

1. המרכז לקידום פליטים אפריקאיים

2. מוקד סיוע לעובדים זרים

3. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י עו"ד ענת בן דור ו/או עו"ד ד"ר יובל לבנת

מן התוכנית לזכויות פליטים

הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

רמת אביב, תל-אביב 69978

טל': 03-6405264, פקס: 03-6407422

-נגד-

1. שר הפנים

2. היועץ המשפטי לממשלה

ע"י פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המכוון אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, אם רצונם בכך:

מדוע לא יתירו ייצוג של מבקשי מקלט בכל שלבי הליך המקלט, בין אם על-ידי עורכי-דין ובין אם על-ידי נציגים שאינם עורכי-דין, לרבות נוכחות עורך-הדין או הנציג בכל הריאיונות שנערכים למבקש המקלט.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

1. עניינה של עתירה זו בהגבלת זכות הייצוג של מבקשי מקלט בהליכי המקלט שעורך כיום משרד הפנים. על-פי הנחייה שגיבש משרד הפנים, בעקבות פניית ב"כ העותרים, תוך התייעצות עם משרד היועץ המשפטי לממשלה, הוגבלה זכות הייסוד לייצוג משפטי כך שנאסרה נוכחות עורכי-דין בראיונות שעורכים פקידי משרד הפנים עם מרשיהם במסגרת הליכי המקלט.

2. ההכרעה בבקשה למקלט על-פי האמנה בדבר זכויות פליטים משנת 1951 (להלן – "אמנת הפליטים") היא בודאי אחת ההכרעות הגורליות ביותר שיכולה רשות לקבל ביחס לאדם. מדובר בהכרעה שהשלכותיה עלולות להיות הכרעה בין חיים לבין מוות (או סכנה חמורה אחרת): מי יזכה בהגנתה של מדינת ישראל ומי יישלח בחזרה לארצו, שם הוא צפוי, לטענתו, לסכנת חיים, לסכנת עינויים, לשלילת חירותו או לצורות רדיפה אחרות.

3. עד לאחרונה נערכו ראיונות בהליכי מקלט בישראל על-ידי נציבות האו"ם לפליטים, אשר ביצעה אותם כחלק מהליך מינהלי ישראלי (על-פי "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראלי"), אשר בסיומו קבע שר הפנים מי יזכה במקלט בישראל. עורכי-דין נכחו, דרך שיגרה, בראיונות המקלט שערכה הנציבות עם מרשיהם. לאחרונה חל שינוי ומלאכת ריאיון מבקשי המקלט הועברה מנציבות האו"ם לפליטים אל משרד הפנים. להפתעתם של העותרים הסתבר כי בהזדמנות זו מצאו המשיבים לנכון לאיין את זכות היסוד לייצוג ולהדיר את עורכי-הדין שביקשו להיות נוכחים בראיונות מחדרי הראיונות.

4. מבקשי המקלט הם מן האוכלוסיות הפגיעות ביותר במדינת ישראל כיום. מדובר בדרך כלל באנשים שנעקרו מבתיהם והגיעו לישראל בחוסר כל, הם אינם דוברים את שפת המדינה, הם אינם מכירים את חוקיה, הם אינם יודעי דין ויכולתם לטעון לעצמם מוגבלת או שאינה קיימת. ההחלטה להגביל דווקא את זכות מבקשי המקלט לייצוג, זאת בעוד שהמשפט הישראלי מכיר בזכותו של כל אדם להיות מיוצג על-ידי נציג שמינה לו, מהווה כתם על מערכת המקלט הישראלית וחריג בולט להליכים אחרים שמקיים משרד הפנים לפונים (ישראלים וזרים) אשר עורכי-דינם נוכחים דרך שיגרה בכל השימועים הנערכים להם.

הצדדים לעתירה

5. **המרכז לקידום פליטים אפריקאיים** (African Refugee Development Center) הוא עמותה רשומה אשר נוסדה בשנת 2004 במטרה לסייע, לתמוך ולהעצים את קהילת מבקשי המקלט והפליטים בישראל. העמותה פועלת לקידומה של מדיניות מקלט הוגנת ואנושית. בעמותה, אשר הוקמה ומנוהלת על-ידי פליטים, חברים פליטים ומבקשי מקלט רבים ממדינות שונות, וכן אזרחים ישראליים. העמותה מתמקדת במתן מענה הומניטרי לבעיות הקיום היום-יומיות של פליטים ומבקשי מקלט בישראל.

6. **מוקד סיוע לעובדים זרים** הוא ארגון ישראלי הרשום כעמותה ופועל משנת 1998 להגנה על זכויותיהם של מהגרי עבודה ופליטים ולמיגור תופעת הסחר בבני אדם (הן סחר למטרות עבודה והן סחר למטרות זנות). פעילותו של המוקד מתמקדת במתן מידע על זכויות, בייעוץ ובסיוע משפטי, בהגברת מודעות הציבור לנושאים אלה ובקידום מדיניות ממשלתית הממלאת אחר חובותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.

7. **האגודה לזכויות האזרח בישראל** היא ארגון זכויות האדם הגדול והותיק בישראל. מטרתו היא להגן על כל קשת זכויות האדם עבור כל בני-האדם בישראל, בשטחים הכבושים ובכל מקום שבו נפגעות זכויות על-ידי הרשויות הישראליות. האגודה פועלת לקידום זכויות האדם באמצעות ייזום חקיקה, התדיינות משפטיות, חינוך, הסברה, התכתבות עם גורמי ממשל וטיפול בפניות ציבור.

8. **שר הפנים** הוא המוסמך מכח סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל), ליתן רישיון ישיבה ביד מי שנמצא בישראל. שר הפנים הוא הממונה על ביצועו של חוק הכניסה לישראל (סעיף 15 לחוק) ועל התקנת תקנות מכחו (סעיף 14 לחוק). שר הפנים התקין בשנת 2001 את "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" על-פיו מתבצעים הליכי המקלט בישראל. על-פי נוהל זה שר הפנים הוא אורגן אשר מקבל את ההחלטה הסופית בדבר מתן או אי-מתן מעמד פליט למבקש המקלט.

9. **היועץ המשפטי לממשלה** אמון על חוקיות פעולותיהם ותיפקודם של משרדי הממשלה השונים. היועץ המשפטי לממשלה עמד בראש הצוות הבינמשרדי אשר גיבש את "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" ומשרדו ממשיך לפקח על התקנת נהלי המקלט וביצועם. ההוראה המגבילה את זכות הייצוג של מבקשי המקלט בהליכי הרישום שעורך משרד הפנים יצאה, בעקבות פניית ב"כ העותרים, מאת משרדו של היועץ המשפטי לממשלה.

אמנת הפליטים משנת 1951 והליכי מקלט

10. האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים נעשתה בשנת 1951 (כ"א 65 כרך 3 עמ' 5, להלן: "אמנת הפליטים") על רקע מוראות השואה והיא מבטאת את התחייבותן של המדינות החברות בה כי לא יישנו עוד מקרים בהם נמלטים פליטים על נפשם מפני רדיפה ומוצאים עצמם מול דלתות נעולות או אף מוחזרים לידי רודפיהם. מדינת ישראל היתה אחת המדינות הראשונות אשר חתמו על האמנה ואישררו אותה. מאוחר יותר אישררה מדינת ישראל גם את הפרוטוקול לאמנה משנת 1967 (כ"א 690 כרך 21 עמ' 23).

עקרון היסוד המעוגן בסעיף 33 לאמנת הוא עקרון ה-Non Reoulement, איסור הגירוש או ההחזרה של אדם למקום בו יהיה צפוי לסכנת רדיפה. עקרון מקביל ומשלים נקבע בסעיף 3 לאמנת נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים משנת 1984 (כ"א 1039 כרך 31, עמ' 249, להלן: "האמנה נגד עינויים"). עקרון זה נתפס כיום כחלק מן המשפט הבינלאומי המנהגי והוא מעוגן במשפטנו מכח זכות היסוד לחיים (ראו נא דברי כב' הנשיא (דאז) השופט ברק בפרשת בג"צ 4702/94, 5190, 5448 אל טאיי ואח' נגד שר הפנים ואח' פ"ד מט (3) 843, 848).

העתק האמנה בדבר זכויות פליטים משנת 1951 רצ"ב, כנספח ע/1 לעתירה.

11. זכותו של כל אדם לבקש מקלט מפני רדיפה הוכרה כזכות יסוד בהכרזה הבינלאומית בדבר זכויות אדם משנת 1948 (סעיף 14(1) להכרזה). כדי לקבוע מי מבין הבאים בשעריהן זכאים להגנה מכח אמנת הפליטים נוהגות מדינות לערוך הליכי איבחון, המכונים בשם הכולל: (RSD) Refugee Status Determination. על-פי ספר העזר לאמנה שפירסמה נציבות האו"ם לפליטים, הליכים אלה הם דקלרטיביים באופיים שכן אדם הוא פליט מכח האירועים שחוה ואשר עלול לחוות בעתיד אם יוחזר למדינתו, ולא מכח הצהרה זו או אחרת.

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng, Reedited, Geneva 1992, paragraph. 28, found at:

<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.pdf> last visited 11/8/09.

בשל חומרת השלכותיהם והחובה לקיימם באופן דווקני, נקבעים הליכי איבחון מעמד פליט, ברוב מדינות המערב בחקיקה ראשית ובתקנות המותקנות מכחה. ראו למשל:

בארצות הברית: (8USC) Immigration and Nationality Act

בקנדה: (2001, c. 27) Immigration and Refugee Protection Act

באנגליה מאז שנת 1993 נעשו מס' דברי חקיקה הכוללים את: 1993 Asylum and Immigration Appeals Act; 1999 Immigration and Asylum Act; 2002 Nationality Immigration and Asylum Act, 2004 Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc) Act; 2006 Immigration, Asylum and Nationality Act.

12. ההגדרה מי הוא פליט נקבע בסעיף 1א(2) לאמנת הפליטים לאמור:
לעניין אמנה זו יהא המונח "פליט" חל באדם -

....

(2) הנמצא מחוץ לארץ אזרחותו בגלל מאורעות שאירעו לפני 1 בינואר 1951 ובגלל פחד מבוסס להיות נרדף מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסויים או להשקפה מדינית מסויימת ואיננו יכול להיזקק להגנתה של אותה ארץ או אינו רוצה בכך בגלל הפחד האמור...
כאמור לעיל, מדינת ישראל הצטרפה גם לפרוטוקול לאמנה משנת 1967, לפיכך, בהתאם לסעיף 1 לפרוטוקול, היא מקבלת גם בקשות למקלט המתייחסות לאירועים שאירעו לאחר 1 בינואר 1951.

חשוב לציין כי בניגוד להגדרה המהותית הקובעת מי הוא פליט, לא נקבעו במסגרת אמנת הפליטים כללים באשר להליכים בהם יש לנקוט כדי להכריע האם אדם הוא פליט. זאת בשים לב לעובדה כי קיימת שונות גדולה במסגרות החוקתיות והאדמיניסטרטיביות במדינות החברות באמנה (147 מדינות חברות כיום באמנה או בפרוטוקול לאמנה משנת 1967).

בשנת 1977 פרסמה הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים (EXCOM) מסקנה ביחס להליכי קביעת מעמד פליט ובמסגרתה הביעה תקווה כי מדינות חברות באמנה יעגנו הליכים לקביעת מעמד פליט, אשר ימלאו בין היתר אחר מספר דרישות בסיס ובהן: מתן הנחיות למבקש המקלט אודות ההליך; הכרעה בבקשות על-ידי רשות מרכזית אחת שפקידיה הוכשרו לדון בבקשות מקלט; מתן שירותים מתאימים למבקש המקלט, לרבות שירותי תרגום, בהגשת בקשתו; הזכות לערעור; הזכות להישאר במדינה כל עוד הערעור מתברר ועוד.

העתק Conclusion adopted by the Executive Committee on Determination of Refugee Status (No. 8, XXVIII), 1977 רצ"ב כנספח 2/ע לעתירה.

נספח 2/ע

ככל שהליכי מקלט במדינות שונות מגוונים הם מבחינת זהות הגוף המחליט, מועדי הגשת הבקשה וכיו"ב, מהותם של ההליכים אחידה: כדי לקבוע אם אדם הוא פליט יש לקבוע תחילה את העובדות הרלבנטיות לבקשה ולאחר מכן ליישם את ההגדרות המשפטיות הקבועות באמנה לגבי העובדות הספציפיות של מבקש המקלט. מאחר והזכויות המוטלות על הכף בהליכי מקלט הן הזכויות הבסיסיות ביותר (הזכות לחיים, הזכות לחירות, הזכות שלא להיות נתון לעינויים), יקפיד בית משפט נכבד זה הקפדה יתירה על תקינות ההליכים הננקטים (בג"צ 3648/97 **סטמקה נגד שר הפנים**, פ"ד נג (2), 728, 777).

העדר נהלים נאותים לבירורן של בקשות למקלט בישראל

13. למרות שמדינת ישראל היתה, כאמור מראשונות המצטרפות לאמנה, ולמרות שהיא חברה במוסדות מכח האמנה (הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים - EXCOM), עד היום, למעלה מחמישים שנים לאחר הצטרפותה לאמנה, לא יישמה מדינת ישראל את הוראות האמנה בחקיקתה הפנימית ואף לא התקינה תקנות ליישומה. בכך יש פגם חמור, שכן התוצאה היא כי זכויות בסיסיות דוגמת הזכות לחיים מוכרעות על-פי נהלים עמומים, שאינם מפורסמים כדין והמשתנים לעתים תכופות (על החובה לקבוע הוראות המשליכות על זכויות אדם בהסדרים ראשוניים ראו נא בג"צ 3267/97 **רובינשטיין נגד שר הבטחון** פ"ד נב(5) 481, 513).

14. רק בשנת 2002 התקין שר הפנים נוהל פנימי לפיו נדונות בקשות למקלט המוגשות בישראל. על-פי "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" מוגשות בקשות

למקלט בישראל אל נציבות האו"ם לפליטים אשר מראיינת את המבקש, חוקרת את העובדות הצריכות לבקשתו ומגישה המלצותיה לוועדה בינמשרדית (היא "הוועדה המייעצת לפליטים"). בוועדה זו חברים נציגים של שלושה משרדים ממשלתיים: הפנים, המשפטים והחוץ. יו"ר הוועדה הוא היחיד מבין חבריה אשר אינו עובד ציבור. תפקידה של הוועדה המייעצת הוא לגבש המלצה ביחס לבקשתו של הפונה למקלט ולהגישה לשר הפנים, המוסמך על-פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 להעניק רישיון ישיבה בישראל (סעיף 1(ב) לחוק).

יצוין כי בניגוד לדין לא פורסם נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל במלואו. תחתיו פורסם באתר משרד הפנים נוהל הקרוי "נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, ובמי שהוכרו כזכאים למקלט מדיני בישראל ע"י שר הפנים" (נוהל 5.2.0012 שתאריך תחולתו מיום 16.11.2008, שנמצא בכתובת הבאה:

[http://www.pnim.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/All/A5C1B2D4AD341823422570AD004311F4/\\$FILE/Publications.2.0012.pdf?OpenElem](http://www.pnim.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/All/A5C1B2D4AD341823422570AD004311F4/$FILE/Publications.2.0012.pdf?OpenElem)

[ent](#) נבדק לאחרונה ביום 8.11.09. נוהל זה חסר הוראות מהותיות הנכללות ב"נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" דוגמת יכולתו של מבקש מקלט שבקשתו נדחתה להגיש בקשה לעיון חוזר בבקשה.

נוהל נוסף הרלבנטי לנושא דיונינו הוא: "נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים" מס' נוהל 5.2.0013 המצוי באתר משרד הפנים ועודכן לאחרונה ביום 16.11.2008.

העתק "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל" משנת 2002; העתק התיקון לנוהל משנת 2005; העתק נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, ובמי שהוכרו כזכאים למקלט מדיני בישראל ע"י שר הפנים; העתק נוהל הארכת אישורי שהייה למסתננים; רצ"ב כנספחים ע/3-6 בהתאמה.

נספחים ע/3-6

15. למרות שבסעיף 8 לנוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל נאמר כי הנוהל אמור להוות נוהל ניסיוני אשר בתום שנת הפעלה יהווה בסיס לחקיקה, לא נחקקו עד היום חוק או תקנות אשר יקבעו הליכי קבלת מעמד פליט בישראל או את הזכויות הנתונות לפליטים ולמבקשי מקלט. יחד עם זאת, בשנת 2008 נרשמה התקדמות מסויימת כאשר משרד הפנים החל בהליך הדרגתי לקראת נטילת אחריות מלאה על הליך בחינת בקשות למקלט המוגשות בישראל. עיקר השינוי, שעודו מתבצע בימים אלה, הוא בכך שבקשות למקלט מוגשות כיום לפקידי משרד הפנים (ולא לנציבות האו"ם לפליטים) פקידי משרד הפנים הם שמראיינים הפונים, בוחנים את העובדות הדרושות להכרעה בבקשה ומגישים את מסקנותיהם/המלצותיהם לוועדה המייעצת לפליטים.

16. יצוין כי למרות שנערכו שינויים מינהליים והוקמו יחידות במשרד הפנים שתפקידן לקבל בקשות למקלט ולערוך רישום של הפונים ואח"כ לערוך ריאיונות עומק לקביעת

מעמד פליט, לא הונחה מבעוד מועד התשתית המשפטית הנחוצה לעבודת היחידות. אין כיום נוהל המסדיר את עבודתן של שתי היחידות החדשות ו/או את האופן בו מתבררות בקשות למקלט בישראל כיום. כמו-כן אין הוראות מעבר המסדירות את עניינם של פונים שהגישו בקשותיהם לפני השינוי והן עדיין מתבררות.

17. העותרים פנו מספר פעמים אל המשיבים וביקשו את נהלי העבודה המפורטים לפיהן עובדות היחידות אך נאמר להם כי הנהלים עודם בהליכי כתיבה. בין היתר נתבקשו הנהלים בישיבה שנערכה במשרד המשפטים ביום 17.3.2009 אולם נאמר להם כי הנהלים בהכנה (בעמוד 7 לפרוטוקול הדיון). מאז חלפו שמונה חודשים, היחידות החדשות עובדות וחורצות מדי יום גורלם של מאות אנשים והכל ללא נהלים (על חובת משרד הפנים לפרסם את נהלי עבודתו ראו - מ(י-ם) 530/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נגד משרד הפנים**, פס"ד מיום 5.12.2007).
העתק פרוטוקול הישיבה במשרד המשפטים בנושא סיכום השינויים במערכת המקלט בישראל מיום 17.3.2009 רצ"ב כנספח ע/7.

נספח ע/7

18. ככל הידוע לעותרים, המצב הקיים כיום מהווה שעטנו של הוראות ונהלים, אשר משתנים וקשה לצפותם מראש:

א. בקשות למקלט שבירורן כבר החל על-ידי נציבות האו"ם לפליטים אמורות להתברר עד לסיום הטיפול בהן על-ידי הנציבות בהתאם ל"נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל". יחד עם זאת, נתקלו ב"כ העותרים לפחות בשני מקרים בהם למרות שהבקשה הוגשה לפני עריכת השינויים המבניים ועודה בטיפול נציבות האו"ם לפליטים, פתח משרד הפנים בבירור מקביל של הבקשה.

ב. בקשות שבירורן טרם החל או בקשות חדשות מוגשות כיום ל"יחידת תישאול המסתננים" של משרד הפנים בלוד (אשר תתואר בהמשך) המבצעת הליכי רישום ומעבירה את הבקשות לריאיון עומק ביחידת ה-RSD (או "יחידת הטיפול") של משרד הפנים ברח' סלמה בתל-אביב.

ג. בקשותיהם של מבקשי מקלט מסודן ואריתריאה, כפי שיתואר להלן, אינן זוכות לבירור מלא (Refugee Status Determination), משרד הפנים מסתפק בשלב זה בקביעת נתינותם בלבד, ובהשעיית צווי ההרחקה שלהם, כך שהם מורשים לשהות בישראל אך אינם נהנים מזכויות המוענקות לפליטים או למבקשי מקלט.

כאמור, לא קיים כיום, לפי מיטב ידיעת ב"כ העותרים, נוהל המסדיר עבודתן של "יחידת תישאול המסתננים" או של "יחידת ה-RSD" (זולת נוהל טכני הקובע מתן רישיונות ישיבה למבקשי מקלט מסודן ומאיתריאה, נספח ע/6 לעיל), וככל שקיים

נוהל כזה, הוא לא הועבר לב"כ העותרים למרות פניותיהם החוזרות ונשנות למשיבים בנושא זה.

ההבחנה בין מבקשי מקלט מסודן ומארתריאה למבקשי מקלט בני נתינויות אחרות

19. המשיבים יצרו מסלולים שונים למבקשי מקלט בני-נתינויות שונות (זאת בניגוד להוראת סעיף 3 לאמנת הפליטים הקובע איסור להפלות בין מבקשי מקלט, בין היתר, על-סמך מדינת מוצאם). מבקשי מקלט מסודן ומארתריאה (אשר מנו בסוף שנת 2008 כ-9,400 אנשים) אינם זוכים כיום לבירור בקשות המקלט שלהם אלא נמצאים תחת משטר חוקי של "עיכוב הרחקה מישראל" ומקבלים רישיון "שחרור בתנאים" מכח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל. לא למותר לציין כי סודן וארתריאה מוכרות בכל רחבי העולם כמדינות שיש בהן בעיות חמורות של הפרות זכויות אדם, ולפיכך ניתן לצפות כי אם ייערכו הליכי מקלט למבקשי מקלט אלה, רבים מהם יוכרו כפליטים.

20. כפי שהוזכר לעיל, הוקמו שתי יחידות במשרד הפנים אשר אחראיות על ביצוע שני שלבים מובחנים של הליך המקלט:

א. "יחידת תישאול מסתננים" - תפקידה לקלוט את הבקשות המוגשות, לזהות את מבקשי המקלט ולהנפיק מסמכי זיהוי זמניים עד לבירור בקשותיהם למקלט. קשה שלא להרהר אחר השם שבחרו המשיבים ליתן ליחידה זו, שיש בו להכתיים מלכתחילה את כל ציבור מבקשי המקלט כעבריינים.

ב. "יחידת ה-RSD" - תפקידה לערוך 'ריאיונות עומק' עם מבקשי המקלט בכדי לבחון האם יהיו חשופים לרדיפה (כהגדרתה באמנת הפליטים) אם יוחזרו לארצותיהם פקידי היחידה מגבשים המלצה, הנדונה על-ידי הועדה המייעצת לפליטים וזו ממליצה לשר הפנים האם ליתן מעמד פליט למבקש.

כאמור, בנייתן של היחידות ועבודתן לא הוסדרו בנהלים מתאימים, ולכן מבוסס תיאורם של העותרים על ניסיונם 'בשטח'.

ייאמר כבר עתה (ויפורט בהרחבה בהמשך) כי זכותם של מבקשי המקלט לייצוג מופרת על-ידי שתי היחידות: ב"יחידת תישאול המסתננים" יכולים עורכי-דין ללוות את לקוחותיהם למקום, אך נאסרה עליהם הנוכחות בריאיונות שנערכים עם לקוחותיהם. ביחידת ה-RSD מונעים הפקידים את כניסת עורכי-הדין בטענה כי טרם נתקבלה הכרעה באשר לזכות הייצוג של מבקשי המקלט (במובן של נוכחות עורך-הדין במהלך הריאיון).

השלב הראשון בהליך המקלט הישראלי - הרישום של מבקשי המקלט

21. על מהותו של הליך "רישום" מבקשי המקלט ניתן ללמוד מספר עזר מיוחד שהקדישה נציבות האו"ם לפליטים לנושא:

Refugee registration is the recording, verifying, and updating of

information on persons of concern to UNHCR with the aim of protecting and documenting them and of implementing durable solutions.

UNHCR, Handbook for Registration (Provisional Release September 2003) p. 6, found at (last visited 11.8.09):

<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/3f967dc14.pdf>

22. הליכי הרישום נועדו להבטיח כי מי שמבקש הגנה כפליט יזוהה על-ידי המערכת, לרבות עמידה על צרכיו המיוחדים. הליך הרישום נועד להגן על מבקש המקלט מפני Refoulement ומפני מעצר. הוא נועד להבטיח נגישות של מבקשי מקלט למערכת המקלט ולזכויות שונות וכן להבטיח את עקרון איחוד המשפחות. הרישום מאפשר ל-UNHCR או לממשלה המארחת לאסוף מידע אודות אוכלוסיית מבקשי המקלט הנמצאת בתחומה ועל-ידי כך לתכנן פתרונות ודרכי הגנה מתאימות (ראו: Handbook on Registration בעמ' 6-7).

במסגרת הליכי רישום מתועדים הפרטים הבאים: שם מבקש המקלט, שמות הוריו, תאריך הלידה, מקום הלידה, המצב האישי ושם בן/בת הזוג, הדת והקבוצה האתנית אליה משתייך הפונה, הכתובת האחרונה בארץ המוצא והכתובת העדכנית, תאריך ההגעה, צרכים מיוחדים, פרטים אודות ההשכלה, אודות תעסוקה מקצועית, אודות המסמכים המזהים אותם נושא המבקש והאם פנה בעבר בבקשת מקלט. הרישום מתייחס גם לפרטים אודות בני משפחתו של מבקש המקלט, אלה הנמצאים עימו בארץ המארחת, אלה שנותרו בארץ המוצא ובני-משפחה הנמצאים בארצות שלישיות (ראו: Handbook on Registration בעמ' 24-25).

23. הוועדה המנהלת של נציבות האו"ם לפליטים (EXCOM), בה כאמור חברה גם ישראל, קבעה בהחלטה מס' 91 משנת 2001 כי הליך הרישום צריך לשמור על חיסיון פרטי הפונים, על ההליך להיות נגיש למבקשי מקלט וההליך כולו אמור להיערך באופן שאינו מאיים, נייטרלי (impartial) תוך כיבוד בטחונם וכבודם של הפונים. הצוות העורך את הרישום צריך לקבל הכשרה לנושא, להיעזר במתורגמנים ולערוך ריאיון אישי לכל פונה לצורך קבלת הפרטים.

UNHCR, Executive Committee Conclusion no. 91, 2001, Registration of Refugees and Asylum Seekers, found at: <http://www.unhcr.org/41b041534.html> (last visited 8.11.2009).

24. הליך הרישום כולל גם מתן תעודה מזהה מתאימה אשר תגדיר את עובדת היותו של האדם מבקש מקלט המצוי תחת הגנת נציבות האו"ם לפליטים או המדינה המארחת.

יצויין כי מתן תיעוד מתאים למבקשי מקלט שאין להם מסמכי נסיעה הוא חובתה של המדינה המארחת מכח סעיף 27 לאמנה. על חובה זו כותב פרופ' גראהל מאדסן בספר הפרשנות לסעיפי אמנת הפליטים כי המטרה היא לתעד את זהותו של נושאם ולא דווקא להעניק זכויות כלשהן. התיעוד נועד למנוע ממבקש המקלט את ההשלכות של קיום בארץ המארחת ללא כל מסמכים מתעדים. פרופ' גראהל מאדסן מציין כי הסעיף חל גם לגבי מי שנכנס למדינה ללא היתר ומעמדו בה טרם הוסדר.

Prof. Atle Grahl-Madsen, Commentary on the Refugee Convention, articles 2-11, 13-37, 1963, republished by UNHCR in 1997, Found at: <http://www.unhcr.org/publ/PUBL/3d4ab5fb9.pdf> (last visited 11.8.09).

25. הליכי הרישום על-פי נציבות האו"ם לפליטים אינם איפוא, שלב בו מוכרעות בקשות למקלט או נושאים מהותיים לבקשות - הכרעות אלה נעשות בשלב המאוחר יותר של ה-RSD. כך, למשל, הבהיר ראש נציבות האו"ם לפליטים בישראל (דאז) מר סטיבן וולפסון במכתב שהתייחס להליכי הרישום שעורכת "יחידת תישאול המסתננים" של משרד הפנים בלוד כי ככל שתוצאת הליכי רישום אלה, ובכללם "קביעת הנתיונות" של הפונה היא מניעת זכותו של הפונה להגיש בקשה למקלט, הרי שהדבר מהווה הפרה של הזכות לבקש מקלט. במכתבו הוא מבהיר את ההבדל בין הליך הרישום להליך ה-RSD כדלקמן:

הרישום נעשה למטרה של איסוף מידע אודות האנשים הפונים לבקש את הגנתה של המדינה. המידע משמש כדי לערוך החלטות מושכלות אודות המספר והפרופיל של המבקשים ושל קבוצות ולתכנן תכניות של הגנה וסיוע שמתאמות לצרכיהם. לעומת זאת, הליכי איבחון מעמד פליט (RSD), עוסקים במידע הרבה יותר ספציפי, לרבות מידע אודות הסיבות בעטיין עזב אדם את ארץ מוצאו והסיבות בשלהן הוא חושש לשוב אליה. עריכת RSD מחייבת ידע מעמיק וניסיון בדיני הפליטים הבינלאומיים, לרבות ההגדרות המשפטיות הכלולות באמנה משנת 1951. **ככל ש'קביעה מוקדמת' של הנתיונות גורמת לכך שנמנע מאדם להגיש בקשה להגנה, הרי שהדבר אינו מתיישב עם זכותו של כל אדם לבקש וליהנות ממקלט מרדיפות בארצות אחרות** (תרגום חופשי מאנגלית, ההדגשה הוספה - ע.ב.).

העתק מכתבו של מר סטיבן וולפסון, ראש משרד נציבות האו"ם לפליטים בישראל מיום 2.12.2008 רצ"ב ומסומן כנספח ע/8.

נספח ע/8

26. כפי שצויין לעיל, לא קיימים נהלים המגדירים את מהותו, מטרתו ו/או אופן עריכתו של הליך הרישום בישראל. ככל הידוע לעותרים נדרשים מבקשי המקלט להתייבב עם מסמכיהם האישיים ביחידת הרישום בלוד. הפונים מדווחים על שעות המתנה ארוכות

(בדרך כלל משעה 08:00 בבוקר ועד 17:00 אחר-הצהריים), צפיפות רבה, תנאים שאינם מתאימים להמתנת מספר גדול של אנשים שעות ארוכות כל-כך (אין במקום מתקן שתייה, השירותים אינם נקיים, מספר הכיסאות קטן ממספר הפונים המוזמנים למקום), רבים מן הפונים נדרשים להמתין שעות ארוכות מחוץ לבניין בשמש הקופחת. תלונות שהגישו ב"כ העותרים על התנאים במקום נדחו כולן.

מבקשי מקלט מסודן ומארתריאה מרואיינים על-ידי פקידי היחידה. פרוטוקולי הריאיון שנערך עימם לא נמסרים לידיהם. תוצאותיו של הריאיון עשויות להיות שונות:

- א. הפונה זוהה כנתין סודן או ארתריאה וניתן בידו רישיון מכח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, רישיון זה ניתן להארכה אחר-כך בלשכות השונות של משרד הפנים הסמוכות למקום מגוריו של הפונה.
- ב. הפונה זומן לריאיון נוסף ביחידה.
- ג. הפונה לא זוהה כסודני ו/או ארתיראי וניתן בידו מכתב לפיו עליו לעזוב את ישראל או מכתב לפיו אינו זכאי להגנה שמקבלים נתיני סודן וארתיריאה בישראל.
- ד. הפונה הופנה ליחידת ה-RSD להמשך הטיפול.

ביד הפונים לא נמסרות החלטות מנומקות המבהירות את פשר ההליכים ו/או ההחלטות שנעשו בעניינם; פונים שבקשתם להירשם נדחתה אינם מקבלים הודעה על אפשרות לערער ו/או להגיש בקשה למקלט.

העתק רישיון ישיבה מסוג 2(א)(5) רצ"ב ומסומן כנספח 9/ע
העתק מכתב זימון ליחידת הרישום רצ"ב ומסומן כנספח 10/ע
העתק מכתב לפיו על הפונה לעזוב את ישראל מאחר ולא זוהה כנתין סודני/אריתראי רצ"ב כנספח 11/ע

העתק מכתב המפנה את הפונה ליחידת ה-RSD רצ"ב ומסומן כנספח 12/ע

נספחים 9/ע-12/ע

27. מיום 1.7.2009 מופנים כל מבקשי המקלט הנמצאים בישראל אל "יחידת תישאול המסתננים" בלוד (כלומר נציבות האו"ם לפליטים אינה מקבלת עוד פניות חדשות למקלט). יחד עם זאת, כפי שהוסבר לעיל, קיים הבדל מהותי בהליכים שבני-נתינויות שונות עוברים: מבקשי מקלט מסודן ומארתריאה מרואיינים לצורך קביעת נתינותם. מי שזוהה כסודני או ארתיראי מקבל רישיון מכח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה. מי שלא זוהה נדחה ללא הסבר. מבקשי מקלט בני-נתינויות אחרות מופנים ליחידת ה-RSD לריאיונות עומק שיבחנו את בקשות המקלט שלהם.

השלב השני של הליך המקלט הישראלי - בחינת בקשת המקלט לגופה

28. לאחר רישומו של מבקש מקלט (ובתנאי שאינו מסודן או מארתיריאה), אמורה בקשתו לעבור אל יחידת ה-RSD אשר אמורה לראיין את הפונה ראיון מעמיק בכדי לקבוע

האם בקשתו עומדת בהגדרות שנקבעו באמנת הפליטים. כפי שצויין לעיל, לא קיימים נהלים המגדירים את אופן פעולתה של יחידת ה-RSD ובינתים נצבר ניסיון מועט לגבי עבודתה.

ככל שעלה בידי ב"כ העותרים לברר (ראו נא עמוד 3 לפרוטוקול הישיבה במשרד המשפטים, נספח ע/7 לעיל) אמורה יחידת ה-RSD לראיין את הפונה, לחקור את התנאים במדינת מוצאו ולגבש המלצה אשר תועבר אל הועדה המייעצת לפליטים הפועלת על-פי ה"נוהל להסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל". הועדה תגבש המלצה על בסיס החומר שהעבירה יחידת ה-RSD ותעביר את המלצתה להחלטתו של שר הפנים.

שלילת זכות היסוד לייצוג

29. על-אף שהזכות לייצוג הינה זכות חוקית מוכרת במשפטנו, נתעוררו קשיים למן הרגע הראשון בו ביקשו עורכות-דין לייצג מבקשי מקלט בהליכי מקלט בישראל.

בשנת 2006 ביקשה הח"מ ללוות את לקוחה בריאיון שערכה נציבות האו"ם לפליטים במסגרת הליכי מקלט על-פי "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט בישראל". להפתעתה דחה ראש נציבות האו"ם דאז, מר מיכאל בבלי, את הבקשה בטענו כי נוכחות עו"ד בריאיונות שעורכת נציבות האו"ם לפליטים תפגע ביכולת הנציבות להתרשם באופן בלתי אמצעי מן הפונה, תגרום להוצאה כספית מיותרת לאוכלוסיה שאין בכוחה לשלם ותיצור חוסר שוויון בין מבקשי מקלט שונים.

הח"מ השיבה כי על-פי הנחיות נציבות האו"ם לפליטים זכאי מבקש מקלט להיות מיוצג על-ידי עו"ד או נציג שאינו עורך דין. כמו-כן ציינה כי הליך המקלט שעורכת הנציבות הוא הליך הנערך למען ובמסגרת הליכי מקלט של מדינת ישראל וכי החוק הישראלי מכיר בזכותו של כל אדם להיות מיוצג ע"י עו"ד. כן ציינה הח"מ כי עו"ד נוכחים דרך שיגרה בשימועים שונים שעורך משרד הפנים וכי אין בסיס בדין הישראלי להוציא הליכי מקלט מן הכלל.

העתק פנייתה של עו"ד בן-דור אל מר בבלי מיום 17.10.2006, העתק תשובתו של מר בבלי מיום 18.10.2006 והעתק תשובתה של עו"ד בן-דור מיום 24.10.2006 רצ"ב כנספחים ע/13-15 בהתאמה.

נספחים ע/13-15

30. ביום 3.12.06 פנתה הח"מ אל עו"ד מזוז, היועץ המשפטי לממשלה ואל עו"ד בר-און, שר הפנים דאז, בדרישה לאפשר נוכחות עורכי-דין בראיונות שעורכת נציבות האו"ם לפליטים. במכתב הוסבר כי הנציבות עורכת את הראיונות מכח נוהל פנימי של משרד הפנים ובמסגרת הליך של משרד הפנים שנועד להכריע האם מבקש המקלט יקבל מקלט בישראל אם לאו. הובהר כי הריאיון של מבקש מקלט הוא השלב הקריטי

בהכרעה בבקשה, שכן בו נבחנות העובדות המהוות את היסוד לבקשה ונבחנת אמינותו של הפונה.

במכתבה הצביעה הח"מ על התוצאה הבלתי סבירה לפיה כללי נציבות האו"ם לפליטים מכירים בזכות הייצוג וגם הדין הישראלי מכיר בזכות הייצוג כזכות יסוד, והנה, כאשר נערך הליך משותף לנציבות האו"ם לפליטים ולמשרד הפנים מאויינת לפתע זכות הייצוג.

עו"ד בן-דור הוסיפה כי בהליכים אחרים המתנהלים מול משרד הפנים (ואשר השלכותיהם אינם של חיים ומוות) מוכרת זכות הייצוג כדרך שיגרה וכי במדינות המערב מקובל ייצוג משפטי בהליכי מקלט, לעיתים אף במימון המדינה. העתק מכתבה של עו"ד בן-דור לשר הפנים דאז, עו"ד בר-און, מיום 3.12.2006 רצ"ב ומסומן כנספח ע/16 לעתירה.

נספח ע/16

31. יודגש כי מודל הייצוג שנתבקש על-ידי ב"כ העותרים, מראשית הדרך בשנת 2006, היה **מודל מצומצם** אשר נהוג בראיונות של נציבות האו"ם לפליטים ולפיו **מותרת נוכחות עורך הדין או נציג שאינו עו"ד במהלך הריאיון, אך מדובר בנוכחות פאסיבית**. לעורך הדין או לנציג מותר להציג דברים בקצרה בסוף הריאיון. עורך הדין או הנציג אינו מתערב במהלך הריאיון, אלא אם כן הדבר נחוץ כדי לתקן פגמים פרוצדורליים היורדים לשורש הוגנות ההליך ואשר לא ניתן יהיה לתקנם אם יובאו במסגרת ההערות מסכמות שבסיום הריאיון.

יודגש כי כללי נציבות האו"ם לפליטים מכירים במפורש בייצוג על-ידי מי שאינו עורך-דין ובלבד שהנציג מתמצא בדיני פליטים ובהליכי RSD, בעל ניסיון בייצוג פליטים ובקיאיות בפרטי בקשת הפונה שלו הוא מסייע. העתק כללי ההשתתפות של נציגים משפטיים בריאיונות RSD של נציבות האו"ם לפליטים נמצא ב:

Procedural Standards for Refugee Status Determination Procedures under UNHCR's Mandate, 1 September 2005 found at: <http://www.unhcr.org/4316f0c02.html> (last visited 13.8.2009).

העתק כלל 4.3.3 המתייחס להשתתפותם של נציגים משפטיים בריאיונות רצ"ב ומסומן כנספח ע/17 לעתירה.

נספח ע/17

32. במקביל לפנייה אל הרשויות בישראל פנו ב"כ העותרים גם אל נציבות האו"ם לפליטים בגינה וביקשו כי תעשה לאכיפת נהליה גם בישראל.

33. ביום 31.5.2007 הודיע מר בבלי לעו"ד בן-דור כי בהתייעצות עם נציבות האו"ם לפליטים בגיבנה הוחלט לאפשר כ"פרוייקט פיילוט" נוכחות של עורכי-דין בראיון שעורכת נציבות האו"ם לפליטים. הפרוייקט הוגדר לשישה חודשים והוגבל רק לייצוג על-ידי ארגונים מתנדבים. בסיום המכתב צויין כי הנציבות מקווה כי במידה ופרוייקט הפיילוט יצליח ניתן יהיה לארגן גם קורסים לעורכי-דין ולהכשירם לייצוג מבקשי מקלט.

העתק מכתבו של מר בבלי מיום 31.5.2007 רצ"ב ומסומן כנספח ע/18.

נספח ע/18

34. ביום 3.6.2007 נשלחה אל ב"כ העותרים תשובה מאת עו"ד יוכי גנסין מפרקליטות המדינה ובה נאמר כי משרד המשפטים אינו רואה כל מניעה כי הנציבות תפעל לפי מיטב שיפוטה המקצועי בנדון ובהתאם להנחיות המקצועיות המקובלות אצלה. במכתבה התנערה עו"ד גנסין מכל אחריות של משרד הפנים להליך באמרה כי "בחירתן של הבקשות למתן מקלט מדיני בידי הנציבות בישראל, איננו נעשה על פי הנחיות ו/או נהלים של המדינה ואין הנציבות פועלת בעניין זה כ"ידה הארוכה" של המדינה".

דברים אלה בכל הכבוד, אינם מייצגים נכונה את מערכת היחסים שבין הנציבות לבין מדינת ישראל על-פי הנוהל נספח ע/3 לעיל. ההליכים שעורכת הנציבות נעשים במסגרת נוהל ישראלי ותוצאתם הכרה כפליט בישראל.

העתק מכתבה של עו"ד גנסין מיום 3.6.2007 רצ"ב כנספח ע/19.

נספח ע/19

ייצוגם של מבקשי מקלט בראיונות שעורכת נציבות האו"ם לפליטים

35. מאז ועד היום ייצגה התכנית לזכויות פליטים של אוניברסיטת תל-אביב עשרות מבקשי פליטים בפני נציבות האו"ם לפליטים. הייצוג כלל הגשת בקשות למקלט, נוכחות בראיונות שנערכו לפונים בנציבות, הגשת ערעורים על דחיית בקשות למקלט ועוד. יצויין כי למרות שתחילה הוגדרה השתתפותם של עורכי-דין כ"פיילוט" לשישה חודשים, הרי שנתים אחר-כך היא הפכה לשיגרה: עורכי-הדין של התכנית לזכויות פליטים משתתפים דרך שיגרה בראיונות שנערכים ללקוחותיהם בנציבות האו"ם לפליטים. השתתפותם אינה מוגבלת לריאיון הראשון אלא נמשכת לכל אורך ההליך. כך למשל השתתף ביום 29.7.09 עו"ד ד"ר לבנת בריאיון שנערך ללקוחתו, מבקשת מקלט מנפאל, היה זה הריאיון השלישי שנערך עימה ובכולם לוותה על-ידי עו"ד מן התכנית. בעקבות שאלות שעלו במסגרת שני הראיונות הראשונים הגיש עו"ד ד"ר לבנת עבור לקוחתו טיעונים משלימים שהתייחסו הן לראיות חדשות שסייע ללקוחתו להמציא והן לתקדימים משפטיים העשויים להשליך על ההכרעה בתיק. לאחרונה, ולאחר שעו"ד לבנת הוסיף טענות נוספות בכתב, בעקבות הפניית שאלות ממוקדות מאת יו"ר הוועדה המייעצת, החליטה הוועדה המייעצת להמליץ לשר הפנים להעניק למבקשת המקלט הנ"ל מעמד של פליטה.

יצויין כי עורכי-הדין של התכנית לזכויות פליטים הוזמנו במספר הזדמנויות על-ידי אנשי הנציבות ליטול חלק גם בראיונות שנערכים בשלב הרישום, אולם משהובהר כי מדובר בשלב טכני במהותו, שעניינו איסוף פרטים אישיים של הפונה (בבחינת מילוי טופס והבהרת הפרטים), ויתרו על-כך. כפי שיובהר לעיל, למרות שההליכים שמבוצעים על ידי "יחידת תישאול המסתננים" של משרד הפנים הוגדרו על-ידי משרד הפנים כ"הליכי רישום" שונים הם באופן מהותי מהליכי הרישום בהם נהגה הנציבות, ובעיקר בכך שתוצאתם היא קביעת נתינותו של מבקש המקלט באופן סופי ומחייב מבחינת משרד הפנים.

36. בכל השנתיים האחרונות לא ארע ולו מקרה אחד בו השתתפתם של עורכי-הדין של התכנית לזכויות פליטים יצרה הכבדה כלשהיא על מהלך הראיונות התקין. ההיפך הוא הנכון: נוכחות עורכי-הדין נסכה בלקוחותיהם בטחון ואמון בהליך, איפשרה לעורכי-הדין לעמוד על הנקודות הטעונות הסבר או הבהרה, שיפרה ומיקדה את הבקשות שהגישו בשם לקוחותיהם ובכך שיפרה את ההליך הכולל. מצורף בזה מכתבו של מר ביל טאל, המכהן כיום כראש המשרד הישראלי של נציבות האו"ם לפליטים, ובו הוא מביע הערכתו על התפקיד הקונסטרוקטיבי שמילאה התכנית לזכויות פליטים בייצוג מבקשי מקלט בראיונות בפני נציבות האו"ם לפליטים. במכתבו עומד מר טאל על הדימיון בין מודל הייצוג הצר המקובל ב-UNHCR למדינות אחרות כמו ניו-זילנד וכן מציין כי גם בקנדה ובארה"ב מקובלת זכות הייצוג של מבקשי מקלט. מכתבו של מר ביל טאל רצ"ב ומסומן כנספח ע/20 לעתירה.

נספח ע/20

מניעת זכותם של מבקשי מקלט לייצוג בהליכי הרישום על-ידי משרד הפנים

37. לכאורה העברת הסמכויות מנציבות האו"ם לפליטים אל משרד הפנים לא היתה אמורה לשנות דבר לעניין הסדרי הייצוג, שהרי כאז כן היום, עסקינן בבירור בקשות למקלט המוגשות בישראל לצורך קביעת מעמד הפונה בישראל. שינוי הגוף העוסק בבחינת ההליכים לא אמור היה לשנות את מערך הזכויות הפרוצדורליות של הפונים. ככל שניתן היה לצפות לשינוי, הרי שמעת שהועברה המלאכה אל משרד הפנים, הכפוף לכללי המינהל הציבורי הישראלי, ניתן היה לצפות כי הזכויות הדייוניות של מבקשי המקלט יכובדו ללא עוררין.

38. הליך העברת הסמכויות החל במחצית שנת 2008 לערך, בהעברת הליכי הרישום של מבקשי מקלט מסודן ומאריתריאה לידי משרד הפנים. ביום 7.8.2008 פנתה ב"כ העותרים אל מר יוסי אדלשטיין, ראש האגף לזרים של משרד הפנים, והודיעה לו כי בכוונת צוות התכנית לזכויות פליטים להשתתף בהליכי השימוע שנקבעו למספר מבקשי מקלט מאריתריאה בשבוע שלאחר מכן. עו"ד בן-דור ביססה את דרישתה זו על בסיס ההסדר שנעשה בהסכמת הצדדים בבג"צ 1912/06 אשר בו נקבע כי נציגי ארגוני סיוע יוכלו להשתתף כמשקיפים בהליכים המתנהלים בפני ממונה ביקורת הגבולות.

העתק מכתבה של עו"ד בן-דור מיום 7.8.2008 רצ"ב כנספח ע/21, רצ"ב העתק הודעת עדכון מטעם המשיב בבג"צ 1912/06 מיום 31.7.2008 כנספח ע/22.

נספחים ע/21-22

39. ביום 7.8.2009 השיב מר אדלשטיין כי עמדתו היא שההסדר בבג"צ 1912/06 אינו חל במקרה דנן שכן במסגרתו נדונה נוכחות שימועים בהליכים לפני ממונה ביקורת גבולות כאשר נדונה שאלת הרחקה והשמה במשמורת ואילו ההליכים שנערכים כעת הם ריאיונות שנועדו "על מנת לזהות ולקבוע את שאלת היותם מבקשי מקלט, בהתאם לקריטריונים של נציבות האו"ם לפליטים". לאור זאת נדחתה הבקשה לנוכחות בשימועים כמשקיפים.

במאמר מוסגר יצויין כי העותרים אינם חולקים על תיאורו של מר אדלשטיין את מהות ההליכים שעורכת "יחידת תישאול המסתננים" בלוד - כפי שתואר לעיל, הליכים אלה מהווים את שער הכניסה למערכת המקלט הישראלית. מבקשי מקלט אשר אינם מצליחים לצלוח את השלב הזה "נזרקים" מן המערכת, בהליך שבמהותו הוא דחיית בקשתם למקלט על הסף.

העתק מכתבו של מר אדלשטיין מיום 7.8.2008 רצ"ב כנספח ע/23.

נספח ע/23

40. לאור תשובתו של מר אדלשטיין, והגם שחלקה על פרשנותו לעניין היקף ההסדר בבג"צ 1912/06, הודיעה הח"מ למר אדלשטיין כי עורכות הדין של התכנית לזכויות פליטים ישתתפו בראיונות שנערכים למבקשי המקלט כבאות כוחם של מבקשי המקלט בהתאם לסעיף 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. במכתבה הוסיפה כי ייצוגם של פונים בהליכים שונים שעורך משרד הפנים על-ידי עורכי-דין נעשה כדרך שיגרה בכל לשכות המשרד.

במקביל למכתב זה פנתה הח"מ אל פרקליטות המדינה ואל הלשכה המשפטית של משרד הפנים בטענה כי מר אדלשטיין פירש שלא כהלכה את ההסכמות בבג"צ 1912/06.

העתק מכתבה של עו"ד בן-דור מיום 7.8.2008 למר אדלשטיין רצ"ב כנספח ע/24.

נספח ע/24

41. ביום 17.8.2008 התייצבו שלוש עורכות-דין מן התכנית לזכויות פליטים במשרדי "יחידת תישאול המסתננים" בלוד. במאמר מוסגר יצויין כי המקום לא היה ערוך לקלוט את מספר הפונים הרב שהוזמן לאותו היום. הדוחק והצפיפות מחוץ לבניין היו רבים, ולמרות שנמתחה יריעת ברזנט בכניסה, נאלצו רבים לעמוד עת ארוכה בשמש (ובכללם גם נשים עם תינוקות רכים).

42. לתדהמת עורכות הדין, בעת שביקשו להכנס עם לקוחן לריאיון הדף פקיד משרד הפנים את מבקש המקלט בכח ובגסות וצעק כי "אם הוא רוצה עורך-דין אז החוצה". מבקש המקלט אשר המתין עת ארוכה עד ששמו נקרא, נבהל, נכנע והודיע כי יסכים להתראיין ללא נוכחות עורכת-דינו.

43. מר שלום יהושע, מנהל היחידה, יצא אל הדלת והודיע כי קיבל הנחיות שלא להתיר כניסת עורכות דין לראיונות. מר יהושע הציג בפניהן את מכתבו של מר אדלשטיין מיום 7.8.2008 (נספח ע/23 לעיל). ב"כ העותרים הציגה בפני מר יהושע את תשובתה למר אדלשטיין (נספח ע/24 לעיל) והבהירה כי עורכות הדין מבקשות להיות נוכחות בשימועים כבאות כח של מבקשי המקלט. נוסחו של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין הוצג גם הוא בפני מר יהושע אך הוא הודיע כי ללא הוראה אחרת, לא יאפשר את הכניסה.

44. לאחר דברים אלה המתינו עורכות הדין במקום עת ארוכה תוך שהן מתקשרות אל עו"ד שרה שאול מן הלשכה המשפטית של משרד הפנים אשר ניסתה, ללא הצלחה, לאתר את הממונים על הנושא במשרד הפנים. למרות המתנה נוספת של כשעה וחצי, לא שונתה ההוראה. מר יהושע לא יצא שוב אל עורכות הדין למרות שביקשו פעמיים לקרוא לו. עם החזרה למשרד שיגרה הח"מ פקסי אל מר יהושע ובו בקשה להיודע את שמו של הפקיד האלים אשר דחף את מרשה בכח אל מחוץ לאולם לצורך הגשת תלונה. יצויין כי למרות בקשות ותזכורות שונות התחמק מר יהושע מליתן את שמו של הפקיד. רק ביום 2.9.08 הגיעה תשובתו לפיה לא נעשה שימוש בכח על-ידי הפקידים במקום ו"הדיפת קבוצת מסתננים אל מעבר לדלת" נעשתה משום ש"לא נבדקו בטחונות על-ידי המאבטח". יצויין כי גירסא זו אינה תואמת את העובדות כפי ששלוש עורכות דין מן התכנית, שהיו במקום, היו עדות להן. העתק פנייתה של עו"ד בן-דור למר יהושע מיום 17.8.2009 והעתק תשובתו של מר יהושע מיום 2.9.2008 רצ"ב כנספחים ע/25-ע/26 בהתאמה.

נספחים ע/26-ע/25

45. ביום 18.8.2008 פנתה ב"כ העותרים אל מר יעקב גנות, מנהל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול (דאז) ואל היועץ המשפטי לממשלה והלינה על אירועי יום האתמול ובראש ובראשונה על שלילת זכות הייצוג מאת מבקשי מקלט. במכתב פורטו ליקויים נוספים שונים ובכללם נהלים לא ברורים שגורמים להרצתם של מבקשי המקלט שוב ושוב בין גורמים שונים, החלטות שרירותיות, מחסור במתורגמנים ותנאי המתנה בלתי הולמים.

העתק מכתבה של עו"ד בן-דור מיום 18.8.2008, והעתק תזכורת מיום 30.11.2008 רצ"ב כנספחים ע/27 – ע/28 בהתאמה.

נספחים ע/27 - ע/28

רק לאחר מספר תזכורות נוספות, כארבעה חודשים לאחר משלוח הפנייה, נתקבלה תשובתו של עו"ד מייק בלס, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ). תוכנה של תשובה זו הוא העומד בלב עתירה זו ולכן יצוטטו הדברים:

....

3. ההתרשמות האישית, שלא באמצעות מתווכים, ממבקש מקלט מדיני היא חלק מהותי מהתישואול שנערך במסגרת הטיפול בבקשות למקלט, וכך גם מקובל בתישואולים למבקשי מקלט שמקיימת נציבות האו"ם לפליטים. משום כך נדרשת נוכחותו האישית של מבקש המקלט בתישואול, הוא זה שאמור להציג את עניינו ולהשיב על שאלות ובא כוחו לא יכול לעשות זאת במקומו, כאמור בסיפא לסעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין.

4. יחד עם זאת, לאחר דיון שקיימתי עם משרד הפנים, סוכם כי ככל שאין בכך כדי להכביד על הליך התישואול הראשוני או לעכבו, אין מניעה שעורך דין, המייצג מבקש מקלט ומציג ייפוי כח, שיהיה בשפה המובנת למבקש המקלט וחתום על-ידיו, יוכל להתלוות את המבקש, ולשואל את הפקיד שאלות לפני, או אחרי התישואול ולהסביר דברים ללקוחו. יחד עם זאת התישואול עצמו הוא הליך שצריך להתקיים בין הפקיד המתשאל לבין מבקש המקלט ללא השתתפות עו"ד. מטבע הדברים, הערותיו של עורך הדין שנאמרו לפני או אחרי התישואול תילקחנה בחשבון בעת קבלת ההחלטה בבקשה למקלט מדיני.

למען הסר ספק יובהר שאין בהסכמה זו, כדי למנוע ממשרד הפנים לבטל, או לשנות, הסדר זה, אם יגיע למסקנה שיש מקום לעשות כן. העתק מכתבו של עו"ד בלס מיום 28.12.2008 רצ"ב כנספח ע/29.

נספח ע/29

47. ב"כ העותרים סברו לתומם כי אושרה המתכונת שביקשו, לפיה עורכי-הדין יוכלו להיות נוכחים, נוכחות פאסיבית, בריאיונות שנערכים למרשיהם, כפי שמקובל בנציבות האו"ם לפליטים. ביום 8.1.2009 כתבו לעו"ד בלס כדלקמן: "המתכונת הכללית המוצגת בסעיף 4 למכתבך מוכרת לנו הן משימועים בהם אנו משותפים באופן רגיל במשרד הפנים (למשל בבקשות של בני-זוג למעמד מכח חיים משותפים) והן משימועים בהם אנו משותפים בנציבות האו"ם לפליטים (בהליכי מקלט בישראל), והיא מקובלת עלינו (אבקש לדייק, עם זאת, כי אין אנו מגבילים עצמנו לשאלת שאלות את הפקיד או הסבר ללקוח, אלא גם מוסיפים, במידת הצורך, התייחסות עניינית - משפטית לגופה של הבקשה לאור הדברים שהופקו במהלך השימוע)".

כפי שיתואר מיד, בדיעבד הסתבר כי הדרך בה הבינה ב"כ העותרים את ההנחייה נספח ע/30 לעיל, אינה הדרך שלה נתכוון עו"ד בלס, אולם הוא לא טרח להעמיד את ב"כ העותרים על טעותה ביחס להנחייה שיצאה תחת ידו.

נספח ע/30

48. ביום 21.1.2009 התייצבה ב"כ העותרים הח"מ, ביחד עם אחד ממרשיה ב"יחידת תישאול המסתננים" בלוד. הח"מ הציגה ייפוי כח מטעם מרשה והורשתה להיכנס עימו לחדר הריאיונות. בראשית הדברים הציג מר אהרון בן-ארי, פקיד משרד הפנים, את מהלך הדברים כדלקמן: **עורכת הדין תורשה להציג טענות לפני הריאיון ולאחר מכן תתבקש לצאת את החדר. לאחר יציאתה ייערך הריאיון עם מרשה. עורכת-הדין תוכל להיכנס בתום הריאיון ותוכל להציג הסתייגויות לדברים שנאמרו בהעדרה.**

מתכונת זו הפתיעה את ב"כ העותרים שטענתה כי לפי הבנתה היא רשאית להיות נוכחת בחדר בעת שירואין מרשה, כפי שמקובל בשימועים אחרים שעורך משרד הפנים וכפי שמקובל בנציבות האו"ם לפליטים. כאשר עמדו הפקידים על דעתם, הודיעה ב"כ העותרים כי במתכונת זו אין היא יכולה לייצג את מרשה והשנים עזבו את המקום.

עם יציאתם התקשרה הח"מ אל עו"ד אביטל שטרנברג, סגנית בכירה במחלקת ייעוץ וחקיקה, ולמדה מפיה כי **אכן ההנחייה כפי שאושרה, אינה מאפשרת לעורכי-הדין נוכחות בריאיונות אלא רק ליווי של הלקוחות אל הבניין, ישיבה מחוץ לחדר ולאחר מכן טיעון טענות** (לא ברור על-סמך מה מצופה עורכת-הדין לטעון אם לא נכחה בריאיון ולא שמעה את שנאמר בו). הח"מ הביעה את השתוממותה מההנחייה אשר מעקרת מתכנה את זכות הייצוג.

49. ביום 2.2.2009 פנתה ב"כ העותרים בכתב אל עו"ד בלס ומחתה כי ההנחייה המדירה את עורכי-הדין מן הריאיונות שנערכים למרשיהם אינה מאפשר ייצוג משפטי אלא היא בבחינת הליך מסורס, המעוות את זכות הייצוג והוא בבחינת עלה תאנה המנסה להכשיר את שלילת זכות הייצוג. במכתב נטען כי זכות הייצוג אינה בגדר טובת הנאה שהרשות ברצונה מתירה וברצונה שוללת. עוד נטען כי טענת משרד הפנים לפיה נוכחות עורכת הדין בחדר מונעת מן הפקיד את היכולת להתרשם באופן אישי מן המרואיין אינה יכולה לעמוד עת מדובר בנוכחות פאסיבית, במסגרתה אין עורך הדין מתערב בחילופי הדברים עם לקוחו. הח"מ ציינה כי במדינות בהן עורכת נציבות האו"ם לפליטים את הריאיונות (כפי שהיה עד לאחרונה בישראל), מותרת נוכחות נציגים משפטיים בריאיונות הנערכים למבקשי מקלט, כך הוא הדבר במצרים, בקניה, בלבנון, בתאילנד ובטורקיה. בנוסף לכך, גם מדינות מערביות בהן נערכים הליכי המקלט על-ידי הממשלה, מכירות ומתירות ייצוג משפטי במהלך הריאיונות ובהן אירלנד, קנדה, ניו-זילנד, בלגיה, גרמניה, ארצות הברית ובריטניה.

לבסוף טענה ב"כ העותרים כי על משרד הפנים ומשרד המשפטים לשקול אף את האפשרות של ייצוג על-ידי מי שאינם עורכי-דין וזאת בשים לב לפרקטיקה המקובלת

בנציבות האו"ם לפליטים ובמדינות רבות אחרות ברחבי העולם ובשים לב לכך שמדובר באוכלוסייה שידה אינה משגת לשכור עורכי-דין.

העתק מכתבה של עו"ד בן-דור מיום 2.2.2009 רצ"ב ומסומן כנספח ע/31 לעתירה.

נספח ע/31

50. ביום 17.3.2009 נערכה, ביוזמת ב"כ העותרים, פגישה במשרד המשפטים כדי ללבן נושאים שונים שהעלו בפניותיהם הרבות למשרד הפנים ולמשרד המשפטים. בראשית הפגישה העלו שוב ב"כ העותרים את סוגיית הייצוג של מבקשי מקלט. בתום דיון קצר הודיע עו"ד בלס לב"כ העותרים כי ההנחייה המדירה את עורכי-הדין מן הראיונות שנערכים למבקשי מקלט נותרת בעינה. משרד הפנים התבקש לבחון העברת הפרוטוקולים של השימועים שנערכים לפונים לידי הפונים (העתק הפרוטוקול של הישיבה מיום 17.3.09, בעמ' 2, הפרוטוקול צורף כנספח ע/7 לעיל).

למען השלמת התמונה יצויין כי העתקי פרוטוקולים של שימועים אינם נמסרים לפונים. ב"כ העותרים, פנתה וביקשה את הפרוטוקולים במספר רב של מקרים, אך רק במקרה אחד הם נמסרו לעיונה.

51. ביום 11.5.09 פנה ראש לשכת עורכי הדין, עו"ד יורי גיא-רון אל עו"ד מזוז, היועץ המשפטי לממשלה ובמכתבו תמך בדרישת ב"כ העותרים כפי שהובאה בפני היועץ המשפטי לממשלה. פנייה זו לא הועילה לשנות את עמדת המשיבים. העתק מכתבו של עו"ד יורי גיא-רון, ראש לשכת עורכי-הדין, רצ"ב ומסומן כנספח ע/32.

נספח ע/32

מניעת נוכחות עורכי-דין בריאיונות RSD שעורכת יחידת ה-RSD

52. ביום 13.7.2009 התייצבה עו"ד עדי וילינגר ממוקד סיוע עובדים זרים ביחד עם מרשתת ביחידת ה-RSD לצורך ריאיון. הפקידים מנעו את כניסתה של עו"ד וילינגר לריאיון. כאשר עמדה עו"ד וילינגר על זכותה של מרשתת להיות מיוצגת, החליטו הפקידים לדחות את הריאיון למועד אחר.

53. ביום 14.7.2009 פנתה עו"ד בן-דור אל מר חיים אפרים, מנהל יחידת ה-RSD, והודיעה לו על בקשתו של מרשה להיות מיוצג על-ידה בריאיון שנקבע לו ליום 19.7.2009. העתק המכתב נשלח גם אל הלשכה המשפטית של משרד הפנים וגם אל מחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים. העתק מכתביה של עו"ד בן-דור מיום 14.7.2009 אל מר חיים אפרים ואל עורכות הדין שאול ושטרנברג רצ"ב ומסומנים כנספחים ע/33 – ע/34.

נספחים ע/33-ע/34

54. הריאיון שאמור היה להיערך ביום א' 19.7.2009 נדחה על-ידי משרד הפנים למועד בלתי ידוע. לב"כ העותרים נאמר כי בסמוך לאחר מכן עתידה להיערך ישיבה במשרד המשפטים ובה יוחלט האם לאפשר נוכחות עורכי-דין בהליכי RSD. עד ליום הגשת עתירה זו לא הודיעו המשיבים לב"כ העותרים על כי יתירו נוכחות עו"ד בראיונות RSD.

"קביעותיה הוודאיות" של "יחידת תישאול המסתננים" מונעות הגשת בקשות למקלט

55. בינתים ממשיכה "יחידת תישאול מסתננים" לעבוד, ללא נהלים, ללא פיקוח חיצוני וללא מתן החלטות מנומקות או פרוטוקולים לפונים. יתרה מזאת, בחודש יולי 2009 דחתה "יחידת תישאול מסתננים" כמאתים פונים ונתנה בידם מכתבים שזו לשונם:

הנדון: סיום הליכים

1. הריני להודיעך כי בקשתך לקבלת מקלט במדינת ישראל נדחתה וזאת מאחר ולא ניתן היה לקבוע כי הינך נתין אריתראי/סודני.
2. הנך מתבקש לעזוב את מדינת ישראל תוך 7 ימים.
3. במידה ולא תעשה כן יופעלו כנגדך ההליכים הקבועים בחוק.

שלום יהושע

מנהל יחידת המסתננים ותמי"ר

מכתבים אלה ניתנו ללא הנמקה גם למבקשי מקלט אשר אחזו בידם דרכונים ותעודות מזהות אחרות מארצות מוצאם וגם לפונים אשר זוהו בעבר על-ידי נציבות האו"ם ומשרד הפנים לפליטים כסודנים או כאריתראים והחזיקו באישורים מתאימים.

ביום 12.7.09 פנתה ב"כ העותרים אל מר יעקב גנות, ראש רשות ההגירה (דאז) ואל עו"ד מזוז, היועץ המשפטי לממשלה והתריעה על כך שדחיית בקשות למקלט בשלב הרישום היא למעשה דחייה על הסף של הבקשה על-ידי מי שלא הוכשרו לדבר ובהליך לא תקין, בין היתר משום שמהפונים נשללה הזכות להיות מיוצגים על-ידי עורך דין. במכתב נטען כי הדרת עורך הדין פוגעת בזכות הטיעון והצדק הטבעי והשלכותיה עלולות להיות החזרת אדם לסכנת חיים.

העתק מכתבה של עו"ד בן-דור מיום 12.7.2009 רצ"ב ומסומן כנספח ע/35.

נספח ע/35

56. בסמוך לאחר דברים אלה נמסר לב"כ העותרים, בעל-פה על-ידי עו"ד אביטל שטרנברג ממשרד המשפטים, כי נוסח המכתבים שמנפיקה "יחידת תישאול המסתננים" לפונים שהיא דוחה ישונה והם לא יידרשו לצאת מן הארץ. בעקבות דברים אלה פנתה ב"כ העותרים אל עו"ד שרה שאול מן הלשכה המשפטית של משרד הפנים וביקשה שורת

הבהרות ובהן – מהו ההליך שבו אמור לנקוט מי ש"יחידת תישאול המסתננים" דחתה את בקשתו להירשם על-פי נתינותו הסודנית. מכתב זה לא נענה.
העתק מכתבה של עו"ד בן-דור מיום 13.7.2009 רצ"ב ומסומן כנספח ע/36

נספח ע/36

57. לאחר דברים אלה אומנם שונה, לפי מיטב ידיעת העותרים, נוסח המכתב שניתן ביד פונים אשר "יחידת תישאול המסתננים" דוחה את בקשותיהם, אולם התוצאה נותרה זהה. כעת לא מתבקשים הפונים לצאת את הארץ אלא רק נאמר להם כי לא יוכלו לקבל רישיונות ישיבה מכח ההסדר הנהוג לגבי סודנים או אריתראים יחד עם זאת לא קיימת כיום ערכאה במשרד הפנים עליה ניתן לערער על החלטה זו. ביום 3.8.2009 פנתה ב"כ העותרים אל מר חיים אפרים, מנהל יחידת ה-RSD, בשמה של מבקשת מקלט מאריתריאה אשר יחידת הרישום קבעה כי לא ניתן לקבוע את נתינותה כאריתראית והורתה לה לצאת את הארץ. ב"כ העותרים ביקשה להגיש בקשה למקלט מדיני בשם פונה זו. התשובה שקיבלה היא כדלקמן:

באשר להמשך הטיפול במי שנקבע על ידי יחידת התשאול כי הוא אינו נתין סודן או אריתריאה, הרי שמבירור עם עו"ד שרה שאול עולה כי מה שנאמר לך היה, כי במצב בו אותו מסתנן מבקש להגיש בקשה פרטנית למקלט מדיני **בזהותו האמיתית**, הוא יכול לפנות בבקשה כזו ליחידת התשאול בלוד, ולאחר שתוגש בקשה כאמור, ייקבע לו ריאיון ביחידת ה-RSD.

ברצוני להדגיש כי יחידת הטיפול אינה מהווה ערכאת ערעור על החלטות המתקבלות על ידי יחידת התשאול, בשאלת זהותם של מסתננים אשר יחידת התשאול **קבעה בוודאות** שאינם סודנים או אריתראים.
העתק תשובתו של מר חיים אפרים מיום 6.8.2009 רצ"ב כנספח ע/37.

נספח ע/37

58. ביום 6.8.2009 שבה ב"כ העותרים ופנתה אל ממלא מקום ראש רשות ההגירה, אל הממונה על יחידת הרישום ויחידת ה-RSD ואל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. במכתבה טענה כי העובדה שיחידת ה-RSD אינה מוכנה להרהר אחר קביעותיה של "יחידת תישאול המסתננים" מותירה את הפונים מול שוקת שבורה. מבקשי מקלט שנדחו אינם יכולים כעת להגיש בקשה למקלט אלא אם ישנו את זהותם ויטענו כי הם בני-נתינות אחרת. מי שדבק בזהותו, כפי שנטענה בפני "יחידת תישאול המסתננים", נותר ללא יכולת להגיש בקשה למקלט.

במכתב נטען כי חומרה מיוחד נודעה לדברים עקב דחיית הבקשה על הסף על-ידי פקידים שלא הוכשרו לערוך הליכי RSD, ללא ייצוג עורך דין, ללא מתן נימוקים וללא שקיפות מינימלית של ההליכים.

נספח ע/38

סיכום ביניים: למבקשי מקלט אין זכות לייצוג בהליכי מקלט

59. כפי שעולה מן התיאור שלהלן, מצב הדברים העובדתי הוא כדלקמן:
- א. מבקשי מקלט שבקשתם נדונה ע"י נציבות האו"ם לפליטים על-פי "נוהל הסדרת הטיפול במבקשי מקלט" (נספח ע/3 לעיל) רשאים להביא עימם נציג מלווה לכל הריאיונות הנערכים עימם.
- ב. מבקשי מקלט שבקשתם נדונה על-ידי משרד הפנים (לפי נוהל שטרם נכתב וטרם פורסם) אינם זכאים לייצוג. ב"יחידת תישאול המסתננים" יכול עורך הדין ללוות את לקוחו לבניין בו יתבצע הריאיון אך לא יותר לו להיכנס לחדר. גם ביחידת ה-RSD נמנעת נוכחות עורכי-דין בריאיונות.

הטיעון המשפטי

שורשיה וטעמיה של זכות הייצוג

60. זכותו של כל אדם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין מעוגנת בסעיף 22 לחוק לשכת עורכי דין, תשכ"א-1961 הקובע כדלקמן:

אדם שייפה כוחו של עורך דין זכאי להיות מיוצג על ידיו בפני כל רשויות המדינה, רשויות מקומיות וגופים ואנשים אחרים הממלאים תפקידים צבוריים על פי דין; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכל סמכות לדרוש נוכחותו או פעולה אישית של האדם המיוצג, ואין בה כדי לפגוע בחיקוק המסדיר את הייצוג בפני רשות, גוף או איש כאמור.

על-פי נוסחו של הסעיף הזכות קנויה לכל אדם ואין חלוקה מוגבלת לתושב או לאזרח ישראלי בלבד.

61. העותרים מבקשים להדגיש כי אין הם חולקים על הצורך בנוכחותו האישית של מבקש המקלט בהליכי המקלט הנערכים בעניינו, אולם טוענים כי רשאי הוא להיות מלווה על-ידי עורך-דין או על-ידי נציג אחר שמינה לו בכל שלב משלבי ההליך. המתכונת שגיבשו המשיבים לפיה עורכת-הדין מודרת מן הריאיון, אינה מאפשרת את מימושה של זכות הייצוג.

62. עוד יצויין כי אין בחוק הכניסה לישראל כל הוראה המצמצמת או המגבילה את זכותו של אדם להיות מיוצג בהליכים בפני פקידי משרד הפנים וכי ברגיל אכן מכבד משרד הפנים את זכותם של פונים להיות מיוצגים על-ידי עורכי-דין. יתרה מזאת, לעתים קרובות מיוצגים פונים למשרד הפנים על-ידי מסייעים שונים שאינם עורכי-דין והם למשל סטודנטים למשפטים או פעילי ארגונים מתנדבים שונים. נוכחותם של עורכי-דין בהליכים שונים של משרד הפנים (כמו למשל בשימועים שנערכים לבני-זוג מכח נוהל מתן מעמד לבן זוג של אזרח ישראלי) נעשית דרך שיגרה בלשכות משרד הפנים, ואין

העותרים מבינים מדוע נמצא למשיבים להגביל את תחולתה של הזכות דווקא בהליכי מקלט שחומרת השלכותיהם אינה נופלת, וברוב המקרים אף עולה, על הליכים אלה.

ככל שניתן לקרוא מתוך חוק הכניסה לישראל מגמה כלשהיא לעניין זה, הרי שהיא דווקא להרחיב את זכות הייצוג. סעיף 13 לחוק קובע כי בהליכים הנערכים בפני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, יכול אדם להיות מיוצג גם על-ידי מי שאינו עורך דין ובלבד שייצוג כאמור נעשה ללא תמורה. הוראה זו מכירה בקשייה המיוחדים של אוכלוסיית הזרים בה עוסק החוק ובכך שלעתים קרובות לא תשיג ידו של זר לשכור לעצמו שירותים משפטיים.

63. חשיבותה של זכות הייצוג חרבה הרבה מעבר לגדריו של סעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין. לא בכדי הגדירה כב' המשנה לנשיא (דאז), השופט ברק, בצטטו בהסכמה את כב' השופט ויתקון, כ"זכות המעוגנת בעיקרי המשפט והצדק הכלליים" המהווה גם אחד מכללי הצדק הטבעי (בג"צ 1843/93 פנחסי נגד כנסת ישראל, פ"ד מט (1) 661, 717).

כב' השופט ברק ראה בזכות הייצוג ביטוי לחירות ולאוטונומיה האישית של כל אדם, וכדבריו:

נקודת המוצא העקרונית הינה כי חירותו של כל אדם - פרי האוטונומיה של הרצון הפרטי - היא למנות לעצמו שלוח כרצונו. חירות זו היא בעלת חשיבות כאשר השלוח הוא עורך-דין. חשיבות מיוחדת יש לה, לזכות זו, כאשר הפרקליט מייצג את הפרט כנגד השלטון (שם).

64. לזכות הייצוג נודעת חשיבות מיוחדת במקרים בהם עלול אדם להתקשות בהבאת טענותיו בפני הרשות. כך קבע למשל כב' השופט ברק כי חולי נפש זכאים לייצוג על-ידי עורך דין בעת מתן הוראת אישפוז כפוי על-ידי פסיכיאטר מחוזי:

חולה הנפש אינו מסוגל, ברוב המקרים, לטעון לעצמו. מה ערך יש לזכות הטיעון של חולה הנפש אם הוא אינו מסוגל לטעון לעצמו? זכות הטיעון של חולה הנפש כוללת אפוא בחובה גם את זכותו כי ימונה לו סניגור שיטען לו. חזקה היא, כי תכליתו של החוק הינה להכיר בזכות הטיעון והייצוג של חולה הנפש רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נגד הפסיכיאטר המחוזי פ"ד נב (1) 713, 697.

באותה מידה ביטל כב' השופט טירקל, בפרשת בן-שושן, החלטותיהן של שתי ערכאות שעסקו בפירוק השיתוף בין בני-זוג בעמדו על חוסר השוויון הקיצוני שנוצר עקב היותה של האישה בלתי מיוצגת. כב' השופט טירקל ציין כי הליכים בדיני משפחה מהווים בעיניו "דיני נפשות" ולכן הורה כי יש לקיים את הדיון מחדש לאחר שהאישה תשכור לעצמה בא-כוח (רעא 6810/97 בן-שושן נגד בן-שושן פ"ד נא (5) 375, 378-379).

65. זרים המבקשים לממש את זכויותיהם המשפטיות, בין אם הם מהגרי עבודה או מבקשי מקלט, נתונים ברגיל במצב של נחיתות קיצונית המקשה על מימוש זכות הגישה שלהם לערכאות: אין הם יודעים את שפת המקום או את מנהגיו, אין הם

מבינים את חוקיו ולעיתים קרובות אין ידם משגת לשכור עו"ד. לא בכדי עמדה הפסיקה על החובה לסלק ככל האפשר את המכשולים שעומדים על דרכם :

ההגנה על זכויותיהם של העובדים הזרים כפרטים חלשים ופגיעים השוהים בקרבנו מתחייבת מערכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והיא חיונית לשימור אופיה המוסרי של המדינה... זאת ועוד, בפני העובדים הזרים ניצב מגוון מכשולים המקשים על גישתם אל מערכת בתי-הדין. על מכשולים אלה ניתן למנות את מחסום השפה, המחסור באמצעים כלכליים ואי-הכרת המערכת המשפטית על כלליה (ע"ע 1064/00 קיניאגוי נגד אוליצקי עבודות עפר פד"ע לה' 625, 638).

66. טעם נוסף עליו ביססה הפסיקה את זכות הייצוג הוא הצורך להבטיח באמצעותה, את תקינות ההליכים הנערכים בעניינו של אדם, כדברי כב' השופט ריבלין :

חשיבות מיוחדת יש לה, לזכות זו, כאשר הפרקליט מייצג את הפרט כנגד השלטון... היא דרושה כדי ליתן תוקף לזכות לחירות, לכבוד ולקניין, שהרי ההליך המשפטי, ובוודאי שההייה במעצר או במאסר, כל אלה חושפים את זכויות האדם לפגיעה. הייצוג המשפטי דרוש על-מנת להבטיח כי הפגיעה בזכויות אלה, אם תיעשה, לא תיעשה אלא לאחר הליך הוגן ועל-פי הדין. נזכור כי "בעולם משפטי כשלנו, שכל ההליכים מתנהלים בו לפי סדרי דין נוקשים ובשפת המסתורין של החוק והפרוצדורה, זכותו הראשונית והיסודית של כל נאשם היא, או צריכה להיות, שיהא מיוצג ע"י מי שיודע רזי התורה ומדבר לשון הסתר" (ח' כהן "על זכויות הנאשם" [25], בעמ' 49) (ההדגשות הוספו – ע.ב.) בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נגד השר לבטחון פנים פ"ד נח (2) 746, 764.

נוכחות הנציג המשפטי יש בה איפוא, כדי "לפצות" על חוסר השוויון המובנה בהליכים שבין הפרט למדינה, היא מגבירה את שקיפות ההליכים ועל ידי כך מעודדת את האמון במערכת ובהחלטותיה.

67. השתתפותו של עורך דין או של נציג מטעמו של מבקש המקלט בהליכים תורמת לאיכות ההליכים גם בכך שהנציג מסייע למרשה בהמצאת ראיות רלבנטיות, מזהה אי-הבנות וסתירות ומפנה את תשומת ליבה של הרשות לדין החל ולקיומם של תקדימים רלבנטיים. בכך תורמת השתתפותם של נציגים ליעילות ההליכים ולהורדת הצורך בהגשת ערעורים על החלטות שניתנו.

68. טעם נוסף, ייחודי למבקשי מקלט הוא שרבים מהם מגיעים ממדינות לא-דמוקרטיות, בהן מגעיו של האזרח עם הרשות מלווים בחששות ובמתח והעקרון של ביקורת שיפוטית על מעשיה של הרשות אינן קיים. במצב דברים זה מתעורר החשש כי מבקש המקלט הבא במגע עם פקיד ממשלתי בארץ זרה יחשוש או יימנע ממתן מלוא הפרטים הנוגעים לבקשת המקלט לפקיד המראיין ובכך ייפגע בירור הבקשה.

לא בכדי מדגישה נציבות האו"ם לפליטים את הצורך לערוך את כל הליכי המקלט, לרבות הליכי הרישום, באוירה של אמון ובטחון (ראו סעיף 23 לעיל וההפניות שבו).

אמונו של מבקש המקלט במערכת גדל כאשר הוא רשאי להביא עימו נציג מלווה שהוא בוטח בו (הדברים נכונים גם אם הנציג ממלא בריאיון תפקיד פאסיבי).

מעמדה של זכות הייצוג בזכות יסוד

69. השיקולים שפורטו לעיל הובילו את בית המשפט הגבוה לצדק לקבוע כי זכות הייצוג היא זכות יסוד במשפטנו אשר הגבלתה צריך שתעשה בחקיקה ראשית או מכח הסמכה מפורשת בחקיקה וכן תעמוד באמות המידה שנקבעו בפסיקה לפגיעה בזכות יסוד חוקתית, כדברי כב' השופטת חיות:

אכן, כאשר עומדת על הפרק פגיעה בזכותו של אדם לקבלת שירותים משפטיים, המיתחם שבו נבחנת הפגיעה הוא מיתחם זכויות היסוד, ואמות המידה הפועלות במיתחם זה הינן אמות מידה חוקתיות (בג"צ 1437/02 הנ"ל, **האגודה לזכויות האזרח**, בעמ' 716).

כב' השופט ריבלין העיר, בעמ' 764 לפסק-הדין, כי כיום, לאחר חקיקת חוקי היסוד, ניתן למצוא עיגון חוקתי לזכות הייצוג בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

70. ככל זכות, גם זכות הייצוג אינה זכות אבסולוטית ויש שהיא נסוגה מפני אינטרסים חשובים אחרים, יחד עם זאת, הפסיקה קבעה כי מקום שעניינו של ההליך בדיני נפשות (כדבריו של כב' השופט טירקל בעניין בן-שושן הנ"ל), הנטייה הפרשנית, במקרה של ספק, תהא נגד הגבלת זכות הייצוג:

הנטייה נגד פירוש השולל או מצמצם את זכות הייצוג צריכה להיות חזקה יותר, כאשר מדובר בהליכים שבהם עלולה ליפול החלטה על פגיעה בחירותו של אדם, בגופו או בזכויותיו, מאשר בהליכים שבהם לא נקבע כל דבר לגבי זכויותיהם של בני-אדם ד"נ 13/75 **מפקד משטרה צבאית חוקרת ואח' נגד פלוני** פ"ד ל (3) 617, 622. וכך ראה בג"צ 1437/02 **האגודה לזכויות האזרח** שנזכר לעיל, בעמ' 762.

71. כפי שהוזכר לעיל, הליכי מקלט, מעצם טבעם, עוסקים, במובהק, בחיי אדם. מי שפונים ומבקשים הגנה טוענים כי החזרתם לארץ מוצאם עלולה לחשוף אותם לסכנת חיים, לסכנת כליאה, לסכנה של פגיעה גופנית חמורה וכיוצא באלה פגיעות קשות. מבקש מקלט שנדחה על-ידי "יחידת תישאול המסתננים" נותר ללא רישיון ישיבה חוקי בישראל, מרגע זה חשוף הוא לשלילת חירותו ולגירושו, חלילה, למקום סכנה.

לא נותר אלא לתמוה על כי דווקא בהליכים רגישים אלה בחרו המשיבים לשלול את זכות הייצוג, הניתנת על-ידם ברגיל בהליכי משרד הפנים שהשלכותיהם אינן כה דרמטיות (כמו למשל מתן אשרה מתאימה לכדורסלן המבקש לשחק בליגה הישראלית).

פגיעתה החמורה של ההנחייה בזכות הייצוג

72. כפי שצויין לעיל, המשיבים נזהרו מלהצהיר מפורשות כי לא יאפשרו ייצוג בהליכי מקלט, תחת זאת קבעו הגבלה (החלה בשלב זה רק על הליכי הרישום, אולם עלולה להיות מורחבת גם לשלב ריאיון ה-RSD) לפיה עורכת הדין "תגשים" את זכות הייצוג

של לקוחתה כשהיא מחוץ לחדר הראיונות. לטענת העותרים אין בכך הכרה בזכות הייצוג, אלא שלילתה תחת עלה התאנה כאילו עורך הדין היושב במסדרון ואינו יודע מה מתרחש בחדר הראיונות יכול למלא את תפקידו כראוי.

73. הדרת עורכי-הדין מחדרי הראיונות של מרשיהם מבטלת בפועל רבים מן הרציונלים עליהם מתבססת הזכות לייצוג:

א. תפקידה של עורכת-הדין בפיקוח על תקינות ההליכים נפגע, שכן עורכת-הדין לא תדע האם אכן נשאלו כל השאלות הרלבנטיות; לא תוכל לעמוד על הדרך בה הוצגו השאלות או על האווירה בה נערך הריאיון; לא תדע האם נבהל מרשה ומטעם זה התקשה למסור את כל גירסתו; האם הופעל עליו לחץ בלתי הוגן לחזור בו מטענותיו לגבי זהותו או לגבי רכיבים שונים מבקשת המקלט שלו.

ב. יכולתה של עורכת הדין לסייע ללקוחה נפגעת, שכן לא תוכל לזהות סתירות, קשיים או פירוט בגירסא שמסר ולא תוכל להשלים את הדברים (למשל על-ידי הגשת ראיות נוספות). הנוכחות בריאיון מאפשרת לעורכת-הדין להבין את קו המחשבה של הפקיד ולסייע אחר-כך, למשל בהמצאת ראיות חיצוניות נוספות, מקום שגירסתו של מבקש המקלט לבדה אינה מספקת להרים את נטל הראייה. בכך נפגעת זכות הטעון של מבקש המקלט.

ג. איכות קבלת ההחלטות נפגעת כאשר הליך גביית העובדות הצריכות לבקשה נותר חסוי מעורכי-הדין. כפי שצויין לעיל, גם שמיעה פאסיבית של הריאיון מלמדת את עורכת הדין היכן קיימים חסרים, סתירות או פירוט, אשר אם תדע עליהן, תוכל להשלימן אחר-כך.

ראו למשל טענתה של Dagmar Soennecken על-סמך מחקר מקיף שנערך על הסיוע משפטי המדינתי למבקשי מקלט בקנדה ובגרמניה כי ככל שעורכי הדין היו מעורבים בשלבים המוקדמים של הליכי המקלט, כך ירד מספר התיקים שהגיעו אחר-כך להתדיינות משפטיות.

Dagmar Soennecken, "Justice Served?" Legal Aid and Access to the Courts for Refugees in a Comparative Context, found at: <http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2004/soennecken.pdf> (last visited 17/8/09) p.30.

ד. הדרתה של עורכת-הדין מן הריאיון פוגעת באינטרס הציבורי של השקיפות והאמון במערכת. ראיונות דוגמת אלה שעורכת "יחידת תישאול המסתננים" של משרד הפנים, הנערכים בחדרי חדרים, ללא מתן פרוטוקולים, ללא מתן החלטות מנומקות, אינם עולים בקנה אחד עם מערכת מנהלית מודרנית במדינה דמוקרטית.

ה. האינטרס של התמיכה במבקש המקלט בעת הריאיון, על-ידי נוכחות נציג מוכר, עליו הוא סומך, נפגע פגיעה אנושה, כאשר המייצג נאלץ להיות מחוץ לחדר הראיונות.

74. כפי שיתואר בהמשך, בכל רחבי העולם (וגם בישראל עד להעברת ההליכים מנציבות האו"ם לפליטים אל משרד הפנים) מקובלת נוכחותם של נציגים בריאיונות בהליכי מקלט. יצויין כי גם בישראל, במקרים שונים בהן ניסו הרשויות לקבל החלטות ללא נוכחות עורך-דין, אכף בית המשפט את הזכות. הדוגמאות לכך רבות כמובן במשפט הפלילי, אולם עסקינן כאמור, בהליכים אזרחיים מובהקים ולכן הדוגמאות שיובאו כאן הינן מתחום המשפט האזרחי. בפסק-דין שניתן לאחרונה ע"י השופט ד"ר לובוצקי, בבית הדין האיזורי לעבודה בתל-אביב, נדונה השאלה האם העדר פרקליט מטעמו של התובע בשלב הריאיון, מהווה פגם בהחלטתו של הגוף להערכת תארים אקדמיים של משרד החינוך, המוביל לביטול ההחלטה ולהוראה על ריפוי הפגם. השופט לובוצקי השיב על שאלה זו בחיוב:

מקובלת עלינו הטענה כי נוכחותו של עורך דין במקרה דנן נדרשה הן לעשיית הצדק והן לתחושת הצדק של התובע. אכן לעיתים לא קל לאדם לטעון בענייניו שלו, לעיתים אין בידו הידע המשפטי, הכלים והיכולת להתמודד עם הטענות המועלות כנגדו על ידי הגוף המכריע בענייניו, ולהציג טיעון סדור בכל השאלות המתעוררות, המצריכות בקיאות הן בעניינים עובדתיים והן בעניינים משפטיים, בקיאות המצוייה אצל פרקליטו....

אין בידי לקבל את טענת הנתבע כי "הליך הריאיון" שעבר התובע הוא מאותם המקרים החריגים בהם אין זכות להיות מיוצג על ידי עורך דין. העובדה שבהליך "הריאיון", נדרשה "נוכחות או פעולה אישית" של התובע, כלשון החוק, אין בה כדי לגרוע מזכותו לנוכחות של פרקליט מטעמו בנוסף לנוכחותו האישית, ככל שחפץ בכך ואין הדבר דומה כלל לאותם מקרים בהם לא תתפוש זכות הייצוג כדוגמת בחינות או בדיקות רפואיות. על הרשות היתה מוטלת החובה לנהוג בתום לב מוגבר, לידע את התובע בדבר זכותו לייצוג משפטי עוד בשלב זימונו לריאיון, ובודאי שלא למנוע ממנו את הייצוג בטענה שמדובר בהליך שאינו מהותי" (עב (ת"א) 5829/08 **מרקוזן נגד מדינת ישראל - משרד החינוך**, פסק-דין מיום 12.5.2009).

75. דוגמא נוספת להחלטה שיפוטית שאכפה את הזכות לנוכחות עורך הדין בהליכים הנערכים בפני וועדות פסיכיאטריות נמצאת בהחלטתו של כב' השופט ביין, בע"ש (חיפה) 5097/98 **פלוני נגד הועדה הפסיכיאטרית המחוזית** (לא פורסם):

נראה לי שבשלב הראשון הקרוי "בדיקה", חייב תפקודו של עורך הדין להיות פסיבי ולמצוא ביטויו אך ורק בכך שהוא נוכח בהליך ובכך מהווה גורם המבטיח שהבדיקה תערך בצורה הוגנת.

מאחר וכאמור בבדיקה יש גם אלמנטים ערכיים, קיימת חשיבות לדרך שבה מוצגות השאלות לחולה ולאווירה הכללית שבה נערכת הבדיקה. לעומת זאת, כאשר באים לקבל הכרעה על יסוד הנתונים המתקבלים מהבדיקה, יש מקום להשמעת טיעונו של עורך הדין וכאן חלקו של עורך הדין הוא אקטיבי.

לא עלה ביד ב"כ העותרים לאתר את פסק-הדין, אולם הציטטה המובאת להלן לקוחה מתוך דו"ח ועדת שניט לבחינת אופן תפקוד הועדות הפסיכיאטריות המחוזיות, אשר אימצה בהמלצותיה את העקרון שקבע כב' השופט בין, רצ"ב העתק החלק הרלבנטי מתוך דו"ח שניט מיום 20.7.2000 ובו הציטטה וכן מסקנות הועדה כנספח ע/39.

נספח ע/39

76. בעמ"נ (חי) 448/07 פלוני (קטין) נגד בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (פסק-דין מיום 15.7.2007) פסל כב' השופט שפירא את הדיון שערך בית הדין ללא שב"כ המערער זומן לדיון, בצינו כי הזכות לייצוג "היא זכות יסוד המחייבת גם גופים מנהליים, ובמיוחד אלו החורצים זכויות בהליכים מעין שיפוטיים... ייצוג משפטי הוא תנאי בסיסי לקיומו של הליך ראוי ומתן אפשרות של ממש לאדם להציג את עניינו ולמצות זכויותיו" (שם בעמ' 3 לפסק-הדין).

ייצוג גם על-ידי נציג שאינו עורך-דין

77. המשיבים נתבקשו על-ידי ב"כ העותרים לשקול גם מתן היתר לייצוג על נציגים שאינם עורכי-דין (נספח ע/31 לעיל), אך מעת שאסרו על נוכחות עורכי-דין, אסרו מכללא גם על נוכחות של כל נציג אחר. כפי שצויין לעיל, נציבות האו"ם לפליטים מכירה בייצוג על-ידי נציגים שאינם בהכרח עורכי-דין (נספח ע/17 לעיל). לתיאור תכניות מתנדבים שונות המייצגות מבקשי מקלט בהליכי מקלט במצרים ראו נא:

Michael Kagan, **Frontier Justice: Legal Aid and UNHCR Refugee Status Determination in Egypt**, 2006, Journal of Refugee Studies Vol. 19, No. 1, p.45.

לא למותר לציין כי תוצאות מחקר זה העלו כי ייצוג מבקשי המקלט בהליכי המקלט הכפיל את סיכויי ההצלחה של המבקשים.

78. ייצוג על-ידי מי שאינו עורך-דין אינו זר למשפט הישראלי. סעיף 2 לחוק השליחות תשכ"ה-1965 מאפשר לכל אדם למנות לעצמו שלוח וקובע את הכלל כי "שלוחו של אדם כמותו". פעולתו של "נציג מלווה" אשר מגיע עם מבקש מקלט אל פקיד משרד הפנים ומלווה אותו בעת הריאיון הנערך עימו אינה באה בגידרו של סעיף ייחוד המקצוע (סעיף 20 לחוק לשכת עורכי-הדין, תשכ"א-1961). ככל שיטען כי סעיף 20 מונע ייצוג ע"י מי שאינם עו"ד בהליך המנהלי שנערך בפני פקיד משרד הפנים, שומרים לעצמם העותרים את הזכות לטעון כי הסעיף אינו חוקתי.

79. ניתן להצביע על מקורות חוקיים מפורשים המאפשרים ייצוג על-ידי מי שאינו עורך-דין בהליכים שונים, כך למשל: סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב 1951, המאפשר לנציג לייצג, ללא תמורה, שוהה שלא כדין בהליכים בפני בית הדין לביקורת משמורת (לרבות נוכחות בכל ההליכים); ייצוג בפני בית הדין לעבודה (למשל סעיף 5 לחוק הזכות לעבודה בישיבה, תשס"ז-2007 המאפשר לארגון עובדים או לארגון העוסק בזכויות בעבודה להגיש תביעה בשם עובד); ייצוג בפני בתי דין מנהליים (סעיף 27 לחוק בתי דין מנהליים, תשנ"ב-1992); ייצוג בפני המוסד לביטוח לאומי (סעיף 386 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה-1995 הקובע שורה של אנשים היכולים לייצג בפני המוסד ובכללם "ידיד קרוב"); ייצוג בפני בית המשפט לנוער (סעיף 14 לחוק הנוער (טיפול והשגחה), תשי"ד-1960, המאפשר ל"ידיד" של קטין לפנות לבית-המשפט בעניינו של קטין). ראו עוד בג"צ 3379/03 **מוסטקי נגד פרקליטות המדינה**, פ"ד נח(3) 865, בעמ' 891 לצד האותיות ו-ז, ועוד.

80. חשיבותה של האפשרות להיות מיוצג על-ידי מי שאינו עורך דין חורגת מגדרו של הליך זה או אחר והיא חלק מהשקפת עולם המבקשת להפוך את המשפט ואת ההליכים המינהליים לנגישים גם לאוכלוסיות מוחלשות (לעניין זה ראו: אלבשן יובל, "נגישות האוכלוסיות המוחלשות בישראל למשפט", **עלי משפט** ג', תשס"ד, עמ' 497).

תפיסת עולם זו הביאה להתפתחותם של ארגוני סיוע בעולם ובישראל עד כדי שכותרים העירו כי:

Nonlawyer legal assistance is a necessary ingredient of any plan for meaningful access to the courts

Hurdler Alex, "Nonlawyer legal assistance and access to justice", 1999, *Fordham Law Review* Vol. LXVII, No. 5, p. 2241.

לעתים קרובות מתנדבים בארגוני הסיוע הם היחידים הבאים במגע עם אנשים מאוכלוסיות מוחלשות, הם שמספקים להם מידע על זכויותיהם ועל ההליכים למימושן ומסייעים במילוי הדרישות הבירוקרטיות השונות (דוגמת הגשת טפסים במועד, התייצבות בפני הרשויות, השלמת המידע הנדרש ועוד).

81. בין הגופים והארגונים הפועלים בישראל ומעניקים שירותים שכאלה ניתן למנות את עמותת "הלב במשפט" אשר נציגיה (בד"כ סטודנטים למשפטים העובדים בשיתוף פעולה עם עו"ד מתנדבים) מקיימים דוכני סיוע בלשכות ההוצאה לפועל ובבתי-הדין לעבודה; תוכניות משפטיות שונות בבתי-ספר למשפטים בכל הארץ; מתנדבים של מוקד סיוע לעובדים זרים המייצגים שוהים בלתי חוקיים בפני בית הדין לביקורת משמורת ועוד. בכל התוכניות שנזכרו לעיל נהנים המתנדבים/הסטודנטים מהכשרה ייעודית לתפקיד ומליווי של עורכי-דין המפקחים או המייעצים להם בעבודתם.

82. חשיבותה של ההכרה באפשרות של מי שאינם עורכי-דין לייצג מבקשי מקלט נובעת מן העובדה כי ידם של רוב מבקשי המקלט לא תשיג לשכור עורכי-דין. יתרה מזאת, בפני מבקשי המקלט חסמים רבים בהבנת ההליכים שעורך משרד הפנים וביכולת ההתמודדות עימם, כך למשל, רובם אינם דוברי עברית ולכן אינם מסוגלים למשל, לאשר את נכונות הפרוטוקול שעורך פקיד משרד הפנים בעברית במהלך הריאיון עימם. הליווי במהלך הריאיון יש בו כדי לממש רבים מן היתרונות שנמנו בסעיפים 66-68 כטעמים להכרה בזכות הייצוג. יודגש כי המדובר בייצוג בהליך מינהלי בפני רשות מינהלית (פקיד משרד הפנים) ובהליך בו ניתן לנציג המלווה תפקיד מצומצם יחסית. נוסף כי בלב הליך ה-RSD עומדות קביעות עובדתיות (מהי זהותו של מבקש המקלט? האם ובאיזה אופן נרדף במדינת אזרחותו וכו') בעניינים אלה אין עדיפות מיוחדת לעורך דין על-פני מי שאינו עורך דין. מאחר וייצוג ע"י מי שאינם עורכי דין בסוג כזה של הליכים מותר על-ידי הוראות חוק השליחות ואינו מוגבל ע"י חוק לשכת עורכי-הדין, הרי שאין יסוד חוקי לאסרו בענייננו.

האיסור על פגיעה בזכות היסוד על-ידי הנחייה מינהלית

83. עניין **האגודה לזכויות האזרח** (בג"צ 1437/02 הנ"ל) חשוב לענייננו שכן בו פסל בית המשפט הגבוה לצדק תקנה שהתקין השר לבטחון פנים בתקנות בתי-הסוהר ואשר התיימרה להטיל מגבלות על האופן בו ניתן שירות משפטי על-ידי עורך דין ללקוחו. כל שלושת שופטי ההרכב (כבי' השופטים נאור, חיות וריבלין) היו תמימי דעים בדבר חשיבות זכות הייצוג על-ידי עורכי-דין והבעייתיות בהגבלתה. שופטי הרוב קבעו כי התקנה עלולה לפגוע גם באסירים שרצונם לקבל שירותים משפטיים לגיטימיים וכי מכל מקום, על ההגבלה להיעשות בחקיקה ראשית או בהסמכה מפורטת ומפורשת בה, כדברי כבי' השופטת חיות:

דעתי היא כי עוצמתה של הזכות העלולה להיפגע מן ההגבלות שנקבעו בתקנה 29(ב), ומהות הפגיעה מחייבות הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית, ואין די בהסמכה הכללית שבסעיף 132 (17) לפקודת בתי-הסוהר (בג"צ 1437/02 הנ"ל בעמ' 762).

למסקנה זו הצטרף גם כבי' השופט ריבלין באמרו כי הסמכות להתקין תקנות בכל "ענין אחר שיש להסדירו לשם ביצועה היעיל של פקודה זו" או בכל עניין הנוגע לניהולם הטוב של בתי סוהר ומשמעתם - אין בה די (בעמ' 768).

84. לא למותר לציין כי בענייננו לא טרח שר הפנים לעשות שימוש בסמכותו ולהתקין תקנה מכח סעיף 14 לחוק הכניסה לישראל. ההנחייה המגבילה את זכות הייצוג על-ידי עורכי-דין נמצאת רק במכתבו של עו"ד בלס לב"כ העותרים נספח ע/30 לעיל. כפי שנפסק בבג"צ 1437/02 הגבלת זכות הייצוג בדרך זו אינה חוקית.

85. לא זו בלבד שההנחייה המגבילה את זכות הייצוג לא עמדה בהליך החקיקה הנדרש לפני פגיעה בזכות יסוד, אלא שהיא אינה עומדת גם באמות המידה החוקתיות המשמשות לבחינת חוקתיות הפגיעה בזכות יסוד מוגנת.

מבחן המשנה הראשון של מבחן המידתיות דורש קיום קשר רציונלי של התאמה בין המטרה לבין האמצעי השלטוני שנבחר לשמש בהשגתה.

כאמור נימק עו"ד בלס את ההנחייה באמרו :

ההתרשמות האישית, שלא באמצעות מתווכים, ממבקש מקלט מדיני היא חלק מהותי מהתישאל שנועד במסגרת הטיפול בבקשות למקלט, וכך גם מקובל בתישאלים למבקשי מקלט שמקיימת נציבות האו"ם לפליטים. משום כך נדרשת נוכחותו האישית של מבקש המקלט בתישאל, הוא זה שאמור להציג את עניינו ולהשיב על שאלות ובא כוח לא יכול לעשות זאת במקומו, כאמור בסיפא לסעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין (מכתבו מיום 28.12.08, נספח ע/29 לעיל).

86. בדברים אלה, בכל הכבוד, רב הסתום על הגלוי. עו"ד בלס כותב כי "כך מקובל גם בתישאלים למבקשי מקלט שמקיימת נציבות האו"ם לפליטים", והרי בנציבות האו"ם בכל רחבי העולם מקובל כי עורכי הדין נוכחים בחדר בעת הריאיון שעורכים פקידי הנציבות עם לקוחותיהם של עורכי הדין מבקשי המקלט (ראו נא הנחיות הנציבות משנת 2005 נספח ע/17 לעיל וכן בפרק המשפט המשווה).

העותרים לא ביקשו כי עורך הדין או הנציג המשפטי יופיע במקום מבקש המקלט, ולא חלקו על כי מבקש המקלט ולא נציגו הוא שצריך למסור את העובדות ולכן לא מתעוררת כל סוגייה הנוגעת לסיפא לסעיף 22 לחוק לשכת עורכי-הדין. עו"ד בלס סתם ולא פירש מדוע מפריעה נוכחות פאסיבית של עורכת דין, היושבת בשקט ליד לקוחה ועורכת רישום של הריאיון, ל"התרשמות האישית שלא באמצעות מתווכים".

לא ברור מדוע ומנין הרחיק עו"ד בלס לדרישה כי עורכת הדין תצא מן החדר בעת הריאיון, תוך שהוא קובע בטעות, כי כך מקובל בריאיונות שעורכת נציבות האו"ם לפליטים.

87. יתרה מזאת, משרד הפנים עורך כאמור הליכי שימוע רבים ומורכבים במגוון של נושאים, כך למשל כאשר טוען אדם לזכאות מכח שבות או כאשר טוען אזרח ישראלי לזכאות למעמד עבור בן-זוג זר מכח נישואין או חיים משותפים. בשתי הדוגמאות הללו נבחנות סוגיות עובדתיות מורכבות דוגמת קשרי המשפחה של הפונה הראשון לסבים או להורים יהודיים, במקרה הראשון; או עובדת החיים המשותפים, במקרה השני.

בשני המקרים נדרשת "התרשמות אישית מן הפונה שלא באמצעות מתווכים" ובשני המקרים מאפשר משרד הפנים נוכחות של עורכי-דין בריאיונות ללא הרהור או ערעור. עובדה זו מלמדת על העדר קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר לבין המטרה. פקידי משרד הפנים, כמו עמיתיהם בנציבות האו"ם לפליטים ופקידי מדינה אחרים בעולם, מסוגלים להתרשם מן הפונה ומדבריו גם כאשר יושב לידו עורך דין.

88. מבחן-המשנה השני במבחן המידתיות דורש כי פגיעתו של האמצעי השלטוני בפרט תהא במידה המועטה ביותר. העותרים גורסים כי מודל הייצוג שהציעו, שבו נוכח הנציג **נוכחות פאסיבית** בשלב הריאיון (בדומה למודל שאושר ע"י כב' השופט ביין בע"ש 5097/98 הנ"ל) מאזן נכונה את האינטרסים השונים שכן הוא מאפשר מצד אחד התרשמות אישית וישירה של הפקיד מדברי מבקש המקלט ומצד שני, מבטיח את זכות הייצוג של מבקש המקלט.

לא למותר לציין כי ראוי וניתן היה לשקול מודל משמעותי יותר של השתתפות עורכי-הדין בהליך ואף דרישה כי הייצוג ימומן על-ידי המדינה, כפי שמקובל במדינות אחרות וכפי שנטען על-ידי ארגונים ומלומדים כי ראוי כי ייעשה לאור העובדה כי הליכי המקלט עוסקים בזכות לחיים. העותרים יותירו נושא זה לעת אחרת.

ראו נא: Mills, John R.; Echemendia, Kristen M.; and Yale-Loehr, Stephen: "Death is Different" and a Refugee's Right to Counsel" (2008). *Cornell Law School Working Papers*. Paper 44. http://scholarship.law.cornell.edu/clsops_papers/44

ההנחייה פוגעת במבקשי המקלט במידה שהיא מעבר לנדרש. אין היא מוסיפה דבר וחצי דבר ליכולת ההתרשמות הבלתי אמצעית של הפקיד ומצד שני, פוגעת בזכות הייצוג ומעקרת אותה מתוכן. יודגש כי עו"ד בלס לא אחז בכל נימוק אחר להגבלת זכות הייצוג.

89. מבחן-המשנה השלישי במבחן המידתיות דורש כי פגיעת האמצעי הנבחר בזכות היסוד תקיים יחס פרופורציונאלי לתועלת הצומחת ממנה. כפי שעולה מן הדיון עד כה מתקשים העותרים לראות את התועלת שתצמח מהדרת עורכי-הדין מן הריאיון. הדרת עורכי-הדין אולי מאפשרת לפקידים לאיים מעת לעת על הפונים ולהטיל אימה בליבם, שכן איש לא יידע את אשר התרחש מאחורי דלת חדר הריאיונות הסגורה, אולם, כמובן, לא לתועלת מכוון מבחן המידתיות. כפי שנטען לעיל, הדרת נציגים משפטיים תגרום לשורה של תוצאות בלתי רצויות ובהן פגיעה בשקיפות ההליכים ובאיכותם ופגיעה באמון מבקש המקלט בהוגנות ההליכים כנגד כל אלה לא עומד שיפור משמעותי ביכולת ה"התרשמות האישית שלא באמצעות מתווכים".

האם ניתן לרפא את הפגם על-ידי נוכחות נציגים בריאיונות ה-RSD?

90. בדיונים שנערכו בעל-פה עם נציגים שונים של המשיבים הועלתה הטענה כי ממילא הליכי הרישום הינם טכניים ואילו החלק המכריע של הליכי המקלט נמצא בשלב ה-RSD. קו מחשבה זה עלול להוביל למסקנה המוטעית כי די בנוכחות עורכת הדין בשלב השני של ההליכים (ריאיון ה-RSD) כדי לרפא את הפגם.

ראשית, יש לומר כי היום מונע המשיב מס' 1 את נוכחות באי-כחם של מבקשי מקלט גם בריאיונות ה-RSD שנערכים למרשיהם. יתרה מזאת - כפי שמסתבר מתשובתו של מר חיים אפרים מיום 6.8.09 קביעתה של "יחידת תישאול המסתננים" אודות נתינותו של מבקש המקלט היא "ודאית" וסופית (ראו נספח ע/37 לעיל). יחידת ה-RSD לא תהווה ערכאת ערעור עליה. התוצאה כפי שתוארה לעיל, היא כי בפועל מהווה החלטת "יחידת תישאול המסתננים" אודות נתינותו של אדם, את התחנה היחידה והאחרונה של מבקשי מקלט רבים. מרגע שקבעה שאין ביכולתה לזהות את נתינותם כסודנית או אריתראית, הם נותרים ללא תיעוד מתאים לשהייה בישראל, עלולים להיעצר ואין הם יכולים עוד להגיש בקשה למקלט, אלא אם יטענו כי הם בני נתינות אחרת (שהיא כדברי מר אפרים "זהותם האמיתית").

91. יתרה מזאת, אפילו היו המשיבים מודיעים כעת על יצירת ערכאת ערעור כלשהיא על "קביעותיה הוודאיות" של "יחידת תישאול המסתננים", לא היו סבורים העותרים כי נוכחות עו"ד בשלב הערעור מרפאת את הפגם של איון הזכות בשלב הראשוני. מחקרם של פרופ' דניאל כהנמן ועמוס טברסקי (מחקר שזיכה את פרופ' כהנמן בפרס נובל לכלכלה) העוסק בשיפוט ובקבלת החלטות, כחלק מהמחקר ההתנהגותי של הליך השפיטה, מלמד כי אנשים נוטים להיאחז בהחלטתם הראשונית וכל מה שיבוא אחריה ייבחן לאורה, במטרה להצדיקה (דניאל כהנמן ועמיתים, רצינוליות, הוגנות, עושר, עורכת: מיה בר-הלל, 2005, הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, עמ' 94). פרופ' כהנמן טוען כי אחת ההשלכות של 'שנאת ההפסד' היא נטייתם של אנשים להתחפר בעמדתם הראשונית.

92. עקרון זה מוכר גם במשפט ומכתוב למשל כי הזכות לשימוע תינתן בעיתוי מוקדם ולא לאחר קבלת ההחלטה, כפי שהבהיר לאחרונה כב' השופט רובינשטיין:

זכות הטיעון הוגדרה, בלא מעט מקרים בעבר, ועוד מימים ימימה, כזכות הכוללת גם יסוד של עיתוי מוקדם... דעת לנבון נקל, כי כיון שהשימוע, במהותו, נועד להשפיע על החלטה – דרך המלך היא עריכת שימוע מוקדם, בטרם החלטה... דבר זה גם מעוגן בשכל ישר ובניסיון בני אנוש. קיימים הבדלים של ממש בין שימוע מוקדם לשימוע מאוחר, הן במישור ההגנה על הפרט והן במישור היעילות המינהלית... בשימוע מאוחר אין ניתנת לנפגע "הזדמנות הוגנת", שהיא עיקר מהותה של זכות

הטיעון, כיון שמצב הדברים נוטה כבר לרעתו: לפניו המשימה לשנות את עמדת הרשות לאחר שכבר נתגבשה, ופעמים אף שניתן לה פומבי, והדבר אינו פשוט מטבע האנוש. מעבר לכך, שימוע מאוחר פוגם גם במראית פני הצדק, ובכך עלול לפגוע באמון הציבור ברשות... בנוסף, מדיניות המאפשרת זכות טיעון מאוחרת בלבד בצורת השגת הפרט על ההחלטה יש בה מעין "העברת הנטל" של חובת השימוע מכתפי הרשות לכתפי הפרט: חובת השימוע אינה מוטלת כביכול עוד על הרשות, אלא תלוייה בהתעקשות הנפגע להשיג על ההחלטה בעניינו, מה שעלול להביא אצל חלק מן האנשים לויתור מתוך פסימיות וחוסר אמונה ביכולת לשנות... עע"ם 1038/08, 7493/08 **מדינת ישראל נגד חסין ועאביץ** פסק-דין מיום 11.8.09, בפסקה כ"ו).

לא ניתן להקביל בין הליך מקלט לחקירה משטרתית

93. טענה נוספת אשר נשמעה בדיונים עם המשיבים היא כי כשם שעורכי-דין אינם מורשים להיות נוכחים בחקירת מרשיהם החשודים בביצועה של עבירה על-ידי המשטרה, כך אין הם רשאים להיות נוכחים בריאיונות במסגרת הליכי המקלט.

העותרים מבקשי להבהיר כי הם דוחים מכל וכל את ההקבלה בין הליכי מקלט והליכי חקירה משטרתיים. מבקשי מקלט אינם חשודים בביצוען של עבירות פליליות, הם מתייצבים מיוזמתם בפני הרשות ומבקשים הגנתה. נראה כי חלק גדול מעיוותיה של מערכת המקלט הישראלית, אשר עודה בחיתוליה, אכן נובע מחשדנות כלפי מבקשי המקלט וראייתם כציבור של עבריינים (השקפת עולם זו באה לידי ביטוי בביטוי "מסתננים" שנוקט משרד הפנים כדי לתאר את מבקשי המקלט).

94. כיום אין המשפט הישראלי מכיר בזכותו של חשוד להיחקר במשטרה בנוכחות עורך דינו, אולם יודגש כי אין כל יסוד מהותני בחקירה משטרתית שמחייב הדרת עורכי-הדין ממנה – כך למשל הוכרה זכותם חשודים לייצוג במהלך החקירה המשטרתית בבריטניה, בארה"ב ובקנדה. על החקיקה הישראלית שהותירה עמימות שאיפשרה הדרת עורכי-דין מחדרי החקירות נמתחה ביקורת. ראו נא: יאיר תירוש, "הזכות לייצוג משפטי בחקירה - כללי הצייד במבחן המשפט המשווה" **משפט וצבא** 14, התש"ס-2000, 91, בעמ' 139-140).

95. מכל מקום ברי כי להדרת עורכי-הדין מן החקירה הפלילית יש רציונלים יחודיים להליך הפלילי, אשר אינם חלים בעניינו. על שני הרציונלים המרכזיים, של דחיפות ההליך ו"סטריליות" ההליך, עומד יאיר תירוש במאמרו הנ"ל (בעמ' 96):

יסוד הדחיפות משמעו היעדר האפשרות להמתין לנוכחות ולייצוג משפטי של הנחקר בשל הסכנה שבינתים תעלמנה או תועלמנה הראיות. יסוד זה מתחזק במידה שמדובר במערכת עבירות הנמצאות בתהליכי

ביצוע, בהן קיים חשש שהשותפים לעבירה שטרם נעצרו ימשיכו במעשיהם הפליליים.

יסוד "הסטריליות" מתבסס על הצורך למנוע דליפת אינפורמציה באמצעות הסניגור אל העולם החיצוני. דליפה זו של אינפורמציה עלולה לגרור העלמת ראיות, בידוי ראיות ותיאום מהלכים בין הנאשם לשותפים ולעדים פוטנציאליים.

מתיאור קצר זה עולה כי הרציונלים ששימשו בסיס להדיר עורכי-דין מחדרי החקירות במשפט הפלילי אינם חלים בענייננו: אין דחיפות בעריכת ריאיון עם מבקשי מקלט המקבילה לדחיפות החקירה הפלילית שלעתים קרובות נדרשת כדי למנוע פשע נוסף או פגיעה באזרחים. מבקשי המקלט המתייצבים מיוזמתם בפני הרשות, ולעיתים קרובות נדחים בלך ושוב (על פני מספר חודשים) בגלל לוח הזמנים של יחידת התישואול. יצויין כי נציבות האו"ם לפליטים אכן נוהגת לתאם את מועדי הריאיונות, מבעוד מועד, עם עורכי-הדין. באותה מידה אין הליכי מקלט מתאפיינים ב"סטריליות" המחייבת ניתוקן של מבקשי המקלט מן העולם החיצון והדברים ברורים ופשוטים.

96. למעלה מן הצורך יצויין כי כבר בשנת 1994 המליצה הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר בראשות השופט גולדברג "לפתוח את חדרי החקירה לעורכי דין כבר מן השלב הראשון של החקירה (ובכלל זה שלב התישואול) כשהחקירה אינה מתועדת בהסרטה וידאו" (דין וחשבון הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר, ירושלים, דצמבר 1994 בעמ' 27). ועדת גולדברג נימקה את המלצתה בצורך "להרתיע חוקרים מפני מעשים אסורים, להבטיח את אמון הציבור בשלב זה של אכיפת החוק, ולחזק את יכולתו של בית המשפט לקבוע ממצאים מבוססים".

הזכות לייצוג בהליכי מקלט בדין הבינלאומי ובמדינות שונות

97. ניתן להצביע על שלושה מקורות עיוניים שונים לזכות להליך הוגן בהליכי מקלט, ממנה גם נובעת זכות הייצוג:

א. עקרונות הדיון ההוגן של ה-Common law;

ב. חוקים וחוקות מדינתיות המעגנות את הזכות להליך הוגן;

ג. דיני המשפט הבינלאומי.

לא למותר לשוב ולהזכיר כי בלי תלות במקור העיוני להוגנות ההליכים, העובדה שהליכי מקלט עוסקים בזכויות החשובות מכל: הזכות לחיים, הזכות לחירות והזכות לשלמות הגוף ולחופש מעינויים ומרדיפות, מחייבת הקפדה דווקנית על כל תו ותו.

98. הזכות לשמיעה הוגנת הוכרה במשפט הישראלי מימים ימימה והתבססה על כללי הצדק הטבעי של ה-Common law. בפס"ד 3/58 ברמן נגד שר הפנים פ"ד יב 1493, 1508 קבע בית המשפט מפי כב' השופט זילברג :
"לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי – אפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנת לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו מפני הפגיעה העתידה."

בפסק-דינו של בית משפט נכבד זה בעע"ם 1038/08, 7493/08 **מדינת ישראל נגד חסין געאביץ** (פסק דין מיום 11.8.2009), תיאר כב' השופט רובינשטיין את התפתחות העקרון ואת העובדה שהוא חל כיום על כל אדם, ולא דווקא על אזרחים (בפסקה י"ט לפסק-דינו). אמנם כב' השופט רובינשטיין צמצם תחולת פסק-דינו למבקשים בהליכי איחוד משפחות, אולם כפי שהעירה כב' הנשיאה בייניש מדי יום באות בפני בתי המשפט בקשותיהם של זרים בהקשרים שונים, ובעידן של מודעות גוברת לזכויות האדם, משתנה מערכת האיזונים בהתאם לעניין. כדוגמא לכך נביא בהמשך הדברים את פסק-דינו של בית המשפט העליון הקנדי, שקבע כבר בשנת 1985 כי זכותו של מבקש מקלט להליך הוגן מעוגנת בצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות משנת 1982.

99. באשר לצורת השימוע קבע כב' השופט רובינשטיין בפרשת געאביץ כי יש להרשות לאדם להישמע גם באמצעות בא כוח :
...זכות הטיעון יכולה ללבוש צורות שונות... השכל הישר מעדיף אפשרות של שילוב – הנחת תשתית כתובה והשלמתה בשימוע בעל פה, המאפשר גם להתרשם מן האדם עצמו ולשאול שאלות העולות מן הכתוב. התשתית הכתובה מחייבת אדם גם לערוך כדבעי את טענותיו תוך אחריות והקפדה, וזאת גם באמצעות בא כח" (בפסקה ל' לפסק-הדין).

100. שיטת המשפט הקנדית היא דוגמא מעניינת להתפתחות הזכות להליך הוגן למבקשי מקלט תוך הישענות על החוקה הפנימית: קו פרשת המים היה פסק-דינו של בית המשפט העליון הקנדי בפרשת Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration [1985] 1 S.C.R 177. בית המשפט קבע כי מבקש מקלט הנמצא בקנדה ומגיש בקשה למקלט שנמצאת בהליך בירור זכאי להגנת סעיף 7 לצ'רטר הקנדי שעניינו הזכות להליך הוגן, זאת מאחר ודחיית הבקשה עלולה לחשוף מבקש מקלט לסכנת פגיעה גופית או סבל או לשלילת הבטחון האישי. סעיף 7 לצ'רטר קובע כדלקמן:

Everyone has the right to life, liberty and security of the person
and the right not to be deprived thereof except in accordance
with the principles of fundamental justice.

בהקשר של בקשות מקלט קבע בית המשפט הקנדי בפרשת Singh כי ה"צדק הבסיסי" מחייב ליתן למבקשי מקלט זכות שמיעה מהותית ולא להסתפק רק בבקשה כתובה ובפרוטוקול של ההחלטה שאינו מאפשר למבקש המקלט להבין ולהשיב על המידע והמדיניות של הרשות בדחותה את הבקשה.

101. בעקבות פסק-הדין עברה מערכת המקלט הקנדית רפורמה מקיפה וכיום היא נחשבת לאחת ממערכות מקלט המורכבות והמתקדמות בעולם. לא למותר לציין כי **ייצוג אקטיבי** (להבדיל ממודל הייצוג הפאסיבי הנהוג בנציבות האו"ם לפליטים והמתבקש במסגרת עתירה זו) הוא אחת מאבני היסוד של המערכת הקנדית ומלומדים מעירים כי יש לזקוף חלק מהישגי המערכת למעורבותם של עורכי-הדין בפיתוחה:

The presence of such a strong body of representatives has no doubt contributed to the advancement of Canadian refugee law and has resulted in a more complex and nuanced jurisprudence that could not have been developed without them.

Baglay O., Jones M. **Refugee Law**, Irwin Law 2007, p. 265

102. מקור אפשרי נוסף לזכות להליך הוגן ימצא כאמור, במשפט הבינלאומי. Manfred Nowak בפרשנותו לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, הציע את סעיף 13 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות כמקור אפשרי להגנה על הזכות להליך הוגן של מבקשי מקלט. הסעיף קובע:

An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled there from only in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, **and be represented for the purpose** before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority (emphasis added).

מבקשי מקלט הפונים ומגישים בקשה למקלט מוכרים כמי ששוהים כדין בשטחה של המדינה. כך למשל מסתמך ד"ר Nowak על החלטה של ועדת זכויות האדם שקבעה שמבקשת מקלט שקיבלה רישיון ישיבה מן הרשויות בשבדיה עד לתום הליכי בירור בקשתה, באה בגדר סעיף 13 לאמנה, שכן יש לראותה כמי ששוהה כדין בשבדיה.

Nowak M, UN Convention on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, N.P.Engel, Publisher, Kehl, Strasbourg, Arlington, [1993] p. 224.

103. גם סעיף 14(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות מהווה מקור אפשרי לזכות להליך הוגן :

All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law...

גדר הספק הוא האם הביטוי "suit of law" חל גם בהליכים מנהליים. המלומד Gerald P. Heckman נסמך על החלטותיה של הועדה לזכויות אדם, למשל, כי הסעיף חל על דיון בפני ועדה אדמיניסטרטיבית לענייני פנסיה, כדי לענות על שאלה זו בחיוב. Heckman G. P., "Securing Procedural Safeguards for Asylum Seekers in Canadian Law: An Expanding Role for International Human Rights Law?", **International Journal of Refugee Law**, 2003, vol. 15 (2) p. 212, 226-227.

104. סעיף 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, הוא סעיף איסור ההפלייה, עשוי גם הוא להיות מקור לזכויות וחובות פרוצדוראליות. הסעיף אוסר על הפלייה הנובעת מבסיסים שונים. ועדת זכויות האדם קבעה כי הפלייה על בסיס נתינות אסורה. Heckman טוען במאמרו הנ"ל כי יש הבחנות שהן ממין העניין - כמו למשל טיפול שונה במעברי גבול, אולם הבחנות בהגנות פרוצדוראליות, דוגמת הנגישות לבתי-משפט עשויות להיות פסולות (בעמ' 227-228). לא למותר לציין כי סעיף 16(1) לאמנת הפליטים קובע במפורש כי פליטים ייהנו מזכות גישה לערכאות בכל מדינה החברה באמנה.

105. כפי שצויין לעיל, מכירות מדינות רבות בזכות הייצוג של מבקשי מקלט על-ידי נציגים (רשימה חלקית כוללת את ארצות הברית, קנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד, בריטניה, גרמניה, צרפת, בלגיה ועוד). בחלקן ממומן הייצוג, לפחות בחלק מן ההליכים, על-ידי המדינה (הדוגמאות שנזכרו במהלך הדיון כוללות את בריטניה, גרמניה וקנדה).

106. במסגרת הליכי ההרמוניזציה של האיחוד האירופאי נעשתה בשנת 2005 דירקטיבה בנושא **כללי מינימום** לפרוצדורות בנושא מתן מעמד פליט ושלילתו :

Council Directive 2008/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status Found at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:EN:PDF> (last visited 18/8/09).

סעיפים 15-16 לדירקטיבה מסדירים את נושא הייצוג המשפטי כדלקמן :

א. מבקשי מקלט זכאיים לייצוג משפטי על חשבונם בהליכים בערכאה הראשונה (ס' 15(1)).

ב. אם נדחתה בקשת המקלט, יבטיחו המדינות החברות ייצוג משפטי על חשבון המדינה בהליכי הערעור, יחד עם זאת, הותר להגביל זכות זו ולהעניקה רק בפני טריבונלים מסויימים או בכפוף למבחני זכאות כלכלית וכיו"ב (סעיפים 15 (2)-(3)).

ג. נקבעה החובה לאפשר לנציג המשפטי (עו"ד או נציג אחר) נגישות למידע עליו נסמכות הרשויות, אלא אם קיימים נימוקים של בטחון לאומי להגבלת הגישה למידע (סעיף 16 (1)).

ד. נקבעה החובה לאפשר לנציג המשפטי גישה אל המקומות בהם מוחזקים מבקשי מקלט (כמו מתקני מעצר או transit zones) (סעיף 16(2)).

ה. נקבע כי יש להסדיר בכללים את נוכחות הנציגים המשפטיים בכל הראיונות של מבקשי המקלט וביתר פירוט (סעיף 16 (3)-(4)):

Member States may provide rules covering the presence of legal advisers or other counselors at all interviews in the procedure, without prejudice to this Article or to Article 17(1)(B).

Member States may provide that the applicant is allowed to bring with him/her to the personal interview a legal adviser or other counselor admitted or permitted as such under national law.

Member States may require the presence of the applicant at the personal interview, even if he/she is represented under the terms of national law by such a legal advisor or counselor and may require the applicant to respond in person to the questions asked.

The absence of a legal advisor or other counselor shall not prevent the competent authority from conducting the personal interview with the applicant.

ו. לגבי קטינים נקבע כי יש להבטיח את הייצוג וכן יש להרשות נוכחות הנציג המשפטי בראיונות שנערכים עם הקטין, להרשות לו לשאול שאלות או להעיר הערות (סעיף 17(b)).

בכללים אלה, המהווים כאמור, כללי מינימום, אין חידוש רב ולמעשה הם עוקבים אחר הפרקטיקה במדינות רבות, אשר הכירו כבר בחקיקתן הפנימית בזכות הייצוג על-ידי עורכי-דין או על-ידי נציגים שאינם עו"ד בכל שלבי ההליך (לעתים במימון המדינה), לרבות הנוכחות בראיונות. להלן נביא כדוגמא את הכללים בבריטניה.

107. **בריטניה:** נוכחותם של עורכי-דין של מבקשי מקלט במהלך הראיונות הנערכים

למבקשי מקלט מותרת. בפרסומים הרשמיים של ה-UK Border Agency נאמר כי תפקידו של היועץ המשפטי בריאיון הוא לצפות בריאיון ולהבטיח כי הליך הראיון מובן למרשו. עורכי הדין אינם רשאים להשיב לשאלות שנשאלו מרשיהם, עם זאת, מותר להם להגיב אודות הראיון בסיומו.

כללים מפורטים אודות אופן עריכת ראיונות ה-RSD לרבות נוכחות נציגים משפטיים נמצאים באתר משרד הפנים הבריטי בכתובת הבאה:

108. סוגייה מעניינת התעוררה בשנת 2005 לאחר קיצוץ בסיוע המשפטי שניתן למבקשי מקלט, אשר גרם לכך שהממשלה חדלה לממן נוכחותם של עורכי-הדין והמתורגמנים מטעמו של המבקש בריאיונות המקלט (כמובן זכותו של מבקש מקלט לנציג מלווה נותרה בעינה, אולם נטל המימון הושת עליו). בעקבות הקיצוץ הוגשה עתירה לבית המשפט לערעורים של אנגליה וויילס ובה נטען כי נוכחות עורכי-הדין בראיון היוותה בטוחה דיונית חשובה כדי להבטיח כי הראיון התנהל כשורה וכי הפרוטוקול שנרשם משקף נכונה את הדברים. בעתירה נטען כי לראיון היתה חשיבות קריטית בבירור בקשות המקלט לרבות בהליך הערעור. מרגע שצומצמה נוכחות עורכי-הדין בריאיונות, נטען כי יש להקליט את הראיונות, כאמצעי חלופי לנוכחות עורכי-הדין בריאיונות, אשר יבטיח תיעוד מדויק של מה שנאמר במהלכם. העותרים טענו כי מבקש מקלט שאינו דובר אנגלית לא יוכל לקרוא ולאשר את הפרוטוקול שיצר פקיד המקלט.

העתירה התקבלה פה אחד. בית המשפט מפי כב' השופט Latham הסביר כי הראיון מהווה רכיב קריטי של הליך המקלט והפרוטוקול שלו נערך על-ידי פקיד המדינה. לפיכך ההגינות מחייבת ליתן ביד מבקש המקלט אפשרות מתאימה לאמת/או לתקוף את מידת דיוק הדברים שנרשמו. בית המשפט ראה בנוכחות נציג מלווה או מתורגמן מטעמו של מבקש המקלט בעת הראיון חשיבות דיונית רבה:

...The presence of the representative or the interpreter provided a real, practical safeguard against faulty interpreting or inadequate or inaccurate record keeping, and sufficiently protected the applicant's interests to ensure the requisite standards of fairness.

Dirsh v. Secretary of the State for the Home Department [2005]
EWCA Civ 421, judgment dated April 20, 2005, para. 18.

לפיכך, במציאות בה קיצוצים כלכליים גרמו לכך שנציגים משפטיים ומתורגמנים מטעמו של מבקש המקלט לא יכלו עוד להשתתף בריאיון, נקבע כי יש להקליטו. הוראה מתאימה שולבה בנהלי העבודה של ה-UK Border Agency.

109. בכ-80 מדינות מבצעת נציבות האו"ם לפליטים את הליכי ה-RSD במקום המדינה. הנציבות פועלת במקומה של המדינה כאשר זו אינה רוצה או אינה מסוגלת לבצע את ההליכים בעצמה (כאמור עד לאחרונה היתה גם מדינת ישראל חברה ב'מועדון' זה). כפי שתואר לעיל, הליכי המקלט בנציבות האו"ם לפליטים מאפשרים לנציג מלווה מטעמו של מבקש המקלט (שיכול גם להיות אדם שאינו עורך דין) להיות נוכח, נוכחות פאסיבית בראיון המקלט. הנציג רשאי לומר הערות סיכום בסוף הראיון ומותר לו להתערב במהלך הראיון רק מקום שיש חשש כי ללא התערבות ייפול פגם שלא ניתן

יהיה לתקנו במסגרת הערות הסיכום. בשנת 2008 נערך מחקר ב-9 מדינות בהן פועלת הנציבות, אשר בחן את המידה בה מקיימת הנציבות את כלליה הפרוצדורליים החלים בנושא בירור בקשות מקלט. להלן הממצאים לגבי מימוש הזכות לייצוג משפטי:

קמבודיה: נציבות האו"ם לפליטים מקבלת בקשות בכתב מאת עורכי-דין אולם מתנה את נוכחותם בראיונות באישור מאת משרד החוץ הקמבודי. הנציבות תירצה פרקטיקה זו בכל שהיא מבקשת לכבד את ריבונות המדינה, אשר נציגיה משתתפים בראיונות. עורכי-המחקר מתחו ביקורת על עמדה זו, שכן הראיונות נערכים על-ידי הנציבות, במשרדה, והנציבות נהנית מחסינות.

מצרים: הזכות לייצוג משפטי, בין על-ידי עורך-דין ובין על-ידי נציג שאינו עורך דין, כפי שנקבעה בכללי נציבות האו"ם לפליטים מיושמת באופן מלא.

הונג-קונג: יישום חלקי בלבד של כללי הפרוצדורה של הנציבות באשר הנוכחות בראיונות מוגבלת רק לעורכי-דין מורשים. יחד עם זאת, הנציבות חרגה מכלל זה כאשר מבקש המקלט היה קטין לא מלווה.

קניה: הזכות לייצוג משפטי, בין על-ידי עורך-דין ובין על-ידי נציג שאינו עורך דין, כפי שנקבעה בכללי נציבות האו"ם לפליטים מיושמת באופן מלא.

לבנון: הזכות לייצוג משפטי, בין על-ידי עורך-דין ובין על-ידי נציג שאינו עורך דין, כפי שנקבעה בכללי נציבות האו"ם לפליטים מיושמת באופן מלא.

תאילנד: הזכות לייצוג משפטי, בין על-ידי עורך-דין ובין על-ידי נציג שאינו עורך דין, כפי שנקבעה בכללי נציבות האו"ם לפליטים מיושמת באופן מלא.

טורקיה: הזכות לייצוג משפטי, בין על-ידי עורך-דין ובין על-ידי נציג שאינו עורך דין, כפי שנקבעה בכללי נציבות האו"ם לפליטים מיושמת באופן מלא.

Asylum Access, "No Margin for Error – Monitoring the fairness of refugee status determination procedures at selected UNHCR field offices in 2007, June 2008, found at:

http://www.rsdwatch.org/index_files/Page397.htm (last visited 17.8.09).

סיכום

110. הזכות המתבקשת בעתירה זו אינה חדשה במשפטנו. כפי שתואר בהרחבה, זכותו של אדם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין או על-ידי נציג מלווה בהליכים שעורכת הרשות לגביו ואשר עלולים להביא לפגיעה בזכויותיו, מוכרת ומעוגנת היטב במשפט הישראלי. הזכות לייצוג, הוכרה עד היום על-ידי המשיבים בהליכים שנערכים מכח חוק הכניסה לישראל ונוכחותם של עורכי-דין או של מלווים שאינם עורכי-דין בשימועים שנערכים בלשכות מינהל האוכלוסין בכל רחבי הארץ היא חזיון נפוץ.

111. אין אלא להתפלא על כי דווקא בהליכי מקלט, הליכים שהכרעתם היא של חיים ומוות, וביחס למבקשי מקלט, אשר אינם דוברים את השפה ואינם מכירים את חוקי המקום, החליטו המשיבים להגביל את הזכות. הגבלה זו, אשר באה לעולם במכתב קצר שיצא

ממשרדו של המשיב מס' 2, אינה עומדת במבחנים הפרוצדורליים הנדרשים עת מבקשת רשות ציבורית לפגוע או להגביל זכות יסוד. ההגבלה אינה סבירה ואינה עומדת במבחנים המהותיים שנקבעו לכך.

112. במדינות רבות ברחבי העולם מותרת נוכחותם של עורכי-הדין בחדרי-הראיונות שנערכים למבקשי מקלט. עד לאחרונה היה הדבר מותר ומקובל גם בהליכי המקלט שנערכו בישראל. בית משפט נכבד זה מתבקש איפוא, להוות מגן למבקשי המקלט ולהורות כי כל הליכי המקלט בישראל יתנהלו לפי אמות המידה המקובלות של המשפט המינהלי הישראלי, לרבות ההקפדה על זכות הטיעון וזכות הייצוג במלואה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להזמין את המשיבים ליתן את תשובתם, אם רצונם בכך, ולאחר הוצאת צו על תנאי, לעשות את הצו למוחלט וכן להורות על פסיקת הוצאות המשפט ושכר-טרחת עורכי-דין לעותרים.

עתירה זו נתמכת בתצהירה של הח"מ בהתאם להלכת בג"צ 460/75 **הס נגד הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים**, פ"ד ל(2)287 הקובעת כי אין מניעה שתצהיר המאמת את העובדות יינתן על-ידי עורך הדין עצמו כאשר העובדות עליהן מבוססת העתירה הן בידיעתו האישית של עורך-הדין.

ענת בן-דור, עו"ד*
ב"כ העותרים

9.11.2009

*עתירה זו נכתבה בסיועם של הגב' מרים קוגן ומר קובי פנחס, מן התכנית לזכויות פליטים באוניברסיטת תל-אביב