



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ס 1983/11

לפני :
כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט י' עמית

המערערים :
1. אקלילו אמארה
2. וונישט לגסה
3. ליאול אמארה
4. מהלט אמארה

נ ג ד

המשיב :
משרד הפנים

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (סגנית הנשיא ש'
גדון) שניתן ביום 07.02.2011 בעת"מ 34020-10-10

תאריך הישיבה : כ"ח באולול התשע"א (27.09.2011)

בשם המערערים : עו"ד ידן עילם ; עו"ד נילי אלכסנדרוביץ

בשם המשיב : עו"ד יצחק ברט

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש :

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו
כבית משפט לעניינים מנהליים (סגנית הנשיא ש' גדון), שניתן ביום 7.2.2011 בעת"מ
34020-10-10 ודחה את עתירת המערערים כנגד החלטת המשיב שלא ליתן להם מעמד
בישראל.

עיקרי העובדות

1. המערער 1, אזרח אתיופיה, נכנס לישראל ביום 28.9.1997 באשרת תייר מסוג ב/2 שתוקפה עד ליום 28.12.1997. המערער 2, אזרחית אתיופיה גם היא, נכנסה באופן לא חוקי לישראל, לטענתה במהלך שנת 2000. בישראל נפגשו המערערים ונישאו זה לזו, לטענתם ביום 26.7.2003. המערערים 3-4 הם ילדיהם הקטינים של המערערים 1-2 שנולדו וגדלו בישראל. המערערים 1-2 הגישו בקשה להסדרת מעמדם כפליטים לנציבות האו"ם לפליטים וקיבלו אשרת שהייה זמנית מסוג ב/1 מיום 20.9.2004 ועד ליום 20.3.2005, למען הסדרת מעמדם בזמן בירור בקשתם. בקשתם זו של המערערים 1-2 נדחתה ולאחר שגם השגה על כך נדחתה נמסר להם כי עליהם לצאת את הארץ.

2. ביום 16.8.2010 פנו המערערים בבקשה לקבלת מעמד בישראל מכוח החלטת ממשלה מס' 2183 שהתקבלה ביום 1.8.2010 שנושאה "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים שלא כחוק, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (להלן: החלטת הממשלה). בהתאם להחלטה זו ילדי נתינים זרים השוהים בישראל שלא כדין יוכלו לקבל, במידה שעומדים הם בתנאים הקבועים בהחלטה, מעמד של קבע בישראל. בנוסף, הוריהם ואחיהם של אותם ילדים יקבלו רשיון ישיבה ארעי בישראל. ביום 17.8.2010 סורבה בקשת המערערים היות שלא עמדו בהוראה שבסעיף 1(ה) להחלטת הממשלה הקובעת כתנאי לקבלת מעמד בישראל כי הורי הילד, אשר בגינו מוגשת הבקשה, נכנסו למדינת ישראל כדין. משכך נמסר למערערים כי עליהם לצאת את ישראל תוך 30 ימים. ביום 31.8.2010 פנה בא-כוח המערערים למשיב בבקשה כי עניינם של המערערים יועבר לבדיקתה של הוועדה המקצועית הבין-משרדית לעניין מעמד ילדי השוהים שלא כחוק ובני משפחותיהם בישראל (להלן: הוועדה הבין-משרדית) היות שלשיטתו המערערים מקיימים את כל התנאים הקבועים בהחלטת הממשלה פרט לתנאי בגינו נדחתה בקשתם, ולפיכך מדובר במקרה גבולי שאת הטיפול בו יש להעביר לוועדה דלעיל לפי החלטת הממשלה. באותו יום דחה המשיב את בקשתו של בא-כוח המערערים מהסיבה שאין מדובר במקרה גבולי ולכן אין טעם להיוועץ בוועדה הבין-משרדית בנוגע אליו. על ההחלטה לדחות את בקשתם למעמד בישראל הגישו המערערים עתירה לבית המשפט לעניינים מנהליים בתל-אביב-יפו. ביום 7.2.2011 דחה בית המשפט את עתירתם של המערערים בקובעו כי החלטת המשיב הינה סבירה ואין מקום להתערב בה. על פסק דין זה הגישו המערערים ביום 10.3.2011 את הערעור דנן וביקשו, כי נבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא ונורה כי זכאים הם למעמד של קבע בישראל או לחלופין נורה על קיום דיון בעניינם בוועדה הבין-משרדית. במקביל ביקשו המערערים

כי יינתן סעד זמני שימנע את הרחקתם מישראל. ביום 10.3.2011 ניתן צו ארעי על-ידי כב' השופט י' עמית המונע את הרחקת המערערים מתחומי מדינת ישראל עד למתן החלטה אחרת.

טענות הצדדים

3. המערערים טוענים כי שגה המשיב כאשר קבע כי המערערת 2 נכנסה לישראל שלא כדין ולפיכך דחה את בקשתם של המערערים לקבלת מעמד בישראל, היות שלשיטת המערערים, האשרה הזמנית מסוג ב/1 שקיבלה המערערת 2 ביום 20.9.2004 הכשירה בדיעבד את כניסתה לישראל. לחלופין טוענים המערערים כי מפני שמתקיימים במערערים ארבעה תנאים מתוך חמשת התנאים, שקבעה החלטת הממשלה לטובת קבלת מעמד, אזי עניינם הינו מקרה גבולי. משכך, סבורים המערערים, היה מקום להעביר את עניינם לבחינתה של הוועדה הבין-משרדית בהתאם לסעיף 13(ו) להחלטת הממשלה. דחיית הבקשה על סמך אי-עמידה בתנאי אחד בלבד פוגעת, כך גורסים המערערים, בעיקרון טובת הילד, היות ופועל יוצא של דחייה זו הוא הרחקתם של המערערים 3-4 מן הארץ. כמו כן טוענים המערערים כי דחיית בקשתם לקבלת מעמד מבלי לדון בה לגופה אינה סבירה. חוסר הסבירות מתבטא בכך שהמשיב נתן משקל יתר לשיקולי הגירה כלליים על חשבון מתן משקל מתאים לעיקרון טובת הילד. בנוסף, סבורים המערערים כי המשיב כלל לא נתן משקל לכך שהמערערים עומדים בארבעה תנאים מתוך חמשת התנאים הקבועים בהחלטת הממשלה. לבסוף טוענים המערערים כי החלטת המשיב גם אינה מידתית.

4. מנגד, המשיב סומך ידיו על פסק דינו של בית המשפט קמא וטוען כי דין הערעור להידחות. המשיב טוען כי אין בעובדה, שהמערערת 2 החזיקה אשרת שהייה זמנית מסוג ב/1 משך מספר חודשים, כדי להכשיר בדיעבד את כניסתה לישראל. המשיב טוען שהאשרה ניתנה לה כתוצאה מהגשת בקשת סרק לשיטתו, לקבלת מעמד של פליט, והעותרת אינה יכולה להיבנות מכך. המשיב טוען עוד כי החלטת הממשלה ברורה ומבחינה בצורה חד משמעית בין ילדים שהוריהם נכנסו לישראל כדין וילדים שהוריהם נכנסו לישראל שלא כדין. ביחס לקבוצה שניה זו בחרה הממשלה שלא ליתן מעמד של קבע. משכך, לא עמדו המערערים בתנאים הקבועים בהחלטת הממשלה והיה מקום לדחות את בקשתם. המשיב דוחה גם את טענתם החלופית של המערערים לפיה מדובר במקרה גבולי והיה מקום להעביר את עניינם של המערערים לבחינת הוועדה הבין-משרדית. לשיטתו של המשיב המקרים הגבוליים, הנזכרים בהחלטת הממשלה, אינם כוללים מקרים מסוג המקרה הנוכחי, בו אחד ההורים נכנס שלא כדין לישראל. בסעיף 29 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב הוצגו דוגמאות למקרים גבוליים שהובאו

לפתחה של הוועדה הבין-משרדית, ואלו הם: "ילדים השוהים בישראל משך יותר מ-5 שנים אך עולים לראשונה לגן חובה; ילדים שלמדו בחלק מהתקופה במוסדות חינוך לא-ממלכתיים; ילדים שמשך שהייתם בישראל חרג במקצת מהתקופה שנקבעה בהחלטת הממשלה". בשונה ממקרים אלו, המשיב גורס כי שאלת כניסתו של אדם כדין לישראל הינה שאלה בינארית, ולה תשובה חיובית או שלילית. מקרה בו התשובה לשאלה זו הינה שלילית, כמקרה דנן, הינו מקרה מובהק בו לא מתקיים התנאי החמישי להחלטת הממשלה ולכן אין מדובר במקרה גבולי בו מתקיים התנאי בצורה חלקית.

5. ביום 27.9.2011 קיימנו דיון בערעור בו הצגנו את האפשרות, במסגרת שאלת המענה לתנאי החמישי בהחלטת הממשלה, כי ייתכן שהמקרה דנן מקרה גבולי היות שהמערער 1, בשונה מהמערער 2, נכנס כדין לישראל, ולפיכך רק אחד משני ההורים נכנס שלא כדין לישראל. נוכח זאת, בתום הדיון נעתרנו לבקשת המשיב למתן ארכה כך שתיבחן מחדש שאלת ההיוועצות בחברי הוועדה הבין-משרדית בעניינם של המערערים כמקרה גבולי. משכך, הורינו למשיב להגיש הודעה משלימה בהקשר זה. ביום 11.10.2011 הודיענו המשיב כי אינו סבור שעניינם של המערערים הינו מקרה גבולי, בשים לב ללשון החלטת הממשלה והתכליות העומדות בבסיסה. המשיב מדגיש כי החלטת הממשלה באה, מחד גיסא, ליתן מענה חד פעמי ומוגבל לחלק מילדי השוהים הבלתי חוקיים שהשתקעו במדינת ישראל, ומאידך גיסא, למנוע הסתננויות למדינת ישראל. האיוון בין שתי התכליות הללו הושג בכך שהילדים שהוריהם נכנסו שלא כדין לישראל הוחרגו במפורש מהחלטת הממשלה. הכרה במקרה דנן כמקרה גבולי – כך הטענה – תאיין את התכליות שעמדו בבסיס החלטת הממשלה. לפיכך, לשיטתו של המשיב, אין כל הבדל לענייננו בין משפחה בה שני ההורים נכנסו לישראל שלא כדין לבין משפחה בה הורה אחד נכנס לישראל שלא כדין. כמו כן מציין המשיב כי תהיינה השלכות רוחב ניכרות להבאת עניינם של המערערים בגדר מקרה גבולי. ביום 10.11.2011 הגישו המערערים תגובתם להודעת המשיב שעיקרה טענתם כי לא תהיינה השלכות רוחב להכרה בעניינם כמקרה גבולי.

דיון והכרעה

6. החלטת הממשלה בגינה מבקשים המערערים לקבל מעמד בישראל קובעת חמישה תנאים מצטברים שבהתקיימם יוענק מעמד לילד השוהה בישראל שלא כחוק ולמשפחתו הגרעינית. חמשת התנאים הללו קבועים בסעיף 1 להחלטה והינם כדלקמן:

- א. "בשנת הלימודים התש"ע הילד למד במערכת החינוך הממלכתית בישראל, לרבות גן חובה הפועל על פי חוק הפיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969.
- ב. לשנת הלימודים התשע"א הילד רשום ללימודים בכיתה א' או בכיתה גבוהה יותר במערכת החינוך הממלכתית בישראל, או שרישמו ללימודים בכיתה א' נדחה לאחר שלמד בשנת הלימודים התש"ע בגן חובה, ואובחן ע"י השרות הפסיכולוגי כחסר בשלות ללימודים בכיתה א', או שסיים כיתה י"ב במערכת החינוך הממלכתית בישראל בשנת הלימודים התש"ע.
- בסעיפים א' ו-ב': "מערכת החינוך הממלכתית בישראל" – לעניין גן חובה וכיתות י"ב בלבד. גם במוסד "מוכר שאינו רשמי" ובלבד שהילד למד בכיתות א'-ט' במערכת החינוך הרשמית.
- ג. במועד קבלה החלטה זו, הילד מתגורר בישראל ברצף תקופה בת 5 שנים, לכל הפחות, ובלבד שאם לא נולד בישראל נכנס אליה בטרם מלאו לו 13 שנים.
- ד. הילד דובר את השפה העברית.
- ה. הוריו של הילד נכנסו באשרה ורישיון מסוג ב/1 (עובד זר), ב/2 (תייר) או ב/4 (מתנדב) לפי חוק הכניסה לישראל, שהוטבעו בדרכון חוץ של מדינה שמדינת ישראל מקיימת איתה יחסים דיפלומטיים, טרם מועד לידתו של הילד בישראל או כניסתו של הילד לישראל".

בין הצדדים לא התעוררה מחלוקת באשר להתקיימות ארבעת התנאים הראשונים הקבועים בהחלטת הממשלה במערער 3, והמחלוקת מתמקדת בתנאי החמישי דלעיל, העוסק בשאלת חוקיות כניסת המערערים 1-2, הורי המערער 3, לישראל. בעניין זה אין לקבל את טענת המערערים לפיה אשרת השהייה הזמנית אותה קיבלה המערערת 2 בשנת 2004 הכשירה בדיעבד את כניסתה לישראל, ארבע שנים קודם לכן. חוקיות הכניסה לישראל נבחנת במועד הכניסה. אין בנכונות המשיב להסדיר את שהותה של המערערת 2 בישראל שעה שבקשתה לקבלת מעמד של פליטה מצויה בבירור, כדי להכשיר את הכניסה בדיעבד. תחולתה של האשרה שניתנה לעותרת היתה אקטיבית ולא רטרואקטיבית. פניה היו מעתה והלאה ולא לאחור בזמן כלפי אירוע שחלף והסתיים. המערערת 2 העמידה את המדינה בפני עובדה שעה שהסתננה ונכנסה שלא כדין לארץ. משכך, לא רכשה העותרת זכות להישאר בישראל ואינה יכולה להיבנות מאשרת שהייה שניתנה לתקופה מוגבלת ולמטרה מוגבלת. אשר על כן, כניסתה של המערערת 2 לישראל היתה שלא כדין ולכן לא מתקיים במערערים התנאי החמישי הקבוע בהחלטת הממשלה. ההסדר הקבוע בהחלטת הממשלה הוא הסדר "חד פעמי הנעשה לפנים משורת הדין" (ראו סעיף 10 להחלטת הממשלה) ומשלא מתקיים

במערערים אחד מן התנאים הדרושים בו חסרים המערערים עילה להישאר בישראל ולקבל בה מעמד. לפיכך אין המערערים זכאים לסעד העיקרי אותו מבקשים בערעור והוא קבלת מעמד בישראל מכוח עמידה בתנאי החלטת הממשלה.

7. אשר לסעד החלופי המבוקש על ידי המערערים, המתבסס על הטענה כי היה על המשיב להעביר את ענינם להיוועצות בוועדה הבין-משרדית מכוח סעיף 13(ו) להחלטת הממשלה, הרי שבטענה זו יש ממש. סעיף 13(ו) להחלטת הממשלה עוסק בנפקות של אי עמידה באחד מן התנאים הקבועים בהחלטת הממשלה וכך קובע:

”מבקשים אשר על פני הדברים, אינם עומדים בתנאי החלטת הממשלה ובקשות אשר לא צורפו אליהן המסמכים האמורים לעיל לא ידונו לגופן. למבקשים תימסר במסירה אישית, החלטה בדבר דחיית הבקשה והחלטה זו תהא סופית.

...
על אף האמור לעיל, במקרים גבוליים תידון הבקשה לגופה באופן פרטני, והחלטה סופית תימסר למבקשים לאחר היוועצות בחברי הוועדה המקצועית הבין-משרדית לעניין מעמד ילדי שוהים שלא כחוק ובני משפחותיהם בישראל, אשר מונתה בהתאם להחלטת ראש הממשלה מיום 1.11.2009, או ממלאי מקומם.”

מהם אותם מקרים גבוליים בהם לא מתקיימים כל חמשת תנאי החלטת הממשלה אך נוכח נסיבותיהם המיוחדות יש לקיים בהם דיון פרטני לגופו של עניין ולהיוועץ בחברי הוועדה הבין-משרדית? על כך אין בהחלטת הממשלה כל תשובה.

מקרים גבוליים מעצם טיבם וטבעם אינם ניתנים לצפייה ולהגדרה מלכתחילה. מדובר במקרים עמומים בהם יש להניח כי אחד או יותר מתנאי החלטת הממשלה אינו מתקיים או ששאלת התקיימות התנאים איננה ברורה, אך הם קרובים לסף שממנו ביקשה הממשלה להעניק מעמד בישראל. נוכח קירבה זו, קבעה הממשלה כי נדרשת במקרים אלו בחינה לגופו של עניין. משמע, במקרים אלו אין לדחות את הבקשה על הסף אלא יש לבחון אותה לגופה ורק לאחר שקילת הנתונים הרלוונטיים יש להכריע האם יש מקום ליתן למבקשים מעמד בישראל.

8. לשיטת המשיב הכרה במקרה הנוכחי כמקרה גבולי תאיין את התכלית בבסיס החלטת הממשלה בדבר מניעת הסתננויות. אין בידנו להסכים עם עמדה זו. ראשית, קיומו של חריג לכלל אינו מאיין את הכלל שהרי כשמו כן הוא, “חריג”. הכלל

והתכליות שבסיסו עודם עומדים ולא נפגעים מעצם קיומו של החרג. חריג לכלל, או מקרה גבולי בעניינו, אך מבטאים את התפישה כי כלל שנקבע אקס-אנטה (ex-ante) אינו מסוגל לצפות את כל האפשרויות ואת כל הנסיבות עליהן יחול וכי ישנן נסיבות בהן יישום הכלל כמות שהוא יביא לתוצאה שאינה צודקת. אכן, "כללים מותרים אחריהם בהכרח 'מקרי שוליים', שבהם הכלל יביא לתוצאה לא רצויה" (יואב דותן "ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה והמקרה הפרטי המיוחד" משפטים כד 425, 436 (1995)). שנית, הכרה במקרה דנן כמקרה גבולי מחייבת בחינת עניינם של המערערים לגופו ולא דחייתו על הסף. בבחינה זו ניתן לשקול את נסיבותיו הייחודיות של כל מקרה באופן פרטני.

9. לשיטתו של המשיב, בכך שלא יתקיים התנאי החמישי בהחלטת הממשלה באחד מהורי הילד המבקש מעמד בישראל יש די כדי לשלול את בקשתו על הסף. למעשה, נדמה כי עולה מתגובותיו של המשיב גישה דו-שלבית להפעלת שיקול דעתו בבחינת גבוליות בקשות לפי החלטת הממשלה. בשלב הראשון המשיב אינו מתחשב בנסיבות הבקשה אלא בוחן בחינה נוקשה של התקיימות התנאי החמישי להחלטת הממשלה. רק משקבע המשיב כי תנאי זה מתקיים במלואו פונה המשיב לשלב השני בגדרו יבחן את התקיימות יתר תנאי החלטת הממשלה ואת נסיבות המקרה. עמדה זו של המשיב באשר לאופן הפעלת שיקול דעתו אין בידינו לקבל.

ראשית, בעשותו כך מבקש המשיב לשוות להחלטת הממשלה היררכיה בין תנאי השונים ובין התכליות העומדות בבסיסה. עולה מדברי המשיב כי התנאי החמישי להחלטת הממשלה הינו תנאי הכרחי בלעדיו אין לסיווג המקרה כגבולי. בהחלטת הממשלה אין כל ביטוי לעמדה זו ואין היא נובעת ממנה. כפי שציין המשיב, נראה שהחלטת הממשלה ביקשה לאזן בין שתי תכליות, האחת טובת הילד והשניה, מניעת הסתננויות. איזון ביקשה הממשלה להשיג ולא עליונות של תכלית אחת על פני חברתה. אם ביקשה הממשלה ליתן מעמד עדיף ומכריע לדרישת הכניסה כדין לישראל חזקה עליה כי היתה עושה כן, אלא שסעיף 13(ו) להחלטה, העוסק במקרים גבוליים, אינו כולל כאמור כל הגדרה למקרים אלו, לא כל שכן תנאי סף לסיווג כאמור.

שנית, טבוע בגישתו של המשיב פגם אינהרנטי, שכן בכדי להכריע האם מקרה הינו מקרה גבולי אם לאו יש לבחון את מכלול נסיבותיו ואין ניתן לשלול אפשרות זאת רק על בסיס בחינה מכאנית של התקיימות התנאי החמישי להחלטה ללא כל התחשבות ביתר הנסיבות. זאת כיוון שכלל נסיבות המקרה הן שתלמדנה על כך שהמקרה דומה מספיק למקרים שעמדו לפני הממשלה שעה שקיבלה את החלטתה, ולפיכך נכון לבחון

אותו לגופו לשם בחינת מתן מעמד בישראל למבקשים. בכדי לקבוע האם מקרה הוא גבולי, משמע בכדי לקבוע עד כמה קרוב המבקש לסף שקבעה הממשלה לקבלת מעמד בישראל, יש לבחון את כלל נסיבות המקרה, כיוון שכאמור לא ניתן לנתק בין ההחלטה על מקרה כמקרה גבולי לבין בחינה של נסיבותיו. על פניו, חסר בתנאי מן התנאים עשוי להיתפס כמקרה גבולי, במיוחד שבנסיבות כאלה שלפנינו החסר הוא חלקי; על פי התנאים שנבעו בהחלטת הממשלה אחד מבני הזוג נכנס לישראל כדין.

נוכח האמור, הליך בחינת מקרה כגבולי הינו הליך חד-שלבי בו נדרש מעבר חוזר ונשנה בין בחינת התקיימות תנאי החלטת הממשלה לבין בחינתן של יתר נסיבות המקרה. מדובר בהכרעה של שיקול דעת, כך שלמשל ככל שיותר תנאים מתנאי החלטת הממשלה אינם מתקיימים תדרשנה נסיבות יוצאות דופן ומיוחדות במינן כדי לקבוע כי מדובר במקרה גבולי. ודוקו; הקביעה כי מקרה הינו מקרה גבולי איננה סוף דבר ולאחריה נדרשת קביעה נוספת כי הילד המבקש זכאי לקבל מעמד בישראל מכוח החלטת הממשלה. משמע, אין בקביעה כי מקרה הינו גבולי כדי להביא באופן ישיר לקבלת מעמד בישראל. הקביעה כי מקרה הינו גבולי משמעותה כי נדרשת בחינת המקרה לגופו של עניין על ידי חברי הוועדה הבין-משרדית.

10. צודק המשיב כי השאלה אם אדם נכנס לישראל כדין הינה שאלה שהתשובה לה בינארית – חיובית או שלילית. מכך גוזר המשיב כי במידה שהתשובה לשאלה זו הינה שלילית, ביחס להורי הילד בגינו מוגשת הבקשה לקבלת מעמד בישראל, אין מקום להכיר במקרה כגבולי. בכך שוגה המשיב, שכן התשובה הבינארית לשאלת הכניסה לישראל מהווה שיקול אחד, מני רבים, בהחלטה אם יש להחשיב מקרה כגבולי ואינה מהווה שיקול יחיד ומכריע, כאמור לעיל.

11. החלטה מנהלית סבירה היא החלטה המתחשבת בקיומם של מקרים חריגים:

”הדרישה להגינות ולמידתיות בפעולתה של הרשות המנהלית - ובכלל זה בחקיקת-משנה - מצדדת בכך שהסדרים הקשיחים יוגבלו לנסיבות בהן לא ניתן להימנע מקביעתו של הסדר גורף. על דרך הכלל, ראוי כי הפעלת שיקול-הדעת המנהלי תאפשר גמישות במקרים בהם קיימת הצדקה לחריגה מהשורה בלי לפגוע בכך בעקרון השוויון” (בג”ץ 4293/01 משפחה חדשה נ’ שר העבודה והרווחה, פסקה 7 לפסק דיני (טרם פורסם, 24.3.2009)).

המשיב לא בחן ושקל את נסיבות המקרה שלפנינו שעה שהחליט אם מדובר במקרה גבולי אלא שלל אפשרות זו מכל וכל. המשיב עצר בבחינת התקיימות התנאי החמישי להחלטת הממשלה ומשראה שזה אינו מתקיים, גם אם אינו מתקיים למחצה, קבע שאין מדובר במקרה גבולי ולפיכך יש לדחות את הבקשה על הסף. החלטתו זו של המשיב פגומה ואינה עומדת במבחני הסבירות. הקביעה המוחלטת כי כל המקרים בהם לא מתקיים התנאי החמישי להחלטת הממשלה במלואו, אלא רק באחד ההורים, אינם עשויים להיחשב כגבוליים הינה כוללנית מדי, נוקשה מדי, אינה מאפשרת מקום לחריגים ואינה רגישה לנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה.

12. בנסיבות שלפנינו עמדו המערערים בארבעה תנאים מתוך חמשת תנאי החלטת הממשלה, כאשר התנאי החמישי מתקיים למחצה, היות שהמערער 1 נכנס כדין לישראל. המערערים שוהים בישראל שנים לא מעטות, הגם שרק פרק זמן קצר מתוך השנים הללו שהייתם היתה כדין. המערערים 3-4, ילדיהם הקטינים של המערערים 1-2 נולדו בישראל וחיים בישראל משך כל חייהם ולא ידעו בית אחר, תרבות אחרת או מדינה אחרת. המערער 3 לומד במערכת החינוך בישראל ובכך יש להניח מתעצמת הזיקה בינו לבין המדינה. קשה לשלול את הקשר, העולה מן הנסיבות הללו, שנוצר בין המערערים למדינה. בכוחו של קשר זה לבסס את המסקנה כי עניינם הוא מקרה גבולי וכי היה מקום לדון בו לגופו בהתאם להחלטת הממשלה. אשר על כן, באנו לכדי מסקנה כי החלטת המשיב שלא להכיר במקרה שלפנינו כמקרה גבולי ולהימנע מלבחון אותו לגופו הינה בלתי סבירה ואינה יכולה לעמוד.

13. נוכח האמור לעיל, החלטנו לדחות את הערעור בכל הנוגע לסעד העיקרי ולקבל את הערעור באשר לסעד החלופי במובן זה שאנו מורים למשיב לשקול את בקשתם של המערערים כמקרה כגבולי על כל הכרוך בכך, בהתאם לסעיף 13(ו) להחלטת הממשלה. הצו הארעי שניתן יעמוד בתוקפו עד לחלוף 30 יום ממועד קבלת החלטת המשיב בעניינם של המערערים. בנסיבות העניין אין צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט נ' הנדל:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, י"ד בשבט התשע"ב (07.02.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה