתועלת הציבור. במקרים חריגים שבהם יוצא צו כאמור אך לא יקום, תהיה הדרך פתוחה לפני הרשות לפנות לבית-המשפט בבקשה לביטול הצו ולגזירת העונש מחדש.

190 במקרים אלה ניתן אף לאמץ נוסחת המרה בין ימי הקנס לימי מאסר, בדומה לדין בפנילנד, שם נקבע כי שלושה ימי קנס יומרו ביום מאסר אחד. עם זאת, אנו סבורים כי יש להשאיר נוסחה זו גמישה ולאפשר הפעלת שיקול-דעת שיפוטי מנימוקים שיירשמו.

191 ראו הוראות ס' 7א(ג) ו-7א(ה) לחוק המרכז לגביית קנסות.

הרפורמה המוצעת טעונה שינויי חקיקה, ואנו ממליצים כי אלה ייערכו בשלב הראשון במתכונת של הוראת-שעה, בדומה לשינוי החקיקה שהוביל לביטול מאסר החייבים,<sup>192</sup> על-מנת לאפשר איסוף נתונים והערכה מבוססת, מדודה ומושכלת של ההסדר החדש ובמטרה לשפר ולדייק, ככל שיהיה בכך צורך, את השינוי החקיקתי שייקבע בסופו של יום.<sup>193</sup> במסגרת זו נציע לקבוע חובת דיווח שנתית באשר למספר התיקים שהובילו להטלת קנסות פליליים; באשר למספר התיקים שנפתחו במרכז לגביית קנסות והסתיימו לאחר הפעלת אמצעי אכיפה שאינם המרת הקנס בצו לתועלת הציבור; באשר למספר הקנסות שהומרו בצו לתועלת הציבור; ובאשר למספר המקרים שבהם צווים כאמור לא קוימו והובילו לגזירה מחודשת של העונש. כמו-כן נציע כי ייאסף מידע בדבר סכום הקנסות שנגבה בהצלחה ושיעורו מכלל הקנסות שהוטלו. בשולי דברים אלה נציין כי בעובדה שאימוץ מלא של הרפורמה המוצעת מחייב שינויי חקיקה אין כדי למנוע את בית-המשפט מלחתור כבר כיום לפרשנות שתצמצם ואף תמנע את השימוש הקיים במאסר חלף קנס מכל הטעמים שמנינו במאמר, ותגביל את הטלתו כבר כיום למקרים חריגים בלבד.

## סיכום

במאמר זה ביקשנו להציג תמונה מקיפה – ראשונה מסוגה בכתיבה האקדמית – באשר למוסד המאסר חלף קנס בישראל. אולם עיקרו של המאמר מבחינתנו אינו בתרומתו לספרות המשפטית בישראל ובניתוח המשפטי שהוא מציע למוסד זה, אלא בקריאת הכיוון שהוא מציע לשינוי המדיניות הנוהגת באשר לשימוש במאסר לצורך גבייתם של קנסות פליליים. כפי שהראינו במאמר, השימוש במאסר ככלי נלווה לעונש הקנס מעורר קשיים משפטיים, חוקתיים, עיוניים ומעשיים. קשיים אלה עומדים בימים אלה במרכזו של דיון ציבורי ומשפטי ער במדינות אחרות, המוביל בהן לרפורמות ולחשיבה מחודשת בנושא. המאמר מבקש לעורר דיון ציבורי ומשפטי דומה גם בישראל. עמדתנו היא כי הניתוח הנורמטיבי, הערכי והחוקתי מחייב לקדם רפורמות משמעותיות במנגנון זה, ואנו מציעים לעשות זאת על-ידי אימוץ מנגנון הקנס היומי כשיטה חלופית לשיטת הטלת הקנסות הרגורסיבית, על-ידי קביעת החובה למצות אמצעים מידתיים יותר, ועל-ידי אימוץ השימוש בצו שירות לתועלת הציבור כחלופה לאי-תשלום קנסות, תוך ביטול האפשרות להטיל מאסר חלף קנס.

192 ביטול מאסר החייבים נקבע ראשית, בשנת 2008, בהוראת-שעה (ראו ס' 57 לחוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 29), התשס"ט-2008, ס"ח 42, 67). תיקון מס' 43 לחוק ההוצאה לפועל, שביטל באופן סופי את מאסר החייבים בגין חובות אזרחיים בהוצאה לפועל, התקבל שש שנים מאוחר יותר, בשנת 2014 (ראו חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 43), התשע"ד-2014, ס"ח 546).  
193 לדיון כללי ראו איתי בר-סימן טוב וגאיה הררי-הייט "שעתן היפה של הוראות-השעה? עלייתה של החקיקה הזמנית בישראל ועקרונות לטיובה" עיוני משפט מא 539 (2019).