

## הזכות לקיום בכבוד בראי המשפט העברי: מעמדה החוקתי

מאת

בנימין פורת\*

בג"ץ עמותת מחויבות היה אבן דרך בהכרה במעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד. בית המשפט העליון הגדיר את האחריות החברתית לביטחון הסוציאלי של מעוטי האמצעים כחלק מן המבנה הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, אשר הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מחויבות לפעול במסגרתו. כיצד היה בג"ץ עמותת מחויבות עשוי להיראות לו היה ארון הספרים של המשפט העברי בין מקורות ההשראה של השופטים? מאמר זה מוקדש לפריסת יריעה רחבה של התרומה האפשרית שהייתה עשויה להיות למשפט העברי לדיון המשפטי שנערך בפסק הדין. המאמר מעלה ארבע מסקנות משלימות: הראשונה, שופטי בג"ץ, אשר הכירו באחריותה של מדינת ישראל לביטחון הסוציאלי של תושביה כחלק מהמבנה הקונסטיטוציוני שלה, היו יכולים למצוא עוגן היסטורי ושורש רעיוני במסורת המשפט העברי; השנייה, קביעתם של שופטי בג"ץ כי הזכות לקיום בכבוד היא זכות חוקתית בעלת מעמד-על ביחס לנורמות אחרות היא הישג משפטי ישראלי, אשר היה יכול להיות נדבך חשוב בהמשך פיתוחה של המסורת היהודית ארוכת השנים בתחום זה לו היה נעשה מתוך דיאלוג עם המקורות היהודיים; המסקנה השלישית נוגעת לשפה המשפטית, ולפיה בתחום זה שיח החובות של המשפט העברי נושא בכנפיו יתרונות מהותיים שאינם קיימים בשיח הזכויות של בג"ץ ("הזכות לקיום בכבוד"). המסקנה הרביעית נוגעת לקשר שבין רווחה וכבוד. לעומת שופטי בג"ץ, שגזרו את הזכות לביטחון סוציאלי מן הזכות לכבוד, נראה כי המשפט העברי מצביע על קשר הפוך בין השניים, ולפיו סיוע הרווחה לעני דווקא עלול לפגוע בכבודו, ונדרשת אפוא רגישות מיוחדת לאיתור דרכים לסייע לעניים באופן שישמור על כבודם ולא ירמוס אותם. המשפט העברי היה יכול אפוא לאשש חלק מן המסקנות שאליהן הגיע בית המשפט העליון, להתעשר מחלקן ולאגדר חלק אחר שלהן. זוהי הזמנה לבניית שפה יהודית-ישראלית בתחום דיני הרווחה, המבוססת על מיזוג אופקים של עולמות המשפט העברי והמשפט הישראלי.

מבוא. א. עיגון בחוק של הצדק החברתי. ב. מחובת היחיד לחובת הקהילה. ג. חובה חוקתית או חוקתית? ד. האם חובת הצדקה מכוונת זכות של העני? 1. הקדמה. 2. סיוע כספי מול סיוע מיכול השדה. 3. העני כיחיד והעניים כקבוצה. 4. זכות העני כלפי גבאי הצדקה. 5. זכות העני כלפי הקהילה. ה. ממלכה, קהילה, מדינה. ו. בין שיח הזכויות החברתיות לבין שיח החובות החברתיות. 1. בעיית מיצוי זכויות. 2. הכשל הפנימי במונח "זכויות חברתיות". ז. בין רווחה לכבוד. ח. סיכום.

\* פרופ' בנימין פורת מופקד הקתדרה ע"ש יוסף טננבאום במשפט עברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

## מבוא

בעקבות אתגרים כלכליים שעימם התמודד המשק הישראלי החליטה כנסת ישראל בשנת 2002 להפחית את שיעור הגמלה של הבטחת הכנסה הניתנת למעוטי אמצעים. הפחתה זו, בשיעור ממוצע של כ-30% מסכום הגמלה,<sup>1</sup> נקבעה בחוק ההסדרים.<sup>2</sup> כמאה אלף משפחות היו צפויות להיפגע מהפחתה זו, מתוך כמאה וחמישים אלף משפחות הזכאיות לגמלת הבטחת הכנסה. בד בבד החליטה הממשלה על ביטול הקלות ופטורים מסוימים שניתנו לזכאים חדשים של מקבלי הבטחת הכנסה: ביטול פטור מאגרת טלוויזיה; ביטול הנחה בחיוב ארנונה; ביטול הנחה בנסיעות בתחבורה ציבורית.

נגד החוק ונגד החלטת הממשלה הוגשה עתירה לבג"ץ.<sup>3</sup> לטענת העותרים, ההפחתה בשיעור גמלאות הבטחת הכנסה וכן ביטול ההקלות והפטורים למקבלי הבטחת הכנסה פוגעים פגיעה לא מוצדקת בזכות לקיום בכבוד. לפיכך הם אינם חוקתיים ודינם להתבטל. מתוך הדיונים הנרחבים שנערכו בפסק הדין ניתן לזקק שלוש שאלות עקרוניות, והראשונה שבהן תעמוד במוקד מאמר זה:

א. מה מעמדה המשפטי של הזכות לביטחון סוציאלי (המכונה בפסק הדין "הזכות לקיום בכבוד")? האם זו זכות חוקית רגילה או שמא זכות חוקתית? שאלה זו כרוכה בכמה שאלות משנה, כגון מה מקורה הנורמטיבי של הזכות לקיום בכבוד? האם היא בעלת מעמד על ביחס לזכויות אחרות? האם הכנסת רשאית לצמצמה, או אף לבטלה?

ב. האם הזכות לקיום בכבוד משמעה זכות לתנאי קיום מינימליים, או שמא לתנאי קיום נאותים על פי המקובל בחברה?

ג. האם על העותרים להוכיח כי מכלול התמיכות שהמדינה מספקת למעוטי אמצעים לא מאפשרות להם להתקיים בכבוד? או שמא די בהוכחת קיומו של קיצוץ ניכר בגמלת הבטחת הכנסה כדי להעביר את נטל הראייה אל כתפי המדינה, שכעת יהיה עליה להוכיח כי היא מעניקה בדרכים אחרות את האמצעים הדרושים לקיום בכבוד?

באשר לשאלה הראשונה הכריעו שופטי בית המשפט העליון פה אחד בעד שינוי המצב החוקתי.<sup>4</sup> עד לפסק הדין היו הזכויות החברתיות מעוגנות בחוקים שונים שקבעה הכנסת, כדוגמת חוק לימוד חובה, התש"ט-1949; חוק שירותי הסעד, התשי"ח-1958; חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.<sup>5</sup>

- 1 לעניינינו אין צורך להיכנס אל החישובים המדויקים של ההפחתות השונות שנקבעו.
- 2 חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 2003), התשס"ג-2002.
- 3 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר (נבו 12.12.2005).
- 4 כיוון שהנושא זכה לעיונים נרחבים בספרות אסתפק בתמצית קצרצרה של הדברים, כפי הדרוש לפיתוח הדיון שיעשה בהמשך מנקודת מבטו של המשפט העברי. על כך ראו למשל אהרן ברק **כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה** כרך ב פרק 21: זכות הבת למינימום קיום אנושי בכבוד (2014) (להלן: ברק **כבוד האדם**); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל פרק 5: הזכות לקיום בכבוד וזכויות חברתיות (2016) (להלן: מדינה דיני זכויות האדם). ספרות נוספת תוזכר בהמשך בהערות השוליים.
- 5 לתולדות התפתחות מדינת הרווחה בישראל ראו ג'וני גל **ביטחון סוציאלי בישראל** (2004); רות בן-ישראל **ביטחון סוציאלי** (2013); אברהם דורון "משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות" **סוציולוגיה ישראלית** ה' 417 (2003).

הזכויות שנבעו מחוקים אלה היו בעלות מעמד חוקי רגיל, וככאלה הן כפופות להחלטות המשתנות של הרשות המחוקקת, שברצותה תכיר בהן וברצותה תבטלן. לשון אחרת, הזכויות החברתיות עוגנו בחקיקה רגילה, פרי הכרעות הנעשות במגרש הפוליטי במסגרת הוויכוח האידאולוגי שבין הימין לבין השמאל, ולא היו חלק מהמבנה הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל.

**חוקי היסוד של מדינת ישראל שהתקבלו בשנת 1992 – חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק** – הגדירו זכויות שונות כזכויות יסוד חוקתיות, כגון הזכות לחיים, הזכות לכבוד, הזכות לחירות, הזכות לקניין והזכות לחופש העיסוק. הזכות לביטחון סוציאלי לא נמנתה עימה.<sup>6</sup> ההבדל בין הזכויות המנויות בחוקי היסוד לבין הזכות לביטחון סוציאלי שלא נמנתה עימה נבע מאופיין השונה של הזכויות. בחוקי היסוד נמנו זכויות המסווגות כ"זכויות אדם דור ראשון", שעיקרן זכויות שליליות, כלומר הן דורשות בראש ובראשונה הימנעות מפעולה פוגעת. מובנה הראשוני של הזכות לחיים הוא זכותו של אדם שלא יפגעו בחייו, ומובנה הראשוני של הזכות לקניין היא זכותו של אדם שלא יפגעו בקניינו. לעומתן הזכות לביטחון סוציאלי ושאר הזכויות החברתיות (כגון הזכות לבריאות והזכות לדיון) מסווגות כ"זכויות אדם דור שני", ועיקרן זכויות חיוביות, כלומר הן דורשות מן הרשויות פעולות עשה והשקעת משאבים כדי להבטיח את מימושן.<sup>7</sup> למשל, מובנה הראשוני של הזכות לביטחון סוציאלי הוא זכותו של אדם לקבל מהחברה את האמצעים הדרושים לרווחתו, ועיקרה של הזכות לבריאות הוא זכותו של אדם לקבל מימון לשירותי מערכת בריאות שהוא אינו יכול להרשות לעצמו לרוכשם מכספו בשוק הפרטי.<sup>8</sup> לפיכך רק

6 מדינת ישראל אומנם חתומה על האמנה הבינלאומית בדבר בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (נחתמה ב-1966) (אושרה ב-1991), שלפיה: "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות מזון, מלבושים ודיון נאותים, ולשיפור מתמיד בתנאי קיומו" (שם, בס' 11). ברם האמנה מטילה על המדינה חובת השתדלות בלבד, לנקוט צעדים להבטחת מימוש הזכויות בהדרגה ובהתחשב במשאבים העומדים לרשותה. לפיכך אין לה משמעות מעשית רבה. ראו International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1996, 993 U.N.T.S 3. על כך ראו גם מדינה דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 752.

7 על כך ראו Karel Vasak, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, 30 UNESCO COURIER 29 (1977). ראו גם רות גבזון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים 2004).

8 לאמיתו של דבר, ההבחנה בין שתי הקבוצות של הזכויות מורכבת יותר, שכן גם לזכויות האדם והאזרח (זכויות דור ראשון) עשויים להיות היבטים של זכויות חיוביות, כשם שגם לזכויות החברתיות (זכויות דור שני) עשויים להיות היבטים של זכויות שליליות. כך לדוגמה, מן הזכות לחיים עשויה לנבוע חובה המוטלת על המדינה להקים מערכת ביטחון שתגן על חיי אזרחיה. מנקודת מבט זו, לזכות לחיים יש היבטים של זכות חיובית, ההופכים אותה ליקרה במיוחד (המשקל הגדול של סעיף הביטחון בתקציב המדינה). ומנגד הזכות לקיום בכבוד עשויה להנביע חובה על הנושה שלא לממש את המגיע לו מן החייב אם הדבר יביא לידי התרוששותו עד כדי פת לחם (ראו לדוגמה רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3) 360 (2001)). על כך ראו מדינה דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 751. עם זאת היו שטענו כי יש להבחין בין עצם הזכות לחיים, שאינה דורשת אלא הימנעות מפעולה, לבין הזכות הנלווית להקמת מערכת מדינתית שתגן על הזכות לחיים, שהיא אכן זכות חיובית הדורשת נקיטת פעולה

זכויות אדם ואזרח הוכרו בישראל כזכויות יסוד חוקתיות, ואילו הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות נידונה להמשיך להעלות אבק על מדף הצעות החוק.<sup>9</sup> מבנה זה אופייני למדינות בעלות אופי קפיטליסטי, אשר מחויבותן היסודית היא לערך החירות, ועל כן מכירות בזכויות אדם ואזרח (זכויות שליליות) כזכויות חוקתיות, ואילו הזכויות החברתיות נותרות כזכויות חוקיות רגילות הנתונות להכרעת הזירה הפוליטית. לדוגמה, בחוקת ארצות הברית ובצ'רטר הקנדי אין הכרה במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות. לעומת זאת מדינות המאופיינות בהענקת משקל משפטי רב יותר לערך האחריות החברתית הכירו גם בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות. הכרה זו נעשתה במדינות אלה במגוון דרכים ובעוצמות משתנות.<sup>10</sup> כאמור, מעמדה של הזכות לביטחון סוציאלי השתנה בבג"ץ עמותת מחויבות, שבו הכיר בית המשפט העליון בזכות לקיום בכבוד כזכות חוקתית. בית המשפט עיגן זכות זו כזכות בת הנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

זכותו של אדם לכבוד היא [...] הזכות לנהוג את חייו הרגילים כבן אנוש בלא שתכריע אותו המצוקה ותביא אותו לכלל מחסור בלתי נסבל. זוהי התפיסה שהזכות לקיום בכבוד היא הזכות כי יובטח לאדם אותו מינימום של אמצעים חומריים שיאפשרו לו להתקיים בחברה בה הוא חי.<sup>11</sup>

משהוכרה הזכות לקיום בכבוד כזכות חוקתית היא הפכה להיות חלק מן המבנה הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל. החלטות של הרשות המחוקקת או של הרשות המבצעת הפוגעות בזכות לקיום בכבוד דינן להתבטל (אם אינן עומדות בתנאי פסקת ההגבלה).<sup>12</sup> עם זאת השופטים נחלקו בשאלה אם הזכות לקיום בכבוד משמעה, כפי שסברו שופטי הרוב (הנשיא ברק והשופטת ביניש), זכות לתנאי קיום מינימליים, או שמא, כפי שסבר השופט אדמונד לוי בדעת המיעוט, זכות לתנאי קיום סבירים ביחס לסטנדרט החברתי המקובל. לדעת שופטי הרוב, צפייה בטלוויזיה ונסיעה בתחבורה ציבורית אינם הכרחיים לקיום מינימלי, ולפיכך אין מניעה שהממשלה תחליט לבטל את הפטור הניתן עבורם למעוטי אמצעים. ואילו לדעת השופט לוי, הללו דרושים לקיום חברתי סביר, ולכן הממשלה אינה יכולה להחליט שלא לממן למי שאין ידו משגת. גם בעניין נטל הראיה נחלקו

ושעולתה יקרה במיוחד. על כך ראו STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES 43 (1999).

9 על כך ראו למשל אבי בן-בסט ומומי דהן **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית** (אורי דרומי עורך 2004); ענת מאור "חור פעור בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 195 (יורם רבין ויובל שני עורכים 2004); יובל אלבשן **זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל** 92 (2005).

10 לסקירה משווה ראו מדינה דיני **זכויות האדם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 752; רות גביון "עיגון חוקתי לזכויות חברתיות וכלכליות" **סוגיית העיגון של זכויות חברתיות בחוקה** 329 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003).

11 בג"ץ **עמותת מחויבות**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 481–482.

12 ניצני ההכרה במעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד מצויים בבג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004), שניתן מעט מוקדם יותר, בעניין קיצוץ בקצבאות זקנה.

השופטים. לדעת הנשיא ברק, העותרים לא הרימו את נטל הראיה, שכן המדינה מעניקה מכלול רחב של תמיכות למעוטי האמצעים, ואין די להוכיח כי גמלת הבטחת הכנסה קוצצה, ולו גם במידה ניכרת. לעומתו השופטים ביניש ולוי סברו כי די בהוכחת קיצוץ ניכר בגמלת הבטחת הכנסה כדי להעביר את נטל הראיה אל המדינה, שכעת תצטרך להוכיח כי היא מספקת את התנאים הדרושים לקיום בכבוד באמצעות שאר מערכות התמיכה שהיא מעניקה. לפיכך חרף הסכמת השופטים כי הזכות לקיום בכבוד היא זכות חוקתית, שמכוחה ניתן לפסול החלטות ממשלה וחוקי כנסת הפוגעים בה, העתירה נדחתה, אם משום שחלק מן ההפחתות לא נתפסו כפוגעות בתנאי הקיום המינימליים (ביטול הפטור מאגרת טלוויזיה ומהנחה בנסיעה בתחבורה ציבורית), ואם משום שלא היה ברור שהעותרים הרימו את נטל הראיה.

מפסק דין **עמותת מחויבות**, כמו מפסקי דין אחרים בתחום הזכויות החברתיות, נפקד מקומם של המשפט העברי ושל המורשת היהודית. על כך הצרה השופטת פרופ' דפנה ברק-ארוז, בכותבה:

קיים פוטנציאל לא ממומש דיו בכל הנוגע לחיזוק מעמדה של הזכויות החברתיות בישראל גם באמצעות פנייה למקורות ההשראה התרבותיים המיוחדים לישראל [...] עד כה לא נשענה הפסיקה שעסקה במעמדה של הזכויות החברתיות הישענות של ממש על עולם התכנים היהודי.<sup>13</sup>

כיצד עשוי היה להיראות בג"ץ **עמותת מחויבות** לו היה ארון הספרים של המשפט העברי חלק ממקורות ההשראה של השופטים? מאמר זה יוקדש לפריסה רחבה של התרומה האפשרית שהייתה עשויה להיות למשפט העברי לדיון המשפטי שנערך בפסק הדין. הוא ראשון בסדרת מחקרים שיוקדשו לעיונים דומים בפסקי דין מרכזיים אחרים בתחום הזכויות החברתיות.<sup>14</sup> זהו אפוא ניסיון לבניית גשר בין דיוני העבר שנערכו בידי חכמי המשפט העברי לדורותיהם לבין דיוני ההווה המתקיימים בעולמו של המשפט הישראלי, כדי ליצור הפריה הדדית של שני העולמות.<sup>15</sup>

את היעדר שימושם של השופטים במשפט העברי עת הם דנו בזכויות החברתיות אין לתלות בהיעדר מקורות רלוונטיים במשפט העברי. אדרבה, המחויבות המשפטית לרווחתם של העניים ושל שאר הקבוצות החלשות בחברה הייתה אחד מן הנושאים הקדומים שנידונו בהרחבה בעולמו של המשפט העברי, החל מן החוק המקראי ועד העת החדשה. לאמיתו של

13 דפנה ברק-ארוז "זכויות חברתיות במשפט הישראלי: הגנה ישירה, הגנה עקיפה ואתגרים להמשך הדרך" **ספר אדמונד לוי** 53, 72–73 (אוהד גורדון עורך 2017) (להלן: ברק-ארוז "זכויות חברתיות"). ראו גם דפנה ברק-ארוז **לקרוא משפטים בתנ"ך: על צדק תנ"כי ומשפט ישראלי** שער שלישי: זכויות אדם וצדק חברתי 97 (רב איכנולד עורך 2019) (להלן: ברק-ארוז **לקרוא משפטים בתנ"ך**).

14 אף ביחס לבג"ץ **עמותת מחויבות** (לעיל ה"ש 3), מאמר זה יעסוק אך ורק בשאלה הראשונה הנידונה בו – מעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד. השאלות הנוספות שנידונו בפסק הדין (זכות לתנאי קיום מינימליים או זכות לתנאי קיום נאותים, ושאלת נטל הראיה) יידונו במחקרים נפרדים שייעשו בעתיד.

15 ההתמקדות בכתיבתם של שופטים נובעת מכך שעיקר פיתוחן של הזכויות החברתיות נעשה בעשורים האחרונים בפסקי הדין של בית המשפט העליון. ברם מן הבחינה העקרונית הדיון הנערך כאן רלוונטי באותה המידה אף לעשייתם החקיקתית של חברי הכנסת.

דבר, המשפט העברי הוא שהנחיל למסורת המערבית את הרעיון של הטלת אחריות משפטית להבטחת רווחתם של העניים.<sup>16</sup>

סיבות רבות גרמו לכך שככלל שופטים מיעטו לפנות אל המשפט העברי בתחום הזכויות החברתיות. אחת מהן, החשובה במיוחד לענייננו, היא היעדר כתיבה סדורה על התפיסות הרעיוניות שבבסיס פרטי ההלכות שנקבעו להבטחת רווחתם של העניים. כמקובל בעולמו של המשפט העברי, גם בתחום דיני הרווחה התפתחה ספרות הלכתית מעשית, דקדקנית ומפורטת, אך הנעדרת תמונת עולם רעיונית מקיפה ושיטתית. הכתיבה ההלכתית משולה לסבך עבות, אשר מרוב עצים קשה לראות את היער. היעדר זה מקשה יצירת דיאלוג פורה בין ארון הספרים המשפטי היהודי לבין הדיונים המשפטיים המודרניים, שבהם עיון תאורטי ותפיסה מערכתית הם נקודות מוצא הכרחיות לדיון.<sup>17</sup> על בסיס ספרי שראה אור לאחרונה, **צדק דלים: עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל** (2019), אבקש לפסוע במאמר זה צעד נוסף ולעמוד על הדרכים שבהן יכול המשפט העברי להעשיר את הדיונים בני זמננו בשאלת מעמדה של הזכות לקיום בכבוד ולהתעשר בזכותם.<sup>18</sup> אכן, אין דבר מעשי יותר מתאוריה טובה.<sup>19</sup>

הדיון יעלה ארבע מסקנות משלימות: הראשונה, שופטי בג"ץ, אשר הכירו באחריותה של מדינת ישראל לביטחון הסוציאלי של תושביה כחלק מהמבנה הקונסטיטוציוני שלה, היו יכולים למצוא עוגן היסטורי ושורש רעיוני במסורת המשפט העברי; השנייה, קביעתם של שופטי בג"ץ כי הזכות לקיום בכבוד היא זכות חוקתית בעלת מעמד על ביחס לנומרות אחרות היא הישג משפטי ישראלי, שהיה בו כדי להיות נדבך חשוב בהמשך פיתוחה של המסורת היהודית ארוכת השנים בתחום זה; המסקנה השלישית נוגעת לשפה המשפטית, ולפיה שיח החובות, שבו מביע המשפט העברי את האחריות החברתית לביטחון הסוציאלי של מעוטי האמצעים, שונה במהותו משיח הזכויות שבפי שופטי בג"ץ, ואף נושא בכנפיו יתרונות שאינם קיימים במושג "הזכות לקיום בכבוד"; המסקנה הרביעית נוגעת לקשר שבין רווחה וכבוד. שופטי בג"ץ גזרו את הזכות לביטחון סוציאלי מן הזכות לכבוד, אך נראה כי המשפט העברי מצביע על קשר הפוך בין השניים, ולפיו סיוע הרווחה לעני דווקא עלול לפגוע בכבודו, ונדרשת אפוא רגישות מיוחדת לאיתור דרכים לסייע לעניים באופן שישמור

16 על כך ראו למשל פיטר בראון **עוני ומנהיגות באימפריה הרומית המאוחרת** 13 (אורי שפיר מתרגמת 2008); יצחק טברסקי "כמה היבטים בגישת היהדות כלפי מדינת הרווחה" **מבקשי צדק – בין חברה לכלכלה במקורות היהודיים** 318 (חנוך דגן ובנימין פורת עורכים, יוסי מילוא מתרגם 2016).

17 להרחבה ראו בנימין פורת "המשפט העברי בישראל: אתגרי העתיד והיערכות מחודשת" **חוק יסודות המשפט – הצעה לחיקון ודברי ביקורת** 11, 56 (2016).

18 כדי שלא לכפול את הדברים אפנה מעת לעת לספרי בנימין פורת **צדק דלים – עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל** (2019) (להלן: פורת **צדק דלים**), והמעוניין בהרחבת היריעה ובהפניות נוספות לספרות המחקרית יוכל למוצאם שם.

19 יש כמובן סיבות נוספות המקשות את הדיאלוג בין דיני הרווחה במשפט העברי לבין ההסדרים המשפטיים המקבילים במשפט הישראלי המודרני, כגון ההבדל בין שיח החובות המקובל במשפט העברי לבין שיח הזכויות המקובל במשפט הישראלי; השוני בין אופי המסגרות הקהילתיות שעמן התמודד המשפט העברי לבין אופי המסגרת המדינית שבה פועל המשפט הישראלי; הפער בין המשפט העברי כמשפט דתי לבין המשפט הישראלי כמשפט שאינו דתי, ועוד. עם חלקן אתמודד בהמשך מאמר זה.

על כבודם ולא ירמוס אותם. המשפט העברי היה יכול אם כן לאשש חלק מן המסקנות שאליהן הגיע בית המשפט העליון, להתעשר מחלקן ולאתגר חלק אחר שלהן. זוהי אפוא הזמנה לבניית שפה יהודית-ישראלית בתחום דיני הרווחה, המבוססת על מיזוג אופקים של עולמות המשפט העברי והמשפט הישראלי.

קודם שניכנס בעובייה של קורה אציין כמה הערות מתודולוגיות נחוצות. ראשית, מאמר זה אין עניינו השאלה מה סברו התורה, חז"ל והפוסקים על מעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד, שכן זו שאלה אנכרוניסטית, שהרי מקורות אלה לא עסקו ברמת הפשטה זו של השאלה, וודאי לא בהקשרה המדינית. השאלה שאני מבקש לענות עליה היא שונה, ועניינה מה עשוי לנבוע ממקורות חז"ל והפוסקים בעניין מעמדה של הזכות לקיום בכבוד. הבחנה זו אולי דקה, אך היא מכריעה. זהו אפוא עיון במקורות המשפט העברי הנעשה בדרך של הבניה רציונלית לאור הדיונים המשפטיים בני זמננו.<sup>20</sup>

עיון זה אינו נעשה אך ורק מנקודת המבט החיצונית של החוקר, המתאר את עמדות המשפט העברי ומנתחן, אלא יש בו גם משום נקיטת עמדה והעדפה בין גישות שונות בתוך המשפט העברי. זהו ניסיון לאתר מגמות עיקריות במשפט העברי ולבנות על גביהן סיפור משפטי קוהרנטי שיש בכוחו להפרות את השיח המשפטי בן זמננו. אין בכך להכחיש קיומן של גישות אחרות במשפט העברי, או אפשרות לבחירות והעדפות שונות בצמתים שיעלו לאורך המאמר.

מנגד, מחקר זה לא נכתב כדרכם של רבנים ופוסקים, שכן עניינו אינו החלת ההלכה על המציאות המודרנית אלא יצירת דיאלוג בין מקורות המשפט העברי לבין החשיבה המשפטית המודרנית. לפיכך דרך ההיסק שאנקוט לא תהיה כפופה בהכרח לכללים הטכניים הנוקשים של פסיקת הלכה,<sup>21</sup> ולעיתים היא תבסס על שיקולים חוץ-הלכתיים. לשון אחר: זהו ניסיון שחזור כיצד ראוי להיראות הפסיקה ב"מדינה יהודית ודמוקרטית" ולא דווקא ב"מדינת הלכה".

מנעד המקורות הרלוונטיים מן המשפט העברי שבהם נעין משתרע מן התורה ועד לפוסקי זמננו. בד בבד יש חשיבות למתן רגישות למעברים ההיסטוריים בין התקופות השונות. אינה דומה התפיסה החברתית המשתקפת ממצוות השדה בתורה לדיני הצדקה בספרות המשנה והתלמוד, ואלה אינן חופפות את המשתקף מהלכות מתנות עניים של הרמב"ם. תפיסה אבולוציונית של התפתחות המקורות חשובה במיוחד עת דנים במעבר מדיני הרווחה שהפוסקים עיצבו בנוגע לקהילה היהודית הימני-ביניימית לבין דיני הרווחה הראויים למדינת ישראל המודרנית.<sup>22</sup>

כדי לדון בשאלת מעמדה של הזכות לקיום בכבוד בראי המשפט העברי יש לפרקה לכמה שאלות משנה. יש לשאול למשל אם על פי המשפט העברי הקמת מערכת רווחה היא

20 על כך ראו בנימין פורת "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל 179 (התשע"ה).

21 כגון שיקולים הלכתיים אחרים מחוץ לתחום הזכויות החברתיות; כללי הכרעה במחלוקת הפוסקים; אפשרותו של נתבע לטעון "קיים לי" כאחת מגישות הפוסקים שנחלקו בדבר.

22 לחשיבות המחקר הכלל-תקופתי של המשפט העברי ראו מנחם אלון **כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית** עמ' כד (מהדורה שנייה 1999).

חובה משפטית, אם היא חובה המגבילה את שיקול הדעת של המנהיגות, אם חובה זו היא במעמד-על ביחס לחובות אחרות, אם חובה זו מקימה לעני זכות לקבלת סיוע, ואם ניתן לגשר בין דיוניו של המשפט העברי על מערכת הרווחה הקהילתית לשאלת מעמדה של מערכת הרווחה המדינתית.

בשאלות אלה ובאחרות נוספות אבקש לדון אחת לאחת. ראשית אעמוד על שאלת עיגונה בחוק של החובה להבטיח את רווחת העניים אגב צמצום שיקול הדעת של המנהיגות (פרק א). ממנה אפנה לעיין במתח שבין חובת היחיד לתמיכה ברווחת העניים לבין חובת הקהילה (פרק ב). שאלה נפרדת היא אם חובה הלכתית זו היא בעלת מעמד-על (מעין חוקתי) ביחס לחובות הלכתיות אחרות (פרק ג). שאלה יסודית אחרת היא אם החובה שמטיל המשפט העברי לתמיכה בעניים מצמיחה זכות נגדית של העניים לקבלת תמיכה (פרק ד). תשומת לב מיוחדת ראויה להינתן למעבר מדיני רווחה שנוצרו בהקשר החיים הקהילתיים בימי הביניים לדיני הרווחה הראויים למדינה ריבונית מודרנית (פרק ה). לאחר מכן אפנה לדון בשאלת השפה הראויה לביטוי אחריותה המשפטית של החברה לביטחון הסוציאלי של חבריה ולערך המוסף שיש בהקשר זה לשיח החובות שמפתח המשפט העברי (פרק ו). לבסוף אעמוד על הזיקה הייחודית שהמשפט העברי יוצר בין רווחה לבין כבוד העני, שהיא במידה רבה הפוכה לזיקה המסורתית בפסיקת שופטי בג"ץ (פרק ז). פריסת המכלול של היבטים אלה תאפשר לעמוד על תרומתו האפשרית של המשפט העברי לדיון הישראלי המודרני על מעמדה של הזכות לקיום בכבוד.

## א. עיגון בחוק של הצדק החברתי

את מסענו נפתח במהפכה החברתית-כלכלית שהנחיל החוק המקראי. בעולם העתיק לא הייתה מוכרת חובה משפטית של דאגה לרווחת העניים בתור שכאלה. לא חוקי המזרח הקדום, ואף לא המסורות המשפטיות של יוון ורומא, הכירו בעניים בתור קבוצה מובחנת שיש חובה משפטית לדאוג לרווחתם. אומנם פעמים רבות אנו מוצאים כי שליטים במזרח הקדום יזמו מעת לעת מרצונם ומשיקוליהם פעולות לטובת העניים ושאר בני השכבות החלשות. עם פעולות אלה יש למנות שמיטת חובות, שחרור עבדים ואסירים, הנחה במיסים ועוד.<sup>23</sup> ברם הדבר לא נתפס כחובה קבועה המוטלת על השליט אלא כהרעפת טובות שהוא בוחר להעניק, פעמים רבות כדי לבצר את כיסאו ולחזק את שלטונו. זמנים מקובלים להכרזה על מעשי צדק חברתי היו זמני שמחה של בית המלוכה, כדוגמת הכתרת מלכה חדשה<sup>24</sup> או יום הולדתו של המלך.<sup>25</sup> סוג נוסף של מועדים היה שעת דחק וערעור כיסא השלטון,

23 על כך ראו משה ויינפלד **משפט וצדקה בישראל ובעמים – שוויון וחרות בישראל העתיקה על רקע מושגי צדק חברתי במזרח הקדום** (התשמ"ה) (להלן: ויינפלד **משפט וצדקה**); חמ"י גבריהו "קריאת דרוור בירושלים וביהודה בידי נחמיה (ה-1) בהשוואה ל'מישרום' [בבל העתיקה] ורפורמות סוציאליות בעולם העתיק" **ספר אברהם יצחק כץ** 354 (התשכ"ט); יונה בר-מעוז "תקנות 'המישרום' של המלך עמיצדוקה" **מחקרים בעברית ובלשונית שמיות** 40 (התשמ"ט).

24 אסתר ב 17-18.

25 בראשית מ 1-22.



כדוגמת הכרזתו של המלך צדקיהו על שחרור עבדים בירושלים הנצורה בידי מלך בבל.<sup>26</sup> ביוון העתיקה הושמעה ביקורת כלפי מעשים אלה, שנחזו להיראות כצדק חברתי, ובפועל שימשו לצרכים פוליטיים. וכפי שניסח זאת פלוטרכוס: "ובחלוקת האדמות ובביטול החובות הוא קונה לעצמו שומרי ראש ולא אזרחים לספרטה".<sup>27</sup> על רקע זה, אחד המאפיינים החשובים של המהפכה שהתורה חוללה בתחום הצדק החברתי הוא הרעיון כי הדאגה לרווחת בני השכבות החלשות היא חובה משפטית המעוגנת בחוק.<sup>28</sup> לשם כך נקבעה מערכת ענפה של מצוות המטילות חובה להעברת טובין שונים מבעלי הרכוש למעוטי האמצעים כדי להבטיח את רווחתם. בין המפורסמות שבמצוות אלה הן מצוות שחרור עבדים,<sup>29</sup> המצווה להלוות לעני בלא ריבית – "וְיָחִי אָחִיךָ עִמָּךְ",<sup>30</sup> המצווה לשמוט חובות בשנת השמיטה,<sup>31</sup> המצווה להשיב את הקרקעות לבעליהן בשנת היובל,<sup>32</sup> המצווה להותיר לקט, שכחה ופאה מתבואת השדה לעניים – "לְעֹנִי וְלַגֵּר תַּעֲזֹב אֹתָם",<sup>33</sup> ואף מצוות מנוחת השבת מנומקת בחלק מן המקראות בטעם חברתי של הענקת יום מנוחה שבועי לעבד ולשפחה – "לְמַעַן יָנוּחַ עַבְדְּךָ וְאִמָּתְךָ כְּמוֹךָ".<sup>34</sup> עיון בתוכן הספציפי של כל אחת מן המצוות החברתיות חורג מגבולות יריעה זו. החשוב לדידנו הוא שחובות אלה, ואחרות נוספות, קבעה התורה בחוק, באופן שאינו נתון עוד לשיקול הדעת של השליט. על פי התורה, המלך אינו קובע את תזמון הפעולות החברתיות לטובת העניים, שכן אלה נקבעו באופן סדיר ומחזורי כחלק משגרת הפעלתו של החוק.<sup>35</sup> באמצעות עיגונם בחוק קשיח הבטיחה התורה כי היוזמה והתזמון של מעשי הצדק החברתי לא יהיו בידי השליטים, ובדרך זו ייעשו לטובתם של מעוטי האמצעים ולא לביצור שלטונם של המחזיקים בשלטון. כך הנחילה התורה לעולם את הרעיון של חקיקה חברתית-כלכלית.<sup>36</sup> לעיגון בחוק של מעשי הצדק החברתי עלול להיות מחיר נלווה. אין לשליט מרחב שיקול דעת אימתי להתאים את המעשים החברתיים הנחוצים לנסיבות הזמן והמקום.

26 ירמיהו לד.

27 ראו פלוטרכוס **חיי אישים: אנשי יוון ורומי** כרך ג 92 (א"א הלוי מתרגם התשל"ג) (מצוטט מתוך ויינפלד **משפט וצדקה**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 4, ה"ש 6).

28 בעולם התורה הורכבו השכבות החלשות משלוש קבוצות: העניים מחוסרי הרכוש (ועימם הגר, היתום והאלמנה), העבדים מחוסרי החירות והלוויים הנאלצים להשתעבד לנושיהם.

29 שמות כא 2; ויקרא כה 39–41; דברים טו 12.

30 ויקרא כה 35–37; דברים טו 7–10.

31 דברים טו 1–2.

32 ויקרא כה.

33 ויקרא יט 9–10; דברים כד 19–20.

34 דברים ה 12.

35 העובדה שמצוות אלה נקבעו בתורה אינה מלמדת שהן אכן יושמו למעשה (ראו למשל ירמיהו לד 13–14; דברי הימים ב, לו 21). במחקר אף נידונה השאלה אם מלכתחילה נכתב החוק המקראי כמערכת האמורה להתיישם בפועל או שמא כחוק אוטופי המבטא מציאות אידיאלית. על כך ראו בהרחבה BERNARD S. JACKSON, WISDOM-LAWS: A STUDY OF THE MISHPATIM OF EXODUS 21:1–22:16 (2006). בין שהיא שיקוף של משפט נוהג ובין שהיא ביטוי של חוק רצוי, בתחום הצדק החברתי התורה אינה מעניקה מקום כלשהו למלך אלא מפקידה את מעשי הצדק החברתי בידי חוקים קבועים וידועים מראש.

36 להרחבה ראו ויינפלד **משפט וצדקה**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 4.

למשל, על פי התורה, המלך אינו יכול להחליט כי בשל נסיבות כלכליות דוחקות יש להקדים את שמיטת החובות האמורה לחול בשנת השמיטה או לדחות את חלוקת הקרקעות המתוכננת לשנת היובל. הללו נתונים כמסגרת קשיחה, הכובלת את שיקול דעתה של המנהיגות.

סיבות שונות גרמו לכך שבמעבר מעולם המקרא לעולמם של חכמים ירד אט אט קרנן של רוב המצוות החברתיות-כלכליות שבתורה, ובמקומן צמח והתפתח מוסד הצדקה, אשר תפקד כמערכת רווחה קהילתית.<sup>37</sup> דיני צדקה היו למסגרת המשפטית המרכזית שבאמצעותה הטיילו חכמים על הקהילה ועל בעלי הרכוש את האחריות להבטחת רווחתם של עניי הקהילה. מוסד הצדקה סיפק לעניים כסף, מזון, ביגוד, מקום לינה, צורכי חופה וצורכי קבורה. כך לדוגמה מופיע בתוספתא:

אין פוחתין לעני העובר ממקום למקום מככר בפונדיון מארבע סאין בסלע.  
 לן – נותנין לו פרנסת לינה, שמן וקטנית.  
 שבת – נותנין לו מזון שלש סעודות, שמן וקטנית, דג וירק.  
 במה דברים אמורים? בזמן שאין מכירין אותו, אבל בזמן שמכירין אותו אף מכסין אותו.<sup>38</sup>

יש הבדלים רבים בין אופיין של המצוות החברתיות שבתורה לבין דיני הצדקה שבספרות חז"ל, שלא כאן המקום לפרטם. אולם אחד הצדדים השווים ביניהם הוא הקשר שבין רווחה וחוק. אף חכמים ראו את מוסד הצדקה מעוגן בחובות המשפטיות של עולם ההלכה. הצדקה לא נתפסה כעניין וולונטרי, שמקום מושבה בספרות האגדה והמוסר, אלא כחובה מובהקת המנוסחת בתבניות הלכתיות, בדומה לדיני הנזיקין ולדיני העונשין. אין לבלבל אפוא בין מוסד הצדקה של חכמים, שעניינו חובה משפטית להחזקת מערכת רווחה קהילתית, עם מוסד הצדקה במסורת הנוצרית (charity), שעניינו הרעפת חסד ואהבה על העניים.<sup>39</sup> קביעה זו צריכה סיוג, שכן חכמים התחבטו בשאלה אם אמנם ניתן לאכוף את הצדקה. ברם לבסוף הכריע התלמוד הבבלי, כי "ממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת",<sup>40</sup> כלומר בית דין יורד לנכסיו של סרבן הצדקה ותופס מרכושו עבור העניים.<sup>41</sup> על פי זה בספרות הבתרת-למודית הקו המרכזי שנקט בין פוסקי ההלכה היה כי הצדקה היא חובה הנאכפת

37 על תהליך זה ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 59.

38 תוספתא, פאה ד, ח (מהדורת ליברמן 57).

39 להשלכות שהיו לבלבול זה בתקופת המנדט הבריטי, ששופטיו האנגליים התקשו להבין את המעמד המחייב של דיני צדקה במשפט העברי, ראו מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כרך ראשון 277 (מהדורה רביעית מורחבת 2001).

40 בבלי, בבא בתרא ח ע"ב.

41 לדעת שאול ליברמן **יוונית ויוונית בארץ-ישראל** 31 (התשכ"ג), המילה "ממשכנים" מציינת בלשון חז"ל "מונח משפטי לתפיסת דבר על פי פסק בית הדין".

בבית הדין בכל כלי האכיפה המשפטיים שיש לרשותו.<sup>42</sup> כך למשל פסק הרמב"ם (המאה הי"ב):

מי שאינו רוצה ליתן צדקה, או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדהו ליתן, ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות.<sup>43</sup>

בהמשך אדון בשני היבטים של אכיפת הצדקה ששוזר כאן הרמב"ם.<sup>44</sup> החשוב לענייננו הוא שהפוסקים החשובים, כדוגמת הרמב"ם ורבי יוסף קארו, שימרו את האופי המשפטי של מוסד זה כמערכת הממסדת בחוק את אחריות הקהילה לרווחת ענייה.<sup>45</sup> ניכר אפוא כי התורה ראתה ערך בקיבוע בחוק של החובה להבטיח את רווחת העניים ובהפקעת הדבר מהחלטותיו המשתנות של השליט. מוסד הצדקה החז"לי שמר על עיקרון זה. אף שחכמים חוללו שינויים מפליגים בתוכן דיני הרווחה כפי שהם באים לידי ביטוי בדיני צדקה, הם היו נאמנים לעיקרון המקראי כי מדובר בחובות משפטיות המעוגנות בחוק, ואשר אין נתון בעניינן שיקול דעת ממשי למנהיגות הפוליטית.<sup>46</sup> ברם לענייננו אין די בהכרתו של המשפט העברי באחריותו של היחיד להבטחת רווחתם של שכניו מעוטי האמצעים, שהרי אנו עוסקים כאן באחריותו של הציבור דווקא. לשם כך עלינו לעיין במשמעות המעבר מדיני הרווחה של התורה לדיני הרווחה של חכמים.

42 אומנם היו בפוסקים מי שניסו לעמעם את ממד האכיפה של הצדקה. למשל, לדעת רבנו תם (המאה הי"ב) "האי [=זו] כפיה – בדברים" (תוספות, בבא בתרא ח ע"ב, ד"ה 'אכפיה לרב נתן'), כלומר הפעלת לחץ מילולי ותו לא. לגישה דומה ראו רבי יוסף טוב עלם (המאה הי"א): "ואין דבר [=צדקה] תלוי אלא בנדבת הלב ובדבר הוצאה [=צ"ל: ובדברי הרצאה]" (הובא על ידי חיים סולוביצ'יק **שו"ת כמקור היסטורי** 77 (1990)). ראו גם להלן ה"ש 123.

43 רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה י. וכן פסק השולחן ערוך, יורה דעה רמח, א.  
44 לעניין זה אין חשיבות מברעת לשאלה ההיסטורית אם אכן אכפו בתי הדין בפועל את הצדקה. למשל, רבי יוסף קארו (המאה הט"ז), הפוסק בעקבות הרמב"ם שאוכפים את הצדקה, הודה כי בפועל אין בתי הדין נוהגים כן (בית יוסף, יורה דעה סימן רנו), כפי הנראה, מחמת כוחם המוגבל של בתי הדין, שלא עמד להם נגד עשירי הקהילה. ברם ההיבט ההיסטורי של המציאות הנוהגת אינו משקף בהכרח את מהות הדין (שלא כערו רכניץ "זכויות חברתיות במשפט העברי" **תחומין** לט 302, 311 (התשע"ט)). על מידת האכיפה של הצדקה בימי הביניים, ראו MARK R. COHEN, POVERTY AND CHARITY IN THE JEWISH COMMUNITY OF MEDIEVAL EGYPT 199 (2005).

45 האפיון של מוסד הצדקה כמוסד הלכתי מזמין דיון במתח הפנימי שיש בדיני צדקה בין סיווגם כמצווה שבין אדם לחברו לבין סיווגם כמצווה שבין אדם למקום. על המשמעויות שיש למתח זה ועל התמהילים שחז"ל והפוסקים יוצרים בין היסוד המשפטי-חברתי של דיני צדקה לבין היסוד הדתי שלהם ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 78.

46 למידה מוגבלת של שיקול דעת שהפוסקים העניקו למנהיגי הקהילה בעניין קופת הצדקה ראו להלן את הטקסט הסמוך לה"ש 53.

## ב. מחובת היחיד לחובת הקהילה

כל המצוות החברתיות שהתורה קבעה לרווחת העניים מוטלות על בעלי הרכוש כיחידים. בעל השדה הוא שמצווה להותיר חלק מן היבול לשכניו העניים; על האדון לשחרר את עבדיו כמעגלים מחזוריים שונים (שש שנות עבדות ובשנת היובל); הנושה מחויב לשמוט את חובותיהם של הלויים וכדומה. התורה אינה מטילה מצוות אלה על המלך או על העם כקולקטיב.<sup>47</sup>

בנקודה זו שוכן אחד ההבדלים היסודיים בין תפיסת הרווחה של התורה לבין תפיסת הרווחה של חז"ל. חכמי המשנה והתלמוד כוננו את המוסד העירוני הריכוזי של קופת הצדקה, שגבאיה גובים כסף, מזון וכדומה מחברי הקהילה ומחלקים אותם באופן מסודר לעניים.<sup>48</sup> בצד זאת שימרו חכמים גם את חובת היחיד לסייע לעני הנקרה בדרכו באמצעות כספי הצדקה שהוא מחויב ליתן. דיני הצדקה פועלים בד בבד במישור הקהילתי כמערכת רווחה ממוסדת ובמישור הבין-אישי כחובה שבין היחיד לזולתו העני. כדי לסבר את האוזן, דומה הדבר לדיני המס המודרניים, שבצד מערכות הגבייה והחלוקה הריכוזיים מאפשרים לאדם לתרום לפי בחירתו ישירות למוסדות ציבוריים מוכרים ולהיות מזוכה מחבות המס שלו בשיעור 35% מסכומים אלה.<sup>49</sup> שאלה בפני עצמה, שאינה מענייננו כאן, היא מהי "חלוקת העבודה" בין שני מסלולי הצדקה, הישירה והקהילתית, כלומר אם העני מופנה בראשונה אל גבאי הצדקה ורק באין ברירה מופנה לבעלי הבתים הפרטיים, או שמא להפך.<sup>50</sup> כן יש לשאול איזה שיעור מכספי הצדקה צריך בעל הבית ליתן לעניים באמצעות הקופה הקהילתית, ואיזה שיעור עליו להעביר אליהם ישירות.<sup>51</sup> שאלות אלה מצריכות עיון נוסף החורג מגבולות יריעה זו. החשוב לענייננו הוא עצם חידושה של המשנה, כי דיני הצדקה חלים על הקהילה ולא רק על יחידיה.

המשנה והתלמוד הניחו את קיומה של קופת הצדקה כדבר המובן מאליו ועל גבי זה דנו בדיניה השונים. הם לא ניסחו במפורש את עצם חובתה של הקהילה להקים קופת צדקה.<sup>52</sup> הרמב"ם הוא שקבע לראשונה כי הקהילה חייבת להקים קופת צדקה קהילתית:

47 על כך ראו גם ויינפלד **משפט וצדקה**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 8. בהקשרים אחרים הכירה התורה ברעיון של קופות ציבוריות ריכוזיות, כגון מגבית הכסף לבניית המשכן (שמות כה), ואוצרות התבואה שאגר יוסף לקראת שבע שנות הרעב (בראשית מז), אך בחרה שלא להחילו בתחום המצוות החברתיות.

48 ראו למשל זאב ספראי **הקהילה היהודית בארץ ישראל בתקופת המשנה והתלמוד** 64 (1995).

49 ס' 46 (א) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. כן נקבע סכום מקסימום שאותו ניתן להעביר בדרך ישירה (30% מההכנסה החייבת של הנישום באותה שנה או 9,000,000 ש"ח, לפי הנמוך שבהם).

50 הדבר נידון בבבלי, נדרים סה ע"ב, ובפירושי הראשונים, שם. שאלה נוספת היא חובת הקהילה כלפי עני שיש לו קרובי משפחה היכולים לתמוך בו. ראו למשל הגהת הרמ"א, יורה דעה רנג, ס' א. בשאלות אלה אני מקווה לדרון במחקר נפרד.

51 על כך ראו למשל שו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"א, ס' קמד.

52 בספרות התנאים יש מקורות הדנים בכוחה הכופה של קופת הצדקה, ובכך אולי מבליעים את ההנחה שיש חובה להקים את הקופה. ראו למשל משנה, פאה ח, ז: "הקופה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה"; תוספתא, פאה ד, ט (מהד' ליברמן בעמ' 57): "אם שהא שם שלשים יום הרי הוא כאנשי העיר לקופה, ולכסות ששה חדשים". הדבר הקרוב ביותר להצהרה מפורשת על החובה להקים קופה הוא דברי התלמוד כי כל עיר שאין בה קופת צדקה אין תלמיד חכם רשאי לדור בתוכה (בבלי, סנהדרין יז, ע"ב).

- א. כל עיר שיש בה ישראל חייבין להעמיד מהם גבאי צדקה אנשים ידועים ונאמנים שיהיו מחזירין על העם מערב שבת לערב שבת ולוקחין מכל אחד ואחד מה שהוא ראוי ליתן ודבר הקצוב עליו, והן מחלקין המעות מערב שבת לערב שבת ונותנין לכל עני ועני מזונות המספיקין לשבעה ימים, וזו היא הנקרא קופה.
- ב. וכן מעמידין גבאין שלוקחין בכל יום ויום מכל חצר וחצר פת ומיני מאכל או פירות או מעות ממי שמתנדב לפי שעה, ומחלקין את הגבוי לערב בין העניים ונותנין לכל עני ממנו פרנסת יומו, וזהו הנקרא תמחוי.
- ג. מעולם לא ראינו ולא שמענו בקהל מישאל שאין להן קופה של צדקה. אבל התמחוי יש מקומות שנהגו בו ויש מקומות שלא נהגו בו, והמנהג הפשוט היום שיהיו גבאי הקופה מחזירין בכל יום ומחלקין מערב שבת לערב שבת.<sup>53</sup>

לדעת הרמב"ם אפוא, הקמת מערכת רווחה קהילתית – "קופה" – היא דבר שבחובה, שאינו נתון לשיקול דעתה של הקהילה.<sup>54</sup> עם זאת לפי הרמב"ם הקהילה רשאית לעצב לפי בחירתה את אופן הפעלת הקופה, כגון תדירות הגבייה והחלוקה, ואף למזג את ה"קופה" (הגובה ומחלקת על בסיס שבועי) וה"תמחוי" (הגובה ומחלק על בסיס יומי) למנגנון אחד.<sup>55</sup> בהקשר זה חשובה הדגשתו של רבי דוד אבן זמרא (המאה ה"ט) כי אין לפרש את דברי הרמב"ם כהיתר לקהילה לקצץ את התמחוי, אלא שהיא רשאית למזג את התמחוי בתוך הקופה, ובלבד שהסיוע הכולל ייוותר בעינו.<sup>56</sup> עצם הקמת הקופה, והיקף הסיוע שעליה להבטיח, מוטלים על הקהילה כחובה שאין לה שיקול דעת בעניינה.<sup>57</sup> חובה זו, כך הסבירו

53 רמב"ם, הלכות מתנות עניים ט. כן נפסק בשולחן ערוך, יורה דעה רנו, א. ראו גם הגהת הרמ"א לשולחן ערוך, חושן משפט קסג, א' ("וכופין בני העיר זה את זה להכניס אורחים ולחלק להם צדקה וליתן בתוך כיס של צדקה"). וכך סיכם זאת רבי משה פיינשטיין: "להרמב"ם והטור והש"ע [=השולחן ערוך] יש חיוב על כל עיר ועיר לעשות קופה לצדקה" (שו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"א, קמט). בספר הלכות ארץ ישראל, המיוחס לרבי יעקב בן אשר בעל הטורים, מסווגת החובה להקים קופת צדקה כמצווה התלויה בארץ שאינה נוהגת בחו"ל ("ונראה לי שעיקר מצוה זו בארץ, דכתיב 'פתח תפתח את ירך לאחיך לעניך ולאביוןך בארץ', ואף על פי שהצדקה חובת הגוף ונוהגת בארץ ובח"ל [=ובחוץ לארץ] מ"מ תמחוי וקופה צריכים למנוי וב"ד [=ובית דין] עיקרם בארץ" (הלכות ארץ ישראל יח)). גישה זו חריגה ואינה משקפת את הגישה השלטת בין הפוסקים.

54 וראו למשל **תקנות מדינת מעהרין (ת"י-תק"ח)** (התקין ישראל היילפרין, התשי"ב), ועד גאיי ת"י, סי' רא בעמ' 67 ("כל קהלה וקהלה מחוייבת לעשות תיקון הגון על הצדקה, כדי שיהא להם די סיפוקם לצורך הצדקה, לעניי עירם ולעניי נכרים ארחי ופרחי ובדק הבית וצרכי ביה"כ [=בית הכנסת]).

55 לדיון היסטורי בהלכה זו של הרמב"ם על רקע תקופתו ראו COHEN, לעיל ה"ש 44, בעמ' 208.

56 ראו רדב"ז, מתנות עניים א, ג ("להוסיף בקופה כנגד התמחוי ויעשו הכל קופה"). השו"ר רבי אברהם דאנציג, חכמת אדם קמו, ד' ("ובזמן הזה אין נוהגים בקופה ותמחוי. מכל מקום כל עיר ועיר שיש בה ישראל חייבים להעמיד מהן גבאים לצדקה ידועים").

57 ניתן להציע קריאה מעט שונה בדברי הרמב"ם, ולפיה הקמת הקופה היא דבר שבחובה ("ולוקחין מכל אחד ואחד מה שהוא ראוי ליתן ודבר הקצוב עליו" הלכה א), ואילו התמחוי הוא דבר שבהתנדבות ("וכן מעמידין גבאין שלוקחין בכל יום ויום מכל חצר וחצר פת ומיני מאכל או פירות או מעות ממי שמתנדב לפי שעה" הלכה ב). לפיכך בהלכה ג מדגיש הרמב"ם כי הקופה אינה תלויה במנהג, בשונה מן התמחוי.

מפרשי הרמב"ם, מקורה בתקנת חכמים הנלווית למצוות צדקה מדאורייתא המוטלת מעיקרה על היחיד. וכפי שלמשל כתב רבי משה מטראני (המאה ה"ז):

העמדת גבאי צדקה וסדר חילוקה – הכל תיקון חכמים ז"ל, דמן [=שמן] התורה צריך לתת לכל עני די מחסורו בזמן שצריך לו, והם תקנו שיהא מוכן לשעת הצורך.<sup>58</sup>

כלומר, מטרת החובה להקמת קופה קהילתית לוודא שהסיוע לעניים יינתן באופן מערכתי ובתכנון מראש, ולא באופן מקרי ומזדמן.<sup>59</sup> אומנם היה מי שהתנצל על שלא היה אפשר להנהיג בקהילתו קופת צדקה, ולכן נאלץ להפנות את העניים לחזר על פתחיהם של בעלי הבתים. וכך כתב רבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין (המאה ה"ט):

ועתה בעוונותינו אין לנו לא קופה ולא תמחוי, שמפני לחץ הפרנסה וריבוי העניים אינו באפשרי, רק כל יחיד מישראל נותן צדקה מכיסו, ורבו עניים לאלפים המחזרים על הפתחים, וכל אחד נותן לו פרוסת לחם או מטבע קטנה. ורבו המעשים בכל עיר ועיר, שכמעט בכל שבוע הולכים שני אנשים לקבץ נדבות על איזה יחיד, ועם כל ריבוי הצדקה שבימינו אלה עם כל זה אין הקומץ משביע וכו'. ושמענו שיש באיזה ערים שעשו כעין קופות ומתנהג בכבודות.<sup>60</sup>

הביטוי שבו הוא פותח – "ועתה בעוונותינו" – מלמד כי אי-היכולת להקים קופה היא מצב לא ראוי.<sup>61</sup> אכן, רובם ככולם של המקורות ההלכתיים הולכים בעקבות הרמב"ם ומטילים

גם לפי קריאה זו הקהילה אינה רשאית לסטות מן הרף שההלכה קבעה כחובה (הקמת קופה). לעומת זאת, רכניץ סבור כי לדעת הרמב"ם החובה להקים קופת צדקה מקורה במנהג, ולפיכך "כאשר המנהג הלך והתבטל – בטלה גם החובה" (רכניץ, לעיל ה"ש 44, בעמ' 314). רכניץ הסתמך על דברי הרמב"ם בראש הלכה ג, כי "מעולם לא ראינו ולא שמענו בקהל מישראל שאין להן קופה של צדקה". ברם בהלכה א הרמב"ם לא הזכיר את המונח "מנהג" ולא רמז כי מדובר בחובה לא רגילה. ההדגשה שבראש הלכה ג כי כל קהילות ישראל נוהגות להקים קופה של צדקה נועדה להדגיש שאין הדבר כן כשמדובר בתמחוי, שבעניינו יש לקהילה גמישות רבה יותר. לעומת הרמב"ם, נראה כי לדעת מהר"ם מרוטנבורג, החובה להקים קופת צדקה נסוגה אם הדבר מנוגד למנהג המקום. ראו שו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן תתק"ח (הובא גם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס קרימונה, סי' י; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב, סי' שמח; תשובות מיימוניות, קנין, סי' כט; פסקי ריקאנטי, סי' תפד).

58 קרית ספר, מתנות עניים ט.

59 בספרות השו"ת צוינו נימוקים נוספים לנחיצותה של הקופה הקהילתית: א) הקופה מאפשרת גבייה אפקטיבית יותר מבעלי הבתים (שו"ת בנימין זאב, רצ: "דבר ידוע שכל עוד שהצדקה מתקבצת ברבים ובכיס אחד, יותר מתרבה [...] כשהדבר נעשה בחברה כל אחד ואחד מוסיף בצדקה"); ב) הקופה מאפשרת חלוקה שוויונית יותר לעניים (שו"ת רדב"ז מכתב יד, אורח חיים, יורה דעה, חלק ת, סימן קעב: "וטעמא [=וטעם] דמסתבר הוא, דכל אחד מן העניים ילך הוא אצל בעל הבית ויתחנן לו לתת צדקה, ונמצאו הצנועים מתים ברעב, ולכן תקנו קופה ותמחוי כדי שיתפרנסו כולם ביחד בכבוד").

60 ערוך השולחן, יורה דעה רנו, א.

61 אומנם המשפט האחרון של ערוך השולחן עשוי לרמז כי הקהילה רשאית להתחשב ביכולותיה הכלכליות ולהסיר מעליה את הנטל של הקמת קופת הצדקה.

על הקהילה חובה להקמת קופת צדקה. יתרה מזאת, הפוסקים אף הדגישו כי אם משאבי קופת הצדקה התרוקנו, אין בכך כדי לפטור את הקהילה מן החובה לתמוך בעניים תמיכה ממוסדת, אלא על הגבאים לסייע לעניים גם במחיר כניסה לגירעון: "כשחסר בכיס של צדקה צריך הגבאי להלוות. וכשימצא בכיס לאחר זמן, נפרע ממנו ואין צריך ליטול רשות מהנותנים בכיס".<sup>62</sup> כלומר, הקמת הקופה והפעלתה נתפסו כחובה שאינה מותנית ביכולותיה הכלכליות של הקהילה.<sup>63</sup>

הקביעה כי הקהילה חייבת להקים קופת צדקה לא נותרה עלי ספר בלבד, אלא באה לידי ביטוי בהכרעותיהם המעשיות של הפוסקים. למשל: הרשב"א (רבי שלמה בן אדרת, המאה הי"ג) נדרש להכריע במחלוקת שהתגלעה בין שתי שכבות של בעלי הבתים בקהילה. העשירים טענו כי יש להפנות את העניים לחזר על הפתחים כדי שיאספו מבעלי הבתים כדי צורכם, וכך יחולק הנטל בין כל בעלי הבתים ולא ייפול בעיקר על כתפי העשירים. לעומת זאת אנשי מעמד הביניים ("העשירים הבינוניים") טענו כי יש לפרנס את העניים באמצעות קופה ציבורית, אשר תגבה מבעלי הבתים "לפי ממון", כלומר איש איש לפי עושרו, וכך יעבור עיקר הנטל אל כתפי העשירים. וכך הכריע הרשב"א:

שאלת: עניי העיר מרובין, והמלכות ביוקר, על כן נפלה הקטטה בין העשירי[ם]. כי העשירי[ם] הגדולי[ם] אומרי[ם]: יחזרו על הפתחי[ם], ונתן להם כלנו פת בכל יום כדי שיתפרנסו בו, כי גם העשירים הבינוניים הדין נותן שיתנו לכל העניים בכל יום פת כמונו. והבינוניים טוענין: שאין הדין נותן כן, אלא שישבו בבתיהם ולא יחזרו על הפתחים, כי אחינו בשרנו הם, ותהיה פרנסתם מוטלת על הצבור, ונפרע כלנו לפי העושר [...]. הודיעני, הדין עם מי?

תשובה: שורת הדין, כדברי העשירים הבינוניים, שהצדקה ופרנסת העניים לפי ממון הוא [...] ומ"מ, בכל המקומות מפרנסיין מן הקופה ולפי ממון, ואם יחזרו לאחר מכן על הפתחי[ם], יחזרו, וכל אחד נותן לפי דעתו ורצונו.<sup>64</sup>

אף רבי יוסף קולון (המהרי"ק, המאה ה"ט) טען כלפי תושבי עיר שביקשו להשתמש מחובת הקמתה של קופת צדקה ולהסתפק בצדקה שתינתן ישירות לעניים:

הבאים לדור בעיר חדשה כיון שהם יודעים בעצמם שדעתם להשתקע מאיזה טעם יפטרו מלעשות קופה ותמחוי.<sup>65</sup>

62 שולחן ערוך, יורה דעה רנו, ה. זאת בעקבות מחלוקת בירושלמי, כתובות ו, ה (ל ע"ד, מהדורת האקדמיה 987). ראו גם חידושי הר"ן, כתובות סז, ע"א, ד"ה 'מתני'.

63 השו"ב ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 605: "הגשמתה המידית של הזכות למינימום הקיום האנושי בכבוד אינה מותנית במשאבים העומדים לרשות המדינה. משנקבע המינימום החוקתי הנדרש, על המדינה להגשימו. אי-מימושו של מינימום זה בשל טעמים תקציביים הוא פגיעה בזכות החוקתית".

64 שו"ת הרשב"א ח"ג, סי' שפ.

נמצא אפוא כי בתום תהליך התפתחות ארוך קבע המשפט העברי חובה המוטלת על הקהילה, ולא רק על יחידה, להקמת מערכת רווחה לעניים. חובה קשיחה זו לא ניתנה לשיקול דעתם של מנהיגי הקהילה. קופת הצדקה, כך נראה מדברי הרמב"ם, הפכה להיות חלק מחובות הבסיס של הקהילה, אשר אינה רשאית להתנער ממנה ואף לא לצמצמה.

### ג. חובה חוקית או חוקתית?

חז"ל, ובעיקר הפוסקים הבתרת-למודיים, הטילו אפוא על הקהילה חובה להקמת מערכת רווחה ולא הותירו למנהיגות הקהילתית שיקול דעת בדבר עצם הקמתה, היקפה והתחומים שעליהם היא מופקדת. אופי קשיח זה תואם את אופיין הכללי של החובות במשפט העברי, במיוחד חובות הנחשבות מדאורייתא.<sup>66</sup>

לעומת זאת בג"ץ **עמותת מחויבות** הגיע לתוצאה דומה בדרך שונה. במשפט הישראלי, כידוע, חובות המעוגנות בחקיקה רגילה ניתנות לשינוי באמצעות חקיקה חדשה (בדיוק כפי שביקשה הכנסת לעשות באותה פרשה). כדי להתגבר על כך חידש בג"ץ וקבע כי הזכות לקיום בכבוד אינה זכות חוקית רגילה אלא זכות חוקתית, שהכנסת אינה יכולה לבטלה (אלא בכפוף לתנאי פסקת ההגבלה). לאור זאת יש לשאול אם החובה שהמשפט העברי הטיל לדאגה לרווחת העני – חובת הצדקה – היא בעלת מעמד של חובה רגילה ביחס לשאר החובות ההלכתיות האחרות, או שמא היא בעלת מעמד-על, מעין חובה חוקתית.

לאמיתו של דבר, לא ברור כלל אם חכמי המשפט העברי לדורותיהם הכירו בנורמות מסוימות כבעלות מעמד-על מעין חוקתי, כלומר אם המשפט העברי מכיר ברעיון של היררכיה נורמטיבית בין המצוות השונות.<sup>67</sup> למרבה ההפתעה, שאלה זו טרם זכתה לתשומת הלב המחקרית הראויה, והיא זוקקת בירור מקיף ומעמיק, שהיריעה הנוכחית אינה דייה עבורו.<sup>68</sup> אסתפק בסרטוט קווים ראשוניים בלבד, כפי הדרוש לעמידה על החידוש שיש בפסיקת בג"ץ **עמותת מחויבות** בנוגע למורשת המשפט העברי בתחום דיני הרווחה.

65 שו"ת מהרי"ק, סי' יז. עיקר דיונו של המהרי"ק נגע בשאלה, שאינה מענייננו כאן, אימתי תושב חדש נקרא בן העיר. ראו גם שו"ת בנימין זאב, סי' רכח; שו"ת בנימין זאב, סי' רצ; שו"ת משפטי שמואל, סי' קי.

66 אומנם כפי שראינו לעיל, החובה להקמת קופה קהילתית נחשבה מדרבנן, ברם חובה זו לא נתפסה כמצוות חכמים הנספחת למצוות צדקה מדאורייתא אלא כמגדירה מחדש את דרך קיום מצוות הצדקה עצמה, בדומה לקטגוריה של כמה מצוות דרבנן המכונה בפי הפוסקים "דרבנן שעיקרו מדאורייתא"; במצוות דרבנן אלה רובד הדאורייתא מקריין חלקית על רובד הדרבנן. ראו מנחת אשר, דברים ז, א.

67 למותר לציין כי הימצאות המילה "חוקה" בלשון התורה ("הַקְהָלָה הָקָה אֶת לֶקַם וְלָגַר הַגֵּר הַקָּה עוֹלָם לְדֹרֹתֵיכֶם פָּקֶם פָּגַר יְהִי לְפָנֵי ה'") במדבר טו 15. ראו גם שמות יג 10, במדבר ט 14) אינה מעלה ואינה מורידה לענייננו.

68 מטבע הדברים, חלק מן הדיונים שבכל זאת נערכו בשאלה זו נקשרו בפולמוס על קבלת חוקה למדינת ישראל. ראו למשל יואל לרנר "מבוא להצעת חוקה תורנית למדינת ישראל" **תקדים, עיונים בחקר המשפט העברי ויישומו** א 45–77 (התשמ"ח); נפתלי צבי יהודה בר-אילן **משטר ומדינה בישראל על פי התורה** כרך ראשון 23–31 (2013); עמיחי רדוינר ושוקי פרידמן **חוקה שלא כתובה בתורה** מחקר מדינית 69 (2006). למבט כללי ראו MILTON R. KONVITZ, TORAH AND CONSTITUTION: ESSAYS IN AMERICAN JEWISH THOUGHT (1998) כן ראו Gideon Sapir, *Living Originalism – The*



המשפט החוקתי מניח כי יש נורמות מסוימות שהן בעלות מעמד-על ביחס לנורמות רגילות. מקובל לייחס לנורמות חוקתיות שלושה מאפיינים עיקריים: עליונות, נוקשות וביקורת שיפוטית. עליונות משמעה שבמקרי סתירה נורמות חוקתיות גוברות על נורמות רגילות. נוקשות משמעה שאת הנורמות החוקתיות לא ניתן לשנות בהליך חקיקה רגיל, אלא שינוי דורש הליך מיוחד (כגון רוב מיוחד או משאל עם). ביקורת שיפוטית משמעה שהנורמות החוקתיות מגבילות את חופש הפעולה של הרשות המחוקקת, שאינה יכולה לחוקק בניגוד אליהן (אלא בסייגים שבפסקאות ההגבלה), לעיתים עד כדי הוראת בית המשפט על בטלות של החלטות הרשות המחוקקת הנוגדות את הנורמות החוקתיות. שלושה מאפיינים אלה עשויים להתקיים כולם או חלקם במגוון צורות ועוצמות.<sup>69</sup>

מתוך שלושת המאפיינים הללו של הנורמות החוקתיות דומה כי נוקשות וביקורת שיפוטית אינן רלוונטיות לבחינה בהקשרו של המשפט העברי, בוודאי בנוגע לחובות המסוגלות מדאורייתא. ככלל המשפט העברי מעניק לכל המצוות מידה רבה של נוקשות. לא ניתן לשנותן בדרך של חקיקה,<sup>70</sup> כל שכן לא לבטלן בדרך של ביקורת שיפוטית.<sup>71</sup> לעומת מאפיינים אלה, על מאפיין העליונות יש לדון, כלומר האם חכמי המשפט העברי הכירו במצוות שהן בעלות מעמד גבוה מזה של מצוות אחרות ואשר גוברות עליהן במקרי סתירה?<sup>72</sup>

התורה עצמה, כלומר החוק המקראי, אינה מציעה היררכיות בין המצוות ואינה עוסקת בהכרעה במקרי התנגשות ביניהן. דומה שאפילו למצוות המנויות בעשרת הדיברות<sup>73</sup> אין התורה מקנה מעמד משפטי גבוה ביחס למצוות אחרות.<sup>74</sup> אף בספרות חז"ל לא ניתן מעמד משפטי מיוחד למצוות המנויות בעשרת הדיברות בתור שכאלה.<sup>75</sup>

*Jewish Version*, 7 JRSLM. REV. LEGAL STUD. 49–56 (2013); SAMUEL J. LEVINE, JEWISH LAW AND AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY 161 (2018). תודתי נתונה לעדיאל זרמן, שיתף אותי בטיט מאמרו "מחשבה חוקתית אצל הלל הזקן" (לא פורסם).

69 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 34–35 (1997); ברק מדינה ואמנון רובינשטיין **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א 100 (מהדורה שיטת 2005).

70 עם זאת חכמים יכולים כמובן לפרשן בדרכים יצירתיות. כן יש לזכור כי לבית הדין שמורה מידה רבה של גמישות לסטות מן הדין במקומות שהוא מוצא זאת לנכון. ראו HANINA BEN-MENAHEN, JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES (1991).

71 עיון נפרד ראוי שיעשה בעניין תקנות חכמים ותקנות הקהל, שאצלן יש מידה רבה יותר של גמישות בשינוי, ואף בביטולן בתנאים מסוימים.

72 חכמים ודאי הכירו בהיררכיות צורניות בין המצוות, כגון שמצוות עשה דוחות לא תעשה, ושמצוות דאורייתא דוחות מצוות דרבנן. ברם קטגוריות פורמליות אלה כוחנות את המצוות על פי צורתן (עשה/לא תעשה) ועל פי מקור סמכותן (דאורייתא/דרבנן) ולא על פי תוכן.

73 שמות כ; דברים ה.

74 להרחבה ראו משה ויינפלד **עשרת הדיברות וקריאת שמע: גילגוליהן של הצהרות אמונה** (2001).

75 על כך ראו אפרים אלימלך אורבך **חז"ל – פרקי אמונות ודעות** 317 (1982). יוצאים מכלל זה הם פילון האלכסנדרוני ומאוחר יותר רבי סעדיה גאון, שראו בעשרת הדיברות עקרונות היסוד של המצוות כולן. על כך ראו אורבך, שם; יהושע עמיר "עשרת הדיברות על פי פילון מאלכסנדריה" **עשרת הדיברות בראי הדורות** 95 (בן-ציון סגל עורך 1986). כן ראו לאחרונה ברק-ארז **לקרוא משפטים בתנ"ך**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 19. המתנגד העיקרי להקניית מעמד מיוחד לעשרת הדיברות היה הרמב"ם, שנאבק במנהג לעמוד

עם זאת ניכר כי בחכמי המשנה היו שניסו לסמן ערכים מסוימים כערכי יסוד שבהם תלויה התורה כולה. למשל, להלל הזקן מיוחסת האמרה: "דעלך סני לחברך לא תעבד [=מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך] זו היא כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא זיל גמור".<sup>76</sup> מאוחר יותר קבע רבי עקיבא כלל זהב דומה (עם הבדלים מסוימים): "ואהבת לרעך כמוך – זה כלל גדול בתורה".<sup>77</sup> ואילו בן עזאי קבע "זֶה סֵפֶר תּוֹלְדֹת אָדָם [בְּיָוֶם בְּרָא אֱלֹהִים אָדָם בְּדָמוֹת אֱלֹהִים עֲשָׂה אֹתוֹ] (בראשית ה, א) זה כלל גדול מזה",<sup>78</sup> כלומר שעקרון בריאת האדם בצלם אלוהים הוא עקרון היסוד. במקור תנאי אחר הציעו כי העיקרון "קדושים תהיו" הוא פרשה "שרוב גופי תורה תלוים בה",<sup>79</sup> ואף זאת, כפי הנראה, כעקרון-על אשר המצוות השונות משתלשלות ממנו. מאוחר יותר, בדור האמוראים, נוסדה הדרשה המפורסמת שיוחסה לרבי שמלאי, ולפיה העמידו הנביאים, איש איש על פי דרכו, את ריבוי תרי"ג מצוות על ערכי היסוד שבבסיסם.<sup>80</sup> ברם ערכים אלה כולם שנמנו בידי

- בקריאת עשרת הדיברות (שו"ת הרמב"ם, סי' רסג). ראו גם אפרים אלימלך אורבך "מעמדם של עשרת הדיברות בעבודה ובתפילה" **עשרת הדיברות בראי הדורות** 127 (בן-ציון סגל עורך 1986).
- 76 בבלי, שבת לא, ע"א. ראו גם אבות דרבי נתן נוסחא ב פרק כו. על מימרה זו של הלל, ועל השוואתה לכלל הזהב של ישו ראו דוד פלוסר "התורה בדרשה על ההר" **יהדות ומקורות הנצרות** 226 (1979); דוד פלוסר "עשרת הדיברות והברית החדשה" **עשרת הדיברות בראי הדורות** 165 (בן-ציון סגל עורך 1986); ישראל בן-שלום **בית שמאי ומאבק הקנאים נגד רומי** 95 (1993); David Flusser, *Hillel and Jesus*; ; Philip S. Alexander, *Jesus and the Golden Rule*, in HILLEL AND JESUS 71 (James H. Charlesworth & Loran L. Johns eds., 1997); Raphael Jospe, *Hillel's Rule*, 81 (James H. Charlesworth & Loran L. Johns eds., 1997) JQR 45, 56 (1990).
- 77 ספרא, קדושים ב, ד, יב. לדין נרחב, עם הפניות לספרות הרלוונטית ראו Itzhak Brand, "Between Man and God" and "Between Man and his Fellow" – *Categories in Polemical Context*, in LAW AS RELIGION, RELIGION AS LAW (David Flatto & Benjamin Porat eds., forthcoming 2022). יש מקום לדון בשאלה אם הביטוי "כלל גדול" משמעו "כלל רחב", כלומר שתחולתו מקיפה תחומים רבים (השוו ספר החינוך, רמג: "שהרבה מצוות שבתורה תלויין בכך"), או "כלל כבד" הגובר על כללים אחרים במקרי התנגשות (כמשמעות הביטוי בהקשר "כבוד הבריות" שיידון להלן). על כך ראו גם בבלי, שבת סח, ע"א; ירושלמי, שבת ז, א (ח ע"ד–ט ע"א, מהדורת האקדמיה 401). עוד למשמעות הביטוי, ראו שמואל יוסף ולד **כלל גדול: שבת, פרק שביעי, מן התלמוד הבבלי** 19 (התשס"ז).
- 78 ספרא, קדושים ב, ד, יב. השוו בראשית רבה כד, ז, מהדורת תיאודור אלבק. וראו דברי המהדיר, שם, על סדר הדברים של רבי עקיבא ובן עזאי.
- 79 ספרא קדושים א, עד פרק א. בנוסף ראו ויקרא רבה, קדושים כד (מהדורת מרגליות תקנז): "ר' לוי אמ' מפני שעשרת הדיברות כלולין בתוכה".
- 80 "בא דוד והעמידן על אחת עשרה [...] בא ישעיהו והעמידן על שש [...] בא מיכה והעמידן על שלש [...] חזר ישעיהו והעמידן על שתיים [...] בא עמוס והעמידן על אחת [...] בא חבקוק והעמידן על אחת [...]" (בבלי, מכות כד, ע"א). על דרשה זו ראו בנימין זאב **בכר אגודת אמוראי ארץ ישראל כרך ראשון חלק שני** 318–322; יעקב גרטנר "עיבוד בבלי של דרשת רבי שמלאי על תרי"ג המצוות" **סיני צו** רלו (התשמ"ה); חנינה בן-מנחם "אינדבידואציה של חוקים וספר המצוות לרמב"ם" **שנתון המשפט העברי** יד–טו 95, 99 (התשמ"ח–התשמ"ט). כן ראו Devora Steinmetz, *Justification by Deed: The Conclusion of 'Sanhedrin-Makkot' and Paul's Rejection of Law*, 76 HEB. UNION COLLEGE ANN. 133 (2005).

תנאים ואמוראים לא תפקדו כעקרונות חוקתיים משפטיים, אלא הם נותרו בגדר דברי אגדה שאין עימה הלכה.<sup>81</sup>

אומנם אנו מוצאים בקרב חז"ל מגמה של הקניית מעמד-על למצוות מסוימות הגוברות על שאר המצוות במקרי התנגשות.<sup>82</sup> כך למשל נקבע כי שלוש עבירות חמורות – עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים<sup>83</sup> – הן "יהרג ובל יעבור",<sup>84</sup> וככאלה הן דוחות אפילו את ערך קדושת החיים, אשר בעצמו דוחה את שאר המצוות (שעליהן נאמר "יעבור ואל יהרג").<sup>85</sup> הלכה אחרת שסומנה כבעלת מעמד-על ביחס לקבוצה גדולה של מצוות היא "כבוד הבריות": "גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה".<sup>86</sup> מסקירה תמציתית זו ניכר אפוא כי סיווגן של נורמות כבעלות מעמד-על מעין חוקתי זכה במשפט העברי לפיתוח ראשוני בלבד.<sup>87</sup> ומכל מקום, מצוות צדקה ודאי אינה מנויה עם

- 81 כלשונו של ביאליק, במסתו המפורסמת "הלכה ואגדה".
- 82 בהקשר זה אין כוונתי לדיונים על התנגשות בין שתי מצוות ספציפיות (כגון מילה ושבת, בבלי, שבת קלב, ע"א) אלא לעליונות של מצוות מסוימות ביחס לכלל המצוות.
- 83 אותן כינה הרמב"ם: "אבות המצוות ושושיהן" (מורה הנבוכים ג, מז, מהדורת שוורץ 628). על כך ראו אליעזר חדר "שבע מצוות בני נוח כגרעינה של תורת משה, על פי הרמב"ם" **שנתון המשפט העברי** לב (טרם פורסם).
- 84 בבלי, סנהדרין עד, ע"א. ראו גם ספרא, אחרי מות יג (פו, ע"ב); תוספתא שבת טו, יז; ירושלמי, סנהדרין ג (כא ע"ב, מהדורת האקדמיה 1281); ירושלמי, שביעית ד, ב (לה, ע"א, מהדורת האקדמיה 189). על כך ראו שמואל ספראי "קידוש השם בתורתם של התנאים" **ציון** מד 28, 39 (התשל"ט). מעניין כי בתלמודים אנו מוצאים כמה ניסיונות להוסיף את איסור גזל (ואיסורים קרובים) למצוות החמורות שהן בבחינת "יהרג ובל יעבור". ראו בבלי, בבא קמא ס, ע"ב ("אסור להציל עצמו בממון חבירו"); בבלי, כתובות יט, ע"א ("עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו – יהרגו ואל יחתמו שקר"); ירושלמי, שבת יד, ד (יד, ע"ד, מהדורת האקדמיה בעמ' 435) ("לא סוף דבר בשאמ[ן] לו הרוג את פלו[ני] אלא אפילו חמוס את פלו[ני]"); אוצר מדרשים חלק ב (איזנשטיין), פרקי רבינו הקדוש 507, לג ("שלושה שאין עומדין בפני פקוח נפש: עבודה זרה, וגילוי עריות ושפיכות דמים. ר' יהודה אומר אף הגזל"). על כך ראו שאול ליברמן, **הירושלמי כפשוטו** 188 (התשס"ח); שאול ליברמן, **תשלום תוספתא** 52, ס' 82 (התשל"ל). ברם ניסיונות אלה נדחו ולא התקבלו להלכה, דבר המעיד על אי-נכונות להקנות לזכות לקניין פרטי מעמד-על.
- 85 אומנם בתלמוד לא נאמר במפורש כי שלוש המצוות החמורות דוחות את שאר המצוות, אלא שהן דוחות פיקוח נפש, ופיקוח נפש דוחה את שאר המצוות. מכאן נובע לכאורה כי שלוש המצוות החמורות דוחות את שאר המצוות. ראו למשל פרי מגדים, אורח חיים, משבצות זהב, סימן שו ס"ק ה (יש לחלל שבת כדי להציל אדם מעבודה זרה, גילוי עריות או שפיכות דמים), בשונה מגישת שולחן ערוך הרב, אורח חיים שו, כט. השו"ת משנה ברורה שכח, ס"ק לא.
- 86 בבלי, ברכות יט, ע"ב (ובסוגיות רבות נוספות); ירושלמי, נזיר ז, א (נו, ע"א, מהדורת האקדמיה 1124). כידוע, בתלמוד הירושלמי נשמרה הפרשנות המרחיבה למעמדו הגבוה של עקרון "כבוד הבריות", ואילו בתלמוד הבבלי עליונותו צומצמה ביחס למצוות מדרבנן בלבד. על כך ראו בהרחבה יעקב בלידשטיין "גדול כבוד הבריות – עיונים בגלגוליה של ההלכה" **שנתון המשפט העברי** ט–י 127 (התשמ"ב–התשמ"ג); יעקב בלידשטיין "כבוד הבריות וכבוד האדם" **שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** 97 (יוסי דוד עורך 2006); יצחק ברנד "גדול כבוד הבריות" **סידרא** כא 5 (התשס"ו); נחום רקובר **גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על** (התשנ"ט).
- 87 השו"ת בהקשר זה משנה, אבות ב, א (כ"י קיפמן) ("והווי זהיר במצוה קלה ככמורה חמורה, שאין אתה יודע מתן שכרן של מצוות"). יש שפירשהו כביכול המצוות כולן בעלות מעמד נורמטיבי זהה (רשב"י, מגן אבות, שם), ויש שפירשהו להפך, כמשמיעה היררכיה סמויה בין מצוות חמורות למצוות קלות (רבי

המצוות שזכו למעמד הלכתי גבוה מזה של אחרות. אומנם חז"ל קשרו למצוות צדקה כתרים ומעלות רבות, כגון "גדול העושה צדקה יותר מכל הקרבנות";<sup>88</sup> "כל המעלים עיניו מן הצדקה כאילו עובד עבודה זרה";<sup>89</sup> "צדקה וגמילות חסדים שוקלת כנגד כל מצותיה של תורה";<sup>90</sup> "כל מי שיש בו עושר ונותן צדקה לעניים ואינו מלוה ברכית מעלין עליו כאלו קיים המצוות כלן".<sup>91</sup> ברם גם על מצוות רבות נוספות הפליגו חכמים בשבחן וחלקו להם שבחים דומים,<sup>92</sup> וככלל לא היה למימרות אלה תרגום של ממש בשפת המעשה של המשפט.

אדרבה, הסוגיה הבאה תלמדנו עד כמה חכמים לא הקנו למצוות צדקה מעמד גבוה ביחס למצוות אחרות. כלל נקוט בדינו כי "העוסק במצוה פטור מן המצוה", כלומר אדם הטרוד בקיום מצווה אחת פטור מלקיים מצווה אחרת הנקרית על דרכו ומתנגשת עם הראשונה.<sup>93</sup> עיקרון זה הוא צורני במהותו, באשר הוא מורה להעדיף את המצווה הקודמת בזמן בלא לשקול את תוכנה. אחת הדוגמאות שהובאו לכך בתלמוד היא של אדם שמצא אבדה והוא שומר עליה כדי להשיבה לבעליה, ולפתע נקרה עני בדרכו, ועליו לבחור בין המשך שמירת האבדה לבין התפנות לעני כדי לסייע לו. על כך אמר התלמוד כי אדם זה פטור מן הצדקה, שכן העוסק במצווה (השבת אבדה) פטור מן המצווה (צדקה).<sup>94</sup> סוגיה זו ממחישה עד כמה מצוות הסיוע לעני נתפסה כמצוות רגילה, אחת מני רבות, שאין לה מעמד מיוחד ביחס למצוות אחרות.<sup>95</sup>

ניכר אפוא כי חכמי המשפט העברי החלו במלאכה של קביעת מצוות עיקריות בעלות מעמד-על מעין חוקתי, אולם ספק אם הדבר חרג אל מעבר לפיתוח ראשוני בלבד. מצוות צדקה וחובת הסיוע לעני ודאי לא סווגו כמצוות בעלות מעמד מיוחד ביחס לאחרות. אומנם יש גרעני חשיבה בכיוון זה, כגון דרשת רבי שמלאי הנזכרת לעיל על אודות הנביאים שהעמידו את התורה כולה על ערכיה היסודיים: "בא מיכה והעמידן על שלש, דכתיב: 'הגיד לך אדם מה טוב ומה ה' דורש ממך כי אם עשות משפט ואהבת חסד וזה הצנע לכת עם אלהיך' (מיכה ו ח) [...] חזר ישעיהו והעמידן על שתיים, שנאמר: 'פה אמר ה' שמו מושפט ועשו

מנחם המאירי, בית הבחירה, שם). ראו גם הערתו של הרמב"ם בפירושו המשנה, שם, על ההיררכיה בתוך מצוות לא תעשה כפי שהיא משתקפת ממדרג הענישה.

88 בבלי, סוכה מט, ב. ראו גם ירושלמי, ברכות ב, א (ד, ע"ב, מהדורת האקדמיה 14).

89 בבלי, כתובות סח, ע"א.

90 ירושלמי, פאה א, א (טו, ע"ב, מהדורת האקדמיה 79).

91 שמות רבה, משפטים לא, ד.

92 כגון שבת, מילה, איסור אכילת שרצים, תלמוד תורה, ציצית, עבודה זרה ועוד.

93 ההנחה היא שהוא אינו יכול לקיים את שתי המצוות בעת ובעונה אחת, אלא האחת תבוא על חשבון רעותה. ראו תוספות, בבא קמא נו, ע"ב ד"ה 'בההיא'.

94 בבלי, בבא קמא נו, ע"ב; בבלי, נדרים לג, ע"ב.

95 השווה מגן אבות לרשב"ק, על אבות ב: "ולפי שאין שכר מצוות גלוי, אמרו חכמים [...] העוסק במצוה פטור מן המצוה, ולא חלק בין מצוה למצוה [...] ומזה השורש דנו שומר אבידה שומר שכר, מפני שהוא פטור מלתת פרוטה לעני בשעה שהוא עוסק בשמירתה [...] ואעפ"י שבאותה פרוטה אפשר שתתקיים נפשו של אותו עני, ולא יארע הפסד גדול באותה אבידה, כיון שהוא עוסק במצוה, אין לו להניחה מפני מצוה אחרת". השווה פירושו המשנה לרמב"ם, אבות ב, א.

צְדָקָה' (ישעיהו נו א).<sup>96</sup> דרשה זו מזהה אפוא אהבת חסד ועשיית צדקה כערכי היסוד של ההלכה.<sup>97</sup> ברם מימרות מעין אלה, חשובות ככל שתהיינה, לא תורגמו לשפת המשפט ולא כוננו היררכיה נורמטיבית ברורה. מנקודת מבט זו, קביעתו של בג"ץ **עמותת מחויבות** כי האחריות החברתית לביטחונם הסוציאלי של מעוטי האמצעים היא נורמת-על במעמד חוקתי, מאבני היסוד של המערכת הקונסטיטוציונית, היא הישג הניצב מעבר למה שמורשת המשפט העברי הגיעה עדיו.

אם ישכיל בית המשפט העליון לנסח הישג זה לא רק בשפה המשפטית הישראלית המודרנית ("הזכות החוקתית לקיום בכבוד") אלא גם לעצבה בדו-שיח עם שפת המשפט העברי – למשל פיתוח ישראלי של המצווה 'יְחִי אָחִיךָ עִמָּךְ' (ויקרא כה 36) כחובה חוקתית – יוכל הדבר להיות חלק מתרומתו של המשפט הישראלי לפיתוח המורשת המשפטית היהודית עצמה. לשון אחרת, עיגון בשפה היהודית של מעמדה החוקתי של האחריות החברתית לרווחת העניים יביא לא רק לפיתוחו הראוי של המשפט הישראלי, אלא אף להצבתו כמעין חוליית המשך של שרשרת הדורות של המשפט העברי.<sup>98</sup>

## ד. האם חובת הצדקה מכוננת זכות של העני?

### 1. הקדמה

עד כה דנו במעמד המשפטי של האחריות לביטחונם הסוציאלי של מעוטי האמצעים. חשיבות מיוחדת יש למושג היסוד שבאמצעותו מכיר בג"ץ **עמותת מחויבות** באחריות זו: לבני השכבות החלשות קיימת **זכות חוקתית לקיום בכבוד**, זכות שהם יכולים לתבוע מן המדינה. שומה עלינו לבחון אם החובה שהטיל המשפט העברי על הקהילה וחבריה לתמיכה בעניים מכוננת זכות נגדית של העניים לקבלת סיוע, שאותה הם יכולים לתבוע אם הסיוע לא ניתן להם.

שאלה זו מורכבת, שהרי כידוע שפתם של התורה ושל חז"ל היא שפת החובות ולא שפת הזכויות.<sup>99</sup> התורה אינה מצהירה על הזכות לחיים אלא קובעת "לא תרצח", היא אינה

96 בבלי, מכות כד, ע"א. ראו גם לעיל ה"ש 88.

97 למותר לציין כי המשמעות המקורית של המילה "צדקה" בלשון המקרא אינה קשורה במתן כסף לעניים. ברם לענייננו חשובה המשמעות שחכמים ייחסו למילה זו. על כך ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 70.

98 על תרומתו האפשרית של המשפט הישראלי לפיתוח מורשת המשפט העברי ראו גדעון ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" **עיוני משפט** כה 189, 209 (2001); אריה אדרעי "לא פוסק אני?! – מנחם אלון: שופט או פוסק הלכה" **ספר הזיכרון למנחם אלון: הלכה ומשפט** 45 (אריה אדרעי ואח' עורכים 2018).

99 רבים עסקו בכך. ראו למשל יצחק ברויאר "משפט האישה, העבד והנוכרי" **ציוני דרך** 57 (התשמ"ב); משה זילברג **כך דרכו של תלמוד** 66 (התשכ"ב); רוברט קובר "זכות" מול 'חובה': תורת המשפט היהודית של הסדר החברתי" **שאלה של כבוד – כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** 139 (יוסף דוד עורך, שרון כהן מתרגמת 2006); מיכאל ויגודה "בין זכויות חברתיות לחובות חברתיות במשפט העברי" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 233 (יורם רבין ויובל שני עורכים 2004). כן ראו לאחרונה **שיח הראויות: חלופה יהודית בין שיח הזכויות למוסר החובות** (עזריאל אריאל עורך התשע"ט).

מכריזה על הזכות לקניין אלא מורה "לא תגזול". תחום דיני הרווחה אינו יוצא מכלל זה, ואף בו נקבעות חובותיו של אדם להותיר לקט, שכחה ופאה לעניים ולסייע להם באמצעות צדקה. האם היעדר האזכור של זכות העני לקבלת סיוע מלמד על היעדרה? אכן, יש שסברו כי דיני צדקה מטילים חובות בלא שהם מקנים זכויות נגדיות;<sup>100</sup> על הקהילה ועל בעלי הרכוש מוטלת החובה לסייע לעניים, אך לעניים אין זכות לקבלת סיוע.<sup>101</sup> תמיכה לכאורה בקו חשיבה זה אפשר למצוא בכמה התייחסויות כלליות, רעיוניות ולא הלכתיות, של הוגים ומפרשים. כך למשל כתב הרמב"ם (המאה הי"ב) במורה הנבוכים:

הביטוי צדקה גזור מן צדק. צדק הוא לספק לכל מי שיש לו זכות את מה שמגיע לו, ולתת לכל נמצא מן הנמצאים בהתאם למה שהוא ראוי לו. אך בספרי הנבואה, החובות המוטלות עליך כלפי זולת – כאשר קיימת אותן – אינן קרויות צדקה בהתאם למשמעות הראשונה, מפני שאם אתה משלם לשכיר את שכרו או פורע את חובך אין זה נקרא צדקה. אבל בחובות המוטלות עליך כלפי זולתך בגלל מידת אופי טובה, כגון איחוי שברו של כל בעל שבר, הן קרויות צדקה [...] מפני שכאשר אתה נוהג מנהג מידות האופי הטובות, אתה נוהג בצדק כלפי נפשך המדברת, מפני שאתה נותן לה את המגיע לה.<sup>102</sup>

מדברים אלה של הרמב"ם עולה כי מתן צדקה נובע ממידת אופי טובה והיא עשיית צדק עם נפשו של הנותן, אף שאין בה משום עשיית צדק עם העני. ביתר חדות כתב הרש"ר הירש (המאה הי"ט):

משפט מציין מה שאדם יכול לדרוש מחברו בדין ובזכות עצמו; ואילו צדקה מציינת זכות שאינה קנויה לאדם מכחו ומעצמו – אלא נתונה לו מאת ה', זכות שאין הוא יכול לתבוע אותה מחברו, אבל יכול הוא לצפות אליה בתוקף מצוות ה'. משפט – כמשמעו, תביעה משפטית פשוטה; ואילו צדקה – תביעת החסד המוטלת על האדם כחובה.<sup>103</sup>

100 השו"ג'ן סטיוארט מיל **התועלתיות** 121 (יוסף אור מתרגם 1861) ("הצדק יש בו דבר-מה שלא רק מן היושר הוא לעשותו [...] אלא שגם יכול אדם מסוים לתבעו מאתנו כזכותו המוסרית. אין לשום אדם זכות מוסרית לתבוע מאתנו מעשי-נדיבות או גמילות-החסדים, שכן אין המוסר מחייב אותנו לנהוג את מנהג המדות הטובות הללו ביחס לאיזה אדם ידוע").

101 ראו למשל יצחק יוסף ליפשיץ "על מקורות זכות הקניין בהלכה" **מבקשי צדק: בין חברה לכלכלה במקורות היהודיים** 497, 518 (חנוך דגן ובנימין פורת עורכים 2016). לאחרונה פרסם רכניץ מאמר (לעיל ה"ש 44), ובו טען כי המשפט העברי המכיר בחובת הצדקה אינו מכיר בזכות לקבלת צדקה. להלן אציג גישה שונה, ובהערות אתייחס למקצת דבריו.

102 מורה נבוכים ג, נג (מהדורת שוורץ 669).

103 פירוש רש"ר הירש לבראשית יח, יט. עם זאת בהמשך דבריו הוא משנה מעט את הנימה, באומר: "יש ומערכת החוקים של בני אברהם רואה גם את הצדקה כמשפט וכדין [...] את הצדקה היהודית יצווה אברהם לבניו, ולא אותה 'פרוטה לעני', המפרנסת את גאוות הנותן, ומשפילה עד דכא את המקבל; אף לא אותו סעד ציבורי המגן על העשירים מפני חמת זעם העניים והמתייאשים: אלא דוקא אותה 'מצות צדקה', המזכה את 'כל דצריך' בזכות הנתונה לו מאת ה', הזוקפת את קומת העני בפני העשיר; ובה יודע

ברם עיון מעמיק בהלכות צדקה יגלה כי הסוגיה מורכבת מכפי הנראה במבט ראשון. לעניינים מסוימים דיני צדקה אכן מכוננים את זכותו של העני לקבלת סיוע. הגורם המביא למורכבות העניין הוא תכונת הקורלטיביות של זכויות וחובות כפי שניסחה הופלד.<sup>104</sup> לטענתו, חובות וזכויות הן שתי דרכים שונות לתאר אותה מערכת יחסים משפטית, שני צדדים של אותו מטבע; זכות היא לעולם תביעה המופנית כלפי בעל חובה, כשם שחובה לעולם מופנית כלפי מי שהוא בעל זכות לתובעה. זכות וחובה דומות לדלת שמצידה האחד כתוב "דחוף", ומצדה השני – "משוך"; בין שמושכים אותה ובין שדוחפים אותה הדלת היא אותה דלת.<sup>105</sup>

לאור זאת יש לשאול אם החובה שהמשפט העברי הטיל על בעלי הרכוש כלפי העניים לדאוג לרווחתם אינה מחוללת במשתמע זכות נגדית של העניים לקבלת סיוע, אף אם זכות זו אינה נהגית במפורש. לשם כך יש לבחון במדוקדק את מעמדם המשפטי של העניים בנוגע לסיוע האמור להינתן להם. האם חובת הצדקה המוטלת על בעל הבית היא חובה כלפי הקהילה, ורק היא זכאית לתבוע מבעל הבית את קיומה, או שמא חובתו היא כלפי העני עצמו, הזכאי לתובעה מבעל הבית שאינו מקיימה? האם לעניים יש זכות עמידה כלפי קהילה המשתמטת מלקיים כראוי את חובתה כלפיהם?<sup>106</sup> שאלה זו נידונה בהרחבה רבה בספרות חז"ל והפוסקים הבת-ר-תלמודיים. כדי לרדת לעומקה יש להיעזר בסכין מנתחים עדינה ולהבחין בין מערכות יחסים משפטיות שונות שדיני צדקה מכוננים.<sup>107</sup> עיון בדרך זו יגלה כי בחלק ממערכות היחסים חובת הצדקה

גם העשיר, שאין הוא אלא אפוטרופוס על ממון, המגיע לעניים בדין". השוו גם פירושו לתהלים עב, ג: "הצדקה לגבי המקבל היא מעשה חסד, אולם לגבי שמים יש כאן חיוב. לפי ההשקפה הבלתי יהודית מהווים המושגים משפט וחייב שמות נרדפים. מול כל חיוב עומד בהכרח משפט, ואילו בממלכת ה', על פי ההשקפה היהודית, רחב מושג החיוב הרבה יותר ממושג המשפט. מול המשפט עומד חוב, חובה. אולם צדקה – מצווה היא, חיוב היא, שבמצוות ה' יסודו ושאי עשייתו אף היא מהווה חטאה נגד ה' אף אם האדם שממנו מנעו את הצדקה אינו יכול לתבעו בבית דין [...] צדק ומשפט מבטיחים לכל אדם את הקניין שהוא זכאי לו מצד הדין, ואילו הצדקה מבטיחה אף למי שהוא חסר כל אם לא זכות משפטית, אך זכות הבאה מכוח ה' על ברכת שדה ומרעה".

104 ראו Wesley Newcomb-Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919).

105 הקורלטיביות בין זכויות וחובות הופכת סבוכה יותר שעה שמדובר בחובות המופנות כלפי מי שאינו כשיר לכאורה להיחשב בעל זכות, כגון איסור לצער בעלי חיים או איסור לפרסם לשון הרע על המת. דוגמה נוספת היא של חובות משפטיות שאין סנקצייה בצידן והן אינן ניתנות לאכיפה (*lex imperfecta*). עניין זה חורג מגבולות היריעה הנוכחית, שכן חובת הצדקה מופנית כלפי אדם הכשיר להיחשב בעל זכות, וכפי שראינו לעיל, לפי רוב הפוסקים היא ניתנת לאכיפה. להרחבה ראו Benjamin Porat, *Rights Based Law vs. Duty Based Law*, *Oxford Handbook of Jewish Law* (forthcoming).

106 לצורך הדיון כאן אני מניח כי בעל הזכות הוא הגורם שיכול לתבוע את אכיפת החובה, לפי תאוריית הרצון, ובשונה מ"תאוריית האינטרס", שלפיה בעל הזכות הוא הגורם המוטב מן החובה. ראו Alon Harel, *Theories of Rights*, in *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* 191 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2006).

107 לטענת רכניץ (לעיל ה"ש 44, בעמ' 305), ניתן להוכיח כי המשפט העברי אינו מכיר בזכות העני לקבלת צדקה מכך שמקורות חז"ל מורים לעני להשתדל להימנע מקבלתה (למשל, טור יורה דעה רנה: "לעולם

מכוננת זכות נגדית של העניים, ואילו בחלק אחר של מערכות היחסים המשפטיות חובת הצדקה אינה מכוננת זכות נגדית של העניים. התמונה אפוא מורכבת. ברם לעניין הנידון בבג"ץ עמותת מחויבות – חובת הקהילה להפעיל מערכת רווחה לטובת מעוטי האמצעים – אכן חובת הצדקה מכוננת זכות נגדית של העניים כלפי הקהילה.

## 2. סיוע כספי מול סיוע מיבול השדה

על בעל השדה חלה החובה לאפשר לעניים להיכנס לשדהו וליטול חלק מן היבול (לקט, שכחה ופאה), ועל בעל הבית חלה חובת הצדקה לסייע לעניים בכסף (וכן באוכל ובביגוד). חרף הדמיון הבסיסי בין שתי המצוות, המחייבות העברת טובין לעניים להבטחת רווחתם, בכל הנוגע לזכותם של העניים הן עוצבו כל אחת בדרך אחרת. אשר לחובה ליתן לעניים מיבול השדה הדגישו חכמי המשנה כי בעל השדה אינו רשאי לבחור את העניים שלהם הוא יאפשר להיכנס לשדהו. בעקבות זאת פסק הרמב"ם:

מי שאינו מניח את העניים ללקט, או שהוא מניח אחד ומונע אחד, או שמסייע את אחד מהן על חבירו, הרי זה גוזל את העניים.<sup>108</sup>

הרמב"ם אף חידד והדגיש כי לבעל השדה אין "טובת הנאה", כלומר אין לו האפשרות לבחור לאיזה עני הוא ייתן לקט, שכחה ופאה, אלא העניים הם שיכולים לכפות זאת עליו:

כל מתנות עניים אלו אין בהן טובת הנייה לבעלים, אלא העניים באין ונוטלין אותן על כרחן של בעלים.<sup>109</sup>

חובתו של בעל השדה כלפי העניים אינה מותירה לו מרווח שיקול דעת. המשמעות המשפטית של חובה זו היא הקניית זכות לעני כלפי בעל השדה. קשה לחשוב על ביטוי חד לכך יותר מלשון הרמב"ם "העניים באין ונוטלין אותן על כרחן של בעלים".<sup>110</sup>

ירחיק אדם עצמו מהצדקה ויגלגל עצמו בצער שלא יצטרך לבריות". דבר זה מלמד, לדעתו, שחובת הצדקה המוטלת על בעל הבית אינה מכוננת זכות נגדית אצל העני. ברם אין הדברים נראים כן, שהרי אף אם העני מצווה להשתדל להימנע מלקבל צדקה, אין בכך לסתור את האפשרות שהוא זכאי לתבוע את הצדקה המגיעה לו.

108 הלכות מתנות עניים ד, יב, בעקבות משנה פאה ה, ו.

109 הלכות מתנות עניים, א, ח בעקבות תוספתא פאה ב, יג, וכן ברייתא בבבלי, חולין קלא, ע"א. וראו רש"י, חולין קלא, ע"ב, ד"ה 'אין בהן' ("אין בהן טובת הנאה לבעלים – אין בידם לתתם לכל מי שירצו אלא כל הקודם זכה"). אך ראו תוספות, חולין קלא, ע"א, ד"ה 'יש בו'. על כך, ראו גם חזון איש, יורה דעה רב, ט.

110 אם לדייק, חובת בעל השדה אינה ליתן לעני לקט, שכחה ופאה, אלא לאפשר לו להיכנס לשדהו כדי שיאסוף לקט, שכחה ופאה. לפיכך אם נכנסו לשדה עניים רבים אשר כילו את כל הפירות ולא הותרו לעני פלוני דבר, בעל השדה לא ייחשב למי שהפר את חובתו כלפי אותו עני. במילים אחרות, לבעל השדה יש חובה לאפשר לכל עני להיכנס לשדהו, ובמערכת היחסים שבין העניים לבין עצמם יש לכל עני חירות ליטול לקט, שכחה ופאה, ואין לעני אחר זכות להגבילה. לתיאור התחרות המתקיימת בין העניים על נטילת לקט, שכחה ופאה ראו משנה, פאה ד, א ("אפילו תשעה ותשעה אומרים לחלק ואחד אומר לבוז לזה שומעין שאמר כהלכה"). ראו גם שם, ד, ד ("פאה אין קוצרין אותה במגלות ואין עוקרין אותה בקרדומות כדי שלא יכו איש את רעהו").



שונה מכך היא חובת הצדקה הישירה של בעל הבית לסייע לעניים הנקרים בדרכו. הלה רשאי לבחור את העני שלו הוא ייתן צדקה.<sup>111</sup> עניין זה לא התפרש במשנתם של התנאים, אך נאמר על ידי אמוראי התלמוד, שאפיינו את כספי הצדקה שאמורים להינתן לעניים כ"ממון שאין לו תובעים",<sup>112</sup> כלומר שעני פלוני אינו יכול לתבוע את קבלתם, שכן לבעל הבית שמורה האפשרות לבחור את העני שלו הוא ייתן את הצדקה. וכלשון רש"י (המאה הי"א): "מאן אתי תבע ליה לדינא, אי תבע ליה עני, אמר ליה לעני אחר יהיבנא ליה [=מי יבוא לתבוע אותו לדין, אם תבע אותו עני, יאמר לו: לעני אחר אתן לך]".<sup>113</sup> וכפי שניסח זאת רבי אפרים נבון (המאות הי"ז–י"ח): "אין אדם מחוייב לתת צדקתו לכל העניים אלא כל שנותנו למי שהוא רוצה יצא ידי חובתו".<sup>114</sup> כאמור לעיל, דומה הדבר לאפשרות הניתנת כיום לאדם להעניק חלק מכספי המס שהוא חייב בהם לעמותות מוכרות לפי בחירתו;<sup>115</sup> עמותה פלונית אינה יכולה לתבוע אדם מסוים על שבחר להעניק תרומה לעמותה אחרת ולא לה.<sup>116</sup>

111 חובה שונה, המצריכה דיון בפני עצמו החורג מגבולות מאמר זה, היא חובתו של אדם לתמוך בקרובו העני וליתן לו צדקה. לדיון בזכותו של עני כלפי קרובו העשיר ראו מחנה אפרים, זכיה ומתנה, סי' ת.

112 בבלי, בבא קמא לט, ע"א.

113 רש"י, שם, ד"ה 'משום'. על יסוד זה נקבע בדיני שומרים כי אם אדם מונה בידי בעל הבית לשמש שומר על כספי צדקה כדי שיחלקם לעניים, ובגלל התרשלותו נגנב הכסף, יהיה השומר פטור מלשלם. בעל הבית אינו יכול לתבועו, שכן הכסף ניתן לצדקה וכבר אינו של בעל הבית. ואף העניים אינם יכולים לתבועו, שכן שום עני לא יכול לתבוע את כספי הצדקה המגיעים לו, שהרי לשומר יש האפשרות לבחור את העני שלו הוא ייתן צדקה (בבלי, בבא קמא צג ע"א. ונתיבות המשפט, חידושים, סימן שא ס"ק ז הוסיף: "ודוקא שהשומר יהיה המחלק, דכיון שהשומר יכול לחלק למי שירצה הוא ממון שאין לו תובעים"). התלמוד מוסיף ומסייג כי הדין יהיה שונה אם מדובר בגבאי צדקה המפקיד בידי שומר את כספי הצדקה המיועדים לעני העיר, אז הם נחשבים "ממון שיש לו תובעים". על כך ראו להלן בהמשך מאמר זה.

114 מחנה אפרים, הלכות שבועות, סי' טו. לפיכך הסיקו הפוסקים כי במתן צדקה יש "טובת הנאה לבעלים". ראו למשל מרדכי, בבא מציעא, סי' רמא; מרדכי, שבועות, סי' תשסז; הגהת הרמ"א, חושן משפט פז, לה. להרחבה ראו נפתלי צבי יהודה בר-אילן, **ספר נקדש בצדקה: ביורוי הלכה בעניני צדקה בעקבות פסקי הרמב"ם ושלחן ערוך ראשונים ואחרונים** 25 (התשנ"א); פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 108.

115 ראו לעיל ה"ש 49.

116 אומנם לשון הרמב"ם בתחילת ההלכות המוקדשות לדיני צדקה עשויה להשמיע כביכול כי בעל הבית חייב ליתן צדקה לכל עני שנקרה בדרכו ללא שיש לו שיקול דעת בדבר: "וכל הרואה עני מבקש והעלים עיניו ממנו ולא נתן לו צדקה עבר בלא תעשה" (רמב"ם, מתנות עניים ז, ב). ברם דומה שכונתו למי שמתעלם מן העני ומסרב ככלל ליתן צדקה ולא למי שנכון לתת צדקה אך מעדיף עני פלוני על פני עני אלמוני. אכן, במקום אחר פסק הרמב"ם כי צדקה היא "ממון שאין לו תובעים" (רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון ה, א). מסיבה זו גם ההלכה שנקבעה בשולחן ערוך, כי "לא יתן אדם כל צדקותיו [=כספי הצדקה שלן] לעני אחד בלבד" (יורה דעה רנו, ט), אינה שוללת את מרחב הבחירה שיש לבעל הבית לבחור את העניים שלהם הוא ייתן צדקה, ובלבד שלא ייתן את כל הכסף לעני אחד (ראו גם הגהת הרמ"א, שם, סעיף י: "כל אחד מותר ליתן צדקה שלו או מעשר שלו למי שירצה מקרוביו").

נמצא אפוא כי בשונה מחובת התמיכה של בעל השדה בעניים, המקימה להם זכות להיכנס לשדה וללקוט את חלקם ביבול, חובת הצדקה המוטלת על בעל הבית לא הקימה זכות לעני כלפיו לקבלת צדקה.<sup>117</sup>

### 3. העני כיחיד והעניים כקבוצה

אף שאמרנו כי עני פלוני אינו יכול לתבוע מבעל הבית לקבל ממנו צדקה, שכן זה האחרון רשאי לבחור את העני שלו הוא ייתן סיוע, מדברי הפוסקים עולה כי לעניים כקבוצה יש זכות כנגד בעל הבית המסרב ככלל ליתן לעניים.

כאמור לעיל, מרבית הפוסקים הסכימו כי "ממשכנין על הצדקה", כלומר אוכפים את הצדקה על בעל בית המסרב ליתן.<sup>118</sup> מה טיבה של כפייה זו ומה ניתן ללמוד ממנה על מעמד העניים? בהקשר זה יש משמעות רבה לדברי הרמב"ם, שמפאת חשיבותם אצטטם בשנית:

מי שאינו רוצה ליתן צדקה, או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדהו ליתן, ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות.<sup>119</sup>

ניכר מדברי הרמב"ם כי הצדקה נאכפת בשתי דרכים: כפיית בעל הבית ליתן צדקה בעצמו ועיקול רכושו לטובת הצדקה.<sup>120</sup> הדרך הראשונה מצטיירת ככפייה של אדם לקיים את חובותיו הדתיות (כפייה על המצוות); כאן הדגש אינו על נטילת כסף הצדקה מנכסיו, אלא על כפייתו ליתן בעצמו.<sup>121</sup> לעומת זאת הדרך השנייה עניינה הבטחת רווחתם של העניים. לפיכך בדרך זו הכסף ניטל מרכושו של האדם אף בלא השתתפות פעילה מצדו.<sup>122</sup>

117 טעם ההבדל נעוץ ככל הנראה בהנחה כי הארץ ופירותיה שייכים לקב"ה, ככתוב "פי לי הארץ, פי גרים וְתוֹשְׁבֵי אֲרָץ עִמְדֵי" (ויקרא כה 23). בשונה מן הכסף ומן המיטלטלין הנחשבים בבעלותו המלאה של בעל הבית. הבדל זה גם קשור בהנחה כי לעניים יש זכות חפצית ביבול המיועד ללקט, שכחה ופאה. להרחבה ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 111. להסבר שונה ראו הרב גוסטמן, קונטרסי שיעורים למסכת נדרים, בעמ' פה.

118 ראו לעיל ה"ש 43.

119 רמב"ם, מתנות עניים ז, י.

120 לא הכול הסכימו עם הרמב"ם. לדעת הרשב"א אומנם בית הדין כופה את בעל הבית ליתן צדקה, אולם אין הוא יורד לנכסיו ליטול מרכושו לצדקה. ראו חידושי הרשב"א, כתובות מט, ע"ב, ד"ה 'כי הוה'. ברם הלכה נקבעה כרמב"ם וכשולחן ערוך. וראו שו"ת הרמ"א, סי' לא.

121 זו הפרשנות המקובלת לדברי הרמב"ם. יש לשקול פרשנות נוספת, שלפיה הדרך הראשונה של הכפייה נועדה למצבים שבהם אין לבעל הבית רכוש זמין שניתן לעקלו (כגון שיש לו רכוש במקום אחר מחוץ להישג ידו של בית הדין), ולפיכך כופים אותו להשיג את הכסף בעצמו. לפי זה, אף כאן תכלית הכפייה אינה דתית.

122 לאמיתו של דבר, עניין זה תלוי בשאלה כיצד לפרש את המילה שהוסיף הרמב"ם "ויורדין לנכסיו בפניו". אם כוונתו לסייג ולומר כי יורדים לנכסיו בפניו בלבד, אך אין יורדים לנכסיו שלא בפניו, מסתבר כי אף פעולה זו של ירידה לנכסים היא הסתעפות של רעיון כפייה על המצוות (קצות החושן, סי' רצ, ס"ק ג). לעומת זאת אם כוונתו לומר כי יורדים לנכסיו אפילו בפניו, וכל שכן שלא בפניו, או משמעות הכפייה היא אכיפה משפטית חברתית, כשאר החובות המשפטיות שמטיל בית הדין על האדם (ב"ח, יורה דעה

בעקבות זאת חידדו שניים מנושאי הכלים של הרמב"ם והשולחן ערוך כי הירידה לנכסיו של בעל הבית כדי לגבות מרכושו לצדקה מבוססת על ההנחה שכספים אלה מגיעים בדין לעניים, וגבייתם היא כהחזר חוב.<sup>123</sup> לדעת רבי דוד אבן זמרא (המאה ה"ט"):

מצוות עשה של צדקה שיש בה תקנה לעניים והרי הוא כחוב עליו וכופין אותו לפרוע חובו ויורדין לנכסיו כאשר עושין למי שמסרב לפרוע החוב אשר עליו.<sup>124</sup>

ובדומה כתב רבי אריה לייב הלר (המאה הי"ח):

בצדקה אית ביה שעבוד נכסי [=יש בה שיעבוד נכסים] ליתן ממונו לצדקה ואם כן ממון עניים גביה [=אצלן] הוא כאילו חייב להם חוב ממש, אם כן זה שאנו כופין אותו היינו להחזיר לעניי עולם מה שחייב להם.<sup>125</sup>

הביטויים "והרי הוא כחוב עליו", "להחזיר לעניי עולם מה שחייב להם", מבטאים בבהירות את הרעיון כי כספי הצדקה אינם רק חובתו הדתית של בעל הבית אלא גם זכותם המשפטית של העניים.<sup>126</sup> לפיכך בית הדין יורד לנכסיו של בעל הבית כדי ליטול מהם את הרכוש האמור להינתן לעניים ואינו מסתפק בכפיית בעל הבית ליתן בעצמו את הצדקה.<sup>127</sup> גישה מרחיקת לכת עוד יותר הביע רבי אפרים נבון (המאות הי"ז–י"ח). לדעתו, אף שעני יחיד אינו יכול לתבוע את בעל הבית המסרב ליתן לו צדקה (שכן הלה יכול לבחור ליתן את הצדקה לעני אחר), אם בעל הבית מסרב ליתן צדקה לעניים ככלל, הרי שאותו עני

רמח, ס"ק א). ראו גם ש"ך, יורה דעה רמח, ס"ק ד; קהילות יעקב, בבא בתרא, ס"ו. וראו ברכת שמואל, בבא קמא סימן ל אות ב, שהציע כי אפילו האפשרות לרדת לנכסי החייב אינה בהכרח מלמדת על זכות ממונית כלפיו.

123 הללו התמודדו עם שאלת בעלי התוספות (בבא בתרא ח, ע"ב, ד"ה 'אכפיה לרב נתן') כיצד בית דין כופין את הצדקה, והלא זו מצוות עשה ששכרה התפרש בתורה, וכלל נקוט בדינו כי "כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית דין שלמטה מוזהרין עליה" (בבלי, חולין קי, ע"ב). לגישה בעלי התוספות המתנגדים לרעיון אכיפת הצדקה ראו לעיל ה"ש 42.

124 רדב"ז, הלכות מתנות עניים ז, י.

125 קצות החושן, סי' רצ, ס"ק ג.

126 תובנה קרובה באה לידי ביטוי בהלכה אחרת ברמב"ם, שפסק כי אף השוטה חייב בצדקה (הלכות נחלות יא, יא). הלכה זו תמוהה, שהרי השוטה פטור מן המצוות. כמה הסברים נאמרו בדבר. על פי אחד מהם, החשוב לענייננו, אומנם השוטה עצמו פטור מן המצוות, אולם ממונו משועבד לעניים. וכלשון רבי יוסף קארו בפירושו כסף משנה, שם: "כי ממונו של אדם משועבד לעשות ממנו צדקה". כלומר, מתן צדקה לעניים הוא פירעון חוב כלפיהם ואף השוטה חייב בפירעון חובותיו. ראו יעקב אריאל "וייכון בחסד כסאך (מדינה ישראלית אידיאלית)" **וחי אחיך עמך: מדיניות חברתית וכלכלית על פי התורה 9, 13** (עזריאל אריאל עורך התשע"ח) ("נראה לומר בדעת הרמב"ם שחובת הצדקה של שוטה היא מדין מס. הציבור מטיל מסים על רכושם של כל בני העיר, וגם רכושו של שוטה בכלל").

127 ראו גם חמודי צבי, כ, נא, שהסביר כי יורדים לנכסיו של המסרב ליתן צדקה "דהעניים לא הפסידו זכותן". אך ראו צפנת פענח, הלכות מתנות עניים ז, י ("בצדקה מה ששייך ליתן לקופה כופין אותו אך לא בגדר שיעבוד נכסים רק דמכין אותו וממשכנין אותו בגדר כפייה לא בגדר גבייה").

יחיד רשאי לרדת לנכסיו של בעל הבית ולתפוס מהם את כספי הצדקה שהוא חייב, כדין נושה הרשאי לתפוס מנכסי החייב!<sup>128</sup> ובלשונו:

ולענין צדקה דקיימא לן [=שקיים בידינו] דאם אינו רוצה ליתן כופין אותו וגם כן יורדין לנכסיו משום דנכסיו משועבדין לתת צדקה, איכא למיבעי [=יש לשאול] דאם בא עני ותפס מזה שאינו רוצה ליתן אי זכה בהם.

והיכא [=והיכן] דבעל הבית רוצה ליתן לעני אחר יראה דלא זכה העני במה שתפס [...] אבל היכא דאינו רוצה ליתן לשום עני איכא למימר דמהני [=יש לומר שמועילה] תפיסת העני.<sup>129</sup>

טיעונו של הרב נבון מורכב מהלחמה של שלושה טיעוני־משנה, אשר האחד חדשני מרעהו. ראשית הוא מניח כי אף שסירובו של בעל הבית ליתן צדקה לעני פלוני אינו מקנה לאותו עני זכות תביעה כלפיו, הרי שסירובו של בעל הבית ליתן צדקה לעניים בכללם מקנה לעניים כקבוצה זכות תביעה כלפיו. עוד הוא מניח כי אם לעניים כקבוצה יש זכות תביעה כלפי בעל הבית, הרי שהם יכולים לממש את תביעתם אף באמצעות ירידה לנכסיו של בעל הבית, על פי גדר עשיית דין עצמית (ולא רק בדרך של תביעה בבית דין). שלישיית, וזהו החידוש הגדול ביותר בדבריו, אם העניים כקבוצה רשאים לרדת לנכסיו של בעל בית סרבן, הרי שגם עני פלוני יכול לפעול בשמם ולרדת לנכסיו של בעל הבית כדי ליטול מרכושו.<sup>130</sup> הלכה זו שהציע רבי אפרים נבון היא מרחיקת לכת ביותר. היא מעניקה כח רב לעני היחיד, שיוכל חד־צדדית לרדת לנכסיו של בעל בית סרבן וליטול מרכושו לצדקה. ברם אף אם חלק מהנחותיו לא יתקבלו, כגון שהעני היחיד אינו יכול לפעול על דעת עצמו בשם העניים כקבוצה (ההנחה השלישית), או שעניים היכולים לתבוע בבית דין את בעל הבית הסרבן אינם יכולים לרדת לנכסיו בעצמם (ההנחה השנייה), הנחתו הראשונה כי לעניים כקבוצה יש זכות תביעה כלפי בעל בית סרבן נראית מבוססת היטב.

מכלול זה של מקורות מלמד כי אף שלעני כיחיד אין זכות לקבלת צדקה מבעל הבית, הרי שלעניים כקבוצה יש זכות כלפיו.<sup>131</sup>

#### 4. זכות העני כלפי גבאי הצדקה

הבחנה נוספת המקרבת אותנו ליעדנו היא בין מערכת היחסים של העני ובעל הבית לבין מערכת היחסים של העני וגבאי הצדקה. בשונה מבעל הבית, היכול לבחור את העני שלו

128 על עשיית דין עצמית במשפט העברי ראו שמשון אטינגר **העושה דין לעצמו במשפט העברי** (דיסרטציה, האוניברסיטה העברית בירושלים התשמ"ב).

129 מחנה אפרים, הלכות זכיה ומתנה, סי' ח.

130 דומה כי כוונתו שאותו עני ייטול את הצדקה לעצמו, ולא שייטול אותה כדי לחלקה לשאר העניים.

131 לגישה שונה ראו קונטרסי שיעורים למסכת נדרים, עמ' פה: "בצדקה כוונת התורה היא שהבעל הבית יתן משלו ומרצונו הטוב להעניים [...] דאין כוונת הצדקה כדי שיהא להעניים פרנסה אלא כדי שניצולו אנו [=בהן מדינה של גהינם] שאנחנו ניתן מרצונו לא הקב"ה".

הוא ייתן צדקה, גבאי הצדקה אינו רשאי לנהוג כן, אלא עליו לנהוג בכל העניים כשוים זה לזה.<sup>132</sup> הדבר נפסק בשולחן ערוך, והתחדד בהגהת הרמ"א שבעקבותיו:

המחלק צדקה צריך לזהר שלא ירבה לקרוביו יותר משאר בני אדם.

הגה: ודוקא גבאי, אבל כל אחד מותר ליתן צדקה שלו או מעשר שלו למי שירצה מקרוביו, והם קודמין.<sup>133</sup>

מכאן הסיק רבי יעקב לורברבוים מליסא (המאה הי"ח-י"ט), כי בשונה מכספי הצדקה שבידי בעל בית, הנחשבים "ממון שאין לו תובעים", כלומר אין עני מסוים היכול לתבוע אותם לעצמו, הרי שכספי הצדקה שבידי הגבאי נחשבים "ממון שיש לו תובעים", שכן כל אחד מעניי העיר יכול לטעון כי הוא זכאי לחלק מהכספים, ולגבאי "אין בו טובת הנאה" להחליט למי ייתן:

כשהוא ביד גזבר ודאי דמחוייב ליתן לכל מי שדינו ליטול ראשון די מחסורו [...] והבית דין כופין להגזבר והגזבר אין לו בו טובת הנאה [...] כממון שיש לו תובעין דמי [=דומה].<sup>134</sup>

ובדומה כתב רבי משה פיינשטיין (המאה ה')::

אסור להם [=לגבאי הצדקה] ליתן לעני אחד יותר מחברו כשהצורך הוא שוה [...] והטעם שהוא ממילא כבר יש לעניים זכות שיעשו כפי הנחוץ והצורך והקד[ו]נות שסדרו חכמים, וכשליכא [=וכשאין] דין הקדימה כולם שוין בהם.<sup>135</sup>

על הגבאי מוטלת אפוא חובה לחלק את הצדקה שווה בשווה בין עניי העיר, ומכאן כי לכל אחד מהעניים זכות לקבלת חלק מכספי הצדקה של הקהילה. אלא שמכאן עדיין אין נובע כי לעניים יש זכות כלפי הקהילה שתקים קופת צדקה ולא תסתפק בהפנייתם לחזר על פתחי בעלי הבתים. לשון אחר, זכותם של העניים לשוויון (כלומר שהקהילה תתייחס לכל העניים

132 מובן שאין הדברים אמורים אם יש סיבות אובייקטיביות להבחין בין העניים, כגון שמצוקתו של עני פלוני רבה ממצוקתו של עני אלמוני.

133 שולחן ערוך, יורה דעה רנז, י. וראו בבלי, שבת קיח, ע"ב "ואמר רבי יוסי: יהא חלקי מגבאי צדקה ולא ממחלקי צדקה", ופירש רש"י: "המחלקים אותה עליהם לבדוק לפי הצורך לכל אחד ואחד, ופעמים שקרובין דעתם לרחם על זה ולחלוק יותר מן הצורך שאומדין אותו בהרווחה ואומדין את חברו בצמצום".

134 חוות דעת, ביאורים, שולחן ערוך, יורה דעה קס, ס"ק י. למעשה, יסוד הדברים בסוגיה הנזכרת לעיל בה"ש 113. למקורות נוספים ראו רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון ה, א; שולחן ערוך, חושן משפט שא, ו; שו"ת מהרי"ט ח"ב, יורה דעה מה. ראו גם נפתלי צבי יהודה בר-אילן **משטר ומדינה בישראל על פי התורה** כרך ג 1309 הערה 35 ("גם במקום שצדקה בעלמא היא בבחינת ממון שיש [נראה שצ"ל: שאין] לה תובעים, הרי שבמקום שיש תקנה ציבורית לתת צדקה קצובה לכל עני, נחשב הממון כממון שיש לו תובעים").

135 שו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"א, קמד. ראו גם שו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"א, קנ, ג.

כשוים זה לזה) כשלעצמה אינה משמיעה כי יש לעניים זכות כלפי הקהילה שתתמוך בקיומם בכבוד. לשאלה זו נפנה עתה.

## 5. זכות העני כלפי הקהילה

כאמור, הרמב"ם חידש וקבע "כל עיר שיש בה ישראל חייבין להעמיד מהם גבאי צדקה"<sup>136</sup>, כלומר הקמת מערכת רווחה קהילתית היא חובה המוטלת על בני העיר, ובלא שהדבר נתון לשיקול דעתם. אומנם הקהילה רשאית לעצב את דרכי פעולת הקופה כפי הבנתה, כגון לשנות את מועדי החלוקה, ברם עצם הצורך בהקמת קופה, כמו גם התחומים שעליהם היא מופקדת, נקבעו כחובה קשיחה המוטלת על הקהילה. על בסיס זה יש לשאול: האם החובה המוטלת על הקהילה מקימה לעניים זכות נגדית? האם העניים יכולים לתבוע קהילה המסרבת להקים קופת צדקה בתחומה כדי לאכוף זאת עליה?

שאלה זו חשובה לענייננו במיוחד, שכן היא קרובה במידת מה לשאלה שעמדה במוקד ענייניו של בג"ץ עמותת מחויבות. כזכור, שופטי בג"ץ נדרשו לשאלה אם קיימת אחריות משפטית של המדינה להגנה על ביטחונם הסוציאלי של אזרחיה, המטילה חובה על המדינה ומקנה למעוטי האמצעים זכות נגדית כלפיה. לעומת זאת במשפט העברי ההנחה היא שאכן חובה שכזו קיימת על הקהילה כלפי חבריה, אולם יש לדון בשאלה אם היא מכווננת זכות נגדית של העניים כלפי הקהילה.

אכן, כמה פעמים התמודדו פוסקי ההלכה בימי הביניים עם קובלנתם של העניים נגד הקהילה, על שזו העדיפה להימנע מלהקים קופת צדקה ולהפנות את העניים לקבלת סיוע פרטי מבעלי הבתים.<sup>137</sup> כך למשל רבי משה מינץ (המאה ה"ט"ו) מתאר בתשובתו קהילה שלא החזיקה קופת צדקה קהילתית לתמיכה בעניים, והללו נאלצו לפעול בעצמם ולשחר פניהם של בעלי הבתים. הדבר גרם שרק חלק מן העניים קיבלו סיוע, ואילו צורכיהם של עניים אחרים נותרו ללא מענה. המהר"ם מינץ הורה לקהילה להקים קופת צדקה ולתקן תקנות רלוונטיות שיסדירו את פעולתה כדי לספק את צורכי כלל העניים.<sup>138</sup> התשובה מתארת כיצד הוא למעשה כפה על הקהילה הקמת קופה קהילתית עם תקנות מסודרות כמענה לתלונות העניים כי צורכיהם אינם מוגנים כראוי בלא קופה:

קודם שבאתי הנה ק"ק בבנבערק<sup>139</sup> [...] היה דומה האי מתא [=עיר זו] כבקעה פרוצה [...] ולא היה איש ששם על לבו לעיין במילי דמתא [=בענייני העיר], ולתקן מילין כפי צרכו. והיה הקהל כצאן אשר אין לו רועה. וכן לא היה מעות בכיס של צדקה, הן בב"ה [=בבית הכנסת] או בבית החיים. וכאשר באתי הנה [...] יהבינא [=נתתי] דעתי לתקוני מילי דמתא [=לתקן ענייני העיר] לפי צורך שעה [...] ראשית דבר, הנה אין מעות בכיס של צדקה,

136 רמב"ם, מתנות עניים ט, א.

137 דוק: כאן ענייני אינו תביעה של הקהילה נגד בעלי בתים המבקשים ליתן צדקה ישירות לעניים אלא תביעה של העניים נגד הקהילה עצמה, שאינה מקימה קופת צדקה בתחומה.

138 שו"ת מהר"ם מינץ, סי' ט.

139 כיום נקראת "במברג" שבגרמניה.

ובכל עת באו עניים ארחי ופרחי, ואמרו הלבשוני או פרנסוני, צעקו מר וליתא דאשגח בהו [=ואין מי שהשגיח בהם], כי קדרי דבי שותפי כו' [...].<sup>140</sup>

דברים מפורשים יותר אמר בעניין זה רבי דוד אבן זמרא (המאה הט"ז). הרדב"ז נדרש לוויכוח בין הקהילה לבין אחד מבעלי הבתים, שגרס כי הוא רשאי ליתן את כספי הצדקה שהוא חייב בהם ישירות לעניים ואינו מעוניין להשתתף בקופת הצדקה הקהילתית. בדומה לפוסקים נוספים, הרדב"ז הכריע כי הקהילה רשאית לכפות על אדם זה ליתן את הצדקה באמצעות הקופה הקהילתית, למעט בעיר שבה המנהג היה שלא להקים קופת צדקה.<sup>141</sup> אלא שבנקודה זו הוסיף הרדב"ז וחידש, כי אפילו אם מנהג הקהילה הוא שלא להקים קופת צדקה הרי שאין לכבד מנהג זה כאשר מתברר שצרכי העניים אינם מוגנים כראוי וחלק מן העניים אינם מקבלים סיוע; אז יש לכפות על הקהילה הקמת קופת צדקה, ואפילו נגד המנהג. הטעם שנתן לכך הרדב"ז – "אין המנהג מועיל לגזול את העניים" – משמיע במפורש את זכותם של העניים כלפי הקהילה להקמת קופת צדקה. וכך כתב הרדב"ז:

שאלת ממני אודיעך דעתי, בראובן שהוא אמוד לתת צדקה ונותנן לכיס של צדקה דבר מעט, והשאר מחלק אותו לעניים שהוא חפץ, אם כופין אותו.

תשובה: לא מיבעיא [=אין צריך לומר] בעיר הזאת שכבר נהגו לתת הכל לקופה של צדקה ומשם מתחלק לכל העניים, דפשיטא דכופין אותו לתת לכיס מה שראוי ליתן כפי ממונו. אלא אפילו בעיר חדשה כופין אותו ליתן הצדקה עם הצבור, דקילין [=דקיימא לן, שקיים בדינן] כופין בני העיר זה את זה לקנות ספר תורה, ולבנות בית הכנסת, ולשכור להם מלמד, והוא הדין שכופין לתת לכיס של צדקה ביחד.

וטעמא דמסתבר הוא, דכל אחד מן העניים ילך הוא אצל בעל הבית ויתחנן לו לתת צדקה, ונמצאו הצנועים מתים ברעב, ולכן תקנו קופה ותמחוי כדי שיתפרנסו כולם ביחד בכבוד. ומכל מקום אי נהגו מימים קדמונים לחלק כל אחד לבדו אין כופין אותו. ומיהו [=אולם] אפילו לפי המנהג הזה אם מתפרנסים מקצת העניים ומקצת אין מתפרנסין כופין אותו ללכת ביחד ולחלק בשוה לפי מה שהם צריכין, כי אין המנהג מועיל לגזול את העניים, וזה ברור מאוד.<sup>142</sup>

עולה אפוא כי על הקהילה מוטלת החובה להקים מנגנון להבטחת רווחתם של העניים. לדעת הרדב"ז הפרת חובה זו נחשבת גזל עניים. נמצא כי אף שלעני פלוני אין זכות לקבלת צדקה ישירה מבעל הבית, יש לו זכות כלפי הקהילה להבטחת רווחתו.<sup>143</sup>

140 על יסוד פתגם המופיע בבלי, בבא בתרא כד ע"ב: "קידרא דבי שותפי לא חמימא ולא קיריא [=קדירה של שותפים אינה חמה ואינה קרה]".

141 ראו תשובת המהר"ם מרוטנבורג, לעיל ה"ש 57.

142 שו"ת רדב"ז מכתב יד – אורח חיים, יורה דעה (חלק ח), סי' קעב (ההדגשה הוספה).

143 המסקנה כי ההלכה מכירה במשתמע בזכותם של העניים לקבלת סיוע מן הקהילה אינה סותרת את החובה המוסרית המוטלת עליהם לעשות כל שביכולתם לפרנס את עצמם ולא ליפול לעול על הציבור,

אלא שבנקודה זו מתעוררת השאלה אם אומנם ניתן להשוות את אחריותה של הקהילה כלפי חבריה החיים בעוני (כפי שעולה מדיני צדקה) לאחריותה של המדינה כלפי אזרחיה מעוטי האמצעים (כפי שנידון בבג"ץ עמותת מחויבות). בשאלה זו אדון בסעיף הבא.

## ה. ממלכה, קהילה, מדינה

דיני צדקה נצרכו בכור ההיתוך הקהילתי וקבעו את אחריותה המשפטית של הקהילה לרווחת ענייה. האם יש להקיש מהלכות הקהילה לדיני המדינה? האם החובה שהטיל המשפט העברי על בני העיר להקים קופת צדקה היא מקור השראה לחובת המדינה להקמת מערכת רווחה? או שמא הלקח הנלמד מן המשפט העברי הוא דווקא הותרת האחריות לרווחת העניים בגדרי הרשות המקומית ולא כמשימה מדינתית?

שאלה זו הופכת מורכבת יותר בשל ההבדל הפנימי שהמשפט העברי עצמו מקיים בין דיני הקהילה לבין משפטי המלוכה. אומנם הפוסקים הטילו על הקהילה את החובה להקים קופת צדקה, אך כפי שניזכר הם לא הכירו בחובה דומה החלה על המלך כלפי בני ממלכתו. הדבר מחדד את הדילמה: האם שאיבת השראה מן המקורות היהודיים עבור מערכת הרווחה של מדינת ישראל ראויה להיעשות מהלכות הקהילה הימי-ביניימית או שמא ממשפטי המלוכה? אפרט.

כאמור, בתורה עצמה המצוות החברתיות כולן חלות על היחידים. הן מחייבות העברה ישירה מבעלי הרכוש (בעלי השדות, האדונים והמלווים) אל חסרי הרכוש (העניים, העבדים והלווים). המלך אינו מצוין במצוות אלה, ודאי לא כגורם ריכוזי האחראי לגבייה ולחלוקה. מאוחר יותר גם חז"ל, שאומנם לא חוו את המלוכה היהודית כישות שלטונית ריאלית אך הקדישו לה דיונים נרחבים ביצירתם ההלכתית, לא הטילו על המלך את החובה לדאוג לרווחת בני עמו. החובות שהוטלו על המלך היו מצומצמות יותר כגון דאגה לביטחון (חוקן ופנים) וכן אחריות להפעלתה של מערכת משפט. החובה להבטיח את רווחת נתיני הממלכה לא נמנתה כאחת מחובות המלך. כך למשל קבע הרמב"ם בהקשר חובות המלך:

ובכל יהיו מעשיו לשם שמים, ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת, ולמלאות העולם צדק, ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמות ה', שאין ממליכין מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות, שנאמר "ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו ונלחם את מלחמתנו" (שמואל א ח, כ).<sup>144</sup>

אליבא דרמב"ם, חובותיו היסודיות של המלך הן אפוא שתיים: הבטחת הביטחון והמשפט.<sup>145</sup> המלך רשאי כמובן לעסוק בתפקידים נוספים. יש מקורות חז"ל המשבחים

כלשון הרמב"ם בסוף הלכות מתנות עניים: "וכל מי שצריך ליטול וציער ודחק את השעה וחיה חיי צער כדי שלא יטריח על הצבור אינו מת מן הזקנה עד שיפרנס אחרים משלו, ועליו ועל כל כיוצא בזה נאמר ברוך הגבר אשר יבטח בה" (ראו לעיל ה"ש 107).

144 רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמות ד, י.

145 ייתכן גם שיש להוסיף את תפקידו בתחום קביעת ההילך החוקי (הטבעת מטבעות). ראו הלכות גזילה ואבדה ה, יח.



מלכים שדאגו לרווחת בני עמם העניים.<sup>146</sup> ברם מקורות אלה לא חרגו מדברי שבה בזכות המלך הראוי, כלומר מעלה טובה שאינה דבר שבחובה, וודאי לא חלק מן החובות היסודיות המגדירות את תפקיד המלוכה.<sup>147</sup> ניכר אפוא כי הציפיות ההלכתיות מן המלך היו מינימליות ולא כללו הקמת מערכת רווחה ממלכתית.

בנקודה זו אנו באים לאחת הדילמות העיקריות שבפניהן ניצב המשפט העברי בעת החדשה. פוסקי המשפט העברי לדורותיהם לא הכירו את צורת השלטון של המדינה הדמוקרטית המודרנית אלא צורות שלטון אחרות, כגון המלוכה המקראית או האוטונומיה הקהילתית בימי הביניים. על המבקשים לעצב את "הלכות מדינה" בהשראת המקורות היהודיים להשוותה אל צורות השלטון הקדומות שהכירו חכמי המשפט העברי (אגב הקפדה על התאמות נדרשות). כאן מתעוררת השאלה אם מנקודת המבט של מקורות המשפט העברי ראוי לפענח את מהותה המשפטית של מדינת ישראל בזיקה למשפטי המלוכה שבהלכות מלכים או שמא לאור דיני הקהילה.<sup>148</sup> דילמה עקרונית זו נפרסת על פני קשת רחבה של סוגיות מעולמו של המשפט הציבורי, כגון דיני צבא וביטחון, סדרי ממשל והליכי בחירות ועוד רבים. בהקשר כל אחת מסוגיות אלה יש להתחבט אם מדינת ישראל ראויה להיתפס כהרחבה של הקהילה היהודית הימני-ביינימית, כדוגמת דיני ז' טובי העיר, או שמא היא מעין תחייה מודרנית, דמוקרטית, של מלכות ישראל המקראית, על פי משפטי המלוכה. כל אחת מאפשרויות אלה שונה מרעותה, הן בהנחות היסוד שלהן הן במסקנותיה. לא כאן המקום להאריך בהבדלים אלה.<sup>149</sup>

146 כך לדוגמה על הפסוק "וְיָהִי דָוִד עֹשֶׂה מִשְׁפָּט וְצִדְקָה לְכָל עַמּוֹ" (שמואל ב, ח 15) דרשו חכמים: "דן את הדין, זיכה את הזכאי וחייב את החייב, וראה שנתחייב עני ממון ושלם לו מתוך ביתו – זה 'משפט וצדקה', משפט – לזה, וצדקה – לזה, משפט לזה – שהחזיר לו ממון, וצדקה לזה – ששילם לו מתוך ביתו" (בבלי, סנהדרין ו, ע"ב. ובדומה בירושלמי, סנהדרין ב, ב, כ, ע"א, מהדורת האקדמיה 1275). ראו גם ציונו לגנאי של שאול המלך על שהרג את נוב עיר הכוהנים, ובכך פגע בעקיפין ברווחת הגבעונים, "שהיו מספיקין להן מים ומזון, מעלה עליו הכתוב כאילו הרגן" (בבלי, בבא קמא קיט, ע"א; בבלי, יבמות עח, ע"ב). ולבסוף, יש מן המפרשים שראו בתיאור המלך האידיאלי המופיע בתהילים עב – "כִּי יִצִיל אֶבְיֹוֹן מִשֹּׁעַ וְעֵנִי וְאֵין עֹד לוֹ. יָחַס עַל דָּל וְאֶבְיֹוֹן וְנִפְשׁוֹת אֶבְיֹוֹנִים יוֹשִׁיעַ" – שבה למלך הדואג לרווחת עניי ממלכתו. וכך כתב רד"ק, שם: "יתן לעני מהונו שיחיה עמו". לדוגמאות נוספות ראו מלכים א, יח 5; מלכים ב, ו 25–26. על כך ראו עזריאל אריאל "צדקה ממלכתית בתנ"ך ומפרשיו" (טרם פורסם). לדיון בתיאורים המקראיים של מלכים המגשימים תיקונים חברתיים בממלכתם ראו ויינפלד **משפט וצדקה**, לעיל ה"ש 23, בעמ' 26.

147 להרחבה על תפיסת המלוכה ראו למשל יאיר לורברבוים **מלך אביון: המלוכה בספרות היהודית הקלאסית** (נועם לסטר עורך 2008); גרשון גרמן **מלך ישראל – ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדה של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה** (2003).

148 דילמה דומה מצויה בהגות הציונית החילונית: האם עניינה של הציונות הוא שלילת הגולה, כמעין תחייה מודרנית של העברים המקראיים, או שמא עניינה תחייה תרבותית נוסח אחד-העם של הווי התרבות היהודית שבגלות? על כך ראו אניטה שפירא "בן-גוריון והתנ"ך: יצירתו של סיפר היסטורי?" **יהודים חדשים יהודים ישנים** 217 (התשנ"ז).

149 על כך ראו אליאב שוחטמן "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" **שנתון המשפט העברי** טז–ז 417 (התש"ן–התשנ"א); בנימין פורת "חמישה מושגים יהודיים של דמוקרטיה ישראלית: מסת פתיחה" **מחשבות על דמוקרטיה יהודית** 17 (2010).

הדילמה אם לראות במדינת ישראל הרחבה של הקהילה היהודית הימני-בינימית או שמא תחיה מודרנית של מלכות ישראל המקראית אומנם נוגעת בקשת רחבה של שאלות מתחום המשפט הציבורי, אך היא אינה מחייבת הכרעה גורפת ועקבית בכולן. ניתן לקבוע כי יש במדינת ישראל מאפיינים כאלה וכאלה, וכי לעניינים מסוימים ראוי לעצבה לאור "משפטי המלוכה", ואילו לעניינים אחרים ראוי לדמותה להלכות הנהגת הקהילה.<sup>150</sup> אך טבעי הוא שהמדינה הדמוקרטית המודרנית, השונה במהותה מצורות שלטון קדומות אלה, מחייבת דיאלוג זהיר עימן אגב יצירת שילובים שונים. נדרשות אפוא הלחמות בין יסודות שונים הלקוחים מצורות השלטון של העבר היהודי כדי לעצב כראוי את ההווה הישראלי. על קשת דילמות אלה יש להציב את שאלת התרומה האפשרית של המקורות היהודיים לעיצוב אופיים של דיני הרווחה בישראל. ראיית מדינת ישראל כהרחבה של הקהילה היהודית בימי הביניים תוביל למסקנה כי כשם שעל הקהילה הוטלה החובה להקים קופת צדקה קהילתית, כך על מדינת ישראל חלה החובה להקים מערכת רווחה ממלכתית.<sup>151</sup> לעומת זאת ראיית מדינת ישראל כגילום מודרני של משפטי המלוכה תוביל למסקנה כי חובותיה של המדינה מינימליסטיות יותר ומוגבלות בעיקר לתחומי שמירת הביטחון, ייצוב הכלכלה והבטחת המשפט.

ההכרעה בצומת זה אינה בדרך של נביעה לוגית מתוך המקורות ההלכתיים, אלא היא תלויה במידה רבה בהשקפת עולמו של הפרשן. התומכים בתפיסה ליברטריאנית של המדינה המינימליסטית, מדינת שומר הלילה שאינה עוסקת בענייני רווחה, יעדיפו למצוא מקורות השראה למדינת ישראל דווקא במשפטי המלוכה. על פי קו חשיבה זה, על המדינה לעסוק אך ורק בפונקציות הבסיסיות ביותר ההכרחיות לקיומה – "שאיין ממליכין מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות", כלשון הרמב"ם – ואילו את שאר הפונקציות הסוציאליות יש להותיר למגזר השלישי, ולכל היותר לרשויות המקומיות. לעומת זאת האוחזים בתפיסה של מדינת רווחה, האחראית לא רק לביטחונם הפיזי של אזרחיה אלא גם לרווחתם, יעדיפו לראות בהלכות הקהילה מקורות השראה לחובות המוטלות על המדינה להבטחת רווחת תושביה.

בנקודה זו ראוי, לדעתי, לשקלל היבט מכריע נוסף, שאינו אידאולוגי אלא היסטורי. העובדה שמקורות המשפט העברי לא הטילו על המלך חובה להקים מערכת רווחה בממלכתו אינה משקפת בחירה הלכתית אלא מבטאת מציאות היסטורית רווחת. בעולם כולו, הן בעת העתיקה הן בימי הביניים, מוסד המלוכה לא נתפס כנושא באחריות להבטחת הרווחה של הנתינים. באירופה של ימי הביניים הטיפול בעניים היה עניינן של מערכות מצומצמות יותר, דתיות וקהילתיות. רק בעת החדשה, עם עליית המדינה המודרנית, החלה רִוּחַת התפיסה הרואה במדינה אחראית לרווחת אזרחיה. ראשיתה של מדינת הרווחה

150 כך לדוגמה הדעת נותנת כי בתחומי צבא וביטחון אין טעם בנטילת השראה מדיני הנהגת הקהילה, שעסקה בעניינים מוניציפליים ולא בעניינים ביטחוניים, אלא עדיפה נטילת השראה ממשפטי המלוכה, שעסקו רבות בשאלת סמכויות המלך בתחומי צבא וביטחון. לעומת זאת כאשר דנים באופיו של ההליך הדמוקרטי, ראוי דווקא ליטול השראה מהלכות ניהול הקהילה, שהתנהלה בדרכים מעין-דמוקרטיות ולא דווקא מהלכות מלכים.

151 מבלי לבטל את האחריות של הקהילות השונות המרכיבות את החברה הישראלית לרווחת חבריהן.

מיוחסת לשלטונו של ביסמרק בקיסרות הגרמנית של המחצית השנייה של המאה הי"ט.<sup>152</sup> לפיכך יש בעייתיות בניסיון ללמוד על תפקידי המדינה המודרנית בתחום הרווחה מתוך הלכות מלכים לרמב"ם. בתחום זה יש טעם רב יותר בנטילת השראה מן ההלכות שקבעו הפוסקים בהקשר של ניהול הקהילה.

אכן, פוסקי הלכה חשובים במאה העשרים צידדו בדעה שלעניין מערכת הרווחה יש לראות במדינת ישראל המשך של הקהילה היהודית הימני-ביניימית. מכאן הסיקו שאף חובתה של המדינה, בדומה לחובתה של הקהילה, להקים מערכת רווחה בתחומה. כך למשל לדעת הרב חיים דוד הלוי:

בעם ישראל נהגו תמיד לדאוג לעניים, וכמבואר בדברי רבינו הרמב"ם וזו לשונו: כל עיר שיש בה ישראל חייבים להעמיד מהם גבאי צדקה אנשים ידועים [...] ומעולם לא ראינו ולא שמענו קהל מישראל שאין להם קופה של צדקה עכ"ל [=עד כאן לשונו]. וכל זה ידוע ומפורסם כמצות התורה, לדאוג לפרנסת הזקוקים, וכיום חובה זאת היא פשוטה בכל מדינה מתקדמת, וכל מחוסר עבודה זכאי לביטוח לאומי לקיום מינימלי.<sup>153</sup>

אף הרב יעקב אריאל הדגיש כי לעניין זה מדינת ישראל היא הרחבה של הקהילה היהודית:

מדינת ישראל היא הקהילה היהודית הגדולה בעולם. עוצמתה נעוצה לא רק בכמותה אלא גם באיכותה [...] היא אינה יכולה להסתפק בתפקיד של קיום מסגרת בטוחה לעם ישראל בלבד. עליה להבטיח גם את איכות החיים החברתית של אזרחיה.<sup>154</sup>

152 על כך ראו למשל סקירתם של Stein Kuhnle & Anne Sander, *The Emergence of the Western Welfare State*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE WELFARE STATE 61 (Francis G. Castles HERMANN BECK, THE ORIGINS OF THE AUTHORITARIAN WELFARE STATE IN PRUSSIA 1815–1870 (1995) E.P. HENNOCK, THE ORIGIN OF THE WELFARE STATE IN ENGLAND AND GERMANY 1850–1914: SOCIAL POLICIES COMPARED (2007).

153 שו"ת עשה לך רב, ח"ז, ע-עא. הרח"ד הלוי ממשיך וטוען כי זו אף חובתו של מלך ישראל (זאת בשונה מן הנטען לעיל בשם הרמב"ם): "ובזה חטא שאול לגבעונים שגרם להם מיתת רעב והתעלם מחובתו הממלכתית, ולפחות מהשבועה שנשבעו להם נשיאי העדה 'להחיותם'".

154 אריאל, לעיל ה"ש 126, בעמ' 20. על משנתו החברתית של הרב אריאל ראו יצחק גייגר **היציאה מהשטעטל: רבני הציונות הדתית אל מול אתגר הריבונות היהודית** 414 (בת-שבע ורדי עורכת התשע"ו). וכבר הרב שמואל טוביה שטרן, שכיחן כרב בקנזס סיטי שבארצות הברית, כתב: "יש חוב על הממשלה לעשות משפטים על הצדק החברותי ולהשים מסים על העם אשר ממנה תנתן צדקה לעניים לזקנים ולחולים ולכל אילו שאין בידם לפרנס עצמם בלי עזר" (ספר חוקת עולם, כרך ב, התש"י 386). ראו גם הרב שלמה משה עמאר, שו"ת שמע שלמה ח"ג, בענייני זרעים, סי' כב (הביטוח הלאומי כמקביל לקופת הצדקה של הקהילה); נפתלי צבי יהודה בראילן **משטר ומדינה בישראל על פי התורה** כרך ג 1309 (הצורך ההלכתי בעיגון בחקיקה של שירותי הרווחה של מדינת ישראל); הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, אבן העזר, סי' פג (הביטוח הלאומי כמקביל לקופת הצדקה של הקהילה).

סיכומם של דברים מעלה, כי שופטי בג"ץ, שהטילו על מדינת ישראל חובה חוקתית להבטחת ביטחונם הסוציאלי של אזרחיה, יכולים היו למצוא במסורת המשפט העברי עוגן – היסטורי ורעיוני. התורה היא שחידשה את הרעיון כי יש לעגן בחוק, קשיח ובלתי משתנה, את האחריות החברתית המוטלת על בעלי הרכוש כלפי רווחתם של מעוטי האמצעים. חכמים הטילו אחריות זו על כתפיה של הקהילה באמצעות הקמתה של קופת הצדקה הקהילתית. מאוחר יותר הפך הרמב"ם את קופת הצדקה לחלק מהגדרת היסוד של מבנה הקהילה. אומנם ההלכה לא עסקה במסגרת המדינתית אלא הקהילתית, אולם נראה כי בהקשר זה יש טעם בנטילת השראה מעקרונות היסוד המשפטיים של ניהול הקהילה לעיצוב עקרונות היסוד החוקתיים של הנהגת המדינה.

בשני הסעיפים הבאים אבקש לפסוע צד נוסף ולהסביר באילו אופנים היה המשפט העברי יכול לא רק לאשש ולעגן את המסקנות שאליהן הגיעו שופטי בג"ץ אלא גם לאתגרם ולהרחיב את אופקיהם מעבר למה שהגיעו אליהם השופטים.

### ו. בין שיח הזכויות החברתיות לבין שיח החובות החברתיות

עד עתה דנו במישור המהותי אם ראוי להטיל על הקהילה/מדינה אחריות קשיחה לביטחונם הסוציאלי של מעוטי האמצעים. מישור נפרד, שאליו אפנה עתה, הוא בחירת השפה המתאימה לעיגון המשפטי של אחריות זו. אטען כי בתחום דיני הרווחה שפת החובות שמציע המשפט העברי עדיפה מכמה בחינות משפת הזכויות שבה השתמשו שופטי בג"ץ **עמותת מחויבות**. עם זאת לקראת סופו של הסעיף אסביר מדוע עדיף מיזוג בין שתי השפות – שיח הזכויות ושיח החובות – ולא המרת שפה אחת ברעותה.

לעיל עמדתי על כך שהמשפט העברי מטיל על הקהילה חובה להקים מערכת רווחה לטובת ענייה, ושכפי הנראה חובה זו מחוללת זכות נגדית של העניים כלפי הקהילה. אלא שלדעתי, יש הברל אם נקודת המוצא של הדיון היא הזכות לקיום בכבוד וממנה גוזרים את חובת המדינה לספק את האמצעים הדרושים לכך, או שמא נקודת המוצא היא החובה להקים מערכת רווחה, ואילו הזכות לביטחון סוציאלי הנגזרת ממנה היא נקודת הסיום.<sup>155</sup> דווקא בתחום דיני הרווחה יש יתרון להצבת נקודת הפתיחה של הדיון על החובה להבטיח את הביטחון הסוציאלי של מעוטי האמצעים על פני הצבתה על זכותם לקבלת התנאים הדרושים לקיום בכבוד. מזווית זו יש בכוחו של המשפט העברי להעשיר את השיח המשפטי הישראלי בתחום החברתי ולפתוח את אופקי חשיבתו לשפת החובות והיתרונות הגלומים בה. אדגים את הערך המוסף של שיח החובות החברתיות בשני היבטים, האחד נקודתי והשני כללי.

155 על פי רנה קסין, בעת שהכין את טיוטת ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם הוא ביקש לפתוח אותה ב"עשרת הדיברות". אולם אלינור רוזוולט, שכינה כיו"ר הוועדה לזכויות האדם של האו"ם, התנגדה לכך בטענה כי מושג הזכות ראוי להיות נקודת המוצא של ההכרזה ולא רק נגזרת של מושג החובה. ראו René Cassin, *From the Ten Commandments to the Rights of Man*, in *OF LAW AND* MAN – ESSAYS IN HONOR OF HAIM H. COHN 13 (Shlomo Shoham ed., 1971).

## 1. בעיית מיצוי זכויות

אחת הבעיות בתחום הזכויות החברתיות, שזכתה בשנים האחרונות לכתיבה ענפה, היא תופעת אי-מיצוי זכויות.<sup>156</sup> מערכת הרווחה המודרנית מעניקה מגוון זכויות למעוטי האמצעים, אולם מתברר כי הללו מתקשים לממש את זכויותיהם ולתבוע את המגיע להם. אומנם בבג"ץ **עמותת מחויבות** היו העותרים זכאי גמלת הבטחת הכנסה שתבעו את זכותם מן המדינה, אולם הסטטיסטיקות מלמדות כי שיעור ניכר מבעלי הזכויות החברתיות אינם תובעים את המגיע להם על פי חוק. סיבות רבות גורמות לכך, והעיקריות שבהן הן חסמי ידע (בנוגע לזכויות ולדרכים למימושן), חסמים בירוקרטיים (טפסים ארוכים, לוחות זמנים להגשת תביעות, חוסר תיאום בין הרשויות) וחסמים פסיכולוגיים הכרוכים במעמד המשפיל של פנייה לרשויות הרווחה ובתיוג החברתי הנלווה לכך. חסמים אלה חריפים במיוחד שעה שמדובר בקבוצות אוכלוסייה חלשות כגון זקנים, מיעוטים ועניים.

בהקשר זה עולה השאלה מה חובתה של המדינה כלפי אנשים הזכאים לקבלת סיוע אך אינם תובעים את המגיע להם. כדי לסייע בפתרון בעיה זו נקבע כי על רשויות הרווחה חלה החובה ליידע את הזכאים על זכויותיהם. למשל, על המוסד לביטוח לאומי חלה החובה הכללית ליידע את הציבור על זכויותיו. כמו כן כאשר מבוטח כבר פנה אל המוסד לביטוח לאומי יש חובה ליידעו על זכויותיו ועל הדרכים למצותן. ברם אין חובה על המוסד לביטוח לאומי ליידע אישית כל זכאי שטרם פנה אל המוסד על זכויותיו.<sup>157</sup>

156 הספרות על כך רבה. ראו למשל וים וון-אורשוט "מגבלות המיקוד: על הסיבות מרובות המישורים לאי-מיצוי זכויות" **ביטחון סוציאלי** 56, 193 (1999); אלבשן, לעיל ה"ש 9; שגית מור "משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות" **חוקים** ח 15 (2016); ג'וני גל "על החשיבות של מיצוי זכויות" **ביטחון סוציאלי** 73, 5 (2007); **נגישות לצדק חברתי בישראל** (ג'וני גל ומימי אייזנשטדט עורכים 2009). ראו גם איל פלג **אתגר העוני של המשפט המינהלי** (2013); אבישי בניש ולירון דוד "זכות הגישה למנהל במדינת הרווחה: על (אי-)מיצוי זכויות חברתיות וחובת ההנגשה של החקיקה החברתית" **משפט וממשל** יט 1 (2018); אמיר פד-פוקס "מדוע זכויות על-ספר נשארות על-ספר? נגישות לזכויות חברתיות – רקע תיאורטי" **נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות כלכליות** "דין איזנשטדט עורכים 2009"; אמיר פד-פוקס "נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות כלכליות" **דין ודברים** ה 307 (2010). לאחרונה הקדיש כתב העת **ביטחון סוציאלי** את גיליון 113 (2021) לנושא "מיצוי זכויות ומערכת הביטחון הסוציאלי בישראל". הנושא אף זכה לדין נרחב בדוחות ציבוריים שנכתבו בשנים האחרונות, כגון **דוח הוועדה למלחמה בעוני בישראל** 5 (2014) <https://bit.ly/36vdBbj>; מבקר המדינה **דו"ח שנתי 65 – לשנת 2014 ולחשבונית שנת הכספים 2013** (2015). גם הספרות הלועזית הרבתה לעסוק בסוגיה. ראו למשל, Andrea Durbach, *The Right to Legal Aid in Social Rights Litigation*, in *SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW* 59 (Malcolm Langford ed., 2008).

157 ראו ב"ל (אזורי נצ') 2121/08 **לבנת – המוסד לביטוח לאומי**, פס' 35 לפסק הדין (נבו 24.8.2009); עב"ל (ארצי) 628/08 **גלעדי – המוסד לביטוח לאומי** (נבו 15.4.2010); עב"ל (ארצי) 313/03 **ויקטור – המוסד לביטוח לאומי**, פס' 6 לפסק הדין (נבו 11.5.2004). לגישה מרחיבה יותר של חובת היידוע ראו עב"ל (ארצי) 1365/04 **ארוש – המוסד לביטוח לאומי** (נבו 18.10.2006). ("אין המוסד יוצא ידי חובתו באזכור הצורך להגיש תביעה בהערה כללית בטפסים בלבד אלא עליו להביא לידיעת המבוטח את ההליכים הנדרשים בכדי למצות את זכויותיו ולוודא כי הוא אכן מבין מה עליו לעשות בכדי שלא יפסיד את זכויותיו").

ברוח זו יש המציעים למסד ולהרחיב את חובת היידוע המוטלת על רשויות הרווחה. דגש מיוחד הושם על הצורך בחובת יידוע אקטיבית, שבה הרשויות ייזמו את יידוע הזכאי, בשונה מחובת יידוע פסיבית, המתקיימת רק כאשר האזרח כבר פנה לרשות.<sup>158</sup> אכן, לאחרונה קיבלה הכנסת תיקון לחוק שירותי הסעד (תיקון מס' 8), התשע"ח–2018, הכולל את סעיף 2ב לחוק:

(א) מחלקה לשירותים חברתיים תסייע לנזקק למצות את זכויותיו לפי כל דין, בין השאר בתחומי הרווחה, הבריאות, החינוך, התעסוקה והדיוור, והכול בהתאם לתכנית הטיפול שקבע עובד סוציאלי לנזקק.

(ב) סיוע במיצוי זכויות כאמור בסעיף קטן (א) יכול שיכלול מתן מידע לנזקק על זכויותיו וליווי במיצוין, ובכלל זה מעקב אחר מיצוי הזכויות, והכול בהתאם לכללים שקבע שר העבודה הרווחה והשירותים החברתיים.

אולם חובות אלה, חשובות ככל שתהיינה, לא נועדו אלא לסייע לזכאי להגיש את תביעתו. הן אינן מייטרות את עצם הצורך בהגשת תביעה, שהיא תנאי הכרחי לכך שהרשויות תשלמנה לזכאי את הגמלה.<sup>159</sup> וכך נקבע בסעיף 2 לתקנות שירותי הסעד (טיפול בנוזקים), התשמ"ו–1986: "רשות סעד תגיש סעד וטיפול סוציאלי לנזקק שפנה אליה בבקשה לכך".<sup>160</sup> ברוח זו הכריע בית הדין הארצי לעבודה בעניין תביעה לקבלת קצבת זיקנה שהוגשה כמה שנים לאחר שהתובע הגיע לגיל שבעים (הגיל המזכה). לטענת התובע, זכאותו אמורה להתחיל אוטומטית עם הגיל המזכה, ועל כן עליו לקבל את הקצבה וטרואקטיבית מגיל שבעים. תביעתו נדחתה, כיוון שלדברי בית הדין אין חובה לשלם ללא הגשת תביעה, ולפיכך זכאותו מתחילה מעת הגשת התביעה ולא מעת הגעה לגיל המזכה. בית הדין הוסיף: "בהעדר הוראה חוקית, לא מוטלת על המוסד חובה לחפש אחר מבוטחים ולהעניק להם זכויות או כספים שלא תבעו".<sup>161</sup> יתרה מזאת, על פי הגישה הרווחת, אף אם

158 ראו פלג, לעיל ה"ש 156, בעמ' 621.

159 עם זאת יש כמה חריגים שבהם הגמלה משולמת אף בלא הגשת תביעה. למשל, זכאים לקצבת נכות המגיעים לגיל זיקנה, משולמת להם קצבת זיקנה ללא צורך בהגשת תביעה. הוא הדין בתשלום מענק לידה, הניתן כנגד הצגת תעודת לידה, בלא צורך בהגשת תביעה. על כך ראו פרשת **גלעד**, לעיל ה"ש 157, פס' 6 לפסק הדין.

160 ראו גם ס' 2(ב) לחוק שירותי הסעד ("נתבקשה מחלקה לשירותים חברתיים של רשות מקומית ליתן טיפול סוציאלי או להגיש סעד, ימסור הממונה על המחלקה למבקש, בכתב, את ההחלטה בבקשה תוך זמן סביר"); ס' 296(א) לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) ("כל תביעה לגמלת כסף, תוגש למוסד תוך שנים עשר חודשים מהיום שבו נוצרה עילת התביעה"). אומנם בסעיף 296(ב) לחוק הביטוח הלאומי נקבע כי לאחר הגשת תביעה ניתן לקבל גמלה וטרואקטיבית עד לתקופה של שנים-עשר חודש, אולם אף תשלום וטרואקטיבי זה מותנה בהגשת תביעה. עוד יש לציין כי על פי סעיף 5(א) לתקנות הביטוח הלאומי (הגשת תביעה לגמלה ואופן תשלומה), התשנ"ח–1998, "רשאי המוסד לשלם גמלה מסוג מסוים בהסתמך על נתונים שבמאגר מידע, אף אם לא הוגשה לו תביעה", אך המוסד אינו חייב לעשות כן.

161 פרשת **גלעד**, לעיל ה"ש 157, פס' 16. לפסיקה דומה ראו עב"ל (ארצי) 551-09 **המוסד לביטוח לאומי** – **דניאל** (נבו 4.11.2010). יצוין כי בעבר היו כמה פסיקות שהורו כי במקרים מסוימים של הגשה מאוחרת

הרשות השלטונית לא יידעה כראוי את המבוטח על זכותו, אין בכך כדי להקים לו את הזכאות לגמלה בהיעדר תביעה.<sup>162</sup>

אומנם יש שופטים שסברו כי אם הרשויות התרשלו ולא יידעו כנדרש את הזכאי, תחול עליהן החובה לשלם את הגמלה שהייתה מגיעה לו לו היה תובע אותה. לתוצאה מעין זו ניתן להגיע דרך דיני הנזיקין, קרי שעל הרשות תהיה החובה לפצות את האזרח על שהיא לא יידעה אותו כראוי וגרמה לו נזק על שלא תבע את המגיע לו.<sup>163</sup> והייתה מי שהציעה כי אם המוסד לביטוח לאומי לא יידע כראוי את המבוטחת, לא ניתן לקבוע שהסתיימה תקופת השיהוי, והמבוטחת תוכל להגיש תביעה מאוחרת ורטוראקטיבית מעת תחילת הזכאות להגשת התביעה.<sup>164</sup> ברם אפילו לפי גישות אלה חובת התשלום המוטלת על הרשות מותנית בכך שבסופו של דבר יתבע בעל הזכות, ולו באיחור, את המגיע לו.

נקל לראות כיצד שיח הזכויות כבול לנקודת מוצא המתווה את גבולות הדיון. כאשר אבן הפינה היא הזכות, והחובה הנגדית המוטלת על המדינה היא רק תולדה הנגזרת ממנה, אזי הפעולה של תביעת הזכות נתפסת כרכיב שהוא קריטי למימושה.<sup>165</sup> מנקודת מבט זו, כשם שמיומשה של זכות הקניין או של הזכות להליך הוגן מותנה בכך שהצד הנפגע יתבע את זכותו,<sup>166</sup> כך גם הזכות לקבלת סיוע סוציאלי מותנית בכך שהזכאי יתבע את המגיע לו. תביעת הזכות היא שלב בלעדיו אין, ולפיכך המאמץ לצמצם את בעיית אי-מיצוי זכויות מרוכז בתמרוץ האזרחים להגדלת מספר התביעות שיוגשו. ברם נראה שמאמצים אלה נידונו לאי-הצלחה, שכן החסמים המרחיקים את קבוצות האוכלוסייה החלשות מלתבוע את זכותם

של התביעה יבוצע התשלום רטוראקטיבית מהשלב המזכה. ראו רב"ע (ארצי) נג/0-26 ממך – המוסד לביטוח לאומי (נבו 7.2.1994); דין (ארצי) נד/0-87 אליעזר – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כ(ז) 233 (1994); דב"ע (ארצי) נד/0-287 המוסד לביטוח לאומי – הררי (נבו 19.1.1995); דב"ע (ארצי) נד/0-258 סמואל – המוסד לביטוח לאומי (נבו 21.12.1994). פסיקות אלה לא הפכו למדיניות קבועה.

162 עב"ל (ארצי) 57861-01-11 לוחן – המוסד לביטוח לאומי, פס' 13 לפסק דינו של סגן הנשיאה (כתוארו אז) פליטמן (נבו 7.8.2012). במקרה זה טענה המערערת כי זכותה לקצבת שארים היא זכות קניינית-חוקתית, ועל כן זכאותה אינה מותנית בכך שתתבע אותה מן הרשויות. בית הדין דחה את טענתה כי מדובר בזכות קניינית וסיווג אותה כזכות אוכליגטורית. לענייננו חשובה הערתו הנוספת, כי אף לו היינו מקבלים את התזה שהזכות היא זכות קניינית, "בעל הקניין" אינו יכול לשבת באפס מעשה ולהמתין לביטוח הלאומי שיודיע לו על אפשרות היותו 'בעל הקניין', אלא כבעל עניין בקניין, חובתו לברר האם קמה לו זכות קניינית הנוגעת לאופן המשך קיומו אחר שינוי נסיבות חייו" (שם, פס' 25). ראו גם עב"ל (ארצי) 284/09 חלבי – המוסד לביטוח לאומי, פס' 10 לפסק הדין (נבו 7.2.2010).

163 תא"מ (אזורי חי') 8227-07-08 פרידמן – המוסד לביטוח לאומי (נבו 19.10.2009) (בעניין קצבת זקנה).

164 דעת המיעוט של השופטת אלישבע ברק-אוסוסקין בעניין ארוש, לעיל ה"ש 157.

165 אומנם אין לכחד כי אין מניעה לוגית לנסח את הזכות החברתית ככזו שאינה מותנית בהגשת תביעה, כגון זכותו של אדם לחיים (שלא יירצח על ידי אחרים), אשר אינה תלויה בכך שיתבע את זכותו. ברם אני סבור כי אין זה מקרה ששיח הזכויות נוטה להתנות את מימוש הזכויות בהגשת תביעה, אלא הדבר תואם את האתוס שבבסיס שיח הזכויות, שלפיו אדם מממש את אנושיותו באמצעות תביעת זכויותיו. על כך ראו בהרחבה בנימין פורת "האם תביעת הזכות הכרחית: בין שיח החובות לשיח הזכויות" דיני ישראל (טרם פורסם).

166 על כך ראו קובר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 146, שהשווה את הזכות שניתנה במשפט האמריקאי לנאשם שהוא אסיר להופיע בפני בית משפט בבגדים אזרחיים, לחובה שמטיל המשפט העברי על הדיין לוודא שהצדדים הנידונים לפניו לבושים לבוש שיבטיח הליך שוויוני.

בעינם עומדים. בעיקר אמורים הדברים כאשר מדובר לא רק בחסמי ידע או בחסמים בירוקרטיים, אלא בחסמים פסיכולוגיים המרתיעים אנשים מתביעת הסיוע הדרוש לרווחתם. ההתעקשות על תביעת הזכות עלולה להתגלות כמחסום בלתי עביר.

הצעה מעניינת העלו בניש ודוד, לפיה כדי לפתור את בעיית אי-מיצוי זכויות יש להכיר בזכות נלווית, מסדר שני, היא זכות הגישה לרשויות הרווחה, שעניינה "זכותו של כל אדם לממש באופן מלא את הזכויות המוקנות לו בדין כבר אל מול מוסדות המנהל הציבורי המופקדים על הגשמת החקיקה החברתית".<sup>167</sup> לפי קו חשיבה זה, לאדם הזקוק לסיוע של רשויות הרווחה תהיה לא רק זכות לקבלת הסיוע אלא גם זכות גישה לרשויות הרווחה למימוש זכותו, ובכך יחויבו הרשויות לפעול באופן אקטיבי למימוש הזכויות. ברם הוספת עוד מעטפת של זכות על הזכויות הקיימות אינה צפויה להועיל, שהרי לב הבעיה הוא ששיח הזכויות נוטה להתנות את מימוש הזכות בפעולה של תביעתה, ועל כן הוספת עוד זכות היא בבחינת "עוד מאותו דבר". אף את הזכות לממש את הזכויות החברתיות יהיה צורך לתבוע, ואף בעניינה תתעורר בעיה דומה של אי-מיצוי זכויות. הוספת עוד זכות לא תחליף את הדיון מן המסגרת הכובלת של שיח הזכויות אלא דווקא תחזק אותה.

אני סבור כי כדי לפתור את בעיית אי-מיצוי הזכויות דרוש שינוי פרדיגמטי עמוק יותר, מעבר מחשיבה מבוססת-זכויות לחשיבה מבוססת-חובות. אכן, מנקודת המבט של שיח החובות, אכן הפינה היא החובה של המדינה לתמוך בזקוקים לסיוע, וזכותם של אלה האחרונים אינה אלא תולדה של חובה זו. אחת ההשלכות שיש לכך היא העמדת החובה בפני עצמה, בלא שהיא תהיה תלויה בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו.<sup>168</sup> ובאמת, בתחום דיני הרווחה מצינו כי "חז"ל קבעו במפורש שהחובה לתמוך ברווחת האנשים החיים בעוני אינה תלויה בכך שהללו יפנו בתביעה או בבקשה לקבלת סיוע. החובה עומדת בעינה אף אם כבודו העצמי של העני מונע ממנו לפנות לקבלת עזרה.

הלכה זו הובאה בהקשר של הפסוק המצווה על סיוע ל"אחיך האביון": "כִּי פֶתַח תִּפְתָּח אֶת יְדֶיךָ לֹא יִהְיֶה בְּעֵבֶיט תִּעֲבִיטְנוּ דֵי מַחְסְרוֹ אֲשֶׁר יִחְסֵר לוֹ" (דברים טו 8). כדרכם, חז"ל ראו בכפל הלשון המופיע בפסוק – "פתח תפתח" – מקור לדרשת הכתוב, ובהקשר זה פירשהו כמטיל חובה מיוחדת ליזום פנייה אל העני אף אם הלה אינו פונה לקבלת סיוע, משום שכבודו העצמי מונע ממנו לעשות זאת:

‘פתוח תפתח’ – פתח לו בדברים, שאם היה ביישן אמור לו 'את צריך ללות',  
מיכן אמרו צדקה ניתנת כמלוה.<sup>169</sup>

167 ראו בניש ודוד, לעיל ה"ש 156, בעמ' 411.

168 כמובן שאף בשיח החובות יש דוגמאות שבהן שמורה לבעל הזכות האפשרות לוותר על זכותו ובכך לפטור את הזולת מחובתו. אולם כל עוד הוא לא ויתר על זכותו, אף שהוא לא תבע אותה, הנטייה תהיה כי החובה בעינה עומדת.

169 ספרי דברים, פרשת ראה קטז (מהדורת פינקלשטיין 175). דרשה דומה מופיעה בכמה מקבילות, בהבדלים מסוימים שאינם מענייננו כאן. ראו בבלי, כתובות סז, ע"ב; בבלי, בבא מציעא לא, ע"ב; פסיקתא זוטרתא (לקח טוב), דברים, פרשת ראה כד, ע"ב; מדרש תנאים לדברים טו, ח (מהדורת הופמן 81). ראו גם ירושלמי, פאה ח, ט (כא, ע"ב, מהדורת האקדמיה 112); ויקרא רבה לד, א.



על פי מדרש הלכה זה, אם העני נמנע מלפנות לקבלת סיוע בשל כבודו העצמי אין בכך כדי להסיר את החובה של הקהילה לתמוך בו ולהבטיח את רווחתו. לא זו בלבד, יש חובה ליזום פנייה אליו ("פתח לו בדברים") כדי לתור אחר דרכי סיוע חלופיות שהוא ייאות לקבלן. אם הוא מסרב ליטול כספים הניתנים לו כצדקה, יש להציע לו ליטול הלוואה, ואותה הוא עשוי להסכים לקבל משום שהיא אינה פוגעת בכבודו. על פי חלק מן המקורות, אם בהמשך הוא יתקשה לפרוע את ההלוואה יש להימנע מגביית החוב, כלומר להפוך את ההלוואה למענק. לא כאן המקום לדון במשמעות ההבדלים בין סיוע בדרך של קצבה לבין סיוע בדרך של הלוואה.<sup>170</sup> לענייננו חשובה ההנחה כי הימנעותו של העני מלבקש סיוע אינה מפחיתה כהוא זה מחובתה של הקהילה לדאוג לרווחתו ואף לתור אחר דרכים חלופיות להגשמתה. בתוספתא הובע רעיון זה במטבע לשון מיוחד: "האומר איני מתפרנס משל אחרים שוקדין עליי ומפרנסין אותי",<sup>171</sup> ביטוי המדגיש את החובה ליזום סיוע לעני שאינו פונה מעצמו לקבלת סיוע.<sup>172</sup> וכך ניסח הלכה זו רבי יעקב בן אשר בעל הטורים (המאה הי"ג-י"ד): "מי שצריך ליטול מהצדקה ואינו רוצה ליטול מערימין ונותנין לו לשם מתנה דרך כבוד כאילו אינו מן הצדקה, ואם אינו רוצה נותנין לו לשם הלוואה, ואם אינו רוצה אומרים לו הבא משכון כדי שלא יתבייש ואין נפרעין ממנו אח"כ".<sup>173</sup>

הלכה זו מבטאת אפוא את הרעיון כי חובת התמיכה בעני אינה נובעת מזכותו של העני לקבלת סיוע, אלא להפך: זכותו יונקת מן החובה. לפיכך החובה עומדת בעינה אף אם העני אינו תובעה. ודוק, החובה שהמשפט העברי מטיל אינה רק חובת יידוע של העני על זכויותיו, אלא חובה לוודא שהוא יקבל את הסיוע אף אם הוא בוש לבקש, וכלשון רבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין (המאה הי"ט): "עני שאינו רוצה לקבל צדקה וידענו שהוא מוכרח לכך אנחנו מחוייבים להתאמץ שיקבל".<sup>174</sup>

שיח החובות שמפתח המשפט העברי מזמין אפוא חשיבה על שינוי פרדיגמטי של דיני הרווחה.<sup>175</sup> חובתה של הקהילה/מדינה לתמיכה במעוטי האמצעים לא תהיה מותנית בכך שמעוטי האמצעים יתבעו את זכותם. החובה תהיה לא רק ליידע את הזכאי בדבר זכאותו אלא אף לשלם לו את הקצבה אם מסיבה כלשהי הוא נמנע מלפנות לקבל את הסיוע שהוא זקוק לו.<sup>176</sup>

170 על כך ראו גם להלן ה"ש 219.

171 תוספתא, פאה ד, יב (מהדורת ליברמן 85) (ההדגשה הוספה). בתוספתא הובאו שלוש דעות כיצד ראוי לסייע לעני זה. ראו שם.

172 השוו ללשונו של רבי חיים בן עטר (אור החיים הקדוש, המאה הי"ח): "אפי' [לן] מבלי תובעים אותו מצוה על האדם להפריש מממונו צדקה ולחפש על העני לתתה לו". עוד על שיטתו ראו פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 18, בעמ' 194, ה"ש 56.

173 טור יורה דעה רנג.

174 ערוך השולחן, יורה דעה רנג, יז.

175 חשוב להזכיר כי שינוי זה אינו מנוגד לגמרי למציאות המשפטית הנוהגת, שכן כבר כיום יש כמה קצבאות חריגות המשולמות אף בלא הגשת תביעה (לעיל ה"ש 162).

176 הצעה זו, המבוססת על שיח החובות של המשפט העברי, עולה בקנה אחד עם הצעתם הנוספת של בניש ורוד, לעיל ה"ש 156, בעמ' 33 ("קטגוריה נוספת של הנגשה אקטיבית של זכויות חברתיות, העומדת בפני עצמה, היא קביעת זכאות אוטומטית לזכות חברתית, מבלי שהפרט מחויב להגיש בקשה פורמלית בעניין. סוג חובה כזה מחייב שינוי מבני-פנימי של הגיון פעולתו של המנהל, והוא רלוונטי כאשר לרשות

למותר לציין כי יש גם שיקולים הפוכים, שלפיהם חשוב לתמרץ את הזכאים לקבלת סיוע להגיש תביעה ולא להסתמך על כך שרשויות הרווחה יגיעו אליהם בעצמם. הדברים אמורים במיוחד כאשר אין מדובר בקהילה קטנה שגבאי הקהילה מכירים את עניי העיר באופן אישי, אלא במדינה מודרנית שאוכלוסייתה גדולה, ושבה אין לרשויות הרווחה היכרות מוקדמת עם הזכאים לקבלת סיוע. לפיכך נדרשת נוסחה מאוזנת, שמצד אחד תתמרץ את הזכאים להגיש תביעות לקבלת המגיע להם, ומצד אחר תטיל על רשויות הרווחה את החובה לדאוג לרווחתם אף אם מטעמים שונים אלה נמנעו מלתבוע את זכותם. ניתן לדוגמה לקבוע כי גמלה מלאה תשולם רק בעקבות הגשת תביעה, ואם לא הוגשה תביעה תשולם גמלה חלקית בלבד. לחלופין ניתן לקבוע כי בלא הגשת תביעה יהיה תשלום הגמלה מוגבל לתקופה מסוימת.<sup>177</sup> הצד השווה בהצעות אלה הוא נטילת העיקרון מן המשפט העברי של חובת הקהילה לתמיכה ברווחת ענייה שאינה תלויה בתביעת הזכות אגב התאמתה לסביבת החיים המדינית המודרנית.<sup>178</sup>

## 2. הכשל הפנימי במונח "זכויות חברתיות"

אולם חשיבותה של שפת החובות שמציע המשפט העברי גדולה לאין ערוך מהבעיה של אי-מיצוי זכויות, והיא נוגעת בלב ליבו של המאמץ המשפטי להבטחת רווחתם של האנשים החיים בעוני. אטען כי המונח "זכויות חברתיות" הוא מטבע לשון אוקסימורוני החותר תחת המטרה שלשמה הוא נוצר; זהו מונח המביס את עצמו. שיח הזכויות, המשמש מצד לשוני ורעיוני למונח "זכויות חברתיות", מוביל לתוצאה ההפוכה, של חיזוק זכויות הקניין הפרטי של בעלי הרכוש על חשבון הגנה על רווחתם של מעוטי האמצעים. לעומת זאת בתחום דיני הרווחה שיח החובות ישרת טוב יותר את המטרה החברתית של הגנה על צורכי השכבות החלשות.

כדי להבהיר נקודה זו חשוב לעמוד על כך שלעולם יש מתח מובנה בין הזכות של מעוטי האמצעים לביטחון סוציאלי לבין זכותם של בעלי הרכוש להגנה על קניינם הפרטי. מעצם טבעה, הזכות לביטחון סוציאלי דורשת השקעת משאבים, ומימונה יהיה, בדרך זו או אחרת, באמצעות שליחת יד לכיסם של בעלי הרכוש, כלומר הגדלת נטל המס.<sup>179</sup> בדרך כלל, בעיקר כשמדובר בפסקי דין של עותרים פרטיים נגד המדינה (כגון המקרה הנידון בבג"ץ

יש כבר מידע מספק המעיד על זכאות. פרקטיקה זו קיימת כבר במידה מסוימת בתשלום קצבות ילדים, וניתן לטעמנו להרחיבה לתחומים נוספים, כגון גמלות זקנה של הביטוח הלאומי או 'מענק עבודה' לבעלי הכנסות נמוכות המשולם על ידי רשות המיסים).

177 כפי שנהוג למשל בעניין קצבת שארים, שאותה המוסד לביטוח לאומי נוקט במדיניות של ייזום תביעות, כלומר שהגמלה משולמת למשך שלושה חודשים ללא הגשת תביעה (ראו פרשת **לוחן**, לעיל ה"ש 162, פס' 22 לפסק דינו של סגן הנשיאה (כתוארו אז) פליטמן).

178 פתרון לא מומלץ הוא שבעת שתוגש תביעה אזי תשלום הגמלה ייעשה רטרואקטיבית מיום הזכאות לגמלה (למשל אם אדם יגיש בגיל שמונים תביעה לקבלת קצבת זיקנה, הוא יקבל תשלומים רטרואקטיבית עבור עשר השנים שחלפו מגיל שבעים). פתרון זה אינו רצוי, שכן המוסד לביטוח לאומי ושאר זרועות הרווחה נועדו לפתור את מצוקות ההווה של האזרח ולא לשמש חיסכון ארוך שנים לסכומים שהוא היה אמור לקבל בעבר.

179 בהנחה שהדבר לא ימומן באמצעות הגדלת הגירעון או קיצוץ שירותים אחרים שהמדינה מספקת.

**עמותת מחויבות**), לא מודגשת הזיקה בין הזכות החברתית העומדת לדיון לבין המחיר שייגבה מבעלי הרכוש בפגיעה בקניינם הפרטי. בית המשפט דן בשאלה אם על המדינה חלה החובה לממן את האמצעים הדרושים לחיי הרווחה של העותרים בלא שהוא נזקק לדון בשאלה מהיכן היא תמומן ועל חשבון מי. אולם העובדה שזיקה זו לא נידונה בפסק הדין אינה אומרת שהיא אינה קיימת. להפך, לעולם יש מתח מובנה בין הזכות החברתית לבין הזכות לקניין פרטי.

מתח זה הופך להיות בולט שעה שהדיון המשפטי על הזכויות החברתיות נעשה במעגלים מצומצמים יותר. למשל: כאשר דנים בשאלות אלה בהקשרים מוניציפליים, הולך ומתבלט הקשר בין מתן הטבות לקבוצה אחת לבין פגיעה בזכויותיהם של אחרים שייאלצו לממן הטבה זו.<sup>180</sup> במיוחד אמורים הדברים כאשר דנים בשאלת הזכויות החברתיות בהקשר המשפט הפרטי. כאן מתברר מייד שהגנה על הזכות לקיום בכבוד של האחד משמעה פגיעה בזכות לקניין פרטי של האחר. הדוגמה המפורסמת היא פסק דין גמזו. באותו עניין נידון חוב מזונות שתפח לממדים גדולים, מעבר ליכולותיו הכלכליות של הבעל. הלה טען כי זכותו לרווחה מינימלית מחייבת שהחוב ייפרס לתשלומים, ואילו האישה ובתה טענו למימוש זכותן לגבות את החוב מייד מנכסי החייב. על פי ניתוחו של הנשיא ברק, מקרה זה מעורר התנגשות פנימית בתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מצד אחד מתעורר הצורך בהגנה על זכות הקניין של בעל הזכות (האם ובתה), המנויה בסעיף 3 לחוק היסוד, ומן הצד האחר עולה הצורך בהגנה על הזכות לקיום בכבוד של החייב, אשר נגזרת אף היא מערך כבוד האדם: "אכן, כבוד האדם, כערך חוקתי, עשוי להופיע בשני הצדדים של המאזניים".<sup>181</sup> עימות זה שבין זכות הקניין לבין הזכות לקיום בכבוד, אשר בא לידי ביטוי מודגש בפסק דין זה שמתחום המשפט הפרטי, חבוי מאחורי הקלעים של כלל פסקי הדין בתחום הזכויות החברתיות במשפט הציבורי. במילים אחרות, יש מתח תמידי ומובנה בין זכויות הקניין וחופש העיסוק, המכוננות את רעיון השוק החופשי, לבין הזכויות החברתיות, המכוננות את רעיון מדינת הרווחה.

הטענה שאני מבקש להציג היא כי מסגור מתח זה באמצעות שיח הזכויות – הזכות לקניין מחד והזכות לקיום בכבוד מאידך – מעניק, מעצם טיבו, עדיפות מובנית לזכויות הקניין של בעלי הרכוש ולחופש העיסוק שלהם על פני זכותם לביטחון סוציאלי של מעוטי האמצעים.<sup>182</sup> הסיבה לכך נעוצה באופייה של זכות הקניין כזכות שלילית, שעיקרה הימנעות מהתערבות בקניינו הפרטי של האדם, ובתור שכזו שייכת לגרעין הקשה של זכויות האדם, לעומת הזכות לקיום בכבוד (ושאר הזכויות החברתיות), שבאופייה היא זכות חיובית, ולשם הגשמתה יש צורך בהשקעת משאבים ובנקיטת פעולות עשה אגב פגיעה

180 "שחרור נישום אחד מתשלום ארנונה ביחס לנכס מסוים פירושו הטלת עלות מימון פעילות הרשות המקומית ביחס לאותו נכס על כתפיו של כלל ציבור הנישומים, שנאלץ לשאת בנטל מס כבד יותר" (ע"א 9368/96 מליסרון נ' עיריית קרית ביאליק, פ"ד נה(1), 156, 164 (1999)). ראו גם בג"ץ 6741/99 יקותיאל נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673, 687 (2001).

181 עניין גמזו, לעיל ה"ש 8, עמ' 376.

182 עמדה על כך ברק-ארז ("זכויות חברתיות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 69), בכותבה: "מכלול זה של הגנה חוקתית חזקה על החירויות השליליות עלול להיות בעל הטיה אנטי-חלוקתית משמעותית – בשל כך שהוא מתפקד, באופן פוטנציאלי, כגורם השוקל נגד חקיקה חברתית".

בקנייני הפרט ובחירויותיו.<sup>183</sup> במתח שבין הזכות השלילית לבין הזכות החיובית, בין אי-פגיעה בקניינו של האדם לבין מתן אמצעי קיום לחסר הרכוש, שיח הזכויות מעניק יתרון מובנה לזכות השלילית.<sup>184</sup>

דרך אחרת לניסוח הדברים היא כי שיח הזכויות מעודד חשיבה אטומיסטית, אינדיוידואליסטית, תחרותית, שבה אדם מממש את אנושיותו באמצעות תביעת זכויותיו. יותר מששיח הזכויות מתפקד כגורם המניע היחלצות לעזרת האחר, הוא מדגיש את דאגתו של אדם להגנה על האינטרסים שלו ולשמירת קניינו; הוא מעניק עדיפות מובנית לזכות הקניין על פני זכותם של מעוטי האמצעים להבטחת רווחתם. לכן שיח הזכויות הוא בסופו של דבר דרך חשיבה וביטוי המשרתת את צורכיהן של הקבוצות החזקות בחברה;<sup>185</sup> זוהי שפה המבטאת אוריינטציה של דרוויניזם חברתי, שבו החזק הוא שורד.<sup>186</sup> במאבק המשפטי להבטחת רווחתם של שכבות העוני שיח הזכויות הוא חלק מן הבעיה ולא חלק מהפתרון.<sup>187</sup> ביקורת מעין זו הושמעה מפי חוקרים רבים, אשר הדגישו, איש איש על פי דרכו, את המאפיין הבעייתי של שיח הזכויות כמקדם תפיסת עולם שבה הפרט מקדש את צרכיו האישיים על פני אלה של הזולת ושל הקהילה. דוגמאות טיפוסיות לכך הן ספרים משלושת העשורים האחרונים כגון MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (1991); RONALD BEINER, WHAT'S THE MATTER WITH LIBERALISM (1992); PAUL KAHN, PUTTING LIBERALISM IN ITS PLACE

183 השוו Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 TEXAS L. REV. 1363, 1392 (1984): "The image of negative rights overshadows that of positive ones and may obstruct the expansion of positive rights [...] [I]t will be difficult to develop a rhetoric of rights [...] that justifies both negative and positive rights. The contemporary rhetoric of rights speaks primarily to negatives ones"

184 וכפי שניסח זאת קובר, לעיל ה"ש 99, בעמ' 144–145: "תורת המשפט של הזכויות חלשה בייחוד בהבטחת הערובות החומריות לחיים ולכבוד שהקהילה מוסרת ליחיד. כשאנו דנים בזכות לטיפול רפואי, לפרנסה ולחינוך, אנו נוכחים שדימויים רטוריים מעין אלו ריקים, שלא כמו הזכות לחופש דיבור או למשפט הוגן". ברם הבעיה שקובר מצא בשיח הזכויות לא הייתה העדיפות המובנית של זכות הקניין על פני הזכות לביטחון סוציאלי אלא העמימות המאפיינת לדעתו את שיח הזכויות, המתקשה להגדיר מיהו האחראי להגשמת הזכות לביטחון סוציאלי (הקהילה? המדינה? העשירים?). אני סבור כי טיעון זה אינו משכנע. כשם ששיח הזכויות מתקשה להבהיר מיהו בעל החובה, כך שיח החובות מתקשה להבהיר מיהו בעל הזכות (ראו דיונונו לעיל בסמוך לה"ש 107, בעניין השאלה מיהו בעל הזכות שיוצרים דיני צדקה). אולם שני סוגי השיח יכולים להתאמץ ולהגדיר הן את בעל הזכות הן את בעל החובה.

185 לטענה כי שיח זכויות הפרט שהונח ביסוד החוקה האמריקאית נועד להגן על זכות הקניין של הקבוצות העשירות מפני ניסיונות לביצוע חלוקה מחדש על חשבונם ראו JENNIFER NEDELSKY, PRIVATE PROPERTY AND THE LIMITS OF AMERICAN CONSTITUTIONALISM GOVERNMENT (1990).

186 על כך ראו Benjamin Porat, *Deciding between Contradicting Norms: Rights-Based Law vs. Duty-Based Law*, AM. J. COMP. L. (forthcoming).

187 על כך ראו גם Tushnet, לעיל ה"ש 183, בעמ' 1386. לביקורת מכיוון שונה ראו ישי בלנק "על מגבלותיהן של הזכויות החיוביות במשפט הישראלי" **עיוני משפט** לו 97 (2013) (הזכויות החברתיות הן עניין פורמלי, שלא בהכרח מקבל ביטוי מהותי; הזכויות החברתיות הן מכשיר בידי הרוב להטמעת סדר היום הלאומי בקבוצות מיעוטים; אין די בזכויות חברתיות בלא ארגון מחדש של המשאבים החברתיים).

(2005); SAMUEL MOYN, NOT ENOUGH: HUMAN RIGHTS IN AN UNEQUAL WORLD  
188.(2019)

לאמיתו של דבר, הטענה כי שיח הזכויות מקדם את עניינן של הקבוצות החזקות בחברה אינה חדשה. כבר קרל מרקס עמד בכתבי השחרות שלו על כך שזכויות האדם הבסיסיות – הזכות לקניין והזכות לביטחון – הן זכויות שנועדו להגן על רכושן של המשפחות העשירות ובכך לשמר את הפערים שבין בעלי הרכוש לבין חסרי הרכוש. על פי מרקס:

מה שקרוי בשם זכויות האדם [...] אינן אלא [...] זכויות האדם האגואיסטי, התלוש מעל רעהו ומן הקהילייה [...] החירות כאחת מזכויות האדם איננה מתבססת על זיקתו של האדם אל רעהו, כי אם להיפך, על ניתוקו של האדם מרעהו [...] זכות הקניין היא אפוא זכותו של האדם ליהנות מרכושו בהתאם לרצונו, באורח שרירותי, מבלי להזדקק לאנשים אחרים ולהתחשב בהם, ללא תלות בחברה, ולעשות בו ככל העולה על רוחו: זוהי זכות ההנאה האנוכית [...] חירות זו היא הגורמת לכך שכל אדם יראה בזולתו לא את מימוש עצמו, אלא סייג לעצמו.<sup>189</sup>

אף אם דוחים את המסקנות שמרקס גזר מניתוח זה, ניתן להסכים עם ביקורת שיח הזכויות שהוא מעלה.

גם בהקשר הישראלי היו שעמדו על כך שחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מקדם סדר יום של חברה קפיטליסטית תחרותית. כך למשל כתב הפילוסוף אליעזר שביד בעקבות קבלת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו:

למעשה, לפנינו חוק שנתנסח על פי דגם המקובל בדמוקרטיה הליבראלית האמריקנית, שהשקפת העולם שהוא מיישם היא שאיפת הצלחה ואושר אינדיבידואליסטיים ותחרותיים [...] ברור כי מושג "כבוד האדם", המוגדר לפי החוק [...] אינו מזדהה לא עם חובה מוסרית קודמת ולא עם אחריות קודמת כלפי הבריות, אלא עם האנוכיות המקודשת של החזקים, שכוחם איתם לממש את זכויותיהם.<sup>190</sup>

אכן, לא במקרה הזכות לקניין מנויה במפורש בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות נידונה להוסיף ולהעלות אבק על שולחן הכנסת.<sup>191</sup> מבחינה חוקתית אין להשוות בין מעמדן החזק של הזכות לקניין ושל הזכות לחופש העיסוק,

188 לאחרונה פרסם תומס פיקטי ספר המתחקה על היסודות הפוליטיים, התרבותיים והמשפטיים של זכות הקניין בעולם המערבי כמנביעים את אי-השוויון הכלכלי. ראו THOMAS PIKETTY, CAPITAL AND IDEOLOGY (2019). ראו גם מנחם מאוטנר "פתח דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" **עיוני משפט** לו 7 (2013). להתמודדות עם טיעונים מעין אלה ראו HOLMES & SUNSTEIN, לעיל ה"ש 8, בעמ' 135.

189 קרל מרקס "לשאלת היהודים" **כתבי שחרות** 33, 51–52 (התשכ"ו).  
190 אליעזר שביד "האם חירות האדם היא אנוכיותו או אחריותו?" **כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל** 47 (התשנ"ה).

191 לסקירת הגלגולים שעברו על הצעת חוק־יסוד: זכויות חברתיות ראו לעיל ה"ש 9.

המנויות בחוקי היסוד, לבין הזכות לקיום בכבוד שאינה מנויה עימה.<sup>192</sup> זאת ועוד, רבים עמדו על כך כי גם לאחר שבית המשפט העליון הכיר בזכות לקיום בכבוד כזכות־בת של הזכות המנויה לכבוד האדם, בפועל כמעט שלא הייתה לכך השפעה מעשית על הפסיקה הישראלית.<sup>193</sup> במרבית המוחלטת של המקרים נדחו טענות העותרים כי זכותם לקיום בכבוד נפגעה. הרטוריקה של הכרה במעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד לא היתרגמה לשפת המעשה.<sup>194</sup> הדבר נובע ממגוון סיבות, הקשורות מטבע הדברים בהשקפות הכלכליות של מקבלי ההחלטות. לטענתי, לשיח הזכויות יש חלק בדבר, באשר הוא מתחזק צורת חשיבה אטומיסטית, המקדשת את האינסטינקט האנושי להגנה על האינטרס העצמי.<sup>195</sup>

יש שניסו לפתור מבוכה זו במסגרת שיח הזכויות. למשל, ניתן להגדיר את הזכות לקניין פרטי ככוללת גם את זכותם של העניים לקבלת רכוש מינימלי. לפי הצעה זו, הסיוע לרווחת העניים אינו אילוץ חיצוני המוטל על זכות הקניין של בעלי הרכוש, אלא הוא מימוש המובן הראשוני של זכות הקניין של חסרי הרכוש.<sup>196</sup> כך למשל, לדעת מונדלק, "ההנחה לפיה זכויות ליברליות הן בהכרח זכויות אטומיסטיות איננה הכרחית. היא אמנם משקפת

192 על כך ראו איל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?" **צדק חלוקתי בישראל** 79 (מני מאוטנר עורך 2000); דפנה ברק־ארו ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר** 189, 200 (שולמית אלמוג ואח' עורכים 2009).

193 ברק מדינה "הזכות לקיום בכבוד: הערכה ביקורתית של פסיקת בית המשפט העליון" **ספר אדמונד לוי** 197, 225 (אהוד גורדון עורך 2017); מדינה **דיני זכויות האדם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 754; אבישי בניש ומיכל קרמר "למלא את החלל: מודל לעיצוב הזכות לקיום בכבוד בעקבות המשפט החוקתי הגרמני" **עבודה, חברה ומשפט** יד 263 (2015); אמיר פז־פוקס "כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי" **ביטחון סוציאלי** 75, 9 (2007); יואב דותן "כבוד האדם, צדק סוציאלי וזכויות חברתיות חוקתיות" **עבודה, חברה ומשפט** יד 207, 216 (2015) (להלן: דותן "כבוד האדם"). דותן אינו מציין זאת כביקורת, שכן לגישתו הזכויות החברתיות אינן אמורות לזכות בהגנה חוקתית מלאה. כן ראו יואב דותן "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותברותיות בישראל** 69 (יורם רבין ויובל שני עורכים 2004).

194 היוצא מן הכלל הוא בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (נבו 28.2.2012), שהיה הפעם היחידה שבה ביטל בית המשפט סעיף חוק בשל פגיעתו בזכות לקיום בכבוד. ברם אפילו פסק דין זה אינו חריג של ממש, שכן הביקורת של בית המשפט לא הייתה על היקף המשאבים שהמדינה העניקה למעוטי האמצעים אלא על שהמדינה נקטה חזקה חלוטה כדי לקבוע מי אינו זכאי לסיוע. ראו דותן "כבוד האדם", לעיל ה"ש 193, בעמ' 219. כן ראו ברק־ארו "זכויות חברתיות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 63.

195 עדיפותה של הזכות לקניין על פני הזכות לקיום בכבוד קיבלה לאחרונה ביטוי מעניין בפסיקה. בבג"ץ 2293/17 **גרסגה נ' הכנסת** (נבו 23.4.2020), נידון סעיף חוק שחייב להפקיד 20% משכר עבודתם של עובדים מסתננים בפקדון שיינתן להם רק עם עזיבתם את ישראל. בג"ץ אומנם הכיר באפשרות העקרונית לבטל את הסעיף מכוח פגיעה לא מידתית בזכותם של העובדים המסתננים לקיום בכבוד, אך העדיף לבסוף לבטל את הסעיף בשל הפגיעה הלא מידתית בזכות הקניין שלהם, אשר כפי הנראה נתפסה בבית המשפט כזכות חזקה מהזכות לקיום בכבוד.

196 וכפי שכתב דגן: "זכות הקניין משמיעה מינימום קנייני לכלל בני האדם, כזה שנדרש להם לשם קיום אנושי בכבוד ולשם פיתוח האוטונומיה האישית שלהם" (חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 57 (2005)). על כך ראו גם HANNOCH DAGAN, PROPERTY: VALUE AND INSTITUTIONS Ch. 2: Exclusion and Inclusion in Property (2011). לגישה המתנגדת לשילוב עקרון הצדק החלוקתי בתוך הזכות לקניין, ראו JAMES E. PENNER, THE IDEA OF PROPERTY IN LAW 103 (2000).

התפתחות היסטורית, אך לא התפתחות המתחייבת מעצם מהותן של זכויות אלה.<sup>197</sup> לחלופין, באופן תיאורטי תיתכן שיטה שתגרוס כי הזכות לביטחון סוציאלי של מעוטי האמצעים היא שוות משקל לזכות הקניין של בעלי האמצעים ואינה נופלת ממנה בחשיבותה. ברם אף אם המובן האטומיסטי של שיח הזכויות הוא התפתחות היסטורית שאינה הכרחית מבחינה לוגית, בכל זאת הוא אינו התפתחות מקרית, אלא הוא משקף את הדרחף העמוק שבבסיס שיח הזכויות.

אחרים הכירו בכך שכדי לפרוץ את המעגל האטומיסטי של שיח הזכויות נחוצה פריצה מושגית באמצעות אימוץ של מערכת חשיבה אחרת. בדרך זו יהיה אפשר להגן טוב יותר על צורכי הרווחה של מעוטי האמצעים, וככלל להעשיר את האופי המרושש של שיח הזכויות, העוסק בעיקר באיסורים ומתקשה להעניק לחברה אתוס חיובי.<sup>198</sup> אחת הדרכים שהוצעו להעשרת השיח המשפטי היא מערכת המונחים של עולם החובות, התורמת לבניית חברה משימתית הרתומה למטרה של הגנה על צורכיהם של מעוטי האמצעים.<sup>199</sup> בנקודה זו המשפט העברי מציע מודל מעניין של עולם משפטי חלופי, אשר אבן הבניין של עולמו היא החובה, ולא הזכות. אכן, יסוד היסודות הוא "שיתברר ויתאמת אצל האדם מה חובתו בעולמו".<sup>200</sup> מנקודת מבט זו, הקניין הפרטי אינו רק מקור לזכויות אלא גם מקור לחובות. כאן התחרות אינה בין זכות הקניין של בעל הרכוש לבין זכות הרווחה של העני, אלא בין זכות הקניין של בעל הרכוש לבין החובה המוטלת עליו לדאוג לרווחתם של אחרים. בתחרות זו ידה של החובה על העליונה, שכן היא המובן הראשוני, היסודי, של עולם החוק

197 גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **עבודה, חברה ומשפט** 65, 108 (1999). כן ראו שם, בעמ' 109 ("הזכות לקניין איננה חייבת להתפרש כזכותו של אדם שאחרים לא ייגעו בקניינו, כי אם גם הזכות של אדם לכך שיהיה לו קניין המצדיק הגנה").

198 כך למשל, לדעת פול קהן, לא ניתן לבסס על רעיון האמנה החברתית את הקיום החברתי, שכן זה האחרון דורש נכונות להקרבה. לפיכך יש להעשיר את השיח הליברלי באמצעות שיח של זהות ואהבה, היכולות להניע את היחידים לפעולה למען החברה. ראו PAUL KAHN, PUTTING LIBERALISM IN ITS PLACE (2005). רונלד בינר הציע להחליף את שיח הזכויות ב" The Language of Goods" (RONALD BEINER, ) (1992) (WHAT'S THE MATTER WITH LIBERALISM), ואילו על פי הצעתו של מאוטנר (לעיל ה"ש 188, בעמ' 66) עלינו לעבור מתפיסת "ליברליזם של הזכויות השליליות" (המדינה הלא מתערבת) לתפיסת "ליברליזם של השגשוג האישי והחברתי", שבה המדינה פועלת באופן אקטיבי ליצירת התנאים שבהם האזרחים יוכלו לממש את הפוטנציאל שלהם.

199 לכותבים ברוח זו ראו קובר, לעיל ה"ש 99; MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (1991). כן ראו William Singer & Jack M. Beer, *The Social Origins of Property*, 6 CAN. J. L. & JURIS. 217, 246 (1993). גם חנוך דגן, שלעיל ראינו כי הציע להרחיב את משמעותו של שיח הזכויות, מתבטא בכיוון של אימוץ שיח החובות: "הקניין מהווה [...] מקור לאחריות מיוחדת של הבעלים כלפי פרטים אחרים וכלפי הקהילה (או החברה) בכללותה. אחריות חברתית אינה מגבלה חיצונית על זכות הקניין [...] האחריות החברתית מהווה חלק מהמשמעות של זכות הקניין עצמה" (ראו דגן, לעיל ה"ש 196, בעמ' 52).

200 רבי משה חיים לוצאטו (המאה ה"ח), מסילת ישרים א. לזיקה שהמשפט העברי יוצר בין מוסד הקניין לבין מושג החובה ראו גם דגן, לעיל ה"ש 196, בעמ' 51.

ושל מהות האדם. שיח החובות פועל אפוא בכיוון הפוך מן הדרוויניזם החברתי, והוא מבטיח טוב יותר את רווחתן של השכבות החלשות.<sup>201</sup> תובנה זו התחדדה בדברי רבי יעקב בן אשר, בעל הטורים, בדיונו על מצוות צדקה. כמענה לנטייה הראשונית של בעל הרכוש להעדפת זכותו הקניינית על פני הבטחת רווחתו של העני, מדגיש בעל הטורים כי מהותו של הקניין היא מימוש החובה כלפי העניים:

ואל יעלה בלבו עצה לומר איך אחסר ממוני ליתנו לעניים, כי יש לו לדעת שאין הממון שלו אלא פקדון לעשות בו רצון המפקיד [=ה'] וזה רצונו שיחלק לעניים ממנו.<sup>202</sup>

השופט יצחק זמיר הוא שעמד, בפסק דין קונטרס, על הסכנה שבהצבת עולם המשפט על זכויות הפרט לבדן ועל הצורך להרחיב את השפה המשפטית באמצעות אבני הבניין של עולם החובות. בהתעמתו עם תפיסת השופט ברק באותו פסק דין, שלפיה "משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט", טען זמיר:

אין לומר כי תפקיד השלטון הוא לכבד את זכויות האדם. נקודה. אכן, זהו תפקיד ראשון במעלה. אך זהו רק אחד התפקידים. יש לומר גם, בנושמה אחת, שתפקיד נוסף הוא לקדם את רווחת האדם. כל אדם. ועוד תפקיד הוא לעשות צדק חברתי. צדק לכול. זכויות האדם אינן אמורות להאפיל על רווחת האדם ועל הצדק החברתי. אסור שזכויות האדם ישמשו רק את האדם השבע. צריך שכל אדם יהיה שבע, כדי שיוכל ליהנות, למעשה ולא רק להלכה, מזכויות האדם [...] במילוי התפקיד כל אחד מאתנו צריך לקבל על עצמו מערכת של חובות... זאת היא, לדעתי, התפיסה הראויה של חברה דמוקרטית – זכויות ולצדן חובות [...] לצורך זה, אין החברה מסתפקת בהקניית זכויות לאדם, אלא היא גם מטילה עליו חובות. זוהי נפש הדמוקרטיה.<sup>203</sup>

זוהי אפוא הסיבה שמושגים כדוגמת "זכויות חברתיות" או "הזכות לקיום בכבוד" עלולים להתגלות כמביסים את עצמם. שיח הזכויות, שבו ביטויים אלה מבקשים להתהדר, מעצים

201 ראו לעיל ה"ש 186.

202 טור, יורה דעה, סי' רמז. שאלת הקשר בין תיאולוגיה לבין שיח החובות ושיח הזכויות מצריכה עיון נרחב, שאני מקווה לקיימו במאמר נפרד.

203 ראו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 341–342 (1998). אלבשן (לעיל ה"ש 9, בעמ' 157) ביקר את השופט זמיר על שלא כלל את מושג הצדק החברתי וההגנה על רווחת מעוטי האמצעים בתוך המונח "זכויות אדם", כלומר על שלא הכיר במונח זכויות חברתיות. אולם לטעמי, יפה עשה השופט זמיר שעמד על כך שההגנה על רווחת מעוטי האמצעים זקוקה למערכת מושגית שונה מזו של שיח הזכויות, אותה הוא מצא בשיח החובות. בדומה כתב השופט סולברג: "זכויות האדם הן מתכוונות להצלחה ולשגשוג אינדיווידואליסטי תחרותי [...] 'העם רוצה צדק חברתי', אך חוששני כי לא נגיע אליו רק על בסיס האינדיווידואליזם המצוי בבסיס שיח הזכויות, וגם לא בעקבות חקיקה של חוק-יסוד: זכויות חברתיות. כל אלה צריכים להיות מלווים באחריות חברתית [...] בצד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראוי שיעמוד חוק יסוד: אחריות האדם, המעגן את אחריותו של אדם כלפי חברו ואחריותו כלפי החברה". ראו נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין ודברים ח 13, 25–29 (2014).



דווקא את המאפיינים האינדיווידואליסטיים והתחרותיים של החברה, אשר קוראים תיגר על המאמץ המשפטי להבטחת רווחתם של העניים. שידוד מערכת החשיבה באמצעות שיח החובות החברתיות, מעין זה שמציע המשפט העברי, עשוי לשרת טוב יותר את התשתית החוקתית לתמיכה ברווחת מעוטי האמצעים. על פי הצעה זו, אבן היסוד של המאמץ החברתי לא תהיה "הזכות לקיום בכבוד" אלא החובה "יְחִי אָחִיךָ עִנְיָן" (ויקרא כה 36). מובן כי לעניין זה אין די באימוץ מילת הקסם "חובה", אלא יש גם להפנים את המעטפת הרעיונית והתרבותית של מושג החובה. נדרש מעבר מתפיסה של חברה הממוקדת במימוש זכויות הפרט לתפיסה של חברת מופת ישראלית המגשימה חזון יהודי של חברת אחווה. ברם חשוב לזכור כי בצד היתרונות שיש לשיח החובות של המשפט העברי על פני שיח הזכויות של המסורת הליברלית, יש לו גם חסרונות מהותיים. אחד מהחסרונות האלה בולט במיוחד בתחום החובות החברתיות. שיח החובות מתייחס אל העני כאובייקט שמקיימים בו את החובה, ולא כסובייקט משפטי. למשל: ההלכה מחייבת אדם לתת צדקה לעני וכן היא מחייבת אדם שלא לצער את בעלי החיים שברשותו. האם מנקודת מבט הלכתית יש הבדל מהותי בין העני לבין בעל החיים? שיח החובות מתקשה להביע הבדל זה; העני ובעל החיים עשויים להיתפס כשני אובייקטים שבהם מממשים את החובה. מבחינה מסוימת, העני עשוי להיתפס כמעין לולב שיש לנענע אותו בחג הסוכות כדי לקיים בו את המצווה. עניין זה משליך במגוון דרכים על דיני צדקה, שלעיתים מתייחסים אל העני כאובייקט גרידא, כחפץ של מצווה,<sup>204</sup> בשונה משיח הזכויות החברתיות, שדווקא מדגיש את היותו של העני אדם, סובייקט משפטי, בעל זכות עמידה. לפיכך הצעתי אינה להמיר את השיח הישראלי של הזכויות החברתיות בשיח היהודי של החובות החברתיות אלא להעשיר את שני סוגי השיח זה בזה. אנו קוראים ליצור מזיגה בין שתי השפות.

## ז. בין רווחה לכבוד

ככוחו של המשפט העברי לתרום זווית ראייה נוספת לדיון של שופטי בג"ץ ביחס שבין רווחה לכבוד האדם. כאמור, הכנסת לא הכירה במפורש בזכות לביטחון סוציאלי כזכות חוקתית, ובהיעדר מקור חוקתי מפורש הכיר בית המשפט העליון בזכות זו כזכות-בת הנגזרת מזכות האדם לכבוד, שהיא אבן הפינה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על פי בית המשפט, "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע".<sup>205</sup> מכך נובע כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעניק הגנה

204 הדוגמאות המעשיות לכך רבות, וכאן אסתפק בשתיים מתוכן: (א) חז"ל דנו בשאלת המועדים שבהם יש ליתן צדקה. חלק מן המקורות בוחרים את המועדים לפי צרכיו של העני, ואילו חלק אחר של מקורות חז"ל מדגישים את המועדים המועדפים לפי צרכיו הרוחניים של בעל הבית (לפני התפילה, ערב יום כיפור או סמוך למיתתו); (ב) פוסקי ההלכה הבת-תלמודיים התחבטו בשאלה אם מוטב שאדם ייתן את כספי הצדקה שלו לעני בפעם אחת, או שמא מוטב שיחלקם לסכומים קטנים וייתנם לעני מעט מעט, כדי שהנותן יזכה בקיום מצוות הרבה. הדבר מבטא את העדפת צורכו הרוחני של נותן הצדקה על פני צורכו הכלכלי של מקבל הצדקה. לדוגמאות נוספות ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 95.

205 ראו עניין **גמזו**, לעיל ה"ש 181, בעמ' 375–376.

חוקתית לזכות לכבוד, אמור להעניק הגנה חוקתית לזכות לחיות ללא מחסור קיומי בסיסי. בכך צועד המשפט הישראלי בנתיב דומה לזה של המשפט הגרמני, אשר אף הוא העניק מעמד מרכזי לערך החוקתי של כבוד האדם וגזר ממנו את הזכות לביטחון סוציאלי כזכות לקיום בכבוד.<sup>206</sup>

בהקשר זה המשפט העברי מציג נקודת מבט שונה. אומנם חכמים ראו בחיי עוני דבר שיש בו ביזיון וחוסר כבוד,<sup>207</sup> אולם את החובה לסייע לעני הם לא עיגנו בחובה לשמור על כבודו. אדרבה, מקורות חז"ל רבים מבטאים את ההנחה כי הענקת הסיוע לעני עלולה להגדיל את הפגיעה בכבודו ולגרור לביזוי נוסף שלו.<sup>208</sup> דבר זה כמובן לא הביא את חז"ל להימנע מלהטיל חובה לסייע לעניים, אך הוא הביאם להשקיע חשיבה מרובה בשאלה כיצד לעצב את חובת הסיוע לעני שיהיה בה כדי לצמצם עד כמה שאפשר את הפגיעה בכבודו.<sup>209</sup> בספרות חז"ל מצויים ביטויים רבים לפגיעה בכבוד העני הנגרמת מהסיוע הניתן לו, הבאה מרגשי הפטרונות הגואים בלב נותן הסיוע ומתחושות הנחיתות והתלותיות הנוצרות אצל מקבלו. כך לדוגמה עוצבה ברכת השחר שהייתה נהוגה בבית מדרשו של האמורא הארצישראלי רבי ינאי:

הנוער משנתו צריך לומר, ברוך אתה ה' מחיה המתים. רבוני חטאתי לך. יהי רצון מלפניך ה' אלהי שתתן לי לב טוב, חלק טוב, יצר טוב, סבר טוב, שם טוב, עין טובה ונפש טוב ונפש שפלה ורוח נמוכה. אל יתחלל שמך בנו ואל תעשינו שיחה בפי כל הבריות ואל תהי אחריתנו להכרית ולא תקוותנו למפח נפש ואל תצריכנו לידי מתנות בשר ודם ואל תמסור מזונותיו בידי בשר ודם שמתנתם מעוטה וחרפתם מרובה ותן חלקנו בתורתך עם עושי רצונך. בנה ביתך היכלך עירך ומקדשך במהרה בימינו.<sup>210</sup>

לא רק העוני ממיט אפוא חרפה על העני אלא גם הסיוע הניתן לו. לפיכך חכמים השקיעו מאמץ מרובה לעצב דרכים שונות של הגשת סיוע באופן שישמור ככל הניתן על כבודו של העני. להלן אעמוד על שלוש דרכים עקרוניות החשובות במיוחד לענייננו. דרכים אלה

206 על כך ראו בניש וקרמר, לעיל ה"ש 193, בעמ' 270.

207 לדוגמה "בזמן שאדם עשיר יש לו פנים שמחים לראות את חברו, ובזמן שאדם עני אין לו פנים לראות מפני שהוא מתבייש מחברו" (תוספת לבראשית רבה צא, ה, מהדורת תיאודור אלבק 1121).

208 לאמיתו של דבר, בהקשר זה ניתן להבחין בין שני מושגים של כבוד. הזכות לקיום בכבוד, הנגזרת מכבוד האדם, מבוססת על משמעות המושג "כבוד" כ־dignity, דהיינו כבודו הסגולי של אדם מעצם היותו אדם. לעומת זאת הפגיעה בכבודו של העני בשל הסיוע הניתן לו מבוססת על משמעות המושג "כבוד" כ־honor, כלומר הדרת כבוד שאדם ראוי להפגין כלפי רעהו. על כך ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם** 19 (2004).

209 ראו גם עניין גרסגהר, לעיל ה"ש 195, פסק דינו של השופט הנדל. להרחבה ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, פרק ח, בעמ' 137.

210 ירושלמי, מסכת ברכות ד, ב (ז, ע"ד, מהדורת האקדמיה 36) (ההדגשה הוספה). התהליכים המחוללים זאת נותחו בידי האנתרופולוג והסוציולוג מרסל מוס. לפי מוס, הענקת מתנה לזולת יוצרת חיוב להענקת מתנה בתמורה. כשהמקבל אינו עושה זאת, נוצר חוב שלא נפרע, המתבטא במערכת יחסים של כפיפות בין המקבל לנותן. מוס מנתח את יחסי הפטרונות הנוצרים סביב מערכות הסיוע שהקהילה מעניקה לענייה, כדוגמת מוסד הצדקה. ראו מוס **מסה על המתנה: צורתו וסיבתו של החליפין בחברות הארכאיות** 55 (התשס"ה).

נבדלות זו מזו בהתמודדותן עם היבטים שונים של הפגיעה בכבוד העני. עושר המקורות החז"ליים חושף אפוא פנים שונות של כבוד העני ומסייע לחידוד הרגישות הראויה למאמץ לשמור על כבודו.<sup>211</sup>

היבט אחד של פגיעה בכבוד העני מן העזרה הניתנת לו הוא הפגיעה בדימויו החברתי. כשהעני מקבל סיוע הוא עלול להיות מוכתם בעיני האחרים כנתמך החי על חשבונם. לפיכך חכמים תרו אחר דרכים להרחיק את הסיוע לעני מעין הפרהסיה הקהילתית ולוודא שהסיוע יינתן בצנעה הראויה שתשמור על כבודו החברתי של העני. על הפסוק "כִּי אֶת כָּל מַעֲשֵׂה הַקָּבָה לְדוֹן לְכַף חוֹבָה גַם אֶת מַעֲשֵׂי הַטּוֹבִים שֶׁל הָאָדָם ("אם טוב") שנעשו בדרך לא ראויה, כגון מתן צדקה בפרהסיה, שאומנם מבטיחה את רווחת העני אך באותה שעה גם רומסת את כבודו:

מאי "אם טוב ואם רע"? אמרי דבי רבי ינאי: זה הנותן צדקה לעני בפרהסיה. כי הא דרבי ינאי חזייה לההוא גברא דקא יהיב זוזא לעני בפרהסיה. אמר ליה: מוטב דלא יהבת ליה מהשתא דיהבת ליה וכספתייה [=כאותו מקרה של רבי ינאי שראה אדם שנתן כסף לעני בפרהסיה. אמר לו: מוטב שלא היית נותן לו, מאשר כעת שנתת לו וביישתו].<sup>212</sup>

היבט שני של פגיעה בכבוד העני מן הסיוע הניתן לו נעוץ ביחסי הפטרונות שעלולים להיווצר בין נותן הצדקה לבין העני מקבלה. ההנחה היא כי אף אם הסיוע לעני ייעשה בצנעה, הרחק מעין הציבור, עדיין יש בעצם המפגש הישיר בין נותן הסיוע לבין העני כדי לכונן ביניהם מערכת יחסים היררכית לא רצויה. כדי להתמודד עם בעיה זו הורו חכמים על ניתוק הקשר הישיר בין נותן הצדקה לבין העני מקבלה. חכמים הגשימו זאת בכמה דרכים, שיש ביניהן הבדלים מעניינים אך גם מכנה משותף ברור. דרך אחת המתוארת במשנה מיוחסת לתקופת בית המקדש השני, שבו היה מקום מיוחד, שנקרא "לשכת חשאי", שיצר חציצה בין נותני הצדקה לבין מקבליה, ובכך מנע את המפגש המביש ביניהם:

שתי לשכות היו במקדש [...] לשכת חשאים יראי חטא נותנים לתוכה בחשאי ועניים בני טובים מתפרנסים מתוכה בחשאי.<sup>213</sup>

מאוחר יותר העלו חכמי התלמוד על נס את הרעיון של מתן צדקה בסתר, באופן שהעני אינו יודע ממי קיבל את הצדקה (ובכך למנוע ממנו את רגשי הנחיתות) או באופן שנותן הצדקה אינו יודע למי נתנה (ובכך למנוע ממנו את תחושת הפטרונות). עד שלבסוף הוכרע כי הדרך הראויה ביותר למתן צדקה, שבה האנונימיות היא כפולה – "נותנה ואינו יודע למי נתנה" – נוטלה ואינו יודע ממי נוטלה – היא באמצעות קופת הצדקה הקהילתית, המאפשרת

211 אמנה דרכים אלה לפי סדר תמטי, לאו דווקא לפי רצף התפתחותם ההיסטורי.

212 בבלי, חגיגה ה, ע"א. כמו כן היו חכמים שהקפידו ליתן צדקה באפלת הלילה, הרחק מעיני הציבור. ראו ירושלמי, פאה ח, ט (כא, ע"ב, מהדורת האקדמיה 112). ראו גם ירושלמי, שקלים ה, ו (מט, ע"ב, מהדורת האקדמיה 622).

213 משנה, שקלים ה, ו. השאלה ההיסטורית אם לשכת חשאי אכן התקיימה בפועל אינה חשובה לענייננו, שכן העיקר הוא התפיסה הרעיונית המשתקפת מתיאור זה. עוד על "לשכת חשאי" ועל מקבילות נוספות ראו פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 18, בעמ' 143.

אנונימיות מלאה: "ואלא היכי ליעביד [=כיצד יעשה]? ליתבי [=יתן] לארנקי של צדקה".<sup>214</sup> וכפי שניסח זאת הרמב"ם, כמעלה השנייה של הצדקה (מבין שמונה המעלות שהוא סרטט): "הנותן צדקה לעניים ולא ידע למי נתן ולא ידע העני ממי לקח... וקרוב לזה הנותן לתוך קופה של צדקה".<sup>215</sup> המנגנון הביורוקרטי נתפס אפוא בעיני חכמים לא כגורם המאיים על כבודו של העני ומשפילו, אלא להפך, כמעטפת המאפשרת לעני להימנע מהשפלת מבט בפני מי שהעניק לו את הסיוע.<sup>216</sup> מנקודת מבט זו, מערכת הרווחה המדינתית המודרנית, עצומת הממדים, שבה הן משלמי המס הן זכאי הביטוח הלאומי פוגשים אך ורק פקידים ולא האחד את רעהו, מבטיחה את האנונימיות של העני בפני הפרהסיה הציבורית, ובכך היא הופכת לדרך המיטבית לשמירה על כבודו.<sup>217</sup>

היבט שלישי של פגיעה בכבוד העני מן הסיוע הניתן לו מתבטא בפגיעה בדימויו העצמי של העני. חכמים היו רגישים לכך שאף אם הסיוע יינתן בצנעה הראויה, יש בו כדי לבייש את העני בינו לבין עצמו, כלומר לפגוע בדימויו העצמי כאדם הנזקק לעזרת אחרים. לפיכך חכמים המליצו על סיוע לעני בדרך של מתן הלוואה, המסייעת לשמירה על כבודו העצמי, על פני סיוע הניתן בדרך של מתנת חנם שאינה נפרעת, המגדילה את הפגיעה בכבודו העצמי. כך למשל מופיע במדרש הספרי שכבר ראינו לעיל בהקשר אחר:<sup>218</sup>

פתח לו בדברים, שאם היה ביישן אמור לו 'את צריך ללות'. מיכן אמרו צדקה ניתנת כמלוה.<sup>219</sup>

ובאופן אחר הורה האמורא רבי אבא בשם רבי שמעון בן לקיש:

גדול המלווה [=לעני] יותר מן העושה צדקה. ומטיל בכיס [=יוצר שותפות עסקית עם העני] יותר מכולן.<sup>220</sup>

214 בבלי, בבא בתרא י, ע"ב. ופירש רש"י: "יתננה בכיס של גבאי צדקה" (שם, ד"ה 'נותנה').

215 רמב"ם, הלכות מתנות עניים י, ח.

216 המחשה מעניינת מצויה בתשובתו של רבי יהודה הלוי מינץ (המאה ה"ט), שנשאל על האופן הראוי לחלוקת אירוח העניים בין בעלי הבתים בקהילה. כדי לחלק את הנטל במידה שווה נהגו חברי הקהילה לרשום את שמות בעלי הבתים על פתקים, לערבב אותם בקלפי, ולאחר מכן להוציא את הפתקים שעליהם השמות של אלה שיארחו את העניים. על רקע זה היה מי שהציע כי העניים עצמם הם שיוציאו את הפתקים מן הקלפי (ולא פרנס הקהילה), "כדי שיתבייש העני ולא יוסיף לבא עוד". לעומת זאת המתנגדים טענו שהצעה זו תגרום שהעניים יתביישו ו"לא מקרי הכנסת אורחים אבל נקרא הוצאת אורחים". לפיכך כדי לשמור על כבוד העניים ראוי שהפרנס הוא שיוציא את הפתקים. בתשובתו קיבל הפוסק את טענת המתנגדים, שכן "חלילה וחס לתקן תקנה לבייש העני ולזלזלו [...] על כן ראו הדור עד כמה צריך אדם להיות נזהר שלא לבייש שום אדם" (ראו שו"ת מהר"י מינץ, סי' ז). לדוגמאות נוספות, ראו נפתלי צבי יהודה בר-אילן **משטר ומדינה בישראל על פי התורה** כרך ג 1309 (2013).

217 על כך ראו ברק-ארז "זכויות חברתיות", לעיל ה"ש 13, בעמ' 73 (הרואה במנגנון הרווחה המדינתי את הדרך האופטימלית להגשמת דברי הרמב"ם שהובאו לעיל בטקסט הסמוך לה"ש 215).

218 ראו לעיל ה"ש 169.

219 ספרי, דברים קטז (מהדורת פינקלשטיין 175). כן ראו שם, הערת המהדיר. למקבילות ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 102, 138.

את עדיפותו של סיוע הניתן כהלוואה על פני סיוע הניתן כמתנת חנים ניתן להטעים בדרכים שונות. כך לדוגמה, הלוואה עדיפה משום שהעני אמור לפורעה, ועל כן היא אינה נחזית כהענקה חד-צדדית;<sup>221</sup> או משום שהיא דורשת מהעני, מקבל ההלוואה, להיות אקטיבי ולנצל אותה בדרך רווחית שתאפשר לו להשיב את הקרן וליהנות מן הפירות; או משום שגם אנשים שאינם עניים נוטלים הלוואות. למעלה מזה הוא סיוע בדרך של יצירת שותפות עסקית עם העני, "שממציא לו ריוח ומכין לו פרנסה דרך כבוד".<sup>222</sup> סיוע בדרך של הלוואה, ולמעלה מזה בדרך של יצירת מקום עבודה, נתפס בעיני חכמים כשומר על כבודו העצמי של העני יותר ממתן צדקה.<sup>223</sup>

קביעת בית המשפט העליון כי הזכות לביטחון סוציאלי היא זכות-בת של הזכות לכבוד, עלולה לתרום להחמצת ההיבטים שבהם מערכת הרווחה המועמדת לטובת העניים דווקא כרוכה בפגיעה בכבודם.<sup>224</sup> אכן, כפי שראינו לעיל בסעיף הקודם, בעיית אי-מיצוי זכויות, הנובעת בין השאר מן ההשפלה שיש בפנייה לרשויות הרווחה ובתיוג החברתי הכרוך בכך, מלמדת כי הזכות לקיום בכבוד אינה רק מגינה על כבודם של העניים אלא גם מאיימת עליו. בהקשר זה תרומתו של הדיון החז"לי היא בראש ובראשונה בעצם המודעות לבעיה, כלומר לכך שסיוע הרווחה לא רק עשוי להגן על כבודם של מעוטי האמצעים אלא גם עלול לפגוע בכבודם.<sup>225</sup> נראה שבהקשר זה חכמים מונעים מתפיסה עשירה של מושג הכבוד, שכדי להבטיחו אין די לפעול למניעת מחסור קיומי של רעב, עירום, היעדר קורת גג וכדומה, אלא גם לפעול למניעת היווצרות תלותיות של העני ויחסי פטרונות מצד הקהילה. העיון במקורות חז"ל פורס את הדרכים שחכמים מציעים לפתרונה של הבעיה, בעיקר בנחיצות של ניתוב הסיוע הניתן לעניים לאפיקים שסייעו בשיקום כבודם העצמי, כגון הלוואות והשתלבות במעגל העבודה, ולא לאפיקים שינציחו תלותיות, כדוגמת מתן קצבאות.<sup>226</sup>

220 בבלי, שבת סג, ע"א. וכך פסק הרמב"ם, הלכות מלווה ולווה א, א: "מצות עשה להלוות לעניי ישראל [...] ומצוה זו גדולה מן הצדקה אל העני השואל, שזה כבר נצרך לשאול וזה עדיין לא הגיע למדה זו". כלומר, לדעת הרמב"ם מעלת ההלוואה היא במונעה את הבושה שיש בבקשת סיוע מן הצדקה.

221 אף שמבחינה כלכלית הלוואה הניתנת בלא ריבית היא למעשה הטבה חד-צדדית הניתנת לעני.

222 רבי מנחם המאירי, בית הבחירה, שבת סג, ע"א. ראו גם מהרש"א, חידושי אגרות, שם.

223 ברם יש להודות כי הוראתם של חכמים להעדיף סיוע בדרך של הלוואה על פני סיוע בדרך של מתנת חנים נותרה במידה רבה משאלת לב. מלבד כמה קביעות עקרוניות, דוגמת אלה שציינתי לעיל, לא היה לכך ביטוי מעשי מפורט בספרות ההלכה. על כך ועל הסיבות שגרמו לכך ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 116.

224 ראו גם מדינה **דיני זכויות האדם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 787.

225 ברק-ארוז וגרוס (לעיל ה"ש 192, בעמ' 214), הצביעו על היבט בעייתי אחר של הזיקה שיצר בית המשפט העליון בין רווחה לכבוד. לטענתם, הדבר גרם לבית המשפט להתמקד אך ורק בהגנה על מחסור הגובל בהשפלה, כלומר במינימום ההכרחי, ולא בשאלות רחבות יותר של חלוקה צודקת של המשאבים בחברה, שהם רבים מהמינימום ההכרחי.

226 הכרתם של חז"ל בפגיעה בכבודו של העני ממתן סיוע הצדקה מצאה ביטוי מעניין נוסף. חז"ל העלו את האפשרות לסייע לעני באמצעות הדין לטובתו בהליכים משפטיים שבהם הוא מעורב, ובכל זאת דחו אפשרות זו מכוח הציווי המקראי המפורסם האוסר להדר פני דל. לענייננו חשוב השיקול הראשוני, שאומנם לבסוף נדחה, בעד הטיית הדין לטובת העני, שבכך מתאפשר לסייע לו בדרך מוסווית ובלא לפגוע בכבודו ("מתפרנס בנקיות"), בשונה מסייע גלוי כמתן צדקה: "לא תשא פני דל" (ויקרא יט 15), שלא תאמר עני הוא זה, הואיל ואני והעשיר הזה חייבים לפרנסו ואזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות לכך נאמר

## ח. סיכום

פסק דין **עמותת מחויבות**, אשר ניתן בראשית שנות האלפיים, הוא ציון דרך חשוב בעיגון החוקתי של מחויבותה החברתית של מדינת ישראל לרווחת תושביה. אומנם השפעתו של פסק הדין הייתה הצהרתית יותר משהייתה מעשית, אך אין בכך כדי לבטל את חשיבותו. יש להצטער על שלמורשת המשפט העברי לא היה חלק ביסודות החשיבה המשפטית הנפרסת בפסק הדין. כבר לפני שנים רבות עמד נשיא בית המשפט העליון משה לנדוי על כך שהמשפט הישראלי הוא "משפט ללא שורשים היסטוריים משלו, בחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרבדים שונים ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו".<sup>227</sup> שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד היא דוגמה שבה העקרונות שקבע המשפט העברי היו יכולים להעניק לקביעותיו של בית המשפט העליון עוגן היסטורי, שורש תרבותי ועומק רעיוני.

זאת ועוד, דומה כי דו־שיח עם המשפט העברי היה מביא לא רק לאישוש המסקנות שאליהן בית המשפט הגיע ממילא, אלא גם לפיתוח הדדי של שני העולמות המשפטיים – היהודי והישראלי. מצד אחד, קביעתו של בית המשפט העליון כי האחריות החברתית לרווחת מעוטי האמצעים היא נורמה חוקתית בעלת מעמד-על, לו הייתה נעשית מתוך דיאלוג עם מקורות המשפט העברי, הייתה יכולה להיות נדבך חשוב בהמשך פיתוחה של המסורת היהודית ארוכת השנים בתחום זה.

מצד אחר, המשפט העברי היה יכול לאתגר כמה מהנחות היסוד של השיח המשפטי המודרני בתחום זה ולהעשירן. למשל, בכוחו לסייע בפריצת אופקי החשיבה של שיח הזכויות ולהעשירם באמצעות שפת החובות, אשר כפי שראינו לעיל היא נחוצה כדי לממש כראוי את ההגנה על הביטחון הסוציאלי של השכבות החלשות.

זווית מעניינת נוספת שהיה המשפט העברי יכול לתרום לדיוניו של בית המשפט העליון הוא בראייה מורכבת יותר של מערכת היחסים שבין מושגי הרווחה וכבוד האדם. בית המשפט העליון מניח, בצדק, כי סיוע הרווחה נועד להגן על כבודו של העני, כבוד האדם. לעומת זאת דיוניו של המשפט העברי חושפים אותנו להיבטים משלימים שבהם סיוע הרווחה דווקא מאיים על כבודו של העני – על דימויו החברתי ועל דימויו העצמי – ומחדד את הצורך במציאת דרכי סיוע חלופיות שיגנו לא רק על צורכיהם הקיומיים של מעוטי האמצעים אלא גם על כבודם העצמי והחברתי.

<sup>227</sup> לא תשא פני דל" (ראו ספרא, קדושים ב, ד. למקבילות ראו פורת **צדק דלים**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 138, ה"ש 6. כן ראו מחלוקתם של השופטים הנדל וסולברג בעניין **גרגהר**, לעיל ה"ש 195). טיעון זה מונח ביסוד הצעות לעצב כללים במשפט הפרטי שיתרמו להעברה סמויה של משאבים מבעלי הרכוש למעוטי האמצעים, באופן שישמור על כבודם. על כך ראו Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006). אלא שהדברים חורגים מגבולות יריעה זו.

<sup>227</sup> משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" **משפטים** א 292, 305 (1968) (ועוד הוסיף שם: "זו הבעיה הגדולה של המשפט הישראלי המודרני, ורבים מאתנו – אף מן החילוניים שבינינו – כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתזה בין המשפט העברי כנכס תרבותו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו").