

הפליה סטטיסטית בשירות הביטחון

יורם מרגליות*

שדה־התעופה הוא המקום בו בן המיעוט הערבי במדינת־ישראל מרגיש ניכור חברתי רב יותר מבכל מקום אחר במדינת־ישראל. הסיבה לכך היא שרשויות הביטחון בשדות־התעופה מסתמכות על קיומו של מתאם חיובי בין זהות ערבית לפעילות טרור, וכופות על נוסעים ממוצא ערבי בדיקה בטחונית מחמירה מזו שיתר אזרחי ישראל נאלצים לעבור. המאמר מנתח את יעילות השימוש בהפליה סטטיסטית בהקשר זה ובוחר את מהות הפגיעה בשוויון ודרכים להקטנת הפגיעה.

מבוא

פרק א: מהו פרופיילינג ומה בינו לבין הפליה סטטיסטית

פרק ב: יעילות

פרק ג: שוויון

1. כל כלל שאינו אוניורסלי טומן בחובו אי־שוויון ברמת הפרט

2. פרופיילינג על בסיס השתייכות לקבוצה הסובלת מהפליה

פרק ד: אמצעים חלופיים

פרק ה: סיכום

מבוא

סטודנט למשפטים עבד במשרד עורכי־דין בתל־אביב במקביל ללימודיו. לצורך עבודתו, נשלח הסטודנט להחתים מספר חברים בקיבוץ נאות־מרדכי על תצהירים. מכיוון שהקיבוץ

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל־אביב. ברצוני להודות לרפי רון ולליאב אורגד על שיחות מועילות, ולפרופסור דפנה ברק־ארו על הערותיה המצוינות לטיוטה קודמת.

שוכן בגליל העליון, טס הסטודנט משדה-דב שבצפון תל-אביב לשדה-התעופה שבקריית-שמונה, שם חיכו לו חברי הקיבוץ ואספו אותו במכוניתם. הן בשדה-דב והן בשדה-התעופה בקריית-שמונה עבר הסטודנט בדיקות בטחוניות קפדניות מסיבה אחת בלבד, והיא היותו בן המיעוט הערבי.

כאשר הגיע בבוקר אותו יום לשדה-דב, לא הסתפקו אנשי הביטחון בהצגת תעודה מזהה ובבדיקת מטענו האישי, אלא דרשו ממנו להסביר את מטרת נסיעתו ולפרט מהן הפעולות המשפטיות שהוא מתכוון לעשות. כמו-כן נשאל כמה זמן הוא מועסק במשרד שבו הוא עובד, מהו תחום עיסוקו של המשרד ומדוע הוא נשלח לבד ולא בלוויית עורך-דין ממשרדו.

כאשר הגיע הסטודנט, בסופו של יום העבודה, לשדה-התעופה בקריית-שמונה על-מנת לטוס בחזרה לתל-אביב, הוא התבקש מייד עם כניסתו לשם להמתין, בעוד נוסעים אחרים חולפים על פניו בדרכם למטוס. לאחר-מכן עבר חקירה ממושכת שבה נשאל שאלות שונות בנוגע לעיסוקו ומעשיו במקום, ובין היתר עם מי נפגש, מה זה תצהיר ועוד. לשאלתו, "מה קורה?", השיבה לו הבודקת הראשית: "אני רוצה לוודא שלא נפגשת עם טרוריסטים ושאינ לך אמצעי טרוריים". בתגובה על הערתו כי הבדיקה נעשית רק בשל היותו ערבי, הגידה הבודקת בראשה בתנועה שממנה הבין כי אכן כך הדבר. אנשי הביטחון התקשרו למעבידו של הסטודנט ואף ניסו להתקשר לקיבוץ נאות-מרדכי על-מנת לאמת את גרסתו. תחושת ההשפלה שחוהה התעצמה כאשר "עלה למטוס אחרון והנוסעים חיכו לו ולפי הבעת פניהם חש כי לדעתם הוא לא שייך לחברה אתה נסע".

הסטודנט המושפל הגיש תביעה לפיצויים נגד חברת-התעופה בגין עוגמת-הנפש שנגרמה לו, הפגיעה בכבודו והחדירה לפרטיותו, וכן ביקש להטיל פיצויים עונשיים על חברת-התעופה "ארקיע" בשל "השפלתו רק בשל היותו ערבי". בית-המשפט נמנע מדיון בשאלת הלגיטימיות של הפליה סטטיסטית, וקבע:¹

"התגברות הטרור והסיכונים האורבים לחיי אדם כתוצאה [מכך] מחייבים את האחראים על הבטחון בתעופה האזרחית לנקוט צעדים אשר נועדו להגן בעיקר על החיים, על שלמות הגוף ועל בריאות המשתמשים בתעופה האזרחית. חיפוש בגופו של אדם, בבגדיו או בכליו המותרים בהתאם להוראות הדין מהווים אחת הדרכים להשגת מטרה זו, לא כל שכן הצגת שאלות או ברור טלפוני. אין חולק שיש בכך משום פגיעה בפרטיות שהיא זכות חוקתית הראויה להגנה. ברם, אין זכויות מוחלטות. הגנה על זכות יסוד של האחד גורמת בהכרח לפגיעה בזכות יסוד של האחר. במקרה דנן יש לאזן בין זכויות מתנגשות אלו. בין זכות הפרטיות לבין זכות החיים ידה של האחרונה על העליונה."

1 שלום - ת"א (חי') 18147/98 עלא תלאוי נ' ארקיע קווי תעופה ישראלים בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 18.12.2003). ערעור שהוגש למחוזי נדחה. סיפור העובדות לקוח כלשונו מפסק-הדין.

מהאמור עולה כי בית-המשפט, בדחותו את התביעה, עשה זאת בדרך של איזון בין הצורך להגן על הביטחון לבין הצורך להגן על הזכות לפרטיות, זכות שנפגעת בעת חיפוש, הצגת שאלות ובידור טלפוני. אלה אכן אינטרסים שיש לאזן ביניהם, אך השאלה שעמדה על הפרק, ולא נידונה, היתה עצם חוקיות הנוהל של בחירת המועמד לחיפוש בהתאם למוצאו האתני; שהרי מסיפור פסק-הדין עולה שהסיבה היחידה לחקירתו הממושכת והדקדקנית של הסטודנט היתה היותו בן המיעוט הערבי. היה די בכך לראות בו חשוד ברמת הסתברות גבוהה בהרבה משל יתר הנוסעים, שהיו מן-הסתם יהודים, או אולי ערבים שהינם נוסעים קבועים ואשר עברו בדיקות קפדניות בפעמים קודמות.² כך נקבע מפורשות בפסק-דין אחר שבו נתבעה חברת "אל-על" בשל נזקים שגרמה לזוג ערבים ישראליים שערכה ממושכות בעליה למטוס ואף מנעה אותם מלהעלות למטוס את מטענם. חברת אל-על לא הסבירה מדוע ראתה בתובע חשוד, ובית-המשפט קבע:³

"בהעדר כל ראיה אחרת חייב אני לצאת מהנחה – עליה כבר הצבעתי לעיל, כי הטעם היחיד לצורך ב'בדיקה המיוחדת' נעוץ בעצם עובדת היות התובע ערבי."

אולם גם באותו פסק-דין הסתפק בית-המשפט במתן פיצויים בגין עוגמת-נפש ונזקים ממוניים שהוכחו, ונמנע מדיון בשאלת חוקיותו של הנוהל הבטחוני שלפיו ערבים כפופים ל"בדיקה מיוחדת".

אם הסיבה לקיומו של נוהל שלפיו ערבים עוברים בדיקה בטחונית מחמירה יותר מיהודים היא הרצון להפלות על רקע גזעני או לאומני, הרי שהנוהל פסול בהיותו בלתי-חוקי באופן חד-משמעי, שאינו מצדיק דיון והעמקה.⁴ שאלה קשה יותר להכרעה מתעוררת באותם מקרים שבהם הנוהל אינו מושתת על הפליה גזענית או לאומנית, אלא נובע מהסתמכות על קיומו של מתאם סטטיסטי בין מוצא אתני ערבי לפעילות טרור.

המשטרה וכוחות הביטחון מסתמכים לעיתים על קיומו של מתאם סטטיסטי בין ביצוען של עברות מסוימות לבין תכונות ומאפיינים אישיים בעת קבלת ההחלטה על עצירת חשוד לצורכי תשאול; או במקרה, דוגמת שדה-התעופה, שבו כולם עוברים תשאול, הסתמכות על מתאם כנ"ל בעת ההחלטה על עריכת תשאול ובדיקה מקיפים יותר. מאחר שהמידע

2 פסק-הדין משאיר אפשרות זו פתוחה, שכן נקבע בו כי "בעוד שהנוסעים האחרים היו רובם ככולם נוסעים קבועים היה התובע נוסע מזדמן". בית-המשפט אינו מסתמך על עובדות בקביעתו זו, ולכן אין לדעת אם אכן היו נוסעים ערביים במטוס שלא עברו בדיקות קפדניות בשל היותם נוסעים קבועים.

3 שלום – ת"א (י"ם) 7832/97 גואבה עד אל ראזק נ' אל-על נתיבי אוויר לישראל בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 24.6.1999).

4 קיימת חקיקה ופסיקה ענפה בנושא הפליה. פרט לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150, קיימים גם חוקים העוסקים בהקשרים מסוימים. ראו, למשל, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2001, ס"ח 56 (להלן: חוק איסור הפליה); סעיפים 21(א), ו-31 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994, ס"ח 156 וסעיף 4 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327.

על זהותו של עבריין או טרוריסט אינו גלוי, קיומה של התאמה בין גורמים בלתי־נחוזים, כגון נטייתו של אדם לבצע פשע מסוים, לבין גורמים נחוזים, או הניתנים בנקל לבידור, כגון השתייכות אתנית, מסייע למשטרה ולכוחות הביטחון לעשות את עבודתם. המשטרה וכוחות הביטחון בונים פרופיל של חשוד על־סמך הממצאים הסטטיסטיים הנ"ל, והנהוג של על־פיו הם מסתמכים על הפרופיל שבנו נקרא "פרופילינג". נוהל זה כולל כל פעולה משטרתית או בטחונית המסתמכת על תכונות ומאפיינים אישיים, להבדיל מפעולה כנ"ל המסתמכת על התנהגותו של הפרט החשוד בלבד.

התחום היחיד שקיימת בו התייחסות בפסיקה בישראל לשאלת חוקיותו של פרופילינג הוא תחום דיני העבודה, דהיינו בהקשר שאינו בטחוני. כמו למשטרה ולכוחות הביטחון, כך כדאי גם למעביד לעשות שימוש, בעת סינון מועמדים לצורך קבלה לעבודה, במתאם סטטיסטי בין תכונות נחוזות, כגון מין או גיל, לבין יכולת עבודה, שהיא נתון נסתר. המעביד יכול כמובן להעמיד את המועמדים למבחנים שונים, אולם למבחנים יש עלות. כמור־כן, בכל מבחן יש אחוז שגיאה. יהיו נבחנים שיצליחו בבחינה במידה רבה מכפי יכולתם האמיתית, ואחרים שיצליחו בבחינה במידה פחותה מכפי יכולתם האמיתית. השימוש בפרופילינג מאפשר למעביד להקטין את אחוז השגיאה ולחסוך בעלויות המבחנים.

בפסיקה המפרשת את חוק שוויון הזדמנויות בעבודה התשמ"ח־1988,⁵ נקבע כי מעביד חייב לבדוק את יכולתה הפיזית של כל מועמדת ראוייה, ולא לפסול נשים על־הסף על־סמך הנתון הסטטיסטי שלפיו, לנשים, יש בממוצע כוח פיזי קטן משל גברים.⁶ באופן דומה נקבע כי אף שתפקידו של דייל מחייב הופעה חיצונית נאה וכוח פיזי, ואלה אינם מתקיימים בדרך־כלל בדייל שהגיע לגיל ששים, קביעה בהסכם קיבוצי בדבר חובת פרישה בגיל ששים ביחס לדיילי צוות־אוויר, ובגיל ששים וחמש ביחס לכל יתר עובדי "אל־על", מהווה הפליה.⁷

בדיקתם הבטחונית המוגברת של אזרחים ממוצא ערבי בשדה־התעופה מהווה, ככל הנראה, את הביטוי המובהק ביותר לשימוש בפרופילינג לצורכי ביטחון בישראל; והעובדה שמדובר באזרחים ערביים, ולא רק בתיירים או בפלשתינים תושבי השטחים, ממחישה את בעיית הצדק החברתי במלוא חריפותה. כאמור לעיל, השימוש בפרופילינג לצרכים בטחוניים טרם נידון בפסיקה בישראל. בתי־המשפט נמנעו מלדון בשאלה גם בשעה שקבלו תביעות של נוסעים ערבים ופסקו להם פיצויים. דומה כי בחינה, אם תיעשה, תיערך במסגרתו של חוק איסור הפליה,⁸ שכן חברות־תעופה מספקות שירות ציבורי.⁹

5 חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח־1988, ס"ח 38.

6 תב"ע (ארצי) נא/3-8 מדינת־ישראל נ' חברת גסטטנר בע"מ, כד(1) 560 (להלן: עניין גסטטנר).

7 דב"ע נה/118-3 רקנט – אל־על בע"מ, פד"ע כח 581; דנג"ץ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, נד(5) 330.

8 חוק איסור הפליה, לעיל, הערה 4.

9 לניתוח חוקתי שתמציתו תובא להלן, ראו: Moshe Cohen–Eliya "Discrimination Against

דרישה מערבים לעבור בדיקה בטחונית קפדנית יותר משל יהודים כתנאי לשימוש בשירות הציבורי עשויה להיחשב הפליה אסורה לפי סעיף 3(א) לחוק איסור הפליה.¹⁰ ההסתמכות על פרופיילינג בהקשר זה לא תיחשב הפליה אם "הדבר מתחייב מאופיו או ממהותו של המוצר, השירות הציבורי או המקום הציבורי", כקבוע בסעיף 3(ד)(1) לחוק איסור הפליה. פעולה שנועדה לשמור על בטחון הנוסעים – ובענייננו פרופיילינג – תשתייך לחריג זה ולא תיחשב "הפליה" אם היא תיחשב ל"מתחייבת" מאופיו של השירות הציבורי. על-מנת שתוכר ככזו, עליה לעמוד במבחנים החוקתיים, שהם: (א) ההסתמכות על פרופיילינג משפרת את הבדיקה הבטחונית; (ב) לא ניתן להשיג תוצאה דומה תוך שימוש באמצעים אחרים שעלותם החברתית נמוכה יותר; (ג) התועלת שבשימוש בפרופיילינג עולה על הנוק שהשימוש בו גורם.

מטרתו של מאמר זה היא להניח את התשתית העיונית הנדרשת לשם מתן תשובה מושכלת לשאלות אלה. המאמר אינו עוסק בפרטי הדין החוקתי, אלא בוחן מדוע השימוש בפרופיילינג לצרכים בטחוניים הינו יעיל ומהו בדיוק המחיר שפרטים השייכים לקבוצה החשודה משלמים. בחינה זו הכרחית לצורך הניתוח החוקתי.¹¹ הדיון ביעילותו של הפרופיילינג רלוונטי לכל שלוש השאלות, שכן הוא יעיל רק אם הוא משפר את הבדיקה הבטחונית ועושה זאת בעלות נמוכה מזו של אמצעים חלופיים. הדיון במחיר החברתי הכרוך בשימוש בפרופיילינג נדרש להכרעה בשאלה השלישית, דהיינו, אם תועלתו גדולה מנוקו, וכן לצורך השוואה בין המחיר הכרוך בשימוש בפרופיילינג לעומת מחיר השימוש באמצעים חלופיים. בפרק א' אסביר מהו פרופיילינג ומדוע הוא מכונה גם הפליה סטטיסטית; בפרק ב' אבחן את יעילות השימוש בו; בפרק ג' אדון במחיר השימוש בו; בפרק ד' אבחן אמצעים חלופיים; ולבסוף אסכם.

Arabs in Israel in Public Accommodations" 36 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (2004) 717, 740–750.

10 סעיף 3(א) קובע: "מי שעיסוקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ מוצא, מין, נטיה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות."

11 ניתוח חוקתי מחייב להבין מהו הדין הראוי. בכך מאמר זה עוסק. חשוב לציין כי המאמר אינו עוסק בניתוח חוקתי. ייתכן שפעילות מסוימת, כגון פרופיילינג, תהא חוקתית אף אם אינה ראויה. למאמר המציע שלוש תנאים שבהתקיימם, פרופיילינג על בסיס גזע הינו חוקתי על-פי דיני ארצות-הברית אף שאינו ראוי בהכרח, ראו: Bernard E. Harcourt "Rethinking Racial Profiling: A Critique of the Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature, and of Criminal Profiling More Generally" 71 *U. Chi. L. Rev.* (2004) 1275.

פרק א: מהו פרופיילינג ומהו בינו לבין הפליה סטטיסטית

פרופיילינג הוא הסתמכות על מתאם סטטיסטי בין ביצוען של עברות מסוימות לבין תכונות ומאפיינים אישיים בעת קבלת החלטה על עצירת חשוד לצורכי תשאול; או במקרה, דוגמת שדה-התעופה, שכולם עוברים בו תשאול, הסתמכות על מתאם כנ"ל בעת החלטה על עריכת תשאול ובדיקה מקיפים יותר. על-פי פרשנות מרחיבה של המושג, הכוללת גם התנהגות (כגון הזעה מוגברת), כל החלטה משטרית לעצור או לתשאול חשוד נעשית על-סמך פרופיילינג; שכן, כל דבר שמעורר את חשדו של השוטר בנוי על הנחה סטטיסטית בדבר הקשר שבין המאפיין או ההתנהגות לבין הפוטנציאל לקיום העברה. לדוגמה, נהיגה לא-יציבה אינה שונה מהותית מנסיעה במכונית עם חלונות כהים. במקרה הראשון קיימת הנחה בדבר הסתברות גבוהה שנהיגה של מכונית שנוסעת באופן לא-יציב הינו שיכור או מסומם; במקרה השני קיימת הנחה שעבריינים יעדיפו מכונית בעלת חלונות כהים.

חשוב לציין כי הסתמכות המשטרה או כוחות הביטחון על מאפיינים אישיים, לרבות מוצא אתני, אינה נחשבת פרופיילינג אם היא נובעת מתיאור של חשוד מפי עד-ראייה. הספרות בארצות-הברית בנושא פרופיילינג גועי מבחינה בדרך-כלל בין מקרה שבו עד-ראייה מתאר את החשוד כשחור לבין מקרה שבו המשטרה מסתמכת על ממצא סטטיסטי שלפיו קיימת הסתברות גבוהה יותר שמי שביצע את הפשע הינו שחור. המקרה הראשון אינו מעורר קושי כל עוד נעשה בו שימוש סביר,¹² אך המקרה השני נחשב פרופיילינג גועי, שחוקיותו שנויה במחלוקת.¹³

לדעתי, מכיוון שיש הסתברות שגם עד-הראייה טעה, אין הבדל מהותי בין הסתמכות על מתאם סטטיסטי לבין הסתמכות על עדות. בשני המקרים קיימת הסתברות מסוימת שהחשוד שחור. אין סיבה לחשוב מלכתחילה כי ההסתברות שהפושע שחור גבוהה יותר במקרה של עד-ראייה מזו של הסתמכות על מתאם סטטיסטי (פרופיילינג); זאת מאחר שעדי-ראייה טועים לעיתים קרובות בעדותם. בהחלט ייתכן שעד-הראייה נטה לחשוב, בשל דעות-קדומות, למשל, שהפושע שחור, ולכן, אף שלא ראה בבירור את דמות הפושע, חשב כי הוא שחור, בעוד שלמעשה הוא לא היה שחור. מנגד, המתאם הסטטיסטי עשוי להיות גבוה מאוד במקרים מסוימים.

בהקשר שמאמר זה עוסק בו – שימוש בפרופיילינג על-ידי כוחות הביטחון – ההבחנה בין עדות אנושית לבין הסתמכות על סטטיסטיקה הינה בעייתית במיוחד.¹⁴ קשה למצוא

12 הסתמכות על עדות עשויה לעורר קושי אם הבסיס היחיד לבדיקה הוא היות החשוד שחור. מאמרים רבים מבקרים פסק-דין מסוים שאישר חוקיות פעילות משטרה שבדקה את ידיהם של כל השחורים (כמאתיים במספר) בעיירה קטנה, אוניאוטה שמה, בעקבות עדות-ראייה שלפיה היה החשוד גבר שחור עם חתך ביד. ראו, למשל: Samuel R. Gross & Debra Livingston "Racial Profiling Under Attack" 102 *Colum. L. Rev.* (2002) 1413, 1435–1436.

13 ראו, למשל: Sheri Lynn Johnson "Race and the Decision to Detain a Suspect" 93 *Yale L. J.* (1983) 214, 243.

14 להרחבה, ראו: Richard R. Banks "Racial Profiling and Antiterrorism Efforts" 89 *Cornell L. Rev.* (2004) 1201.

הבדל מהותי בין בדיקה בטחונית מחמירה של נוסעים ערביים שנובעת ממידע מודיעיני המבוסס על עדות של סייען כי קיימת כוונה של ערבים לחטוף או לפוצץ מטוס לבין בדיקה מחמירה שנובעת מהערכה מודיעינית המבוססת על ניתוח הסתברותי שלפיו חשש כזה קיים. לכאורה, ניתן לחשוב שתוקף השפעתה של עדות יהא קצר יותר מתוקפה של הערכה סטטיסטית. משמע, רק בתקופה הקצרה שלאחר מתן העדות יערכו כוחות הביטחון בדיקות מחמירות של נוסעים ערביים, בעוד שהסתמכות על מתאם סטטיסטי תצדיק הנהגת נוהל קבוע המחייב נוסעים ערביים לעבור בדיקה מחמירה משל נוסעים אחרים. אך למעשה, עדות אנושית יכולה להצדיק בדיקות מחמירות במשך תקופה ארוכה, שכן סביר להניח שההתראות אינן כה ממוקדות בזמן. כמו־כן, עדויות כאלה עשויות להיות שכוחות, וליצור מצב שבו חיפוש מחמיר יהא מוצדק במשך תקופה ממושכת מכוח עדויות חדשות.

מהאמור עולה שמן הראוי לא להסתמך על הבחנות פורמליות בין פרופיילינג לבין אמצעים אחרים בבואנו לקבוע מה ראוי (וחוקי או חוקתי) ומה אינו ראוי. עדיף לרדת לעומקם של דברים ולקבוע את המדיניות לא על־פי קטיגוריות שרירותיות, אלא על־פי יעילות האמצעים, תוך שמירה על האיזון הראוי בעינינו בין יעילות לשוויון. לשם כך עלינו להבין מדוע פרופיילינג הוא אמצעי יעיל ומהו המחיר, במונחי שוויון, שאנו – כחברה – משלמים בעת השימוש בו.

לפני שניפרד מעולם ההגדרות והביטויים הלשוניים, נעמוד על משמעותו של ביטוי מרכזי אחד נוסף, והוא "הפליה סטטיסטית". גם הפרופיילינג מכונה כך. השימוש בביטוי הפליה סטטיסטית ביחס לפרופיילינג נועד להדגיש שני דברים: הראשון, פרופיילינג אינו מושתת על הפליה של ממש. אם מדובר, למשל, בבדיקה מחמירה יותר של נוסעים ערביים שנובעת מרצון להשפילם, הרי שמדובר בהפליה של ממש, ולא בפרופיילינג. השני, שהשימוש בביטוי הפליה סטטיסטית בא להדגיש שלפרופיילינג יש תוצאות של הפליה. כפי שיפורט בפרק ג להלן, הפרטים השייכים לקבוצה החשודה נושאים במחיר כבד, דומה לזה שהיו נושאים בו אילו הופעלה נגדם הפליה של ממש. מקור הביטוי הפליה סטטיסטית הוא בניתוח של פרופיילינג ככלי לסינון מועמדים לעבודה. מועמדים לעבודה הנדחים מהטעם שקיים מתאם חיובי בין הקבוצה שהם משתייכים אליה לבין פירון נמוך סובלים נזק דומה לזה שסובלים מועמדים שנדחים בשל הפליה רגילה. הביטוי הפליה סטטיסטית בא להדגיש כי אף־על־פי שהמעבידים לא הונעו על־ידי רצון להפלות, שהם לא היו גזענים או שובניסטים, למשל, מן הראוי לאסור עליהם את השימוש בפרופיילינג ככלי לסינון מועמדים לקבלה לעבודה, שכן תוצאות השימוש בכלי זה דומות לתוצאות של הפליה רגילה. השימוש בביטוי הפליה סטטיסטית ביחס לפרופיילינג שהמשטרה או כוחות הביטחון עושים נועד להדגיש את המחיר הכרוך בו. כך, למשל, בדיקה מחמירה יותר של נוסעים ערביים בשדה־התעופה גורמת להם נזק דומה לזה שהיה נגרם להם אילו היתה הבדיקה המחמירה נעשית ממניעים לאומניים או גזעניים. נוסעים אלה חווים אי־נוחות ופגיעה בפרטיות מעצם הבדיקה המחמירה, ותחושת השפלה והדרה חברתית מעצם סימונם בפומבי כמועדים יותר מאחרים להיות מחבלים.

פרק ב: יעילות

השימוש בפרופילינג הינו יעיל אם הוא מסייע בידי המשטרה לקיים את תכליתה, דהיינו לצמצם את הפשע למינימום בהינתן תקציב נתון. תנאי הכרחי לכך הוא קיומו של מתאם סטטיסטי בין המאפיין האישי הנראה לעין, או הניתן בנקל לבידור, לבין הפשע שבמניעתו מדובר. תנאי נוסף הוא שאין דרכים חלופיות המשיגות אותה תוצאה בעלות נמוכה יותר. שימוש בפרופילינג על-מנת למנוע חטיפה או פיצוץ של מטוסים אינו שונה מכל מקרה שבו המשטרה וכוחות הביטחון עושים שימוש בכלי זה על-מנת לעשות את עבודתם. אנשי הביטחון מחפשים אחר נוסעים מעוררי חשד על-מנת להעביר אותם בדיקה קפדנית יותר מזו הנעשית ביחס ליתר הנוסעים. כך, למשל, סביר להניח כי נוסע שמתנהג באופן שמלמד על מתח או פחד יעורר חשד וצפוי לבדיקה קפדנית יותר מנוסע רגוע. כמו-כן, מחבלים הינם בדרך-כלל כלל גברים בטווח גילאים מסוים. דוגמות ידועות נוספות לפרופיל של טרוריסט-מטוסים כוללות: נסיעה לבד, רכישת כרטיס לכיוון אחד בלבד, רכישת הכרטיס במזומן ורכישתו בעשרים וארבע השעות שלפני מועד הטיסה. ההסתמכות על נתונים אלה מבוססת על שיקולים הגיוניים, כגון שמחבלים לא יסעו בחברות, גם אם כמה מהם עולים על אותו מטוס, כדי להקטין את הסיכוי שחשיפת אחד מהם תוליך לחשיפת האחרים. אין סיבה שמחבל שמתכוון לפוצץ או לחטוף מטוס יקנה כרטיס הלוך-ושוב, שהרי אין בכוונתו לעשות שימוש בכרטיס הטיסה בחזרה. רכישת הכרטיס במזומן וסמוך למועד הטיסה נועדה לא להותיר לרשויות הביטחון זמן רב לבידור נתונים לגבי הרשומים ברשימת הנוסעים.¹⁵ מערכת Computer Assisted Passenger Pre-Screening System (CAPPS), שנמצאת בשימוש בשדות-התעופה בארצות-הברית ואשר לא מנעה את פיגועי ה-11 בספטמבר, עושה שימוש במאפיינים כאלה.¹⁶ הבעיה בהסתמכות על נתונים מסוג זה היא שגם המחבלים מודעים לפרופילינג המסתמך עליהם, וקל יחסית לשטות במערכת כזו. מחבל יכול לרכוש כרטיס דו-כיווני, חודש מראש, באמצעות סוכן-נסיעות ותוך צבירת נקודות של תוכנית הנוסע המתמיד, ולהתחמק לחלוטין מרשימת חשודים המבוססת על פרופילינג מסוג זה. נתונים רלוונטיים יותר הם אלה שאינם ניתנים לשליטת הטרוריסטים, שכן אינם קשורים לאירוע הטיסה עצמו, אלא לרקע האישי של המחבל. פרופילינג על בסיס מוצא אתני, כאשר קיימת הסתברות גבוהה יותר שבני מוצא אתני מסוים יבצעו אירוע טרור, הינו יעיל במובן זה שלמוצא אתני יש בדרך-כלל ביטוי חיצוני שקשה להסוותו או שקל לעמוד עליו בבדיקה ראשונית, כגון בדיקת תעודת-זהות או דרכון. הבדיקה הקפדנית של ערבים בישראל היא דוגמה לשימוש בפרופילינג על בסיס אתני.

15 למאמר המתאר פסק-דין שבו נידונה הסתמכות הרשויות בארצות-הברית על מאפיינים מסוג זה בהחלטתן לעצור חשודים, והצעה שגם מוצא אתני ייכלל ברשימת המאפיינים בעקבות פיגועי ה-11 בספטמבר, שהרי כל החוטפים היו ממוצא ערבי, ראו: Spencer Macdonald "Rational Profiling in America's Airports" 17 *BYUJ. P. L.* (2002) 113, 133-134.

16 להרחבה ראו דיון בפרק ד להלן.

ניתן להצדיקה משיקולי יעילות על-אף העובדה שאורחי ישראל בני המיעוט הערבי לא היו מעורבים מעולם בפיגוע אווירי¹⁷ וששיעור ההשתתפות שלהם בפיגועי טרור בכלל הינו נמוך. זאת מכיוון ששיעור הטרוריסטים מקרב המיעוט הערבי גבוה משיעור הטרוריסטים מקרב הרוב היהודי, ואין סיבה עניינית להבחין בסוגיה זו (שהיא בעיקרה שאלה של הניצעה (מוטיווציה), ולא של יכולת) בין פיגוע אווירי לפיגוע מסוג אחר. הניסיון הישראלי מלמד שכל אירועי הטרור נגד התעופה בישראל בוצעו על רקע הסכסוך הישראלי-הערבי, ובמיוחד הישראלי-הפלשתיני. אם ננסה לכודד את מרכיבי ההשתתפות של ערביי ישראל בפיגועים, ונבחן לא רק פיגועים אוויריים, אלא טרור בכלל, נקבל את התמונה הבאה. בשנות החמישים והשישים של המאה העשרים בוצעו קרוב למאה אחוז מפיגועי הטרור בישראל על-ידי ערבים שבאו ממדינות ערב. בשנות השבעים החלה מגמה זו להשתנות, ולמן שנות השמונים ועד ימינו בוצעו רובם המכריע של הפיגועים על-ידי פלשתינים תושבי השטחים, אם כי נתח לא-מבוטל, בשנים 2000-2003, על-ידי ערבים תושבי ישראל.¹⁸ מהנתונים עולה כי מוצא ערבי הינו מאפיין רלוונטי.

היו מקרים אחדים שבהם השתתפו זרים שאינם ערבים בפיגועים ובנסיונות לפיגועים נגד התעופה בישראל. למעשה, הפיגוע הקשה ביותר עד כה בוצע על-ידי ארגון טרור יפני. בחינה של כל יתר המקרים מעלה שגם כאשר לא היה מדובר בערבים, היו הטרוריסטים מוסלמים;¹⁹ לעיתים, נוצרים שהתאסלמו. ייתכן שההסתברות שמתאסלם יהיה טרוריסט בנסיבות מסוימות אף גדולה במיוחד, שכן חוזרים-בתשובה נוטים להיות אדוקים קיצוניים במיוחד. ההסתברות שהמחבל יהיה מוסלמי גדולה גם מבחינת הניצעה של ארגוני הטרור השולחים אותו, שכן המתאבד נעשה שאהיד, וקשה להניח שדעת הקהל המוסלמית תקבל בברכה שימוש בשאהיד שאינו מוסלמי.

חטיפה או פיצוץ של מטוסים הינם פיגועי התאבדות, או לכל הפחות פיגועים שהסיכוי שהמחבלים המבצעים אותם ייהרגו במהלכם הינו גבוה. בסוג זה של פיגועים נדרשת רמה גבוהה מאוד של מחויבות אישית מצידו של המחבל. מחויבות אישית ברמה כזו יכולה לנבוע מרצון אדיר לנקום, מאלטרואיזם כלפי המשפחה והחברה ומאמונה דתית חזקה בדבר גמול

17 למעט מקרה שאירע לפני כשנתיים, שבו ניסה אורח ישראל בן המיעוט הערבי לחטוף מטוס של חברת אל-על בדרכו לטורקיה באמצעות אולר, ואיש הביטחון במטוס השתלט עליו וסיכל את נסיון החטיפה.

18 ראו: Gabriel Ben-Dor, Ami Pedahzur & Arie Perliger "Palestinian Terrorism in Israel – Developments and Trends" (National Security Studies Center (NSSC)), PPT Presentation available at: http://www.terrorismexperts.org/palestinian_terrorism.ppt (2.10.2006).

19 חריג משמעותי הוא אותם מקרים שבהם נושא הפצצה אינו מודע לכך בעצמו. היו מקרים אחדים שבהם הוטמנו חומרי-נפץ במטענן של בחורות ממוצא אירופי שהתאהבו בצעירים ערביים ששלחו אותן (אל מותן) באמתלות שונות במטוס לישראל. זיהוי חשודות מסוג זה אינו פשוט, שכן הבחורות לא ידעו כלל שהן נושאות פצצות, ולכן לא הפגינו סימני מתח או מצוקה נפשית. הפרופילינג המשמש את הסלקטורים מבין אנשי הביטחון אמור לזהות גם מקרים כאלה.

בעולם הבא. על-פי תיאוריה חדשה יחסית, שמבוססת על ניתוח שלוש מאות וחמישה-עשר פיגועי התאבדות שבוצעו ברחבי העולם בין השנים 1980 ו-2003, המניע העיקרי הינו לאומי: הרצון לאלץ מדינה כובשת לסגת משטחים שכבשה והמתאבדים הם בני העם הכבוש.²⁰ כל המניעים הללו מתקיימים במקרה השכיח של פיגועי התאבדות פלשתיניים בישראל. הפלשתינים מנהלים מאבק מזוין ומדיני נגד ישראל על-מנת שתיסוג משטחים שכבשה; לפלשתינים רבים יש מניעים אישיים חזקים, כגון אובדן קרובי משפחה בהתנגשויות עם חיילי צה"ל, לרצות לנקום בחברה הישראלית ובמדינת-ישראל;²¹ משפחות המתאבדים נהנות מעלייה ניכרת במיץ (סטטוס) החברתי שלהן וממענקים כספיים; ורווחות אמונות, שקיימת מחלוקת עד כמה הן אכן נפוצות בקרב מוסלמים, שלפיהן ייחנה המתאבד בגן-עדן מחסדיהן של שבעים ושתיים בתולות, ייפגש עם אלה, ועוד כיוצא באלה טובות-הנאה בעולם שכולו טוב.²² מניעים אלה מתקיימים רק במעט בקרב המיעוט הערבי במדינת-ישראל, אולם הם מתקיימים בוודאי במידה רבה יותר מאשר באוכלוסייה שאינה ערבית. הבדל קטן בין ההסתברות שאזרח יהודי יחטוף או יפוצץ מטוס לבין ההסתברות שאזרח ערבי יעשה כן דיו להצדיק בדיקה מחמירה של ערבים.

להמחשתה של טענה זו, שייתכן כי אינה אינטואיטיבית, נניח שהאוכלוסייה נחלקת לשתי קבוצות: ערבים ויהודים. נניח שההסתברות שיהודי הוא טרוריסט היא 1 ל-100,000, בעוד ההסתברות שערבי הוא טרוריסט היא 1 ל-50,000. עצירת חשודים אך ורק על-סמך מוצאם האתני תהא בלתי-יעילה באופן קיצוני, שכן קיימים מאפיינים מחשידים רבים אחרים, כגון גיל, מין, עצבנות, לבוש ועוד. אולם לאחר שנעשה שימוש בכל המאפיינים האחרים, יש ערך רב לנתון בדבר המתאם בין מוצא אתני לבין היותו של אדם טרוריסט. בהנחה שמטעמי תקציב לא ניתן לבדוק בבדיקה קפדנית יותר מעשרים בני-אדם בשעה, על הבדיקה הבטחונית להתבצע באופן שישיא למירב (מקסימום) את מספר הטרוריסטים שייתפס; או במילים אחרות, להקטין למזער (מינימום) את מספר הטרוריסטים שיצליחו לעלות למטוס. ניתן לחשוב לכאורה כי מכיוון שתוצאות של הפלת מטוס הינן הרות-אסון, אין מקום למגבלת תקציב מהסוג האמור; אולם טענה זו אינה מדויקת. בדיקה קפדנית של כל הנוסעים תחייב המתנה של שעות רבות בתור. הנוסעים יידרשו להגיע לשדה-התעופה ארבע או חמש שעות לפני הטיסה, דרישה שיש לה כמובן עלות גבוהה במונחי תועלת. לחלופין, יידרשו הגדלה משמעותית של מספר הבדקים הבטחוניים והשקעה בתשתיות על-מנת להגדיל את השטח והמתקנים המשמשים לעריכת הבדיקות הבטחוניות. הדבר יחייב העלאה ניכרת של מחירי הטיסה או סבסודם מכספי משלם המיסים. גלגול העלות אל תפי משלם המיסים אינו ראוי בהכרח, שהרי הנוסעים במטוסים מקבלים תמורה ישירה

20 ראו: Robert A. Pape *Dying to Win – The Strategic Logic of Suicide Terrorism* (Cambridge, 2005).

21 אובדן קרובים הוא מניע ידוע לפיגועי התאבדות. הטרור הצ'צ'ני, למשל, עושה שימוש נרחב לצורך פיגועי התאבדות בנשים שילדיהן או בעליהן נהרגו על-ידי חיילים רוסיים. נשים אלה ידועות בכינוי The Black Widows. ראו: Pape, *ibid*, at pp. 183–184.

22 בועז גנור מבוכך הלוחמה בטרור: כלים לקבלת החלטות (2003) 80–81.

לכספם (ואין הם מהווים קבוצה חלשה כלכלית, שהרי ראוי אולי, מטעמי צדק חלוקתי, להטיל את מימון ההטבה שהם נהנים ממנה על כלל הציבור); לכן נכון יותר לראות בכך מחיר או אגרה. גם אם העלות ממומנת מכספי מיסים, יש לכך, כמובן, עלות חברתית. הטלת מיסים כרוכה בנטל עודף, כלומר בבזבוז משאבים מעל ומעבר לאלה הנדרשים לצורך מימון הפעילות.²³

מכאן, ההנחה שקיימת מגבלת תקציב בבדיקת הנוסעים בשדה־התעופה הינה מציאותית, בדיוק כפי שקיימות מגבלות תקציביות בשירותי רפואה או בהוצאות להגברת הביטחות בדרכים, מגבלות העולות מדי יום בחיי אדם. נקודה זו חשובה, שכן, כפי שנראה בהמשך המאמר, פרופיילינג על בסיס אתני פוגע במיעוט הערבי בישראל, וניתן לטעון (באופן פופולרי) כי אין מחיר לפגיעה בשוויון. למעשה, לעקרון השוויון, כמו לעיקרון של קדושת החיים יש מחיר. המחיר מוצא את ביטויו בתקציב המדינה. ניתן לחסוך חיי אדם רבים על־ידי שיפוץ הכבישים, שדרוג אמצעי הביטחות המותקנים במכוניות, שיפור איכותו של הציוד הרפואי והגדלת מספר הרופאים. בדומה לכך, ניתן לתקן חלק גדול מאי־הצדק החברתי על־ידי תשלומי העברה משמעותיים יותר, והשקעות בבתי ספר איכותיים ותשתיות אחרות באזורי מצוקה. הסיבה לכך שהשקעות אלה מתוקצבות ברמה מסוימת, ולא ברמה גבוהה יותר, נובעת משיקולי תקציב. מכאן שעל־מנת לבחון את נושא הפרופיילינג, חובה עלינו להניח קיומה של מגבלת תקציב. כל הנחה אחרת תהא בלתי־מציאותית, כשם שאין זה מציאותי להניח היעדר מגבלת תקציב בכל תחום אחר.

תחת ההנחה שהנחנו לעיל, כי ההסתברות (הקטנה מאוד, אחד לחמישים אלף) שערבי הינו טרוריסט גדולה יותר מזו שיהודי הוא טרוריסט, יהא זה יעיל לבדוק, מתוך אותה קבוצה של פרטים שנמצאו חשודים על־פי מאפיינים נוספים, אך ורק ערבים. בהנחה שהמאפיינים האחרים, כגון גיל, מין וכרטיס לכיוון אחד, מתפלגים באופן שווה פחות או יותר בין ערבים ליהודים, יחייבו טעמי יעילות בדיקה קפדנית של ערבים בלבד. מהאמור עולה כי על־מנת לצמצם למזער את מספר המקרים שבהם יעלה טרוריסט למטוס, יש לבדוק ערבים בלבד. כל סטייה מכלל זה נעשית מטעמי צדק חברתי, ומחירה הוא הגברת הסיכון (בדוגמה שלנו, במידה קטנה מאוד) שטרוריסט יעלה למטוס. נניח שבמקום לבדוק עשרים ערבים ואפס יהודים, הסלקטורים בודקים על־פי התפלגות אקראית (רנדומלית) של הנוסעים, שנגיח שהיא 9:1²⁴, כלומר שני ערבים ושמונה־עשר יהודים. במקרה כזה, הסיכויים שטרוריסט יעלה למטוס גדלים ב־45%, או במילים אחרות, יעילותה של בדיקה אקראית היא רק 55% מיעילות בדיקה של ערבים בלבד.²⁵

23 להסבר המושג "נטל עודף", ראו: Harvey S. Rosen *Public Finance* (Boston, 6th ed., 2002).

24 המיעוט הערבי במדינת־ישראל הוא כ־20% מהאוכלוסייה. נניח כי בגלל מצבם הכלכלי הגרוע מזה של היהודים, הם טסים פחות.

25 $0.00001 \times 18 + 0.00002 \times 2 = 0.00022$

$0.00002 \times 20 = 0.0004$

$0.00022/0.0004 = 0.55$

מובן כי אני מניח היעדר קיומה של הרתעה.²⁶ זו הנחה סבירה ביחס לפיגועי התאבדות, שכן קשה להניח שהעלאת הסיכוי להיתפס בבדיקה בטחונית והעונש הכרוך בכך (מאסר-עולם) מרתיעים את הרוצה להתאבד. אם נניח כי פוטנציאל הנוק של פיגוע אווירי גדול יותר מזה של פיגועים אחרים, יהא זה יעיל לדגום, נוסף לערבים, גם מספר מסוים (קטן ככל הנראה) של יהודים, וזאת כדי לכוון את הטרור הפוטנציאלי של יהודים כלפי מטרות מזיקות פחות. הנחה זו אינה משנה את הטענה כי הבלדל (ואפילו קטן) בין קבוצות אתניות בהסתברות לפשיעה מחייב, משיקולי יעילות בלבד, סטייה ניכרת מדגימה אקראית, דהיינו: פרופיילינג. גם אם הפרט בן המיעוט הערבי יודע שאלה הם פני הדברים, וגם אם הוא מאמין שאכן בדיקתו הקפדנית יותר נעשית אך ורק מטעמי יעילות, הוא חווה בכל-זאת תחושה קשה של הפליה, ובכך אדון בפרק הבא.

פרק ג: שוויון

1. כל כלל שאינו אוניוורסלי טומן בחובו אי-שוויון ברמת הפרט

כל כלל המבוסס על הכללה פוגע באותם פרטים בקבוצה שאין הוא נכון ביחס אליהם. כך, למשל, כאשר אנחנו אומרים שכלבי אמסטף הינם מסוכנים, אנחנו עושים עוול לבעלים של כלבי אמסטף מסוימים שאינם מסוכנים.²⁷ למעשה, ניתן לומר שכמעט כל כלל משפטי מבוסס על הכללה מסוימת מעצם הגדרתו כ"כלל". תמיד יהיו אנשים שבדיקה פרטנית עשויה להצדיק טיפול שונה בעניינם מזה שנקבע ככלל. ובכל-זאת אנו נזקקים לקיומם של כללים, וזאת מטעמי יעילות. כללים נחלקים לכן לאלה המתיחסים באופן מפורש לקבוצה מוגדרת היטב, כגון הכלל שקובע כי אסור להחזיק כלבי אמסטף בשל היותם מסוכנים, לבין כללים שקשה יותר לאמוד מי היא בדיוק הקבוצה שהם מגדירים. כללים שהינם נכונים ביחס לכל מי ששייך לקבוצה שהם מתייחסים אליה (כללים אוניוורסליים) הינם חסרי משמעות בדרך-כלל. דוגמה קלאסית היא הכלל הקובע שכל הרווקים אינם נשואים. זה כלל חסר טעם,

26 לניתוח כלכלי של פרופיילינג המשמש ללוחמה בפשעים רגילים (כגון סחר בסמים), שם תוצא (אפקט) ההרתעה הוא הדומיננטי, ראו: Tomer Blumkin & Yoram Margalioth "Targeting the Majority: Redesigning Racial Profiling Rules" *Y. L. & P. Rev.* (forthcoming 2006).
27 ראו: Fredrick Schauer *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Cambridge, 2003) 55-78. ליתר דיוק, הפגיעה בשוויון רחבה יותר מכפי ש-Schauer מנתח זאת, שכן לא רק בעלי האמסטף שאינם מסוכנים סובלים מהפליה כתוצאה מהכלל, אלא גם בעלי האמסטף המסוכנים מופלים לרעה לעומת כלל שבודק אקראית את מידת מסוכנותו של כל כלב וכלב; זאת מאחר שקיימים כלבים מסוכנים שאינם מסוג אמסטף או מסוג אחר המוגדר על-ידי הכלל כמסוכן. הבעלים של כלבי האמסטף המסוכנים מופלים לרעה לעומת בעלי הכלבים המסוכנים האחרים שהכלל אינו חל לגביהם.

שהרי אין הוא מוסיף לנו כל מידע. על כן, כמעט כל הכללים המבוססים על הכללות אינם אוניוורסליים. לדוגמה, כאשר אנו אומרים שמכוניות מסוג וולוו הינן אמינות, אנו יודעים שהדבר אינו נכון ביחס לכל המכוניות מסוג וולוו, אך אנו משתמשים בהכללה זו משום שהיא נכונה ברוב המקרים. כל עוד ההכללה מבוססת על ממצאים סטטיסטיים נכונים – יש בה ערך. משמעות הלוואי השלילית שיש למונח "סטריאוטיפ"²⁸ אינה מוצדקת. סטריאוטיפ ראוי לדימוי השלילי שדבק בו רק אם אינו מבוסס על אמת סטטיסטית.

הכללה יכולה להיות יעילה גם אם אין היא נכונה ביחס לרוב הפרטים השייכים לקבוצה. כך, למשל, ההכללה שכלבי אמסטף מסוכנים תהא יעילה גם אם רוב כלבי האמסטף אינם מסוכנים; זאת כל עוד כלבי אמסטף מסוכנים יותר מסוגים אחרים של כלבים. כלל שאוסר על אנשים להיות בעלים של כלבי אמסטף הינו יעיל, במובן זה שהוא מפחית את מספר המקרים של נשיכות קטלניות, אם אכן כלבי אמסטף מסוכנים בממוצע יותר מכלבים אחרים, ובהנחה שאין אמצעים אחרים יעילים יותר לקבוע מיהו כלב מסוכן.

היעילות מתבטאת בחיסכון בעלותן של בדיקות שמטרתן לקבוע את מידת הסיכון הכרוכה בכל כלב וכלב ברמה שתביא לידי הפחתה במספרם של מקרי הנשיכות על-ידי כלבים בדומה לזו של הכלל האוסר על החזקת כלבי אמסטף.²⁹ אם לא ניתן כלל לערוך בדיקות כאלה, תמצא יעילות הכלל את ביטויה בהפחתת מספר המקרים שבהם יתקפו כלבים בני-אדם ויגרמו להם נזקים חמורים.

את מחיר היעילות משלמים בעליהם או אוהביהם של כלבי האמסטף.³⁰ בעוד כלל האנשים בחברה נהנים מהחיסכון בעלויות הבדיקה או מהפחתת מספרם של מקרי הנשיכה הקטלניים, בעלי כלבי האמסטף נושאים בעלותו של הכלל. כאמור, הכלל יעיל גם אם רוב כלבי האמסטף אינם מסוכנים, ובלבד שהם מסוכנים יותר בממוצע מכלבים אחרים.

בדומה לכך, כלל פרופיילינג ביחס לאנשים גורם לכך שקבוצת אוכלוסייה מסוימת נושאת בנטל כבד מזה שכלל האוכלוסייה נושאת בו בהתייחס להספקת המוצר הציבורי "ביטחון". האנשים החשופים לפרופיילינג חווים אי-נוחות (נוסף לתחושת ההפליה, שתידון להלן), אובדן זמן ופגיעה בפרטיות. כך, למשל, אזרח בן המיעוט הערבי במדינת-ישראל המתכוונן לטיסה נדרש להגיע לשדה-התעופה מוקדם יותר ממי שאינו ערבי, שכן, כתוצאה מקיומו של כלל הפרופיילינג, הוא צפוי מראש לבדיקה בטחונית קפדנית יותר. כאשר הוא אורז את מזוודותיו ותיקו הוא יכול לצפות מראש בהסתברות גבוהה כי יאלץ לאפשר

28 ראו, למשל, עניין גסטטנר, לעיל הערה 6, בעמ' 79 ("בקביעת מבחנים אוביקטיביים יש להימנע מסטראוטיפים, שהרי אלה לעולם אינם אוביקטיביים, אלא נובעים מדעות שהשתרשו בחברה, מבלי שיהיה להן בסיס עובדתי מוצק").

29 בדיקה של כל כלב וכלב, בלא קשר למינו, תפחית את מספרם של מקרי הנשיכה יותר מאשר איסור על החזקת כלבי אמסטף. מכאן שהשוואה הראויה היא ההפחתה במספרם של מקרי הנשיכה כתוצאה מבדיקה אקראית של מידת המסוכנות של כל כלב וכלב, בלא קשר למינו (למשל בדיקה של 10% מהכלבים) לבין הפחתה במספרם של מקרי הנשיכה באמצעות איסור הבעלות על אמסטף.

30 הבעלים הנוכחיים משלמים את המחיר רק אם אין הכלל מאפשר המשך החזקה של כלבים הנמצאים בבעלות אנשים בעת כניסת החוק לתוקף.

בדיקה של מטענו. ציפייה זו עשויה להניא אותו מלקיחת פריטים שהיה נוטל עמו אילולא היה צפוי לבדיקה בהסתברות גבוהה, למשל חפצים שיקשו על פעולת האריזה שצפוי שהוא יידרש לעשותה בשדה־התעופה לאחר החיפוש בכליו, או העלולים להביך אותו אם ייחשפו בציבור.

טעמי שוויון דורשים התייחסות לכל פרט כעומד בפני עצמו, ואוסרים על התייחסות לפרט כאל חלק מקבוצה, תוך התעלמות מתכונותיו האישיות. ברמת השוויון בין הפרטים אין כל מקום להבחין בין נוסע תם־לב ממוצא ערבי לנוסע תם־לב ממוצא יהודי או בין טרוריסט יהודי לטרוריסט ערבי. מטעמי שוויון, יש להעניק יחס זהה לנוסעים התמימים בשתי הקבוצות, כמו גם לטרוריסטים בשתי הקבוצות. היחס השונה נובע מטעמים של יעילות. היעילות מתבטאת, כאמור לעיל, בזמן המתנה קצר יותר מזה שהיה נדרש אילו היו כל הנוסעים עוברים אותה בדיקה קפדנית, או בחיסכון בכסף הנדרש למימון העסקתם של מספר רב יותר של סלקטורים והקמת התשתיות לכך. מחיר היעילות בהקשר זה הוא הפגיעה בשוויון, שמתבטאת בהטלת נטל שונה בהספקת המוצר הציבורי "ביטחון".

מוצר ציבורי הוא מוצר אשר הנאתו של האחד ממנו אינה מפחיתה מיכולתו של האחר ליהנות ממנו, וכן שלא ניתן למנוע את ההנאה ממנו ממי שלא השתתף במימון המוצר. ביטחון (פנים וחוץ) הוא מוצר ציבורי קלסי. למעשה, הספקתו של מוצר ציבורי זה היתה, ככל הנראה, הסיבה הראשונית להיווצרותן של חברות.

קיומו של ארגון היררכי בעל יכולת לכפות השתתפות במימון הוצאות של מוצר ציבורי, כגון ביטחון, מאפשר לפרטים להתגבר על אי־יעילות הידועה כ"בעיית הטרמפיסט". הבעיה נובעת מכך שלא ניתן למנוע את ההנאה מן המוצר הציבורי ממי שלא השתתף במימונו, ועל כן, פרט רציונלי יעדיף לא לשלם, וליהנות מהמוצר הציבורי הממומן בכספי הפרטים האחרים. בהנחה שכל הפרטים ינהגו כך, או חלק ניכר מהם, באופן מלא או חלקי, יגרום כשל־השוק להספקה תת־אופטימלית של מוצרים ציבוריים. הפתרון לבעיה זו הוא כפיית ההשתתפות במימון המוצרים הציבוריים באמצעות הטלת מיסים בכסף ו/או בעין. השליטים בחברות קדומות סיפקו מוצר ציבורי זה בכך שגבו מיסים בכסף או בגיוס כפוי של חיילים לצבאם. פתרון זה תקף גם בחברות בנות־זמננו.

מאחר שלפרופיילינג יש עלויות, כגון בזבוז זמן ופגיעה בפרטיות, שרק המשתייכים לקבוצה המסוימת – בענייננו: הערבים – נושאים בהן, ומאחר שהוא נועד להגביר את הביטחון של כלל הפרטים באוכלוסיית המדינה, הוא מהווה מבחינה מהותית "מס" המשמש למימון המוצר הציבורי "ביטחון".³¹ מס הוא תשלום חובה לרשויות השלטון שאינו מקנה תמורה ישירה. תשלום יכול שיהא בעין, ולא בכסף. כך, למשל, שירות צבאי כפוי הוא סוג של מס. המדינה מממנת מוצרים ציבוריים בכפיה כדי להתגבר על "בעיית הטרמפיסט", והיא יכולה לדרוש מתושביה לשלם מס בכסף או בעין. במקרה של פרופיילינג מדובר בכל הנוגע במיעוט הערבי במדינת־ישראל, בתשלום מס בעין. זה הנטל הגדול יותר שקבוצת המיעוט הערבי נושאת בו, והוא המאפשר את הספקת המוצר הציבורי "ביטחון בתעופה".

31 לסיווג פרופיילינג על בסיס גזע כמס המוטל באופן לא־שוויוני, ראו: Randal Kennedy Race, *Crime and the Law* (New York, 1997) 159.

מיסים יש להטיל באופן שוויוני על כלל תושבי המדינה, ולא רק על קבוצת אוכלוסייה מסוימת. ניתן להצדיק אי-שוויון רק אם קיימים מיסים אחרים המוטלים על קבוצות אוכלוסייה אחרות ואינם מוטלים על הקבוצה המסוימת הזאת; או אם כל פרט בחברה שייך לקבוצות אחדות, על-פי חתכים שונים, וקבוצות שונות נושאות בנטל של מיסים שונים, באופן שבסך הכל, חלוקת נטלי המס ברמת הפרט בחברה יוצרת שוויון. בהקשרו המסוים של הנושא שאנו עוסקים בו קשה מאוד לאמוד אם נטל המס המוגבר שישראלים בני המיעוט הערבי נושאים בו בהספקת המוצר הציבורי ביטחון, בכך שהם חשופים לבדיקות קפדניות יותר, מתקזז עם נטל מס מופחת שהם נושאים בו בהקשרים אחרים. ניתן אולי להעלות את הטענה שהם פטורים מתשלום מס (בעין) כבד בהרבה המוטל לשם מימון המוצר הציבורי "ביטחון", והוא השירות הצבאי. טענה זו אינה נכונה ביחס לפרטים שמשרתים או שירתו בצה"ל, ובכל זאת, מסיבה כלשהי, עוברים בדיקות בטחוניות מוגברות. מנגד, לא רק צד המיסים רלוונטי לצורך קיום השוויון האופקי בין התושבים ביחסיהם עם המדינה, אלא גם לצד הוצאות הממשלה; כלומר, מה נעשה בתקציב המדינה הממומן ברובו מכספי המיסים. מכיוון שבני המיעוט הערבי במדינת ישראל מופלים לרעה ברמת ההקצאות הממשלתיות,³² ייתכן שהדבר מקזז (או אף יותר מכך) את טובת ההנאה הכרוכה בפטור מגיוס, וכך חזרנו לנקודת המוצא שלפיה הפרופיילינג גורם לחלוקה לא-שוויונית של נטל המס.

הפיצוי בגין הנוק שפרופיילינג גורם לבני הקבוצה החשודה יכול להיות כספי. ניתן בהחלט לחשוב שכל מי שנבדק בבדיקה מחמירה יותר מנוסעים אחרים, כתוצאה משימוש בפרופיילינג, יקבל פיצוי כספי או שובר לשימוש בחנויות שבשדה התעופה. תשלום זה יפצה אותו על אובדן הזמן והפגיעה בפרטיות שנגרמו לו. ייתכן שראוי לתת תשלום זה (אם כי בסכום נמוך יותר) כפיצוי מראש לכל השייכים לקבוצה החשודה, ולא רק למי שעבר בבדיקה מחמירה למעשה, וזאת כדי למנוע פרטים המעוניינים בפיצוי מלעורר חשד במתכוון על-מנת להזמין בבדיקה ופיצוי. סוג נזק אחר, שיתואר להלן, אינו ניתן לפיצוי כספי, או שהפיצוי ההולם יהא גבוה מאוד.

2. פרופיילינג על בסיס השתייכות לקבוצה הסובלת מהפליה

כאשר המאפיינים האישיים שהמשרה מסתמכת עליהם בבניית הפרופיל הם גזע, מוצא אתני, דת, גיל, מין וכיוצא באלה אמות-מידה רגישות, עשוי השימוש בפרופיילינג להיות כרוך בעלות חברתית גבוהה במיוחד: נוסף לעלויות שצויינו לעיל, כגון אובדן זמן ופגיעה בפרטיות, הפרופיילינג נותן ביטוי חיצוני, גלוי לסביבה, למתאם הסטטיסטי שבין העברה לבין קבוצת האוכלוסייה המסוימת. כך, בענייננו, פרופיילינג של ערבים, שבא לידי ביטוי בכך שאזרחים ערביים עוברים בבדיקות קפדניות שאזרחים אחרים פטורים מהן מבליט את הקשר שבין זהות ערבית וטרור; זאת על-אף העובדה שמספר המחבלים בקרב הערבים

32 ראו, למשל: Eyal Benvenisti "Facially Neutral Discrimination and the Israeli Supreme Court" 36 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* (2005) 677.

אזרחי ישראל זניח לחלוטין, וכולם, למעט בודדים, הם אזרחים שומרי חוק שנטייתם למעשי טרור דומה לזו של כלל האוכלוסייה.

בנייה, לשם המחשה, שבין מיליון אזרחיה של מדינת ישראל בני המיעוט הערבי יש מחבל אחד שרוצה לחטוף או לפוצץ מטוס, וכי בקרב האוכלוסייה היהודית אין מחבל כזה.³³ בנייה גם שרשויות הביטחון קובעות על בסיס ניתוח סטטיסטי שהרוב המוחלט של הנוסעים אינם מחבלים, אך כל המחבלים ערבים. קביעה זו נכונה על-סמך ההנחות העובדתיות שהנחנו לעיל. בין מיליוני אזרחיה של מדינת ישראל יש רק מחבל אחד, והוא ערבי. במקרה כזה יבדקו רשויות הביטחון רק ערבים בבדיקה קפדנית. הנוסעים יראו שרק ערבים עוברים בבדיקה בטחונית, וכתוצאה מכך, כל מיליון האזרחים בני המיעוט הערבי יתוויגו כמחבלים-כוחות על-אף העובדה שרק אחד מהם מחבל. התיוג האמור יוצר תחושה קשה החורגת מתחושת אי-הנוחות שנגרמת מפגיעה בפרטיות או מאובדן הזמן, שנידונו לעיל. התחושה הקשה נובעת במידה רבה מכך שמוצאו האתני של אדם הוא חלק מזהותו העצמית. זה האופן שבו הוא מגדיר את עצמו לחברה ואף לעצמו. כאשר רשות של המדינה מסוגלת מאפיין המהווה חלק מהגדרתו העצמית של אדם כמעיד על הסתברות גבוהה יותר לפשוע, ויש לכך ביטוי חיצוני שכולם מודעים לו, עלול הדבר לגרום פגיעה קשה בפרטים בעלי אותו מאפיין. אזרחים ערביים שהמדינה נוהגת בהם ככחשודים בטרור אך ורק בשל היותם ערבים חווים תחושת השפלה והפליה. על-אף העובדה שהדבר אינו נעשה מתוך רצון להפלות אותם, אלא מתוך רצון לייצל את הבדיקה הבטחונית.

אולם חשוב לציין כי התחושה הקשה אינה נובעת ממעשה הפרופיילינג עצמו, אלא מרגישותה היחסית של קבוצת האוכלוסייה שבה מדובר, רגישות הנובעת מהפליה של ממש שהונהגה או מונהגת כלפיה בהקשרים אחרים.³⁴ חיזוק לטענה זו ניתן למצוא במקרים שבהם הפרופיילינג מושתת על מאפיין אישי רגיש אחר, כגון גיל או מגדר, והקבוצה החשודה היא קבוצת אוכלוסייה חזקה. דוגמות טובות לכך הן שימוש בפרופיילינג המושתת על ממצאים סטטיסטיים בדבר הקשר שבין גברים או צעירים לבין ביצוע עבירות מסוימות. הפרופיל העברייני, בוודאי בעבירות אלימות, מושתת על הסתברות גבוהה יותר שהפושע יהא גבר. חוקי התעבורה מטילים מגבלות מחמירות על נהגים צעירים כקבוצה, תוך התעלמות מכך שברמה האישית, נהגים צעירים רבים נוהגים טוב יותר מנהגים מבוגרים רבים. חברות ביטוח דורשות פרמיית ביטוח נמוכה יותר בגין מכוניות שבבעלות נשים לעומת הפרמיה הנדרשת כאשר בעלי הרכב הינם גברים, זאת בהסתמך על נתונים סטטיסטיים שלפיהם ההסתברות שנהגת תהא מעורבות בתאונת-דרכים נמוכה משל נהג-גבר. בכל המקרים האלה מדובר בפרופיילינג על בסיס מאפיין אישי המהווה חלק מהגדרת זהותו של אדם. ובכל-זאת אין אנו סבורים שגברים וצעירים חווים תחושות של השפלה והפליה. הסיבה

33 דוגמה זו סבירה פחות, בשל הנחותיה הקיצוניות, מהדוגמה ששימשה בפרק הקודם להמחשת היעילות שבפרופיילינג. ההנחות הקיצוניות נועדו להמחיש את הטענה בדבר תיוג לגנאי (סטיגמה).

34 ראו: Mathias Risse & Richard Zeckhauser "Racial Profiling" 32 *Phil. & Pub. Aff.* 131, 146-147 (2004).

לכך היא שקבוצות אלה נהנות בדרך-כלל מתדמית חברתית חיובית. גברים חולשים על רוב מוקדי הכוח בחברה וצעירים נהנים מהערצת החברה המערבית. מכיוון שכך, הפרטים השייכים לקבוצות אלה מקבלים בלא תחושת הפליה את נכונות הטענה בדבר מתאם חיובי בין זהות גברית וגיל צעיר לבין פשיעה ואת ההסתמכות על ממצא זה כחלק ממדיניות המשטרה.

סיבה נוספת היא שמדובר בקבוצות שמספר חבריהן מהווה חלק גדול מסך כל האוכלוסייה. קבוצות גדולות סובלות פחות מפרופיילינג המופנה כלפיהן, שכן התיוג לגנאי (סטיגמה) מופחת במקרים שבהם חלק גדול מאוד מהאוכלוסייה נושא בו. מכאן שהתיוג השלילי הכרוך בפרופיילינג של גברים אינו יכול להיות גדול. מנגד, גם נשים מהוות 50% מהאוכלוסייה, ובכל זאת הן רגישות מאוד כקבוצה לסוגיות של הפליה. האזרחים הערביים מהווים מיעוט במדינת-ישראל, וזו סיבה נוספת לכך שהם סובלים מרגישות רבה להפליה ועשויים לסבול סבל רב מפרופיילינג, הראוי בהקשר זה לכינויו הפליה סטטיסטית.

מהאמור עולה שפרופיילינג על-פי מוצא אתני כרוך בעלויות חברתיות גבוהות, במיוחד כאשר הקבוצה האתנית שבה מדובר סובלת בהווה, או סבלה בעבר, מהפליה אמיתית בתחומים אחרים. אזרח ישראלי שהוא בן המיעוט הערבי, העובר בדיקה בטחונת קפדנית יותר בשדה-התעופה מוזו שיתר הנוסעים (שרובם יהודים) עוברים חווה תחושת השפלה קשה בהרבה מוזו שנוסע יהודי העובר בדיקה דומה חווה גם אם הוא מודע לכך שהבדיקה הקפדנית מוצדקת סטטיסטית. הפרופיילינג מזכיר וממחיש לו את ההפליה הקיימת בתחומים האחרים.

אולם בעת הבחינה אם התועלת שבפרופיילינג גדולה מעלותה חשוב לשים-לב שהעלות שמדובר בה היא העלות השולית. התחושה הקשה של המיעוט הערבי בישראל נובעת בעיקר מסיבות אחרות. העלות הכרוכה בפרופיילינג אינה אלא תוספת שולית, אקספרסיבית. לראיה, גם אם לא ייערך כל פרופיילינג יסבלו אזרחי ישראל הערביים מתחושה שהם מופלים לרעה. גודלה של עלות הפרופיילינג נגזר מרגישות האוכלוסייה המדוברת בשל הפליה של ממש שהיא סובלת ממנה בהקשרים אחרים.

פרק ד: אמצעים חלופיים

כאמור בפרק המבוא, בשל העלות החברתית הגבוהה הכרוכה בשימוש בפרופיילינג מן הראוי לבחון קיומם של אמצעים חלופיים. לשם מציאת החלופות האפשריות יש, ראשית, להגדיר את הבעיה באופן מדויק ומפורט, ובענייננו, את הסיכונים שמדובר בהם. החשש הוא שמחבל יחטוף ו/או יפוצץ את המטוס. חטיפת המטוס עשויה להוביל לפיגוע מיקוח או להתרסקות המטוס על יעד אסטרטגי בישראל. כדי למנוע פיצוץ המטוס באוויר, יש למנוע את העלאת חומרי-הנפץ למטוס. בדיקת המטען העולה אל בטן המטוס נעשית באמצעות

מכונות גדולות ויקרות, שאמינותן גבוהה. מכונות דומות, אם כי אמינות פחות כנראה, משמשות לבדיקת המטען האישי העולה עם הנוסע למטוס. גופו ולבושו של הנוסע נבדקים באופן חלקי בלבד, וזאת מטעמים של פגיעה בפרטיות ובצנעת הפרט.

בדיקת המטען האישי וגופו ולבושו של הנוסע רלוונטיים גם לסיכולו של האיום השני: חטיפת המטוס. לבדיקות הממוכנות נוספות גם בדיקות אנושיות הנערכות על-ידי סלקטורים. הללו מאומנים לזהות אנשים שמתנהגים באופן שמעורר חשד. אדם שנמצא חשוד עובר בדיקות קפדניות יותר במטענו ובגופו, ולפחות תיאורטית, ניתן למנוע אותו מלעלות למטוס או להעלותו אך ורק תחת השגחה צמודה.

הבדיקות הממוכנות, ככל שהן מופעלות באופן שווה כלפי כל הנוסעים, עשויות להיות מושתתות על פרופיילינג אתני, כגון מערכת CAPPS II, שהוחל בפיתוחה בארצות-הברית מייד לאחר אירועי ה-11 בספטמבר, אך אינן יוצרות תחושה של הפליה, שכן אין לפרופיילינג ביטוי נראה לעין.³⁵

CAPPS II תוכננה באופן המרכז מידע על הנוסע מהרגע שבו רכש את כרטיס הטיסה ותוך שימוש בכל מאגרי המידע הקיימים, לרבות המחשבים של רשויות המס (שניתן לדלות מהם, בין היתר, מידע בדבר תרומות לארגונים דתיים), ההגירה, רישוי הרכב, בתי-המשפט, המשטרה, ההוצאה לפועל ועוד. פרט למאגרי המידע העומדים לרשות הממשלה, המערכת תוכננה לעשות שימוש גם במאגרי מידע של השוק הפרטי: להפנות שאילתות אל חברות לדירוג אשראי שתפקידן לספק למלווים-בכוח ניתוח של יכולתו הכלכלית של אדם המבקש מהם הלוואה, ולנצל גם מידע זה לבחינת התאמה לפרופיל הטרוריסט. כאשר יגיע הנוסע לשלב העלייה למטוס, כבר יהיה בידי המערכת מידע רב, שעבר ניתוח ממוחשב (data mining), ובסופו הנפיקה המערכת הערכה מספרית של רמת הסיכון הנשקף ממנו. הנוסעים עברו אם-כן בדיקות בהתאם לרמת הסיכון שתקבע להם המערכת הממוחשבת.³⁶

הסינון על-ידי המערכת נעשה בלא ידיעת הנוסע, ולכן אינו מעורר אצלו תחושת הפליה. רק הבדיקות האישיות הנעשות על-ידי סלקטורים, כגון תשאול או פתיחת תיקים וחיפוש על הגוף ובבגדים, גורמות תחושות של הפליה.³⁷ נשאלת על-כן השאלה:

35 בניית המערכת נשלמה כמעט, ודגמיה הראשונים נבדקו על-ידי כמה חברות תעופה שהסכימו להשתתף בניסוי, אולם באמצע שנת 2004 הוחלט על הפסקת פיתוחה של המערכת בשל הפגיעה החמורה בפרטיות הנוסעים הכרוכה בשימוש בה ובשל הפרופיילינג האתני שהיא מושתתת עליו. ראו, למשל: Chris Stromh "DHS Scraps Computer Pre-screening System, Starts Over" (July 15, 2004) available at: <http://www.govexec.com/dailyfed/0704/071504c1.htm> (9.4.2006).

36 U.S. Dep't of Homeland Security Press Release "Fact Sheet: CAPPS II at a Glance" (Feb. 12, 2004) available at: <http://www.dhs.gov/dhspublic/display?content=3162> (9.4.2006); U.S. Dep't of Homeland Security Press Release "Undersecretary Hutchinson's Remarks at a CAPPS II Media Roundtable" (Feb. 13, 2004) available at: <http://www.dhs.gov/dhspublic/archdisplay?theme=44&monthyear=022004> (9.4.2006).

37 מאפיין יעיל שניתן לשליטת המחבל רק באופן חלקי, ושאינו לסווגו בהכרח כמאפיין שהסתמכות

האם ניתן לייתר את הבדיקות האישיות על-ידי השקעה בפיתוח טכנולוגי דוגמת CAPPS II?

ככל שאיכות הבדיקה הממוכנת יעילה יותר, כן פוחתת חשיבותה של הבדיקה האנושית וקטנה הפגיעה האבסולוטית במשתייכים לקבוצות אוכלוסייה המוגדרות סטטיסטית כמסוכנות יותר. עם זאת חשוב לציין שרק הפגיעה האבסולוטית קטנה, בעוד הפגיעה היחסית עשויה אף להחריף. להבהרה, אפריד בין שני סוגים של בדיקה ממוכנת.

הסוג הראשון של בדיקה ממוכנת הוא מערכת מחשב כגון CAPPS II, שתוארה לעיל, המנתחת מידע רב על כל נוסע וקובעת את מידת הסיכון הנשקף ממנו. רק נוסעים שמידת הסיכון הנשקף מהם גבוהה עוברים בדיקה קפדנית ומשפילה. ככל שהמערכת מנתחת מידע רב יותר, כן קטנה ההסתמכות על הנתון היחיד של מוצא אתני ערבי או היות הנוסע מוסלמי, וכתוצאה מכך, ערבים ומוסלמים שאינם תואמים את הפרופיל, הכולל מספר רב מאוד של רכיבים נוספים, אינם נחשפים לבדיקה קפדנית ומשפילה.

מהאמור עולה שמספרם האבסולוטי של ערבים שייבדקו יקטן כתוצאה משימוש במערכת מחשב כזו. אולם, אם היותו של נוסע ערבי ו/או מוסלמי יוגדר כמאפיין חשוב בפרופיל המשמש את המערכת, ייתכן שכתוצאה מהשימוש בה יגדל אחוז הערבים ו/או המוסלמים מבין כלל הנוסעים שיעברו בדיקה קפדנית. משמע, גם אם תקטין הבדיקה הממוכנת את סך כל הנוסעים שייבדקו בבדיקה אישית קפדנית ותפחית את מספר הנוסעים הערביים שיעברו בדיקה כזו, תועצם תחושת ההפליה שיחוו אותם נוסעים שיעברו את הבדיקה הקפדנית אם תוכנת המחשב תייחס להיותו של הנוסע מוסלמי ו/או ערבי משקל גבוה בהתאמה לפרופיל הטרוריסט, וכתוצאה מכך, רק ערבים (כמעט) יעברו את הבדיקה הקפדנית.

זאת בהנחה, כמובן, שבלא מערכת ממוכנת דוגמת CAPPS II, אחוז הערבים ו/או המוסלמים מבין כלל הנוסעים שעוברים בדיקה קפדנית קטן יותר. ייתכן שזהו אכן המצב: ייתכן שהסלקטורים מודרכים לא להביא בחשבון את עובדת היותו של הנוסע ערבי ו/או מוסלמי, בעת שהם מנסים להעריך את מידת הסיכון הנשקף ממנו, דווקא בגלל ההטיה הקוגניטיבית המניעה אותם להעניק משקל-יותר למאפיין האתני/הדתי.³⁸ כלומר, על-אף העובדה שהיותו של אדם ערבי ו/או מוסלמי אכן מגדילה את ההסתברות שהוא טרוריסט, קיימים מאפיינים רבים נוספים, שמשקלם המצטבר גבוה יותר, שסלקטור עלול להתעלם מהם אם לא יודרך להתעלם מהיותו של הנוסע ערבי או מוסלמי.

עליו בעייתית משיקולי צדק חברתי, הוא חברות בארגונים הידועים כחתרניים או טרוריסטיים. מידע זה, אם ניתן להביאו לידיעת הסלקטור, יביא מיידית לידי מעצרו של הנוסע אם החברות בארגון כשלעצמה מהווה עברה, או לבדיקה קפדנית במיוחד אם החברות בארגון החתרני אינה מהווה עברה.

38 מקורו של מידע בדבר קיומה האפשרי של הנחיה כזו הוא שיחה עם רפי רון, מומחה בינלאומי ויועץ בנושא אבטחת תעופה. רון היה, בין השאר, האחראי על האבטחה בנמל-התעופה בן-גוריון, והוא האיש שפיתח בעבור שדה-התעופה Logan בבוסטון, שממנו יצאו שניים מארבעת המטוסים שנחטפו ב-11 בספטמבר, מערך אבטחה חדש שנועד להקטין את הסיכוי שאירוע כזה יישנה.

תוכנת מחשב אינה סובלת מהטיות קוגניטיביות. מכיוון שכך, כל עוד משקלות המאפיינים השונים מוגדרים היטב בתוכנה, לא יגרום השימוש במאפיין האתני/הדתי להטיית התוצאה. מאחר שסביר מאוד להניח שתוכנת המחשב תיחס משקל להיותו של הנוסע מוסלמי ו/או ערבי, הרי שבהשוואה לעולם שבו הסלקטורים מונחים להתעלם ממאפיין זה (מתוך חשש שייחסו לו משקל-יתר), תגרום הגברת השימוש בתוכנה להעלאת האחוז של הערבים ו/או המוסלמים מבין קבוצת הנוסעים שיעברו בדיקה קפדנית ומשפילה ולהקטנת סך כל הנוסעים (לרבות הערבים ו/או המוסלמים) שיעברו בדיקה כזו.³⁹

הסוג השני של בדיקה ממוכנת הוא זיהוי חומרי-נפץ ואמצעי לחימה במהירות ובאמינות גבוהה מבלי שתידרש פתיחת המזוודות והתיקים או חיפוש על גופו ובגדיו של הנוסע. אמצעי זה מייתר לכאורה לחלוטין את הצורך בפרופילינג. מגבלותיו של פתרון זה הוא שניתן תמיד לשפר את הבדיקה על-ידי תוספת בדיקה אנושית, הן בשל העובדה שאמינות המכונה לעולם אינה מושלמת והן בשל החשש שקיימים חומרי-נפץ או אמצעי לחימה המסוגלים להתחמק מגילוי באמצעי הזיהוי. נוסף על כך, השימוש באמצעים טכנולוגיים לסריקת גופו ולבושו של הנוסע כרוכים בפגיעה בפרטיות, שכן הדבר מאפשר למעשה את ראייתו בעירום.

חיסרון חשוב נוסף של בדיקה ממוכנת לזיהוי חומרי-נפץ ואמצעי לחימה הוא התעלמות מיכולתם של מחבלים לחטוף מטוסים תוך שימוש בכוח הזרוע או באמצעי לחימה מאולתרים. כידוע, חוטפי המטוסים ב-11 בספטמבר עשו שימוש בסכינים יפניות, פריט שהיה מותר להעלותו למטוס באותה עת. כיום אסור להעלות למטוס סכינים יפניות, ואפילו לא קוצץ ציפורניים, אך אין בכך כדי למנוע חטיפת מטוסים. קבוצה של טרוריסטים העולה למטוס נוסעים אינה זקוקה לסכין יפנית על-מנת לחטוף אותו. שבר-בקבוק או בקיאות באומנות לחימה יקנו לה יתרון דומה. אחד הלקחים החשובים שיש ללמוד, לדעתי, מאירועי ה-11 בספטמבר הוא הסיכון הנשקף מהעלאת נוסעים חשודים אחדים לאותו מטוס. סביר להניח שהנוסעים, ובוודאי איש-הביטחון, אם קיים כזה במטוס (כפי שמקובל במטוסי חברת "אל-על"), יצליחו להתגבר על מחבל אחד או על שניים אם אינם חמושים. הרבה יותר קשה להתגבר על המישה מחבלים נחושים.⁴⁰

39 להרחבה לגבי התוצאות הצפויות משיפורים טכנולוגיים בתחום הפרופילינג בשדות- תעופה, ראו: Nicola G. Persico & Petra Todd "Passenger Profiling, Imperfect Screening, and Airport Security" (PIER Working Papers, 2005) available at: <http://ssrn.com/abstract=651881> (9.4.2006).

40 אחד המטוסים שנחטפו ב-11 בספטמבר לא התרסק על יעדו (שהיה, ככל הנראה, הבית הלבן), וזאת כתוצאה מהתנגדות הנוסעים במטוס ומאבקם בחוטפים. התרסקות המטוס היתה נמנעת אולי (כמו גם התרסקות המטוסים האחרים על יעדיהם) אילו היה תא הטייס נעול בלא יכולת לפותחו מאולם הנוסעים. תא הטייס במטוסי חברת אל-על נעול, והטייסים מונחים לא לפתוח אותו בכל מחיר. באירוע חטיפה שאירע לפני שנים רבות, ב-6 בספטמבר 1970, ירה מחבל באיש צוות-אוויר, ובכל-זאת לא פתח הטייס את תאו. נסיון החטיפה סוכל בסופו של דבר על-ידי אנשי הצוות. אני מניח שבעקבות אירועי ה-11 בספטמבר הונהג נוהל זה גם בחברות תעופה אחרות. צירוף איש-ביטחון לכל מטוס ונעילת תא הטייס הם אמצעים חשובים למניעת

אמצעי ממוכן נוסף, המייתר חלקית את השימוש בפרופיילינג על רקע אתני או דתי, והמתמקד בזיהוי המחבל עצמו, ולא בזיהוים של אמצעי לחימה וחומרי־נפץ, הוא טכנולוגיה הנמצאת עדיין בחיתוליה, אך יש להניח שתתפתח במהירות. המדובר באמצעים המזהים מתח ועצבנות. סביר להניח שמצבו הנפשי של מחבל העומד בתור לעלות למטוס שונה באופן קיצוני מזה של נוסע רגיל. לשוני במצב הנפשי עשויים להיות ביטויים פיזיים, כגון הזעה, דופק מואץ ועוד. אם יהיה ניתן לזהות באמצעות חיישנים את קיומם של המאפיינים הפיזיים המעידים על מתח ועצבנות מבלי להידרש לבדיקה אישית וקפדנית של הנוסע, יהיה ניתן להסתמך על נתונים אלה לצמצום קבוצת החשודים, ולהקטין בכך את מספר הערבים ו/או המוסלמים שייאלצו לעבור בבדיקה קפדנית ומשפילה.⁴¹ מכיוון שהשימוש באמצעי זה מספק מידע חשוב נוסף, אך אינו שולל את חשיבות המאפיינים האחרים (לרבות מוצא אתני ודת), אין ערובה שהשימוש בו יקטין את שיעורם היחסי של הערבים ו/או המוסלמים בקבוצת הנוסעים שיעברו בבדיקה קפדנית ומשפילה. משמע, כפי שאמרנו ביחס לשימוש באמצעים ממוכנים, כגון CAPPS II, השיפור יתבטא בהפחתת מספרם האבסולוטי של העוברים את הבדיקה, לרבות ערבים, אולם לא יביא בהכרח לידי שיפור מצבם היחסי של הערבים.

פרק ה: סיכום

קיימת הסתברות גבוהה יותר שנוסע המבקש לעלות למטוס מתוך כוונה לחטוף או לפוצץ אותו יהא ערבי, ולא יהודי. מאחר שאין להניעה זו ביטוי היצוני נראה לעין, כוחות הביטחון עשויים להשתמש במידע הסטטיסטי הנ"ל על־מנת לחסוך באמצעים, או במילים אחרות, להעלות את רמת הביטחון בשדות־התעופה בתקציב נתון. ההסתמכות על מידע סטטיסטי ביחס לקבוצה בעת בדיקת הפרט היחיד נקראת פרופיילינג, ומכיוון שאינה נובעת מרצון להפלות אך תוצאותיה דומות למדי לאלה של הפליה, היא נקראת גם הפליה סטטיסטית. הדין אוסר על שימוש בפרופיילינג בשוק העבודה, אך אין התייחסות מפורשת בדין לפרופיילינג בהקשר בטחוני.

אין בהכרח מקום להחיל דין דומה ביחס לפרופיילינג בכל התחומים. קיימים הבדלים

חטיפה ו/או פיצוץ של מטוסים, אולם אלה אמצעים נוספים לאלה המופעלים בשלב הסינון והבקרה של הנוסעים ומטענם שבמסגרתו, מופעל הפרופיילינג שהוא נושא המאמר.
41 אמצעים דומים הופעלו בשדות־תעופה במזרח־הרחוק בעת השתוללות מגפת ה־SARS בשנת 2003. חיישנים בדקו מרחוק את חום גופם של הנוסעים, ומי שחום גופו היה גבוה בודד לבדיקה. ראו, למשל, את הכתבה המציינת קיומם של אמצעים כאלה בשדה־התעופה של הונג קונג: Press Release: HK Airport Passes Anti-SARS Evaluation With Flying Colours (July 9, 2003) available at: <http://www.info.gov.hk/gia/general/200307/09/0709106.htm> (9.4.2006).

משמעותיים בין החשיבות והתוצאות של פרופיילינג בשוק העבודה לבין פרופיילינג לצורכי שמירה על בטחון המדינה בכלל ועל בטחון התעופה בפרט. ראשית, קיים הבדל בצד התועלת. ייתכן שהתועלת הנובעת מפרופיילינג בשירות הביטחון גדולה יותר מהתועלת שבשימוש בפרופיילינג בשוק העבודה. בהיעדר ממצאים אמפיריים, קשה לבחון טענה זו. שנית, קיים הבדל חשוב בנסיבות השימוש. בעוד שמעבידים אינם מוגבלים יחסית בזמן שיש ביכולתם להקדיש לבחינת מועמדים, פרופיילינג בשירות הביטחון משמש במצבים שבהם החלטה חייבת להתקבל במהירות. לא ניתן לעכב נוסעים מעבר לכמה דקות בממוצע, ולכן יש צורך באמצעי שיאפשר קבלת החלטה מהירה לגבי נוסע שראוי לעכב בדיקה קפדנית. לחץ-זמן מסוג זה אינו קיים בסיטואציה של ריאיון לשם קבלה לעבודה. שלישית, קיימים הבדלים בעלות. קשה להמעיט בעוצמת הפגיעה הכרוכה בפרופיילינג בשדה-התעופה, אולם מדובר בכל-זאת באי-נעימות שנמשכת רק כשעה, משך זמן קצר בהרבה מהתוצאות ארוכות-הטווח הנובעות מאי-קבלה לעבודה. להמחשה, נניח שמעביד יודע כי סטטיסטית, ערבים נוטים להיות עובדים פחות טובים בעסקו, למשל מפני שהעברית שבפיהם פחות רהוטה בממוצע בעוד שהעבודה בעסקו דורשת ידיעה טובה של השפה העברית. הוא עלול לגרום עוול גדול לעובד ערבי מוכשר אם יעדיף עובד אחר על פניו אך ורק בשל הסתמכותו על הנתון הסטטיסטי. ההשלכות הקשות מתבטאות לא רק ברמת הפרט, אלא גם ברמת הקבוצה. שכן, בין אם הדעה שעובדים ערבים טובים פחות נכונה עובדתית בנקודת זמן מסוימת ובין אם לאו, היא תהא נכונה בנקודת זמן מאוחרת יותר: ערבים, בראותם שסיכוייהם להתקבל לעבודה נמוכים יותר מסיבות שאינן תלויות בכישוריהם, עלולים להשקיע פחות ברכישת הון אנושי, וכך להחמיר ולהנציח את מעמדם הנחות בשוק העבודה.⁴² מסיבות אלה ואחרות אין לאפשר למעבידים להשתמש בפרופיילינג בקבלה לעבודה, אולם לא ברור שזה הדין הראוי גם ביחס לתחום הביטחון.

על-מנת לענות על השאלה, יש צורך בניתוח עלות מול תועלת המביא בחשבון קיומם של אמצעים חלופיים. נדרש שמומחים בתחום הביטחון יעריכו באופן מוסמך את מידת התועלת שהשימוש בפרופיילינג מניב. בין השאר יהא עליהם להעריך אם החשש שנזכר לעיל, כי הסלקטורים עלולים לסבול מהטיה שתניע אותם לייחס משקל-יתר למוצא האתני, אכן יגרום לכך שסך כל היעילות של ההסתמכות על פרופיילינג בשדה-התעופה ייפגע. מומחים מתחומים אחרים נדרשים על-מנת להעריך את גודל הפגיעה ברגשות האוכלוסייה הערבית הנגרמת כתוצאה מהשימוש בפרופיילינג אתני. רק לאחר שייערכו בדיקות והערכות אלה יהיה ניתן להמשיך בניתוח המוצע במאמר זה ולהגיע להחלטה על מדיניות מושכלת. אם יימצא שהתועלת שבפרופיילינג עולה על המחיר הכרוך בו, ייתכן שיהיה צורך לשפר את המדיניות באמצעות יישום של שלוש ההמלצות הבאות.

ראשית, השקעה בטכנולוגיה מאפשרת בדיקה טובה יותר של כל הנוסעים ומטענם ומצמצמת את מספר הערבים ו/או המוסלמים העוברים בדיקה קפדנית ומשפילה. מן הראוי

42 לטיעון דומה בהקשר של העדפה מתקנת, ראו: Stephen Coate & Glenn C. Loury "Will Affirmative-Action Policies Eliminate Negative Stereotypes?" 85 *Am. Econ. Rev.* 1220 (1993).

להקצות משאבים ציבוריים למטרה זו, אך יש לטשטש את תוצאות המיון ולבדוק אקראית גם יהודים אחדים אם התוצאה תהיה שרק ערבים יאולצו לעבור בדיקה מחמירה. שנית, יש להקפיד על יחס אדיב מצד הסלקטורים בעת הבדיקה. קשה להפריז בחשיבותה של הערה זו. יחס אדיב ולבבי יכול לשנות לחלוטין את הרגשתו של הנבדק ולהקטין את תחושות העלבון וההפליה. הזמנת הנבדקים לקפה, חלוקת מתנות קטנות לילדים, חיוך והתנצלות יכולים להפוך את הבדיקה מחוויה משפילה לאילוץ נסבל. יש לאכוף על הסלקטורים את חובת ההתייחסות האדיבה הן בדרך של חינוך והכשרה והן באמצעות בדיקות-פתע. כשם שבדקים את ערנותם של סלקטורים בנושאי ביטחון, כך יש לבדוק גם את אדיבותם. יש לתת תמריץ חיובי, כגון פרס כספי, לסלקטורים שיימצאו אדיבים בבדיקות-הפתע, ולנקוט באמצעי שלילי, כגון קנס או פיטורים, נגד סלקטורים שיתברר כי אינם נוהגים באדיבות.

שלישית, יש להעסיק סלקטורים ערביים.⁴³ הדבר עשוי להקטין את תחושת ההפליה של הציבור הערבי. יהא בכך כדי להמחיש את העובדה שהבדיקה הבטחונית הקפדנית הינה עניינית, ואינה נובעת מרצון להפלות. מובן שגם הסלקטורים הערביים יהיו כפופים לאותם סטנדרטים של אדיבות, שכן בכך שהם ערבים אין כדי לבטל את תחושת ההפליה שנגרמת לנוסע ערבי הנאלץ לעבור בדיקה קפדנית יותר מרוב הנוסעים האחרים.

43 להצעה דומה שהועלתה בארצות-הברית בהקשר הפרופיילינג על רקע גזעי בהקשר המשטרתי, ראו: John J. Donohue & Steven D. Levitt "The Impact of Race on Policing and Arrests" 44 *J. L. & Econ.* (2001) 367.

