

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. ביהמ"ש 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 עשוי היה להיראות בג"ץ **עמותת מחויבות**, לו ארון הספרים של המשפט העברי היה בין מקורות ההשראה של השופטים? מאמר זה מוקדש לפרישת יריעה רחבה של התרומה האפשרית שהייתה עשויה להיות למשפט העברי לדיון המשפטי שנערך בפסק הדין. העיון הנערך לאורך המאמר מעלה ארבע מסקנות משלימות. הראשונה, שופטי בג"ץ, אשר הכירו באחריותה של מדינת ישראל לביטחון הסוציאלי של תושביה כחלק מהמבנה הקונסטיטוציוני שלה, יכולים היו 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, העשויה הייתה להיות נדבך חשוב בהמשך פיתוחה של המסורת היהודית ארוכת השנים בתחום זה לו הייתה נערכת מתוך דיאלוג עם המקורות היהודיים. המסקנה השלישית נוגעת לשפה המשפטית, ולפיה בתחום זה שיח החובות של המשפט העברי נושא בכפיו יתרונות מהותיים שאינם קיימים בשיח הזכויות של בג"ץ ("הזכות לקיום בכבוד"). המסקנה הרביעית נוגעת לקשר בין רווחה וכבוד. בעוד שופטי בג"ץ גזרו את הזכות לביטחון סוציאלי מן הזכות לכבוד, נראה כי המשפט העברי מצביע על קשר הפוך בין השניים, לפיו סיוע הרווחה לעני דווקא עלול לפגוע בכבודו, באופן הדורש רגישות מיוחדת לאיתור דרכים לסייע לעניים באופן שישמור על כבודם ולא ירמוס אותם. המשפט העברי יכול היה אפוא לאשש חלק מן המסקנות שאלהן הגיע בית המשפט העליון, להתעשר מחלקו, ולאתגר חלק אחר שלהן. זוהי הזמנה לבניית שפה יהודית-ישראלית בתחום דיני הרווחה, המבוססת על מיוזג אופקים של עולמות המשפט העברי והמשפט הישראלי.

מבוא. א. עיגון בחוק של הצדק החברתי. ב. מחובת היחיד לחובת הקהילה. ג. חובה חוקית או חוקתית. ד. האם חובת הצדקה מכוננת זכות של העני. 1. הקדמה. 2. סיוע כספי מול סיוע מיבול השדה. 3. העני כיחיד והעניים כקבוצה. 4. זכות העני מול 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". 3. בין רווחה לכבוד. ה. סיכום.

מבוא

בעקבות אתגרים כלכליים שעמם התמודד המשק הישראלי החליטה כנסת ישראל בשנת 2002 להפחית את שיעור גמלת הבטחת הכנסה הניתנת למעוטי אמצעים. הפחתה זו, בשיעור ממוצע של כ-30% מגובה

* ד"ר בנימין פורת מופקד הקתדרה ע"ש יוסף טננבאום במשפט עברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

הגמלה,¹ נקבעה במסגרת חוק ההסדרים.² כמאה אלף משפחות צפויות היו להיפגע מהפחתה זו, מתוך כמאה וחמישים אלף משפחות הזכאיות לגמלת הבטחת הכנסה. במקביל הממשלה החליטה 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 והחלטת הממשלה הוגשה עתירה לבג"ץ.³ לטענת העותרים, ההפחתה בשיעור גמלאות הבטחת הכנסה, וכן ביטול ההקלות והפטורים למקבלי הבטחת הכנסה, גורמים פגיעה בלתי מוצדקת בזכות לקיום בכבוד. לפיכך, הם אינם חוקתיים ודינם להתבטל. מתוך הדיונים הנרחבים שנערכו בפסק הדין ניתן לזקק שלוש שאלות עקרוניות, אשר הראשונה 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 בהינתן מכלול התמיכות שהמדינה מספקת למעוטי אמצעים (מעבר לקצבאות הביטוח הלאומי) לא מתאפשר להם להתקיים בכבוד? או שמא די בהוכחת קיומו של קיצוץ משמעותי בגמלת הבטחת הכנסה כדי להעביר את נטל הראיה על כתפי המדינה, שבעת יהיה עליה להוכיח כי היא מעניקה בדרכים אחרות את האמצעים הדרושים לקיום בכבוד?

לגבי השאלה הראשונה, שופטי בית המשפט העליון הכריעו פה אחד בעד שינוי המצב החוקתי.⁴ 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**.⁵ הזכויות שנבעו מחוקים אלה היו בעלות מעמד חוקי רגיל, וככאלה 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 האידיאולוגי שבין הימין לבין השמאל, ולא היו חלק מהמבנה הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל.

¹ לענייננו 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 (2005), להלן: בג"ץ עמותת מחויבות).
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 עשרים ואחד: זכות הבית למינימום קיום אנושי בכבוד (2014) 547; ברק מדינה, **דיני זכויות האדם בישראל**, פרק 5: הזכות לקיום בכבוד וזכויות חברתיות (2016) 751. ספרות נוספת תוזכר בהמשך בהערות השוליים.

⁵ לתולדות התפתחות מדינת הרווחה בישראל ראו גיוני גל, **ביטחון סוציאלי בישראל** (תשס"ה); רות בן-ישראל, **ביטחון סוציאלי** (תשע"ג); אברהם דורון, 'משטר הרווחה במדינת ישראל: מגמות השינוי והשלכותיהן החברתיות', **סוציולוגיה ישראלית** ה' 417 (2003).

חוקי היסוד של מדינת ישראל שהתקבלו בשנת 1992 – **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק** – הגדירו זכויות שונות כזכויות יסוד חוקתיות, כגון הזכות לחיים, הזכות לכבוד, הזכות לחירות, הזכות לקניין, הזכות לחופש העיסוק. הזכות לביטחון סוציאלי לא נמנתה עמה.⁶ ההבדל בין הזכויות המנויות בחוקי היסוד לבין הזכות לביטחון סוציאלי שלא נמנתה עמן נבע מאופיין השונה של הזכויות. בחוקי היסוד נמנו זכויות המסווגות כ"זכויות אדם דור ראשון", שעיקרן זכויות שליליות, קרי 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. זאת לעומת הזכות לביטחון סוציאלי ושאר הזכויות החברתיות (כגון הזכות לבריאות והזכות לדיוור), המסווגות כ"זכויות אדם דור שני", שעיקרן זכויות חיוביות, כלומר הן דורשות מן הרשויות פעולות עשה והשקעת משאבים כדי להבטיח את מימושן.⁷ כך למשל, מובנה הראשוני של הזכות לביטחון סוציאלי היא זכותו של אדם לקבל מהחברה את האמצעים הדרושים לרווחתו, ועיקרה של הזכות לבריאות היא זכותו של אדם לקבל מימון לשירותי מערכת בריאות שהוא אינו יכול להרשות לעצמו לרכוש מכספו בשוק הפרטי.⁸ לפיכך, רק זכויות אדם ואזרח הוכרו בישראל כזכויות יסוד חוקתיות, בעוד הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות נידונה להמשיך להעלות אבק על מדף הצעות החוק.⁹

מבנה זה אופייני למדינות בעלות אופי קפיטליסטי, אשר מחויבותן היסודית היא לערך החירות, ועל כן מכירות בזכויות אדם ואזרח (זכויות שליליות) כזכויות חוקתיות, בעוד הזכויות החברתיות נותרות כזכויות חוקיות רגילות הנתונות להכרעת הזירה הפוליטית. כך לדוגמה, בחוקת ארה"ב ובצ'רטר הקנדי אין הכרה במעמד החוקתי של הזכויות החברתיות. לעומת זאת, מדינות המאופיינות בהענקת משקל משפטי משמעותי יותר לערך האחריות החברתית, הכירו גם בזכויות חברתיות כזכויות חוקתיות. הכרה זו נעשתה במדינות אלה במגוון דרכים ובעוצמות משתנות.¹⁰

⁶ מדינת ישראל אמנם חתומה על האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, לפיה "מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם לרמת חיים נאותה עבורו ועבור משפחתו, לרבות מזון, מלבושים ודיוור נאותים, ולשיפור מתמיד בתנאי קיומו" (סעי' 11). ברם, האמנה מטילה על המדינה חובת השתדלות בלבד, לנקוט צעדים להבטחת מימוש הזכויות באופן הדרגתי ובהתחשב במשאבים העומדים לרשותה. לפיכך, אין לה משמעות מעשית רבה. על כך ראו מדינה, **זכויות האדם** (לעיל, הערה 5), 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: 11 THE UNESCO COURIER, 29 (1977). ראו גם רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (י' רבין, י' שני, עורכים, 2004) 25.

⁸ לאמתו 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 הגבוה 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 רישושו עד כדי פת לחם (ראו לדוגמה פס"ד ישעיהו נ' גמזו, להלן). על כך ראו מדינה, זכויות האדם (לעיל, הערה 5), 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 ושעלותה יקרה במיוחד. על כך ראו **WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES** 43 (1999) STEPHEN HOLMES AND CASS R. SUNSTEIN, THE COSTS OF RIGHTS.

⁹ על כך ראו למשל אבי בן בסט ומומי דהן, **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית** (תשס"ד); ענת מאור, 'חור פער בספר החוקים: הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה', **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (תשס"ה), 195; יובל אלבשן, **זרים במשפט: נגישות לצדק בישראל** (2005) 92.

¹⁰ לסקירה משווה ראו מדינה, **זכויות האדם** (לעיל, הערה 5), 752; רות גביון, 'עיון חוקתי לזכויות חברתיות וכלכליות', סוגיית העיון של זכויות חברתיות בחוקה, המועצה הציבורית: הכינוס התשיעי, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים, 329 2003.

כאמור, מעמדה של הזכות לביטחון סוציאלי השתנה בבג"ץ **עמותת מחויבות**, שבו בית המשפט העליון הכיר בזכות לקיום בכבוד כזכות חוקתית. ביהמ"ש 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".¹¹ 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).¹²

עם זאת, השופטים נחלקו בשאלה האם הזכות לקיום בכבוד משמעה, כפי שסברו שופטי הרוב (הנשיא ברק והשופטת בייניש), זכות לתנאי קיום מינימליים, או שמא, כפי שסבר השופט אדמונד לוי בדעת המיעוט, זכות לתנאי קיום סבירים ביחס לסנדרט 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 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 באופן משמעותי. לעומתו השופטים בייניש ולוי סברו, כי די בהוכחת קיצוץ משמעותי בגמלת הבטחת הכנסה כדי להעביר את נטל הראיה אל המדינה, שבעת 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 כפוגעים בתנאי הקיום המינימליים (ביטול הפטור מאגרת טלוויזיה ומהנחה בנסיעה בתחבורה ציבורית), ואם משום שלא היה ברור שהעותרים הרימו את נטל הראיה.

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

קיים פוטנציאל לא ממומש דיו בכל הנוגע לחיזוק מעמדן של הזכויות החברתיות בישראל גם באמצעות פנייה למקורות ההשראה התרבותיים המיוחדים לישראל... עד כה לא נשענה הפסיקה שעסקה במעמדן של הזכויות החברתיות הישענות של ממש על עולם התכנים היהודי.¹³

¹¹ בג"ץ **עמותת מחויבות**, עמ' 481.

¹² ניצני ההכרה במעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד מצויים בבג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר** פ"ד נט(1) 729 (9.9.2004), שניתן מעט מוקדם יותר, בעניין קיצוץ בקצבאות זקנה.

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

כיצד עשוי היה להיראות בג"ץ **עמותת מחויבות**, לו ארון הספרים של המשפט העברי היה חלק ממקורות ההשראה של השופטים? מאמר זה יוקדש לפרישה 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.¹⁴ זהו אפוא ניסיון לבניית גשר בין דיוני העבר שנערכו על ידי חכמי המשפט העברי לדורותיהם לבין דיוני ההווה המתקיימים בעולמו של המשפט הישראלי, תוך הפרייה הדדית של שני העולמות.¹⁵

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. לאמתו של דבר, המשפט העברי הוא שהנחיל למסורת המערבית את הרעיון של הטלת אחריות משפטית להבטחת רווחתם של העניים.¹⁶

סיבות רבות גרמו לכך שבאופן כללי שופטים מיעטו לפנות אל המשפט העברי, בין השאר בתחום הזכויות החברתיות. אחת מהן, החשובה במיוחד לענייננו, היא העדר כתיבה סדורה אודות 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. העדר זה מקשה על יצירת דיאלוג פורה בין ארון הספרים המשפטי היהודי לבין הדיונים המשפטיים המודרניים, בהם עיון תיאורטי ותפיסה מערכתית הן נקודות מוצא הכרחיות לדיון.¹⁷ על בסיס ספרי שראה אור לאחרונה, **צדק דלים: עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל** (תשע"ט), אבקש במאמר זה לפסוע צעד נוסף ולעמוד על הדרכים שבהן יכול המשפט העברי להעשיר את הדיונים בני-זמננו בשאלת מעמדה של הזכות לקיום בכבוד ולהתעשר על ידם.¹⁸ אכן, אין דבר מעשי יותר מתיאוריה טובה.¹⁹

הדיון יעלה ארבע מסקנות משלימות. הראשונה, שופטי בג"ץ, אשר הכירו באחריותה של מדינת ישראל לביטחון הסוציאלי של תושביה כחלק מהמבנה הקונסטיטוציוני שלה, יכולים היו למצוא עוגן היסטורי

¹⁴ אף ביחס לבג"ץ **עמותת מחויבות** 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 הראייה) 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 כלפי עשייתם החקיקתית של חברי הכנסת.

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

¹⁷ להרחבה ראו בנימין פורת, 'המשפט העברי בישראל: אתגרי העתיד והיערכות מחדשת', בתוך: **חוק יסודות המשפט: הצעה לתיקון ודברי ביקורת** (2016) 11, 56.

¹⁸ כדי שלא לכפול את הדברים אפנה מעת לעת לספרי **צדק דלים** והמעוניין בהרחבת היריעה ובהפניות נוספות לספרות המחקרית יוכל למצואם שם.

¹⁹ יש, כמובן, סיבות נוספות המקשות על 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 המדינתית שבה פועל המשפט הישראלי; הפער בין המשפט העברי כמשפט דתי לבין המשפט הישראלי כמשפט שאינו דתי; ועוד. עם חלקן אתמודד בהמשך המאמר.

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, העשוי היה 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 בכניו יתרונות שאינם קיימים במושג "הזכות לקיום בכבוד". המסקנה הרביעית נוגעת לקשר שבין רווחה וכבוד. בעוד שופטי בג"ץ גזרו את הזכות לביטחון סוציאלי מן הזכות לכבוד, נראה כי המשפט העברי מצביע על קשר הפוך בין השניים, לפיו סיוע הרווחה לעני דווקא עלול לפגוע בכבודו, באופן הדורש רגישות מיוחדת לאיתור דרכים לסייע לעניים באופן שישמור על כבודם ולא ירמוס אותם. המשפט העברי יכול היה אפוא לאשש חלק מן המסקנות שאליהן הגיע בית המשפט העליון, להתערר מחלקו, 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 מספר הערות מתודולוגיות נחוצות. ראשית, מאמר זה אין עניינו השאלה מה סברו התורה, חז"ל והפוסקים אודות מעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד, שכן זו שאלה אנכרוניסטית, שהרי מקורות אלה לא עסקו ברמת הפשטה זו של השאלה, וודאי לא בהקשרה המדינתי. השאלה שאני מבקש לענות עליה היא שונה, ועניינה מה עשוי לנבוע ממקורות חז"ל והפוסקים לגבי 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.²⁰

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 מרכזיות 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.

מן הצד השני, 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 שבה אנקוט לא תהיה כפופה בהכרח לכללים הטכניים הנוקשים של פסיקת הלכה,²¹ ולעתים היא תתבסס על שיקולים חוץ-הלכתיים. לשון אחר: זהו ניסיון שיחזור כיצד ראויה להיראות הפסיקה ב"מדינה יהודית ודמוקרטית", לאו דווקא ב"מדינת הלכה".

מנעד המקורות הרלוונטיים מן המשפט העברי שבהם נעיין משתרע מן התורה ועד לפוסקי זמננו. בדבד, יש חשיבות למתן רגישות למעברים ההיסטוריים בין התקופות השונות. אינה דומה התפיסה החברתית המשתקפת ממצוות השדה בתורה לבין דיני הצדקה בספרות המשנה והתלמוד, ואלה אינן חופפות למשתקף מהלכות מתנות עניים של הרמב"ם. תפיסה אבולוציונית של התפתחות המקורות

²⁰ על כך ראו בנימין פורת, 'הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי', דיני ישראל ל (תשע"ה), 179.
²¹ כגון שיקולים הלכתיים אחרים מחוץ לתחום הזכויות החברתיות; כללי הכרעה במחלוקת הפוסקים; אפשרותו של נתבע לטעון "קים ליי" כאחת מגישות הפוסקים שנחלקו בדבר.

חשובה במיוחד עת דנים במעבר מדיני הרווחה שהפוסקים עיצבו ביחס לקהילה היהודית הימני-ביניימית לבין דיני הרווחה הראויים למדינת ישראל המודרנית.²²

כדי לדון בשאלת מעמדה של הזכות לקיום בכבוד בראי המשפט העברי יש לפרקה לכמה שאלות משנה. כך למשל יש לשאול, האם על פי המשפט העברי הקמת מערכת רווחה היא חובה משפטית? האם היא חובה המגבילה את שיקול הדעת של המנהיגות? האם חובה זו במעמד-על ביחס לחובות אחרות? האם חובה זו מקימה לעני זכות לקבלת סיוע? האם ניתן לגשר בין דינונו של המשפט העברי אודות 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 תוך 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 האם חובה הלכתית זו בעלת מעמד-על (מעין חוקתי) ביחס לחובות הלכתיות אחרות (פרק ג). שאלה יסודית אחרת היא האם 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 המשורטטת בפסיקת שופטי בג"ץ (פרק ז). פרישת המכלול של היבטים אלה תאפשר לעמוד על תרומתו האפשרית של המשפט העברי לדיון הישראלי המודרני אודות 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. אמנם פעמים רבות אנו מוצאים כי שליטים במזרח הקדום יזמו, מעת לעת, מרצונם ומשיקוליהם, פעולות לטובת העניים ושאר בני השכבות החלשות. בין פעולות אלה יש למנות שמיטת חובות, שחרור עבדים ואסירים, הנחה במסים ועוד.²³ ברם, הדבר לא נתפס כחובה קבועה המוטלת על השליט, אלא כהרפת טובות שהוא בוחר להעניק, פעמים רבות כדי לבצר את כסאו ולחזק את שלטונו. זמנים מקובלים להכרזה על מעשי צדק חברתי היו זמני שמחה של בית המלוכה, כדוגמת הכתרת מלכה

²² לחשיבות המחקר הכלל-תקופתי של המשפט העברי ראו מנחם אלון, **כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית** (מהדורה שניה, תש"ס) עמ' כד.

²³ על כך ראו משה ויינפלד, **משפט וצדקה בישראל ובעמים: שוויון וחירות בישראל העתיקה על רקע מושגי צדק חברתי במזרח הקדום** (תשמ"ה); חמ"י גבריהו, 'קריאת דרור בירושלים וביהודה בידי נחמיה (ה-ו) בהשוואה ל'מישרום' [בבל התיקה] ורפורמות סוציאליות בעולם העתיק', **ספר אברהם יצחק כץ** (תשכ"ט), 354; יונה בר מעוז 'תקנות 'המישרום' של המלך עמיצדוקה', **מחקרים בעברית ובלשונות שמיות** (תש"ס), 40.

חדשה,²⁴ או יום הולדתו של המלך.²⁵ סוג נוסף של מועדים היו שעת דחק וערעור כסא השלטון, כדוגמת הכרזתו של המלך צדקיהו על שחרור עבדים בירושלים הנצורה על ידי מלך בבל.²⁶ ביוון העתיקה הושמעה ביקורת כלפי מעשים אלה, הנחזו להיראות כצדק חברתי, ובפועל שימשו לצרכים פוליטיים. וכפי שניסח זאת פלוטרכוס: "בחלוקת האדמות ובביטול חובות הוא קונה לעצמו שומרי ראש ולא אזרחים לספרטה".²⁷

על רקע זה, אחד המאפיינים החשובים של המהפכה שהתורה ערכה בתחום הצדק החברתי הוא הרעיון כי הדאגה לרווחת בני השכבות החלשות²⁸ היא חובה משפטית המעוגנת בחוק. 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,²⁹ המצווה להלוות לעני בלא ריבית – "וְיָחִי אֶחָיֶךָ עִמָּךְ",³⁰ המצווה לשמוט חובות בשנת השמיטה,³¹ המצווה להשיב את הקרקעות לבעליהן בשנת היובל,³² המצווה להותיר לקט שכחה ופאה מתבואת השדה לעניים – "לְעֵנִי וְלְגֵר תִּעָזֵב אֹתָם",³³ ואף מצוות מנוחת השבת מנומקת בחלק מן המקראות בטעם חברתי של הענקת יום מנוחה שבועי לעבד ולשפחה – "לְמַעַן יָנוּחַ עֲבָדְךָ וְאֶמְתָּךְ כָּמוֹךָ".³⁴ עיון בתוכן הספציפי של כל אחת מן המצוות החברתיות חורג מגבולות יריעה זו. החשוב לדידינו הוא שחובות אלה, ואחרות נוספות, נקבעו על ידי התורה בחוק, באופן שאינו נתון עוד לשיקול הדעת של השליט. על פי התורה, המלך אינו קובע את התזמון שבו ייעשו פעולות חברתיות לטובת העניים, שכן אלה נקבעו באופן סדיר ומחזורי כחלק משגרת הפעלתו של החוק.³⁵ 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.³⁶

לעיון בחוק של מעשי הצדק החברתי עלול גם להיות מחיר נלווה. אין לשליט מרחב שיקול דעת אימתי להתאים את המעשים החברתיים הנחוצים לנסיבות הזמן והמקום. כך למשל, על פי התורה המלך אינו יכול להחליט כי בשל נסיבות כלכליות דוחקות יש להקדים להקדים את שמיטת החובות האמורה לחול

²⁴ אסתר ב, יז-יח.

²⁵ בראשית מ א-בב.

²⁶ ירמיהו לד.

²⁷ Plutarch, Life of Agis, 7,8 (מצוטט מתוך ויינפלד, **משפט וצדקה** (לעיל, הערה 23), 4 הערה 6).

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

²⁹ שמות כא ב; ויקרא כה לט-מא; דברים טו יב.

³⁰ ויקרא כה לה-לו; דברים טו ז-י.

³¹ דברים טו א-ב.

³² ויקרא כה.

³³ ויקרא יט ט-י; דברים כד יט-כ.

³⁴ דברים ה, יב.

³⁵ העובדה שמצוות אלה נקבעו בתורה אינה מלמדת שהן אכן יושמו למעשה (ראו למשל, ירמיהו לד, יג-יד; דברי הימים ב, לו, כא). במחקר אף נידונה השאלה אם מלכתחילה נכתב החוק המקראי כמערכת האמורה להתיישם בפועל או שמא כחוק אוטופי המבטא מציאות אידילית. על כך ראו בהרחבה BERNARD S. JACKSON, WISDOM-LAWS: A STUDY OF THE MISHPAIM OF EXODUS 21: 1–22: 16 (2006). בין אם היא שיקוף של משפט נוהג ובין אם 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, הערה 23), 4.

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 כמעין מערכת רווחה קהילתית.³⁷ דיני צדקה היו למסגרת המשפטית המרכזית שבאמצעותה הטילו חכמים על הקהילה ועל בעלי הרכוש את האחריות להבטחת רווחתם של עניי הקהילה. מוסד הצדקה סיפק לעניים כסף, מזון, ביגוד, מקום לינה, צרכי חופה וצרכי קבורה. כך לדוגמה מופיע בתוספתא:

אין פוחתין לעני העובר ממקום למקום מכר 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.³⁸

יש הבדלים רבים בין אופיין של המצוות החברתיות שבתורה לבין דיני הצדקה בספרות חז"ל, שלא כאן המקום לפרטם. אולם אחד הצדדים השווים ביניהם הוא הקשר שבין רווחה וחוק. אף חכמים ראו את מוסד הצדקה כמעגן בחובות המשפטיות של עולם ההלכה. הצדקה לא נתפסה כעניין וולונטרי, שמקום מושבה בספרות האגדה והמוסר, אלא כחובה מובהקת המנוסחת בתבניות הלכתיות, בדומה לדיני הניזקין 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.³⁹

קביעה זו צריכה סיוג, שכן חכמים התחבטו בשאלה האמנם ניתן לאכוף את הצדקה. ברם, לבסוף הכריע התלמוד הבבלי, כי "ממשכנין על הצדקה ואפילו בערב שבת",⁴⁰ כלומר בית דין יורד לנכסיו של סרבן הצדקה ותופס מרכושו עבור העניים.⁴¹ בהתאם, בספרות הבתר-תלמודית הקו המרכזי בין פוסקי ההלכה נקט כי הצדקה היא חובה הנאכפת על ידי בית הדין בכל כלי האכיפה המשפטיים שיש בידו.⁴² כך למשל פסק הרמב"ם (המאה הי"ב):

³⁷ על תהליך זה ראו פורת, **צדק דלים** (לעיל, ליד הערה 18), פרק ג, עמ' 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 שאווה, **הדין האישי בישראל** (מהדורה רביעית מורחבת, 2001), כרך ראשון, 277.

⁴⁰ בבלי, בבא בתרא ח ע"ב.

⁴¹ לדעת שאול ליברמן, **יוניית ויונות בארץ ישראל** (תשכ"ג), 31 המילה "ממשכנים" מציינת בלשון חז"ל "מונה משפטי לתפיסת דבר על פי פסק בית הדין".

⁴² אמנם היו בין הפוסקים מי שניסו לעמעם את ממד האכיפה של הצדקה. כך 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** (1990) 77). ראו גם להלן, הערה 123.

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

בהמשך אדון בשני היבטים של אכיפת הצדקה ששזור כאן הרמב"ם.⁴⁴ החשוב לענייננו הוא שהפוסקים המרכזיים, כדוגמת הרמב"ם ורבי יוסף קארו, שימרו את האופי המשפטי של מוסד זה, כמערכת הממסדת בחוק את אחריות הקהילה לרווחת ענייה.⁴⁵

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 עקרון זה. אף שחכמים חוללו שינויים מפליגים בתוכן דיני הרווחה כפי שהם באים לידי ביטוי בדיני צדקה, הם היו נאמנים לגמרי לעקרון המקראי כי מדובר בחובות משפטיות המעוגנות בחוק, ואשר לגביהן אין שיקול דעת ממשי בידי המנהיגות הפוליטית.⁴⁶

ברם, לענייננו אין די בהכרתו של המשפט העברי באחריות 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.

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 במעגלים 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.⁴⁷

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.⁴⁸ בצד זאת חכמים שימרו גם את חובת היחיד לסייע לעני הנקרה בדרכו באמצעות כספי הצדקה שהוא מחויב ליתן. דיני הצדקה פועלים במקביל במישור הקהילתי כמערכת רווחה ממוסדת ובמישור הבין-אישי כחובה שבין היחיד לזולתו

⁴³ רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ז, הלכה י. וכן פסק השולחן ערוך, יורה דעה רמח, א.

⁴⁴ לעניין זה אין חשיבות מכרעת לשאלה ההיסטורית אם בפועל בתי הדין אכן אכפו את הצדקה. כך למשל, רבי יוסף קארו (המאה הטי"ז), הפוסק בעקבות הרמב"ם שאוכפים את הצדקה, הודה כי בפועל אין בתי הדין נוהגים כן (בית יוסף, יורה דעה סימן רנו). זאת 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 כעדו רכניץ, 'זכויות חברתיות במשפט העברי', תחומין לט (תשע"ט), 302, 311). על מידת האכיפה של הצדקה בימיה"ב ראו MARK R COHEN, POVERTY AND CHARITY IN THE JEWISH COMMUNITY OF MEDIEVAL EGYPT (2005), 199.

⁴⁵ האפיון של מוסד הצדקה כמוסד הלכתי מזמין דיון במתח הפנימי שיש בדיני צדקה בין סיווגם כמצווה שבין אדם לחבירו 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, ליד הערה 18), 78.

⁴⁶ למידה מוגבלת של שיקול דעת שהפוסקים העניקו למנהיגי הקהילה בעניין קופת הצדקה ראו להלן, ליד הערה 53.

⁴⁷ על כך ראו גם ויינפלד, **משפט וצדקה** (לעיל, הערה 23), 8. בהקשרים אחרים התורה הכירה 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** (תשנ"ה), 64.

העני. כדי לסבר את האוזן, דומה הדבר לדיני המס המודרניים, שבצד מערכות הגבייה והחלוקה הריכוזיים מאפשרים לאדם לתרום לפי בחירתו באופן ישיר למוסדות ציבוריים מוכרים ולהיות מזוכה מחבות המס שלו בשיעור 35% מסכומים אלה.⁴⁹ שאלה בפני עצמה, שאינה מעניינתנו כאן, היא מהי "חלוקת העבודה" בין שני מסלולי הצדקה, הישירה והקהילתית, כלומר האם העני מופנה בראשונה אל גבאי הצדקה ורק באין ברירה מופנה לבעלי הבתים הפרטיים, או שמא להיפך.⁵⁰ כן יש לשאול, איזה אחוז מכספי הצדקה צריך בעל הבית ליתן לעניים באמצעות הקופה הקהילתית ואיזה אחוז הוא עליו להעביר אליהם ישירות.⁵¹ שאלות אלה מצריכות עיון נוסף החורג מגבולות יריעה זו. החשוב לעניינתנו הוא עצם חידושה של המשנה, כי דיני הצדקה חלים על הקהילה ולא רק יחידה.

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

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 מישראל שאין להן קופה של צדקה. אבל תמחוי יש מקומות שנהגו בו ויש מקומות שלא נהגו בו, והמנהג הפשוט היום שיהיו גבאי הקופה מחזירין בכל יום ומחלקין מערב שבת לערב שבת.⁵³

⁴⁹ סעיף 46 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 ₪, לפי הנמוך מביניהם).

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 סימן רג סעיף א. בשאלות אלה אני מקווה לדון במחקר נפרד.

⁵¹ על כך ראו למשל שו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק א, סימן 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 פרק ח משנה ז: "הקופה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה"; תוספתא, פאה פרק ד הלכה 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).

⁵³ רמב"ם, הלכות מתנות עניים פרק ט. כן נפסק בשולחן ערוך, יורה דעה סימן רנו סעיף 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 יש חיוב על כל עיר ועיר לעשות קופה לצדקה" (שו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק א, סימן 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 ידך לאחיך לעניך ולאביוןך בארצך', ואף על פי שהצדקה חובת הגוף ונוהגת בארץ ובח"ל מ"מ תמחוי וקופה צריכים למנוי וב"ד עיקרם בארץ" (הלכות ארץ ישראל, סימן יח). גישה זו חריגה ואינה משקפת את הגישה השלטת בין הפוסקים.

לדעת הרמב"ם אפוא, הקמת מערכת רווחה קהילתית – "קופה" – היא דבר שבחובה, שאינו נתון לשיקול דעתה של הקהילה.⁵⁴ עם זאת, לפי הרמב"ם הקהילה רשאית לעצב לפי בחירתה את אופן הפעלת הקופה, כגון תדירות הגבייה והחלוקה, ואף למזג את "קופה" (הגובה ומחלקת על בסיס שבועי) וה"תמחוי" (הגובה ומחלק על בסיס יומי) למנגנון אחד.⁵⁵ בהקשר זה חשובה הדגשתו של רבי דוד אבן זמרא (המאה ה"ט"ז), כי אין לפרש את דברי הרמב"ם כהיתר לקהילה לקצץ את התמחוי, אלא שהיא רשאית למזג את התמחוי בתוך הקופה ובלבד שהסיוע הכולל יוותר בעינו.⁵⁶ עצם הקמת הקופה, והיקף הסיוע שעליה להבטיח, מוטלים על הקהילה כחובה שאין לה שיקול דעת לגביה.⁵⁷ חובה זו, כך הסבירו מפרשי הרמב"ם, מקורה בתקנת חכמים, הנלווית למצוות צדקה מדאורייתא המוטלת מעיקרה על היחיד. וכפי שלמשל כתב רבי משה מטראני (המאה ה"ט"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.⁵⁸

כלומר, מטרת החובה להקמת קופה קהילתית לוודא שהסיוע לעניים יינתן בצורה מערכתית ומתוכננת מראש, ולא בצורה מקרית ומזדמנת.⁵⁹

אמנם היה מי שהתנצל על כך שלא ניתן היה 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,

⁵⁴ וראו למשל **תקנות מדינת מעהרין (ת"י-תק"ח)**, (התקין ישראל היילפרין, תשי"ב), ועד גאיי ת"י, סימן רא עמ' 67: "כל קהלה וקהלה מחוייבת לעשות תיקון הגון על הצדקה, כדי שיהא להם די סיפוקם לצורך הצדקה, לעני עירם ולעני נכרים ארחי ופרחי ובדק הבית וצרכי ביה"כ".

⁵⁵ לדיון היסטורי בהלכה זו של הרמב"ם על רקע תקופתו ראו COHEN, POVERTY AND CHARITY (supra note 44), 208. ⁵⁶ וכלשונו: "להוסיף בקופה כנגד התמחוי ויעשו הכל קופה" (רדב"ז, מתנות עניים א, ג). השו"ת אברהם דאנציג, חכמת אדם, כלל קמז סעיף 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, לפיה הקמת הקופה היא דבר שבחובה ("ולוקחין מכל אחד ואחד מה שהוא ראוי ליתן ודבר הקצוב עליו" הלכה א), ואילו התמחוי הוא דבר שבהתנדבות ("יוכן 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, זאת בשונה מן התמחוי. גם לפי קריאה זו, הקהילה אינה רשאית לסטות מן הרף שההלכה קבעה כחובה (הקמת קופה). זאת לעומת רכניץ, הסבור כי לדעת הרמב"ם החובה להקים קופת צדקה מקורה במנהג, ולפיכך "כאשר המנהג הלך והתבטל – בטלה גם החובה" (רכניץ, זכויות חברתיות (לעיל, הערה 44), 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 לגבי תמחוי, שלגביו יש לקהילה גמישות רבה יותר. לעומת הרמב"ם, נראה כי לדעת המהר"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 סימן י; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לבוב סימן שמח; תשובות מיימוניות, קנין סימן כט; פסקי ריקאנטי סימן תפד).

⁵⁸ קרית ספר, מתנות עניים פרק ט.

⁵⁹ בספרות השו"ת צוינו נימוקים נוספים לנחיצותה של הקופה הקהילתית: א) הקופה מאפשרת גבייה אפקטיבית יותר מבעלי הבתים (שו"ת בנימין זאב, סימן 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 ח, 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").

ועם כל ריבוי הצדקה שבימינו אלה עם כל זה אין הקומץ משביע וכו'. ושמענו שיש באיזה ערים שעשו כעין קופות ומתנהג בכבודות.⁶⁰

הביטוי שבו הוא פותח – "ועתה בעוונותינו" – מלמד כי אי היכולת להקים קופה היא מצב לא ראוי.⁶¹ אכן, רובם ככולם של המקורות ההלכתיים הולכים בעקבות הרמב"ם ומטילים על הקהילה חובה להקמת קופת צדקה. יתירה מכך, הפוסקים אף הדגישו כי אם משאבי קופת הצדקה התרוקנו, אין בכך כדי לפטור את הקהילה מן החובה לתמוך באופן ממוסד בעניים, אלא על הגבאים לסייע לעניים גם במחיר כניסה לגירעון: "כשחסר בכיס של צדקה צריך הגבאי להלות. וכשימצא בכיס לאחר זמן, נפרע ממנו ואין צריך ליטול רשות מהנותנים בכיס".⁶² כלומר, הקמת הקופה והפעלתה נתפסה כחובה שאינה מותנית ביכולותיה הכלכליות של הקהילה.⁶³

הקביעה כי הקהילה חייבת להקים קופת צדקה לא נותרה עלי ספר בלבד, אלא באה לידי ביטוי בהכרעותיהם המעשיות של הפוסקים. כך 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 ולאסוף מבעלי הבתים כדי צרכם, כך הנטל יחולק 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 לפי עושרו, באופן שיעביר את עיקר הנטל על 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 מפרנסין מן הקופה ולפי ממון, ואם יחזרו לאחר מכן על הפתחי[ם], יחזרו, וכל אחד נותן לפי דעתו ורצונו.⁶⁴

אף רבי יוסף קולון (המהרי"ק, המאה הט"ו) טען כלפי תושבי עיר שביקשו להשתמט מחובת ההקמה של קופת צדקה ולהסתפק בצדקה שתינתן ישירות לעניים:

⁶⁰ ערוך השולחן יורה דעה רנו א.
⁶¹ אמנם המשפט האחרון של ערוך השולחן עשוי לרמוז כי הקהילה רשאית להתחשב ביכולותיה הכלכליות ולהסיר מעליה את הנטל של הקמת קופת הצדקה.
⁶² שולחן ערוך יורה דעה רנו, ה. זאת בעקבות מחלוקת בירושלמי כתובות פרק ו הלכה ה (ל ע"ד, מהדורת האקדמיה בעמ' 987). ראו גם חידושי הר"ן כתובות סז ע"א, ד"ה 'מתני'."
⁶³ השו"ב ברק, כבוד האדם (לעיל, הערה 4) 604: "הגשמתה המיידית 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 מהווה פגיעה בזכות החוקתית".
⁶⁴ שו"ת הרשב"א חלק ג סימן שפ.

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

נמצא אפוא, כי בתום תהליך התפתחות ארוך קבע המשפט העברי חובה המוטלת על הקהילה, ולא רק על יחידיה, להקמת מערכת רווחה לעניים. חובה קשיחה זו לא ניתנה לשיקול הדעת 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 הבתר-תלמודיים, הטילו אפוא על הקהילה חובה להקמת מערכת רווחה, ולא הותירו למנהיגות הקהילתית שיקול דעת רחב לגבי עצם הקמתה, היקפה והתחומים שעליהם היא מופקדת. אופי קשיח זה תואם את אופיין הכללי של החובות במשפט העברי, במיוחד חובות הנחשבות מדאורייתא.⁶⁶

בג"ץ **עמותת מחויבות**, לעומת זאת, 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, בג"ץ חידש 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, האם 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.

לאמתו של דבר, כלל אין זה ברור אם חכמי המשפט העברי לדורותיהם הכירו בנורמות מסוימות כבעלות מעמד-על מעין חוקתי, כלומר האם המשפט העברי מכיר ברעיון של היררכיה נורמטיבית בין המצוות השונות.⁶⁷ למרבה ההפתעה, שאלה זו טרם זכתה לתשומת הלב המחקרית הראויה, והיא זוקקת בירור מקיף ומעמיק, שהיריעה הנוכחית אינה דיה עבורו.⁶⁸ אסתפק בשרטוט קווים ראשוניים

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

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

⁶⁷ למותר לציין, כי הימצאות המילה "חוקה" בלשון התורה ("הקהל חקה אחת לקם ולגר הגר חקת עולם לדורתכם ככם כגר יקנה לפני ה'", במדבר טו, טו. ראו גם שמות יג, י; במדבר ט, יד) אינה מעלה ואינה מורידה לעניינו.

⁶⁸ מטבע הדברים, חלק מן הדיונים שבכל זאת נערכו בשאלה זו נקשרו בפולמוס אודות קבלת חוקה למדינת ישראל. ראו למשל, יואל לרנר, 'מבוא להצעת חוקה תורנית למדינת ישראל', **תקדים, עיונים בחקר המשפט העברי ויישומו א** (תשמ"ח), 45-77; הרב נפתלי בר אילן, **משטר ומדינה בישראל על פי התורה, כרך ראשון** (התשס"ז), עמ' 23-31; עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן, **חוקה שלא כתובה בתורה**, מחקר מדיניות 69 (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ז). באופן כללי ראו

MILTON R. KONVITZ, *TORAH AND CONSTITUTION: ESSAYS IN AMERICAN JEWISH THOUGHT* (1998); Gideon Sapir, 'Living Originalism—The Jewish Version', 7 *JERUSALEM REVIEW OF LEGAL STUDIES* (2013), 49-56; SAMUEL J. LEVINE, *JEWISH LAW AND AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY*, Volumes 1 Section 4: Constitutional Theory 161 (2018). תודתי נתונה לעדיאל זמרון, ששיתף אותי בטיטוט מאמרו, 'מחשבה חוקתית אצל הלל הזקן'.

בלבד, כפי הדרוש לעמידה על החידוש שיש בפסיקת בג"ץ **עמותת מחויבות** ביחס למורשת המשפט העברי בתחום דיני הרווחה.

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 שינויין דורש הליך מיוחד (כגון רוב מיוחס או משאל עם). ביקורת שיפוטית משמעה שהנורמות החוקתיות מגבילות את חופש הפעולה של הרשות המחוקקת, שאינה יכולה לחוקק בניגוד אליהן (אלא בסייגים שבפסקאות ההגבלה), לעתים עד כדי הוראת ביהמ"ש על בטלות של החלטות הרשות המחוקקת הנוגדות את הנורמות החוקתיות. שלושה מאפיינים אלה עשויים להתקיים כולם או חלקם, במגוון צורות ועוצמות.⁶⁹

מבין שלושת המאפיינים הללו של הנורמות החוקתיות, דומה כי נוקשות וביקורת שיפוטית אינם כה רלוונטיים לבחינה בהקשרו של המשפט העברי, בוודאי ביחס לחובות המסווגות מדאורייתא. באופן כללי המשפט העברי מעניק לכלל המצוות מידה רבה של נוקשות. לא ניתן לשנותן בדרך של חקיקה,⁷⁰ כל שכן שלא לבטלן בדרך של ביקורת שיפוטית.⁷¹ לעומת מאפיינים אלה, בהחלט יש לדון לגבי מאפיין העליונות, כלומר האם חכמי המשפט העברי הכירו במצוות שהן בעלות מעמד גבוה יותר ביחס למצוות אחרות, ואשר גוברות עליהן במקרי סתירה?⁷²

התורה עצמה, כלומר החוק המקראי, אינה מציעה היררכיות בין המצוות, ואינה עוסקת בהכרעה במקרי התנגשות ביניהן. דומה שאפילו למצוות המנויות בעשרת הדברות⁷³ התורה לא מקנה מעמד משפטי גבוה ביחס למצוות אחרות.⁷⁴ אף בספרות חז"ל לא ניתן מעמד משפטי מיוחד למצוות המנויות בעשרת הדברות בתור שכאלה.⁷⁵

עם זאת, ניכר כי בין חכמי המשנה היו שניסו לסמן ערכים מסוימים כערכי יסוד שבהם תלויה התורה כולה. כך למשל, להלל הזקן מיוחסת האימרה: "דעלך סני לחברך לא תעביד [=מה ששנא עליך אל

⁶⁹ רות גביזון, 'מהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?', **משפטים כח** (1997), 21, 34; ברק מדינה ואמנון רובינשטיין, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כרך א** (מהדורה ו, התשס"ה), 100.

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 כן לנכון. ראו: HANINA BEN-MENACHEM, *JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES* (1991).

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

⁷² חכמים וודאי הכירו בהיררכיות **צורניות** בין המצוות, כגון שמצוות עשה דוחות לא תעשה, ושמצוות דאורייתא דוחות מצוות דרבנן. ברם, קטגוריות פורמליות אלה בוחנות את המצוות על פי צורתן (עשה/לא-תעשה) ומקור סמכותן (דאורייתא/דרבנן) ולא על פי תוכן.

⁷³ שמות כ; דברים ה.

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

⁷⁵ על כך ראו אפרים אלימלך אורבך, **חז"ל: פרקי אמונות ודעות** (תשמ"ג), 317. יוצאים מכלל זה הם פילון האלכסנדרוני ומאוחר יותר רבי סעדיה גאון, שראו בעשרת הדיברות עקרונות היסוד של המצוות כולן. על כך ראו אורבך, הנ"ל; יהושע עמיר, 'עשרת הדיברות על פי פילון מאלכסנדריה', בתוך: בן-ציון סגל (עורך), **עשרת הדיברות בראי הדורות** (1986), 95 (וראו לאחרונה ברק-ארוז, **לקרוא משפטים בתנ"ך** (לעיל, הערה 13), 19). המתנגד העיקרי להקניית מעמד מיוחד לעשרת הדברות היה הרמב"ם, שנאבק במנהג לעמוד בקריאת עשרת הדברות (שו"ת הרמב"ם, סימן רסג). ראו גם אפרים אלימלך אורבך, 'מעמדם של עשרת הדיברות בעבודה ובתפילה', בתוך: **עשרת הדיברות בראי הדורות**, 127.

תעשה לחברך] זו היא כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא זיל גמור".⁷⁶ מאוחר יותר קבע רבי עקיבא כלל זהב דומה (עם הבדלים מסוימים): "ואהבת לרעך כמוך – זה כלל גדול בתורה".⁷⁷ ואילו בן עזאי קבע "יְהִי סֵפֶר תּוֹלְדֹת אֶדְם [בְּיוֹם בְּרֵא אֱלֹהִים אֶדְם בְּדַמּוֹת אֱלֹהִים עֲשֵׂה אֹתוֹ] (בראשית ה, א) זה כלל גדול מזה",⁷⁸ כלומר שעקרון בריאת האדם בצלם אלוהים הוא עקרון היסוד. במקור תנאי אחר הציעו, כי העקרון "קדושים תהיו" הוא פרשה "שרוב גופי תורה תלויים בה",⁷⁹ ואף זאת, כפי הנראה, כעקרון-על אשר המצוות השונות משתלשלות ממנו. מאוחר יותר, בדור האמוראים, נוסדה הדרשה המפורסמת שיוחסה לרבי שמלאי, לפיה הנביאים העמידו, איש איש על פי דרכו, את ריבוי תרי"ג מצוות על ערכי היסוד שבבסיסם.⁸⁰ ברם, ערכים אלה כולם שנמנו בידי תנאים ואמוראים לא תפקדו כעקרונות חוקתיים, במלוא המובן המשפטי המלא של המונח, אלא הם נותרו בגדר דברי אגדה שאין עמה הלכה.⁸¹

אמנם במקביל אנו מוצאים בקרב חז"ל מגמה של הקניית מעמד-על למצוות מסוימות הגוברות על שאר המצוות במקרי התנגשות.⁸² כך למשל, נקבע כי שלוש עבירות חמורות – עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים⁸³ – הן "יהרג ובל יעבור",⁸⁴ וככאלה הן דוחות אפילו את ערך קדושת החיים, אשר בעצמו

⁷⁶ בבלי, שבת לא ע"א. ראו גם אבות דרבי נתן נוסחא ב פרק כו. על מימרה זו של הלל, ועל השוואתה עם כלל הזהב של ישו, ראו דוד פלוסר, 'התורה בדרשה על ההר', *יהדות ומקורות הנצרות* 226 (1979); דוד פלוסר, 'עשרת הדברות והברית החדשה', *עשרת הדברות בראי הדורות*, עמ' 165; ישראל בן-שלום *בית שמאי ומאבק הקנאים נגד רומי* 95 (1993); David Flusser, Hillel and Jesus: Two Ways of Self-Awareness, in Hillel and Jesus (James H. Charlesworth and Loran L. Johns eds., 1997) 71; Philip S. Alexander *Jesus and the Golden Rule*, in HILLEL AND JESUS (James H. Charlesworth and Loran L. Johns eds., 1997) 363; Raphael Jospe Hillel's Rule, 81 JQR 45 56 (1990).

⁷⁷ ספרא, קדושים פרשה ב פרק ד, יב. לדיון נרחב, עם הפניות לספרות הרלוונטית ראו Itzhak Brand, "Between Man and God" and "Between Man and his Fellow" – Categories in Polemical Context", in DAVID FLATTO AND BENJAMIN PORAT (EDS.), LAW AS RELIGION, RELIGION AS LAW (forthcoming) יש מקום לדון האם הביטוי "כלל גדול" משמעו "כלל רחב", כלומר שתחולתו מקיפה תחומים רבים (השוו ספר החינוך, מצוה רמג: "שהרבה מצוות שבתורה תלויין בכך"), או "כלל כבד" הגובר על כללים אחרים במקרי התנגשות (כמשמעות הביטוי בהקשר "כבוד הבריות" שידון להלן). על כך ראו גם בבלי, שבת סח ע"א; ירושלמי, שבת פרק ז הלכה א (ח ע"ד – ט ע"א, מהדורת האקדמיה בעמ' 401). עוד למשמעות הביטוי ראו שמואל יוסף ולד, *כלל גדול: שבת, פרק שביעי, מן התלמוד הבבלי* (תשס"ז), 19.

⁷⁸ ספרא, קדושים פרשה ב פרק ד, יב. השוו בראשית רבה כד, ז, מהדורת תיאודור-אלבק. וראו דברי המהדיר, שם, לגבי סדר הדברים של רבי עקיבא ובן עזאי.

⁷⁹ ספרא קדושים פרשה א עד פרק א. וביקרא רבה, קדושים פרשה כד (מהד' מרגליות, עמ' תקנז) נוסף על כך: "רי לוי אמר מפני שעשרת הדברות כלולין בתוכה".

⁸⁰ "בא דוד והעמידן על אחת עשרה... בא ישעיהו והעמידן על שש... בא מיכה והעמידן על שלש... חזר ישעיהו והעמידן על ששים... בא עמוס והעמידן על אחת... בא חבקוק והעמידן על אחת..." (בבלי, מכות כד ע"א). על דרשה זו ראו ש"ז בכר, *אגדות אמוראי ארץ ישראל כרך א חלק ב* עמ' 318-322; יעקב גרטנר, 'עיבוד בבלי של דרשת רבי שמלאי על תרי"ג המצוות', *סיני צו* (תשמ"ה), רלו; חנינה בן מנחם, 'אינדבידואציה של חוקים וספר המצוות לרמב"ם', *שנתון המשפט העברי יד-טו* (תשמ"ח-תשמ"ט), 99, 95; Devora Steinmetz, 'Justification by Deed: The Conclusion of Sanhedrin-Makkot and Paul's Rejection of Law' 76 HEBREW UNION COLLEGE ANNUAL (2005) 133.

⁸¹ כלשונו של ביאליק, במסתו המפורסמת 'הלכה ואגדה'.
⁸² בהקשר זה אין כוונתי לדיונים אודות 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 ושורשיהן" (מורה הנבוכים ג, מז, מהד' שורף עמ' 628).
⁸⁴ בבלי, סנהדרין עד ע"א. ראו גם ספרא, אחרי מות יג (פו ע"ב); תוספתא שבת, פרק טו, הלכה יז; ירושלמי, סנהדרין פרק ג הלכה ב (כא ע"ב, מהדורת האקדמיה בעמ' 1281); ירושלמי שביעית פרק ד הלכה ב (לה ע"א, מהדורת האקדמיה בעמ' 189).

על כך ראו שמואל ספרא, 'קידוש השם בתורתם של התנאים', *ציון מז* (תשל"ט), 28, 39.
מעניין לציון 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 ("יעדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו – יהרגו ואל יחתמו שקר"); ירושלמי שבת פרק יד הלכה ד (יד ע"ד, מהדורת האקדמיה בעמ' 435) ("לא סוף דבר בשאמ[ר] לו הרוג את פלו[ני] אלא אפילו חמוס את פלו[ני]"); אוצר מדרשים חלק ב (איונשטיין), פרקי רבינו הקדוש, עמ' 507, לג ("שלושה שאין עומדין בפני פקוח נפשות: עבודה זרה, וגלוי עריות ושפיכות דמים. ר' יהודה אומר אף הגזל"). על כך ראו שאול ליברמן, *הירושלמי כפשוטו* (התשס"ח), 188; שאול ליברמן, *תשלום תוספתא* (התש"ל), עמ' 52, סי' 83. ברם, ניסיונות אלה נדחו ולא התקבלו להלכה, דבר המעיד על אי-נכונות להקנות לזכות לקניין פרטי מעמד-על.

דוחה את שאר המצוות (עליהן נאמר "יעבור ואל יהרג").⁸⁵ הלכה אחרת שסומנה כבעלת מעמד-על ביחס לקבוצה גדולה של מצוות היא 'כבוד הבריות': "גדול כבוד הבריות שדוחה את לא תעשה שבתורה".⁸⁶

מסקירה תמציתית זו ניכר אפוא, כי סיווגן של נורמות כבעלות מעמד-על מעין חוקתי זכתה במשפט העברי לפיתוח ראשוני בלבד.⁸⁷ ומכל מקום, מצוות צדקה וודאי אינה מנויה בין המצוות שזכו למעמד הלכתי גבוה יותר ביחס לאחרות. חז"ל אמנם קשרו למצוות הצדקה כתרים ומעלות רבות, כגון "גדול העושה צדקה יותר מכל הקרבנות";⁸⁸ "כל המעלים עיניו מן הצדקה כאילו עובד עבודה זרה";⁸⁹ "צדקה וגמילות חסדים שוקלת כנגד כל מצותיה של תורה";⁹⁰ "כל מי שיש בו עושר ונותן צדקה לעניים ואינו מלוה ברבית מעלין עליו כאלו קיים המצות כלן".⁹¹ ברם, גם לגבי מצוות רבות נוספות הפליגו חכמים בשבחן וחלקו להם שבחים דומים,⁹² 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 בידינו, כי "העוסק במצוה פטור מן המצוה", כלומר אדם הטרוד בקיום מצווה אחת פטור מלקיים מצווה אחרת הנקריית על דרכו ומתנגשת עם הראשונה.⁹³ עקרון 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 אבידה והוא שומר עליה כדי להשיבה לבעליה, ולפתע נקרה עני בדרכו, ועליו לבחור בין המשך שמירת האבידה לבין התפנות לעני כדי לסייע לו. על כך אמר התלמוד, כי אדם זה פטור מן הצדקה, שכן העוסק במצווה (השבת אבידה) פטור מן המצווה (צדקה).⁹⁴ סוגיה זו ממחישה עד כמה מצוות הסיוע לעני נתפסה כמצוות רגילה, אחת מני רבות, שאין לה מעמד מיוחד ביחס למצוות אחרות.⁹⁵

⁸⁵ אמנם 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"ק ה' (יש לחלל שבת כדי להציל אדם מעבודה זרה, גילוי עריות או שפיכות דמים). זאת בשונה מגישת שולחן ערוך הרב, סימן שו"ק סע"ף כט. השו"ת משנה ברורה, סימן שכ"ח ס"ק לא.
⁸⁶ בבלי, ברכות י"ט ע"ב (ובסוגיות רבות נוספות); ירושלמי, נזיר, פרק ז הלכה א' (נו ע"א, מהדורת האקדמיה בעמ' 1124). כידוע, בתלמוד הירושלמי נשמרה הפרשנות המרחיבה למעמדו הגבוה של עקרון 'כבוד הבריות', בעוד שבתלמוד 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** (תשמ"ב-תשמ"ג), 127; יעקב בלידשטיין, 'כבוד הבריות וכבוד האדם', יוסי דוד (עורך), **שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** (2006), 97; יצחק ברנד, 'גדול כבוד הבריות', **סידרא כא** (תשס"ו) 5; נחום רקובר, **גדול כבוד הבריות: כבוד האדם כערך-על** (התשנ"ט).

⁸⁷ השו"ת בהקשר זה משנה אבות ב, א (כ"י קויפמן): "והוי זהיר במצוה קלה כבמצוה חמורה, שאין אתה יודע מתן שכרן שלמצוות". יש שפירשוה כביכול המצוות כולן בעלות מעמד נורמטיבי זהה (רשב"ץ, מגן אבות, שם), ויש שפירשוה להיפך, כמשמיעה היררכיה סמויה בין מצוות חמורות ומצוות קלות (רבי מנחם המאירי, בית הבחירה, שם). ראו גם הערתו של הרמב"ם בפירוש המשנה, שם, לגבי היררכיה בתוך מצוות לא תעשה המשתקפת ממדרג הענישה.

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

⁸⁹ בבלי, כתובות סח ע"א.

⁹⁰ ירושלמי, פאה פרק א הלכה 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 במקביל, 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 השו"ת מגן אבות לרשב"ץ על אבות פרק 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". השו"ת פירוש המשנה לרמב"ם, אבות ב, א.

ניכר אפוא כי חכמי המשפט העברי החלו במלאכה של קביעת מצוות מרכזיות בעלות מעמד-על מעין חוקתי, אולם ספק אם הדבר חרג אל מעבר לפיתוח ראשוני בלבד. מצוות צדקה וחובת הסיוע לעני וודאי לא סווגו כמצוות בעלות מעמד-מיוחד ביחס לאחרות. אמנם יש גרעיני חשיבה בכיוון זה, כגון דרשת רבי שמלאי על אודות הנביאים שהעמידו את התורה כולה על ערכיה היסודיים: "בא מיכה והעמידן על שלש, דכתיב: 'הִגִּיד לְךָ אֲדָם מַה טוֹב וּמָה ה' דוֹרֵשׁ מִמֶּךָ כִּי אִם עֲשׂוֹת מִשְׁפָּט וְאֶהְבֵּת חֶסֶד וְהִצַּנֵּעַ לְכַתֵּם אֶלְהֵיךָ' (מיכה ו ח)... חזר ישעיהו והעמידן על שתיים, שנאמר: 'כֹּה אָמַר ה' שְׁמְרוּ מִשְׁפָּט וְעֲשׂוּ צְדָקָה' (ישעיהו נו א)".⁹⁶ דרשה זו מזהה אפוא אהבת חסד ועשיית צדקה כערכי היסוד של ההלכה.⁹⁷ ברם, מימרות מעין אלה, חשובות ככל שתהיינה, לא היתרגמו לשפת המשפט ולא כוננו היררכיה נורמטיבית ברורה. מנקודת מבט זו, קביעתו של בג"ץ **מחויבות חברתית**, כי האחריות החברתית לביטחונם הסוציאלי של מעוטי האמצעים היא נורמת-על במעמד חוקתי, מאבני היסוד של המערכת הקונסטитуטיבית, היא הישג הניצב מעבר למה שמורשת המשפט העברי הגיעה עדיו.

אם ישכיל ביהמ"ש 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 החובה החוקתית "יְחִי אֱחִיךָ עִמָּךְ" (ויקרא כה, לו) – 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 כשלעצמו, אלא אף להצבתו כמעין חוליית המשך של שרשרת הדורות של המשפט העברי.⁹⁸

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 אותה הם יכולים לתבוע מן המדינה. שומה עלינו לבחון, האם החובה שהטיל המשפט העברי על הקהילה וחבריה לתמיכה בעניים מכוננת זכות נגדית של העניים לקבלת סיוע, אותה 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.⁹⁹ התורה אינה מצהירה על הזכות לחיים אלא קובעת "לא תרצח", היא אינה מכריזה על הזכות לקניין

⁹⁶ בבלי, מכות כד ע"א. ראו גם לעיל, ליד הערה 88

⁹⁷ למותר לציין, כי המשמעות המקורית של המילה 'צדקה' בלשון המקרא אינה קשורה במתן כסף לעניים. ברם, לענייני חשובה המשמעות שחכמים ייחסו למילה זו. על כך ראו פורת, **צדק דלים** (לעיל, ליד הערה 18), 70.

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

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

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 מלמדת על העדרה?

אכן, יש שסברו כי דיני צדקה מטילים חובות בלא שהם מקנים זכויות נגדיות;¹⁰⁰ על הקהילה ועל בעלי הרכוש מוטלת החובה לסייע לעניים, אך לאלה האחרונים אין זכות לקבלת סיוע.¹⁰¹ תמיכה לכאורה בקו חשיבה זה ניתנת להימצא 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 זולתך – 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 החובות 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.¹⁰²

מדברים אלה של הרמב"ם עולה, כי מתן צדקה נובע ממידת אופי טובה, והוא 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 בדיו 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.¹⁰³

¹⁰⁰ השו"ג ג'ון סטיוארט מיל, **התועלתיות** (מאנגלית: יוסף אור), 121: "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 חסדים, 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", בתוך: חנוך דגן ובנימין פורת (עורכים), **מבקשי צדק: בין חברה לכלכלה במקורות היהודיים** (2016) 497, 518. לאחרונה פרסם רכניץ, מאמר שכותרתו 'זכויות חברתיות במשפט העברי', (לעיל, הערה 44), ובו טען כי המשפט העברי המכיר בחובת הצדקה לא מכיר בזכות לקבלת צדקה. להלן אציג גישה שונה, ובהערות אתייחס למקצת דבריו.
¹⁰² מורה נבוכים ג', נג מהד' שוורץ עמ' 669.

¹⁰³ פירוש רש"ר הירש לבראשית יח, יט. עם זאת, בהמשך דבריו הוא משנה מעט את הנימה באומרו: "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 גם העשיר, שאין הוא אלא אפוטרופוס על ממון, המגיע לעניים בדיו". השו"ג גם פירשו לתהילים עב, ג: "הצדקה לגבי המקבל היא מעשה חסד, אולם לגבי שמים יש כאן חיוב. לפי ההשקפה הבלתי יהודית מהווים המושגים משפט וחוב 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".

ברם, עיון מעמיק בהלכות צדקה יגלה כי הסוגיה מורכבת מכפי הנראה במבט ראשון. לעניינים מסוימים דיני צדקה בהחלט מכוננים את זכותו של העני לקבלת סיוע. הגורם המביא למורכבות העניין הוא תכונת הקורלטיביות של זכויות וחובות כפי שניסחה הופלד.¹⁰⁴ 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 שבעל זכות לתובעה. זכות וחובה דומות לדלת שמצדה האחד כתוב 'דחוף' ומצדה השני 'משוך'; בין אם מושכים אותה ובין אם דוחפים אותה הדלת היא אותה דלת.¹⁰⁵

לאור זאת יש לשאול, האם החובה שהמשפט העברי הטיל על בעלי הרכוש כלפי העניים לדאוג לרווחתם אינה מחוללת באופן משתמע זכות נגדית של העניים לקבלת סיוע, אף אם זכות זו לא נהגת במפורש. לשם כך יש לבחון באופן מדוקדק את מעמדם המשפטי של העניים ביחס לסיוע האמור להינתן להם. האם חובת הצדקה המוטלת על בעל הבית היא חובה כלפי הקהילה, אשר רק 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?¹⁰⁶

שאלה זו נידונה בהרחבה רבה בספרות חז"ל והפוסקים הבר-תלמודיים. כדי לרדת לעומקה יש להיעזר בסכין מנתחים עדינה כדי להבחין בין מערכות יחסים משפטיות שונות שדיני צדקה מכוננים.¹⁰⁷ עיון בדרך זו יגלה, כי בחלק ממערכות היחסים חובת הצדקה מכוננת זכות נגדית של העניים, בעוד שבחלק 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 באופן שונה.

104 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 סנקציה בצדן ואינן 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.

106 לצורך הדיון כאן אני מניח כי בעל הזכות הוא הגורם שיכול לתבוע את אכיפת החובה, זאת בהתאם ל"תיאוריית הרצון", ובשונה מ"תיאוריית האינטרס", לפיה בעל הזכות הוא הגורם המוטב מן החובה. ראו Alon Harel, "Theories of Rights", in MARTIN P. GOLDING & WILLIAM A. EDMUNDSON (eds.), THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (2006)

107 לטענת רכניץ, זכויות חברתיות (לעיל, הערה 44), 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, סימן רנה: "לעולם 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.

אשר לחובה ליתן לעניים מיבול השדה, חכמי המשנה הדגישו 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.¹⁰⁸

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 הנאה לבעלים, אלא העניים באין ונוטלין אותן על כרחן של בעלים.¹⁰⁹

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 יותר לכך מאשר לשון הרמב"ם "העניים באין ונוטלין אותן על כרחן של בעלים".¹¹⁰

שונה מכך היא חובת הצדקה הישירה של בעל הבית לסייע לעניים הנקרים בדרכו. הלה רשאי לבחור את העני שלו הוא ייתן צדקה.¹¹¹ 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",¹¹² 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 לו]".¹¹³ 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".¹¹⁴ כאמור לעיל, דומה הדבר לאפשרות הניתנת כיום לאדם להעניק

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, סימן רב ס"ק ט.

¹¹⁰ אם לדיוק, חובת בעל השדה אינה ליתן לעני לקט, שכחה ופאה, אלא לאפשר לעני 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 כמי שהפר את חובתו כלפי אותו עני. במילים אחרות, בעוד שלבעל השדה יש חובה לאפשר לכל עני להיכנס לשדהו, הרי שבמערכת היחסים בין 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 תשעים ותשעה אומרים לחלק ואחד אומר לבו לזה שומעין שאמר כהלכה"; שם ד, ד: "פאה אין קוצרין אותה במגלות ואין עוקרין אותה בקרדומות כדי שלא יכו איש את רעהו".

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, סימן ח.

¹¹² בבלי, בבא קמא לט ע"א.

¹¹³ רש"י, שם, ד"ה 'משום'. על יסוד זה נקבע בדיני שומרים, כי אם אדם מונה על ידי בעל הבית לשמש שומר על כספי צדקה כדי שיחלקם לעניים, וכתוצאה מהתרשלותו הכסף נגנב, השומר יהיה פטור מלשלם. בעל הבית אינו יכול לתבועו שכן הכסף ניתן לצדקה וכבר אינו של בעל הבית. ואף העניים אינם יכולים לתבועו, שכן אף 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 הוי 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".

¹¹⁴ מחנה אפרים, הלכות שבועות סימן טו. בהתאם הסיקו הפוסקים, כי במתן צדקה יש "טובת הנאה לבעלים". ראו למשל, מרדכי, בבא מציעא סימן רמא; מרדכי, שבועות, סימן תשסז; הגהת הרמ"א, חושן משפט פז, לה. להרחבה ראו נקדש בצדקה, עמ' 25; פורת, צדק דלים (לעיל, ליד הערה 18), 108.

חלק מכספי המס שהוא חייב בהם לעמותות מוכרות, לפי בחירתו;¹¹⁵ עמותה פלונית אינה יכולה לתבוע אדם מסוים על כך שבחר להעניק תרומה לעמותה אחרת ולא לה.¹¹⁶

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

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 ליתן באופן כללי לעניים.

כאמור לעיל, מרבית הפוסקים הסכימו כי "ממשכנין על הצדקה", כלומר אוכפים את הצדקה על בעל בית המסרב ליתן.¹¹⁸ 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 עד שיתן מה שאמדהו ליתן, ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין מהם מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות.¹¹⁹

ניכר מדברי הרמב"ם כי הצדקה נאכפת בשתי דרכים: כפיית בעל הבית ליתן צדקה בעצמו ועיקול רכושו לטובת הצדקה.¹²⁰ 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.¹²¹ לעומת זאת,

¹¹⁵ לעיל, ליד הערה 49.

¹¹⁶ אמנם לשון הרמב"ם, בתחילת ההלכות המוקדשות לדיני צדקה, עשויה להשמיע כביכול 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 שכוונתו למי שמתעלם מן העני ומסרב ליתן צדקה, ולא למי שנתן ליתן 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 פרק ה הלכה א). מסיבה זו, גם ההלכה שנקבעה בשולחן ערוך, כי "לא יתן אדם כל צדקותיו [=כספי הצדקה שלו] לעני אחד בלבד" (יורה דעה סימן רנו סעיף ט) אינה שוללת את מרחב הבחירה שיש לבעל הבית לבחור את העניים להם הוא ייתן צדקה, ובלבד שלא ייתן את כל הכסף לעני אחד (ראו גם הגהת הרמב"ם, שם סעיף י: "כל אחד מותר ליתן צדקה שלו או מעשר שלו למי שירצה מקרוביו").

¹¹⁷ טעם ההבדל נעוץ, ככל הנראה, בהנחה כי הארץ ופירותיה שייכים לקב"ה, ככתוב "כִּי לִי הָאָרֶץ, כִּי גְרִים וְתוֹשָׁבִים אַתֶּם עַמְדִי" (ויקרא כה, כג), זאת בשונה מן הכסף והמטלטלין הנחשבים בבעלותו המלאה של בעל הבית. הבדל זה גם קשור בהנחה, כי לעניים יש זכות חפצית ביבול המיועד ללקוט, שכחה ופאה. להרחבה ראו פורת, **צדק דלים** (לעיל, ליד הערה 18), 111. להסבר שונה ראו הרב גוסטמן, קונטרסי שיעורים למסכת נדרים, עמ' פה.

¹¹⁸ לעיל, ליד הערה 43.

¹¹⁹ רמב"ם, מתנות עניים ז, י.

¹²⁰ לא הכל הסכימו עם הרמב"ם. לדעת הרשב"א אמנם 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 הרמב"א, סימן לא.

¹²¹ זו הפרשנות המקובלת לדברי הרמב"ם. יש לשקול פרשנות נוספת, לפיה 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.

הדרך השנייה עניינה הבטחת רווחתם של העניים. לפיכך, בדרך זו הכסף ניטל מרכושו של האדם אף בלא כל השתתפות פעילה מצדו.¹²²

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.¹²³ לדעת רבי דוד אבן זמרא (המאה ה"ט"ז):

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.¹²⁴

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 [=אצלו] הוא כאילו חייב להם חוב ממש, אם כן זה שאנו כופין אותו היינו להחזיר לעניי עולם מה שחייב להם.¹²⁵

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.¹²⁶ 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.¹²⁷

גישה עוד יותר מרחיקת לכת הובעה על ידי רבי אפרים נבון (המאות הי"ז-י"ח). לדעתו, אף שעניי 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 באופן כללי, הרי שאותו עני יחיד רשאי לרדת לנכסיו של בעל הבית ולתפוס מהם את כספי הצדקה שהוא חייב, כדין נושה הרשאי לתפוס מנכסי החייב!¹²⁸ ובלשונו:

¹²² לאמתו 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, סימן רצ ס"ק ג). לעומת זאת, אם כוונתו לומר כי יורדים לנכסיו אפילו בפניו, וכל שכן שלא בפניו, אז משמעות הכפייה היא אכיפה משפטית חברתית, כשאר החובות המשפטיות שמטיל בית הדין על האדם (ב"ח, יורה דעה, סימן רמח ס"ק א). ראו גם ש"ד, יורה דעה, סימן רמח ס"ק ד; קהילות יעקב, בבא בתרא, סימן 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 בידינו כי "כל מצות עשה שמתן שכרה בצדה אין בית דין שלמטה מוזהרין עליה" (בבלי, חולין קי ע"ב).

¹²⁴ רדב"ז הלכות מתנות עניים פרק ז הלכה י.

¹²⁵ קצות החושן, סימן רצ ס"ק ג.

¹²⁶ תובנה קרובה באה לידי ביטוי בהלכה אחרת ברמב"ם, שפסק כי אף השוטה חייב בצדקה (הלכות נחלות פרק יא הלכה יא). הלכה זו תמורה, שהרי השוטה פטור מן המצוות. כמה הסברים נאמרו בדבר. על פי אחד מהם, החשוב לענייננו, אמנם 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. וראו הרב יעקב אריאל, וייכון בחסד כסאך (מדינה ישראלית אידיאלית), בתוך עזריאל אריאל (עורך), וחי אחיך עמך: מדיניות חברתית וכלכלית על פי התורה (תשע"ח), 9, 13: "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, אות כ, כלל נא, שהסביר כי יורדים לנכסיו של המסרב ליתן צדקה "דהעניים לא הפסידו זכותן". אך ראו צפנת פענח, הלכות מתנות עניים פרק ז הלכה י: "בצדקה מה ששייך ליתן לקופה כופין אותו אך לא בגדר שיעבוד נכסים רק דמכין אותו וממשכנין אותו בגדר כפייה לא בגדר גבייה".

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

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.¹²⁹

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 לא 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 גדרי עשיית דין עצמית (ולא רק בדרך של תביעה בבית דין). שלישית, וזהו החידוש הגדול ביותר בדבריו, אם העניים כקבוצה רשאים לרדת לנכסיו של בעל בית סרבן, הרי שגם עני פלוני יכול לפעול בשםם ולרדת לנכסיו של בעל הבית כדי ליטול מרכושו.¹³⁰ הלכה זו שהציע רבי אפרים נבון היא מרחיקת לכת ביותר. היא מעניקה כח רב לעני היחיד, שיוכל באופן חד-צדדי 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 באופן עצמאי (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.¹³¹

4. זכות העני מול 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 הוא ייתן צדקה, גבאי הצדקה אינו רשאי לנהוג כן, אלא עליו לנהוג בכל העניים בשווה.¹³² הדבר נפסק בשולחן ערוך, והתחדד בהגהת הרמ"א שבעקבותיו:

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

¹²⁹ מחנה אפרים הלכות זכיה ומתנה סימן 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 שניצול אנו [=בהן מדינה של גחנים] שאנחנו ניתן מרצוננו לא הקב"ה".

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

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

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].¹³⁴

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

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 [=וכשאינן] דין הקדימה כולם שוין בהם.¹³⁵

על הגבאי מוטלת אפוא חובה לחלק את הצדקה באופן שווה בין עניי העיר, ומכאן כי לכל אחד מהעניים זכות לקבלת חלק מכספי הצדקה של הקהילה. אלא שמכאן עדיין לא 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 בשווה), כשלעצמה לא 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",¹³⁶ כלומר, הקמת מערכת רווחה קהילתית היא חובה המוטלת על בני העיר, באופן שאינו נתון לשיקול דעתם. הקהילה רשאית אמנם 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 המוטלת על הקהילה באופן שאינו נתון לבחירתה. 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?

¹³³ שולחן ערוך, יורה דעה סימן רנו סעיף 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 סימן קס ס"ק י. למעשה, יסוד הדברים בסוגיה הנזכרת לעיל, הערה 113. למקורות נוספים ראו רמב"ם, הלכות שאלה ופקדון פרק ה הלכה א; שולחן ערוך חושן משפט סימן שא, סעיף ו; שו"ת מהרי"ט חלק ב יורה דעה סימן מה. ראו גם הרב נפתלי צבי יהודה בר-אילן, משטר ומדינה בישראל על פי התורה, כרך ג, עמ' 1309 הע' 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 חלק א, סימן קמד. ראו גם שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק א סימן קנ, ענף ג.

¹³⁶ רמב"ם, מתנות עניים ט, א.

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 האם קיימת אחריות משפטית של המדינה להגנה על ביטחונם הסוציאלי של אזרחיה, באופן המטיל חובה על המדינה ומקנה למעוטי האמצעים זכות נגדית כלפיה. במשפט העברי, לעומת זאת, ההנחה היא שחובה שכזו בהחלט קיימת על הקהילה כלפי חבריה, אולם יש לדון האם היא מכוננת זכות נגדית של העניים כלפי הקהילה.

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

קודם שבאתי הנה ק"ק בבנבערק¹³⁹... 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, לפי צורך שעה... ראשית דבר, הנה אין מעות בכיס של צדקה, ובכל עת באו עניים ארחי ופרחי, ואמרו הלבישוני או פרנסוני, צעקו מר וליתא דאשגח בהו [=ואין מי שהשגיח בהם], כי קדרי דבי שותפי כו¹⁴⁰...

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.¹⁴¹ אלא שבנקודה זו הוסיף הרדב"ז וחדש, 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

¹³⁷ ודוק: 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 סימן ס.

¹³⁹ כיום נקראת 'במברג' שבגרמניה.

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

¹⁴¹ ראו תשובת המהר"ם מרוטנבורג, לעיל הערה 57.

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 ונותן 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 בידינו] 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.¹⁴²

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.¹⁴³

אלא שבנקודה זו מתעוררת השאלה, האמנם ניתן להשוות בין אחריותה של הקהילה כלפי חבריה העניים (כפי שעולה מדיני צדקה) לבין אחריותה של המדינה כלפי אזרחיה מעוטי האמצעים (כפי שנידון בבג"ץ עמותת מחויבות). בשאלה זו אדון בסעיף הבא.

ה. ממלכה, קהילה, מדינה

דיני צדקה נצרפו 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 מהווה 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?

¹⁴² שו"ת רדב"ז מכתב יד – אורח חיים, יורה דעה (חלק ח) סימן קעב (ההדגשה הוספה).
¹⁴³ המסקנה כי ההלכה מכירה במשתמע בזכותם של העניים לקבלת סיוע מן הקהילה אינה עומדת בסתירה עם החובה המוסרית המוטלת עליהם לעשות ככל שביכולתם לפרנס את עצמם ולא ליפול לעול על הציבור, 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". וראו לעיל, הערה 107.

שאלה זו הופכת מורכבת יותר נוכח ההבדל שמקיים המשפט העברי בין דיני הקהילה לבין משפטי המלוכה. אמנם פוסקי ההלכה המרכזיים הטילו על הקהילה את החובה להקים קופת צדקה, אך כפי שניווכח הם לא הטילו חובה דומה על המלך ביחס לבני ממלכתו. הדבר מחדד את הדילמה, האם שאיבת השראה מן המקורות היהודיים עבור מערכת הרווחה של מדינת ישראל ראויה להיעשות מתוך דיאלוג עם הלכות הקהילה הימני-ביניימית או שמא עם משפטי המלוכה.

כאמור, בתורה עצמה המצוות החברתיות כולן חלות על היחידים. הן מחייבות העברה ישירה מבעלי הרכוש (בעלי השדות, אדוני העבדים, המלווים) אל חסרי הרכוש (העניים, העבדים והלווים). המלך אינו מצויין במצוות אלה, וודאי לא כגורם ריכוזי האחראי על גבייה וחלוקה. מאוחר יותר, גם חז"ל, שאמנם לא חוו את המלוכה היהודית כיישות שלטונית ריאלית אך הקדישו לה דיונים נרחבים ביצירתם ההלכתית, לא הטילו על המלך את החובה לדאוג לרווחת בני עמו. החובות שהוטלו על המלך נגעו, בדרך כלל, בהיבטים מינימליים יותר של ביטחון (חוץ ופנים) וכן אחריות להפעלתה של מערכת המשפט. 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 "וּשְׁפָטְנוּ מִלְכָּנוּ וְיִצְאָ לְפָנֵינוּ וְנִלְחַם אֶת מְלַחְמָתָנוּ (שמואל א ח, כ)".¹⁴⁴

אליבא דרמב"ם, חובותיו היסודיות של המלך הן אפוא שתיים: הבטחת הביטחון והמשפט.¹⁴⁵ המלך רשאי כמובן לעסוק בתפקידים נוספים. יש מקורות חז"ל המשבחים מלכים שדאגו לרווחת בני עמם העניים.¹⁴⁶ ברם, מקורות אלה לא חרגו מדברי שבח בזכות המלך הראוי, כעניין שהוא מעלה טובה אך לא דבר שבחובה, וודאי לא חלק מן החובות היסודיות המגדירות את תפקיד המלוכה.¹⁴⁷ ניכר אפוא כי הציפיות ההלכתיות מן המלך היו מינימליות, ולא כללו הקמת מערכת רווחה ממלכתית.

בנקודה זו אנו באים לאחת הדילמות המרכזיות 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

¹⁴⁴ רמב"ם, הלכות מלכים ומלחמות פרק ד, סעיף י.

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

¹⁴⁶ כך לדוגמה, על הפסוק "וַיְהִי דָוִד עֹשֶׂה מִשְׁפָּט וְצִדְקָה לְכָל עַמּוֹ" (שמואל ב ח, טו) דרשו חכמים: "ידן את הדין, זיכה את הזכאי וחייב את החייב, וראה שנתחייב עני ממוון ושלם לו מתוך ביתו - זה 'משפט וצדקה', משפט - לזה, וצדקה - לזה, משפט לזה - שהחזיר לו ממוון, וצדקה לזה - ששילם לו מתוך ביתו" (בבלי, סנהדרין ו ע"ב. ובדומה בירושלמי, סנהדרין פרק ב הלכה 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 הרגו" (בבלי, בבא קמא קיט ע"א; בבלי, יבמות עח ע"ב). ולבסוף, יש מן המפרשים שראו בתיאור המלך האידיאלי המופיע בתהלים עב - "כִּי יֵצֵא אֶבְיֹן מִשְׁנֹעַ וְעֵינָיו אֵין עֹר לוֹ. יָחַס עַל דָּל וְאֶבְיֹן וְנַפְשׁוֹת אֶבְיֹנִים יוֹשִׁיעַ" - שבח למלך הדואג לרווחת עניי ממלכתו. וכך כתב רד"ק, שם: "יתן לעני מהונו שיחיה עמו". לדוגמאות נוספות ראו מלכים א יח, ה; מלכים ב ו, כה-כו. לסקירה רחבה ראו הרב עזריאל אריאל, 'צדקה ממלכתית בתנ"ך ומפרשיו' (טרם פורסם). לדיון בתיאורים המקראיים של מלכים המגשימים תיקונים חברתיים בממלכתם ראו ויינפלד, **משפט וצדקה** (לעיל, הערה 23), 26.

¹⁴⁷ להרחבה על תפיסת המלוכה ראו למשל יאיר לורברבוים, **מלך אביון: המלוכה בספרות היהודית הקלאסית** (תשס"ח); גרשון גרמן, **מלך ישראל: ריבונות לדורות בראי ההלכה ומעמדם של חוקי הכנסת בעולמה של ההלכה** (2003).

את "הלכות מדינה" בהשראת המקורות היהודיים להשוותה אל צורות השלטון הקדומות שהכירו חכמי המשפט העברי, תוך יצירת ההתאמות הנדרשות. כאן מתעוררת השאלה, אם מנקודת המבט של מקורות המשפט העברי ראוי לפענח את מהותה המשפטית של מדינת ישראל בזיקה עם משפטי המלוכה שבהלכות מלכים או שמא לאור דיני הקהילה.¹⁴⁸ דילמה עקרונית זו נפרשת 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 האם מדינת ישראל ראויה להיתפס כהרחבה של הקהילה היהודית הימ-ביניימית, 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 שלה הן במסקנותיה. לא כאן המקום להאריך בהבדלים אלה.¹⁴⁹

הדילמה אם לראות במדינת ישראל הרחבה של הקהילה היהודית הימ-ביניימית או שמא תחייה מודרנית של מלכות ישראל המקראית אמנם נוגעת בקשת רחבה של שאלות מתחום המשפט הציבורי, אך אינה מחייבת הכרעה גורפת ועקבית בכולן. ניתן לקבוע כי יש במדינת ישראל מאפיינים כאלה וכאלה, וכי לעניינים מסוימים ראוי לעצבה לאור "משפטי המלוכה" בעוד שלעניינים אחרים ראוי לדמותה להלכות הנהגת הקהילה.¹⁵⁰ אך טבעי הוא שהמדינה הדמוקרטית המודרנית, השונה במהותה מצורות שלטון קדומות אלה, מחייבת דיאלוג זהיר עמם תוך יצירת שילובים שונים. נדרשות אפוא הלחמות מורכבות 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 בימה"ב תוביל למסקנה, כי כשם שעל הקהילה הוטלה החובה להקים קופת צדקה קהילתית כך על מדינת ישראל חלה החובה להקים מערכת רווחה ממלכתית.¹⁵¹ 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 זו 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 – "שאינן ממליכין מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות" כלשון הרמב"ם – ואילו

¹⁴⁸ דילמה מקבילה מצויה בהגות הציונית החילונית, האם עניינה הפניית עורף ליהדות הגלותית, כמעין תחייה מודרנית של העבריים 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?' בתוך: 'יהודים חדשים יהודים ישנים' (תשנ"ז) 217.

¹⁴⁹ על כך ראו אליאב שוחטמן, 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל', **שנתון המשפט העברי טז-יז** (תש"ן-תשנ"א), 417; בנימין פורת, 'חמישה מושגים יהודיים של דמוקרטיה ישראלית', **מחשבות על דמוקרטיה יהודית** (2010), 17.

¹⁵⁰ כך לדוגמה, הדעת נותנת כי בתחומי צבא וביטחון אין טעם בנטילת השראה מדיני הנהגת הקהילה, שעסקה בעניינים מוניציפליים ולא בעניינים בטחוניים, 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.

את שאר הפונקציות הסוציאליות יש להותיר למגזר השלישי, ולכל היותר לרשויות המקומיות. לעומת זאת, האוחזים בתפיסה של מדינת רווחה, האחראית לא רק לבטחונם הפיזי של אזרחיה אלא גם לרווחתם, יעדיפו לראות בהלכות הקהילה מקורות השראה לחובות המוטלות על המדינה להבטחת רווחת תושביה.

ברם, בנקודה זו ראוי לשקלל היבט נוסף, שאינו אידיאולוגי אלא היסטורי. העובדה שמקורות המשפט העברי לא הטילו על המלך חובה להקים מערכת רווחה בממלכתו לא משקפת בהכרח בחירה הלכתית, אלא מבטאת מציאות היסטורית נתונה. בעולם כולו, הן בעת העתיקה הן בימי הביניים, מוסד המלוכה לא נתפס כנושא באחריות להבטחת הרווחה של הנתונים. באירופה של ימי הביניים הטיפול בעניים היה עניינם של מערכות מצומצמות יותר, דתיות וקהילתיות. רק בעת החדשה, עם עליית המדינה המודרנית, החלה רווחת התפיסה הרואה במדינה אחראית לרווחת אזרחיה. ראשיתה של מדינת הרווחה מיוחסת לשלטונו של ביסמרק בקיסרות הגרמנית של המחצית השנייה של המאה הי"ט.¹⁵² לפיכך, יש בעייתיות בניסיון ללמוד על תפקידי המדינה המודרנית בתחום הרווחה מתוך הלכות מלכים לרמב"ם. בתחום זה יש טעם רב הרבה יותר בנטילת השראה מן ההלכות שקבעו הפוסקים בהקשר ניהול הקהילה.

אכן, פוסקי הלכה מרכזיים במאה העשרים צידדו בדעה שלעניין מערכת הרווחה יש לראות את מדינת ישראל כהמשך של הקהילה היהודית הימי-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.¹⁵³

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.¹⁵⁴

¹⁵² על כך ראו למשל סקירתם של, Stein Kuhnle & Anne Sander, 'The Emergence of the Western Welfare State', Francis G. Castles et. al (eds.), THE OXFORD HANDBOOK OF THE WELFARE STATE (2010) 61. להרחבה ראו HERMANN BECK, 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, חלק ז סימנים ע-עא. הרח"ד הלוי ממשיך וטוען כי זו אף חובתו של מלך ישראל: "ובזה חטא שאול לגבעונים שגרם להם מיתת רעב והתעלם מחובתו הממלכתית, ולפחות מהשבועה שנשבעו להם נשיאי העדה "להחיותם" ".
¹⁵⁴ הרב יעקב אריאל, "ויכון בחסד כסאך" (לעיל, הערה 126), 20. על משנתו החברתית של הרב אריאל ראו יצחק גייגר, **היצאה מהשטעטל: רבני הציונות הדתית אל מול אתגר הריבונות היהודית** (התשע"ו), 414. וכבר הרב שמואל טוביה שטערן, שכיהן כרב בקונס סטי שבארה"ב, כתב: "יש חוב על הממשלה לעשות משפטים על הצדק החברתי ולהשים מסים על העם אשר ממנה תנתן צדקה לעניים לזקנים ולחולים ולכל אילו שאין בידם לפרנס עצמם בלי עזר" (ספר חוקת עולם,

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 הרמב"ם הפך את קופת הצדקה לחלק מהגדרת היסוד של מבנה הקהילה. ההלכה אמנם 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 באלו אופנים יכול היה המשפט העברי לא רק לאשש ולעגן את המסקנות שאליהם הגיעו שופטי בג"ץ אלא גם לאתגרם ולהרחיב את אופקיהם מעבר למה שהגיעו אליהם השופטים.

1. בין שיח הזכויות החברתיות לבין שיח החובות החברתיות

עד עתה דנו במישור המהותי, האם ראוי להטיל על הקהילה/מדינה אחריות קשיחה לביטחונם הסוציאלי של מעוטי האמצעים. מישור נפרד, שאילו אפנה עתה, הוא בחירת המערכת המינוחית המתאימה לעיגון המשפטי של אחריות זו. בהקשר זה אבקש לטעון, כי בתחום דיני הרווחה שפת החובות שמציע המשפט העברי עדיפה מכמה בחינות על פני שפת 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 עמדנו 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 הבדל 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.¹⁵⁵ 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 אל עבר שפת החובות והיתרונות הגלומים בה. אדגים את הערך המוסף של שיח החובות החברתיות בשני היבטים, האחד נקודתי והשני כללי.

כרך ב, הרב שמואל טוביה שטערן, תשי"י, עמ' 386). ראו גם הרב שלמה משה עמאר, שו"ת שמע שלמה, חלק ג, בענייני זרעים סימן כב (הביטוח הלאומי כמקביל לקופת הצדקה של הקהילה); הרב נפתלי צבי יהודה בר אילן, משטר ומדינה בישראל על פי התורה, כרך ג, עמ' 1309 (הצורך ההלכתי בעיגון בחקיקה של שירותי הרווחה של מדינת ישראל); הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, אבן העזר סימן פג (הביטוח הלאומי כמקביל לקופת הצדקה של הקהילה).

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

1. בעיית מיצוי זכויות

אחת הבעיות בתחום הזכויות החברתיות, שזכתה בשנים האחרונות לכתיבה עניפה, היא תופעת אי-מיצוי זכויות.¹⁵⁶ מערכת הרווחה המודרנית מעניקה מגוון זכויות למעוטי האמצעים, אולם מתברר כי הללו מתקשים לממש את זכויותיהם ולתבוע את המגיע להם. אמנם בבג"ץ **עמותת מחויבות** העותרים היו זכאי גמלת הבטחת הכנסה שתבעו את זכותם מן המדינה, אולם הסטטיסטיקות מלמדות כי אחוזים ניכרים מבעלי הזכויות החברתיות אינם תובעים את המגיע להם על פי חוק. סיבות רבות גורמות לכך, העיקריות שבהן הן חסמי ידע (לגבי הזכויות והדרכים 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 באוכלוסיות חלשות במיוחד כגון זקנים, מיעוטים ועניים.

בהקשר זה עולה השאלה, מה חובתה של המדינה כלפי מעוטי האמצעים הזכאים לקבלת סיוע אך אינם תובעים את המגיע להם? כדי לסייע בפתרון בעיה זו נקבע, כי על רשויות הרווחה חלה החובה ליידיע את הזכאים על זכויותיהם. כך למשל, על המוסד לביטוח לאומי חלה החובה הכללית ליידיע את הציבור על זכויותיו. כמו כן, כאשר מבוטח כבר פנה אל המוסד לביטוח לאומי יש חובה ליידיעו על זכויותיו ועל הדרכים למצותן. ברם, אין חובה על המוסד לביטוח לאומי לידע באופן אישי כל זכאי שטרם פנה אל המוסד על זכויותיו.¹⁵⁷

ברוח זו יש המציעים למסד ולהרחיב את חובת היידוע המוטלת על רשויות הרווחה, ולהנגיש, לפשוט ולייעל את פעילותם. דגש מיוחד ניתן על הצורך בחובת יידוע אקטיבית, שבה הרשויות ייזמו את יידוע הזכאי, להבדיל מחובת יידוע פסיבית, המתקיימת רק כאשר האזרח כבר פנה לרשות.¹⁵⁸ אכן, לאחרונה קיבלה הכנסת תיקון לחוק שירותי הסעד (תיקון מס' 8), התשע"ח – 2018, הכולל את סעיף 22 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.

¹⁵⁶ הספרות על כך רבה. ראו למשל, וים ון אורשוט, 'מגבלות המיבוד: על הסיבות מרובות המיבודים לאי-מיצוי זכויות', **ביטחון סוציאלי 56** (1999) 193; אלבשן, **זרים במשפט** (לעיל, הערה 9); שגית מור, 'משפט נגיש לכל: הזכות לנגישות ונגישות למשפט – ביקורת מוגבלות', **חוקים ח 15** (2016); גיוני גל, 'על החשיבות של מיצוי זכויות', **ביטחון סוציאלי 73** (2007) 5; גיוני גל ומימי אייזנשטדט (עורכים), **נגישות לצדק חברתי בישראל** (2009); איל פלג, **אתגר העוני של המשפט המנהלי** (2013); אבישי בניש ולירון דוד, 'זכות הגישה למנהל במדינת הרווחה: על (אי-)מיצוי זכויות חברתיות וחובת ההגשה של החקיקה החברתית', **משפט וממשל יט** (תשע"ח), 1; אמיר פז-פוקס, 'נגישות לזכויות חברתיות – רקע תיאורטי מדוע זכויות על-ספר נשארות על-ספר?', **נגישות לצדק חברתי בישראל** 29, (גיוני גל ומימי אייזנשטדט עורכים, 2009); אמיר פז-פוקס, 'נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות כלכליות', **דין ודברים ה 307** (2010). הנושא אף זכה לדיון נרחב בדוחות ציבוריים שנכתבו בשנים האחרונות, כגון דו"ח הוועדה למלחמה בעוני בישראל 5 (2014); מבקר המדינה דו"ח **שנתי 65** – **לשנת 2014 ולחשבונות שנת הכספים 2013** (2015). גם הספרות הלועזית הרבתה לעסוק בסוגיה. ראו למשל, Andrea Durbach, *The Right to Legal Aid in Social Right Litigation*, in SOCIAL RIGHTS JURISPRUDENCE: EMERGING TRENDS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 59 (Malcolm Langford ed., 2008)

¹⁵⁷ ב"ל (נצ"י) 2121/08 אברהם לבנת נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 35; עב"ל (ארצי) 628/08 אליעזר גלעדי נ' המוסד לביטוח לאומי; עב"ל (ארצי) 313/03 **בניאל ויקטור – המוסד לביטוח לאומי** (11.5.04), פסקה 6. לגישה מרחיבה יותר של חובת היידוע ראו עב"ל (ארצי) 1365/04 אסתר ארוש – המוסד לביטוח לאומי: "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".

¹⁵⁸ ראו פלג, **אתגר העוני** (לעיל, הערה 156) 621.

(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 כדי לסייע לזכאי להגיש את תביעתו. הן אינן מייטרות את עצם הצורך בהגשת תביעה, שהיא מקובלת כיום כתנאי הכרחי לכך שהרשויות תשלמנה לזכאי את הגמלה.¹⁵⁹ וכך נקבע בסעיף 2 לתקנות שירותי הסעד (טיפול בנזקקים), התשמ"ו-1986: "רשות סעד תגיש סעד וטיפול סוציאלי לנזקק שפנה אליה בבקשה לכך".¹⁶⁰ ברוח זו הוכרע על ידי 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 באופן רטרואקטיבי 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".¹⁶¹ יתירה מכך, על פי הגישה הרווחת, אף אם הרשות השלטונית לא יידעה כראוי את המבוטח על זכותו, אין בכך כדי להקים לו את הזכאות לגמלה בהעדר תביעה.¹⁶²

אמנם יש שופטים שסברו, כי אם הרשויות התרשלו ולא יידעו כנדרש את הזכאי, תחול עליהן החובה לשלם את הגמלה שהייתה מגיעה לו אם היה תובע אותה. לתוצאה מעין זו ניתן להגיע דרך דיני הנזיקין, קרי שעל הרשות תהיה החובה לפצות את האזרח בגין כך שהיא לא יידעה אותו כראוי, וגרמה לו נזק על שלא תבע את המגיע לו.¹⁶³ והייתה מי שהציעה, כי אם המוסד לביטוח לאומי לא יידע כראוי את המבוטח אז לא ניתן לקבוע שהסתיימה תקופת השיהוי, והמבוטח תוכל להגיש תביעה מאוחרת

¹⁵⁹ עם זאת, יש כמה חריגים שבהם הגמלה משולמת אף בלא הגשת תביעה. כך למשל, זכאים לקצבת נכות המגיעים לגיל זיקנה, משולמת להם קצבת זיקנה ללא צורך בהגשת תביעה. על כך ראו פרשת גלעדי (לעיל, הערה 157), פסקה 6.

¹⁶⁰ ראו גם סעיף 2(ב) לחוק שירותי הסעד, התשי"ח – 1958: "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"; סעיף 296(א) לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995: "כל תביעה לגמלת כסף, תוגש למוסד תוך שנים עשר חודשים מהיום שבו נוצרה עילת התביעה". אמנם בסעיף 296(ב) נקבע, כי לאחר הגשת תביעה ניתן לקבל גמלה באופן רטרואקטיבי עד לתקופה של שנים-עשר חודש. אולם אף תשלום רטרואקטיבי זה מותנה בהגשת תביעה. יש גם 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 הוא אינו חייב לעשות כן.

¹⁶¹ פרשת גלעדי (לעיל, הערה 157) פסקה 16. לפסיקה דומה ראו עב"ל (ארצי) 551-09 המוסד לביטוח לאומי נ' יחזקאל דניאל (פורסם בנבו, 04.11.2010). יצוין כי בעבר היו כמה פסיקות שהורו כי במקרים מסוימים של הגשה מאוחרת של התביעה יבוצע התשלום באופן רטרואקטיבי מהשלב המזכה. ראו דב"ע (ארצי) נג-0-26 יחיא ממון נ' המוסד לביטוח לאומי; דב"ע נד / 0-87 חביבה אליעזר - המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם); דב"ע (עבודה ארצי) 287-0/ג המוסד לביטוח לאומי - חיה הררי (פורסם בנבו, 19.01.1995); דב"ע נד / 0-258 סמואל נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם). פסיקות אלה לא הפכו למדיניות קבועה.

¹⁶² עב"ל (ארצי) 57861-01-11 אסתר לוזון נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 13 לפסק דינו של סגן הנשיאה (כתוארו אז) השופט פליטמן. במקרה זה טענה המערערת, כי זכותה לקצבת שארים היא זכות קניינית-חוקתית, ועל כן זכאותה אינה מותנית בכך שתבע אותה מן הרשויות. בית הדין דחה את טענתה כי מדובר בזכות קניינית, אלא סיווג אותה כזכות אובליגטורית. אולם חשובה לענייננו הערתו הנוספת, כי אף לו היינו מקבלים את התזה שהזכות היא זכות קניינית, "בעל הקניין" אינו יכול לשבת באפס מעשה ולהמתין לביטוח הלאומי שיוודע 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, פסקה 25). ראו גם עב"ל (ארצי) 284/09 חסן חלבי נ' המוסד לביטוח לאומי, פסקה 10.

¹⁶³ תא"מ (חיפה) 8227-07-08 אהובה פרידמן נגד המוסד לביטוח לאומי תק-של 2011(2), 31772 (בעניין קצבת זיקנה).

ורטוראקטיבית מעת תחילת הזכאות להגשת התביעה.¹⁶⁴ ברם, אפילו לפי גישות אלה חובת התשלום המוטלת על הרשות מותנית בכך שבסופו של יום בעל הזכות יתבע, ולו באיחור, את המגיע לו.

נקל לראות כיצד שיח הזכויות כבול לנקודת מוצא המכתיבה 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. מנקודת מבט זו, כשם שמימושה של זכות הקניין או של הזכות להליך הוגן מותנה בכך שהצד הנפגע יתבע את זכותו,¹⁶⁵ כך גם הזכות לקבלת סיוע סוציאלי מותנית בכך שהזכאי יתבע את המגיע לו. תביעת הזכות היא שלב בלעדו אין, ובהתאם מרוכז המאמץ לצמצם את בעיית אי-מיצוי זכויות בתמרוץ האזרחים להגדלת מספר התביעות שיוגשו. ברם, נראה שמאמצים אלה נידונו לאי-הצלחה, שכן החסמים המרחיקים את האוכלוסיות החלשות מלתבוע את זכותם 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 מחסום בלתי עביר.

אמנם אין לכחד כי אין מניעה לוגית לנסח את הזכות החברתית ככזו שאינה מותנית בהגשת תביעה.¹⁶⁶ ברם, אני סבור כי אין זה מקרה ששיח הזכויות נוטה להתנות את מימוש הזכויות בהגשת תביעה, אלא הדבר תואם את האתוס שבבסיס שיח הזכויות, לפיו אדם מממש את אנושיותו באמצעות תביעת זכויותיו.

הצעה מעניינת הועלתה על ידי בניש ודוד, לפיה כדי לפתור את בעיית אי-מיצוי הזכויות 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".¹⁶⁷ 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, דומה כי הוספת עוד מעטפת של זכות לזכויות הקיימות לא צפויה להועיל. שהרי לב הבעיה נעוץ בכך ששיח הזכויות נוטה להתנות את מימוש הזכות בפעולה של תביעתה, ועל כן הוספת עוד זכות הנה בבחינת "עוד מאותו דבר". אף את הזכות לממש את הזכויות החברתיות יהיה צורך לתבוע, ואף לגביה תתעורר בעיה דומה של אי-מיצוי זכויות. הוספת עוד זכות לא תחלץ את הדיון מן המסגרת הכובלת של שיח הזכויות, אלא דווקא תחזק אותה.

אני סבור, כי כדי לפתור את בעיית אי-מיצוי זכויות דרוש שינוי פרדיגמטי עמוק יותר, מעבר מחשיבה מבוססת זכויות לחשיבה מבוססת חובות. אכן, מנקודת המבט של שיח החובות, אבן הפינה היא החובה, והזכות אינה אלא תולדה שלה. אחת ההשלכות שיש לכך היא העמדת החובה בפני עצמה, בלא

¹⁶⁴ דעת המיעוט של השופט אלישבע ברק-אוסוסקין, בפסק דין ארוש (לעיל, הערה 157).

¹⁶⁵ על כך ראו קובר, זכות מול חובה (לעיל, הערה 99) 146, שהשווה בין הזכות שניתנה במשפט האמריקאי לנאשם שהוא אסיר להופיע בפני בית משפט בבגדים אזרחיים, לבין החובה שמטיל המשפט העברי על הדיין לוודא שהצדדים הנידונים לפניו לבושים באופן שיבטיח הליך שוויוני.

¹⁶⁶ כגון זכותו של אדם לחיים (שלא יירצח על ידי אחרים), אשר אינה תלויה בכך שיתבע את זכותו.

¹⁶⁷ בניש ודוד, זכות הגישה (לעיל, הערה 156), 411.

שהיא תהיה תלויה בכך שבעל הזכות יתבע את זכותו.¹⁶⁸ ובאמת, בתחום דיני הרווחה מצינו, כי חז"ל קבעו במפורש שהחובה לתמוך ברווחת העניים אינה תלויה בכך שהעניים יפנו בתביעה או בבקשה לקבלת סיוע. החובה עומדת בעינה אף אם כבודו העצמי של העני מונע ממנו מלפנות לקבלת עזרה.

הלכה זו הובאה בהקשר הפסוק המצווה על סיוע ל"אחיך האביון": "כִּי פִתַחְךָ תִּפְתַּח אֶת יְדֶךָ לֹא וְהֶעֱבַט תִּעֲבִיטֶנּוּ דֵּי מַחְסְרוֹ אֲשֶׁר יִחְסַר לוֹ" (דברים טו, ח). 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, כפי הנראה 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.¹⁶⁹

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 יאות לקבלן. אם הוא מסרב ליטול כספים הניתנים לו כצדקה, יש להציע לו ליטול הלוואה, אותה 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.¹⁷⁰ לענייננו חשובה ההנחה, כי הימנעותו של העני מלבקש סיוע לא 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 עליו** ומפרנסין אותו",¹⁷¹ ביטוי המדגיש את החובה ליזום סיוע לעני שאינו פונה מעצמו לקבלת סיוע.¹⁷² 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".¹⁷³

הלכה זו מבטאת אפוא את הרעיון, כי חובת התמיכה בעני אינה נובעת מזכותו של העני לקבל סיוע, אלא להיפך: זכותו יונקת את כוחה מן החובה. לפיכך, החובה עומדת בעינה אף אם העני אינו תובעה. דוק, החובה שהמשפט העברי מטיל אינה רק חובת יידוע של העני על זכויותיו, אלא חובה לוודא שהוא

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 וויתר על זכותו, אף שהוא לא תבע אותה, הנטייה תהיה כי החובה בעינה עומדת.

¹⁶⁹ ספרי דברים, פרשת ראה, פיסקא קטז (מהד' פינקלשטיין, בעמ' 175). דרשה דומה מופיעה בכמה מקבילות, עם הבדלים מסוימים שאינם מעניינינו 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 (מהד' הופמן, בעמ' 81). ראו גם ירושלמי, פאה פרק ח הלכה ט (כא ע"ב, מהדורת האקדמיה בעמ' 112); ויקרא רבה, פרשה לד, א.

¹⁷⁰ על כך ראו גם להלן, ליד הערה 219.

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

¹⁷² השווה עם לשונו של רבי חיים בן עטר (אור החיים הקדוש, המאה הי"ח): "אפיי[לו] מבלי תובעים אותו מצוה על האדם להפריש מממונו צדקה ולחפש על העני לתתה לו". עוד על שיטתו ראו פורת **צדק דלים** (לעיל, ליד הערה 18) עמ' 194 הערה 56.

¹⁷³ טור יורה דעה סימן רנג.

יקבל את הסיוע אף אם הוא בוש מלבקש, וכלשון רבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין (המאה הי"ט): "עני שאינו רוצה לקבל צדקה וידענו שהוא מוכרח לכך אנחנו מחוייבים להתאמץ שיקבל".¹⁷⁴

שיח החובות שמפתח המשפט העברי מזמין אפוא חשיבה אודות שינוי פרדיגמטי של דיני הרווחה.¹⁷⁵ חובתה של הקהילה/מדינה לתמיכה במעוטי האמצעים לא תהיה מותנית בכך שאלו האחרונים 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.¹⁷⁶

למותר לציין כי יש גם שיקולים הפוכים, לפיהם חשוב לתמרץ את הזכאים לקבלת סיוע להגיש תביעה, ולא להסתמך על כך שרשויות הרווחה יגיעו אליהם בעצמם. במיוחד הדברים אמורים כאשר לא 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 שני תטיל על רשויות הרווחה את החובה לדאוג לרווחתם אף אם מטעמים שונים אלה נמנעו מלתבוע את זכותם. כך לדוגמה, ניתן לקבוע כי גמלה מלאה תשולם רק בעקבות הגשת תביעה, ואם לא הוגשה תביעה תשולם גמלה חלקית בלבד. לחלופין, ניתן לקבוע כי בלא הגשת תביעה תשולם הגמלה יהיה מוגבל לתקופה מסוימת.¹⁷⁷ הצד השווה בהצעות אלה הוא נטילת העקרון מן המשפט העברי של חובת הקהילה לתמיכה ברווחת ענייה שאינה תלויה בתביעת הזכות, תוך התאמתה לסביבת החיים המדינתית המודרנית.¹⁷⁸

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 העניים. אטען, כי המונח "זכויות חברתיות" הוא מטבע לשון אוקסימורוני החותר תחת המטרה שלשמה הוא נוצר; זהו מונח המביס את עצמו. שיח הזכויות, המשמש מצע 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 צרכי השכבות החלשות.

¹⁷⁴ ערוך השולחן, יורה דעה, סימן רנג סעיף 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, הערה 162).

¹⁷⁶ הצעה זו, המבוססת על שיח החובות של המשפט העברי, עולה בקנה אחד עם הצעתם הנוספת של בניש ודוד: "קטגוריה נוספת של הנגשה אקטיבית של זכויות חברתיות, העומדת בפני עצמה, היא קביעת זכאות אוטומטית לזכות חברתית, מבלי שהפרט מחוייב להגיש בקשה פורמלית בעניין. סוג חובה כזה מחייב שינוי מבני-פנימי של הגיון פעולתו של המנהל, והוא רלוונטי כאשר לרשות 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" (בניש ודוד, זכות הגישה (לעיל, הערה 167) 423).

¹⁷⁷ כפי שלמשל נהוג לגבי קצבת שארים, בה המוסד לביטוח לאומי נוקט במדיניות של ייזום תביעות, כלומר שהגמלה משולמת למשך שלושה חודשים ללא הגשת תביעה (פרשת לוזון, פסקה 22 לפסק דינו של סגן הנשיאה השופט פליטמן).

¹⁷⁸ פתרון לא-מומלץ הוא שבעת שתוגש תביעה אזי תשולם הגמלה ייעשה באופן רטרואקטיבי מיום הזכאות לגמלה (למשל, אם אדם יגיש בגיל שמונים תביעה לקבלת קצבת זיקנה, הוא יקבל תשלומים באופן רטרואקטיבי 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 חסכון ארוך שנים עבור סכומים שהוא היה אמור לקבל בעבר.

כדי להבהיר נקודה זו, חשוב לעמוד על כך שלעולם יש מתח מובנה בין הזכות החברתית 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 בעל הרכוש, כלומר הגדלת נטל המס.¹⁷⁹ בדרך כלל, בעיקר כשמדובר בפסקי דין של עותרים פרטיים נגד המדינה (כגון המקרה הנידון בג"ץ **עמותת מחויבות**), לא מודגשת הזיקה בין הזכות החברתית העומדת לדיון לבין המחיר שייגבה מבעלי הרכוש על ידי פגיעה בקניינם הפרטי. בית המשפט דן בשאלה, האם 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 אינה נידונה בפסק הדין אינה אומרת שהיא אינה קיימת. היפך הדבר, 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. כך למשל, כאשר דנים בשאלות אלה בהקשרים מוניציפליים, הולך ומתבלט הקשר בין מתן הטבות לקבוצה אחת לבין פגיעה בזכויותיהם של אחרים שייאלצו לממן הטבה זו.¹⁸⁰ במיוחד אמורים הדברים כאשר דנים בשאלת הזכויות החברתיות בהקשר המשפט הפרטי. כאן מתברר מיד 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 האשה ובתה טענו למימוש זכותם לגבות את החוב באופן מידי 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 השני, 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".¹⁸¹ 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 המסגור של 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.¹⁸² הסיבה לכך נעוצה באופיה של זכות הקניין כזכות שלילית, שעיקרה הימנעות מהתערבות בקניינו הפרטי של האדם, ובתור

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

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, השופטת דורנר). ראו גם בג"ץ 6741/99 **יקותיאלי נ' שר הפנים**, פ"ד נה(3), 673, 687 (2001).

¹⁸¹ רע"א 4905/98 **גמזו נ' ישעיהו**, פ"ד נה(3), 360, 376.

¹⁸² עמדה על כך ברק-ארז, שכתבה: "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" (ברק-ארז, זכויות חברתיות (לעיל, הערה 13), 69).

שכזו שייכת לגרעין הקשה של זכויות האדם. זאת לעומת הזכות לקיום בכבוד (ושאר הזכויות החברתיות) שאופיה היא זכות חיובית, ולשם הגשמתה יש צורך בהשקעת משאבים ובנקיטת פעולות עשה תוך פגיעה בקנייני הפרט ובחירויותיו.¹⁸³ במתח שבין הזכות השלילית לבין הזכות החיובית, בין אי פגיעה בקניינו של האדם לבין מתן אמצעי-קיום לחסר הרכוש, שיח הזכויות מעניק יתרון מובנה לראשונה.¹⁸⁴

דרך אחרת לניסוח הדברים היא כי שיח הזכויות מעודד חשיבה אטומיסטית, אינדיבידואליסטית, תחרותית, שבה אדם מממש את אנושיותו באמצעות תביעת זכויותיו. יותר משיח הזכויות מתפקד כגורם מניע היחלצות לעזרת האחר הוא בראש ובראשונה 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 יום דרך חשיבה וניסוח המשרתת את צרכיהן של הקבוצות החזקות בחברה;¹⁸⁵ זוהי שפה המבטאת אוריינטציה של דרוויניזם חברתי, שבו החזק הוא ששורד.¹⁸⁶ עבור המאבק המשפטי להבטחת רווחתם של שכבות העוני, שיח הזכויות הוא חלק מן הבעיה, לא חלק מהפתרון.¹⁸⁷ ביקורת מעין זו הושמעה על ידי 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 (2005); SAMUEL MOYN, NOT ENOUGH: HUMAN RIGHTS IN AN UNEQUAL WORLD (2019).¹⁸⁸

לאמתו של דבר, הטענה, כי שיח הזכויות מקדם את עניינן של הקבוצות החזקות בחברה אינה חדשה. כבר קרל מארקס, בכתבי השחרות שלו, עמד על כך שזכויות האדם הבסיסיות – הזכות לקניין והזכות

¹⁸³ השו" Mark Tushnet, 'An Essay on Rights' 62 TEXAS L. REV. (1984), 1363, 1392: "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: "תורת המשפט של הזכויות חלשה ביחוד 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" (קובר, זכות מול חובה (לעיל, הערה 99) 144-145). 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 הגורם האחראי להגשים את 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 דיונו לעיל, ליד הערה 107, בעניין השאלה מיהו בעל הזכות הנוצר על ידי 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 AMERICAN CONSTITUTIONAL GOVERNMENT (1990)

¹⁸⁶ על כך ראו Benjamin Porat, 'Deciding between Contradicting Norms: Rights-Based Law vs. Duty-Based Law' (forthcoming)

¹⁸⁷ על כך ראו גם Tushnet, 'An Essay on Rights' (supra, note 183). לביקורת מכיוון שונה ראו ישי בלנק, 'על מגבלותיהן של הזכויות החיוביות במשפט הישראלי', עיוני משפט לו (2013) 97 (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).

¹⁸⁸ לאחרונה פירסם תומס פיקטי ספר המתחקה אחר 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 (2013), 7. להתמודדות עם טיעונים מעין אלה ראו HOLMES AND SUNSTEIN, THE COSTS OF RIGHTS (supra note 8) 135

לביטחון – הן זכויות שנועדו להגן על רכושן של המשפחות העשירות ובכך לשמר את את הפערים בין 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 איפוא 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.¹⁸⁹

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.¹⁹⁰

אכן, אין זה מקרה שהזכות לקניין מנויה במפורש בחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו, ואילו הצעת חוק-יסוד : זכויות חברתיות נידונה להמשיך להעלות אבק על שולחן הכנסת.¹⁹¹ מבחינה חוקתית, אין להשוות בין מעמדן החזק של הזכות לקניין ושל הזכות לחופש העיסוק, המנויות בחוקי היסוד, לבין הזכות לקיום בכבוד שאינה מנויה עמהן.¹⁹² 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 ולא הייתה לכך השפעה מעשית על הפסיקה הישראלית.¹⁹³ במרבית המוחלטת של המקרים נדחו טענות העותרים

¹⁸⁹ קרל מרקס, 'לשאלת היהודים', **כתבי שחרות** (תשכ"ו), 33, 51-52.

¹⁹⁰ אליעזר שביד, 'האם חירות האדם היא אנוכיותו או אחריותו?', בתוך : **כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל** (תשנ"ה) 47.

¹⁹¹ לסקירת הגלגולים שעברו על הצעת חוק-יסוד : זכויות חברתיות ראו לעיל, הערה 9.

¹⁹² על כך ראו איל גרוס, 'החוקה הישראלית : כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?', **צדק חלוקתי בישראל** (מני מאוטר, עורך, תשס"א), 79 ; דפנה ברק-ארז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל : מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר** 189, 200 (2009).

¹⁹³ ברק מדינה "הזכות לקיום בכבוד : הערכה ביקורתית של פסיקת בית המשפט העליון" **ספר אדמונד לוי** 197, 225 (אהוד גורדון עורך, 2017) ; מדינה, **זכויות האדם** (לעיל, הערה 5), 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** (2007) 9 ; יואב דותן 'כבוד האדם, צדק סוציאלי וזכויות חברתיות חוקתיות' **עבודה, חברה ומשפט יד** 207, 216 (2015). דותן אינו מציין זאת כביקורת, שכן לגישתו הזכויות

כי זכותם לקיום בכבוד נפגעה. הרטוריקה של הכרה במעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד לא היתרגמה לשפת המעשה.¹⁹⁴ הדבר נובע ממגוון סיבות, הקשורות מטבע הדברים בהשקפות הכלכליות של מקבלי ההחלטות. לטענתי, לשיח הזכויות יש חלק בדבר, באשר הוא מקדם צורת חשיבה אטומיסטית, המקדשת את האינסטינקט האנושי להגנה על האינטרס העצמי.¹⁹⁵

יש שניסו לפתור מבוכה זו בתוך מסגרת שיח הזכויות. כך 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.¹⁹⁶ כך למשל, לדעת מונדלק, "ההנחה לפיה זכויות ליברליות הן בהכרח זכויות אטומיסטיות איננה הכרחית. היא אמנם משקפת התפתחות היסטורית, אך לא התפתחות המתחייבת מעצם מהותן של זכויות אלה".¹⁹⁷ לחלופין, תיתכן שיטה תיאורטית שתגרוס כי הזכות לביטחון סוציאלי של מעוטי האמצעים היא שוות משקל לזכות הקניין של בעלי האמצעים ולא נופלת ממנה בחשיבותה. ברם, אף אם המובן האטומיסטי של שיח הזכויות הוא התפתחות היסטורית שאינה הכרחית באופן לוגי, בכל זאת הוא אינו התפתחות מקרית אלא הוא משקף את הדחף 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 ניתן יהיה להגן טוב יותר על צרכי הרווחה של מעוטי האמצעים, ובאופן כללי להעשיר את האופי המרושש של שיח הזכויות, העוסק בעיקר באיסורים ומתקשה להעניק לחברה אתוס חיובי.¹⁹⁸ אחת הדרכים שהוצעו להעשרת השיח המשפטי היא באמצעות מערכת המונחים של עולם החובות, התורמת לבניית חברה משימתית הרתומה למטרה של הגנה על

החברתיות לא אמורות לזכות בהגנה חוקתית מלאה. ראו יואב דותן 'בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות' **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 129-69 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

¹⁹⁴ היוצא מן הכלל הוא בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 28.2.2012) שהיה הפעם היחידה שביטחון המשפט ביטל 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 כך שהמדינה נקטה בחוקה חלוטה כדי לקבוע מי אינו זכאי לסיוע. ראו דותן 'כבוד האדם' (לעיל, הערה 193), 219. על כך ראו גם ברק-ארז, זכויות חברתיות (לעיל, הערה 13), 63.

¹⁹⁵ עדיפותה של הזכות לקניין על פני הזכות לקיום בכבוד קיבלה לאחרונה ביטוי מעניין בפסיקה. בבג"ץ 2293/17 **גוסהר נ' הכנסת** נידון סעיף חוק שחייב להפקיד 20% משכר עבודתם של עובדים מסתננים בפיקדון, שיינתן להם רק עם עזיבתם את ישראל. בג"ץ אמנם הכיר באפשרות העקרונית לבטל את הסעיף מכוח פגיעה בלתי מידתית בזכותם של העובדים המסתננים לקיום בכבוד, אך העדיף לבסוף לבטל את הסעיף בשל הפגיעה הבלתי מידתית בזכות הקניין שלהם, אשר כפי הנראה נתפסה על ידי ביהמ"ש כזכות חזקה יותר 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** (תשס"ה), 57). על כך ראו גם HANNOCH DAGAN, PROPERTY: VALUE AND INSTITUTIONS (2011), Ch. 2: Exclusion and Inclusion in Property לשילוב מושג הצדק החלוקתי בתוך הזכות לקניין ראו JAMES E. PENNER, THE IDEA OF PROPERTY IN LAW (2000) 103. גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה ז** (תשנ"ט) 65, 108. ושם בעמ' 109: "הזכות לקניין איננה חייבת להתפרש כזכותו של אדם שאחרים לא ייגעו בקניינו, כי אם 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 דורש נכונות להקרבה. לפיכך יש להעשיר את השיח הליברלי באמצעות שיח של זהות ואהבה, היכולים להניע את היחידים לפעולה למען החברה (PAUL KAHN, PUTTING LIBERALISM IN ITS PLACE (2005)); רונלד ביינר הציע להחליף את שיח הזכויות ב The Language of Goods (1992) (RONALD BEINER, WHAT'S THE MATTER WITH LIBERALISM); ואילו על פי הצעתו של מאוטנר, 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 (מאוטנר, ליברליזם בישראל (לעיל, הערה 188), 66).

צרכיהם של מעוטי האמצעים.¹⁹⁹ בנקודה זו המשפט העברי מציע מודל מעניין של עולם משפטי חלופי, אשר אבן הבניין של עולמו היא החובה, לא הזכות. אכן, יסוד היסודות הוא "שיתברר ויתאמת אצל האדם מה חובתו בעולמו".²⁰⁰ 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 ושל מהות האדם. שיח החובות פועל אפוא בכיוון הפוך מן הדרוויניזם החברתי, והוא מבטיח טוב יותר את רווחתם של השכבות החלשות.²⁰¹

תובנה זו התחדדה בדברי רבי יעקב בן אשר, בעל הטורים, במסגרת דיונו 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 ממנו ליתנו לעניים, כי יש לו לדעת שאין הממון שלו אלא פקדון לעשות בו רצון המפקיד [=ה'] וזה רצונו שיחלק לעניים ממנו.²⁰²

היה זה השופט יצחק זמיר, בפסק דין **קונטרס**, שעמד על הסכנה שבהצבת עולם על 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, לפיה "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, בנשימה אחת, שתפקיד נוסף הוא לקדם את רווחת האדם. כל אדם. ועוד תפקיד הוא לעשות צדק חברתי. צדק לכל. 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

¹⁹⁹ כותבים ברוח זו הם קובר, זכות מול חובה (לעיל, הערה 99); MARY ANN GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE (1991); William Singer & Jack M. Beermann, The Social Origins of Property, 6 CANADIAN JOURNAL OF LAW & JURISPRUDENCE 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" (דגן, קניין (לעיל, הערה 196) 52).

²⁰⁰ רבי משה חיים לוצאטו (המאה הי"ח), מסילת ישרים, פרק א. לזיקה שהמשפט העברי יוצר בין מוסד הקניין לבין מושג החובה ראו גם דגן, קניין (לעיל, הערה 196) 51.

²⁰¹ ראו לעיל, הערה 186.

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

מסתפקת בהקניית זכויות לאדם, אלא היא גם מטילה עליו חובות. זוהי נפש הדמוקרטיה.²⁰³

זוהי אפוא הסיבה שבעטייה מושגים כדוגמת "זכויות חברתיות" או "הזכות לקיום בכבוד" עלולים להתגלות כמביסים את עצמם. שיח הזכויות, שבו ביטויים אלה מבקשים להתהדר, מעצים דווקא את המאפיינים האינדיבידואליסטיים והתחרותיים של החברה, אשר קוראים תיגר על המאמץ המשפטי להבטחת רווחתם של העניים. שידוד מערכת החשיבה באמצעות קבלת השראה משיח החובות החברתיות, מעין זה שמציע המשפט העברי, עשויים לשרת טוב יותר את החתירה להעניק תשתית חוקתית לתמיכה ברווחת מעוטי האמצעים. על פי הצעה זו, אבן היסוד של המאמץ החברתי לא תהיה "הזכות לקיום בכבוד", אלא החובה "יְחִי אָחִיךָ עִמָּךְ" (ויקרא כה, לו). מובן כי לעניין זה אין די באימוץ מילת הקסם "חובה", אלא בהפנמת המעטפת הרעיונית והתרבותית של מושג החובה. נדרש מעבר מתפיסה של חברה הממוקדת במימוש זכויות הפרט לתפיסה של חברה מופת ישראלית המגשימה חזון יהודי של חברה אחוה.

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 מחסרונות אלה בולט במיוחד בתחום החובות החברתיות. שיח החובות מתייחס אל העני כאובייקט שמקיימים בו את החובה, והוא מתקשה להציגו כסובייקט משפטי. כך למשל, ההלכה מחייבת אדם לתת צדקה לעני והיא 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, אותו יש לנענע בחג הסוכות כדי לקיים בו את המצווה. עניין זה משליך במגוון דרכים על דיני צדקה, שלעתים מתייחסים אל העני כאובייקט גרידא, כחפץ של מצווה.²⁰⁴ זאת בשונה משיח הזכויות החברתיות, שדווקא מדגיש את היותו של העני אדם, סובייקט משפטי. לפיכך, הצעתי אינה להמיר את שיח הזכויות החברתיות הישראלי בשיח החובות החברתיות היהודי, אלא להעשיר את שני סוגי השיח זה בזה. אנו קוראים ליצור מזיגה בין שני העולמות.

²⁰³ בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 340-341. אלבשן ביקר את השופט זמיר על כך שלא כלל את מושג הצדק החברתי וההגנה על רווחת מעוטי האמצעים בתוך המונח "זכויות אדם", כלומר על שלא הכיר במונח זכויות חברתיות (זרים במשפט, לעיל הערה 9, עמ' 157). 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 נעם סולברג, "שמרו משפט ועשו צדקה", דין ודברים ח (תשע"ד), 13, 25-29: "זכויות האדם הן מתכוון להצלחה ולשגשוג אינדיבידואליסטי תחרותי... 'העם רוצה צדק חברתי', אך חוששני כי לא נגיע אליו רק על בסיס האינדיבידואליזם 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".

²⁰⁴ הדוגמאות המעשיות לכך רבות, וכאן אסתפק בשתיים מתוכן. (א) חז"ל דנו בשאלת המועדים שבהם יש ליתן צדקה. בעוד שחלק מן המקורות בוחרים את המועדים לפי צרכיו של העני, 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, האם עדיף שאדם ייתן את כספי הצדקה שלו לעני בפעם אחת, או שמא עדיף שיחלקם לסכומים קטנים ויתנם לעני מעט מעט, כדי שהנותן יזכה בקיום מצוות הרבה. הדבר מבטא את אימוץ נקודת המבט של צורכו הרוחני של נותן הצדקה על פני צורכו הכלכלי של מקבל הצדקה. על כך ראו בהרחבה פורת, צדק דלים (לעיל, ליד הערה 18) 95.

ז. בין רווחה לכבוד

בכוחו של המשפט העברי לתרום זווית ראייה נוספת לדיון של שופטי בג"ץ ביחס שבין רווחה וכבוד 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 דיוור, 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".²⁰⁵ ומכך נובע, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעניק הגנה חוקתית זכות לכבוד, אמור להעניק הגנה חוקתית לזכות לחיות ללא מחסור קיומי בסיסי. בכך צועד המשפט הישראלי בנתיב דומה למשפט הגרמני, אשר אף הוא העניק מעמד מרכזי לערך החוקתי של כבוד האדם וגזר ממנו את הזכות לביטחון סוציאלי כזכות לקיום בכבוד.²⁰⁶

בהקשר זה המשפט העברי מציג נקודת מבט שונה. אמנם חכמים ראו בחיי עוני דבר שיש בו ביזיון וחוסר כבוד.²⁰⁷ 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 ולגרום לביזוי נוסף שלו.²⁰⁸ 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 באופן שיצמצם עד כמה שאפשר את הפגיעה בכבודו.²⁰⁹

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

²⁰⁵ רע"א 4905/98 (לעיל, הערה 181), 375-376.

²⁰⁶ על כך ראו בניש וקרמר, למלא את החלל (לעיל, הערה 193), 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 בעמ' 1121).

²⁰⁸ לאמתו של דבר, בהקשר זה ניתן להבחין בין שני מושגים של כבוד. "הזכות לקיום בכבוד", הנגזרת מ"כבוד האדם", מבוססת על משמעות המושג 'כבוד' כ dignity, דהיינו כבודו הסגולי של אדם מעצם היותו אדם. לעומת זאת, הפגיעה בכבודו של העני כתוצאה מן 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** (תשס"ה), 19.

²⁰⁹ ראו גם בג"ץ 2293/17 **גריסגהר נ' הכנסת**, פסק דינו של השופט הנדל. להרחבה ראו פורת, **צדק דלים** (לעיל, ליד הערה 18), פרק ח, עמ' 137.

מרובה ותן חלקנו בתורתך עם עושי רצונך. בנה ביתך היכלך עירך ומקדשך במהרה

בימינו.²¹⁰

לא רק העוני ממיט אפוא חרפה על העני אלא גם הסיוע הניתן לו עלול לפגוע בכבודו. 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 לעניינו. דרכים אלה 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.²¹¹

היבט אחד של פגיעה בכבוד העני כתוצאה מהעזרה הניתנת לו הוא **הפגיעה בדימוי 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 הַאֱלֹהִים יָבֵא בְּמִשְׁפָּט עַל כָּל נֶעְלָם אִם טוֹב וְאִם רָע" (קהלת יב, יד) דרש רבי ינאי שעתיד הקב"ה לדון לכף חובה גם את מעשיו הטובים של האדם ("אם טוב") שנעשו בדרך לא ראויה, כגון מתן צדקה בפרהסיה, שאמנם 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 וכספתיה [=כאותו מקרה של רבי ינאי שראה אדם שנתן כסף לעני בפרהסיה. אמר לו: מוטב שלא היית נותן לו, מאשר כעת שנתת לו וביישתו].²¹²

היבט שני של פגיעה בכבוד העני כתוצאה של 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 בלתי-רצויה. כדי להתמודד עם בעייה זו הורו חכמים על ניתוק הקשר הישיר בין נותן הצדקה לבין העני מקבלה. חכמים הגשימו זאת בכמה דרכים, שיש ביניהם הבדלים מעניינים אך גם מכנה משותף ברור. דרך אחת המתוארת במשנה מיוחסת לתקופת בית-המקדש השני, שבו היה מקום מיוחד שנקרא "לשכת חשאיין", שיצרה חציצה בין נותני הצדקה לבין מקבליה ובכך מנעה את המפגש המביש ביניהם:

²¹⁰ ירושלמי מסכת ברכות פרק ד הלכה ב (ז ע"ד, מהדורת האקדמיה בעמ' 36, ההדגשה הוספה). התהליכים המחוללים זאת נותחו על ידי 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 והנותן. מוס מנתח את יחסי הפטרונות הנוצרים סביב מערכות הסיוע שהקהילה מעניקה לענייה, כדוגמת מוסד הצדקה. ראו מרסל מוס, **מסה על המתנה: צורתו וסיבתו של החליפין בחברות הארכאיות** (תשס"ה) 55.

²¹¹ אמנה דרכים אלה לפי סדר תמאטי, לאו דווקא לפי רצף התפתחותם ההיסטורי.
²¹² בבלי, חגיגה ה ע"א. כמו כן, היו בין החכמים שהקפידו ליתן צדקה באפילת הלילה, הרחק מעיני הציבור. ראו ירושלמי, פאה פרק ח הלכה ט (כא ע"ב, מהדורת האקדמיה בעמ' 112). ראו גם ירושלמי, שקלים פרק ה הלכה ו (מט ע"ב, מהדורת האקדמיה בעמ' 622).

שתי לשכות היו במקדש.... לשכת חשאים יראי חטא נותנים לתוכה בחשאי ועניים

בני טובים מתפרנסים מתוכה בחשאי.²¹³

מאוחר יותר, חכמי התלמוד העלו 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 רגשי הפטרונות). עד שלבסוף הוכרע, כי הדרך הראויה ביותר למתן צדקה, שבה האנונימיות היא כפולה – "נותנה ואינו יודע למי נותנה" "נוטלה ואינו יודע ממי נוטלה" – היא באמצעות קופת הצדקה הקהילתית, המאפשרת אנונימיות מלאה: "ואלא היכי ליעביד [=כיצד יעשה]? ליתבי [יתן] לארנקי של צדקה".²¹⁴ וכפי שניסח זאת הרמב"ם, כמעלה השנייה של הצדקה (מבין שמונה המעלות שהוא שירטט): "הנותן צדקה לעניים ולא ידע למי נתן ולא ידע העני ממי לקח... וקרוב לזה הנותן לתוך קופה של צדקה".²¹⁵ המנגנון הבירוקרטי נתפס אפוא בעיני חכמים לא כגורם המאיים על כבודו של העני ומשפילו, אלא להיפך, כמעטפת המאפשרת לעני להימנע מהשפלת מבט בפני מי שהעניק לו את הסיוע.²¹⁶ 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.²¹⁷

היבט שלישי של פגיעה בכבוד העני כתוצאה מן הסיוע הניתן לו מתבטא בפגיעה **בדימויו העצמי של העני**. חכמים היו רגישים לכך, שאף אם הסיוע יינתן בצניעה 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:²¹⁸

פתח לו בדברים, שאם היה ביישן אמור לו 'את צריך ללות'. מיכן אמרו צדקה ניתנת

כמלוה.²¹⁹

²¹³ משנה, שקלים ה, ו. השאלה ההיסטורית האם לשכת חשאים אכן התקיימה בפועל אינה חשובה לענייננו, שכן העיקר הוא התפיסה הרעיונית המשתקפת מתיאור זה. עוד על "לשכת חשאים" ועל מקבילות נוספות ראו פורת, **צדק זלים** (לעיל), ליד הערה 18, 143.

²¹⁴ בבלי, בבא בתרא י ע"ב. ופירש רש"י, שם, ד"ה 'נותנה': "יתננה בכיס של גבאי צדקה". ראו גם רמב"ם, הלכות מתנות עניים י, ח.

²¹⁵ רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק י הלכה ח.

²¹⁶ המחשה מעניינת מצויה בתשובתו של רבי יהודה הלוי מינץ (המאה הטי"ו), שנשאל לגבי האופן הראוי לחלוקת אירוח העניים בין בעלי הבתים בקהילה. כדי לחלק את הנטל באופן שווה נהגו חברי הקהילה לרשום את שמות בעלי הבתים על פתקים, לערבב אותם בקלפי, ולאחר מכן להוציא את הפתקים עם 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 לכך 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 נוהר שלא לבייש שום אדם" (שו"ת מהר"י מינץ, סימן ז). לדוגמאות נוספות ראו הרב נפתלי צבי יהודה בר אילן, **משטר ומדינה בישראל על פי התורה, כרך ג**, עמ' 1309.

²¹⁷ על כך ראו גם ברק-ארז, זכויות חברתיות (לעיל, הערה 13), 73, הרואה במנגנון הרווחה המדינתית את הדרך האופטימלית להגשמת דברי הרמב"ם שהובאו לעיל, ליד הערה 215.

²¹⁸ ליד הערה 169.

²¹⁹ ספרי, דברים, פיסקה קטז (מהדורת פינקלשטיין, עמ' 175, וראו הערת המהדיר שם). למקבילות ראו פורת, **צדק זלים** (לעיל, ליד הערה 18), עמ' 102, 138.

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.²²⁰

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

קביעת ביהמ"ש 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.²²⁴ 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.²²⁵ נראה שבהקשר זה חכמים מונעים מתפיסה עשירה של מושג הכבוד, שכדי להבטיחו אין די לפעול למניעת מחסור קיומי של רעב, עירום, העדר קורת-גג וכדומה, אלא גם לפעול למניעת היווצרות תלותיות של העני ויחסי פטרונות מצד הקהילה. העיון במקורות חז"ל פורש את הדרכים שחכמים מציעים לפתרונה של הבעיה, בעיקר בנחיצות של ניתוב הסיוע הניתן לעניים לאפיקים שיסייעו בשיקום כבודם העצמי, כגון הלוואות והשתלבות במעגל העבודה, ולא לאפיקים שינציחו תלותיות, כדוגמת מתן קצבאות.²²⁶

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 בכך שהיא מונעת 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 אגדות, שם.

²²³ ברם, יש להודות כי הוראתם של חכמים להעדיף סיוע בדרך של הלוואה על פני סיוע בדרך של מתנת חנם נותרה במידה רבה משאלת לב. מעבר לכמה 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, ליד הערה 18) 116.

²²⁴ ראו גם מדינה, **זכויות האדם** (לעיל, הערה 5), 787.

²²⁵ ברק-ארוז וגרוס, הזכויות החברתיות (לעיל, הערה 192), 214, הצביעו על היבט בעייתי אחר של הזיקה שיצר בית המשפט העליון בין רווחה וכבוד. לטענתם, הדבר גרם לכך שבית המשפט התמקד אך ורק בהגנה על מחסור הגובל בהשפלה, כלומר במנימום ההכרחי, ולא עסק בשאלות רחבות יותר של חלוקה צודקת של המשאבים בחברה, שהם מעבר למינימום ההכרחי.

²²⁶ הכרתם של חז"ל בפגיעה בכבודו של העני כתוצאה ממתן סיוע הצדקה מצאה ביטוי מעניין נוסף. חז"ל העלו את האפשרות לסייע לעני באמצעות הטיית הדין לטובתו בהליכים משפטיים שבהם הוא מעורב, ודחו אותה מכח הציווי המקראי המפורסם האוסר להדר פני דל. לעניינו חשוב השיקול הראשוני, שאמנם לבסוף נדחה, בעד הטיית הדין לטובת העני, שבאופן זה מתאפשר לסייע לו בדרך מוסווית ובלא לפגוע בכבודו ("מתפרנס בנקיות"), זאת בשונה מסיוע גלוי כמתן צדקה: "לא תשא פני דלי (ויקרא יט, טו), שלא תאמר עני הוא זה, הואיל ואני והעשיר הזה חייבים לפרנסו אזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות לכך נאמר 'לא תשא פני דלי (ספרא, קדושים ב, ד. למקבילות ראו פורת, **צדק דלים** (לעיל, ליד הערה 18), עמ' 138 הערה 6. וראו מחלוקתם של השופטים הנדל וסולברג בבג"ץ 2293/17 **גריסגרי נ' הכנסת**). טיעון זה עומד ביסוד הצעות לעצב כללים במשפט הפרטי שיתרמו להעברה סמויה של משאבים מבעלי הרכוש למעוטי האמצעים, באופן שישמור על כבודם. ראו

ח. סיכום

פסק דין עמותת מחויבות, אשר ניתן בראשית שנות האלפיים, הוא ציון דרך חשוב בעיגון החוקתי של מחויבות החברתית של מדינת ישראל לרווחת תושביה. השפעתו של פסק הדין הייתה אמנם הצהרתית יותר מאשר מעשית, אך אין בכך כדי לעמעם את חשיבותו. יש להצטער על כך שמורשת המשפט העברי לא נטלה חלק ביסודות החשיבה המשפטית הנפרשת בפסק הדין. כבר לפני שנים רבות עמד נשיא ביהמ"ש 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".²²⁷ שאלת מעמדה החוקתי של הזכות לקיום בכבוד היא דוגמה שבה העקרונות שקבע המשפט העברי יכולים היו 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 הגיע בית המשפט 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, יכולה הייתה להיות נדבך חשוב בהמשך פיתוחה של המסורת היהודית ארוכת השנים בתחום זה.

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

זווית מעניינת נוספת שיכול היה המשפט העברי לתרום לדיונו 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. דיונו של המשפט העברי, לעומת זאת, 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 צרכיהם הקיומיים של מעוטי האמצעים אלא גם על כבודם העצמי והחברתי.

Daphna Lewisohn-Zamir, In Defense of Redistribution Through Private Law, 91 MINNESOTA LAW REVIEW 326-397 (2006). אלא שהדברים חורגים מגבולות יריעה זו.

²²⁷ משה לנדוי, 'הלכה וסקול דעת בעשיית משפט', משפטים א (1968), 292, 305. 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 תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו".