

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 משלימה מטעם העותרת

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 25.2.09 ולהארכות המועד שניתנו מאז, מוגשת בזאת תשובת העותרת לתגובת המשיבים מיום 15.12.09 (להלן – התגובה).

ראשית דבר

קשה להפחית מגודלו של הנושא העומד להכרעת בית המשפט. לראשונה מודה המדינה, כי המוצא האתני-לאומי של המיעוט הערבי-פלסטיני הוא אינדיקאטור לסיכון; אינדיקאטור שבהצטרפו לאחרים יוביל אזרחים ערבים להיות מושאיה של "בדיקה מיוחדת" בשדה התעופה.

לשיטת המדינה, מדובר בתיוג לצורך בדיקה בלבד – לא נשללת כאן זכות אדם כבדת משקל; והיא פועלת כך, משום שלפי נתונים סטטיסטיים והערכות סיכון של גורמי הביטחון, מוצא ערבי של אזרח נושא סיכון גבוה יותר מאשר מוצא יהודי של אזרח, ומשום שאין לה אלטרנטיבה אחרת. לעמדתה, תיוג זה עומד במבחני החוקתיות שבמשפט הציבורי הישראלי מכיוון שמדובר בתחום שהוא בעל רגישות ומורכבות מיוחדת. המשיבים מוסיפים בקצרה, כי השיקולים בדבר פגיעה בשוויון וברגשות האזרחים הערבים עומדים כל הזמן בפניהם. לשיקולים אלה ניתן, לטענתם, משקל ממשי במסגרת ההחלטות שפורטו בתגובה בדבר הכנסת שינויים במערך הבידוק.

העותרת דוחה תשובה זו. מדיניות התיוג האתני המופיעה בתגובה היא חסרת תקדים במונחי התנהלותן של מדינות דמוקרטיות בהווה כלפי אזרחיהן. על כך תעמוד העותרת במסמך זה. המשפט ההשוואתי (והבינלאומי) תומך בטענותיה המרכזיות של העותרת, לפיהן 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 פסקת ההגבלה, העשויים להצדיק את גרימתן.

המשיבים מבקשים להמתיק את גולת התיוג האתני בטענה, כי 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.

ואולם הגלולה מרה מכדי להמתיקה. **ראשית**, העותרת מעולם לא טענה, כי הבידוק נקבע אך ורק לפי קריטריון הלאום. בדומה לכך לא נטען, כי כל נוסע ערבי עובר בדיקה קפדנית יותר באותה רמת חומרה ממש. המשיבים מעוותים למעשה את מה שנטען בעתירה בניסיון להטעות ולהסיט את הדיון מעיקרו. טענת העותרת היא, כי הלאום הערבי משמש קריטריון רלוונטי בתהליך קביעת רמת הסיכון הנשקפת מנוסעים, וכתוצאה מכך הוא משליך על רמת החומרה של הבדיקה, שתיערך לנוסעים ערבים. **שנית**, הדרישה לגורמים נוספים אינה מנטרלת את השייך ללאום הערבי כקריטריון סף ואינה מרפאת את הנחת היסוד הטמונה בעצם התיוג, אשר מייחסת מסוכנות לאזרחים הערבים באשר הם. גורמים נוספים אלה, שאינם מחשידים כשלעצמם, רלוונטיים רק ביחס לבני הקבוצה המתויגת וכל מטרם היא ליצור תתי קבוצות סיכון בתוך אותה קבוצה. התקיימותם של גורמים אלה לגבי נוסעים שאינם נמנים עם הקבוצה המתויגת אינו מהווה עילה להעלאת רמת הבידוק ביחס לאותם נוסעים.

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).

תיוג אתני במשפט משווה

סקירה של שיטות משפט שונות בעולם מעלה, כי אין בנמצא בשיטות אלה 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, כפי שיפורט להלן:

1. 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 שבענייננו. מגמות אלה נועדו לבלום את הנטייה הראשונית לפגוע בזכויות אדם של קבוצות מיעוט וקבוצות אתניות ודתיות במסגרת הפעילות למניעת פיגועים בתעופה האזרחית וסיכולם.

2. ראשית, נתייחס בקצרה ל**משפט הבינלאומי**. 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 לענייננו 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." (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, 72 (2009).

3. 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.

4. נפקותן של ההוראות הנזכרות במשפט הבינלאומי נידונה לאחרונה בהחלטת הוועדה לזכויות האדם של האו"ם (להלן – הוועדה) בעניין **Rosalind Williams Lecraft v. Spain**. 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

5. הוועדה קבעה, כי פרופיילינג על בסיס גזעי לא רק שהוא פוגע בזכויות אדם, אלא שהוא גם חסר יעילות ותבונה. הוועדה עמדה על ההשלכות 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

6. 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>

7. אשר למצב בארצות הברית. המדינה הציגה בתגובתה את פרשנותה למצב הדברים המשפטי שם. המשיבים מפנים לפסיקה אמריקאית מיושנת ולמסמכים משפטיים לא עדכניים. 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.

8. 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.

9. המשיבים מפנים להנחיות משרד המשפטים של הממשל הפדראלי בארה"ב משנת 2003, 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 וחשד 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

לנוחיות בית המשפט, מצ"ב העתק החלק הרלוונטי מהמדריך, מסומן א'.

10. זאת ועוד, גם לאחר החשש הגדול שהתעורר לאחרונה בעקבות הניסיון של פארוק עבד אל-מוטלב להתפוצץ במטוס שהיה בדרכו לארה"ב, הרשויות בשדות התעופה והמודיעין האמריקאי 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, והאמצעים שנבחרו על מנת לנסות ולמנוע ניסיונות כאלה בעתיד מושתתים בין היתר על טכנולוגיות חדישות יותר כמו מכונות סריקת גוף מתקדמות יותר. במילים אחרות, הנקיטה באופציה של תיוג אתני של אזרחים אינה מובאת בחשבון, וההתמקדות היא 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>

11. 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 93 לתגובה).

12. העותרת תבהיר, כי ההלכה אכן מתירה שימוש במוצאו של אדם בהתקיים גורמים נוספים, אלא שהיא מתייחסת לגורמים **מחשידים כשלעצמם**. זאת, להבדיל מגורמים נייטראליים כמו גיל או מין, שהמדינה עושה בהם שימוש (והרלוונטיים רק ביחס לקבוצה המתויגת), והמבוססים גם הם, בדומה לשיקול האתני, 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).

13. 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."

United States 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, בנוק 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."

United States v. Montero-Camargo, at 1135.

14. בפסיקת בתי משפט בערכאות נמוכות במדינות שונות בארצות הברית ניתן לאחרונה להצביע על כיוון ברור נגד תיוג אתני בהקשר שבעניינינו. 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: **Shqeirat v. U.S. Airways**, 515 F. Supp. 2d 984 (D.Minn. 2007)

15. 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>

16. **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).

17. 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.

18. 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)

19. 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 כבעניינו, אך ניתן להניח, כי היא תקפה גם לעניין זה באשר היא מדגישה בצורה ברורה וחד משמעית, כי תיוג אתני הינו פסול מעיקרו.

20. 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

21. 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 שננקטה 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

22. מדיניות של תיוג אתני משיקולים ביטחוניים בכלל ובהקשר של בדיקות ביטחוניות בשדות תעופה בפרט לא הונהגה ולא הותרה גם במדינות שסועות, הרוויות בסכסוכים אתניים ולאומיים. העותרת תפנה בהקשר זה **למצב המשפטי בטורקיה**, שהיא דוגמא השוואתית מעניינת מאד, שכן היא עסוקה 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.

23. חוות דעת משפטית של פרופ' **Mithat Sancar** מאוניברסיטת אנקרה, מומחה בעל-שם במשפט הציבורי בטורקיה וממייסדי **Turkish Human Rights Foundation**, מעלה שאין בדין הטורקי ובמדיניות הממשלתית 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).

חוות הדעת של פרופ' **Mithat Sancar** מצורפת לתגובה זו כחלק בלתי נפרד ממנה, ומסומנת ב'.

24. 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 אוטוריטיטיבית 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

25. העותרת בחנה את חוקתיות הפרופיילינג הגזעי בהרחבה בעתירה. המדינה השיבה את תשובותיה במסמכים שונים שכבר הוגשו, ועתה היא הרחיבה את הנמקתה בתגובה. העותרת מפנה לעתירתה לצורך תשובה לטיעוני המשיבים, ואולם היא תביא כאן הדגשות ספורות בלבד.

26. המשיבים מציגים את הפגיעה באזרחים הערבים הטמונה בהסדר התיוג כעניין של מה בכך, ועל רקע זה גם בוחנים את חוקתיותה. לשיטתם מדובר רק "**בהליכי בדיקה** ולא במניעה או בשלילה של זכויות", וכי "עדיין יש לזכור כי אין מדובר בהטלת איסור, אלא בהליכי בדיקה מקדימה, הנערכת באופן ממוקד ולזמן מוגבל בלבד".

27. העותרת דוחה מכל וכל טענה זו של המדינה, אשר מחטיאה דברים עמוקים מאד. הפגיעה באזרחים הערבים הינה מורכבת וחמורה ביותר. 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 הבדיקה 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. שלישיית, התיוג נושא השלכות חברתיות הרסניות הן בתוך קבוצת המיעוט המתויגת, הן בתוך קבוצת הרוב המתויגת והן במערכת היחסים בין שתי הקבוצות.

ר' דבריהם של מדינה וסבן :

"[ראשית], הבדיקה המוגברת הסלקטיבית נעשית לעתים בפני אחרים, וכאשר אין מדובר בפרוצדורה אקראית (רנדומלית) אלא בפרוצדורה תלויה 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 מבלדת 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." (**מדינה וסבן**, לעיל, בעמ' 71) (ההדגשה במקור).

28. 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 תמרוץ להימנעות מהחצנתה החברתית. ואשר למסר 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.

העותרת הרחיבה לעניין זה 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).

29. הבחינה החוקתית של התיוג האתני צריכה להיעשות על רקע חומרת פגיעתו בזכויות האדם של האזרחים הערבים וההשלכות החברתיות המורכבות הנלוות לו. על רקע זה יש לבחון ראשית את התנאי המקדמי בדבר התקיימותה של **הסמכה מפורשת בחוק** לפגיעה בהיקף ובעוצמה נרחבים שכאלה.

30. 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 וניתוח מקיפים של הדיון ושל עמדתה של העותרת באשר לסמכויות המוענקות לשב"כ מכוח החוקים הנ"ל ראו סעיפים 71-84 לעתירה).

31. 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.

32. 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)).

33. 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 (ויודגש, 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 העינויים:

"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).

34. הדרישה להסמכה מפורשת בחוק או מכוח חוק הינה ביטוי לעיקרון שלטון החוק, הן במובנו המהותי והן הפורמאלי. אומנם בשל הקשיים ביישומו של מבחן אחד 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 הוא מאשר שקבוצת אזרחים אחת תהא מועדת, או מועדת יותר, לבדיקה מיוחדת בשדות התעופה של המדינה?

35. 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)).

36. 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 תיוגה 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.

37. 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' פיסקה 38 לפסק דינו של השופט חשין). אם כך נקבע בעניין הקצאה מפלה של תקציבים, מקל וחומר שהדברים נכונים לענייננו.

38. 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 ראשונים. בענייננו יפה קביעה זו שבעתים: 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.

39. 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.

40. המדינה כושלת לצלוח גם **את מרכיב המידתיות**, על מבחני המשנה שלו. המשיבים לא הרימו את הנטל להוכיח, כי פרופיילינג גזעי 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.

41. **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 הפרופיילינג (ר' סעיפים 86-90 לעתירה והפסיקה המאוזכרת שם). המחיר החברתי הכבד הכרוך בשימוש בו 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.

42. מעבר לטענות כלליות ובלתי מבוססות כאמור, 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 שפרופיילינג גזעי לא משיג את המטרה, אלא שהוא עשוי להביא לתוצאה הפוכה. זאת, מכיוון שהוא מסיט את תשומת הלב מאיומים מצד קבוצות לא מתווגות ומאינדיקטורים חשובים לרמת סיכון הנשקפת מאדם כמו התנהגות (ר' סעיפים 95-98 ו-104 לעתירה, וכן ר' Daniel Moeckli, לעיל).

43. 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. (לעניין העדרם של מחקרים בעולם ובישראל שיכולים לאשש את טענתם הכללית של המשיבים בדבר יעילותו של הפרופיילינג ר' סעיף 96 לעתירה).

44. **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.

45. 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.

46. 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.

47. יתר על כן, המדינה משרטטת באופן מלאכותי את חלופותיה של מדיניות התיוג 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 בתיוג האתני. במילים אחרות, נושאים כמו התנהגות והרגלי נסיעה, וגורמים דומים שאולי עומדים ביסוד מדיניות הבדיקה בשדה התעופה, חשובים לטענות וכרוכים

בפגיעות בעלות עוצמה קטנה הרבה יותר מאשר גורמים, המבוססים על מאפיינים אתניים וגזעיים.

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 גזעו ומוצאו הלאומי של הנוסע, לצורך ביצוע בידוק ביטחוני בשדות התעופה.

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).

48. הנקודות שלעיל נתמכות בקו המחשבה שפיתחו פרופ' מדינה ודר' סבן במאמרם על "דמוקרטיה ונטילת סיכונים". הם מצביעים על שני סוגים שונים של התנהלות, הטעוניהם 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 להדרה 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).

49. **באשר למבחן המשנה השלישי של המידתיות – הפרופורציה בין האמצעי למטרה**, 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.

50. 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) 15, 28 (2001)).

51. ויודגש, 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 המתויגים, 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.

52. 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. ואכן 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.

13 במאי 2010

עאוני בנא, עו”ד
ב”כ העותרת