



בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 14434-08-23 Moussa Doukoure נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

לפני: כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן

Moussa Doukoure
ע"י ב"כ עו"ד נאור חזות

המערער:

נגד

רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים
ע"י ב"כ עוה"ד אפרת קרונברגר ודינקש תקלה מפרקליטות
מחוז ת"א

המשיבה:

פסק דין

1
2 בערעור שלפניי מבוקש לבטל את פסק דינו של בית הדין לעררים מיום 23.05.23 (23-2400, כבי
3 הדיין יוסף ברדא) שהורה להרחיק את המערער מישראל על אף שיש הליך תלוי ועומד להסדרת
4 מעמדו בישראל מטעמים הומניטאריים (להלן: **הבקשה ההומניטארית**). כך, עניינו של המערער
5 מתנהל בערעור שלפניי בנוגע להחלטה להרחיק אותו מישראל, ובמקביל לפני הוועדה לעניינים
6 הומניטאריים.

7
8 הערעור שלפניי אוחד עם הבקשה לסעד זמני ע"י כבי סגן הנשיא, השופט ארז יקואל, שקיים
9 דיונים בתיק זה. משוועבר התיק לדיון פניי לאחר שאוחדו בו הבקשה לסעד זמני עם הערעור גופו,
10 פסק הדין יתייחס לערעור ותוצאתו תסיים את הדיון גם בסעד הזמני.

11

12

רקע הדברים ותמצית טיעוני הצדדים

13 1. המערער הוא נתין חוף השנהב ממוצא גינאי, שהסתנן לישראל בשנת 2008 כקטין בלתי
14 מלווה דרך מצרים, ולכתחילה הוחזק במשמורת ולאחר מכן שוחרר לידי משמורן ישראלי (להלן:
15 **המערער**). בהמשך חייו, פגש את ישראלית ס.ע., ובמסגרת הזוגיות ביניהם נולדו להם שני ילדים,
16 שכיום שכיום הגדול מהם כבן חמש שנים והקטן כבן שנה. המערער וס.ע. נפרדו ואינם חיים עוד
17 יחד.

18

19 2. משך שנים חסה המערער תחת ההגנה הקבוצתית שחלה על נתיני חוף השנהב, ולאחר שזו
20 הוסרה הגיש בקשה למקלט מדיני שנדחתה, והוא נכלא ושוחרר מספר פעמים על רקע זה בנסיבות

1 שונות, שאינן רלבנטיות לערעור שלפניי. בהמשך פתחו המערערים בהליך להסדרת מעמדו של
2 המערער מכח הזוגיות, אך התיק נסגר ביום 29.01.2020 עם פרידת הזוג. מאז הפרידה, המערער
3 שומר לטענתו על קשר פעיל ורציף עם הילדים ומשתתף כספית בגידולם. לטענת המערער הטיפול
4 בהסדרת מעמדו של המערער הושפע לרעה ממגפת הקורונה ומתמימותו וזו של בת זוגו לשעבר,
5 שסברו כי מעמדו יוסדר בהמשך וכי הרשות תימנע מהרחקתו לאור אבהותו לילדים קטנים אזרחי
6 ישראל.

7
8 3. ביום 20.04.23 נעצר המערער על ידי פקחי הרשות בגין שהייה שלא כדין והוא נמצא
9 במשמורת מאז ועד עתה. ביום 24.04.23 הגיש המערער בקשה לקבלת מעמד מטעמים
10 הומניטריים בשל אבהותו לילדים קטנים, ומאז ועד עתה לא ניתנה החלטה בבקשה, כפי שאפרט
11 בהמשך. במקביל פנו המערער ובת זוגו לשעבר לבית המשפט לענייני משפחה בחיפה בתובענה
12 לאבהות, ובהתאם להחלטת בית המשפט שם, בוצעו בדיקות גנטיות ונקבע כי המערער הוא אבי
13 הילדים.

14
15 4. ביום 23.05.23 דחה בית הדין לעררים את הערר וקבע כי לא הוכח שהחלטת הרשות
16 להותיר את המערער במשמורת אינה סבירה או שנפל בה פגם שמצדיק את התערבותו. בית הדין
17 לעררים קבע שאין להעניק סעד למערער אשר עושה דין לעצמו, לא טיפל בענייניו, החזיק מסמכים
18 מזוייפים בשעתו, ואף הפר החלטות שיפוטיות הכרוכות בחילוט ערביות שהפקיד, הכל כדי
19 להישאר בישראל ללא היתר, וכן משהתברר כי הוא גם עובד בישראל ללא היתר.

20
21 5. באשר לטענת המערערים בדבר הפגיעה בחיי המשפחה עם ילדיו הקטינים והגשת הבקשה
22 ההומניטרית, קבע בית הדין לעררים כי אין לקבל טענה זו. ראשית, כך קבע בית הדין, משום
23 שבעת מתן פסק דינו של בית הדין טרם הוכרעה אבהות המערער. עניין זה אינו עומד עוד על הפרק
24 כיון שבמהלך הדיונים בתיק התקבלה תוצאת הבדיקות המאשרת כי המערער הוא אבי הילדים.
25 עוד ציין בית הדין כי במהלך השימוע לפני ממונה ביקורת גבולות נערכה שיחה עם אמם של
26 הילדים, בת זוגו לשעבר, ששם ציינה כי המערער אינו משלם מזונות ואינו משמש אב פעיל, זאת
27 על אף שבמכתב שצורף מאוחר יותר הבהירה שהמערער מקיים קשר עם הבן הגדול יותר.

28
29 6. בית הדין הבהיר כי הוא מודע להחלטתי ברע"מ 9512-06-23 מיום 05.06.23, שלפיה
30 שיחה עם אם הילדים אינה יכולה להוות תחליף לבחינה כראוי של טובתם, וקבע כי אף שיש ממש
31 בדברים "יש ליתן משקל בלתי מבוטל לדבריה של האם בעת קיום השימוע עם העורר, ובפרט
32 כשבשלב מאוחר יותר הוצגה גרסה חדשה אשר נקשרה במניעים כלכליים כאמור". עוד קבע בית
33 הדין כי ככל שתידרש בחינה של עקרון "טובת הילד", הרי שיש לתת את הדעת לכך שמדובר
34 בפעוט בן 9 חודשים שלא ניתן לערוך עמו תשאול וגם תשאול של ילד בן 4 וחצי באשר ל"טובתו"
35 (כך במקור) עשויה לעורר קשיים בלתי מבוטלים, הן בשל גילו הצעיר והעמדתו במצב דברים
36 מורכב בפרט לנוכח רצון האם להותיר את המערער בישראל כדי להשיב לה כספים שהבטיח לה
37 (עמ' 6 לפסק הדין). בית הדין לעררים תיאר את המתווה שהוצג בקשר לקיום ראיונות עם קטינים
38 עובר להרחקתם מישראל, ובתוך כך קיום שימוע ופגישה עם עו"ס שתכין חו"ד מתאימה, והדגיש
39 כי אלה לא עסקו בפעוטות צעירים כל כך. בית הדין הדגיש עוד כי המדובר בעניינינו בילדים שהם

1 אזרחי ישראלים המצויים בחזקת אמם הישראלית, ולכן הרחקתם מישראל אינה רלוונטית, וגם
 2 בדיקת טובתם אינה נצרכת לנוכחות המערער בישראל בעת ביצועה. בית הדין לעררים הוסיף, כי
 3 "נראה כי גם עם יציאתו של העורר בישראל בשלב זה, ספק אם תתקיים פגיעה משמעותית, אם
 4 בכלל, בקטינים אשר טרם הובהרה שאלת אבהותו של העורר כלפיהם, ובפרט נוכח טענותיה של
 5 אמם בזמן אמת באשר להיעדר קשר של העורר עמם" (עמ' 7 פסקה שניה). עוד הוסיף בית הדין
 6 לעררים כי "זאת ועוד, גם אם תיבחן שאלת "טובת הילד" ביחס לקטינים באשר להימצאות
 7 העורר מחוץ לישראל, הרי שמכל מקום כבר נקבע לא פעם בפסיקה כי "טובת הילד" אינה
 8 שיקול בלעדי הגובר על כל שיקול אחר [...] דברים אלה מקבלים משנה תוקף בנסיבות שבהן לא
 9 הוצגו כל ראיות לכך שבאיזון בין "טובת הילד" לבין זכותה של מדינת ישראל לאכוף הרחקה של
 10 שוהה בלתי חוקי, יש להעדיף את שיקולי "טובת הילד" (עמ' 7 פסקה אחרונה – עמ' 8 פסקה
 11 ראשונה).

12
 13 לאור זאת דחה בית הדין לעררים את הערר והורה למערער לצאת מישראל לאלתר, מבלי לפגוע
 14 בזכותו לשוב לישראל ככל שתתקבל החלטה חיובית בבקשה ההומניטרית.
 15

16 7. ביום 07.08.23 הגישו המערערים את הערעור שלפניי יחד עם בקשה בהולה למתן צו ארעי
 17 וצו ביניים נגד הרחקת המערער מישראל, שהיתה קבועה ליום המחרת. כבי' השופט יקואל הורה
 18 על הגשת תגובת הרשות וכן הורה לצדדים לבחון האם ניתן להתכנס סביב הסכמות דיוניות בדבר
 19 המצב הקיים. תגובת הרשות הוגשה ביום 08.08.23 במקביל להודעה דחופה מטעם המערער שלפי
 20 הרחקתו נקבעה לאותו ערב. אז החליט כבי' השופט יקואל כי יתקיים דיון שנקבע ליום 10.08.23,
 21 וכי עד לקיומו לא יינקטו פעולות יזומות מטעם הרשות להרחקת המערער מהארץ.
 22

23 8. ביום 09.08.23 הגישו המערערים את תוצאת הבדיקות הגנטיות, שאישרו כי המערער הינו
 24 אביהם של הילדים. כבי' השופט יקואל הורה לרשות להגיב האם לאור זאת ניתן לבחון אפשרות
 25 שתייתר את הדיון הקבוע למחרת, והרשות הגיבה וטענה כי אין באבהותו לשנות מעמדתה, וזאת
 26 משום שהבקשה ההומניטרית הוגשה רק לאחר מעצרו ולאחר ששהה באופן בלתי חוקי בארץ משך
 27 שנים.
 28

29 9. ביום 10.08.23 התקיים דיון בבקשה לסעד זמני, ובמסגרתו הורה כבי' השופט יקואל על
 30 איחוד הדיון בבקשה לצו זמני ובערעור לגופו, וקבע כי המערער ייוותר במשמורת תוך הימנעות
 31 מהרחקתו מישראל, וכי מבלי לכבול את שיקול הדעת ומבלי לטעת מסמרות או לייצר ציפיות
 32 באשר לתוצאות הדיון, ייעשה ניסיון להקדים את התור לדיון בבקשה ההומניטרית ובתיק
 33 האבהות.
 34

35 10. ביום 06.09.23 התקיים דיון בערעור בפני כבי' השופט יקואל, שאליו התייצבה גם נציגה
 36 הרשות. הצדדים חזרו על טענותיהם. כבי' השופט יקואל הציע לצדדים לבחון אפשרות שלפיה
 37 לאור תוצאות הבדיקה הגנטית ואישור האבהות יושב התיק לרשות לקבלת החלטה לאחר בחינה
 38 נוספת של התיק, שמא תשתנה החלטתה לאור פסק דין שניתן בתיק אחר, דומה, שנדון בפניי

1 בעמ"נ 18633-07-23 איברהים קונדה נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו, 25.07.23 להלן: **עניין**
2 **קונדה**).

3
4 11. ביום 13.09.23 הודיעה הרשות כי עמדתה היא שדין הערעור להידחות, אך לאור הנסיבות
5 והמלצת בית המשפט, נעשתה בדיקה נוספת ע"י הגורמים הרלוונטיים והוחלט שלעת הנוכחית
6 הרשות אינה מתנגדת לבחינת הבקשה ההומניטרית, לרבות הקשר של המערער לילדים, בעודו
7 שוהה במשמורת. הודעת המערער הוגשה באותו יום בנפרד, ובה דחה את הצעת הרשות לבחון את
8 הבקשה בעודו שוהה במשמורת – נכון לאותה עת במשך 143 ימים, בהסתמך על **עניין קונדה**,
9 ולאור הנזק שכבר נגרם לילדים הזקוקים לנוכחות אביהם נפשית, רגשית וכלכלית. הרשות הגיבה
10 לזאת בהתאם להחלטת כב' השופט יקואל, כי היא עומדת על דעתה כי דין הערעור להידחות וכי
11 היא שוקלת להגיש בקשת רשות ערעור גם **בעניין קונדה**.

12
13 12. ביום 20.09.23, בהתאם להחלטת כב' השופט יקואל, הודיעה הרשות כי דיון ביקורת
14 שיפוטית בבית הדין לביקורת משמורת קבוע ליום המחרת, וכי הבקשה ההומניטרית הוגשה
15 והיתה אמורה להיבחן בלשכת הרשות באותו בוקר, אך ב"כ המערערים לא התייצב והודיע כי לא
16 יופיע, ולפיכך התקיים ראיון עם המערער בהעדרו והחלטה צפויה בקרוב.

17
18 לפיכך קבע כב' השופט יקואל ביום 21.09.23 כי ניתן תוקף של החלטה להסכמת הצדדים כי
19 המערער לא יורחק עד שתתקבל החלטה אחרת שתתקבל במישור ההומניטרי, ולעניין המשמורת
20 הסתיים הדיון בעתירה כמתכונתה לאור מיצוי ההליכים, וככל שיידרש ייפתח הליך נפרד
21 בהחלטה שתתקבל. כמו כן הורה כב' השופט יקואל להסיר את התיק מרשימת התיקים הפתוחים.
22

23 13. ביום 02.10.23 הוגשה הודעה דחופה מטעם המערער, שלפיה הרשות שלחה את הזימון
24 לראיון לעו"ד אחר במשרדו וסירבה להקליט ולצלם את הראיון ואף סירבה לקבל מסמכים
25 שביקש להוסיף. עוד התבקשה הבהרה להחלטת בית המשפט, כי הערעור מתקבל וצו ההרחקה
26 מבוטל, מחשש שאחרת יימשך ההליך ההומניטרי כשהמערער שוהה מאחורי הסורגים חודשים
27 רבים ללא תכלית במתקן המשמורת שאינו מתקן כליאה. מרגע שאין הרחקה יש לטענת המערער
28 להורות על שחרור.
29

30 ביום 11.10.23 הוגשה תגובת הרשות, שחזרה על עמדתה והוסיפה כי ככל שהמערער יבקש לתקוף
31 את החלטת הוועדה ההומניטרית, הסמכות לכך תהיה לבית המשפט המחוזי בירושלים.
32

33 14. בשלב זה הועבר התיק אליי, והוא בשל למתן פסק דין, לאחר שהתקיימו דיונים בפני כב'
34 השופט יקואל והצדדים הגישו תגובות שמשקפות את מלוא התמונה העובדתית והמשפטית.
35

דיון והכרעה

36
37 15. **בעניין קונדה**, אשר אכן דומה לענייננו, קבעתי כי על הרשות לבחון את טובת הילד
38 במסגרת בחינת בקשת אביו למעמד, ולהתחשב בה כשיקול ראשון במעלה בקבלת החלטתה.
39

1 כפי שקבעתי שם: **"בעמ"נ 41621-09-19 אישורה אופרטי נ' רשות האוכלוסין וההגירה מיום**
 2 **21.5.2023, הוריתי לרשות כיצד לבצע בדיקה של טובת הילד. באותו עניין, הילדים לא היו**
 3 **אזרחי ישראל והאמור התבסס על מחויבות ישראל מכוח חתימתה על האמנה לזכויות הילד.**
 4 **במקרה שלפניי, בנו של המערער הוא אזרח ישראלי ועל כן חובה זו מוטלת על הרשות על אחת**
 5 **כמה וכמה. באותה החלטה, נקבע נוהל מפורט כיצד לבחון את טובת הילד בסעיף 70 להחלטה"**
 6 **(עמ"נ 41621-09-19 להלן: עניין אופראטי).** לאחר שהמערער בעניין קונדה הוחזק במתקן
 7 המשמורת 95 ימים והרשות נמנעה מבדיקת העובדות והנתונים הנדרשים לקבלת החלטה, הוריתי
 8 על שחרורו, בכפוף לחתימת שני אזרחי ישראל, נעדרי עבר פלילי כל אחד על ערבות בסכום של
 9 15,000 ₪ להבטחת התייצבותו, ככל שיידרש לפני הרשויות ולהבטחת יציאתו מהארץ, אם כך
 10 יוחלט בסיום כל ההליכים המתקיימים בעניינו. עוד הוריתי באותו עניין, כי: **"טרם תתקבל כל**
 11 **החלטה בעניינו של המערער, תיבחן טובת הילד, כאמור בהחלטתי בעמ"נ 41621-09-19"**.

12
 13 16. **בעניינינו המערער שוהה במשמורת מזה כששה חודשים, מבלי שטובת הילדים נבדקה**
 14 **באופן כלשהו, ומבלי שהרשות שקלה את טובת ילדיו הפעוטים. אמנם, כפי שציין בית הדין,**
 15 **פעוט כבן שנה לא ניתן לראיין ולבחון את עמדותיו, אולם, את טובת הילדים ניתן לבדוק בכל גיל,**
 16 **אלא שבאמצעים שונים. האמנה המחייבת לבחון את טובת הילד חלה מרגע לידת הילד ואינה**
 17 **מוגבלת לגילאים מבוגרים יותר. ההפך הוא הנכון, ככל שהילדים רכים בשנים יש לדאוג ולהגן**
 18 **עליהם יותר.**

19
 20 17. בגילאים מסוימים תבחן טובת הילדים תוך שיחה עם הילדים, ובאחרים תוך שיחה עם
 21 אחרים בסביבתם – אמם, קרובי משפחה אחרים, צוות הגן ויו"ב. אמנם, צדק בית הדין לעררים
 22 בכך שהבחין בין עניין אופראטי לבין העניין שלפניי בכך שהילדים כאן הם אזרחי ישראל שאין
 23 כוונה להרחיקם כמובן, אך שגה בכך שניתן להסיק לגבי טובתם מבלי שהרשות בחנה זאת בדרך
 24 כלשהי. המסקנה מההבחנה היא הפוכה. בעניין אופראטי הילדים ואמם אינם תושבי ישראל,
 25 והמחויבות כלפיהם נובעת מהאמנה לשלום הילד. במקרה שלפניי מדובר באזרחי ישראל,
 26 שהמדינה מחויבת כלפיהם הן מכוח האמנה, הן מכוח היותם אזרחי ישראל. במובן זה, נפל פגם
 27 ממשי בפסק דינו של בית הדין לעררים.

28
 29 18. אמנם, שיקול טובת הילד אינו השיקול היחיד, אך אין מקום לקבל החלטה כה דרמטית
 30 לחייהם של ילדים, ודאי אם הם רכים בשנים, להרחקת אביהם מחייהם באופן קבוע, מבלי לדון
 31 ולשקול את טובתם. בית הדין למעשה הניח כי אם לא ניתן לשוחח עם הילדים, הרי שלא ניתן
 32 לברר את טובתם, וכי טובתם גם אם תשקל, לא תעמוד לפני שיקולים אחרים. את טובת הילדים
 33 יש לשקול, לאחר קבלת חוות דעת מקצועית, על ידי הרשות תחילה. כלומר, הרשות קיבלה
 34 החלטה על הרחקת המערער מבלי לשקול את טובת הילדים. שיחה בין ממונה ביקורת גבולות
 35 לאם הילדים, אינה יכולה להוות ולו תחילת בסיס עובדתי לעניין זה.

36
 37 אדגיש כי כעת מתחוללת בארץ מלחמה, וגם אם המערער לא היה "אב פעיל" קודם לכן
 38 (כשמשמעות המונח כלל לא ברורה), הרי יש להניח כי כעת מקומו לצד ילדיו הרכים בשנים.

19. בנוסף, הצדק עם המערערים כי במצב שנוצר המערער למעשה מוחזק במשמורת רק על מנת להמתין לקבלת החלטה בבקשה ההומניטרית שעומדת להכרעה, כאשר הוא אינו מועמד עוד להרחקה מכח ההחלטה נשוא הערעור שלפניי. במצב זה, שבו שליטת הרשות במועד קבלת ההחלטה בוועדה ההומניטרית היא מלאה, ובפרט בימים אלה שבהם אין התנהלות שגרתית במי ממוסדות המדינה ואין לדעת אם אכן יתקיים דיון במועד שנקבע, יהיה בלתי מידתי להותיר את המערער במשמורת להמתין לקבלת החלטה בבקשה ההומניטרית. קל וחומר במצב שבו לא נשקלה כלל טובת הילדים כנדרש.

סוף דבר

הערעור מתקבל. פסק הדין של בית הדין לעררים מבוטל, ומבוטל גם צו ההרחקה העומד נגד המערער. המערער ישוחרר באופן מיידי ממשמורת ללא כל תנאי.

המזכירות תודיע בדחיפות גם טלפונית.

כאשר תתקבל החלטה בבקשה ההומניטרית ניתן יהיה לקיים הליכי ערעור והליכי אכיפה בהתאם לדין ובנפרד מההליך הנוכחי. עם זאת, יש להדגיש כי על הרשות לבחון את טובת הילדים בכל הליך. אם בקשת המערער למעמד מטעמים הומניטריים תידחה, יעמדו לרשות 60 ימים בהם לא ניתן יהיה לנקוט הליכי אכיפה נגדו, כדי לאפשר לו לנקוט בהליכים המתאימים.

המשיבה תישא בהוצאות המערער ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 15,000 שקלים. סכום זה יישא הפרשי הצמדה וריבית כחוק, מהיום ועד התשלום המלא בפועל.

ניתן היום, כ"ז תשרי תשפ"ד, 12 אוקטובר 2023, בהעדר הצדדים.

מיכל אגמון-גוון