

משלמים בחירותם: האם בשלה העת להורות על ביטולו של המאסר חלף הקנס?

רביע אגבריה* ואיילת עוז**

תקציר

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

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

מאמר זה יבקש להסיט את הזרקור הציבורי לפינה חשוכה זו בדין הישראלי, ולעורר את הדיון במוסד המאסר חלף הקנס ובהשפעתו על אנשים החיים בעוני בישראל. בחינה ביקורתית של מוסד המאסר חלף קנס ושל הדרך שבה הוא מופעל כיום בישראל, והתבוננות בשינויים שנערכו במנגנון זה במדינות שונות בעולם, מלמדת כי אין עוד מקום לקיים מוסד זה בצורתו הנוכחית – הן משיקולים ערכיים והן משיקולי יעילות – ובשלה העת לבטלו, כחלק מעריכת רפורמה משמעותית בכללים הנוגעים להטלת קנסות פליליים ודרכי גבייתם. המאמר מציע לאמץ בישראל את מנגנון הקנס היומי המונהג במדינות אירופאיות רבות, וכן להחליף את המאסר חלף הקנס בהפעלה מידתית של מערך אמצעי הגביה, שתורחב ותכלול צו לשירות הציבור, אשר ירוצה על ידי נאשם שלא עמד בתשלום הקנס שהוטל עליו. חלופה זו מהווה מענה הוגן ואפקטיבי לאתגרים שבאכיפת קנסות ותתרום לעידוד השימוש בקנסות כאמצעי ענישה, מבלי לשלם את מחיר הפגיעה הקשה בחירות ובשוויון הטמונה בשימוש במאסר חלף קנס.

תוכן

3.....	מבוא
4.....	א. הטלת והפעלת מאסר חלף קנס בישראל
4.....	א.1. על עונש הקנס
6.....	א.2. מנגנוני גביית הקנסות – המרכז לגביית קנסות והאפשרות להפעלת מאסר חלף קנס
7.....	א.3. הטלת והפעלת מאסר חלף קנס
12.....	א.4. ההיסטוריה החקיקתית של המאסר חלף קנס בישראל
.....	א.5. מאסר חלף קנס מינהלי..... שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת.
16.....	ב. מאפייני השימוש במאסר חלף קנס בישראל
18.....	ג. על תכליות ומיתוסים – האם אכן יש הצדקה לשימוש במאסר חלף קנס?
19.....	ג.1. ביקורת התכלית האכיפתית של המאסר חלף קנס
22.....	ג.2. ביקורת התכלית העונשית של המאסר חלף קנס
25.....	ג.3. הביקורת החלוקתית על הטלת מאסר חלף קנס
32.....	ד. מאסר חלף קנס במשפט המשווה
.....	ד.1. ארה"ב: ביקורת חוקתית על האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס במקרה של חוסר יכולת כלכלית לשלם
33.....
33.....	(א) מאסר בשל אי תשלום חיובים כספיים בהליך הפלילי בארה"ב
36.....	(ב) ביקורת על השימוש במאסר חלף קנס בארה"ב
38.....	ד.2. אוסטרליה: בין נטישת המאסר חלף קנס להקשחתו
40.....	ד.3. אירופה: קשירה בין יכולת כלכלית לגובה קנסות - מנגנון הקנס היומי
.....	ה. הצעה לרפורמה: קביעת קנס מותאם יכולת, ביטול המאסר חלף קנס ואימוץ דרכי אכיפה מידתיות
42.....
47.....	סיכום

”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 הבדוק והמנוסה, יהיה העולם הפקר, וביטולו של אותו אמצעי אכזרי הוא בבחינת גזירה שאין רוב הציבור יכולים לעמוד בה.”

(השר פנחס רוזן בעת הדיון בהצעת החוק לביטול מאסר החייבים, נובמבר 1957)¹

* עורך דין וסטודנט לתואר מוסמך במשפטים. שימש כעורך דין במחלקת תיקי בית המשפט העליון בסנגוריה הציבורית הארצית בשנים 2017 – 2018.

מבוא

הסמכות להטיל מאסר חלף קנס על נאשמים ולהפעילו מצויה בקרן-זוית 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 בגזר הדין, מוטלת תקופת מאסר חלף קנס שתרוצה ככל שהנאשם לא יישא בתשלום הקנס. הפסיקה הכירה בשתי תכליות משולבות – אכיפתית ועונשית – ככאלה העומדות מאחורי מוסד המאסר חלף קנס. בעוד שמטרת התכלית האכיפתית היא להניע את הנאשם לשלם את הקנס שהוטל עליו באמצעות איום השימוש במאסר, מטרת התכלית העונשית היא לוודא כי נאשם שאינו נושא בעונש שנגזר עליו, לא יחמוק מריצוי עונשו וייכפה עליו לשלם את חובו לחברה באמצעות ריצוי תקופת מאסר במקום הקנס.

הסיבה לאי תשלום קנס פלילי, ולפיכך להפעלתו של מאסר חלף קנס, עלולה להיות נעוצה הן בהיעדר יכולת כלכלית של הנאשם והן בבחירה חופשית לכאורה של הנאשם שלא לשלם את הקנס. על אף שבית המשפט העליון דן בפסיקתו בשנים האחרונות בהליך שבו יש לנקוט בטרם הפעלת מאסר חלף קנס, המשמעות של הטלת והפעלת מאסר חלף קנס במסגרת ההליך הפלילי לא זכתה לתשומת הלב המתבקשת ולא לובנה באופן מלא עד היום על ידי בית המשפט העליון, הכתיבה האקדמית או קובעי המדיניות. מאמר זה יבקש 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, המאמר יראה כי מוסד המאסר חלף קנס נוטה לפגוע באופן לא פרופורציונאלי בנאשמים חסרי יכולת, להבדיל בנאשמים המשתמטים מרצון מתשלום הקנס, וכי מכל מקום קיימים שיקולים ערכיים ושיקולי יעילות כבדי משקל, המטים את הכף לעבר ביטולו של המאסר חלף קנס ונקיטת בדרכים חלופיות, גם ביחס לנאשמים שיש ביכולתם לשלם את הקנס והם ממאנים לעשות זאת.

המאמר יפרט בתחילה את הדין המסדיר את הטלתו של קנסות בישראל וכן את הדין המסדיר את הטלתו והפעלתו של המאסר חלף קנס. כן נציג בקצרה את המצב הנוהג מבחינת היקף השימוש בסמכות זו בישראל היום. 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, באופן המוביל בפועל להפעלתה של סמכות זו באופן בלתי פרופורציונלי כלפי נאשמים עניים. לאחר מכן, נפנה לסקור בקצרה את הדרך שבה נבחנת סוגיה זו במשפט המשווה. כפי שנראה, בשנים האחרונות גובר העיסוק הביקורתי בחיובים כספיים בהליכים פליליים בכלל ובתופעת המאסר חלף קנס בפרט במקומות רבים בעולם, כאשר קולות רבים קוראים לבחון מחדש הסדרים מקובלים לגביית קנסות ומדגישים את ההיבטים החוקתיים והחלוקתיים הקשים שמעוררים

** שימשה כמנהלת תחום המשפט המינהלי בסניגוריה הציבורית הארצית בשנים 2015-2018. הכותבים מבקשים להודות לרענן גלעדי, יעל כהן-רימר, מורן כרמון, תומר עינת, יפעת רווח וישי שרון על הערות לטיוטות קודמות של מאמר זה ולגיא זומר על הסיוע באיסוף המידע האמפירי במאמר. כן מסורה תודתנו לחברי מערכת "עיוני משפט" ולקורא האנונימי על הצעות והערות חשובות ששיפרו לאין ערוך מאמר זה. המאמר זכה בפרס הכתיבה על שם עו"ד מישל הלפרין ז"ל לעידוד כתיבה מקורית בזכויות האדם ועריכת דין חברתית לשנת 2018 מטעם הקתדרה לזכויות אדם ע"ש אמיל זולא במכללה למינהל.

¹ ד"כ 23 (תשי"ח) 261. כפי שמצוטט אצל רון חריס "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים" עיוני משפט כ(2) 1996, בעמ' 481 (להלן: חריס, מאסר חייבים).

הסדרים אלו. לאור כל אלה, נציע בפרק המסכם של המאמר רפורמה מפורטת לקביעת ואכיפת קנסות פליליים בישראל, הנשענת על התובנות שהועלו בפרקים הקודמים. תמציתה של הצעה זו היא אימוץ מנגנון הטלת קנסות חלופי במשפט הפלילי (הוא מנגנון הקנס היומי) שיבטיח התאמת הקנס המוטל בהליכים פליליים ליכולתו הכלכלית של האנשם; לצד זאת, נציע לקבוע חובה למיצוי דרכי אכיפה מידתיות יותר; ולבסוף, ביטול הסמכות להטלת מאסר חלף קנס והחלפתה בסמכות להמרת קנסות שלא שולמו בצו לתועלת הציבור.

א. הטלת והפעלת מאסר חלף קנס בישראל

1.1. על עונש הקנס

הקנס הוא אחד העונשים הנפוצים ביותר במערכת המשפט הפלילית. על כ-35% מן הנאשמים בבתי משפט השלום וכ-26% מן הנאשמים בבתי המשפט המחוזיים מוטלים קנסות כעונש יחיד או כעונש נלווה לרכיבי ענישה אחרים.² על אף מרכזיותם של הקנסות, הם זכו לדיון אקדמי מועט יחסית בישראל.³ מאמר זה מתמקד אמנם באמצעי הגביה של קנסות פליליים, ובהפעלת מאסר חלף קנס בפרט, אולם דומה כי עריכתו של דיון זה במנותק מההקשר הכולל את עונש הקנס כשלעצמו, מטרותיו ודרכי הטלתו – תחטא בחסר. על כן, נבקש לפתוח בהתייחסות קצרה למהותו ואופיו של עונש הקנס.

הקנס המוטל בהליכים פליליים נועד להגשים את מטרות הענישה. בכך, הקנס הפלילי שונה באופיו ובתכליותיו מהקנס האזרחי, שמטרתו העיקרית היא אכיפה.⁴ מתוך מטרות הענישה, מקובל לראות בעונש הקנס כמשרת, בראש ובראשונה, את התכליות הפנולוגיות של גמול והרתעה.⁵ הטלת קנס מהווה גמול בגין ביצוע העבירה במובן זה שהקנס מסמל מחיר אישי אותו נדרש מבצע העבירה לשלם לחברה בשל הפרת הנורמה החוקית, וכן מהווה פגיעה ביכולתו להגשים את חירותו האישית על דרך של הגבלת האפשרויות הכלכליות המצויות בידו. כמו כן, פגיעה ביכולתו הכלכלית של מבצע העבירה משרתת את התכלית ההרתעתית שבענישה על ידי הפיכת העבירה ללא משתלמת והגדלת תוחלת הנזק על פני התועלת הכלכלית, בפרט כאשר מדובר בעבירות כלכליות.⁶ עם זאת, קיימת מחלוקת באשר למידת יכולתו של הקנס לשרת תכליות של

² אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" 19 – 22 (2012). המחקר בחן מדגם מייצג של 1417 תיקים פליליים שנדונו בבית משפט השלום, ו-244 תיקים פליליים שנדונו בבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה.

³ Alex Harris and Frank Edwards, *Fines and Monetary Sanctions*, OXFORD RESEARCH ENCYCLOPEDIA OF CRIMINOLOGY (2017). 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** (תשס"ב-תשס"ג) 167 (להלן: עינת, **אכיפה של קנסות פליליים**), בעמ' 181-183 (להלן: עינת).

⁴ ב-ר"ע 277/82 **נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל**, לז' (1) 826 (1983) הוצגה לראשונה הבחנה זו בפסיקה בין קנס פלילי לקנס אזרחי, התכליות השונות העומדות מאחוריהם.

⁵ עינת, אכיפה של קנסות פליליים, שם, בעמ' 168; גביראל הלוי **תורת דיני העונשין** כרך ג' 869 – 893 (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 Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 169; Rev. 1232, 1236-41 (1968); Richard A. Posner, *Optimal Sentences for White Collar Criminals*, 17 Am. Crim. L. Rev. 409, 193-198 (1968); 410 (1980).

⁶ ע"פ 4919/14 **שמעון אזולאי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 6.3.2017) (להלן: עינין **אזולאי**), בפס' 12 וההפניות שם.

שיקום ומניעה,⁷ להבדיל, למשל, מפיצוי לנפגע העבירה שנהוג לראות בו כאמצעי אפקטיבי להגשמת תכליות שיקומיות.⁸

השימוש בעונש הקנס במשפט המודרני, כחלק ממערך עונשים מוניטריים, צמח על רקע ביקורת הולכת וגוברת המופנית כנגד יעילותו של עונש המאסר, והפניה לחיפוש אחר "עונשים בינוניים" (intermediate sanctions) שיהיו חלופה יעילה וחסכונית לשיטות הענישה המסורתיות.⁹ הנחת המוצא המקובלת בספרות היא כי יש לעודד את השימוש בעונש הקנס על חשבון השימוש בעונשים האחרים, ובראשם עונש המאסר, לאור היתרונות שהוא כולל מבחינת ההגנה על הפרט ומבחינת האינטרס החברתי. כך, למשל, בניגוד לעונש מאסר, הטלת קנס על אדם מאפשרת לו להיוותר חלק מן הקהילה, והיא אף מונעת את הנזק הנלווה הקיים במאסר בדמות יציאה ממעגל העבודה, פגיעה בפרנסת התלויים בו והכתמתו באות הקין של המאסר, זאת לצד חסכון עלויות מערכתיות גבוהות הכרוכות במנגנון הכליאה.¹⁰ בכל המישורים הללו, השימוש בעונש הקנס עולה בקנה אחד עם המגמה המתפתחת במשפט הישראלי בשנים האחרונות להפחית את השימוש במאסרים ככלל ובמאסרים קצרים בפרט.¹¹

ואולם, חשוב לציין כי ההצדקה לשימוש בקנסות כאמצעי ענישה שנועד להפחית את השימוש במאסרים, מניחה את השימוש בקנס כעונש יחיד, או לכל הפחות כעונש אשר אינו נלווה לעונש מאסר.¹² אך בחינת היקפי השימוש בקנס בפועל כאמצעי ענישה יחיד מלמדת כי על פי המידע שנאסף נכון להיום, אין כל ראייה לכך שבפועל מחליפים עונשי הקנס את השימוש במאסרים בפועל בישראל. ממחקר רחב היקף שנערך בין השנים 2010 – 2011 בישראל, עולה כי בעוד שהשימוש במאסר, בשילוב רכיבי ענישה נוספים, עולה כדי 31% מתיקי בית המשפט השלום וכ- 77.8% מתיקי בית המשפט המחוזי, השימוש בקנס כסנקציה בלבדית מהווה אך ורק 4.4% מתיקי בתי המשפט השלום ו-0.3% מתיקי בתי המשפט המחוזיים.¹³ עונש הקנס מוטל אם כן כמעט תמיד כעונש נלווה לעונשים אחרים כגון מאסר או מאסר על תנאי ולא כעונש המחליף עונשים אלו. כמו כן, הנתונים אינם מצביעים על כך שבפועל מתייחד השימוש בכלי זה לעבירות כלכליות דווקא (אם כי בעבירות אלו נגזרים ככלל סכומים גבוהים משמעותית מאלו הנגזרים בעבירות

⁷ ראו, למשל, דבריו של השופט דנציגר בפס"ד 15 ל-ע"פ 3030/10 וקנין נ' **מדינת ישראל** (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" והשוו לדבריו של השופט הנדל המסתייג מאמירה זו בציינו: "אוסף רק שלדעתי הערך השיקומי והמניעתי בהטלת עונש של קנס תלוי במידה משמעותית במהותה של העבירה ובאופייה".

⁸ ראו, למשל, R. Barry Ruback, *The Benefits and costs of Economic Sanctions: Considering the Victim, the Offender, and Society*, Minnesota L. Rev. 1779 (2015) (להלן: רובק), בעמ' 1787 וההפניות שם.

⁹ עינת, אכיפה של קנסות פליליים, בעמ' 167.

¹⁰ עינת, שם, בעמ' 167 – 170 וההפניות שם. ראו גם רובק, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1779 – 1780 ובעמ' 1800.

¹¹ ראו **הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים – דין וחשבון** (נובמבר 2015) (להלן: **דוח ועדת דורנר**) בעמ' 26-28; בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים** (פורסם בנבו, 13.6.2017); החלטת הממשלה 1840 בעניין ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל (11.8.2016); דוח צוות התביעה לבחינת יישום דו"ח דורנר (להלן: **דוח למברגר**).

¹² ראו בהקשר זה אמרתו של השופט מזוז ב-ע"פ 7416/15 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 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". עם זאת, לתפיסתו של השופט מזוז ראוי לבחון בהירות את הצידוק להטלת קנסות בעבירות שאינן כלכליות.

¹³ גזל-אייל ואחרים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19-22.

14. יצוין בהקשר זה כי תמונת מצב זו שונה משמעותית מתמונת המצב במקומות שונים בעולם ובפרט בשיטות משפט המנהיגות את מנגנון הקנס היומי, 15 בהן קנסות הם דרך הענישה העיקרית ומהווים עונש בלעדי בכ-70% מההליכים הפליליים ואף יותר בעוד שעונש המאסר מוטל בפחות מ-10% מהמקרים. 16 ואולם, ניתן לצפות כי ברוח המלצות דו"ח דורנר והמגמה המסתמנת בהתפתחות המשפט הפלילי הישראלי, ישנה אפשרות כי הקנס יהפוך לעונש מרכזי גם במערכת המשפט הפלילי בישראל, כחלק ממגמה של צמצום השימוש במאסרים ככלל ומאסרים קצרים בפרט, כפי שנהוג במדינות אירופאיות רבות.

א.2. מנגנוני גביית הקנסות – המרכז לגביית קנסות והאפשרות להפעלת מאסר חלף קנס

אחת הדרישות המקדמיות לאימוצו של עונש הקנס כעונש משמעותי מבין העונשים הקיימים היא יצירתו של מנגנון יעיל לאכיפת תשלום קנסות, אשר יזכה לאמונם של בתי המשפט ושל רשויות התביעה. 17 ללא מנגנון כזה, ההנחה היא כי בתי המשפט יעדיפו להטיל עונשי מאסר שאכיפתם קלה על פני הטלת קנסות שלא ייאכפו, ומכאן שלא יוגשמו בפועל יתרונות הקנס. 18

על פי הדין בישראל, לאחר שהקנס הוטל על ידי בית המשפט במסגרת גזר הדין, על הנאשם לשלמו באופן מידי, ככל שלא נקבע מועד אחר בגזר הדין. 19 קנסות שלא שולמו במועד, כפופים לתוספת פיגורים דרקונית ומידית בשיעור של חמישים אחוזים מסכום הקנס (או חלקו שלא שולם) בשל האיחור, ובתום כל תקופה של ששה חודשים מן המועד שנקבע – חמישה אחוזים נוספים. 20

אכיפת תשלום הקנס, ככל שהנאשם לא עמד בתשלומים שקבע בית המשפט בגזר הדין, מתבצעת באחד משני מסלולי גבייה מקבילים – מסלול הנשען על סמכויות המרכז לגביית קנסות, שהוקם מכוח חוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995, (להלן: **חוק המרכז**) ומהווה

14. ראו סעיף 36 לחוק העונשין, המאפשר להטיל קנס גם כאשר סעיף העבירה אינו קובע את גובה הקנס. כן ראו סעיף 61 לחוק העונשין, המגביל את גובה סכומי הקנסות בהתאם לקטגוריה שבה נופלת העבירה מבחינת חומרתה, ואולם אליו מצטרף סעיף 63 לחוק, המאפשר לחרוג מן הסכומים שבסעיף 61 מקום שבו מדובר בעבירה כלכלית, ולקבוע במקרים אלו את סכום הקנס עד פי ארבעה משווי הנזק שנגרם או מטובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה.

15. מנגנון הקנס היומי (או מנגנון יחידות הקנס) הוא מנגנון הטלת קנסות כפונקציה של יכולתו הכלכלית של הנאשם. מנגנון זה יידון בהרחבה בהמשך המאמר (ראו פרק ד.3. ופרק ה להלן) ואנו סבורים כי מן הראוי לאמצו כחלופה לשיטת הטלת הקנסות והמאסרים הנוהגת.

16. כך למשל, בגרמניה נגזר קנס ב-77.2% מההליכים הפליליים ואילו רק ב-7.5% נגזר עונש מסוג מאסר; בפינלנד נגזר קנס ב-75.8% מהמקרים ואילו רק ב-7.2% נגזר עונש מסוג מאסר; באנגליה 69% מההליכים מסתיימים בקנס ואילו 9.2% במאסר. ראו: Justice Policy Institute, Finding Direction: Expanding Criminal Justice Options by Considering Policies of Other Nations (2011). ראו גם: Hans-Jorg Albrecht, *Fines in the Criminal Justice System in Developments in Crime and Crime Control Research* 150 – 169. כמו כן, באוסטרליה, מעל 70% מהעונשים בהליכים פליליים כוללים רכיבים כספיים בלבד (Australian institute of criminology, 2007) – Pat O'Malley, *Theorizing Fines* בעמ' 5.

17. עינת, **אכיפת קנסות פליליים**, לעיל ה"ש 3 בעמ' 168-169. ראו גם רובק, לעיל ה"ש 10, וההפניות שם. Pat O'Malley, "Politicizing the case for fines" *Special Issue on Mass Incarceration* (2011) וההפניות שם.

18. חריס, **מאסר החיובים**, לעיל ה"ש 1 בעמ' 472 בה"ש 83.

19. סעיף 66 לחוק העונשין.

20. ראו סעיף 67(ב) לחוק העונשין. כן ראו סעיף 69(א) לחוק העונשין, לפיו רשאים המרכז לגביית קנסות וכן בית המשפט לפטור אדם רטרואקטיבית מתשלום התוספת, אם שוכנעו שהיו סיבות סבירות לאי תשלום הקנס או חלק ממנו במועד הקבוע. ואולם, תשומת הלב מופנית לכך שעל פי סעיף 35 לחוק המרכז, המרכז אינו מוסמך לבטל ריביות שנצברו על חוב שהוא פיצוי לנפגעי העבירה (להבדיל מקנסות ואגרות), שכן סעיף זה אינו חל על חוב לפי פסקה (6) להגדרת "חוב", שהוא חוב מסוג פיצוי. 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.

יחידה ברשות האכיפה והגבייה;²¹ ומסלול הנשען על האיום בהפעלת מאסר חלף קנס, ככל שכלי זה נקבע במסגרת גזר הדין. בפרק הבא נדון בהרחבה בסמכות הטלת והפעלת המאסר חלף הקנס – שהיא עיקרו של מאמר זה – ואולם קודם לכן נתאר בקצרה את סמכויות המרכז לגביית קנסות (העומדות בתוקפן בין אם קבע בית המשפט את האפשרות להפעלת מאסר חלף קנס ובין אם לאו).

המרכז לגביית קנסות הוא הגוף המופקד כיום על גביית קנסות מסוגים שונים, פיצויים ואגרות שונות המשתלמות לאוצר המדינה.²² למרכז סמכויות הנוגעות לגביית חוב, פריסתו, דחיית תשלומו ומתן פטור מתשלום תוספת פיגורים.²³ בנוסף, לרשמים שמונו לענייני המרכז נתונות סמכויות להטלת הגבלות שונות על החייב, כגון הגבלה מלקבל דרכון או להאריכו, עיכוב יציאה מן הארץ, הגבלת החייב כלקוח מוגבל מיוחד לפי חוק שיקים ללא כיסוי, תשמ"א-1981 ועוד, אולם זאת אך ורק לאחר שהחייב הוכח, כדרישת סעיף 7א לחוק כבעל יכולת כלכלית לשלם את החוב (זאת בשונה מהפעלת מאסר חלף קנס שנקבע בשלב גזר הדין, כפי שיורחב בהמשך).²⁴ על פי נתוני המרכז לגביית קנסות, נכון לשנת 2017 היו במרכז 55,377 תיקים פתוחים לגביית קנס פלילי. תיקים אלו מהווים 3.7% מכלל התיקים בהם מטפל המרכז, ואולם הסכום הכולל שלהם הוא 754.5 מיליון ₪, שהם 24.4% מכלל סכום החובות בתיקים בהם מטפל המרכז.²⁵ פעולת הגבייה השכיחה ביותר בתיקי המרכז, העולה עשרות מונים על השימוש בדרכי הגבייה האחרות, היא השימוש בעיקולי צד ג'.²⁶ הנתונים אינם כוללים את שיעורי הגבייה בקנסות הפליליים בנפרד משיעורי הגבייה בכלל תיקי המרכז, כך שלא ניתן להעריך באמצעות הנתונים את שיעור גביית הקנסות.

א.3. הטלת והפעלת מאסר חלף קנס

לצד הסמכויות הנתונות למרכז לגביית קנסות בגביית כלל החובות שבסמכותו, וביניהם קנסות פליליים, קובע הדין הישראלי גם כלי גבייה חריג ונפרד לגביית קנסות פליליים, והוא האפשרות

²¹ רשות האכיפה והגבייה היא יחידת סמך במשרד המשפטים שכוללת הן את המרכז לגביית קנסות והן ההוצאה לפועל.

²² ראו הגדרת חוב בסעיף 1 לחוק המרכז לגביית קנסות, הכוללת בין היתר "קנס, שהטיל בית משפט, המשולם לאוצר המדינה או לקרן".

²³ ראו סעיפים 5 ו-15 לחוק המרכז לגביית קנסות. כן ראו הלכת **אזולאי**, לעיל ה"ש 6, בפסקאות 38-40. אשר קבעה כי למרכז יש סמכות לערוך חקירת יכולת כסמכות-עזר בהפעלת סמכויותיו. בנוסף, להשוואה בין הגבייה באמצעות המרכז לגביית קנסות לבין הגבייה הפוגענית יותר שקדמה לו, על פי פקודת המסים (גבייה), ראו האגודה לזכויות האזרח, **חייבים לשנות: כיצד מדינת ישראל מדרדרת בעלי חוב לעוני** (אוקטובר 2015) בעמ' 21. 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 6, בפסקאות 20-22 ו-31; ותקנה 18 לתקנות המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, תשנ"ו-1996 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 המינהלי.

²⁴ ראו סעיף 7א לחוק המרכז. כן ראו סעיף 5 לחוק המרכז לעניין דרישות התשלום הנדרשות בטרם יינקטו צעדים לגביית החוב לפי החוק.

²⁵ יודגש כי מספר זה אינו כולל את מספר תיקי דוחות המשטרה (706,459 תיקים, המהווים 47% מכלל תיקי המרכז, ו-10.2% מן הסכום הכולל), קנסות התעבורה (198,867 תיקים, המהווים 13.2% מתיקי המרכז ו-8% מן הסכום הכולל), והפיצויים לנפגעי עבירה בהליך פלילי (19,197 תיקים, שהם 1.3% מתיקי המרכז ו-12.9% מן הסכום הכולל). ראו רשות האכיפה והגבייה, **דו"ח שנתי על פעילות רשות האכיפה והגבייה לשנת 2017**, בעמ' 85.

²⁶ שם, בעמ' 91.

להטלת מאסר על אדם שלא עמד בתשלום הקנס שהוטל עליו במסגרת ההליך הפלילי. אורכו של המאסר חלף קנס יכול לנוע בין ימים ספורים ועד לשלוש שנים.²⁷

ההצדקה המקובלת לקיומו של כלי אכיפה נוסף וחריג זה היא כפולה - אכיפתית ועונשית.²⁸ ראשית, נועדה האפשרות של הפעלת המאסר לתמרץ באופן משמעותי את הנאשם לשלם את הקנס, וזאת נוכח התובנה אותה הזכרנו לעיל, לפיה קיומו של הליך גבייה אפקטיבי אשר יבטיח כי קנסות פליליים ישולמו הוא תנאי מקדים לשימוש בעונש זה על ידי התביעה ובתי המשפט. ללא אמון באפקטיביות של הקנס, לא ניתן יהיה לראות בו חלופה בת-קיימא לעונשי מאסר ועונשים אחרים שאינם מעוררים קשיי אכיפה. שנית, האפשרות להמרת הקנס במאסר נובעת מכך שלו לא ישולם הקנס, תיפגע למעשה "משוואת הענישה" שקבע בית המשפט, אשר ביקשה להוביל לפגיעה משולבת בנאשם, אך לא השיגה את מטרתה אם הנאשם התחמק מתשלום הקנס. הפעלת המאסר, לפי גישה זו, נועדה למנוע מצב שבו הנאשם נשא בעונש קל יותר מזה שכיוון אליו בית המשפט שגזר את הדין. על פי התכלית העונשית, מגשים המאסר חלף הקנס את מטרות הענישה, בכך שהוא מוביל לכך שגם אם לא ניתן יהיה לגבות מן הנאשם את הקנס – בין משום שהוא מתחמק מן התשלום, ובין משום שאינו בידו 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 רשות העומדת לבית המשפט בעת גזירת הדין. לשונו של הסעיף היא:

מאסר במקום קנס

71. (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.

²⁷ ראו סעיף 71(א) לחוק העונשין. באשר להגבלת אורך המאסר חלף הקנס לאורך תקופת המאסר המקסימלית בגין העבירה, קבע בית המשפט ב-ע"פ 5023/99 **חכמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 406 (להלן: עניין **חכמי**) (בדעת רוב של השופטת פרוקצ'יה בניגוד לדעתו של השופט טירקל) כי אורכו של המאסר חלף הקנס לכשעצמו מוגבל לאורך המאסר המקסימלי, ואין לקבוע כי אורך המאסר חלף הקנס בצירוף עונש המאסר שהוטל מוגבלים יחד לאורך המאסר המקסימלי שנקבע לעבירה. יצוין עוד כי המאסר המקסימלי 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' מ"י** (ניתן ביום 10.6.08) 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 בפרק ב.

²⁸ לדיון מעמיק בהצדקות לשימוש במאסר חלף קנס ובביקורת שניתן להעלות באשר להצדקות אלו ראו להלן בפרק ג.

(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 אפשרות נשיאת מאסר מקום בו הקנס לא שולם: מדי שנה מועברים למרכז לגביית קנסות קרוב ל-30,000 תיקים שגזר הדין בהם כולל הוראת מאסר במקום קנס, כשני שלישים מהם תיקי תעבורה. מדובר על יותר מ-20% מן התיקים הפליליים ומ-15% מתיקי התעבורה.²⁹ 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.³⁰ ייתכן שפרקטיקה זו - של הטלת מאסר חלף קנס ללא נימוק - רווחת כל כך נוכח העובדה שהשימוש במאסר חלף קנס אינו נמנה בין הקביעות בגזר הדין הדורשות חובת הנמקה לפי סעיף 40 לחוק העונשין. להשלמת התמונה, יצוין כי סעיף 175 לצו בדבר הוראות ביטחון (יהודה והשומרון) (מס' 1651), תשי"ע-2009 מחיל הוראות דומות בדבר הטלת מאסר חלף קנס גם על סמכות בתי המשפט הצבאיים, שנוהגים אף הם להטיל קנסות שלצדם תקופות מאסר חלף קנס.³¹

החוק והפסיקה אינם קובעים במפורש מהו היחס הראוי בין גובה הקנס ובין מספר ימי המאסר שירוצו אם לא ישולם. התייחסויות ספוראדיות בפסיקה התייחסו ל"יחס המרה" של יום מאסר חלף קנס בגין כל 100 ש"ח מסכום הקנס,³² אולם נתונים שהתקבלו מן המרכז לגביית קנסות,

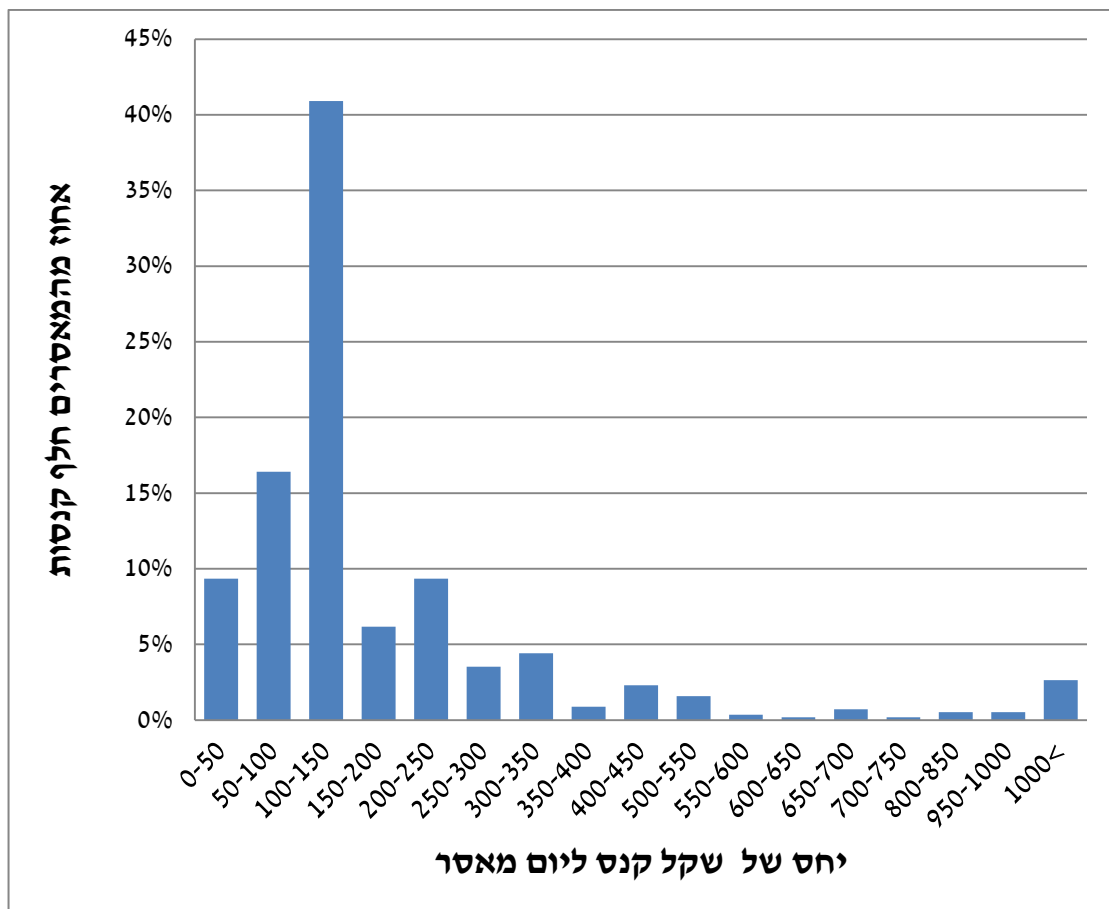
²⁹ ראו סיכום פעילות בתי משפט השלום בחלוקה להליך הפלילי, הנהלת בתי המשפט, **הרשות השופטת בישראל - דו"ח שנתי 2016**, (2017), בעמ' 26. זמין בכתובת: https://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2016/he/annual2016.pdf. מכיוון שנתונים אלו מתייחסים רק לתיקים שבהם החוב לא שולם במועדו (שכן רק תיקים אלו מועברים למרכז לגביית קנסות), הרי שהמספר המלא של התיקים שבהם הוטל מאסר חלף קנס הוא גבוה אף יותר.

³⁰ למחברים לא ידועים מקרים בהם נערך דיון מעמיק בערכאה הדיונית באשר לתקופת המאסר חלף קנס שיש להטיל על הנאשם. עיון במאגרי הפסיקה מעלה כי הכרעה זו ניתנת כבדרך אגב להשתת הקנס ונוותרת לשיקול דעת בית המשפט ללא שנערך דיון באשר לעצם הטלת המאסר חלף קנס או לאורך התקופה שראוי להטיל. לפסיקה מהעת האחרונה שמטילה מאסר חלף קנס ללא נימוק רכיב ענישה זה, ראו, למשל, ת"פ (ת"א) 33190-01-18 **מדינת ישראל נ' גורטובי** (פורסם בנבו, 7.2.2019); תו"ב (י-ם) 50905-07-16 **מדינת ישראל נ' עבאסי** (פורסם בנבו, 5.2.2019); ת"פ (קריות) 824-06-17 **מדינת ישראל נ' יליזרוב** (פורסם בנבו, 7.1.2019). עוד על הסיבות המבניות בגינן לא נערך דיון ממשי בהטלת מאסר חלף קנס במסגרת הטיעונים לעונש ראו בפרק ג.3. להלן. עם זאת, במקרים מועטים נמצא כי ערכאת הערעור נדרשה לעונש המאסר חלף קנס והתערבה בו. כך למשל, ב-ע"פ 4531/18 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 26.7.2018) ביטל בית המשפט העליון את רכיב המאסר חלף קנס תוך שקבע כי בהינתן המצב הכלכלי של המשפחה, היה קיים חשש של ממש שהמערער, שהיה קטין, ירצה תקופת מאסר נוספת של 50 יום חלף הקנס 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"י (מחוזי - ת"א) 22375-11-17 **ביליק נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.3.2018).

³¹ לפסיקת בתי משפט צבאיים שמטילה מאסר חלף קנס, ראו, למשל: (שומרון) 1242/16 **התביעה הצבאית נ' בשאראת** (פורסם בנבו, 17.1.2019); (שומרון) 4126/16 **התביעה הצבאית נ' שביטה** (פורסם בנבו, 8.3.2017); (שומרון) 4181/16 **התביעה הצבאית נ' בראא אבו הניה** (פורסם בנבו, 6.3.2017). יובהר כי דיון מעמיק המנתח את החלת מוסד המאסר חלף קנס בבתי המשפט הצבאיים חורג מהיקף מאמר זה.

³² ראו למשל תו"ב (עכו) 59438-11-12 **ועדה מקומית לתכנון משגב נ' סואעד** (7.2.2017), בו מתייחסים בית המשפט והתביעה כמובן מאליו לכך שהקביעה לפיה הנאשם חוייב בתשלום קנס בסך 20,000 ש"ח או 20 ימי מאסר תמורתו מקורה בטעות סופר, שכן בגזרי דין מסוג זה חלף הקנס עומס על 200 ימים (דהיינו יום מאסר עבור 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**.

מלמדים על שונות באורך המאסר המוטל בגין עונשי קנס זהים.³³ מנתונים הכוללים את כל המאסרים חלף הקנס שהופעלו בשנים 2017-2018 עולה כי בגין קנס של 100 ₪, נאשם יכול לרצות בין יום לבין 30 ימי מאסר, ובגין קנס של 1,000 ₪ - בין יומיים ל-100 ימים. כך, בעוד שהממוצע העולה מנתונים אלו מלמד כי "יחס ההמרה" הממוצע בסכומים של עד 10,000 ₪ הוא אכן כ-100 שווי ליום מאסר,³⁴ וכפי שמראה הגרף להלן, בכ-41% מהמקרים היחס הוא בין 100 ל-150 שווי ליום מאסר, הרי שעדיין בכ-25% מהמאסרים "יחס ההמרה" נמוך יותר (דהיינו: נאשמים אלו מרצים עונש מאסר ארוך יותר בגין אותו סכום יחסי של הקנס), ובשאר המקרים "יחס ההמרה" גבוה יותר (דהיינו שווי הקנס לכל יום מאסר שריצו הוא גבוה יותר). נאשמים בקבוצה אחרונה זו הם בעיקרם נאשמים בעבירות כלכליות, בהן הקנסות גבוהים יותר.³⁵



³³ (16.3.2015), בפסקה 12 לפסק-דין של השופט זילברטל: "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)".

³⁴ ראו מענה רשות האכיפה והגבייה לפניית התנועה לחופש המידע מיום 16.12.18. המענה זמין באתר התנועה לחופש המידע: <https://www.meida.org.il/?p=9140>.

³⁵ בחרנו להתייחס להתפלגות עד ל-10,000 ₪ - הכוללת 88% מתוך כלל המאסרים, משום שהקפיצה בסכומים הגבוהים יותר, המתייחסים בעיקרם לעבירות כלכליות, מובילה לעיוות הנתונים בכל הנוגע לתיקים פליליים שאינם בעבירות כלכליות, בהן סכומי הקנס גבוהים בצורה משמעותית ביותר ביחס לשאר העבירות. בהתחשבות במלוא הנתונים, כולל מיעוט התיקים שבהם ענישה של מעל 10,000 (המגיעה ללמעלה מ-100,000 ₪ ב-14 מהתיקים, שהם 0.02% מכלל המאסרים המופעלים), סכום הקנס הממוצע ליום מאסר הוא 266 ₪ ליום.

³⁵ "יחס ההמרה" הממוצע בקנסות של 10,000 ₪ ומעלה בלבד הוא של 400 שווי ליום מאסר, ובקנסות של מעל 100,000 ₪ "יחס ההמרה" הוא של 880 שווי ליום מאסר.

לצורך הוצאתה לפועל של האפשרות שנקבעה בגזר הדין להמרת הקנס במאסר, על המרכז לגביית קנסות לפנות לבית המשפט להוצאת פקודת מאסר.³⁶ נציין, כי להבנתנו, המרכז אינו רואה לעצמו חובה למצות דרכי אכיפה אחרות קודם לפנייה לבית המשפט להוצאת פקודת המאסר, וזאת על בסיס ההנחה כי קביעת בית המשפט בדבר קיומה של אפשרות להפעלת מאסר חלף קנס מהווה למעשה הליך נפרד לאכיפת הקנס, הקיים במקביל לסמכויות הכלליות של המרכז לגביית קנסות. לאחר החתימה על פקודת המאסר, מועברת הפקודה מהמרכז לגביית קנסות למשטרה לצורך ביצועה על דרך של מאסרו של האדם בפועל.

במסגרת פסק הדין בעניין **גוסקוב**,³⁷ התווה בית המשפט העליון את הצעדים הפרוצדוראליים שיש לנקוט בהם במסגרת הליך ההפעלה של הוראת המאסר חלף הקנס. באותו עניין פסל בית המשפט את הפרקטיקה שקדמה לאותו מקרה, לפיה 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 להתייצב לצורך בירור בתחנת המשטרה, וכשהגיע לתחנת המשטרה נעצר לאלתר מבלי שידע במה מדובר).³⁸ בית המשפט עיצב בפסק דין **גוסקוב** הסדר לפיו בטרם פנייה להוצאת פקודת מאסר, תישלח לחייב הודעה מן המרכז לגביית קנסות, אשר תכלול את מועד מתן גזר הדין, סכום הקנס שלא שולם, אורך המאסר הצפוי אם לא ישולם, והאפשרויות העומדות בפני החייב (להציג אסמכתא על פרעון החוב, להציג החלטה שיפוטית המעכבת או מבטלת את גביית הקנס, או להגיע להסדר תשלומים בתוך 15 ימים).³⁹ בעקבות פסיקה זו, הורו בשנים שלאחר מכן לא פעם בתי המשפט 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.⁴⁰ מרכיב נוסף שנכלל בהלכת **גוסקוב** הוא מתן האפשרות לחייב לפנות לבית המשפט שגזר את הדין ב"השגה שיפוטית" בטרם הוצאת צו המאסר. ראוי לציין, כי פניה בהשגה שיפוטית כאמור אינה מחייבת עריכת דיון במעמד הצדדים וכי היקף סמכותו של בית המשפט במסגרת אותה "השגה שיפוטית" נותר מעורפל במסגרת פסק

³⁶ פקודת המאסר ערוכה בהתאם לתקנה 31 לתקנות סדר הדין הפלילי, תשל"ד-1974, ולטופס 6 שבתוספת. להשלמת התמונה נציין כי קיים הליך חלופי להטלת מאסר חלף קנס, הוא ה"צו המיוחד" לפי סעיף 129א(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982. הליך זה מאפשר לבא כוח היועץ המשפטי לממשלה לבקש להמיר קנס במאסר, גם כאשר לא נקבעה אפשרות זו במסגרת גזר הדין. ואולם, מדובר בהליך חריג ביותר, שלמיטב ידיעתנו לא נעשה בו שימוש כלל.

³⁷ רע"פ 837/12 **מדינת ישראל נ' גוסקוב** (פורסם בנבו, 20.11.2012) (להלן: עניין **גוסקוב**).

³⁸ שופטת בית המשפט המחוזי, השופטת 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) ומשהתייצב 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 והטבעי ואת החובה החוקתית לקיים הליך הוגן טרם הפעלת מאסר במקום קנס." ראו עניין **גוסקוב**, שם, בפסקה ז'. ראו עוד בהקשר זה גם פסקה כ"ד לפסק הדין.

³⁹ ראו עניין **גוסקוב**, שם, בפסקה ל"ו.

⁴⁰ ראו למשל ת"פ (שלום חיפה) 1843-04-16 **מדינת ישראל נ' אמארה** (28.1.2016); ת"פ (שלום באר-שבע) 831/09 **המרכז לגביית קנסות נ' בן ארויה** (19.5.2016); באשר לדרישות החוב ראו סעיף 5 לחוק המרכז לגביית קנסות וכן תקנות 10(1) ו-10(2) לתקנות המרכז לגביית קנסות, המפנות לטפסים שבתוספות הקובעים את נוסחן של דרישות החוב לפי סעיף 5 לחוק. כן ראו פקודת נציבות שירות בתי הסוהר 04.23.00 בנושא "מאסר בשל אי תשלום קנס" מיום 17.3.2013, המסדירה את המצאת ההתראות השונות לאסירים.

דין גוסקוב. בפסק דין אזולאי שנדון מספר שנים לאחר מכן, הוגדר היקף ה"השגה השיפוטית" שנקבעה בהלכת גוסקוב באופן מצמצם, כך שכיום, דרך המלך להעמדת החלטות המרכז תחת ביקורת שיפוטית אינה במסגרת "ההשגה השיפוטית", אלא על דרך של פנייה למנהל המרכז לגביית קנסות בהשגה ובהמשך בעתירה לבג"ץ.⁴¹

הדין קובע הוראות נוספות המייחדות את המאסר חלף הקנס: מאסר חלף קנס ירוצה לפני כל מאסר אחר שהוטל על החייב (ואם החייב הוא אסיר, הפעלת המאסר חלף הקנס קוטעת את ריצוי מאסרו הרגיל, וזה מתחדש לאחר שהחייב מסיים לרצות את המאסר חלף הקנס);⁴² המאסר חלף הקנס נצבר לכל מאסר אחר;⁴³ בניגוד לעונש מאסר רגיל, לא ניתן להורות על שחרור על-תנאי ממאסר חלף קנס, ועל החייב לרצות את מלוא התקופה בהתאם לשיעור הקנס שטרם שילם.⁴⁴ על פי הפסיקה בעניין ג'עפרי, ניתן לשאת מאסר חלף קנס על דרך של עבודות שירות, שכן הוא מהווה "מאסר בפועל" לצרכי סעיף 52 לחוק העונשין.⁴⁵

להשלמת התמונה, מן הראוי לציין כי בדין הישראלי קבועה גם האפשרות להטלת מאסר חלף קנס בשל אי-תשלום של קנס שהוטל על עבירה מינהלית לפי חוק העבירות המינהליות, תשמ"ו-1985 (להלן: **חוק העבירות המינהליות**). עבירה מינהלית היא בדרך כלל עבירה על חקיקה רגולטורית,

⁴¹ ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 6, בפסקאות 25-27.

⁴² לפי סעיף 46 לחוק העונשין, מופסק ריצוי עונש המאסר הרגיל לצורך ריצוי המאסר חלף הקנס, ולאחר סיום ריצוי המאסר חלף הקנס שב ונמשך המאסר הרגיל. כמו כן, הפסיקה קבעה כי אם רוצה כבר המאסר חלף הקנס, לא ניתן לבטל אותו רטרואקטיבית על ידי תשלום הקנס. ראו בג"ץ 60/83 **שעת נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לו (1) 754 (1983) וכן בעת האחרונה רע"ב 6473/16 **יאסר זלבאני נ' שירות בתי הסוהר** (23.8.2016), רע"ב 6201/11 **ישראל טייב נ' שירות בתי הסוהר** (14.11.2011) ורע"ב 1104/11 **עודה נ' שירות בתי הסוהר** (20.3.2011). יחד עם זאת, בע"פ 5668/13 **ערן מזרחי נ' מדינת ישראל** (17.3.2016) פתח, ללא הנמקה, השופט סולברג פתח לאבחון הלכת **שעת** בכך שהורה לבטל באופן רטרואקטיבי את המאסר חלף הקנס ולזקוף את התקופה שרוצתה לזכות עונש המאסר הרגיל שאותו ריצה המערער, וזאת בשל פגמים פרוצדוראליים בהפעלתו של המאסר חלף הקנס. אבחנה זו, לפיה ניתן לבטל רטרואקטיבית מאסר חלף קנס שהופעל שלא כדין לכתחילה עולה גם מפסק דין אזולאי, בו קבע בית המשפט בהסכמת המדינה כי בית המשפט יכול להורות על עיכוב ביצוע רטרואקטיבי של המאסר חלף הקנס אם מצא שהוא הופעל שלא כדין (ראו עניין אזולאי, לעיל ה"ש 6, בפסקה 41).

⁴³ ראו סעיף 71(ה) לחוק העונשין. ראו גם בג"ץ 253/65 **דובדבני נ' פקיד בית הסוהר חיפה**, פ"ד יט 145 (1965).

⁴⁴ ראו סעיף 1 לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001, המחיל עצמו על "מאסר שנגזר במשפט פלילי, למעט מאסר בשל אי תשלום קנס". חשוב לציין בהקשר כי בעבר כן ניתן היה להורות על שחרור על-תנאי ממאסר חלף הקנס (ראו סעיף 47(ד) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (4.8.1977), אשר הגדיר בנוסחו אז "מאסר פלילי" כ"מאסר שהוטל במשפט פלילי כעונש בשל עבירה, לרבות מאסר בשל אי תשלום קנס שהוטל כאמור". ראו בהקשר זה גם בג"ץ 4367/12 **אחמד שיבלי נ' המרכז לגביית קנסות** (24.6.2013) הקובע במפורש כי לא רק שלא ניתן לנכות "שלישי" ממאסר חלף קנס, אלא שתקופת המאסר בשל אי תשלום קנס אף אינה באה במניין הימים לעניין חישוב תקופת המאסר המלאה ממנה מנוכה שלישי. אולם ראו רע"ב 1049/15 **ניזרי נ' שירות בתי הסוהר** (18.6.15), אשר עסק בשאלת ההתחשבות במאסר חלף קנס לעניין שחרור מינהלי לפי סעיפים 68 ו-68ג לפקודת בתי הסוהר (נוסח חדש), התשל"ב-1971. על פי פסק הדין, כאשר מחשבים את תקופת המאסר של אסיר כדי לבחון האם היא נמוכה יותר מן התקופה המקסימלית המנוכה אסיר באפשרות לשחרור מינהלי (שהיא ארבע שנות מאסר), אין לכלול בחישוב תקופה שריצה האסיר במסגרת מאסר חלף קנס. כך, למשל, גם אסיר שנגזר עליו בגזר הדין עונש מאסר של פחות מ-4 שנים, אך ריצה בפועל מעל ל-4 שנים משום שהופעל כנגדו מאסר חלף קנס, יוכל להשתחרר בשחרור מינהלי. יחד עם זאת, קובע עוד פסק הדין כי כאשר מחשבים את תקופת המאסר של אסיר כדי לחשב את אורך תקופת השחרור המינהלי שינוכה ממאסרו (להבדיל מן העמידה בתנאי הסף של תקופה קצרה יותר מארבע שנים), יש לכלול את המאסר חלף הקנס בעת החישוב. ראו גם עת"א (מרכז) 31053-02-16 **יהודה דורון נ' שירות בתי הסוהר** (11.8.2016), בה קבע בית המשפט כי אין לכלול תקופת מאסר חלף קנס בחישוב תקופת המאסר המלאה לעניין הזכאות ליציאה לחופשות (זכאותו של אסיר המרצה "מאסר ממושך" של למעלה משבע שנים מוגבלת ביחס לזכאותו של אסיר המרצה מאסר קצר יותר).

⁴⁵ ראו ע"פ 1100/91 **מדינת ישראל נ' מחמד ג'עפרי** (10.2.1993). ליישומה של הלכת ג'עפרי ראו למשל, תו"ב (קריאות) 48842-09-12 **ועדה מרחבית תכנון מעלה נפתלה נ' בוטרוס עראף** (18.7.2016); ע"פ (חיפה) 37381-08-10 **מוחמד עפיפי נ' מדינת ישראל** (30.12.2010); רע"ס (רמלה) 5366-02-10 **מועצה אזורית חבל מודיעין נ' ציון יצחק** (1.6.2016). בע"פ 741/16 **אחמד שוויקי נ' מדינת ישראל** (7.2.2016) אשררה השופטת ברק-ארז את תוקפה של הלכת ג'עפרי, וקבעה כי אין ניתן להמיר במקרים מסוימים את תקופת המאסר חלף קנס במאסר שירוצה על דרך עבודות שירות, בשים לב למאמצי הנאשם לשלם הקנס (באותו מקרה, נדחתה בקשתו של המערער להמרת המאסר בפועל בעבודות שירות).

אשר אינה נאכפת בהליך פלילי רגיל אלא בהטלת קנס על ידי רשות מינהלית. סעיף 19 לחוק העבירות המינהליות קובע את הסמכות להטיל מאסר בפועל על אדם שלא שילם את הקנס המינהלי שהוטל עליו:

19. (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 71(ג) עד (ה) לחוק העונשין יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על מאסר לפי סעיף קטן (א).

כפי שעולה מלשון הסעיף, המנגנון להטלת מאסר חלף קנס מינהלי שונה מזה של הטלת מאסר חלף קנס בהליך פלילי. בהליך פלילי, עצם האפשרות להפעלת מאסר חלף הקנס 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 מינהלי, הקנס לכתחילה אינו כולל אפשרות לכפות את גבייתו באמצעות מאסר, ולצורך שימוש באמצעי גבייה זה נדרש התובע לפנות לבית המשפט בהליך נפרד. התנאים בהם תוגש בקשה זו מטעם תובע מנויים בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה לעניין פרשנות חוק העבירות המינהליות.⁴⁶ 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 הרשות הגישה 344 בקשות למאסר חלף קנס מינהלי, ובשנת 2018 – 349 בקשות, וכל הבקשות שהוגשו התקבלו על ידי בתי המשפט, ואולם באף אחד ממקרים אלו לא בוצע בפועל הליך מאסר כחלופה לקנס.⁴⁷ לצד מידע זה, מלמדת בדיקה במאגר ”נבו” כי במקרים רבים ביותר מוצאות פקודות מאסר חלף קנס מינהלי כאשר החייב לא התייצב כלל לדיון בעניינו.⁴⁸ העולה מן המידע הקיים הוא כי בפועל, הסמכות להטלת מאסר חלף קנס מינהלי מתרגמת לקביעת הסדרי תשלומים בין החייבים לרשות, שאינם מובילים בסופו של יום להפעלת המאסר (זאת, בניגוד לתמונת המצב באשר למאסר חלף הקנס הפלילי, בה מרצים בפועל מדי שנה מאות אנשים מאסר בפועל).

⁴⁶ ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.3041 נוהל והנחיות להפעלת חוק העבירות המינהליות, התשמ”ו-1985 (29.6.2011).

⁴⁷ ראו תשובת רשות המסים מיום 24.1.19 לבקשת התנועה לחופש המידע. פורסם בלינק <https://www.meida.org.il/?p=9140>

⁴⁸ ראו למשל מק”מ (חי’) 17433-10-17 פקיד שומה חיפה נ’ ספיר גבריאל (פורסם בנבו, 16.1.18); מק”מ (טב’) 63231-09-17 מדינת ישראל נ’ זהר אלדין זועבי (פורסם בנבו, 11.1.18); מק”מ (נצי’) 25306-06-17 פקיד שומה נצרת נ’ עואבדה (פורסם בנבו, 14.11.2017).

4.א. ההיסטוריה החקיקתית של המאסר חלף הקנס בישראל

הורתו של רעיון המרת הקנס במאסר בישראל – כמו גם של מאסר החייבים בהוצאה לפועל – היא בפקודת המאסר בשל חוב, 1931 (שהוחלפה בהמשך בסעיף 70 לחוק ההוצאה לפועל).⁴⁹ הפקודה קבעה, בין היתר, כי פקיד ההוצאה לפועל יוכל לצוות על מאסרו של חייב בשלושה מקרים: אם לא מילא אחרי פסק דין לתשלום מזונות; אם לא מלא אחרי פסק דין במשפט פלילי לשלם קנס, או הוצאות משפט או מיסי בית משפט; או, בנסיבות מסוימות, אם החייב לא שילם חוב אזרחי. תקופת המאסר המקסימלית, באשר לשלוש החלופות, עמדה על עשרים ואחד ימים. נציין, כי פקודת החוק הפלילי, 1936,⁵⁰ אשר קבעה באותה תקופה את עונש הקנס במסגרת דרכי הענישה, לא התייחסה כלל לאפשרות הטלת מאסר חלף הקנס, או קבעה מאפיינים ייחודיים כלשהם לגביית הקנס הפלילי, אלא קבעה בסעיף 14(ג) כי קנס שהוטל כעונש בהליך פלילי ייגבה כאילו מדובר בחוב אזרחי לטובת המדינה.

על אף שהמקור ההיסטורי של האפשרות להטלת מאסר בגין אי תשלום קנסות פליליים נעוץ באותה הוראת חוק של מאסר החייבים לצורך גביית חוב אזרחי, כבר בשלב ראשוני מאוד הופרדו הדיונים בין מאסר החייבים בדין הפלילי ובדין האזרחי, ולצד דיונים ארוכי שנים בשאלת ההצדקה למאסר חייבים בדין האזרחי, לא התקיים עד היום כמעט כל דיון דומה בדין הפלילי.⁵¹ לא זו אף זו, אלא שלצד דיונים משמעותיים שהתנהלו כבר בשלב מוקדם ביותר בדבר הצורך בביטול מאסר החייבים בדין האזרחי, ההתפתחויות החקיקתיות באשר לאפשרות להטיל מאסר בגין אי תשלום קנסות פליליים התאפיינו בהרחבתה שוב ושוב במסגרת תיקוני חקיקה שנועדו להגביר את אמצעי האכיפה של תשלום קנסות פליליים.⁵²

האמצעי של מאסר חלף קנס פלילי שולב בתוך הדין הפלילי לראשונה בסעיף 22 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954, אשר החליף את פקודת החוק הפלילי.⁵³ בחוק נקבע כי בית המשפט הן אדם לקנס רשאי להטיל עליו מאסר עד שישה חודשים למקרה שהקנס כולו או מקצתו לא ישולם במועדו. בהצעת החוק שקדמה לתיקון זה⁵⁴ הוסבר הרציונל בכך שהפרוצדורה הקודמת, בה נגבה הקנס כאילו היה חוב אזרחי, הייתה "פרוצדורה ממושכת שברוב המקרים לא הביאה לידי תוצאות".⁵⁵ לאור זאת נקבע כי יהיה ניתן לצוות על מאסר הנאשם, אם לא שילם את הקנס, כדי להגביר את שיעורי אכיפת התשלום. עוד קבע החוק את האפשרות להטיל מאסר חלף

⁴⁹ ע"ר (ע) 294, בעמ' 756 (1 בנובמבר 1931). לפקודה זו קדם חוק ההוצאה לפועל העותמוני הזמני, משנת 1914 (ראו רון חריס, **מאסר חייבים**, בעמ' 460-461. לסקירה קצרה של ההיסטוריה הרחוקה יותר של המאסר חלף הקנס, כחלק מההווותו של עונש הקנס ראו Derek A. Westen "Fines, Imprisonment, and the Poor: Thirty Dollars or Thirty Days" 57(3) CALIFORNIA LAW REVIEW 778 (1969), 780-787.

⁵⁰ ע"ר 652, 14 בדצמבר 1936.

⁵¹ לסקירה היסטורית של הניסיונות לבטל את מאסר החייבים בדין האזרחי ראו ירון אונגר, **מאסר חייבים בהוצאה לפועל – רקע תיאורטי וסקירה משווה** (21 בדצמבר 2013), בעמ' 11-17; חריס, **מאסר חייבים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 443; רון חריס "ממאסר להפטר: הצעת סדר יום חדש לחקיקת דינים לאכיפת חיובים" **עיוני משפט** כג(2) 2000: 641. 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 בעד אי תשלום חוב, ואולם כבר אז סייג כי היה משאיר את ההוראה על כנה בכל הנוגע למאסר בעד אי תשלום מזונות ובעד אי תשלום קנסות. ראו אונגר, סקירה כנסת, בעמ' 11, המצטט מתוך ארכיון המדינה אמ/38-5668.

⁵² לסקירת ההיסטוריה החקיקתית ראו עניין **חכמי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 420-425.

⁵³ ס"ח 166, 17 בספטמבר 1954, עמ' 234.

⁵⁴ הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1953, ס"ח 179, 21 באוקטובר 1953.

⁵⁵ שם, בעמ' 11.

קנס בצו מיוחד (ההסדר הקבוע היום בסעיף 129א(א) לחוק סדר הדין הפלילי, ואשר כמעט ולא נעשה בו שימוש). בשנת 1963 תוקן החוק והעלה את הרף העליון למשך המאסר במקום קנס מחצי שנה לשנה.⁵⁶ ההחמרה האחרונה בעניין זה נעשתה ב-1979, בה הוראה תקופת המאסר המקסימלית חלף הקנס משנה לשלוש שנים.⁵⁷ השינוי הוסבר כך בהצעת החוק:⁵⁸

”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.”

במקביל להארכת תקופת המאסר חלף הקנס, תיקון מס' 2 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה)⁵⁹ הוסיף לחוק את הסעיפים הנוגעים לתוספת פיגור על אי תשלום קנס (המקבילים לסעיפים 67 עד 69 בחוק העונשין). מעניין לציין כי שיעור 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 סניגורו או שהומצא לנאשם. ואולם, בשנת 2000 בוטל תיקון זה, עם חקיקתו של סעיף 129א לחוק סדר הדין הפלילי, אשר קבע את האפשרות להטיל על הנאשם מאסר חלף קנס בהיעדרו,⁶⁰ וזאת על מנת למנוע את האפשרות לפיה נאשם ימנע מן המדינה להמיר את עונש הקנס במאסר על ידי כך שלא יתייצב למשפטו. בתחילה, נקבע התיקון בהוראת שעה (שעמדה בתוקפה למשך חמש שנים),⁶¹ אך בשנת 2005 הוחלט להפוך את ההוראה להוראה של קבע.⁶² לצד הרחבת האפשרות

⁵⁶ חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) (תיקון מס' 5), תשכ"ג-1963. החוק הוחלף בהמשך בחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) (נוסח משולב), תש"ל-1970 (ס"ח 598, 20 ביולי 1970), והותיר על כנו בסעיף 34 את הסמכות להטלת מאסר במקום קנס.

⁵⁷ חוק העונשין (תיקון מס' 9), תש"ס-1980, בסעיף 11 לתיקון.

⁵⁸ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 10) (1.8.1979), ה"ח 1414, בעמ' 269.

⁵⁹ חוק דיני עונשין (דרכי ענישה) (תיקון מס' 2) תשל"ג-1973, ס"ח 679, 18 בינואר 1973.

⁶⁰ וזאת כחריג לכלל הקבוע בסעיף 129 לחוק סדר הדין הפלילי, לפיו אין לגזור מאסר על נאשם שלא בפניו.

⁶¹ ראו חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26 והוראת שעה), התש"ס-2000, ס"ח 1742 (25.6.2000). הוראת השעה הוראה לשנתיים נוספות, עד ליום 1.9.2005, בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 26 והוראות שעה) (תיקון), התשס"ג-2003, ס"ח 1899 (6.8.2003).

⁶² חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 46), התשס"ו-2005, ס"ח 2035 (22.11.2005), בעמ' 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 נאלצות 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 והוראות שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ה-2005. נציין, כי בניגוד לאמור בדברי ההסבר, נתונים שהובאו בפני ועדת החוקה, חוק ומשפט מלמדים כי היקף השימוש במאסר חלף קנס באותה עת לא היה של מקרים "בודדים" כפי שצוין בהצעת החוק, אלא של כמאה מקרים בשנה. ממסמך שהגיש המרכז לגביית קנסות לוועדת חוקה חוק ומשפט עולה כי בשנת 2003 בוצעו בפועל 111 פקודות מאסר, בשנת 2004 – 113 פקודות מאסר, ובין חודש ינואר 2005 ועד לחודש אוגוסט 2005 – 140 פקודות מאסר. עוד עולה מאותו מסמך כי הרוב המוחלט של התיקים הפליליים במרכז לגביית קנסות באותה עת היה של עד 10,000 ₪, וכמעט כמחציתם היה של עד 1,000 ₪. אלו הנתונים שהובאו באותו מסמך לגביי גובה הקנסות הפליליים שהועברו לטיפול המרכז: גובה קנס עד 1,000 ₪ כולל – 42.5% מהתיקים; גובה קנס בין 1,001-5,000 ₪ – 37% מהתיקים; גובה קנס בין 5,000-10,000 ₪ – 9.7% מהתיקים; גובה קנס מעל 10,001 ₪ – 10.7% מהתיקים. ראו מכתב מאת המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות לייעוץ המשפטי של ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 7.9.2005 (המסמך זמין

להטיל על נאשמים מאסר חלף קנס, כלל תיקון החקיקה גם חובה ליתן לנאשם התראה בטרם הפעלת צו מאסר שניתן בהיעדרו⁶³ וכן כלל אפשרות לבטל את הצו לאחר שניתן בהיעדר הנאשם).⁶⁴

ב. מאפייני השימוש במאסר חלף קנס בישראל

על פי נתוני המרכז לגביית קנסות המובאים במסגרת מאמר זה לראשונה,⁶⁵ מדי שנה נכלאים מאחורי סורג ובריח מאות אנשים בשל העובדה כי לא שילמו קנס שהוטל עליהם בהליך פלילי. מתוך כ-30,000 שגזר הדין בהם כולל הוראת מאסר חלף קנס, מונפקות מדי שנה כ-3,000 פקודות מאסר לחייבים, ומאות מתוך פקודות אלו מופעלות הלכה למעשה ומובילות לכליאתם של אנשים בשל אי תשלום הקנס.

שנה	סוג תיק	מספר התיקים בהם כלל גזר הדין אפשרות להטלת מאסר חלף קנס	מספר תיקים שנסגרו בגין מאסר החייב (דהיינו – האדם ריצה מאסר חלף הקנס)	פקודות מאסר מופקות
2012	פלילי	7,657	450	2,116
	תעבורה	22,508	7	
2013	פלילי	7,449	222 ⁶⁶	3,120
	תעבורה	19,978	8	
2014	פלילי	7,710	476	3,110
	תעבורה	20,184	6	
2015	פלילי	7,809	389	2,500

באתר הכנסת, בחומרי הרקע לשיבת וועדת החוקה מיום 8.9.2005 בנושא חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 46), התשס"ו-2005 – הכנה לקריאה שנייה ושלישית).

⁶³ סעיף 129א(ג) לחוק סדר הדין הפלילי.

⁶⁴ סעיף 129א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי. בהצגת החוק במליאת הכנסת, הדגיש יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, חה"כ מיכאל איתן, את הצורך בהפעלה זהירה של המאסר 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 שידונו ויבטלו את הצו, אתה תוכל להשמיע עוד הפעם את טענותיך. אם אתה צריך לשלם וכרגע אתה לא יכול, אתה יכול לבקש תשלומים. נעשה הכל על מנת שלא תלך לבית-הסוהר, אבל מצד שני אנחנו לא מוכנים בשום פנים ואופן שכאשר החוק קובע שלא מטילים מאסר על אדם שאיננו 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 הרחמים והחסד והמחילה תאפשר לכם לשלם קנס ולא ללכת למאסר." הכנסת ה-16, ישיבה 289 מיום 15.11.2005.

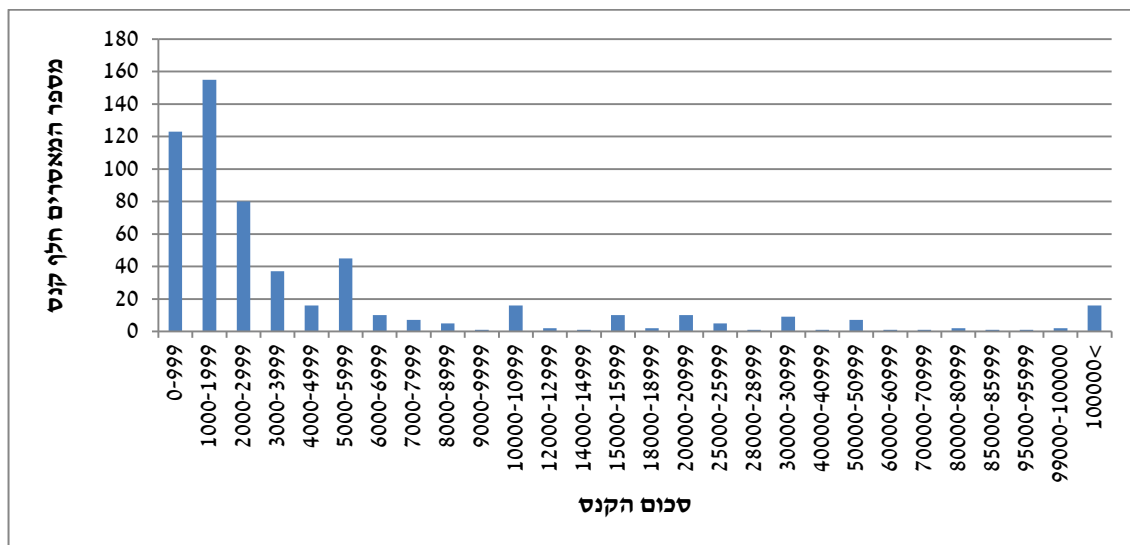
⁶⁵ הנתונים הועברו לכותבים מן המרכז לגביית קנסות ביום 19.2.2017 וביום 30.1.2018 (עבור נתוני 2017). כן ראו הנתונים שהועברו לתנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 33.

⁶⁶ הנתון הנמוך יחסית בשנת 2013 נובע בין היתר מכך שבתקופה שבין 5.3.2012 (מועד החלטת הביניים בעניין גוסקוב) ועד למתן פסק הדין הסופי בעניין גוסקוב ביום 20.11.2012 הוקפא הטיפול בכאלף תיקי מאסר חלף קנס. ראו הודעה משלימה מטעם המבקשת בעניין גוסקוב מיום 7.6.2012.

			תעבורה	20,973	4
2016	פילי ותעבורה	29,155	3,376	483	
2017	פילי ותעבורה	25,629	2,400	236 ⁶⁷	
2018	פילי ותעבורה	לא נמסר	3,364	298	

אם כן, סיכום הנתונים הוא, כי בכ-10% מתוך התיקים בהם נכללה הוראת מאסר חלף קנס בפסק הדין הופקו בהמשך פקודות מאסר כנגד החייבים, וכי בכ-13% מתוך מקרים אלו נסגרו התיקים על דרך של מאסר החייב בפועל. כלומר, בכאחוז מתוך כלל התיקים בהם נכללת האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס מופעל מאסר זה בפועל.

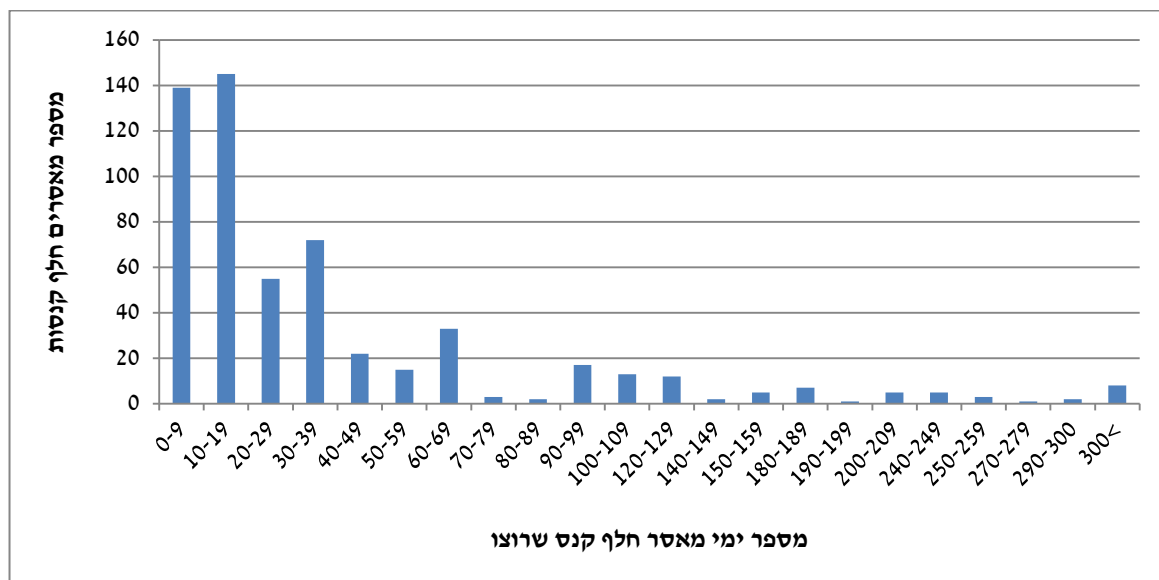
מתוך התיקים בהם רוצה מאסר חלף קנס בפועל בשנים 2017-2018, 38% מהנאשמים ריצו מאסר בגין סכום של עד 1,000 ₪; 43% ריצו מאסר בגין סכום של 1,001 עד 5,000 ₪; 7% בגין סכום של בין 5,001 ועד 10,000 ₪; 8% בגין סכום של בין 10,001 ל-50,000 ₪; ו-5% בגין סכום של מעל 50,000 ₪. דהיינו – למעלה מ-80% מן הנאשמים שריצו מאסר חלף קנס בישראל הם אנשים שלא שילמו קנס שגובהו עד 5,000 ₪.



מבחינת אורכי תקופות המאסר חלף קנס, 23% מהנאשמים בשנים 2017-2018 ריצו מאסר של עד שבוע; 21% בין 8 ימים לשבועיים; 28% בין שבועיים לחודש; 13% בין חודש לחודשיים; 15%

⁶⁷ בין חודש נובמבר 2016 לחודש אפריל 2017 התקיים מבצע הפחתת תוספות פיגורים לפי חוק הפחתת תוספות פיגור שנוספו על קנסות הנגבים בידי המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות (הוראת שעה) התשע"ז-2016 (סי"ח 2584, עמ' 17, 17.11.2016), ובתקופה זו לא ננקטו הליכים כנגד החייבים.

ריצו מרצים מאסר של בין חודשיים לשנה; ורק שלושה נאשמים ריצו מאסר חלף קנס של למעלה משנה.⁶⁸



ג. על תכליות ומיתוסים – האם אכן יש הצדקה לשימוש במאסר חלף קנס?

הפסיקה והכתובה האקדמית עמדו כאמור על שתי תכליות מרכזיות שהמאסר חלף הקנס נועד לשרת, ואשר מצדיקות את השימוש בסמכות חריגה זו: התכלית האכיפתית והתכלית העונשית.⁶⁹ על פי התכלית האכיפתית, המאסר חלף הקנס נועד לשמש לגבייה אפקטיבית של הקנס.⁷⁰ זוהי על פי הפסיקה תכליתו העיקרית של המאסר חלף הקנס. 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".⁷¹ גם בעניין **ניזרי** הודגש כי מטרתו העיקרית של המאסר חלף הקנס היא להשתמש "בחרב המתהפכת" של המאסר-בכוח כדי להמריץ את מי שחוייב בקנס לשלמו.

ואולם, לא נסתרה מעיניהם של בתי המשפט ושל התביעה הטענה לפיה כי ככל שאין לנאשם יכולת כלכלית לעמוד בתשלום הקנס, הרי שאין כל הצדקה לנסות ולתמרץ אותו באיום למאסר לשלם קנס שאין ביכולתו לשלמו. ואולם, במקרים אלו הצדיקה הפסיקה את הפעלת המאסר חלף הקנס, בכך שהמאסר חלף הקנס נושא לצד תכליתו האכיפתית גם אופי עונשי.⁷² האופי העונשי של המאסר חלף הקנס מתבטא בכך שניתן להחליף את הקנס שלא שולם במאסר באורך אותו קבע

⁶⁸ ראו לעיל הי"ש 33.

⁶⁹ לדיון בתכלית הכפולה של המאסר חלף הקנס בארצות הברית ולביקורות שניתן להעלות כנגד הצדקות לכאוריות אלו ראו Westen, לעיל הי"ש 49, בעמ' 789-795.

⁷⁰ עניין **חכמי**, לעיל הי"ש 27, בעמ' 427-426.

⁷¹ עניין **גוסקוב**, לעיל הי"ש 37, פסקה לב.

⁷² ראו עניין **אזולאי**, לעיל הי"ש 6, בפסקאות 15-12 וההפניות שם.

בית המשפט. זהו, למשל, הטעם העומד בבסיס העובדה כי ריצוי המאסר בא במקומו של עונש הקנס ומשחרר את הנאשם מתשלום הקנס במלואו או בחלקו.⁷³ האופי העונשי של המאסר חלף הקנס הוא גם זה המבחין בינו לבין המאסר האזרחי על אית-שלום חוב, למשל, אשר כל כולו אמצעי אכיפה של תשלום החוב ואין בו מימד עונשי כלשהוא (ומשום כך ריצויו אף אינו מפחית את החובה לתשלום החוב).⁷⁴ על פי התכלית העונשית, נועד המאסר חלף הקנס להגשים את מטרות הענישה המופנית כלפי הנאשם, ומכאן, שיש הצדקה להפעילו גם כאשר אי-תשלום הקנס נובע מחוסר יכולתו הכלכלית של הנאשם, ולא רק מהעדר רצונו לשלם את הקנס שהוטל עליו.

ואולם, כפי שנטען להלן, שתי הצדקות אלו אינן עומדות בפני הביקורת, ובחינתן לעומק מלמדת כי אין ראיות מספקות לקבוע כי המאסר חלף הקנס הוא כלי אפקטיבי יותר מן החלופות הקיימות לצורך גביית קנסות (ובוודאי שאינו כלי יעיל יותר), וכי אף מבחינה עונשית, קשה לקבל את הטענה לפיה "משוואת הענישה", המתאימה את אורך המאסר לגובה הקנס ולמכלול מרכיבי הענישה בכל מקרה, אכן מתקיימת במציאות. יתרה מכך, נטען להלן כי גם לו שתי הצדקות אלו היו משכנעות ועומדות בפני הביקורת, הרי שהפגיעה החלוקתית הקשה הטמונה במאסר חלף הקנס, המופעל באופן בלתי שיוויוני כלפי עניים ומוביל לפגיעה בלתי פרופורציונלית בחירות הנאשמים, מצדיקה להורות על ביטולו. נדון בשלושה מרכיבים אלו של הטיעון – ביקורת התכלית האכיפתית; ביקורת התכלית העונשית; והביקורת החלוקתית – כסדרן.

1.1. ביקורת התכלית האכיפתית של המאסר חלף הקנס

לעיון התכלית האכיפתית, המצדדים בשמירה על מגנון המאסר חלף הקנס מזכירים באופן תכוון את האפקטיביות של החשש ממאסר ביצירת תמריץ לתשלום הקנס. האיום במאסר, כך הטענה, יוביל את הנאשם לפנות לגיוס כספים מקרוביו, לחשוף כספים שהוסתרו עד לאותה עת מפני הרשויות, ובאמצעות כספים אלו ישלם את הקנס.⁷⁵ תופעה זו – אותו "נס" המתרחש לאור החשש

⁷³ ראו סעיף 71(ג) לחוק העונשין.

⁷⁴ **עניין חכמי**, לעיל ה"ש 27, בעמ' 426. ראו גב"ץ 5304/92 פר"ח 1992 נ' **שר המשפטים**, פ"ד מז(4) 715, שבו תקן בית המשפט את מאסר החייבים האזרחי בכך שבהקשר האזרחי מתקיימת אך התכלית האכיפתית, אך אין מקום בהקשר זה 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. שהרי מאסר בנסיבות כאלה אינו משמש כאמצעי כפייה לתשלום החוב, אלא כענישה על אי-תשלום החוב, וכזאת לא ייעשה במערכת משפטנו" (שם, בפסקה 1). אם כי, מעניין להזכיר בהקשר זה את עמדתו של המשנה לנשיא אלון בעניין **ג'עפרי**, בה הביע דעתו כי על פי הדין העברי, ההצדקה למאסר חלף קנס בדין הפלילי נמוכה יותר מאשר ההצדקה למאסר חייבים בדין האזרחי. כפי שסיכם: "הקפדה יתרה מצויה אפוא במשפט העברי שלא לשלול חירותו של אדם עני ושלם" לעונות 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**, פסקה 19 וכן מנחם אלון **חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי** (תשכ"ד), בעמ' 111 ואילך.

⁷⁵ השאלה האם ראוי כלל להוביל למצב שבו בני משפחתו וקרוביו של הנאשם 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 עבירה (טלו, לדוגמא, מקרה בו מרגישה סבתו של הנאשם מחויבת לכסות את קנסותיו מכספי הפנסיה שלה על מנת להגן עליו מפני כניסה למאסר). לביקורת על השפעה זו של המאסר חלף הקנס על בני משפחתו של הנאשם ראו Westen, לעיל ה"ש 49, בעמ' 792. עוד ראו בהקשר זה גם פסקה 37 בעניין פר"ח, שם, בה העיר בית המשפט העליון למעלה מן הצורך כי גם מקום שבו האדם משתמט מתשלום חוב אזרחי, לא ברור שניתן חוקתית לאכוף עליו את התשלום במאסר: "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 כך, היינו שיש לשלול את אמצעי המאסר על חוב לחלוטין, גם כאשר מטרותו הבלעדית היא כפייה לתשלום החוב ולא ענישה על אי-תשלום".

מהפעלת המאסר - קיבלה את הכינוי Miracle of the Cells.⁷⁶ לתמיכה בטענה זו, ניתן לכאורה להפנות לנתונים אותם סקרנו לעיל, המלמדים כי במרביתם של המקרים כלל לא מופקת פקודת מאסר וכי גם כאשר מופקת פקודה כאמור, במרבית המקרים הפקודה אינה מופעלת ועל כן החייב אינו נאסר בפועל (כאמור, רק בכאחוז מן המקרים בהם קיימת אפשרות תיאורטית להפעלת מאסר אכן נאסרים הנאשמים בפועל). זאת, בהנחה כי אי ריצוי מאסר אכן מצביע על תשלום החוב במלואו.

ואולם, בחינה נוספת של הנתונים מלמדת כי לא ניתן להסיק מהם בהכרח על האפקטיביות של המאסר חלף הקנס. ראשית, עלינו לזכור כי אין בידינו נתונים המשווים בין אחוזי הגבייה בתיקים בהם נקבעה האפשרות להפעלת מאסר חלף קנס, לבין מקרים בהם לא הייתה קיימת אפשרות זו. למיטב ידיעתנו, לא נערך בישראל כל מחקר שהשווה בין שיעור הגבייה של קנסות פליליים שנקבעה לצידם חלופה של מאסר חלף קנס לבין שיעור הגבייה של קנסות פליליים שלא נקבעה לצידם חלופה כזו.

על הזהירות בה יש לנקוט בעת שמנסים להסיק מסקנות באשר לאפקטיביות של המאסר ככלי אכיפתי ללא השוואה לנתונים הנוגעים לאפקטיביות של כלי גבייה אחרים ניתן ללמוד מן הנתונים שנאספו בעניין זה במסגרת הליכי הביטול של מאסר החייבים האזרחי, אשר לימדו כי בניגוד לתחזיות שהועלו על ידי גורמים שונים, החלפת המאסר באמצעי גבייה חלופיים, כגון שלילת רישיון, הגבלה על שימוש בכרטיס חיוב ועיכוב יציאה מן הארץ, לא הובילה לירידה באפקטיביות של הגבייה, אלא להפך, הובילה לשיעורי גבייה זהים ואף גבוהים יותר.⁷⁷ בדומה לכך, ייתכן בהחלט שכלי האכיפה הנתונים בידי רשם המרכז לגביית קנסות (הדומים בעיקרם לכלי האכיפה שנוספו לאכיפה האזרחית עם ביטול מאסר החייבים), ואשר כיום לא נעשה בהם שימוש במקרים בהם ממילא עומדת לרשות האפשרות לבקש את הפעלת המאסר חלף הקנס, די בהם כדי להוביל לגבייה אפקטיבית מן הנאשמים שיש בידם לעמוד בקנס שהוטל עליהם.⁷⁸

מעניין לציין בהקשר זה כי התחקות אחר הדיונים שקדמו לביטולו של מאסר החייבים האזרחי מלמדת כי רבות מהטענות העיקריות שנשמעו נגד ביטול מאסר החייבים היו זהות כמעט לחלק ניכר מהטענות שנשמעות כיום לתמיכה בהפעלתו של המאסר חלף הקנס מבחינת התועלת

⁷⁶ ראו רבין וואקי, בעמ' 1723.

⁷⁷ לסקירת הנתונים ראו הכנסת, מרכז המחקר והמידע, **ביטול האפשרות להוציא צווי מאסר נגד חייבים במערכת ההוצאה לפועל והשפעתו על שיעור גביית החובות** (2014), זמין בכתובת: <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03536.pdf>. בדברי ההסבר להצעת החוק הממשלתית של תיקון 43 שביטל את ההוראה האמורה בחוק ההוצאה לפועל נכתב, בין היתר, כי: "המערכת מחויבת גם לשמירה על זכויותיו של החייב וכלל 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 לבדוד את החייבים בעלי היכולת המשתמטים מתשלום חובותיהם, מתוך קבוצת החייבים שאינם משלמים את חובותיהם, 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 שתבטל האפשרות לנקוט מאסר כלפי חייבים שאינם חייבים במזונות." ראו הצעת חוק ההוצאה לפועל (תיקון מס' 43), התשע"ד-2014, ה"ח 864. לסקירת ההיסטוריה של ביטול מאסר חייבים ראו סקירה מקיפה שערכה הלשכה המשפטית של הכנסת לקראת הדיון בתיקון מס' 43: ירון אונגר, **מאסר חייבים בהוצאה לפועל – רקע תיאורטי וסקירה משווה** (21 בדצמבר 2013).

⁷⁸ ראו בהקשר זה גם וויסבורד ואח', בעמ' 30. ראו גם: Sally T. Hillsman *Fines and Day-Fines CRIME AND JUSTICE: A REVIEW OF RESEARCH* (Norval Morris and Michael Tonry eds., 1992).

האכיפתית. הטענה המרכזית באותה עת הייתה כאמור כי מאסר החייבים הוא כלי רב עוצמה ואפקטיבי כדי לכפות על 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.⁷⁹ טענה נוספת שהועלתה בהקשר זה, ונפוצה כאמור גם באשר לדיון במאסר חלף הקנס הפלילי, היא הטענה לפיה השימוש בכליאה מוביל ל"נס" שבו הנאשמים נאלצים לחשוף את הכספים שיש ברשותם ואשר הסתירו עד לאותה עת. כך, למשל, טען במסגרת הליכי החקיקה הנוגעים למאסר החייבים האזרחי חה"כ אליהו מרידור ממפלגת "חירות":

"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."⁸⁰

שנית, אף המחקר האקדמי המשמש את המצדדים בשימוש במאסר חלף קנס מלמד אך על כך שמאסר חלף קנס מעלה את שיעור גביית הקנסות באשר לקבוצות שהן בעלות יכולת כלכלית לעמוד בתשלום הקנס. במחקר שבחן את תרומת המאסר חלף הקנס לאפקטיביות של גביית קנסות, חקרו דיוויד וייסבורד, תומר עינת ומאט קוואלסקי את ההשפעה שהייתה לאימוץ האפשרות להפעלת מאסר חלף קנס על הליכי הגבייה בניו-ג'רזי.⁸¹ על פי מסקנות המאמר, הוספת רכיב של כליאה כאמצעי אכיפה לתשלום הקנס הובילה לעלייה משמעותית באחוזי תשלום הקנס, ומכאן, שהמאמר מצדיק לכאורה את הכלי האכיפתי של המאסר חלף הקנס. ואולם, מכיוון שהפעלת המאסר חלף הקנס בארה"ב מתאפשרת לכתחילה רק במקרים בהם הובאו ראיות כי הנידון בעל יכולת כלכלית לעמוד בקנסות שהוטלו עליו, הרי שלא ניתן להצדיק על בסיס מחקר זה את השימוש במאסר חלף קנס ככלי אכיפתי כנגד מי שאין ביכולתו לשלם את הקנס (והדברים מובנים גם באופן הגיוני, שכן לא ניתן לתמרץ אדם לשלם כספים שאין לו).⁸² החוקרים עצמם הבהירו בהקשר זה שהנאשמים שנכללו במחקר הם נאשמים שהיו בעלי יכולת תעסוקה ויכולת כלכלית, וכי אפקט דומה לא קיים בהכרח באשר לקבוצות אחרות שאינן בעלות יכולת כלכלית.

⁷⁹ כך, למשל, כתב השופט דוד בר-אופיר במאמר שצייד בהותרתו על כנו של מאסר החייבים (וזאת ללא הפניה לנתונים, יש לציין): "למרבה הצער, הולכת ונרשמת ירידה תלולה בתזרים המזומנים שנכנסים לקופות ההוצאה לפועל [...] מצב זה מעיד כמאה 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 השופט דוד בר אופיר, "מאסר חייבים וגביית חובות בהוצאה לפועל: הערות לבג"צ 5304/92 פר"ח 1992 נ' שר המשפטים ואחרים" **המשפט** ב (תשנ"ה) 327, 330-331.

⁸⁰ הציטוט אצל חריס, **מאסר החייבים**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 480.

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(1) CRIMINOLOGY AND PUBLIC POLICY 9-36 (2015). למחקרים קודמים ראו Sally T. Hillsman and Silvia S.G. Casale THE ENFORCEMENT OF THE FINE AS AN INTERMEDIATE SANCTION: THE ENGLISH EXPERIENCE AND ITS RELEVANCE TO AMERICAN PRACTICE Andrew R. Klein ALTERNATIVE SENTENCING INTERMEDIATE ; Steve Uglow CRIMINAL JUSTICE (1995) ; (1986) SANCTIONS AND PROBATION (1998).

⁸² שם, בעמ' 15.

באשר לאלו, מציעים החוקרים, ייתכן שכלים שיקומיים יסייעו באופן משמעותי יותר בהעלאת שיעור הגבייה.⁸³

שלישית, גם לו ניתן יהיה להוכיח כי השימוש במאסר חלף קנס הוא דרך אפקטיבית יותר להוביל לתשלום קנסות, יש לזכור כי מדובר באמצעי גבייה יקר יחסית, שיש לבחון האם עלותו הגבוהה מצדיקה את העלייה באפקטיביות של הגבייה. וייסבורד ועמיתיו הביעו ספקות בהקשר זה האם אכן העלות הגבוהה של הפעלת המערכת להטלת מאסרים חלף קנס והעלות הכרוכה בכליאה ובהגברת הצפיפות בבתי הסוהר מצדיקה את העלייה בגביית הקנסות.⁸⁴ בישראל לא נערך כימות של העלות הבירוקרטית הנובעת מקיומו של המאסר חלף הקנס (עלות בירוקרטית שאינה זניחה, בהתחשב בכללים שנקבעו בפסיקה להגשמת ההליך ההוגן בהפעלת המאסר חלף קנס), ואולם נזכיר, למשל, כי עלות ממוצעת של שנת מאסר בישראל עומדת על כ-120,000 ₪ לאסיר, ועל כן עלותו השנתית של הפעלת המאסר חלף קנס, בהתאם לנתונים שנאספו באשר לכלל ימי המאסר שרוצו בשנים האחרונות, עמדה על כ-2.7 מיליון ₪ בשנת 2017 (עלותם של 8324 ימי מאסר חלף קנס מצטברים) ועל כ-5.3 מיליון ₪ בשנת 2018 (עלותם של 16,059 ימי מאסר חלף קנס מצטברים).⁸⁵ יש לזכור, כי עלות כליאה זו מצטברת להפסד נוסף המתגלם באי גביית קרנות הקנס עצמן, שכן המאסר מחליף את תשלום הקנס ובכך פוטר את החייב מתשלום. כך למשל, בנוסף לעלויות הכליאה כאמור, בשנת 2017 ובשנת 2018 סכום הקנסות הכולל שבגינו רוצו ימי מאסר חלף קנס עמד על כ-3.7 מיליון ₪ בכל שנה.^{86 87}

מכל האמור עולה כי התכלית האכיפתית אין בה כדי להצדיק את השימוש במאסר חלף קנס, שכן אין בנמצא נתונים המוכיחים את ההכרחיות של המאסר חלף קנס ככלי אכיפתי הנדרש לשם קיומו של הקנס כאמצעי ענישה בר קיימא, וכי הנתונים שנאספו בהקשר זה עם ביטול מאסר החייבים מחזקים את הסקפטיות באשר להכרחיות זו. עוד נראה כי אף אם אכן ישנה תרומה מסוימת לשיעורי הגבייה עם קיומו של המאסר חלף הקנס, לא ברור כי תרומה זו מצדיקה את העלות הבירוקרטית והישירה של כלי זה, שמתחוויר כלא יעיל כלכלית. זאת, עוד בטרם בחנו את העלויות המוסריות והחלוקתיות הטמונות בו, אליהן נפנה בהמשך פרק זה.

ג.2. ביקורת התכלית העונשית של המאסר חלף הקנס

כאמור, לצד התכלית האכיפתית, הפסיקה התייחסה גם לאופיו העונשי של המאסר חלף הקנס, היכול לבוא במקומו של עונש הקנס ולמלא את מקומו במשוואת הענישה הכוללת שקבע בית המשפט. ואולם, לגישתנו, בחינה ביקורתית של תכליתו העונשית של המאסר חלף הקנס מלמדת שאף בה אין כדי להצדיק את השימוש במאסר חלף קנס.

⁸³ שם, בעמ' 30.

⁸⁴ שם, בעמ' 29-30.

⁸⁵ הערכת עלות שנת מאסר נסמכת על **דוח ועדת דורנר**, בעמ' 27. נתוני ימי המאסר נסמכים על הנתונים שהובאו במענה לחופש המידע של התנועה לחופש המידע, לעיל ה"ש 33.

⁸⁶ הפער בעלות הכליאה בשנים 2017 ו-2018 חרף סכום הקנסות הכולל הזהה נובעת מהפער בימי המאסר חלף קנס השונים שרוצו עבור אותו סכום מצטבר. יש בכך כדי להוות דוגמא נוספת לשרירותיות הקיימת בהמרת סכומי הקנס לימי מאסר על פי השיטה הקיימת.

⁸⁷ ראו שם.

ניתן להבין את תכליתו העונשית של המאסר חלף הקנס בהתאם לאחת משתי פרשנויות אפשרויות: הראשונה היא שקיים יחס המרה מסוים בין עונש הקנס לעונש המאסר, כך שהמרת עונש הקנס שגובהו סכום מסוים בעונש מאסר שאורכו מסוים מובילה לפגיעה עונשית זהה בנאשם. מכאן, שהפעלת המאסר חלף הקנס אינה מובילה להחמרה עונשית נוספת, אלא היא אך מגשימה את חומרת העונש שהוטל על ידי בית המשפט בגזר הדין בדרך עונשית אחרת, בכך שהיא ממירה את עונש הקנס שהנאשם לא נשא בו בעונש מסוג אחר. הפרשנות השנייה היא כי גם 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, שהוא פסול לכשעצמו. גישה זו עולה, למשל, מפסק הדין בעניין **ניזרי** ומן הפסיקה האמריקאית,⁸⁸ המצדיקים שימוש במאסר חלף קנס מקום בו הוכח שלנאשם יכולת כלכלית לשלם את הקנס ואף על פי כן הוא עומד במריו ואינו משלם. כפי שסיכם זאת השופט סולברג בעניין **ניזרי**: "התרסה, זילות וסרבנות לשלם קנס, מן הראוי שיביאו את החייב אל מאחורי סורג ובריח; לא כן דלותו."⁸⁹

הפרשנות הראשונה – לפיה ניתן להצביע על יחס המרה בין עונש הקנס לעונש המאסר שאינו מוביל להחמרה עונשית נוספת - הוצגה למשל על ידי המדינה בעניין **אזולאי** ונאספה תחת הביטוי "עקרון ההכבדה העונשית האקוויוולנטית".⁹⁰ על-פי פרשנות זו, בית המשפט שגזר את דינו של אדם לקנס, בין אם כרכיב ענישה בלעדי ובין אם כרכיב ענישה מצטבר, הטיל עליו הכבדה עונשית מסוימת במישור הכלכלי בכך שהטיל עליו קנס, ואולם 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 אם הנאשם אינו יכול לשלם או אינו רוצה לשלם את הקנס שהושת עליו, תוגשם כך או אחרת "משוואת הענישה" באמצעות ריצוי המאסר תמורת 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 חוסר כיסו.

אלא, שלעמדתנו, קשה הן ברמה המושגית הן ברמה הפרקטית לקבל פרשנות זו וזאת נוכח ההבדלים המהותיים שבין עונש הקנס לעונש המאסר. כאמור, לקנס ולמאסר מאפיינים שונים הן מבחינת הפגיעה באדם עצמו הן מבחינת ההשלכות החברתיות של הענישה. מכאן, שניתן להניח כי בחירתו של בית המשפט להטיל לכתחילה על הנאשם עונש של קנס לקחה בחשבון מאפיינים אלו במטרה להוביל לענישה שלא תסבול מרבים מתחלואיו של עונש המאסר. שאם לא כן, היה בית המשפט מטיל על הנאשם לכתחילה עונש של מאסר, מבלי להיזדקק "למעקף" של השימוש במאסר חלף הקנס. בתשובה לכך, יטען הטוען – ייתכן כי בית המשפט רצה לכתחילה להסתפק בקנס, שאינו כולל פגיעות פריפריאליות אלו, ואולם, ככל שכלי ענישה זה אינו ניתן לאכיפה למעשה, קבע הוא יחס המרה מושכל בין הקנס שלא ישולם לבין הפגיעה העונשית החלופית המתבטאת במאסר. המצדדים בעמדה זו יוסיפו ויאמרו כי ניתן אף להצביע על מקרים בהם דווקא עונש הקנס יהיה פוגעני יותר מאשר עונש המאסר – המקרה המובהק יהיה של אדם

⁸⁸ ראו לעיל בחלק ד.

⁸⁹ עניין **ניזרי**, פסקה 39.

⁹⁰ ראו תגובת המדינה בעניין אזולאי מיום 8.3.2015.

שממילא הוטל עליו עונש מאסר ממושך, ולכן ייתכן שיבחר להאריך במידת-מה את עונש המאסר אותו הוא מרצה על מנת לפטור עצמו מעונש קנס גבוה אשר יהווה עבורו משקולת כלכלית רבת-משקל לכשיסיים לרצות את עונש המאסר; מקרה אחר יהיה של אדם שנכח מצבו הכלכלי הקשה יעדיף לרצות עונש מאסר ולא לגרור עימו לעד קנס שלא יוכל לעמוד בתשלומו. קיומם של מקרים אלו, כך הטענה, מלמד על כך שבמישור העקרוני, אין קושי בהמרת עונש קנס בעונש מאסר הולם.

ואולם, דווקא דוגמאות אלו מלמדות על כך שלא ניתן להפריד בין שאלת המרת העונשים משאלת יכולתו הכלכלית של האדם ומכלל מאפייני המקרה. גם אם אדם עני "מעדיף" לרצות עונש מאסר ולא לחסוך מעצמו או ממשפחתו מצרכים בסיסיים, ואילו אדם עשיר "מעדיף" לשלם סכומי כסף שאינם פוגעים בליבת צרכיו, העדפות אלו אינן מתקיימות במנותק ממצבם הכלכלי וממכלול נסיבות העניין. יתרה מכך, גם אם במישור התיאורטי ניתן ליצור משוואת ענישה ראויה, אשר תתגבר על קשיים אלו, ותיגזר ממגוון הנסיבות האישיות, המשפחתיות והכלכליות של הנאשם, כמו גם מעונשים אחרים שהוטלו עליו ומנתונים נוספים, הרי שלאור הפרקטיקה הנוהגת היום במשפט הישראלי, בה החלופה של מאסר חלף קנס ניתנת בשולי פסק הדין וללא הנמקה, קשה לקבל ברצינות את הטענה כי "משוואת ההמרה" אותה בחן בית המשפט לקחה בחשבון את מכלול ההשלכות של המרת עונש הקנס בעונש המאסר מבחינת השלכתם העונשית וערכה בעניין זה בחירה מושכלת בעניינו של הנאשם. אין זה מפתיע, אם כן, כי במקרים הספורים בהם נדונה בפסיקה באופן מפורש שאלת ההצדקה להטלת הרכיב של מאסר חלף קנס - וזאת במקרים נדירים בהם ערערו נאשמים במפורש על רכיב זה בגזר דינם - התוצאה לא פעם הייתה ביטולו של רכיב המאסר חלף הקנס, ללא הוספת מאסר נוסף או רכיב ענישתי נוסף שיבוא "במקומו" של הקנס שיייתכן כי לא ירוצה.⁹¹ כלומר, גם אם במישור התיאורטי ניתן היה להצדיק את "עקרון ההכבדה העונשית האקוויוולנטית", בפועל, קשה להלום גישה זו כמתארת את הפרקטיקה בבתי המשפט.

נפנה, אם כן, לפרשנות השנייה לתכליתו העונשית של המאסר חלף קנס. על פי פרשנות זו, אכן ייתכן שתתרחש החמרה בעונשו של הנאשם בשל החמרה של הקנס במאסר, ואולם החמרה זו היא מוצדקת משום שבכך שהנאשם לא שילם את הקנס, הפר הוא את גזר הדין שהושת עליו. ואולם, פרשנות זו מחייבת שתי מסקנות חשובות לעניינו. המסקנה הראשונה היא כי לפי פרשנות זו אין הצדקה להפעיל את המאסר חלף הקנס ביחס לנאשמים שלא שילמו את הקנס לא מתוך בחירה, אלא מתוך חוסר ברירה והיעדר יכולת כלכלית. אין כל מימד של אשם בעצם היותו של נאשם חסר אמצעים לעמוד בקנס שהוטל עליו, ואין להענישו בחומרה רבה יותר בשל עונו. המסקנה השנייה היא כי עוצמת החמרה העונשית בהמרת עונש הקנס בעונש אחר צריכה להיות

⁹¹ כך, למשל, בע"פ 4531/18 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 26.7.18), קבע בית המשפט העליון כי בהיתן המצב הכלכלי של המשפחה, היה קיים חשש של ממש שהמערער, שהיה קטין, ירצה תקופת מאסר נוספת של 50 יום אך בשל אי תשלום הקנס, ומסקנה זו הובילה אותו לבטל את הרכיב של המאסר חלף הקנס באותו עניין (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 לרצות בפועל עונש מאסר נוסף. כך, למשל, במקרים בהם נקבע סכום פיצוי גבוה, אשר מכיוון שהוא נגבה בטרם גביית סכום הקנס, משמעותו המעשית היא פעמים רבות ריצוי הקנס בדרך של מאסר. ראו למשל: ע"פ 4190/13 סמואל נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 18.11.2014) בפסקאות 126-128; ע"פ 3591/17 רז נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 10.4.2018). ראו גם ע"פ 679/15 גזאוי נ' מדינת ישראל (11.3.2015), בו נקבע כי בית המשפט ישקול בחיוב לעכב תשלום קנס מקום בו שוכנע כי אי תשלום הקנס יוביל בהכרח להשתתף מאסר חלף קנס.

כזו המוצדקת על ידי מידת האשם – המוגבלת, יש לזכור – בעצם "החצפת" הפנים כלפי מערכת המשפט המתבטאת בהתחמקות מתשלום הקנס. לעמדתנו, קשה להצדיק ברכיב זה את הפגיעה הקשה בזכויות נלוות וכן בחירות הנגזרת מן ההמרה הקיצונית של הקנס במאסר. ניתן לאמץ כלים מידתיים הרבה יותר להבעת שאט-הנפש הנורמטיבי מהתנהלות זו (ככל שמעוניינים לעשות זאת) שאינם מתבטאים בענישתו של האדם על דרך של מאסר בפועל, שהיא האמצעי מרחיק הלכת והפוגעני ביותר שקיים בארסנל מערכת המשפט. לא בכדי אין שימוש רווח בעונש המאסר למקרים רבים ביותר של הפרת צווי בית משפט מסוגים שונים, המהווים אף הם התרסה לכאורה, באופן שאינו נופל מזה של הנאשם המסרב לעמוד בתשלום הקנס שהוטל עליו.⁹²

מכאן, כי אף בהצדקה העונשית, המצטרפת לעיתים להצדקה האכיפתית למאסר חלף הקנס, אין כדי להצדיק את השימוש באמצעי פוגעני זה, ולכל הפחות, היא עצמה מחייבת את הגבלת השימוש במאסר חלף קנס רק לנאשמים המתחמקים במודע ומתוך בחירה מתשלום הקנס, ומונעת את הפעלתו באשר לנאשמים שאי-תשלומם את הקנס נובע מחיסרון כיסים.

3.3. הביקורת החלוקתית על הטלת מאסר חלף קנס

מן הנתונים שהובאו לעיל עולה כי כ-80% מן הנאשמים אשר מרצים בפועל עונשי מאסר חלף קנס בישראל מרצים עונשים אלו משום שלא שילמו קנסות בשיעורים נמוכים של עד 5,000 ₪. באשר לרובם המכריע של נאשמים אלו, ניתן להניח כי העדר התשלום נבע מחוסר יכולתם הריאלית לעמוד בתשלום זה, ולא מניסיון להסתיר סכומים אלו או מהעדפה לרצות עונש מאסר תמורתם. למעשה, טיעון "ההעדפה" עולה בצורה רצינית רק לגבי אחוז קטן של הנאשמים שריצו בפועל עונשי מאסר, שסכומי הקנסות לצידם היו גבוהים ביותר (ניתן להעריך קבוצה זו, להערכתנו, בכ-5% מכלל המאסרים חלף הקנס המרוצים בפועל, שהם המקרים שרוצו בהם הקנס עלה על 50,000 ₪).

נתונים אלו מעמידים במרכז התמונה את אחת השאלות המרכזיות הנוגעות למאסר חלף קנס, אשר נידונה לא פעם במסגרת פסיקת בתי המשפט, אולם תמיד בהקשר של האדם שהובא בפניהם, וללא התייחסות לנתונים הכוללים, והיא הנוגעת לחשש – אשר כאמור, מתממש בנתונים – לפיו מאסר חלף קנס ירוצה בעיקרו על ידי אנשים שאין בידם לשלם את הקנס שהוטל עליהם. חשש זה הוא כמובן משמעותי, הן מבחינת הפגיעה בחירות הנובעת מכך שחירותם של אנשים תישלל אך בשל חיסרון כיס, הן מבחינת הפגיעה בעקרון השוויון בין עניים ועשירים. אכן, בית המשפט העליון לא הכחיש קושי זה ועמד עליו מספר פעמים בפסיקה, ואולם כפי שיפורט להלן, אנו סבורים כי לא נקבעו עד היום מנגנוני ביטחון אפקטיביים בהקשר זה בדין הישראלי, ואלו הם הגורמים לכך כי בפועל, כפי שעולה ממחקרים רבים ברחבי העולם, גם בישראל מופעל המאסר

⁹² כך, למשל, אין קיימת בדין אפשרות להפעלת "מאסר חלף פיצוי" שהוטל בהליך פלילי.

חלף הקנס במרבית המקרים כלפי אנשים דלי אמצעים שאין ביכולתם לשאת בקנס שהוטל עליהם.⁹³

המימד החלוקתי טמון כבר בהטלת עונש הקנס עצמו. מעצם הגדרתו, ללא מנגנונים מאזנים, עונש הקנס הוא עונש רגרסיבי הפוגע בנאשמים עניים קשה יותר מאשר בנאשמים עשירים.⁹⁴ כך, בעניין **אזולאי** קבע השופט עמית כי: "עבור נאשם דל אמצעים, יהיה הנטל לתשלום הקנס כבד לאין שעור מהנטל המוטל על נאשם בעל ממון, ואילו הטלת קנס נמוך על נאשם אמיד, אינה מהווה נטל כבד ומאיינת את האפקט העונשי וההרתעתי."⁹⁵ הרגרסיביות של הקנס מתבטאת הן בפגיעתו השונה בנאשמים עניים ועשירים והן בעיוות שהוא יוצר להרתעה – מצד אחד, קנס אינו משיג הרתעה יעילה ככל שמבצע העבירה נעדר יכולת כלכלית, ומצד שני, קביעת קנס שאינה מתחשבת במצב הכלכלי תוביל להטלת קנס נמוך מדי ובלתי מרתיע על בעלי אמצעים. רגרסיביות זו מחמירה כאשר העדר היכולת לעמוד בקנס מביאה להפעלת 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

⁹³ לספרות העומדת על השפעת המאסר חלף קנס על אוכלוסיות מוחלשות, ראו, למשל Neil L. Sobol, *Charging the Poor: Criminal Justice Debt & Modern-Day Debtors' Prisons*, Maryland L. Rev. 486, 501-504 (2016) (להלן: סובול), בעמ' 512-516; Alex Harris, Heather Evans and Katherine Beckett, *Drawing Blood from Stones: Legal Debt and Social Inequality in the Contemporary United States* 115(6) *AJS* 1753 (2010); Michael Pinard, *Poor, Black and "Wanted": Criminal Justice in Ferguson and Baltimore*, 1777-1785; Allyson Frederickson & 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" (2014); ACLU Douglas N. Evans, "The Debt ; In for a Penny: The Rise of America's New Debtors' Prisons" (2010); Locking in Poverty ; Penalty: Exposing the Financial Barriers to Offender Reintegration" p. 6 (2014); "How Western Australia drives the poor, women and Aboriginal people to prison" 10 (2014); Tomas ; Addressing fine default by vulnerable and disadvantaged persons: Briefing paper (2016) Fitzgerald, "Twenty Years of Stalled Reform: Imprisonment for Non-Payment of Fines in the Western Australian Criminal Justice System – A Brief History" *Cur. L. & Tax. Rev.* 126, 157 (2015).

⁹⁴ ראו פרוטוקול מסי' 297 - ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט (20 דצמבר 2010), בעמ' 32 - 33, 51 - 52; פרוטוקול 302 (27 דצמבר 2010), בעמ' 22 - 27; פרוטוקול מסי' 475 (21 בנובמבר 2011), בעמ' 30 - 37, בהם עומדים המשתתפים על חשיבות התאמתו של הקנס ליכולתו הכלכלית של הנאשם. מן הראוי לציין כי גם לעונשים אחרים יש מימד רגרסיבי במובן זה שהם משפיעים לעיתים באופן שונה על האדם בהתאם ליכולתו הכלכלית (דוגמא אחת היא למשל עונש עבודות השירות, אשר השפעתו על מי שיש לו הכנסה חלופית היא מתונה ביחס למי שנפגע מקור הכנסתו העיקרי בתקופת עבודות השירות), ואולם, המייחד את עונש הקנס הוא שהרגרסיביות שלו היא אינהרנטית להטלתו, נוכח 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 היא רחבה יותר מאשר עצם העובדה שסכום קנס זהה מוביל לפגיעה קשה יותר בנאשם ככל שהוא עני יותר. רגרסיביות נוספת נובעת, למשל, מנגישות לתשלום במישור הזמן - עבור 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 אקספוננציאלית בסכום הקנס, ובכך מגדיל עוד יותר את הפער שבין נאשמים על בסיס יכולתם הכלכלית. ראו

בהקשר זה: Alex Harris, *A POUND OF FLESH: MONETARY SANCTIONS AS A PUNISHMENT FOR THE POOR* (2016).

⁹⁵ ע"פ 4919/14 שמועון אזולאי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 6.3.2017) (להלן: עניין אזולאי), בפסקה 47.

יאלץ לשהות מאחורי סורג ובריה; ומי שאין ידו משגת לשאת בתשלום – אחת דינו לרצות עונשו מאחורי סורג ובריה.⁹⁶

החשש מפני יצירתה של אפליה על בסיס יכולת כלכלית הובילה לקביעת הסדר חריג המעוגן בסעיף 40 לחוק העונשין ולפיו יש להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם כבר בעת קביעת מתחם עונש הקנס.⁹⁷ רבים ממשותפי הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט עמדו על החשיבות שיש בעריכת בדיקה בדבר יכולתו הכלכלית של הנאשם בעת הטלת הקנס, פן ימצאו הנאשמים עצמם מאחורי סורג ובריה בשל אי תשלום קנסות שלא יכלו לעמוד בהם.⁹⁸ גם שנים לפני תיקון 113, הדרך המרכזית בה 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 אלון בעניין **ג'עפרי** כי "מן הראוי, אפוא, כי בית המשפט, בטרם יקבע את שיעור הקנס הכספי שיוטל על מי שהורשע בדין, יבחן, בין היתר, את יכולתו הכלכלית, אם בדרך של קבלת תסקיר מאת שירות המבחן ואם בכל דרך אחרת שתיראה ראויה בעיניו".⁹⁹ גם בעניין **חכמי**¹⁰⁰ עמדה השופטת פרוקצ'יה על כך שעל אף שלמאסר חלף קנס יש גם מאפיינים עונשיים, הרי שמדיניות ראויה להפעלת המאסר חלף הקנס תהיה כזו שבה תימצא קורלציה 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. זאת, על ידי הערכה של יכולתו הכלכלית של הנאשם עוד בשלב הטלת הקנס, באופן שיבחין בין נאשם בעל יכולת כלכלית המסוגל לעמוד בתשלום קנס לבין מי שאין ידו משגת לעמוד בתשלום.¹⁰¹ על דברים דומים חזר השופט עמית לאחרונה בעניין **אזולאי**.¹⁰² לגישתו, בחינת היכולת הכלכלית באופן רציני במסגרת גזר הדין אמורה להוביל לכך שהתוצאה לפיה 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

⁹⁶ עניין **ג'עפרי**, פסקה 19.

⁹⁷ ראו סעיף 40 לחוק העונשין. לסקירת ההצדקות לסעיף זה ראו למשל ע' קובו, "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" **הסניגור** 183 (2012) 4, בעמ' 8; י' ואקי וי' רבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" **הפרקליט** נב(2) (2013) 413, בעמ' 439. ראוי לציין כי גישה זו מקורה בדוח **הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין** (להלן: **ועדת גולדברג**), שעמד בבסיס תיקון 113 לחוק העונשין. על פי הצעת החוק שנכללה בדוח הוועדה, הציע רוב הוועדה להטיל קנס בהתחשב בשווי נכסיו והכנסתו הממוצעת של הנאשם (עמ' 19 לדוח). על פי ההצעה, לשם קביעת גובה הקנס או פריסת התשלומים יהיה רשאי בית המשפט לדרוש נתונים מנאשם ומכל אדם או מוסד, ובהיעדר נתונים מספיקים ייקבע שיעור הקנס על פי הערכת בית המשפט. לצורך בהערכת יכולת כזו היו שותפים גם בעלי דעת המיעוט בוועדה (עמ' 69). יחד עם זאת, חשוב לציין כי הוראה זו נשמטה מהצעת החוק הממשלתית שהונחה על שולחן הכנסת בעקבות דוח **ועדת גולדברג** 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 241.

⁹⁸ השופט מצא הביע חששו מפני הפעלה לא צודקת של מאסרים חלף קנס: "כמובן, בהתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם, שיהיה ברור לחלוטין שהנאשם מסוגל לעמוד בקנס, אחרת אתה דן אותו למאסר" (דיוני וועדת חוקה חוק ומשפט בתיקון 113, לעיל ה"ש, בעמ' 33 לפרוטוקול מס' 297); יו"ר הוועדה, ח"כ 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 מס' 475, לעיל ה"ש 94, בעמ' 31). חבר הוועדה, ח"כ 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' 33).

⁹⁹ עניין **ג'עפרי**, פסקה 19.

¹⁰⁰ עניין **חכמי**, פסקאות 2-3 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹⁰¹ עניין **חכמי**, בפסקה 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם עניין **ניזרי**, בפסקה 39. וע"פ 8573/96 **מרקדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5) 481, בעמ' 587.

¹⁰² עניין **אזולאי**, בפסקאות 45-47.

הכלכלית של הנאשם לעמוד בתשלום הקנס, על מנת להימנע מראש ממצב שהקנס יביא את החייב לחיי דלות או לחלופין לשלילת חירותו.¹⁰³

ואולם, כפי שעולה מן הנתונים האמפיריים, תקווה זו של הפסיקה, לפיה ייגזר הקנס לכתחילה כך שהוא ישקף את מצבו הכלכלי של הנאשם, בהתאם להוראות החוק, באופן שימנע הפעלת מאסר חלף קנס באופן בלתי פרופורציונלי כנגד נאשמים עניים, נכזבה.

לעמדתנו, לצורך הבנת הסיבה לכך שתקווה זו נכזבה, יש להבין את מהות ההבדל בין "המשפט עלי ספר" ל"משפט בפעולה" בהקשר זה.¹⁰⁴ 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. ואולם, לא ניתן לסמוך על ההנחה לפיה הוראת החוק מספקת בטוחה הולמת לכך שבחינה כזו אכן תקייה, מבלי לקבוע מנגנונים מבניים מפורשים לשם כך. בחינת הפסיקה הישראלית וכן ההכרות עם הפרקטיקה הנוהגת מלמדת כי בפועל, בדרך כלל בתי המשפט אינם נוהגים לקבוע מתחם לעונש הקנס ההולם, וכן אינם רואים לעצמם חובה לערוך איסוף מידע מדויק באשר ליכולותיו הכספיות של הנאשם בטרם הטלת הקנס. הנושא נדון בדרך כלל בקצרה בלבד, בשולי הטיעונים לעונש.¹⁰⁵ הסיבה לכך מובנת כאשר מביטים בהליך הטיעונים לעונש מנקודת המבט של הצדדים (ובראשם התביעה, הסניגור והנאשם): בשלב זה, מרבית מרצם של הצדדים מושקע ברכיבי הענישה העיקריים, ובראשם עונש המאסר, ובניסיון לשכנע את בית המשפט להטיל עונש מאסר או להתנגד לטענה זו (או לאורך המאסר), והעיסוק בהטלתו של הקנס או בגובהו נדחק לשולי הדברים. לא פעם, טיעוניה של התביעה בהקשר זה (שלא בתיקי עבירות כלכליות) מסתכמים בקריאה כללית להשית על הנאשם קנס ופיצוי, וטיעוני הסניגוריה מתמצים בבקשה להמעיט ברכיבים נלווים אלו. גם גזרי הדין משקפים, בדרך כלל, פערים אלו, והם מקדישים דיון ממצה לשאלת הטלת עונש המאסר ואורכו, ודנים ברכיבי הקנס הנלווים בשולי גזר הדין בלבד. כך לגבי גובה הקנס, וכך עוד יותר באשר לשאלה האם תיקבע בגזר 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 40ח לחוק העונשין והפסיקה שעמדה על הצורך לקבוע את הקנס בהתאם

¹⁰³ עניין **אזולאי**, בפסקה 60.

¹⁰⁴ Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 Am. L. Rev. 12 (1910).

¹⁰⁵ כך, למשל, בע"פ 6978/15 **ממן נ' מדינת ישראל** (8.1.2018) (להלן: **עניין ממון**) הביע השופט הנדל את העמדה לפיה לכל הפחות בהקשרים מסוימים, אין לדקדק כלל בבדיקה זו, על אף לשונו הברורה של סעיף 40ח לחוק (ההדגשה הוספה): "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 יהיה נמוך. [...] יש לזכור כי הענישה, גם ברכיב הקנס, איננה בגדר "תכנית כבקשתך". **הענישה במשפט הפלילי אינה מוכרעת על פי תוצאות של חקירת יכולת, או ליתר דיוק – הצהרת יכולת, כאילו מדובר בלשכת הוצאה לפועל.**" נבהיר, כי בכל הכבוד, דברים אלו, ובפרט הסיפא שהודגשה לעיל, אינם משקפים בעינינו פרשנות ראויה של סעיף 40ח לחוק, הקובע במפורש כי בעת הטלת קנסות יתחשב בית המשפט בין היתר במצבו הכלכלי של הנאשם. דברים אלו גם עומדים במתח לדברים שקבע בית המשפט העליון פחות משנה קודם לכן, בעניין **אזולאי**. בעניין **אזולאי** הדגיש השופט עמית את החשיבות שיש במתן משקל של ממש ליכולת הכלכלית של הנאשם בעת קביעת הקנס, וזאת – ועל כך יורחב בהמשך – בפרט במקרה שבו הוטל מאסר חלף הקנס. השופט עמית עמד על כך שההתחשבות ביכולת 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 שיעור מהנטל על נאשם בעל ממון, ואילו הטלת קנס נמוך על נאשם אמיד, אינה מהווה נטל כבד ומאיינת את האפקט העונשי וההרתעתי." ואולם, מכל מקום, גם אם הקביעות בעניין **ממן** אינן משקפות לעמדתנו את הפרשנות הראויה של הדין, הרי הן משקפות, למרבה הצער, את הפרקטיקה הנוהגת באשר לדרך שבה מקלים בתי המשפט ראש בבחינת יכולתו הכלכלית של הנאשם בעת הטלת הקנסות.

ליכולת הכלכלית של הנאשם לא יכולות היו (כאמור, אף לא מהוות בפועל, כפי שעולה מן הנתונים) ערובה מספקת למניעת מאסרם של נאשמים אך בשל חוסר יכולת כלכלית.

מנגנון חלופי, שנועד למנוע את כליאתם של נאשמים אך בשל חסרון כיסם, העלה השופט עמית בעניין **אזולאי**. מנגנון זה אינו מתמקד בשלב הראשוני של גזר 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 נודע כבר כי הנאשם לא נשא בעונש הקנס שהוטל עליו, ועל כן ניתן לדון באופן מעמיק ובנפרד מרכיבי הענישה האחרים בשאלה האם הנאשם יכול לעמוד בגובה הקנס שהוטל עליו, והאם אי-התשלום מקורו בחוסר רצונו של הנאשם לעמוד בקנס שהוטל עליו, או בקשייו הכלכליים. ואולם, הגדרתה של חלופה זו בפסק הדין נתחמה מראש למקרים חריגים, כך שכפי שנראה, גם מנגנון חדש זה אינו יכול להוות מנגנון כללי אפקטיבי למניעת כליאתם הבלתי פרופורציונלית של נאשמים עניים בשל אי תשלום קנסות.

השופט עמית הגדיר חלופה זו כך שתאפשר התחשבות ביכולת הכלכלית של הנאשם גם בשלב הפעלת המאסר חלף הקנס (להבדיל משלב גזירת הקנס) 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."¹⁰⁶ הקושי בהגדרת החלופה טמון, ראשית, בכך שעל הנאשם להראות בנסיבות שלא עמדו בפני בית המשפט (ובמשתמע – שלא ניתן היה להביאן בפני בית המשפט), ועל כן לא תהווה חלופה זו מזור למקרים הרבים בהם חוסר היכולת הכלכלית היה קיים כבר בשלב גזר הדין, ואולם הוא לא הובא בפני בית המשפט בשל הקשיים המבניים אותם ציינו, או שהדברים הובאו בשולי הטיעונים בעונש בלבד.¹⁰⁷

שנית, מבחן תום הלב שנקבע בעניין **אזולאי** הוא מבחן מחמיר, שאך נאשמים מעטים יוכלו להסתייע בו. כך, למשל, פסק דין **אזולאי** רואה בחיוב אשר פנה למרכז לגביית קנסות להסדרת מעמדו רק לאחר הפעלתו של צו מאסר חלף קנס חייב שהוא א-פריורית חסר תום לב, אשר יש להניח כי השתהה מטעמים טקטיים בפנייתו.¹⁰⁸ לגישתנו, תפיסה זו, לפיה עצם הפנייה המאוחרת מלמדת על חוסר תום לב, אינה לוקחת בחשבון את הקושי של אנשים בעוני לקדם באופן אפקטיבי את ענייניהם מול המרכז לגביית קנסות ורשויות דומות. המחקר מלמד כי ציבור עני לא מנצל, ככלל, הליכים מינהליים שנועדו להקנות לו זכויות, נוכח חוסר הבנה של ההליכים הביורוקרטיים וחשיבותם או פחד מן הרשות.¹⁰⁹ דברים אלו מאפיינים גם את מיצוי ההליכים מול

¹⁰⁶ עניין **אזולאי**, בפסקה 60.

¹⁰⁷ לעניין התייחסותו של השופט עמית לנתונים שלא עמדו בפני "המרכז לגביית קנסות בעת פריסת החוב" נציין כי לעמדתנו אין כל רלוונטיות לשלב זה. ניתן להניח כי ככל שקיימת פריסה ריאלית וסבירה, הרי שהמרכז היה נוקט בה (או שניתן היה לחייבו לנקוט בה באמצעות פנייה לערכאות כנגד ההחלטה), ואולם ככל שגובה הקנס חורג משמעותית מיכולת הכלכלית של הנאשם, ישנם מקרים רבים שבהם קשה יהיה ליצור פריסת תשלומים שהיא בה בעת ריאלית וסבירה (וודאי לאור תפיסתו המצמצמת של המרכז בהקשר זה) וגם אפשרית מבחינת יכולותיו הכלכליות של הנאשם. כל עוד למרכז לא עומדת סמכות לוותר על חלק מקרן הקנס, שאלת הפריסה לכשעצמה לא תוכל לפתור מקרים רבים מאלו המובילים בסופו של יום לכליאת הנאשמים.

¹⁰⁸ עניין **אזולאי**, בפסקה 64.

¹⁰⁹ איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** (2013) בעמ' 155-157. נציין, כי מניסיונה של הסניגוריה הציבורית, חלק ניכר מן הנאשמים אשר פנו אליה לייצוג בהליכי מאסר חלף קנס עשו זאת רק לאחר שהופעלה כנגדם פקודת המאסר וזאת לא מתוך חוסר תום לב או רצון להתחמק מן הדין, אלא מתוך חוסר הבנה של האפשרויות העומדות

המרכז לגביית קנסות, שכן מדובר בהליכים שהיוזמה לפתיחתם מוטלת על שכם החייבים והיא דורשת איסוף מסמכים קפדני ומשמעותי. לא בכדי, גם במשפט האמריקאי המחקר מלמד כי מנגנון דומה, ואף משמעותי יותר, אשר חייב את בתי המשפט לבחון את היכולת הכלכלית בטרם הפעלת מאסר חלף קנס, לא הוביל להגנה אפקטיבית על נאשמים עניים מפני הפעלת מאסרים חלף קנסות.¹¹⁰

מכל האמור עולה כי כפי שעולה מן הנתונים, אין כיום במשפט הישראלי מנגנון הגנה אפקטיבי כנגד כליאת נאשמים רק בשל חיסרון כיסם, וזאת הן במישור של קביעת גובה הקנס לכתחילה הן במישור של הפעלת המאסר חלף הקנס בשלב שבו הנאשם לא עמד בתשלום הקנס שהוטל עליו.

נציין עוד בהקשר זה כי הפגיעה הבלתי פרופורציונלית בנאשמים עניים לא מתרחשת רק כאשר נאשמים אלו נכלאים בפועל. לעיתים, גם כאשר בסופו של יום הנאשם שילם 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 חלק מקצבאות קיום להם זכאים; על ידי הפעלת לחצים קשים על בני משפחה למתן הסכומים; על ידי גיוס סכומים מן השוק השחור או מן השוק האפור ובדרכים נוספות שאינן בהכרח דרכים אותן על מערכת האכיפה לעודד.¹¹¹ ממקרים מסוג זה, שהיקפם המדויק אינו ידוע לנו בשל היעדרם של נתונים מספקים, המאסר חלף קנס מוביל לפגיעה נוספת באוכלוסיות מוחלשות, שאינה מתבטאת בסטטיסטיקות הרשמיות.

ונזכיר - אכן, ישנן דרכים רבות בהן יכול היה הדין להוביל לגביית חובות יעילה יותר לכאורה - למשל על דרך של איום בפגיעה גופנית באדם או בקרוביו, ומרביתנו נסבור כי דרכים אלו אינן מהוות כלי לגיטימי לגביית קנסות מצידה של המדינה. הדבר נכון גם באשר לאיום המאסר. בבג"ץ פר"ח - בו בוטלה תקנה שאפשרה לראש לשכת ההוצאה לפועל לחתום על צו מאסר בלא נוכחות החייב - התייחס בית המשפט העליון, למעלה מן הצורך, לפגיעה החוקתיות הכרוכה בכלי המאסר לגביית חובות. בעניין זה, ציין השופט אלון 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."¹¹² אשר על כן, ניתן לטעון כי גם אם הפגיעה הקשה בחירותו של האדם הכרוכה

בפניהם במסגרת הליכי הגבייה או חוסר יכולת לעמוד אף בהסדרי חוב "מקלים" יחסית שהוצעו להם מאת המרכז לגביית קנסות. ראו גם אבישי בניש ולירון דוד "זכות הגישה למינהל במדינת הרווחה: על (א)מיצוי זכויות חברתיות וחובת ההנגשה של החקיקה החברתית" **משפט וממשל** יט. עדות מוחשית לבעיות העומדות בפני אנשים בעוני בעת שהם נדרשים לפעול למיצוי זכויותיהם הובעה בשיר "אין לנו פונים מושלמים", שפירסמו עורכות הדין הקהילתיות נירה שלו ויעל רימר-כהן בבלוג שהן מנהלות. ראו נירה שלו ויעל רימר-כהן, "אין לנו פונים מושלמים" **צדק הוא מוצר צריכה בסיסי - מיומנה של עורכת דין קהילתית** (31.10.2016). הבלוג זמין בכתובת: <https://sociallawyering.wordpress.com>. לקביעה תקדימית של חובת הנגשת זכויות בחקיקה ראו חוק שירותי הסעד (תיקון מס' 8), התשע"ח-2018, ס"ח 2683 (17.1.2018), אשר הוסיף את סעיף 2ב בחוק שירותי הסעד, תשי"ח-1958, שכותרתו "סיוע במיצוי זכויות".

¹¹⁰ ראו להלן פרק ד.1.

¹¹¹ ראו פרק ה.1.1. (ב) להלן. כמו כן, על הגבולות הקיימים לדרכי גיוס הכספים לתשלום קנסות ניתן ללמוד למשל מסעיפים 252 ו-252 לחוק העונשין, האוסרים על קיום פעולת התרמה למען תשלום קנס וכן על תשלום קנס של עובד על ידי תאגיד או על ידי מעבידו.

¹¹² ראו לעיל הי"ש 74 בפסקה 37.

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. ואכן, כפי שיורחב בהמשך, אנו סבורים כי אין הצדקה אפריוורית לעשות שימוש בכלי המאסר לצורך גביית קנסות, לרבות במקרים בהם מדובר בחייבים בעלי יכולת כלכלית, שכן מדובר באמצעי שפגיעתו בחירות האדם היא בלתי מידתית.¹¹³

לסיכום פרק זה, נבקש להבחין בין השימוש במאסר לכפיית תשלום קנסות פליליים לבין מאסרי הכפייה הנוספים שנותרו בדין הישראלי, והם מאסרי הכפייה לתשלום חוב מזונות ולכפיית גט.¹¹⁴ מבלי להיכנס לשאלה האם ראוי להותיר על כנם את מאסר החייבים באשר לתשלומי חוב מזונות ואת המאסר לכפיית גט – שאלות החורגת מגדרו של מאמר זה – מן הראוי לעמוד על ההבחנות שבין שימוש במאסר לתשלום חוב מזונות ולכפיית גט לבין שימוש במאסר לכפיית תשלום קנס שהוטל בהליך פלילי. באשר למאסר לכפיית תשלום מזונות - ראשית, אפשרות המאסר במזונות מוגבלת ל-21 ימים בכל פעם, בעוד שכאמור המאסר חלף הקנס בהליך הפלילי מאפשר הטלת מאסר של עד שלוש שנים, ללא שההצדקה למאסר נבחנת כלל לאחר שפקודת המאסר הופעלה. שנית, ההחלטה בדבר גובה דמי המזונות ושיעורם מקורה בהחלטה שיפוטית, אשר דנה לעומק במצבו הכלכלי של החייב וצרכי מחייתו. כאמור לעיל, זאת בניגוד למצב הנוהג באשר להטלת קנסות פליליים, המוטלים ככלל ללא בדיקה כלכלית מעמיקה. לא זו אף זו, אלא שפסק מזונות, בניגוד לפסק דין פלילי, איננו סופי, והחייב רשאי לפנות לבית המשפט כדי לשנות את גובה החיוב בחוב מזונות או את שיעוריו.¹¹⁵ לפיכך, לחייב אשר ירד מנכסיו ואין ביכולתו עוד לעמוד בחוב המזונות שהוטל עליו, פתוחה הדלת לפנות לבית המשפט כדי שישנה את גובה החיוב ויתאימו למצבו הכלכלי העדכני. לנאשם בפלילים, לעומת זאת, אין עוד יכולת לשנות את גובה הקנס עצמו לאחר שפסק הדין הפלילי בעניינו הפך חלוט, אלא בדרך הנדירה ויוצאת הדופן של פנייה בבקשת חנינה. למרכז לגביית קנסות, אשר לו הסמכות לפרוס או לדחות את תשלום הקנס, אין סמכות להתערב בגובה הקנס עצמו ולהפחיתו נוכח 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, היא העומדת בבסיס הדין הקובע כי מקום שבו חייב לא עומד בצו מזונות, נכנס אף הביטוח הלאומי בנעליו, משלם את חוב המזונות לזוכים, ופועל בעצמו לגביית החוב מן החייב.¹¹⁶ קנס פלילי, לעומת זאת, הוא קנס העובר לכיסי המדינה. תוצאה דומה עולה גם מן ההשוואה בין המאסר חלף הקנס למאסר לצורך כפיית מתן גט.¹¹⁷ מבלי למצות את הדיון בנושא זה, ההצדקה אשר ניתנה לשימוש בכלי מרחיק הלכת

¹¹³ עם זאת, אין באמור כדי למנוע כליל אפשרות הטלת מאסר במקרים החריגים של גזירת הדין מחדש בשל אי ציות לצו שירות התועלת הציבור. ראו פרק ה בהמשך.

¹¹⁴ ראו סעיף 74 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967.

¹¹⁵ ראו סעיף 13 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

¹¹⁶ ראו סעיף 4 לחוק המזונות (הבטחת תשלום), תשל"ב-1972. ראו בהקשר זה רע"א 4445/96 **בר נוי נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד נא(4) 571, בו נקבע כי כאשר הנושה בחוב המזונות הוא המוסד לביטוח לאומי, אין להבחין לעניין הליכי מאסר החייבים בין חוב אזרחי רגיל לחוב מזונות.

¹¹⁷ ראו סעיף 3 לחוק בתי-דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995 וסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. כן ראו ירון אונגר ואורלי אלמגור לוטן **סרבנות גט בישראל – רקע הלכתי, משפטי, היקף התופעה והדרכים לטיפול בה** (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 13.3.2011); הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 6.1301, "מאסר וצוי הגבלה כאמצעי לכפיית גט" מיום 1.6.2003; ופקודת נציבות בתי הסוהר 04.22.00

של המאסר בהקשר של כפיית הגט נעוצה בכך שהשימוש במאסר נועד להפסיק את הפגיעה הקשה בזכויות היסוד של מסורבת הגט, ביניהן הזכות להינשא בשנית, הזכות ללדת ילדים מבלי שאלו ייחשבו כממזרים, הזכות לקיים מערכת יחסים אינטימית ועוד.¹¹⁸ בכך דומה מאסר זה, כאמור, למאסר בגין חוב המזונות, ושונה מן המאסר חלף הקנס המיועד לאוצר המדינה. בנוסף, להבדיל מיכולת כלכלית לשאת בתשלום הקנס – אותה לא יוכל הנאשם להשיג יש מאין – באשר למתן גט נתונים "מפתחות הכלא" בכל עת בידי סרבן הגט, אשר באפשרותו ליתן גט ולהשתחרר לאלתר ממאסרו.

כפי שטענו בפתחו של פרק זה, גם לו היו טיעונים משכנעים לתמיכה בתכלית האכיפתית ובתכלית העונשית, לא היה מקום להוסיף ולהשתמש במאסר חלף הקנס לאור התמונה העולה מן הנתונים, לפיה כלי זה משמש, באופן בלתי פרופורציונלי, לכליאתם של נאשמים עניים ולפגיעה בשוויון במשפט הפלילי בד בבד לפגיעה לא מידתית בחירות.

ד. מאסר חלף קנס במשפט המשווה

המאסר חלף הקנס הפלילי אינו תופעה ייחודית לדין הישראלי. עם זאת, פניה למשפט המשווה מעלה כי במדינות שונות בעולם התפתחו כללים נוקשים באשר להפעלת סמכות המאסר חלף קנס ובמדינות מסוימות סמכות זו אף בוטלה לחלוטין. התבוננות משווה זו מהווה מקור הראה לפתרונות אפשריים בהקשר הישראלי, ועל רקע בחינת ההסדרים הנוהגים במדינות השונות, נבקש בפרק הבא להציע רפורמה מיטבית להבטחת ההגנה על זכויות החייבים, מניעת אפליה בהליכי הגבייה ולשיפור מערך הטלת הקנסות מלכתחילה. התבוננות משווה מראה כי במדינות כגון ארה"ב 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, שופכת אור על המצב המשפטי בישראל ומעלה כי במדינות שונות בעולם מוקדשת תשומת לב מיוחדת לנאשמים חסרי יכולת כלכלית וכי על רקע זה, בשונה מהמצב בישראל, התפתחו כללים משפטיים שנועדו למנוע את כליאתם של אנשים שאין בידיהם לשאת בתשלום קנסות. עם זאת, שאלת יישומם של כללים אלו בפועל (בארה"ב בפרט), ממשיכה להעסיק חוקרים רבים ולהוות מוקד לביקורת.

בפרק זה נסקור את המצב המשפטי הקיים בארה"ב ובאוסטרליה ומשם נעבור לסקירה קצרה של מנגנון הקנס היומי, המונהג במדינות אירופאיות שונות ומהווה חלופה לשיטת הטלת הקנס הסטנדרטית. הבחירה להתמקד בסקירת הדין בארה"ב ואוסטרליה דווקא נובעת מהתפתחותם של כללים משפטיים מפורטים בנושא המאסר חלף קנס במדינות אלו בפרט, המוצאים ביטוי בחקיקה ובפסיקה, באופן המאפשר השוואה מעמיקה והפקת תובנות שעשויות להיות רלוונטיות למצב המשפטי בישראל. בנוסף, צמיחתו של עיסוק אקדמי וציבורי רחב היקף במדינות אלו

¹¹⁸ "אסירים אזרחיים" (מיום 2.8.2015). להשלמת התמונה ראו גם הנחיית פרקליט המדינה 2.24 – "מדיניות העמדה לדין וענישה בגין אי קיום צו שיפוטי של בית המשפט הרבני למתן או קבלת גט" מיום 10.11.2016, המתווה את מדיניות התביעה בשיקולי העמדה לדין של סרבני גט בגין הפרת הוראה חוקית, במקביל לסנקציה האזרחית.
¹¹⁸ ראו הנחיית פרקליט המדינה, שם, בפסקה 4.

בעניינה של תופעת המאסר חלף קנס, מאפשרת ללמוד על השלכותיה של תופעה זו והמודלים שהוצעו להתמודדות עמה באופן המבוסס מחקרית.

במקביל, הפניה לסקירת מנגנון הקנס היומי – שהוצע לאמצו גם בארה"ב ואוסטרליה – משרתת מטרה שונה במעט ונועדה לשפוך אור על מנגנון אלטרנטיבי שאומץ במדינות אירופאיות רבות, המבוסס על נקודת מוצא פרוגרסיבית באשר לענישה מוניטרית, לפיה גובה הקנס המוטל על נאשם בהליך פלילי מותאם מלכתחילה ליכולתו הכלכלית. מנגנון חלופי זה עוסק אמנם באופן שבו מוטל הקנס עצמו בהליך הפלילי, אולם כפי שנפרט להלן, הוא משליך ישירות על הסדרת נושא המאסר חלף הקנס. סקירה זו מאפשרת התבוננות בהסדרה חלופית להטלת קנסות הליכים פליליים שיש בכוחה, כפי שנציע בהמשך המאמר, לתת מענה לחלק ניכר מהבעיות הכרוכות בהטלת קנסות בישראל ככלל ומתן פתרון לאתגר המאסר חלף קנס בפרט.

ד.1. ארה"ב: ביקורת חוקתית על האפשרות להפעיל מאסר חלף קנס במקרה של חוסר יכולת כלכלית לשלם

(א) מאסר בשל אי תשלום חיובים כספיים בהליך הפלילי בארה"ב

השימוש במאסר לאכיפת קנסות שהוטלו בהליכים פליליים נדון כיום במדינות שונות בארה"ב כחלק מתופעה רחבה יותר של כליאת אנשים בשל אי תשלום חיובים כספיים שנוקפים לחובתו של אדם שהורשע בהליך פלילי. חיובים אלה, המכונים לעיתים קרובות Legal Financial Obligations (LFOs) או Criminal Justice Debt, זכו להתייחסות פסיקתית, מחקרית וציבורית רבה בשנים האחרונות.¹¹⁹ קנסות, פיזויים ו"עלויות ואגרות"¹²⁰ הם הרכיבים העיקריים של ה-LFOs ומהווים את הנתח המכריע של החיובים הכספיים הכרוכים בהליך הפלילי.¹²¹

הדין הספציפי המסדיר את סמכויות גבייתם של LFOs והסנקציות שניתן להטיל בשל אי תשלום החובות הכספיים משתנה בהתאם לדיניה של כל מדינה ובהתאם לסוג החוב (קנס, פיזוי או עלויות ואגרות). במדינות רבות קיים הסדר חוקי המאפשר כליאתם של אנשים בשל אי תשלום קנסות, עלויות ואגרות וכן הפקעת תקופת מבחן (probation) או אי הענקת שחרור על תנאי (parole) בשל אי תשלום החובות, לרבות פיזויים.¹²² ואולם, במקרים רבים, הפעלת מכשירים אלו

¹¹⁹ לסקירה ממצה מהעת האחרונה, ראו, למשל: Karin M. Martin Et. Al., *Monetary Sanctions: Legal Financial Obligations in US Systems of Justice*, Ann. Rev. Crim. (2018)

¹²⁰ רכיב זה שזוכה לכינוי "Costs and Fees" מתייחס לעלויות ואגרות שונות הכרוכות בהליך הפלילי והמאסר, שמוטלות הן באמצעות בית המשפט והן באמצעות סוכנים אחרים (שירות בתי הסוהר, המשטרה, התביעה ועוד). עלויות אלה כוללות, למשל, אגרת סגור ציבורי, עלויות הפיקוח האלקטרוני, עלויות הכרוכות בבדיקות מעבדה, החזר הוצאות לבית המשפט, התביעה והסנגוריה הציבורית, עלויות טלפונים וטיפול רפואי בתוך כתלי בית הסוהר ועוד. ראו סובול, להלן ה"ש 93, וההפניות שם.

¹²¹ ראו סובול, שם, בעמ' 499 וההפניות שם בה"ש 82; להרחבה על הסנקציות המוניטריות בהליך הפלילי ראו: R. Barry Ruback, *The Benefits and costs of Economic Sanctions: Considering the Victim, the Offender, Katherine Beckett & Alex Harris, On Cash and Society*, Minnesota L. Rev. 1779 (2015) *Conviction: Monetary Sanctions as Misguided Policy*, 10 Criminology & Pub. Pol'y 509, 524 (2011)

¹²² בהקשר זה, חשוב להבחין בין קנסות, עלויות ואגרות מצד אחד ובין פיזויים מצד שני. ראשית, החוב בגין קנסות, עלויות ואגרות נגבה ככלל כחוב אחד לטובת המדינה, זאת בשונה מפיזויים שנגבים בנפרד, לטובת הקורבן, ותוך שימוש במערכי גביה ואמצעים שונים שבמקרים רבים אינם כוללים מאסר (ראו ה"ש 134 – 137 ב-In for a penny –

דורשת הוכחה של חוסר תום לב מצד החייב. כך למשל, לעניין אי תשלום קנסות או עלויות ואגרות, נקבע במפורש בחקיקה ראשית של מדינת אלבאמה כי הפעלת מאסר חלף קנס מותנית באי תשלום מרצון חופשי (*willful nonpayment*).¹²³ הסדר דומה נקבע בין השאר במדינת לואיזיאנה,¹²⁴ צפון קארולינה¹²⁵ וניו יורק.¹²⁶ קונסטרוקציה משפטית שונה הנפוצה במדינות אחרות היא נקיטה בהליכי ביזיון בית המשפט בשל אי תשלום קנסות, עלויות ואגרות ולעיתים אף במקרה של אי תשלום פיצויים, והליכים אלו עלולים להוביל למאסרם של אנשים מאחורי סורג וברית. הסדר ממין זה קיים למשל במדינות אילינוי,¹²⁷ אריזונה,¹²⁸ פלורידה¹²⁹ ועוד.¹³⁰

ואולם, לצד ההסדרים הספציפיים שנקבעו בחקיקה המדינתית, עקרונות היסוד הנוגעים לכליאתם של אנשים בשל אי תשלום חובות הנובעים מההליך הפלילי, ובפרט קנסות, נקבעו זה מכבר בפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי משנות ה-70 וה-80, שבאו על רקע פסיקות קודמות שעייגו חוקתית את האיסור על אפליה בהליכים פליליים בין נאשמים בעלי אמצעים לנאשמים דלי אמצעים.¹³¹

פסק הדין הראשון שהתייחס מפורשות לסוגיית חוקתיות המאסר חלף קנס וקבע הלכה בעניין זה, ניתן כבר בשנת 1970 בעניין *Williams v. Illinois*.¹³² באותו עניין, בית המשפט העליון קבע כי הארכת מאסרו של הנידון מעבר לתקופה המקסימלית הקבועה לעבירה בחוק בשל אי יכולת לשאת בתשלום הקנס, אינה חוקתית בשל היותה מפלה על בסיס יכולת כלכלית ועל כן מנוגדת לתיקון מס' 14 לחוקה האמריקאית.

על היעדר האפשרות לכלוא בשל אי תשלום פיצוי או עלויות). שנית, במדינות מסוימות, החוב בגין קנסות, עלויות ואגרות מקבל עדיפות בסדר הנשייה על-פני חובות מסוג פיצויים (כך למשל הוא הדין הנוהג במדינות אלסקה, קולורדו, קוויבקט וג'ורג'יה. ראו: Douglas N. Evans, "The Debt Penalty: Exposing the Financial Barriers to Offender Reintegration" p. 6 (2014). שלישית, הטלת פיצויים במרבית המדינות מצומצמת למקרים בהם קיימים קורבנות עבירה ספציפיים שניזוקו כלכלית בעקבות העבירה, ומשכך שיעור הטלת פיצויים הינו נמוך משמעותית משיעור הטלת קנסות או עלויות ואגרות (ראו: Sen Rosenmerkel, Matthew Durose & Donald Farole, Jr., U.S. Dep't of Justice, Bureau of Justice Statistics, Felony Sentences in State Courts, 2006 – Statistical Tables 8 (2009), <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fssc06st.pdf>). זאת ועוד, הבחנה בין פיצויים לקנסות, עלויות ואגרות לצורך שאלת המאסר בשל אי תשלום נפוצה הן בחקיקה והן בספרות, כאשר המיקוד בספרות הוא ככלל על מאסר בשל אי תשלום קנס, עלויות ואגרות בשל היותו של החוב נגבה לטובת המדינה ובשל התכליות השונות העומדות מאחורי הטלת פיצוי בהליך פלילי. (להרחבה, ראו: בקט והאריס, לעיל ה"ש 121, בעמ' 3).

¹²³ Ala. Code. § 15-18-62

¹²⁴ ראו Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-810.

¹²⁵ ראו N.C. Gen. Stat. § 15A-1364(b).

¹²⁶ ראו N.Y. Crim. Proc. Law. § 420.10(3).

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

¹²⁸ Ariz. Rev. Stat. Ann § 13-810

¹²⁹ Fla. Stat. § 938.30(9)

¹³⁰ ראו: Alicia Bannon, Mitali Nagrecha & Rebekah Diller, putting fear back into the law בעמ' 9; "Criminal Justice Debt: A Barrier to Reentry" (2010), שם בה"ש 131.

¹³¹ ראו, למשל, פסק הדין בעניין Griffin v. Illinois 351 U.S. 12 (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 בידם לשכור עורך-דין מטעמם.

¹³² 399 U.S. 235 (1970)

שנה אחת לאחר מכן ניתן פסק הדין בעניין *Tate v. Short*,¹³³ שם הורחבה הלכת *Williams* גם לעבירות קנס ונקבע כי המרת עבירת קנס במאסר בשל אי יכולת לשלם את הקנס אינה חוקתית מאותם טעמים. למעשה, מדובר במקרה פרטי בו תקופת המאסר המקסימלית שהחוק קובע היא אפסית ועל כן מאסרו של אדם בשל אי יכולת תשלום הקנס אינה חוקתית. עם זאת, בית המשפט הדגיש בהחלטותיו הנ"ל כי ההלכה אינה חלה במקרים בהם הנידון הוא בעל יכולת כלכלית לשאת בתשלום הקנס, אך מתרשל או בוחר באופן מודע שלא לשלמו.

פיתוח משמעותי נוסף בנושא חוקתיות המאסר חלף קנס חל כעשור לאחר מכן בפסק דין נוסף של בית המשפט העליון בעניין *Bearden v. Georgia*.¹³⁴ אותו מקרה עסק בנאשם שנדון לתקופת מבחן בגין עבירת גניבה, בתנאי שיעמוד בתשלום קנס על סך \$500 ופיצוי על סך \$250. הנידון שילם סכום של \$200 אך לאחר שפוטר מעבודתו הודיע כי אין ביכולתו לשאת בתשלום יתרת החוב. משכך, בית המשפט הפקיע את תקופת המבחן שנגזרה עליו והמירה במאסר. בהמשך לקווים המנחים שנקבעו עוד קודם לכן כאמור, בית המשפט העליון קבע כי הפקעת שחרור על תנאי (Parole) או תקופת המבחן (Probation) של נידון בשל אי יכולת לעמוד בתשלום הקנס או הפיצוי אינה חוקתית, בשל היותה מפלה על בסיס יכולת כלכלית. ואולם, בנוסף לאמור, נקבע לראשונה כי על בית המשפט לברר את הסיבות שהובילו לאי תשלום החוב, וככל שנמצא כי מאמציו של הנאשם להביא לתשלום החוב לא צלחו וכי אי תשלום החוב אינו נובע מבחירתו החופשית של הנאשם, בית המשפט חייב לשקול אלטרנטיבות למאסר.¹³⁵

בכך, בית המשפט העליון האמריקאי קבע בעניין *Bearden* את המבחן לחוקתיות מאסרו של נידון (לרבות על דרך הפקעת תקופת המבחן או שחרורו על תנאי) בשל אי תשלום קנס או פיצוי. מבחן זה קובע, כאמור, כי רק במקרה של אי נכונות לשלם או אי השקעת מאמצים כנים לתשלום (*bona fide efforts*), ניתן יהיה להורות על מאסרו של אדם. משכך, בתי המשפט מחויבים מכוח הלכה זו לקיים דיון בחינת יכולת תשלום (*Ability to Pay Hearing*) בטרם הפעלת מאסר חלף קנס.

מצב משפטי זה שונה משמעותית מהמצב הקיים בישראל, בשלושה מישורים עיקריים. ראשית, בפסיקה הישראלית מעולם לא נקבע מפורשות שהפעלת מאסר חלף קנס במצבים בהם הנידון נעדר יכולת כלכלית – אינה חוקתית. שנית, בניגוד לחובה הקיימת בארה"ב לקיים דיון לבחינת יכולת תשלום לפני הפעלת מאסר חלף קנס, קיומו של דיון שיפוטי כאמור בישראל נתון לשיקול דעת בית המשפט ומותנה מלכתחילה בפניית הנידון במסגרת "השגה שיפוטית" נוסח פסק דין **גוסקוב**. שלישית, היקף הביקורת השיפוטית המתאפשרת בשלב זה מצומצמת ביותר ובית המשפט אינו נדרש לבחון את יכולת התשלום של הנידון בפועל טרם אישור פקודת המאסר, אלא במקרים חריגים ובכפוף להוכחת תום לב ושינוי נסיבות מיום מתן גזר הדין, כאמור בעניין

¹³³ 401 U.S. 395 (1971)

¹³⁴ 461 U.S. 660 (1983)

¹³⁵ שם, בעמ' 672-673.

אזולאי.¹³⁶ מכל מקום, כפי שיפורט להלן, גם הבטחתה של הלכת *Bearden* להוות מגן אפקטיבי מפני כליאה בלתי שיוויונית של נאשמים עניים נכזבה במידה רבה.

(ב) ביקורת על השימוש במאסר חלף קנס בארה"ב

לאור העיסוק הרב בשיח הציבורי והמשפטי בארה"ב בתופעת כליאת ההמונים (*mass incarceration*),¹³⁷ תשומת לב מיוחדת מוקדשת בשנים האחרונות לכליאתם של אנשים בשל אי תשלום חיובים כספיים הנובעים מההליך הפלילי (LFOs). תופעה זו זכתה לכינוי החדש-ישן "Debtors' Prisons" ורבים כבר הכריזו על תקומתו לתחיה של מוסד "מאסר החייבים" שבוטל בארה"ב כבר במחצית הראשונה של המאה ה-19 והאיסור עליו זכה במרבית המדינות לעיגון חוקתי.¹³⁸ במסגרת זו, נמתחת ביקורת גוברת על האופן שבו נעשה שימוש בסמכויות הכליאה בשל אי תשלום LFOs והאופן שבו בתי המשפט המדינתיים מיישמים את הלכת *Bearden*, כך שההגנה המעוגנת בהם מפני כליאת אנשים עניים בשל אי יכולת תשלום מרוקנת מתוכן ומובילה לכליאתם בפועל של אנשים שאין בידם לשלם את חובותיהם הפליליים.¹³⁹ ראשית, בחלק מהמדינות תועדה פרקטיקה נהוגה לפיה בתי משפט רבים כלל אינם עורכים "Ability to Pay Hearing", כלומר, אינם עורכים את הדיון במסגרתו יש לברר, כמתבקש מפסק הדין בעניין *Bearden*, האם יש ביכולתו של החייב לשלם את החוב והוא ממאן לעשות זאת או שמא מדובר בחייב חסר אמצעים שאין ביכולתו לשאת בתשלום; שנית, במדינות רבות בהם נערך "Ability to Pay Hearing", ניכר כי בתי המשפט נמנעים ככלל מלבחון את יכולתו הכלכלית של הנאשם ומעדיפים לשלוח חייבים שאינם משלמים את החוב למאסר, במקום לשקול חלופות אחרות פחות פוגעניות, כמתבקש מפסק הדין בעניין *Bearden*; שלישית, ביקורת רבה נמתחת על היעדר סטנדרטיזציה שמובילה להחלתם של מבחנים שונים על-ידי בתי המשפט בהערכתם יכולתו הכלכלית של החייב

¹³⁶ ראו פרק ג.3. לעיל.

¹³⁷ ראו בהקשר זה: Michelle Alexander, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness* (2010).

¹³⁸ לספרות העוסקת במאסרם של נאשמים בשל אי תשלום LFOs ועלייתם של בתי הכלא לחייבים, ראו: Christopher D. Hampson, *The New American Debtors' Prisons*, 44 Am. J. Crim. L. 1 (2017); 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); סובול, לעיל ה"ש 93; רובק, לעיל ה"ש 8; בקט והאריס, לעיל ה"ש 121.

¹³⁹ ראו בפרט בהקשר זה: Jaclyn Kurin, *Indebted to Injustice: The Meaning of "Willfulness" in a Georgia v. Bearden Ability to Pay Hearing*, 27 Geo. Mason U. Civ. Rts. 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*, 1 University of Chicago Legal Forum 383 (2010). ראו גם דו"חות ACLU להלן.

והסתמכות על נתונים לא אמינים, כגון האם ברשות החייב בגדים ממותגים מפורסמים, האם החייב מעשן וכדומה.¹⁴⁰

בספרות המחקרית ניכרת הסכמה רחבה שמדובר בתופעה המובילה לכליאתם של אנשים עניים בשל מצבם הכלכלי ופוגעת ביתר שאת, כפי שניתן לצפות, במיעוטים ואוכלוסיות מוחלשות בחברה, ובפרט בשחורים והיספנים.¹⁴¹ לא זו בלבד שהפגיעה באוכלוסיות אלה מתבטאת במאסרם לעיתים קרובות או בחשיפתם לסכנת מאסר בשל אי תשלום הקנס, אלא שנפגעות גם האפשרויות להשתקמותם והשתלבותם של החייבים בחברה לאחר המאסר, ורבים מהם נאלצים לוותר על צרכים בסיסיים כגון אוכל וטיפול בריאותי ועל קצבאות מחייה להם הם זכאים לטובת תשלום, ולו חלקי, של החוב.¹⁴²

הצטברותם של מקרים רבים בהם נכלאו אנשים בשל אי יכולת תשלום קנסות הובילו להתפתחות דיון ציבורי בעניין,¹⁴³ ובמדינות שונות אף הוגשו עתירות להפסקת כליאתם של חייבים בשל אי יכולת לשאת בתשלום LFOs ולשינוי מדיניות הגביה.¹⁴⁴ כך למשל, בעתירות שהוגשו נגד מחוז מונטגומרי באלבמה נגד כליאת חייבים שלא שילמו קנסות פליליים ובפרט קנסות תעבורה, הושגה הסכמה לפיה, בין השאר, כל מי ששכרו נופל מ-125% מקו העוני הפדרלי, חזקה כי הוא דל אמצעים ועל כן לא ניתן יהיה להפעיל נגדו מאסר בשל אי תשלום חובות פליליים.¹⁴⁵ במדינת

¹⁴⁰ קורין, שם, בעמ' 20 – 34.

¹⁴¹ סובול, לעיל ה"ש 93, בעמ' 512-516; Drawing blood from stones, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1777-1785; Michael ; Pinard, *Poor, Black and "Wanted": Criminal Justice in Ferguson and Baltimore*, 58 Howard L. J. (2015); Alicia Bannon, Mitali Nagrecha & Rebekah Diller "Criminal Justice Debt: A Barrier to Reentry" ¹⁴² (2010);

¹⁴³ ראו למשל דו"חות ארגוני חברה אזרחית העוסקים בעניין זה: Allyson Frederickson & 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" (2014); ACLU "In for a Penny: The Rise of America's New Debtors' Prisons" (2010); ראו גם התייחסות עיתונאית לעלייתם מחדש של "בתי הכלא לחייבים": Editorial "The New Debtors' Prisons" ; Joseph Shapiro ; New York Times 5.4.2009 <http://www.nytimes.com/2009/04/06/opinion/06mon4.html> "Supreme Court Ruling Not Enough To Prevent Debtors Prisons" NPR 21.5.2014 <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' prison" ; <https://www.theguardian.com/us-news/2015/oct/21/mississippi-debtors-prison-poverty-lawsuit>

¹⁴⁴ במדינת ארקנסס ובמדינת דרום קרוליינה תלויות ועומדות עתירות נגד כליאתם של אנשים בשל אי תשלום קנסות וחובות פליליים אחרים. ראו: <https://www.aclu.org/cases/brown-v-lexington-county-et-al> ; <https://www.acluarkansas.org/en/cases/dade-v-sherwood>

¹⁴⁵ 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; 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

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>

אוהיו, בעקבות דו"ח של ACLU שסקר את תופעת "מאסר החייבים" במדינה,¹⁴⁶ החליט נשיא בית המשפט העליון של אוהיו על רפורמה בכל הנוגע לגבייתם של קנסות וחובות פליליים בבתי המשפט, שכוללת, 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 בהם נכלאו אנשים עניים בשל אי יכולתם לשלם קנסות. במסגרת ההנחיות שחולקו לשופטים, פורטו הסמכויות הנתונות לשופטים בדין בעת גזירת העונשים; החובה לקיים דיון הבדק את היכולת הכלכלית לשאת בתשלום החוב כאשר הנאשם אינו משלמו; ומערך האמצעים שניתן לנקוט בהם כאשר הנאשם אינו משלם את החוב, כגון עבודות לתועלת הציבור, הגבלת שימוש ברישיון נהיגה ועוד.¹⁴⁷ רפורמות דומות אומצו במסגרת עתירות שהוגשו באמצעות ACLU במדינות ג'ורג'יה¹⁴⁸ ומיסיסיפי.¹⁴⁹

עולה, אם כן, כי חרף התפתחותם של מנגנונים משפטיים מפורטים בהרבה מאלו הקיימים בדין הישראלי – שמטרתם להבטיח משנה זהירות בהפעלת מאסר חלף קנס – הרי שבפועל, תופעת המאסר חלף קנס בארצות הברית ממשיכה להטריד רבים ומעמידה בסימן שאלה את יכולתם של מנגנונים משפטיים אלו למנוע פגיעה באנשים עניים בשל מצבם הכלכלי. משכך, אנו אמנם סבורים שאימוץ מנגנונים דומים לאלו הקיימים בדין האמריקאי עשוי לשפר את המצב המשפטי הקיים בישראל, אולם מסקירת הביקורות שהועלו בארצות הברית על השימוש במאסר חלף קנס ניכר כי לא די במנגנונים אלו 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 מספר רכיבים ושבבסיסה ביטול מוסד המאסר חלף קנס ואימוץ מנגנון הקנס היומי המונהג במדינות אירופאיות רבות, בשילוב מסוים עם הסדרים הקיימים במרבית מדינות אוסטרליה.

2.ד. אוסטרליה: בין נטישת המאסר חלף הקנס להקשחתו

הדין הפדרלי האוסטרלי מסמיך את המדינות להשתמש במאסר כסנקציה בגין אי תשלום קנס פלילי.¹⁵⁰ ואולם, השימוש במאסר חלף קנס באוסטרליה נפוץ כיום בעיקר במדינת אוסטרליה

Settlement Agreement, *Mitchell v. City of Montgomery*, No. 2:14-cv-186-MEF (M.D. Ala. Nov. 17, 2014), <http://equaljusticeunderlaw.org/wp/wp-content/uploads/2014/07/Final-Settlement-Agreement.pdf>

ACLU of Ohio, *The Outskirts of Hope: How Ohio's Debtors' Prisons are Running Lives and Costing Communities* (2013)

Jocelyn Rosnich & Mike Brickner, *The Ohio Model for Combatting Debtors' Prisons*, להרחבה ראו: 21 Mich. J. of Race & Law 375 (2016); לעיון בכרטיסיות שחולקו לשופטים, ראו: <http://www.supremecourt.ohio.gov/Publications/JCS/finesCourtCosts.pdf>

THOMPSON V. DEKALB COUNTY <https://www.aclu.org/cases/thompson-v-dekalb-county?redirect=criminal-law-reform-racial-justice/thompson-v-dekalb-county>¹⁴⁸

Kennedy v. City of Biloxi <https://www.aclu.org/cases/kennedy-v-city-biloxi>¹⁴⁹
CRIMES ACT 1914 - SECT 15A¹⁵⁰

המערבית, כאשר ביתר המדינות השימוש בפרקטיקה זו הוגבל משמעותית או נזנח לחלוטין.¹⁵¹ כך למשל, על אף קיומה של אפשרות חוקית להטיל מאסר בשל אי תשלום קנס במדינת New South Wales, תיקון חקיקה משנת 1996 קבע כי השימוש במאסר יהיה אך ורק כאמצעי אחרון במקרים של אי ציות לצו שירות לציבור שניתן כחלופה לתשלום הקנס.¹⁵² מאז אותו תיקון חקיקתי, אף אדם לא נאסר על-פי הסמכות בשל אי תשלום קנס המעוגנת בסעיף זה.¹⁵³ בהקשר זה, יצוין כי לפני תיקון החקיקה, בדומה למצב השורר כיום בישראל, נקבע כי יש לבסס את גובה הקנס על יכולתו הכלכלית של הנאשם,¹⁵⁴ אולם קיומה של הוראה זו כשלעצמה לא סיפק בטוחה הולמת להגנה על נדונים חסרי יכולת כלכלית.

בדומה, במדינת אוסטרליה הדרומית הנתונים מראים כי בשנים האחרונות פרקטיקת המאסר חלף קנס נזנחה לחלוטין,¹⁵⁵ על אף קיומה של אפשרות חוקית להשתמש במאסר במקרים של אי ציות לצו שירות לציבור שניתן להטיל במקרים של אי תשלום קנסות.¹⁵⁶ כמו כן, בשנת 2014 התקבל במדינת ויקטוריה תיקון חקיקה¹⁵⁷ שהרחיב את ארגז הכלים לגביית קנסות (לדוגמא, באמצעות הטלת סנקציות עקיפות על חידוש רישיון רכב ועוד) תוך קביעת מאסר כסנקציה חריגה שניתן לעשות בה שימוש באישור ופיקוח בית המשפט וכמוצא אחרון בלבד.¹⁵⁸

לעומת זאת, מדינת אוסטרליה המערבית היא המדינה היחידה כיום המשתמשת, כעניין שבשגרה, בסנקציית המאסר בשל אי תשלום קנסות.¹⁵⁹ על-פי הדין באוסטרליה המערבית, השתת קנס מקנה לחייב תקופה של 28 ימים לתשלום,¹⁶⁰ כאשרניתן לפנות לרשות הרלוונטית בבקשה לדחות ולפרוס את הקנס. חייב שאינו נושא בתשלום הקנס, חשוף להטלת צו עבודה לתועלת הציבור.¹⁶¹ אי מילוי אחרי הוראות צו העבודה מאפשר לרשות להוציא פקודת מאסר לתקופה המחושבת לפי מפתח של \$250 ליום מאסר.¹⁶² יש לשים לב שהסמכות להטלת צווי העבודה והמאסר מופקדת בידי הרשות עצמה ואינה מצריכה אישורו של בית המשפט.

¹⁵¹ Tomas Fitzgerald, "Twenty Years of Stalled Reform: Imprisonment for Non-Payment of Fines in the Western Australian Criminal Justice System – A Brief History" Cur. L. & Tax. Rev. 126, 157 (2015)

¹⁵² ראו סעיף 125 ל-99 Fines Act 1996 No 99 שכותרתו: "Abolition of imprisonment as primary enforcement action for fine default"

¹⁵³ פיציגרלד, שם, בעמ' 154.

¹⁵⁴ R v Rahme (1989) A Crim R 81

¹⁵⁵ פיציגרלד, לעיל ה"ש 151, בעמ' 155.

¹⁵⁶ ראו סעיף 71 ל-1988 (SA) Criminal Law (Sentencing) Act

¹⁵⁷ Fines Reform Act 2014 (Vic)

¹⁵⁸ שם, בפרק 14 לחוק.

¹⁵⁹ לסקירה מקיפה של החקיקה בנושא מאסר חלף קנס באוסטרליה המערבית, ראו פיציגרלד, ה"ש 151, לעיל.

¹⁶⁰ Fines, Penalties and Infringement Notices Enforcement Act 1994 (WA) s 45

¹⁶¹ שם, סעיף 47.

¹⁶² שם, סעיף 53. הסעיף קובע כי תקופת המאסר תהיה התקופה הקצרה מבין: (1) סכום הקנס חלקי יחידת קנס יומית; (2) תקופת המאסר המירבית שניתן לרצות בגין העבירה. לעניין חישוב יחידת הקנס היומית לפי מפתח של \$250 ראו פיציגרלד, לעיל ה"ש 151, בעמ' 135.

החל משנת 2009, חלה עליה ניכרת במספר המאסרים חלף קנס באוסטרליה המערבית, בעקבות הקשחת מדיניות האכיפה, בפרט בנוגע להוצאת פקודת מאסר בשל אי מילוי אחרי הוראות צווי העבודה לתועלת הציבור.¹⁶³

בהקשר זה, המחקרים שנערכו בעקבות העלייה בהיקף המאסרים במקום קנסות, הצביעו על גיעה בלתי-פרופורציונאלית באוכלוסיית האנשים העניים ככלל ובקבוצות כגון נשים ואבוריגינים בפרט.¹⁶⁴ 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 וכנגזרת מכך שיעורי הכליאה בשל אי תשלום קנסות לא פחתו בעקבות הקשחת מדיניות הכליאה.¹⁶⁵

3.ד. אירופה: קשירה בין יכולת כלכלית לגובה קנסות - מנגנון הקנס היומי

הסדר שונה בתכלית לקנסות הפליליים הסטנדרטיים הנהוגים עד היום בשיטות משפט שונות, לרבות שיטת המשפט הישראלית והאמריקאית, הוא מנגנון הקנס היומי, הנפוץ במדינות אירופאיות רבות. קנס יומי הוא קנס פלילי שמטיל בית המשפט בגין ביצוע עבירה מסוימת והוא נקבע לכתחילה כפונקציה של מצבו הכלכלי של הנאשם שישא בקנס (יחידת הקנס) וכן של חומרת העבירה (ימי הקנס). הרעיון המרכזי העומד מאחורי השימוש בקנס יומי הוא ליצור מנגנון ענישה מונית שוויוני במובנו המהותי, כלומר, להתאים באופן יחסי את סכום הקנס למצבו הסוציו-אקונומי של הנאשם, כך שהנטל הכלכלי שישא בו נאשמים שהורשעו בעבירות בעלות חומרה זהה יהיה שווה מבחינת המשקל שיש לו על הכנסתם.¹⁶⁶ בנוסף, השימוש בקנס יומי נועד לשפר מלכתחילה את סיכויי תשלום החובות ולמזער את השימוש בסנקציית המאסר כחלופה לתשלום קנסות, זאת בצד שיקולי יעילות כלכלית שנובעים מעלויות תפעול נמוכות ומחסכון בעלויות מאסר.

קביעתו של קנס יומי מורכבת משני שלבים: ראשית, בית המשפט קובע את מספר "יחידות הקנס" או "ימי הקנס" (Fine units), בהתאם לחומרת העבירה, נסיבות ביצועה, עברו של הנאשם והמגבלה על קביעת ימי הקנס בדינה של כל מדינה ומדינה; שנית, בית המשפט אומד את מצבו הכלכלי של הנאשם ועל סמך נתונים אלה קובע את ערכה הפיננסי של "יחידת הקנס היומית", כאשר בחלק מהמדינות אופן חישובה של יחידת הקנס היומית מוגדר מראש בחקיקה על-ידי

¹⁶³ כך למשל, בשנת 2008 נכלאו באוסטרליה המערבית 194 אנשים בגין אי תשלום קנס ואילו מאז שנת 2009 נכלאים מדי שנה יותר מ-1,000 אנשים בשל אי תשלום קנסות. יחד עם זאת, יצוין כי תקופת המאסר המרוצות בפועל בגין אי תשלום קנס הן תקופות קצרות – ב-80% מהמקרים בין השנים 2006-2015 תקופת המאסר לא עלתה על שבוע ימים וב-22% מהמקרים החייבים אף שוחררו תוך 48 שעות. ראו: Fine defaulters in the Western Australian Prison System (Office of the inspector for Custodial Services, 2016), page 8. Locking in Poverty: תומס, לעיל

"How Western Australia drives the poor, women and Aboriginal people to prison" 10 (2014); Addressing fine default by vulnerable and disadvantaged persons: Briefing paper (2016) ¹⁶⁴ ; 151 הי"ש

Locking in poverty ¹⁶⁵ הי"ש 163 לעיל, בעמ' 4, 10.

¹⁶⁶ נציין כי הרעיון לבסס את מדיניות הענישה המונית על יכולתו הכלכלית של הנאשם הופיעה כבר בכתביהם של פילוסופים כמו מונטסקייה וג'רמי בנתי'האם. נתי'הם כתב בספרו THEORY OF LEGISLATION כי "Pecuniary punishment should always be regulated by the fortune of the offender. The relative amount of the fine should be fixed, not its absolute amount..." ראו גם: Elena Kantorowicz-Reznichenko "Day Fines: Reviving the Idea and Reversing the (Costly) Punitive Trend" 6 (forthcoming, 2018) (להלן: קנס יומי).

נוסחה, אליה מוזנים נתונים בדבר מצבו הכלכלי של הנאשם. הקנס הכולל הוא למעשה תוצר הכפלת ערכה של יחידת הקנס היומית (המבוססת על מצבו הכלכלי של הנאשם) במספר ימי הקנס שנקבעו (המבוססים על חומרת העבירה והעונש המתאים לנאשם). כך למשל, בפינלנד נקבע בחקיקה כי מספר ימי הקנס שניתן להטיל על נאשם ינוע בין 1 עד 120 ימים.¹⁶⁷ כמו כן, נקבע כי יחידת הקנס היומית תהא שווה ל-1/60 מממוצע משכורתו של הנאשם בניכוי מסים וסכום קבוע של הוצאות מחיה בסיסיות.¹⁶⁸ לדוגמא: נניח כי נאשמים א' ו-ב' ביצעו עבירה זהה, בנסיבות דומות ושניהם נעדרו עבר פלילי קודם. עוד נניח כי ממוצע ימי הקנס המוטלים בגין אותה עבירה הוא 90 ימים. א' ו-ב' נבדלים בהכנסתם, כך ש-א' משתכר €3,000 בחודש בממוצע ואילו ב' משתכר €9,000 בחודש בממוצע (להפשטה נניח שמדובר בסכום לאחר ניכוי מסים וסכום קבוע של הוצאות מחיה). מכאן יוצא כי הקנס שיש להטיל על א' הוא €4,500 ואילו על ב' €13,500 בגין ביצוע אותה עבירה, כך שהנטל הכלכלי היחסי שיוטל על כל אחד מהנאשמים יהיה שווה.

בשונה מהמודל הפיני, בגרמניה לא נקבעה נוסחה אריתמטית לחישוב יחידת הקנס היומית אם כי נקבע סטנדרט גמיש יותר לפיו בית המשפט יסמוך את אומדנו, ככלל, על שכרו היומי של הנאשם.¹⁶⁹ כמו כן, סכום יחידת הקנס היומית הוגבל ל-€30,000.¹⁷⁰ עוד נקבע כי מספר ימי הקנס ינוע בין 5-360 ימים.¹⁷¹ אי קביעתה של נוסחה קשיחה שמבוססת על שכרו של הנאשם לחישוב יחידת הקנס היומית מאפשר התחשבות בפרמטרים נוספים מלבד הכנסתו של הנאשם, כגון שווי נכסיו או הכנסותיו העקיפות, שכן לעיתים ממוצע השכר החודשי 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 עושרו של הנאשם.

פינלנד הייתה המדינה הראשונה שאימצה את מנגנון הקנס היומי והחלה להשתמש בו כבר בשנת 1921. בעקבות זאת, אימצו שוודיה ודנמרק מנגנונים דומים בשנת 1931 ו-1933 בהתאמה.¹⁷² מספר עשורים לאחר מכן, אימצה גרמניה אף היא את מנגנון הקנס היומי, במסגרת רפורמה כוללת בתחום הפלילי משנת 1975, וקבעה את הקנס היומי כבררת מחדל חלף שליחת נאשמים למאסרים קצרים (עד 6 חודשי מאסר), למעט במקרים חריגים.¹⁷³ עם השנים הצטרפו למודל הקנס היומי מדינות נוספות, כגון צרפת בשנת 1983, שוויץ בשנת 2007, צ'כיה בשנת 2009 ועוד.¹⁷⁴ בהקשר זה, יש לשוב ולציין כי במדינות אלו הקנס מהווה את צורת הענישה המרכזית בגין עבירות פליליות, בעוד מאסר מוטל על נאשמים בפחות מ-10% מהתיקים הפליליים ונשמר למקרים חמורים המצריכים גינוי חברתי ומוסרי עמוק שאינו מתבטא בקנס.

¹⁶⁷ Criminal Code of Finland Section 1(1), Chapter 2(a).

¹⁶⁸ Criminal Code of Finland, Section 2(2), Chapter 2(a).

¹⁶⁹ German Criminal Code, Section 40.

¹⁷⁰ ש.ס.

¹⁷¹ ש.ס.

¹⁷² Hans Thornstedt, *The Day-Fine System in Sweden*, Crim. L. Rev. 307, 307 (1975).

¹⁷³ ציון כי עיגונה של הוראה זו בחקיקה הגרמנית, המסיטה את הענישה ממאסר לקנס בתקופות קצרות, עולה בקנה אחד עם ההמלצות המופיעות בדוח ועדת דורנר, לפיהן יש להפחית את השימוש במאסרים קצרים הפחותים משנה.

¹⁷⁴ לטבלה של המדינות המחילות קנס יומי ראו, קנס יומי, לעיל ה"ש 41 בעמ' 10. להרחבה בנושא הקנס היומי בצרפת ראו, Helene Bioy, *Le Jour-Amende En Droit Penal Français* (Ph.D. Thesis, 7.2.2014, University of Bordeaux).

יצוין כי בכל המדינות בהן אומצה השיטה של קנס יומי, אי תשלום הקנס עלול להוביל למאסרו של החייב, ואולם ניתן ככלל להמיר מאסר זה בעבודות שירות. עם זאת, חלופת המאסר במנגנון הקנס היומי שונה מהמאסר חלף הקנס בשיטת קנס כללית כמו בישראל בשני מישורים עיקריים. ראשית, חישובו של הקנס היומי על סמך יכולתו הכלכלית של הנאשם ממזער מלכתחילה מצבים בהם הנאשם אינו מסוגל לשאת בתשלום הקנס. כך, למשל, פיילוט שנערך במחוז פולק במדינת איווה בארצות הברית לימד כי בעקבות אימוץ של שיטת הקנס היומי, עלתה רמת תשלום הקנסות בסכומם המלא מ-32% ל-72%. לא זו אף זו, אלא ששיעורם של הנאשמים ששילמו לפחות חלק מסכום הקנס שהוטל עליהם עלה מ-45% ל-85%. סך כל הסכומים שנגבו מתשלום קנסות עלה ב-50%.¹⁷⁵ לאור העלייה בשיעור הגבייה, התוצאה היא שהאמצעי של מאסר חלף קנס מופעל במדינות אלו בשיעור זעום. מהנתונים הקיימים עולה כי בשנת 2013 עמד מספר המאסרים בשל אי תשלום קנס בפינלנד על 48 מאסרים בלבד; בדנמרק על מאסר אחד בודד ובשוודיה כלל לא נעשה שימוש במאסר חלף קנס באותה שנה.¹⁷⁶ בנוסף, בכל המדינות בהן אומץ קנס יומי נקבע גם מפתח המרה אחיד וברור בין ימי הקנס לימי המאסר. כך למשל, נקבע בפינלנד כי 3 ימי קנס יומי שקולים ליום מאסר אחד.¹⁷⁷ מכאן ששיטה זו אף מונעת מראש פגיעה בשוויון בין נאשמים במישור קביעת מספר ימי המאסר שירוצו עבור הקנס, שכן ימי המאסר שיש לרצות 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 הקנס והפנייה למשפט המשווה מלמדת לגישתנו כי ראשית, 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 בלתי שיוויוני בנאשמים חסרי יכולת כלכלית. בנוסף, 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.¹⁷⁸

לאור זאת, ובהשראה מההסדרים השונים העולים מן המשפט המשווה, בפרק זה נציע 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 הסדרי משנה: הראשון, אימוץ מנגנון הקנס היומי, אשר עניינו באופן הטלת הקנס מלכתחילה והתאמתו ליכולת הכלכלית של הנאשם; השני, ביטול מוסד המאסר חלף קנס והחלפתו בהפעלה מידתית של מערך הגבייה, שישודרג ויכלול אפשרות המרת הקנס בצו שירות לתועלת הציבור, כאמצעי אחרון.

¹⁷⁵ Reviving the idea, p. 15

¹⁷⁶ Ragnar Kristoffersen, *Correctional Statistics of Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden*

2009-2013 (Correctional Service of Norway Staff Academy, 2014)

¹⁷⁷ Criminal Code of Finland, Section 5(2), Chapter 2(a)

¹⁷⁸ ראו **דוח ועדת דורנר** והחלטת הממשלה 1840 בעניין ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל (11.8.2016), לסקירת-על של המגמות במשפט הפלילי הישראלי בעשור האחרון ראו גם איילת עוז וחגיית לרנאו "מערכת האכיפה הפלילית בישראל בעשור האחרון – האם ניתן לחוש ברוחות של שינוי?" **הסיניגור** 247 (2017).

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

בהקשר זה, אנו סבורים כי אימוץ מנגנון הקנס היומי יוביל לצמצום הרגרסיביות של עונש הקנס, הפוגע באופן קשה יותר בנאשם עני ביחס לנאשם עשיר, וזאת אף לכתחילה וללא קשר לשאלת הפעלת הענישה החלופית לקנס. המעבר לשיטת הקנס היומי יוביל, כאמור לעיל, להטלת קנסות שפגיעתם בחירות ובאוטונומיה של נאשמים שונים היא זהה, משום שהיא מותאמת למצבו הכלכלי של כל אחד מהנאשמים. השימוש בקנס היומי מאפשר לכמת באופן מיטבי את הסבל והנזק המגולם בענישה ולהגשים את עקרון ההלימה באמצעות קביעת הקנס בהתאם ליכולתו האינדיבידואלית של הנאשם. מלבד הגשמת עקרון ההלימה באופן שוויוני במובן המהותי, כך שהמחיר אותו ייאלצו נאשמים זהים לשלם ייצור הכבדה זהה בהתאם ליכולתם הכלכלית, אימוץ מנגנון הקנס היומי יוביל להגשמת התכלית ההרתעתית של הקנס, גם כאשר מדובר בנאשם בעל ממון, שכיום נהנה למעשה מיתרון כלכלי משמעותי שמאפשר לו לרוקן מתוכן את תכליות הקנס, שכן הטלתו, כדברי השופט עמית בעניין **אזולאי** "אינה מהווה נטל כבד ומאיינת את האפקט העונשי וההרתעתי".

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 משמעותית בעצם אימוצו של מנגנון משוכלל של התאמת הקנסות ליכולת הכלכלית, מעניקה משנה חיזוק להצדקות לאימוצה של שיטת הקנס היומי. י אימוץ מנגנון זה יש בו כדי לספק מענה מבני שיצמצם את הפער בין "המשפט עלי הספר" ל"משפט בפעולה", באופן שיבטיח השתת הקנס בהתאם ליכולת הכלכלית של הנאשם כבר בשלב גזירת הדין, שכן הוא אינו תלוי בתמריצים הפרטניים של הצדדים בשלב זה (שכפי שהראינו, מובילים למתן תשומת לב מועטה לרכיב הקנס בשל ההתמקדות בעונשים אחרים, ובראשם עונש המאסר). אימוץ הקנס היומי יפחית את החשש כי נאשמים לא יצליחו לעמוד בנטל הכלכלי שהושת עליהם מלכתחילה.

יתרון משמעותי נוסף של מנגנון הקנס היומי טמון באפשרות הפיכתו של הקנס לעונש העיקרי במערכת המשפט הפלילי וצמצום השימוש במאסרים ככלל ומאסרים קצרים בפרט, כפי שנהוג במדינות אירופאיות רבות וברוח המלצות דו"ח 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 של חסכון עלויות הכליאה הגבוהות. כמו כן, לענייננו, חישוב הקנסות על בסיס שיטת הקנס היומי צפוי להוביל גם ליתרון כלכלי בדמות עלייה בשיעורי גביית הקנסות וירידה משמעותית במקרים שבהם תופעל כנגד נאשמים ענישה חלופית לאחר שלא יכלו לעמוד

בהם. לא בכדי, כאמור, השימוש במאסר חלף הקנס במדינות בהן אומצה שיטת הקנס היומי הוא זעום.¹⁷⁹

לצד אימוצו של מנגנון הקנס היומי – וגם ככל שלא 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 ועשירים,¹⁸⁰ והן משיקולי יעילות שעניינם בעלויות הגבוהות של המאסר ושל הבירוקרטיה הנלווית להפעלת מאסר חלף קנס לעומת התועלת הבלתי-מבוססת הנובעת מהגברת הגבייה. הבחירה בביטול מוסד המאסר חלף קנס והצעת הסדר חלופי כפי שיפורט להלן, משלבת לטעמנו באופן מיטבי בין מכלול ההסדרים הקיימים במשפט המשווה ומהווה קביעה ערכית חשובה לפיה השימוש במאסר כאמצעי גבייה של קנסות אינו ראוי.

בנוסף לביטול המאסר חלף קנס, הרפורמה המוצעת במישור ההפעלה המידתית של מערך הגבייה כוללת שני רכיבים מרכזיים: חובת מיצוי הליכי גבייה מידתיים יותר בטרם הפעלת ענישה חלופית, וקביעת ענישה חלופית של צו שירות לתועלת הציבור מקום בו הקנס לא שולם.

הרכיב הראשון הוא חובת מיצוי הליכי גבייה מידתיים יותר, המנויים כיום בחוק המרכז לגביית קנסות. לטעמנו, המצב הקיים היום, בו ניתן בחלק מן המקרים להפעיל כנגד נאשם מאסר חלף קנס גם כאשר לא ניתן לנקוט בעניינו בסנקציות לפי חוק המרכז; או כאשר על פי פרשנותו של המרכז, אין עליו חובה לנקוט באמצעים מידתיים יותר בטרם פניה לבית המשפט בבקשה להפעיל מאסר חלף קנס, היא אבסורדית. על כן, לגישתנו יש לקבוע במפורש בחוק כי בטרם פנייה לענישה חלופית, וככל שקיימת יכולת כלכלית לתשלום הקנס, יש לנקוט ראשית לכל במדרג הסנקציות המידתיות יותר הקבוע בחוק המרכז לגביית קנסות, כגון הגבלת שימוש בכרטיס חיוב או הגבלת שימוש ברישיון נהיגה.

רק ככל שאין יכולת כלכלית לתשלום,¹⁸¹ או שהנקיטה בסנקציות המידתיות יותר לא הובילה לתשלום הקנס, יש לפעול להפעלת ענישה חלופית. בהשראה מהדין האוסטרלי, ענישה חלופית זו תהיה של צו שירות לתועלת הציבור, אשר יוכל להיות מוטל על ידי המרכז לגביית קנסות עצמו.¹⁸² המרה של עונש קנס בעונש של שירות לתועלת הציבור מגשימה באופן ראוי, רציונלי

¹⁷⁹ ראו פרק 3. ד. לעיל וההפניות שם.

¹⁸⁰ נכונים לעניין זה דבריו של השר פנחס רוזן, אשר הובאו בפתח המאמר, הנוגעים לקושי של מערכת המשפט לוותר על אמצעים דרקוניים שבידה מתוך חשש לאיבוד שליטה – ולצורך של מערכת משפט מודרנית להתגבר על נטייה זו ולבטל כלים אכיפתיים אלו שפגיעתם גדולה מתרומתם.

¹⁸¹ לו תאומץ, כהמלצתנו, שיטת הקנס היומי, המקרה של חוסר יכולת לעמוד בתשלום הקנס אמור להיות חריג שבחריגים. ואולם, גם במקרה שבו עומדת על כנה שיטת חישוב הקנס הקיימת, אין היגיון להפעיל סנקציות כלכליות כנגד אדם שאין ביכולתו לעמוד כלל בתשלום הקנס, ובמקרה כזה, נכון יהיה לפנות ישירות לשלב הענישה החלופית.

¹⁸² מובן כי שינוי מסוג זה דורש שינוי בחקיקה וכי הפעלת סמכות זו תהיה כפופה לביקורת שיפוטית על פי העילות המינהליות. נציין, כי לשיטתנו, מכיוון שממילא כיום עיגון קביעת הסמכות למאסר חלף קנס בקביעה שיפוטית לא הובילה ליצירת הגנה אפקטיבית כלשהי מפני שימוש לא ראוי במאסר חלף קנס, ונוכח הקשיים המבניים בדיון מלא וממצה בסוגיה של ענישה חלופית במקום תשלום הקנס במסגרת גזר הדין עליהם עמדנו, אין אנו רואים עדיפות לקביעה שיפוטית בהקשר זה, אלא לקביעה מינהלית, המבוססת על חובת הרשות לאסוף את כל הנתונים הנדרשים להכרעה בהתאם לכללי המשפט המינהלי.

ומידתי את "הענישה האקוויוולנטית". יצוין, כי ככל שתאומץ שיטת הקנס היומי, ממילא יחושב לכתחילה היחס שבין "ימי העבודה" לבין גובה הקנס, כך שניתן יהיה להתבסס על יחס זה גם בגזירת ימי השירות לתועלת הציבורי שירוצו לו לא ישולם הקנס. ככל שלא תאומץ שיטה זו, ניתן יהיה לקבוע בחקיקה יחס ראוי בין גובה הקנס שנגזר בפסק הדין לבין מספר ימי העבודה לתועלת הציבור שיש לרצות בגינם.

נציין, כי אנו קוראים לשמירה על רכיב של ענישה חלופית לקנס, על אף הביקורת שהעלינו בהקשר זה, משני טעמים עיקריים: – ראשית, על אף שכאמור לגישתנו לא ניתן כיום לתמוך אמפירית בתועלת האכיפתית של המאסר חלף הקנס ובוודאי שלא ביעילות הכלכלית של השימוש בו כאמצעי אכיפה, קשה לחלוק על העובדה כי מדובר במנגנון ותיק שמערכת האכיפה כולה רגילה להסתמך ולהתבסס עליו. אשר על כן, ישנו חשש כי ביטול המאסר חלף הקנס 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 לחתור תחת השימוש בעונש זה, ובאופן פרדוקסלי להחמיר את הפגיעה בחירות ובשוויון אף מעבר למצב היום. אם כן, קביעתה של חלופה עונשית היא בעינינו עודנה מרכיב הכרחי כדי להבטיח את קיומם של קנסות פליליים כעונשים ברי-קיימא. שנית, אנו סבורים כי אחד הטעמים החזקים לכוחו של המאסר חלף הקנס הוא בכך 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 בו העונש שיוטל על האדם לא ירוצה, והאדם יצא פטור מעונש (בין אם בשל חיסרון כיסו בין אם בשל רצונו להתחמק מהתשלום). אשר על כן, מקבלים אנו את הטענה לפיה רכיב מרכזי בכל מנגנון חלופי למאסר במקום אי תשלום קנס חייב לכלול ענישה חלופית כלשהי שניתן להפעילה כחלופה מקום בו עונש הקנס לא שולם. אנו ערים לכך שחלק מן הטענות החלוקתיות שהעלנו תקפות גם במקרה זה, ואולם לעמדתנו עוצמתן נחלשת ככל שהענישה החלופית מתונה יותר, וממילא הפגיעה המוצעת על ידנו נמוכה משמעותית מזו הקיימת כיום בדין הנוהג ובמציאות.

הרכיב האחרון ברפורמה המוצעת, ולמעשה השריד האחרון של המאסר חלף הקנס שיוותר בדין הפלילי, נוגע למקרים הקיצוניים בהם חרף מיצוי אמצעי הגבייה ועל אף הטלת צו שירות לתועלת הציבור, לא ימלא הנאשם אחר הוראות הצו. במקרה כזה, תוסמך הרשות לפנות לבית המשפט לביטול צו השירות וגזירת העונש מחדש לשיקול דעת בית המשפט, באופן שעולה בקנה אחד עם הקונסטרוקציה הקיימת כבר היום בסעיף 71ד לחוק העונשין, העוסק במקרים בהם הוטל על נאשם עונש של צו שירות לתועלת הציבור והוא הפר את הצו. במקרים כאלה, רשאי בית המשפט לבטל את צו השירות ולגזור על הנאשם עונש על העבירה המקורית שבגינה הוטל עליו צו השירות. בהקבלה, במקרה בו יפר נאשם את צו השירות לתועלת הציבור שהופעל בעניינו בשל אי תשלום הקנס שהוטל עליו, ישוב התיק לבית המשפט, אשר יוכל לגזור מחדש את דינו של הנאשם תוך התחשבות בכלל הנסיבות, ובהן במצבו הכלכלי, בתום ליבו ובעונשים האחרים שהוטלו עליו. במקרים חריגים אלו, איננו סבורים כי קיימת מניעה אפרוורית כי בית המשפט יוכל לגזור עונש

מאסר על הנאשם,¹⁸³ שכן במסגרת זו תינתן לנאשם להשמיע טענותיו וניתן להניח כי בפני בית המשפט יעמדו כלל השיקולים הרלוונטיים לקביעה מושכלת של הענישה החלופית אותה ראוי יהיה להטיל על הנידון הספציפי. מצב זה שונה באופן אינהרנטי מעונש המאסר חלף קנס הקבוע כיום, שנקבע לרוב כבר בעת גזירת הדין, ללא דיון והנמקה ממצים, ומופעל ללא מיצוי הכרחי של הליך הגביה.

כאן המקום לציין כי אמנם אנו סבורים כי מן הראוי לאמץ שני הסדרי המשנה בד בבד, אולם לצורך התמודדות עם הבעיות הטמונות במוסד המאסר חלף קנס, ניתן גם לאמץ, בשלב ראשון, את הסדר המשנה השני שעניינו בביטול המאסר חלף קנס והפעלה מידתית של מערך הגביה, ללא תלות באימוץ מנגנון הקנס היומי. עם זאת, יודגש כי על אף שמצב זה אפשרי – הוא לגישתנו אינו רצוי, שכן מלבד היתרונות המבניים של מנגנון הקנס היומי שלגישתנו מספקים מענה הולם לבעיית השורש של הטלת קנסות שאינם מותאמים כלכלית, אימוץ שיטת הקנס היומי גם ייפשט וייעל ככלל את הליך הגביה של קנסות פליליים. קביעתו של מנגנון קנס יומי המשקלל באופן יסודי את יכולתו הכלכלית של הנאשם, תאפשר יצירת חזקה ניתנת לסתירה לפיה הנאשם הוא בעל יכולת כלכלית לשלם את החוב, ומשכך היא פותחת את הדרך לשימוש בסנקציות החמורות יותר בחוק המרכז לגביית קנסות, המותנות כאמור בהוכחת יכולת כלכלית לתשלום.¹⁸⁴ מנגנון זה ייצור אם כן הרמוניה חקיקתית בהפעלת הסמכויות. כמו כן, גם הנתונים האמפיריים, המלמדים כי מרביתם הגדולה של מי שמרצים גם היום מאסר חלף קנס הם מי שנגזרו עליהם קנסות נמוכים יחסית, והם מרצים תקופות מאסר קצרות יחסית, מצביעים על כך שריצוי צו לתועלת הציבור יהווה חלופה ריאלית ומתאימה מקום בו לא שולם הקנס.

בתמצית, אם כן, הרפורמה המוצעת מורכבת משני ראשים עיקריים ובלתי תלויים: ראשית, אימוץ מנגנון הקנס היומי שיקבע את הקנסות בהתאם לבדיקה יסודית של היכולת הכלכלית של הנאשם; שנית, ביטול מוסד המאסר חלף קנס ושכלול מנגנוני הגביה כך שהרשות תוסמך להמיר את עונש הקנס, כמוצא אחרון, בצו שירות לתועלת הציבור. במקרים חריגים בהם צו כאמור לא יקוים, תהיה הדרך פתוחה בפני הרשות לפנות לבית המשפט לביטול הצו וגזירת העונש מחדש.

הרפורמה המוצעת טעונה שינויי חקיקה, שנמליץ כי ייערכו בשלב הראשון במתכונת של הוראת שעה, בדומה לשינוי החקיקה שהוביל לביטול מאסר החייבים, על מנת לאפשר איסוף נתונים והערכה מבוססת, מדודה ומושכלת של ההסדר החדש ובמטרה לשפר ולדייק, ככל שיהיה בכך צורך, את השינוי החקיקתי שיקבע בסופו של יום.¹⁸⁵ במסגרת זו, נציע לקבוע חובת דיווח שנתית באשר למספר התיקים שהובילו להטלת קנסות פליליים; מספר התיקים שנפתחו במרכז לגביית

¹⁸³ במקרים אלה ניתן אף לאמץ נוסחת המרה בין ימי הקנס לימי מאסר, בדומה לדין בפינלנד שם נקבע כי 3 ימי קנס יומרו ביום מאסר אחד. עם זאת, אנו סבורים כי יש להשאיר נוסחה זו גמישה ולאפשר הפעלת שיקול דעת שיפוטי מנימוקים שירשמו.

¹⁸⁴ ראו הוראות סעיף 7א(ג) וסעיף 7א(ה) לחוק המרכז לגביית קנסות.

¹⁸⁵ ביטול מאסר החייבים, נקבע ראשית בשנת 2008 בהוראת שעה (ראו תיקון מס' 29 לחוק ההוצאה לפועל, שקודם במסגרת חוק ההסדרים, 2008). הצעת החוק התפרסמה בה"ח 260 בעמ' 16, 90 (30 באוקטובר 2006). תיקון מס' 43 לחוק ההוצאה לפועל, שביטל באופן סופי את מאסר החייבים בגין חובות אזרחיים בהוצאה לפועל, התקבל שש שנים מאוחר יותר, בשנת 2014. ס"ח 2451 עמ' 546 (22 במאי 2014). הצעת החוק התפרסמה בה"ח 864 בעמ' 542 (18 במרץ 2014). 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' (2019).

קנסות ונסתיימו לאחר הפעלת אמצעי אכיפה שאינם המרת הקנס בצו לתועלת הציבור; מספר הקנסות שהומרו בצו לתועלת הציבור; ומספר 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 אין בכך שאימוץ מלא של הרפורמה המוצעת דורש שינויי חקיקה כדי למנוע כבר היום מבית המשפט לחתור לפרשנות שתצמצם ואף תמנע את השימוש הקיים במאסר חלף קנס מכל הטעמים שמנינו במאמר, ותגביל את הטלתו כבר היום למקרים חריגים בלבד.

סיכום

במאמר זה ביקשנו להציג תמונה מקיפה – ראשונה מסוגה בכתיבה האקדמית – באשר למוסד המאסר חלף הקנס בישראל. ואולם, עיקרו של המאמר, עבורנו, 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, תיאורטיים ופרקטיים. קשיים אלו עומדים בימים אלו במרכזו של דיון ציבורי ומשפטי ער במדינות אחרות, המוביל לרפורמות ולחשיבה מחודשת במדינות אלו. המאמר מבקש לעורר דיון ציבורי ומשפטי דומה גם בישראל. עמדתנו היא כי הניתוח הנורמטיבי, הערכי והחוקתי מחייב לקדם רפורמות משמעותיות במנגנון זה, ומציע לעשות זאת באמצעות אימוץ מנגנון הקנס היומי כשיטה חלופית לשיטת הטלת הקנסות הרגרסיבית; קביעת חובת מיצוי אמצעים מידתיים יותר; ואימוץ השימוש בצו שירות לתועלת הציבור כחלופה לאי-תשלום קנסות תוך ביטול האפשרות להטיל מאסר חלף קנס.