

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

תגובה מטעם העותרת

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 6.3.2012 מוגשת בזאת תגובת העותרת לתגובה המשלימה מטעם המשיבים, כדלקמן:

1. התגובה המשלימה אינה מעלה טענות חדשות, שלא נטענו עד כה ע"י המשיבים. התגובה המשלימה טומנת בחובה גישה שמחדדת את החשש, שעליו כבר הצביעה העותרת, של חוסר הבנה מצד המשיבים לטיב ולחומרת הפגיעה שעל הפרק.
2. בל נשכח, כי הפגיעה נשוא העתירה, כפי שהיא עולה גם מתגובות המדינה לעתירה, נוגעת לגרעין הקשה של כבוד האדם של חלק מאזרחי המדינה, והיא מעלה סוגיות חשובות, הנוגעות למשמעות האזרחות של המיעוט הערבי בישראל ולליבת הערכים, שאמורים להנחות מדינה דמוקרטית, ששומרת על זכויות אדם, בהתנהלותה אל מול אזרחיה.
3. העותרת הדגישה בעיקרי הטיעון מטעמה, כי הסוגיות הנ"ל מעמידות לפתחו ולהכרעתו של בית משפט נכבד זה שאלות עקרוניות ובין היתר האם שיטת המשפט הישראלית מכירה בחוקיות של פעולה דיפרנציאלית של המדינה, המפלה בין קבוצות מקרב אזרחיה שלה לפי הערכות כלליות בדבר רמת סיכון בכוח הנשקפת מקבוצות אלה?

4. לנוכח כל זאת, העותרת דוחה מכל וכל את גישתם של המשיבים, שמצד אחד מתעלמת מהפגיעה ומתייחסת אליה בביטול ובזלזול, ומצד שני מתמקדת בטענות לעניין שיקולי תקציב, יעילות ונוחות של כלל אוכלוסיית הנוסעים. שיקולים אלה אינם שקולים בשום מקרה כנגד עוצמת הפגיעה בכבודם של האזרחים הערבים, שתוארה בהרחבה, על השלכותיה השונות, לאורך ההליכים בעתירה.

5. בסעיף 6 לתגובה מפנים המשיבים לפס"ד, העוסק באפליה בבדיקות של לוחות עץ לעומת רהיטים מוגמרים. העותרת אמנם תומכת במתן פרשנות מרחיבה לזכות לכבוד, אבל אפילו היא עוד לא הרחיקה לכת לטעון, שלוחות עץ נהנים מהגנה חוקתית. אף אם נקבל טענה זו, ספק בעיני העותרת אם ההשפלה הכרוכה בבדיקות הפורמלדהיד בלוחות עץ שקולה להשפלה שחווים האזרחים הערבים במהלך הבדיקות המחמירות בשדות התעופה.

6. אותו ספק מתעורר גם לגבי פסק הדין שאליו מפנים המשיבים בסעיף 10 לתגובה, העוסק באפליה בקליטת שידורי טלוויזיה. באותו עניין בית המשפט אומנם דחה את טענת האפליה אך זאת בין היתר מהסיבה, כי "נתונים טופוגרפיים, גובה המבנים ותנאי המקום שוללים כל אפשרות מעשית לגרום לכך ששידורים מתחנות הקרקע ייקלטו באיכות זהה בכל מקלט טלוויזיה בארץ" (בג"צ 3472/92 ברנד נ' שר התקשורת, פ"ד מז(3) 143, 153 (1993) (להלן – פרשת ברנד)). העותרת מתקשה למצוא קווים ערכיים ו/או משפטיים, שיוכלו לחבר בין חוסר אפשרות מעשית לשוויון בשל נתונים טופוגרפיים לבין טענת המדינה לחוסר אפשרות לשוויון בבידוק ביטחוני בין אזרחים שווים. ההפליה בבידוק וההשפלה הכרוכה בה הן פרי החלטה מודעת של המדינה ואין הן נגזרת הכרחית של תכונות מולדות של אזרחיה השונים.

7. המשיבים טוענים, כי הגברת האחדת הבידוק המחמיר כרוכה במשאבים כספיים גבוהים. לשיטתם, בית משפט נכבד זה אינו הגוף המוסמך לעסוק בהקצאת משאביה של המדינה, וכי השאלה אם להקצות משאבים אלה "למטרה זו דווקא או לצרכים ציבוריים אחרים בעלי חשיבות לא פחותה – נתונה לרשות המבצעת". טענה זו הינה חסרת כל טעם והיגיון.

8. אומנם למדיניות נשוא העתירה נודעות גם שאלות של הקצאת משאבים, אך שאלות אלה לא הן שעומדות להכרעה ולביקורת שיפוטית. העמדת השאלה התקציבית כשאלה מרכזית בתיק דגן נועדה כדי להסיט את הדיון מעיקרו. כאן יודגש, כי יש לדחות בתוקף את הניסיון לפסוח על הפגיעה העיקרית שביסוד העתירה באמצעות הצגתה של שאלת השפלתם של האזרחים הערבים כשאלה תקציבית גרידא. ניסיון זה רק מגביר את עוצמת ההשפלה ומשדר מסר מזלזל ומעליב, שאל לו לבית המשפט לתת לו יד, גם אם הוא יסבור שמדיניות התיוג האתני נשוא העתירה עומדת במבחני החוקיות והשוויון.

9. בנוסף, ובניגוד מוחלט לטענת המשיבים, כי מדובר בשאלה שנופלת בתחום שיקול דעתה ומומחיותה של הרשות המבצעת, וכי שאלה זו חורגת מתחום סמכותו של בית המשפט, תדגיש העותרת שוב, כי עניינה של העתירה הוא בבחינת חוקיותה של מדיניות שפוגעת

בזכויות אדם חוקתיות, וכי זה לא רק תקפידו אלא זו גם חובתו של בית משפט נכבד זה להעביר תחת שבת ביקורתו את עמידתה של מדיניות זו בכללי המשפט החוקתי והמינהלי.

25. המומחיות ושיקול הדעת בקביעת סדרי עדיפויות בחלוקת משאבים, וכך גם השיקול של ההכבדה על כלל אוכלוסיית הנוסעים, אינם בגדר מחסום, המונע מבית המשפט להפעיל את סמכותו. כך מתחייב ממהותה של הביקורת השיפוטית. בית משפט נכבד זה כבר קבע, כי אין להעמיד את המומחיות הצבאית והשיקול הביטחוני מעל לשיקול דעתו (ר' סעיף 89 לעיקרי הטיעון מטעם העותרת). קביעה זו נכונה שבעתיים ומקל וחומר ביחס לשיקולי תקציב ומומחיות בחלוקת משאבים כספיים:

"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 רופאים לזכויות אדם, בציני: "הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית... 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 להיבטו 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)).

10. למעלה מן הצורך והגם ששיקולי תקציב וסדר עדיפויות בחלוקת משאבים הם בשום אופן לא העיקר כאן, העותרת תפנה לסיפא של הציטוט שמובא בסעיף 5 לתגובה, שלפיו בית המשפט הוא הגוף שמוסמך "לבקר את פעולותיה של הרשות בחלוקת משאביה, אם עומדים הם בכללי המשפט המינהלי, וביניהם במבחן השוויון והסבירות" (פרשת ברנד, בעמ' 153).

11. בית משפט נכבד זה כבר הבהיר היטב בשורה ארוכה של פסקי דין, כי השאלה התקציבית אינה שקולה כנגד השאלה של שמירה על זכויות אדם, וכי היא מאבדת מחשיבותה כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכות חוקתית:

"על כל פנים, כשעל הפרק ניצבת תביעה למימוש זכות יסוד – וכזה הוא המקרה שלפנינו – משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול. שכן: "הרטוריקה של זכויות אדם צריכה להיות מכוסה במציאות המעמידה זכויות אלו בראש סולם העדיפויות הלאומי. הגנה על זכויות אדם עולה כסף, וחברה המכבדת זכויות אדם צריכה להיות נכונה לשאת במעמסה

הכספית" (ברק, בספרו הנ"ל, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 528).  
בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113 (1995).

"שיקולים של כדאיות תקציבית ותכנונית, ככלל, אינם יכולים להצדיק  
החלטת מדינה הפוגעת בזכות יסוד." (שם, בעמ' 144).

12. אין בכוחו של שיקול זה כדי להצדיק פגיעה בזכויות אדם, ובוודאי שאין הוא יכול להוות  
תשובה לפגיעה בכבוד ובשוויון:

"מוסיפה קופת חולים וטוענת כי ההבחנה בין עובדות לבין עובדים נועדה  
לחסוך ממון במצב החירום שאליו נקלעה הקופה, ובטענה זו מבקשת היא,  
ממסתבר, להפנות את טענת ההפליה. על כך נשיב אנו ונאמר: שיקולי תקציב  
אכן שיקולים ראויים הם, אך לא להעמדתן של עובדות במצב נחות ממצבם  
של עובדים. אכן, נתקשינו להבין כיצד זה היה בכוחם של שיקולי תקציב –  
בענייננו – כדי להצדיק הפלייתן של נשים לרעה." (בג"צ 6845/00 ניב נ' בית-  
הדין הארצי לעבודה, פ"ד נו(6) 663, 697 (2002)).

לעניין זה ראו גם:

דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 355 (2000);  
בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999);  
דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 598 (1995).

13. המשיבים מוסיפים וטוענים, כי טרם הושלמו השינויים במערך הבידוק, שעליהם דיווחו  
בתגובותיהם הקודמות, וכי בשל כך טרם בשלה השעה להכרעה בעתירה. המשיבים אף  
טוענים, כי לנוכח שינויים אלה העותרת צופה בעתירתה בעיקר פני עבר, ואילו הם צופים  
בתגובתם בעיקר פני עתיד. העותרת, שתמיד צופה פני שמירה על זכויות אדם, תטען, כי לא  
רק שאין כל יסוד משפטי ועובדתי לטענות אלה, אלא שהן בבחינת רטוריקה ריקה תוכן.

14. מהעתירה ומתגובות המדינה לה מצטיירת תמונה ברורה, שאין לגביה כל מחלוקת: המוצא  
האתני-לאומי של המיעוט הערבי-פלסטיני הוא אינדיקאטור לסיכון; אינדיקאטור  
שבהצטרפו לאחרים יוביל אזרחים ערבים להיות מושאיה של "בדיקה מיוחדת" מחמירה  
בשדות התעופה. בהתאם לכך, השאלה העומדת לפתחו של בית משפט נכבד זה היא האם  
מוותר לה למדינה להצמיד תג "סיכון גבוה" לקבוצה מקרב אזרחיה אך בשל שיוכה הלאומי  
השונה.

15. השינויים המדוברים, שפורטו בתשובה לצו על תנאי, לא נוגעים לשאלה זו ולא נועדו בעצם  
להביא שינוי מהותי בשיטת הבידוק ככל שהיא מסתמכת על קריטריון הלאום הערבי.

ויודגש, כי שינויים אלה רלוונטיים אך ורק ביחס לבידוק הביטחוני בנתב"ג ואינם רלוונטיים לבידוק הביטחוני בשדות התעופה הפנים-ארציים, שאליו גם מתייחסת העתירה.

16. כפי שהובהר בעיקרי הטיעון מטעם העותרת, המשיבים עצמם מודעים לעובדה זו ולכך, שלא מדובר בשינויים שיבטיחו בדיקה שוויונית ויביאו לביטולו של שיקול הלאום הערבי מרשימת השיקולים הרלוונטיים לתהליך קביעת דרגתה וחומרתה של הבדיקה הביטחונית. כך הובהר על-ידם לאורך כל המסמכים והדיונים בעתירה. 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). אף בתגובה משלימה זו מבקשים המשיבים להדגיש ו"לחדד כי גם במסגרת התמורות הצפויות, לא ניתן לבצע האחדה **מלאה** על דרך החמרה של נהלי הבידוק". (סעיף 12 לתגובה, ההדגשה במקור).

17. לאור עובדה זו, אין ממש בטענה "שאין מקום שביט משפט נכבד זה יקיים דיון בדרכי הבידוק של העבר... ואילו במתכונת הבידוק לאחר שתושלם טרם בשלה השעה ליתן הכרעה". בכל אותם פסקי דין והחלטות, שאליהם מפנים המשיבים לעניין זה, מדובר בשינויים, אשר מבטלים או צפויים לבטל את הפגיעה או המדיניות הנתקפת ו/או מייתרים את הצורך בהכרעה שיפוטית לנוכח התייתרות מעשית של הסעדים שנתבקשו. זאת, בשונה מענייננו, שבו השינויים אינם מייתרים את הצורך בהכרעה שיפוטית בשאלה העקרונית בדבר חוקיות ההסתמכות על קריטריון הלאום הערבי, אשר אינו צפוי להתבטל.

18. בשולי הדברים יוער, שכיום המשיבים מעריכים שהשינויים בבידוק יתרחשו ב-2013. לא רק שמדובר בעוד שנה, אלא שלאור הערכות קודמות של המשיבים, שלא התממשו לגבי התאריך הצפוי של השינויים (שבסעיף 25 לתגובת המשיבים מיום 12.3.2008 נקבע לשנת 2010 ובסעיף 95 לתגובתם מיום 15.9.09 נקבע לשנת 2012), ספק אם תאריך יעד זה הוא אכן התאריך הסופי.

19. לסיום תחזור העותרת ותדגיש, כי המדינה שוב משרטטת באופן מלאכותי חלופה אחת ויחידה למדיניות התיוג האתני. 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 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 בתיוג האתני.

20. קשה להשתחרר מהרושם, שהמשיבים מנסים לצייר תרחיש אימה של שיתוק שדה התעופה והשקעה של מאות מיליוני ש"ח כשהסיכוי שזו המדיניות שתאומץ על ידי השב"כ אם תתקבל העתירה הוא אפסי.

21. יפים לענייננו בשינויים המחוייבים דבריו של השופט רובינשטיין :

"י"ד. כאן עלי להוסיף, במידה מסוימת כדי להפיס את דעתם של המשיבים, כי לאחר שניתן פסק הדין בבג"ץ הועד הציבורי נגד עינויים בשנת 1999 – לא מכבר מלא עשור לנתינתו – היתה מערכת הביטחון מוטרדת ביותר, לשון המעטה; כיהנתי אז כיועץ המשפטי לממשלה, ודיונים על דיונים נערכו בפורומים שונים באשר ליישום פסק הדין ולמצב החדש שנוצר, ונשקלו גם יוזמות חקיקה כדי "להעביר את רוע הגזירה". והנה תודה לאל מצאה המערכת לאורך הזמן פתרונות לבעיות, תוך יצירתיות מסוגים שונים. שנה לאחר פסק הדין החלה התקופה הקשה הקרויה "האינתיפאדה השנייה", והמשימות שבפני מערכת הביטחון היו קשות ביותר; אך היא התמודדה עמן, במגבלות פסק הדין, בהצלחה שאינה מבוטלת. כך תואר (ספרי נתיבי ממשל ומשפט 273-274) אשר אירע בתקופה המיידית שלאחר פסק הדין :

לאחר פסק הדין נקלעה המערכת לדילמה: מחד גיסא, השב"כ סבר כי משמעות פסק-הדין היא פגיעה קשה באפקטיביות של חקירותיו בתקופה שבה ממילא, נוכח ההסכמים עם הפלשתינים והנסיגות בשטח, הצטמצם כושרו בחקירות; לפיכך סבר כי יש מקום לחקיקה מסדירה. עמדה זו ראויה לבחינה. רבים סברו אחרת, וכן כי אין סיכוי לחקיקה אפקטיבית שתעמוד בפיסקת ההגבלה. אחת הדילמות שבפנינו היא גם ההגנה לחוקר העושה את מלאכתו ביושר, שהרי אין הגנת הצורך, לפי פסק-הדין, 'חרב' אלא 'מגן בדיעבד'. כשלעצמי רואה אני חשיבות רבה כי כל פתרון בנושא יתקבל בקונסנסוס רחב ככל האפשר, שכן לדעתי אין מאתנו מבחינה ערכית מי שחרדתו לביטחון גדולה משל אחרים, וגם לא מי שחרדתו לזכויות גדולה משל אחרים.

"לאחר מתן פסק הדין פעלה ועדה בראשות המשנה פרקליטת המדינה רחל סוכר והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה מני מזוז, שנדרשה לשאלה אם יש צורך בחקיקה, ואם כן – איזו. השאלות קשות כשאלו, והן בחינת ריבוע העיגול... ולבסוף, אחר כל הדברים הללו פרצו אירועי תשרי תשס"א (אוקטובר 2000) והתהליך האלים שבעקבותיהם, שחידדו מאוד את כל השאלות הללו שבין ביטחון לזכויות ועוד רבות אחרות".

בסופו של יום לא נבחרה דרך החקיקה, ומערכת הביטחון מצאה אפיקים ושיטות חקירה שבגדרי הדין הקיים.

ט"ו. ערים אנו לכך, שחלק מדרכי החקירה הנוהגות כיום פותחו בעקבות פסק הדין בפרשת הועד הציבורי נגד עינויים, ושפסק דינו דהאידינא עשוי להצריך מחשבה יצירתית חדשה. חזקה על מערכת הביטחון, כי גם בעקבות פסק דין זה תשנס מתניה ותמצא דרכים על פי דין לטיוב החקירות ולהשגת יעדיה". (בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם), ניתן ביום 11.2.2010, פסקאות י"ד ו- ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

22. במאמר מוסגר יצויין, שהתגובה כוללת נתונים, שמוצגים לראשונה בפני בית המשפט הנכבד. פרקטיקה זו תמוהה וראויה לביקורת. ראשית, הנתונים אינם חדשים (לדברי המשיבים, הם מתבססים על סקר מ-2008) והיו למשיבים הזדמנויות לרוב להביאם בפני בית המשפט. שנית, הדיון בעתירה הסתיים לפני יותר מ-5 חודשים. בדיון המסכם הביע בית המשפט הנכבד פליאה על שהמשיבים לא טרחו להביא נתונים לגבי המשמעות המעשית של קבלת העתירה. למרות זאת המשיבים המתינו במשך חודשים ורק ערב המועד הצפוי למתן פסה"ד טרחו להביאם בפני בית המשפט הנכבד.

23. כפי שפורט בהרחבה בתגובותיה הקודמות של העותרת ובעיקרי הטיעון מטעמה, הנזק החמור שגורם התיוג האתני הוביל להטלת איסור על מדיניות זו הן במשפט החוקתי המשווה של מדינות דמוקרטיות, והן במשפט הבינלאומי. באף אחת מהמדינות שנסקרו ונבחנו ע"י העותרת לא הותרה הסתמכות על מאפייני גזע ומוצא לאומי או דתי של אזרחים, וזאת כעניין של מדיניות. אף שאין לומר שלגבי מדינות אלה לא מתקיימים הסיכונים הביטחוניים שעליהם עומדים המשיבים, מערך הבידוק שהן מתפעלות רחוק מאוד מלשקף את הערכות המשיבים לעניין ביטול ההסתמכות על קריטריון המוצא הלאומי של אזרחים בביצוע הבדיקות.

24. מכל מקום ועם כל הכבוד להשלכות ולקשיים הכרוכים בביטול מדיניות התיוג נשוא העתירה, שאותם מדגישים המשיבים בתגובה זו, פגיעה קשה ומורכבת במיוחד בזכויות אדם של קבוצה שלמה מקרב אזרחי המדינה עומדת כאן על הפרק. הערכות המשיבים לעניין אורכו הצפוי של התור לבידוק ביטחוני וזמן ההמתנה וההגעה לנתב"ג, קשות וחמורות ככל שתהיינה, אינן יכולות להצדיק פגיעה זו ולרפא את ההשפלה הטמונה בה. בוודאי שהן לא רלוונטיות לכל הכרעה שיפוטית בדבר חוקיותה של מדיניות התיוג שביסוד העתירה.

25. העותרת דוחה את הנחת המדינה, כי היא רשאית לקנות את ביטחונם ורווחתם של כלל הנוסעים על-ידי פגיעה בחלק מהם, בעלי זהות אתנית מסוימת, וכי ניתן ואף מוצדק להשאיר פגיעה חמורה וברורה בזכויות אדם על כנה רק בשל המחיר הכרוך בביטולה.

26. עמדתה החד משמעית של העותרת היא שהשימוש בקריטריון הלאום הערבי הינו **פסול מעיקרו** וכשלעצמו, והיא מבקשת 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.

25 במרץ 2012

---

עאוני בנא, עו"ד  
ב"כ העותרת