

# עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך טו	סיוון תש"ף, יוני 2020
דבר העורך	
אבישולם וסטרייך	5
מנת הסרטנים וקוקטייל הצרפות שהכריעו במשפט	
על כתיבת עובדות בכתבי טענות	
מיכל אהרוני	7
קוטלו של אויבנו הוא בנגו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי לחברה,	
בין חיים למוות, בין קורבן לעבריין ובין גמול לנקמה	
אסף הרדוף	41
עונש מאסר – אפשר גם אחרת:	
מודל חדש של ריצוי מאסר בבית	
יובל ליבדרו	83
הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי	
בעקבות ספרו של רביע עאסי:	
INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION	
דורון מנשה ואיל גרונר	129
לקראת רגולציה משפטית של תופעת קבוצת הרכישה	
מנאל תותרייג'ובראן ושמעון דיין	157

# עליו משפט



כתב העת של המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

כרך טו

סיוון תש"ף, יוני 2020

עורך

פרופ' אבישלום וסטרייך

מערכת אקדמית

פרופ' משה כהן-אליה, פרופ' שלי קרייצר-לוי, פרופ' גילה שטופלר

רכזות המערכת – תשע"ח

רחל פאלק, שיר שטרית

חברי המערכת תשע"ח

שרון אלטבך, מירי בוחניק, צחי הוק, משה זילברמן, אסף יהודה חרלופסקי, עדה יעקבי,

דניאל כהן, לידר לוגסי, עומר לוי, אליהו קראוזה

רכז המערכת – תש"ף

שגיב ברהום

מזכירת המערכת

מאיה שפירא

עריכה לשונית

יהודית ידלין

הפקה

ענת זקון

ISSN (Print): 2707-4331

ISSN (Online): 2707-434X

הוצאה לאור



## רשימת המשתתפים בכרך

עו"ד מיכל אהרוני, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, מכללת ספיר ואוניברסיטת תל-אביב  
איל גרונר, תלמיד מחקר לתואר שלישי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה  
עו"ד שמעון דיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן (בוגר)  
ד"ר אסף הרדוף, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, המכללה האקדמית צפת  
פרופ' אבישלום וסטרייך, פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
ד"ר יובל ליברדו, שופט בית-המשפט המחוזי, באר-שבע; מרצה מן החוץ, בית הספר  
למשפטים, המכללה האקדמית ספיר  
פרופ' דורון מנשה, פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה  
ד"ר מנאל תותרי-גו'בראן, מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

כתב העת עלי משפט עוסק בכל ענפי המשפט ובתחומי ידע במדעי הרוח והחברה  
המשיקים למשפט. מאמרי כתב העת עוברים בחינה של מערכת כתב העת  
ושיפוט-עמיתים אנונימי. כתב העת יוצא לאור אחת לשנה.

להגשת מאמרים ופניות בנושא כתב העת נא לפנות לעורך כתב העת,  
פרופ' אבישלום וסטרייך, בדוא"ל : avishalomw@clb.ac.il

## דבר העורך

קוראות וקוראים יקרים,

אני שמח להעמיד בפניכם את הכרך הטו של כתב העת עלי משפט. מאמרי הכרך הושלמו זה מכבר, אולם אילוצי השעה – ובין השאר מגפת הקורונה בעולם ובישראל – דחו את פרסומם זמן מה. דווקא מתוך כך, המשך היצירה, המחקר והפרסום חשובים ביותר לחברה הישראלית, ובהוצאתם לאור יש שמחה רבה.

בכרך זה חמישה מאמרים.

מיכל אהרוני פותחת את הכרך במאמרה "מנת הסרטנים וקוקטייל הצדפות שהכריעו את הטיעון המשפטי: על כתיבת עובדות בכתבי טענות". המאמר בוחן את השפעת דרכי סיפור העובדות בכתבי טענות על הכרעת בית המשפט. בכך, הוא מעמיק את הבנתנו באשר לחשיבות החיבור בין משפט לספרות, נושא בו עסק כתב העת גם בכרך הקודם, כרך יד (משפט ומדעי הרוח).

שלושת המאמרים הבאים עוסקים בהיבטים מגוונים של המשפט הפלילי, תחום שאף לו הקדיש כתב העת מקום נכבד בעבר (בכרך מיוחד, כרך יא, ובהזדמנויות רבות נוספות) ותרם לא מעט לשיח המשפטי בנושא זה.

אסף הרדוף במאמרו "קוטלו של אויבנו הוא בנו: פערי הרזולוציה בין המשפט הפלילי והחברה, בין חיים ומוות ובין קורבן לעבריין" מנתח את פרשת אלעזר אזריה, ומתוכה מצביע על כך שהמשפט הפלילי, במספר מובנים, אינו משקף את ערכי החברה במדויק, בשל פערי רזולוציה, פערי פירוט או פערי פוקוס, המובילים להתנגשות בין המשפט לחברה. יובל ליבדרו במאמרו "עונש מאסר – אפשר גם אחרת: מודל חדש של ריצוי מאסר בבית" בוחן את יתרונותיו של מאסר הבית בליווי פיקוח אנושי וניטור אלקטרוני כתחליף לעונש מאסר בבית סוהר.

חתימתו של החלק הפלילי עוסקת בטיעונים של דורון מנשה ואיל גרונר, שלפיו הזכות לאוטונומיה איננה גוררת בהכרח זכות לליטיגציה אישית, לא רק במשפט האזרחי, אלא גם במשפט הפלילי. טיעון זה מוצג במסגרת מאמר הביקורת על ספרו של רביע עאסי: "הזכות לייצוג עצמי בהליך משפטי – בעקבות ספרו של רביע עאסי: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION".

את הכרך חותם מאמרם של מנאל תותרי-גו'בראן ושמעון דיין "לקראת רגולציה משפטית של תופעת קבוצות הרכישה". המאמר מבקש לסייע בגיבוש קווים כלליים לאסדרת תופעת קבוצות הרכישה, על רקע התנאים החברתיים והכלכליים של ישראל ועל רקע הצעות החוק שמונחות בפני המחוקק בימים אלה.

מאמרי הכרך משלימים יחד דיון במכלול תחומים משפטיים, הנמצאים בליבת השיח המשפטי, העיוני והמעשי. הם פורשים בפני הקוראים ניתוח עומק תאורטי של מגוון תופעות

משפטיות לצד מכלול הצעות נורמטיביות לקידום המשפט והחברה בישראל. אני מקווה אפוא כי בקריאתם תמצאו תועלת ועניין.  
בסיום הדברים, אני מבקש להודות מעומק הלב להוצאת נבו, על הירתמותה, בנדיבות לב ראויה לציון, לסייע להוצאתו לאור של הכרך הנוכחי.

בברכת בריאות לכול  
וקריאה נעימה ומועילה,  
פרופ' אבישלום וסטרייך  
המרכז האקדמי למשפט ולעסקים  
סיוון תש"ף – יוני 2020

## עונש מאסר – אפשר גם אחרת: מודל חדש של ריצוי מאסר בבית

מאת

### יובל ליבדרו\*

בשנים האחרונות הולכות וגוברות הקריאות בשדה המשפט הפלילי-ישראלי לתור אחר חלופות לעונש מאסר, היינו כליאה בבית סוהר. מקור הקריאות הוא בהכרה החברתית של המחירים הנלווים לעונש זה. מחירים אלו קשורים בין היתר להשפעות עונש המאסר על הנאשם ומשפחתו, לעלויות הכלכליות הגבוהות של עונש זה ולתופעת הצפיפות האדירה בבתי הסוהר בישראל, תופעה שהובילה לפגיעה נרחבת בזכויות אסירים ועצורים.

במאמר זה אבקש לבחון מודל חדש לריצוי מאסר – לא עוד מאסר בבית סוהר כי אם בבית בליווי פיקוח אנושי וניטור אלקטרוני. מודל זה מוכר ומיושם במדינות רבות בעולם, אך בישראל טרם נקלט כסוג של עונש, בשונה מאמצעי פיקוח בשלב המעצר או בשלב של שחרור מוקדם ממאסר, שלבים שבהם כן נעשה שימוש במנגנונים אלה.

אבחן במאמר את האקלים המשפטי העכשווי בשדה המשפט הפלילי-ישראלי ואטען שעל רקע אקלים זה, הכולל תיקוני חקיקה, פסיקות של בית המשפט העליון והקמת ועדות ציבוריות שמרבית המלצותיהן אף אומצו בממשלה, יהיה נכון לקלוט בישראל את המודל החדש המוצע. כמו כן אעמוד במאמר על המגרעות הקיימות בעונש המאסר ובחלופה היחידה הקיימת לו כיום בישראל (מאסר המרוצה בעבודות שירות), ולצד זאת אדגיש את יתרונות המודל החדש המוצע על פני אלה. אבקש לשרטט את קווי המתאר של המודל העונשי החדש המוצע בישראל, אגב הפניית מבט לנעשה מעבר לים באשר לעונש זה.

המאמר מציע לראשונה בישראל תוכנית סדורה ומפורטת של קליטת המודל החדש. התוכנית מביאה בחשבון את מאפייני שיטת המשפט הפלילי בישראל, את צורכי המערכת, את סוגי המקרים שבהם יהיה אפשר להשתמש בעונש המוצע, בעיות שעלולות להיווצר על פי המודל המוצע ופתרונות לבעיות אלו. מסקנת המאמר היא כי המודל המוצע, של עונש מאסר המרוצה בבית, הוא מודל שלא רק שניתן לקלוט אותו בישראל, אף ראוי שהדבר יעשה מוקדם ככל הניתן.

מבוא. א. הקשיים הכרוכים בדרכי ריצוי המאסר המקובלות; 1. מאסר בבית סוהר;  
2. מאסר המרוצה בעבודת שירות. ב. עונש מאסר בית על רקע האקלים המשפטי הנוכחי.

\* ד"ר למשפטים, שופט בית המשפט המחוזי בבאר שבע. ברצוני להודות לד"ר יופי תירוש, פרופ' אורן גול-אייל, עו"ד חיים כהן וחברי מערכת כתב העת עלי משפט על הערותיהם המועילות. האמור במאמר משקף את עמדותיי האישיות בלבד ולא עמדה מערכתית כלשהי.

ג. משפט זר. ד. מאפייני מאסר הבית. ה. המקרים המתאימים לעונש מאסר בית.  
ו. הקשיים שעלולים להתעורר עם עונש מאסר הבית. ז. התשובות לקשיים שהועלו.  
סיכום.

## מבוא

במאה האחרונה הפך עונש המאסר לריצוי בפועל מאחורי סורג ובריה לדרך הענישה הנפוצה והמקובלת ביותר, ודאי בעבירות חמורות.<sup>1</sup> לצד ההכרה ביתרונותיו הלכאוריים של עונש זה כמגשים את תכליות הגמול, ההרתעה והמניעה,<sup>2</sup> הולכת וגוברת גם ההכרה כי לעונש זה מגבלות ותופעות לוואי המצריכות מציאת פתרונות חלופיים במקרים המתאימים. מגבלות השימוש בעונש מאסר יכולות לבוא לידי ביטוי בחוסר משאבים מערכתיים לספק תנאי מאסר מינימליים כנדרש בחוק וכן בעצם ההכרה שלעונש זה תופעות לוואי והשפעות הרסניות בעיקר על נאשמים צעירים או מי שנדונו לראשונה למאסר.<sup>3</sup> ואכן, נראה כי המחוקק לא התעלם ממגבלות ותופעות אלו עת החל לחפש אחר פתרון חלופי. הפתרון המקובל בשיטת המשפט הישראלית הוא של נשיאת מאסר בעבודות שירות. פתרון זה נקלט בשיטת המשפט הישראלית עוד בתחילת המאה שעברה (בפקודת עבודת עונשין), ובהמשך עוגן בסעיף 51א–יב לחוק העונשין, התשל"ז–1977. אולם נראה כי אף לפתרון זה כמה בעיות מובנות, דוגמת מגבלת התקופה שבה ניתן לרצות המאסר בדרך זו. שילוב זה בין ההכרה בקשיים הנלווים לעונש המאסר ולחלופתו הנוכחית לבין הצורך במציאת פתרונות מעשיים,<sup>4</sup> וההבנה כי בחלופה הנוכחית של ריצוי המאסר בעבודות שירות לא די, הוא שמצריך לנסות ולאתר פתרון נוסף. במאמר זה אציע חלופה אחרת לדרך ריצוי המאסר בדמות ריצוי מאסר בפועל בבית, באמצעות שילוב של פיקוח אלקטרוני ומפקחים אנושיים (להלן: "מאסר בית" או "העונש המוצע").

במאמר אצביע על היתרונות הגלומים בריצוי מאסר בית ביחס לריצוי המאסר מאחורי סורג ובריה או ריצוי המאסר בעבודות שירות בשים לב לבעיות ולכשלים הקשורים בשני אופנים אלה לריצוי המאסר.

1 ראו למשל יעקב בזק הענישה הפלילית, דרכיה ועקרונותיה 110 (1981).  
2 המוכרות כשלוש מתוך ארבע התכליות המקובלות לענישה לצד תכלית השיקום. ראו שם, בעמ' 56. כן ראו ש' גיורא שוהם וגבריאל שביט עבירות ועונשים מבוא לפנולוגיה פרקים 5–8 84–130 (1990).  
3 השפעות אלו גורמות בין היתר ל"אפקט קרימונוגני", ועליו יורחב בהמשך.  
4 ראו החלטת בית המשפט העליון בבג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פס' קכח לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.6.2017), שקבע כי על המדינה לספק שטח מחיה מזערי לכל אסיר ועצור של 4 מ"ר או 4.5 מ"ר כולל שירותים ומקלחת לפחות בתוך 18 חודשים מיום מתן פסק הדין ו-3 מ"ר לפחות בתוך 9 חודשים מיום מתן פסק הדין.

במאמר אבקש להאיר את המציאות המשפטית השוררת כיום בישראל שלפיה מערכת אכיפת החוק והחברה כולה כבר קיבלו הלכה למעשה את הרעיון של שילוב בין "כליאתו" של אדם בביתו ובין איזוק אלקטרוני כאמצעי פיקוח הן בתחילתו של ההליך הפלילי (בשלב המעצר עד לתום ההליכים)<sup>5</sup> והן בסופו של ההליך (כתנאי אפשרי לשחרור אסיר על תנאי)<sup>6</sup>, ונשאלת השאלה האם קיימת מניעה ליישום רעיון זה בשלב מרכזי של ההליך – שלב הענישה. במאמר אבקש לבחון גם את השימוש שנעשה, אם נעשה, ברעיון של נשיאת מאסר בבית בשיטות משפט אחרות, ואגב בחינה זו אבקש למצוא את המודל המתאים לשיטת המשפט בישראל ולשרטט קווי המתאר לריצוי מאסר בית בפיקוח אלקטרוני.

בחלק האחרון של המאמר אציג את הבעיות המשפטיות והמעשיות שעלולות להתעורר עם אימוץ העונש המוצע, ובהמשך אבקש לתת מענה לכל התהיות והבעיות שהוצגו קודם לכן. ניתן אפוא לומר כי חלקיו הראשונים של המאמר מציגים את הדין המצוי בישראל ומחוצה לה באשר לשאלה של דרך נשיאת מאסר, לרבות נשיאתו בבית. חלקיו האחרונים של המאמר מציגים את הדין הרצוי בישראל באשר ליצירת אפשרות של ריצוי מאסר, כעונש, בבית. מאמר זה מציג לראשונה בישראל דיון נרחב בסוגיה זו של מאסר בית כחלופה למאסר מאחורי סורג ובריה ומציע מתווה מעשי ומפורט לחלופה שכזו בתוך כדי התמודדות עם קשיים מעשיים ומשפטיים שנלווים לה.

אבקש להקדים מסקנה לדיון ולומר כבר עתה כי סבורני שלא רק שאין מניעה לאימוץ מודל נשיאת מאסר בבית, אלא שלאימוץ מודל ענישה מוצע זה אף יתרונות גדולים, ומוטב שאימוץ זה ייעשה מוקדם ככל הניתן.

בסופו של דבר, תכליתו של עונש מאסר בית היא לשמור על עקרון ההלימה בענישה תוך כדי מניעת חשיפה לסכנות הנלוות לעונש מאסר ומתן אפשרות לשימור פן שיקומי בענישה, כשכל אלה חוסכים במשאבים ציבוריים.

ודוק, העונש המוצע לא בא להחליף את עונש המאסר או את עונש המאסר לריצוי בעבודות שירות. עונש זה לא יבוא במקומם אלא יעמוד לצדם. עונש זה מציע דרך נוספת, אחרת, לנשיאת המאסר, ובכך מרחיב הוא את "סל התרופות" של השופט, וכפועל יוצא של זה מרחיב את השירות לפרט העומד לדין ולחברה כולה.

## א. הקשיים הכרוכים בדרכי ריצוי המאסר המקובלות

### 1. מאסר בבית סוהר

עונש של מאסר בפועל משמעותו הבסיסית היא ריצוי המאסר בבית הסוהר. במקרים בעלי חומרה רבה או בעניינם של נאשמים רצידיביים אשר נשקפת מהם מסוכנות גבוהה לחברה,

5 סימן ג'1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו–1996 (להלן: חוק המעצרים).

6 ס' 13א לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א–2001.



לתכליות הגמול, המניעה וההרתעה משקל גדול בענישה, ועל פי רוב העונש שישקף תכליות אלו יהיה עונש המאסר.

לצד יתרונותיו לעונש המאסר חסרונות לא מועטים ומגבלות של ממש. באשר למגבלות עונש המאסר יש לתת הדעת בראש ובראשונה למגבלות הפיזיות. כידוע, כדי לרצות עונש מאסר בבית סוהר יש לעמוד בתנאים שקבע המחוקק כתנאים מינימליים להחזקה ולקיום של אסיר בבית סוהר, מבחינת גודל תא, קיומם של תנאים סניטריים, חצר לטיול וכיוצא באלה תנאים פיזיים שיבטיחו שמירה על כבודו של האסיר ובריאותו וכן מניעת פגיעה שאינה עולה על הנדרש בזכויותיו החוקתיות של האסיר. כך למשל מצא המחוקק לקבוע גודל מינימלי של תא לאסיר, כאמור בתקנה 2(ח) לתקנות בתי הסוהר (תנאי מאסר), התש"ע-2010, הנגזר מסעיף 11ב(ב) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 ומסעיף 9 לחוק המעצרים. בעניין זה ראו דיון נרחב בפסק דין האגודה לזכויות האזרח, שאליו אתייחס בהרחבה בהמשך. המצב השורר בשנים האחרונות בישראל בעניין זה אינו משיבוע רצון, שכן חל גידול ניכר במספר האסירים (גידול אוכלוסיית האסירים מ-2,306 אסירים בשנת 1985 ל-9,393 אסירים בשנת 2012),<sup>7</sup> והמדינה לא הצליחה להתאים את התשתית המבנית כדי לספק לאותם אסירים את תנאי המחיה המינימליים שנקבעו בחוק. על רקע זה נקבע בעניין האגודה לזכויות האזרח כי:

"אין חולק כי רובם המוחלט של אסירי ישראל שוהים בתנאים אשר על פי הגדרת המדינה עצמה... אינם עולים כדי תנאי מחייה מינימליים לקיום בכבוד של האסיר; דבר זה עומד בניגוד לעקרונות היסוד של משפטנו, לזכות החוקתית הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, למורשת ישראל, לעמדת המשפט הבינלאומי ולמקובל במשפט המשווה".<sup>8</sup>

בהמשך פסק הדין, לאחר שפירט על אודות פרק הזמן הממושך שניתן למדינה אגב ניהול ההליך בבג"ץ להסדיר הסוגיה, מה שלא נעשה, קיבל השופט רובינשטיין את העתירה וקבע כי על המדינה לספק שטח מחיה מזערי לכל אסיר ועצור – בן 4 מ"ר או 4.5 מ"ר כולל שירותים ומקלחת לפחות בתוך 18 חודשים מיום מתן פסק הדין ו-3 מ"ר לפחות בתוך 9 חודשים מיום מתן פסק הדין.<sup>9</sup>

החשש הגדול בהקשר זה הוא שבשל המשאבים המוגבלים של המדינה לשכן אסירים בתנאים הקבועים בחוק תיאלץ המדינה לשחרר אסירים שאלמלא אותן מגבלות פיזיות לא היו משתחררים. חשש נוסף הוא שהמדינה לא תעתור לעונשי מאסר בפועל במקרים שבהם ראוי לעשות כן אך בשל מגבלה פיזית המקשה את יישום עונש המאסר בפועל.

7 הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון 4 וה"ש 19 (בראשות השופטת דליה דורנר, 2015) (להלן: דוח ועדת דורנר).

8 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 4, פס' קטו.

9 שם, פס' קכח.

מגבלה נוספת הקשורה בעונש המאסר המרוצה בבית הסוהר היא תקציבית. בדוח ועדת דורנר צוין כי על פי נתוני משרד האוצר עלות כליאה של אסיר היא על 10,000 ש"ח לחודש, שהם 120,000 ש"ח לשנה.<sup>10</sup> מדובר בעלות גבוהה מאוד, ונדמה כי הבעיה תלך ותחריף ככל שאוכלוסיית האסירים בבית הסוהר תמשיך לגדול, כפי שאירע בעשורים האחרונים. כידוע, תקציב של כל רשות ציבורית הוא מוגבל, וכך גם של שב"ס (שירות בתי הסוהר), וייתכן כי העלות הגבוהה של כליאת האסירים בישראל יכולה להסביר מדוע שב"ס מתקשה לספק את התנאים הפיזיים המינימליים הקבועים בחוק לאותם אסירים.

אשר לקטינים, קיימת מגבלה נוספת באשר ליכולת להשתמש בעונש המאסר בפועל. מגבלה זו מקורה בסעיף 25(ד) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971 (להלן: חוק הנוער), הקובע כי "קטין שבשעת גזירת דינו טרם מלאו לו ארבע עשרה שנה, לא יוטל עליו מאסר; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מסמכותו של בית משפט לנוער להורות על החזקתו של קטין כאמור במעון נעול לפי הוראות סעיף קטן (א)(1)".

על פני הדברים מדובר בבעיה זניחה, אולם אך לפני זמן קצר מצא המחוקק לקבוע בהוראת שעה כי אם מדובר בקטין שהורשע בעבירת רצח, ניסיון רצח או הריגה, יהיה אפשר לגזור עליו עונש של מעון נעול, ועם הגעת הקטין לגיל 14 – לשקול להעבירו לבית סוהר.<sup>11</sup> נראה כי הרקע לתיקון היה פיגועי טרור שביצעו קטינים מתחת לגיל 14 באותה עת, ואשר לא ניתן להורות על מאסרם עת היו בני פחות מ-14 ביום גזר הדין. למותר לציין כי הרציונל של מניעת כליאת קטינים בני 12–14 הוא ברור, אך יש לשקול אם קטין בן 13 שביצע רצף של עבירות מין או עבירות חמורות אחרות אכן יהיה מוצדק לפטור את עניינו ללא יכולת להורות על מאסר בדרך שיכולה למזער הנזקים הנגרמים בבית סוהר מחד גיסא ואשר תשמור על אלמנטים שיקומיים מאידך גיסא, דוגמת העונש המוצע. מודע אני ליכולת להטיל עונש של מעון נעול, אולם גם לעונש זה נזקים נלווים דוגמת ניתוק הקטין מהוריו, ממשפחתו ומביתו וחשיפה לאוכלוסיית עבריינים קטינים.

אף בהתעלם מהמגבלות הפיזיות-תקציביות-חוקיות הקשורות בעונש של מאסר המרוצה בבית סוהר, לעונש זה או לריצוי המאסר בדרך זו חסרונות בולטים רבים נוספים. אחת הבעיות הקשות בעונש מאסר המרוצה בבית הסוהר היא ההשפעות שיש לחיים בתוך בית הסוהר ושל אוכלוסיית העבריינים החיה בבית הסוהר על הנאשם שנידון לעונש מאסר בבית סוהר (להלן: "הנאשם" או "הנידון" או "האסיר").

גיורא שוהם וגבריאל שביט מתייחסים בספרם, בין היתר, למחקרים שנעשו ואשר לימדו כי בבתי הסוהר מתפתחת תת-תרבות של האסירים, אשר הערך המנחה בה הוא העוינות כלפי הממסד וחוסר שיתוף פעולה עימו.<sup>12</sup> לשם שמירה על נורמת התנהגות זו מופעלות סנקציות נגד אלה אשר אינם מציינים לנורמה. כן נמצא שלעומת אוכלוסיית הכלא המתחלפת, הנורמות

10 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27.

11 ס' 25(ו) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 22 – הוראת שעה), התשע"ו–2016.

12 שוהם ושביט, לעיל ה"ש 2.

של קהילת האסירים נשארות קבועות ועוברות "מדור לדור", כשלאסיר הטירון אין ברירה אלא להסתגל לנורמות אלה.<sup>13</sup>

המחברים מפנים למחקרים המלמדים כי לצד אימוץ נורמות התנהגות בתוך קהילת האסירים כל אסיר מאבד את "האני" שלו, בהיות בית הסוהר מוסד טוטאלי, הכולל שתי קבוצות אוכלוסייה עיקריות של סוהרים – מנהלים, ושל אסירים – מנוהלים. האסירים מופשטים מכל סממן ייחודי, לרבות לבוש, תסרוקת או לשון, והם עוברים הליך ניתוק מהקהילה שמחוץ לבית הסוהר. מצב זה, לצד שלילת היכולת לקבל החלטות, בהיות האסיר מנוהל בידי הסוהר המנהל, לא רק שאינו מכשיר את האסיר לקראת חזרתו לחיים ולקהילה שמחוץ לבית הסוהר אלא אף מחליש אותו. בעניין זה מוסיפים המחברים כי אף הדימוי השלילי בציבור של מוסד בית הסוהר יקשה על הנאשם עם חזרתו לחברה.<sup>14</sup> אף ועדת דורנר דנה רבות באפקט הקרימינוגני הנוצר בכלא על עבריינים.<sup>15</sup>

גבריאל הלוי מציין בספרו שמחקרים מלמדים כי מלבד התופעות שפורטו מעלה, קיימות תופעות קשות נוספות במהלך השהות בבית סוהר, דוגמת שימוש בסמים מסוכנים, אלימות מינית לצורך סיפוק צרכים במהלך השהות בכלא, אלימות פיזית לצורך הגנה עצמית ושמירה על מעמד בהיררכיה, התאבדויות ועוד.<sup>16</sup>

אם לא די במחירים הקשים הכרוכים במאסר עצמו, הן לנאשם, הן למשפחתו והן לחברה בכללותה, הרי שקיים ספק של ממש עד כמה עונש המאסר המרוצה בבית הסוהר מגשים את תכליות הענישה.

באשר לתכלית ההרתעה, אכן עונש של מאסר בפועל, וודאי כשמדובר במי שעומד לדין לראשונה או בכלל האוכלוסייה, מקיים על פני הדברים את התכלית. אולם מתברר כי מה שבאמת מרתיע אנשים לבצע עבירה הוא החשש להיתפס ולא סוג העונש שיוטל עליהם. הדבר התברר כנכון גם באשר לעונש המאסר, שנחשב חמור מיתר דרכי הענישה המקובלות כיום. תמיכה לטיעון זה של הרתעת חסר בעונש המאסר ניתן למצוא בשיעורי הרצידיוויזם בעניינם של מי שנשפטו לעונשי מאסר בפועל אשר נמצאו דווקא גבוהים מאלו שנדונו לעונשים קלים יותר.<sup>17</sup> ברוח ועדת דורנר נאמר בהקשר זה כי "למעשה, מחקרים רבים מצאו כי כשבוחנים נאשמים שנדונו לעונשים שונים בגין אותה עבירה, מי שנדונו לעונשי מאסר צפויים לחזור לעבריינות בהסתברות גבוהה יותר ממי שנדונו לעונשים קלים יותר".<sup>18</sup>

13 שם, בעמ' 193.

14 שם, בעמ' 196.

15 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 26–27.

16 גבריאל הלוי תורת הדין הפלילי כרך ג 472 (2011).

17 ראו שוהם ושביט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 90; בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 122. עם זאת יש שיטענו כי ייתכן שממילא מי שנדון למאסר הוא בעל אורח חיים עברייני, וכנגזר מכך האפשרות שיחזור לבית הסוהר ממשית יותר אצל מי שנדון לעונש קל שאינו מאסר.

18 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 21 ובהפניה לה"ש 154. כן ראו חיים כהן המשפט 702 (1999): "כן קיימת הסכנה – שהניסיון המעשי ממחישה – שבית-הסוהר משמש חממה או אולפן לגידול פושעים: מטבע הדברים זהו מקום מפגש של פושעים, וניתנות להם שם כל ההזדמנויות ללמד וללמוד את ה'מקצוע', לתכנן תוכניות, לפתח דרכים מתוחכמות יותר ולהתארגן לפשעים

באשר לתכלית המניעה אין ספק כי לטווח הקצר עונש של מאסר בפועל מונע מהעבריין פיזית לשוב ולבצע עבירות שניתן לבצען אך מחוץ לכותלי הכלא, דוגמת פריצה לבית, אולם אף באשר לתכלית זו יש כמה בעיות בהקשר זה: ראשית, חלק מהעבירות ניתן לבצע גם בתוך בית הסוהר, דוגמת עבירות אלימות או עבירות סמים, והכלא אפוא אינו מונע מהאסיר לבצען; שנית, ובכך העיקר, הכלא מונע מהעבריין לשוב ולבצע עבירות בטווח הקצר, אך בשל השפעות המאסר והאפקט הקרימינולוגי שפורטו מעלה, הכלא אינו מונע מהעבריין לשוב ולבצע עבירות עת ישתחרר, כי אם נהפוך הוא. החיים בכלא למעשה מכשירים האסיר לשוב ולבצע עבירות, לא פעם חמורות יותר.

באשר לתכלית השיקום יש לתת את הדעת לכך שכיום יש בבית הסוהר תכניות טיפול וחינוך רבות, ולא ניתן להתעלם מהמאמצים ששב"ס עושה בנדון.<sup>19</sup> כן יש לזכור כי מבחינה היסטורית תכלית המאסר והקמת בתי הסוהר הייתה תכלית שיקומית.<sup>20</sup> עם זאת היות חזרתם של תושבים לכלא תופעה של ממש וההכרה בהיותם של שיעורי הרציוניזם של האסירים גבוהים, מלמדים שתכלית השיקום אינה מוגשמת כמצופה באמצעות עונש מאסר בפועל.

בעניין זה של השיקום יש לתת הדעת גם לכך שלעיתים דווקא אסירים שנודונו לתקופת מאסר שאינה ארוכה, בת כמה חודשים למשל, לא יזכו ליהנות מהליכי טיפול בתוך הכלא או מחוצה לו עם שחרורם באמצעות רש"א, בשל הטענה כי אין לגופים המטפלים זמן מספיק לטפל בהם. תוצאה זו היא בעייתית למדי, שכן ייתכן שיש להשקיע בטיפול דווקא במי שלא נשפט לתקופת מאסר ארוכה, מה שמלמד על היעדר קווים עברייניים בולטים או שהעבירה שביצע אינה חמורה יתר על המידה, ובכך למנוע את חזרתו לבית הסוהר.<sup>21</sup>

בסופו של דבר, סבורני כי לא יכולה להיות מחלוקת אמיתית בדבר היותם של הליכי השיקום של עבריינים בקהילה מוצלחים מאלה שהאסיר עובר בכלא. אפשרויות השיקום בקהילה רחבות יותר, נוכחות הנאשם בקהילה, בביתו ועם משפחתו תורמת על פי רוב להליכי הטיפול, והנאשם אינו חשוף להשפעות השליליות שיש לחיים בכלא.

האם מן האמור מעלה עולה כי עונש מאסר המרוצה בכלא אינו מגשים את תכליות הענישה? התשובה לכך היא שלילית. נראה כי עונש המאסר המרוצה בכלא מגשים בראש ובראשונה את תכלית הגמול, שהיא משקפת את עקרון ההלימה, אשר הוכר כעיקרון המנחה בענישה עם תיקון 113 לחוק העונשין. ככלל, במקרים בעלי חומרה, וודאי בעניינם של נאשמים רציוניסטים המסכנים את החברה, עונש של מאסר בפועל, אשר נתפס כעונש המחמיר הקיים כיום בסט הענישה, הוא שישמור על ההלימה הנדרשת והוא שיגשים את תכלית הגמול.

לעתיד לבוא. אם יש בכליאתם כדי מניעה זמנית של פשיעתם בחוץ, יש בכליאתם יחדיו משום סכנה לריבוי הפשיעה ולהחרפתה לכשישחררו – ונמצא שהנוק גדול מן התועלת".

19 ראו למשל ס' 111 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] ותק' 15, 50, 52 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978, המכוננות לשיקומו של האסיר, לרבות בעבודה ובחינוך.

20 שוהם ושב"ט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 185; הלוי תורת הדיון הפלילי, לעיל ה"ש 16, בעמ' 468; דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 23.

21 שם, בעמ' 59 וההפניות שם.

תקופת המאסר שתוטל על הנאשם היא שאמורה לשמור על המידתיות בענישה ולשקף את עקרון הגמול, הגם שיש להכיר בכך שבפועל, בסופו של דבר, נאשמים אינם מרצים את מלוא תקופת המאסר, שכן הם משתחררים עוד בטרם השלימו ריצוי מלוא תקופת המאסר, אם בסיום ריצוי שני שלישים מתקופת המאסר על פי החלטת ועדת שחרורים ואם תקופה קצרה לפני סיום ריצוי התקופה שנגזרה בניכוי מנהלי לפי סמכויות שב"ס. לסיכום הבעיות הקשורות לעונש המאסר בבית סוהר אבקש להפנות לספר עבירות ועונשים, מבוא לפנולוגיה:

"לחוסר שביעות הרצון מעונש המאסר, מהשפעתו על הנידונים ומתוצאותיו, שותפים כמעט כל אלה שיש להם נגיעה לבעיות הענישה: שופטים, משפטנים, האחראים על ניהול מוסדות אלה, קרימינולוגים, מחוקקים ואנשי ציבור. הם מצביעים על כך שעונש המאסר אינו משיג את המטרות השונות שלמענו נקבע עונש זה ובהקשר לכך – על שיעורי הרצידיוויזם הגבוהים בקרב אסירים משוחררים מהם מניתן ללמוד שרובם הגדול חוזר לפשע. כן נטען שבית הסוהר הנו מקום להתמחות בפשיעה; שהאסיר המשוחרר מתקשה להסתגל לקהילה לאחר שנותק ממנה; שחוויות המאסר גורמות נזקים המחייבים השקעות במאמצי טיפול ושיקום לשם ניטרולם ושמשיפחות האסירים ניזוקות. כן מושמעת ביקורת על מחירו הגבוה: עלות החזקתו של אסיר בבית הסוהר אינה נמוכה ממשכורת ממוצעת במשק".<sup>22</sup>

נדמה כי דברים אלה, שנכתבו לפני קרוב ל-30 שנה, תקפים לצערנו גם עתה.

## 2. מאסר המרוצה בעבודת שירות

חלופת המאסר היחידה כיום בישראל לריצוי מאסר מאחורי סורג היא מאסר המרוצה בעבודות שירות. האפשרות לריצוי המאסר בעבודות שירות הוכרה עוד בסוף שנות העשרים של המאה הקודמת ב"פקודת עבודת עונשין", אשר קבעה כי המשטרה רשאית להעביר את מי שנידון למאסר של עד שלושה חודשים אל מחוץ לכלא לביצוע עבודות עונשין. תיקון 21 לחוק העונשין ביטל את פקודת עבודת העונשין ועיגן את סימן ב' 1 לפרק ו' בחוק העונשין העוסק בעבודות שירות.<sup>23</sup>

בהצעת החוק שהייתה הבסיס לתיקון נאמר כי –

"ביסוד ההצעה, עומדים בראש ובראשונה, הצורך לפעול, ככל האפשר, להקטנת הצפיפות בבית הסוהר, וכן הגישה הדוגלת בהמרת עונש המאסר לתקופה קצרה כדרך ענישה שאינה לוקה במגרעותיו ההרסניות של המאסר... הנחת ההצעה היא, שיש אוכלוסיית עבריינים שלגביה ניתן להשיג את מטרותיו

22 שוהם ושביט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 204 ה"ש 3.

23 חוק העונשין (תיקון מס' 21), התשמ"ז-1987, ס"ח 80.

העונשיות של המאסר בדרך מועילה יותר לחברה מחד גיסא, ומזיקה פחות לאותה אוכלוסייה, מאידך גיסא. עם זאת מבחינה עונשית – עדיין נושאים הם בתיוג של היותם נדונים למאסר".<sup>24</sup>

ואולם בחלוף השנים מאז תוקן החוק התברר כי אף לדרך זו של ריצוי מאסר מגבלות וחסרונות לא מועטים שנכון לעמוד על טיבם עת נשקלת האפשרות לאמץ דרך נוספת לנשיאת עונש מאסר.

המגבלה הראשונה של דרך זו לנשיאת המאסר היא זו הקשורה בתקופת המאסר המרבית הקבועה בחוק שאותה ניתן לרצות בדרך של עבודות שירות. סעיף 51ב(א) לחוק העונשין קובע כי לבית המשפט האפשרות להורות על ריצוי המאסר בעבודות שירות בתנאי שבית המשפט גזר על הנאשם תקופת מאסר שאינה עולה על שישה חודשים.

מדובר במגבלה קשה ונוקשה של המחוקק, וודאי בעידן תיקון 113 לחוק העונשין שבעטייו בית המשפט מחויב לקבוע מתחם עונש הולם קודם לגזירת עונשו של הנאשם. כך יוצא שבמקרה מסוים הרף התחתון של מתחם העונש ההולם עולה על שישה חודשי מאסר, ובהיעדר שיקולי שיקום לא יוכל בית המשפט לקבוע כי המאסר ירוצה בדרך של עבודות שירות אף אם סבר כי הדבר אפשרי.

ועדת דורנר הייתה מודעת למגבלה קשה זו על דרך זו של ריצוי מאסר, ורוב חברי הוועדה באו בהמלצה להאריך את תקופת המאסר שאותה יהיה אפשר לרצות בעבודות שירות עד לתשעה חודשים. ההמלצה נתקבלה והיא נכנסה לתוקף בהוראת שעה לשנתיים למן תחילת חודש אפריל 2018.<sup>25</sup>

מגבלה נוספת בנוגע לאפשרות ריצוי המאסר בעבודות שירות קשורה בשלילת היכולת מנאשמים מסוימים לרצות מאסר בעבודות שירות.

סעיף 51ב(ב)(1) לחוק העונשין קובע כי הממונה יפרט בחוות הדעת את התאמתו או אי-התאמתו של הנאשם לבצע עבודות שירות בשל קיומו של יסוד סביר לחשש לפגיעה בגופו או בחייו של אדם, לרבות בנאשם עצמו. במסגרת זו יכול הממונה על עבודות שירות להסתייע בחוות דעת מקצועיות-מודיעיניות. סעיף 51ב(ב)(2) מורה לממונה על עבודות השירות לפרט את אפשרות השמתו או אי-השמתו של נאשם בעבודות שירות בשים לב למצבו הרפואי של

24 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 21), התשמ"ו-1987, ה"ח 78.  
 25 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 63, 65. יצוין כי בעקבות המלצות ועדת דורנר ואימוץ עיקריהן בממשלה הוקמו צוותים וועדות לבחינת יישומן של אותן המלצות. הוועדה הראשונה שגיבשה מסקנותיה במהלך חודש ינואר 2018, בראשותו של המשנה לפרקליט המדינה (עניינים פליליים) שלמה (מומי) למברגר, היא צוות התביעה לבחינת יישום דו"ח דורנר (להלן: ועדת למברגר). בדוח ועדת למברגר צוין כי הממשלה החליטה לאמץ את ההמלצה להאריך את התקופה המרבית לתשעה חודשים (החלטה 1840 מיום 11.08.16). בעניין זה ראו שם, בעמ' 26. לפי החלטת הממשלה תוקן חוק העונשין בהוראת שעה (תיקון מס' 133), התשע"ח-2018 למשך שנתיים, כאשר לפי תיקון זה מגבלת התקופה המרבית לריצוי המאסר בעבודות שירות נקבעה לתשעה חודשים.

הנאשם ולמוגבלויותיו, אם ישנן. גם בעניין זה רשאי הממונה על עבודות השירות להתבסס, בין היתר, בחוות דעתו על חוות דעת של גופים מקצועיים רפואיים.<sup>26</sup> הנה כי כן, מלבד המגבלה הטכנית הקשורה בתקופת המאסר שנגזרה על הנאשם, ייתכנו גם מגבלות אחרות שבשלן לא יוכל הנאשם לרצות המאסר בעבודות שירות – מגבלות הקשורות במסוכנות הנשקפת לו או ממנו או בשל מגבלות רפואיות. מדובר בסיטואציות קשות שלא ניתן להקל בהן ראש, סיטואציות שבהן בית המשפט כמעט אנוס לקבל המלצות הגופים המקצועיים שלא לאפשר לנאשם לרצות המאסר בעבודות שירות למרות רצונו הכן של הנאשם ואף שביט המשפט סבר שהדבר אפשרי בנסיבות אותו עניין. לדידי לא ניתן להקל ראש בבעיה הנוצרת עת נאשם נאלץ לרצות מאסר בבית סוהר ולא בעבודות שירות אך בשל מצבו הנפשי או נכותו הפיזית או בשל העובדה כי קיים מידע מודיעיני שהוא עלול להיפגע מידי אחר. מדובר למעשה בהחמרה בעונשו של הנאשם אך בשל נתון שאין לנאשם שליטה עליו. לא זו אף זו, החלטה כי הנאשם ירצה המאסר בבית סוהר ולא בעבודות שירות מטעמים אלה, מפירה את האיוון בשיקולי הענישה שערך בית המשפט ופוגעת בעקרון ההלימה. הדבר נכון גם אם יחליט בית המשפט להקל עם הנאשם בסיטואציה שכזו עת תחת עבודות שירות ייגזר דינו של הנאשם לשל"צ (שירות לתועלת הציבור) למשל.<sup>27</sup> בעניין זה הדגיש בית המשפט העליון כי "במובן הערכי אין מצבו של אדם עם מוגבלויות צריך לדעתנו להיות שונה לרעה מזה של כל אדם, לא רק בשל חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלויות... אלא בשל חובת הגינות שאינה טעונה חוק, והיא מעוגנת בערכים אנושיים בסיסיים. הרי לא יתכן, כי אדם עם מוגבלות ייאסר במקום שאחר לא ייאסר".<sup>28</sup>

נדמה כי הדבר מקבל משנה תוקף בעניינן של "קבוצות אוכלוסייה", דוגמת אוכלוסיית הקטינים ונאשמים צעירים אשר לעיתים הממונה על עבודות השירות מתקשה למצוא להם מקום עבודה מתאים בשל נסיבותיהם או נסיבות ביצוע העבירה, ואז נאלץ בית המשפט, אשר מלכתחילה סבר כי עונש של מאסר לריצוי בעבודות שירות הוא אפשרות קיימת, לוותר על אפשרות זו ולהשית מאסר בפועל. באחד המקרים שנדונו בבית המשפט העליון התברר עניינם של שני קטינים שהורשעו בעבירות מין ואשר נדונו לעונש של מאסר בפועל בבית המשפט

26 בעניין זה ראו גם תקנות העונשין (נשיאת מאסר בעבודות שירות), התשע"ב–2011, המסדירות בין היתר את התנהלות הממונה על עבודות השירות ועל הנאשם בכל הקשור לקליטת הנאשם בעבודות שירות ואיתור מקום מתאים לביצוע העבודות.

27 ראו למשל ת"פ (מחוזי נצ') 11-09-21298 מדינת ישראל נ' מנחם (פורסם בנבו, 19.1.2014); ת"פ (שלום רמ') 15-04-21679 מדינת ישראל נ' בראנץ (פורסם בנבו, 24.2.2016); ת"פ (מחוזי נצ') 14-03-26563 מדינת ישראל נ' עאסלה (פורסם בנבו, 24.4.2017).

28 רע"פ 1/09 אסרף נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2010). לעניין דיון נרחב בסמכויות הממונה על עבודות השירות, היקף שיקול דעתו, הראיות שעליהן הוא רשאי להסתמך בגיבוש המלצתו, המשקל שעל בית המשפט לתת להמלצתו, והכול בהקשר להמלצה שלילית של הממונה לשלב נאשם בעבודות שירות על רקע חשש לביטחון הנאשם והציבור, ראו ע"פ 779/08 מוסלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.12.2008). במקרה זה קיבל בית המשפט העליון (בדעת רוב) את ערעור הנאשם והורה לממונה על עבודות השירות לשוב ולאתר לנאשם מקום עבודה מתאים חרף המידע המודיעיני שעליו ביסס הממונה על עבודות השירות המלצתו השלילית.

המחוזי לאחר שהממונה על עבודות השירות הודיע כי לא הצליח למצוא מעסיקים המוכנים לקלוט לעבודה קטינים שהורשעו בעבירות מין. בית המשפט העליון ציין כי האיזון שערך בית המשפט המחוזי בין שיקולי הענישה והעונש של עבודות שירות שאותו ביקש להטיל תחילה הוא נכון, אלא שלא התאפשר ליישמו בשל עמדת הממונה על עבודות השירות. בית המשפט העליון הוסיף:

“עולה השאלה האם לא ראוי שהמערכת הציבורית תיערך להסדרת מקומות עבודה מתאימים לנאשמים מסוגים שונים, כדי לסייע במיצוי מלא של אפשרות השימוש במסלול העונשי של מאסר בעבודות שירות, כמסלול המשלב ענישה הרתעתית ושיקומית גם יחד, ההולם סוג של מקרים, ובאין לו תחליף אמיתי. התוצאה של דחיית האופציה העונשית של עבודות שירות מטעמים מערכתיים כאלה ואחרים עלולה להביא לעיוות באיזון העונשי הראוי, המצדיק, לא אחת, הליכה בנתיב עונשי שיש בו שילוב מאוזן של גמול והרתעה ביחד עם יסוד של שיקום.”<sup>29</sup>

בסופו של דבר, באותו מקרה קיבל בית המשפט העליון את הערעור ותחת עונש של שישה חודשי מאסר בבית הסוהר הטיל על הנאשמים שלוש מאות שעות של צ"צ לצד יתר רכיבי הענישה שלא היו במחלוקת. בשולי פסק הדין הפנה בית המשפט העליון תשומת לב הרשויות (שב"ס והיועמ"ש) "לצורך הממשי למצוא פתרון מערכתי הולם לתופעה שנתגלתה בהליך זה, ולעשות בדחיפות ליצירת מערכות העסקה מתאימות לסוגי נאשמים שונים... ראוי להכיר בעובדה כי העדר תשתיות העסקה מתאימות לסוגי נאשמים כאמור עלול להביא לתוצאות בלתי רצויות של ענישה בלתי מאוזנת, מחמירה או מקילה מדי, על פי העניין, ולפגוע במידתיות הנדרשת בהליך הפלילי, בזכויות הנאשמים, ולא פחות מכך, באינטרס הציבורי הכללי.”<sup>30</sup>

בעיה נוספת בעניינם של אלה המרצים מאסר בעבודות שירות מקורה בכך שאסירים אלו אינם זוכים, על דרך כלל, למענה טיפוליים-שיקומיים בקהילה אגב ריצוי המאסר (אלא אם בד בבד נגזר גם עונש של צו מבחן). היעדר טיפול ושיקום של נאשמים אשר להם בעיות מורכבות מלכתחילה, לא כל שכן בשל בעיות שנוצרו עם פתיחת ההליך הפלילי וביצוע העבודות, מה שלא פעם מוביל לפיטורם מעבודה, גורם לקשיים רבים לאסיר, לחוסר יכולת לבצע העבודות,

29 ע"פ 10292/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 11–12 (פורסם בנבו, 8.4.2008) (ההדגשה הוספה, י"ל). למקרה דומה בעניינו של בגיר שהורשע בעבירת מין ואשר הממונה לא מצא לו מקום חרף עמדת בית משפט השלום והמחוזי ראו רע"פ 3667/14 קרדי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.6.2014).

30 שם, פס' 15. ראוי לציין כי לפי המצב המשפטי היום לא ייגזר עונש של מאסר בעבודות שירות קודם קבלת חוות דעתו של הממונה, ואולם אין בכך כדי לאיין את הבעיה של מציאת מקומות עבודה לקבוצות אוכלוסייה מסוימות. ראו בעניין דוח ועדת למברגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 29. שאלה שיש לשאול היא אם הבעיות הקשורות בחוסר התאמת הנאשם לעבודות שירות ובאי-מציאת מקום עבודה מתאים לנאשם בודד או לאוכלוסייה מסוימת, דוגמת קטינים, ובעקבות זאת פגיעה באיזון שיקולי הענישה שערך בית המשפט, לא תוחמרנה עם הארכת תקופת המאסר האפשרית לריצוי בעבודות שירות לתשעה חודשים.



ומכאן להמשך ריצוי המאסר בבית סוהר, ובסופו של דבר להיעדר שילוב אמיתי בקהילה וחזרה למעגל העבריינות.<sup>31</sup> עם זאת בתיקון 133 לחוק העונשין נקבע כי מי שנידון למאסר לריצוי בעבודות שירות לתקופה העולה על שישה חודשים תיקבע לו תוכנית ליווי ושיקום בידי קצין מבחן, אלא אם זה סבר כי אין נדרשת תוכנית שכזו.

קושי זה מתחבר לקושי נוסף שקיים לטעמי במתכונת הקיימת לריצוי המאסר בעבודות שירות, קושי שכמעט שאין נותנים עליו את הדעת, הוא הקושי של היעדר כל חציצה בין האסיר לבין הקהילה במהלך תקופת המאסר. למעשה כמעט שאין כל פיקוח על הנאשם, ודאי אחרי השעות שבהן הוא עובד במסגרת עבודות השירות.<sup>32</sup>

בעניין זה יש לחזור ולהזכיר כי מי שנידון למאסר בעבודות שירות הוא בגדר "אסיר" אשר בית המשפט סבר כי אין להסתפק בעניינו בענישה שאינה כוללת יסוד של פגיעה בחירות (אף אם מוגבלת באמצעות עבודה).<sup>33</sup> חרף זאת נידון המרצה מאסר בעבודות שירות מסתובב חופשי בחברה, אינו נתון למרות או לפיקוח אחרי שעות העבודה (וגם בשעות העבודה הפיקוח הוא מינימלי), ואין דבר שימנע ממנו לחזור לבצע עבירות או לשוב לחברה שולית. הדבר מקבל משנה תוקף בשים לב לקשיים שפורטו מעלה בדבר היעדר ליווי טיפולי במהלך ביצוע העבודות והחרפת הלחצים על האסיר בעבודות שירות בהיעדר מקור פרנסה. ייתכן שהיעדר פיקוח וחציצה זו בין הנאשם לחברה במהלך ריצוי המאסר בעבודות השירות קשור, ולו בלא מודע או בלא כוונה, לשאלת תיוגו של נידון כזה, היינו אם באמת הוא מתויג כאסיר.

שילוב הקשיים הללו מוביל לחשש מוגבר להפרת חובות של עובד השירות,<sup>34</sup> מה גם שמדוח ועדת למברגר עולה כי שב"ס אינו ערוך לקליטת הנידונים שיתווספו למערך מבצעי עבודות השירות עם הארכת תקופת המאסר לתשעה חודשים בהקשר של תקני מפקחים ומשרות לביצוע העבודות, והדבר מעלה את שאלת האפקטיביות של תיקון החוק בדבר הארכת תקופת המאסר לעבודות שירות.<sup>35</sup>

31 ראו בהקשר זה דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 62.

32 ברוח ועדת למברגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 28, צוין כי מנתוני שב"ס עולה שכיום היחס בין מפקח למפוקח הוא 120 נידונים למפקח יחיד, וכך ש"יחס זה מקשה על הפיקוח ומעביר, הלכה למעשה, את עיקר האחריות לפיקוח על המעסיק. מצב זה אינו רצוי לכל הדעות". כן הובעה הדעה שרק לאחר העלאת מספר המפקחים כדי יחס של מפקח אחד לחמישים נידונים יהיה אפשר להרחיב את תקופת המאסר בעבודות שירות לתשעה חודשים שתהיה אפקטיבית.

33 כך למשל בת"פ (מחוזי ת"א) 40039/01 מדינת ישראל נ' דנון (פורסם בנבו, 10.5.2007) הבהיר בית המשפט כי "לא למותר להדגיש שגם מאסר הנישא בעבודות שירות, עונש מאסר הוא...".

34 ראו בעניין זה דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 62. בדוח ועדת למברגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 27, צוין כי מנתונים עדכניים שמסר לוועדה שב"ס לשנים 2016–2017, בכ-17% מהתיקים מתקיימות הפסקות מנהליות של עבודות השירות, ונקבע כי עובד השירות יישלח להמשך ריצוי מאסרו בבית סוהר.

35 ראו שם, בעמ' 28.

## ב. עונש מאסר בית על רקע האקלים המשפטי הנוכחי

המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט אינו עומד על מקומו. תמורות של זמן ומקום מובילות לשינוי באקלים המשפטי, ויש כי בעטיין של תמורות אלו נכון לאמץ כלי משפטי חדש או מודל משפטי חדש אשר יענה על צורכי השעה, והכול בתוך כדי שמירה על העקרונות הבסיסיים של השיטה. הדבר דומה לצירוף כלי או נגן לתזמורת שמנגנת יחדיו אגב שמירה על הרמוניה, ובענייננו – הרמוניה חקיקתית ומשפטית.

סבורני כי בשנים האחרונות נושבות רוחות חדשות בשדה המשפט הפלילי, הנושאות עימן קריאה לאימוץ מודלים משפטיים (חלקם אף יושמו בפועל), עד כדי כך שניתן לומר כי נוצר אקלים משפטי חדש בזירה הפלילית הישראלית, אשר מאפשר את קליטתו של העונש המוצע למשפט הפלילי הישראלי.

1. בחודש אוגוסט 2015 הגישה ועדת דורנר דין וחשבון לממשלת ישראל באמצעות שר המשפטים והשר לביטחון פנים.<sup>36</sup> הוועדה הוקמה מכוח החלטת ממשלה מיום 23.10.2011.<sup>37</sup> כתב המינוי כלל, בין היתר, הנחיה לוועדה "לגבש המלצות בדבר אופן הטיפול בעבריינים שנגזר דינם, ובכלל זאת מגוון אמצעי הענישה ובפרט עונשי המאסר לסוגיהם, ודרכי הטיפול בהם בעת כליאתם בכלא ובקהילה" (ההדגשה הוספה, "ל). כן נקבע בכתב המינוי כי על הוועדה "להציע דרכים חדשות להתמודדות עם עבריינות והטיפול בעבריינים".<sup>38</sup> קריאה ממשלתית זו לבחינת עונש המאסר על סוגיו ולבחינת הטיפול בנאשמים שנגזר דינם וקריאה להציע דרכים חדשות להתמודדות עם עבריינות וטיפול בעבריינות, מהווה לטעמי כר פורה ומתאים לאימוץ העונש המוצע, באשר זה מתייחס הן לסוג של מאסר, הן לדרך טיפולית, ולמעשה מציע הוא דרך חדשה להתמודד עם סוגיית העבריינות והטיפול, נושאים, שכאמור לעיל היו לנגד עיני הממשלה עת הקימה את הוועדה הציבורית. אחת ההמלצות המרכזיות של ועדת דורנר היא זו:

"יש לפעול לצמצום השימוש במאסרים במקרים בהם המאסר אינו הכרחי להגבלת יכולת של עבריינים שהמסוכנות שלהם לחברה גבוהה, והרחבת השימוש בעונשים זולים יותר ויעילים יותר העומדים בעקרון הלימה, ובכך להביא להקצאה יעילה ונכונה יותר של המשאבים המופנים לטובת הנושא".<sup>39</sup>

לטעמי אין ספק כי אימוץ העונש המוצע מתיישב עם המלצה מרכזית זו של ועדת דורנר, באשר אימוץ העונש המוצע, במקרים המתאימים, יוביל לצמצום השימוש במאסרים (בבית סוהר)

36 הוועדה הייתה בראשות שופטת בית המשפט העליון בדימוס ד' דורנר, בריכוזו של פרופ' א' גול-איל, ועם חבריה נמנו נציגי הפרקליטות, המשטרה, הסנגוריה הציבורית, שב"ס, האקדמיה ושירות המבחן.

37 החלטה 3767 של הממשלה ה-32 "הקמת ועדה ציבורית לבחינה של מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים" (23.10.2011).

38 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1.

39 שם, בעמ' 28.

בעניינם של עבריינים שמסוכנתם לחברה אינה גבוהה, והכול תוך כדי צמצום עלויות והקצאת משאבים יעילה לציבור.

המלצה נוספת של דעת הרוב בוועדת דורנר היא להרחיב את השימוש בחלופות מאסר. בעניין זה סברה הוועדה כי "יש לשאוף להרחבת השימוש בענישה בקהילה כתחליף לעונשי מאסר קצרים תוך שמירה על עקרון ההלימה בין חומרת העבירה לעונש הקהילתי שיוטל על העברייין".<sup>40</sup>

למותר לציין כי העונש המוצע הוא סוג של ענישה בקהילה כתחליף לעונש מאסר קצר (בבית הסוהר). ענישה בדרך זו, של מאסר בבית, תיוחד למקרים חמורים מספיק המצדיקים פגיעה בחירות מחד גיסא, ותתאפשר במקרים שאינם בדרגת חומרה גבוהה ואינם מתייחסים לנאשמים שנשקפת מהם מסוכנות גבוהה לחברה מאידך גיסא, ובכך יישמר אף עקרון ההלימה. במסגרת המלצה כללית זו של הוועדה, לשאוף להרחבת השימוש בענישה בקהילה כתחליף לעונשי מאסר קצרים, הובאה המלצה בדבר עונש קונקרטי אחד – עונש של מאסר לריצוי בעבודות שירות. יצוין כי המלצה זו בדוח ניתנה לאחר סקירה ובחינה של יתרונות וחסרונות המאסר ביחס לחלופות מאסר שונות שהוזכרו, לרבות מאסר בית.<sup>41</sup>

לסיכום, סבורני כי הרקע להקמת ועדת דורנר, ובוודאי המלצותיה של ועדה זו, אשר ממשלת ישראל מצאה לאמץ את עיקריה,<sup>42</sup> תורמים תרומה רבה לגיבוש המסקנה כי קיים אקלים משפטי מתאים לאימוץ העונש המוצע.

בטרם סיום סקירת דוח ועדת דורנר יהיה ראוי להפנות לעבודה שנעשית במשרד המשפטים בעקבות דוח זה. בעקבות הדוח והחלטות הממשלה הקים היועץ המשפטי לממשלה שני צוותים, שתי ועדות לבחינת יישומן של המלצות ועדת דורנר. הוועדה הראשונה היא ועדת למברגר, הנזכרת למעלה, אשר כבר הגישה את המלצותיה, לרבות הרחבת השימוש באמצעי שיקום בענישה חלף עונשי מאסר בכלא במקרים המתאימים;<sup>43</sup> הוועדה השנייה, בראשות המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי) ע' מררי ובשיתוף נציגי הפרקליטות, הסנגוריה הציבורית, שירות המבחן, נציגי משרדי ממשלה רלוונטיים ואנשי אקדמיה, הוקמה כדי "לבחון אפשרות של הוספת חלופות נוספות לסל הענישה הקיים בחוק הישראלי, התואמת את העקרונות המנחים שנקבעו בדו"ח ועדת דורנר, והכל אחר לימוד חלופות נוספות אפשריות, תוך בחינת משפט השוואתי".<sup>44</sup>

40 שם, בעמ' 60.

41 שם, בעמ' 58–59.

42 החלטה 1840 של הממשלה ה-34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016). יצוין כי במסגרת החלטה ממשלתית זו הוחלט אף להגדיל השימוש באזיקים אלקטרוניים אם כי הדבר מיוחס בעיקר למשחררים על תנאי.

43 דוח ועדת למברגר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 11. יודגש כי ועדה זו התנתה השינוי בעמדות התביעה לעונש בהיערכות לוגיסטית, תקנונית ותקציבית מתאימה של גופי המעטפת, דוגמת שירות המבחן והממונה על עבודות השירות.

44 שם, בעמ' 9.

2. שינוי נוסף מהשנים האחרונות הוא הקמתם של "בתי המשפט הקהילתיים". אל בית המשפט הקהילתי מנותבים תיקים בעניינם של נאשמים שעברו אבחון ראשוני בשירות המבחן ואשר נמצאו בעלי פוטנציאל גבוה לעבור הליך שיקומי בתוך הקהילה. שיקום בתוך הקהילה הוא הרעיון המרכזי בפרויקט זה, במובן זה שהנאשם עובר הליכי שיקום במישורי חיים שונים בתוך הקהילה, לרבות במישור הדיור, התעסוקה והרפואה בסיוע של מוסדות קהילה שונים. עמידה ביעדי הטיפול והשיקום תוביל להסדר מיטיב עם הנאשם, לרבות הסדרים עונשיים מקילים, הארכת מאסר מותנה אם וקיים ואף חזרה מאישומים במקרי קיצון. אי-עמידה בתוכנית הטיפול או חזרה לעבריינות במהלך הטיפול יובילו לניתוב התיק בחזרה אל בית המשפט הפלילי הרגיל.

סבורני כי בין רעיון בית המשפט הקהילתי, שאומץ בחום בשיטה הישראלית, ובין רעיון עונש מאסר הבית קווים משיקים רבים. כך המחשבה לתת כלי חדש לבית המשפט להתמודדות עם נאשמים שמסוכנותם לחברה אינה גבוהה, במיוחד מטעמי שיקום; כך הרעיון של שיקום בתוך הקהילה;<sup>45</sup> כך הרעיון של שמירת היכולת "לשוב לאחור" במקרה של חוסר שיתוף פעולה, היינו להחזיר התיק להליך פלילי רגיל בבית משפט קהילתי או להמשיך לרצות את יתרת מאסר הבית בבית סוהר.

אכן, לא תמיד אוכלוסיית היעד של בית המשפט הקהילתי ושל אלה הצפויים לרצות מאסר בית תהיה חופפת, ואכן, כאמור לעיל, על פני הדברים קיימת סתירה מסוימת בין שילוב וטיפול בקהילה ובין מאסר בבית, אולם הנקודה המרכזית בעניין זה היא הרצון וההתכוונות של הציבור בכללותו ושל מערכת השפיטה בפרט לתור אחר פתרון "אחר" לנאשמים, כשהדגש הוא על שיקום ועל קירוב מחדש לקהילה. רצון והתכוונות זו הם היוצרים את האקלים המשפטי הנכון שיאפשר אימוץ מודל דומה ונוסף – הוא העונש המוצע. לא למותר לציין כי אף ועדת דורנר המליצה לאמץ המודל של בית המשפט הקהילתי הננקט לניסיון במספר מצומצם של בתי משפט בארץ.<sup>46</sup>

3. רעיון דומה שנקט המחוקק בשנים האחרונות מתוך הרצון למצוא "משהו אחר ונוסף" להתמודדות עם עבריינות הוא "ההסדר המותנה". מדובר בתיקון לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982,<sup>47</sup> פרי אימוץ הצעה של פרופ' א' גזל-אייל, שבו הוסמך תובע להתחייב בפני חשוד אשר עומד בתנאי הסף שנקבעו בחוק שלא להגיש נגדו כתב אישום,<sup>48</sup>

45 הגם שבמאסר בית הנאשם נמצא בתוך בית ולא ממש בקהילה, בכל זאת בית זה הוא בתוך הקהילה, לרבות המעגל הקרוב של הנידון, שכן יחיה או ייפגש עם הנאשם בתוך הבית. הדבר נכון עוד יותר במקרים החריגים שבהם יותר לנאשם לצאת את הבית לצורכי עבודה או טיפול או לימודים.

46 ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 39.

47 חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66), התשע"ב-2012.

48 ס' 67א-ב לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], הקובע בין היתר כי ככלל הסדר כזה ייעשה בעבירות חטא ועוון או בעבירות פשע שהוגדרו במקרה שבו החשוד מודה, כשאין לחשוד רישום בחמש השנים האחרונות, וכשהתובע סבור שעונש של מאסר בפועל אינו מתאים.

ואם עמד החשוד בתנאי ההסדר וקיים חלקו על פי אפשרויות שאף הן מנויות בחוק, ייסגר התיק נגד החשוד מבלי שיוגש נגדו כתב אישום.<sup>49</sup>

אף מנגנון זה לכאורה אינו רלוונטי לעונש מאסר בית המוצע, באשר מנגנון זה מתייחס לאפשרות סגירת תיק עוד בטרם הוגש כתב אישום, והעונש המוצע מכוון לאופן סיום ההליך לאחר שהוגש כתב האישום. לא זו אף זו, הסדר מותנה ייעשה עם חשוד שעניינו לא צפוי להסתיים בעונש מאסר בפועל, והעונש המוצע הוא "סוג" של מאסר, אולם סבורני כי עת אימץ המחוקק את מודל ההסדר המותנה, גילה את דעתו, ולפיה מוכן הוא "לצאת מן הקופסה" ולקלוט אל שיטת המשפט "כלים" אחרים ונוספים על מנת להתמודד עם תופעת העבריינות. לא זו אף זו, המחוקק אימץ פעם נוספת מנגנון שתכליתו להיטיב עם מי שעבר חוק הן מטעמי שיקום, לרבות מניעת הכתמה בכתם של הרשעה פלילית, והן מטעמי יעילות של מנגנוני אכיפת החוק (מערך התביעה ובתי המשפט).

ברומה לזה, העונש המוצע הוא כלי, מנגנון "אחר", אשר בכוחו להיטיב עם נאשמים, ואשר תכליתו אף היא כפולה – תכלית השיקום של הנאשמים ומניעת חשיפה לתחלואי בית הסוהר מחד גיסא, ותכלית היעילות הכלכלית והקלת העומס הקיים בבתי הסוהר מאידך גיסא.

4. שני תיקוני חקיקה נוספים מהשנים האחרונות מעידים אף הם על האקלים המשפטי המתאים לאימוץ העונש המוצע.

התיקון הראשון הוא תיקון 113 לחוק העונשין, העוסק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה. תיקון זה מציע אפשרות אמיתית לאימוץ העונש המוצע, מטעמים אחדים:

הטעם הראשון קשור דווקא בעיקרון המנחה בענישה שנקבע בתיקון 113 – הוא עקרון ההלימה. העונש המוצע מבקש להציע פתרון מדויק יותר ברזולוציה מבחינת ההלימה שבין חומרת המעשים ומידת האשם לבין חומרת העונש. במילים אחרות, יש מקרים שחומרתם ומידת האשם של הנאשמים מצדיקות ענישה הכוללת אלמנט של פגיעה בחירות וביצירת חציצה בין הנאשם לחברה, אך אין הן מצדיקות פגיעה בחירות ובזכויות נוספות במידה הנגרמת במאסר בפועל המרוצה בבית סוהר. מכאן שדווקא עונש שמיישב בין שניים אלה – צורך בהגבלת חירות ובהרחקה מהחברה מחד גיסא, ומניעת פגיעה העולה על הנדרש בחירות, ככבוד, בפרטיות ואולי בקניין מאידך גיסא, מתיישב היטב עם עקרון ההלימה.

בעניין זה של עקרון ההלימה יש לתת הדעת לכך שההלימה צריכה להיות כאמור בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין "סוג העונש ומידתו".<sup>50</sup> התוספת של "מידתו" של סוג העונש היא חשובה לענייננו, שכן "סוג העונש" לבדו לא תמיד די בו כדי לשמור על ההלימה הנדרשת. כך, סוג העונש של מאסר יכול להיות נכון והולם, אך דווקא מאסר בפועל מאחורי סורג ובריח, על כל הנגזר מכך, לא יקיים אחר יסוד ה"מידה" הנדרש לצורך שמירה על ההלימה במקרים מסוימים. בדיוק במקרים כאלה מאסר שירוצה בבית

49 שם, ס' 67ג, שלפיו ניתן להתנות ההסדר עם החשוד, בין היתר בתשלום הוצאות לטובת המדינה, פיצוי לנפגע עבירה, מעבר הליך טיפול בשירות מבחן, של"צ, התחייבות ועוד.

50 ס' 40ב לחוק העונשין.

יכול למלא את הדרישה הכפולה המצטברת של יסוד "סוג העונש" ושל יסוד "מידתו" של סוג העונש.<sup>51</sup>

הטעם השני קשור במעמד הרם של תכלית השיקום בתיקון 113 לחוק העונשין. אומנם לא תכלית השיקום עומדת כעקרון-העל בענישה<sup>52</sup> כי אם תכלית הגמול המשקפת יותר את עקרון ההלימה, אולם עיון בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין מלמד כי המחוקק אפשר חריגה לקולה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום, והוא לא התנה חריגה זו בקיומם של נסיבות חריגות או טעמים מיוחדים (למעט שיקול השיקום עצמו).<sup>53</sup> סבורני כי הכרת המחוקק באפשרות לחרוג ממתחם העונש ההולם אך משום שהנאשם השתקם, או שיש סיכוי של ממש שישתקם, מלמדת על מעמדה הרם של תכלית השיקום בשיטת הענישה הישראלית.

עונש המציע שהמאסר ירוצה בבית ולא בבית סוהר כדי למנוע חשיפה לדפוסים עבריינים הקיימים בבית סוהר או חשיפה לאוכלוסייה עבריינית מחד גיסא, ופותרת פתח של שיקום בתוך המסגרת הביתית-משפחתית ובמקרים חריגים אף מחוץ לבית מאידך גיסא, הוא עונש בעל יסודות שיקומיים מובהקים, וככזה תואם הוא את רעיון החריגה לקולה ממתחם עונש הולם מטעמי שיקום. כך למשל יוכל בית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם שגבולות הגזרה שלו הם של מאסר בפועל, אולם מטעמי שיקום יוכל לקבוע כי החליט לחרוג ממתחם העונש באמצעות קביעה כי המאסר ירוצה בבית.

עם זאת חשוב להדגיש כי העונש המוצע לא יהיה שמור אך למקרים שבהם יבקש בית המשפט לחרוג לקולה ממתחם עונש של מאסר בפועל אלא גם למקרים שבהם עקרון ההלימה יוביל ישירות לכך שעונש של מאסר בית יהיה העונש המתאים בתוך המתחם שנקבע. הטעם השלישי קשור בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שהמחוקק סבר כי ניתן להתחשב בהן בקביעת העונש המתאים בתוך המתחם שנקבע.

כך סבר המחוקק כי בית המשפט רשאי להתחשב בפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו, לצורך בחירת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם שקבע.<sup>54</sup> הרחבת רבות מעלה באשר לפגיעה היתרה, לעיתים שלא לצורך, הנלווית לנשיאת מאסר בבית סוהר. הדבר מקבל משנה תוקף כאשר מדובר בקטינים או בנאשמים צעירים. עונש של מאסר בית ייתן מענה בדיוק לנסיבה זו של הפגיעה בנאשם, אם עונש מאסר בית אכן יהיה בתוך מתחם העונש ההולם.

51 ראו בהקשר זה מאמרה של רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית כעונשים הולמים" הסניגור 255, 4 (2018).

52 ראו חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14 (2012), שם מיקמו המחברים את שיקול השיקום כשני בחשיבותו לפי תיקון 113 לחוק העונשין.

53 ניתן ללמוד על כך הן מלשון ס' 40ד(א) לחוק העונשין, שאינו מתנה חריגה בקיומן של נסיבות מיוחדות, והן מלשון ס' 40ד(ב) לחוק העונשין, הקובע כי רק במקרים שבהם חומרת מעשה העבירה ומידת האשם של הנאשם היו בעלי חומרה יתרה יהיה אפשר לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן. היינו, בכל אותם מקרים שבהם אין חומרה יתרה של מעשה העבירה ומידת אשם, שהם רוב רובם של המקרים, אין צורך להציג נסיבות מיוחדות לצורך חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום.

54 ס' 40א(1) לחוק העונשין.

המחוקק סבר כי בית המשפט רשאי להתחשב גם בפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם לצורך בחירת העונש המתאים.<sup>55</sup> אין צורך להכביר מילים על הפגיעה הקשה הנגרמת למשפחת הנאשם עת זה מנותק מהמשפחה ונושא המאסר בבית הסוהר. הקושי הוא לא רק כלכלי, עם גדיעת התעסוקה והפרנסה הנלווית למאסרו של הנאשם, אלא גם רגשי ונפשי. אין להקל ראש בפגיעה בכבודם של ילד או ילדה שיודעים שאביהם נמצא בבית סוהר. אין להקל ראש גם בקושי הנוצר ביכולת לשמור על קשר עם בן המשפחה שנאסר בשל היכולת המוגבלת להתקשר טלפונית או בשל היכולת המוגבלת לבקר את האסיר או להתייחד עימו. קשיים אלה יהיו קיימים פחות עת ירצה הנאשם מאסרו בבית.

5. תיקון חקיקה נוסף מהעת האחרונה הוא זה של חוק המעצרים בסימן ג1 בכל הקשור למעצר בפיקוח אלקטרוני.<sup>56</sup> התיקון נשען על חקיקתו של חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ה–2014.<sup>57</sup> בתיקון זה עיגן המחוקק את האפשרות להיות במעצר בפיקוח אלקטרוני. לפני מספר שנים מצא המחוקק לקבוע בסעיף 22ב(א) לחוק המעצרים כי הימצאות בבית בפיקוח אלקטרוני תיחשב "סוג" של מעצר ולא חלופה למעצר. בעניין פישר נקבע בהקשר זה כי "בעבר רווח השימוש במונח שחרור לחלופת מעצר באיזוק אלקטרוני, או נוסח דומה... בתיקון לחוק, ביקש המחוקק לומר כי אין מדובר בחלופת מעצר, אלא במעצר בפיקוח אלקטרוני. ודוק: לא מדובר בשינוי טרמינולוגי בלבד, אלא בשינוי תפיסתי של ממש. נאשם שנקבע כי ישהה תחת פיקוח אלקטרוני נחשב לעצור, כאשר המעצר בפיקוח אלקטרוני בא חלף מעצר, על כל ההשלכות הנובעות מכך".<sup>58</sup>

לטעמי, עת המחוקק, ובעקבותיו גם בית המשפט העליון, מוצאים לקבוע כי גם אדם שהוטלו מגבלות על חירותו במקום שאיננו מוגדר בית מעצר (על דרך כלל ביתו של העצור או של קרוב לו) ובפיקוח אלקטרוני ייחשב לעצור ולא למשוחרר בתנאים, אזי "שלא מדובר בשינוי טרמינולוגי בלבד אלא בשינוי תפיסתי של ממש", כלשונו של בית המשפט העליון. ההכרה כי נאשם יכול להיות בגדר "עצור" חרף העובדה שהוא נמצא בביתו ולא מאחורי סורג ובריה וללא שמירה של סוהרים (כל עוד הדבר מלווה בפיקוח אלקטרוני), היא היוצרת את האפשרות להכיר גם בנידון כ"אסיר" אף שהוא נושא את מאסרו בבית ולא בבית סוהר. הרציונל שעומד מאחורי "שינוי התפיסה" הוא שמאסר או מעצר, שעניינם בהגבלת חירות ובניתוק האדם מהסביבה החיצונית, אינו מחייב עוד שהדבר ייעשה במתקן כליאה דווקא, וכי יש מקרים, קלים יותר, שבהם ניתן להיות ב"מעצר" או ב"מאסר" אף בבית.

6. עת דנים אנו בשאלת הקלת העומס בבתי הסוהר ובשאלת האקלים המשפטי המתאים לאימוץ העונש המוצע, אך טבעי להתייחס בהרחבה אל פסק דין האגודה לזכויות האזרח. פסק

55 ס' 40(2) לחוק העונשין.

56 חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (תיקון מס' 11), התשע"ה–2014.

57 חוק זה נכנס לתוקפו ביום 16.6.2015.

58 בש"פ 4658/15 פישר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.7.2015).

דין זה עסק ב"תנאי הכליאה של אסירים ועצורים בישראל, ובפרט נוגעת היא לשטח המחיה אשר מוקצה לכל אסיר ועצור".<sup>59</sup>

לאחר שסקר את הוראות הדין בנוגע לתנאי המחיה המינימליים של אסירים ועצורים, בישראל ובשיטות משפט נוספות, ולאחר שעמד על כך שמרבית האסורים והעצורים בישראל אינם כלואים בתנאי כליאה מתאימים מבחינת גודלם וצפיפותם להוראות הדין,<sup>60</sup> קיבל השופט רובינשטיין את העתירה וקבע כי על המדינה לספק שטח מחיה מזערי לכל אסיר ועצור בן 4 מ"ר או 4.5 מ"ר, כולל שירותים ומקלחת, לפחות בתוך 18 חודשים מיום מתן פסק הדין, ובן 3 מ"ר לפחות בתוך 9 חודשים מיום מתן פסק הדין.<sup>61</sup> אולם קודם פירוט הסעד בעתירה מבהיר השופט רובינשטיין גם הדברים האלה:

"טרם סיום אציין, כי השלכות הכרעתנו ברורות. הגדלת שטח המחיה באופן מידי, יהא בה כדי להטיל נטל משמעותי על אוצר המדינה. ואכן, אפשרות אחת 'דרך המלך' – היא כי המדינה תפעל לשיפוץ והרחבה, בלוח הזמנים האמור, של מתקני המאסר והמעצר. ואולם, זו אינה האפשרות הבלעדית העומדת בפני הרשות המבצעת והמחוקקת לפתרון חלק מן הבעיה... עלינו לזכור כי המאסר אינו אלא אמצעי, ולא תכלית – אמצעי לגמול, להרתעה ולשיקום העברייני... כך למשל בהתאם להצעת הוועדה הציבורית... (ועדת דורנר)... ניתן להסמיק את ועדת השחרורים להעביר אסירים מסוימים להמשך ריצוי מאסרם בבתי מעבר, חלף בית המאסר... כמובן, אין לראות באמור דיון ממצה... אולם המטרה היא להצביע על כיווני חשיבה נוספים מעבר לבניית מתקני מאסר ומעצר נוספים, וכאמור הממשלה למעשה כבר בחרה לילך בדרך זו כאשר אימצה דו"ח ועדת דורנר".<sup>62</sup>

פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין האגודה לזכויות האזרח משקפת יותר מכול את האקלים המשפטי הנוכח בזירתנו: אקלים המלביש זכויות האסיר בלבוש מעשי, אקלים המבטא מצוקות המערכת להמשיך ולהתבסס על עונשי מאסר בבית סוהר כעונש מוביל ואקלים הקורא למצוא פתרונות חלופיים להתמודד עם המצוקות בתוך כדי שמירה על זכויות האדם. נדמה כי העונש המוצע משתלב היטב באקלים זה ונותן מענה הולם למצוקות המערכת ולאתגרי השעה. מנגד, סבורני כי אי-הטלת עונשי מאסר במקום שבו הדבר נדרש או שחרור אסירים בטרם עת אך כדי לעמוד בהנחיית בג"ץ באשר לתנאי המחיה בבתי הסוהר יפגעו באמון הציבור במערכת אכיפת החוק וביעילותו של ההליך הפלילי. אי-מיצוי הדין מטעמים טכניים, בשלב יישום העונש, בדמות הימנעות ממאסר או שחרור מוקדם מדי ממאסר, לא כל שכן בהיעדר

59 עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 4, פס' א לפסק הדין של השופט א' רובינשטיין, שכתב את עיקרי פסק הדין.

60 שם, פס' קו.

61 שם, פס' קכח.

62 שם, פס' קכו.



תוכנית שיקומית מתאימה, עלול לפגוע בטיבו של ההליך הפלילי ובהגשמת תכליותיו, במנותק משאלת אמון הציבור שפורטה קודם.

### ג. משפט זר

כפי שפורט בפרק המבוא, הרעיון של השתת עונש של "מאסר בית" אינו מקורי או חדשני, ומתברר שנעשה בו שימוש לא מבוטל בצורה כזו אחרת זה שנים רבות בארצות הים. בפרק זה אבקש לסקור בקצרה את יישום העונש המוצע במשפט האנגלי, האמריקאי והקנדי, לצד הרחבה בדבר היקף הטמעת השימוש בעונש זה והתפתחותו באותן שיטות משפט ובמדינות נוספות. עוד קודם לסקירת יישום עונש זה במדינות שצוינו יהיה נכון לתת את הדעת ל"כללי טוקיו",<sup>63</sup> שבהם ביקש האו"ם לעודד במדינות השונות איתור ויצירת חלופות למאסר, תוך כדי התחשבות בשיטת המשפט המדינתית, באינטרס השיקום, ההגנה על הציבור וזכויות הקורבן. הפתרונות הנדרשים לפי הכללים מתייחסים לשלבי המשפט השונים, החל בשלב המעצר, עובר בשלב העונש וכלה בשלב של ריצוי העונש ולאחריו. בין יתר חלופות המאסר, כעונש, מוזכר בכללים העונש של House Arrest.<sup>64</sup>

1. באנגלייה האפשרות להטיל עונש של מאסר בית בפיקוח אלקטרוני הוכרה בכמה חיקוקים כבר לפני עשרות שנים. תחילה ב- Criminal Justice Act 1991 וב- Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000. חיקוק אחרון זה מתייחס לעונשים השונים שניתן להטיל במסגרת הקהילה, ובהם:

"a curfew order, an exclusion order, a community rehabilitation, a community punishment, a community punishment and rehabilitation order, a kind of drug orders, an attendance center order, a supervision order and an action plan order".<sup>65</sup>

בהמשך נקבעו הוראות דומות בסעיף 204 ל- Justice Act 2003.<sup>66</sup> סעיף 204 לחוק זה שב ומגדיר את ה- curfew order כצו המחייב את הנאשם להיות במקום מוגדר לתקופה שנקבעה בצו וחוזר על התקופות שנקבעו ב- Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000,<sup>67</sup> אולם

United Nations Standard Minimum Rules For Non-Custodial Measures (The Tokyo Rules), 63  
General Assembly Resolution 45/110 Adopted On 14 December 1990

שם, ס' 8(k), תחת הכותרת Sentencing dispositions 64

שם, sec. 33(1). 65

sec. 177, שמדבר על צווים בקהילה, וסעיף קטן (e) המתייחס ל- curfew. 66

להתפתחויות ולשינויים בחקיקה האנגלית שחלו באשר לאפשרויות הטלת רכיב עונשי זה של 67

STEPHEN LIVINGSTON, ALISON MACDONALD & TIM home detention curfew בספר

ROD MORGAN, MIKE MAGUIRE אצל OWEN, PRISON LAW 345 (4th ed 2008). כן ראו הסקירה

& ROBERT REINER, THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGY 928 (5th ed. 2012).

בתיקון לחוק משנת 2012<sup>68</sup> הוארכו התקופות שבהן ניתן לצוות שהנאשם יהיה במאסר בית מתקופה של שישה חודשים עד לתקופה של שנה, ומשתים-עשרה שעות ביממה לכל היותר עד לשש-עשרה שעות.<sup>69</sup>

בעניין צו curfew order ראו ההנחיות ב- *Imposition of Community and Custodial Sentences Definitive Guideline* משנת 2017, שמהן עולה כי צו זה, שניתן במסגרת צו מבחן, ראוי שייעשה בו שימוש מידתי לפי חומרת העבירה. כך במקרים קלים ההגבלה היא עד לתקופה של כמה שבועות, במקרים בינוניים ההגבלה היא עד לתקופה של חודשיים-שלושה, ובמקרים בעלי חומרה רבה ההגבלה היא עד לתקופה של שנה.

2. בארצות הברית, במישור הפדרלי, נקבע ב- U.S. Code, Title 18, part 2, ch. 227, subchapter B, sec. 3563(b), כי לבית המשפט סמכות לחייב הנאשם, במסגרת צו מבחן:

“remain at his place of residence during nonworking hours and, if the court finds it appropriate, that compliance with this condition be monitored by telephonic or electronic signaling devices, except that a condition under this paragraph may be imposed only as an alternative to incarceration”.

סמכויות נלוות נוספות לצווי מבחן לפי אותו סעיף מאפשרות לבתי המשפט להורות לנאשם להימנע מלהגיע למקום מסוים או ליצור קשר עם אדם מסוים (sec. 6), להיות במעצר של ממש במהלך הלילות, בסופי שבוע או לפרקי זמן אחרים לתקופה מצטברת שלא תעלה על שנה (sec. 10) ולהתגורר במקום מסוים או להימנע מלהתגורר במקום מסוים (sec. 13). בהתאם להנחיות הנ"ל, מוסמך בית המשפט לפי סעיף 5B1.3 – Conditions of Probation, להוסיף תנאי מסוג home detention.<sup>70</sup>

בדברי ההסבר של הוועדה בנוגע לרכיב זה הובהר כי כליאה בבית משמעותה ריתוק הנאשם לביתו כחלק ממערך הפיקוח. הכליאה היא מלאה (at all times), אך תתאפשר יציאה באישור קצין המבחן לתכלית ראויה דוגמת עבודה, עבודות שירות, פעילות דת, טיפול רפואי או השתתפות בתוכנית טיפולית כאשר על דרך כלל נלווה לתנאי הכליאה פיקוח אלקטרוני. נוסף על זה, אם בית המשפט מתרשם כי התנאים אינם מגשימים ענישה ראויה, הוא מוסמך לשנות התנאים ולהחמירם או לשנות חלק מהתנאים לצורך כך. כמו כן נקבע כי ככלל לא ראוי כי כליאת הבית תהיה במקום שבו התגורר הנאשם טרם הורשע כי אם בכל מקום אחר, ובלבד שתהיה הסכמה של בעל המקום או אדם אחר שיושפע מתנאי הכליאה של הנאשם. עם זאת על מקום הכליאה להיות מתאים לתשתית של פיקוח אלקטרוני. הוועדה סבורה שניתן במקרים מסוימים לוותר על הפיקוח האלקטרוני, למשל בעניינם של נכים שאמצעי הפיקוח יגבילו אותם עוד יותר. במובן זה, פיקוח אלקטרוני אינו צריך להיות תנאי להטלת תנאי של כליאת בית.

68 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012

שם, sec. 71

70 UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, GUIDELINE MANUAL ch. 5 (2016), available at [www.ussc.gov/guidelines/2016-guide](http://www.ussc.gov/guidelines/2016-guide)

נוכח מאפייניו של תנאי כליאת הבית מניחה הוועדה כי על דרך כלל מי שנתון בתנאי כליאת בית משולב בעבודה.<sup>71</sup> יצוין כי שיקול הדעת להורות על מבחן, תקופתו ותנאיו מושפע מחומרת העבירה שבה הורשע הנאשם, מהמסוכנות הנשקפת ממנו לציבור, מעברו הפלילי, מפותנציאל השיקום, מתוכנית הטיפול המוצעת, מעמדתו של הנאשם ועוד.

בעניין זה ראו מאמרו של Hurwitz,<sup>72</sup> שבו צוין כי עונש של מאסר בית הוא סנקציה פלילית הנלווית על דרך כלל כתנאי במסגרת צו מבחן, אם כי יש מדינות שבהן עונש זה עומד בפני עצמו ואינו קשור לצו מבחן, כדוגמת מדינת פלורידה.<sup>73</sup> ממאמר זה עולה כי לפי המודל של מדינת פלורידה יש אפשרות לצאת ממאסר הבית לתכליות מוגדרות המסווגות לפי רמת חשיבותן כאשר השאיפה היא שלא להחריג יציאות יותר מן הנדרש, וכאשר, ככלל, כל יציאה צריכה להיות מגובה באישור ובראיות מבעוד מועד. הרעיון, כך מציין המחבר, הוא שהנאשם ירגיש בבית סוהר בבית שלו.<sup>74</sup>

במאמר זה מוצגת הדעה לפיה עונש של מאסר בית כולל רכיב ענישתי של גמול,<sup>75</sup> ולמעשה מגשים את תכליות הענישה המוכרות של גמול, הרתעה, מניעה ושיקום.<sup>76</sup> דעה לה אני מסכים, כפי שיפורט להלן.

3. בקנדה, במסגרת Criminal Code (R.S.C, 1985), נקבע בסעיף 742, תחת הכותרת "Conditional Sentence of imprisonment", כי אם נאשם הורשע ונידון לתקופת מאסר של פחות משנתיים, לבית המשפט סמכות להורות כי התקופה תרוצה בקהילה במסגרת פיקוח בקהילה.<sup>77</sup> סמכות זו מוגבלת לכך שהנאשם לא יסכן את הציבור עת ישהה בקהילה וכן בכך שהוא לא הורשע בעבירות בעלות חומרה (טרור, מין, חטיפה ועוד).<sup>78</sup>

במסגרת התנאים שבית המשפט מוסמך להטיל בצו זה הוא מוסמך לקבוע כי הנאשם "Remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor"<sup>79</sup>

לבית המשפט סמכות גם לחייב את הנאשם לקבל אישור ולהודיע מבעוד מועד על שינוי כתובת מגורים, לא ליצור קשר עם אדם כלשהו, לרבות הקורבן או להגיע למקום כלשהו.<sup>80</sup> למפקח על הנאשם שמורה הסמכות להורות על שינוי תנאי הפיקוח, בכפוף לשימוע.<sup>81</sup>

71 .sec. 5f1.2 – home detention

72 Jeffrey N. Hurwitz, *House Arrest: a Critical Analysis of an Intermediat-Level Penal Sanction*, 135 U. PENN. L. REV. 771 (1987)

73 שם, בעמ' 772.

74 שם, בעמ' 774.

75 שם, בעמ' 778.

76 שם, בעמ' 782. להתייחסות נוספת לעונש מאסר הבית בארצות הברית ראו WILLIAM M. DIMASCIO, *SEEKING JUSTICE: CRIME AND PUNISHMENT IN AMERICA* (1995)

77 .sec. 742.1

78 .sec. 742.2

79 .sec. 742.3(1)(d)

80 .sec. 742.3(1)(e), 742.3(1.1)

81 .sec. 742.4

כשנטען שהנאשם הפר את התנאים מתנהל הליך בפני בית המשפט, ואם נמצא שאכן הנאשם הפר התנאים, בית המשפט מוסמך להזהיר הנאשם, לשנות התנאים או להורות על ריצוי מאסר.<sup>82</sup>

רות קנאי מציינת במאמרה כי עונש המאסר האלקטרוני, שנחשב לעונש בחומרה בינונית, נלווה לפי החוק הקנדי לעונש המאסר המותנה, מתוך כוונת מכוון לפגוע בחירותו של מי שנידון למאסר מותנה אם כי במידה מופחתת.<sup>83</sup> עם זאת יש לתת הדעת לכך כי הוראות דומות של סמכות ליתן צו המורה לנאשם להישאר במקום מסוים או לא ליצור קשר עם אדם מסוים, לתקופה שתקבע בצו, קיימות בחוק הקנדי אף בנוגע לעונש של מבחן.<sup>84</sup>

4. עונש זה של מאסר בית, כעונש עצמאי או כצו נלווה במסגרת תנאי מבחן או מאסר מותנה שהוטלו על נאשמים, הפך מחוץ לישראל בעשורים האחרונים לשכיח יותר ויותר, עם הרחבת השימוש בעונשים בקהילה, המשמשים חלופה למאסר. בנושא זה של הרחבת השימוש בעונש מאסר הבית ברחבי העולם קיימת כתיבה לא מעטה.

ספר מרכזי הדין בעונש מאסר הבית הוא ספרו של Julian V. Roberts.<sup>85</sup> בספר זה יש דיון נרחב על הגדרתו של עונש מאסר הבית, שאותו המחבר מכנה "community custody";<sup>86</sup> על הסיבות לעליית קרנו של עונש מסוג זה;<sup>87</sup> על פריסתו והתרחבות השימוש בעונש זה במדינות שונות.<sup>88</sup>

האפשרות של ריצוי מאסר בבית אינה ייחודית לשיטות המשפט האנגלוסקסיות כי אם מקובלת היא גם במשפט הקונטיננטלי. באיטליה קיימת אפשרות בחוק Legge 26 luglio 1975 לקבוע כי מי שנדון לתקופת מאסר שאינה עולה על ארבע שנים יוכל לרצות את המאסר בבית.<sup>89</sup> המקרים המוזכרים בחוק הם של אישה הרה או אם לילדים מתחת לגיל עשר הגרים עימה; אב לילדים מתחת לגיל עשר שמגדל אותם בגפו עקב מות האם או מצב רפואי קשה של האם; נאשם במצב רפואי חמור במיוחד; נאשם מעל לגיל 60 עם נכות חלקית; נאשם מתחת

82 (9).sec. 742.6

83 רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית" סוגיות בתורת הענישה בישראל 235 (שלמה גיורא שוהם ואורי תימור עורכים, 2009). מאמר זה התבסס על מאמר קודם של המחברת, שאף שמו "עונשים בחומרה בינונית" ספר שמגר – מאמרים חלק ב' 213 (התשס"ג).

84 Criminal Code (R.S.C, 1985), sec. 732, 732(1)(a1), 732(3)(b).

85 JULIAN V. ROBERTS, THE VIRTUAL PRISON, COMMUNITY CUSTODY AND THE EVOLUTION OF IMPRISONMENT (2004).

86 שם, בעמ' 10.

87 למשל פיתוח תכניות שיקום, בעיות אופייניות לכליאת המונים, לרבות צפיפות אוכלוסין, התפתחות מנגנוני הניטור האלקטרוני, חיפוש אחר עונשים רב-ממדיים (המשלבים שיקום וענישה) וצמיחה ברעת הציבור לחלופות מאסר. ראו שם, בעמ' 12–15.

88 קנדה, פלורידה, ניו זילנד, ויילס, פינלנד ועוד. ראו שם, בעמ' 66–92.

89 n.354, G.U. Aug. 9, 1975, n.212 (It.).

לגיל 21 שבעניינו יש צורכי בריאות או לימודים או עבודה או משפחה מוכחים. עונש זה אינו מוטל בעבירות מסוימות, למשל כשיש קשר לארגוני פשיעה, והוא נלווה לצו מבחן ופיקוח.<sup>90</sup> אשר להיקף השימוש באמצעי ענישה חלופיים, דוגמת מאסר בית, באנגליה ובארצות הברית נאמר כי:<sup>91</sup>

“Alternative sanctions...have become widespread throughout the western world on the last ten to 15 years...the development of these new types of sentences was introduced in the 1970s by the United States and England...However, most types of alternative sentences were initially developed in the 1980s.”

במאמר נוסף נערכה סקירה היסטורית על התפתחות היקף העונשים בקהילה (בשונה ממאסר) בארצות הברית.<sup>92</sup> בסקירה זו נמסר, על בסיס מאמר אחר משנת 2007, כי באותה עת חמישה מיליון מתוך שבעה מיליון נאשמים בגירים היו בתוכניות פיקוח ומבחן בקהילה. על השימוש הנרחב בדרכי ענישה חלופיות למאסר, לרבות כליאת הנאשם בביתו בפיקוח אלקטרוני, בשיטות המשפט הללו ובמדינות נוספות באירופה ראו גם הסקירה בספר עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה,<sup>93</sup> שם נערכת הבחנה בין “מאסר סירוגי”, הכולל מאסר בסופי שבוע או בכמה ימים בשבוע, דבר המקובל למשל בהולנד, בשווייץ ובבלגיה, לבין התייצבות ב”מרכז התייצבות”, עונש המחייב את הנאשם להתייצב יום בשבוע לצורך עבודות ציבוריות בפיקוח המשטרה, והוא מקובל באנגליה ומכונה “מאסר תקופתי”. צורה נוספת של מאסר תקופתי קיימת בבלגיה, שם הנאשם מתייצב מדי לילה למאסר. לצד חלופות המאסר של המאסר הסירוגי והמאסר התקופתי שהוזכרו מעלה, יש הפניה לחלופות נוספות לעונש המאסר הקלאסי בתוך הקהילה, ובין היתר לתוכניות הפיקוח המוגבר (intensive supervision programs) ולאזיקים אלקטרוניים. אשר לרכיב ענישתי זה של אזיקונים אלקטרוניים צוין כי “השימוש באזיקונים אלקטרוניים עשוי להתבצע בשלושה שלבים בהליך הפלילי. במהלך המשפט כתנאי לשחרור ממעצר, בתום המשפט כעונש המוטל על הנאשם, וכן כתנאי לשחרור מוקדם מבית הסוהר במסגרת תכניות פיקוח מוגבר בקהילה או במבחן.”<sup>94</sup> עוד

90 סקירה על מדינות נוספות ניתן למצוא בספר SENTENCING AND SANCTIONS IN WESTERN COUNTRIES (Michael Tonry & Richard S. Frase eds., 2001), שם יש התייחסות מפורשת לענישה של כליאה בקהילה באמצעות פיקוח אלקטרוני. ראו למשל הסקירה על הולנד, שם, בעמ' 169.

91 Justin Junger-Tas, *Alternatives to Prison Sentences Experiences and Developments*, STUDIES ON CRIME AND JUSTICE – A SERIES FROM THE DUTCH RESEARCH AND DOCUMENTATION CENTER 1 (1994), <https://bit.ly/3dsfdUW>

92 Eric J. Wodahl & Brett Garland, *The Evolution of Community Corrections*, 89 THE PRISON JOURNAL 81 (2009).

93 שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה 283–284 (2009).

94 שם, בעמ' 324.

צוין כי השימוש בשיטת האזיקונים האלקטרוניים (המשלב בדרך כלל מתן אפשרות לנאשם להשתלב בעבודה או בתוכניות טיפול עם כליאה בביתו) הוא בעשורים האחרונים, וכי "כיום התכנית מיושמת כדבר שבשגרה כנגד עבריינים בוגרים ועברייני נוער... בארצות הברית, בקנדה, בסינגפור, באוסטרליה, בניו זילנד, באירופה ובדרום אפריקה".<sup>95</sup>

המחברים מציינים כי הגידול המואץ בשיטת האזיקונים האלקטרוניים במדינות רבות בעולם נובע מגורמים שאינם קשורים במישרין ביעילותה של השיטה בהפחתת הרצידיוויזם של הנאשמים, נושא שנתון במחלוקת, כי אם בעלויות התפעול הנמוכות ביחס למאסר, ריכוך התיגו ביחס למאסר, הגברת יכולת הפיקוח על נאשמים צייתנים, יעילות כלכלית ועוד.<sup>96</sup>

בהקשר זה, ש' גיורא שוהם, לצד אורי ברק ומרתין קת, מביעים דעתם בספרם בהאי לישנא:<sup>97</sup>

"Electronic monitoring as a sanction, alone or in combination with other forms of community supervision, appears to be here to stay".

בסופה של סקירת המשפט הזר,<sup>98</sup> לא יהיה למותר לחזור ולהדגיש כי ועדת דורנר הכירה בעונש של מאסר בית כאחד מהעונשים בקהילה הקיימים ברחבי העולם כחלופה לעונש של מאסר בפועל המרוצה בבית סוהר;<sup>99</sup> כי בית המשפט העליון עצמו החל להעלות מחשבות ראשוניות בעניין אימוץ העונש המוצע;<sup>100</sup> וכן שאפשרות זו הוזכרה כבר לפני יותר מעשור עת נכתבו דברים אלה בישראל:

"אולי בראשית חשבו כי מערכות אלה [של פיקוח אלקטרוני] תשמשנה בראש ובראשונה לפיקוח על עצורים לפני משפט, אך מרכז הכובד עבר לבחינת אפשרות למאסר בית. מאסר הבית מתאים לאנשים נורמטיביים בעיקר שנדונו

95 שם, בעמ' 324–325 וההפניות שם.

96 שם, בעמ' 327.

97 INTERNATIONAL HANDBOOK OF PENOLOGY AND CRIMINAL JUSTICE 222 (Shlomo Giora, Ori Beck & Martin Kett eds., 2007). באותו הקשר נעשית הפניה למחקרים המלמדים

98 כי שופטים וגורמי אכיפה אחרים מאמינים שהשימוש באמצעי ענישה זה ילך ויגבר. אציין כי בשיטת המשפט העברי עונש של מאסר היה זר והתפתח בשלבים מאוחרים, ולא מצאתי התייחסות לעונש מאסר הבית. עם זאת התייחסות לחיפוש אחר עונש מתון ממאסר, במה שנוגע לפגיעה בחירות, ניתן למצוא במאמרו של השופט מנחם אלון "חוקי היסוד – עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 27, 77 (1996) ככל הקשור ל"ערי מקלט", לשם מוגלה האסיר, ומשם אסור לו לצאת. השופט אלון מבהיר כי עונש זה פוגע בחירותו של האסיר אך פחות מעונש המאסר, וזאת תוך כדי שמירה על כבודו בעיני החברה ומשפחתו, שמירה על חיי משפחה ואפיק שיקומי. אלמנטים אלה של ענישה מזכירים במידת מה את העונש המוצע.

99 ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 57, 59 וההפניות שם.

100 ע"פ 106/17 מסיקה נ' מדינת ישראל, פס' 9 (פורסם בנבו, 30.1.2018); ע"פ 4506/15 בר נ' מדינת ישראל, פס' 14 לחוות דעתו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 11.12.2016).

לתקופות מאסר קצרות, ואשר אין זה ראוי להפגישם עם אוכלוסיית הכלא... כדי שלא לחרוג מנושא רשימה זו אעיר רק כי בעקבות הנעשה בעולם בנדון אף המשרד לביטחון פנים בחן את האזיק האלקטרוני תוך מחשבה לנצלו ליותר משחרור עצורים בתנאי מעצר בית, לרבות מאסר בית".<sup>101</sup>

#### ד. מאפייני מאסר הבית

בפרק זה של המאמר אבקש לשרטט את קווי המתאר של מאסר הבית בישראל, כפי שסבור אני שהם ראויים להיות.

בראש ובראשונה אבקש להדגיש כי העונש המוצע אמור לשמש דרך לנשיאת מאסר, היינו מדובר בעונש של מאסר ממש הכולל את היסודות העיקריים המאפיינים מאסר, שהם שלילת החירות לנוע בחופשיות, הרחקתו של הנדון מהחברה וכליאה בתוך מקום מוגדר. עונש זה של מאסר בית הוא קשה, ובאמצעותו החברה מבקשת ליצור חיץ בין הנידון לבניה, ולהרחיקו ממנה גם אם לא לחלוטין, בין היתר כדי להקטין את הסיכון שירחף מעליה הנובע מהנידון. במובן זה עונש של מאסר בית חמור מעונש של מבחן ואף מעונש של מאסר בעבודות שירות, שכן נידון שעומד במבחן או נידון הנושא מאסרו בעבודות שירות אינם מורחקים מהחברה כלל.

הינה כי כן, במאסר בית קיימת פגיעה קשה בחירות, שכן ככלל, תישלל מהנידון היכולת לצאת את ד' אמות ביתו במהלך כל שעות היממה ובמהלך כל תקופת מאסרו. מדובר לטעמי בעונש קשה ומכאיב, ומי ש"רותק" בילדותו לכמה שעות לביתו בידי הוריו, בגלל התנהגות לא נאותה, ודאי יבין זאת.

בעונש זה, של מאסר המרוצה בבית, הרכיב הטיפולי יכול להיות נלווה. אין הוא העיקר. אין מדובר בעונש של מבחן בפיקוח מוגבר כפי שהדבר מקובל באנגליה ובארצות הברית. לרכיב ההלימה והגמול משקל של ממש בעונש זה. לעניין זה יפים דבריה של ר' קנאי במאמרה "עונשים בחומרה בינונית", ולפיהם:

"לממד העונשי של העונשים בחומרה בינונית יש חשיבות מרובה הן לפי הגישה הגמולית הן לפי הגישה התועלתנית... הממד העונשי של אמצעי הביניים הכרחי גם כדי שהציבור הרחב והשופטים יראו בהם ענישה ראויה במקרים שאינם חמורים".<sup>102</sup>

לצד זאת, הכרה בכך שעונש של מאסר בית מיועד להגשים גם את תכלית השיקום בענישה, מצדיקה, במקרים מתאימים וחריגים בלבד, הקשורים בתקופת המאסר, בחומרת העבירה,

101 איתן מגן "שחרור למעצר בית – על אמות המידה הנדרשות לשחרור" ספר אורי קיטאי 171, 188–189 (בוועד סנגירו עורך, 2007).

102 קנאי "עונשים בחומרה בינונית כעונשים הולמים", לעיל ה"ש 51, בעמ' 293 ה"ש 86.

באופייה של העבירה, בנסיבותיו האישיות של הנאשם ובהליך השיקומי הרלוונטי, לאפשר יציאה מן הבית להליכים טיפוליים (לרבות רפואיים), ללימודים או לעבודה.

סבורני כי ראוי לקבוע נקודת מוצא שלפיה ככלל מאסר הבית יהיה מלא, ויהיה אפשר לחרוג ממנו ולצאת לאחת המטרות שהוזכרו על פי תוכנית טיפולית שנבנתה מבעוד מועד בשירות המבחן. עם זאת אציין כי שאלת משכו של מאסר הבית תשליך באופן ממשי על מתן אפשרות יציאה מהבית למטרה מוגדרת – ככל שהמאסר יהיה לתקופה ממושכת יותר, תגבר הנטייה לאפשר יציאה מהבית למטרה מסוימת, כפי שיפורט להלן.

כך למשל יש לשקול בחיוב מתן אפשרות יציאה לאלה: לימודים במקום שנמצא מתאים לקטין המבקש להשלים חוק לימודיו או להיבחן בבחינות בגרות; טיפול רפואי שלא ניתן לקבלו בבית, אפשרות שקיימת לכל אסיר; במקרים המתאימים בלבד יש לשקול בחיוב מתן אפשרות לנאשם להשתתף בתוכניות טיפוליות מוגדרות שהתווה שירות המבחן.

באשר ליציאה לעבודה, מוצע שככלל הדבר לא יותר, שכן יציאה שכזו נוגדת את תכלית המאסר, והדבר אף עלול ליצור הבחנה שספק אם יש לה מקום, בין נידון למאסר בעבודות שירות שעובד ללא שכר<sup>103</sup> לבין מי שיצא לעבוד בשכר בעודו מרצה מאסר בית.<sup>104</sup>

עם זאת סבורני כי אין מקום לקביעה גורפת שתאסור יציאה לעבודה, שכן בנסיבות מסוימות יציאה לעבודה עשויה להיות חלק מהותי בהליך טיפולי ולהפך, עלולה לסכל הצלחתו של הליך טיפולי, אך הדבר ייעשה כאמור במשורה ובמקרים חריגים חרף ההבנה שככלל יציאה לעבודה עשויה לפעול לטובת הנידון ומשפחתו.

כאמור, יציאה ממאסר בית לאחת המטרות הללו תהיה חריג בלבד, שכן הכלל הוא מאסר בית מלא. מוצע שכבר בתסקיר לקראת הטיעון לעונש תיבחן האפשרות החריגה של יציאה מהמאסר לצורך אחת המטרות הללו.

אם בית המשפט יאמץ תוכנית מוצעת של שירות המבחן הכוללת יציאה מן המאסר, יפורט הדבר בגזר הדין וינומק, וכן תיקבע מסגרת הזמנים הברורה לאחת התכליות (ימים ושעות) לצורך קביעת "חלונות" בפיקוח האלקטרוני וערכון המנהלת.<sup>105</sup>

103 ראו ס' 51 לחוק העונשין.

104 בנקודה זו ובנקודות נוספות עולה השאלה מה ייחשב לעונש חמור יותר – מאסר בעבודות שירות או מאסר בית. הדבר תלוי לטעמי בהיקפו של העונש שייגזר, ברכיביו ובאופיו של הנידון. לעיתים עונש של שישה חודשי מאסר בעבודות שירות יהיה קשה מעונש של שישה חודשי מאסר בית, וודאי בעניינו של נידון "עצלן" שיבקש להשחית את זמנו בשינה ובבהייה בטלוויזיה. מנגד, יש מי שיאמר כי אפשרותו של נידון לעשות ככל העולה על רוחו לאחר שעות עבודות השירות שהוא מרצה, לרבות האפשרות לקיים חיי חברה או לעבוד לפרנסתו במשמרת שנייה, הופכת את ריצוי המאסר בדרך זו לקלה ביחס למי שכלוא בביתו במשך 24 שעות ביממה. כרי כי נקודת האיזון תשתנה אם נידון למאסר בית יכול לצאת מהבית לאחת התכליות המוגדרות שהוזכרו, אם משך המאסר הוא שונה, ואם קיימות מגבלות נוספות על הנידון במסגרת מאסר הבית.

מכל מקום, שאלת חומרת העונש ראוי שתבחן בבית המשפט לפי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. לעניין זה ועל מדרג חומרת עונשים, בשונה ממדרג חומרת עבירות, לצורך גיבוש עונש מתאים, ראו רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי ענישה" מחקרי משפט י 39, 55 (1993).

105 יצוין כי מתן אפשרות לעבוד, ללמוד או לעבור הליך טיפולי או רפואי קיים עבור כלל האסירים, לרבות אלה השוהים מאחורי סורג ובריח, בהתאמות הנדרשות. הסיכון הקיים בעניינו של כל אסיר



לצד האמור לעיל סבורני כי אם תקופת המאסר תהיה ארוכה יחסית, למשל כזו העולה על שישה חודשים, יהיה אפשר לשקול נקודת מוצא שונה בנוגע לאפשרות יציאה ממאסר הבית לצורך אחת מן התכליות המוגדרות שפורטו לעיל. במובן זה מוצע לשקול כי בתקופת מאסר ארוכות, בין שישה לשנים-עשר חודשים, ייעשה שילוב של אמצעי ענישה, דוגמת מאסר בית ומבחן או מאסר בית ושל"צ ואף מאסר בית ועבודות שירות.

הרציונל העומד מאחורי רעיון זה הוא ההכרה בקושי האדיר של נידון לשבת בתוך בית סגור ומסוגר משך חודשים ארוכים. יש חשש שבמצב שכזה הקושי לקיים ולשמור את תנאי המאסר יהיה רב, ואז קיים חשש שבסופו של דבר ירצה הנידון את יתרת מאסרו בבית הסוהר, בשל הפרת התנאים. סבורני כי לא דומה הקושי והיכולת לעמוד בתנאים של מי שנידון לשישים או תשעים ימי מאסר בית ביחס למי שנידון לתשעה חודשי מאסר למשל.

כדי להקל במובן מה על הנאשם מבחינת יכולתו לשאת בעונש וכדי לצמצם הפיתוי להפר התנאים, מוצע כאמור לשקול בתקופת מאסר ארוכות נקודת מוצא של יציאה לתכלית מוגדרת. אכן, על פני הדברים יש בהצעה זו סתירה מסוימת, במובן זה שמוצע להקל דווקא עם מי שנידון לתקופת מאסר בית ארוכה, אולם ספק אם מדובר בהקלה רבה או בהקלה בכלל, שכן מוצע שהיציאה מהבית במקרים שכאלה תהיה אך לאחת המטרות המוגדרות, וככל הניתן בשילוב והוספה של עוד אמצעי ענישה דוגמת מבחן, של"צ או עבודות שירות.<sup>106</sup>

מלבד כליאתו של הנאשם בתוך ביתו מוצע לאפשר לבית המשפט לקבוע מגבלות נוספות במסגרת גזר הדין, לרבות מניעת כניסה של אנשים מסוימים לבית שבו שוהה הנאשם, מניעת יצירת קשר עם אנשים מסוימים, דוגמת הקורבן או עדים שהעידו מטעם התביעה נגד הנאשם או עבריינים מוגדרים אחרים, לרבות קשר טלפוני או אחר, ואף מניעת חיבור לרשת האינטרנט, למשל אם העבירה בוצעה בדרך זו, ככל שהדבר נדרש בשל טיבה של העבירה שבה הורשע הנאשם ונסיבות ביצועה, ובשל טבעו של הנאשם, המסוכנות הנשקפת ממנו, תוכנית השיקום שלו ויתר הנתונים הרלוונטיים שסיפקו אנשי המקצוע.

נקודת המוצא להטלת עונש מאסר בית צריכה להיות התאמה של המקרה למאסר בית במובן המהותי, היינו עמידה בעקרון ההלימה כעיקרון מוביל.<sup>107</sup>

כשמדובר במאסר מאחורי סורג ובריח אין מגבלה באשר לתקופה מינימלית או מקסימלית לריצוי (ככלל ועקרונית, ולא באשר לכל עבירה ועבירה שעונש מרבי לצידה או עונש מזערי), ואילו כשמדובר בריצוי מאסר בעבודות שירות קיימת מגבלה של תשעה חודשי מאסר. ומה בנוגע למאסר שירוצה בבית? לכאורה לא אמורה להיות מגבלה על התקופה שבה נאשם יחיה בביתו, אך למעשה לא אלה הם פני הדברים. ראשית, ברמה המהותית-משפטית,

(מי שחייב לשהות מאחורי סורג ובריח, מי שיוכל לשהות בבית, ומי שיותר לו לצאת מהבית לזמן מוגדר, למקום מוגדר ולתכלית מוגדרת) הוא אשר יצדיק גם את ההבחנה היכן יהיו הטיפול, הלימודים או העבודה – מאחורי סורג ובריח או במסגרת הקהילה, אם בכלל.

106 במקרה של שילוב דרכי ענישה יהיה כמובן צורך לעמוד בתנאי דרכי הענישה האחרים, דוגמת מגבלת זמן מינימלית ומקסימלית של שישה חודשים ושלוש שנים בצו מבחן או תשעה חודשים בעבודות שירות.

107 לצד אפשרות לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמי שיקום.

סבורני כי אם בית משפט סבור שיש לשלול חירות מאדם לתקופה ממושכת, למשל של שנים, הדבר מלמד על כך שמדובר במי שביצע עבירה חמורה, וככל הנראה נשקפת ממנו מסוכנות של ממש, ולכן נאשם שכזה צריך לרצות מאסרו מאחורי סורג ובריח.

באשר למישור הפרקטי, מסופקני אם ניתן לפגוע בהתנהלות של בית ומפקחים לתקופות ממושכות מאוד. אף הקושי שיוטל על האסיר להיות כלוא בבית לתקופות ארוכות ללא יכולת לעבוד, ללמוד, להיפגש עם אחרים או לשאוף אוויר צח יכול להיות גדול מדי.

נוכח כל האמור סבורני כי ראוי להתנות היכולת לרצות המאסר בבית בכך שלא נגזרה על הנאשם תקופת מאסר העולה על שנים עשר חודשים. תקופה שכזו אינה ארוכה יתר על המידה, ומכאן שיכולה היא להלום את שאלת המסוכנות וריצוי המאסר בבית. זאת ועוד, תקופה שכזו עשויה לשמר את תכליות הגמול, ההרתעה, המניעה ואף השיקום, במקרים המתאימים.

יש להכיר בכך שמאסר בית הוא כאמור סוג של מאסר אלא שבמקום שהנאשם יישא את עונשו מאחורי סורג ובריח הוא יישא אותו בביתו, ולכן מדובר למעשה במעין הטבה עם הנאשם. הכרה בנקודה בסיסית זו מחייבת כתנאי להטלת עונש זה את הסכמתו של הנאשם לשאת המאסר בביתו ואת רצונו. היעדר הסכמה ורצון של הנאשם לשאת המאסר בביתו יוביל לכך שלא יהיה אפשר להטיל עונש זה, והנאשם ירצה המאסר מאחורי סורג ובריח, ואולי בעבודות שירות, לפי נסיבות העניין.

שאלת הסכמה של נאשם לעונש שבית משפט חושב להטיל עליו היא שאלה לא פשוטה בשים לב למאפייניו הכוחניים של ההליך שמתנהל כולו בעל כורכו של הנאשם, לא כל שכן לאחר שהורשע ונמצא אשם בפגיעה באינטרס חברתי. אולם התמודדות זו של הסכמת נאשם לעונש כתנאי להטלתו אינה זרה למשפט הישראלי.<sup>108</sup> עם זאת סבורני כי בשים לב לעובדה שמדובר בעונש שיש בו מרכיבים שיקומיים ואשר מבקש להכניס את בני משפחתו של הנאשם אל קרביו ולהיכנס אל תוך ביתו של הנאשם, תרתי משמע, לא ניתן לוותר על רכיב הסכמת הנאשם כתנאי להטלתו.

תנאי נוסף להטלת עונש מאסר בית הוא קבלת תסקיר של שירות המבחן. גם תפיסה זו של התניית סמכות בית המשפט להטיל עונש מסוג מסוים בקבלת תסקיר של גוף לבר-שיפוטי ממליץ אינה זרה למשפט הישראלי.<sup>109</sup> על דרך כלל יהיה נכון להתנות הטלת עונש מאסר בית בהמלצה חיובית של שירות המבחן, אולם ראוי להותיר שיקול דעת לבית המשפט להטיל עונש זה במקרי ביניים שבהם קיימת הסתייגות של שירות המבחן.<sup>110</sup>

הצורך להתנות מאסר בית בתסקיר שירות המבחן מקורו במאפייני מאסר זה, היינו בעובדה שהוא מרוצה בבית, ובצורך בבדיקת התאמת אופן ריצוי המאסר בדרך זו לנאשם על רקע מאפייניו, משפחתו, גורמי השיקום הרלוונטיים והעבירה הרלוונטית.

108 כך למשל בעונשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, צו מבחן ושל"צ, נדרשת הסכמה של הנאשם לעונש זה כתנאי להטלתו.

109 כך למשל בעונשי מאסר בעבודות שירות, של"צ וצו מבחן, לפי הסעיפים 51(ב), 71(א) ו-83(3) לחוק העונשין וסעיף 2 לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

110 ראו פסק הדין בעניין מוסלי, לעיל ה"ש 28, לעניין הטלת מאסר בעבודות שירות בניגוד להמלצת הממונה על עבודות השירות.

כך למשל, לא יעלה על הדעת כי במקרה שבו הורשע הנידון בעבירת אלימות במשפחה יגזור בית המשפט מאסר בית כשהבית הוא אותו בית שבו מתגוררים קורבנות האלימות – אשת הנידון על פי רוב, או ילדיו – מבלי שהדבר נבחן קודם לכן בידי איש מקצוע מתאים דוגמת קצין מבחן. הטלת עונש זה ללא בדיקה מתאימה עלולה להגביר את הסיכון בשל החיכוך המתמשך שיהיה בבית שבו הנאשם נמצא כל העת, ולחלופין לגרום דווקא לקורבן להימלט מביתו.

מנגד, אפשר שדווקא הטלת עונש של ריצוי המאסר בבית, זה שבו מתגוררים בני משפחתו שהיו קורבנותיו בעבר, על נאשם שעבר הליך שיקומי, למשל במסגרת חוץ-ביתית לאלימות במשפחה, יהיה שלב נוסף ונדרש במסגרת הליכי השיקום.

הצורך בתסקיר שירות המבחן מקורו גם בבחינה מהותית של הבית, על יושביו, של המפקחים שיוצעו ושל קורבנות ביצוע העבירה. למשל: ספק אם יהיה מקום להטיל עונש זה על נאשם שהורשע בביצוע עבירת סם כאשר סביבת מגוריו היוותה הקרקע לביצוע העבירה, או על נאשם שתקף פיזית או מינית מתלונן שמתגורר בקומת מגוריו של הנידון, בבניינו או אף בשכונתו או בעירו, לפי נסיבות העניין.

**תנאי נוסף להטלת עונש מאסר בית הוא התאמת הבית שבו ירוצה המאסר לפיקוח אלקטרוני.**

כפי שצוין מעלה, מאסר בית כשמו כן הוא – מאסר, על רכיבי הגבלת חירות התנועה, הפיקוח והכליאה במקום מוגדר. בבית הסוהר קיימים סוהרים, גדרות וחומות הממלאים תפקידים אלה. במאסר בעבודות שירות קיימים המעסיקים והמפקחים של שב"ס שאמורים למלא תפקידים אלה, ובמאסר בית קיימים מפקחים אנושיים, אולם באלה לא די משום שעל פי רוב יהיו אלה בני משפחתם של הנאשמים, וקיים חשש מובנה שאלה לא יצליחו למלא לברם את תפקיד הפיקוח במשך כל תקופת המאסר, מסיבות שונות.<sup>111</sup>

נוכח האמור, תנאי למאסר בית הוא שילוב של פיקוח אנושי בידי מפקחים ששירות המבחן מצא אותם מתאימים עם פיקוח אלקטרוני שיעשה באמצעות איזוק אלקטרוני או פתרון אלקטרוני-טכני דומה אחר, ודאי עת מדובר במאסר הכולל יציאה לתוכנית מוגדרת.<sup>112</sup> מכאן שתנאי למאסר בית הוא קבלת חוות דעת של מנהלת האיזוק בדבר התאמת הבית המוצע כמקום לריצוי המאסר. בעניין זה יודגש כי מדובר בחוות דעת שהיא טכנית בעיקרה לעומת חוות דעת שירות המבחן שהיא המהותית יותר, כמפורט מעלה.

לאור המפורט מעלה מובן כי בית המשפט לא יוכל לגזור עונש מאסר בית ורק אז לבקש את חוות הדעת של שירות המבחן ומנהלת האיזוק האלקטרוני. על בית המשפט יהיה לקבל

111 החל בהנחות ובוויתורים שיבקשו לעשות לבני משפחתם האסירים, וודאי עם חלוף הזמן, עבור באי-עמידה בלחצים וסחיתות רגשיות וממשיות-פיזיות מצד האסירים וכלה בחוסר רצון או יכולת של המפקחים עצמם להמשיך לפקח בבית משך תקופה ארוכה בשל אילוצי חיים ופרנסה.

112 במקרה של מאסר בית הכולל "חלון יציאה" לתכלית מוגדרת ניתן לשקול פתרון של ניטור באמצעות GPS, המוודא הימצאות הנאשם באזורים מותרים ומוגדרים בלבד – כמו מקום עבודה או לימודים.

חוות הדעת עובר לגזירת הדין,<sup>113</sup> אם כי יודגש כי עצם הזמנת בית המשפט את חוות הדעת לא יחייב את בית המשפט לגזור בהכרח עונש של מאסר בית.<sup>114</sup> אחת השאלות החשובות שיש להידרש אליה עת מוצעת האפשרות שמי שנידון למאסר ירצה את עונשו בבית, היא שאלת הפיקוח ומניעת הפרה של תנאי המאסר, וכנגזר מזה – שאלת נפקותה של הפרת תנאי המאסר. בעניין זה מוצע לאמץ המודלים הקיימים למעצר באיזוק אלקטרוני ולמאסר בעבודות שירות.

כפי שצוין מעלה, הפיקוח על אסיר במאסר בית יורכב ממפקח אנושי ומפיקוח אלקטרוני. עם זאת יותר לחברה המפעילה לקיים מעת לעת פיקוח טכני על עמידה בתנאי המאסר.<sup>115</sup> במקרה של הפרה טכנית, ייעשה בירור מנהלי, בדומה לבירור שנעשה בנוגע לאיזוק אלקטרוני ולעבודות שירות, ובמקרה זה יבוצע ההליך בידי מנהל הפיקוח האלקטרוני. במקרה של הפרה טכנית מהותית או ריבוי הפרות טכניות יהיה אפשר לקבל החלטה מנהלית בדבר העברת ריצוי המאסר אל מאחורי סורג ובריח, היינו "הפקעה מנהלית".<sup>116</sup> ברי כי על החלטה מנהלית זו יהיה אפשר לעתור לבית המשפט.<sup>117</sup> נוסף על האמור, מוצע לאפשר גם "הפקעה שיפוטית" של מאסר הבית באותן נסיבות המפורטות בחוק העונשין בנוגע לעבודות השירות.<sup>118</sup> פיקוח זה של גורמי חוץ ומתן אפשרות זו של הפקעת מאסר הבית וקביעה כי זה ירוצה מאחורי סורג ובריח לא רק יגשימו את תכלית המניעה בענישה אלא גם ישמרו את אמון הציבור בעונש מוצע זה. ברי כי הדבר יעודד את הנידונים לעמוד בתנאי הכליאה שנקבעו להם. כפי שהובהר כבר כמה פעמים, העונש המוצע הוא מאסר של ממש, אלא שהמאסר נישא בבית ולא בבית סוהר. עם זאת אסיר במאסר בית, הגם שהוא בגדר "אסיר", לא יוכל ליהנות מההטבות השונות שאסיר הנושא עונשו בבית סוהר זכאי להן.

אסירים הנושאים עונשם בבית סוהר יכולים ליהנות מהטבות אחדות: ההטבה המרכזית שלה שואף כל אסיר המרצה עונשו בבית סוהר היא שחרור מוקדם על תנאי עם תום ריצוי שני שלישים מתקופת מאסרו.<sup>119</sup> לטעמי אין לאפשר לאסיר הנושא עונשו בבית ליהנות מהטבה זו,

113 בדומה להסדר הקיים בנוגע למאסר בעבודות שירות כאמור בס' 51ב(ב)(1) לחוק העונשין, בשונה מהמצב שהיה בעבר שבו היה בית המשפט יכול לגזור מאסר בעבודות שירות עוד קודם קבלת חוות דעת ממונה על עבודות שירות.

114 ראו למשל בהקשר של עבודות שירות לעניין אי-פיתוח אינטרס הסתמכות או ציפייה אצל הנאשם ע"פ 8704/08 הייב נ' מדינת ישראל, פס' 10 לחוות דעתו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 23.4.2009).

115 ראו באשר למעצר אלקטרוני ס' 122–1 לחוק המעצרים, ובאשר לעבודות שירות ראו למשל תק' 5(ב) לתקנות העונשין (נשיאת מאסר בעבודות שירות).

116 בדומה לס' 22ח(ב)(1) לחוק המעצרים ולס' 51ט(א) לחוק העונשין.

117 בדומה לס' 22ח(ג)(1) לחוק המעצרים (הקובע דיון חובה בבית המשפט לאחר ההפסקה המנהלית של המעצר האלקטרוני) וס' 51ט(ג) לחוק העונשין.

118 ס' 51 לחוק העונשין, המדבר בין היתר על מקרה שבו הורשע הנאשם בתקופת עבודתו בעבירה אחרת, וגזר עליו עונש מאסר שלא בעבודות שירות.

119 ראו ס' 2–3 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר וס' 68 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש] (המתייחס ל"שחרור מנהלי").

מכמה טעמים: ראשית, אסיר הנושא עונשו בביתו כבר זכה במעמד גזירת דינו להטבה הגדולה של נשיאת המאסר בבית ולא בבית הסוהר. כידוע, לפי סעיף 13א לחוק שחרור ממאסר על תנאי, אחד מתנאי השחרור על תנאי יכול להיות מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, היינו המשך נשיאת תקופת המאסר בבית בפיקוח אלקטרוני. הווה אומר, הטבה של נשיאת השליש האחרון של תקופת המאסר בבית בפיקוח אלקטרוני כבר ניתנה ממילא למי שנגזר דינו למאסר בית, ולכן אין מקום לדבר על קיצור תקופה למי שדינו נגזר למאסר בית.

שנית, וכפועל יוצא של הטעם הראשון, שאלת השחרור המוקדם קשורה על פי רוב בשאלת שיקומו של האסיר ושילובו מחדש בחברה לקראת סיום מאסרו, נתונים שממילא הובאו בחשבון בעניינו של אסיר הבית כבר בשלב גזירת הדין.

שלישית, אחד הרציונליים המרכזיים של רעיון השחרור המוקדם ממאסר עניינו בהקלת העומס הקיים בבתי סוהר, היינו הצורך לפנות מקום בבית סוהר לאסירים חדשים. רציונל זה אינו קיים בעניינו של מי אשר נושא מאסרו בבית ושאינו אמור לפנות מקום לאסיר אחר. לא למותר להוסיף בעניין זה כי מודל ריצוי המאסר בבית מוצע בין היתר על רקע העומס הקיים בבתי הסוהר בישראל, וכך נתון זה כבר טבוע בעונש המוצע עצמו.

לבסוף, יש לזכור שאף בדרך החלופית הקיימת היום לנשיאת מאסר, היא הדרך של עבודות שירות, אין מנגנון של שחרור מוקדם.<sup>120</sup>

באשר לניכוי תקופת המעצר מתקופת המאסר, סבורני כי אף בעניין זה יש לילך אחר המקובל במאסר המרוצה בעבודות שירות. כידוע, בשונה ממי שנידון למאסר בבית סוהר, שבעניינו קיים מעין נוהג (אם כי לא "זכות") שככלל ובהיעדר נימוקים מיוחדים מנוכה תקופת המעצר, מי שמרצה מאסר בעבודות שירות אין מנוכה בעניינו, על דרך כלל, תקופת מעצרו, אם כי הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט.<sup>121</sup>

## ה. המקרים המתאימים לעונש מאסר בית

בפרק זה אבקש לדון בשאלה באילו מקרים יהיה ראוי לגזור עונש של מאסר בית. סבורני כי ראוי לדון בשאלת בחינת המקרים שיכולים להתאים לעונש המוצע, שכן אם יתברר כי עונש זה יכול להתאים למקרים מעטים בלבד, ספק אם קיימת הצדקה משפטית ומעשית לאימוץ מודל ענישה חדש זה. לעומת זאת אם יתברר כי "פלח השוק" של עונש מאסר הבית יכול להיות גדול, אזי קיימת הצדקה נוספת לאימוץ העונש המוצע אל שיטת המשפט.

תנאי לאימוץ מודל של מאסר בית הוא איתור מקרים שבהם העבירה בנסיבותיה ומידת האשם של הנאשם יצדיקו מחד גיסא הגבלת חירות של הנאשם וכליאתו במקום מוגדר, ומאידך גיסא לא תחייבנה כי הכליאה תהיה בהכרח בבית סוהר.

120 ס' 135(ב) לחוק העונשין, הגם שבתקון 133 לחוק העונשין הוכרה האפשרות של קיצור התקופה במקרה שהוטלה תקופה העולה על שישה חודשים, ובלבד שאחרי קיצור התקופה לא ירצה הנאשם תקופה קצרה משישה חודשים.

121 סקירה דומה, אם כי לא חופפת, של מאפייני מאסר הבית הראויים ראו בספרו של Roberts, לעיל ה"ש 85.

יישום עקרון ההלימה בעניינינו מחייב זהירות משני הכיוונים, היינו מצד אחד יחייב שלא לפגוע במידה העולה על הנדרש בנאשם שהורשע בעבירה קלה יחסית, דוגמת גנבה שלא בנסיבות מחמירות בידי מי שאין לו עבר פלילי או עבר פלילי עשיר, שאז עולה השאלה אם יש מקום לשלילת חירות, אף לא בבית, כעונש, ומצד שני יש להיזהר מפני שימוש בעונש מאסר בית במקרים שבהם נשקפת מהנאשם מסוכנות ממשית לציבור. כך, בעבירות אלימות, מין או סמים, שאינן ברף הנמוך, לא יהיה נכון להשתמש בעונש זה, וכך גם בעבירות ביטחון, נשק או בעבירות שנעברו על רקע אידאולוגי או במקרים חמורים אחרים, או כשיש חשש מבוסס מפני בריחה ממשמורת.

קביעת תקופת מאסר של עד שנים עשר חודשים לריצוי בבית, כפי שהוצע בפרק הקודם, יכולה לתת מענה לאסירים רבים שנדונים לתקופת מאסר שכזו. בדוח ועדת דורנר צוין כי ממחקר שנעשה בשנת 2004 נדונו מחצית האסירים שהשתחררו באותה שנה לתקופת מאסר של עד שנה אחת. נוסף על זה, מנתונים שמסר לוועדה שב"ס עולה כי מתוך 8,720 אסירים שפוטם (לאחר גזר דין) 728 נדונו לתקופת מאסר של עד חצי שנה, ועוד 826 לתקופה שבין חצי שנה לשנה, וצוין כי נתונים אלו אינם מתייחסים לעצורים שבסופו של דבר נדונים לתקופות מעצר קצרות, כתקופת מעצרם תוך כדי חישוב רטרואקטיבי של תקופת המעצר.<sup>122</sup> נתונים אלה מלמדים כי הצורך בהרחבת פתרונות חלופיים לעונשי מאסר בפועל קצרים אינו נקודתי, והוא מתייחס לחלק נרחב מאוכלוסיית האסירים, ומכאן שבכוח העונש המוצע לתת פתרון ממשית לבעיית העומס בבתי הסוהר.

שאלת הגשמת תכליות הענישה המקובלות (גמול, הרתעה, מניעה ושיקום) אף היא רלוונטית לשאלת מידת הרלוונטיות של העונש המוצע.

כידוע, עונש מסוים תמיד יהיה תוצר של מלאכת איזונים בין התכליות השונות: במקרה אחד תינתן בכורה לתכלית הגמול וההרתעה, ובמקרה אחר היא תינתן דווקא לתכלית השיקום. יש מקרים לא חמורים, שבהם יש צורך באיזון עדין ומורכב יותר של תכליות הענישה: מחד גיסא יש צורך בעונש מכאיב של הרחקה מהחברה ושלילת חירות (כדי להגשים את עקרונות הגמול והמניעה), ומאידך גיסא יש חשש שעונש כזה יפגע באסיר למעלה מן הנדרש בשל ההשפעה השלילית של מאסר בבית סוהר (למשל חשיפה לחברה עבריינית). במקרים כאלה יהיה אפשר להסתפק בכך שהמאסר ירוצה בבית, ובכך גם תוגשם תכלית השיקום. תכלית השיקום תוכל לקבל מקום נרחב יותר במאסר בית כאשר למאסר זה יתלוו, במקרים חריגים, הליכי שיקום בפיקוח שירות המבחן.

לטעמי, אף תכלית ההרתעה תוגשם במקרים המתאימים באמצעות עונש של מאסר בית. כליאה במקום מסוים, לתקופה של חודשים עד לשנה, בניטור אלקטרוני, ולעיתים בהגבלות נוספות (מניעת מפגש עם אדם מסוים, מניעת יצירת קשר או שימוש ברשת האינטרנט) היא אמצעי קשה ופוגעני, שיש בכוחו להרתיע הפרט או הציבור מלשוב ולבצע עבירות<sup>123</sup> אף אם במידה פחותה מכוחו של עונש מאסר שמרוצה בבית סוהר.

122 שם, בעמ' 56 וההפניה לה"ש 280.

123 במנותק מהביקורות המועלות על תכלית ההרתעה של הפרט והציבור.

בשים לב לכלל האמור ניתן לחשוב על מקרים רבים שבהם יש צורך בענישה ממשית וכואבת, הכוללת פגיעה בחירות ואף צורך בהרחקה מהחברה, מבלי שיתלוו לעונש זה תוצאות קשות מדי, עד כדי כך ש"שכרנו יצא בהפסדנו".

כך בעניינם של קטינים או בגירים צעירים שבגזרתם יש חשש מובנה לאפקט הקרימינוגני מחד גיסא, וצורך ממשי להמשיך ולשמר אפיק שיקומי מאידך גיסא.

כך גם בעניינם של נאשמים בעלי נסיבות אישיות מיוחדות אשר מעלות קושי בנשיאת מאסר בבית סוהר או אף בעבודות שירות. כך, נאשמים קשישים, חולניים ונכים אשר אינם יכולים לשאת מאסר בעבודות שירות בשל מצבם, יוכלו לרצות מאסר בבית ולא בבית סוהר, מה שהיה עלול להחמיר את מצבם ולהפוך את המאסר לקשה עוד יותר. כך גם בעניינם של נשים בהריון או נשים שילדו בבית סוהר ניתן לחשוב על נשיאת המאסר בבית במקרים מתאימים מבחינת חומרתם גם בשל טובת הילד.<sup>124</sup>

אף בעניינם של נאשמים שלא נמצאו מתאימים לשאת מאסר בעבודות שירות מטעמים מודיעיניים או בשל העובדה שכשלו בעבר לשאת מאסר בעבודות שירות, יהיו מקרים שבהם תהיה עדיפות לשאת המאסר בבית ולא להחמיר איתם (ביחס לעבודות שירות) בנשיאת מאסר בבית סוהר.

לטעמי עונש של מאסר בית יכול להתאים גם בגזרתן של עבירות תעבורה חמורות, באשר עונש זה יכול להלוו מידת אשם של רשלנות, ועונש זה מגשים את תכלית הרחקת הנאשם מהחברה ומהכביש, וגם מונע חשיפה לחברה עבריינית.

בדומה לזה, מבחינת הרצון למזער חשיפת נאשמים נורמטיביים לחיי הכלא ולחברה עבריינית, אף בעבירות "צווארון לבן" או מס קלות האיזון המתאים יכול להוביל לאימוץ של מאסר בית.

ברי כי עונש מאסר הבית יכול להתאים גם בכל מקרה פשיעה "רגיל" שבו אין נסיבות אישיות חריגות של הנאשם, באותם מקרים שבהם בית המשפט יסבור כי האיזון הנכון בין תכליות הענישה השונות ושמירה על עקרון ההלימה יצדיק למקם את עונשו של הנאשם ברף של מאסר בית.

## ו. הקשיים שעלולים להתעורר עם עונש מאסר הבית

עת נבחנת אפשרות אימוץ העונש המוצע אל שיטת המשפט הישראלית לא ניתן להתעלם מכך שעלולים לעלות קשיים, חלקם משפטיים-מהותיים וחלקם טכניים-מעשיים. סבורני כי ראוי להיות ערים לקשיים אלו ולדון בהם מבעוד מועד.

124 ראו בעניין זה הצעת חוק העונשין (תיקון – חלופת מאסר לנשים ולאימהות), התשע"ז–2017 ועבודת מחקר בנושא של שלי מזרחי סימון "חלופות מאסר והסדרים ייחודיים בתוך בתי-הסוהר לאסירות אימהות – סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 27.6.2018). כן ראו Jessica Hartogs, *Mothers to do Jail Time at Home under New Program*, CBS NEWS (May 11, 2013), <https://www.cbsnews.com/news/mothers-to-do-jail-time-at-home-under-new-program>.

אחד הקשיים המובנים בעונש המוצע הוא הסתירה הפנימית, האוקסימורון הקיים ברעיון של "מאסר בית", באשר מאסר מסמל את כל מה שאינו בית, דוגמת היעדר עצמאות, היעדר פרטיות וקיום במרחב ציבורי בשונה ממרחב פרטי. ומנגד, הבית מסמל את כל מה שאנו קיים במאסר, דוגמת ביטחון, חום ואהבה. לא זו אף זו, אחד מיסודות הגדרת העונש הוא הרצון המכוון להכאיב לעברייין.<sup>125</sup> בעונש מאסר אחד מיסודות הכאב הוא ניתוקו של הנאשם ממשפחתו, מביתו-מבצרו וממיטתו. מכאן עולה השאלה אם באמת מושגת תכלית עונש המאסר כאשר הנאשם נשאר בביתו.

קושי זה קשור לקשיים נוספים שעלולים לעלות בהקשר זה: הראשון קשור לתכליות הענישה. יטען הטוען כי תכליות הגמול וודאי ההרתעה שבבסיס עונש המאסר תינזקנה קשות אם יישא הנאשם מאסרו בביתו שלו, שכן עד כמה זה פוגע ומרתיע להישאר בביתך שלך? <sup>126</sup> לא זו אף זו. נדמה כי גם תכלית המניעה לא תוגשם במלואה באשר היכולת למנוע מנידון לחזור ולעבור על החוק היא מוגבלת למדי כאשר הנידון נמצא בביתו שלו ללא פיקוח של גורם אנושי אובייקטיבי שאינו מחויב לנידון.

אף שאלת הפיקוח והיכולת לחמוק מריצוי העונש מעוררת קושי בעונש המוצע, שכן בסופו של דבר, השאלה אם הנידון אכן יישאר בביתו תלויה אך ברצונו של הנידון. כזכור, מי שמפקח על הנידון בביתו יהיה בדרך כלל בן משפחתו של הנידון, ואין ציפייה מזה שימנע מנידון לעזוב את ביתו ולהתעמת עימו פיזית לשם מניעתו זו, בשונה מסוהר שקמה לו חובה להשתמש בכוח סביר כדי למנוע בריחה של אסיר מבית סוהר. באשר לפיקוח האלקטרוני, הרי שזה בעיקרו כלי ניטורי, שעל פי רוב ייעשה באמצעות אזיק אלקטרוני, וככזה אין בכוחו למנוע עזיבת הנידון את ביתו, מה גם שהנידון יוכל לשוברו בקלות יחסית וכך אף לקטוע המשך הניטור.

קשיים אלו של הסתירה הפנימית ברעיון מאסר הבית, הגשמה חלקית של תכליות הענישה ויכולת מוגבלת לאכוף את נשיאת עונש המאסר מעוררים כשלעצמם קושי חדש הקשור באמון הציבור. כידוע אמון הציבור הוא מנשמת אפה של מערכת השפיטה. הוא הכלי והחרב.<sup>127</sup> אימוץ עונש שהציבור אינו מאמין בו או ביכולתו לממש את ההליך הפלילי, שהוא אחד מההליכים הרגישים שבין הפרט לשלטון במדינה דמוקרטית, עלול לא רק לפגוע באמון הציבור במערכת השפיטה ובהליך הפלילי עצמו אלא גם במרקם היחסים העדין והרגיש שבין הפרט לשלטון.

קושי לא מבוטל נוסף הוא הקושי או נכון יותר החשש מפני הרחבת רשת המקרים שבהם יוטל עונש של מאסר, גם אם זה ירוצה בבית, שלא לצורך (net widening). החשש בעניין זה הוא מפני הטלת עונש הכולל סנקציה חמורה של פגיעה בחירות באותם מקרים שבהם לא היה

125 ראו ההגדרה של שוהם ושביט, לעיל ה"ש 2, בעמ' 27 ה"ש 3. כן ראו ספרו של גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 822 (2010).

126 לגישה הפוכה הרואה בהקלה בעונש גורם מרתיע דווקא, בשל בהירות הענישה וודאותה ראו לסלי סבה "הקלה בעונש כאמצעי להרתעה?" עבריינות וסטייה חברתית 99 (1980); קנאי "יחס בין מטרות הענישה ושיקולי ענישה", לעיל ה"ש 104, בעמ' 71.

127 ראו אמרתו הידועה של השופט פליקס פרנקפורטר בפסק הדין Baker v. Carr, 82 s. ct.691 (1962).



נשקל כלל עונש שכזה, אך משום שכעת קיימת אפשרות שכזו. במילים אחרות, החשש הוא שאם בעבר היו מסתפקים במקרים מסוימים בעונש שלא כלל פגיעה ישירה בחירות, דוגמת מאסר מותנה, קנס או מבחן, עתה בשל העובדה שאין מדובר בעונש של "בית סוהר", "יסתפקו" בתי המשפט בעונש של מאסר בית שלא לצורך, ולמעשה בניגוד לעקרון ההלימה.<sup>128</sup> למעשה החשש הוא שהעונש המוצע לא ישמש תחליף לעונש מאסר בבית סוהר כי אם תחליף לעונשים קלים יותר דוגמת מאסר מותנה או מבחן. חשש משנה בהקשר זה מתייחס למצב שבו יוטל עונש מאסר בית שלא לצורך כשהיה ניתן להסתפק בעונש שאינו כולל פגיעה בחירות, והנאשם יפר תנאי מאסר הבית, ובסופו של דבר ירצה מאסר בפועל. חשש נוסף בהקשר זה הוא העלאה מלאכותית של רף הענישה באמצעות הארכת תקופות מאסר שתיגזרנה מעבר לשנים-עשר חודשים אך בשל הרצון לנטרל האפשרות שהמאסר ירוצה בבית.

אף שאלת השוויון בין הנידונים עלולה ליצור קושי, במובן זה שלנאשם בעל אמצעים (בית מתאים) ובעל משפחה תהיה היכולת לשאת המאסר בבית במקרה המתאים, ואילו נאשם אשר הורשע בעבירה דומה ואשר היה יכול עקרונית לשאת המאסר בבית, לא יוכל לעשות כן אך בשל עוניו (למשל אינו מחזיק בבית או מתגורר בפזורה הבדואית), או אך משום שאין לו בני משפחה שיוכלו לפקח עליו.

קשיים נוספים שעלולים לעלות הם בעלי גוון טכני יותר, אם כי אף בעניינם קיים פן מהותי. כך, ניתן לומר שהרעיון שביתו הפרטי של הנאשם יחליף את בית הסוהר והרעיון שהגורם שיאכזר את עונש המאסר הוא בן משפחתו של הנאשם ולא סוהר שהוכשר לכך, מבטא הלכה למעשה את רעיון הפרטת בתי הסוהר בניגוד להלכה הפסוקה שמצאה כי הפרטה של שירותי מאסר אינה ראויה.<sup>129</sup>

קושי נוסף הקשור בעניין זה הוא העמסת תפקיד הסוהר על כתפי משפחות הנידונים. הקושי שאותו אני מתאר עתה אינו עוסק בקושי החברתי-משפטי שהוזכר קודם, שעניינו בשאלה הכללית הקשורה בגבולות הגזרה של מדיניות ההפרטה במדינה דמוקרטית, כי אם בקושי הפרטני של משפחות הנידונים, שלא פעם הן משפחות קשות יום, בעלות רקע חברתי-כלכלי נמוך, אשר עתה יצטרכו לשאת בתפקיד נוסף של פיקוח ומשמורת על בן המשפחה. יש לתת הדעת לכך שעונש מאסר הבית לא יפגע רק ביכולת הנאשם לעבוד כי אם גם ביכולתו זו של המפקח, שיצטרך לשהות עם הנידון בבית, אם כי במידה פחותה מזו שבנאשם אם קיימים מספר מפקחים.

העמסת תפקיד הפיקוח והמשמורת על המשפחה עלולה לפגוע לא רק ביכולת המשפחה להמשיך ולתפקד כרגיל, לרבות ביכולת לצאת ולעבוד, כי אם גם במרקם היחסים שבתוך המשפחה, באשר אל המתחים הקיימים ממילא בתוך משפחה, לא כל שכן עת בני הבית מוגבלים ביכולתם לצאת ולהתאווור מחוץ לבית, יתווסף קושי נוסף הקשור בכך שבן

128 קנאי "עונשים בחומרה בינונית כעונשים הולמים", לעיל ה"ש 51, בעמ' 241 ה"ש 86; דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 62-63.

129 ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009). התייחסות לשאלה אם מדובר באמת ב"הפרטה" תיעשה להלן.

המשפחה אמור לפקח על האחר ולדווח לרשויות במקרה הצורך. בעניין זה יש לתת את הדעת לכך שתקופת מאסר הבית יכולה להימשך זמן רב עד כשנה. יש לתת את הדעת גם לכך שבני המשפחה, בשונה מסוהרים מקצועיים משב"ס, לא הוכשרו כלל לשמש מפקחים, לרבות בהיבט הפסיכולוגי, ועל פי רוב לא יהיה ביכולתם להיעזר באנשי מקצוע שהשב"ס נעזר בהם דוגמת עובדים סוציאליים, אנשי טיפול וחינוך ועוד.

בהקשר זה עולה קושי נוסף הקשור בבטלה של הנאשם במהלך מאסר הבית, שכן זה על פי רוב יהיה בביתו במשך 24 שעות ביממה, בשונה ממאסר שמרוצה בבית הסוהר, שם הנהה האסיר מיכולת להשתלב בעבודה, בלימודים או בתוכניות טיפול. כידוע, "בטלה מביאה לידי שעמום, והשעמום מביא לידי חטא"<sup>130</sup>, מה שמחזיר אותנו לקשיים של חשש להימלטות ושל ההרתעה והמניעה המוגבלות הקיימות בעונש המוצע מפני ביצוע עבירה חדשה.

קשיים נוספים שעלולים לעלות קשורים לדירוג העונש המוצע במדרג חומרת העונשים. האם מאסר בית שקול למאסר בפועל? כמה שווה יום בבית לעומת יום בבית סוהר?<sup>131</sup> האם מאסר בית חמור ממאסר בעבודות שירות? שאלות מורכבות אלו עלולות לסבך את ההליך ולהפחית מיעילותו.

בהקשר של גזר הדין ייווצר קושי חדש לבית המשפט והוא קושי הקשור בשאלת פתיחת חלונות לצורך טיפול, עבודה או לימודים עוד בשלב גזר הדין. כזכור, מוצע שהדבר ייעשה במשורה ובמקרים חריגים בלבד, אך נדמה כי בכל מקרה שהדבר יעלה (בדרך כלל מצד הנאשם או שירות המבחן) על בית המשפט יהיה לבחון מהו מקרה חריג ומה לא.

נדמה כי אף שאלת הפרת מאסר הבית וההליכים הנלווים לה עלולים ליצור קשיים. תעלנה שאלות של הגדרת הפרה מהותית המצדיקה הפקעה מנהלית של מאסר הבית, מהן הנסיבות המצדיקות הפקעה שיפוטית של מאסר הבית וכיוצ"ב שאלות הקשורות להליכים שלאחר גזר הדין, שאלות אשר פוגעות במידת מה בעקרון סופיות הדיון וביעילות ההליכים.

קשיים נוספים העלולים לעלות קשורים במעטפת של העונש המוצע. כך, נדמה כי יהיה צורך לתגבר את המערך הקשור בהוצאת העונש המוצע אל הפועל. אנשי פיקוח במנהלת האיזוק האלקטרוני, קציני מבחן ובעלי מקצוע אחרים שבעניינם יש להיערך ברמת התקציב וההכשרות.

## ז. התשובות לקשיים שהועלו

אכן, קיימים קשיים תאורטיים ומעשיים לא מבוטלים בנוגע לעונש המוצע, אולם לטעמי יש תשובות הולמות לקשיים שהוצגו.

130 בבלי, כתובות נט, ע"ב.

131 ראו בש"פ 4206/16 מדינת ישראל נ' טחימר (פורסם בנבו, 3.1.2016); בש"פ 10236/16 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 9.1.2017) לעניין חישוב יום מעצר באיזוק אלקטרוני אל מול מעצר בבית מעצר ממש ביחס של 1:2, כלומר יום מעצר מאחורי סורג ובריה "שווה" ליומיים מעצר באיזוק אלקטרוני.

הכרה בכך שעונש מאסר בית יהיה שמור רק לאותם מקרים שבהם אין הכרח מבחינת חומרת העבירה שבה הורשע הנידון או מבחינת המסוכנות לציבור הנשקפת מהנידון לכליאה מאחורי סורג ובריח, היא הכרחית באשר לחלק מהבעיות שהוזכרו. התאמה זו בין עונש שהוא חמור פחות מעונש מאסר מבחינת ה"כאב" הנגרם לנידון לבין חומרת העבירה היא פועל יוצא של עקרון ההלימה, שהוא כידוע העיקרון המנחה בענישה, וייתכן אף של נגזרת מעקרון השוירות של ההליך הפלילי.<sup>132</sup> עת קיבלנו התפיסה כי במקרים חמורים פחות ניתן להסתפק בתגובה עונשית חמורה פחות וכואבת פחות, אזי משקלם של הקשיים הקשורים בכך שמאסר לא יכול להיות בבית, או שהנאשם לא "נפגע" מספיק במאסר בית, קטן.

תשובה זו נכונה גם לתכליות הענישה. אם בית המשפט יסבור כי ניתן להסתפק במאסר שעל הנאשם לשאת בבית, הדבר ילמד שתכליות הגמול וההרתעה באותו מקרה היו בעלות משקל מוגבל, ותכלית השיקום קיבלה משקל של ממש. ברי כי אם יסבור בית המשפט שבמקרה הנידון בפניו יש לתת משקל בכורה לתכליות הגמול, ההרתעה והמניעה, אזי עונש מאסר הבית יהיה רלוונטי פחות.

בהקשר של מיצוי תכליות הענישה יש לתת את הדעת גם להצלחה החלקית של מיצוי זה בכל הקשור לענישה הקיימת. נדמה כי אין עוד תפיסה מקצועית שלפיה יש עונש המגשים לחלוטין את תכליות הענישה, והדבר נכון בעיקר לעונש המאסר בשים לב לתופעת "הדלת המסתובבת".<sup>133</sup>

אשר לחשש מפני הרחבת הרשת, התשובה לכך צריכה להיות שחשש מפני יישום שגוי של תיקון חוק אינו צריך למנוע את תיקון החוק אם התיקון חשוב ורצוי. הווה אומר, אם אנו סבורים שככלל ראוי להרחיב את סל העונשים של בית המשפט, ושככלל עונש מאסר בית הוא בעל יתרונות וראוי לאמצו אל השיטה המשפטית, ואם נחיל את חזקת תקינות המנהל גם על בית המשפט, אז סבורני כי יש מקום לתת משקל מוגבל לחשש מפני שימוש לא נכון של "כלי" זה על ידי בית המשפט. חזקת תקינות המנהל, החלה במישור הרעיוני גם על בתי המשפט, יוצרת חזקה כי בית המשפט יפעל לפי סמכותו ועל פי החוק, היינו על פי עקרון ההלימה, וכפועל יוצא של זה לא יגזור עונשי מאסר בית במקרים שאינם מצדיקים פגיעה ישירה בחירות. תשובה נוספת לחשש מפני בעיית הרחבת הרשת מתבססת על תיקון 113 לחוק העונשין, שבו מחויב בית המשפט לאמירה נורמטיבית בעניין העונש ההולם באמצעות קביעת מתחם עונש הולם קודם לגזירת העונש עצמו. מנגנון זה של ענישה הוא מנגנון בטיחות, למצער חלקי, מפני החשש מהרחבת הרשת, שכן עונש של מאסר בית ימצא מחוץ למתחם העונש ההולם שייקבע באותם מקרים קלים שבהם יש חשש שיוטל עונש זה אך בשל זמינותו. עניין זה מתקשר לנקודה מרכזית בהגדרת העונש כסוג של מאסר ולא כרכיב בצו מבחן.

132 אשר לעיקרון זה ראו בין היתר מאמרם של אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג: "המעמד החוקתי של שוירות המשפט הפלילי" ספר אליהו מצא 373 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

133 ראו דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 2-3 וההפניות בה"ש 5-8; עניין האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 4, פס' ככו.

ניתן לחשוב על מנגנון בטיחות נוסף מפני הרחבת הרשת בדמות הוראה כללית שלפיה עונש של מאסר בית לא יוטל בעבירות חטא או עוון אלא אם מתקיימות נסיבות מחמירות של העבירה או בשל עבר פלילי מכביד של הנאשם, לרבות קיומו של מאסר מותנה. עם זאת מנגנון שכזה יכול לעורר בעיות אחרות דוגמת ייחוד עונשים לסוג מסוים של עבירות והגבלת היכולת להשתמש בעונש חדש שמוצע.<sup>134</sup>

באשר לקשיים שהוזכרו בדבר מדרג הענישה ושוויון בין נאשמים סבורני כי התשובה המרכזית לקשיים אלה מקורה בעקרון הענישה האינדיווידואלית. עיקרון זה מצריך את בית המשפט "לתפור" עונש המתאים לנאשם שעומד לפניו, לצד יישום עקרונות הענישה הנוספים. "תפירה" פרטנית זו מצריכה את בית המשפט לאיזון קונקרטי בין תכליות הענישה ושיקולי הענישה השונים, וזאת תוך מתן התייחסות לנתונים אישיים של הנאשם. לעיתים יסבור בית המשפט כי לנאשם פלוני עונש של מאסר בית יהיה חמור מעונש של מאסר בעבודות שירות, כיוון שאז הנאשם לא יוכל לעבוד במשמרת שנייה. ייתכן שבמקרה מסוים יעדיף בית המשפט החמרה זו מתוך כוונת מכוון כדי להגשים יותר את תכליות הגמול, ולעיתים יבקש להחמיר באמצעות עונש זה כדי להוביל לחציצה הרמטית יותר בין הנידון לחברה.

לעומת זאת ייתכן שיהיו מקרים שבהם יסבור בית המשפט כי יהיה נכון להחמיר עם הנאשם דווקא באמצעות הטלת עונש מאסר בעבודות שירות ולא באמצעות מאסר בית, למשל במקרה של נאשם צעיר שלא עבד בעבר למחיתו והתרגל לחיי בטלה.

מן האמור עולה כי שאלת מדרוג חומרת העונשים, ובייחוד המיקום של עונשי מאסר בית ועבודות שירות, היא שאלה פרטנית ואינה מציפה קושי משפטי ממש. דווקא נתינת כלי נוסף לבית המשפט לפגוע בחירות במידה שאינה עולה על הנדרש, בדומה למאסר בעבודות שירות, תאפשר לבית המשפט גמישות ותגביר את יכולתו להתאים העונש לא רק למעשה העבירה אלא גם לנאשם, במיוחד כששאלת השיקום תעמוד על הפרק.

עם זאת ייתכן שיהיה מקום לחישוב של "שווי" יום מאסר בית לעומת יום שאותו נשא הנידון בבית סוהר, בעיקר במקרים שבהם ניתנה לנידון האפשרות לצאת ממאסר הבית לטיפול, לעבודה או ללימודים. הסוגיה יכולה להעלות למשל לאחזר שהנידון נשא תקופת מאסר בית שלאחריה זה הופקע, ונקבע כי יהיה עליו לשאת את יתרת המאסר בבית סוהר ממש. אז תעלה השאלה של יתרת תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת, או מתי יוכל להשתחרר שחרור מוקדם. חישוב במקרה דומה ערך בית המשפט העליון בנוגע למעצר באיזוק אלקטרוני,<sup>135</sup> וחישוב שכזה נעשה בארצות הברית בנוגע לימי מאסר.<sup>136</sup> ככלל סבורני כי יום מאסר בית צריך להיות שווה ליום מאסר בבית סוהר, ודאי אם קיימות מגבלות דוגמת איסור יצירת קשר עם אדם מסוים או איסור ביקורים או שימוש ברשת, בדומה להסדר הקיים באשר ליום מאסר שרוצה

134 ס' 148(1) לחוק האנגלי Criminal Justice Act 2003 קובע כתנאי לענישה בקהילה, ובכלל זה צו ה־curfew, חומרה מינימלית של העבירה או של צירוף העבירות שבהן הורשע הנאשם.

135 ראו עניין טחימר, לעיל ה"ש 131.

136 ראו הסקירה אצל קנאי "עונשים בחומרה בינונית כעונשים הולמים", לעיל ה"ש 51, בעמ' 248–254.

בעבודות שירות. עם זאת סבורני כי נאשם שניתנה לו אפשרות יציאה ממאסר בית, החישוב צריך להיות שונה מזה של מאסר בבית סוהר.

תשובה זו של הקונקרטיזציה בענישה רלוונטית גם לקושי הקשור בשוויון שבין הנאשמים. נקודת מוצא לדיון היא שאין שני נאשמים שהם באמת שווים. יכולים להיות קווי דמיון בעושה ובמעשה, ואף קווי דמיון בולטים, אולם שוויון מלא למעשה אינו קיים. חוסר השוויון שמקורו בנתונים אישיים, דוגמת מצב כלכלי, קשרי משפחה ומצב בריאותי, קיים באשר לכל דרכי הענישה ואינו ייחודי למאסר בית. דווקא הרחבת טווח האפשרויות של אופן נשיאת מאסר, בדרך של אימוץ העונש המוצע, נועדה בין היתר למנוע הפליה בין נאשם בריא שיכול לשאת מאסר בעבודות שירות לבין נאשם חולני או נכה שבשל מצבו נאלץ לשאת המאסר בבית הסוהר ועתה יוכל לשאת המאסר בבית.

אכן, ייתכנו מצבים שבהם לא יהיה לנאשם "בית" מתאים לשאת המאסר או בני משפחה כמפקחים, אולם מצבים אלה הם חריגים יחסית, מה גם שאין הכרח שזה יהיה דווקא ביתו של הנאשם, שכן זה יוכל להציע כבית את ביתו של בן המשפחה או אף של חבר שישמש מפקח. מכל מקום, אינני סבור כי מקרים חריגים של נאשם נעדר בית או בני משפחה צריכים להכריע את הכף, בשל החשש שאלה יופלו לרעה מנאשמים שיש להם בית מתאים ובני משפחה. במקרי הקיצון חזקה שבית המשפט ישקול אפשרות נשיאת המאסר בדרך אחרת, בעבודות שירות למשל.

באשר לשאלות הפרטת המאסר והעמסת תפקיד הסוהר על בן המשפחה אציין כי אין מדובר בהפרטה של ממש, במובנה הקלאסי-כלכלי, היינו אין מדובר בהעתקת שירות לציבור מגורם ציבורי-ממשלתי לגורם פרטי-עסקי, שתכליתה השאת רווחים. העילות המרכזיות שבעטיין מצא בית המשפט העליון בעניין המרכז האקדמי להתערב בחוק ולבטל ההפרטה – אלו של הפגיעה בכבוד האסיר שיידרש להישמע לגורמים פרטיים, החשש מהכבדה על אסירים וריבוי מאסרים כדי להשיא רווחים של גורמים פרטיים והטעמים הקשורים ביחסים שבין הפרט לציבור<sup>137</sup> – אינן רלוונטיות, או רלוונטיות במידה מופחתת בעונש המוצע. בענייננו אין מדובר ב"סוהר פרטי" שמבצע את תפקיד הסוהר בקביעות כלפי ציבור רחב כדי להשיא רווחים. בענייננו מדובר בבן משפחה המתגייס לטובת בן משפחתו למען זה יוכל לשאת המאסר בביתו ולא בבית הסוהר. התכלית היא לא עסקית כי אם שיקומית במובנה הרחב. תשובה זו רלוונטית גם לעניין העומס שיוטל על בני המשפחה הלא מיומנים ונעדרי סיוע מקצועי. עונש של מאסר בית יותנה, כמפורט לעיל, בקיומה של המלצת הגוף המטפל – שירות המבחן – אשר בתסקירו לעונש יתייחס גם לכוחות הבית והמפקחים לעמוד במשימה. נוסף על זה, ברי כי במקרים המתאימים ישולבו הנידון ובני המשפחה בטיפול ובהדרכה מתאימים.

לא למותר לחזור ולציין בהקשר זה את היתרון הגלום למשפחת הנאשם עת הנאשם נושא את המאסר בבית ולא בבית סוהר. יתרון זה קשור בחיסכון של זמן וכסף הקשור בביקורים כמו

137 ראו עניין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 129, פס' 36, 38, 64 לחוות הדעת המרכזית של הנשיאה דורית ביניש.

גם בשמירה על כבוד המשפחה עת לא נודע ברבים כי אב הבית נמצא בבית סוהר. בהקשר זה קיים יתרון בולט לאשת האסיר המרצה מאסרו בבית בכל הקשור ליחסי אישות ולסיוע במטלות הבית שאלמלא היה האסיר מרצה מאסרו בבית היו נופלות אך על כתפי האישה והילדים.<sup>138</sup> בכל הקשור לקשיים של עקרון סופיות ההליך, יעילות ההליך והחשש מפני הכרעה בשאלות של הפרה מהותית או הפרה טכנית של תנאי המאסר, סבורני שניתן לסמוך בהקשרים אלה על המנגנונים הקבועים בחוק באשר לפיקוח אלקטרוני בשלב המעצר ובאשר למאסר בעבודות שירות בשלב העונש. בשני תחומים אלה קיימים הסדרים בחוק המוכיחים עצמם, ולפיהם נקבע מבעוד מועד מה תיחשב הפרה מהותית ומה תיחשב הפרה טכנית, מתי הגוף השיפוטי יפקיע ומתי הגוף המנהלי, ומתי דרך ההשגה על הגוף המנהלי. אימוץ המנגנונים בהתאמה לעונש המוצע, תוך שימוש בפלטפורמות המתאימות והקיימות (יחידת הפיקוח, מנהל הפיקוח), יכול להסיר חלק ניכר מהקשיים שהוצגו בעניין זה.

באשר ליעילות הדיון וסופיות הדיון בהקשר של חזרה אל בית המשפט לאחר גזר הדין במקרה המתאים, היא איננה ייחודית לעונש המוצע אלא רלוונטית גם לעונשים של מאסר שמרוצה בעבודות שירות, של"צ ומבחן.

באשר לחשש מפני הימלטות מריצוי העונש אציין כי חשש זה קיים בכל דרכי הענישה. כידוע, היו לא מעט מקרים שבהם נאשמים ברחו אף מבית הסוהר, למרות קיומה של אבטחה קפדנית. נוסף על זה, הימלטות מריצוי עונש היא סיכון שהחברה מוכנה לקחת כדי להגשים מטרת אחרת, למשל שיקומו של האסיר והכנתו לחזרה לחברה. כך אפילו נאשמים מסוכנים שנידונו לתקופות מאסר ארוכות יוצאים לחופשה בביתם לאחר שריצו תקופת מאסר מסוימת, למרות החשש שיברחו. מכל מקום, מוצע כאמור לשקול שימוש באזיק GPS, ודאי מקום שבו נאשמים יוכלו לצאת מהבית לאחת מהתכליות המוגדרות, ואז סוג אזיק זה יוכל לתת מענה אף לחשש מפני בריחה. מלבד האמור, סבורני כי החשש מהימלטות, מאי-ריצוי העונש ומביצוע עבירות נוספות במהלך המאסר, עת נושא הנאשם מאסרו בבית, הוא חשש מוגבל באשר מלכתחילה הנאשמים שנידונו למאסר בית מסוכנותם לחברה היא נמוכה, הם בעלי אוריינטציה טיפולית וזיקה לביתם ולמשפחתם.

סבורני כי בשים לב לתשובות שניתנו לקשיים, ובמיוחד לכך שהעונש המוצע יהיה רלוונטי לנאשמים שאינם כה מסוכנים ולמקרים שאינם כה חמורים, אמון הציבור בענישה ובבתי המשפט לא ייפגע כי אם נהפוך הוא. האמון אף יתחזק שעה שהציבור יראה כי בית המשפט גוזר את הדין לפי העושה ולפי המעשה ואינו גוזר אוטומטית מאסר בבית הסוהר.

נדמה כי שאלת אמון הציבור קשורה גם לתהייה שהועלתה בדבר הסתירה הפנימית שבמושג מאסר בית, שהרי האם ייתכן מאסר בבית? דומני כי עיקר הקושי בעניין זה הוא תודעתי ותדמיתי, וייתכן שניתן לפתור קושי זה בהגדרה אחרת של העונש המוצע, דוגמת ריתוק בית או שם דומה.

138 לעניין התחשבות בבני משפחה וילדים כחלק מהגשמת התכלית השיקומית ראו גם קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי ענישה", לעיל ה"ש 104, בעמ' 51 וה"ש 71.

באשר לשאלת התקנים והתקציבים שיהיה בהם צורך לשם יישום העונש המוצע סבורני כי מבחינה כלכלית לעונש המוצע יתרון עצום בשל חסכונו בעלויות כליאה (מזון, מיטה, בגדים, טיפול, שכר סוהרים ועוד),<sup>139</sup> והכסף שיתפנה יוכל לשרת את התקנים והתקציבים שיידרשו לשם יישום העונש המוצע. בדוח ועדת דורנר נאמר בהקשר זה:

"העלות הישירה של החזקת אסיר במתקן כליאה בישראל עומדת כיום על כ- 10,000 ₪ לחודש או כ-120,000 ₪ לשנה. כמעט כל העונשים האחרים, ובכלל זה העונשים בקהילה הכוללים התערבות אינטנסיבית בחייו של העבריין, כמו הקהילות הטיפוליות, זולים יותר מהכליאה".<sup>140</sup>

מלבד כל התשובות שניתנו בנוגע לקשיים ולחששות יש לחזור ולהדגיש שתיים אלה: ראשית, במשך שנים ארוכות נעשה שימוש גובר והולך בעונש המוצע מחוץ לישראל, ולכן אין מדובר ב"המצאת הגלגל" מחדש.

שנית, העונש המוצע מיושם, הלכה למעשה, גם במשפט הישראלי הן בשלב השחרור המוקדם ממאסר, שלב שבו הנידון עדיין בגדר אסיר (אם כי ברישיון), והן בשלב מוקדם יותר כסוג של מעצר. ודוק, בשני שלבים אלה יכול שמדובר באסירים או בעצורים שהורשעו או שהועמדו לדין בעבירות חמורות, ואשר בעניינם קיימת מסוכנות ברמה שלא תצדיק מלכתחילה עונש של מאסר בית.

## סיכום

במאמר זה ביקשתי להציג את אפשרות אימוצו של מודל ענישה חדש אל שיטת המשפט הפלילי הישראלי. בחינת אפשרות זו של אימוץ מודל ענישה שעניינו באופן חדש לנשיאת מאסר נעשתה על רקע קריאות של "שחקנים" שונים במגרש הפלילי, דוגמת בג"ץ או ועדת דורנר (שהורכבה כידוע מ"שחקנים" קבועים במגרש זה דוגמת הפרקליטות, המשטרה, הסנגוריה הציבורית, שירות המבחן, הממונה על עבודות השירות, האקדמיה ועוד), לבחון חלופות עונשיות לעונש המאסר. הקריאות השונות, שעוצמתן הלכה וגברה בשנים האחרונות, למצוא חלופות לעונש המאסר, מקורן בהכרה שפשטה בדבר הבעיות והכשלים הנלווים לעונש המאסר, כמו גם לחלופה היחידה הקיימת לנשיאת מאסר בבית הסוהר, היא חלופת עבודות השירות.

במסגרת הצגת אפשרות אימוץ העונש המוצע כעונש חליפי לעונש המאסר בבית הסוהר פרסתי תחילה את הקשיים והבעיות הקשורים בשתי הדרכים הקיימות לנשיאת עונש מאסר. בהמשך עמדתי על האקלים המשפטי הנוכחי בישראל ומצאתיו ככזה המאפשר, ולמעשה מעודד, את אימוץ העונש המוצע.

139 אשר כזכור בדוח דורנר (לעיל ה"ש 7) מוערך בכ-120,000 ש"ח לשנה.

140 שם, בעמ' 27.

בהמשך סקרתי את הנעשה בארצות הים, ובמסגרת זו בחנתי כיצד ואם רעיון מאסר הבית מיושם. במסגרת סקירה זו הפניתי לכמה מאמרים שתיארו בהרחבה את הגברת השימוש בכלי ענישתי זה ברחבי העולם. מהסקירה עלה, בקליפת האגוז, כי רעיון מאסר הבית מקובל בשיטות משפט שונות ובמדינות רבות בעולם, אם כי עיקר השימוש בה הוא במסגרת של צווי מבחן ופיקוח מוגברים ולחלופין כחלק מתנאי מאסר מותנה (בקנדה).

לאחר שעמדתי על האקלים המשפטי בישראל, ולאחר שסקרתי את שילוב העונש המוצע במשפט הזר, פירטתי את קווי המתאר לעונש מאסר הבית בישראל כפי שלטעמי יהיה נכון ליישמו. בפרק זה נתתי דעתי לקווי מאפייניה של שיטת המשפט הפלילי הישראלית ולצרכיה. למשל, לעומת אנגליה וארצות הברית, שבהן מאסר בית יהיה על דרך כלל חלק מצו מבחן ופיקוח מוגבר (intensive supervision) לפי הסמכויות שבדין, ספק רב אם בישראל ניתן לבסס צו שכזה, סנקציה שכזו, על פקודת המבחן. אכן, סעיף 5 לפקודת המבחן מסמיך את בית המשפט ליתן במסגרת צו המבחן "הוראות שבית המשפט יראה אותן נחוצות כדי להבטיח את הפיקוח על הנבחן... תנאים נוספים בדבר מגורים ועניינים אחרים", ואכן בסעיף 6 לפקודת המבחן נקבע כי "היה צו מבחן מכיל הוראה בדבר מגורי הנבחן, יפורשו בצו המקום שעל הנבחן לגור בו ותקופת המבחן", אולם לדידי לא די בכך כדי להסמיך את בית המשפט לאסור על הנאשם לצאת את מקום המגורים שנקבע במשך כל תקופת המבחן או לחייבו לשאת על עצמו איזוק אלקטרוני.<sup>141</sup> צו המחייב אדם להישאר במקום מוגדר ואוסר עליו לצאת ממנו פוגע קשות בחירותו של האדם ובכבודו, ופגיעה שכזו תיתכן אך אם מפורשת היא בחוק, ודאי עת צו זה ניתן כ"עונש" במסגרת הליך פלילי.

מלבד האמור, תכלית ההצעה לאמץ מודל של מאסר בית הייתה למצוא חלופה ראויה לעונש מאסר בבית סוהר במקרים שאינם חמורים ושאין בהם כדי לסכן הציבור, ולא להרחיב את הצווים שניתן ליתן במסגרת צו מבחן. אין דומה עונש של מבחן, אף אם כולל הוא פיקוח מוגבר, לעונש מאסר שדרך נשיאתו קלה ושונה מהרגיל. הבדל מהותי זה בין הסמכויות שבחוק לצורכי השעה בישראל (מציאת חלופה למאסר בשונה מהגברת הפיקוח במסגרת צו מבחן) היווה ציון דרך חשוב עת ביקשתי לשרטט את קווי המתאר של העונש המוצע, ובראשונה הגדרתו כ"סוג" של מאסר.

לאחר שעמדתי על קווי המתאר של העונש המוצע ביקשתי להאיר את "אוכלוסיית היעד" לעונש זה, דהיינו הנתי בשאלה למי יתאים עונש של מאסר בית. הובהר כי עונש זה לא יתאים למקרים חמורים שעל דרך כלל נידונים בבית המשפט המחוזי. עם זאת הצגתי קשת גדולה של מקרים שבהם העונש כן יהיה רלוונטי.

בפרקים האחרונים של המאמר מצאתי להאיר את הבעיות הכרוכות באימוץ העונש המוצע לצד תשובות ופתרונות אפשריים לבעיות אלו. סברתי כי שעה שנערך ניסיון לבחון אימוץ מודל

141 ראו מקרה דומה בע"פ 4833/16 ברמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.1.2017), שבו בית המשפט העליון המיר עונש מאסר בצו מבחן עם הגבלת יציאה ממקום מגורים בשל נסיבות אישיות וגיל מתקדם של הנאשם.



ענישה חדש, יהיה ראוי לעמוד על בעיות אפשריות, לא להתעלם מהן ולהציע תשובות ופתרונות.

אבקש לחזור ולהדגיש את שצינתי בפרק המבוא. הגם שלטעמי במקרים המתאימים לעונש המוצע יתרונות בולטים על עונש מאסר המרוצה בבית סוהר או בעבודות שירות, אין העונש המוצע בא להחליף שניים אלה כי אם לעמוד לצדם.

תכלית ההצעה היא להרחיב את "סל הענישה" הקיים בשיטת המשפט הפלילי הישראלי, ובכך לגרום הן לעשיית משפט טובה יותר במקרים הפרטניים והן למתן מענה לצרכים מערכתיים דוגמת הקלת העומס הקיים בבתי הסוהר.

במובן זה, העונש המוצע הוא קל יחסית ליישום משפטי (תיקון חוק העונשין והוראות נלוות, שיכול שיערך תחילה גם בהוראת שעה לצורך בחינה); זמין (בתי הנאשמים קיימים, ואין צורך לבנותם, וגם המעטפת ליישום העונש המוצע קיימת ומתפקדת – מנהלת האיזוק האלקטרוני, שב"ס ושירות המבחן (הגם שיהיה צורך לתגבר תקנים ותקציבים)), והוא יוביל לחיסכון אדיר במשאבים (עלויות החזקת אסירים בבית סוהר).

בסופו של דבר אין הצעה זו באה להמציא את הגלגל מחדש. העונש המוצע מיושם כך או אחרת ברחבי העולם משך עשרות שנים, והשימוש בו הולך וגובר, ואף בישראל נעשה שימוש ברעיון זה של ריתוק הנאשם לביתו בפקוח אלקטרוני בתחילתו של ההליך ובסיומו. ואחר כל אלה אחזור לכותרת המאמר ואשאל: עונש מאסר – אפשר גם אחרת? וארשה לעצמי לענות שאפשר גם אפשר, במקרים המתאימים, ויפה שעה אחת קודם.

# ALEI MISHPAT



## THE LAWREVIEW OF THE COLLEGE OF LAW& BUSINESS

---

Volume 15

June 2020

---

*Editor Introduction*

Avishalom Westreich ..... 5

*The Crab and Oyster Cocktail that Won the Legal Argument:*

*On the Statement of Facts in Lawyers' Briefs*

Michal Aharoni ..... 7

*The Slayer of Our Enemy is Our Son: Resolution Gaps between Criminal Law  
and Society, Life and Death, and Victim and Offender*

Asaf Hardoof ..... 41

*Alternative Prison Sentences: A New Model of House Arrest*

Yuval Livadaro ..... 83

*The Right to Self-Representation in Legal Proceedings*

*(Following Rabeea Assy's: INJUSTICE IN PERSON:*

*THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION)*

Eyal Gruner & Doron Menashe ..... 129

*Towards the Regulation of Acquisition Groups*

Manal Totry-Jubran and Shimon Dayan ..... 157



## ABSTRACTS

### Michal Aharoni, *The Crab and Oyster Cocktail that Won the Legal Argument: On the Statement of Facts in Lawyers' Briefs*

What is the best way for lawyers to outline the facts of their cases in order to influence the court decision? This is the main question I discuss in my article. Surprisingly, lawyers' narratives are rarely discussed in Israeli legal literature, while the narratives of judges in their judgments are extensively addressed.

In the US and the UK, however, a movement called Applied Legal Storytelling deals with lawyers' writings from a practical angle - the desire to improve legal representation. In this article, I discuss the main principles of the "winning story" that this movement recommends.

In doing so, I rely on a re-trial application, filed by the Clinic of Rights in Criminal Law at Tel Aviv University in the case of a man convicted of murder and robbery. This article focuses on the Attorney General's response to this application, demonstrating how his writing perfectly follows the winning story principles and how, ultimately, he indeed wins.

### Asaf Harduf, *The Slayer of Our Enemy is Our Son: Resolution Gaps between Criminal Law and Society, Life and Death, and Victim and Offender*

In 2017, IDF soldier Elor Azaria was found guilty of manslaughter by the District Military Court. He was indicted for killing an injured terrorist by shooting him in the head after his attack was thwarted. The Azaria case sparked an unprecedented public debate in Israel. This article refers on that debate, pointing out major gaps between formal criminal law and social realities. Criminal law, in substantive aspects, does not accurately reflect social values due to gaps regarding the importance of certain parameters. These wide gaps reflect diverse views on manslaughter, victims' and offenders' personalities, and even the values of life and equality. While formal law is indifferent to certain parameters such the identities of the offender and the victim,

society finds them crucial. While society is indifferent to certain parameters of self defense, such as the timing of the injury inflicted upon the attacker, the law looks at them as central.

A criminal code that adheres to the community's notion of justice expresses moral fiber, which is essential when combatting crime and designing social norms. A criminal law that contradicts social intuitions and prevalent norms loses its moral and expressive power.

Though undesired, large gaps between law and society are not disastrous. They are inherent to multicultural and dynamic societies. When a gap is exposed, it reveals painful truth. This unpleasant exposure reflects an opportunity to make a change, to reevaluate or revise the specifics of the norm. Acknowledging the importance of the social focus is crucial to challenging social conceptions, instead of ignoring them in favor of academic and legal romanticism. The law can conceptually equate people, lives, and offenses, but cannot make them socially even.

### Yuval Livadaro, *Alternative Prison Sentences: A New Model of House Arrest*

In recent years, calls in the Israeli criminal field of law have been increasing for alternative incarceration sentences that do not include actual imprisonment. These calls reflect the public's awareness of the prices associated with this punishment, including the impact of imprisonment on convicts and their families, its high economic costs, and the huge overcrowding in Israeli prisons that led to widespread violations of prisoners' and detainees' rights.

As part of this article, I sought to test a new prison sentence model: Convicts serve their time not behind prison bars, but at home, subject to human supervision and electronic monitoring. This model is known and implemented in many countries, but has not yet been accepted as a type of punishment in Israel, and is only applied to supervision measures during detention or early release from prison

In this article, I examine the current legal climate in the Israeli-criminal justice field, and I argue that against this background - which includes legislative amendments, Supreme Court rulings, and the establishment of public committees - and since most of those recommendations have even been adopted by the government, it would be appropriate to accept the new model proposed in Israel. As part of the article, I discuss the shortcomings of imprisonment and the only alternative that currently exists in Israel (community service), highlighting the advantages of the new model

proposed, outlining a new penal model for Israel, and considering similar practices overseas.

For the first time in Israel, this paper proposes a neat and detailed plan for the assimilation of the new model, a plan that takes into account the characteristics of the criminal justice system in Israel, its needs, types of cases where the proposed punishment may be used, problems that might arise from the proposed model, and solutions to these problems. The article concludes that the proposed house-arrest model is not only possible and worthy of absorption in Israel, but should be applied as soon as possible.

Eyal Gruner & Doron Menashe, *The Right to Self-Representation in Legal Proceedings (Following Rabeea Assy's: INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION)*

In his book *INJUSTICE IN PERSON: THE RIGHT TO SELF-REPRESENTATION*, Rabeea Assy argues that a right to litigate in one's own defense, without legal representation, ought not be recognized in civil law. According to his approach, which argues that the right to litigate in person emerges from the right of personal autonomy, the principle is applicable only in criminal law, but not in civil law.

This article contends that the duty of representation applies to civil law, but also to criminal law, and that the argument for autonomy does not invalidate the argument for a representation duty. The article argues that autonomy does not provide the basis for in-person litigation in criminal law because the allocation of risks of error in criminal law dictates that an erroneous conviction is worse than an erroneous exoneration, and in-person litigation increases the risk of erroneous conviction. Similarly, the duty of representation in criminal law is consistent with the theories of rules of evidence in criminal law as proposed by Stein, Laudan, and Shohat.

The article contends with and rejects the argument that the representation duty increases the risk of erroneous exonerations. We further argue that increasing the risk of erroneous conviction impinges on autonomy, excluding situations in which the argument for the autonomy to litigate in person is based on freedom of conscience, and when potential penalty is mild, moderate, or other than incarceration.

In addition, the article takes issue with and rejects three critical approaches: a) the claim that the representation duty inevitably impinges on autonomy; b) the argument

whereby in criminal law, defendants do not subject themselves to this peril, but rather the state compels them to undergo the proceeding; and c) and the argument that the lack of cooperation between the defendant and the defendant's counsel might harm the defendants' case.

Finally, the article contends that the argument re the risks of error constitutes another justification for the duty of representation in civil law, in addition to the arguments propounded by Assy in his book. The article rejects the argument of consent, which states that the defendant who waives representation consents, by the power of dispositive justice, to undertake and assume the risk of error.

### Manal Totry-Jubran & Shimon Dayan, *Towards the Regulation of Acquisition Groups*

This article examines the development of the acquisition groups phenomenon, its key motivating actors, and the groups' modus operandi. Listing its advantages and disadvantages, the article reviews the unique characteristics of those groups and the Israeli housing market as a whole. The Acquisition Groups phenomenon started out as a way for private individuals to organize in order to bring down independent construction costs of residential buildings by saving on taxes and developers' fees. Over the past decade, this phenomenon expanded and grown into a brand, marketed by private real-estate companies specializing in the formation of Acquisition Groups in various cities.

The main assertion made in this article is that various relevant Israeli laws in this area do not embody comprehensive systemic thinking concerning this tool, nor do they form an ordered policy in relation to housing in general and Acquisition Groups in particular, and mainly do not address its social aspects. Regulation enacted to date or currently considered merely deals with ad-hoc issues and problems as they arise, putting out occasional fires that give rise to additional problems requiring solutions, including social implications to Israeli society and space as a whole. Therefore, the ensuing conclusion is that, in order to exploit this phenomenon's potential and for it to continue evolving properly, there is a need for comprehensive regulation that accounts not only for its economic aspects, but also for the associated consumer, social, and community ones.