

האם בשלה העת לכינונם של "דיני הסיכון"? על הצורך בהרמוניה משפטית של ההסדרים המשפטיים למניעת סיכון עתידי

ד"ר איילת עוז¹

מבוא

אפתח בסקירה קצרה של התהליך שבו הפכו ההסדרים לניהול סיכונים לכלי מרכזי במסגרת התגובה החברתית לעבריינות ואעמוד על נקודות התורפה שבו. לאחר מכן, אציג מספר תחומים משפטיים המעוררים כשאלה מרכזית את האיזון שבין זכויות יסוד לבין מניעת סיכון עתידי. לבסוף, אצביע על מספר שאלות בסיסיות המשותפות לכל התחומים הללו, ועל ההשלכות האפשריות של המעבר לדיון מרוכז בכולן תחת המטריה הכוללת של "דיני הסיכון".

מענישה למינהל סיכונים: בסיס אמפירי למדיניות בפלילים או כלי לפגיעה בקבוצות שוליים?

אחת הביקורות הנפוצות אותה מעלים קרימינולוגים, אנשי טיפול ואנשי אקדמיה כלפי מערכת המשפט נעוצה בהעדרו של בסיס אמפירי למדיניות הענישה, ובהסתמכותם של שופטים ושל קובעי מדיניות על אינטואיציות, מידע אנקדוטלי, שיח תקשורתי וציבורי ורחשי-לב בעת שהם קובעים את העונש הראוי לנאשם העומד בפניהם או בעת קביעת מדיניות הענישה ואכיפת החוק.² כך, למשל, אחת ההמלצות המרכזיות בדוח הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים (ועדת דורנר), היא להקים יחידה למחקר ומידע במשרד המשפטים, אשר תעסוק בנושא אכיפת החוק ובמדיניות ענישה, ותפקידיה יהיו לאסוף מידע סטטיסטי, נתונים משווים ומידע אחר על הענישה, על הליך השיקום ועל מלאכת גזירת הדין.³

אל מול הענישה הבלתי מבוססת אמפירית, התבססו בשנים האחרונות דיסציפלינות וכלים מחקריים המציעים מסלול "מדעי" לכאורה להתמודדות עם פשיעה, באמצעות הערכת הסיכון העתידי הצפוי מאדם מסוים על בסיס ניתוחים סטטיסטיים ואקטואריים, הערכות קליניות וכלים אחרים. כלים אלו מטרתם לכמת את הסיכון הצפוי מאדם מסוים, כך שהתגובה החברתית והמשפטית שתיקט

בעשורים האחרונים מתרחב העיסוק בכתיבה האקדמית ובפרקטיקה המשפטית בישראל ובעולם מהתמקדות אך ורק בעונש הראוי לעבירה שכבר התבצעה להתמקדות בהגבלות שונות על זכויות וחירויות המוטלות על עוברי חוק במטרה להפחית את המסוכנות העתידית הצפויה מהם. הדוגמאות לאמצעים אלה רבות: הגבלות המוטלות על עברייני מין לאחר שחרורם ממאסר,⁴ שימוש בחוות דעת מקצועיות והערכות מסוכנות לצורך בחינת שחרורו על-תנאי של אסיר,⁵ הגבלות על זכויות לצרכי ביטחון⁶ ועוד. ואולם, עד היום, התנהל הדיון בסוגיות משפטיות אלה ואחרות באופן נפרד, ללא ניסיון כלשהו ליצור הרמוניה נורמטיבית בין המקרים השונים המעוררים את שאלת האיזון בין זכויות הפרט לבין ההגנה על הציבור על דרך של מניעת עבירות עתידיות.

בעקבות קריאות שהועלו בכתיבה האקדמית בעולם בעשורים האחרונים לאיחוד הדיון בהסדרים השונים, כפי שיפורט להלן, אבקש במאמר זה להציע מסגרת תיאורטית ראשונית לדיון ב"דיני הסיכון" בישראל, שמטרתה לקבוע כללי יסוד משותפים לכלל הסוגיות בהן מתעוררת שאלת הגבלתן של זכויות יסוד לצורך מניעת סכנה עתידית. קביעת מסגרת נורמטיבית אחידה והשוואה ברורה בין ההסדרים השונים יאפשרו להבהיר מהי המסגרת החוקתית החלה על הסדרים מניעתיים והאם ההסדרים השונים מקיימים אותה; ניתן יהיה להשוות בין הסדרים שונים מבחינת הפרוצדורה הראויה להטלת מגבלות והתשתית העובדתית הנדרשת על מנת לוודא כי ההסדרים מגשימים את תכליתם; ולמנוע מצב שבו בחירה שרירותית בכלי מניעתית זה או אחר תוביל לפגיעה בשוויון ובזכויותיו של האדם ביחס לכלי חלופי.⁷

1 מנהלת תחום המשפט המינהלי בסניגוריה הציבורית הארצית ומרצה מן החוג בקריה האקדמית אונו בקורס "מענישה למינהל סיכונים". תודה לנועם גוטמן, רען גלעדי, ענת הורוויץ, אלקנה לייסט, מורן כרמון, טל ענר, גיל שפירא וישי שרון על הערות לטיטות קודמות של המאמר.
2 ראו חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006.
3 ראו סעיפים 9(7), 9(8), 11 ו-12 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001.
4 ראו חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות, התשס"ה-2005.
5 ראו חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979.
6 חשש זה עלול להתגשם מקום בו ניתן לעשות שימוש ביחס לאותו אדם במספר כלים מניעתיים - למשל כאשר מדובר בשוהה בלתי חוקי שהוא עברייני מין, ניתן לעשות שימוש הן בכלים לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין והן בכלים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (וראו לעניין זה עמ"נ (ב"ש) 49420-02-16 מדינת ישראל נ' GW (פורסם בנבו, 20.4.2016)); באשר לאדם שהוא לקוי בנפשו וגם ביצע עבירות אלימות כנגד בת זוגו, ניתן לעשות שימוש בכלי של אשפוז כפוי לפי חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 או בכלי של צו הגנה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991. בשני המקרים הללו, הפער בין הכלים מבחינת הפגיעה בזכויות הוא אדיר.
7 ראו חגית לרנאו **עבריינות ואכיפת חוק** 19-20 (2016).
8 הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים **דין וחשבון** 32-34 (2015). ראו גם הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016, ה"ח 1078, המציעה להקים ועדה מייעצת לענייני ענישה אשר תורכב ממומחים מתחומים שונים.

בפועל הוא קל-ערך (וברמה התיאורטית, אף אם לא ביצע עבירה כלל).¹³ בכך, פותחת תפיסת הסיכון פתח לחריגה מעקרון החוקיות, לפיו התגובה החברתית למעשה צריכה להיות צפויה, ידועה, מידתית ותחומה בגבול ברור בטרם ביצוע המעשה.

שלישית, טוענים המבקרים, ניסיון העבר מלמד כי השימוש בכלים המניעתיים ובהגבלת החירויות מתבצע, בדרך כלל, כלפי קבוצות שוליים, הזכות להגנה משפטית פחותה ביחס לקבוצות הרוב, באופן הפוגע בשוויון.¹⁴ כך, למשל, מצביעים המבקרים בהקשר זה על כך ששתי הדוגמאות הבולטות כיום להגבלה קשה של זכויות אזרח על רקע סיכון עתידי הן ההסדרים החוקיים בהקשר של פיקוח על עברייני מין ובהקשר של עבירות ביטחון, אשר הכפופים להם הוגדרו כ"אחר" מוחלט.¹⁵ הזרה זו, כך נטען, מובילה קובעי מדיניות ושופטים לפגוע באופן קשה בזכויותיהם של הכפופים להסדרים אלה, באופן שלא היה מתקבל לו היה מוחל כלפי קבוצת הרוב.

ביקורת **רביעית** שהועלתה בכתיבה האקדמית קושרת בין עליית ההתבססות על הערכות מסוכנות בהקשר הפלילי, לעלייתה של "חברת הסיכון" (Risk Society). מושג זה מתאר בכתיבה הסוציולוגית חברה שבה יחידים וקבוצות חיים בפרט מתמיד מפני מצבים מסוכנים (כגון התקפות טרור, זיהום סביבתי, מחלות מידבקות ועוד), וזאת למרות שהסיכון הממשי להיפגע ממצבי הסיכון הללו הוא נמוך, ולעיתים אף נמוך מאוד. לאור זאת, תהליך קבלת ההחלטות מתמקד יותר ויותר בשנאת סיכון ובהפחתת הסיכון לציבור, בעיקר דרך הסתמכות על אנשי מקצוע ומומחים.¹⁶ על פי ביקורת זו, האמצעים למניעת סיכונים מובילים לשימוש לא פרופורציונלי בכלים פוגעניים גם לצורך התמודדות עם סכנות מתונות יחסית.

חמישית, עומדים המבקרים על כך שמערכת המשפט מציבה דרישות חוקתיות חלשות יותר באשר להגבלת זכויות לצורך מניעת סיכונים, בהשוואה למבחנים החוקתיים המחמירים הנוגעים להטלת ענישה פלילית, גם כאשר השפעתן של הגבלות אלה על חירותם ועל פרטיותם של הכפופים להן חמורה בה-במידה, או אף חמורה יותר מאשר ההגבלות שהיו מוטלות עליהם במסגרת הליך פלילי. כך,

נגדו - על דרך של פיקוח, מעקב או הגבלת חירות - תנאים להערכת הסכנה שהוא יוצר לציבור. הערכות מסוכנות אלו מובאות כבסיס לקבלת החלטה בצמתים שונים: שחרור על-תנאי ממאסר, הגבלות על עברייני מין, הותרתם של שוהים בלתי חוקיים במשמורת חוקית, החזקתו של אדם במעצר ועוד. תפיסות מדעיות אלה, כך נטען, מהוות כלי חברתי מדויק, יעיל וצודק יותר להתמודדות עם עוברי-חוק, בהשוואה לענישה הפלילית, שאיננה מבוססת על בחינה אמפירית של העונש ההולם.

ואולם, בעוד מערכות אכיפת החוק, המחוקקים ורשויות שונות ברחבי העולם מאמצים בחום בעשורים האחרונים את הכלים האקטואריים כבסיס למדיניות התמודדות עם פשיעה,⁹ והשימוש בהם הולך ומתרחב בצורה משמעותית במגוון של הקשרים, בכתיבה האקדמית נשמעים קולות ביקורתיים המצביעים על מספר קשיים מרכזיים הטמונים בהתמקדות בסיכון העתידי הצפוי מהאדם כבסיס להטלת מגבלות על זכויותיו:

ראשית, עם תחילת השימוש בכלים משפטיים המבוססים על פגיעה בזכויות לצורך מניעת סיכון עתידי, הועלו ביקורות עקרוניות כנגד עצם ההצדקה לעשות כן. בהקשר זה נטען כי הגבלת הזכויות מחוץ לעקרון האשם, לפיו אדם נענש בגין מעשה שעשה, מהווה צעד מרחיק לכת במסגרת הפעלת כוחה של המדינה כנגד הפרט בחברה ליברלית, ומהווה התייחסות לפרט כחסר אוטונומיה, שאין באפשרותו להימנע מביצוע עבירות נוספות.¹⁰ ואולם, מכיוון שהסדרים אלו הוכרו ברובם כחוקתיים על ידי בתי המשפט בעולם ובישראל, לא אדרש במאמר זה לטענות עקרוניות אלו, אלא אצא מנקודת ההנחה כי עצם הגבלת חירותו וזכויותיו של אדם לצורך מניעת סיכון עתידי היא חוקתית (על אף הטענות הראויות להישמע בהקשר זה).¹¹

שנית, עומדת הכתיבה הביקורתית על כך שבניגוד לעקרון הגמול, המעמיד כשיקול מרכזי את ההלימה שבין הענישה לבין מעשה העבירה,¹² תפיסת מניעת הסיכונים מבוססת על הסכנה העתידית הצפויה מהאדם, באופן שמאפשר הגבלה משמעותית ובלתי מוגבלת על חירותו של אדם שהסיכון ממנו גבוה, גם אם המעשה שביצע

9 BERNARD E. HARCOURT, AGAINST PREDICTION: PROFILING, POLICING, AND PUNISHING IN THE ACTUARIAL AGE 7-38 (2007).
 10 ראו תנית לרנאו ואיילת עוז "למה אסור להתאהב בחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין - מבט ביקורתי" הפרקליט נא 205 (2011).
 11 להצדקה חוקתית של הסדרים למניעת סיכון עתידי ראו דנה פוג' "ביום שאחרי" - גישות חדשות במערכת המשפט לניהול סיכון של פגיעה מינית - מענישה בלבד לפיקוח ומניעה" הפרקליט נא 139 (2011).
 12 ראו סעיף 140 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
 13 כך, למשל, מאפשר חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין להטיל מגבלות על פי החוק על כל מי שביצע עבירה המוגדרת כ"עבירת מין", גם אם מדובר בעבירה קלה יחסית, כגון החזקת חומר תועבה הכולל קטינים או בעילה אסורה בהסכמה. לתיאור חברה עתידית בה המשטרה מתמקדת במניעת פשיעה עוד בטרם ביצועה, על סמך הערכות מסוכנות בלבד, ראו את הסיפור The Minority Report מאת סופר המדע הבדיוני פיליפ ק. דיק (1956), אשר היווה את הבסיס לצילום סרט בעל אותו שם בבימוי סטיבן שפילברג (2002).
 14 ERIC S. JANUS, FAILURE TO PROTECT: AMERICA'S SEXUAL PREDATOR LAWS AND THE RISE OF THE PREVENTIVE STATE 93-109 (2006).
 15 כך, למשל, בפסק דין Kansas v. Crane, 534 U.S. 407 (2002) התיר בית המשפט העליון האמריקאי כליאה אורחית (Civil Commitment) של עברייני מין רק בעניינם של עבריינים שהפרעתם הנפשית היא כזו שמבחינה בינם לבין אנשים מסוכנים "רגילים", שניתן להתמודד איתם באמצעות הכלים הפליליים בלבד. ראו גם שם, JANUS.
 16 ראו מימי אייזנשטט "האם המושג 'מסוכנות' מסוכן?" ביטחון סוציאלי 75 (2007); ULRICH BECK, RISK SOCIETY: TOWARDS A NEW MODERNITY (1992); ANTHONY GIDDENS, THE CONSEQUENCES OF MODERNITY (1990).

מאמר זה יבקש להציג קווי מתאר ראשוניים ל"דיני הסיכון" בהקשר הישראלי.²⁰

הסדרים משפטיים למניעת סיכונים בדין הישראלי

במשפט הישראלי ישנם הליכים משפטיים רבים בהם מתעוררת במפורש שאלת הסיכון הצפוי מהאדם, וקביעת המסוכנות מובילה להגבלות שונות על חירותו של האדם: בהליכי שחרור על-תנאי לפי חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001; במעצר ימים או מעצר עד תום ההליכים לפי חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק המעצרים");²¹ בהליכים לפי חוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות, התשס"ה-2005; בהליכים לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006; בהוצאת צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; בהוצאת צו אשפוז אזורי לפי חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991; במעצר מינהלי לפי חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979; ובהליכים נוספים. כל אחד מהסדרים חוקיים אלה נקבע בתקופה שונה, מבוסס על תכליות שונות, וקובע הסדרים חוקיים שונים בתכלית להערכת המסוכנות ולהגבלה על החירות הנובעת ממנה.

בטבלה להלן אנסה לרכז ברמה כללית את ההבדלים הבסיסיים שבין הסדרים השונים מבחינת אופייה של הזכות העומדת על הפרק, רמת הסיכון הנדרשת לצורך הטלת המגבלות (מבחינת סיכוי התרחשות הסיכון ומבחינת חומרתו של הסיכון עצמו), האמצעים הראייתיים לבחינת המסוכנות ואופיו של הגוף המחליט על הפגיעה בזכויות.

מגבילה מערכת המשפט את אפשרות הטלתה של ענישה פלילית רק למקרים בהם האשמה הוכחה מעל לכל ספק סביר, במסגרת הליך אדברסרי מלא, בפני בית משפט בלתי תלוי ועל בסיס ראיות קבילות. לעומת זאת, כפי שיפורט להלן, הגבלות שמטרתן מניעת סיכונים מוטלות פעמים רבות על ידי רשות מינהלית, ללא הליך סדור, ותוך הסתמכות רחבה על חומר חסוי ועל חוות דעת מקצועיות שעורכייה אינם מובאים לעדות ולחקירה נגדית. פער זה בדרישות החוקיות לצורך הטלת ההגבלות נובע מהגדרתן המשפטית של ההגבלות השונות כ"פליליות" או "מינהליות-אזרחיות", באופן שמחיל עליהן הסדרים משפטיים שונים. ואולם, כך טוענים המבקרים, אין לקבל מצב שבו הבחנה דוקטרינרית זו היא הקובעת מהם הכללים הפרוצדורליים והמהותיים החלים על הגבלת החירות. על פי עמדה זו, התנאים המשפטיים הנדרשים לצורך הגבלת החירות צריכים להיגזר מעוצמת הפגיעה בזכויות, ולא מן האכסניה המשפטית המובילה לשלילתן של אותן זכויות.¹⁷

ביקורת **שישית** שהועלתה בהקשר לדינים השונים המאפשרים הטלת מגבלות על חירויות הפרט לצורך מניעת סיכונים, אשר בה אבקש להתמקד במאמר זה, נוגעת לכך שדינים אלו התפתחו באופן מנותק זה מזה, ומבלי שנעשה ניסיון כלשהו ליצור הרמוניה משפטית באשר למבחנים להגבלת זכויות לצורך מניעת סיכונים בהקשרים שונים. כך, כבר בשנת 1998 טענה קרול סטייקר, מרצה בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הארוורד, כי יש לפעול לפיתוח התחום המשפטי של "דיני סיכון" (או "דיני מניעה"), כפי שהם מכונים לעיתים)¹⁸, אשר ידון במאוחד בהקשרים השונים בהם מתעוררת שאלת הגבלתן של זכויות יסוד לצורך מניעת סיכון עתידי.¹⁹ כאמור,

הגוף המחליט	אמצעים לבחינת המסוכנות	רמת הסיכון הנדרשת	מהות הזכות	החמרה בענישה מעל למתחם העונש ההולם ²²
בית המשפט	הוכחת עבר פלילי משמעותי או הצגת חוות דעת מקצועית	חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, והחמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור	חירות אישית	

17 Carol Steiker, *Forward: The Limits of the Preventive State* 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 774 (1998) 17 לאזורי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין "משפטיים" לח 489, 558-544 (2008); רון שפירא "מאכיפה פלילית לאכיפה מינהלית" **הסיניור** 205, 4 (2014).

18 ANDREW ASHWORTH & LUCIA ZEDNER, *PREVENTIVE JUSTICE* 1-26 (2014). 18

19 ראו Steiker, לעיל ה"ש 17.

20 ראו גם דן ביין "מבוא לדיני המסוכנות במשפט הפלילי והמינהלי" **מחקרי משפט** כ 73 (2003).

21 ראו גם סעיף 67 לחוק המעצרים המאפשר לעכב חשוד בגין סכנה לביצוע עבירה עתידית.

22 סעיף 40 לחוק העונשין, שכותרתו "הגנה על שלום הציבור": "קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית". לדיון בסעיף 40 ראו: חגיית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **הסיניור** 183, 14 (2012); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" **הפרקליט** נב 413 (2013).

הוצאת צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל ²³	חירות אישית	יש בשחרורו של השהה שלא כדין כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור	ראיות מינהליות ²⁴	גוף מינהלי (ממונה ביקורת הגבולות) החלטת הממונה כפופה לביקורת שיפוטית יזומה של בית הדין לביקורת משמורת המאשר את צו המשמורת
מעצר עד תום ההליכים ²⁵	חירות אישית	יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את ביטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה	"חומר שהוגש לבית המשפט" ²⁶	בית המשפט
מעצר מינהלי ²⁷	חירות אישית	יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שהאדם יוחזק במעצר	ראיות מינהליות (בדרך כלל חסויות)	גוף מינהלי (שר הביטחון) החלטת השר כפופה לביקורת שיפוטית יזומה של בית המשפט המחוזי
אשפוז כפוי ²⁸	חירות אישית	האדם עלול לסכן את עצמו או את זולתו סיכון פיזי	בדיקה פסיכיאטרית	גוף מינהלי (הפסיכיאטר המחוזי ולאחר מכן הוועדה הפסיכיאטרית) ניתן לערער על החלטת הוועדה הפסיכיאטרית לבית המשפט המחוזי
שחרור על-תנאי ²⁹	חירות אישית	ועדת השחרורים שוכנעה כי שחרורו של האסיר אינו מסכן את שלום הציבור	חוות דעת פסיכו-סוציאליות של גפי טיפול בבית הסוהר, במשרד הרווחה וברשות לשיקום האסיר ³⁰	ועדת השחרורים, שהיא גוף מעין-שיפוט
צו הגבלת שימוש במקום ³¹	חופש העיסוק וזכות הקניין	יסוד סביר להניח כי המקום ישמש לביצוע עבירה אם לא יוגבל השימוש במקום באופן מידי	ראיות מינהליות (בדרך כלל חסויות)	גוף מינהלי (קצין משטרה) ובהמשך בית המשפט

23 סעיף 113(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל: "לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם [...] יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור".

24 על פי "המתווה לתאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות ההגירה והאוכלוסין" (29.1.14) <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf?reldoc=y&docid=55112f774>, על הממונה להתבסס בין היתר על חומר החקירה בעניינו של השהה וקביעות בתי המשפט בעניינו.

25 סעיף 21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים: "הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, ובכלל זה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני, אם [...] בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי [...] קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה". יצוין כי חוק המעצרים מאפשר מעצר גם למניעת התחמקות מהליכי המשפט ושיבוש מהלכי משפט, ואולם שיקולים אלה חורגים מנושא המאמר, שעניינו במניעת הסיכון לביצוע עבירות עתידיות. לדיון בהבחנה התיאורטית שבין עילות המעצר השונות ראו רינת קיטאי-סנג'ר, **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** 116-127, 133-138 (2011).

26 יובהר בהקשר זה כי מלשון חוק המעצרים, המתייחסת ל"חומר שהוגש" לבית המשפט, לא ברור מהן הראיות הנדרשות להוכחת הסיכון העתידי הנשקף מן הנאשם, להבדיל מן הצורך להראות ראיות לכאורה להוכחת האשמה (סעיף 21(ב)).

27 סעיף 2 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים): "היה לשר הבטחון יסוד סביר להניח שטעמי בטחון המדינה או בטחון הציבור מחייבים שאדם פלוני יוחזק במעצר, רשאי הוא, בצו בחתימת ידו, להורות על מעצרו של האדם לתקופה שתצויין בצו ושלא תעלה על ששה חודשים".

28 סעיף 9 לחוק טיפול בחולי נפש: "שוכנע פסיכיאטר מחוזי על סמך בדיקה פסיכיאטרית כי [האדם חולה וכתוצאה ממחלתו פגום, במידה ניכרת, כושר שיפוטו או כושרו לביקורת המציאות] וכי [הוא עלול לסכן את עצמו או את זולתו סיכון פיזי מידי] וקיים קשר סיבתי בין שני התנאים האמורים, רשאי הוא להורות בכתב כי יובא לבית החולים וכי יאושפז בו בדחיפות".

29 סעיף 3 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001: "לא תשחרר ועדת השחרורים אסיר [...], אלא אם כן שוכנעה כי האסיר ראוי לשחרור וכי שחרורו אינו מסכן את שלום הציבור".

30 סעיף 9(7) ו-8 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר.

31 סעיף 3 לחוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות: "היה לקצין משטרה מוסמך יסוד סביר להניח כי מקום משמש לביצוע עבירה המנויה בתוספת כחלק מפעילותו השגרתית וכי יש יסוד סביר לחשש שהמקום ישמש לביצוע עבירה כאמור אם לא יוגבל השימוש במקום באופן מידי, רשאי הוא לתת צו להגבלת השימוש במקום, לתקופה שיקבע בצו, והוא רשאי להאריכה לתקופות נוספות, ובלבד ששך כל התקופות לא יעלה על 30 ימים". לאחר 30 ימים, ניתן לפנות לבית המשפט לצורך הארכת הצו, על פי סעיף 3א לחוק: "בית משפט רשאי, על פי בקשה בכתב של הממונה על החקירה או של תובע, לצוות על הארכת תוקפו של צו הגבלת שימוש במקום, בתנאים שיקבע, לתקופה נוספת שלא תעלה על 60 ימים, אם שוכנע כי הגבלת השימוש במקום חיונית למניעת המשך ביצוע העבירה שבשלה הוצא הצו, ורשאי הוא לחזור ולצוות כאמור מזמן לזמן".

הוצאת צו פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין ³²	הזכות לפרטיות, חופש העיסוק, חופש התנועה ועוד ³³	רמת הסיכון כי עבריו המין יבצע עבירת מין נוספת אינה נמוכה	הערכת מסוכנות ³⁴	בית המשפט
צו הגנה למניעת אלימות במשפחה ³⁵	חופש התנועה, זכות הקניין ³⁶	הוכחה של פגיעה קודמת או שהתנהגותו נותנת בסיס סביר להניח כי הוא מהווה סכנה גופנית ממשית לבן משפחתו	ראיות שהוגשו לבית המשפט	בית המשפט

לצורך הוצאת צו פיקוח לפי חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, קובע החוק את רף המסוכנות, לפיו על בית המשפט לקבוע כי רמת המסוכנות שעבריו המין יבצע עבירת מין נוספת "אינה נמוכה". לעומת זאת, לצורך מעצר עד תום ההליכים או מעצר מינהלי לא הוגדרה רמת הסיכון, אך החוק קובע כי הרף הראייתי הוא רף ראייתי נמוך יחסית של "יסוד סביר לחשש" או "יסוד סביר להניח";

מבחינת האמצעים לבחינת המסוכנות, חלק מן ההסדרים מבוססים על חוות דעת מקצועיות הנוגעות ספציפית למסוכנות, כגון חוות דעת פסיכוסוציאליות בהקשר של שחרור מוקדם, או הערכת מסוכנות בהקשר של פיקוח על עבריו מין. ההסדרים האחרים מבוססים על שיקול הדעת הרחב של בית המשפט או של הגוף המכריע שאמור לצפות את הסיכון על רקע התרשמותו הכללית מן הראיות שהובאו בפניו. בהקשר זה חשוב גם לציין כי בחלק מההסדרים ישנה הסתמכות משמעותית על ראיות חסויות, שאינן נחשפות בפני האדם שכלפיו מופעל ההסדר;

לבסוף, גם מבחינת הגוף המכריע, ניתן לראות שיש שונות גדולה בין ההסדרים. בחלק מן המקרים, הגוף המחליט הוא גוף שיפוטי (או מעין שיפוטי, בהקשר של ועדת השחרורים), ובמקרים אחרים, ההחלטה נתונה לגוף מינהלי, לצד ביקורת יזומה או ערעורית לבתי המשפט.

אבהיר, כי אין כמובן פסול בעצם השונות בין ההסדרים מבחינת הרף הנדרש (לרמת המסוכנות ולרמת ההוכחה), האמצעים לבחינת המסוכנות והגוף המחליט. ואולם, הבדלים אלו מעוררים את השאלה העומדת בבסיס הצורך בחשיבה מאוחדת על דיני הסיכון:

אף מבחינת הטבלה, הסוקרת ברמת הפשטה הגבוהה ביותר חלק מן ההסדרים המשפטיים הנוגעים למניעת סיכון עתידית, ניתן לראות שישנם הבדלים משמעותיים בין ההסדרים השונים בארבעת המאפיינים שנסקרו - מהות הזכות שעל הפרק, רמת הסיכון הנדרשת, האמצעים לבחינת המסוכנות והגוף המחליט:

מבחינת מהות הזכות, בעוד שכלל ההסדרים עוסקים בהגבלתן של זכויות יסוד חוקתיות, ניתן להצביע על מדרג בין ההסדרים השונים, כך שבעוד שחלקם מאפשרים כליאתו של אדם, באופן שפוגע בצורה הקשה והחמורה ביותר בזכותו לחירות אישית, הסדרים אחרים מאפשרים פגיעות מידתיות יותר - אף כי גם הן חמורות וקשות - בזכויות נלוות, כגון חופש התנועה, חופש העיסוק, הזכות לפרטיות וזכויות אחרות;

מבחינת רמת הסיכון הנדרשת, בחלק מן ההסדרים לא הוגדר כלל רף ספציפי לרמת המסוכנות הנדרשת, או לבסיס הראייתי הנדרש לצורך הוכחת המסוכנות (וכדאי להבהיר כי שני מאפיינים אלה שונים זה מזה - כך, למשל, ניתן לדרוש רף ראייתי נמוך להוכחת מסוכנות גבוהה, או רף ראייתי גבוה להוכחת מסוכנות נמוכה). זהו המצב בכל הנוגע לשחרור על-תנאי, בו על האסיר להראות כי "שחרורו אינו מסכן את שלום הציבור", ואולם לא ברור מהו הרף הנדרש להוכחת הדבר, הן מבחינת רמת המסוכנות שתעמוד ברף (שהרי לעולם לא יוכל האסיר להוכיח העדר מוחלט של מסוכנות מצידו) והן מבחינת הרף הראייתי שבו צריכה להיות "משוכנעת" ועדת השחרורים - האם די בשכנוע במאזן ההסתברויות או שעל האסיר מוטל נטל כבד יותר?³⁷ לעומת זאת, במקרים אחרים, קובע הדין את רף המסוכנות או את הרף הראייתי הנדרש. כך, למשל,

32 סעיף 12 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין: "בית המשפט, לאחר שקיבל הערכת מסוכנות, רשאי להוציא לגבי עבריו מין צו פיקוח ומעקב לתקופה שיקבע, אם סבר, לאחר שקיים דיון בענין, שרמת הסיכון כי עבריו המין יבצע עבירת מין נוספת אינה נמוכה".

33 לרשימת ההגבלות אותן ניתן להטיל במסגרת צו הפיקוח ראו סעיף 13 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, הכולל בין התנאים האפשריים בין היתר חובת התייצבות וקיום מפגשים עם קציני הפיקוח, מגבלות שונות על צריכת משקאות משכרים, החזקת חומרים שונים, נהיגה ברכב, הימצאות במקומות שונים, קיום קשר עם אחרים ומגבלות שונות לעניין מקום עבודה או מקום מגורים.

34 סעיף 6 לחוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין.

35 ראו סעיף 3 לחוק למניעת אלימות במשפחה: "[...] רשאי בית המשפט לתת צו הגנה מפני אדם אם ראה כי [...] התנהגותו נותנת בסיס סביר להניח כי הוא מהווה סכנה גופנית ממשית לבן משפחתו או שהוא עלול לבצע בו עבירת מין". השו"ב גם להסדר הקבוע בחוק מניעת הטרדה מאיימת, התשס"ב-2001.

36 ראו סעיף 2 לחוק למניעת אלימות במשפחה, המאפשר בין היתר למנוע מן האדם להיכנס לדירה בה מתגורר בן משפחתו, אף אם יש לו זכות כלשהי בה, להטריד את בן משפחתו, או לפעול בדרך המקשה על שימוש בנכס, אף אם יש לו זכות כלשהי בנכס. בימים אלו עומדת על הפרק יוזמת המשרד לביטחון פנים לאפשר הטלת פיקוח אלקטרוני במסגרת צו הגנה, בעקבות הצעות חוק פרטיות שהוגשו בנושא זה. ראו למשל הצעת חוק למניעת אלימות במשפחה (תיקון - פיקוח אלקטרוני על אדם שהוצא כלפיו צו הגנה), התשע"ו-2015, פ/2265.

37 ראו לעניין זה ביקורתו של נתנאל דגן על כך שחוק שחרור על-תנאי ממאסר אינו קובע נוסחת איוון ברורה באשר לרמת המסוכנות הנדרשת: נתנאל דגן "היקפה הראוי של נוסחת האיוון לצורך שחרור על-תנאי ממאסר" **הסינוור** 4, 219 (2015).

של אדם היה פסול לו היה נבחן במבחני החוקתיות כהגבלה של זכות (דהיינו: ההחלטה שלא לשחרר את האדם בשחרור מוקדם הייתה בלתי מידתית, או שלא הייתה מאזנת כראוי בין מכלול השיקולים שעל הפרק), ואולם נראה אותה כהחלטה ראויה אך ורק משום שמדובר ב"פריבילגיה". אשר על כן, בעת עיצוב ההסדר החוקי הנוגע לבחינת המסוכנות בעת שקילת ההחלטה בדבר שחרור על-תנאי, עלינו לקבוע באופן מהותי את רמת המסוכנות המצדיקה שלא לאפשר לאסיר להלך חופשי, מבלי שהדיון יתמצה - כפי שלמרבית הצער נעשה פעמים רבות בהקשר זה³⁹ - בהגדרתו הפורמלית של השחרור המוקדם כ"פריבילגיה". לעמדת, להבחנה שבין "זכות" ל"פריבילגיה" ניתן לתת ביטוי במיקום נטל ההוכחה בדבר רמת הסיכון שנקבעה (האם על האדם להוכיח כי אינו מסוכן או שעל הרשות להראות כי הוא מסוכן), אך לא ניתן בעיני להצדיק קביעת **רמת סיכון** שונה לאור הבחנה זו.

קווי מתאר ראשוניים לעיצוב "דיני הסיכון"

ברי, כי במאמר זה לא ניתן להציג מסגרת ממצה לדרך שבה יש לעצב את "דיני הסיכון" ולמכלול השיקולים הרלוונטיים שיש לשקול בעת שקובעים את המסגרת המשפטית הראויה להטלת הגבלות לצורך מניעת סיכון עתידי. יחד עם זאת, אבקש להצביע על מספר אבחנות ועקרונות יסוד רלוונטיים, המהווים לדידי את נקודת ההתחלה לדיון ההכרחי בשאלת היחס שבין ההסדרים השונים והדרך לעצב באופן קוהרנטי והרמוני את ההסדרים הנוגעים להטלת מגבלות על אדם לצורך מניעת סיכון עתידי:

(1) החובה לבחור בהסדר הפוגע במידה המינימלית בזכויות

יסוד: כמפורט לעיל, ההסדרים השונים הקבועים בדין שונים זה מזה מבחינת עוצמת הפגיעה בזכויות הטמונה בהם. כך, למשל, בעוד שחלק מן ההסדרים מאפשרים לפגוע בצורה קשה בחירותו של האדם על ידי כליאתו, הסדרים אחרים פוגעים באופן מתון יותר בזכויות הפרט, ומטילים מגבלות רק על חלק מזכויותיו, כגון חופש התנועה או זכות הקניין. חובת המידתיות מחייבת כידוע כי ההגבלה על זכויות הפרט תיעשה רק במידה הנדרשת לצורך הגשמת האינטרס הציבורי. ואולם, למרבית הצער, נראה כי חלקם של ההסדרים מאפשרים פגיעה קשה בזכויות הפרט, ובפרט פגיעה בחירות, מבלי שהם מאפשרים או כוללים דרכים מידתיות יותר להתמודדות עם הסיכון. חובה זו, לכלול לצד הכלים הפוגעניים ביותר גם כלים מידתיים, הפוגעים באופן חלקי בזכויות, היא בעיני מימד הכרחי בעיצוב דיני הסיכון, אשר לא ניתן לו המשקל הראוי במצב המשפטי כיום, בו נידונים ההסדרים השונים בנפרד זה מזה. שאלת מניעת הסיכון ראוי שתבחן במבט רחב ומתוך רצון לאפשר התאמה חוקתית מקסימלית בין חומרת הסיכון וההסתברות להתרחשותו לבין האמצעי המידתי והמינימלי אשר יאפשר להתמודד עם הסיכון מבלי לפגוע יתר על המידה בזכויות הפרט.

מהן ההצדקות הרלוונטיות להבחנה בין ההסדרים השונים הנוגעים להגבלות על חירותו של אדם בשל מסוכנות עתידית, וכיצד ניתן לבנות מסגרת משפטית קוהרנטית אשר תאפשר עיצוב ראוי ומידתי של ההסדרים השונים? לשאלה זו נפנה כעת.

על הבחנות שאינן רלוונטיות בעיצוב דיני הסיכון

בטרם אפנה להבחנות הרלוונטיות בעיני בעת יצירת הסדרים להגבלת חירותו של אדם לצורך מניעת סיכון עתידית, ארצה להתייחס להבחנות שאינן רלוונטיות בעיני, ושאינן להעניק להן משקל משמעותי בעת עיצוב ההסדרים.

הבחנה ראשונה שאינה רלוונטית היא **ההבחנה בין הסדרים "פליליים" להסדרים "מינהליים"**. כאמור למעלה, אחת הביקורות המרכזיות שהועלתה בהקשר של הסדרים למניעת סיכון עתידי נגעה לכך שבשל הגדרתם הדוקטרינרית כהסדרים מינהליים, נטען כי אין הם נדרשים לעמוד בדרישות החוקתיות המוגברות הנוגעות להטלת ענישה פלילית. בדומה למבקרים, אף אני סבורה כי אין לקבל מצב שבו ההגדרה הדוקטרינרית של הסדר מסוים כפלילי או מינהלי תוביל להשפעה על המבחן המהותי הנדרש לצורך הגבלת הזכות. כידוע, המבחנים החוקתיים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם מתייחסים לדרך שבה הוגדרה הזכות אלא למהות הפגיעה, ולכן אין מקום שההבחנה הדוקטרינרית תשפיע על עיצוב המהותי של ההסדר.

הבחנה נוספת, אותה מעוררים פעמים רבות, היא **ההבחנה שבין זכויות לפריבילגיות**. הבחנה זו מתעוררת בדרך כלל בהקשר של שחרור על-תנאי, בו נטען כי אין קושי בהטלת נטל גבוה על האסיר, שכן ממילא שחרורו המוקדם הוא "פריבילגיה" שאין הוא זכאי לה, ועל כן אין כל פגיעה בזכותו לחירות מקום בו מוחלט שלא לשחררו בשחרור מוקדם. אני סבורה כי השימוש בהבחנה שבין "זכויות" ל"פריבילגיות" הוא מטעה, ומציג דיכוטומיה שגויה. גם אם אין לאסיר זכות קנויה להשתחרר בשחרור מוקדם, ודאי שיש לו זכות כי בקשתו לשחרור מוקדם תישקל מטעמים ענייניים, כי ההליך בפני ועדת השחרורים יהיה הליך הוגן³⁸ וכי ינהגו בו בשוויון ביחס לאסירים אחרים. יתרה מכך, מכיוון שחוק היסוד מגן על כל פגיעה בחירות, ומאחר שברור כי חירותו של אסיר שלא שוחרר בשחרור מוקדם נפגעת יותר מאשר חירותו של אסיר ששוחרר בשחרור מוקדם, הרי שתוספת הפגיעה בחירות חייבת לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. מכאן, כי יש לבחון גם את ההחלטה שלא להורות על שחרורו על-תנאי של אסיר לאור המשפט החוקתי וההגנה על ערך החירות. לאור כל זאת, ההבחנה בין זכות לפריבילגיה מתעמעמת, וברור כי גם כאשר לשחרור על-תנאי, חייבת ועדת השחרורים להחליט בשאלת השחרור המוקדם תוך שקילת חירותו של האדם, בין אם היא מוגדרת כזכות או כפריבילגיה. אכן, קשה לדמיין מצב בו אי-שחרורו המוקדם

38 ראו רע"ב 4644/15 **ראעי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנוב, 15.6.2016).
 39 ראו למשל עע"א 2/83 **ועדת השחרורים נ' איסיאס**, פ"ד (2) 688, 693; בג"ץ 3959/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה לעיון בעונש**, פ"ד (ג) 721, 739.

(2) הרחבת הבסיס העובדתי הנדרש לצורך הטלת המגבלות:

כפי שפורט לעיל, בעוד שחלק מן ההסדרים (ובמיוחד ההסדרים החדשים יותר) דורשים בסיס עובדתי מפורט ומלא לצורך הערכת הסיכון, חלקם האחר של ההסדרים מניח כי הגוף המחליט יכול להעריך את הסיכון על בסיס התרשמות כללית מן החומר המובא לפניו, ומבלי ששאלת הסיכון תיבחן באופן מקצועי. לעמדתו, ככל שמדובר בסיכון שבעניינו קיימת מומחיות ספציפית, מן הראוי כי ההחלטה להגביל את חירויות הפרט תתבסס על חוות דעת מקצועיות מפורטות אשר יציגו תמונה מלאה באשר למסוכנות הנשקפת מן האדם, ולא על התרשמות כללית מצב הדברים על ידי הגוף המחליט. במקום שבו מדובר בהחלטה דחופה ובלתי צפויה, ולא ניתן להמתין לקבלת חוות דעת מקצועיות מפורטות באשר לרמת המסוכנות הנשקפת מהאדם, הרי שמן הראוי שגם אם הגבלת החירות הראשונית תיעשה על בסיס שיקול דעתו הרחב של הגוף המחליט, הרי שלצורך קבלת החלטה על הגבלת חירות ארוכת-טווח, יסתייע הגוף המחליט בחוות דעת מקצועיות מפורטות אשר יעמדו על רמת המסוכנות. כך, למשל, בהקשר של צו משמורת לפי חוק הכניסה לישראל, ניתן להצדיק משמורת לתקופה קצרה קצובה על יסוד הערכה ראשונית של הראיות שנאספו, ככל שלא ניתן היה לקבל חוות דעת מפורטות בטרם מועד ההחלטה.⁴⁰ ואולם, לצורך הארכת המשמורת לתקופה ארוכה יותר, יידרש בית הדין לביקורת משמורת לבחון חוות דעת מקצועיות מפורטות אשר יבחנו באופן ממצה את המסוכנות הצפויה מהאדם ואת האפשרות לשחררו לחלופה אשר תאיין את המסוכנות.

(3) הגוף המחליט - בית המשפט: כפי שפורט לעיל, במקרים

רבים, ההחלטה על הגבלת החירות בשל המסוכנות נתונה בידי גוף מינהלי, הכפוף בהמשך לביקורת שיפוטית יזומה או ערעורית. אני סבורה כי נוכח החומרה שבעצם הגבלת החירות מן הראוי כי ככלל, כל הגבלת חירות על בסיס מסוכנות עתידית תיקבע על ידי בית המשפט (או לכל הפחות על ידי ערכאה שיפוטית או מעין-שיפוטית) ולא על ידי גוף מינהלי. לכל היותר, מן הראוי לקבוע אפשרות להגבלת חירות דחופה וקצובה בזמן על ידי גוף מינהלי (בדומה להליך מעצר על ידי שוטר), עד להבאתו של האדם בפני שופט. בהקשר זה, חשוב בעיני להבהיר כי אני רואה הבדל משמעותי בין קיומה של ביקורת שיפוטית יזומה או ערעורית, הנערכת בדיעבד, לבין המצב בו בית המשפט הוא המקבל את ההחלטה מלכתחילה. כידוע, היקף הביקורת השיפוטית אותה מפעיל בית המשפט בעת שהוא בוחן את תקינות החלטתו של הגוף המחליט מצומצם ביחס

למתחם שיקול דעתו בעת הוצאת הצו מכוח סמכותו הראשונית. אשר על כן, ונוכח הגבלת הזכויות שבה עסקינן, מן הראוי לדעתו שלהוציא מקרים דחופים, בהם נדרשת הגבלת חירותו של אדם לצורך הבאתו בפני שופט, כל הגבלת חירות לצורך מניעת סכנה עתידית תיקבע בהחלטת בית המשפט (או ערכאה שיפוטית או מעין-שיפוטית אחרת).

(4) התבססות מקסימלית על ראיות גלויות: כמפורט לעיל,

בחלק ניכר מן ההסדרים ישנו שימוש רווח בראיות חסויות. זאת, בניגוד לעקרון-העל לפיו יש לעשות שימוש מועט ככל האפשר בראיות חסויות, נוכח הפגיעה שלהן בהליך ההוגן ובזכויותיו של האדם.⁴¹ הגבלת חירותו של אדם על בסיס מידע שאינו נחשף אליו היא אקט פוגעני וחריג במדינה דמוקרטית, ויש להגבילה לנסיבות יוצאות דופן וחריגות. ודאי שאין לקבל אותה במסגרת פעולות שיטור שגרתיות. כך, למשל, קשה בעיני להצדיק את ההסתמכות על ראיות חסויות לצורך הוצאת צו הגבלת שימוש במקום המתבקש לאחר הגשת כתב אישום, כאשר ככלל, הראיות הרלוונטיות כבר הועברו לידי ההגנה.⁴²

(5) תחימת הגבלת החירות המקסימלית בדין: בכל הנוגע

לענישה פלילית, תוחם חוק העונשין, התשל"ז-1977, את גבולה העליון של הגבלת החירות בעקבות ביצוע העבירה, על ידי קביעת עונשי מקסימום לכל עבירה. לעומת זאת, באשר להסדרים המגבילים את חירותו של אדם בשל מסוכנות עתידית, ככלל אין הגבלה ברורה באשר לאורכה של הגבלת החירות לצורך מניעת הסיכון, וברמה העקרונית, ניתן להאריך את הגבלת חירותו לעולם.⁴³ בפועל, לא פעם מוגבלת חירותו של אדם על רקע מסוכנותו העתידית לתקופת זמן ארוכה יותר מאשר הוגבלה חירותו על ידי בית המשפט שגזר את העונש.⁴⁴ תוצאה זו היא בלתי מתקבלת על הדעת, וחובת המידתיות מחייבת בעיני תחימה בדין של התקופה המקסימלית שבה ניתן להגביל את חירותו של האדם לצורך מניעת הסיכון הנשקפת ממנו. בנוסף לכך, נדרשת בעיני קביעה ברורה בדין לפיה ככל שמתמשכת הגבלת חירותו של האדם, יש לשנות את האיזון בדבר הגבלת חירותו, תוך שקילתן הן של רמת הסיכון (דהיינו: ההסתברות כי יבצע את המעשה המסוכן) והן של חומרת הסיכון (דהיינו: חומרתו של המעשה המסוכן שאת הסתברותו בוחנים). כך, למשל, לאחר תקופה מסוימת, לא ניתן יהיה עוד להגביל את חירותו של אדם שחומרת הסיכון הנשקף ממנו (מבחינת אופי המעשה) אינה גבוהה, גם אם רמת הסיכון (מבחינת סיכויי החזרה על המעשה) גבוהה

40 מן הראוי לציין כי על פי התחייבות המדינה בע"מ 5296/15 טספברה נ' משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה (פורסם בנבו, 21.2.2016), על רשות האוכלוסין להודיע לאסיר חודש ימים מראש, באמצעות שירות בתי הסוהר, על כוונתה להביאו בפני ממונה ביקורת גבולות לאחר תום המאסר לצורך בחינת החזקתו במשמורת, ועל כן ניתן להשתמש בתקופה זו על מנת לקבל חוות דעת מפורטות באשר למסוכנותו העתידית לצורך קבלת החלטה בדבר צו המשמורת.
 41 ראו ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329; בג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 10.7.2006).
 42 ראו סעיף 5ג(א) לחוק הגבלת שימוש במקום לשם מניעת ביצוע עבירות בכל הנוגע לחומר חסוי, וסעיף 3א(ג) לחוק בכל הנוגע לצו הגבלת שימוש במקום לאחר שהוגש כתב אישום.
 43 אם כי השוו לסיפוי 15(ד)2 לחוק טיפול בחולי נפש הקובע כי תקופת האשפוז של אדם שהועמד לדין פלילי ונקבע כי אינו מסוגל לעמוד לדין מוגבלת לתקופת המאסר המירבית הקבועה בחוק לעבירה.
 44 ראו למשל עניין GW, לעיל ה"ש 6.

פחותי-ערך, או אדם בעל סטייה מינית המתבטאת בהתנהגות מינית בלתי הולמת אך כזו שמידת הפגיעה שלה באחרים נמוכה), היא בלתי חוקתית, שכן לא מתקיים יחס ראוי בין הפגיעה בפרט לבין ההגנה על הכלל.

סיכום, או בעצם התחלה

במאמר זה ביקשתי להציג את החשיבות שבדיון מאוחד במכלול ההסדרים בדין הישראלי המאפשרים הטלת מגבלות על זכויות הפרט לשם מניעת סיכון עתידי, הסדרים אשר עד היום נידונו במנותק זה מזה, ומבלי שנדונו היחס שבין ההסדרים השונים וההיגיון המשותף שהם מבוססים עליו. נוכח העלייה בשימוש בהסדרים למניעת סיכון בדין הישראלי בעשורים האחרונים, דיון מאוחד כזה הוא הכרחי בעיני לצורך עיצוב הסדרים מידתיים וקוהרנטיים העומדים ביחס ראוי זה לזה ומגשימים יחד את האינטרס הציבורי במניעת עבירות תוך עמידה במבחנים החוקתיים והקפדה על זכויות הפרט.

מאמר זה הוא, כמובן, רק תחילתו של הדיון. תקוותי היא שהקריאה העולה ממנו, לבחינה מאוחדת של דיני הסיכון, תשפיע על חוקרים, מחוקקים, שופטים וקובעי מדיניות, היוצרים ומפרשים את ההסדרים הנדונים לעיל והסדרים דומים להם, ותוביל אותם לבחון במבט רחב את הבחירות שהם נוקטים בהן ואת השפעות הרוחב שיש לקביעה זו או אחרת. אני מקווה כי הדיון שיתפתח, ויצף עוד ועוד שאלות הנוגעות להסדרה המשפטית של מניעת הסיכונים, יוביל לעיצוב הסדרים קוהרנטיים ומידתיים להגבלת חירויות לשם מניעת סיכון, העומדים ביחס ראוי זה לזה. כך, למשל, ניתן יהיה לגבש הגדרה משותפת של היקף הפגיעה המותרת בזכויות לצורך מניעת סיכון עתידי, רמת ההוכחה הנדרשת לצורך הטלת מגבלות שונות, הפורומים שבידיהם תינתן החלטה והבסיס העובדתי הנדרש לצורך אותה החלטה. הגדרות משותפות אלה ישמשו כאבני בוחן לבדיקת ההסדרים הקיימים ולעיצובם הראוי של הסדרים חדשים שייקבעו ויתוו את ההגבלות החוקתיות. בחלקו האחרון של המאמר הצעתי קווי מתאר ראשוניים בלבד באשר להגבלות החוקתיות שבהן חייב לעמוד לדעתי כל הסדר המגביל את זכויות הפרט לצורך מניעת סיכון, אך ככל שדעות רבות יותר יישמעו באשר לקווי המתאר הראויים לדיני הסיכון, ניתן יהיה לגבש יחד את מאפייניה של המסגרת החוקתית המסדירה את הדין באשר למניעת סיכונים והחולשת על כלל ההסדרים בתחום זה.

מאוד, וזאת נוכח היחס הבלתי מידתי שבין חומרת ההגבלה על הזכות לבין התועלת הנשקפת ממנה ("מבחן המידתיות השלישי"). איזונים אלה, והמשמעות שיש להעניק לחלוף הזמן, קבועים אומנם בדיני המידתיות הכלליים על פי המשפט החוקתי, ואולם, לעמדתי, מן הראוי לקבוע הסדרים ספציפיים אשר יגבילו את משכה של הגבלת החירות בצורה ברורה בהתאם לאופי הסיכון, באופן המתחייב לעמדת מיישומו של עקרון החוקיות על הסדרים הנוגעים למניעת סיכון.⁴⁵

(6) הכרה בחוסר האפשרות לקבוע "העדר מסוכנות": מבחינה מקצועית, לא ניתן לקבוע כי מאדם מסוים לא נשקפת כל מסוכנות. המדרג האקטוארי של הערכות המסוכנות נע בציר שבו לכל הפחות ניתן לקבוע כי מן האדם נשקפת מסוכנות נמוכה, וזאת גם אם יאופייין במדדים המיטביים בכל קריטריון בהערכת המסוכנות.⁴⁶ אשר על כן, לא ניתן לבחון האם קיימת או שמה אינה קיימת מסוכנות בעניינו של אדם מסוים, אלא ניתן לדבר אך ורק על **רמת** המסוכנות הנשקפת מן האדם, וזאת בהתאם למאפיינים שונים הנוגעים לו - עבר פלילי, מאפיינים אקטואריים שונים, התנהגותו והתבטאויותיו וכיוצא באלה.⁴⁷ אף על פי כן, חלק מן ההסדרים החוקיים קובעים לכאורה רף לפיו כל סיכון שהוא הנשקף מן האדם יצדיק את הגבלת חירותו, גם אם רמת הסיכון (מבחינת סיכויי ביצוע המעשה) או חומרת הסיכון (מבחינת אופי המעשה) הנשקפות ממנו נמוכות. כך עולה למשל מניסוחו של חוק שחרור על-תנאי ממאסר, לפיו על הוועדה להשתכנע כי השחרור "אינו מסכן" את שלום הציבור, או מניסוחו של חוק הכניסה לישראל, לפיו שחרורו של השוהה שלא כדין "יסקן" את שלום הציבור. ואולם, כאמור, ניסוחים אלה מציבים רף בלתי ראוי, בלתי חוקתי (בשל היותו בלתי מידתי) ובלתי מציאותי לרמת המסוכנות הנדרשת, שכן לעולם לא ניתן להראות כי אדם מסוים "איננו מסוכן".

יתרה מכך - לא רק שאין מקום לדרוש כי האדם יוכיח כי איננו מסוכן, אלא שיש לקבוע כי **לא כל רמת מסוכנות תצדיק את הגבלת חירויות הפרט**. כאמור לעיל, רק סיכון משמעותי, הן מבחינת סיכויי התממשותו והן מבחינת חומרתו, מצדיק להגביל את חירותו של אדם או לפגוע בזכויות היסוד שלו. הגבלת חירותו של אדם או פגיעה בזכויותיו האחרות מקום שאופי הסיכון הנשקף ממנו אינו חמור, אפילו אם מבחינה הסתברותית הסיכוי להתממשות הסיכון גבוה (למשל, ככל שמדובר בקלפטומן הגונב באופן סדרתי מוצרים

45 להשפעת חלוף הזמן על חוקתיות ההחזקה במשמורת לפי חוק הכניסה לישראל ראו ע"מ 4496/13 **הבטום נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 12.11.2013); ע"מ 4326/13 **הלהלו נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 3.11.2013).

46 ראו למשל תיאור הכלי האקטוארי הנפוץ ביותר להערכת מסוכנות, Static 99: Improving Actuarial Risk Assessments for Sex Offenders (1999) (Retrieved from: <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsres/pblctns/sttc-mprvng-actrl/sttc-mprvng-actrl-eng.pdf>).

47 לסקירה בדבר הבסיס להערכות מסוכנות ראו דרור אורטס-שפיגל, "מושגים ראשוניים בהערכת מסוכנות לעבריני מין" **הסיניור** 124, 4 (2007).