

העותרים:
1. **עידן מולדבסקי, עו"ד, ת"ז 311484950, מ"ר 86397**
מרח' ריב"ל 18, תל-אביב – יפו, נייד: 054-3153352
2. **המוקד לפליטים ולמהגרים, ע"ר 580333094**
מרח' הצפירה 18, תל אביב 6777920
טל': 03-5602530; פקס: 03-6844812
3. **היא"ס ישראל, ח"פ 520017799**
מרח' צייטלין 1, תל אביב 6495601
טלפון: 03-6911322; פקס: 03-6091336
כולם ע"י ב"כ עו"ד עידן מולדבסקי
נייד: 054-3153352, פקס: 077-4448978,
מרח' ריב"ל 18, תל-אביב – יפו, idan@moldavski.law

- נגד -

המשיבה: מדינת ישראל – משרד הפנים

עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה מינהלית המופנית נגד "נוהל הוצאת צווי הרחקה ומשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" (נוהל מס' 10.3.0001) של המשיבה [להלן: "הנוהל"] ונגד החלטת המשיבה מיום 5.12.2023 (שנמסרה באותו יום), במענה לפנייתו של עותר 1 [להלן: "העותר"] מיום 2.4.2023, במסגרתה סירבה המשיבה לבקשתו של העותר לבטל את סעיף ד.5.2. לנוהל – האוסר על הקלטה חזותית-קולית של ראיונות שנערכים לאזרחים זרים במתקני רשות האוכלוסין, וכן על תיעוד השימוע בכתב באמצעות מחשב.¹

במסגרת עתירה זו, בית המשפט הנכבד יתבקש לבטל את סעיף ד.5.2. לנוהל, להצהיר כי לזרים ולמייצגיהם מותר להקליט את השימועים והראיונות הנערכים להם על ידי רשות האוכלוסין ואו להורות למשיבה להקליט מיוזמתה את השימועים והראיונות שעורכת.

- I. המותב המוסמך לדון בעתירה הוא מותב דן יחיד, בהתאם לסעיף 4(א) לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000.
- II. האגרה שיש לשלם עם הבאת ההליך היא 2,196 ₪, בהתאם לפרט 20 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007.
- III. הסמכות העניינית של בית המשפט הנכבד לדון בעתירה נובעת מהוראות פרטים 12(1), 12(9) ו-12(10) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, תש"ס-2000, ונוכח העובדה שלבית הדין לעררים אין סמכות לדון בעניין בהיעדר אדם "הרואה את עצמו נפגע מהחלטה של רשות בענייניו". הסמכות המקומית של בית המשפט הנכבד נובעת מתקנה 2(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), תשס"א-2000, נוכח העובדה שהמענה שנתקבל הוא ממינהל אכיפה וזרים של המשיבה, היושב ברמלה.

IV. בין עותר 1 למשיבה תלויה ועומדת עת"מ 09-23-44402, אולם היא עוסקת בנושא אחר.

א' החלטת המשיבה מיום 5.12.2023 מצ"ב ומסומנת **נספח א'**;

ב' נוהל הוצאת צווי הרחקה ומשמורת לפי חוק הכניסה לישראל מצ"ב ומסומן **נספח ב'**;

¹ "ממונה ביקורת הגבולות יבהיר לעורך דין המייצג את השוהה שלא כדן או לכל גורם אחר כי אין אישור להכנסת אמצעים דיגיטליים (מצלמות, מחשבים ניידים וכו') לצורך תיעוד מהלך השימוע. יחד עם זאת, עורך הדין רשאי לנהל תרשומת בכתב יד של מהלך השימוע"

א. פתח דבר

1. עותר 1, הוא עידן מולדבסקי, עורך-דין פרטי, העוסק רבות בתחום ההגירה והסדרת המעמד בישראל.
2. עותרת 2, המוקד לפליטים ולמהגרים, היא עמותה רשומה אשר נוסדה בשנת 1998 [ורשומה משנת 1999], ופועלת מזה 25 שנה להגנה על זכויותיהם של מבקשי מקלט, מהגרים וקורבנות סחר בבני אדם, ביניהם מהגרים העומדים בפני הרחקה מישראל.
3. עותרת 3, היא"ס ישראל, היא הסניף הישראלי של ארגון יהודי בינלאומי ללא מטרות רווח, הפועל סביב העולם כדי להגן על פליטים שנאלצו להמלט ממולדתם בגלל מי שהם, לרבות מי שנרדף על רקע אתני, דתי ומגדרי. מאז היווסדו בשנת 1881 סייע היא"ס ללמעלה מ-4.5 מליון בני אדם לבנות מחדש את חייהם בכבוד ובבטחה. כיום פועל הארגון ב-22 מדינות על פני חמש יבשות.
4. המשיבה היא מדינת ישראל – משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה, ובפרט מינהל אכיפה וזרים שברשות האוכלוסין. מינהל אכיפה וזרים ממונה על הסדרת מעמדם החוקי של הזרים השוהים במדינה, בכלל זה, אכיפה של החוקים ביחס לשהות ותעסוקת זרים, בהתאם למדיניות הממשלה ומערכת החוקים והתקנות המסורים לסמכות הרשות, ובכלל זאת אכיפת שהייה בלתי חוקית של זרים והוצאתם מהארץ וכן טיפול בסוגיית ה-"מסתננים" ומבקשי המקלט.
5. המשיבה מסרבת לאפשר לאזרחים זרים ולעורכי-דין להקליט חזותית או קולית את השימועים שנערכים לאזרחים זרים במתקני האכיפה שלה – שימועים שעל בסיסם מתקבלות החלטות בדבר נקיטה או אי-נקיטה של הליכי אכיפה, מעצר וגירוש נגד אותם אזרחים זרים מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.
6. איסור ההקלטה שהטילה המשיבה נעשה בחוסר סמכות מובהק. למעשה, סבורה המשיבה בשוגג כי דווקא העותר לא הוכיח מקור המתיר לו או לזרים להקליט שימועים. מדובר, אם כן, בקריאה הפוכה של פסק-הדין בבג"ץ 1/49 סלומון שלמה בז'רנו נ' שר-המשטרה (1949), שם נקבע כי: **"מקום שמבקש מתאונן על כך, שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולה מסויימת, אין על המבקש להוכיח, כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך, על הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אסור"** [להלן: **"עניין בז'רנו"**].
7. מעבר להיותו בלתי-חוקי, איסור ההקלטה פוגעני ביותר ופוגע הן באזרחים זרים, הן ביכולתן של ערכאות שיפוטיות לעשות משפט צדק, הן בקיום החובות החלות על עורכי-דין והן באינטרסים של המשיבה עצמה.
 - 7.1. ראשית, מדובר באיסור שפוגע בראש ובראשונה באזרחים זרים שעניינם נשקל על ידי רשות האוכלוסין. איסור ההקלטה פוגע קשות בחירותם ובחופש הביטוי שלהם, ומקפח את זכויותיהם להליך הוגן. האיסור מנציח את פערי הכוחות העצומים בין הזרים למשיבה, ומונע מהזרים את זכותם לתעד את אופן קבלת ההחלטות בעניינם, זאת כאשר החלטות המשיבה נהנות מחזקת תקינות המינהל ביחס להליכים אלה. בפועל, הניסיון מלמד כי פערי הכוחות האמורים מאפשרים התעמרות קשה באזרחים הזרים שאינה מתועדת, כפי שיתואר בהמשך.
 - 7.2. שנית, מדובר באיסור שפוגע ביכולתן של ערכאות הביקורת השיפוטית על המשיבה למלא את תפקידן כהלכה – בכך שהוא מונע מהן תיעוד אובייקטיבי ובלתי-אמצעי של שאירע בשימוע, ושל ההליך שהוביל לקבלת ההחלטה המינהלית. יוזכר שאחד מתפקידיה של הערכאות השיפוטיות

שדנות בעניינו של חסר המעמד שעבר שימוע הוא לבחון אם סמכויות האכיפה שהופעלו כנגדו הופעלו כדין, ואם שיקול דעת גורמי האכיפה הופעל במידתיות ובשוויוניות, בהתאם לקריטריונים ברורים שנקבעו בנהלים ותוך פגיעה מינימלית בזכויות הפרט. מדובר בשאלות המשליכות על ההצדקה להוצאת צו משמורת, כפי שאישר בית המשפט הנכבד בעמ"נ (מינהליים מרכז) 64729-06-21 אונו נ' מדינת ישראל - משרד הפנים (15.08.2021).

7.3. שלישית, מדובר באיסור שפוגע ביכולתו של העותר למלא נאמנה את חובותיו כלפי מרשיו ופוגע ביכולתו של העותר למלא את חובתו לסייע לבית המשפט להגיע לגילוי אמת ולעשיית צדק.

7.4. רביעית, מדובר באיסור הפוגע אף באינטרסים של המשיבה. הקלטות יכולות לשמש כראייה חזקה לפתרון סכסוכים, ככלי הכשרה יעיל לפקידי הגירה חדשים ולעזור להם להבין את הניואנסים של האופן בו יש לערוך ראיונות בהוגנות וביעילות, וכן ככלי מדידה, ניטור והערכה ביחס לביצועים של פקידי ההגירה.

8. על כן, במסגרת עתירה זו, יתבקש בית המשפט הנכבד לחזור בפני המשיבה על המובן מאליו: לכל אדם יש זכות להקליט את הממשקים שלו מול רשות האוכלוסין, בפרט כאשר מדובר בשימועים טרם קבלת החלטות המשפיעות על חייו וחירותו של אותו אדם – ומוטב אם רשות האוכלוסין אף תעשה זאת מיוזמתה.

ב. הרקע להגשת העתירה

9. הח"מ הוא עורך-דין פרטי בתחום ההגירה והסדרת המעמד בישראל. כחלק מעבודתו, הח"מ מייצג לעתים אזרחים זרים בשימועים בלשכות האכיפה של המשיבה. **מדובר במקומות שבהם מתקבלות החלטות הרות גורל לגבי אזרחים זרים, לרבות ילדים, ביחס לכליאתם במשמורת או הרחקתם מישראל.**

9.1. כן יצוין כי העותר גם מייצג פונים שאינם יכולים לממן לעצמם סיוע משפטי, באמצעות עותרת 3.

10. עותרות 2-3 פועלות להגנה על זכויותיהם של מבקשי מקלט, מהגרים וקרבנות סחר בבני אדם, ביניהם אנשים שעומדים בפני הליכי אכיפה, מעצר והרחקה מישראל. כחלק מפעילותן, העותרות מייצגות ומלוות חסרי מעמד שעוברים שימועים על ידי המשיבה, ופועלת ברמה העקרונית להבטחת שמירה על זכויותיהם. במסגרת זו, מזה מספר שנים עוקבות העותרות אחר היחס של נציגי המשיבה למתייצבים במתקני האכיפה שלה והאופן שבו נערכים בהם שימועים.

11. זמן רב הייתה קיימת אצל המשיבה מדיניות שבעל-פה של איסור הקלטה או צילום בלשכותיה – לרבות איסור על הקלטה או צילום של שימועים שמתנהלים בהם.

11.1. מדיניות זו אינה נתמכת בחקיקה ראשית כלשהי. מדיניות זו אינה נתמכת בתחיקת משנה כלשהי.

11.2. למעשה, מדיניות זו מעולם לא הועלתה על הכתב עד אשר, ביום 26.12.2022, התייצב העותר במתקן על מנת לייצג בו לקוחה, אזרחית רוסיה, שנעצרה בגין שהייה בלתי-חוקית. לא נאריך בדברים, נפנה לתצהיר המצורף כנספח ג', ונאמר שהעותר ביקש להקליט את השימוע שנערך למרשתו, או לכל הפחות לנהל פרוטוקול משלו על גבי מחשבו הנייד, ובסופו של יום נדרש לעזוב את המקום תוך שנמנע ממנו לנכוח בשימוע מרשתו על סמך סירובו לפעול בהתאם למדיניות בלתי-חוקית זו.

11.3. בהמשך לכך, מדיניות איסור ההקלטה עוגנה אך ביום **16.3.2023**, בסעיף ד.2.5 ל-נוהל הוצאת צווי הרחקה ומשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952 [נוהל 10.3.0001, מיום 16.3.2023], שם נקבע כי: **"ממונה ביקורת הגבולות יבהיר לעורך דין המייצג את השוהה שלא כדן או לכל גורם אחר כי אין אישור להכנסת אמצעים דיגיטליים (מצלמות, מחשבים ניידים וכו') לצורך תיעוד מהלך השימוע. יחד עם זאת, עורך הדין רשאי לנהל תרשומת בכתב יד של מהלך השימוע"**.

12. על כן, זמן קצר לאחר ששם לב שהנוהל תוקן [שכן המשיבה מטבע הדברים אינה מפרסמת כי נוהל פלוני עודכן], ביום **2.4.2023** פנה העותר אל המשיבה בבקשה לחדול מאיסור ההקלטה.

ג' פנייה מיום 2.4.2023 מצ"ב ומסומנת נספח ג';

13. ביום **25.4.2023** השיבה גבי אורית שרמי מטעם המשיבה כי הפנייה נמצאת בטיפול ומענה יישלח. תזכורת נשלחה ביום **8.8.2023**, אולם מענה לא נתקבל.

14. משכך, הגיש העותר עתירה מינהלית לבית המשפט הנכבד, בדרישה לקבל מענה לפנייה, היא עת"מ 53166-09-23.

15. ביום **5.12.2023**, שמונה חודשים לאחר פנייתו הראשונה של העותר, ומעל לחודשיים מאז שהוגשה העתירה, ניתנה תשובתה של המשיבה [נספח א' לעיל], והוגשה על ידי העותר בקשה למחיקת העתירה מחמת התייתרותה.

16. בנוסף, כרקע עובדתי לעתירה זו, עומד ניסיון המצטבר ורב השנים של העותרות 2-3 המלמד כי במהלך השימועים שעורכת המשיבה, ובראיונות שונים אותם המשיבה אינה מכנה שימועים על מנת להצדיק אי עריכת פרוטוקול (ולו חלקי) במהלכם, נפגעות לא אחת ובאופן קשה זכויות היסוד של העומדים בפני הרחקה ומעצר – וביניהן הזכות לפרטיות והזכות לכבוד.

16.1. כפי שנראה להלן, עוצמתם של הפגמים היא כה קשה, עד כי היא מערערת את עצם הלגיטימציה והחוקיות של ביצוע שימועים במתכונתם הנוכחית. הנשמעים חשופים לאלימות מילולית קשה מפקידים בלשכה; לאיומי שווא חוזרים בהרחקה או מעצר; לשאילת שאלות בצורה חודרנית או פוגענית; לשלילת הזכות לייצוג; ועוד. בשל העובדה שמדובר באוכלוסייה אשר ככלל נותרת תלויה באותם הפקידים תקופות ממושכות לאחר השימוע – לקבלת רישיון, קביעת ושינוי תנאי שחרור וכיוצ"ב – פונים רבים חוששים להתלונן בשמם כנגד התנהלות זו שמא יתנכלו להם בעתיד, ובפרט כאשר, בשל איסור ההקלטה, אין להם כל אמצעי לגבות את תלונותיהם בראיות.

16.2. יובהר, כי אין מדובר בתופעה חדשה, אלא בפרקטיקה ארוכת שנים, אשר הפכה עבור רבים מחסרי המעמד ומייצגיהם לסימן ההיכר של מתקן האכיפה של המשיבה בבית דגן. בבר"מ 8707/19 לופז נ. **משרד הפנים, רשות האוכלוסין וההגירה** (15.10.2020), הליך שעסק בפגיעה בזכויות של המבקשים שם בשימוע לפני הוצאת צו הרחקה, כבענייננו [להלן: **"עניין לופז"**], הגישה עותרת 2 בקשת להצטרף כידידת בית משפט [להלן: **"בקשת הצטרפות"**].

בקשה זו נסמכה, בין השאר, על מקרי התעמרות קשים של נציגי הרשות באזרחים זרים במסגרת התייצבויות ושימועים במתקן בית דגן, וכן מקרים של תיעוד לקוי של שימועים. בסופו של דבר תחום הדיון בערעור צומצם לסוגיית פרק הזמן ההולם לבאי כוח המייצגים להיערך לשימוע ולעניין קיומו של ראיון בלתי אמצעי לאזרח הזר כחלק מהליך השימוע, ולכן בית המשפט העליון

החליט לדחות את בקשת ההצטרפות בנימוק שטענות העותרת 2 כאן חורגות ממנו. עם זאת, הפגמים בתיעוד השימועים, וההתעמרויות שתוארו בבקשת ההצטרפות מתרחשים גם כיום, ומושפעים באופן מהותי מאיסור ההקלטה שבנדון.

ד' בקשת ההצטרפות ונספחיה מצ"ב ומסומנים נספח ד';

16.3. להלן מצורפות מספר דוגמאות מהשנים האחרונות להתעמרות ולפגיעה החמורה בזכויות של חסרי המעמד במהלך התייצבויות ושימועים שעורכת המשיבה, במחשכי מתקני האכיפה שלה, הרחק מהעין הציבורית וכנגד אוכלוסיה מבין המוחלשות בישראל. כאמור, התנהלות זו לא מתועדת – לא בצילום, לא בהקלטה קולית ולרוב גם לא בכתב ולכן כדי להציגה בפני בית המשפט הנכבד ניתן להסתמך בעיקר על תלונות שהוגשו בעבר על ידי מייצגים ומקרים מועטים שבהם הסכימו פונים להתלונן בשמם ולגבות תלונה זו בתצהיר.

ה' מכתבה של עוה"ד מיכל פומרנץ ותשובתה של הגברת בן שמואל-שון מצ"ב ומסומן נספח ה';

ו' מכתבו של עו"ד נמרוד אביגאל מעותרת 3 מצ"ב ומסומנות נספח ו';

ז' מכתבה של עו"ד כרמל פומרנץ ותשובתה של הגברת שרמי מצ"ב ומסומן נספח ז';

ח' תלונה על אופן ניהול שימוע בבית דגן מיום 24.5.21; תשובת המשיבה לתלונה מיום 31.5.21; ותשובת העותרת לתשובת המשיבה מיום 8.6.21 מצ"ב ומסומנות נספח ח';

ט' תלונה על אופן ניהול שימוע בבית דגן מיום 8.3.22 ותשובת המשיבה לתלונה מיום 12.4.22 מצ"ב ומסומנות נספח ט';

16.4. כפי שניתן להיווכח מהתלונות ומן המענה הגנרי והכמעט זהה אליהן – ניכר בהיעדר תיעוד חזותי של הליכים הנערכים במתקן, אין לאזרחים זרים המבקשים להתלונן על היחס שמקבלים את היכולת לסדוק את מעטה ההכחשה של המשיבה ואת תשובותיה הגנריות.

ג. נימוקי העתירה

17. האדם החזק ביותר בחדר הוא זה שעורך את הפרוטוקול; או כמו שכתב ג'ורג' אורוול בספרו 1984: "מי ששולט בעבר שולט בעתיד. מי ששולט בהווה שולט בעבר".

18. כיום, המשיבה עורכת את הפרוטוקול והיא בלבד. עורכי-דין יכולים אמנם לכתוב תכתובת בכתב-יד, או לעיתים, עובר לתיקון נוהל המשיבה, על גבי מחשב נייד. אולם, תכתובת זו אינה בעלת ערך ראייתי

כלשהו, הן מכיוון שעורכי-הדין אינם יכולים לשמש כעדים בהליך בו הם מייצגים,² ומכיוון שהפרוטוקול ממילא אינו שקול ראייתית לפרוטוקול שנערך על ידי המשיבה, הנהנה מחזקת תקינות המינהל.

19. על כן, כל המדיניות הבלתי-חוקית של איסור ההקלטה עניינה בכך שהמשיבה מעוניינת לשמור על מעמדה כאדם החזק ביותר בחדר. מדיניות תמוהה כאשר זוכרים אנו שהנתונים למרותה, הזרים בישראל, משתייכים לאוכלוסיה מוחלשת, ופערי הכוחות בין הצדדים עצומים [ר' למשל בר"מ 9408/16 עומר מוסא אדם האתר נ. משרד הפנים (09.02.2017), בפס' 5]; בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (22.9.2014), בפס' 179; רע"מ (מחוזי תל אביב - יפו) LOB 52595-03-23 נ' רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול - מרכז שירות ומידע ארצי (07.08.2023), בפס' 21]

20. אם כן, הטיעון המשפטי בבסיס העתירה הוא כפול:

20.1. למשיבה אין סמכות לאסור הקלטת השימועים שעורכת, או לאסור הקלטת אינטראקציה אחרת בין פרטים לבינה – בעיקר כאשר מדובר בהליכים שעוסקים בחירותו של אדם, גירושו – לפעמים למדינה שהוא טוען שמסוכן לו בה – לרבות גירושם של ילדים.

20.2. גם אם ייקבע כי למשיבה יש סמכות כאמור, הרי שהמדיניות נעדרת כל רציונאל, בלתי-סבירה ובלתי-מידתית, מהווה שימוש לרעה בסמכות, ומביאה לפגיעה קשה בשלטון החוק, כמו גם בזכות להליך הוגן, בזכות לחירות, ובזכות לחופש הביטוי.

ג(1). המשיבה פועלת בחוסר סמכות

21. זכותו של הפרט לתעד את חייו היא זכות הנובעת מחופש הביטוי ומחירות האדם. הזכות של אדם לתעד את חייו לא רק מקיימת את חופש הביטוי אלא גם מגלמת את מהות החירות. חירות האדם טומנת בחובה גם את הרעיון שלפרטים צריכה להיות אוטונומיה לעשות בחירות לגבי חייהם ולהביע את עצמם כראות עיניהם. על ידי מתן אפשרות לאנשים לתעד ולשתף את חוויותיהם, רישום חייהם הופך לתרגיל בחירות אישית. היא מאפשרת ליחידים לעצב את הנרטיבים שלהם, לערער על הנורמות הרווחות ולתרום למגוון המחשבות והפרספקטיבות בחברה. בעיקרו של דבר, הזכות של אדם לתעד את חייו היא ביטוי רב עוצמה הן של חופש הביטוי והן של החירות האישית.

22. חשיבותה של זכות מתעוררת במיוחד כאשר מתעד האדם אינטראקציות עם רשויות החוק, במצבים אלה, פעולת ההקלטה משמשת בדיקה חיונית לכוח ואחריות. היא מאפשרת לאנשים להטיל אחריות על הרשויות על מעשיהם, תוך הבטחת שקיפות והוגנות ביחסים בין אזרחים לבעלי עמדות כוח.

23. כידוע, כל מה שלא אסור לאזרח במדינה דמוקרטית מותר הוא, ועל כן למשיבה אין שום סמכות לאסור הקלטת שימועים או אינטראקציות אחריות בין פרטים לבינה, ועל כן מדיניותה מהווה חריגה בסמכות, בין אם מעוגנת בנוהל ובין אם לא. על כן, מדיניות זו פוגעת קשות בעיקרון שלטון החוק, כמו גם בחירות ובחופש הביטוי.

23.1. אין חולק כי המשיבה, במסגרת תשובתה מושא עתירה זו, לא הציגה שום מקור חוקי שמבסס ולו לכאורה את זכותה למנוע מזרים או מבא-כוחם להקליט שימוע שנערך טרם החלטה בדבר מתן צו הרחקה או משמורת.

² ר' כלל 36(א) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986: "לא ייצג עורך דין אדם בהליכים משפטיים, לרבות ערעור, אם הוא עומד להעיד מטעם אותו אדם באחד משלבי ההליכים האמורים; נקרא עורך הדין להעיד מטעמו של אדם אחרי שהחל לייצגו – יחדל מן הייצוג".

23.2. בכך, מפירה המשיבה את עיקרון חוקיות המנהל. כידוע, עיקרון חוקיות המנהל הוא עיקרון יסוד במשפט הישראלי והוא קובע כי רשות מנהלית רשאית לפעול אך ורק בדל"ת אמות הסמכות שהוקנתה לה בחוק, ואין היא רשאית לבצע פעולה שאותה לא הוסמכה במפורש לעשות [ר': בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה-צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ. משטרת ישראל (25.01.2021)] [להלן: "עניין טבקה"]; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 497-498 (2010); בג"ץ 7455/05 הפורום המשפטי למען א"י נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 905, 910-911 (2005)].

23.3. אולם לא די בכך, שכן כאשר הפעולה המינהלית עלולה להביא לפגיעה בזכויות הפרט, אין די בכך שהרשות מצביעה על הוראת חוק כללית שעשויה להתפרש כמקור הסמכה לפעולתה, אלא עליה להצביע על הסמכה ברורה, מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית [בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 762 (2004)]. בנסיבותינו, לא נמצאת בקיים הוראת חוק המתירה למדינה לאסור הקלטה.

23.4. אלא שבעולה מסעיף 6 להחלטת המשיבה מושא העתירה, סבורה המשיבה כי לא רק שהיא לא נזקקת לסמכות לאסור הקלטה, אלא עומדת על כך שדווקא העותר לא הוכיח כי יש לו זכות להקליט שימועים, או כי למשיבה יש חובה לאפשר זאת.

23.5. על מנת לסתור טענה זו, די באמור עוד מקדמת דנא בעניין בז'רנו הנ"ל, שם נקבע כ"י אין אנו גורסים את טענתו של מר כהן, כי כל זמן שאין החוק נותן למבקשים הכשר מפורש לעסוק במלאכתם – אין זכותם זכות. נהפוך הדבר: כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם, וכל זמן של הוטל מטעם החוק, עליהם ועל שכמותם, כל תנאי מוקדם להכשרתם בעלי אומנות זו, זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשם סיבות אשר נאמרו בחוק [...] ומהי החובה המוטלת על המשיבים כלפי המבקשים? זוהי החובה הציבורית המוטלת על פקידים וגופים ציבוריים, והנובעת מעצם תפקידם, לא להפריע לפרט מההתעסקות במלאכתו, מקום שמלאכה זו אינה אסורה מטעם החוק".

23.6. ר' גם את שנאמר בעניין טבקה הנ"ל: "מושכלות היסוד של תורת הסמכות המינהלית נקבעו בבג"ץ 1/49 בז'רנו [...] הלכת בז'רנו קבעה, כי לאזרח מותר לעשות כל דבר שלא נאסר בחיקוק בר-תוקף, ואילו לאנשי שררה ולרשויות אסור לעשות דבר זולת אם הדין הסמיכם לעשותו. במונחים הופלדיאניים, יחסי גומלין אלה הם יחסים של חסינות מזה ושל העדר-כוח מזה: האזרח חסין מהתערבותם של אנשי שררה כל אימת שהדין אינו מתיר להם במפורש להתערב בענייניו; ובהיעדר הוראות דין כאמור, לאנשי שררה אין כוח משפטי להתערב בענייניו של האזרח ולגרוע ממצבת זכויותיו על ידי הטלת חובות ומגבלות כלשהן [...]. החסינות מפני התערבות שלטונית, ממנה נהנה האזרח בעמדו מול אנשי שררה נטולי הכוח המשפטי להתערב בענייניו, מאפשרת לו למצות את חירויותיו עד תומן – זאת, מאחר שלאנשי השררה לא נותר אלא לעוזבו לנפשו".

23.7. אם כן, משהדבר לא נאסר בחוק, אין למדינה כל סמכות למנוע מפרטים, בהם זרים, עורכי-דין, ולמעשה כל אזרח במדינה, מלהקליט את האינטראקציות שלו עם המשיבה – זכותם המלאה לעשות כן. זכותם ביתר שאת לעשות כן כאשר על פרק מעצר או גירוש של אדם.

24. עצם העובדה שהמשיבה החליטה לעגן את איסור ההקלטה בנוהל אינה תורמת לה.

- 24.1. כפי שעמדנו לעיל, מדיניות איסור ההקלטה מביאה לפגיעה בזכויות יסוד הן של זרים והן של עורכי-דין המייצגים אותם.
- 24.2. מדיניות המשיבה לא מעוגנת בחקיקה ראשית או בתקנות. מעוגנת היא אך ורק בנוהל מינהלי, השווה ערך להחלטת מינהל – כלומר, מדובר בהוראה במדרג הנורמטיבי הנמוך ביותר.
- 24.3. את הסמכות שלה להתקין נהלים שואבת המשיבה, ככל הנראה, מסעיף 17 לפקודת הפרשנות, הקובע כי "א) הסמכה לעשות דבר או לדון בענין פלוני או להכריע בו – משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק. ב) הסמכה לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת".
- 24.4. אלא שפשיטא שהסמכה זו אינה יכולה לשמש לפגיעה בזכויות יסוד מקום בו החוק לא הסמיך את הרשות מפורשות לאסור על הקלטת ראיונות. בפסיקה נקבע לא פעם כי סמכות עזר וסמכות שיוורית אינן יכולות לשמש בסיס לפגיעה בזכויות יסוד (ראו בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647, 652 (1995)). על כן, מדיניות איסור ההקלטה דורשת הסמכה מפורשת – שאינה בנמצא.
- 24.5. כידוע, אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת [בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 600 (1991)]; בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 303, 308 (1980); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד יב 264, 268 (1958); ברק, בעמ' 558].
- 24.6. לצד דרישת ההסמכה המפורשת, הובעה בפסיקה הדעה שלפיה כאשר מדובר בפעולה הפוגעת בזכויות יסוד, אין די בקיומה של הסמכה מפורשת בחוק שהיא סתמית, כוללת וגורפת, ויש להצביע על הרשאה ברורה "הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה" [בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 823 (2008)].
- 24.7. ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך יעמוד בית המשפט בדווקנות רבה יותר על דרישת ההסמכה ויפרשה בצמצום [ראו גם דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 63-65 (2009)]; בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פסקה (7.10.2008)]. בענייננו – הזכויות שעל הפרק הן הזכות לחיים והזכות לחירות – ועל כן נדרשת דווקנות ברמה הגבוהה ביותר.
- 24.8. אם כן, משאין בנמצא חוק הקובע כי הרשות רשאית למנוע הקלטה של ראיונות, הרי שאין היא רשאית לעשות כן – והנהל שלה לא רק שאינו חוקי, אלא גם בלתי-סביר ובלתי-מידתי.
25. בית המשפט העליון הישראלי טרם נדרש לסוגיה הספציפית של לתיעוד עובדי ציבור, או לזכותו של אדם לתעד את חייו באופן כללי, אולם ניתן לפנות למשפט המשווה, אשר מלמדנו כי העניין נדון והוכרע על ידי מספר ערכאות בארצות הברית, אשר עמדו על כך שלפרט יש את הזכות להקליט עובדי ציבור במילוי תפקידם, הנובעת מהתיקון הראשון לחוקה האמריקאית, המגן על חופש הביטוי.

- 25.1. בית המשפט האמריקאי הראשון לערעורים קבע כי קיימת זכות תיקון ראשון להקליט "פקידי ממשל במרחבים ציבוריים" בעניין **Glik**,³ בעניין **Gericke** המאוחר יותר,⁴ נקבע כי הדבר כולל צילום והקלטת אודיו כל עוד השוטר אינו יכול "להסיק באופן סביר שהצילומים עצמם מפריעים, או עומדים להפריע, לתפקידיו".
- 25.2. בית המשפט האמריקאי השלישי לערעורים, בעניין **Fields**,⁵ קבע כי ישנה זכות להקליט ולצלם שוטרים המבצעים את סמכויותיהם החוקיות.
- 25.3. בעניין **Turner**,⁶ קבע בית המשפט האמריקאי החמישי לערעורים כי ישנה זכות הנובעת מחופש הביטוי להקליט ולצלם שוטרים במהלך ביצוע תפקידם הציבורי.
- 25.4. בעניין **Alvarez**,⁷ קבע בית המשפט האמריקאי השביעי לערעורים כי ישנה זכות הנובעת מחופש הביטוי לתעד עובדי ציבור המבצעים את תפקידם בציבור.
- 25.5. בית המשפט האמריקאי התשיעי לערעורים, בעניין **Askin**,⁸ קבע כי קיימת זכות, הנובעת מחופש הביטוי כפי שמעוגן בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית, להקליט עניינים בעלי עניין ציבורי במקומות ציבוריים, אשר כוללת את הזכות להקליט קציני אכיפת חוק העוסקים במימוש הרשמי של סמכויותיהם במקומות ציבוריים.
- 25.6. בעניין **Irizarry**,⁹ קבע בית המשפט האמריקאי העשירי לערעורים קבע כי קיימת זכות מכוח התיקון הראשון לחוקה, קרי חופש הביטוי, לצלם את המשטרה מבצעת את תפקידה בפומבי. בית המשפט ציין שם שזכות זו נופלת לחלוטין בתוך מטרות הליבה של התיקון הראשון להגן על דיון חופשי וחזק בענייני ציבור, להטיל אחריות על פקידי ממשל ולשמש כאמצעי מפני ניצול לרעה של כוח.
- 25.7. בעניין **Toole**,¹⁰ קבע בית המשפט האמריקאי האחד-עשר לערעורים, כי קיימת זכות לפי התיקון הראשון לחוקה האמריקאית לתעד עניינים בעלי חשיבות ציבורית, לרבות התנהלות המשטרה המתרחשת בשטח ציבורי.
- 25.8. שמונה קביעות אלה של ערכאות פדרליות אמריקאיות ברורות ויפות גם לענייננו.
26. נסכם בצורה ברורה: לכל אדם במדינת ישראל יש זכות להקליט עובדי ציבור הפועלים במסגרת תפקידם הציבורי, אלא אם כן הדבר נאסר בחוק – ואותו חוק עומד במבחני פסקת ההגבלה. מדובר בזכות הנובעת מהזכות לחירות ומהזכות לחופש הביטוי, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ג(2). מדיניות איסור ההקלטה היא בלתי-סבירה ובלתי-מידתית

³ *Glik v. Cunniffe*, 655 F.3d 78 (1st Cir. 2011)

⁴ *Gericke v. Begin*, 753 F.3d 1, 7–8 (1st Cir. 2014)

⁵ *Fields v. City of Philadelphia*, 862 F.3d 353, 356 (3d Cir. 2017)

⁶ *Turner v. Lieutenant Driver*, 848 F.3d 678, 689 (5th Cir. 2017)

⁷ *Am. C. L. Union of Ill. v. Alvarez*, 679 F.3d 583, 600 (7th Cir. 2012).

⁸ *Askins v. Dep't of Homeland Sec.*, 899 F.3d 1035, 1044 (9th Cir. 2018)

⁹ *Irizarry v. Yehia*, -- 4th ---, 2022 WL 2659462 (10th Cir. July 11, 2022)

¹⁰ *Toole v. City of Atlanta*, 798 F. App'x 381, 387–88 (11th Cir. 2019)

27. מדיניות איסור ההקלטה אף נהפכת תמוהה יותר – וסבירה ומידתית הרבה פחות – נוכח העובדה שיחידת הטיפול במבקשי מקלט מדיני, הנמצאת תחת מינהל אכיפה וזרים, מקליטה מיוזמתה ראיונות מקלט הנערכים על ידה.

27.1. על ההיסטוריה של הקלטת ראיונות מקלט עמד על כך בית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב – יפו בעניין עמ"נ (מינהליים ת"א) 19467-01-23 Ksenia Sokolova נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים (נבו 06.08.2023) [להלן: "עניין סוקלובה"]¹¹:

"לפני בית הדין טענה הרשות כי בכל הנוגע לראיונות מקלט אלו מוקלטים לאור הטענות בדבר סכנת חיים הנשקפת למבקשי המקלט. ראשית, אדגיש כי לטעמי, אין הבדל ממשי לעניין זה בין ראיון מבקשי מקלט, לראיונות אחרים. בשני המקרים בראיונות ובשימועים, מתקבלות החלטות הנוגעות לזכויות האדם הבסיסיות ביותר. שנית, אדגיש כי גם הקלטת הראיונות של מבקשי מקלט, לא נעשתה ביוזמת הרשות, אלא רק לאחר ניהול הליכים משפטיים, כאשר הרשות התנגדה גם להקלטת ראיונות אלו. הרשות החלה להקליט ראיונו של מבקשי מקלט, רק במסגרת בקשת רשות ערעור שהגישה לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים שקיבל את בקשת העותרת שם, והורה למשיב לאפשר לב"כ העותרת להקליט בתיעוד קולי את הראיון המקיף שיערך לעותרת (עת"מ (מינהליים מרכז) 5462-05-11 Win Pa Pa Shew נ' משרד הפנים (נבו, 25.10.11). בדיון בבקשת רשות הערעור בבית המשפט העליון, המדינה הודיעה כי היא מסכימה שבעניינה הפרטני של המשיבה – משרד הפנים הוא שיבצע הקלטת אודיו של הראיון המקיף, ובקשת רשות הערעור נמחקה (בר"ם 8303/11 מדינת ישראל נגד Win Pa Pa Shew (נבו, 21.11.11))."

27.2. אם לא די בכך, בהמשך עניין סוקלובה קבע בית המשפט לעניינים מינהליים כך: "עם זאת, לסירוב הרשות להקליט את הראיונות בעצמה, או לחלופין, לאפשר לב"כ המבקש זאת להקליט ראיון ספציפי, יש השלכות. לא ניתן להחזיק את המקל משני קצותיו, מחד לסרב להקלטה ומאידך, לטעון לחזקת התקינות. על כן, כאשר הראיון או השימוע אינם מוקלטים והמראיון, או מי שלגביו מתנהל השימוע, מעלה טענות (בין בעצמו בין באמצעות ב"כ), לעניין תקינות ההליך, חזקת התקינות לא תעמוד לרשות. כלומר, על הרשות לבחור בין הקלטת הראיונות והשימועים (בעצמה או בהליך ספציפי לבקשת ב"כ ועל ידו), שאז אין כל קושי לבחון את מהלך הראיון או השימוע, כפי שהדבר נעשה בכל הנוגע למבקשי מקלט, ולא ניתן יהיה להעלות טענות כנגד הראיונות, לבין עמדתה כיום, לפיה אינה מקליטה את הראיונות והשימועים, ואינה מאפשרת לב"כ לעשות כן, שאז ההנחה תהיה הפוכה, ולא תעמוד לרשות חזקת התקינות. זאת בעיקר לאור העובדה שבתי המשפט, כבר בשנת 2011, עמדו על החשיבות שבהקלטה."

27.3. יודגש כי בעניין סוקלובה, בית המשפט אף העיר כי אין מניעה שהשימוע יוקלט על ידי ב"כ המשומעים: "באשר להקלטת הראיון ע"י ב"כ, לא מצאתי נימוק שלא לאפשר זאת, אולם משהרשות לא טענה לפניי בעניין זה לא אקבע מסמרות בקשר לכך, אולם, לאור הודעת הרשות בבר"ם 8303/11 [פורסם בנבו] ספק בעיני אם יש לכך הצדקה".

¹¹יצוין כי מדובר בהליך משפטי של מרשתת של העותר, שצמח כתוצאה מביקורו של העותר במתקן בית-דגן ביום 25.12.2022 לצורך ייצוגה.

28. מדיניות איסור ההקלטה פוגעת אף ביכולתן של ערכאות משפטיות לעשות משפט צדק ולהגיע לחקר האמת, תוך הקניית יתרון דיוני בלתי הוגן למשיבה, והגברת פערי הכוחות העצומים ממילא בין המשיבה לזרים הנתונים למרותה.

28.1. לשון אחרת: מדיניות איסור ההקלטה אינה אלא ניסיון המשיבה להסתיר מידע מערכאות הביקורת תוך זכייה ביתרון ראייתי – זכייה הגוררת עמה פגיעה קשה יותר בזכות להליך הוגן.

28.2. אין חולק כי הזכות להליך הוגן בהליכים מינהליים היא זכות חוקתית מושרשת הנובעת מהזכות לכבוד האדם, המשתרעת על כל אדם באשר הוא אדם, גם על אזרחים זרים [ר' בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (22.9.2014), בפסקה 172 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן].

28.3. המשיבה, הנהנית גם מחזקת תקינות המינהל, אינה רוצה שיתאפשר לנתונים למרותה לתקוף את החלטותיה ואת אופן קבלתן בראיות חזקות. עדיף לה לערוך את הפרוטוקול בעצמה וליהנות מיתרון ראייתי מובהק – תוך שהנתון למרותה אינו יכול כמעט לפגום באמינות השימוע ללא תיעודו כפי הווייתו. מדובר בניסיון פסול לזכות ביתרון דיוני בפני ערכאות שיפטיות ולפגוע באופן הפעלת הביקורת על פעולות המשיבה.

28.4. הקלטת השימוע היא קריטית במיוחד בהינתן שעל פי הנוהל ובפרקטיקה הגורם שעורך את השימוע לרוב כלל לא מוסמך לקבל את ההחלטה בדבר הוצאת צו ההרחקה. על פי סעיף המטרה בנוהל, הוא נועד להסדיר שני הליכים נפרדים, הראשון תלוי בשני (ר' עניין **לופז**, פס' 26-29 וההפניות שם): הוצאת צו משמורת, החלטה שהיא בסמכות ממונה ביקורת הגבולות לפי סעיף 13א(ג) לחוק; והוצאת צו הרחקה, החלטה שהיא בסמכות שר הפנים או מי שהוא הסמיכו לכך, לפי סעיפים 13(ב) ו-16(א) לחוק. שתי ההחלטות מחייבות מתן זכות שימוע לפני שהן מתקבלות.¹² הנוהל מאחד את הליכי שמיעת הטענות בנוגע לשתי ההחלטות (משמורת והרחקה) בהליך שימוע אחד שמתבצע בפני ממונה ביקורת הגבולות – בעל הסמכות להוציא צו משמורת, שבהיעדר הסכמה מפורשת אין לו סמכות להוציא צו הרחקה. בנסיבות אלה, ישנה חשיבות מוגברת לתיעוד מדויק של השימוע, שכן בעל הסמכות להחלטה בדבר ההרחקה – החלטה גורלית שעלולה להביא לפגיעה בחייו של אדם – מסתמך בהחלטתו אך ורק על התיעוד, ואינו נוכח בשימוע עצמו.¹³

28.5. הפגיעה אך נעשית חמורה יותר שעה שזוכרים אנו שלא כל הזרים שעוברים שימוע מיוצגים על ידי עורך-דין – ואין להם למעשה – אליבא דמשיבה – כל אפשרות לתעד את מהלך השימוע, או לבחון את תקינות הפרוטוקול. מה יעשו הם אם ירצו לטעון לפגם כלשהו בפרוטוקול?

28.6. אולם לא די בכך. חלקם גם לא יודעים לקרוא את הפרוטוקול כך שלא יכולים לאשר את הכתוב בו, שממילא גם לא מוצג להם בתום השימוע, ושרבים לא מבינים מה מטרת השימוע לפני שנערך ולכן פונים לעו"ד רק לאחר השימוע.

28.7. ודוק: אין די בייצוג משפטי כשלעצמו – אלא יש לדבר על הזכות לייצוג משפטי אפקטיבי. בית המשפט העליון כבר הכיר בזכות לייצוג משפטי אפקטיבי בעניין **לופז הנ"ל**, הליך שעסק בזכויות

¹² סעיף 13א(ד) לחוק קובע שצו משמורת לא יינתן אלא לאחר שניתנה לפרט הזדמנות להשמיע את טענותיו. החובה לערוך שימוע לפני הוצאת צו הרחקה מעוגנת בפסיקה, ונובעת מכללי הצדק הטבעיים (ר' עניין **לופז** פס' 32, בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 775, 728 (1999)).

¹³ במאמר מוסגר יצוין שעמדת העותרים היא שהיות שהחובה לערוך שימוע בעניין ההרחקה היא סמכות נלווית לסמכות להוציא צו משמורת, בהיעדר הסכמה מפורשת, לממונה ביקורת הגבולות אין את הסמכות לערוך שימוע לעניין ההרחקה.

של אזרחים זרים בהליכי הרחקה, כמו בענייננו: "החלת ברירת המחדל הקבועה בסעיף 13ג באותם מקרים מביאה לפגיעה קשה בזכות הטיעון של המועמדים להרחקה במובן זה שלא תינתן להם הזדמנות הוגנת להשמיע דברם בהתייחס למשמעות ההרחקה עבור הילדים הקטינים ולהביא תימוכין לטיעוניהם. כפועל יוצא נפגעת גם זכותם לקבל ייצוג משפטי אפקטיבי שיסייע בידם להביא את עמדתם לפני הרשות לפני קבלת החלטה בעניינם". וכן ר' רע"ב 6976/18 שירות בתי הסוהר נ. אברהם פרש (16.6.2021): "לנוכח חשיבותה הרבה של הזכות לייצוג משפטי כחלק מהזכות להליך הוגן, יש להבטיח כי מימושה בידי כל אדם, גם אם הוא נתון במעצר או במאסר, יהא מהותי, יעיל וממצה, ולא ייעשה בדרך של מן השפה ולחוץ בלבד" [ר' גם עת"א (מחוזי תל אביב - יפו) 35690-02-17 מוסלמאני(אסיר) נ' שרות בתי הסוהר- מחלקת האסיר - זימונים ואח'] (02.04.2017).

28.8. על כן, מדיניות איסור ההקלטה פוגעת בעקרונות שלטון החוק כמו גם בעקרונות יסוד כמו הזכות להליך הוגן ושוויון בפני החוק – ודי בכך כדי לבטלה.

28.9. אולם לא רק בזכויות הזרים פוגעת המשיבה, אלא גם ביכולתם של עורכי-הדין לקיים את חובות האמון שלהם כלפי לקוחותיהם וכלפי בתי המשפט.

28.10. בהתאם להוראות סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 הקובע כי: "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות, ויעזור לבית המשפט לעשות משפט" וכלל 2 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), תשמ"ו-1986 הקובע כי: "עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות, במסירות, ללא מורא, תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט".

28.11. איסור הקלטה פוגע באינטרסים של העותר, וכן בחופש העיסוק של העותר, וביכולתו לייצג את לקוחותיו במסירות, בנאמנות, ובאפקטיביות:

28.11.1. תפקידו העיקרי של עורך-דין הוא לספק ייצוג יעיל ואפקטיבי ללקוחותיו. איסור על הקלטות אינטראקציות עם הרשויות פוגע ביכולתו של עורך-הדין למלא תפקיד זה על ידי הגבלת הגישה לראיות קריטיות ותיעוד של אינטראקציות שעשויות להיות חיוניות להגנה על זכויותיהם המשפטיות של הלקוחות. במובן זה, איסור הקלטה פוגע ביכולת העותר לעמוד בהתחייבויותיו האתיות – לייצג את הלקוחות שלו בצורה מושכלת ושקדנית מחייבת גישה לכל הראיות הרלוונטיות, כולל הקלטות.

28.11.2. חובתו של עורך-הדין עבור לקוחותיו כוללת את היכולת והחובה לאסוף ולהשתמש בראיות שיכולות לתמוך בטענותיהם, לערער על החלטות או לחשוף כל התנהגות בלתי הוגנת או יחס לא הוגן במהלך הליכי קבלת ההחלטות בעניין אותם לקוחות. אם כן, כעורך-דין, עיסוקו של העותר כרוך בגישה ושימוש בראיות כדי לייצג את הלקוחות שלו. איסור על הקלטות מגביל את יכולת העותר לבצע היבט חיוני זה של המקצוע המשפטי ביעילות.

28.12. פגיעה בחופש הביטוי המקצועי של העותר: הקלטת האינטראקציות שבין הרשות המינהלית לבין הלקוח הן אמצעי ביטוי לחופש הביטוי העותר כעורך-דין. הקלטת תקשורת בין רשות מינהלית לבין לקוחותיו של עורך-הדין מאפשר לעורך-הדין לתעד ולהעביר את הנרטיבים

והטיעונים של הלקוחות שלו, ועל כן הקלטה מהווה היבט חיוני של חופש הביטוי המקצועי של עורך הדין.

29. כמו כן, בתי המשפט עמדו לא פעם על התקלות העולות מהאופן בו המשיבה מנהלת את התרשומת של השימועים והראיונות שעורכת – והפגיעה הנגרמת מכך לפגיעה בזכות להליך הוגן ובכללי הצדק הטבעי.

29.1 ברע"מ 25233-12-22 KUZNETSOVA ואח' נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה (אר"ש, 15.12.2022) נקבע כי הערך הראייתי של תשאולי המשיבה בביקורת הגבולות, שאינם מתומללים או מוקלטים ומהווים אך ורק מסקנות של עורכי התשאול, הוא נמוך ביותר: "כיוון שהרשות אינה טורחת לתעד את התשאולים, בוודאי שלא בהקלטה, ואף לא על דרך של שאלות ותשובות, אלא רק מעין סיכום, קשה לדעת בשלב זה מה היה בתשאול, ועל כן החלטה המתבססת אך ורק על תשאול לא מתועד, כשהמבקשת מכחישה את הדברים, אינה יכולה לעמוד. אדגיש לעניין זה כי בתשאול נאמר התבקשה להציג מכשיר טלפון, ואין תיעוד של הסכמה כאשר המבקשת מכחישה שהסכימה".

29.2 כך גם בעמ"נ (מינהליים ת"א) 57982-12-20 נתן בויצ'מן נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים (נבו 21.12.2022) קבעה כב' השופטת אגמון-גונן כי "אדגיש כי הראיונות כתובים בכתב יד ואינם מוקלטים, כך שכאשר המרואיינים מכחישים חלק מהדברים שנרשמו, קשה לבסס ממצאים אך על תשובה בריאיון המוכחשת על ידי מי שאמר אותה."

29.3 גם בעמ"נ (מינהליים ת"א) 39323-01-21 דרור וונונו נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים (נבו 27.09.2021) נקבע כי: "לאור טענות המערערים באשר לשאלות שנשאלו בריאיון הראשון, ולטענתם לא נרשמו, ולאור הפערים בין הפרוטוקול שנערך ע"י המראיית מטעם הרשות (להלן: פרוטוקול הרשות), לבין התמלול של הראיון שערכה ב"כ המערערים בראיון השני בזמן אמת, אני סבורה כי ראוי להקליט את הראיונות (בדומה לראיונות המקלט), שאז לא ניתן יהיה להעלות כל טענה בהקשר זה".

29.4 מנגד, כאשר הראיונות מוקלטים, ראו עמ"נ (מינהליים ת"א) 19826-04-21 Eduard Cadomtev נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 11.07.2021): "הראיונות מוקלטים ומצולמים, וניתן היה לבקש את ההקלטות ולהראות כי המבקש אינו מבין את השאלות, משהדבר לא נעשה יש להניח כי המבקש דובר היטב את השפה הרוסית, כפי שהעיד על עצמו".

29.5 נשאלת השאלה: האין דיונים בבתי המשפט ובבתי הדין מוקלטים ולעיתים אף משודרים לציבור? מדוע יכולים השופטים והדיינים לעמוד בלחץ של הקלטה ופקידי המשיב לא? מדוע שוטרים שחייבים להסתובב עם מצלמה עליהם לא נרתעים מההקלטה אולם פקידי המשיב כן? מדוע נציגי חברות סלולר ואינטרנט מקליטים את כל השיחות שלהם ויכולים לעמוד בלחץ זה ואילו פקידי המשיב אינם יכולים לעמוד בכך?

ג(3). היתרונות שבהקלטת שימועים וראיונות

30. הסברנו לעיל מדוע המדיניות פסולה, וכעת נעמוד על החשיבות הרבה של הקלטת שימועים :
- 30.1. **שקיפות ואחריות** : הקלטת וידאו יוצרת תיעוד שקוף של אינטראקציות, שיכול להטיל אחריות הן על הזרים והן על רשויות ההגירה על מעשיהם. הקלטה, אם כן, מונעת התנהגות בלתי הולמת משני הצדדים.
- 30.2. **הגנה על זכויות** : הקלטת אינטראקציות יכולה להגן על זרים מפני יחס בלתי ראוי במהלך הליך השימוע. תיעוד חזותי או קולי של הריאיון יכול לשמש כראיה החזקה ביותר של הזרים בהקשר זה. קבוצות פגיעות, כגון מבקשי מקלט ופליטים, עלולות להתמודד עם סיכונים גבוהים יותר במהלך אינטראקציות עם הרשויות – הקלטת וידאו יכולה לסייע בהגנה על זכויותיהם ורווחתם.
- 30.3. **תמיכה בקבלת החלטות שיפוטיות ומינהליות** : הקלטות יכולות לשמש תיעוד משפטי בעל ערך, ולסייע בבחינת ענייני הגירה. הם מספקים תיאור ברור וחסר פניות של אירועים שיכולים להיות מכריעים בהליכים שיפוטיים. בהקשר זה, ראיות וידאו יכולות לסייע בפתרון מחלוקות וסכסוכים שעלולים להתעורר במהלך אינטראקציות, להפחית את עומס העבודה על הרשויות ועל המערכת המשפטית **הרתעה מפני התנהגות בלתי הולמת** : הידיעה שמתועדות אינטראקציות יכולה לשמש כגורם מרתיע עבור פקידי הגירה מפני בהתנהגות בלתי הולמת או חריגה מסמכות, ובכך לקדם מקצועיות בשירותיהם.
- 30.4. **קבלת החלטות מושכלת** : זרים יכולים לסקור ולשקף את האינטראקציות שלהם עם הרשויות, ולהבטיח שהם מבינים טוב יותר את זכויותיהם וחובותיהם. הדבר יכול להוביל להחלטות מושכלות יותר במהלך ההליכים בעניינם.
- 30.5. **עידוד אמון** : מתן אפשרות לזרים לתעד אינטראקציות יכול לטפח אמון בינם לבין רשויות ההגירה. כאשר אנשים מרגישים שמכבדים את זכויותיהם, שיתוף הפעולה מצדם צפוי להתגבר.
31. המשיבה מכירה בחשיבות של תיעוד של אינטראקציות בין גורמי האכיפה בה לבין האנשים שהיא מפעילה עליהם את סמכותה. לכן היא קבעה בנהליה **שפקחים שמונו מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל מחויבים, ככל שניתן, לתעד כל פעילות שלהם בדרך של הקלטה וצילום וידאו וסטילס** (ר' סעיף 4.2 לנוהל הפעלת סמכויות פקח (מס' נוהל 10.8.0002, עודכן לאחרונה ב-15.8.2012)).

ר' נוהל הפעלת סמכויות פקח מצ"ב ומסומן נספח י';

32. גם הצורך לתעד שימועים שעורכים ממוני ביקורת הגבולות ידוע למשיבה היטב, והיא אף הצהירה בעבר שהיא בוחנת את המשמעות האופרטיבית של הוספת דרישת התיעוד כאמור. בעקבות הפרסום של גרסתו הראשונה של הנוהל ביולי 2020, ולאחר בחינת האופן שבו הוא מיושם, פנתה עותרת 2 אל המשיבה כדי להתריע על קשיים שהוא מעורר ועל כך שהוא לא מבטיח הגנה על זכויותיהם של חסרי מעמד בישראל במספר היבטים מהותיים. אחד התיקונים שנטען שיש לבצע בנהל היה הוספת חובת תיעוד השימוע באמצעי קולי-חזותי, כדי לאפשר ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליך השימוע ולהבטיח שמלוא המידע והטענות הרלוונטיים יעמדו בפני הגורם המחליט על בסיסם.

33. דומה שהמשיבה הסכימה עקרונית עם הטענה, אך מתעכבת ביישומה אך ורק מסיבות אופרטיביות ותקציביות, שכן בתשובתו של מר יוסי אדלשטיין, ראש מינהל אכיפה וזרים, מיום 19.3.2023 הוא מסר

כי "סוגיית התיעוד הקולי חזותי מונחת בימים אלו על שולחני והסוגיה ומשמעותיה האופרטיביות לרבות - המשאבים הנדרשים בבחינת הגורמים".

יא' הערות המוקד לפליטים ולמהגרים לנוהל הוצאת צווי הרחקה ומשמורת מיום 3.11.2021 מצ"ב ומסומנות נספח י"א;

יב' מענה מראש מינהל אכיפה זרים מיום 19.3.2023 מצ"ב ומסומן נספח י"ב;

34. תיעוד קולי-חזותי של מפגשים בין נציגי הרשות השלטונית לאוכלוסייה שמולה הם פועלים, מצמצם את פערי הכוחות המבניים בין השניים והוכח כמפחית התנהגות בלתי הולמת מצד הרשות. כך עולה ממחקר שליווה את הפרויקט של ציוד שוטרים במצלמות גוף שהחל במשטרת ישראל ב-2016, ועקב אחר השפעת השימוש במצלמות על היבטים שונים של עבודת המשטרה.¹⁴ מהמחקר עולה כי בתקופת הפרויקט חלה ירידה של כ-30% בכמות המקרים שבהם שוטרים דיווחו על הפעלת כוח כלפי אזרח.¹⁵ עוד מצוין כי במחקר קודם שליווה את פיילוט מצלמות הגוף בישראל, עלה כי "ישנו שיפור משמעותי בהוגנות ההליכים שחוו אזרחים במפגש מצולם".¹⁶

35. המקרים אשר הובאו לעיל, כחלק מן הרקע העובדתי לעתירה, הינם דוגמאות למפגשים בין פקחי מתקן בית דגן לנתינים הזרים בהם היחס מנציגי הרשות כלפי אלו החלשים מהם, התלויים בהם, הינו מתחת לכל ביקורת, מבזה, משפיל ואינו מתקבל על הדעת. איסור ההקלטה בתחומי המתקן מונע מהאוכלוסייה הפגיעה והנפגעת מלהגן על עצמה על ידי איסוף הוכחות מוצקות של המתרחש. יש להאמין, וכפי שעולה מהמחקר המלווה של פרויקט מצלמות הגוף במשטרה, כי תיעוד יסודי וניטרלי – כזה שאינו מתבצע באופן מוטה על ידי פקח הרושם פרוטוקול, יביא לאיזון מה בין הרשות לאוכלוסייה המוחלשת. כפי שעולה מהמחקר המלווה "ממסקנות המחקר העיקריות ניכר, כי השימוש במצלמות גוף תרם להורדת "גובה הלהבות" במפגשי שוטר-אזרח ולהפחתת מספר התלונות נגד שוטרים".¹⁷ יש להניח, אם כן, כי תיעוד קולי ישפיע על התנהלות עובדי המשיבה באופן דומה, וזאת לטובת כלל הנוכחים במקום.

36. לסיכום, ניכר כי הקלטת ראיונות ושימועים מביאה ליתרונות בלתי מבוטלים הן עבור המשיבה והן עבור האזרחים הזרים הנתונים למרותה.

ג(4). טרם חתימה

37. טרם חתימה יש מקום להתייחס גם לטענת המדינה, העולה בסעיף 4 להחלטת המשיבה, לפיה: "באשר לשאלתך בדבר איסור הקלטות או/או צילום בשטח המתקן הרי שמדובר בהנחיות של אגף האבטחה של הרשות וזאת בין היתר מחשש מלמידת שיטות העבודה של הרשות וכן מטעמים של שמירה על פרטיות. במתקני הרשות נמצאים מבקרים רבים בין אם מדובר בשוהים שלא כדין שהובאו בפני הממונה בהליך מנהלי ובין אם מדובר בנחקרים אשר מגיעים להיחקר במתקן בהתאם להליכים הרלוונטיים שנקטים בעניינם. מעבר לכך, המחשבים והמערכות בהם עושים שימוש עובדי הרשות

¹⁴אלון הולנברג, רות כהן ויהודה קייסי "מצלמות גוף במחוז תל אביב – מחקר מלווה" העיקר במחקר 71 (2020)
https://www.gov.il/he/departments/publications/reports/police_studies_2020. המחקר עקב אחרי הפרויקט במחוז תל אביב, והוא עוקב למחקר נוסף אשר ליווה את הפרויקט בשנת 2017. נוסף על ליווי המחוז בפרויקט, המחקר סוקר מחקרים בינלאומיים רבים בנושא.

¹⁵שם, בעמ' 92

¹⁶שם, בעמ' 74

¹⁷המחקר המלווה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 71

כוללים מסד נתונים מסווג רחב ובו פרטיהם של אזרחים ישראלים ואזרחים זרים ולכן ננקטת משנה זהירות בנושא, והצילום בשטח מתקני הרשות הוא אסור”.

37.1. ראשית כל, מדובר בטענה שנטענת בעלמא, ולא צורפה כל הנחיה של אגף האבטחה כדי לתמוך בטענות המשיבה – וגם אם ישנה הנחיה כזו, אזי שהיא לא חוקית, ובכל הכבוד אינה יכולה להקנות למשיבה סמכות שאין לה.

37.2. שנית, לגופם של דברים, מדובר בטענות מוקשות ביותר, שאינן אלא ניסיון הפחדה.

37.2.1. הטענה לחשש מלמידת שיטות פעולה של הרשות הוא תמוה שעה שהמשיבה ממילא מתעדת את השימועים על גבי פרוטוקול, על כן לא ברור אילו שיטות יחשפו כתוצאה מהקלטה, צילום או תמלול עצמאי של השימוע על גבי המחשב הנייד.

37.2.2. גם הטענה בדבר מערכות המשיבה אינן ברורות. פקידי המשיבה ממילא נושאים מכשירי טלפון סלולרי, ואת השימועים מתעדים על גבי מחשב. גם חלק מהזרים שמגיעים למתקן נושאים טלפונים ניידים. אין רשתות תקשורת פתוחות במתקני המשיבה. לכן, לא ברור לחלוטין ממה נזהרת המשיבה, או כיצד עלול להיגרם סיכון כלשהו לרשות, ומדוע “משנה זהירות” זה מצדיק חריגה מסמכות.

37.2.3. עוד יוזכר כי במהלך ‘מבצע הדרכונים’ שערכה המשיבה, ולמעשה עד היום, המשיבה מציבה בעצמה מצלמות במרכזי ההנפקה ומשדרת אותם ברשת: https://www.gov.il/he/departments/news/marathon_passport_live

37.2.4. בעניין זה יש לציין שעולה החשש שישנו נוהל סודי לעניין איסור הקלטה, שהמשיבה אינה מפרסמת. על-פי דו"ח תלויות הציבור 2018 של המשיבה,¹⁸ בו נתקל העותר, הרי שישנו נוהל המכונה ‘נוהל איסור צילום במתקני הרשות’, שאינו מפורסם, ועובדי הלשכות אף חודדו ביחס לאליו – ובפרט ביחס לכך שאין כל מניעה לשימוש בטלפונים סלולריים בלשכות המשיבה:¹⁹

נושא	ליקוי	המלצה לתיקון	סטטוס תיקון הליקוי
11 סדרי טיפול וקבלת קהל	נאסר על מקבלי השירות לצלם בטלפון הנייד במהלך שהייתם בלשכה, זאת בהתאם לנוהל איסור צילום במתקני הרשות.	יש לחדד את נוהל איסור צילום במתקני הרשות ולהבהיר שהנוהל חל על כלי תקשורת ולא על ציבור המבקרים בלשכות המחלמים באמצעות טלפונים ניידים.	בוצע. הועברו הבהרות לעובדי הלשכות בדבר נוהל איסור צילום במתקני הרשות על ידי דוברת הרשות והקב"ט.

37.3. כמו כן, יוער כי מדיניות המשיבה היא מעט אנכרוניסטית. כלי העבודה העיקרי של העותר הוא מחשבו האישי, שכן העותר נמנע משימוש בנייר, ומעדיף לתעד דברים באופן ממוחשב – דבר שגם מקל עליו את עבודת התייעוד, וגם מקל על שימוש במידע לאחר מכן. אף פקידי המשיבה משתמשים במחשבים כדי לתעד את תוכן השימוע. למעלה מכך, העותר אף משתמש במחשבו האישי על מנת להציג מסמכים במהלך שימועים, דבר שנדרש על מנת לטייב את החלטות הרשות, ואין אין כל הצדקה למנוע מן העותר את כלי העבודה שלו.

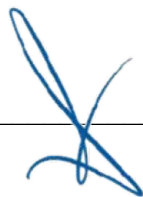
¹⁸ דוח תלויות הציבור 2018, אגף הביקורת ותלויות הציבור, רשות האוכלוסין וההגירה, דצמבר 2019
¹⁹ שם, בעמ' 28, סעיף 11

ד. לסיכום

38. התנהלות המשיבה היא בלתי-חוקית והנוהל הוא בלתי חוקי. הם פוגעים קשות בשלטון החוק ובזכות להליך הוגן של אוכלוסייה מוחלשת ביותר, ביכולת להעביר ביקורת שיפוטית על החלטות המשיבה, ביכולת של העותר ושל יתר עורכי-הדין העוסקים בתחום ההגירה לייצג את מרשיהם אפקטיבית ובצורה נאמנה, ובאופן רחב יותר פוגעים באופן קשה באינטרס הציבורי ובשלטון החוק.

39. על כן, יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה על מלוא סעדיה, וכן לחייב את המשיבה בהוצאות משפט ובשכ"ט עו"ד.

40. העובדות נתמכות בתצהיריהם של עותרים 1-2.



עידן מולדבסקי, עו"ד
עותר 1 וב"כ העותרים