

חמלה סבירה: מעמד הומניטרי לזרים בישראל

יובל לבנת*

מאמר זה עוסק בהסדרת מעמדם של זרים בישראל מטעמים הומניטריים. לפי הניתוח המוצע, טעם הומניטרי מרכזי לעניין סוג זה של תיקים הוא המצוקה שיחווה הזר נוכח הרחקתו מישראל, והחמלה שמצוקה זו אמורה לעורר אצל פקיד רשות האוכלוסין וההגירה, שדן בבקשה ההומניטרית. לצד טעם המצוקה, מוצגים כמה טעמים הומניטריים נוספים. כמו כן נדון טבעם של נסיבות ממתנות וטעמי נגד, שעומדים כנגד הטעם ההומניטרי, ומושכים לכיוון דחיית הבקשה ההומניטרית. לאחר שלב ההמשגה והטיפולוגיה של הטעמים ההומניטריים, הנסיבות הממתנות וטעמי הנגד, דן המאמר באופן שבו תיבחן הסבירות של ההחלטה בבקשה ההומניטרית. נטען שהחלטה הומניטרית סבירה היא כזו שנערך בה איזון ראוי בין טעמים שמקורם באתיקה של החמלה לבין טעמים שמקורם באתיקה של הצדק. המאמר מציע כמה יישומים משפטיים לרעיונות אלה.

מבוא

עמדתן העקרונית של רשויות המדינה לגבי הגירתם של זרים היא כי "נקודת המוצא בכל דיון בנושא הגירתם של זרים לישראל היא שמדינת ישראל היא מדינת היהודים; מדינת שבות של יהודים לארצם; המדינה אינה מדינת הגירה".¹ אף על פי כן, וכחריג

* מנחה אקדמי, הקליניקה לזכויות פליטים, ומרצה לדיני הגירה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודתי לאלעד כהנא ולמיכל פומרנץ על הערותיהם, ולמיכאל מוליאש על עזרתו במחקר.

1 ציטוט מעמדת המשיבים בעת"ם (מנהליים ת"א) 2474-07 קריסטינה נ' ממשלת ישראל (נבו) (29.7.2010).

לנקודת מוצא זו, ישראל, כמו מדינות רבות אחרות,² מאפשרת להסדיר את מעמדם של זרים בשטחה מטעמים הומניטריים.

המקור המשפטי המרכזי להסדרת המעמד מטעמים הומניטריים הוא "הנוהל ההומניטרי" שפרסמה רשות האוכלוסין וההגירה, מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.³ הנוהל דן, רובו ככולו, בפרוצדורה. הוא מסדיר את הרכבה של ועדה בינמשרדית, שדנה בבקשות שעברו סינון ראשוני על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, ומייעצת למנכ"ל הרשות ביחס אליהן.

בענייני מהות – הנוהל שותק. הוא אינו מתייחס כלל ועיקר לשאלה מהם הטעמים ההומניטריים המזכים אדם במעמד בישראל, ואיזה סוג של מעמד יקבל אותו אדם. יתר על כן, חלפו כמעט שלושה עשורים מיום ניסוח הנוהל, וכעשור מהיום שבו הוקמה ערכאה שאמורה להפגין מומחיות בדיני הגירה, היא בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל,⁴ ועדיין אין ולו פסק דין אחד שהגדיר באופן ראוי את המונח "טעם הומניטרי".⁵ פסקי הדין מלאים באמירות כלליות שלפיהן מעמד הומניטרי שמור ל"מקרים אנושיים ייחודיים",⁶ מקרים שבהם יוכיח הזר נסיבות

2 לדיון על המעמד של זרים בקנדה, ניו זילנד וארצות הברית ראו, Timothy Philip Fadgen et al., *Narrowing the Scope of Judicial Review for Humanitarian Appeals of Deportations Orders in Canada, New Zealand and the United States*, 35 HAMLIN J. PUB. L. & POL'Y 240, 241 (2014).

3 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0022 "נוהל הסדרת עבודתה של הוועדה הבינמשרדית המייעצת לקביעה ומתן מעמד בישראל מטעמים הומניטריים" (4.12.2023) (להלן: הנוהל ההומניטרי).

4 זו הייתה אחת מהתכליות המוצהרות בהקמת בית הדין לעררים, ראו דותן ברגמן "חמש שנים לבית הדין לעררים – מבט לאחור עם הפנים קדימה" **משפטים על אתר** טו 24, 30-31, 40 (2020).

5 בעת"ם (מנהליים חי') 1060/05 **פלדמן נ' משרד הפנים** (נבו) 10.8.2005 נקבע ש"ראוי הוא שקביעת גדרו של 'טעם הומניטרי' תעשה בשים לב לתכליתה של החקיקה [חוק השבות, חוק האזרחות וחוק הכניסה לישראל] ותוך שמירה על מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; וכי "לעניין זה, של קביעת גבולות המונח 'טעם הומניטרי' בראי תכלית החקיקה, ראוי לעשות שימוש במשפט העברי, שהוא חלק ממקורות המשפט בישראל, ומקור לפרשנות הוראות החוק מכוח חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980". לעניות דעתי, הקביעה שלפיה יש לפרש את המונח "טעם הומניטרי" בראי אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא כללית מדי, ואין בה כדי לסייע בנייתו והבנת המונח, ואילו העמדה שלפיה חוק יסודות המשפט מפנה למשפט העברי במקרה של לקונה מצויה במחלוקת שטרם יושבה בבית המשפט העליון.

6 עת"ם (מנהליים י-ם) 31978-01-21 **היא"ס ישראל נ' משרד הפנים** (נבו) 13.8.2023.

חריגות⁷ או "דבר מה נוסף"⁸ שיצדיק את מתן המעמד, אך מהם אותם מקרים, מהן אותן נסיבות ומהו אותו "דבר מה" – לא הסבירו.⁹

הניסיון המשמעותי ביותר ליצוק תוכן למונח "טעמים הומניטריים" בהקשר של מעמד לזרים בישראל נעשה בפרשת קרוז, שם דן בית המשפט בבקשה של ילד פיליפיני לקבל מעמד הומניטרי, אף שלא עמד בקריטריונים הקבועים בהחלטת הממשלה משנת 2006 בדבר הסדרת מעמדם של ילדי עובדים זרים.¹⁰ השופט גרוניס ציין את הטעמים, שבהתקיימם תסכים המדינה להעניק לקטין ולמשפחתו מעמד מטעמים הומניטריים, חרף אי-עמידת ההורים בתנאי הסף – שנקבע באותה החלטת ממשלה – של כניסה כדין למדינה: "מקרים בהם סובל הילד ממחלה קשה או מנכות, מקרים בהם הילד אינו גדל עם שני הוריו, או מקרים בהם הורי הילד הינם ממדינות שונות".¹¹ כלומר, גם במקרה זה לא ניסה בית המשפט לנסח הגדרה למונח "טעם הומניטרי" או לברר את העיקרון המארגן שעומד בבסיסו, אלא הסתפק במתן דוגמאות למקרים הנופלים לגדרו. זאת במסגרת דיון ב"מנגנון חריגים" הומניטרי להחלטת ממשלה ספציפית, שקבעה הסדר שאינו בתוקף עוד.

מנגד, חרף היעדר הדיון המושגי במונח "טעם הומניטרי", ועל אף ההכרה של בתי המשפט בשיקול הדעת הרחב שקיים לרשות האוכלוסין וההגירה בקביעת הטעמים ההומניטריים, הפעילו בתי המשפט ביקורת שיפוטית על החלטות הרשות בעניינים הומניטריים, ואף ביטלו החלטות כאלה מחמת אי-סבירות.¹² על פער זה, בין היעדר המשגה של הטעמים ההומניטריים לבין ההלכה שלפיה אי-מתן משקל ראוי לטעמים אלה עלול להיות נגוע באי-סבירות, מבקש מאמר זה לגשר.

אין חולק על כך ש"קשה עד בלתי אפשרי להגדיר באורח ממצה מה הם טעמים הומניטריים שיצדיקו מתן מעמד בישראל".¹³ הסבל האנושי הוא אינסופי, וכך גם מגוון הטעמים ההומניטריים שעשויים להתעורר, ולהצדיק את קבלת בקשתם של

7 ע"מ 471/12 מדינת ישראל נ' בוטנג, בפס' 4 (נבו 8.7.2012); עמ"ן (מנהליים י-ם) 42184-07-19 מנדל נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 37 (נבו 27.1.2020) (להלן: פרשת מנדל (מחוזי)) (ערעור על פסק הדין התקבל בחלקו: בר"ם 1546/20 רשות האוכלוסין וההגירה נ' מנדל (נבו 8.6.2020)).

8 ע"מ 1086/09 קרוז נ' שר הפנים, בפס' 9 (נבו 7.7.2009).

9 על עמימותן של נסיבות הומניטריות ושל המונח "דבר מה נוסף" ראו יגאל מרזל "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" ספר אדמונד לוי 249, 271-272 (אוהד גורדון עורך 2017).

10 פרשת קרוז, לעיל ה"ש 8.

11 שם, בפס' 9.

12 ראו, לדוגמה, בג"ץ 4380/11 פלונית נ' שר הפנים (נבו 26.3.2017) (להלן: פרשת פלונית מזרח י-ם); ערר (כניסה לישראל י-ם) 1485/20 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 8.8.2022) (להלן: פרשת פלונית נידר); ע"מ 9353/10 יעקובלב נ' משרד הפנים, בפס' 9 (נבו 1.12.2013).

13 פרשת היא"ס, לעיל ה"ש 6, בפס' 26.

זרים להישאר בישראל.¹⁴ יתרה מכך, מדובר במקרה שבו ל"סטנדרט" עמום יש בהחלט יתרון יחסי על פני רשימה של "כללים", שיפרטו באילו נסיבות על הרשות להסדיר את מעמדו של זר מטעמים הומניטריים.¹⁵ על כן, אינני קורא בהכרח לניסוח רשימה סדורה של מיני טעמים הומניטריים, המצדיקים הענקת מעמד הומניטרי לזרים.¹⁶ עם זאת, אני סבור שהעמקת חקר בדבר מהותם של טעמים הומניטריים, ובדבר הערכים שעומדים בבסיס הצידוק (ואף החובה)¹⁷ להעניק מעמד לזר מטעמים אלה, היא חיונית לצורך הכרעה בבקשות הומניטריות.

מטרתו של מאמר זה היא להציע תיאוריה אשר מנתחת את טבעם של הטעמים ההומניטריים, בהקשר של הסדרת מעמד של זרים בישראל. הניתוח יהיה, מצד אחד, ברמה הפילוסופית (דהיינו, באופן נפרד ועצמאי מן הדוקטרינה המשפטית בתחום), אך מצד שני, יהיה זה ניתוח פרקטי, תוך ניסיון להלום את הדין הקיים,¹⁸ מתוך מטרה לייצר כלים יישומיים לפיתוח של הדוקטרינה המשפטית, ללא צורך בתיקוני חקיקה או בשינויים רדיקליים בעקרונות היסוד של דיני ההגירה והמעמד בישראל. בפרק הראשון אציע טיפולוגיה של טעמים הומניטריים. אטען שהטעם ההומניטרי המרכזי הוא המצוקה, והחמלה שהיא אמורה לעורר אצל האדם – או

14 הנוהל ההומניטרי מבהיר בסעיף ד' שרק זרים השוהים במדינה רשאים להגיש בקשה לפיו. הזכות של זר לבקש היתר כניסה למדינה מטעמים הומניטריים, שהיא זכות שונה ומורכבת יותר מבקשתו של זר השוהה במדינה, אינה נדונה בנוהל וגם אינה נדונה במאמר זה.

15 הנוהל ההומניטרי בוחן כל מקרה לגופו לאור נסיבותיו. מנסחי הנוהל אינם יכולים לחזות מראש כל מערכת נסיבות עתידית וייחודית, ואינם מבקשים להכווין את התנהגותם של נמעני הנוהל. מאפיינים אלה מצדיקים נקיטת סטנדרט גמיש על פני רשימה של כללים נוקשים. ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 325-329 (1987).

16 בקנדה נעשה ניסיון לנסח קריטריונים לקבלת החלטות בבקשות להסדרת מעמד מטעמים הומניטריים, וזאת במסגרת מסמך שפרסמה רשות ההגירה העוסק בכלל ההיבטים של ההליך ההומניטרי. ראו CITIZENSHIP & IMMIGR. CAN., IP 5, IMMIGRANT APPLICATIONS IN CANADA (להלן: ההנחיות הקנדיות). סעיף 5.11 להנחיות הקנדיות פירט רשימה של טעמים הומניטריים (תוך הבהרה שאין מדובר ברשימה סגורה). בפסק הדין בעניין *Kanthasamy v. Minister of Citizenship and Immigration*, [2015] S.C.R. 909 (Can.) הבלו הם בבחינת הנחיות בלבד, ושאינן בהם כדי לכסות את כלל המקרים ההומניטריים לפי החוק. מסמך ההנחיות הקנדיות אינו בתוקף עוד, אך הרשימה דלעיל עדיין מפורסמת באתר הרשמי של רשות ההגירה הקנדית. ראו *Humanitarian and Compassionate Guide 5291 – Consideration*, GOV'T OF CAN. (July 7, 2023) <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/application/application-forms-guides/guide-5291-humanitarian-compassionate-considerations.html>.

17 החובה המשפטית להסדיר את מעמדו של זר מטעמים הומניטריים עשויה להיות מוטלת על רשות האוכלוסין וההגירה, בנסיבות מסוימות, מכוח יישום קונקרטי של החובה הכללית של רשות מינהלית להפעיל את שיקול דעתה בסבירות, וכחלק מדרישות הדין. ראו ע"ם 9890/09 **נואה נ' משרד הפנים**, בפס' 16. ד. לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 11.7.2013); ע"ם 8611/08 **זולדי נ' שר הפנים**, בפס' 12 לפסק הדין של השופט ארבל (נבו 27.2.2011).
18 לגישה דומה, ראו עמרי בן-צבי "הקהילה החוקתית: על הקשר בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד" **משפטים** נ 471, 494 (2020).

הבירוקרט – שנחשף אליה. לצד טעם המצוקה, אציג כמה טעמים הומניטריים נוספים. כמו כן אדון בנסיבות ממתנות ובטעמי נגד שעומדים כנגד הטעם ההומניטרי. בפרק השני אדון באופן שבו תיבחן הסבירות של ההחלטה ההומניטרית. טענתי תהיה, שהחלטה הומניטרית סבירה היא החלטה שנערך בה איזון ראוי בין טעמים שמקורם באתיקה של החמלה לבין טעמים שמקורם באתיקה של הצדק. לצד הדיון המופשט בטבעם של הטעמים הללו והאיזון הנדרש ביניהם, אציע כמה יישומים משפטיים לרעיונות אלה. אדון בחשיבות של הנמקה רספונסיבית בתיקים הומניטריים, בצמצום של מבחני סף לדיון בבקשות הומניטריות, בהימנעות מאמירות גורפות ביחס לטעמים ש"אינם רלוונטיים" לבחינה הומניטרית, ובזהירות מפני כשלים לוגיים בדיונים הומניטריים.

א. טיפולוגיה של טעמים הומניטריים

1. חמלה

טענתי המרכזית היא, שבליבת הטעמים ההומניטריים מצויות המצוקה של הפרט והחמלה שהיא מעוררת אצל האדם בעל המידות הטובות (virtuous person) נוכח מצוקתו של הזולת. על מנת שאוכל להסביר את טענתי, אעמוד תחילה על המשמעות של המושג "חמלה" ועל הקשר המורכב בינו לבין המושג "צדק".

כפי שכתבתי בעבר,¹⁹ וכפי שכתבו אחרים,²⁰ תפיסה מוסרית עמוקה ומלאה טומנת בחובה שתי אתיקות: אתיקה של צדק ואתיקה של חמלה (או באופן רחב עוד יותר: של טוב לב). אתיקה של צדק היא all-regarding, במובן זה שהיא מביאה בחשבון את האינטרסים של כל בני האדם, ללא משוא פנים וללא התייחסות קונקרטיים לאדם ספציפי זה או אחר. היא מתייחסת לזכאויות (deserts) של בני האדם, שנקבעות על פי כללי חלוקה הוגנים ושוויוניים, ולא לצרכים או למאויים של אדם מסוים ברגע נתון. אתיקה של חמלה, לעומת זאת, היא other-regarding. כלומר, החמלה מתייחסת לצרכיו ולרצונותיו של פרט ספציפי זה או אחר, תוך התייחסות "עמוקה" ואישית לאותו פרט,²¹ ועניינה בהקלה על מצוקותיו, יהיה אשר יהיה מקורם. אתיקה של צדק שואפת להיות מאוזנת, מעצם הגדרתה, לעומת אתיקה של חמלה, שעניינה בהתמקדות במצוקתו, בצרכיו ובמאוייו של אדם פרטיקולרי בנקודת זמן מסוימת, ובלי להתיימר לפעול על פי כלל בעל תחולה אוניברסלית. חמלה, יש להדגיש עוד (להבדיל – יש הטוענים – מרחמים), כוללת רכיב קונטיבי (conative), של הירתמות לפעולה: ההבנה האמפתית כלפי מצוקתו של הזולת,

19 החובה של עורך דין למנוע פשע של לקוחו – קריאה לחשיבה מחודשת" מחקרי משפט לב 368-366, 357 (2019).

20 ראו, לדוגמה, אבי שגיא מול אחרים ואחרות: אתיקה של הנסיגה הפנימית פרק ראשון (2012).

21 Owen Flanagan & Kathryn Jackson, *Justice, Care, and Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited*, 97 ETHICS 622, 623 (1987).

והתגובה הרגשית נוכח הבנה זו, מניעות את האדם החומל לפעול להקלה על מצוקתו של הזולת.²²

האתיקה של הצדק והאתיקה של החמלה מקיימות ביניהן יחס מורכב. הן מציגות נקודות מבט שונות, ומוותרות מרחב שיקול דעת לקבלת החלטה מוסרית בנסיבות קונקרטיות. חרף המורכבות הזו, דבקות באתיקה מסוג אחד בלבד מבין השתיים תותיר את החיים המוסריים שלנו חסרים:

שתי האתיקות מפעילות זו על זו מעין בקרה וביקורת הדדיות: כל אתיקה מציבה נקודת מבט הסותרת את האתיקה האחרת ומשלימה אותה, ובכך מאזנת אותה. מנקודת מבט זו, הסתירה ביניהן הכרחית לעיצובה של עמדה מוסרית ראויה. כאשר האתיקה והפוליטיקה נסמכות כליל על צדק הן אכזריות. הן מטשטשות את הזהות ואת הפנים הייחודיות של כל אדם; הן מבטלות את סבלו ואת כאבו בשם עיקרון אוניברסלי [...]. אתיקה של חמלה המתעלמת מהסדר החברתי עלולה ליפול למלכודת הפרטיקולרי ולהעצים עוולות אגב תיקון עוול אחר. יש צורך אפוא בשתי האתיקות ובשתי הפוליטיקות המנוגדות ברזמנית, כדי שיאזנו זו את זו ויאפשרו התאמה בין הפרטיקולרי לבין האוניברסלי, בין ההיענות הדרוכה לבין הצורך לשיקול ולאזן.²³

אכן, ראוי לו לכל אדם לנהל את חייו לאור שילוב (מורכב) בין שתי האתיקות האלה, וראוי לה לכל חברה לנהל את חייה לאור שילוב זה. כפי שכותב שגיא, גם מוסדות פוליטיים נדרשים להפנים את נקודת המבט של החמלה, לצד נקודת המבט של הצדק. מאחורי מוסדות עומדים, בסופו של דבר, בני אדם. גם אם היסוד להתנהלות מוסדית ראויה הוא עקרונות הצדק, הרי שלכל הפחות בשלב השני ראוי לו לבירוקרט (פקיד ההגירה או השופט) לשיקול גם שיקולי חמלה: "החמלה מתסיסה את שיח הצדק המוסדי ומנערת אותו. היא אינה מניחה לבירוקרטים של הצדק לדבוק בשיקולים הכלליים, ומחייבת אותם לבחון את הכרעותיהם בחינה מחודשת".²⁴

תובנה זו היא, בעיניי, הצידוק הטוב ביותר להסדרת מעמדם של זרים "מטעמים הומניטריים". דהיינו, גם אם נקבל את מדיניות ההגירה הנוקשה של מדינת ישראל (ביחס לזרים שאינם זכאי שבות) כצודקת ולגיטימית באופן כללי ועקרוני, עדיין יש מקום לשיקולי חמלה שיצדיקו, בנסיבות מסוימות, סטייה ממדיניות זו. זאת, בראש ובראשונה, באותם מקרים שבהם תיגרם לזר שיורחק מהמדינה (או שלא ישודרג מעמדר) מצוקה קשה.

22 שגיא, לעיל ה"ש 20, בעמ' 28; חיים שפירא "חמלה במשפט" משפט חברה ותרבות ג: משפט ורגשות 253 (אורית רוזין ויורם שחר עורכים 2020); אהרון בן זאב "רחמים וחמלה" מידות ורגשות 31 (אסא כשר ואהרון נמדר עורכים 1994).

23 שגיא, לעיל ה"ש 20, בעמ' 53.

24 שם, בעמ' 54.

גישה דומה לזו המוצעת במאמר הנוכחי היא גישתו של המשפט הקנדי. סעיף (1)25 לחוק ההגירה והגנת הפליט הקנדי,²⁵ שכותרתו "Humanitarian and compassionate considerations, קובע:

[...] The Minister must, on request of a foreign national in Canada who applies for permanent resident status and who is inadmissible [...] or who does not meet the requirements of this Act [...] examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to the foreign national, taking into account the best interests of a child directly affected.

וי"ו החיבור ("humanitarian and compassionate") מצביעה לכאורה על כך שהמחוקק הקנדי הכיר בהיותן של ה"הומניטריות" וה"חמלה" מושגים נפרדים. ואכן, כפי שאראה בפרק הבא, הדין הקנדי (כמו גם הישראלי) הכיר גם ברלוונטיות של טעמים שאינם "טעמי חמלה" מובהקים לצורך הכרעה בבקשות הומניטריות. עם זאת, בית המשפט העליון הקנדי הדגיש, ובצדק, את המרכזיות של טעמי חמלה לצורך הכרעה בבקשות אלה. בעניין *Kanhasamy* (קנת'סמי)²⁶ פסק בית משפט זה, שאחד מהקריטריונים המרכזיים למתן מעמד הומניטרי הוא קריטריון המצוקה (*hardship*).²⁷ כלומר, הלכת קנת'סמי דורשת מפקיד ההגירה להפגין חמלה כלפי הזר, כתגובה למצוקתו של הזר, על דרך של הסדרת מעמדו תוך ויתור על דרישות סטטוטוריות מסוימות, שברגיל נדרש הזר לעמוד בהן. כך נדרש הפקיד לעשות בנסיבות שבהן אדם סביר היה סבור שראוי להקל על מצוקתו של הזר, ושהסדרת המעמד אומנם תקל עליה.²⁸

25 Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2003, c 27, art 25(1) (Can.)

26 פרשת *Kanhasamy*, לעיל ה"ש 16.

27 Heather Neufeld, *Inadequacies of the Humanitarian and Compassionate Procedure for Abuse Immigrant Spouses*, 22 J.L. & SOC. POL'Y 177, 191-193 (2009)

28 לאורך מאמר זה אפנה לדין הקנדי, וזאת בשל דמיונו לדין הישראלי ולצד זאת מפורט ועשיר ממנו – הן ביחס לסוגיית המעמד ההומניטרי כחלק מדיני ההגירה, והן ביחס לחובת הסבירות כחלק מהמשפט המינהלי. ממש כפי שהנוהל ההומניטרי הישראלי קובע שמטרתו לאפשר סטייה מנהליה האחרים של רשות האוכלוסין וההגירה, כך גם בתי המשפט הקנדיים פירשו את הוראת החוק הקנדית, לעיל ה"ש 25, ככזו שנועדה לאפשר לזר "פטור" מדרישות מסוימות של הדין הקנדי. ראו, לדוגמה, *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, [2002] S.C.C. 84, para. 57 (Can.). הוראת חוק זו פורשה ונותחה בהנחיות מפורטות של רשות ההגירה הקנדית, לעיל ה"ש 16, ועל ידי בתי המשפט במדינה, לרבות בית המשפט העליון (פרשת *Kanhasamy*, לעיל ה"ש 16). נוסף על כך, בית המשפט העליון הקנדי קבע עוד בשלהי המאה הקודמת, שהמבחן שעל פיו יקיימו בתי המשפט ביקורת שיפוטית על החלטות של רשויות ההגירה בבקשות הומניטריות הוא מבחן הסבירות: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (Can.)

אף כי בישראל אין קביעה עקרונית בדבר היות החמלה קריטריון מרכזי בבחינת בקשות הומניטריות,²⁹ הלכה למעשה ייחסו בתי המשפט חשיבות רבה למצוקת הזר המבקש את הסדרת מעמדו מטעמים הומניטריים. בתי המשפט הכירו, למשל, בהתדרדרות שצפויה לחול במצבו הרפואי או הנפשי של אדם נוכח הרחקתו למדינת מוצאו כשיקול הומניטרי.³⁰ גם המצוקה שתתלווה לקריעת בני משפחה אלה מאלה הוכרה כטעם הומניטרי שעשוי להצדיק הסדרת מעמד,³¹ לרבות במקרים של קשר "מעין משפחתי" קרוב.³² נסיבות שבהן ההרחקה מישראל עולה לכדי "הגליה תרבותית",³³ כדידות קשה במדינת המוצא,³⁴ נסיגה בשיקום של קורבן סחר בבני אדם,³⁵ ובמקרים חריגים אף תנאי מחיה קשים במיוחד במדינת המוצא³⁶ – הוכרו גם הם כנסיבות הומניטריות בפסיקה הישראלית.

יש להבהיר: אין פירוש הדבר שכל מקרה של מצוקה יצדיק מתן מעמד מטעמים הומניטריים לאזרח הזר. ההכרעה הנכונה (או הסבירה) תהיה תמיד נכונה (או סבירה) ביחס לנסיבות הפרטיקולריות של המקרה. חומרת המצוקה עשויה להשתנות ממקרה למקרה, כמו גם מידת ההקלה במצוקה, שהענקת המעמד צפויה להביא. לעיתים המצוקה תיגרם רק לזר, ולעיתים גם למכריו אזרחי המדינה, שעלולים להיפגע מהרחקתו מן המדינה, וגם מצוקתם זו (שייתכן שתשתנה ממקרה למקרה) עשויה להוות טעם הומניטרי שראוי להביאו בחשבון. כמו כן, לצד טעם המצוקה

משפט זה דיון עקרוני בשאלת מבחני הביקורת השיפוטית על החלטות של הדרג המינהלי כולו, ונקבע כי המבחן המרכזי לביקורת כזו הוא מבחן הסבירות: Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, [2019] 4 S.C.R. 653 (Can.). פסק הדין התקדימי שניתן בפרשה נסב על החלטה מתחום דיני המעמד (שלילת אזרחות), ויש לו השפעה גם על הביקורת השיפוטית שהערכאות הקנדיות מפעילות מאז על רשויות ההגירה במדינה. לאור זאת, הדין הקנדי יכול להוות מקור השראה טוב למחקר שמבקש לעסוק בהסדרת מעמד מטעמים הומניטריים, ובשאלת הסבירות של החלטות אלה, בדין הישראלי. לצד זאת, ראוי לתת את הדעת להבדלים קונקרטיים שעשויים להיות בין הדין הישראלי לבין הדין הקנדי בתחום של הסדרת מעמד מטעמים הומניטריים. כך, לדוגמה, בעוד שבישראל בקשה הומניטרית שתאושר לא תזכה, ככלל, את המבקש במעמד קבע (סעיף ט.ז לנוהל ההומניטרי, לעיל ה"ש 3), הדין הקנדי קובע חזקה הפוכה.

29 טעמי חמלה הוכרו בתחומים אחרים – ראו, לדוגמה, שפירא, לעיל ה"ש 22; דורון מנשה ויחיאל ש' קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה" עיוני משפט לב 583 (2011); עמ"ן (מנהליים ת"א) 9613-08-20 פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 62 (נבו) 13.4.2021.

30 ראו, לדוגמה, ערר (כניסה לישראל י-ם) 1820/15 צ'רנו נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 27 (נבו) 8.3.2017; עמ"ן (מנהליים י-ם) 52247-09-17 ג' א' נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 20.9.2018.

31 ראו פרשת נוואה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 32–33; ערר (כניסה לישראל י-ם) 4911/18 חודג'ייבה נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 15.11.2020.

32 ראו פרשת מנדל (מחוזי), לעיל ה"ש 7.

33 פרשת נוואה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 24.

34 ראו עמ"ן (מנהליים י-ם) 62514-12-16 אדו נ' משרד הפנים (נבו) 25.7.2017.

35 פרשת פלונית ניזיר, לעיל ה"ש 12, בפס' 51. לדיון בהתערות במדינה כשיקול הומניטרי ראו גם בפרק הבא.

36 ערר (כניסה לישראל י-ם) 2715/15 אספינו נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו) 12.1.2017.

עשויים לעמוד טעמים הומניטריים נוספים ואולי גם טעמים אחרים, שאינם הומניטריים, שראוי להביאם בחשבון.³⁷ ומול כל אלה עשויות לעמוד נסיבות ממתנות, שמקהות מחומרת המצוקה (או הטעמים האחרים), ועשויים לעמוד טעמי נגד אשר יגברו על המצוקה והטעמים ההומניטריים האחרים. גם משקלם של הטעמים האחרים, של הנסיבות הממתנות ושל טעמי הנגד, אשר על כולם אעמוד בפרקים הבאים, עשוי להשתנות, כמובן, ממקרה למקרה. החלטתה של רשות האוכלוסין וההגירה צריכה להתקבל רק לאחר הליך שקלא וטריא של כל אלה, וכך גם תיבחן סבירותה במסגרת ההליך השיפוטי.

2. טעמים הומניטריים נוספים

עיון בנוהלי רשות האוכלוסין וההגירה ובפסיקה מלמד, שגם טעמים שאינם טעמי חמלה מובהקים עשויים להיות מסווגים כשיקולים רלוונטיים לצורך הכרעה בבקשות הומניטריות. מדובר בטעמים שמקימים צידוק מוסרי (להבדיל, למשל, מטעמים בדבר קידום ענייניה של המדינה או של אזרחיה)³⁸ להעניק לזר מעמד, אך כאלה שאינם נובעים מהרצון להקל על מצוקתו של הזר (או של מאן דהוא התלוי בו) דווקא. אכן, הערך המרכזי שעומד בבסיס ההליך ההומניטרי הוא היחלצות להקלה על מצוקה, אך ראוי לאפשר לערכים מוסריים נוספים להיכלל במסגרת מערך השיקולים הרלוונטיים של הוועדה ההומניטרית ומנכ"ל הרשות.

כך, לדוגמה, השיקול בדבר הכרת תודה. הדעה המקובלת בקרב פילוסופים של המוסר היא שאם פלוני סייע לאלמוני ממניעים אלטרואיסטיים,³⁹ עשויה לקום לאלמוני "חובת הכרת תודה" שעיקרה הושטת סיוע דומה או בר השוואה (commensurate), כשמתעוררות הנסיבות הרלוונטיות.⁴⁰ זוהי חובה שונה ונפרדת מהחובה (או מהצידוק) לנהוג כלפי מאן דהוא בחמלה. כפי שלפרט עשויה לקום חובה להכיר תודה לאחר, כך גם למדינה, כנציגת האזרחים, עשויה לקום חובה להכיר תודה לזר שהיטיב עימה או עם אזרחיה.⁴¹ אף כי בתי המשפט בישראל

37 הסמכות לדון בשיקולים שאינם הומניטריים מסורה לשר הפנים מכוח סמכותו הכללית להעניק אשרות ורישיונות ישיבה, כאמור בס' 2 לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952, ואותה האציל שר הפנים למנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה. לעומת זאת, הסמכות של הוועדה הבינמשרדית, אשר הוקמה מכוח הנהל ההומניטרי, מוגבלת ככל הנראה לשיקולים הומניטריים. ראו הנהל ההומניטרי, לעיל ה"ש 3.

38 בערר (כניסה לישראל י-ם) 3554/16 הנטר נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 7.11.2017) קבע בית הדין, ובצדק לשיטתי, כי טענתה של העוררת, רופאה מרדימה בהכשרתה, שקיים מחסור ברופאים מרדימים בישראל, היא אינה טענה הומניטרית כלל ועיקר.

39 על כך שהמניע לסיוע צריך להיות אלטרואיסטי ראו Fred R. Berger, *Gratitude*, 85 ETHICS (1975) 298, 308. פילוסופים אחרים טוענים שבנסיבות חריגות, (למשל, סיוע משמעותי במיוחד), קמה חובת הכרת תודה אף שהסיוע נבע ממניע אינטרסנטי ולא אלטרואיסטי ראו TERRANCE MCCONNELL, GRATITUDE 19-21 (1993).

40 MCCONNELL, שם, בעמ' 55.

41 בספר החוקים הישראלי ישנן כמה הוראות סטטוטוריות בדבר הענקת מעמד, שניתן להבינן כמבוססות (גם) על ערך הכרת התודה לזר. ראו, למשל, סעיף 9(א) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952; סעיף 9 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב-2022;

ובקנדה מעולם לא התייחסו מפורשות לערך הכרת התודה, בשמו המפורש, כטעם הומניטרי, סבורני שכעניין של ניתוח פילוסופי-מוסרי ראוי להכיר בו כטעם כזה, וראוי לה למערכת הממשל להכיר תודה – בנסיבות מסוימות – לזרים שתרמו למדינה ולחברה, על דרך של הסדרת מעמדם בה. זאת ועוד, ניתן להבין את נימוקי השופטים בכמה פסקי דין ישראליים ככאלה שמכירים, הלכה למעשה, בערך הכרת התודה כטעם הומניטרי.⁴² כך, למשל, עזרה לזולת (בדמות של התנדבות חברתית או "עשיית חסד" ייחודית אחרת) הוכרה כטעם שעשוי לתמוך בבקשה הומניטרית.⁴³

טעם נוסף שיש לשקול במסגרת דיון בבקשות הומניטריות הוא השתקעות (או התערות) הזר בישראל. שיקול זה כבר צוין באופן מפורש בכמה נהלים של רשות האוכלוסין וההגירה, כאחד מהקריטריונים שעל פיהם יוחלט אם עניינו של הזר יועבר לדיון בוועדה ההומניטרית. כך, למשל, בצמד נהלים העוסקים בסיום הקשר הזוגי בין ישראלית/זר (בשלב שבו הזר/ה טרם קיבל/ה מעמד קבוע מכוח הזוגיות), וזאת מחמת פרידה או מות בן/בת הזוג הישראלי/ת⁴⁴ או מחמת אלימות מצד בן/בת הזוג הישראלי/ת,⁴⁵ נקבע שהזר יוכל – בנסיבות מסוימות – להסדיר את מעמדו בישראל, מטעמים הומניטריים, למרות סיום הקשר הזוגי עם האזרחית הישראלית. על פי שני הנהלים, בעקבות בקשתו, ולפני העברתה לדיון בוועדה ההומניטרית, יעבור הזר ריאיון אשר במסגרתו ייערך מבחן "מרב הזיקות":

ייבחנו, בין היתר, כוונתו בנוגע להמשך שהייה והשתקעות בישראל, בחינת זיקתו לישראל ביחס לזיקתו לחו"ל, משך התקופה בה שוהה הזר בישראל (בכלל זה יינתן גם משקל לחוקיות שהייתו בישראל),

סעיף 3א(1ג) לחוק הכניסה לישראל, לעיל ה"ש 37. גם נהלים שונים של רשות האוכלוסין וההגירה מבוססים על עיקרון זה: נוהל מתן מעמד להורים להיילי/ים (22.5.2022); נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0031 "מתן רישיון שהייה בישראל לבנים ונכדים לחסידי אומות העולם" (31.5.2022).

42 בקנדה, נסיבות של התנדבות ותרומה לקהילה נותחו כמקומות טעם הומניטרי של "התערות", שיידון בהמשך הפרק. ראו, למשל, ההנחיות הקנדיות, לעיל ה"ש 16, בסעיף 11.5. מהסיבות שפורטו לעיל, סבורני שיש להכיר בערך הכרת התודה, כתגובה להתנהגות אלטרואיסטית מצד הזר, כטעם הומניטרי העומד בפני עצמו, וזאת בנפרד מהשאלה אם ההתנהגות האלטרואיסטית מלמדת על התערות בחברה.

43 ראו, למשל, ע"מ 2357/14 אסבורק נ' שר הפנים (נבו 19.3.2015); ערר (כניסה לישראל י-ם) 6130/18 שפרד נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 24.2.2019); פרשת אספינוז, לעיל ה"ש 36; פרשת פלונית נידר, לעיל ה"ש 12, בפס' 59; ערר (כניסה לישראל י-ם) 3048/20 עזרא נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 20 (נבו 9.12.2020). בעניין מנדל (מחוזי), לעיל ה"ש 7, הורה בית המשפט המחוזי להעניק מעמד הומניטרי לעובדת סיעוד זרה, בהתבסס – בין השאר – על ערך הכרת התודה שחבה מדינת ישראל לעובדי הסיעוד הזרים, לצד טעמים אחרים שהתעוררו בנסיבות המקרה (ראו שם, בפס' 41-43).

44 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0017 "נוהל הטיפול בהפסקת הליך מדורג לבן זוג זר של ישראלי" (14.4.2019) (להלן: "נוהל הפסקת הליך מדורג").

45 נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.2.0019 "נוהל הטיפול בהפסקת הליך מדורג להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים כתוצאה מאלימות מצד בן הזוג הישראלי" (13.10.2020) (להלן: "נוהל אלימות").

עבודה בישראל, קיומם של קרובי משפחה של הזר בארץ ומידת התערותו בחברה הישראלית, קיומם של קרובי משפחה בחו"ל, קיומם של נכסים בחו"ל, זיקת ביקורים לחו"ל במשך תקופת השהייה בישראל, זכויות סוציאליות בחו"ל, וכיו"ב.⁴⁶

במסגרת מבחן "מרב הזיקות" בוחנת רשות האוכלוסין וההגירה אם לזר יש "זיקה" חזקה יותר לישראל או למדינת מוצאו, ואת מידת התערותו בישראל. מבחן זה אומץ על ידי רשות האוכלוסין וההגירה ועל ידי בתי המשפט זה מכבר לבחינת בקשות הומניטריות ככלל, דהיינו לא רק כאלה שהחלו את דרכן הבריורקרטית באחד משני הנהלים הנזכרים לעיל בדבר סיום הקשר הזוגי, ולא רק כמבחן "מסנן", אלא כאחד מהשיקולים הרלוונטיים להכרעה בבקשות הומניטריות לגופן.⁴⁷ גם בדין הקנדי מוכר מבחן ההשתקעות (establishment), לצד מבחן המצוקה (hardship) ומבחן טובת הילד (best interest of the child), כאחד משלושת המבחנים המרכזיים לבחינת בקשות הומניטריות.⁴⁸

ניתן לנקוט שתי גישות – מצמצמת ומרחיבה – ביחס לסוגיית ההתערות: הגישה המצמצמת רואה את ההתערות כתת-קטגוריה של טעם המצוקה. דהיינו, התערות הזר תובא בחשבון במסגרת בקשתו ההומניטרית רק ככל שהרחקתו מהמדינה תגרום ל"הגליה תרבותית" שלו; ובמילים אחרות: ככל שהרחקתו צפויה לגרום לו למצוקה קשה, דבר שיעורר בפקיד הסביר חמלה, והיא תוביל למניעת ההרחקה והסדרת המעמד.⁴⁹ הגישה המרחיבה, לעומת זאת, תכיר במבחן ההתערות כמבחן רלוונטי לבחינת ה"הומניטריות", דהיינו כמבחן העומד בפני עצמו, ולא רק כתת-מבחן של מבחן המצוקה. לשאלה בדבר מעמדו העצמאי של טעם ההתערות (ולא רק כפרוקסי למצוקה) עשויה להיות חשיבות, למשל, בנסיבות שבהן מוצאת הרשות שלזר עדיין קיימות זיקות משמעותיות למדינת מוצאו, ואולי אף "מרב זיקותיו" הן לשם. אכן, בעידן הגלובליזציה בני אדם יכולים לעבור בקלות רבה בין מדינות (כך, למשל, זר

46 סעיף ג.7.3.5 ל"נוהל הפסקת הליך מדורג", לעיל ה"ש 44 לעיל; סעיף ג.3 ל"נוהל אלימות", לעיל ה"ש 45.

47 ראו, לדוגמה, ערר (כניסה לישראל י-ם) 1312/22 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 3.10.2022) (להלן: פרשת פלונית פליפינים); פרשת פלונית נידור, לעיל ה"ש 12; עמ"ן (מנהליים י-ם) 9559-05-23 לאי נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 26.7.2023); עניין מגדל (מחוזי), לעיל ה"ש 7.

48 מדריכים של ארגונים לזכויות מהגרים בקנדה מתייחסים לשלושת המבחנים האמורים כמבחנים העיקריים במסגרת בקשות הומניטריות. ראו, למשל, מדריך קצר שנכתב על ידי הקליניקה המשפטית באוניברסיטת טורונטו: What Proof Do I Need for a Humanitarian and Compassionate (H&C) Application? – OWJN BARBARA SCHLIFER COMMEMORATIVE CLINIC, Gathering Evidence: Commemorative Clinic for Humanitarian and Compassionate (H&C) Applications (2018).

49 ואומנם, ניתן למצוא בפסיקה הישראלית מקרים רבים שבהם קשר בית המשפט בין רכיב ההתערות לרכיב המצוקה ראו עמ"ן (מנהליים י-ם) 4337-05-15 פלונית נ' מינהל האוכלוסין, בפס' 16 (נבו 22.7.2015) (להלן: פרשת פלונית אוקראינה); עמ"ן (מנהליים י-ם) 33395-08 בפס' 17 א"א נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 8 (נבו 26.4.2018).

השווה בישראל באופן ארעי במסגרת הליך זוגיות "מדורג" רשאי לבקר את בני משפחתו בחו"ל, וישנם גם אמצעי תקשורת אלקטרוניים זמינים בין מדינות, ולכן הזר השווה בישראל יכול ביתר קלות לשמור על קשריו עם מדינת מוצאו. אך בכך אין בהכרח כדי להקהות את קשריו הנרקמים בישראל: ה"אדם הגלובלי" יכול לפתח זהות דו-לאומית בקלות רבה יותר מבעבר.⁵⁰ במקרים כאלה, זר יכול לעמוד ב"מבחן ההתערות" אך לא דווקא במבחן "מרב הזיקות" או ב"מבחן המצוקה".

ישנה כתיבה פילוסופית ומשפטית ענפה, המבקשת לשכנע שהתערותו של הזר היא טעם להקניית מעמד.⁵¹ כותבים וכותבות אלה מבקשים לשכנע שכאשר הזר הופך להיות, הלכה למעשה, חלק מהקהילה החברתית-תרבותית במדינה, הרי שקם טעם מוסרי-פוליטי (הנובע מתפיסה ערכית של שייכות חברתית-פוליטית, מסולידריות, מעקרון הדמוקרטיה וכיו"ב) להסדיר את מעמדו במדינה. לטעמי, מדובר בטיעונים משכנעים, שמכירים בממד הזהותי העמוק, ולא רק הפורמלי, של "אזרחות" (וכן של סטטוס שהייה משפטי של "תושבות"), ובעובדה שזהות והתערות חברתית אינן נוצרות על פי החלטות בירוקרטיות אלא כעניין אנושי, בהתהוות "אורגנית" מכוח יחסי גומלין הנרקמים בין הפרט לבין סביבתו. אני סבור שיש מקום להעניק משקל לטיעונים אלה אפילו במדינת לאום אתנית, כמו מדינת ישראל, שככלל מגלה סגירות רבה לאזרח של זרים שאינם משתייכים לקבוצה האתנית ה"מועדפת". בית המשפט העליון הכיר בכך שסטטוס האזרחות מכונן את זהותו של אדם,⁵² והטיעון עומד, לדעתי, גם בכיוון ההפוך: שייכות דה-פקטו (באופן מהותי ועמוק) של פרט לחברה מסוימת ופיתוח זהות ישראלית בקרב הזר מהווים טעם בעל משקל משמעותי להכרה והגנה משפטית, באמצעות הענקת מעמד אזרחי דה-יורה (יהא זה מעמד אזרחות או מעמד משפטי נחות יותר של תושבות).

ישנה בישראל התחלה צנועה של הכרה משפטית בכך שהחלוקה הדיכוטומית בין "אזרח" ל"לא אזרח" ובין "תושב" ל"לא תושב" היא נוקשה מדי, וכי התערות (ומשך שהייה ארוך כפרוקסי להתערות) עשויה להצדיק, בנסיבות מסוימות, אגד זכויות נרחב יותר לזר⁵³ ואף הקניית מעמד.⁵⁴ עצם הכללת מבחן "מרב הזיקות"

50 Steven Vertovec, *Migrant Transnationalism and Modes of Transformation*, 38 INT'L MIGRATION REV. 970 (2004).

51 HIROSHI MOTOMURA, AMERICANS IN WAITING: THE LOST STORY OF IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE UNITED STATES (2006). מוטומורה מציג את גישת "הגירה כהשתייכות" (affiliation), הגורסת כי היחס ומעריך הזכויות למי שאינו אזרח צריכים להיות תלויים בקשרים שפיתח במדינת שהותו – כגון קשרים משפחתיים וקהילתיים, משך שהייה והשתלבות בהווה המקומית. לטיעונים דומים ראו MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983); Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEORETICAL INQUIRIES L. 389, 403–09 (2007); Peter Schuck, *The Transformation of Immigration Law*, 84 COLUM. L. REV. 1, 49–50 (1984).

52 עע"ם 8277/17 ז'ור נ' שר הפנים, בפס' 39 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 21.7.2022).

53 בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (נבו 22.6.2014).

54 פרשת זולדי, לעיל ה"ש 17, פסק הדין של השופטת ארבל. ראו עוד להלן ה"ש 102.

בנוהלי רשות האוכלוסין וההגירה, שהוזכרו לעיל, מלמד שגם הרשות המבצעת רואה בהתערות טעם רלוונטי לבחינת הבקשה למעמד הומניטרי. לעומת זאת, ישנה פסיקה המסרבת לראות בהשתקעות טעם הומניטרי בעל משקל משמעותי (אם בכלל).⁵⁵ בנסיבות אלה קשה להעריך אם ההשתקעות תאומץ על ידי בתי המשפט בישראל כטעם הומניטרי עצמאי להסדרת מעמד (בנפרד ממצוקה). גם הדין הקנדי אינו חד־משמעי בסוגיה זו.⁵⁶

יש לציין, עם זאת, שהלכה למעשה הפער בין הפרשנות המרחיבה של טעם ההשתקעות כטעם הומניטרי לבין הפרשנות המצמצמת אינו גדול. ברוב המקרים ההשתקעות משמעה שהרחקה מישראל תגרום לזר מצוקה משמעותית: כתוצאה מניתוק קשרים משפחתיים, מעין־משפחתיים או חברתיים; כתוצאה מהצורך להסתגל (מחדש) לתרבות, לשפה ולאורחות חיים בלתי (או פחות) מוכרים; וכיו"ב משמעויות שעלולות לעלות – במקרים מסוימים – לכדי "הגליה תרבותית". טעמי מצוקה מצויים, כפי שביקשתי להראות, וכפי שנראה שמקובל גם על הערכאות הישראליות, בליבת הטעמים ההומניטריים; ומכאן שהמצוקה שנוצרת כתוצאה מעקירת המשתקע ושליחתו למדינתו חייבת להישקל על ידי מי שדן בבקשות להסדרת מעמד מטעמים הומניטריים.

אסכם את הנאמר עד כה: בדיון בבקשות להסדרת מעמדם של זרים מטעמים הומניטריים, הטעם ההומניטרי המרכזי שיש לדון בו הוא טעם החמלה. חמלה, כפי שפורט בפרק הקודם, נוצרת כלפי הזולת על רקע מצוקתו והרצון לפעול להפגתה או להקלה עליה. לצד טעם מרכזי זה ישנם טעמים הומניטריים נוספים, אחרים, ובהם עסק פרק זה. פירטתי מעט על ערך הכרת התודה ועל התערותו של הזר בחברה הישראלית כשתי דוגמאות ל"טעמים הומניטריים אחרים". הראשון טרם הוכר בשמו בפסיקה הישראלית או הקנדית, אך נראה שיושם הלכה למעשה בפסיקה. ביחס לטעם השני ישנה אי־בהירות בפסיקה, אם מדובר במקרה פרטי של מצוקה או שמא מדובר בטעם הומניטרי העומד בפני עצמו.

ישנם, כמובן, טעמים הומניטריים נוספים, אשר בחרתי שלא לפרטם אך ראוי לצינם, כמו הטעם בדבר טובת הילד;⁵⁷ הטעם של מימוש עצמי (לדוגמה, בתחום

55 פסק הדין שמייצג גישה זו באופן המובהק ביותר הוא עת"ם (מנהליים ת"א) 1708/07 **אמון נ' שר הפנים** (נבו 25.9.2008). לפסיקה נוספת התומכת בגישה זו, ראו להלן ה"ש 97, ה"ש 98 וה"ש 99.

56 עם זאת, קיימת בקנדה פסיקה שאימצה את ההתערות כטעם עצמאי, הנפרד ממצוקה ראו לדוגמה, *Sharifpouran v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2022] F.C. 663, para. 25–27 (Can.); *Asu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2022] F.C. 661 (Can.).

57 בפרשת *Kanthasamy*, לעיל ה"ש 15, בפס' 41 לפסק הדין של השופטת Abella, עמד בית המשפט העליון הקנדי על כך שטעם זה הנו עצמאי ונפרד מטעם המצוקה: "[S]ince children will rarely, if ever, be deserving of any hardship, the concept of 'unusual or undeserved' hardship is presumptively inapplicable to the assessment of the hardship invoked by a child to *Osun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2020] F.C. 295 (Can.); *Eluwole v.*

הלימודים⁵⁸ או הספורט);⁵⁹ העובדה שהזר שינה את מצבו לרעה או פיתח ציפייה לקבל מעמד על בסיס התנהלותן של הרשויות בישראל;⁶⁰ וכיו"ב טעמים מוסריים.

3. נסיבות ממתנות וטעמי נגד

עד כה דנתי בטעמים הומניטריים שתומכים בהסדרת מעמדו של הזר. בפרק זה אזכיר בקצרה את הנסיבות והטעמים שעשויים לפעול בכיוון ההפוך: נסיבות ממתנות וטעמי נגד.

נסיבות ממתנות הן נסיבות עובדתיות שמפחיתות מהמשקל שיש לייחס לטעם ההומניטרי. ביחס לטעם החמלה, נסיבות ממתנות הן אלה שמקחות מחומרת המצוקה, ובכך ממתנות גם את חובת החמלה או הצידוק להפגינה. כך, למשל, ביחס לזר שטוען שהרחקתו מן המדינה תגרום להתדרדרות במצבו הנפשי, העובדה שישנם שירותים זמינים של בריאות הנפש במדינת מוצאו עשויה להקחות מחומרת המצוקה הנפשית שייקלע אליה. ואילו ביחס לזר שטוען שיסבול מבדידות אם יחזור למדינתו, שכן מרבית מכריו וחבריו נמצאים בישראל, העובדה ששמר על קשר עם חבר אחד במדינת מוצאו עשויה להוות נסיבה ממתנת; ואם שמר אותו זר על קשר עם שלושה חברים, ולא רק עם אחד – הנסיבה הממתנת תהא בעלת משקל רב יותר, ותפחית עוד יותר מהמשקל שהרשות תידרש לייחס לטענת הבדידות.

חשוב להדגיש שנסיבות ממתנות, במרבית המקרים, אכן רק ממתנות את המצוקה ולא מאיינות אותה. על כן, עדיין נותר לרשות (ולאחריה, לבית המשפט) הצורך לבחון את משקל הטעם ההומניטרי, וזאת לאחר שהובא בחשבון הטעם ההומניטרי **על רקע** הנסיבות הממתנות.⁶¹ עוד יש לציין, שנטל הראיה והשכנוע, בכל הנוגע למצוקתו, מוטל על הזר, כמי שדורש סעד מהרשות המינהלית. אולם, ככל שמבקשת המדינה להעלות טענה בדבר נסיבות ממתנות, נטל הבאת הראיות ביחס לנסיבות אלה עובר אליה.⁶²

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2023] F.C. 1165 (Can.) לערוך טוכת הילד כטעם הומניטרי להסדרת מעמד לפי הדין הישראלי ראו, לדוגמה, דנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' מינהל האוכלוסין**, בפס' 8 לפסק הדין של השופט מצא (נבו 6.7.2003). במצבים שבהם התגבשה ביחס לילד זכות להישאר במדינה, למשל מכוח האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 221, 1038 (נפתחה לחתימה ב-1989), אין לראות בה "טעם הומניטרי" רגיל ראו דיון בפרק ב.1 להלן.

58 ערר (כניסה לישראל י-ם) 1323-14 **בארי נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו 4.7.2016).

59 ערר (כניסה לישראל י-ם) 3468/20 **גבריוס נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו 13.10.2021).

60 עת"ם (מנהליים י-ם) 15430-05-14 **ליטוינקו נ' משרד הפנים** (נבו 6.3.2016); עניין **זוולדי**, לעיל ה"ש 17; עניין **לאי**, לעיל ה"ש 47, בפס' 10.

61 בתי המשפט בקנדה עמדו על כך: Sutherland v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2016] F.C. 1212, para. 14 (Can.); Thangeswaran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2020 F.C. 91, para. 51-52 (Can.).

62 יניב ואקי **דיני ראיות** כרך ד 1924-1923 (טובה אולשטיין עורכת 2021). ליישום עקרונות אלה ראו, לדוגמה, עמ"ן (מנהליים י-ם) 36701-09-20 **פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה**, בפס' 23-20 (נבו 28.7.2021). כן ראו ס' 5.16 להנחיות הקנדיות, לעיל ה"ש 16.

טעמי נגד הם טעמים ש"מושכים" כנגד קבלת הבקשה ההומניטרית, וזאת על אף קיומו של טעם הומניטרי. ברמה הפילוסופית, מדובר בטעמי צדק שמאוזנים אל מול טעמי החמלה. ארחיב על כך בפרק הבא. ברמה המשפטית והקונקרטית יותר, טעמי הנגד כוללים את האינטרסים הציבוריים החיוניים, שהוכרו ככאלה במסגרת המשפט החוקתי הישראלי ודיני זכויות האדם הבינלאומיים: ביטחון המדינה, שלום הציבור, בריאות הציבור, הסדר והמוסר הציבוריים וכיו"ב. על כן, למשל, עבר פילי מוכיב של הזר, אשר עשוי ללמד על מסוכנותו העתידית לשלום הציבור, הינו "טעם נגד" אשר הוכר בפסיקה ככזה שעלול להצדיק דחיית הבקשה ההומניטרית.⁶³

מאחר שאנו עוסקים בבקשותיהם של זרים לקבל מעמד במדינה, שיקול נגד נוסף הוא השיקול בדבר שמירה על צביון המדינה.⁶⁴ אחד מהנימוקים המשכנעים ביותר של פילוסופים שביקשו להצדיק את הפררוגטיבה של המדינה (כל מדינה) שלא לקלוט מהגרים לשטחה, הוא נימוק שנעוץ בקהילתנות. נימוק זה מכיר בערך המוסרי, מבסס הזהות, של חיים משותפים של בני אדם, מתוך תחושת שייכות לאומית-תרבותית, במסגרת מדינתית.⁶⁵ "טעם הנגד" בדבר שמירה על צביון המדינה מתקשר לנימוק זה. צביון המדינה, לעניין זה, הוא המסגרת הלאומית-תרבותית שאותה מדינה בחרה לקיים או לשמר. וככל שיש בהענקת המעמד לזר כדי לפגוע בצביון זה, הרי שזהו טעם המושך לכיוון אי-קבלת בקשתו ההומניטרית למעמד. לעניין זה ראוי להכיר בהבדל בין קנדה, שדיני המעמד ההומניטרי שלה משמשים השראה לחלקים במאמר זה, לבין ישראל. בעוד שישראל היא מדינת לאום אתנית, הקושרת בין אזרחות לבין מוצא, קנדה היא מדינת לאום אזרחית, הקושרת בין אזרחות לבין מאפיינים וערכים שניתן יותר בקלות לרכוש אותם, באופן מדורג.⁶⁶ בהתאם, הצביון שכל מדינה מבקשת לקדם שונה. על כן, בעוד שמדינות ההגירה של ישראל נועדה, במוצהר, לעודד הגירה של יהודים ולמנוע הגירה והתאזרחות של

63 ראו, לדוגמה, ערר (כניסה לישראל י-ם) 4375-19 גייבציאן נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 9.9.2020).

64 ישנה מחלוקת עמוקה בין פילוסופים בנוגע לשאלה אם קיימת לאדם – במסגרת תפיסת העולם הליברלית – "הזכות להגר". לכתובה בעברית על שאלות אלה ראו, לדוגמה, חיים גנז "לאומיות והגירה" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 360 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים 1998); נעמה כרמי חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן 56–106 (מהדורה א 2003); אביעד בקשי "האם קיימת חובה עקרונית לקלוט מהגרים?" משפט וממשל י 387 (2006). הואיל ובחיתי לפתח במאמר זה תיאוריה שמתכתבת עם הדין הקיים, אתעלם מסוגיית הזכות להגר, שטרם קנתה לה שביתה בדין הפוזיטיבי.

65 שניים מהפילוסופים הבולטים שקידמו רעיונות ברוח זו הם וייל קימליקה ומייקל וולצר. ראו WILL KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE (1989); WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS (1995); MICHAEL WALZER, SPHERES OF JUSTICE: A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (1983).

66 להבחנה בין המודל האתני לבין המודל האזרחי של מדינת הלאום ראו רות גביון ופניה עוזר זלצברג "ישראל כמדינה לאומית וליברלית" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 293, 303 (2012).

לא יהודים,⁶⁷ קנדה מגלה פתיחות רבה יותר בקליטת ואזרוח מהגרים ממגוון רקעים אתניים וממגוון תרבותיות.

הבדלים אלה בין ישראל לבין קנדה עשויים להשפיע על האופן שבו רשות ההגירה בכל מדינה תבחן את ההשפעה של קליטת מבקש המעמד ההומניטרי על צביון המדינה. במסגרת בחינה זו יוכלו להשתקלל גם שיקולים בדבר "השלכות הרוחב" של אישור הבקשה על צביון המדינה (ועל אינטרסים לאומיים נוספים).⁶⁸ הבדלים אלה בין המדינות עשויים להשפיע, בהתאמה, גם על הביקורת השיפוטית שתקיים הערכאה השיפוטית בכל מדינה על החלטת רשות ההגירה.

עם זאת, אין בהבדלים אלה בין המדינות כדי להשפיע על הניתוח האנליטי והתיאורטי בדבר אופן ההכרעה בבקשות הומניטריות. גם מקבלי החלטות בישראל – מדינת הלאום האתנית – נדרשים, כמו עמיתיהם בקנדה, לבחון את הטעם ההומניטרי שמעלה מבקש המעמד הזר, וככל שמתקיים טעם כזה, בהתאם לניתוח שהצעתי לעיל, לשקול כנגדו את טעמי הנגד, טעמים אשר עשויים להיות שונים מטעמי הנגד שמוכרים במדינות הגירה כמו קנדה. יש לזכור עוד, שבקשות הומניטריות מוגשות על בסיס נסיבותיו הפרטניות והחריגות של הזר מבקש המעמד, ועל כן – לפחות ככל שאין מדובר בהחלטות שיש להן "השלכות רוחב" משמעותיות – השיקול של פגיעה בצביון המדינה צפוי להיות בעל משקל מוגבל ביחס למרבית בקשות אלה. במלאכת האיזון בין השיקולים השונים עוסק הפרק הבא.

ב. החלטות הומניטריות: מבחן הסבירות

החובה של הרשות המינהלית לנהוג בסבירות ("חובת הסבירות"), כמו גם הביקורת השיפוטית ביחס לעמידת הרשות בחובתה זו ("עילת הסבירות") נוסחו בפסיקת בית המשפט העליון. ההלכה בנושא עברה שינויים במהלך השנים, והיא נמצאת בלב מחלוקת ציבורית. שיאה של מחלוקת זו בחקיקת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3), אשר בוטל על חודו של קול בפסק דין שניתן בהרכב מלא של שופטי בית המשפט העליון.⁶⁹

חוקרים ושופטים מציעים ניתוחים והבחנות שונות ביחס למאפיינים השונים של חובת הסבירות ועילת הסבירות. אחת מההבחנות, שבאה לידי ביטוי בפסקי הדין של חלק מהשופטים בבג"ץ הסבירות, היא ההבחנה בין חובת סבירות רזה נוסח "וונדסבריי" (שמקורה במשפט האנגלי), אשר עניינה חובת הרשות לקבל החלטות רציונליות ולא מופרכות, לבין חובת סבירות רחבה יותר, המכונה "סבירות איזונית", אשר עניינה חובת הרשות המינהלית לקבל את החלטתה רק לאחר שבחנה את כלל

67 ראו, לדוגמה, בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15 (1994).

68 ראו, לדוגמה, ע"מ 1966/09 עטון נ' שר הפנים (נבו) 21.11.2011; עניין בוטנג, לעיל ה"ש 7; עניין בארי, לעיל ה"ש 58; עניין אמן, לעיל ה"ש 55, בפס" 10.

69 בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (נבו) 1.1.2024 (להלן: בג"ץ הסבירות).

השיקולים הרלוונטיים, ונתנה לכל אחד מהם משקל הולם.⁷⁰ גרסה רחבה זו של חובת הסבירות מוכרת במשפט הישראלי מאז פסק הדין בעניין **דפי זהב**,⁷¹ ועומדת על מכונה גם לאחר בג"ץ **הסבירות**.

ניתן להבחין בסממנים ה"רזים" וה"רחבים" של חובת הסבירות ועילת הסבירות גם בהלכה שהתווה בית המשפט העליון הקנדי לפני שנים ספורות בפרשת *Vavilov*.⁷² פסק דין זה עסק באופן עקרוני בשאלת הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הקנדיים על החלטות מינהליות, במסגרת עילת הסבירות, וקבע כי "החלטה סבירה היא החלטה המבוססת על מהלך טיעון קוהרנטי ורציונלי, שניתן להצדיקו ביחס לעובדות ולדין המחייב את מקבל/ת החלטה".⁷³ הרישא של ההגדרה אינו אלא "חובת הסבירות" במובנה הרזה, ואילו הסיפא מרמז יותר לכיוון המובן הרחב של המושג. זאת ועוד, בית המשפט הוסיף וכתב שם, באופן שמקרב את ההגדרה הקנדית ל"מובן הרחב" של סבירות, שכאשר עורך בית המשפט ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות "עליו לבחון את התוצאה של החלטה המינהלית לאור הרציונל שבבסיסה כדי לוודא שהחלטה בכללותה שקופה, מובנת ומוצדקת".⁷⁴ אומנם בית המשפט הקנדי אינו משתמש בטרמינולוגיה של איזון בין טעמים ושיקולים כאשר הוא מתאר את מבחן הסבירות, אך הוא בהחלט מדגיש את חשיבות בחינת הטעמים שעומדים בבסיס החלטתה של הרשות המינהלית, ואינו מסתפק בבחינת אי-מופרכותם.⁷⁵ בהקשר זה, רלוונטית לענייננו קביעת בית המשפט שם, שאחד מן הטעמים שנדרשת הרשות להביא בחשבון בבואה לקבל החלטה הוא מידת השפעתה של החלטה על הפרט. זאת במיוחד כאשר מדובר בפרט פגיע:

Many administrative decision makers are entrusted with an extraordinary degree of power over the lives of ordinary people, including the most vulnerable among us. The corollary to that power is a heightened responsibility on the part of administrative decision makers to ensure that their reasons demonstrate that they have considered the consequences of a decision and that those consequences are justified in light of the facts and law.⁷⁶

- 70 להרחבה ראו יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673 (2020).
- 71 בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (1) 421 (1980).
- 72 לעיל ה"ש 28. בסמוך להגשת מאמר זה לפרסום חזר בית המשפט העליון הקנדי על הקביעות שנקבעו בפסק דין *Vavilov*. ראו *Mason v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2023 SCC 21.
- 73 פרשת *Vavilov*, לעיל ה"ש 28, בפס' 85 (תרגום המחבר).
- 74 שם, בפס' 15 (תרגום המחבר).
- 75 פרשת *Vavilov*, לעיל ה"ש 28, בפס' 81; פרשת *Mason*, לעיל ה"ש 72, בפס' 58–60.
- 76 פרשת *Vavilov*, לעיל ה"ש 28, בפס' 133–135. לפסיקה דומה בניו זילנד ובבריטניה ראו *Lorne Sossin, The Impact of Vavilov: Reasonableness and Vulnerability*, 100 SUP. CT. L. REV. 265, 272–73 (2021); *Jamie Chai Yun Liew, The Good, the Bad and the Ugly*, 98 CAN. BAR REV. 388 (2020).

עוד פסק בית המשפט הקנדי, וזהו הערך התקדימי של פסק הדין, שישנה חזקה ניתנת לסתירה, ולפיה המבחן הרלוונטי במסגרת ביקורת שיפוטית על החלטה מינהלית הוא מבחן הסבירות (reasonableness). מבחן זה בוחן אם ההחלטה מצויה בתוך "מתחם סבירות" נורמטיבי, אך נמנע מלבחון האם מדובר בהחלטה הנכונה (ביותר) בנסיבות העניין. החזקה תיסתר – ואז יוחל המבחן המחמיר יותר של "נכונות" (correctness) – באחד משני מקרים: כאשר ישנה קביעה סטטוטורית שעל בית המשפט ליישם ביקורת שיפוטית קפדנית יותר או כאשר שלטון החוק מחייב הפעלת ביקורת שיפוטית כזו (לדוגמה: בשאלות חוקתיות).

עד כאן רקע כללי על חובת הסבירות ועילת הסבירות בישראל ובקנדה. כפי שניתן לראות, לאור פסיקת בית המשפט העליון הקנדי בעניין *Vavilov* בשנת 2019 ופסיקת בית המשפט העליון בבג"ץ הסבירות בשנת 2024, בשתי המדינות החליטה הערכאה השיפוטית העליונה במדינה על אימוץ ביקורת שיפוטית קפדנית יחסית במסגרת עילת הסבירות, כזו שמבקשת לבחון את הטעמים שעמדו בבסיס ההחלטה המינהלית, ואינה מסתפקת בשלילת מופרכותה.

כפי שכבר פסק בית המשפט העליון בישראל פעמים רבות, למרות שיקול הדעת הרחב שנתון לשר הפנים בענייני ההגירה, עילות הביקורת השיפוטית הרגילות של המשפט המינהלי, לרבות עילת הסבירות, חלות גם על עניינים אלה.⁷⁷ גם בכך הדין הישראלי והקנדי דומים.⁷⁸ על רקע הקביעות השיפוטיות הללו אבקש עתה לבחון סוגיות אחדות הנוגעות לסבירות ההחלטות בבקשות הומניטריות.

1. מהי חמלה סבירה?

כדי לבחון את סבירות ההחלטה בבקשה מטעמים הומניטריים, יש לבדוק, בהתאם לטעמים שהוצגו לעיל, אם פקיד סביר היה מגלה חמלה כלפי הזר שמעלה טיעוני מצוקה; מגלה הכרת תודה כלפי הזר שמעלה טיעון של סיוע למדינה ולאזרחיה; תופס את הזר כשייך לקהילה החברתית-פוליטית ביחס לזר שמעלה טיעוני השתקעות וכיו"ב. מכיוון שהטעם ההומניטרי המרכזי (ואולי גם הנפוץ) ביותר הוא טעם המצוקה, אתמקד בפרק זה באותה "חמלה סבירה" שעל פקיד ההגירה להפגין ביחס לזר שמעלה טענת מצוקה נוכח ההרחקה. עם זאת, חלק מהדברים שיוצגו להלן יהיו רלוונטיים גם לבחינת הסבירות של החלטות הומניטריות שאינן "מבוססות מצוקה".

כפי שציינתי, חמלה אינה אלא תגובה נוכח מצוקתו של הזולת, שמטרתה להקל על מצוקה זו. להבדיל מעקרונות הצדק, שמחייבים איזון מעצם טבעם, גילויי חמלה או טוב לב יכולים (מבחינה מושגית) ועלולים (מבחינה נורמטיבית) להיות מוגזמים.⁷⁹ כך, למשל, התמקדות במצוקתו של פלוני עלולה לבוא, באופן לא ראוי

77 ראו, לדוגמה, בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770 (1999).

78 פרשת *Baker*, לעיל ה"ש 28.

79 ראו ביחס לערך של *benevolence/ beneficence*, הקרוב מבחינה מושגית לערך החמלה: Liam Murphy, *The Demands of Benevolence*, 22 PHIL. 514-512; בעמ' 19, בעמ' 514-512; לעיל ה"ש 19, בעמ' 267 (1993) PUB. AFF. &. עוד יצוין, שגם כאשר המעשה החומל אינו מוגזם (ובלתי רצוי) הוא

ולא מאוזן, על חשבון פרטים אחרים ואף על חשבון הפרט החומל עצמו (וכאשר מדובר בהחלטות של מדינה באמצעות פקידה ונבחריה, על חשבון תושבים או אזרחים אחרים ועל חשבון ערכים של הקהילה כולה, כמו צביון המדינה, חוסנה הכלכלי וכיו"ב). אשר על כן, בבוא הפקיד לקבל החלטה בבקשה הומניטרית, ובבוא השופט לבקר החלטה זו, יש לדרוש מהם לבצע איזון עדין בין ערך החמלה מצד אחד לבין ערכי צדק (או עקרונות יסוד של המשפט הישראלי) מצד שני. זוהי "החמלה הסבירה".

אין מדובר באיזון פשוט כלל ועיקר. אך הפנמת הדרישה לבצע איזון זה מסייעת לנו, לכל הפחות, במיון ראשוני של שיקולים לגיטימיים ולא לגיטימיים, הכרחיים או אסורים. הבנה זו מסייעת לנו, ראשית לכול, להכיר בכך שלא רק שהפקיד רשאי לשקול שיקולים של חמלה, אלא שחובה עליו לשקול אותם. לצד זאת, משום שהחמלה נדרשת להיות "סבירה", דהיינו מאוזנת עם שיקולי צדק (ומשפט), אין איסור (ובנסיבות מסוימות, יש הכרח) לשקול, לצד שיקולי החמלה, גם שיקולי נגד (שתומכים בדחיית הבקשה ההומניטרית). למשל, יש להביא בחשבון שיקולים של הכוונת התנהגות רצויה (כגון עידוד מהגרים לצאת מהמדינה מייד עם פקיעת רישיון הישיבה שלהם),⁸⁰ "השלכות רוחב" על אינטרסים לאומיים שונים, או השפעות שליליות אחרות. ואומנם, בתי המשפט הכירו ברלוונטיות של שיקולים אלה במסגרת הביקורת השיפוטית שקיימו על החלטות הומניטריות.

יש לציין עוד, שכאשר שיקולי החמלה (או השיקולים ההומניטריים האחרים) חופפים טעמים שהוכרו כעומדים בבסיס "זכות" משפטית מוכרת, כי אז המשקל שיש לתת להם הינו מוגבר. כך המצב, למשל, כאשר הבקשה ההומניטרית מבוססת על הזכות לחיי משפחה,⁸¹ או על זכויות קטינים.⁸² המשמעות המרכזית לכך שתביעה (claim) מסוימת הוכרה כ"זכות" משפטית היא שיש לה משקל נורמטיבי מוגבר ביחס לטעמי נגד (עד לכדי משקל מוחלט במקרים של זכות אבסולוטית).⁸³ לכן, אני סבור שראוי היה שרשות האוכלוסין וההגירה תנסח נהלים נפרדים לבקשות

עשוי עדיין להיות מעבר לדרישות המוסר (supererogatory), בשל היותו ראוי להערכה אך תובעני מדי.

80 פסקי דין רבים קבעו ששהייה ללא היתר, אפילו ארוכת שנים, אינה יכולה לשמש טעם הומניטרי. ראו, לדוגמה, פרשת **אסברוק**, לעיל ה"ש 43, בפס' 14; עע"ם 1692/11 **אורלה נ' משרד הפנים**, בפס' 5 וההפניות שם (נבו 9.11.2011). לדעתי, ראוי לראות בשהייה ארוכה במדינה, בוודאי אם היא תרמה להתערות, טעם הומניטרי. את סוגיית השהייה שלא כדין (והרצון להימנע ממתן תמריץ לשהייה שלא כדין) יש לסווג כ"טעם נגדי", שעשוי לגבור על הטעמים התומכים בהסדרת המעמד. אינני דן בבמשקל שראוי לייחס לטעם נגדי זה.

81 ראו, לדוגמה, בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה (2011). כן ראו יעקב בן שמש "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה" **משפט וממשל** י' 47, 54-52 (2006).

82 ראו, למשל, סעיפים (1)3 ו-9(1) לאמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 56.

83 Richard Wasserstrom, *Rights, Human Rights and Racial Discrimination*, 61 J. PHILOSOPHY 628 (1964). רונלד דוורקין הגדיר, בהתאם, את הזכות כ"כרטיס ניצחון". ראו RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* HARV. U. PRESS (1977).

המבוססות על זכויות משפטיות מוכרות (זאת בוודאי, ומכוח קל וחומר, ככל שהעמדה – השגויה בעיניי – היא שמעמד הומניטרי ניתן "לפנים משורת הדין").⁸⁴ כלומר, לשיטתי, הנוהל ההומניטרי נועד לתת מענה למקרים שבהם מעורבים אינטרסים (שעשויים להיות ראויים להגנה, בנסיבות מסוימות), ונהלים אחרים צריכים לחול במקרים שבהם למבקש עומדת זכות משפטית שהוכרה זה מכבר. ככל שבקשות המבוססות על הזכות לחיי משפחה או על זכויות קטינים ימשיכו להיות מופנות, בניגוד לעמדה שהוצגה לעיל, להליך ההומניטרי, יש לכל הפחות להכיר בייחוד שלהן ובעוצמתן המוגברת בהשוואה לבקשות הומניטריות "רגילות". כך, למשל, ביסוס של טעם "הומניטרי" מצד הורה, בן זוג או קטין, שלא לפצל את התא המשפחתי שהוא חלק ממנו, אשר הוכר – כאמור – כזכות לפי המשפט החוקתי והבינלאומי, יוביל להעברת נטל השכנוע אל כתפי רשות האוכלוסין וההגירה, שתידרש להציג נימוקים כבדי משקל אשר יצדיקו את דחיית הבקשה והרחקת הזר. כמו כן, שיקולים כלליים של מדיניות הגירה לא יגברו בנקל על שיקולים שמקורם בזכויות משפטיות; ומעבר לכך, יחולו על בקשות אלה עקרונות נוספים של המשפט החוקתי, כמו עקרון המידתיות.

2. הנמקה רספונסיבית

נקודה מקדמית שאבקש להתייחס אליה, בכל הנוגע לסבירות של החלטות הומניטריות, היא ההנמקה ה"רזה" שמאפיינת מדי פעם החלטות אלה בישראל. נושא זה עלה לא אחת בפסיקה.⁸⁵ בעניין *Vavilov* הדגיש בית המשפט העליון הקנדי את החשיבות שיש בכך שבירוקרטים יאמצו "תרבות של הצדקה" (culture of justification) ביחס להחלטותיהם המינהליות.⁸⁶ להנמקה שמעלה הרשות המינהלית על הכתב, פסק בית המשפט, יש חשיבות, לא רק כעניין של הוגנות פרוצדורלית, אלא גם כרכיב בחובת הסבירות. כלומר, החלטה מינהלית שאינה מנומקת כהלכה אינה החלטה סבירה, גם אם תוצאתה עשויה להיות סבירה.⁸⁷

יתרה מזו, בפסק הדין בעניין *Vavilov* הדגיש בית המשפט את חשיבות ה"הצדקה הרספונסיבית" (responsive justification), דהיינו כזו שמתייחסת להשלכות הקשות שעלולות להיות לדחיית בקשתו של הפרט, ומפרטת את הסיבות לכך שתוצאה זו מוצדקת חרף השלכותיה הקשות. בשנים הספורות שחלפו מאז ניתן פסק דין

84 ישנם פסקי דין המסווגים את הסעד ההומניטרי שניתן על פי הנוהל ההומניטרי ככזה שניתן "לפנים משורת הדין". ראו, לדוגמה, פרשת **בוטנג**, לעיל ה"ש 7, בפס' 4. מדובר בעמדה משפטית שגויה בעיניי, וזאת מהסיבות המפורטות בפסקי דין אחרים של בית המשפט העליון, ראו לעיל ה"ש 17.

85 ראו למשל פרשת **נוואה**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33; עת"ם (מנהליים י-ם) 705/07 **מוסקרה נ' שר הפנים**, בפס' 25 (נבו 21.12.2009); פרשת **פלונית פליפינים**, לעיל ה"ש 47, בפס' 62.

86 פרשת *Vavilov*, לעיל ה"ש 28, בפס' 14.

87 *Ahmad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2021] F.C. 1195, para. 32 (Can.).

Vavilov, הערכאות הנמוכות הקנדיות כבר יישמו את המבחן האמור של הצדקה רספונסיבית ביחס להחלטות הומניטריות בעניינם של מהגרים.⁸⁸ ראוי לציין לעניין זה, שגם בית המשפט העליון בישראל הכיר בהשלכות הקשות שעלולות להיות לדחיית בקשות הומניטריות על הזרים שמגישים אותן. כפי שכתבה השופטת ארבל בפרשת **נוואה**: "הוועדה [הבינמשרדית לעניינים הומניטריים – י"ל] עוסקת במקרים הכרוכים בדיני נפשות ואשר יש בהם השפעה מכרעת על חייהם של פרטים, של משפחות ושל ילדים".⁸⁹ השופטת ארבל העירה ביחס לנימוק הלקוני שהעלתה הוועדה ההומניטרית שם על הכתב, שהוא אינו מספק, בעיקר נוכח היות המלצותיה של הוועדה הוותיקה גורל עבור הפונים אליה.⁹⁰ ניתן, אם כן, לומר שגם בית המשפט העליון הישראלי אימץ את עקרון ההצדקה (או ההנמקה) הרספונסיבית ביחס להחלטות הומניטריות בעניינם של מהגרות ומהגרים.

חרף זאת, מעגן הנוהל ההומניטרי נורמה פסולה שלפיה הוועדה הבינמשרדית תנהל פרוטוקול שישקף באופן חלקי ביותר את הדיונים שהיא מקיימת, ללא הצגה של ההנמקה שעומדת בבסיס המלצה שגיבשה הוועדה או גיבש מי מחבריה. סעיף ז.2.ד לנהל קובע שהפרוטוקול יכלול את "תמצית הבקשה כפי שנדונה בוועדה, ציון החומר שעמד בפני חברי הוועדה [...] והמלצתם הסופית של חברי הוועדה. ככל שעלו הסתייגויות מיוחדות במהלך הדיון הן ישוקפו במסגרת הפרוטוקול [ההדגשה הוספה]". ראוי לתקן את הנוהל כך שיקבע מפורשות, שהפרוטוקול ישקף את הטעמים שעמדו בבסיס המלצתו של כל אחד מחברי הוועדה, ואת הטעמים שעמדו, בסופו של דבר, בבסיס המלצת הוועדה כולה (ככל שבחירה לדבר בקול אחד).

3. דחייה על הסף ואמירות גורפות ביחס ל"טעמים לא רלוונטיים"

כמה פסקי דין בישראל קובעים שרשות האוכלוסין וההגירה רשאית לדחות בקשות הומניטריות על הסף בגין "חוסר ניקיון כפיים" מצד המבקשים. לדוגמה, ביחס לאזרחית ניגריה בת 25, שנכנסה לישראל בגיל 16 ולא יצאה ממנה מאז, כתב בית הדין לעררים כי:

שהיית העוררת, התעוררה ולימודיה בישראל בחטא יסודם. העוררת נכנסה לישראל באשרת שהייה בת שבועיים בלבד. אשרה כאמור יש לה צד הסכמתי, אשר בו מעלה העוררת, ועל כן רוב ככל שהותה של העוררת בישראל היא שלא כדין תוך עשיית דין עצמי וחוסר ניקיון כפיים. בכניסתה לישראל העוררת אומנם הייתה קטינה, אך ברת הבנה ואף ברת אחריות פלילית חלקית [...] בהגיעה לבוגרות העוררת לא

88 ש.ם.

89 עניין **נוואה**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 33.

90 ש.ם.

טרחה להגיש את בקשתה להסדר מעמדה, אלא חיכתה שנים רבות, וזאת ללא שום סיבה מוצדקת.⁹¹

די בחוסר ניקיון כפיים זה, לפי פסק הדין, כדי להצדיק דחיית הבקשה על הסף. ישנם פסקי דין נוספים המחזיקים בגישה זו.⁹² לדעת, פסיקה זו בטעות יסודה. באופן כללי, ולפחות ככל שמדובר בבקשות הומניטריות המבוססות על מצוקה, אין מקום לדחותן על הסף (למעט במקרים חריגים של de minimis, שבהם ברור שהטעם ההומניטרי הנטען הוא קל ערך). כאמור, בקשות המבוססות על מצוקה מעוררות את חובת הרשות לשקול שיקולי חמלה. שיקולי חמלה, בהגדרה, אינם מתייחסים לשאלת מקור המצוקה: הוא יכול לנבוע ממזל רע, מהתנהלות טיפשית או פזיזה של האדם במצוקה, ולעיתים אף מהתנהלות לא ראויה שלו.⁹³ אין בכל אלה כדי לגרוע מהחשיבות של הפגנת חמלה כלפי אותו אדם. אכן, כאשר עוברת הרשות (או בית הדין) לשקול את "סבירות החמלה" באותו מקרה, היא נדרשת להתחשב גם בשיקולים נגדיים, לרבות ה"ידיים הלא נקיות" של הפונה, שיתכן שישגברו על שיקולי החמלה. אך דחייה על הסף של בקשות הומניטריות, כמו גם הצגת תנאי סף להגשת הבקשה, לוקה בחוסר הבנה של המושג "חמלה", והופכת את הפגיעה שכרוכה ב"ידיים הלא נקיות" (או בהפרת תנאי סף אחר) מ"טעם נגד" (על פי ההמשגה המוצעת) ל"טעם נגד מוחלט", דהיינו כזה שגובר על כל טעם הומניטרי שהוא. יש, על כן, לברך על כך שההתדיינות בעניין היא⁹⁴ הובילה להסכמת רשות האוכלוסין וההגירה למחוק את דרישת הצגת הדרכון בתוקף כתנאי סף להגשת בקשה הומניטרית, וכן לנסיגה – הלכה למעשה – מדרישת הכניסה כדין למדינה כתנאי סף.

באופן דומה, אמירות כלליות, שלפיהן טעמים מבוססי-מצוקה מסוימים אינם טעמים הומניטריים כלל ועיקר, הן שגויות מבחינה מושגית (וזאת גם אם הדבר נאמר במסגרת דיון לגופה של הבקשה ההומניטרית, ולא במסגרת דחייה על הסף). מעבר לעניין המושגי, יש חשיבות תהליכית-פסיכולוגית בכך שפקידי הרשות, הדיינים והשופטים יתנו תשומת לב מוסרית למצוקותיהם של זרים (כפי שיש לעשות ביחס לכל בן אנוש), ידונו במצוקות אלה כטעמים רלוונטיים וישקלו אותם, גם אם

91 ערר (כניסה לישראל י-ם) 2883/20 דורו נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 8 (נבו 5.1.2021) (להלן: עניין דורו). ערעור על פסק הדין נדחה בבית המשפט המחוזי בעמ"נ (מנהליים י-ם) 42050-02-21 דורו נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 4.11.2021), אך לבסוף, ב"גלגול השלישי" בפסק דין קצר של בית המשפט העליון, נכתב כי בהמלצת בית המשפט ומבלי שהלה נוקט עמדה לגוף הדברים, הסכימה רשות האוכלוסין וההגירה כי עניינה של דורו יובא בפני הוועדה ההומניטרית. ראו בר"ם 8369/21 דורו נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 12.12.2022).

92 ראו למשל ע"מ 5807/14 רזינובסקי נ' שר הפנים, בפס' 15 (נבו 15.10.2015); ע"ת"ם (מנהליים י-ם) 34324-09-13 טרספה נ' משרד הפנים, בפס' 37-38 (נבו 12.1.2014).

93 ראו Livnat, לעיל ה"ש 19.

94 לעיל ה"ש 6.

בסופו של דבר יגיעו למסקנה, לאור טעמי הנגד, ש"חמלה סבירה" אינה מצדיקה או מחייבת את קבלת הבקשה.

על כן, גם אמירות כלליות מתונות יותר, כמו למשל האמירה שסוג טעמים מסוים אינו מהווה "טעם הומניטרי מיוחד" (או "יוצא דופן"), או ש"אין די" בסוג מסוים של טעמים כדי להצדיק הענקת מעמד הומניטרי, ושטעם זה או אחר "כשלעצמו" אינו מצדיק מעמד – הן אמירות לא רצויות. למרבה הצער, הפסיקה הישראלית זרועה אמירות כוללניות שכאלה לאורכה ולרוחבה. כך, למשל, דינים ושופטים שונים טענו בהזדמנויות שונות ש"דין הוא שאין ברצון בני משפחה לגור זה לצד זה כדי להוות טעם הומניטרי";⁹⁵ ש"קשיי פרנסה בארץ המוצא – קשים ככל שיהיו – אינם יכולים לעמוד בבסיס בקשה למעמד בישראל";⁹⁶ ש"הלכה פסוקה היא כי אין במצב רפואי, כשלעצמו, מורכב ככל שיהיה, כדי להצדיק מתן מעמד הומניטרי בישראל";⁹⁷ שאין ב"אי אלו זיקות (לרבות חיבור לדת היהודית), כדי לפתח ציפייה לקבלת מעמד בישראל";⁹⁸ ש"הטענה הנטענת כיום כי ישראל הפכה להיות מרכז חייו של העותר, אינה רלבנטית [...] אין המדובר בנימוק הומניטרי [...]";⁹⁹ וש"שהייה ממושכת בישראל אין בה כשלעצמה כדי להוות טעם הומניטרי המצדיק מתן מעמד בישראל".¹⁰⁰ כאמור לעיל, עמדתי היא, שלמעט במקרי קיצון, ראוי לה לרשות וראוי לו לבית המשפט לסקור את כלל הטעמים ההומניטריים הנטענים, ורק לאחר מכן לסקור את הנסיבות הממתנות ואת טעמי הנגד, ככל שישנם, ולקבל החלטה כוללת בשאלה אם איוון סביר בין כל השיקולים מצדיק או מחייב הסדרת המעמד מטעמים הומניטריים. עמדה זו מוצגת לעיתים גם בפסיקה. כך, למשל, נפסק בעניין מנדל (מחוזי), ש"את הבקשות למתן מעמד מטעם הומניטרי יש לבחון בדרך פרטנית, תוך ראיית כל מקרה ונסיבותיו, והימנעות מקביעות כלליות שאינן נותנות ביטוי מספיק ליחוד שיש בכל מקרה ומקרה".¹⁰¹

ראוי לציין עוד, שביחס לחלק מהטעמים שוררת אי-הסכמה בין השופטים והדיינים, ושהטעמים שצוינו לעיל כ"לא רלוונטיים" ו"לא הומניטריים", הוכרו בהליכים אחרים כטעמים שחובה על הרשות לשקול במסגרת הליכים

95 עניין דורו, לעיל ה"ש 91. כן ראו עת"ם (מנהליים י-ם) 20187-03-11 אואסן נ' משרד הפנים, בפס' 10 (נבו 4.12.2011); עמ"ץ (מנהליים י-ם) 19751-07-21 בובקוביץ נ' משרד הפנים, בפס' 11 (נבו 5.7.2022); ערר (כניסה לישראל י-ם) 1228/20 סלבינסקי נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 11 (נבו 2.6.2021); עמ"ץ (מנהליים י-ם) 10829-01-21 גורדייב נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 21 (נבו 20.7.2021).

96 עמ"ץ (מנהליים י-ם) 62090-01-17 פלונית נ' משרד הפנים, בפס' 11 (נבו 23.5.2017).

97 ערר (כניסה לישראל י-ם) 3085/22 מ"נ נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 22.9.2022).

98 ערר (כניסה לישראל י-ם) 2206/22 טלמסי נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 10 (נבו 21.11.2022).

99 עת"ם (מנהליים ת"א) 2248/03 שייסאן נ' שר הפנים, 3 (נבו 31.5.2004). צוטט בהסכמה גם בעניין פלדמן, לעיל ה"ש 5.

100 עניין טלמסי, לעיל ה"ש 98, בפס' 10; עת"ם (מנהליים ב"ש) 22756-09-10 בלאסקה ביטון נ' משרד הפנים, בפס' 9 (נבו 3.5.2011); עניין אמן, לעיל ה"ש 55.

101 פרשת מנדל (מחוזי), לעיל ה"ש 7.

הומניטריים.¹⁰² הדבר מדגיש את הבעייתיות שבתיוג מראש של טענה כזו או אחרת – למצער כאשר היא מבוססת על מצוקה סובייקטיבית אותנטית – כטענה שאינה מעלה "טעם הומניטרי" כלל ועיקר, או "טעם הומניטרי המצדיק מעמד" וכיו"ב ניסוחים.

4. כשלים לוגיים

כמצוין לעיל, בעניין *Vavilov* קבע בית המשפט העליון הקנדי שהחלטה מינהלית, שנימוקה נעדרים היגיון פנימי, היא החלטה לא סבירה.¹⁰³ דוגמה למצב של כשל לוגי, שזכה לביקורת מצד חוקרי משפט ושופטים קנדיים, הוא התייחסות למאפיינים שהובילו להתערות בקנדה – כגון פיתוח חוסן נפשי (resilience), רכישת מיומנויות והתבססות כלכלית – כנסיבות ממתנות (ואף מאיינות) ביחס לטעם המצוקה, ולדחיית הבקשה ההומניטרית כתוצאה מכך. כך, למשל, במאמרה של ניופלד (Neufeld) על בקשות הומניטריות של מהגרות שנפגעו מאלימות במשפחה בקנדה,¹⁰⁴ היא מתארת החלטה שבה פקיד ההגירה קבע שהאישה, קורבן האלימות, הצליחה להתבסס כלכלית בקנדה ולפתח יכולות כאישה עצמאית. נסיבות אלה שכנעו אותו, שהאישה תוכל להסתגל מחדש בקלות למדינתה, ומכאן שלא הוכיחה מצוקה ועל כן נדחתה בקשתה ההומניטרית. ניופלד מבקרת את החלטה (שאכן נהפכה בערעור)¹⁰⁵ כלוקה בכשל לוגי:

This decision put the applicant in a no-win situation. Had she shown insufficient indicia of establishment, she could have been denied a positive H&C [humanitarian and compassionate – Y. L] decision. Ironically, possessing the exact financial resources that officers seek meant that she received a negative decision because the officer thought she could reintegrate into her home country.¹⁰⁶

דברים דומים נאמרו בכמה פסקי דין קנדיים.¹⁰⁷ באחד מהם תיאר השופט את הכשל כ"מלכוד 22": פקיד ההגירה יכול להפוך את ההתערות החיובית של הזר בקנדה

¹⁰² לעניין קריעת בני משפחה כטעם הומניטרי ראו לעיל ה"ש 31; לעניין תנאי מחיה ירודים כטעם הומניטרי ראו לעיל ה"ש 36; לעניין התדרדרות רפואית (ולא רק לצורך לטיפול חירום מציל חיים) כטעם הומניטרי ראו לעיל ה"ש 30; לעניין השתקעות כטעם הומניטרי (למצער במקרים של "הגליה תרבותית") ראו לעיל ה"ש 33; לעניין שהייה ארוכת שנים (כדין) כטעם הומניטרי ראו ערר (כניסה לישראל י-ם) 2722/18 אנגל נ' רשות האוכלוסין וההגירה, בפס' 22 (נבו 19.3.2019); עניין זולדרי, לעיל ה"ש 17, בעמ' 18.

¹⁰³ פרשת *Vavilov*, לעיל ה"ש 28, בפס' 104.

¹⁰⁴ Neufeld, לעיל ה"ש 27.

¹⁰⁵ I.G. V. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] F.C. 1704 (Can.)

¹⁰⁶ Neufeld, לעיל ה"ש 27, בעמ' 195-196.

¹⁰⁷ ראו, לדוגמה, Sosi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2008] F.C.R. 1300;

Lauture v. Canada (Citizenship and Immigration), [2015] F.C.R. 336 para. 24-26; Marshall v.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2017] F.C.R. 72, para. 35 (Can.)

כנגדו, בטענה שניתן לצפות שהזר יעשה שימוש באותם כישורי התערות כדי "לבנות את עצמו מחדש" עם חזרתו למדינתו.¹⁰⁸

הדרך להימנע מהכשל הלוגי האמור היא זו: כפי שהוצע לעיל, יש לראות הן במצוקה (והחמלה שהיא מעוררת) והן בהתערות במדינה כטעמים הומניטריים שעל הרשות לשקול. זאת ועוד, יש להכיר בהתערות כטעם הומניטרי העומד בפני עצמו, בנפרד מהמצוקה. בסיטואציות מעין אלה, של התערות המלווה (כפי שהיא לא אחת מלווה) ברכישת מיומנויות, בהפגנת יכולת הסתגלות לשינויים וכיו"ב כישורים, ההתערות תבוא לידי ביטוי בשני משתנים נפרדים ב"משוואה". פעם אחת כטעם התומך באופן עצמאי בהענקת מעמד הומניטרי; ופעם נוספת כנסיבה ממתנת, דהיינו ככזו שעשויה להפחית במידת מה מהמשקל שיש לתת למצוקה (והחמלה שהיא מעוררת). ההחלטה הסופית תהווה שקלול של המשקל הנורמטיבי שיש לתת לטעם ההתערות בצירוף המשקל הנורמטיבי שיש לתת לטעם החמלה (וזאת בהתייחס למצוקה הצפויה המופחתת, כנסיבות העניין). נראה שניתוח אנליטי זה משתקף בפסק הדין בעניין *Sharifpouran*, שניתן לאחרונה על ידי בית המשפט הפדרלי הקנדי.¹⁰⁹

דוגמה נוספת, מהפסיקה הישראלית, לכשל לוגי בהנמקה ניתן למצוא בפסק דינו של בית הדין לעררים בעניין אליגדו.¹¹⁰ פסק הדין עוסק בעניינו של צעיר פיליפיני, שהוריו ואחיו שהו בישראל, חלקם במעמד ארעי וחלקם במעמד קבע, ואילו הוא עצמו היה חסר מעמד. הצעיר הגיש בקשה הומניטרית, שהתבססה, בין השאר, על מצבו הנפשי כמי שאובחן בסכיזופרניה, ונזקק לטיפולים נפשיים אינטנסיביים. הבקשה התקבלה, בנימוק שהוועדה ההומניטרית, ובעקבותיה מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, השתכנעו שהוא זקוק לתמיכתם של בני משפחתו הגרעינית, ועל כן ניתן לו רישיון ישיבה מסוג ב/1 ("רישיון לישיבת ביקור"), שמאפשר שהיה זמנית ועבודה בישראל. הצעיר הגיש ערר, ובו טען שהיה זה בלתי סביר לתת לו רישיון ביקור מסוג ב/1 ולא רישיון ארעי מסוג א/5 ("תושב ארעי"), במיוחד לאור כך שרק הרישיון הארעי יאפשר לו לקבל זכויות סוציאליות לפי חוק שיקום נכי נפש בקהילה. דוגמה זו מתייחסת, אם כן, לסבירות ההחלטה הנוגעת לסוג המעמד שיש לתת למבקש הבקשה ההומניטרית, ולא לשאלת עצם ההיתר לשהות במדינה. אך אותם עקרונות של סבירות (וחמלה סבירה) צריכים לחול גם לעניין סוג המעמד. הטענה של הערר בעניין אליגדו הייתה, בסופו של דבר, שמעמד ב/1 לא ייתן את המזור הסביר למצוקתו, שכן לא יאפשר לו את הטיפולים הנפשיים שיקלו על מצוקתו הנפשית.

¹⁰⁸ Kolade v. Canada (Citizenship and Immigration), [2019] F.C.R 1513, para. 23.

¹⁰⁹ לעיל ה"ש 48, בפס' 27.

¹¹⁰ ערר (כניסה לישראל י-ם) 4362/20 אליגדו נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 29.7.2021) (להלן: עניין אליגדו – בי"ד לעררים). ערעור שהוגש, עמ"ן אליגדו נ' רשות האוכלוסין וההגירה (העתק בידי המחבר, 15.6.2022) (להלן: עניין אליגדו – מחוזי) נמחק לאור הסכמת המשיבה להחזיר את העניין לבחינה מחודשת בוועדה ההומניטרית.

בית הדין לעררים בחר לחרוג ממסגרת עניינו הפרטי של העורר, וניסח עמדה משפטית כללית שלפיה "אין הזכויות הסוציאליות הנובעות ממתן מעמד נהנת ממשקל מהותי בעת שיקול מתן רישיון שהייה בישראל, ובמיוחד בעת שיקול למתן רישיון מסיבות הומניטריות".¹¹¹ לפי גישתו של בית הדין, בבוא מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה לבחור את סוג הרישיון שיש להעניק לזר, לאחר שכבר השתכנע שיש לאפשר לו להישאר בישראל מסיבות הומניטריות, עליו להימנע, ככלל, מלשקול את הזכויות הנלוות לכל סוג רישיון על פי דברי חקיקה "מחוק" לחקיקת ההגירה (חוק הכניסה לישראל ותקנותיו), כמו חוק שיקום נכי נפש בקהילה, חוק הביטוח הלאומי או חוק ביטוח בריאות ממלכתי. לב הנימוק של עמדה זו, מצוי בפסקאות 23–24 לפסק הדין:

התקנות [תקנות הכניסה לישראל – י"ל] כלל אינן מתייחסות לזכויות סוציאליות ואחרות, אלא לסוג הישיבה, ולמטרתה, כאשר מטרה רפואית אינה נמנית כמטרה עצמאית; זאת לעומת מטרות רבות אחרות המנויות בתקנות, כגון: ביקור, שהות קצרה, עבודה, עבודה שלא בשכר, השקעה, עליה בכח, לימודים ודת. על כן לא מדובר בלקונה, אלא בהסדר שלילי של המחוקק ושל מחוקק המשנה [...] על כן אין בזכות הסוציאלית המבוקשת כדי להוות שיקול מרכזי בעת בחירת המשיב, מהו סוג הרישיון שברצונו להעניק.

פועל יוצא מהרישיון הוא הזכות הנלווית אליו, וכאמור לעיל, בדרך כלל זאת אינה נמצאת בליבת השיקולים בעת בחינת מתן רישיון. עם זאת, במקרים חריגים לא תיפסל החלטה בשל חוסר סמכות אם נשקל גם שיקול זה; זאת בשל שיקול דעתו הרחב של המשיב, ובייחוד ככל שנשקל השיקול וגרם למשיב לקבל החלטה המטיבה עם מבקש המעמד.

נימוק זה לוקה בחוסר היגיון פנימי, והוא נדחה – הלכה למעשה – בערעור.¹¹² על פני הדברים, אף כי הדיין נמנע מלציין את העילה המינהלית בשמה, קביעת בית הדין היא שהענקת הטבות סוציאליות היא "מטרה זרה" למטרות חוק הכניסה לישראל. אכן, אחד מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הוא האיסור המוטל על רשות

111 עניין אליגור – בי"ד לעררים, לעיל ה"ש 110, בפס' 22.

112 עניין אליגור – מחוזי, לעיל ה"ש 110. אף כי הערעור נמחק, נכתב במסגרת פסק הדין של השופט רובין ש"מן הראוי שבמסגרת הדין [המחודש של הוועדה ההומניטרית – י"ל] תיתן הוועדה דעתה לשאלות שהעלה בית המשפט ונרשמו לעיל בפרוטוקול". השאלות שהועלו ונרשמו בפרוטוקול היו: "האם יש ממש בטענת המשפחה שאין לה יכולת כלכלית לממן טיפול, האם נכונה הטענה שלא ניתן לרכוש טיפול שדומה לסל השיקום בשוק הפרטי, האם ללא טיפול הכלול בסל השיקום עלול מצבו של המערער להתדרדר, עד כמה הוא עלול להתדרדר [...] (עמ' 2 לפרוטוקול, העתק בידי המחבר). כלומר, הלכה למעשה, קיבל השופט רובין את הערעור. על פי מידע שקיבל המחבר מב"כ המערער, ניאות המשיב בסופו של דבר לתת למערער מעמד א/5 כפי שהתבקש.

מינהלית לשקול שיקולים זרים ולפעול לקידום מטרות זרות, דהיינו לשקול שיקולים החורגים מאלה שהחוק המסמיך מתיר לה לשקול, ולקדם מטרות שחורגות מאלה שלשמן הוענקה לרשות הסמכות הסטטוטורית.¹¹³

ואולם עילות אלה הן עילות של "הכול או לא כלום", ולא של משקל. כלומר, ברגע שהמטרה מוגדרת כזרה, כי אז אסור לרשות לפעול לקדמה, וברגע שהשיקול הוגדר כזר כי אז אסור לרשות לשקול אותו כלל ועיקר. הדין קבע שקבלת זכויות סוציאליות אינה אחת ממטרות חוק הכניסה לישראל ותקנותיו, וכי אין מדובר בלקונה אלא בהסדר שלילי.¹¹⁴ לעומת זאת, הוא נמנע מלקבוע שאסור באופן מוחלט למנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה לשקול, במסגרת החלטתו בדבר סוג הרישיון שיעניק למבקש בקשה הומניטרית, את השיקול בדבר יכולתו של המבקש לקבל זכויות על פי החקיקה הסוציאלית. הוא מבהיר כי "במקרים חריגים לא תיפסל החלטה בשל חוסר סמכות אם נשקל גם שיקול זה".¹¹⁵

מכאן אי-ההיגיון הפנימי של הטיעון. אם מבקש בית הדין לטעון שמדובר בשיקול זר, הרי שאינו יכול להתיר למנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה לשקול, גם לא במקרים חריגים. ואם מדובר בשיקול לגיטימי, אלא שיש לתת לו משקל נמוך, כי אז על בית הדין להציג טיעון משכנע בנושא, שאינו מבוסס על הטענה שתקנות הכניסה לישראל קבעו "הסדר שלילי" ביחס למטרה של הקניית זכויות סוציאליות לזר. לא תועיל כאן הטענה שאין זו מטרה "מרכזית" של דיני הכניסה לישראל, או שמדובר במטרה יוצאת דופן, שהרי המעמד ההומניטרי, מעצם טיבו, נועד לתת מענה למקרים יוצאי דופן.

סיכום

במאמר זה ביקשתי לעמוד בשני יעדים. האחד, לנסות ולהציע סדר מושגי ביחס לטעמים הומניטריים, נסיבות ממתנות וטעמי נגד, שצריכים כולם להירקח בקדירת ההחלטה המינהלית בהליכים הומניטריים. היעד השני, המאתגר עוד יותר, הוא לנסות ולשרטט את האופן שבו ניתן להעביר את ההחלטה ההומניטרית תחת שבט עילת הסבירות.

על עילת הסבירות נשברו קולמוסים רבים. אין ספק שמדובר באחת העילות העמומות והמאתגרות יותר ליישום מבין ארסנל העילות לביקורת שיפוטית על החלטת הרשות המינהלית. אף כי אינני יכול להציע נוסחה, שבה ניתן יהיה להציב משתנים שונים ולקבל תוצאה משפטית הכרחית, ניסיתי להציע כמה כלים יישומיים

113 דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ב 635 (טובה אולשטיין עורכת 2010).

114 הדין מגיע למסקנה זו לאחר שסקר סוגי אשרות ורישיונות ישיבה שונים, שנועדו – על פי תקנות הכניסה לישראל – למטרות שונות, אך מתעלם מהוראת סל, הקבועה בתקנה 6(ה), ולפיה: "הרוצה לשהות בישראל על פי רשיון לישיבת ארעי, למטרה שאינה נמנית על המטרות האמורות בתקנות משנה (א) עד (ד), רשאי להגיש בקשה לאשרה ורשיון לישיבת ארעי מסוג 5/א (ארעי כללי)". בנסיבות אלה, ספק אם ניתן לטעון שהתקנות קבעו "הסדר שלילי" ביחס להענקת מעמד לצרכים סוציאליים.

115 עניין אליגור – מחוזי, לעיל ה"ש 110, בפס' 24.

שנובעים משילוב של התובנות המושגיות (פילוסופיות) ביחס לטעמים ההומניטריים עם הפסיקה הישראלית והקנדית בנושא הסבירות. כך, למשל, הצעתי לקבל את העובדה שערך החמלה, מעצם טבעו, נועד לשקול גם "מקרים קשים", ומכאן שיש להמעיט בדחיית בקשות הומניטריות על הסף; הדגשתי את חשיבות ההנמקה הרספונסיבית, שמתייחסת באופן מעמיק להשלכות הקשות שעשויות להיות להרחקת הזר מהמדינה; וכן הטעמתי שחשוב לוודא שההלכות המשפטיות אינן גורמות למצבים אבסורדיים שבהם מגישי הבקשה ההומניטרית נמצאים במלכוד, שבו כל טענה שיבחרו בה תגרום לדחיית בקשתם.

העידן הנוכחי הוא עידן של כוחות מנוגדים: מצד אחד, מעבר מוגבר של בני אדם בין גבולות והכרה בזכויות אדם אוניברסליות; ומצד שני, לאומנות והסתגרות מאחורי גבולות, פיזיים ונורמטיביים.¹¹⁶ הסדרת המעמד מטעמים ההומניטריים מבטאת את המתח בין שני כוחות אלה. ההכרעה בין כוחות מנוגדים אלה היא פוליטית ומשפטית, אך יש לוודא שההכרעות הללו אינן סוגרות את הדלת בפני האנושיות והחמלה.

DAPHNA HACKER, LEGALIZED FAMILIES IN THE ERA OF BORDERED GLOBALIZATION 17-44 116
(2017).