

המבקשת:

האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד אן סוצ"י ו/או דן יקיר ו/או אבנר
פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או גיל גן-מור ו/או שרון
אברהם-ויס ו/או נסרין עליאן ו/או משכית בנדל
ו/או טל חסין ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או
סנא אבן ברי ו/או שדא עאמר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

בעניין שבין:

מדינת ישראל - רשות האוכלוסין וההגירה

המעוררת:

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רחוב צאלח א-דין 29 ירושלים
טלפון: 02-64669767; פקס: 02-6466230

- נ ג ד -

המשיבים:

1. ארז רובינשטיין

2. אלה רובינשטיין

ע"י ב"כ עוה"ד ארז אבוהב
מרחוב מרמורק 3 תל אביב
טלפון: 03-7444966; פקס: 03-7444965

בקשה להצטרף לדיון במעמד ידידת בית המשפט

בית הדין הנכבד מתבקש להתיר למבקשות להצטרף במעמד של ידידות בית המשפט לדיון שבכותרת.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. בתיק זה מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את החלטתו של כב' בית הדין קמא (הע"ז 11387-09-14 מ"י) [נ' רובינשטיין](#) (4.2.2017), שפסל ראיות שהושגו על יסוד פרופיילינג גזעי - אתני בניגוד לדין.

צירוף המבקשת כ"ידידת בית המשפט"

2. בית המשפט העליון ובית הדין לעבודה הכירו זה מכבר במוסד "ידיד בית המשפט", והתוו את המבחנים לצירוף צד כמתדיין בסכסוך שהוא אינו צד לו (מ"ח 7929/96 [כחלי נ' מדינת ישראל](#), פ"ד נג(1) 529, 554 (16.2.1999); ע"ע 1233/01 [אוריאל - עיריית הרצליה](#), פד"ע לז 508, 513 (31.12.2001)). **מבחנים אלה מתקיימים במקרה שלפנינו ותומכים בצירוף המבקשות לדיון דן.**

3. המבקשת היא עמותה, הפועלת מזה למעלה מארבעים שנה לקידום זכויות אדם. במהלך פעילותה רכשה המבקשת מומחיות בכל הקשור להגנה על זכויות היסוד והיכרות רחבה עם סוגיות שונות בתחום זה, לרבות בכל הנוגע לזכויות לשוויון, לכבוד, לפרטיות, והליך הגון.

4. **המבקשת משמשת פעמים רבות כעותרת ציבורית** "בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" - לעיתים אפילו אם בעל העניין הישיר בעניין נמנע מפנייה לערכאות (בג"צ 651/03 [האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה](#), פ"ד נ(2) 62, 69 (2003)).

5. בין היתר ניהלה המבקשת התדיינויות עקרוניות בעניין הפרופיילינג האתני בבידוק הביטחוני בשדות התעופה (בג"צ 4797/07 [האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה](#) (10.3.2015)), שאליו מפנה המערערת בתיק דן כאל "תקדים", כביכול, בניסיונה להשיג **הכרעה שיפוטית חסרת תקדים**, שתיתן גושפנקא חוקית לפרופיילינג הגזעי של פקחיה.

המבקשת הופיעה בבית המשפט העליון שעה שדן בחוקיות חיפוש גופני או חיפוש בחצרים בהעד עילה חוקית ואך ורק על יסוד "הסכמה" (רע"פ 10141/09 [אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל](#) (6.3.2012)). בהמשך לכך השתתפה המבקשת בדיוני ועדת החוקה, חוק משפט של הכנסת בהצעת "חוק המישוש", שהוגשה בעקבות פסיקת בג"צ בעניין "חיפוש בהסכמה" ([חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור](#), התשע"ו-1-2016 (ס"ח 3527, 7.2.2016)), תוך שהיא מתמקדת בסכנת של שימוש בפרופיילינג גזעי ואתני על ידי רשויות אכיפת החוק.

6. בית הדין הארצי צירף את המבקשת לשורה של דיונים שקיים בסוגיות הנוגעות לתחומי ופעילותה ומומחיותה. כך, למשל, צורפה המבקשת לדיונים בעניין שלילת זכאות להבטחת הכנסה בשל תמיכה משפחתית בתשלום שכר דירה (עב"ל 20952-04-11 [יאי' נ' המוסד לביטוח לאומי](#) (20.11.2015)), הגבלת התשלום הרטרואקטיבי של קצבת שארים (עבל (ארצי) 57861-01-11 [אסתר לחון נ' המוסד לביטוח לאומי](#) (7.8.2012)), פרטיות עובדים בתיבת הדוא"ל (ע"ע (ארצי) 90/08 [איסקוב - הממונה על חוק עבודת נשים](#) (8.2.2011)), שעון נוכחות ביומטרי במקום העבודה (עסק (ארצי) 7541-04-14 [הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' עיריית קלנסואה](#) (החלטה על צירוף (13.4.2015)), בר"ע (ארצי) 44667-05-13 [שחר - עיריית שדרות](#) (23.6.2013)), ופסיקת פיצוי בעילה של התעמרות בעבודה (ע"ע (ארצי) 23325-03-16 [מדינת ישראל - נפתלי](#) (החלטה על צירוף (30.11.2016)).

בהחלטותיו אלו ציין בית הדין הנכבד את מומחיותה וניסיונה של המבקשת ואת התרומה שעשויה לצמוח מצרופה לבירור סוגיות בעלות השלכות רוחב:

"לאור מומחיותה וניסיונה של האגודה לזכויות האזרח, הרי שבהצטרפותה, להליך יהיה כדי לתרום תרומה בעלת משמעות לסוגיה המתבררת לפנינו. זאת,

נוכח העובדה כי גוף זה מייצג את האינטרסים הרלוונטיים לענייננו והמהווים אינטרסים ציבוריים חשובים ולאור השלכותיה החשובות של ההכרעה בסוגיה שלפנינו". (בר"ע (ארצי) 44667-05-13 שחר – עיריית שדרות (23.6.2013)).

7. כפי שנראה להלן, גם לסוגיה שעומדת במרכז התיק דנן יש השלכות חשובות על זכויות יסוד חוקתיות ועל אינטרסים ציבוריים, המעוגנים בחוקי היסוד ובשיטת המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל. צירופו של צד "ציבורי" רצוי במיוחד במקרים מעין אלה (ר' דב"ע נ/4-16 מרכז השלטון המקומי בישראל - הסתדרות העובדים הכללית, פד"ע לב 1, 35 (5.4.1998)).

8. המבקשת צברה ניסיון ומומחיות בגילויים שונים של הפליה ושל תיוג אתני-גזעי בפעולות שלטוניות, לרבות ובמיוחד בפעילות רשויות אכיפת החוק, ואלה עשויים לתרום תרומה משמעותית לדיון בתיק דנן, למסכת השיקולים שינחו את בית הדין הנכבד בפסיקתו, בדרך הנמקתה ואף באמרות האגב שבה. באופן דומה, שעה שביקשה להצטרף לדיונים בבית המשפט העליון בסוגיית ה"חיפוש בהסכמה" - חיפוש משטרתי על הגוף, בחצרים או ב"טלפון חכם" (רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל; רע"פ 9446/16 התובעת הצבאית הראשית נ' ברק סיגאוי (19.6.2017)), הפנתה המבקשת, בין היתר, לדיונים שקיים בית הדין הארצי ב"הסכמה" של עובדת לפגיעה בפרטיותה, והצביעה על השלכות עקיפות, שעשויות, או עלולות להיות להכרעה השיפוטית על מקרים אחרים של פגיעה בפרטיות בנסיבות של יחסי מרות ופער כוחות.

9. כל אלה מקנים למבקשת את המומחיות, הניסיון ואת הייצוג, שיש בהם כדי "לתרום להליך זה נקודת מבט שראוי שתהא בפני בית המשפט בשים לב למהות העניין הנדון" (ע"א 11152/04 פלוגי נ' מגדל (4.4.2005)), ולסייע לו בגיבוש עמדה "המשקפת נאמנה את מגוון המצבים והבעיות שבסוגיה שבפנינו" (עניין קחלי, עמ' 554).

10. בצירוף המבקשת לא יהיה כדי לפגוע ביעילות הדיון ומידת מעורבותה בהמשך ההליך תקבע על ידי בית הדין הנכבד כפי שזה יראה לנכון (ר' ע"ע (ארצי) 19676-11-10 הממונה על התשלום הגמלאות נ' חיות (2.10.2013)). אמנם הבקשה מוגשת בסמוך לדיון בתיק, וזאת כיוון המבקשת למדה רק לאחרונה על הערעור, וחשוב מכך - על העמדה מרחיקת הלכת והמטרידה שהמדינה מבקשת מבית הדין הנכבד לאמץ. אך אין בעיתוי הבקשה כדי להכביד על בית הדין הנכבד או על הצדדים: במקביל להגשתה מועברת הבקשה לתגובת ב"כ המערערת והמשיבים, ובנסיבות אלו, יוכל בית הדין הנכבד, אם ימצא לנכון, להחליט בבקשה רק במהלך הדיון, כפי שנהוג פעמים רבות בבקשות דומות המתבררות בפני בית המשפט העליון (ר' למשל: בג"צ 867/15 אור הכהן נ' שר הפנים (14.9.2016); בר"מ 5764/16 פלוגי נ' יחידת הטיפול בי מקלט מדיני בישראל (18.8.2016); רע"א 2063/16 הרב יהודה גליק נ' משטרת ישראל (28.7.2016); רע"פ 9446/16 הפרקליטות הצבאית הראשית נ' ברק סיגאוי (29.5.2017)).

סוגיה חוקתית ראשונה במעלה - רשות שלטונית שמשתמשת בפרופיילינג גזעי

11. תיק זה לא היה בא לעולם אלמלא השימוש שעושים פקחי המערערת בפרקטיקה הפסולה של פרופיילינג גזעי. מפקח של רשות האוכלוסין נתקל ברחוב באשה בעלת חזות "אסייתית" ורק בשל השתייכותה הגזעית החליט לעקוב אחריה. על סמך חזותה ה"זרה" הניח המפקח שמדובר בעובדת זרה שעובדת ללא היתר כדין.

12. לא זו בלבד שהמערערת אינה מוצאת פסול בהתנהלות המפקח, אלא שלשיטתה מדובר ב"דרך טבעית, אפקטיבית וסבירה". היא מלינה על קביעתו של בית הדין קמא, שלפיה עליה "להתעלם מנתונים חיצוניים" אתניים או גזעיים, ו"להפעיל את סמכויות הפיקוח באופן שוויוני" (99'22-1-25 לערעור). במילים אחרות המדינה מבקשת מבית הדין הנכבד להתיר לה לפגוע בזכויות יסוד של אנשים "החשודים" כזרים רק לפי צבעם, מבנה העיניים, או מבנה הגולגולת שלהם.
13. יתר על כן, ממכלול הטענות והעדויות עולה שאין מדובר במקרה חריג, ושמפקחי המערערת תרים בשכונות מסוימות אחר "אסייתיות" או "שחורים" כדי לנהוג בהם באותו אופן.

פרופיילינג גזעי - פגיעה קשה בזכויות האדם

14. פרופיילינג גזעי או אתני הוא ייחוס מסוכנות או עבריינות לאדם על רקע השתייכותו לקבוצה גזעית, אתנית, לאומית או דתית, ומתן יחס שונה - בדרך כלל שלילי - על יסוד אותה מסוכנות מדומינת.
15. סטריאוטיפים וסטיגמות על בני קבוצות מיעוט אתניות מהווים גורם מרכזי להפליה ולקיפוח. יחס שונה לאדם על יסוד מאפיינים חזותיים של גזע או מוצא אתני - הוא מקרה חמור במיוחד של הפליה פסולה:

"הפליה גנרית היא הפלייתו של אדם מחמת צבע עורו או מחמת גזעו... הינה הפליה הפוצעת אנושות בכבוד האדם. אין לו לאדם שליטה על מינו (נקבה או זכר), על צבע עורו (שחור, צהוב או לבן)... והנה נדחה הוא מפני אחרים אך בשל אותו מאפיין שאין לו שליטה עליו, מאפיין גנטי או אחר" (בג"צ 2671/98 [שדולת הנשים נ' שר העבודה והרווחה](#), פ"ד נב(3) 630, 658 (1998); ר' עו"ד: דב"ע נו 1291-3/ [פלוטקין - אחים אייזנברג בע"מ](#), פ"ד לג(1999) 481).

16. פרופיילינג אתני אינו מעיד בהכרח על מניע גזעני, גם אם תוצאותיו הן כאלו. סטריאוטיפים משמשים את כולנו במפגש ראשוני עם הזולת, ובדרך כלל נלוות אליהם גם סטיגמות ודעות קדומות. רק אם מכירים בנטייה מצערת זו יש סיכוי להתמודד איתה ולנטרל אותה. אבל פעולה שלטונית כלפי אדם על יסוד גזע ומוצא אתני היא חמורה ובלתי נסבלת, לאור הסמכויות מרחיקות הלכת שנתונות לרשויות המדינה, ובראש וראשונה הסמכויות הבלעדיות של גורמי אכיפת החוק לפגוע בגופם ובחירותם של האזרחים.
17. הפרקטיקה שבה נוקטת המערערת מפרה באופן מובהק שני מושכלות יסוד באכיפת החוק במדינת ישראל ורומסת את האיזון שבין אינטרס אכיפת החוק לבין השמירה על זכויות אדם:
- 17.1. אמצעי אכיפת חוק מופעלים כלפי אדם רק מן הרגע שהוא חשוד בביצוע עבירה מסוימת או שיש בסיס כלשהו לחשד כלפיו. אפילו במקרים החמורים ביותר - עבירות ביטחון לדוגמה - שבהם ראוי להעניק סמכויות נרחבות יותר לצורך מניעת עבירה **בטרם הוחל בביצועה**, נשמר איזון זה על ידי דרישה, גם אם מקלה יותר, לחשד קונקרטי כלשהו.
- 17.2. השימוש באפיונים גזעיים ואתניים באכיפת החוק הוא פסול מן היסוד.

18. השימוש שעושים גורמי אכיפת החוק בפרופיילינג גזעי, כשלעצמו וללא קשר לפעולות האכיפה הקונקרטיות, פוגע בכבוד האדם, בשוויון בפני החוק, בחזקת החפות ובזכות להליך הוגן ובזכות לפרטיות.

19. ביסוד ההכרה החוקתית בזכותו של אדם לכבוד, עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חירותו ובאוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הפעולה שלו. הפרופיילינג הגזעי, אשר מדביק לאדם ממוצא מסוים סטיגמה והופך אותו לחשוד, מתעלם מייחודו האינדיבידואלי ומצמצם אותו לכדי "אסייתי", "שחור" או "ערבי" - נציג של גזע או קבוצה אתנית באופן משפיל וטראומטי:

"למי שמעולם לא חווה תיוג אתני, פרופיילינג עשוי להיראות כלא יותר מאשר אי נעימות. אלא שמי שחוו את התופעה על בשרם, מסבירים כי מדובר בהרבה יותר מאשר מטרד. מי שמוצאים עצמם מתויגים באופן תדיר בהתבסס על המראה שלהם בלבד, חשים לא פעם שהתנהלות זו גורמת להם מבוכה, השפלה ואפילו טראומה. התאחדות הפסיכולוגים האמריקנית אף מציינת... שההשפעות של תיוג כוללות תסמונת פוסט טראומטית וצורות שונות נוספות של הפרעות הקשורות במתח" (פלד ואח' [פרופיילינג - תמונת מצב בישראל ולקחים מן העולם](#), הקליניקה לרב תרבותיות ומגוון האוניברסיטה העברית בירושלים, יוני 2017).

20. מדיניות אכיפה שמסמנת קבוצה אתנית או לאומית מסוימת ומתירה פגיעה מוגברת בזכויותיה מקבעת דימוי של נחיתות וזרות בקרב החברה כולה. כפי שצויין בדוח הוועדה למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה:

"הוצגה בפני הצוות טענה, כי בקרב השוטרים יש נוהג רווח לדרוש לעיין בתעודות זהות של אזרח יוצא אתיופיה על-סמך 'פרופיילינג' או ללא כל הצדקה עניינית. על-פי הטענה, קטינים וגברים יוצאי אתיופיה מתבקשים להזדהות לעתים תכופות... הובהר, כי דרישות חוזרות ונשנות להזדהות גורמות לאזרחים יוצאי אתיופיה הרגשה של השפלה, הדרה וזרות. **טענות אלה נתמכו בממצאי הבדיקה**" (דוח [הצוות למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה](#) (דוח פלמור) יולי 2016).

21. הנחת היסוד המוטעית של המערערת היא, כי על כף המאזניים עומדת רק זכויות היסוד של העובדת הזרה בעלת החזות ה"אסייתית" הספציפית או דומותיה. אלא שהצגת הדברים בדרך זו מתעלמת מהפגיעה בזכויות של כל אותם עוברי אורח תמימים, אזרחים, תושבים או זרים, שפקחי המערערת עוקבים אחריהם כדבר שבשגרה ברחובות ארצנו ללא כל חשד או סמכות ורק משום חזותם ה"זרה" תוך ביזויים והשפלתם.

22. המדיניות שמבקשת המערערת מבית המשפט הנכבד לאשר כוללת ביצוע מעקבים ופעולות אכיפה אחרות כגון חיפושים ובדיקת מסמכים מכל מי שנראה "זר" ובכלל זה: בעלי חזות אסייתית, אפריקאית, מזרח אירופאית. שהרי מדינות המוצא שמהן מגיעים לישראל מהגרי עבודה ופליטים רבות ומגוונות. בפועל, רבים מאזרחי ישראל עשויים ליפול להגדרות אלה ועל אחת כמה וכמה אזרחים הנמנים עם אוכלוסיות מוחלשות ממילא.

23. משמעותה של מדיניות זו היא, כי כל אדם החי במדינת ישראל, בין אם הוא אזרח, תייר או מהגר עבודה, עשוי להיות קרבן של מעקב סמוי ופעולות אכיפה אחרות אך ורק בגלל מאפיין חיצוני המשוך לגזע. כך, פקחי המערערת עשויים לבלוש אחרי נשים אתיופיות המהלכות ברחובות סביון

או צהלה כדי לבדוק שמא מדובר במבקשות מקלט אפריקאיות המועסקות בניגוד לחוק. בדומה לכך, אישה שעלתה לארץ מאוקראינה והיא בעלת מראה חיצוני מזרח אירופאי מובהק עשויה ליפול גם היא קורבן לפעולות בילוש מצד פקחי המעוררת כדי לבדוק אם מדובר בעובדת סיעוד מאוקראינה הנמצאת בדרכה לעבודות משק בית ביום החופשי שלה. "הפרופיילינג שבו נוקטת רשות ההגירה פוגע באופן תדיר במהגרים שבידיהם אשרת עבודה או תושבים ואזרחים בעלי מעמד חוקי במדינה, רק בשל חזותם." (סיגל רחן ורוחם אילן, [מי מפקח על הפקחים - אלימות פקחי רשות ההגירה כלפי מהגרים](#), המוקד לפליטים ומהגרים, האגודה לזכויות האזרח, אוקטובר 2015).

24. לצד הפגיעה הישירה באותם אנשים שכפופים לאכיפה המוגברת בשל חזותם האתנית, מתן לגיטימציה לשיטת אכיפה מסוג זה היא בעלת השלכות חברתיות קשות משום שהיא מעודדת אזרחים לנורמות חברתיות גזעניות. היא מאששת ומחזקת סטיגמות שליליות ודעות קדומות שרווחות ממילא (ר' פס' 16 לעיל).

25. פרקטיקות של פרופיילינג גזעני מחלחלות בכל שדרות החברה. כך, למשל, הן מופיעות בתחבורה הציבורית (דוח הקליניקה לרב תרבותיות ומגוון באוני' העברית - ר' פס' 19 לעיל); הן משמשות פקחי עירייה שפועלים ללא סמכות נגד ערבים על שפת היס (רוני צ'יקי ארד [למרות הביקורת, העירייה ממשיכה בציד שב"חים בחופי תל אביב](#) הארץ 21.8.2012); וגם מאבטחים בתחנה המרכזית ובשערי בית החולים בתל אביב "בודקים תעודות זהות רק לאנשים שנראים כמו בני מיעוטים" (ר' [פרופיילינג בתחנה המרכזית](#), הארץ 24.8.2017; [פניית האגודה לזכויות האזרח ורופאים לזכויות אדם](#) לראש חטיבת האבטחה במשרדה 20.12.2017).

מדיניות אכיפה בררנית ולא יעילה

26. מדיניות האכיפה המתבטאת במעקב אחר אנשים בעלי חזות חיצונית "אסייתית" בפרט או "זרה" בכלל מובילה לאכיפה בררנית, בזבזנית ובלתי יעילה.

27. שיטת האכיפה הנדונה מתבססת על **הבחנה מקרית לחלוטין** שמקורה בעובדה שחלק מ"הזרים" השוהים בישראל הם בעלי אפיון גזעי הניתן לזיהוי: מהגרי העבודה מאסיה הם בעלי מבנה עיניים ייחודי ומבקשי המקלט מאפריקה הם בעלי עור כהה. אלא שהסתמכות על מאפיינים אלה בפעולות אכיפה ופיקוח היא בה בעת over-inclusive ו-under-inclusive:

27.1. **Over-inclusive**: כיוון שהיא מתמקדת באנשים רבים בעלי אפיון חיצוני דומה לזה של **הקבוצה "החשודה" למרות שאינם שייכים לקבוצה זו**: 141,000 ישראלים ממוצא אתיופי (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, [האוכלוסייה ממוצא אתיופי בישראל](#), 20.11.2017), 35,000 מהגרי עבודה עם היתר, כמו גם אלפי תיירים ממדינות אסיה - בשנת 2017 ביקרו בישראל יותר מ-421,000 תיירים מאסיה, שרובם המכריע עשוי להיות בעל "חזות אסייתית" ולהוות מטרה לפרופיילינג של פקחי המעוררת (ר' [כניסות תיירים ומבקרי יום לפי ארץ אזרחות ודרכי נסיעה](#) ינו'-נוב' 2017, הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ינואר 2018).

27.2. **Under-inclusive**: רבים מחברי הקבוצה שכלפיהם נדרשת המעוררת לאכוף את הוראות חוק הכניסה לישראל שייכים ללאומים וגזעים נעדרי אפיון חיצוני טיפוסי ומשכך שיטת האכיפה של המעוררת "מפספסת" אותם. כך, לדוגמה, מהגרי עבודה ומבקשי מקלט ממזרח אירופה אינם בעלי אפיון חיצוני ייחודי ומשום כך שיטת האכיפה המדוברת לא חלה עליהם כלל וכלל. רק בשנתיים האחרונות נכנסו לישראל מאוקראינה ומגיאורגיה והגישו בקשות

מקלט 19,610 איש (רשות האוכלוסין וההגירה, [נתוני זרים בישראל](#), ינואר 2018, עמ' 110). כמו כן, לצד 45,411 מהגרות עבודה שנכנסו באשרת סיעוד ממדינות אסייתיות (פיליפינים, הודו, סרי לנקה ונפאל) שוהות בישראל 17,982 מהגרות עבודה נעדרות אפיון חיצוני שמסגיר את גזען ה"זר" (מולדובה, אוזבקיסטן, אוקראינה, רומניה) ([שם](#), עמ' 16). הדבר מוביל לשיטת אכיפה בררנית כלפי אותם "זרים" שניתן בקלות לזהותם בשל קיומם של מאפיינים חיצוניים.

28. הנתון המרכזי שממחיש את חוסר היעילות של מדיניות המערערת, את המקריות שלה ואת האבסורד שבהשקעת מאמצים בסוג אכיפה מסוג זה הוא ש-78.5% מהזרים השוהים בישראל ללא אשרה בתוקף (58 אלף אנשים) הגיעו ממדינות מזרח אירופה והם לא "נתפסים" בחכת הפרופיילינג של המערערת ([שם](#), עמ' 27).

יעילות אינה מרפאה אי-חוקיות

29. גם לו היינו מקבלים את טענת המערערת באשר ל"יעילות" כביכול של הפרופיילינג הגזעי, עדיין אין בכך כדי ליצור בסיס חוקי לפעולת אכיפה שבוצעה ובכל מקרה היא נטענה בעלמא ללא כל ביסוס ואסמכתאות. גם כאשר השימוש בפרופיילינג הוא יעיל ומאפשר להימנע מלשאת בעלות גבוהה של השגת ראיות בדרכים אחרות "ההסתמכות על ההכללה היא הפרה של אילוץ מוסרי שכן היא מבטאת התייחסות אל אנשים שלא כאל שווים, וגורמת לכן פגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה שנפגעה" (ברק מדינה, שמירה על ביטחון הציבור: הפליה היא אסורה גם אם היא יעילה, [מבזקי הארות פסיקה 17](#), עמ' 18, נובמבר 2013).

30. הטענה בדבר יעילות השימוש בפרופיילינג גזעי בהפעלת סמכויות פיקוח ואכיפה עולה שוב ושוב מצד המצדדים בשיטה זו. בעניין מדיניות ה-stop and frisk בניו יורק עלתה הטענה כי בהינתן כך שהסיכוי שמי שנמנה עם קבוצות המיעוט יהיה מעורב בפשיעה גדול בהרבה מן הסיכוי שבן קבוצת הרוב ינהג שלא כדין, מיקוד מאמצי הסיכול בפעילות כלפי שחורים והיספאנים הוא אמצעי יעיל במיוחד. אלא שבית המשפט בארה"ב קבע, כי למרות שמדינית זו עשויה להיות יעילה, היא אינה חוקית. התחשבות במוצאו של אדם היא הפליה משהיא גורמת לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון גם כשיש מתאם סטטיסטי בין מוצאו של אדם לבין הסיכוי שיהיה מעורב בפשיעה. ([Floyd v. City of New York, 959 F. Supp. 2d 540 \(S.D.N.Y. 2013\)](#); אדם שנער, יעילות, לוגיקה מוסדית ותרופות חוקתיות: שלוש הערות על פסק דין [Floyd v. City of New York](#), [מבזקי הארות פסיקה 17](#), עמ' 24, נובמבר 2013).

31. ב-1975 בית המשפט העליון של ארה"ב קבע כי הופעה חיצונית "מקסיקנית" היא שיקול לגיטימי בביצוע מעצרי הגירה. הלכה זו שונתה בשנת 1999 ונקבע כי משטרת ההגירה בארה"ב אינה רשאית להסתמך על חזות היספאנית בהחלטה על ביצוע מעצר. ([United States v. Montero-Camargo](#), 208 F.3d 1122 (2000))

32. על הפסול שבהתנהלות המערערת ניתן ללמוד עוד מההתנגדות שקמה בארה"ב לחקיקת הגירה במדינת אריזונה מ-2010, אשר חייבה שוטרים לבדוק את סטטוס ההגירה של כל אדם שנעצר אם יש חשד סביר כי הוא שוהה שלא כדין. טענות המתנגדים היו כי חוק זה יוצר פתח להפעלת קריטריונים מפלים ואכן משמעותו של החוק בפועל היתה בדיקה של אנשים בעלי "חזות היספאנית". משרד המשפטים הפדראלי עתר נגד החוק והביא להגבלתו עד שבשנת 2016 הוא בוטל כליל בעקבות חוות דעת של היועץ המשפטי של אריזונה לפיה אין לעשות שימוש בסעיף

שמאפשר בדיקת מסמכים על בסיס פרופילינג וזאת למרות שאריזונה ומדינות אחרות בגבול מקסיקו מתמודדות עם נטל כבד של הגירה בלתי חוקית מאסיבית.

State of Arizona, Office of the Attorney General, [Advisory Model Policy of Law Enforcement Applying SB 1070](#), 20.9.2016.

הסקת מסקנות לא סבירה ולא עניינית

33. לדידה של המערערת המפקח פעל "בסבירות ובאופן ענייני" (פס' 17 להודעת הערעור):

"המפקח ראה את העובדת עובדת זרה ברחוב" - כלומר, הסיק שמדובר ב"עובדת זרה" בהיותה בעלת "חזות אסייתית" (כפי שהעיד בפרוטוקול הדיון מיום 27.10.2016, שאליו מפנה המערערת) "ועל פי ניסיונו הניח שהיא בדרכה לעבודה במשק בית" - וזאת כיוון "שבדרך כלל מניסיון שלי הם הולכים לעבוד, לא מסתובבים סתם כך ברחובות" (שס) "ללא היתר" ... "הוא צעד אחריה, נכנס אתה ללובי הבניין בו עבדה ועלה אתה במעלית עד לדירה אליה נכנסה..."

34. טענה זו מחייבת אותנו לחזור למושכלות יסוד בדבר אי החוקתיות שבשימוש בעובדת השתייכותו של אדם לגזע, לאום או דת בפעולה שלטונית בכלל ובאכיפת החוק בפרט:

"בוודאי שעיקובו של אדם ועריכת חיפוש בכליו או על גופו בנסיבות אלו – לרבות הפנייה אליו בבקשה לערוך חיפוש בהסכמה – הינם פסולים באופן גמור ומוחלט, אם נעשים הם רק על-בסיס השתייכותו של אדם לקבוצה חברתית או לאום. מדובר בפעולה שלטונית מובהקת, הפעלת סמכות כופה השמורה בלעדית למדינה ולשלוחיה, וזו כפופה ללא-עוררין וללא סייג לחיובי המשפט המנהלי והחוקתי, ובכלל זה לעקרונות היסוד של שוויון והעדר אפליה. הדברים ברורים וידועים, וכה טבועים הם בשורשי שיטתנו..." (ת"פ 9(ת"א) 18175-02-10 [מדינת ישראל נ' עבדאללה שלאעטה](#) (24.5.12) (להלן: "עניין שלאעטה")).

35. הפסיקה אסרה באופן עקבי על שימוש באפיון גזעי במסגרת אכיפת חוק או כל פעולה שלטונית פוגענית. כך, לדוגמה, עניין [שלאעטה](#) עסק בשוטרים שהופנו על ידי המוקד המשטרתי לבניין משרדים מן הטעם היחיד שנראו שם "שני בני מיעוטים":

"והנה, מבט מפוכח אל העובדות בענייננו אינן מאפשרות להתעלם מפגם של אפליה על רקע מוצא, האופף את הנסיבות כולן, מהחל ועד כלה: ראשית, כיצד זה מתייחס המוקד המשטרתי לעצם נוכחותם של שני ערבים בבניין כאל איום פלילי או טרוריסטי פוטנציאלי, כאשר לא מתלווה לעצם הנוכחות כל בסיס נוסף ולו מזערי לחשד? שנית, כיצד זה הסיק מייד השוטר קורן, כי מדובר בחשד לפעילות חבלנית עוינת, מעצם זהותם האתנית של המעורבים? שלישית, כיצד זה פעלו השוטרים מראש, ללא כל בדיקה מקדימה, על-בסיס החשד שבפניהם חשודים בפעילות חבלנית עוינת, ללא כל בסיס, פרט לזהותם האתנית של המעורבים?"

רביעית, כיצד זה צעקו השוטרים על הנאשם וחברו שהם "מתבלים", קודם לכל ברור ענייני – כאשר בנסיבות דנן, ברור שכזה היה מגלה מייד את מופרכותו של כל חשד?

לא יכול להיות ספק בכך, למרבה הצער, כי השוטרים הודרכו בפעולותיהם אך ורק על-בסיס זהותם האתנית של הנאשם וחברו, ובכך לקתה פעולתם מתחילתה באפליה פסולה."

36. גם בענייננו, כל פעולות האכיפה שבוצעו על ידי המפקח התבססו על הימצאותה של אישה בעלת חזות "אסייתית" ברחוב. פרט עובדתי זה יצר **סדרה של מסקנות גזעניות** שהובילו להחלטה לבלוש אחר האישה כדי לבדוק אם היא **עומדת להפר** את החוק.
37. בתוך כל שלבי הסקת המסקנות שלעיל, החמורה ביותר היא זו המייחסת לאישה שהולכת לתומה ברחוב את החשד לעבירה על החוק. הקפיצה הלוגית שעשה המפקח בין הליכתה של אישה בעלת מראה אסייאתי ברחוב לבין העבירה של העסקת עובד זר ללא היתר מבוססת כל כולה על פרופיילינג גזעי, על הדבקת תווית של חשד לקבוצת אוכלוסייה מסוימת. **כשהשתייכות גזעית הופכת למנבאת של התנהגות פלילית, זוהי תמצית ההגדרה של פרופיילינג גזעי.**
38. האירוע החמור שהוביל את השוטר בעניין שלאעטה לזהות "בן מיעוטים" באופן אוטומטי כ"מחבל" הוגדר על ידי השופט כ"**כשל חמור באופן מחשבתו ופעולתו של השוטר**" והוביל את המפכ"ל להנחות את היועץ המשפטי של המשטרה "לבחון את עדותו של השוטר קורן ולהמליץ על דרכי טיפול בשוטר עצמו ואף ברמה הארגונית, ככל שנדרש".
39. האיסור על ביצוע פרופיילינג מקורו, בין היתר, בעקרונות המשפט המנהלי המחייבים שכל פעולה שלטונית, וביתר שאת כאשר הפעולה פוגעת בזכויות הפרט, תהיה מבוססת על תשתית עובדתית מספקת ותהיה סבירה. סמכויות שוטרים ופקחים כפופות בכל מקרה לכללים הרגילים החלים על שיקול הדעת המנהלי וברור כי אין להפעיל סמכויות באופן שרירותי או ממניעים זרים. ההחלטה לדרוש מאדם להזדהות, לעקוב אחריו או לחפש על גופו צריכה להיות מבוססת על תשתית עובדתית רלוונטית ופגיעתה בזכויות הפרט צריכה להיות במידה שאינה עולה על הנדרש ותוך שמירה על כבודו ופרטיותו של האדם.
40. בהנחיה של משרד המשפטים האמריקאי לרשויות אכיפת החוק מ-2014 נאמר כי בהחלטות בדבר הפעלה של פעולות אכיפת חוק חל איסור מוחלט על שימוש בגזע, לאום, מין, מוצא לאומי, דת, נטייה מינית או זהות מגדרית (אלא אם המאפיינים הללו מופיעים בתיאור ספציפי של חשוד). ההנחיה מדגישה כי האיסור המוחלט על פרופיילינג חל גם כאשר קיימות הוכחות סטטיסטיות שמצדיקות כביכול את ההבחנה כלפי קבוצה מסוימת:

"Profiling by law enforcement based on a listed characteristic is **morally wrong and inconsistent with our core values and principles of fairness and justice.** Even if there were overall statistical evidence of differential rates of commission of certain offenses among individuals possessing particular characteristics, the affirmative use of such generalized notions by law enforcement officers in routine, spontaneous law enforcement activities is tantamount to stereotyping. **It casts a pall of suspicion over every member of certain groups without regard to the specific circumstances of a particular law enforcement activity, and it offends the dignity of the individual**

improperly targeted" (U.S. Department of Justice, [Guidance for Federal Law Enforcement Agencies Regarding the Use of Race, Ethnicity, Gender, National Origin, Religion, Sexual Orientation or Gender Identity](#), P.3, December 2014m).

פרופיילינג אסור גם בהפעלת סמכות שאינה מותנית בקיומו של חשד סביר

41. בניסיונה לשכנע את בית הדין הנכבד להכשיר את פרופיילינג הפסול, מעלה המערער טענה תמוהה ושערורייתית. לשיטתה, שומה היה על בית הדין קמא לערוך אבחנה בין "סמכויות הפיקוח", שנקבעו בסעיף 6(א) [לחוק עובדים זרים](#), התשנ"א-1991, לבין "סמכויות אכיפה" שבסעיף 6(ב) לחוק: בעוד שסמכויות האכיפה מותנות בקיומו של חשד לביצוע עבירה, "סעיף 6(א) לחוק מקנה לפקחים סמכויות פיקוח, אינו דורש כתנאי לביצוע הסמכות קיומו של חשד לביצוע עבירה".
42. על רקע זה ממשיכה המערערת וגורסת, כי המפקח בענייננו "פעל לצורך הגשמת סמכויות הפיקוח" במטרה לוודאי שהאישה "האסייתית" שראה ברחוב, אינה מועסקת בתנאים מחפירים ומנוצלת על ידי מעסיקה.
43. בכל הכבוד, קו הטיעון המתפתל והמתחסד אינו עולה בקנה אחד - לא עם התנהלותו של המפקח במקרה שלפנינו, ולא עם עיקר הפעילות שמבצעים המפקחים מטעם המערערת בדרך כלל.
44. העובדת בענייננו לא נשאלה, והמפקח לא התעניין בתנאי העסקתה, וגם הנאשמים לא נחקרו בהקשר זה. כזכור, בעדותו הסביר המפקח, כי למראה האישה האסייתית, ועל רקע היכרותו עם שכמותה, הוא "הניח שהיא בדרכה לעבודה במשק בית ללא היתר" (ר' פ' 33 לעיל).
45. האבחנות הדקדקניות שעושה המערערת בין הסמכויות השונות שהוקנו למפקחיה בסעיף 6 לחוק גם סותרות את דברי נציגת משרד הפנים בכנסת, שלפיהם "הסעיף הזה זן בסמכויות חקירה פלילית" (שושנה שטראוס, פרוטוקול וועדת הפנים 19.1.2010, ע' 20). הן גם אינן עולות בקנה אחד עם "חלקות העבודה" בין מפקחי המערערת דכאן לבין פקחי משרד התמ"ת (היום משרד הכלכלה):
- "כיוון שרשות ההגירה יותר ממוקדת סביב לחפש את העובדים הלא חוקיים, סביר להניח שהם יותר יעסקו במגורים הולמים כשהם יגיעו למקומות בהם הם יגלו עובדים לא חוקיים. אנחנו עוסקים בתלונות מול הממונה והסדרת הזכויות ... המטרות של משרד הפנים זה להראות ירידה במספר הלא חוקיים בארץ, המטרות שלנו זה להתמודד עם תלונות (מיכאל אטלן, היועץ המשפטי במשרד התמ"ת, שם, ע' 19).
46. כך או כך, אין זה משנה אם מדובר בפעילות פיקוח או בפעילות אכיפה. כל פעולה שלטונית כלפי אדם מסוים חייבת לעמוד בעקרונות של המשפט המנהלי והחוקתי ואין היא יכולה להתבסס על הנחות מוצא גזעניות. טענת המערערת כאילו המקרה שבפנינו נוגע לביצוע פעולת פיקוח רנדומלית ואקראית ומתעלמת מהעיקר: הגזע של האישה הוא שהפך אותה לאובייקט אכיפה וליעד לבילוש הגם שלא התעורר חשד לעבירה קונקרטית.
47. גם במקום שבו החוק אינו מחייב קיומו של חשד לצורך ביצוע סמכויות אכיפה או פיקוח כלשהן שיש בהן כדי לפגוע, אף פגיעה מינימאלית, בזכויות הפרט, אין לפעול על יסוד שיקולים זרים בכלל ועל בסיס מאפייני גזע בפרט. האיסור על ביצוע פרופיילינג אינו מוגבל רק למקרים שבהם נדרש קיומו של חשד.

48. כך למשל, סעיף 2 [לחוק החזקת תעודת זהות והצגתה](#), תשמ"ג-1982 מעניק לשוטרים ולפקחים מסוימים סמכות לדרוש מכל אדם להציג תעודת זהות גם ללא שמתקיים חשד לגביו. בדומה לטענות המערערות, גם סמכות זה נועדה במהותה לפקח על קיומה של החובה הקבועה בחוק לשאת תעודת זהות וניתן להפעילה באופן אקראי וללא כל חשד. האם משמעות הדבר כי שוטר רשאי להפעיל סמכות זו באופן מוגבר כלפי אתיופים או רוסים?

49. בת"פ (כ"ס) 8938-04-15 [מדינת ישראל נ' עאדל אבו ואדי](#) (29.11.2015) נדון עניינו של שוטר אשר הפעיל את הסמכות המוקנית לו בחוק החזקת תעודת זהות והצגתה כלפי אדם ש"חזותו ערבית". השופט קבע כי "פניה שכזו לאדם הבאה על רקע מוצאו, גזעו והשתייכותו האתנית, הינה ככלל פסולה ולא ראויה" (פסקה 34 לפסק הדין) אלא שבאותו מקרה היו עילות נוספות למעצרו של הנאשם ובכלל זה מידע מודיעיני ספציפי.

50. באופן דומה, גם תקנה 9(ב) לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 מקנה סמכות לשוטר לדרוש מכל נהג להציג רישיונות רכב במטרה כדי לבדוק האם נעברה עבירה, כגון נהיגה ללא רישיון. האם יעלה על הדעת שהמשטרה תטען כי היא מוסמכת לעשות שימוש בסמכות לעכב נהגים לבדיקת רישיונות באופן מפלה מן הטעם שהחוק אינו דורש "חשד סביר"? האם סטטיסטיקה שתצביע, למשל, על מעורבות מוגברת של נהגים ערבים בעבירות תעבורה תוכל להצדיק עיכוב מוגבר של בעלי חזות ערבית לצורך בדיקת רישיונות?

51. בעניין אבו זרור נבחנה הטענה לפיה החלטה של שוטרת לעצור רכב לבדיקת מסמכים התבססה על היותם של הנוסעים "בני מיעוטים":

"אין צורך לומר כי פנייה לאדם לצורך ביצוע פעולה שלטונית פוגענית, המבוססת אך ורק על מוצאו, היא ככלל פסולה לו היה הרכב בו נסע הנאשם נעצר ונבדק רק בשל כך שנוסעיו נחזו לשוטרת כבני מיעוטים, אכן היה בכך לבסס מסקנה בדבר פעולה מתוך מניעים זרים ופסולים" (ת"פ 15211-02-16 [מדינת ישראל נ' אבו זרור](#) (18.1.2017) 'פס' 40).

52. גם במקום שמוקנית לשוטר או לפקח סמכות שבשיקול דעת פרטני לפי נסיבות העניין "שיקול דעת זה צריך, כמובן, להיות מופעל באופן סביר ומיושם במידתיות ובשוויוניות (רע"פ 10141/09 [אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל](#) (6.3.2012), הנשיאה ביניש, 'פס' 25).

53. הנה כי כן, כל סמכות שלטונית שמופעלת על יסוד שיקולים זרים וקריטריונים מפלים - אינה חוקית. ושיקול זה הנוגע לצבע עור, חזות "ערבית" או "אסייתית" הוא חמור ומגונה במיוחד. לא ברור כיצד מהינה המערערות דכאן לקרוא תגר על עקרון כה בסיסי.

54. לפני שנים אחדות יזם משרד המשפטים הצעת חוק, שכונתה בכנסת "חוק המישוש", ושביקשה להקנות למשטרה סמכויות חיפוש גורפות שאינן מותנות בקיומו של חשד ([חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור](#), התשנ"ו-2016 (ס"ח 3527, 7.2.2016)). חברות וחברי כנסת מכל קצות הקשת הפוליטית הסתייגו מהצעת החוק וזאת בראש וראשונה בשל החשש מפני שימוש בפרופיילינג גזעי: "לחוק הזה יש צבע, החוק הזה מכוון נגד השחורים. נגד השחורים ונגד הכהים - ערבים, אתיופים" ([פרוטוקול ועדת החוקה](#) 11.11.2015, 'נ' 21-1-30).

55. בניגוד לעמדה שמציגה המערערת בתיק שלפנינו, לאורך כל הדיונים סביב "חוק המישוש", מוסכם היה על הכול, ש"פרופיילינג זו לא דרך התנהלות ראויה להפעלת סמכויות. אין פה שום ויכוח" (גבי פיסמן, ממונה, ייעוץ וחקיקה - פלילי, משרד המשפטים, [פרוטוקול ועדת החוקה](#) 18.1.2016, ע' 10). "אף אחד מעולם לא טען שאין בעיות במשטרת ישראל", אמר השר לביטחון פנים, והבטיח לטפל בה ([פרוטוקול ועדת החוקה](#) 11.11.2015, ע' 39).

מיגור הפרופיילינג הגזעי כמשימה לאומית

56. טענות המערערת והתנהלות מפקחיה חותרות תחת המאמצים שעושים משרדי הממשלה כדי להיאבק בפרופיילינג הגזעי. לפני כשלוש שנים, הטילה הממשלה על מנכ"לית משרד המשפטים להקים צוות בינמשרדי לגיבוש תוכנית פעולה להתמודדות עם תופעת הגזענות נגד יוצאי אתיופיה ולעמוד בראשו (דוח [הצוות למיגור הגזענות נגד יוצאי אתיופיה](#) (דוח פלמור) יולי 2016).

57. הצוות בחן בין היתר, "את הכלים העומדים לרשות גורמי האכיפה השונים, וזאת על-מנת לבחון טענות קשות שהועלו מטעם פעילים חברתיים על-אודות גזענות, אפליה ופרופיילינג, המופנים כלפי יוצאי אתיופיה, הן על ידי אזרחים והן על ידי משרתי ציבור ואשר באים לידי ביטוי בהליכי האכיפה הפליליים" (שם, ע' 73) וקבע:

"לא ניתן להתעלם מהנזק החברתי המצטבר כתוצאה מאותו "פרופיילינג" משפיל הנעשה לעיתים לאזרחים שומרי חוק בנסיבות בלתי מוסברות ועל כן, המשטרה צריכה למצוא את הכלים שיבטיחו שהפעילות שנתפסת כמטרידה - תופחת למינימום הנדרש" (שם, ע' 85).

58. לאור זאת המליץ דוח פלמור על צעדים שונים ובכלל זה: נקיטת הליכים משמעותיים בשירות המדינה, צה"ל, משטרה ושב"ס על התנהגות גזענית; פיילוט משטרתי של נשיאת מצלמות גוף בתחנות המשטרה ובישובים שבהם יש ריכוז של יוצאי אתיופיה... העלאת המודעות של שוטרים להתנהגות העלולה להיתפס כגזענית או פסולה וזאת באמצעות תדריכים תדירים... והעלאת המודעות של התובעים במשטרה ובפרקליטות בקשר לנתונים החריגים בדבר אכיפת היתר נגד יוצאי אתיופיה.

59. בהמשך להמלצות הצוות, שאומצו בהחלטות ממשלה, הוציאה פרקליטות המדינה לפני שבועות אחדים מנשר לכל גורמי התביעה והורתה להם לדווח על "אירועים המעוררים חשד להתנהלות פסולה של שוטרים או גורמי אכיפה אחרים (כגון פקחים), על רקע מוצא מסוים של אדם או של קבוצת אנשים" (ההדגשה במקור). המנשר גם נותן דוגמאות למקרים שבהם נדרש הדיווח ואף העברת התיק לשקילת דיווח למח"ש, וביניהן "פניית שוטר לאדם ממוצא מסוים, כאשר על פניו אין עילה נראית לעין לאותה פנייה".

60. לטענת המערערת, העבירה של העסקת עובד זר ללא היתר כוללת רכיב של "ארץ מוצא" ולפיכך לא ניתן לנתק לחלוטין את סמכויות הפיקוח והאכיפה מנתון זה (ס' 23 להודעת הערעור). דומה שהעיסוק האינטנסיבי ב"ארץ מוצא", ב"מראה אסייתי" וכד' שיבש את טענתה זו של המערערת, ושכוונתה הייתה להצביע על "מדינת האזרחות" כרכיב בעבירה האמורה. אכן, בנסיבות מסוימות ראוי להבחין בין אזרחי המדינה לבין מי שאינם אזרחיה. אלא שכזכור, בענייננו, הפגם שנפל בהתנהלותו של המפקח נעוץ בפעולות שנקט כלפי עוברת אורח רק בשל חזותה האתנית והגזעית ולא בשל אזרחותה.

61. מכל מקום, אפילו היו אזרחים זרים מצווים לענוד על דש הבגד דרכון, תג או טלאי, שיסמנו אותם כ"לא אזרחים", עדיין לא היה די בכך כדי להכשיר מעקב או פעולות אכיפה דומות.

62. כך, בעוד שרשויות האכיפה במדינת ישראל שמו להן למטרה למגר את התופעה הפסולה של אכיפת חוק על בסיס גזעי וכשברור לכל כי אפילו פנייה של גורם אכיפת חוק לאדם על בסיס מוצאו משקפת הפליה פסולה, המערערת מבקשת להכשיר פעולות בילוש כלפי אדם ובהפיכתו לחשוב בשל השתייכותו הגזעית בלבד.

בג"צ הפרופיילינג בשדות התעופה

63. בניסיונה לשוות נופך חוקי לפרקטיקה הפסולה מפנה המערערת, בין היתר, לפסיקת בג"צ בעתירה שהגישה האגודה לזכויות האזרח בישראל האזרח נגד הפרופיילינג בשדות התעופה (בג"צ 4797/07 [האגודה לזכויות האזרח נ' רש"ת](#) (10.3.15)). לשיטתה, באותו עניין בית המשפט העליון "הכיר" בכך שקריטריון הלאום עשוי להיות תבחין רלוונטי בהפעלת סמכויותיהן של רשויות מנהליות (ס' 27-29 להודעת הערעור). לצורך כך מצטטת המערערת **חלק** מדברי כב' הנשיא גרוניס, על המתח שבין פגיעתו הקשה של הפרופיילינג לבית טענת הרשות, שלפיה ויתור על שיטת הפרופיילינג תפגע באורח קשה בתפקודם התקין של נמלי התעופה. הציטוט מסתיים בדברי הנשיאה, שלפיהם:

" מציאת האיזון הראוי בין הצורך בביטחון בתעופה ובתפקוד סביר של נמלי התעופה, לבין שמירה על זכויות הפרט, היא משימה קשה מאין כמותה. יש לזכור, כי פעולת טרור לגבי מטוס עלולה להיות כרוכה בפגיעה ישירה בחייהם של רבים... " (פסקה 13 לפסק הדין).

מדברים אלה מסיקה המערערת: "נראה אם כן, כי בית המשפט העליון הכיר בצורך של רשות מנהלית לאבחן בין אוכלוסיות שונות אף במקרה בו הייתה פגיעה מסוימת בזכויות האזרח."

64. מסקנה זו היא שגויה ועומדת בניגוד לסיפא שנשמטה מהציטוט: "מהטעמים שפורטו לעיל, איננו מכריעים בסוגיה עקרונית זו עתה". יתר על כן, בית המשפט הטיל ספק גדול בחוקיות הפרופיילינג וזאת בהחלטה אחרת שניתנה באותה פרשה ע"י כב' הנשיאה ביניש:

"החלת פרופיל סיכון על אזרח ישראלי, באופן שיצדיק עריכת בדיקה ביטחונית מחמירה יותר גם בהעדר מידע קונקרטי לגבי אותו אזרח, מעוררת קושי רב. ספק בענייננו אם שימוש בפרופיל סיכון המושתת על מאפיינים גורפים וכוללניים, ואשר נסמך על השתייכות הנוסע לקבוצת אוכלוסייה מסוימת כמאפיין בלעדי – הוא לגיטימי... אכן, הגם שאין לאדם זכות קנויה לכך שלא יעבור בידוק בטחוני בשדה התעופה, זכותו שבידוק שכזה יוחל עליו באופן שוויוני בהיותו מבוסס על

קריטריונים שווים ואחידים" ((בג"צ 4797/07 [האגודה לזכויות האזרח נ' רש"ת](#) (החלטה מיום 10.5.12)).

65. הנה כי כן, המערערת מסתמכת על "תקדים" שכלל אינו קיים בניסיונה להשיג **הכרעה שיפוטית תקדימית**, שתיתן גושפנקא חוקית לפרופיילינג הגזעי.

66. יתר על כן, הגם בית המשפט העליון לא הכריע במתח שבין זכויות הפרט לבין צרכי הבידוק הביטחוני בשדות התעופה, נקודת המוצא של הדיון הייתה ששיטת הפרופיילינג הגזעי פוגעת באורח קשה בזכויות היסוד עד כדי כך, שספק רב אם ניתן יהיה לתת לו הכשר חוקי, ואם בכלל - הרי זה רק בנסיבות קיצוניות שבהן מנגד ניצב סיכון של **"פעולת טרור לגבי מטוס"** ו"פגיעה ישירה בחייהם של רבים". למותר לציין, שהסכנה המזוועה של טרור תעופתי אינה דומה לאינטרס הציבורי שבעטיו מפעילה המערערת פרופיילינג גזעי על עוברות ועוברי אורח.

פסלות ראייה שהושגה באמצעות פרופיילינג גזעי

67. לבסוף טוענת המערערת, כי גם אם התיק נסמך על ראיות הנגועות באי חוקיות עדיין אין לפסול את הראיות. אלא שמייד לאחר מכן היא חוזרת לכפור בעיקר, ומקלה ראש בפגם החמור שנפל בפעילותה.

68. כפי שכבר פרטנו לעיל, הפרופיילינג הגזעי, כשלעצמו ועוד בטרם נבחן את הפעולה השלטונית שנסמכת עליו, מפר באורח גס שורה של זכויות אדם ועקרונות יסוד של חברה דמוקרטית. לאלה מצטרפת הפגיעה הנובעת מהמעקב הבלתי חוקי אחרי האישה "האסייתית".

69. בניגוד לטענות המערערת, פעולות הפקח לא היו "סבירות" כלל ועיקר. אין זה סביר שמדינה דמוקרטית תשלח את סוכניה, ובפרט לא את גורמי אכיפת החוק, להטריד ולדלוק אחר "צהובים" או "מלוכסנים". אין זה סביר שבני אדם יחוו נרדפים וניצודים רק בשל עורם הכהה.

70. יחס שלילי לאדם בשל צבע עור או חזות אתנית הוא חמור ומגונה במיוחד במדינת ישראל, שעדיין נושאת עמה את פצעי העבר והיסטוריה של רדיפה גזענית.

71. הפרופיילינג של המפקח בתיק דנן לא רק שאיננו סביר אלא נעדר תום לב. מדובר בפרקטיקה, שבה נוקטת המערערת באורח יומיומי ושיטתי בנסיבות שונות ומשונות (ר' פס' 23 לעיל), ומשקפת היטב את ייחסה למהגרי עבודה, לפליטים, למבקשי מקלט ול"זרים" בכלל.

72. הערעור שבנדון נוגע לעקרונות יסוד באכיפת החוק הפלילי. הבסיס שעומד ביסוד אכיפת החוק בישראל הוא שאין לרשויות האכיפה סמכות להתערב בשגרת יומו של אדם ולהפעיל כלפיו, בין בגלוי ובין בסתר, סמכויות אכיפה ככל שמעשיו אינם מצדיקים זאת. כך, לגבי סמכויות מעצר, עיכוב או חיפוש וכך גם לגבי שימוש באמצעי בילוש שונים (מעקב, האזנה וכו') לצורך חשיפת עבירה. רשויות השלטון אינן רשאיות לעקוב אחר אדם, אלא אם הוא עצמו - במעשיו האינדיווידואליים - סיפק הצדקה לכך. ניסיונות לנבא התנהגות עתידית, ולנקוט צעדים נגד בני אדם בשל דברים שהם **עלולים לעשות בעתיד** - חותרים באופן מסוכן תחת עקרונות חשובים אלה ופותחים פתח רחב לפגיעה שרירותית בזכויות אדם.

73. מדינה שסוכניה - שוטרים, פקחים או פקידים - רשאים להיטפל לאדם ולעקוב אחריו אך ורק בשל מאפיינים גזעיים, מדינה שבה דיי בצבע עורו של אדם או בצורת עיניו כדי להפוך אותו לחשוד, אינה יכולה להיחשב מדינה דמוקרטית.

74. על רקע זה, מן הדין לפסול את הראיה על מנת להגן על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו (ר' ע"פ 5121/98 [טור' רפאל יששכרוב נ' התובע הצבאי](#), סא (1) 461 (4.5.2006)).

75. בעניין יששכרוב, אישר בית המשפט העליון את גישת שופטי בית המשפט דלמטה, שלפיה "משקל האינטרסים של הגינות ההליך, וההקפדה על משמר זכויות הפרט, גובר על המשקל שיש ליתן לחתירה אל ה'אמת העובדתית' לצורך המאבק בפשיעה" (שם, פס' 3).

"נוכח מחויבותו של בית-משפט זה מאז ומתמיד להגנה על זכויות האדם ובהשראתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נראה כי התכלית של הגנה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, הן התכליות הראשיות שיסייעו בעיצובה של הדוקטרינה הנדונה" (פס' 61).

76. כפי שמסביר יובל מרין:

"תאוריית היושרה המוסרית מדגישה את הממד המוסרי של ההליך הפלילי, ונשענת על התפיסה שלפיה נטילת חלק בהפרת הזכויות פוגעת ביושרה ובמוניטין של בתי המשפט ושל מערכת עשיית הצדק בכללותה... תאוריה זו נשענת על ראיית ההליך הפלילי, משלב החקירה ועד תום המשפט, כמכלול אחד. לפיכך, בקבלו ראייה שהושגה שלא כדין, מכשיר בית המשפט את הפגם ונותן ידו לאי החוקיות לאחר מעשה... ביסוס ההכרעה השיפוטית על ראיות שהושגו שלא כדין מכתים את בית המשפט בכתם השותפות, ופוגע בלגיטימיות המוסרית של הכרעותיו. משכך, פסילת הראיה נועדה לשמור אף על אמון הציבור במערכת המשפט. תאוריה זו מבוססת גם על התפיסה כי אין זה מוסרי להעניש את הנאשם בגין הפרת החוק, ובה בעת למחול על הפרות חוק מצד המשטרה באמצעות קבלת ראיות שהושגו עקב הפרות אלו.

החלטתו של בית הדין [הכוונה לבית הדין קמא]... לפסול הן את הראיה הישירה, על אף שמקורה בעד, והן את הראיות הנגזרות ממנה, על אף שנבעו מרצונם החופשי של הנאשמים, משקפת תפיסה ראויה בדבר אופן החלתה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית." (יובל מרין, [תיג אתני והשלכותיו הראייתיות: היקף תחולתה הראוי של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית](#) מבזקי הארות פסיקה 64, ע' 5, מאי 2017);

5 בפברואר 2018

אבנר פינצ'וק, עו"ד אן סוציו, עו"ד

ב"כ המבקשת