

העותרת:

**האגודה לזכויות האזרח בישראל**

ע"י ב"כ עוה"ד עאוני בנא ואח'  
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל  
ת"ד 33709, חיפה 31336  
טלפון: 04-8526333, פקס: 04-8526331

-- נגד --

המשיבים:

1. רשות שדות התעופה
2. שירות הביטחון הכללי
3. משרד התחבורה

ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים

עיקרי טיעון מטעם העותרת

עניינה של העתירה בהליכי הבידוק הביטחוני המפלים נגד אזרחים ערבים בשדות התעופה. מהעתירה ומתגובות המדינה לה מצטיירת תמונה ברורה: המוצא האתני-לאומי של המיעוט הערבי-פלסטיני מקרב אזרחי מדינת ישראל הוא אינדיקטור לסיכון; אינדיקטור, שבהצטרפו לאחרים, שאינם מחשידים כשלעצמם, יוביל אזרחים ערבים להיות מושאיה של "בדיקה מיוחדת" בשדה התעופה.

הסוגיות שתמונה זו מעלה נוגעות למשמעות האזרחות של המיעוט הערבי בישראל ולליבת הערכים, שאמורים להנחות מדינה דמוקרטית, ששומרת על זכויות אדם, בהתנהלותה אל מול אזרחיה. סוגיות אלה מחדדות את סלע המחלוקת ומעמידות לפתחו ולהכרעתו של בית משפט נכבד זה שאלות עקרוניות:

1. האם מותר לה למדינה להצמיד תג "סיכון גבוה בכוח" לקבוצה מקרב אזרחיה, לא בשל סכנה וחשדות קונקרטיים ומוכחים, שדבקו בכל אחד ואחת מבניה ומבנותיה של קבוצה זו, אלא בשל מוצאה הלאומי-אתני של הקבוצה?

2. האם שיטת המשפט הישראלית מכירה בחוקיות של פעולה דיפרנציאלית של המדינה, המבחינה בין קבוצות מקרב אזרחיה שלה לפי הערכות כלליות בדבר רמת סיכון בכוח הנשקפת מקבוצות אלה?

## **ראשית דבר**

1. לטענת המדינה, מדיניות התיוג האתני של נוסעים, ובתוך זה השימוש בקריטריון הלאום בתהליך קביעת רמת האיום בכוח וחומרת הבידוק, הינה מדיניות עניינית ורציונאלית. לשיטתה, פגיעתו של התיוג בנוסעים ערבים הינה מוגבלת; והיא פועלת כך, משום שלפי נתונים סטטיסטיים והערכות סיכון כלליות של גורמי הביטחון, מוצא ערבי של אזרח נושא סיכון גבוה יותר מאשר מוצא יהודי של אזרח, ומשום שאין לה אלטרנטיבה אחרת. לעמדתה, תיוג זה, ובמילותיה היא "השימוש במאפיינים ונתונים אובייקטיביים", הוכר בפסיקה כחוקי והוא עומד במבחני החוקתיות שבמשפט הציבורי הישראלי מכיוון שמדובר בתחום שהוא בעל רגישות ומורכבות ביטחונית מיוחדת.

2. העותרת דוחה תשובה זו מכל וכל. מדיניות התיוג האתני המופיעה בתגובה היא חסרת תקדים במונחי התנהלותן של מדינות דמוקרטיות בהווה כלפי אזרחיהן. הן המשפט הישראלי והן המשפט ההשוואתי (והבינלאומי) תומכים בעמדה זו. מדיניות התיוג האתני של אזרחים בשדות התעופה של ישראל כושלת למול המשוכות החוקתיות, שכן היא נושאת עמה פגיעות קשות בזכויות האזרח, פגיעות שאינן עולות בקנה אחד עם תנאי פיסקת ההגבלה, העשויים להצדיק את גרימתן.

3. העותרת תתייחס תחילה להנחות ולנקודות מוצא מוטעות ובלתי נכונות, שהובאו בתשובת המדינה ושעליהן נשענות טענותיה ומסקנותיה בדבר חוקיות התיוג שהיא מפעילה כלפי אזרחיה הערבים.

## **הערות כלליות לעמדת המדינה**

4. עמדתה של המדינה מבוססת על פרשנויות והנחות מוצא, הן עובדתיות והן משפטיות, מוטעות ו/או בלתי מדויקות או בלתי רלוונטיות. קריאה נכונה של נקודות והנחות אלה מעלה לא רק שאינן תומכות בעמדת המדינה, אלא שחלקן מחזקות דווקא את עמדת העותרת בדבר חוסר חוקיותה של מדיניות התיוג האתני של אזרחים, כפי שיפורט להלן.

## **התשתית העובדתית**

5. המשיבים מבקשים להמתיק את גלולת מערך התיוג האתני בטענה, כי הוא איננו הסדר גורף, וכי התיאור הכללי המובא בעתירה לעניין זה "איננו משקף נכונה את התשתית העובדתית הרלוונטית להכרעה" (סעיפים 44-48 לתשובה לצו על תנאי). לטענת המשיבים

קריטריון הלאום הערבי אינו עומד בפני עצמו, וכי "בניגוד למשתמע מהנטען בעתירה", הרי בפועל "אין רמת בידוק מחמירה אחידה לכלל אזרחי ישראל הערבים" ולא כל אזרח ערבי נדרש לבדיקה מיוחדת (סעיף 36 לתשובה לצו על תנאי). המשיבים טוענים עוד, כי לא ניתן במסגרת התשובה להציג את התשתית העובדתית המלאה והמדויקת וזאת מטעמי חיסיון, וכי תשתית זו הוצגה בעבר בפני בית המשפט במעמד צד אחד.

6. אולם הגלולה מרה מכדי להמתיקה. ראשית יודגש, כי לצורך דיון והכרעה בשאלות העקרוניות העולות מהעתירה די בתמונה העובדתית המצטיירת מתשובותיה השונות של המדינה לעתירה. לפי תמונה זו, שאין לגביה כל מחלוקת, הלאום הערבי מהווה שיקול רלוונטי בתהליך קביעת רמת הסיכון בכוח וחומרת הבידוק. העותרת עתרה לסעד ברור, כי הלאום הערבי לא ישמש בשום אופן כקריטריון רלוונטי לצורך קביעת חומרתה ורמתה של הבדיקה הביטחונית בשדות התעופה – ולא ייכלל עוד ב"פרמטרים", המשפיעים, לדברי המשיבים, על רמת הבדיקה. כאמור, התשתית העובדתית המתוארת בגלוי ובמשתמע בעתירה לעניין זה מהווה תשתית מספקת לצורך כל התמודדות משפטית עם סעד זה.

7. שנית, העותרת מעולם לא טענה, כי הבדיקות הביטחוניות בשדות התעופה נקבעות אך ורק לפי קריטריון הלאום. בדומה לזה לא נטען בעתירה, כי כל נוסע ערבי עובר בדיקה קפדנית יותר, באותה רמת חומרה ממש. כאמור, טענת העותרת היא, כי הלאום הערבי משמש כיום קריטריון רלוונטי בתהליך קביעת רמת הסיכון הנשקפת מנוסעים, וכתוצאה מכך הוא משליך על רמת החומרה של הבדיקה, שתיערך לנוסעים ערבים. זאת, באופן שפועל בדרך כלל להעלאת רמת הבדיקה, שלה נדרש הנוסע הערבי לעומת הרמה שלה היה נדרש אילולא היה ערבי.

8. שלישית, הטענה, כי קריטריון הלאום הערבי אינו עומד בפני עצמו, וכי רמת החומרה של הבידוק נקבעת בשילוב של "מספר פרמטרים", אינה מנטרלת את השיוך ללאום הערבי כקריטריון סף ואינה מרפאת את הנחת היסוד הטמונה בעצם התיג, אשר מייחסת מסוכנות לאזרחים הערבים באשר הם. הפרמטרים הנוספים, שאינם מחשידים כשלעצמם (אינם נגזרים ישירות מהשיוך הלאומי של הנוסע), רלוונטיים רק ביחס לבני הקבוצה המתויגת וכל מטרתם היא ליצור תתי קבוצות סיכון בתוך אותה קבוצה. למותר לציין, כי התקיימותם של פרמטרים אלה לגבי נוסעים שאינם נמנים עם הקבוצה המתויגת אינו מהווה עילה להעלאת רמת הבידוק ביחס לאותם נוסעים.

9. המדיניות הננקטת ברמת המציאות היא כזו, שבה יהודי אזרח ישראל אינו חשוד לעולם, אלא אם מתקבל בעניינו מידע קונקרטי, בעוד שערבי אזרח ישראל הוא חשוד לעולם, חשוד באשר הוא ערבי, אלא אם כן מתקיימים בעניינו תנאים מסוימים קונקרטיים, 'המשחררים' אותו מקבוצת הסיכון (נניח גיל מבוגר, נסיעה עם המשפחה, שירות צבאי וכדומה). לשון אחרת: התו המולד של השייכות האתנית הערבית משייך את האזרח לקבוצה, שמדינתו מגדירה כמסוכנת, ויציאה מתיוג זה מחייבת עמידה בתנאים פוטרים מסוימים. אזרח כי

יבוא בשערי שדה התעופה, והוא למשל גבר צעיר הנוסע לבדו, ייבדק בדיקה מיוחדת רק אם הוא ערבי (או לחלופין, אם הוא ברשימה שמית מיוחדת – רשימה שחורה – ולכאורה יש לגביו מידע אישי וקונקרטי מחשיד).

10. באשר לטענות ואסמכתאות המשיבים לעניין חיסיונם של הכללים והנהלים של הבידוק הביטחוני, תחזור העותרת על עמדתה כפי שהוצגה בתגובות קודמות מטעמה, כי היא לא ביקשה לחשוף את נהלי הבידוק הביטחוני וחשיפה מעין זו אף אינה נחוצה לצורך הדיון וההכרעה בעתירה ובשאלות המהותיות העולות ממנה ומתשובת המדינה.

### חומרת הפגיעה של התיוג

11. המשיבים מציגים את הפגיעה באזרחים הערבים הטמונה בהסדר התיוג כעניין של מה בכך, ועל רקע זה גם בוחנים את חוקיותה. לשיטתם, הפגיעה במקרה דנן הינה "מוגבלת", וכי מדובר "בהליכי בידוק בלבד", שנערכים בצורה ממוקדת ובפרק זמן קצר. המדינה מדגישה, כי לא מדובר בשלילת זכות, וכי מבחינת חומרתה, הפגיעה "איננה שקולה לאיסור מוחלט או מניעה מהפרט לממש זכויות". (סעיף 128 לתשובה לצו על תנאי).

12. העותרת דוחה מכל וכל טענה זו של המדינה, אשר מחטיאה דברים עמוקים מאד ומעידה על חוסר הבנה מוחלט לגבי מהות והשלכות התיוג האתני של נוסעים ערבים. תחילה יודגש, כי לעניין חומרת הפגיעה אין מקום להשוואה בין הפגיעה בזכות לשלילה מוחלטת של הזכות. כך, ככלל, לגבי כל זכות יסוד וכך במיוחד עת מדובר בפגיעה בזכות לשוויון על רקע קבוצתי, הנופלת בגדר הגרעין הקשה של הזכות לכבוד, המוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שפורט בהרחבה בעתירה ובתגובות קודמות של העותרת, פגיעתו של הסדר התיוג בזכות לשוויון הינה קשה וודאית. למעשה, מדובר בפגיעה עמוקה וחריפה בזכות ביחס לאזרחים ערבים, אשר נדרשים, ככלל, באשר הם ערבים, לבידוק "שונה" מזה שלו נדרשים שאר האזרחים. בניגוד לטענת המשיבים, זו אכן מניעה מאותם אזרחים לממש זכות חוקתית.

13. הפגיעה באזרחים הערבים הינה מורכבת וחמורה ביותר, ואליה מתלווים אספקטים חברתיים מרחיקי לכת. ראשית, הנפגעים מהבידוק הדיפרנציאלי הם לא רק אותם נבדקים ערבים, שעוברים בידוק קפדני בשדות התעופה, אלא כלל האזרחים הערבים במדינת ישראל, המתויגים כולם כקבוצת סיכון באשר הם. שנית, אין להקל ראש בפגיעה הישירה, הנגרמת לנבדקים עצמם, כולל תחושת העלבון בעת תחקורם, בעת החיפוש בהם ובכליהם ובעת ההתנהלות כלפיהם בשדה התעופה, אשר נעשית בדרך כלל לעיני כל שאר הנוסעים ובפני כל העוברים והשבים בשדה התעופה. כפי שמפורט בעתירה, אנו מדווחים חדשות לבקרים על חוויות קשות ומשפילות, שעברו אזרחים ערבים במהלך הבידוק המיוחדת. הגם שאין להמעיט מעוצמת פגיעה זו, הרי הפגיעה העיקרית חורגת בהרבה מאותה תחושה של הכבדה וחוסר נעימות, כפי שזו מתוארת ע"י המשיבים, והיא נגרמת בעיקר מעצם התיוג. שלישית, התיוג נושא השלכות חברתיות הרסניות הן בתוך קבוצת המיעוט המתויגת, הן בתוך קבוצת הרוב המתויגת והן במערכת היחסים בין שתי הקבוצות.

"[ראשית], הבדיקה המוגברת הסלקטיבית נעשית לעתים בפני אחרים, וכאשר אין מדובר בפרוצדורה אקראית (רנדומלית) אלא בפרוצדורה תלוית חשד אזי נלווה לה גם ממד של השפלה או תיוג פומביים. [שנית], יש בה ייחוס רשמי של חשד מוגבר המופנה כלפי אזרחים מקבוצה אחת – האזרחים הערבים – בהשוואה לבני החברה האחרים. ייחוס של חשד מוגבר לנכונות להרוג חפים מפשע הוא פוגעני מאוד. [שלישית], תיוג זה של גורמי הביטחון הרשמיים של ישראל גורר השלכות על מידת הפלייתם (ובאופן כללי על שבריריות מעמדם) של בני קהילת המיעוט, שכן הוא משפיע כמעט בהכרח על עמדתם והתנהגותם של בני קהילת הרוב כלפי בני קהילת המיעוט באינטראקציות השונות ביניהם: בחיפושם של האחרונים אחר מקום עבודה או דירה להשכרה, בבקשם להיכנס למרחבים ציבוריים שונים וכדומה. משום כך, אף אם יופעלו אמצעים טכנולוגיים שיצמצמו את הבדיקות הפומביות לנוסעים, אין בכך כדי להקהות באורח ניכר את מרב השלכותיה הקשות של מדיניות זו. חלק חשוב מההשלכות הקשות של מדיניות זו נובע מה"מודעות" לה, להבדיל מאופן הפעלתה. הכוונה למודעותם של האזרחים הערבים לכך שמדינתם שלהם מבדלת אותם ומסווגת אותם רק בשל מוצאם כמסוכנים יותר וכחשודים יותר מאחרים בנכונות להרוג חפים מפשע; ולמודעותם של בני קהילת הרוב לאופן שבו רשויות הביטחון מסווגות את האזרחים הערבים. שום מכונת שיקוף לא תעלים את שתי הבעיות הללו." (ההדגשה במקור).

**ברק מדינה ואילן סבן** "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 46, 71 (2009).

14. הגדרת השייך ללאום כגורם סיכון יוצרת על כן תווית של שלילה ונידוי על קבוצה שלמה באוכלוסייה. תווית זו זולגת אל מעבר לשדות התעופה והתחומים הגיאוגרפיים שבהם היא מופעלת, והיא נושאת מסר הן לקהילת הרוב והן לקהילת המיעוט. כך, למשל, היא מאותתת לכלל האזרחים שזהותם הלאומית והתרבותית היא ערבית, כי זהות זו היא למעשה מכשול חברתי, המסב (ועתיד להמשיך להסב) להם נזק, השפלה ויחס מפלה. אשר על כן, יש כאן הזמנה שלהם להלך-רוח הנע בין ייאוש בגין אופקים חסומים לבין תמריץ חריף להתנתקות של בני המיעוט מאותה זהות 'בעייתית' או לפחות תמרוצם להימנעות מהחצנתה החברתית.

15. אשר למסר שהתיוג מעביר לקהילת הרוב: הסטיגמטיזציה של זהות קבוצת המיעוט מביאה לדה-לגיטימציה והדרה של קבוצה זו מכל מעורבות ושותפות אזרחית, על כל ההשלכות הקשות שנובעות מכך – השלכות פוליטיות, חברתיות, תרבותיות וכלכליות. התיוג במקרה דנן מחזק תפיסות סטריאוטיפיות על האזרחים הערבים ותורם לליבוי העוינות והגזענות כלפיהם. אם המדינה מתייחסת לאזרח הערבי כמסוכן וכמי שמותר לעכבו, לבדקו ולערוך חיפוש על גופו ובכליו בכל עת ובכל מצב, ואם לה מותר לנהוג בו בגזענות לשם שמירה על הביטחון כביכול, אזי מדוע לציבור אסור לסמנו, לתייגו, להדירו ולהתעמר בו בשם אותו ביטחון?

16. במציאות חיינו, הקו המפריד בין תיוגם של האזרחים הערבים ע"י המדינה כמסוכנים לבין מעשי אלימות נגד אזרחים ערבים ע"י הציבור הרחב הינו דק להחריד. לא מן הנמנע לציין בהקשר זה את דבריו של הרב הראשי של צפת, שמואל אליהו, החתום על פסק הלכה האוסר על השכרת דירות לערבים בצפת, כפי שהובאו בראיון איתו שפורסם בתקשורת: "אי אפשר להתעלם מכך שאנחנו בעימות עם העולם הערבי. בכל קניון בודקים ערבי. אמרתי את זה פעם לפרקליטת מחוז צפון, מה את רוצה ממני? הנחיות הביטחון של מדינת ישראל הן כאלה. היא אמרה, מותר ככה לעשות אבל אסור ככה לומר. כל רשויות הביטחון ואמרות שערבי הוא פוטנציאל לסכנה. גם הציבור מבין את זה ובורח מהדירות."

חיים לוינסון "כשהרב הראשי של צפת, שמואל אליהו, מתחיל לדבר, יש סיבה לדאגה", **הארץ** 18.11.2010: <http://www.haaretz.co.il/misc/1.1230800>

17. למותר להזכיר, כי ביחסן כלפי האזרחים הערבים, משמשות רשויות המדינה דוגמה לחיקוי חברתי:

"תרבות המכבדת רק בני קבוצה מסוימת, ומתירה להשפיל בני קבוצות אחרות, זורעת את זרע האלימות שתעלה ותפגע בה עצמה... שאיפתו של כל אדם שיכבדו אותו, שיתייחסו בכבוד ראש אליו כאדם – היא צורך אנושי אוניברסאלי... כבוד האדם יהיה ערך מרכזי בחיינו רק אם יהפכו אותו רוב אזרחי המדינה לערך פעיל בחיי היום-יום. המדינה יכולה לסייע בכך – בשמשה דוגמה להתבטאות ולהתייחסות לאזרח מצד מנהיגים, מצד עובדי מדינה ורשויות אחרות, מצד של שוטרים וחיילים." (אלוף הראבן "לקראת שנת 2025, התיתכן חברה אזרחית משותפת ליהודים ולערבים בישראל?", בתוך: א' גאנס, א' הראבן (עורכים) **הערבים אזרחי ישראל לקראת המאה העשרים ואחת** (1995) 30, 31.

העותרת הרחיבה לעניין עוצמת הפגיעה והשלכותיה החברתיות והאחרות בסעיפים 15-27 לעתירה. וראו גם:

**Murad Hussain**, *Defending the Faithful: Speaking the Language of Group Harm in Free Exercise Challenges to Counterterrorism Profiling*, 117 *YALE L.J.* 920, 940-2 (2008)

### הפסיקה לעניין השימוש במאפיינים ובנתונים "אובייקטיביים"

18. לצורך ביסוס עמדתה תולה המדינה את יהבה בפסיקה של בית משפט נכבד זה, שאישרה בהקשרים שונים מדיניות של "שימוש במאפיינים ונתונים אובייקטיביים שונים הנוגעים לפרט, במסגרת תהליכי איבחון ובידוק ביטחוניים."

19. הסוגיות העומדות להכרעה במסגרת עתירה זו שונות תכלית השינוי מאלה שעמדו להכרעה באותם פסקי דין, שאליהם מפנה המדינה. השוני העיקרי נעוץ בכך, שבענייננו מדובר בחוקיותה של מדיניות תיוג אתני של אזרחים ישראלים במסגרת הליכי בידוק ביטחוני. השאלה העומדת להכרעה היא האם מותר למדינה לתייג קבוצה מקרב אזרחיה כמסוכנת בשל המוצא הלאומי או הגזע שלה. העתירה מתמקדת בהתנהלותה של המדינה אל מול אזרחיה ומעלה, כפי שכבר נאמר לעיל, סוגיות שנוגעות למשמעות האזרחות ולערכים שאמורים להנחות את המדינה לעניין זה.

20. לעומת זאת, הפסיקה שעליה מסתמכת המדינה עוסקת בהסדרי תיוג כלפי מי שאינם אזרחים ו/או בפגיעה בזכויות של אזרחים לא בשל סכנה ביטחונית (בכוח או בפועל) שמיוחסת אליהם ושנסקפת מהם כביכול. במילים אחרות, פסיקה זו לא יוצרת ולא מכשירה אבחנה בין אזרחים לפי רמות סיכון שנסקפת מהם ישירות.

21. פסק הדין בבג"צ 11120/05 **חמדאן נ' אלוף פיקוד הדרום**, תק-על 2007(3) 2071 עסק במדיניותם של גורמי הביטחון, שלא לאפשר מעבר של **סטודנטים** לריפוי בעיסוק **תושבי עזה** בגילאם מסוימים ללימודים בגדה. אומנם נקבע שם, כי אין עילה להתערב בעמדת המשיבים לגבי האיסור הגורף על מעבר הסטודנטים, אלא שאין ללמוד מקביעה זו דבר וחצי דבר לענייננו, בו מדובר כאמור בהסדר תיוג של **אזרחים** על רקע לאומי/אתני. בשולי הדברים יצוין, כי פסק הדין ניתן לאחר עליית החמאס לשלטון ולמעשה הוא מתבסס על חוסר היכולת לערוך "תיאום ביטחוני" ובדיקות פרטניות של סטודנטים. אין להסיק ממנו מסקנות כלשהן לגבי אי-היתכנותה של בדיקה פרטנית במקרים אחרים ובנסיבות אחרות. פסק הדין מסתיים במילים הבאות: "**עם זאת, לא נכחד כי לדעתנו ככל שניתן לתור אחר דרכים לבדיקה פרטנית, הדבר יהא ראוי ומועיל...**".

בענייננו, בדיקה פרטנית מתקיימת בכל מקרה בשדות התעופה והשאלות שבמחלוקת נוגעות לכך שפרופיל הסיכון – מוצא לאומי (שלעמדת העותרת פסול כשלעצמו) יוצר הפליה בין נוסעים, אזרחים במקרה זה, בכל הנוגע לסוגה ולחומרתה של הבדיקה.

22. באשר לפסק הדין בעניין **חוק האזרחות** (בג"צ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים**, תק על' 2006(2) 1754; להלן - "**פרשת חוק האזרחות**"), אף הוא לא עסק במדיניות של תיוג אתני של אזרחים. הסכנה הביטחונית המדוברת בחוק ובפסק הדין אינה מיוחסת לאזרחי ישראל ואינה נשקפת ממנו. בתיק זה לא נשמעה הטענה כאילו ניתן לייחס לאזרחים ישראלים הנישאים לפלסטינים תושבי השטחים חזקה של מסוכנות ביטחונית. דעת הרוב מפיו של המשנה לנשיא (בדימוס) חשין קבעה, כי תכליתו של החוק היא סיכול האפשרות להסתייע בזכויות יתר של פלסטינים שאינם אזרחי ישראל לשם פגיעה בביטחון (ר' סעיף 101 לפסק דינו). בהקשר זה הוא מפנה לניתוחו של הנשיא (בדימוס) ברק, שלפיו החוק מכוון את פעולתו כלפי בני הזוג הזרים (ר' סעיף 79 לפסק דינו של הנשיא ברק).

23. אומנם שופטי המיעוט וחלק משופטי הרוב קבעו, כי הפגיעה שביסוד החוק מתייחסת לזכויותיהם של אזרחים הישראלים. אך אין לקרוא אל תוך קביעה זו מסקנות שהיא לא יכולה לשאת ואין להסיק ממנה, כפי שהמדינה מבקשת להסיק, "שעולה לכאורה מפסק-הדין כי אין מניעה לפעולה דיפרנציאלית של הרשויות המבחינה בין קבוצות" אזרחים לפי רמת הערכת הסיכון. מסקנה זו אינה עולה מפסק הדין, לא מדעת המיעוט ולא מדעת הרוב. הפגיעה באזרחים הישראלים אינה נובעת ואינה יוצרת אבחנה בין אזרחים לפי רמת הסיכון הנשקפת מהם בשל מי שהם, קרי היותם ערבים, אלא בשל נישואיהם למי שאינם אזרחים ישראלים (ר' ס' 92 לפסק דינו של השופט חשין). במילים אחרות, הפגיעה לא נוגעת לאבחנה בין קבוצות אזרחים שונות באוכלוסייה ואינה "אתנו-תרבותית", כפי שמבהירה השופטת נאור.

24. לעניין האבחנה בין אזרחים למי שאינם אזרחים יפים לענייננו הדברים שבהם חותם המשנה לנשיא (בדימוס) חשין את פסק דינו בהתייחסו להשוואה שהשופטת (בדימוס) פרוקציה עושה בין חוק האזרחות לבין פרשת Korematsu. השופט חשין קובע לעניין זה, כי ההבדל בין שני המקרים טמון בשאלת האזרחות והסיכון המוכח:

"...כבית-משפט נטל הוא המוטל עלינו ללמוד מן ההיסטוריה ולהימנע מטעויות העבר. אלא שבלימוד זה נדרשים לדוק פורתא ולבחון נסיבותיו של כל מקרה ומקרה לגופו פן נחטא לאמת ולמצאיאות החיים המורכבת שלפנינו. אשר לענייננו-שלנו, המרחק בין אותה פרשה היסטורית קשה עצובה לבין ענייננו-שלנו מרחק שנות אור הוא... בפרשת Korematsu דובר בשלילת חירותם של למעלה ממאה אלף אזרחי ארה"ב מבלי שהוכחו סיכונים בטחון הנשקפים מהם. **ענייניו שלנו הוא, נזכור במניעת כניסתם של אזרחים זרים** שעה שהוכחו סיכונים בטחון... ההבדל בין המקרים כה זועק עד כי אין צורך להרחיב בו." (סעיף 136 לפסק דינו של השופט חשין; ההדגשה לא במקור).

25. מכל האמור לעיל עולה, כי אין לפרש את המצב המשפטי במדינת ישראל כמי שנותן הכשר לתיוג לאומי-אתני של אזרחים ישראלים. כפי שפורט בתגובותיה הקודמות של העותרת וכפי שיפורט בהמשך, סקירה של שיטות משפט שונות בעולם מעלה, כי גם בשיטות אלה אין בנמצא החלטות שיפוטיות או נהלים, המאפשרים תיוג אתני של אזרחים בתחום הבדיקות הביטחוניות בשדות התעופה. נהלים שכאלה לא קיימים גם בתחומים אחרים, כגון מלחמה בסמים ובפשע. במדינות רבות ננקטו בשנים האחרונות, לרבות אחרי פיגועי ה-11 בספטמבר, פעולות וצעדים, שנועדו להבהיר, כי אסור להנהיג מדיניות של תיוג אתני, המבוססת על הערכות כלליות או נתונים סטטיסטיים בלבד.

26. באשר לדוגמאות שהמשיבים מביאים בסעיפים 72-73 לתשובתם לצו על תנאי לעניין השימוש במאפיינים אובייקטיביים במדינות זרות בהקשר של שמירה על הביטחון, יובהר כי אף דוגמאות אלה אינן מתייחסות לשימוש במאפיין אתני-לאומי נגד **אזרחיהן** של אותן מדינות. המגבלות שהוטלו בעקבות פיגועי ה-11 בספטמבר, שאליהן מפנה המדינה בסעיף



72 לתשובה, נקבעו ביחס לרישום של זרים הנכנסים לארה"ב משורה של מדינות (שברובן הן מדינות ערביות, כפי שהמשיבים מציינים זאת בעצמם).

27. כך גם לגבי כללי הבידוק המחמירים, שנקבעו בארה"ב בתחילת שנת 2010 לאחר החשש הגדול שהתעורר בעקבות הניסיון של פארוק עבד אל-מוטלב להתפוצץ במטוס שהיה בדרכו לארה"ב. הרשויות בשדות התעופה והמודיעין האמריקאי אכן ביקשו להחמיר את נהלי הבטיחות, אך לא באמצעות שימוש במדיניות תיוג כלשהי כלפי אזרחי ארה"ב. התיוג מופנה כלפי זרים בעלי נתינויות מסוימות, המבקשים להיכנס לארה"ב. הכללים שנקבע לעניין זה לא יוצרים שום אבחנה בין אזרחי ארצות הברית לפי מוצאם האתני-לאומי, כפי שעושה הסדר התיוג נשוא העתירה ביחס לאזרחים ישראלים.

28. לגופם של הכללים החדשים שנקבעו יצוין, כי האמצעים המחמירים שנבחרו מושתתים בין היתר על טכנולוגיות חדישות יותר כמו מכונות סריקת גוף מתקדמות יותר. ההתמקדות היא עדיין בבדיקה אחידה, הנסמכת על טכנולוגיות חדישות, ובצורך ביצירת מערך מודיעיני יעיל, שמטרתו לאתר באופן אינדיבידואלי מסוכנות הפרט, שעתיד לעלות על מטוס שיעדו ארה"ב.

**Jeff Zeleny & Helene Cooper**, *Obama Details New Policies in Response to Terror Threat*, THE NEW YORK TIMES, Jan. 7, 2010; available at: <http://www.nytimes.com/2010/01/08/us/politics/08terror.html>

29. בדומה, גם פסק הדין בעניין **Ashcroft**, אליו מפנה המדינה בסעיף 72 לתשובה, איננו עוסק באבחנה בין אזרחים. באותו עניין דובר באזרח פקיסטאני, שנעצר אחרי פיגועי ספטמבר והוחזק בתנאים מחמירים, ספג עלבונות והתעללויות (ובסופו של דבר גורש מארה"ב בגין הונאה במסמכי הזיהוי שלו). הוא טען להפליה נגדו בהיותו מוסלמי ושמקורה של ההפליה במדיניות וביישום המדיניות על ידי ה-FBI ורשויות שלטון החוק. בית המשפט דחה את הטענות מאחר שלא הוכח שהייתה אפליה שמקורה במדיניות/הוראות/פקודות. אומנם בית המשפט התייחס (במשפט המצוטט בתשובת המדינה) להשפעות הבלתי מפתיעות של פיגועי ה-11 בספטמבר, והפעולות שנקטו הרשויות בעקבותיהם, על מוסלמים בכלל, אך זאת תוך שהוא קובע (בהמשך הבלתי מצוטט של אותו משפט) שהמדיניות לא הייתה מכוונת נגד ערבים או מוסלמים. במילים אחרות התובע באותו העניין לא נעצר כי הוא ערבי ו/או מוסלמי:

The September 11 attacks were perpetrated by 19 Arab Muslim hijackers who counted themselves members in good standing of al Qaeda, an Islamic fundamentalist group. Al Qaeda was headed by another Arab Muslim—Osama bin Laden—and composed in large part of his Arab Muslim disciples. It

should come as no surprise that a legitimate policy directing law enforcement to arrest and detain individuals because of their suspected link to the attacks would produce a disparate, incidental impact on Arab Muslims, **even though the purpose of the policy was to target neither Arabs nor Muslims.**

*Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. , 129 S.Ct. 1937, 1951 (2009)

30. מדיניות של תיוג אתני של אזרחים משיקולים ביטחוניים בכלל ובהקשר של בדיקות ביטחוניות בשדות תעופה בפרט לא הונהגה ולא הותרה גם במדינות שסועות, הרוויות בסכסוכים אתניים ולאומיים. **המצב המשפטי בטורקיה** הוא דוגמא השוואתית מעניינת מאד, שכן זו מדינה שעסוקה מזה עשרות שנים בסכסוך עם המיעוט הכורדי בתוכה. סכסוך זה לבש גם צורה של מאבק מזוין המתנהל – כולל בהווה – בכל שטח המדינה (והמנוהל בעיקר ע"י מפלגת הפועלים הכורדית P.K.K). סכסוך זה גבה עד כה את חייהם של אלפי אזרחים ואנשי ביטחון טורקים. והנה למרות אופיו והיקפו של הסכסוך והאיומים הביטחוניים שהוא יצר וממשיך ליצור, מעולם לא הונהגה כלפי האזרחים הטורקים ממוצא כורדי מדיניות של תיוג אתני מהסוג נשוא העתירה.

31. העותרת צירפה לתגובתה מיום 13.5.2011 חוות דעת משפטית של פרופ' **Mithat Sancar**

מאוניברסיטת אנקרה, מומחה בעל-שם במשפט הציבורי בטורקיה וממייסדי **Turkish Human Rights Foundation**. חוות הדעת מעלה, כי בדין הטורקי ובמדיניות הממשלתית אין שום הוראה או הנחיה, המתירה פרופיילינג על בסיס אתני כלפי כורדים. אזרחים טורקים ממוצא כורדי לא נדרשים לשום בדיקה מיוחדת בשדות התעופה, השונה מזו שלה נדרש כל אזרח טורקי. לפי חוות הדעת, החוקה ושיטת המשפט הטורקית אינן מתירות כל מדיניות של תיוג אתני כלפי אזרחים טורקים, ויתר על כן הצעה שכזו פשוט "אינה עולה על הדעת":

"It is widely accepted today that there has been a Kurdish problem in Turkey since the establishment of the Republic in 1923.... Discrimination in Turkey is experienced essentially as a *de facto* phenomenon by Kurds... However, it is unthinkable that discrimination on the basis of ethnic origin could be authorized or legalized through specific legislation. To begin with, such legislation would clearly violate Article 10 of the Turkish Constitution, which states that everyone is equal before the law, "irrespective of language, race, color, gender, political opinion, philosophical belief, religion, sect or other similar reasons." In the event of legislation or regulation contravening Article 10, all kinds of domestic legal remedies are available to citizens. At the same time, Turkey is a party to the European Convention on Human Rights. Article 14 of the Convention prohibits discrimination. In the event that Turkey enacts legislation contravening the Convention or public agencies undertake discriminatory acts, individuals have the right to petition the European Court of Human Rights and the decisions that

will come forth from the Court have supremacy over domestic legislation according to Article 90 of the Turkish Constitution.... The point I would like to stress, is that despite considerable levels of violence by organizations claiming to represent Kurdish politics and identity, practices that would isolate or intern the Kurds have been only isolated and de facto incidents. There has not been, to date, a government policy or action that treats Kurdish citizens with a different or discriminatory status. More concretely, there also has not been a situation in which Kurds underwent a particular or heightened type of security control in airports that is different from the security control for other Turkish citizens. **Such an act would be inconceivable in Turkey.**" (ההדגשה במקור).

### שינויים במערך הבידוק הביטחוני

32. המשיבים מציגים בתשובתם לצו על תנאי שינויים במערך הבידוק, שלטענם "צפויים להשפיע, עם השלמת יישומם, באופן מהותי על מערך הבידוק, תוך הפחתת המרכיב הדיפרנציאלי בבידוק". בין יתר השינויים שעליהם דווח, שינוי במערך הבידוק בכניסה בשערי הכניסה של רכבים והולכי רגל של נתב"ג. לעניין זה נמסר בתשובה, כי "הבידוק של אזרחים ישראלים בנקודות אלה איננו מבוסס [יותר] על מאפיינים אובייקטיביים מבחינים". בנוסף, דווח, כי המשיבים פועלים לעריכת שינוי מהותי בכל הנוגע לבידוק כבודת הבטן של הנוסעים (עריכת בידוק של כלל המטען של הנוסעים באמצעות מערכת טכנולוגית מתקדמת, שתמוקם באזור נפרד, ושלא בנוכחות נוסעים).

33. הגם שהעותרת מברכת על כל שינוי שיפחית מסבלם של הנוסעים הערבים ויהפוך את חווית מעברם בשדות התעופה לפחות קשה ומשפילה, יודגש, כי שינויים אלה אינם נותנים מענה לעתירה ולשאלות העקרוניות שהיא מעלה, כפי שפורט כבר לעיל. השאלה העיקרית והעקרונית שביסוד העתירה נוגעת לחוקיות הסדר התיוג האתני-לאומי המופעל נגד אזרחים ערבים. השינויים המדוברים לא נוגעים לשאלה זו ולא נועדו בעצם להביא שינוי בשיטת הבידוק לעניין ההסתמכות על קריטריון הלאום הערבי וחזקת המסוכנות של נוסעים ערבים.

34. המשיבים עצמם מודעים היטב לעובדה זו ולכך, שלא מדובר בשינויים שיבטיחו בדיקה שוויונית. לשיטתם, שינויים אלה, אשר עדיין יבוצעו "בהתאם לרמות בידוק שונות" (סעיף 39 לתשובה לצו על תנאי), נועדו כדי "להקל על הפרט", "להקטין ככל הניתן את אי-הנוחות" ו"התחושה של פגיעה בפרטיות או תחושת האפליה לעומת בידוק של נוסעים אחרים" (סעיפים 32 ו-39 לתשובה). ויודגש שוב, הפגיעה באזרחים הערבים כתוצאה ממדיניות התיוג נשוא העתירה הינה חמורה ומורכבת יותר מכדי להתייחס אליה ולהתמודד איתה בצורה שטחית זו.

## תיוג אתני במשפט הבינלאומי ובמשפט משווה

35. בטרם תפרוס העותרת את עיקרי טיעוניה לעניין בחינת חוקיות מערך הבידוק נשוא העתירה, תתייחס להלן בקצרה לעמדת המשפט הבינלאומי והמשווה בסוגית התיוג האתני.

36. בהקשר זה יצוין, כי אכן (כטענת המשיבים), מיעטה הפסיקה הזרה לעסוק בחוקיות התיוג האתני בהקשרים ביטחוניים בכלל, ובהקשר נשוא העתירה בפרט. אך בשנים האחרונות ניתן להצביע על מגמות משפטיות וחברתיות, האוסרות על שימוש במאפייני גזע ודת גם בהקשרים אלה. על כל פנים, ההיגיון המשפטי והחברתי, שעליו נסמכות העמדות העקרוניות בשאלת חוקיות התיוג האתני בהקשרים שנידונו במשפט המשווה, אינו שונה מזה שבנינו. מגמות אלה נועדו לבלום את הנטייה הראשונית לפגוע בזכויות אדם של קבוצות מיעוט וקבוצות אתניות ודתיות במסגרת הפעילות למניעת פיגועים בתעופה האזרחית וסיכולם.

### משפט בינלאומי

37. האמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 קובעת שורה של זכויות. היא מצביעה לרוב על יחסיותן (למול אינטרסים ולמול זכויות אחרות) ומאפשרת גריעה מחלק מהן בעת חירום. עם זאת, היא מקפידה להבהיר, כי חלק מהזכויות אינן ניתנות לגריעה. החשוב לעניינו הוא שנקבע, כי בשום אופן, גם למול שיקולים ביטחוניים, אין להתנות על הזכות לאיסור הפליה או לגרוע ממנה (סעיף 4 לאמנה). כפי שמבהירים המלומדים מדינה וסבן, הטעם לכך הוא:

"[ש]בני אדם אינם רשאים לנסות לקנות את ביטחונם על ידי פגיעה מפלה באחרים, ואין הם רשאים להפוך בני אדם אחרים לאמצעים להשגת ביטחונם. הם רשאים (בסייגים של מידתיות) לשנות את "שולי הסיכון" שהם נוטלים בעת חירום, משמע: לפגוע יותר מהמותר בימי שלום בחופש התנועה, בחופש הביטוי, בפרטיות, בקניין וכדומה, אך הם צריכים להחיל את השינוי הזה על הכול, ללא הפליה. בתמצית, ההיתר לשנות את "שולי הסיכון" **מסויג באיסור לעשות כן באורח סלקטיבי**. נאסרת לפיכך הטיה על בסיס השתייכות קבוצתית, ובתוך כך נאסר המעבר ממבחן סיכון אישי למבחן סיכון קולקטיבי." (ברק מדינה ואילן סבן, לעיל, בעמ' 72; ההדגשה במקור).

38. השוויון ואיסור ההפליה עוגנו גם באמנה בדבר ביעורן של כל צורות ההפליה הגזעית משנת 1966. בסעיף 5 לאמנה נקבע, כי על המדינה השותפה לאמנה לאסור הפליה גזעית ולבער אותה על כל צורותיה ולערוב לזכותו של כל אדם, בלא אבחנה באשר לגזע, צבע או מוצא לאומי, לשוויון בפני החוק, בעיקר בהנאה מן הזכויות המנויות באמנה, ובכללן זכות

היציאה מהארץ והזכות לגישה לכל מקום או שירות, המיועדים לשימוש על ידי הציבור הרחב. בנוסף, הוועדה לביעור כל צורות האפליה הגזעית קבעה בהמלצותיה הכלליות בשנת 2005, כי:

"States parties should take the necessary steps to prevent questioning, arrests and searches which are in reality based solely on the physical appearance of a person, that person's colour or features or membership of a racial or ethnic group, or any profiling which exposes him or her to greater suspicion."

CERD, General recommendation XXXI on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, para 20; *available at*:  
[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/GC31Rev\\_En.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/GC31Rev_En.pdf).

39. נפקותן של ההוראות הנזכרות במשפט הבינלאומי נידונה לאחרונה בהחלטת הוועדה **Rosalind Williams Lecraft v. Spain** (להלן – הוועדה) בעניין **לזכויות האדם של האו"ם**. הרקע להחלטה הוא פסיקה של בית המשפט החוקתי של ספרד, המאשרת הסתמכות על קריטריון אתני/גזעי על ידי המשטרה באכיפת חוקי ההגירה. הוועדה סקרה את האמנות הבינלאומיות הרלוונטיות והבהירה את עמדת האו"ם בכל הנוגע לתיוג אתני, כדלקמן:

"The impermissibility of this practice has been well-recognized by the United Nations and its human rights bodies. For example, the Programme of Action adopted after the UN World Conference against Racism urged 'States to design, implement and enforce effective measures to eliminate the phenomenon popularly known as 'racial profiling' and comprising the practice of police and other law enforcement officers relying, to any degree, on race, colour, descent or national or ethnic origin as the basis for subjecting persons to investigatory activities or for determining whether an individual is engaged in criminal activity'."

**Rosalind Williams Lecraft v. Spain**, U.N.H.R.C. (11.9.2006) Page 14; *available at* [http://www.womenslinkworldwide.org/pdf\\_programs/prog\\_ge\\_acodi\\_legal\\_docs\\_complaint.pdf](http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/prog_ge_acodi_legal_docs_complaint.pdf)

40. הוועדה קבעה, כי פרופיילינג על בסיס גזעי לא רק שהוא פוגע בזכויות אדם, אלא שהוא גם חסר יעילות ותבונה. הוועדה עמדה על השלכות החברתיות ההרסניות של תיוג כזה:

"[U]sing racial stereotypes as a determinant of immigration control unnecessarily harms black Spanish nationals, and overlooks non-nationals who do not "look different." Like other manifestations of racial profiling, this policy is not only violative of rights; it is wasteful and counter-productive.... Third, as a policy matter, racial profiling of the kind upheld by the Spanish Constitutional Court is unwise. It reinforces racial prejudice in society as a whole and legitimizes - even if unintentionally - the use of racial distinctions for invidious and improper ends."

**Rosalind Williams Lecraft v. Spain**, at 21.

בנוסף נקבע, כי יש לתת טעם חשוב במיוחד כדי להצדיק את הפגיעה בשוויון על בסיס אתני המכוון כלפי קבוצות מיעוט. תיוג כזה מעלה חשד מייד ללא-חוקיות ועל הרשות מוטל נטל כבד לספק הוכחות משכנעות לצדקת השימוש בו, ובלשון הוועדה:

"Unlike many other policy variables which justify deference from reviewing bodies, "a special importance should be attached to discrimination based on race." The frequency with which racial distinctions are used to the detriment of minority group members establishes a presumption of unlawfulness - which a state may rebut only with compelling evidence that they are necessary and there are no reasonable alternatives"

**Rosalind Williams Lecraft v. Spain**, at 22

41. בדומה, **בית הדין האירופי לזכויות האדם** פסל בשנת 2005 שימוש בפרופיילינג על רקע

אתני, שאינו מבוסס על מידע לגבי איום קונקרטי ומוגדר. בעניין **Timishev v. Russia** נידון מקרה, בו הוגבל חופש התנועה של אדם ממוצא צ'כיני ברוסיה בהתבסס על חשש כללי מפני פיגועים של לוחמים צ'כינים ברוסיה. בית הדין קבע, כי השתייכותו האתנית של אדם אינה יכולה להצדיק כל הפליה כלפיו בחברה דמוקרטית:

"A differential treatment of persons in relevant, similar situations, without an objective and reasonable justification, constitutes discrimination.... Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which

diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment. ... In any event, the Court considers that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures."

**Timishev v. Russia** [2006], ECHR 55762/00; 55974/00, para. 56-58; available at: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Timishev%20%7C%20v.%20%7C%20Russia&sessionid=52107304&skin=hudoc-en>

### משפט משווה

42. **ארצות הברית.** בתשובתה לצו על תנאי ובתגובותיה הקודמות לעתירה הציגה המדינה את פרשנותה למצב הדברים המשפטי שם. המשיבים מפנים לפסיקה אמריקאית מיושנת ולמסמכים משפטיים לא עדכניים. מעבר לאבחנה החשובה לענייננו בין הסדרים המופנים נגד אזרחים (ויוצרים הפליה בין אזרח לאזרח של אותה מדינה) והסדרים כלליים, המופנים בעיקר נגד זרים, כפי שפורט כבר לעיל, העותרת תדגיש, כי לא רק שהמשיבים אינם מדייקים בהצגתם ובפרשנותם למקורות אלה, אלא שתמונת הדברים המשפטית העדכנית בארה"ב פונה בכיוון הפוך לעמדתה של המדינה.

43. בכל מקרה, מקורות אלה אינם משקפים את המציאות המשפטית והחברתית היום בארה"ב. דוקטרינת איסור שימוש במאפייני גזע ומוצא – במיוחד בכל הקשור לתיוג אתני של קבוצות מיעוט - התבהרה עוד מאז אותה פסיקה משנות השבעים של המאה הקודמת, אליה מפנים ועליה מסתמכים המשיבים.

44. המשיבים מפנים להנחיות משרד המשפטים של הממשל הפדראלי בארה"ב משנת 2003 (סעיף 123 לתשובה לצו על תנאי), אך הם אינם דקים פורתא בתכניהן ובמשמעותן. מסמך זה דווקא נועד להבהיר את האיסור החוקתי על הסתמכות על מאפייני גזע והנחות סטריאוטיפיות כלליות באכיפת חוק גם בהקשר של "ביטחון לאומי". אומנם המסמך מתאר חריג, בו השימוש במוצאו של אדם מותר, אך זאת רק כשמתקיים מידע לגבי איום קונקרטי וחדש סביר, המבוסס בין היתר על התנהגותו של האדם. בכל מקרה, וחשוב מכך, מדובר במסמך לא עדכני, שאינו משקף את מצב הדברים היום. לעניין זה תפנה העותרת תחילה למדריך בטיחות התעופה העדכני של ארה"ב (2008), שדלף לאינטרנט וכך זכה לפרסום. המדריך מורה במפורש לצוותי הבידוק כיצד יש לערוך את הבידוק ומהו הסטנדרט שיש לפעול על פיו. על פי המדריך, יש לערוך את הבידוק תוך התעלמות ממאפייני גזע, צבע עור, מוצא, מגדר, מוגבלות, דת וכד'. ובלשון ההוראה:

"Ensure that the screening of all individuals is conducted without regard to a person's race, color, national origin, gender, disability, religion, parental status, or sexual orientation"

[http://a.abcnews.go.com/images/Blotter/ht\\_tsa\\_screening\\_2\\_091208.pdf](http://a.abcnews.go.com/images/Blotter/ht_tsa_screening_2_091208.pdf)

העתק החלק הרלוונטי מהמדריך צורף לתגובת העותרת מיום 13.5.2011.

45. המשיבים מפנים לפסיקה אמריקאית בתחום ההגירה, שלפיה הסתמכות על מוצאו של אדם כאשר היא אינה עומדת כשלעצמה כשיקול יחיד, אלה מהווה חלק ממצבור של נתונים שונים, הינה חוקית. המשיבים לא מנתחים את הפסיקה לעומק ומסתפקים רק באזכור והפנייה בעיקר להלכה משנת 1975 בעניין **Brignoni-Ponce** (להלן – "ההלכה") (סעיף 129 לתשובה לצו על תנאי).

46. העותרת תבהיר, כי ההלכה אכן מתירה שימוש במוצאו של אדם בהתקיים גורמים נוספים, אלא שהיא מתייחסת לגורמים **מחשידים כשלעצמם**. זאת, להבדיל מגורמים ניטראליים כמו גיל או מין, שהמדינה עושה בהם שימוש (והרלוונטיים רק ביחס לקבוצה המתויגת), והמבוססים על הנחות כלליות ונתונים סטטיסטיים. בין יתר הגורמים שבית המשפט מנה באותה הלכה: קירבת האירוע לגבול; הימצאות באזור מועד להברחות; התנהגותם המחשידה של הנאשמים (שהתבטאה בניסיונם להתחמק ממחסום בדיקה משטרתי שהוצב במקום).

47. שנית, **וחשוב יותר**, מדובר בהלכה ישנה, שתוקפה מוטל בספק לאור השינויים שחלו במצב המשפטי בארה"ב מאז שנקבעה בשנת 1975. בפרשת **Montero-Camargo** בית המשפט לערעורים בארה"ב בחן מחדש את ההלכה ואת מידת הרלוונטיות שלה. בית המשפט קבע, כי ההלכה אינה רלוונטית יותר, הן משיקולים פרקטיים באשר לחוסר יעילותה והן משיקולים ערכיים, הנוגעים לפגיעתה בזכויות אדם ולהשלכותיה החברתיות.

בית המשפט הדגיש תחילה, כי מבחינה סטטיסטית, ההסתמכות על מראה היספאני הינה חסרת תועלת באכיפת חוקי ההגירה ובין היתר בחיפוש אחר שוהים בלתי חוקיים בארה"ב:

"Brignoni-Ponce was handed down in 1975, some twenty – five years ago. Current demographic data demonstrate that the statistical premises on which its dictum relies are no longer applicable... Accordingly, Hispanic appearance is of little or no use in determining which particular individuals among the vast Hispanic populace should be stopped by law enforcement officials on the lookout for



illegal aliens. 21 Reasonable suspicion requires particularized suspicion, and in an area in which a large number of people share a specific characteristic, that characteristic cast too wide net to play any part in a particularized reasonable suspicion determination."

**US v. Montero-Camargo**, 208 F.3d 1122, 1129 (9th Cir. 2000).

מעבר לשיקולים בדבר חוסר התועלת שבהסתמכות על נתונים סטטיסטיים, בית המשפט פסל את השימוש במוצאו של אדם בשל פגיעתו בערכים חוקתיים וחברתיים מוגנים. זאת, תוך שהוא קובע, כי מאז שניתן פסק הדין בעניין **Brignoni-Ponce** חלו שינויים מהותיים ומשמעותיים בעמדת ארה"ב בסוגיית השימוש במאפייני גזע ומוצא, ובין היתר הוטלו איסורים והגבלות על שימוש זה בפעולות לאכיפת חוק. בית המשפט קבע, כי פרופיל מכליל אינו ראוי באשר הוא מכניס קבוצה גדולה של אזרחים שומרי חוק למעגל החשד, ונימק את דבריו, בין היתר, בנזק החברתי הקשה, הנלווה לתיוג מסוכנות על בסיס מרכיבי גזע ואתניות:

"Moreover the demographic changes we describe have been accompanied by significant changes in the law restricting the use of race as a criterion in government decision-making. The use of race and ethnicity for such purposes has been severely limited... The danger of stigmatic harm of the type that the Court feared overbroad affirmative action programs would pose is far more pronounced in the context of police stops in which race or ethnic appearance is a factor. So, too, are the consequences of "notions of racial inferiority" and the "politics of racial hostility" that the Court pointed to. Stops based on race or ethnic appearance send the underlying message to all our citizens that those who are not white are judged by the color of their skin alone. Such stops also send a clear message that those who are not white enjoy a lesser degree of constitutional protection - that they are in effect assumed to be potential criminals first and individuals second... It would be an anomalous result to hold that race may be considered when it harms people, but not when it helps them."

**US v. Montero-Camargo**, at 1135.

48. בפסיקת בתי משפט בערכאות נמוכות במדינות שונות בארצות הברית ניתן לאחרונה להצביע על כיוון ברור נגד תיוג אתני בהקשר שבענייננו. במקרה אחד נידון עניינם של אזרח אמריקאי ממוצא מצרי ואזרח מצרי השוהה בארצות הברית כחוק, אשר טסו ביחד מסן דייגו לניו-יורק. בירידה מהמטוס השניים נעצרו ונלקחו לחקירה בתחנת משטרה. בתום

חקירה שארכה מספר שעות ושלא העלתה שום ממצא מחשיד הם שוחררו. השניים טענו שמעצרים היה בניגוד לחוק, וביקשו פיצוי כספי מאת המדינה.

בית משפט במדינת ניו-יורק קבע, כי הם נעצרו אך בשל מוצאם הערבי ודחה את טענת המדינה, שלפיה ניתן להסתמך על מוצא אתני כדי לבסס יסוד סביר למעצר. בית המשפט קבע, כי אין מקום לפרש את הלכת **Brignoni-Ponce** כמתירה תיוג אתני בשדות התעופה של אזרחים אמריקאים ו/או נוסעים ממוצא ערבי. בית המשפט דחה את ההסתמכות על נתונים סטטיסטיים כדי להצדיק פרופיילינג גזעי בשדות תעופה, מכיוון שהסתמכות זו לא יעילה במניעת פיגועים בתעופה האזרחית:

"The statistical rationale behind the Brignoni-Ponce dictum does not translate to the present case: Even granting that all of the participants in the 9/11 attacks were Arabs, and even assuming arguendo that a large proportion of would-be anti-American terrorists are Arabs, the likelihood that any given airline passenger of Arab ethnicity is a terrorist is so negligible that Arab ethnicity has no probative value in a particularized reasonable-suspicion or probable cause determination."

**Farag v. U.S.**, 587 F. Supp. 2d 436 (E.D.N.Y. 2008)

וראו גם: **Shqeir v. U.S. Airways**, 515 F. Supp. 2d 984 (D.Minn. 2007)

49. בהקשר זה יצוין עוד, כי בשנים האחרונות חוקקו במדינות רבות בארה"ב חוקים, שנועדו לאסור פרופיילינג גזעי בכל פעולה משטרתית או החלטה, הנוגעת לאכיפת חוק בשטח המדינות. כך קובע, למשל, סעיף 13519.4 ל- California Penal Code :

(d)(1) Racial profiling is a practice that presents a great danger to the fundamental principles of a democratic society. It is abhorrent and cannot be tolerated.

(e) "Racial profiling" for purposes of this section, is the practice of detaining a suspect based on a broad set of criteria which casts suspicion on an entire class of people without any individualized suspicion of the particular person being stopped.

(f) A law enforcement officer shall not engage in racial profiling.

available at: <http://law.justia.com/california/codes/pen/13510-13519.14.html>

50. **המצב בבריטניה**. המשיבים מפנים לפסק הדין של בית הלורדים בבריטניה בעניין Gillan

שבו נדונה הוראה ב- Terrorism Act, 2000 שמתירה, בנסיבות מסוימות, לעכב אדם ולערוך עליו חיפוש לשם סיכול ומניעת פעולת טרור. העותרת תבהיר בהקשר זה, כי הדברים שנאמרו בפסק הדין לעניין השימוש בקריטריון אתני לצורך עריכת חיפושים הם בבחינת

**אוביטר** ולא הלכה מחייבת. עניינו של פסק הדין בסטודנט ובעיתונאי, שאף אחד מהם לא השתייך לקבוצת מיעוט אתנית ולא העלה טענות בהקשר זה (שעוכבו ונבדקו לאחר שהחוק נכנס לתוקף בשנת 2001 כשהיו בדרכם להפגנה נגד יריד לאמצעי לחימה בלונדון).

51. לא רק שלא נקבעה באותו עניין הלכה, אלא שהתייחסותם באוביטר של שלושה שופטים מתוך חמישה לחוקיות ההסתמכות על מאפיינים אתניים לצורך הפעלת הסמכויות שנקבעו בחוק לא הייתה אחידה ולא ניתן להסיק ממנה עמדה ברורה ועקבית כלשהי.

52. מבחן ה-**Further Factor** המוצע ע"י לורד בראון לגבי הצורך בעוד שיקולים לצד השיקול האתני אינו ברור ואינו יכול להנחות שוטרים באשר לאופן הפעלת הסמכויות הקבועות בחוק. והנה כי כן, הדברים שנאמרו בפסק הדין עוררו ביקורת חריפה בבריטניה ובין היתר על כך, שבית המשפט לא ניצל את ההזדמנות שנקראה לפתחו כדי להציב קריטריונים ראויים וברורים באשר לשימוש בסמכויות המשטרה בעת עריכת עיכוב וחיפוש ( Stop and Search). העותרת תפנה בהקשר זה לביקורת של **Daniel Moeckli** על כך שאין במבחנים שנקבעו באמרת אגב בפסק הדין כדי לספק הנחיות ברורות לצורך קביעת חוקיות ההסתמכות על הגורם האתני בכל החלטה על ביצוע בדיקה וחיפוש בהתאם לחוק. בין היתר לא ברור אם כל קריטריון נוסף ייחשב לרלוונטי ומקובל והאם יש לדרוש מגבלה לגבי טיב הקריטריונים הנוספים (התנהגות מחשידה או מידע לגבי איום קונקרטי למשל).

**Daniel Moeckli, Stop and Search Under the Terrorism Act 2000: A Comment on R (Gillan) v Commissioner of Police for the Metropolis 70(4) Modern Law Review 659, 660 (2007).**

ור' גם :

**Daniel Moeckli, Human Rights and Non-discrimination in the 'War on Terror' 210 (Oxford University Press, 2008)**

53. סקירה של **שיטת המשפט הקנדית** מעלה אף היא, כי אין בחוק או בנהלים שום הוראה, המתירה הסתמכות על קריטריונים אתניים או דתיים. הפסיקה הקנדית התייחסה בחומרה מיוחדת לגילויי פרופיילינג גזעי ודבקה בעמדה עקבית ונחרצת נגד כל פעולת אכיפת חוק המבוססת על שיקולים גזעיים. אומנם פסיקה זו לא מתייחסת במישרין לתיוג אתני בשדות תעופה כבענייננו, אך ניתן להניח, כי היא תקפה גם לעניין זה באשר היא מדגישה בצורה ברורה וחד משמעית, כי תיוג אתני הינו פסול מעיקרו.

54. לפי גישה זו נפסק לא אחת, כי מספיק שאחד השיקולים להחלטה על עצירת רכב או עריכת חיפוש הינו שיקול אתני כדי להפוך את ההחלטה לבלתי חוקית, אפילו אם מתקיימים שיקולים נוספים ולגיטימיים להחלטה. בעניין **R. v. Brown** קבע בית הדין לערעורים של אונטריו, כי עצירת רכב בהתבסס על גזעו של הנהג הינה פעולה בלתי חוקית, וזאת אף אם מעשהו של הנהג היה בו משום אי-חוקיות. בית המשפט קבע, כי כל הסתמכות על מאפיינים

גזעיים מגלמת בתוכה הנחות סטריאוטיפיות ובאופן שאינו מקים Reasonable Ground לפגיעה בזכותו של אדם להיות מוגן מפני עיכוב ומעצר שרירותיים.

**R. v. Brown** (2003) 64 O.R. (3d) 16

55. בעניין אחר פסל בית המשפט הגבוה לצדק של אונטריו ראיות מפלילות (קוקאין בשווי \$100,000) שנתגלו לאחר שהמשטרה עצרה רכב יוקרה, שהיה נהוג ע"י צעיר ממוצא אפריקני. בית המשפט קבע, כי ההחלטה על עצירת הרכב התבססה על שיקולים גזעיים תוך פגיעה שאין להשלים עימה בזכויות יסוד של הנהג. לאור זאת, בית המשפט קבע את אי-חוקיות ההחלטה ואת פסלות כל פעולה שנקטה אחריה וכל ראיה שהושגה בעקבותיה:

"Why did they single out Mr. Khan on Marlee Avenue at about noon on a Monday in October and decide to search his car? Because he was a young black male driving an expensive Mercedes....[I]t would not be appropriate to admit the evidence of the cocaine under s. 24(2) of the Charter. I agree entirely. Conduct of this kind by the police is reprehensible. It cannot be condoned or excused. It is a most serious breach of Mr. Khan's human rights, as well as his rights under ss. 8 and 9 of the Charter. The evidence of the cocaine is excluded. In the absence of the drugs, the Crown has no case."

**R. v. Khan** [2004] O.J. No. 3819, Court File No. F701/02; *available at* [http://www.geocities.com/CapitolHill/2381/Torontopoliceissues/khan\\_racial\\_profiling.html](http://www.geocities.com/CapitolHill/2381/Torontopoliceissues/khan_racial_profiling.html)

56. עולה, אם כן, שהגישות המתגלות במשפט המשווה בעניין תיוג קבוצות מיעוט אתניות אוסרות, ככלל, על הסתמכות על מאפייני גזע ומוצא לאומי או דתי, וזאת כעניין של מדיניות. באף אחת מהמדינות שאותן בחנו לא הותר תיוג אתני בהסתמך על הערכות כלליות או נתונים סטטיסטיים. במקורות משפט רבים נדחתה הסתמכות שכזו בשל חוסר יעילותה באיתור וניבוי מסוכנות ו/או מעשי עבריינות. באותם מקומות שבהן פגשנו התנסחות אוטוריטיבית שהתירה תיוג אתני, היה זה (א) באימרת אגב בבריטניה, או (ב) בנהלים שהוחלפו בנהלים אוסרים, כאשר הנהלים הקודמים התירו שימוש במאפיינים אתניים רק בהתקיים נסיבות מיוחדות וביחס לחשד או איום ברור וקונקרטי, שאותו נועד שימוש זה למנוע.

**הבחינה החוקתית**

57. העותרת ניתחה את חוקתיות התיוג האתני של אזרחים ערבים בהרחבה בעתירה. המדינה השיבה את תשובותיה במסמכים שונים שכבר הוגשו, ועתה היא הרחיבה את הנמקתה בתשובה לצו על תנאי. העותרת מפנה לעתירתה לצורך תשובה מפורטת לטיעוני המשיבים, והיא תביא כאן את עיקרי טיעוניה.

### פגיעה בזכויות חוקתיות

58. המדינה מנסה להמעיט עד מאד לגבי אופייה, מהותה וחומרנה של הפגיעה בזכויותיהם של אזרחים הערבים, ובראשם הזכות לכבוד ולשוויון, כתוצאה מהסדר התיוג. לעמדת העותרת, הפגיעה בכבוד ושוויון הינה חמורה ומורכבת במיוחד, ובעלת השלכות חברתיות הרסניות ומרחיקות לכת.

59. העותרת עמדה בעתירה בהרחבה על מהותה ועוצמתה של הפגיעה בכבודם של האזרחים הערבים. על מנת להבין את עומק ההשפלה ואת הכאב יודגש, כי הבדיקה הביטחונית המחמירה של האזרחים הערבים נעשית בדרך כלל לעיני כל הנוסעים והעוברים ושבים בשדות התעופה. בית המשפט עמד לאחרונה על עוצמתה של פגיעה פומבית שכזו בכבוד האדם:

" גם בעת הנוכחית, טרם תוחמו גבולותיו המדויקים של המונח "כבוד האדם", ועדיין קיימת בו מידה של עמימות. עם זאת, נראה שלא קיימת מחלוקת בדבר מרכיביה הגרעיניים של הזכות, ובכלל זה, בדבר האיסור לבייש, להשפיל או לבזות אדם; בדבר האיסור להלבין את פניו ברבים ולגרום לו תחושה של עלבון; ובדבר האיסור להעמידו במצב של חוסר אונים כשהוא נתון לשרירות רצונם של אחרים ביצוע הגביה בהליך נושא העתירה, נושא בצידו פגיעה בפרטיות שאין לה מקבילה בביצוע העיקול בחצריו של הנישום. עיכוב הנהג וייחוס לו חוב מס מתבצעים בפומבי, על אם הדרך, לאור היום ובאופן חשוף נטול דיסקרטיות, תוך פגיעה ביכולתו של הפרט לווסת את היקף המידע על אודותיו, ולהותירו במרחב שבינו לבין הרשויות. בדרך זו, נחשף הנישום לציבור, בלא יכולת להתגונן או להימנע מכך. הליכי הגביה הננקטים נגד הנישום כרוכים, אפוא, בפגיעה בפרטיותו החורגת מזו הנגרמת מעצם הליך הגביה." (בג"צ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (ניתן ביום 20.12.2010)).

60. מדיניות התיוג האתני-לאומי בשדות התעופה פוגעת בזכויות יסוד נוספות, ששמירתן נדרשת על מנת לקיים את כבוד האדם: הזכות לפרטיות והזכות לחופש תנועה.

61. **הזכות לפרטיות:** הבדיקה המפלה אליה חשופים נוסעים ערבים, פוגעת באופן חמור בזכותם לפרטיות. הזכות לפרטיות קיבלה מעמד חוקתי עם עיגונה כזכות-יסוד בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוכרה כערך יסוד במשפט הישראלי באשר "היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו." (ע"פ 2963/98 גלעם נ' מדינת ישראל, תק-על 99(2) 1149, 1154). חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 אוסר בסעיף 1 על פגיעה בפרטיותו של אדם ללא הסכמתו. התחקור אותו עוברים נוסעים

ערבים מהווה פגיעה בפרטיותם בניגוד לחוק הגנת הפרטיות. שאלות אודות נסיעתם, מטרתה, מעשיהם עם האנשים אותם פגשו או יפגשו, החיטוט במסמכיהם – כל אלה עולים כדי הטרדה והצקה, שאמנם אין הן פוגעות באופן פיסי, אך מערערות את תחושת הביטחון האישי, משפילות ופוגעות בצנעת חייו של הנוסע. מעקב צמוד אחר תנועות הנוסעים הערבים בשדה התעופה, פוגע אף הוא בזכותם לפרטיות.

62. **הזכות לחופש תנועה:** חופש התנועה בכלל וזכות היציאה מהארץ בפרט הוכרו בשיטת המשפט הישראלית כזכויות יסוד (אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כרך א': פרשנות חוקתית (1994) 428; ראו גם: בג"צ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491, 508-509 (1994)). זכות היציאה מהארץ אף עוגנה בסעיף 6 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הבדיקות הביטחוניות המיוחדות מגבילות את חופש התנועה ובכלל זה את זכות היציאה מהארץ. יציאתם של אזרחים ערבים את הארץ נעשית קשה ומסורבלת יותר ובכך מופרעת מימושה. יתר על כן, לעתים מעוכבים הנוסעים הערבים במהלך הבידוק הביטחוני זמן כה רב עד שהם מחמיצים את הטיסה שלהם. אזרחים ערבים נאלצים להגיע לשדה התעופה שעות רבות לפני מועד טיסתם בשל חוסר הוודאות בו הם שרויים לגבי משך הבדיקות והיקפן. הבדיקות עצמן כרוכות בהשפלה, בפלישה לפרטיות ומלוות לעתים במעקב. כל אלה הופכים את מימושה של הזכות לצאת מהארץ לקשה מנשוא.

63. אמנם, במקרים מסוימים הוכרו מגבלות על חופש התנועה. על אף שבית המשפט התיר במקרים מסוימים להגביל את זכות היציאה מהארץ מחמת סיכון בטחוני, הוא דרש, בשל חומרת הפגיעה, קיומו של חשד ממשי כלפי אותו אדם, שזכותו הוגבלה. לצורך ביסוסו של חשד כאמור אין להסתפק בחשדות כלליים ועמומים, ויש צורך בקיומן של ראיות חד-משמעיות, מוצקות ומשכנעות כלפי אדם מסוים, אשר ממנו נשקפת סכנה של ממש לקיומו של נזק משמעותי לביטחון המדינה (ראו: בג"צ 672/87 **עתאמללה נ' אלון פיקוד הצפון**, פ"ד מב (4) 708, 710 (1989); בג"צ 448/85 **דאהר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(2) 701 (1986)). למותר לציין, כי חשד ממשי כזה לא יכול להתקיים, מתוקף הגדרתו, כלפי קבוצה שלמה, שכל המשותף לה הוא היותה שייכת ללאום אחד.

64. המשיבים עצמם אינם חולקים על כך, שהם פוגעים בכבודם ובשוויונם של האזרחים הערבים ובזכויות יסוד אחרות שלהם (אך מציגים את הפגיעה כקלה וממעייטים מחומרתה), וממילא מוטל עליהם להוכיח ולשכנע שהפגיעה היא חוקתית:

"על מי מוטל הנטל בשלושת השלבים של הדיון החוקתי? דומה שאין מחלוקת כי בשלב הראשון - ביסוס הפגיעה בזכות האדם החוקתית - נטל השכנוע מוטל על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית... גדר הספיקות הוא באשר לשלב השני, שעניינו חוקתיות הפגיעה בזכות האדם החוקתי. בעניין זה מקובל הוא לקבוע כי בשלב השני, נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיות הפגיעה... " (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט (4) 221, 427 (1995); וראו גם: דברי השופט זמיר בבג"צ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג (5) 241, 268-269 (1999)).

65. לצורך עמידה בנטל השכנוע צריך להוכיח קיומו של סיכון ביטחוני אמיתי, שנשקף **ישירות** מהאזרחים הערבים כקבוצת לאום ובאופן שמצדיק תיוגם מראש, כולם, כמסוכנים. הוכחה כאמור צריכה להתבסס על תשתית עובדתית ונתונים, המעידים, כי הרוב המכריע של האזרחים הערבים מסכנים את ביטחון הטיסות ואת הביטחון בכלל! לא ניתן להסתפק לעניין זה בהערכות כלליות ואף לא בנתונים סטטיסטיים בדבר מעורבותם של יחידים בודדים בפעולות נגד ביטחון המדינה.

66. יש לדחות מכל וכל את הטענה שהתיוג האתני של אזרחים ערבים מתחייב גם לנוכח האפשרות שנוסעים ערבים ינוצלו שלא בידיעתם לצורך ביצוע פיגועים בתעופה האזרחית. שכן נוסעים יהודים, וכל נוסע באשר הוא, יכולים באותה מידה להיות מנוצלים לצורך ביצוע פיגועים כאמור. העותרת תרחיב לעניין זה, לעניין יעילותו בכלל של כל הסדר תיוג אתני, בהמשך.

67. ושוב, הנטל מתעצם שבעתיים במקרה דנן בו מדובר בסיכון בכוח שנטען לגבי אזרחים ישראלים ושמציב אותם בעמדה אזרחית נחותה לעומת אזרחים אחרים. העותרת תדגיש שוב, כי עמדתה העקרונית היא, שכל אבחנה גורפת בין אזרחים ערבים לבין אזרחים יהודים לצורך בדיקות ביטחוניות בשדות התעופה או כל הליך ביטחוני אחר, אינה אבחנה מותרת.

68. שוני מבחינת השיוך הלאומי לעולם לא יכול להצדיק אבחנה בין אזרחים. אופיו ועוצמתו הייחודית של האיום הביטחוני על התעופה האזרחית (כפי שנטען והודגש לאורך כל תשובת המדינה לצו על תנאי), אינם מצדיקים אף הם אבחנה כאמור. השוני הרלוונטי בין אזרחים לעניין כל מטרה ביטחונית, מורכבת וחשובה ככל שתהיה, חייב, אם כן, להיות שוני קונקרטי, מוחשי ומוכח:

"הזיקה הנדרשת בין התכונות המיוחדות המצויות באחד ואינן מצויות בזולתו, לבין המטרה שלשם השגתה מותר להעדיף את האחד על פני האחר, חייבת להיות ישירה וקונקרטית... עצם קיומו של שוני בין בני אדם אינו מצדיק הבחנה ביניהם... אדרבא, כל אימת שהדבר אפשרי, גם בשונים יש לנהוג בשוויון, תוך התחשבות בהיותם שונים." (בג"צ 6758/01 **ליפשיץ נ' שר הביטחון**, פ"ד נט (5) 258, 270 (2005); ההדגשה שלי – ע"ב).

## הסמכה בחוק

69. הבחינה החוקתית של התיוג האתני צריכה להיעשות על רקע חומרת הפגיעה כמתואר לעיל. בהתאם לכך יש לבחון ראשית את התנאי המקדמי בדבר התקיימותה של **הסמכה מפורשת בחוק** לפגיעה כלשהי ובוודאי בהיקף ובעוצמה נרחבים שכאלה.

70. לנוכח מהות הפגיעה נדרשת במקרה זה הסמכה ברורה וחד משמעית בחוק לעצם התיוג האתני (ולכל אבחנה בין אזרחים על בסיס שיוכם הלאומי). לא ניתן להסתפק, כטענת המשיבים, בסמכויות כלליות "לעיצוב וביצוע בידוק ביטחוני בשדות התעופה", הניתנות למשיבים מכוח חוק שירות הביטחון הכללי, התשס"ב-2002 או חוקי הטייס (להסבר ולניתוח מקיפים של הדין ושל עמדתה של העותרת באשר לסמכויות המוענקות לשב"כ מכוח החוקים הנ"ל ראו סעיפים 71-84 לעתירה).

71. אין מקום לפרש את הפסיקה, אליה מפנים המשיבים לעניין "רמת ההפשטה המספקת במסגרת ההסמכה בחוק", כמאפשרת הסתפקות בהסמכה כללית כזו בשאלה עקרונית ראשונה במעלה, הנוגעת לתיוגם של אזרחי המדינה לפי מוצאם האתני. הטענה, כי טעמי חיסיון וסודיות אינם מאפשרים הסמכה מפורשת לתיוג אתני בחוק, הינה טענה חלולה. כלל לא ברור איזה נזק יכול להיגרם מעצם ההסמכה כאשר אין מחלוקת בדבר התקיימותו של תיוג כזה והשאלה המצריכה הכרעה בענייננו נוגעת אך לחוקתיותו.

72. הדרישה להסמכה מפורשת בחוק או מכוח חוק הינה ביטוי לעיקרון שלטון החוק, הן במובנו המהותי והן הפורמאלי. אומנם בשל הקשיים ביישומו של מבחן אחיד לעניין דרישה זו, נקבעה בפסיקה אליה מפנים המשיבים בחינה קונטקסטואלית, המכירה בצרכי המציאות והשעה. ואולם האומנם קיימים "צרכי השעה וצרכי המציאות", שמכבידים על פנייה למחוקק לבחון מהי עמדתו בשאלת תיוגם האתני של אזרחי המדינה? אין זאת, כי אם רצון של המדינה שלא לכתוב עלי ספר את שהיא נוהגת לעשות במשך שנות דור ויותר. דרישות המציאות אולי יצדיקו הסתרת חלק מפרטי הסדרי האבטחה בשדה התעופה, אך המחוקק הוא זה שצריך לקבוע את תשובתו לשאלה העקרונית: האם יש לאפשר מצב, בו קבוצת אזרחים אחת תהא מועדת, או מועדת יותר, לבדיקה מיוחדת בשדות התעופה של המדינה? למותר לציין שאף כוחו של המחוקק מסוייג בקביעת הסמכה שכזו לחוקי היסוד.

73. ניתן ללמוד לענייננו מההלכה בבג"צ **העינויים**. באותה פרשה העלתה המדינה טענות דומות לאלה של המשיבים, הן לעניין הצורך באמצעי חקירה 'מיוחדים' בנסיבות מסוימות והן לכך, שהסמכות לאמצעים כאלה נגזרת מהסמכות הכללית, הניתנת לאנשי השב"כ לבצע חקירות כדי לשמור על הביטחון ולהציל חיים. טענות אלה נדחו על ידי בית המשפט, אשר קבע, כי הסמכות הכללית לבצע חקירות אינה כוללת בחובה סמכות לשיטות חקירה מיוחדות, אשר כרוכות בפגיעה רצינית בזכויות אדם בסיסיות: "אם המדינה מבקשת להבטיח כי חוקרי שירות הביטחון הכללי יוכלו להשתמש באמצעים פיזיים בחקירות, עליה לקבוע לעניין זה הסמכה בחוק" (בג"צ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4) 817, 843 (1999)).

74. כך בענייננו. הסמכה לאבטחת מקומות רגישים דוגמת שדות התעופה אינה כוללת הסמכה לשימוש בתיוג אתני. צעד פוגעני בסדר גודל שכזה חייב להיקבע (אם אכן מחליטים לאמצו) על ידי המחוקק בכבודו ובעצמו. משמע, כל הכרעה באשר להליכי בידוק מפלים, המבחינים בין אזרחים על בסיס גזע, לאום או דת, היא עניין של הרשות המחוקקת (וידגש, כי עמדת



העותרת היא, שאימוץ מדיניותם הנוכחית של המשיבים אפילו בחקיקה ראשית לא תועיל, שכן אף היא תהא לא חוקתית). ראו דברי הנשיא ברק בפרשת **העיניים** :

"ההכרעה... צריכה להיעשות על ידי הרשות המחוקקת, המייצגת את העם. כאן צריכים להישקל השיקולים השונים. כאן צריך להתנהל הדיון הנוקב. כאן יכולה להתקבל החקיקה הנדרשת, ובלבד, כמובן, שחוק הפוגע בחירותו של הנחקר יהיה "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)". (שם, בעמ' 844).

75. הדרישה להסמכה בחוק לתיוג אתני של אזרחים עולה גם מדוקטרינת ההסדרים הראשוניים, אשר מחייבת, כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות צריכות להיקבע בדבר חקיקה ראשי. לפי דוקטרינה זו "ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה" (בג"צ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 508 (1998)).

76. בפרשת **רובינשטיין** בית משפט נכבד זה קבע, כי ההכרעה בשאלת דחיית הגיוס של תלמידי ישיבות צריכה להיעשות על-ידי המחוקק, באשר היא כרוכה בפגיעה קשה בזכותם של אזרחים לשוויון ומעוררת שאלות חברתיות חשובות ומורכבות. שאלת תיוג על בסיס אתני של קבוצת אזרחים שלמה, על פגיעתה בזכות לשוויון והשלכותיה החברתיות ההרסניות, כמפורט לעיל, הינה לא פחות עקרונית משאלת דחיית הגיוס. בדומה, ואף יותר, היא מחייבת הכרעה על-ידי המחוקק בכבודו ובעצמו.

77. לעניין אופיים הראשוני של הסדרים, הפוגעים בזכות לשוויון של האזרחים הערבים במדינת ישראל תפנה העותרת להלכה שקבע בית משפט נכבד זה בפרשת **ועדת המעקב** (בג"צ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (טרם פורסם, ניתן ביום 24.2.2006)). באותה פרשה נקבע, כי הסדר, שבמסגרתו מוקצים תקציבים גדולים בתחום החינוך תוך פגיעה בזכותם של האזרחים הערבים לשוויון, הינו הסדר ראשוני, שצריך להיקבע בחקיקה ראשית. זאת, בין היתר בשל מידת השפעתו של הסדר זה על ציבור שלם באוכלוסייה ועל החברה בכללותה (לעניין המבחנים לקיומו של הסדר ראשוני בהקשר זה ר' פסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין). אם כך נקבע בעניין הקצאה מפלה של תקציבים, מקל וחומר שהדברים נכונים לענייננו.

78. בפרשת **ועדת המעקב** בית המשפט קבע, כי הסמכות השיורית המוקנית לממשלה מכוח סעיף 32 לחוק יסוד: הממשלה, אינה יכולה להוות מקור לפעולות, שפוגעות בזכויות יסוד בהעדר הסדרים ראשוניים. בענייננו יפה קביעה זו שבעתיים: אנשי השב"כ, המופקדים על קביעתם והוצאתם לפועל של הסדרי האבטחה בשדות התעופה, אינם נהנים אפילו מסמכות שיורית ומסמכויות משנה מהם נהנית הממשלה. קל וחומר, אם כן, שאין להם סמכות לפגוע בחירויות שאף הממשלה מנועה מלפגוע בהן.

79. לדרישת ההסמכה בחוק מצטרפת הדרישה של עמידתו של הסדר התיוג במבחני המידתיות. העותרת מפנה לעמדתה המפורטת בעתירה באשר לאי-עמידתו של התיוג במבחנים אלה (סעיפים 85-108 לעתירה). כאן היא תסתפק בנקודות תגובה ספורות לטענות שהשמיעה המדינה.

## מידתיות

80. המדינה כושלת לצלוח את מרכיב המידתיות, על מבחני המשנה שלו. המשיבים לא הרימו את הנטל להוכיח, כי תיוג אתני של אזרחים מגשים ביעילות את התכלית שהוא נועד, לטענתם, להגשים; כי אין אמצעי שפגיעתו פחותה ממנו; כי התועלת שתצמח ממנו – אם בכלל – שקולה כנגד הפגיעה הוודאית בזכויות אדם מוגנות של האזרחים הערבים. כידוע, מרכיבי פיסקת ההגבלה ומבחני המשנה של מרכיב המידתיות מגבשים דרישות מצטברות לתוקפו של חוק פוגע או מדיניות פוגעת. די בכך שהמדינה תכשל למול אחת מדרישות אלה בכדי להפוך את מדיניותה לחסרת תוקף.

81. בחינת המידתיות של הפגיעה בזכויות האזרחים הערבים כתוצאה מהפרופיילינג נשוא העתירה תיעשה להלן בהתחשב בחומרת הפגיעה ולאור מעמדן הנשגב של הזכות לכבוד ושל הזכות לשוויון: "מן הראוי כי כל שלושת מבחני המשנה... יופעלו וייושמו בהתחשב במהותה של הזכות שהפגיעה בה עומדת על הפרק" (בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 420 (1997)) (להלן – "פרשת לשכת מנהלי השקעות"). העותרת תחזור ותטען, כי אין לקבל את הנחת המוצא של המדינה לעניין מהות וקלות הפגיעה בזכויות אדם של האזרחים הערבים, שלפיה צריכה להיבחן, לשיטתה, מידתיות הפגיעה.

82. באשר למבחן הקשר הרציונאלי, לא ניתן להסתפק בטענתם הכללית של המשיבים, כי עמדתם המקצועית של גורמי הביטחון היא שפרופיילינג גזעי הינו כלי מתאים, וכי במקרה זה די בתרומתו "הסבירה" להשגת המטרה. לנוכח הפגיעה הוודאית בזכויות אדם כבדות משקל, נדרשת בענייננו ודאות קרובה ואולי אף כמעט מוחלטת, ליעילותו ונחיצותו של התיוג. לעניין זה נקבע כבר, כי:

"מידת הוודאות שתידרש להתאמת האמצעי וליעילותו מושפעת ממידת החשיבות של הזכות והטעמים שביסודה. כשמדובר בזכות כבדת משקל, עשויה להידרש ודאות קרובה ואולי אף כמעט מוחלטת, לכך שהאמצעי הפוגע בה יגשים ביעילות ובאופן מושלם את תכליתו." (פרשת לשכת מנהלי השקעות, עמ' 423).

83. המחיר החברתי הכבד הכרוך בשימוש בתיוג אתני נשוא העתירה מחייב שלא להסתפק בקיומו של קשר רציונאלי כלשהו, ובוודאי לא תרומה סבירה, להשגת המטרה. הדרישה היא להוכחתה של תועלת אפקטיבית ישירה בין המדיניות הננקטת לבין תכליתה.

84. מעבר לטענות כלליות "שמדובר בעמדה מקצועית מובהקת, בתחום שבמומחיות ביטחונית", המשיבים לא הוכיחו שמתקיימת אפשרות ברמה הסתברותית כלשהי לכך, שתיוג אתני מגשים ביעילות את המטרה הביטחונית לה הם טוענים. כפי שכבר נאמר בעתירה, מומחים משפטיים וחברתיים מובילים בעולם בנושא התיוג האתני סבורים לא רק שתיוג אתני-לאומי לא משיג את המטרה, אלא שהוא עשוי להביא לתוצאה הפוכה. זאת, מכיוון שהוא מסיט את תשומת הלב מאיומים מצד קבוצות לא מתויגות ומאינדיקטורים חשובים לרמת סיכון הנשקפת מאדם כמו התנהגות.

85. אף אם קיימות, כטענת המשיבים, דעות של מלומדים אחרים, הסבורים שניתן, במקרים מסויימים, להסתמך על נתונים כגון גזע ומוצא, הרי עדיין אין כיום הוכחה ממשית כלשהי ליעילות הפרופיילינג בשדות התעופה. המלומד ב. הרקורט מדגיש בהקשר זה, כי אין בנמצא כיום שום הוכחה אמפירית כזו, וכי אין שום הוכחה תיאורטית לכך, ששימוש במאפיין הגזע יכול להיות יעיל כאמור:

"There is no empirical evidence whatsoever, nor a solid theoretical reason why racial profiling would be an effective measure – rather than a counterproductive step resulting in detrimental substitutions and increased terrorist attacks. As a result, racial profiling is neither "just" smart law enforcement, nor "just" nuts. It's an unknown quantity. And precisely for that reason, there is no justification for making the human rights and civil rights trade-offs associated with racial profiling."

Bernard E. Harcourt, *Muslim Profiles Post 9/11: Is Racial Profiling an Effective Counterterrorist Measure and Does It Violate the Right to Be Free from Discrimination?* ([Working Paper no. 288](#)) (The Law School of the University of Chicago, 2006)

86. פרופ' הרקורט מציין במחקרו הנ"ל, כי גם בישראל אין שום מחקרים או הוכחה כלשהי ליעילות הפרופיילינג ולקיומו של קשר רציונאלי בינו ובין המטרה הביטחונית:

"Moreover, there is no empirical study on racial profiling in terrorism context... Concerned that this may have been an artifact of a U.S.-bias, I contacted Dr. Ganor Boaz (a leading researcher on terrorism in Israel) at the Institute for Counter-Terrorism at the Interdisciplinary Center Herzliyah (a leading research center on terrorism in Israel), and asked him if there were any empirical studies on profiling in Israel. His response: no. He is unaware of "any empirical research that has been

done in Israel on the efficiency of profiling." The reason, in large part, is that ethnic appearance is a poor indicator of terrorism in Israel."

87. פרופ' דוד האריס, שנחשב לאחד המומחים המובילים בעולם בנושא הפרופילינג הגזעי, קובע אף הוא, כי השימוש בפרופיל הגזע במסגרת המלחמה בסמים ובפשע, כמו גם במסגרת המלחמה בטרור, אינו יכול לסייע לשמירה על הסדר הציבורי, להקטנת מימדי הפשע והסחר בסמים או למניעת פיגועי טרור - David A. Harris, *Profiles in Injustice: Why Racial Profiling Cannot Work* (The New Press, 2002).

88. לפי האריס, האינדקאטור הטוב ביותר לרמת סיכון הוא התנהגותו של האדם ולא הגזע או ההשתייכות האתנית. פרופ' האריס מדגיש, כי גזע והשתייכות אתנית הם אינדקאטורים חלשים מאוד לניבוי התנהגות ורמת סיכון הנשקפת מאדם. את מסקנתו זו מבסס פרופ' האריס בין היתר על סטטיסטיקה, שלפיה השימוש בפרופיל הגזע במסגרת המלחמה בסמים ובפשע בארה"ב, שקורבנותיו היו האזרחים השחורים וההיספאנים, לא תרם להקטנת מימדי הפשע והסחר בסמים, אלא לניכור חברתי של בני ובנות קבוצות מיעוט אלה. לשיטתו של האריס מסקנה זו תקפה באותה מידה ביחס לפרופילינג גזעי בשדות התעופה, שקורבנותיו הם ערבים ומוסלמים:

Race and ethnic appearance are very poor predictors of behavior....Using race, ethnic appearance, or religion as a way to decide who to regard as a potential terrorist will almost surely produce the same kind of results: no effect on terrorist activity; many innocent people treated like suspects; damage to our enforcement and prevention efforts ...just as happened with African Americans and latinos in the war on drugs, profiling of Arabs and Muslims will be over inclusive.... While they might understand one such stop to be a mere inconvenience that they must put up with for the sake of national security, repetition of these experiences for large number of people within the same ethnic groups will lead to resentment, alienation, and anger at the authorities..." David A. Harris, "Flying while Arab: Lessons from the racial profiling controversy" *Civil Rights Journal* (U.S. Commission on Civil Rights, Win 2002).

ר' גם: Daniel Moeckli, לעיל.

89. באשר לטענת המדינה, כי לצורך בחינת עמידתו של הסדר התיוג במבחני המידתיות בכלל, ובמחן הקשר הרציונאלי בפרט, יש לתת "משקל מיוחד" "לחווות דעתו של הגורם המופקד על הביטחון", תטען העותרת, כי עם כל החשיבות של השיקול הביטחוני, פגיעה קשה ומורכבת במיוחד בזכויות אדם של קבוצה שלמה מקרב אזרחי המדינה עומדת כאן על הפרק. הגורם הביטחוני לא יכול להעמיד מראש את שיקול דעתו הביטחוני מעל לשיקול דעתו של בית משפט נכבד זה. כך מתחייב ממהותה של הביקורת השיפוטית:

"השאלה אינה אם להעדיף את גישתו הצבאית של המפקד הצבאי או של מומחי המועצה לשלום ולביטחון. השאלה הינה אם מתווה גדר ההפרדה על-פי גישתו של המפקד הצבאי הוא מידתי. המבחן לעניין זה אינו מבחן הסובייקטיבי של המפקד הצבאי. השאלה אינה אם המפקד הצבאי סבר בתום-לב שהפגיעה היא מידתית. המבחן הוא אובייקטיבי. השאלה הינה אם על-פי אמות המידה המשפטיות מתקיימים במתווה של גדר ההפרדה מבחני המידתיות. זוהי שאלה משפטית, שבה המומחיות הינה של בית-המשפט. עמדתי על כך בפרשת הרופאים לזכויות אדם [26], בצייני: "הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על-כן מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבין-לאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן, איננו מחליפים את שיקול-דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו" (שם, בעמ' 393). הוא הדין בענייננו. המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מתווה גדר ההפרדה. אנו מומחים להיבטיו ההומניטריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר ההפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו." (בג"צ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח (5) 807, 845-846 (2004)).

90. **באשר למבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.** העותרת דוחה את הדרך המתעתעת, שבה מציגים המשיבים את החלופות העומדות בפניהם כדי להגיע למסקנה, כי אין אמצעי אחר לשמירה על ביטחון התעופה הישראלית מלבד זה המסמן את האזרחים הערבים כקבוצת סיכון, והמכפיף אותם לבידוק מחמיר, אלא אם מתקיימים טעמים מוציאים.

91. המשיבים טוענים, כי מצד אחד לא ניתן לקיים רמת בדיקה אחידה ורגילה לכלל האוכלוסייה, מכיוון שאין בכך כדי להבטיח בצורה מספקת את בטיחות הטיסה, ומצד שני לא ניתן להחיל הליכי בידוק מחמירים על כלל האוכלוסייה, מכיוון שאין צורך לבדוק את כלל האזרחים ברמת הבידוק הגבוהה ביותר. לדעת המשיבים החלופה השנייה אף לא תעמוד במבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה, מכיוון שהיא מכבידה שלא לצורך על ציבור גדול יותר של נוסעים.

92. לפי עמדה זו המדינה מניחה, כי היא רשאית לקנות את ביטחונם של הנוסעים על-ידי פגיעה בחלק מהם, בעלי זהות אתנית מסוימת! ולצורך "ביסוס" הנחה פסולה זו היא אף משווה בין פגיעה מהותית בזכויות אדם מוגנות, ובראשן הזכות לכבוד ולשוויון, כתוצאה מתיוג

אתני, לבין הכבדה, חוסר נעימות והפרעה לרווחתם של כלל הנוסעים כתוצאה מהליכי בידוק אחידים ומחמירים לכולם.

93. יתר על כן, המדינה משרטטת באופן מלאכותי את חלופותיה של מדיניות התיגוג האתני. העותרת מבקשת מבית המשפט הנכבד לפסול את הגורם האתני כטעם לניתוב אזרחים לבדיקת נוסעים קפדנית; ואולם אין עמדתה גורסת פסילה הכרחית של משתנים אחרים, שמוגדרים על ידי רשויות הביטחון כגורמי סיכון – ואליהם לא נלוות הפגיעות המקיפות המתגבשות בתיגוג האתני. במילים אחרות, נושאים כמו התנהגות והרגלי נסיעה, וגורמים דומים שאולי עומדים ביסוד מדיניות הבדיקה בשדה התעופה, חשופים לטענות וכרוכים בפגיעות בעלות עוצמה קטנה הרבה יותר מאשר גורמים, המבוססים על מאפיינים אתניים וגזעיים.

94. במילים אחרות, העותרת דוחה את הניסיון של המשיבים להציג את מניעת הפגיעה בזכויות אדם של האזרחים הערבים כמחייבת בידוק מחמיר וגורף לכלל הנוסעים, העוברים בשדות התעופה. העותרת אינה פוסלת שימוש בקריטריונים ענייניים, שאינם מסתמכים על גזע ומוצאו הלאומי של הנוסע, לצורך ביצוע בידוק ביטחוני בשדות התעופה.

95. עמדת העותרת היא שהשימוש בקריטריון הלאום הערבי הינו **פסול מעיקרו** וכשלעצמו, וכל שהיא מבקשת הוא שהמשיבים יחדלו מלקבוע את חומרת הבידוק הביטחוני בהתאם לקריטריון זה. זאת, אף אם הדבר כרוך בשינוי מהותי במערך הבידוק ובאופן שמחייב עלויות כלכליות נוספות או אפילו הכבדה כלשהי על כלל ציבור הנוסעים (כמו למשל הקדמה מסוימת של מועד הגעתם לשדה התעופה). לעניין העלויות הגדולות שכרוכות לטענת המדינה במעבר לבדיקה אחידה לכלל הנוסעים נקבע זה מכבר, כי "כשמדובר בזכות יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת." (פרשת **לשכת מנהלי השקעות**, עמ' 423).

96. הנקודות שלעיל נתמכות בקו המחשבה שפיתחו פרופ' מדינה וד"ר סבן במאמרם על "דמוקרטיה ונטילת סיכונים". הם מצביעים על שני סוגים שונים של התנהלות, הטעונית בדרגות הצדקה שונות עד מאד:

"מעשית אנו פוגשים שני סוגי מקרים שבהם מדיניות מוחלת באופן גורף על קבוצה של אנשים, בלא לערוך בדיקה אינדיבידואלית של הסיכון הנשקף מכל אחד מהם. בסוג אחד של מקרים הקבוצה שעליה מוחלת המדיניות הנדונה נקבעת על פי שיקולים "ניטרליים", שאינם קשורים לזהותם של הפרטים הרלוונטיים. דוגמה לכך היא עריכת חיפוש בכליו של כל מי שמגיע למקום מסוים. עריכת החיפוש אמנם מבטאת חשש כללי כלפי כל הפרטים שעליהם מוחלת מדיניות זו, אך ההחלה הגורפת של המדיניות על כל מי שמגיע למקום, ללא הבחנה המבוססת על מאפיינים אישיים של הפרט, מקהה את הפגיעה. במקרים מסוג זה די בהסתברות נמוכה לכך שכל אחד מן הפרטים הרלוונטיים יבקש להסתיר בכליו חפץ מסוכן כדי להצדיק מדיניות של בדיקה פשוטה ולא פולשנית. משמע, כאשר הפגיעה באינטרס המוגן עצמו – הזכות לפרטיות – היא

זניחה, וכאשר המדיניות הנבחנת אינה כרוכה בפגיעות נוספות שכן היא ננקטת על בסיס "אוניברסלי" או רנדומלי, ניתן לוותר על דרישת הסיכון האינדיבידואלי. לא כך כאשר הפרטים הנמנים עם הקבוצה שעליה מוחלת מדיניות התיוג נבחרים בהסתמך על מאפיינים המבטאים השתייכות קבוצתית שלהם כגון היותו של אדם ערבי, בן דת מסוימת או ממוצא עדתי מסוים; לא כך כאשר מאפיינים אלה היוו ומהווים בסיס מתמשך באותה חברה להזדהות ולאפליה של בני הקבוצות הללו. במקרים כאלה, אם המדיניות מבקשת לסמן את אלה שהם חשודים יותר מאחרים בנכונות לפגוע, להפר את החוק וכדומה, כי אז הפגיעה הנוצרת היא מורכבת ורבת עצמה. (מדינה וסבן, לעיל, בעמ' 69-70).

97. בעניין סייף (בג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70 (2004)) עסק בית משפט נכבד זה בחוקיות החלטתה של לשכת העיתונות הממשלתית, שלפיה לא תוציא הלשכה עוד תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף לאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה, ולא תאריך את תוקפן של תעודות שהוצאו בעבר. המדינה נימקה את הסירוב הגורף בחששה לפגיעה באישים בממשל בישראל במסיבות עיתונאים או במשרדים ממשלתיים, לאור העובדה שתעודות עיתונאי מקלה את הגישה למקומות אלה. לדידה, בדיקה ביטחונית אישית אינה יכולה לשלול את מסוכנותו של תושב האזור, שכן מסוכנות זו נובעת מעצם התושבות, ועל-כן מוצדקת הימנעות כוללת ממתן תעודות עיתונאי לאנשי תקשורת פלסטינים, אף ללא כל ביסוס פרטני של מסוכנות.

98. פסק הדין, אשר דחה את טענות המדינה קובע, כי שיקולי ביטחון אינם ערך מוחלט, וכי "נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (שם, סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר). עוד נקבע, כי "הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור – לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה – מלמד כי מלאכת האיזון בין שיקולי חופש הביטוי והמידע לשיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כך פנים האיזון שנעשה אינו כדיון" (שם, סעיף 7 לפסק דינה של השופטת דורנר).

99. הפסיקה אליה מפנה המדינה לעניין חוסר האפשרות לקיום בדיקה אינדיבידואלית איננה מתייחסת לתיוג של אזרחים לפי מוצאם הלאומי. כפי שכבר נאמר לעיל, אין ללמוד מפסיקה זו דבר לגבי הסדר תיוג של אזרחים, המבוסס על ייחוס מסוכנות בכוח של קבוצה שלמה מקרב אזרחי המדינה.

100. המדינה מצטטת בין היתר את דבריו של הנשיא ברק בפרשת חוק האזרחות לגבי מצבים שבהם, לדעתו, "הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף". אלא שדבריו של השופט ברק באותו עניין (שנאמרו לגבי פלסטינים מהשטחים) דווקא מטילים על המדינה נטל כבד, שהמדינה לא עמדה בו, להוכיח, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף באותם מצבים לאיסור גורף:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת

מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון... כמובן, ייתכנו מצבים בהם הבדיקה האינדיבידואלית לא תגשים את תכליתו הראויה של החוק, ויש לנקוט באיסור גורף. עם זאת, בטרם מגיעים למסקנה זו יש להשתכנע, על בסיס נתונים ראויים, כי אין תחליף ראוי לאיסור הגורף. לעתים הבחירה באיסור הגורף באה בשל כישלון בעיצוב הבדיקה האינדיבידואלית ולא משום שבדיקה כזו אינה יעילה." (פרשת **חוק האזרחות**, לעיל, סעיף 69 לפסק דינו של הנשיא ברק).

101. הנשיא ברק מבהיר באותו עניין כי הכלל האמור מקובל גם במשפט המשווה ובכלל זה בפסיקה האמריקאית:

"המשפט החוקתי האמריקאי מכיר בדרישת המידתיות במובן האמצעי שפגיעתו פחותה כתנאי לחוקתיותה של פגיעה בזכות יסוד. פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות (כגון חופש הביטוי, חופש הדת, חופש התנועה, ואיסור ההפליה) עשויות להיות חוקתיות, ובלבד שתעמודנה בדרישות ה"ביקורת הקפדנית" (strict scrutiny). בין מרכיביה של ביקורת זו מצויה הדרישה לפיה, מבין הדרכים האפשריות להגשמת התכלית הציבורית, על המדינה לבחור באמצעי שפגיעתו בזכות היא המועטה ביותר (least restrictive) (ראו L. Tribe, American Constitutional Law (2nd ed. 1988), E. Chemerinsky, Constitutional Law ; -14821037-8, 1451 532, (1997)). בפרשו דרישה זו, קבע בית המשפט העליון כי תנאי לקיומה של דרישת הפגיעה המועטה ביותר היא שהפגיעה בזכות היסוד תהיה על בסיס בחינה אינדיבידואלית (individualized considerations), ולא תתבסס על איסור גורף (flat ban). " (שם, סעיף 71 לפסק דינו של הנשיא).

102. הדברים שנאמרו בעניין סייף לעניין האיסור הגורף, כמו גם דבריו של הנשיא ברק בעניין **חוק האזרחות**, מתייחסים להסדרי תיוג של זרים. הדברים נכונים ביתר שאת ומקל וחומר עת מדובר, בענייננו, בהסדר תיוג אתני-לאומי של אזרחים ישראלים.

103. **באשר למבחן המשנה השלישי של המידתיות – הפרופורציה בין האמצעי למטרה.** לעניין מבחן זה יודגש תחילה, כי לאופן הצגת הערכים המתנגשים בענייננו יש נפקות משמעותית על תוצאות האיזון הנבחן בגדרה של המידתיות או בגדרה של דרישת התכלית. אין להציב את ערך החיים, כפי שהמשיבים מציבים, אל מול זכויותיהם של המתווגים, אלא יש לנקוט באיזון בין התועלת הביטחונית שנושא, אם בכלל, התיוג האתני – משמע, הטענה ביחס להסתברות התרחשות ההגנה לה טוענים המשיבים, ומידת ביסוסה הראייתי של אותה טענה – למול הנזק החמור והוודאי שהתיוג האתני מסב (לעניין זה ר' : **אורן גזל-אייל**



**ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" משפטים מא 97 (2011)).** כפי שכבר נאמר לעיל, עמדת העותרת היא, כי התיוג האתני אינו אמצעי יעיל ומתאים להשגת המטרה הביטחונית לה טוענת המדינה.

104. כאמור, אין לקבל את טענת המשיבים, לפיה הפגיעה באזרחים הערבים הינה פגיעה נקודתית ומוגבלת. כפי שכבר נאמר, התיוג האתני פוגע בצורה קשה בשוויונם ובכבודם של האזרחים הערבים, והוא נושא השלכות הרסניות ארוכות טווח על המארג החברתי במדינת ישראל ועל היחסים בין ערבים ליהודים. הוא נותן הכשר תודעתי למסוכנותם של האזרחים הערבים, מנציח את הפערים הקיימים ומלבה את העוינות והגזענות.

105. בחינת תוקפו של התיוג נשוא העתירה צריכה להיעשות, אם כן, על רקע מורכבות ועוצמת הפגיעה, ובין היתר על רקע החשיבות המכרעת של יחס שוויוני כלפי קבוצת מיעוט לאומי בחברה דמוקרטית. עמד על כך השופט זמיר:

"המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב. כך גם בנוגע לשאלת השוויון כלפי ערבים. . . שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף על פי כן, ואולי דווקא בשל כן, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבים לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים... זוהי מצוותו של המשפט, ולכן זו חובתו של בית המשפט." (בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5) 28, 15 (2001)).

106. מכל האמור לעיל עולה, כי תוספת הביטחון הספקולטיבית שיכול שתצמח – אם בכלל – מהתיוג האתני נשוא העתירה אינה שקולה כנגד הפגיעה הוודאית והמורכבת באזרחים הערבים ובחברה בכלל.

107. הנזק החמור שגורם התיוג האתני הוביל, כפי שראינו, להטלת איסור על מדיניות זו הן במשפט החוקתי המשווה של מדינות דמוקרטיות והן במשפט הבינלאומי. בתמצית, המדינה לא מוצאת ולא צפויה למצוא כל עיגון ממשי – לא במשפט ההשוואתי ולא במשפט הבינלאומי – לפרקטיקה הקשה כל כך שבה היא מודה. באף מדינה דמוקרטית לא הותר באופן אוטוריטטיבי תיוג אתני של אזרחים. בל נהיה אנו הדוגמה הראשונה לכך.

## סוף דבר

התיוג האתני של אזרחים ערבים בשדות התעופה יוצר מעגל קסמים, המנציח את הדעות הקדומות כלפי אזרחים אלה, וזאת ע"י הצגתם באור שלילי, כמי שצריכים להיות נתונים תחת השגחה ופיקוח

תמידיים. כפי שהראינו לאורך העתירה, השיקול ביטחוני אינו יכול להצדיק את ההבחנה הגורפת בין אזרחים ערבים ואזרחים יהודים בכל הנוגע לביצוע בדיקות ביטחוניות ולמתן שירותי תעופה בכלל. שום שיקול ביטחוני אינו יכול להסביר את הבדיקות המיוחדות, שלהן נדרשים האזרחים הערבים באשר הם, כמו גם לא את האופן המשפיל בו הבדיקות נעשות.

הטעמים הביטחוניים אינם למעשה אלא כסות עיניים למציאות קשה של גזענות, הדרה ודיכוי חברתי. מן הראוי להזכיר לעניין זה את דבריו של בית משפט נכבד זה, כי "אין כל קסם במילים 'טעמי בטחון' ו'מצב בטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי להצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים." (בג"צ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוזדור ירושלים, פ"ד ז(2) 941, 943 (1953)).

בספרו "Against Prediction" מסכם פרופ' הרקורט, כי בהעדר כל סיבה עניינית או הוכחה ממשית לנכונותו וליעילותו של הפרופיילינג הגזעי, הרי הסיבה היחידה להפעלתו היא הרצון של קובעיו לבא מסוכנות ונטייתם להאמין שהוא (הפרופיילינג) כזה, כך ותו לא:

"We have no knowledge – we're in the dark. So why, you might ask, should we assume that profiling will be efficient in deterring crime? Why should we assume that predictions of criminality and actuarial analyses will benefit society as a whole? There is no good reason. The fact that we do believe tells us something about *us* rather than anything about *them*. It tells us something about *our desire* to believe, *our desire* to predict, *our desire* to know the criminal. We are predisposed to *wanting* the actuarial model to be right – regardless of the empirical evidence."

Bernard E. Harcourt, *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age* (University Of Chicago Press 2006) 24.

דברים אלה יפים, ואף ביתר שאת, גם בענייננו. הדעות הקדומות, אשר מציגות את האזרחים הערבים כחשודים מיידיים וכמי שמאיימים על הסדר הציבורי והביטחוני, הן גם אשר יוצרות בקרב החברה הישראלית את האמונה בנחיצותו ונכונותו של הפרופיילינג נשוא העתירה. זאת, ללא כל קשר לשאלה בדבר חוקיותו ויעילותו של אמצעי זה ובדבר קיומו של קשר רציונאלי בינו ובין השגת המטרה הביטחונית שהוא נועד לשרת.

2 באוקטובר 2011

---

עאוני בנא, עו"ד

ב"כ העותרת