

נטל ההוכחה והזכות לקיום בכבוד: תרומתו האפשרית של המשפט העברי

בנימין פורת*

הקדמה

הזכות לקיום בכבוד הוכרה על ידי בית המשפט העליון כזכות חוקתית, שמכוחה זכאי כל אדם בישראל לסיפוק צרכיו החיוניים.¹ בדרך כלל דנים בהקשרה של זכות זו בשאלות מהותיות, כגון מהי רמת החיים אותה חייבת המדינה להבטיח כדי שאדם יוכל להתקיים בכבוד, מיהם האנשים שהזכות לקיום בכבוד מגינה עליהם, האם ניתן להתנות את ההגנה על הזכות לקיום בכבוד בפעולות מסוימות מצידו של האדם החי בעוני. בשונה מכך, מאמר זה מוקדש לעיון בהיבט פרוצדורלי הכרוך בזכות לקיום בכבוד: כיצד מוכיחים פגיעה בזכות לקיום בכבוד. וביתר דיוק, על מי רובץ הנטל להוכיח פגיעה או אי פגיעה בזכות לקיום בכבוד. כפי שנראה בהמשך, התמודדות עם שאלה זו חושפת היבטים מעניינים של נושא משפטי זה, ובכוחו של המשפט העברי להאיר זווית חדשה.

ביסוד המאמר ניצבת ההנחה כי יש דמיון מסוים בין המערכות שהקים המשפט העברי כדי להבטיח את רווחתם של האנשים החיים בעוני, בכלל זה מצוות לקט, שכחה ופאה שבתורה, ומוסד הצדקה שהתפתח מאוחר יותר בספרות חז"ל לבין מערכות הרווחה המודרניות והזכות לקיום בכבוד כתשתית חוקתית להן. אומנם קיימים גם הבדלים ביניהם, בחלקם ניגע בהמשך, אולם אין בהם כדי להעלים את נקודות הדמיון הקיימות

לפרופ' סוזן סטון, על הזכות ללמוד ממך ועל הידידות לאורך שנים כה רבות.

* פרופ' בנימין פורת מופקד הקתדרה ע"ש יוסף טננבאום במשפט עברי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה הוא פרק מתוך מחקר בנושא "תרומתו האפשרית של המשפט העברי לפסקי בתי המשפט בתחום הזכויות החברתיות", הנתמך על ידי הקרן הלאומית למדע (מס' 1040/20).

1 הספרות המשפטית על הזכות לקיום בכבוד רבה. ראו, למשל, אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב פרק 21 (2014); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל פרק חמישי (2016).

בין המערכות. אכן, יש מפוסקי זמננו שטענו כי המוסד לביטוח לאומי הוא יישום מודרני, מדינתי, של קופת הצדקה הקהילתית.² השוואה זו מאפשרת למידה מדינתי מוסד הצדקה לדיני הרווחה המודרניים, ובלבד שתיעשה בזהירות הנדרשת.³

אפתח את המאמר בהצגת השאלה על אודות נטל ההוכחה כפי שזו עלתה בפרשת עמותת מחויבות. שופטי ההרכב התחבטו בשאלה זו, ולאור דיונים אציג ארבע גישות עקרוניות שעלו בין השופטים. משם נעבור לניתוח הכללי שפיתח המשפט העברי "ספק צדקה – צדקה" ולהבנת טעמו. ולבסוף אדון בתרומה שיכול המשפט הישראלי להפיק מן הכלל שפיתח המשפט העברי ומן הטעמים שניתנו לו.

א. פרשת עמותת מחויבות ושאלת נטל ההוכחה

בבג"ץ עמותת מחויבות נידונה עתירה של זכאי גמלת הבטחת הכנסה נגד דבר חקיקה המביא לקיצוץ משמעותי בהיקפה של הגמלה בשיעור ממוצע של כשלושים אחוז למשפחה. לטענת העותרים, דבר חקיקה זה פוגע בזכותם החוקתית לקיום בכבוד, שהרי גמלת הבטחת הכנסה נועדה "להבטיח לכל אדם ומשפחה בישראל, שאין בכוחם לספק לעצמם הכנסה הדרושה לקיום, את המשאבים הדרושים לסיפוק צרכיהם החיוניים".⁴ לטענתם, קיצוץ משמעותי בשיעורה של הגמלה משמעו אי-מתן אפשרות להתקיים בכבוד, ולפיכך דינה של חקיקה זו להתבטל.⁵

בצד השאלות המהותיות שפסק דין זה מעלה – האם הזכות לקיום בכבוד היא זכות חוקתית,⁶ ומהי ההגדרה של קיום בכבוד (קיום מינימלי או קיום נאות)?⁷ – עולה שאלה מתחום המשפט הפרוצדורלי הנוגעת לזהות הצד הנושא בנטל ההוכחה: אם על העותרים להוכיח כי הקיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה פוגע בזכותם להתקיים בכבוד, או

2 על כך ראו, למשל, רבי שלמה משה עמאר, שו"ת שמע שלמה, חלק ג ענייני זרעים, סימן כב; הרב אוריאל לביא, עטרת דבורה, אבן העזר, חלק ב, סימן פג. ראו גם דרור פיקסלר "מעשר כספים – שיעורו ושיטת חישובו" תחומין ל 369, 374 (התש"ע); שלמה לוי "מסים כצדקה ובמעשר כספים" תחומין לב 190, 197 (התשע"ב).

3 להרחבת הידיעה ראו גם בנימין פורת צדק דלים – עקרונות דיני הרווחה מן התורה לספרות חז"ל (2019) (להלן: פורת צדק דלים); בנימין פורת "הזכות לקיום בכבוד בראי המשפט העברי: מעמדה החוקתי" משפטים נא 383 (2021); בנימין פורת "מדינת הרווחה מול תמיכת המשפחה באדם החי בעוני" מחקרי משפט (צפוי להתפרסם).

4 הצעת חוק הבטחת הכנסה, התש"מ-1979, ה"ח 1417.

5 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 464 (2005) (להלן: עמותת מחויבות).

6 פורת "הזכות לקיום בכבוד בראי המשפט העברי: מעמדה החוקתי", לעיל ה"ש 3, שם.

7 על כך ראו בנימין פורת "קיום בכבוד מהו?" (בהכנה).

שמה על המשיבים להוכיח כי למרות הקיצוץ שערכה, המדינה מבטיחה בדרכים אחרות את הקיום בכבוד של אזרחיה.

שאלה זו התעוררה בעקבות טענת המשיבים (שר האוצר והמוסד לביטוח לאומי) כי אומנם גמלת הבטחת הכנסה היא אחד האמצעים המרכזיים לתמיכה במי שאין להם מקורות קיום משל עצמם, אך היא אינה האמצעי היחיד. מדינת הרווחה תומכת בדרכים נוספות באזרחיה הזקוקים לכך, כגון קצבאות ילדים, סיוע במימון דיור פרטי, דיור ציבורי, קצבאות זקנה, קצבאות נכות, חינוך חינם, ביטוח בריאות ממלכתית, הנחות בארנונה, סבסוד מעונות יום, מפעלי סעד, סיוע נקודתי למשפחות במצוקה ולעולים חדשים ועוד. לפיכך, אף שהעותרים הוכיחו שנעשה קיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה הם לא עמדו בנטל ההוכחה, שכן הם לא הוכיחו כי נפגעה זכותם לקיום בכבוד אשר מדינת ישראל תומכת בה בדרכים הנוספות שהיא מעמידה לרווחת אזרחיה. נמצא אפוא כי לטענת המשיבים אף אם הוכח קיצוץ משמעותי בשיעורה של גמלת הבטחת הכנסה, לא הוכח כי לא ניתן להתקיים בכבוד, ובנקודה זו עלתה השאלה הפרוצדורלית העקרונית: האם נטל ההוכחה (שכידוע מורכב מנטל הבאת הראיות ומנטל השכנוע) הוא על העותרים הטוענים כי החקיקה החדשה פגעה בזכותם לקיום בכבוד, או שמא הנטל הוא על המשיבים הטוענים כי המדינה מילאה את חובתה כלפי העותרים? מיהו הצד הנושא בנטל להוכיח פגיעה בזכות לקיום בכבוד או אי פגיעה בה? לטובת מי יש להכריע במקרים שבהם הספק נותר בלתי מוכרע?

במבט ראשון שאלה זו עלולה להיראות טכנית באופייה ושולית בחשיבותה. ברם, מבט שני מגלה כי שאלה פרוצדורלית זו היא עקרונית באופייה ומרכזית בחשיבותה. מרכזיותה נובעת מכך שיש בה כדי להשפיע על ההכרעה הסופית בדין, הן במקרה זה הן במקרים אחרים. עקרוניותה נובעת מכך שהיא מציפה שאלות יסוד לגבי היחס שבין דיני הפרוצדורה לבין הזכויות החברתיות, ובאופן כללי יותר ליחס שבין צדק חלוקתי לבין דרך ניהול הליכים משפטיים.

כדי לדייק יותר את השאלה העומדת לדיון יש להבחין בין השלבים השונים של בחינת הטענה כי דבר חקיקה פוגע שלא כדין בזכות חוקתית. בשלב הראשון יש לבחון אם דבר החקיקה הנידון פגע בזכות חוקתית. אם נקבע שהוא אכן פגע בזכות חוקתית, יש לעבור לשלב הבחינה השני, האם הפגיעה נעשתה כדין, כלומר אם היא מוצדקת על פי התנאים בפסקת ההגבלה. אם הוכרע כי נפגעה זכות חוקתית שלא כדין יש לעבור לשלב הבחינה השלישי הנוגע לסעד המתאים שיש להעניק לתובע. לגבי כל אחד משלבים אלה יש לבחון בנפרד, מיהו הצד הנושא בנטל ההוכחה – הצד הטוען לפגיעה שלא כדין בזכותו החוקתית, או שמא הצד המשיב (כגון המדינה), הטוען להיעדר פגיעה או

לכך שהפגיעה הייתה כדיון.⁸ במאמר זה אתמקד בשאלת נטל ההוכחה בשלב הראשון, כלומר בבחינה אם דבר החקיקה פוגע בזכות חוקתית. נתמקד בשאלה מהו נטל ההוכחה הנדרש מן העותרים, הטוענים כי נפגעה זכותם לקיום בכבוד, ואם בשלב מסוים מתהפך נטל ההוכחה וחל על המשיבים.

דילמה זו ניתנת לניסוח ברמת הפשטה גבוהה יותר. להוכחת הטענה כי דבר חקיקה פוגע בזכות חוקתית יש עלויות דיוניות הכרוכות בהבאת ראיות ובשכנוע בית המשפט. בדרך כלל עלויות אלה מושתות על העותר ולא על המשיבה. ההצדקה להטלת עלויות אלה על העותר מעוגנת הן בגישה הכללית שלפיה "המוציא מחבירו עליו הראיה",⁹ הן בעקרון "חזקת החוקיות", שלפיו חזקה על דבר חקיקה שהוא חוקתי אלא אם הוכח אחרת.¹⁰ ברם, האם הצדקה זו עומדת בעינה גם כשמדובר בעותרים המשתייכים לאוכלוסיות מוחלשות וטוענים לפגיעה בזכותם לקיום בכבוד, או שמא חולשתם המובנית של העותרים מצדיקה במקרים מסוימים העברה של עלויות ההוכחה אל כתפי המדינה המשיבה? במילים אחרות: האם לחובה של המדינה לתמוך באנשים החיים בעוני יש גם היבטים פרוצדורליים?

יש טעם בניסוח דילמות אלה בשפתו הייחודית של המשפט העברי. כלל נקוט בדינו, כי בסכסוכים משפטיים בין עני לבין עשיר על השופט להתעלם ממעמדם החברתי-כלכלי של הצדדים. כך נאמר במדרש ספרא על הדיין: "לא תשא פני דל' (ויקרא יט 15), שלא תאמר עני הוא זה, הואיל ואני והעשיר הזה חייבים לפרנסו אזכנו ונמצא מתפרנס בנקיות לכך נאמר 'לא תשא פני דל'".¹¹ האם עיקרון זה חל רק בדיון

8 על כך ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995); אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – ספר הרנון 53 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמיניצר עורכים, 2009); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 340 (2004).

9 אליהו הרנון, דיני ראיות חלק ראשון 187 (1970). יש הבדל בין הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" במשפט העברי, לבין הכלל המקביל במשפט הישראלי ובשיטות נוספות. במשפט העברי נטל ההוכחה מוטל על התובע אם הנתבע מחזיק פיזית בנכס ("חזקת מומן") או אם הנתבע היה ידוע כבעלים עד למקרה הספק אף אם אינו מחזיק כעת בנכס ("חזקת מרא קמא"). כלומר, נטל השכנוע מוטל על מי שמעוניין לשנות את הסטטוס קוו המשפטי. לעומת זאת, במשפט הישראלי נטל ההוכחה מוטל על כל מי שטוען טענה לטובתו. על כך ראו אשר גולאק יסודי המשפט העברי: סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים כרך ד, 111 (הת"פ"ג); יובל סיני "הדוקטרינה של הודאה והדחה וכללי נטל השכנוע במשפט האזרחי – ניתוח ביקורתי והצעת מודל חדש-ישן" מחקרי משפט כד 165, 214 (2008). ברם, הבדל זה אינו משמעותי לעניין הנידון כאן.

10 יעקב קרמי על הראיות חלק רביעי 1965 (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009).

11 ספרא קדושים פרשה ב, פרק ד, אות ב. ראו גם מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי, כג ג (מהד' אפשטיין-מלמד 214). על כך ראו תשובת הראי"ה קוק, ספר זכרון לאברהם שפיגלמן 67 (עורך אריה מורנגנטרן התשל"ט); דורות מנשה ויחיאל ש' קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה"

המהותי או שמא גם בדין הפרוצדורלי, שאף בו אין להעדיף את העני בתור שכזה? האם עיקרון זה חל בכל סכסוך משפטי שבו מעורב צד עני, עליו יחולו הכללים הרגילים של נטל ההוכחה המוטל על התובע, או שמא סכסוך משפטי שבו אחד הצדדים תובע מכוח היותו עני מצדיק כלל דיוני שונה?

בשאלות אלה ודומותיהן עוסקים השופטים בפסק דין עמותת מחויבות. כפי שנראה בהמשך, דילמה זו העסיקה את חכמי המשפט העברי לדורותיהם, אשר סללו בה דרכים ייחודיות שיש בהן כדי להעשיר את השיח המשפטי בן-זמננו.

ב. ארבע גישות בפרשת עמותת מחויבות

בפרשת עמותת מחויבות הציגו השופטים ארבע גישות לגבי השאלה מיהו הצד הנושא בנטל ההוכחה בעניין הטענה לפגיעה בזכות לקיום בכבוד. אפרוש גישות אלה מן הגישה המחילה על העותרים את הכללים הרגילים של נטל ההוכחה, עד הגישה המחילה על המשיבים (המדינה) כללים ייחודיים של נטל ההוכחה.

1. נטל הוכחה מלא על העותרים (הנשיא ברק)

הנשיא ברק קיבל את הטענה כי הזכות לקיום בכבוד היא זכות חוקתית. מכאן, כי אם יוכח שדבר החקיקה פגע בזכות לקיום בכבוד ייחשב הדבר פגיעה בזכות חוקתית, אשר דינה להתבטל (אלא אם המשיבים ישכנעו כי היא מוצדקת על פי פסקת ההגבלה). ברם, ברק דחה את העתירה כיוון שלדעתו העותרים לא עמדו בנטל ההוכחה ולא הצליחו להוכיח פגיעה בזכות לקיום בכבוד. כלומר, לשיטת ברק אין צורך לבדוק אם הפגיעה נעשתה כדין, שכן כלל לא הוכח שהזכות לקיום בכבוד נפגעה. הטעם לכך הוא שאומנם העותרים הוכיחו פגיעה משמעותית בשיעור גמלת הבטחת הכנסה שהם צפויים לקבל, אולם לא הוכיחו כי לאחר קיצוץ זה תיפגע יכולתם להתקיים בכבוד:

במסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית הנטל על העותרים להראות שעל אף מכלול השירותים חיים בארצנו אנשים שכבודם נפגע מפני שתנאי הקיום החומריים שלהם אינם מספקים. בנטל זה לא עמדו העותרים. הפחתה – ולו הפחתה גדולה – בשיעור גמלאות הבטחת הכנסה אינה מלמדת כשלעצמה על פגיעה בכבוד.¹²

עיוני משפט לב 583, 625 (2011); חיים שפירא "מידת הרחמים במשנת הרמב"ם: אתיקה, משפט ותיאולוגיה" הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 333, 345 (עורכים אריה ארדעי ואח' תשע"ח); חיים שפירא "למעמדם של רחמים במשפט העברי" (טרם פורסם).
פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 5, פס' 19 לפסק הדין של הנשיא ברק.

עיון בפסק דינו של ברק מעלה כי יש שתי סיבות מצטברות לאי-עמידתם של העותרים בנטל ההוכחה. ראשית, משום שגמלת הבטחת הכנסה היא אמצעי תמיכה אחד, מני רבים, שמדינת ישראל מעניקה לרווחת תושביה. לפיכך, אין די שהעותרים יוכיחו פגיעה באמצעי זה, אלא היה עליהם להוכיח כי במכלול תמיכות הרווחה שמעניקה מדינת ישראל אין כדי להתקיים בכבוד. שנית, משום שלא די שהעותרים יוכיחו באופן כללי כי התמיכות שהמדינה מעניקה אינן מספיקות, אלא עליהם להוכיח זאת באופן קונקרטי, לגבי כל עותרת ועותר בנפרד, באמצעות הצגת נתונים על אודות הכנסותיהם והוצאותיהם האישיות. במילים אחרות, נטל ההוכחה המוטל על העותרים הוא להוכיח פגיעה קונקרטית (בכל עותר באופן אישי), תוצאתית (כלומר, שלא ניתן להתקיים בכבוד) וכוללנית (כלומר בהתייחס למכלול התמיכות ולא לגמלת הבטחת הכנסה בלבד).¹³ מכיוון שלשיטתו נטל ההוכחה לא הורם על ידי העותרים דחה ברק את העתירה.

בבסיס גישתו של ברק עומדת ההנחה כי נטל ההוכחה המוטל על העותר נגד דבר חקיקה בגין פגיעה בזכות חברתית, כגון הזכות לקיום בכבוד, זהה לנטל ההוכחה המוטל על העותר בגין פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות. כשם שהעותר בגין פגיעה בזכותו לחופש הביטוי או לחופש העיסוק עליו הראיה כי זכותו נפגעה, כך דינו של העותר בגין פגיעה בזכותו לקיום בכבוד. לכך שמדובר בזכות חברתית, או שהעותר הוא אדם החי בעוני, אין השפעה מקילה על נטל ההוכחה.

גישה זו של ברק לנטל ההוכחה בתחום הזכויות החברתיות זכתה לביקורת. נטען נגדה, כי היא מציבה בפני העותרים רף ראייתי בלתי עביר.¹⁴ כדי להוכיח כי קיצוץ מסוים פוגע בזכות לקיום בכבוד נדרשים העותרים לספק תמונה כלכלית מקיפה ומורכבת של תקציב המדינה, על מכלול התמיכות, הישירות והעקיפות, הגלויות והסמויות, שהמדינה מעניקה לשכבות החלשות. חציית רף ראייתי זה אינה ביכולתו הסבירה של העותר הפרטי. בעוד בתחומים אחרים של זכויות אדם סביר לדרוש מן העותר להוכיח כי נפגעה זכותו החוקתית, כגון זכותו לחופש הביטוי או לחופש הדת, בתחום החברתי אין זה סביר לדרוש

13 ניתן לראות את שורשי גישתו כבר בבג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004), שם טען הנשיא ברק כי פגיעה בגמלת זקנה אינה נחשבת פגיעה בזכות לקיום בכבוד, שכן לשם הגנה על הקיום בכבוד המדינה מעניקה תמיכות אחרות כרוגמת גמלת הבטחת הכנסה.

14 מדינה דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 779; דפנה ברק-ארוז ואייל גרוס "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתית בישראל: מעבר לזכות לכבוד" ספר דליה דורנר 189, 206 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים התשס"ט); אמיר פז-פוקס "כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי" **ביטחון סוציאלי** 75, 9, 26 (2007); פרנסס רדאי וערן גולן "חוקתיוצייה של זכויות חברתיות – על זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל" (יורם רבין ויובל שני עורכים) ואחרית דבר בעניין בגץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר "המשפט יא 641, 654 (התשס"ז).

מן העותר להוכיח כי מכלול התקציב של מדינת הרווחה אינו מאפשר קיום בכבוד. לפיכך, הרף הראייתי שהציב הנשיא ברק גבוה מכדי שניתן יהיה לעוברו. אכן, בדומה לדחיית העתירה בפסק דין **עמותת מחויבות, עתירות נוספות נדחו בטענה שהעותרים לא עמדו בנטל ההוכחה**.¹⁵ בדרך זו הצליח ברק לשלב בין רטוריקה חברתית המכירה בזכות לקיום בכבוד כזכות חוקתית, לבין פרקטיקה שמרנית המנצלת את נטל ההוכחה כדי לדחות באופן שיטתי עתירות הטוענות נגד הסיוע החסר שמדינת ישראל מעניקה.¹⁶

2. נטל הוכחה חלקי על העותרים, המתייחס לנתוניהם האישיים בלבד (השופטת ביניש)

דרך אחרת הציגה השופטת ביניש. לשיטתה, אומנם על העותרים להוכיח כי נפגעה זכותם להתקיים בכבוד, אולם לשם כך אין לדרוש מהם לספק תמונה כללית רחבה של מכלול האמצעים שמדינת ישראל מעניקה לרווחת תושביה. זו דרישה ראייתית שלא סביר להטילה על עותרים פרטיים, שכן משרד האוצר הוא הגוף שיש לו נגישות למכלול הנתונים הרלוונטיים ולאפשרות לנתחם כראוי. לפיכך, לשיטת ביניש, לאחר שהעותרים הוכיחו את הקיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה, די כי הם יוכיחו כי הפער בין הוצאותיהם לבין הכנסותיהם גדול במידה שאינה מאפשרת קיום בכבוד, ובכך יעבור נטל ההוכחה לכתפי המדינה, שכעת תצטרך להוכיח כי באמצעות מכלול התמיכות שהיא מעניקה לרווחת תושביה היא מאפשרת קיום בכבוד. אם המשיבים לא יעשו כן, תתקבל העתירה ותבוטל הפגיעה בגמלת הבטחת הכנסה:

ספק בעיני אם ראוי לדרוש מן העותרים דווקא להוכיח כי זכותם החוקתית לכבוד נפגעה "בהינתן כל מערכות התמיכה והסיוע" כטענת המדינה [...]. המידע המלא לצורך בחינה מקיפה של תנאי הקיום המינימלי כאמור מצוי בידיה של המדינה ולא בידיהם של העותרים. בהתחשב בכך אני

15 ראו, למשל, בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 334 (2004); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פס' 41 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 21–24 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו) 4.6.2013; בג"ץ 10541/09 יובלים ש.ד.י. בע"מ נ' ממשלת ישראל (נבו), 5.1.2012. פס' 28 לפסק דינו של השופט ג'ובראן; בג"ץ 5687/13 נחות נ' הכנסת (נבו), 21.5.2014; בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת פס' 18 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו) 23.04.2020; בר"ע (ארצי) 257/10 המוסד לביטוח לאומי – עיזבון המנוחה אנה ידינק ז"ל פס' 55 לפסק הדין של סגן הנשיאה פליטמן (נבו) 23.01.2012. על כך ראו גם מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 784.

16 ראו גם יואב דותן "כבוד האדם, צדק סוציאלי וזכויות חברתיות חוקתיות" עבודה, חברה ומשפט יד 207, 222 (2015); פז-פוקס "כבוד לעניים: בין כבוד האדם לזכות לביטחון סוציאלי", לעיל ה"ש 14.

סבורה כי על העותרים היה הנטל הראשוני להוכיח באמצעות תיעוד מתאים את מקורות ההכנסה שלהם אל מול ההוצאות החיוניות השוטפות והקבועות שהם נושאים בהן, ואת הפעולות שנקטו למיצוי זכויותיהם במערכי תמיכה מדינתיים ואחרים שיש בידם לממש. אך בשונה מהנשיא סבורה אני כי לו היו העותרים עומדים בנטל זה, הייתה נדרשת המדינה עוד בשלב הראשון של הבחינה החוקתית להוכיח את טענתה כי על אף הפגיעה הלאורית בזכות החוקתית עקב קיצוץ הבטחת הכנסה יש בקיומם של מכלול אמצעים לאומיים ואחרים להבטיח קיום אנושי מינימלי בכבוד, ואין להטיל נטל זה על כתפי העותרים.¹⁷

ביניש מסכימה אפוא עם ברק כי נטל ההוכחה המוטל על העותרים הוא קונקרטי ותוצאתי. כלומר, על כל עותרת ועותר להוכיח באופן אישי כי מכלול הכנסותיו אל מול הוצאותיו אינו מאפשר קיום בכבוד. ברם, גישתה של ביניש נבדלת מגישתו של ברק לגבי המאפיין הכוללני. לשיטתה, לאחר שהעותרים יוכיחו כי הכנסותיהם לא מאפשרות להתקיים בכבוד יעבור הנטל לכתפי המדינה, שתצטרך להוכיח כי מכלול התמיכות שהיא מעניקה מספיק כדי להתקיים בכבוד.¹⁸ זאת בשונה מגישת ברק, הסבור כי אף נטל זה מוטל על כתפי העותרים.

חרף המחלוקת העקרונית בינה לבין ברק על אודות המאפיין הכוללני של נטל ההוכחה, ביניש הצטרפה למסקנתו ודחתה את העתירה. זאת משום שכאמור גם לשיטתה על העותרים להציג נתונים המוכיחים באופן קונקרטי כי הם אינם יכולים להתקיים בכבוד, והם לא עשו כן באופן ממצה.

3. נטל הוכחה חלקי על העותרים, המתייחס לגמלת הבטחת הכנסה בלבד (השופט לוי)

גישה שלישית הציג השופט לוי. לשיטתו, די בכך שהעותרים הוכיחו פגיעה משמעותית בגמלת הבטחת הכנסה, שהיא האמצעי המרכזי להבטחת הקיום בכבוד, כדי להעביר את נטל ההוכחה לכתפי המדינה. לוי אומנם מודה כי אין די בהוכחת הקיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה כדי להכריע כי הצדק עם טענת העותרים כי זכותם לקיום בכבוד נפגעה, שהרי ייתכן שהמדינה פועלת להבטיח את האפשרות להתקיים בכבוד באמצעים אחרים. אולם

17 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 5, פס' 2 לפסק הדין של השופטת ביניש. על כך ראו גם בג"ץ 4124/00 יקותיאלני נ' השר לענייני דתות, פס' 48 לפסק הדין של השופטת ביניש (נבו 14.6.2010).

18 לגישה דומה ראו בג"ץ 6906/13 טוהא נ' רשות מקרקעי ישראל, פס' כא לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 7.2.2017).

לשיטתו, די בהוכחה זו כדי "לעורר ספק ממשי בשאלת יכולתם של מקבלי הגמלאות לקיים עצמם בכבוד",¹⁹ ולהעביר את נטל ההוכחה אל המשיבים:

נקודת המוצא המנחה אותי היא כי הכנסתם המקוצצת של מקבלי הבטחת הכנסה אינה מאפשרת קיום אנושי בכבוד. במצב דברים זה כל הכבדה כלכלית נוספת, המקשה עוד יותר על היכולת לממש זכות זו ואף המטילה ספק ביכולת לממש זכויות יסוד בסיסיות אחרות, מחריפה באופן טבעי פגיעה זו. משכך, על נטל ההוכחה לעבור אף בשאלה זו לכתפי המשיבים. על המשיבים לבאר מדוע ביטולן של הטבות אלו אינו פוגע בזכות החוקתית של האדם לכבוד. זאת ועוד על המשיבים לבאר כי השפעתם המצטברת של הפעולות שנקטו בנוגע למקבלי הבטחת הכנסה אינה מגיעה במשקלה הכולל כדי פגיעה אסורה בכבודם. כזאת גם כזאת לא עשו המשיבים.²⁰

לדעת לוי, העותרים אינם צריכים אפוא להוכיח באופן אישי וקונקרטי – על בסיס נתוני הכנסותיהם והוצאותיהם – כי אין להם אפשרות להתקיים בכבוד. ניתן להטעים גישה זו בכך, שעצם העובדה שהעותרים זכאים לקבלת גמלת הבטחת הכנסה היא ההוכחה לכך שהם מחוסרי הכנסות מספיקות להתקיים בכבוד, שאם לא כן הם לא היו זכאים לגמלה זו.²¹ אין היגיון אפוא לדרוש מהם להוכיח בשנית את חוסר יכולתם להתקיים בכבוד. כל שנדרש מהם הוא להוכיח קיצוץ משמעותי בגמלת הבטחת הכנסה, שהיא האמצעי העיקרי שנועד להבטיח את הקיום בכבוד של האנשים החיים בעוני. לפיכך סבר לוי, בניגוד לעמיתיו, כי העותרים עמדו בנטל ההוכחה, ומשהמשיבים לא הוכיחו כי יש במכלול התמיכות שהמדינה מעניקה כדי לאפשר קיום בכבוד, הוא הציע לקבל את טענת העותרים כי הקיצוץ שנעשה פוגע בזכותם לקיום בכבוד.²²

כאמור, יש הבדל עקרוני בין גישת ביניש לבין גישת לוי, כפי שהדבר אף התבטא במסקנתם המעשית. ביניש סברה כי על העותרים להוכיח באופן קונקרטי כי הכנסותיהם אינן מאפשרות להתקיים בכבוד כדי להעביר את נטל ההוכחה אל המשיבים. כיוון שהם

19 פרשת עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 5, פס' 7 לפסק הדין של השופט לוי.

20 שם, פס' 14 לפסק הדין של השופט לוי. זו גם דעתו של מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 786; ברק מדינה "הזכות לקיום בכבוד: הערכה ביקורתית של פסיקת בית המשפט העליון" ספר אדמונד לוי, 197, 224.

21 אבישי בניש ומיכל קרמר "למלא את החלל: מודל לעיצוב הזכות לקיום בכבוד בעקבות המשפט החוקתי הגרמני" עבודה חברה ומשפט יד 263, 276 (2015).

22 למותר לומר כי קביעתו של לוי כי הקיצוץ פוגע בזכות לקיום בכבוד של העותרים אינה סוף פסוק מבחינתו, אלא מעבר לשלב הבא של הבחינה, האם הפגיעה נעשתה כדין או שלא כדין ומי נושא בנטל ההוכחה לכך. ברם, שאלה זו חורגת מגבולות דיוננו. על כך ראו ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות", לעיל ה"ש 8, בעמ' 63.

לא עמדו בנטל הוכחה זה היא דחתה את עתירתם. ואילו לוי סבר כי די שהעותרים יוכיחו פגיעה באמצעי המרכזי שהועמד לרווחתם – גמלת הבטחת הכנסה – כדי להעביר את נטל ההוכחה אל המשיבים. לשיטתו, העותרים עמדו בנטל זה. ברם, בצד הבדל זה בין גישותיהם יש גם צד שווה בין שתי הגישות. אף שביניש ולוי מסכימים שבדרך כלל מלוא נטל ההוכחה מוטל על העותר הטוען לפגיעה בזכותו החוקתית, בפרשת עמותת מחויבות שניהם סברו כי אין לדרוש מן העותרים להרים את מלוא נטל ההוכחה, וזאת בשל היותה כרוכה במשימה המורכבת של ניתוח מכלול התמיכות של מדינת הרווחה המודרנית. לפיכך, שניהם הסכימו כי יש להפחית את נטל ההוכחה המוטל על העותרים ולהעביר את יתרתו לכתפי המשיבים (המדינה), תוך שהם נחלקים לגבי טיבו של נטל ההוכחה המופחת המוטל על העותרים.²³

בנקודה זו יש לתהות, הן לגבי גישת ביניש הן לגבי גישת לוי, מהו המאפיין המדויק המצדיק לדעתם הטלת נטל הוכחה מופחת על העותרים בפרשה זו. מדוע לשיטתם די שהעותרים יוכיחו פגיעה בגמלת הבטחת הכנסה כדי שנטל ההוכחה יעבור כעת אל המשיבים להוכיח כי המדינה מגינה על הקיום בכבוד באמצעים אחרים: האם הדבר נובע מאופיין המורכב של הזכויות החברתיות, וכך יש לנהוג בכל עתירה שעניינה פגיעה בזכות לקיום בכבוד? האם הדבר נובע מאופיים המוחלש של העותרים, בני השכבות החלשות, וכך יש לנהוג בכל עתירה שבה העותרים חיים בעוני? שמא הדבר נובע מאופייה המורכב של הרגליה הנדרשת, קרי ניתוח מכלול ההיבטים של תקציב הרווחה של המדינה, וכך יש

23 לדעת מדינה, ייתכן שבג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (נבו 28.2.2012), שניתן כמה שנים מאוחר יותר, מסמן תפנית בגישת בג"ץ בנוגע לנטל ההוכחה בעניין פגיעה בזכות לקיום בכבוד. לדעתו, גישת ביניש וגישת לוי בפסק דין עמותת מחויבות הפכה בפסק דין חסן להיות נחלת הכול. בפסק דין חסן העותרים טענו נגד דבר חקיקה הקובע חזקה חלוטה השוללת גמלת הבטחת הכנסה ממי שיש רכב פרטי בבעלותו או בשימוש. לטענת העותרים, חזקה חלוטה זו פוגעת בזכותם לקיום בכבוד. בג"ץ קיבל את העתירה והורה על ביטול דבר החקיקה. בג"ץ קיבל כי פגיעה לא מוצדקת בגמלת הבטחת הכנסה מהווה כשלעצמה פגיעה בזכות לקיום בכבוד, ולא דרש מהעותרים להוכיח את אי יכולתם להתקיים בכבוד חרף שאר התמיכות שהמדינה מעניקה להם (ברק מדינה "הגנה משפטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד: הזכות החוקתית ומעבר לה", עבודה, חברה ומשפט, יד 227, 235 (2015); מדינה, דיני זכויות האדם, לעיל ה"ש 1, בעמ' 788). ברם, דומה שאין הכרח לראות בפסק דין חסן תפנית כה מהותית. זאת בשל ההבדל העקרוני בין השאלות שעמדו לדיון בשני פסקי הדין. בפסק דין עמותת מחויבות נידון קיצוץ חלקי של גמלת הבטחת הכנסה. לפיכך טען הנשיא ברק, כי אין פגם שהגמלה תקוצץ אם יתברר שהמדינה מעניקה תמיכה משלימה באמצעים אחרים. לעומת זאת, בפסק דין חסן נידונה שלילה מלאה של הגמלה. הדעת נוטה ששלילה מלאה של גמלת הבטחת הכנסה עלולה להיחשב פגיעה בזכות לקיום בכבוד, מבלי צורך לבחון אם תמיכות אחרות מפצות על שלילה זו. על כך ראו דותן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 219.

לנהוג בכל עתירה הנוגעת למכלול תקציב המדינה? שאלה זו לא באה לפתרונה בפסק הדין, ובהמשך נראה כיצד המשפט העברי עשוי לתרום להתמודדות עימה.

לכאורה, ביניש ולוי יכולים היו לעגן את גישתם בהלכת "הידיעה המיוחדת" שבדיני ראיות,²⁴ לפיה אם התובע נדרש להוכיח דבר שהוא בידיעתו המיוחדת של הנתבע, הוא יוכל להסתפק ברמת הוכחה נמוכה יחסית.²⁵ בהקשר זה יכולים היו השופטים לטעון, כי הבנת מכלול ההיבטים הנוגעים לכלל התמיכות שהמדינה מעניקה לרווחת תושביה היא ידיעה מיוחדת של המשיכים, קרי של המדינה, ולכן נטל ההוכחה אמור לחול עליה. ברם, דומה כי ביניש ולוי היססו מלקבוע קביעה כה גורפת, שהשלכותיה עלולות להיות מרחיקות לכת ולחול על כל עתירה הנוגעת לתקציב המדינה. יתירה מכך, מביין השיטין נראה כי לשיטתם העברת נטל ההוכחה נובעת לא רק מאופייה הסבוך של השאלה העומדת על הפרק ומכך שהיא בידיעתה המיוחדת של המדינה, אלא גם מחולשתם של העותרים, שלא ריאלי לצפות מהם לספק תמונה כלכלית מקיפה של מכלול תקציב המדינה. לפיכך, השופטים העדיפו להציג את העברת נטל ההוכחה לכתפי המשיבה כעניין אד-הוקי החל במקרה זה, אשר לא ברור מהם גבולות תחולתו.

דומני, כי בכך טמונה החולשה העיקרית בגישתם. ביניש ולוי אמנם הכירו, כל אחד בדרכו, בבעייתיות שיש בהטלת מלוא נטל ההוכחה על העותרים שבפרשה זו, ועל כן ניסו לאבחן את העתירה הספציפית שבה דנו. ברם, מכיוון שלרשותם לא עמדה דוקטרינה ברורה שתסייע באבחון העתירה שלפניהם הם נאלצו לקבוע הכרעה אד-הוקית, אשר אין לה גבולות ברורים, ולא ברור באלו מקרים נוספים יש להחילה.

24 יעקב קרמי על הראיות חלק שלישי 1496 (התשס"ד). ראו גם McCormick, McCormick, *ON EVIDENCE*, 698 (8th ed. 2020). לדוגמאות מן הפסיקה הישראלית ראו ד"נ 28/84 זיידאן נ' ע'דיר מה(2) 661, 674 (1988); ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני-ברק, מג(3), 348, 343 (1989); ע"א 516/89 אחוזה והשקעות (חיפה) נ' פלרמן, מו(1) 529, 532; ע"א 6205/98 מייקל אונגר נגד דניאל עופר, פ"ד נה(5) 71, 82 (2001). על כך ראו גם Alex Stein, *Allocating the Burden of Proof in Sales Litigation*, 50 U. MIAMI L. REV., 335 (1996) המבחין בין נטל הבאת הראיות, שלעיתים ניתן להטילו על הצד שיש לו גישה קלה יותר לראיות, לבין נטל השכנוע, שלעולם צריך להיות מוטל על התובע, ללא קשר עם מידת הנגישות לראיות.

25 דין דומה מקובל גם במשפט העברי. ראו טור, חושן משפט, סימן טז; בעקבות שו"ת הרא"ש, כלל ו, סימן טו ("טען אחד מבעלי הדינין יש לי זכות בעדים או בראיה ואיני יודע ביד מי הוא, חייב הדיין להטיל חרם כל מי שיודע לו זכות בעדים או בראיה שיראה אותו לדיין, אפילו אם הזכות של העדים והראיה ביד מי שכנגדו, דמאי שנא הוא מאחר אדרבא כ"ש הוא כיון שיש בידו זכותו של כנגדו והוא תובע ממנו שלא כדון היאך יאכילוהו דבר איסור להגבותו ממנו שאינו שלו אלא מזקיין אותו להראות כל מה שיש בידו זכות לשכנגדו"), וכן בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן טז, סעיף ג. על כך ראו גולאק, לעיל ה"ש 9; סיני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 216.

4. חובה תהליכית המוטלת על המדינה (השופטת דורנר)

דרך התמודדות רביעית הוצעה על ידי השופטת דורנר, אשר ישבה בהרכב השופטים הראשון שהחל לדון בפרשת עמותת מחויבות. לטענת דורנר, לא ניתן לדון בשאלה אם דבר חקיקה המשנה את שיעור גמלאות הבטחת הכנסה פוגע בזכות לקיום בכבוד, מבלי שראשית יוגדר מהו הסכום הדרוש לקיום בכבוד. זאת המדינה מעולם לא עשתה.²⁶ לפיכך דורנר הוציאה צו על תנאי, המורה למדינה להגדיר מהי אמת המידה ל"קיום אנושי בכבוד", כמתחייב, לדעתה, מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁷

דרישה זו היא מרחיקת לכת מן הגישות של ביניש ולוי. לשיטת דורנר, אין די כי במענה לעתירה המשיבים יוכיחו שהם מאפשרים להתקיים בכבוד, אלא על המדינה מוטלת חובה מקדמית להגדיר מהו הסכום הדרוש לקיום בכבוד. כעניין עקרוני, אין המדינה יכולה לטעון כי היא מבטיחה את הקיום בכבוד של אזרחיה בלא שהיא הגדירה מראש מהו הסכום הדרוש לכך. במילים אחרות, חלק מחובתה המהותית של המדינה להבטיח את הקיום בכבוד הוא חובתה התהליכית להגדיר מהו הסכום הדרוש לכך. כל עוד המדינה לא הגדירה סכום זה, אין היא יכולה לטעון כי מילאה את חובתה.²⁸

נקל לשער מדוע החלטה זו נתפסה כאקטיביזם שיפוטי של בג"ץ, המתערב בפעילות הכנסת, דבר שאכן עורר התנגדות רבה מצידם של חלק מחברי הכנסת.²⁹ צו על תנאי זה שהוציאה דורנר מחייב את הכנסת להבהיר דבר שהיא נמנעה מלהבהירו. אומנם בג"ץ אינו מורה לכנסת מה יהיה גובה הסכום שיוגדר כדרוש לקיום בכבוד, אולם הוא דורש מן הכנסת לקבוע זאת בעצמה.

26 על ההיעדר השיטתי של מתודולוגיה ברורה במדינת ישראל לקביעת הסכום הדרוש לקיום בכבוד ראו משכית בנדל "אין דבר כזה" – על הסטנדרט הישראלי לקיום בסיסי (בכבוד) וקצבת הבטחת הכנסה" (האגודה לזכויות האזרח בישראל 2013). <https://law.acri.org.il/he/wp-content/uploads/2013/10/EinDvarKaze.pdf>

27 הצו ניתן במסגרת החלטה מיום 5.1.2004. על כך ראו גם בהרחבה שרון אברהם ויס ואבישי בניש "הסיפור של בג"ץ הקיום בכבוד: כבוד האדם אינו נעצר על מפתנו של האדם החי בעוני" מעשי משפט י 155 (2019).

28 על כך ראו גם גיא דוידוב "ביקורת חוקתית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט 370, 345 (2008).

29 בעקבות צו על תנאי שהוציאה השופטת דורנר קיימה הכנסת דיון מיוחד, בסופו התקבלה החלטה שלפיה "הכנסת רואה בראגה את גלישת בית-המשפט העליון לנושאים שבמובחן הם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת. על יסוד של כבוד לרשות השופטת בכלל ולבית-המשפט העליון בפרט, הכנסת מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל. הכנסת דוחה ניסיונות לדה-לגיטימציה של הביקורת על החלטות שיפוטיות, הנעשית באופן מנומק וברדף-ארץ, ביקורת שהיא לגיטימית ומהווה חלק מהשיח הציבורי בחברה דמוקרטית". ד"כ 208, 8861 (התשס"ד).

במהלך המשפט פרשה דורנר מכס השיפוט, ולאחר פרישתה שונה ההרכב, הצו בוטל, וגישת דורנר לא קיבלה ביטוי בפסק הדין הסופי.³⁰ ברם, כעבור כמה שנים, בשנת 2010, גישה דומה מצאה ביטוי בפסק דין של בית המשפט החוקתי בגרמניה; פסק הדין נקרא Hartz IV.³¹ באותה פרשה התמודד בית המשפט החוקתי הגרמני עם עתירה נגד קיצוץ בגמלאות הביטוח הסוציאלי בגרמניה. קיצוץ זה, שנעשה כחלק מרפורמה רחבה בתחום הרווחה, שינה לרעה את הזכאות לגמלה ואת אופן חישובה. כלפי רכיב מסוים של הקיצוץ נטען כי הוא פוגע בזכות החוקתית לקיום בכבוד ועל כן דינו להתבטל.³² בעקבות העתירה הורה בית המשפט החוקתי הגרמני על ביטול הקיצוץ. ההצדקה להחלטה זו הייתה עילה תהליכית. לטענת בית המשפט החוקתי הגרמני, תנאי הכרחי לעריכת קיצוץ בגמלאות הביטוח הסוציאלי הוא הגדרה מראש מהם האמצעים הנחוצים לקיום בכבוד. הגדרה זו אינה יכולה להיות שרירותית, אלא היא חייבת להישען על תשתית אמפירית, על פרמטרים מוגדרים ועל מתודולוגיה ברורה. אומנם אין לכפות על המחוקק לאמץ שיטת מדידה זו ולא אחרת, אולם המחוקק חייב להישען על שיטת מדידה כלשהי. היעדר תשתית אמפירית ומתודולוגיה ברורה די בו כדי להטיל פגם תהליכי בקיצוץ שנערך. הפרת החובה התהליכית היא כשלעצמה הפרה של הזכות לקיום בכבוד, ועל כן דין הקיצוץ להתבטל.

בית המשפט החוקתי הגרמני הדגיש כי למחוקק יש מרחב שיקול דעת להגדיר מהו קיום בכבוד ומהם האמצעים הדרושים להבטחתו. הבחינה החוקתית אינה מכתובה גישה חברתית זו או אחרת. הדבר היחיד המוטל על המחוקק כחובה הוא עצם הצורך להבטיח את הקיום בכבוד, דבר שיש לעשותו על בסיס תשתית אמפירית ומתודולוגית.

30 אולם נראה כי הנשיאה ביניש, בפסיקה מאוחרת יותר, קיבלה למעשה את גישתה של דורנר. ראו פרשת חסן, לעיל ה"ש 23, פס' 46 לפסק הדין של השופטת ביניש ("נקודת המוצא לדיוננו היא כי מוטלת על המדינה חובה לקבוע מהם תנאי הקיום המינימאליים ולגזור את מערך הרווחה בהתאם לכך").

31 BVerfGE. 1 BvL 1/09, 125, 175 Feb. 9, 2010, http://www.bverfg.de/entscheidungen/Is20100209_1bvl000109en.html. על פסק הדין ראו Claudia Bittner, *The Hartz IV Case and the German Sozialstaat*, 12 GERMAN L. J., 1941, (2011). ראו גם בניש וקרמר, לעיל ה"ש 21, הרואים במודל הגרמני פתרון ראוי לאימוץ במשפט הישראלי. על כך ראו גם מדינה, "הזכות לקיום בכבוד: הערכה ביקורתית של פסיקת בית המשפט העליון", לעיל ה"ש 20, בעמ' 245; מדינה, "הגנה משפטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד: הזכות החוקתית ומעבר לה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 259; מדינה, דיני זכויות האדם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 814. השוו עם הצעתו של דוד גליקסברג לחייב כל הצעת חוק בהתייחסות לממד החלוקתי, המופיעה במאמרו "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" משפטים מג 961 (התשע"ג).

32 במשפט הגרמני הזכות החוקתית לקיום בכבוד מבוססת על שילוב בין שני סעיפים בחוקה: סעיף 1.1. קובע את כבוד האדם כעיקרון חוקתי, ומכך נובעת זכותו של אדם לקיום בכבוד, וסעיף 20.1. קובע את מדינת הרווחה כעיקרון חוקתי.

יתרונה של הביקורת החוקתית התהליכית, מעין זו שהציעה דורנר ושהנהיג בית המשפט החוקתי הגרמני, שהיא מחייבת את הרשות המחוקקת לפעול בתחום גמלאות הביטוח הלאומי מתוך בהירות ותכנון מראש, ובהסתמך על ניתוח נתונים אמין, ולא כ"שליפה" של סכומים שרירותיים שכביכול מספיקים לקיום בכבוד.

עם זאת, לגישה זו יש גם חסרונות אחדים. ראשית, נטען כי הצבת חובה לתהליך מסודר של קביעת הסכום הדרוש לקיום בכבוד, המבוסס על תשתית אמפירית ותשתית מתודולוגית ברורות, היא לא מציאותית ואינה מותאמת להוויה הפוליטית. גישה זו מניחה כי המחוקק פועל באופן שיטתי ומתוכנן מראש. אולם בפועל, בדרך כלל חקיקה היא תוצאה של פשרות פוליטיות ושינויים הנעשים ברגע האחרון באופן אדי-הוקי. גם אם המחוקק יפעל באופן כללי בצורה ראויה, ויחותר לבסס את החלטתו על הליך מסודר של בחינת הנתונים הנוגעים לאמצעים הדרושים לקיום בכבוד, סביר כי בישורת האחרונה של החקיקה הוא ייאלץ לבצע פשרות שונות, להוריד את הסכומים או להעלותם, באופן שעלול להטיל פגם חוקתי-תהליכי בתוצאות החקיקה.³³

שנית, חובה תהליכית היא חובה שקל לרשויות לעקוף אותה באמצעות "ציות למראית עין". אם הדרישה החוקתית מן הרשות המחוקקת היא לבצע הליך מסודר של קביעת הסכום הדרוש לקיום בכבוד, יכולה הרשות המחוקקת להסתפק בנתונים אמפיריים דלים ובחישובים קלושים כדי לצאת ידי חובה בלבד. הביקורת התהליכית תתקשה להתמודד עם חישובים מלאכותיים אלה.³⁴

שלישית, וזאת העיקר, יש יחס הפוך בין הביקורת החוקתית התהליכית לבין הביקורת החוקתית המהותית. ככל שניתן דגש על החובה התהליכית המוטלת על הרשות המחוקקת להגדיר מראש את הדרוש לקיום בכבוד על בסיס נתונים אמפיריים אמינים ומתודולוגיה ברורה, כך נשמט בסיס הלגיטימציה לביקורת חוקתית מהותית על החלטת הרשות המחוקקת. שהרי אם אכן הרשות המחוקקת תעשה שימוש בנתונים אמפיריים ובמתודולוגיה מוגדרת לקביעת הסכום הדרוש לקיום בכבוד, בית המשפט לא יוכל לבקר את הסכום שקבעה הרשות המחוקקת ולטעון כי אין די בו כדי לאפשר קיום בכבוד. אכן, מפסיקת בית המשפט החוקתי הגרמני עולה כי המבחן התהליכי הוא תחליפי למבחן המהותי.³⁵ הדבר אינו אמור להוות בעיה בעיני מי שאינם מעוניינים בביקורת חוקתית מהותית על חקיקה בתחום הזכות לקיום בכבוד. אולם זוהי תוצאה בעייתית עבור הסבורים שגם בתחום הזכות לקיום בכבוד ראוי לאפשר ביקורת חוקתית מהותית על תוצאות החקיקה.

33 Bittner, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1957.

34 דוידוב, לעיל ה"ש 28, בעמ' 378; בניש וקרמר, לעיל ה"ש 21, בעמ' 277.

35 על כך ראו Bittner, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1954. בעמ' 1955 היא מציינת, כי החריג היחידי שבו בית המשפט החוקתי הגרמני הפעיל מבחנים מהותיים ולא רק מבחנים תהליכיים הוא תמיכה באנשים עם מוגבלויות, לגביה נטען כי התמיכה שניתנה אינה מספקת.

ג. הכלל במשפט העברי: "ספק צדקה – צדקה"

1. יצירת הכלל

חכמי המשפט העברי דנו בשאלה הקרובה במידת מה לזו שנידונה על ידי שופטי בית המשפט העליון. אומנם ההקשר שבו היא עלתה היה מעט שונה, ואף המשגתה נעשתה בכלים אחרים. ברם, האתגר העקרוני שעיימו התמודד המשפט העברי היה דומה לזה שעיימו התמודדו שופטי בית המשפט העליון. חלק מן ההנמקות שניתנו לכלל שפיתח המשפט העברי עשויות להתגלות רבות משמעות עבור הנושא הנידון בפסק דין עמותת מחויבות, ויש בכוחן להעשיר את השיח המשפטי בשאלה זו.

אחת מן המצוות שהתורה מטילה על בעל השדה היא להותיר לשכניו העניים חלק מן היבול, הנקרא לקט, שכחה ופאה.³⁶ רוב פרטי הדינים של לקט, שכחה ופאה אינם מענייננו כאן, אלא ברצוני להתמקד בשאלה מסוימת שנידונה בהקשר זה: מה דין תבואה אשר יש ספק אם היא חלק מן היבול המוגדר לקט, שכחה ופאה, או שמא מן היבול השייך לבעל השדה? האם נטל ההוכחה כי מדובר ביבול שהוא לקט, שכחה ופאה מוטל על העני, וכל עוד העני לא יוכיח שזהו יכול לקט, שכחה ופאה זכאי בעל השדה להותיר את היבול בידיו, או שמא נטל הוכחה מוטל על בעל השדה הצריך להוכיח כי היבול שלו, וכל עוד לא ירימו היבול צריך להינתן לעניים? שאלה זו משפיעה על מצבים שבהם ניתן לברר את הספק ולהכריעו, או יש לדון על מי מוטלת החובה לעשות כן. היא גם משפיעה על מצבים שבהם הספק אינו ניתן להכרעה, לגביהם יש לקבוע אם יש ליתן את היבול המסופק לעניים, או שמא בעל השדה רשאי להשאירו לעצמו. בהקשר זה קבעו חכמים את הכלל: "ספק לקט – לקט, ספק שכחה – שכחה, ספק פאה – פאה",³⁷ כלומר מקרי ספק מוכרעים לטובת העני, אלא אם יוכח שהיבול שייך לבעל השדה.³⁸

חז"ל עיגנו כלל זה בכמה מדרשים של הפסוקים. את הדרשות שחכמים הציעו ניתן לחלק לשתי קבוצות. קבוצה אחת היא של דרשות שעיינו את הכלל האמור בפסוקים הלקוחים ממצוות לקט שכחה ופאה, כגון "מנין שספק לקט לקט, ספק שכחה שכחה, ספק פאה פאה, תלמוד לומר 'לעני ולגר תעזוב אותם' (ויקרא יט 10)",³⁹ וכן "תלמוד לומר 'לגר ליתום ולא למנה יהיה' (דברים כד 19)".⁴⁰ נראה שכוונת דרשות אלה, שהדגשת

36 על כך ראו פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 28.

37 ספרא, קדושים פרשה א פרק ג אות ז; ספרי דברים פיסקא רפג (מהדרת פינקלשטיין 300); משנה, פאה ד יא. על כך ראו גם משה הלברטל הולדת הספק 156 הערה 6 (2020).

38 בבבלי, חולין קלד, ע"א, נחלקו האמוראים אם הכלל "ספק לקט – לקט" נפסק להלכה או שמא הוא דעת יחיד דחוייה. מכל מקום, הפוסקים הכריעו כי כלל זה נפסק להלכה. ראו רמב"ם, הלכות מתנות עניים, פרק ד, הלכה ט.

39 ספרא, לעיל ה"ש 37.

40 ספרי, לעיל ה"ש 37.

הכתוב כי יש "לעזוב" את היבול לעניים, או שהוא "יהיה" לעניים, משמעה חובה לתת לעניים מן היבול גם כאשר הדבר נתון בספק.

לעומת זאת, קבוצה אחרת של דרשות עיגנו את הכלל האמור בפסוקים המתייחסים לתכלית הכללית של תמיכה בעניים, כגון: "עני ורש [הצדיק] (תהילים פב 3) – הצדיקוהו במתנותיו"⁴¹, כלומר קיימת חובה מוגברת לעשות צדק (או צדקה) עם העני, שמשמעה לאפשר לו ליהנות מן הספק. דרשה נוספת נאמרה ברוח זו על הפסוק: "לא תטה משפט אביונך בריבו" (שמות כג 6) – בריבו אין את מטהו אבל מטהו את במתנותיו"⁴². כלומר, אף שבמקרה של סכסוך משפטי עם עני יש להחיל עליו כללים דיוניים רגילים ולהתעלם ממצבו הכלכלי הנחות ("בריבו אין את מטהו")⁴³, כאשר מדובר במתנות עניים יש להטות את הדין לטובת העני, כלומר להכריע את הספקות לטובתו.

ההבדל בין שתי קבוצות הדרשות עשוי להיות עקרוני. דרשות המעגנות את הכלל "ספק לקט – לקט" בפסוקים הלוקחים ממצוות לקט, שכחה ופאה עשויות להשמיע כי כלל זה מוגבל לדינים הייחודיים של מתנות עניים מן השדה. לפי דרשות אלה, לא ברור אם ניתן להקיש מכלל זה על דרכי סיוע אחרות לעניים, כגון במסגרת מוסד הצדקה. לעומת זאת, מן הקבוצה השנייה של הדרשות עולה, כי יסודו של הכלל הוא בתפיסה עקרונית המצדדת בהכרעה לטובת הצד העני כאשר מתעוררים ספקות הנוגעים לסיוע לו; מדרשות אלה עשוי להשתמע כי הכלל "ספק לקט – לקט" אינו אלא דוגמה פרטית לגישה עקרונית, שיש להחילה במקרים נוספים של ספק.⁴⁴

אכן, ברוח הקבוצה השנייה של הדרשות פסק רבי יצחק אור זרוע (המאה הי"ב–י"ג), כי כשם ש"ספק לקט – לקט" כך "ספק צדקה – צדקה", שהרי אף צדקה עניינה דאגה לרווחת העניים:

הילכך הואיל דקיי"ל [=דקיימא לן, שקיים בידינו] ספק לקט לקט ספק שכח'ה] שכחה ספק פאה פאה יש לי ללמוד מיכן דהכי נמי [=שכך גם] ספק צדקה צדקה דכולהו [=שכולם] מתנות עניים נינהו [הם].

ותו כי היכי דרריש [=וגם, כשם שדרש] ר"ש בר נחמני משום ר' יונתן הצדיקוהו במתנותיו ה"נ [=הכי נמי, כך גם] הצדיקוהו בצדקותיו, וצדקה נמי [=גם] מתנה הוא, וכי היכי דרריש [=וכשם שדרש] רשב"ל בשם בר קפרא אבל אתה מטהו במתנותיו ה"נ איכא למדרש [=כך גם יש לדרוש] אבל אתה מטהו בצדקותיו דצדקה היינו כמתנה.

41 ירושלמי, פאה ד, יא (מהדורת האקדמיה 98).

42 שם. ראו דרשות נוספות בהמשך הסוגיה.

43 ראו לעיל, ליד הע"ש 5, הדרשה המצורפת לפסוק "ודל לא תהדר בריבו".

44 וראו שו"ת חתם סופר, חלק ב (יורה דעה), סימן רמ, שעמד בבהירות על הבחנה זו בין שתי קבוצות הדרשות ועל הנפקות שיש לכך.

הילכך אומר אני המחבר[ר] מי שיש בידו כיס של מעות ונסתפק ל[י]א[ה]
אם הוא של צדקה אם לאו חייב ליתן אותו לצדקה.⁴⁵

רבים הפוסקים שאימצו את דבריו להלכה. כך למשל פסק רבי יוסף קארו בשולחן ערוך:

מי שיש בידו מעות והוא מסופק אם הם של צדקה, חייב ליתן אותם
לצדקה.⁴⁶

אומנם יש שהתנגדו לדינו של בעל אור זרוע, בטענה כי אין להקיש מהכלל שנאמר לגבי
ספק לקט, שכחה ופאה אל המקרה של ספק צדקה.⁴⁷ ברם, פוסקים מרכזיים הכריעו את
המחלוקת בהסתמכם על דעת השולחן ערוך וקבעו כי אכן "ספק צדקה – צדקה".⁴⁸

למותר לציין, כי הכלל "ספק צדקה – צדקה", אין משמעו שבכל מקרה שעני
תובע את בעל הבית או את הקהילה יעבור נטל ההוכחה אל הנתבע, כלומר הוא יחויב
לשלם לעני כל עוד לא יוכח אחרת. כלל זה חל רק במקרים המוגדרים "ספק צדקה",
כלומר שהתעורר ספק ממשי לגבי הממון הנידון. ספק זה יכול שיתעורר בשל אי־בהירות
מצידו של בעל הבית, או בעקבות הוכחות ראשוניות שיביא העני. בין כך ובין כך, אף
שהעני אינו נושא בנטל להוכיח כי טענתו צודקת, לכל הפחות עליו להוכיח כי טענתו

45 אור זרוע, חלק א הלכות צדקה, סימן יח.

46 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רנט, סעיף ה.

47 ראו, למשל, שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לט; שם חלק ב חושן משפט, סימן קכד; שו"ת
אשר לשלמה, סימן יב. המהרי"ט הדגיש את הקבוצה הראשונה של הדרשות, המעגנות את
הכלל "ספק לקט – לקט" בפסוקים של מצוות לקט, שכחה ופאה. ראו גם הגהת הרמ"א,
יורה דעה, סימן רנט, סעיף ה, שהציע לצמצם את פסיקת השולחן ערוך, ולא להחילה על
יורשים שירשו דבר שהוא ספק צדקה (על כך ראו ש"ך, שם, ס"ק יד); ביאור הגר"א, שם,
ס"ק טו.

מהו הטעם שיכול להסביר את שיטת המהרי"ט המבחין בין ספק לקט, שכחה ופאה לבין
ספק צדקה (מלבד הטעם הפורמלי של דרשת הפסוקים)? ניתן להציע, כי הבחנה זו מבוססת
על הבחנה יסודית יותר בין לקט, שכחה ופאה לבין צדקה. כפי שהראיתי במקום אחר,
ממקורות חז"ל עולה כי יבול לקט, שכחה ופאה נחשב שייך לעניים עוד לפני שהם ליקטו
אותו; לעניים יש זכות קניינית מוקדמת ביבול וכשהם מלקטים את שלהם הם מלקטים. זאת
לעומת כספי הצדקה, שבעל הבית חייבם ליתנם מרכושו לעניים. כלומר, לעניים יש זכות
אובליגטורית, לא קניינית, לקבלת צדקה מרכושו של בעל הבית (ראו פורת צדק דלים,
לעיל ה"ש 3, בעמ' 111). הברדל זה יכול להסביר מדוע יש הסוברים ש"ספק לקט – לקט",
שכן היבול שייך מעיקרו לעני, אך "ספק צדקה – אינו צדקה", שכן הכסף שייך מעיקרו
לבעל הבית.

48 ראו, למשל, שו"ת מהרשד"ם, חלק יורה דעה, סימן קסט; שו"ת חתם סופר, חלק ב יורה
דעה, סימן רמ.

מעוררת ספק של ממש; אז ורק אז יתהפך הנטל ויחול על בעל הבית או על הקהילה, שיצטרכו להוכיח כי קיימו את חובתם כראוי.⁴⁹

הדילמה בעניין "ספק צדקה" יכולה שתתעורר במגוון מצבים, חלקם כסוכים משפטיים של ממש וחלקם דמוי-משפטיים. כך, למשל, הדילמה יכולה להתעורר במצבים שבהם כלל אין תביעה, אלא בעל הבית מחזיק בכסף שהוא עצמו אינו בטוח אם הוא שייך לו או לצדקה, ותוהה כיצד עליו לנהוג. במקרה זה אין הליך משפטי המורכב מטענות התובע, טענות הנתבע והצגת הוכחות לכאן ולכאן, אלא מדובר בהליך פנימי דמוי-משפטי שהאדם המחזיק בכסף מנהל בינו לבין עצמו, ופונה לפוסק ההלכה בשאלה כיצד עליו לנהוג בכסף שאצלו. אולם הדילמה גם יכולה לעלות בעקבות תביעה כלפי אדם (בעל הבית) על שלא מילא כראוי את חובת הצדקה שעליו, ככל שהתביעה מעוררת ספק בלתי מוכרע. היא גם יכולה לעלות בעקבות תביעה כלפי הקהילה שלא קיימה כראוי את חובת הצדקה שעליה, ככל שהתביעה מעוררת ספק בלתי מוכרע. עיון בספרות השו"ת מלמד כי אף שבמהלך הדורות נעשה שימוש תדיר בכלל "ספק צדקה – צדקה", רובם ככולם של המקרים נבעו ממצבים מן הסוג הראשון. כך, למשל, פעמים רבות הספקות התעוררו בהקשר כספים שנמצאו בעיזבונו של אדם, וליורשים לא היה מבורר אם כספים אלה הם חלק ממה שהמנוח ציווה לצדקה או ממה שהותיר ליורשיו. כאשר הם פנו לפוסקי ההלכה כיצד לנהוג הורו להם כי מכוח הכלל "ספק צדקה – צדקה" עליהם ליתן את הכסף המסופק לצדקה.⁵⁰ כלומר, הספק התעורר בין בעל הבית לבין עצמו, בלא שהיה עני במעמד תובע. דוגמה נוספת למקרה קרוב היא של אדם שנדב צדקה לאחד מארגוני החסד והרווחה בקהילתו, ולא זכר למי מהם נדב; אף במקרה זה נפסק על פי הכלל "ספק צדקה – צדקה", כלומר שעליו ליתן צדקה לכל אחד מאותם הארגונים הקהילתיים שיתכן שהתחייב כלפיהם.⁵¹ המשותף למקרים הללו הוא שהספק לא התעורר מתביעת העניים כלפי בעל הבית או כלפי הקהילה, אלא מספק המנקר בליבו של בעל הבית שאינו יודע מה הדין דורש ממנו לעשות בכסף שבידו. דומה כי תרחיש מעין זה הוא שעמד לנגד עיני בעל אור זרוע כשהתייחס למקרה של "מי שיש בידו כיס של מעות ונסתפק ליה אם הוא של צדקה אם לא". הקשר זה שונה

49 ראו, למשל, שו"ת שואל ומשיב, מהדורה רביעאה חלק ב, סימן רט.

50 ראו לדוגמה שו"ת מהרי"ט, חלק א, סימן לט; שו"ת מהר"י ווייל, סימן קעה; שו"ת דברי ריבות, סימן רכג; שו"ת בית אפרים, יורה דעה, סימן נה; שו"ת שואל ומשיב, מהדורה קמא חלק א, סימן מה.

51 שו"ת חתם סופר, חלק ב (יורה דעה), סימן רמ. דוגמה נוספת היא של גבאי צדקה, אשר כספי הצדקה שהוא מופקד עליהם התערבבו עם כספים אחרים שהיו בידו, והוא אינו יודע אילו כספים שייכים לקופת הצדקה. ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תניינא יורה דעה סימן קנה. מן התשובה עולה, כי גם במקרה זה אין העניים מתייצבים במעמד של תובעים, אלא הספק נוצר בין הגבאי לבין עצמו.

מז הספק שנידון בפרשת עמותת מחויבות, שבו מדובר בהליך משפטי מלא, שבמסגרתו הספק נובע מתביעת העניים כלפי המדינה על שלא מילאה את חובתה כלפיהם כראוי. מאפיין זה לא צריך להפתיענו. אף שההלכה מטילה על הקהילה ועל חבריה חובה לתמוך בעניים, חובה אשר עוצבה כחובה משפטית קשיחה הניתנת לתביעה ולאכיפה,⁵² מבחינה היסטורית הצדקה נהגה באופן וולונטרי יותר מאשר פרי אכיפה; גביית הצדקה הייתה במידה רבה תלויה ברצונם הטוב של חברי הקהילה לממש את חובת הצדקה שעליהם.⁵³ לפיכך אין זה מפליא שאיננו מוצאים מקרים רבים של תביעות מצד העניים נגד הקהילה המעוררים ספקות אם הקהילה מילאה את חובתה כלפי העניים. לעומת זאת, רובם ככולם של מקרי הספק נובעים מספקות המנקרים בליבו של בעל הבית עצמו אם הכסף שנמצא בידו שייך לו או שמא חובתו היא לתיתו לעניים.⁵⁴

ברם, חרף העובדה שבספרות השו"ת על פי רוב הוחל הכלל על מקרים שבהם הספק התעורר בין בעל הבית לבין עצמו, אין מניעה להקיש ממנו על אופן ההכרעה הרצוי גם במצבים שבהם הספק התעורר כתוצאה מתביעה משפטית של ממש, אם היא מופנית כלפי בעל הבית אם כלפי הקהילה/המדינה. הכלל "ספק צדקה – צדקה" עוצב ככלל הכרעה במקרי ספק משפטיים, אשר גם אם הוחל על ספקות שהתעוררו בין האדם לבין עצמו, הוא עוצב בצורה של כלל משפטי בתחום הספקות. במיוחד אמורים הדברים על פי הטעם שהעניק רבי שמעון שקופ לכלל זה, אליו נפנה עתה.

- 52 פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 82.
- 53 ראו, למשל, דבריו המפתיעים של רבי יוסף קארו, בית יוסף, יורה דעה סימן רנו, כי חרף הפסיקה שיש לכפות את הצדקה, למעשה בימיו אין נוהגים כן. על כך ראו פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 88.
- 54 על כך ראו ברוך קהת 'המוציא מחברו עליו הראיה' בספרות חז"ל, 456 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן, תשע"א) ("הכלל = המוציא מחברו עליו הראיה) מיושם גם שלא במסגרת של סכסוך בין שני צדדים. שהרי במקרים של ספק בחיוב מתנות כהונה לוויה או עניים, אין תובע, ולכן בדרך כלל המקרה לא יגיע לדיון בפני בית הדין. הנמען של הכלל במקרים אלו הוא אפוא בעל הרכוש שביחס אליו התעורר הספק, והכלל נדרש כדי להנחותו בהתנהגותו האישית [...] למקרה שהמחזיק חושש שמא מתנת הכהונה המסופקת שבידו אינה שלו, ובהחזקתה הוא עובר על איסור גזל של שבת הכהונה. חשש זה יגרום לו לחשוב שעליו להוציא מידו ולתת אותה לכוהן, וכנגד זה בא הכלל ומורה לו שמותר לו להשאיר בידו. לפי ביאור זה גם בספק ממוני רגיל (שאינו ספק במתנות כהונה) כשרק צד אחד יודע על היווצרות הספק, עליו לוודא שהוא מחזיק בממון כדין, ולכן הוא נדרש לכלל של 'המוציא מחברו עליו הראיה' כדי להתמודד עם הספק שבלבו".

2. טעם הכלל

בספרות הפוסקים ניתן להבחין בשני נימוקים מרכזיים שניתנו לכלל "ספק צדקה – צדקה". להבדל ביניהם יש משמעות רבה לעניין הגידון בפרק זה.

על פי גישה מרכזית בין הפוסקים, הכללים "ספק לקט – לקט, ספק צדקה – צדקה" יסודם בעיקרון ההלכתי "ספק איסורא לחומרא"⁵⁵. במשפט העברי מקובל כי כאשר יש ספק שלא ניתן להכריעו, יש להבחין בין סכסוכים ממוניים ("ממונא") לבין עניינים שבין אדם למקום ("איסורא"). אם מדובר בספק בענייני "ממונא", קרי סכסוך כספי בין שני צדדים, יש להכריעו לקולא, כלומר לטובת הנתבע.⁵⁶ כלל זה נובע לכאורה מן העיקרון "המוציא מחבירו עליו הראיה", כלומר שכל עוד התובע לא הוכיח את טענתו אין לפסוק לחייב את הנתבע. לעומת זאת, אם מדובר בספק בענייני "איסורא", כלומר עניינים שבין אדם למקום, כגון כשרות מאכלים או שמירת שבת, אזי יש להחמיר ולאסור את הדבר המסופק.⁵⁷ על רקע זה, יש שטענו כי הכללים "ספק לקט – לקט" ו"ספק צדקה – צדקה" מבוססים על ההנחה שמצוות התמיכה בעניים נתפסות כשייכות יותר לתחום "איסורא" מאשר לתחום "ממונא", כלומר כמצוות שעיקרן בין אדם למקום, יותר מאשר בין אדם לחברו, ועל כן יש להחמיר במקרי ספק ולחייב את בעל הבית או בעל השדה ליתן לעני את הממון שיש ספק לגביו.⁵⁸

מדוע סווגו ענייני צדקה על ידי פוסקים אלה כ"איסורא" ולא כ"ממונא"? והלא זהו לכאורה סכסוך ממוני בין בעל הבית לבין העניים?⁵⁹ נראה שבעלי גישה זו מבטאים

55 ראו לדוגמה שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן שה; שו"ת בית אפרים, יורה דעה, סימן נה. החתם סופר הציע גרסה מורכבת יותר של הנמקה זו. ראו שו"ת חתם סופר, חלק ב (יורה דעה), סימן רמ. לביקורת גישתו ראו שערי ישר, שער ה, פרק יט. על כך ראו גם קונטרסי שיעורים, נדרים, שיעור יא, אות ו.

56 לדיון מקיף בדעות השונות בעניין זה ראו יצחק ברנד "ספק ממון להקל – כלל במבחן הביקורת" שנתון המשפט העברי לא 1 (התשפ"א-התשפ"ב); יצחק ברנד "בין 'איסורא' ו'ממונא' – לשורשיה של הבחנה" סידרא (עתיד להתפרסם).

57 ובלבד שמדובר בספק בדיון שתוקפו מדאורייתא, להבדיל מספק בדיון שתוקפו מדרבנן.

58 לטעם ש"ספק צדקה – צדקה" משום שזהו "ספק איסורא לחומרא" יש נפקויות שונות. כך, למשל, יש שטענו שכלל זה חל רק אם לבעל הבית עצמו יש ספק בדבר. אולם אם לבעל הבית ברור שהוא פטור מן הצדקה, אזי אף אם למתבונן מן הצד יש ספק בדבר, בעל הבית אינו חייב ליתן צדקה שכן לו אין ספק בדבר. זאת מתוך הנחה שיסוד הכלל "ספק צדקה – צדקה" אינו מעיקר הדיון, אלא נועד למנוע מבעל הבית להיכשל בספק איסור. ראו שו"ת חתם סופר, חלק ב (יורה דעה) סימן רמ; שו"ת בית יצחק, יורה דעה ב, סימן קיד. נפקות נוספת שמעלה החתם סופר היא כי אומנם אם יש לבעל הבית ספק הוא חייב להחמיר על עצמו וליתן צדקה, אולם לא ניתן לכפות זאת עליו אלא הדבר צריך להיעשות ביזמתו ("והיינו שאנו מורי'ם] לו כך אבל פשיטא שא"א [=שאי אפשר] לכופו על זה").

59 אומנם לכלל ספק בענייני ממון יש ממד נלווה של איסור שבין אדם למקום. לדוגמה, אם ראובן לווה כסף משמעו, ומתעורר ספק אם ראובן פרע את חובו, אזי יש ספק אם ראובן

תפיסה שלפיה עיקרה של חובת הצדקה (ושאר מתנות העניים) הוא חובתו הדתית של בעל הבית להפריש מכספו ומיבוליו, יותר מאשר הגנה על צרכיו של העני מקבל הסיוע. לפי גישה זו, תכליתה המרכזית של הצדקה ממוקדת בנותן הצדקה, כגון כפרת נפשו, חינוכו לחמלה, ריסון מידת החמדנות שעלולה להיות בו, או נטיעת ההכרה בקרבו בריבונות הקב"ה על ממונו. מנקודת מבט זו, רווחת העני אינה העיקר, אלא העני הוא מעין אובייקט שבו מקיימים את המצווה הדתית של מתן צדקה.⁶⁰ כשם שעל אדם להחמיר בכל מקרי ספק הנוגעים לחובותיו הדתיות, כגון ספק בכשרות הבשר או בשמירת שבת ("איסורא"), כך גם עליו להחמיר במקרי ספק הנוגעים למצוות הצדקה, על כן "ספק צדקה – צדקה".⁶¹

למותר לציין כי לא כל הפוסקים הסכימו עם הנחה זו. רבים טענו כי דיני צדקה מסווגים כ"ממונא" ולא כ"איסורא", כלומר כמצווה שעיקרה בין אדם לחברו ולא כמצווה שעיקרה בין אדם למקום. גישות אלה, כך נראה, העמידו את עיקר תכליתה של מצוות הצדקה על הדאגה לרווחת העני, וראו בעני מקבל הצדקה הדמות המרכזית שלמענה נוצר מוסד הצדקה, ועיצבו את פרטי דיני הצדקה בהתאם לתכלית זו.⁶² על פי ניתוח זה, ספק צדקה מעורר סכסוך ממוני רגיל בין שניים הטוענים לזכותם על הממון המוטל במחלוקת – בעל הבית או הקהילה מחד גיסא, והעני מאידך גיסא.⁶³ אכן, יש ראשונים

עובר על איסור "לא תגזול". ברם, האחרונים הדגישו, כי ספק בענייני ממונות צריך להיות מוכרע על פי הכלל "ספק ממונא לקולא" ובהתעלם מן השיקול הנלווה של איסור "לא תגזול", אשר יחול רק לאחר שהספק הממוני יוכרע כשלעצמו. על כך ראו בהרחבה, שי עקביא וזנר "בין חובות התנהגות לחיובי ממון – לבירורה של 'תורת המשפטים' במשנתו של הרב שמעון שוקופ" דיני ישראל כד 45 (התשס"ו); שי עקביא וזנר חשיבה משפטית בישיבות ליטא: עיונים במשנתו של הרב שמעון שוקופ 247 (התשע"ו); ברנד, "ספק ממון להקל – כלל במבחן הביקורת" לעיל ה"ש 56, בעמ' 27.

60 תיתכן טענה חלופית, שלפיה אומנם תכליתה של מצוות הצדקה היא דאגה לרווחת העני, אך האופן שבו החובה מעוצבת הוא כחובה דתית המוטלת על בעל הבית. עניין זה דורש דיון בפער אפשרי בין תכלית הדין לבין האופן שבו הוא מעוצב, דבר החורג מגבולות היריעה הנוכחית.

61 הסבר אחר לחומרתה של הצדקה והיותה נחשבת "איסורא" מבוסס על כך שפעמים רבות צדקה ניתנת כהתנדבות של בעל הבית, אשר שקולה לנדר, ונדרים נחשבים "איסורא" שיש להחמיר בספקותיהם. ראו, למשל, מחנה אפרים הלכות צדקה, סימן ב; ערוך השולחן יורה דעה, סימן רנח, סעיף ב; שם, סימן רנט, סעיף טו-טז. על כך ראו גם שורת הדין, כרך ה עמ' שכו. ברם, הסבר זה יפה אך ורק לצדקה הניתנת כהתנדבות, אך לא לצדקה הניתנת מכוח חיוב שמעיקר הדין. העובדה שהכלל "ספק צדקה – צדקה" לא הוגבל במקורו לצדקה שניתנה כהתנדבות, מהווה קושי עבור הדוגלים בהסבר זה, שכן נראה שהכלל חל על כל סוגי הצדקה, אף זו הניתנת מכוח חיוב שמעיקר הדין.

62 על כך ראו בהרחבה, פורת צדק דלים, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79.

63 רבי שמעון שוקופ ניסח באופן מעט שונה את המחלוקת אם צדקה נחשבת "איסורא" או "ממונא". לשיטתו, המחלוקת היא בשאלה אם כספי הצדקה יובול לקט שכחה ופאה יש

שגזרו מהנחה זו את המסקנה כי ספק צדקה צריך להיות מוכרע לטובת בעל הבית, שהוא המוחזק בכסף, כדין כל ספק ממון, וזאת בניגוד לדעתו של בעל אור זרוע.⁶⁴ אולם לאור העובדה שהלכה נפסקה כי "ספק צדקה – צדקה", אלה הסבורים כי צדקה היא "ממונא" ולא "איסורא" נדרשו להעניק טעם שונה לכלל זה.

טעם מעין זה הוצע על ידי רבי שמעון שקופ (המאה ה'ט-כ'). הרב שקופ התנגד להסבר שהכלל "ספק צדקה – צדקה" יסודו בעיקרון "ספק איסורא לחומרא", שכן לדעתו ספק צדקה הוא ספק בענייני ממון. תחת זאת הוא הציע נימוק אחר. לשיטתו, כחלק מן התכלית של הבטחת הרווחה של העני, מצוות צדקה ושאר מצוות מתנות עניים קובעות כי לא רק שיש חובה לסייע לעניים באמצעות הענקת כסף ותבואה, אלא שיש לסייע להם גם בדרך שתקל עליהם את ההתדיינות המשפטית. על נותן הצדקה לעני (בעל הבית או גבאי הצדקה של הקהילה) להעניק לעני את התמיכה המגיעה לו בדרך שתהיה ודאית וברורה, שלא תעורר ספקות שיחייבו את העני להוכיח את תביעתו. אם אדם נתן צדקה בדרך המעוררת ספקות לגבי מילוי חובתו, הרי שבכך הוא לא מילא את חובתו ועליו לחזור וליתן צדקה לעני בדרך מבוררת. למה הדבר דומה? לאדם המלווה כסף לחברו ומדגיש בהסכם כי על הלווה לפרוע את החוב בפני עדים כדי שפירעון החוב ייעשה באופן ודאי שיחסוך מן המלווה בירורים והתדיינויות מיותרות; אם הלווה פרע את החוב שלא בפני עדים אין זה נחשב כספק אם פרע אם לאו, אלא הדבר נחשב כאילו לא פרע, ועדיין חלה על הלווה החובה לפרוע את החוב בדרך מבוררת כפי שנקבע בהסכם. הוא הדין בדיני צדקה, שבה הדין קובע חובה דומה. הכלל "ספק צדקה – צדקה" עניינו שעל נותן הצדקה לסייע לעני בדרך ברורה וודאית שאינה מעוררת ספקות; כל עוד נותרו מצבי ספק, בעל הבית לא מימש את חובתו ועליו ליתן צדקה בדרך הראויה:

הא דמרכינן מקראי (= זה שריבינו) (למדנו) מן הכתובים) דבמתנות עניים
חייבה תורה על הספק הוא ענין שכללה תורה אל עיקר החיוב, דבשעה
שחל עיקר החיוב חל גם כן שלא יפטור הבעל הבית עד שיבורר חלקו

בהם ממד אונטולוגי של איסור או קדושה ("יש בזה ענין התפסת איזה איסור או קדושה על החפץ"), או שמה אין בהם דבר מלבד זכותו המשפטית של העני לקבלם לידו ("עניין זכות ממוני לעניים לחור"). ראו שערי ישר, שער ה, פרק יט. ואילו לדעת רבי ישראל זאב גוסטמן, מחלוקת זו תלויה בשאלה אחרת, אם צדקה היא חוב משפטי כלפי העניים או עניין וולונטרי שבעל הבית ראוי שיתן מעצמו. ראו קונטרסי שיעורים למסכת נדרים, שעור יא, אות ו.

ראו ר"ן, נדרים ז ע"א, ד"ה "ולעניין"; שו"ת הר"ן, סימן א (שיטת הרשב"א פחות ברורה בהקשר זה. ראו חידושי הרשב"א, בבא בתרא קמח, ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרנז). זו גם נראית גישת שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא – יורה דעה סימן קנה, שכלל לא הזכיר את דינו של האור זרוע, אלא נקט כדבר פשוט: "ומעתה כיון שביירנו דין הדיוט, ממילא גם דין צדקה שלנו ששייכי לעניים הדין כן, דדין עני לכל דבר כמו דין הדיוט ואין הפרש בין דין עני לעשיר".

של עני שכבר קבל את שלו, וכל זמן שלא יבורר תשלומים אלו חייב בעל הבית ליתן גם משלו, והוא ענין הוספה לזכות העני, שנתנה לו תורה שיהיה לו חלק גם בכל התבואה דבעל הבית עד שיבורר שנטל העני את חלקו הודאי [...]

ויהיה ענין זה כדוגמא דחיוב חוב אם אמר לו "אל תפרעני אלא בעדים" שהכונה בזה שאם יפרע שלא בעדים נשתעבד לשלם עוד משלו, כן על דרך זה הוא החיוב של "עני ורש הצדיקו" שהחיוב מעיקרא חל שכל זמן שלא יבורר שקבל העני חלק הראוי לו יחזור ויתן אף משלו.⁶⁵

דומה כי ביסוד דבריו עומדות הקביעות הבאות. ראשית, הכלל "ספק צדקה – צדקה" אינו כלל הכרעה מספק (כלומר שמכיוון שלא ידוע למי שייך הממון המוטל בספק, יש להחמיר ולהעניקו לעני) אלא כלל ודאי. לפי כלל זה, חובת הצדקה היא לתת לעני באופן מבורר וודאי, שאינו מערים קשיים על העני הצריך להוכיח את טענותיו. אם הצדקה ניתנה באופן המותר ספקות, כמוה כמי שלא ניתנה. לפיכך, חובת בעל הבית בעינה עומדת. וכפי שניסח זאת תלמידו של רבי שמעון שקופ, רבי ישראל זאב גוסטמן (המאה ה-17):

ספק ממון עניים הרי הוא ודאי לעניים ולא רק מדין ספק [...] המובן של "עני ורש הצדיקו" הוא שאינו נפטר מחיוב מתנות עניים עד שודאי קיבלו העניים כל מה שמגיע להם, וכל זמן שאין ודאי להבעה"ב [=להבעל הבית] שנפטר מחיובו עדיין חייב הוא מטעם ודאי.⁶⁶

שנית, כלל זה מבוסס על ההנחה שיש לסייע לעני לא רק באמצעות הענקת סכום כספי אלא גם באמצעות הענקת הקלה במישור הדיוני. לפיכך, אף שבדרך כלל התובע נדרש להוכיח את טענתו במקרי ספק, כאשר מדובר בעני התובע צדקה אזי נטל ההוכחה במקרי ספק עובר לכתפי בעל הבית. הטעם של כלל דיוני זה הוא "הוספה לזכות העני", כלומר שהעני נתפס כגורם החלש, אשר יש לסייע לו לא רק בממון אלא גם בפרוצדורה, קרי בהעברת נטל ההוכחה אל בעל הבית. לפיכך, במקרי ספק לא מוכרעים, בעל הבית לא קיים את חובתו והוא ימשיך לשאת בחובה לתת צדקה לעני.

שלישית, מכך גם מתבררים גבולות הכלל "ספק צדקה – צדקה". כלל זה חל רק במקרים שבהם ברור כי בעל הבית חייב בצדקה, ומתעורר ספק אם הוא קיימה. במקרים אלה על בעל הבית לשאת בעלות של הספק, כלומר החובה ליתן צדקה ממשיכה לחול עליו עד שיתברר בוודאות כי נתן כראוי. אולם אם מדובר במקרים שבהם הספק הוא לגבי חבותו הראשונית של בעל הבית, כלומר אם הוא כלל חייב בצדקה, אזי כאן לא יחול הכלל "ספק צדקה – צדקה" אלא יחולו כללי ההכרעה הרגילים בענייני ממונות,

65 רבי שמעון שקופ, שערי ישר, שער ה, פרק יט.

66 רבי ישראל זאב גוסטמן, קונטרסי שיעורים למסכת נדרים, שעור יא, אות ו.

שעיקרם "המוציא מחבירו עליו הראיה", כלומר על הטוען לזכות לקבלת צדקה להוכיח את טענתו. ניתן להדגים זאת בהבדל שבין שני התרחישים הבאים. בתרחיש הראשון לפנינו בעל בית החייב בצדקה ועני הזכאי לקבל צדקה, וגדר הספק הוא אם בעל הבית נתן לעני את מלוא השיעור שהוא חייב בו. מכיוון שבעל הבית נתן בצורה לא מבוררת הוא עדיין לא קיים את חובתו, ועליו לחזור וליתן צדקה בדרך מבוררת. בתרחיש השני, לעומת זאת, יש ספק אם האדם התובע צדקה הוא אכן עני אמיתי או שמא מתחזה לעני. במקרה כזה, לא ניתן לומר כי חלה על בעל הבית החובה לתת צדקה לאדם זה בצורה מבוררת, שהרי זה גופא הספק שלפנינו – האם חלה כלפי אדם זה חובת צדקה או שמא הוא אינו עני ואין חייבים ליתן לו דבר. במקרה זה, כך נראה, יסבור רבי שמעון שקוף כי כל עוד הטוען לזכאות לקבלת צדקה אינו מוכיח את טענתו אין חובה ליתן לו.⁶⁷

67 רבי שמעון שקוף ממחיש את טענתו באמצעות הדוגמה הבאה (בעקבות הירושלמי, לעיל ה"ש 41). מצוות לקט, שכחה ופאה חלות על בעל שדה שהוא יהודי, אך הן אינן מחייבות בעל שדה שהוא נוכרי. מה הדין בנוכרי שהתגייר, ולא ידוע אם התבואה צמחה בהיותו נוכרי (ולפיכך הוא פטור מחובת לקט, שכחה ופאה) או שמא לאחר שהתגייר (והוא חייב בלקט, שכחה ופאה). על כך אומר הירושלמי, כי לדעת ר' שמעון בן לקיש במקרה זה דברי הכול פטור, שכן: "יש'וראל] שעיקרו חייב – ספיקו חייב, וגוי שעיקרו פטור – ספיקו פטור". על פי הסברו של רבי שמעון שקוף, כוונת הדברים היא שהכלל "ספק לקט – לקט" חל רק במצב שבו יש חובה ודאית ליתן לעני, ועל גבי זה מתעורר ספק אם בעל הבית אכן מילא את חובתו ונתן. אולם כאשר הספק הוא אם כלל יש חובה ליתן, אז לא חל הכלל "ספק לקט – לקט" אלא על הטוען לזכותו לקבלת צדקה להוכיח את טענתו ("וזה מכון מאד בלשון הירושלמי, דמשום הכי שאני [=שמשום כך שונה] דין ספק של גר לספק לקט בישראל, דישראל שעיקרו חייב שבודאי נתחייב בדין לקט, חיוב זה גריר [=גורר] גם את הספק שיתחייב משלו, אבל בגר דמספקינן [=שאנו מסופקים] שמא נקצרה הקמה עד שלא נתגייר ולא נתחייב בעיקרו ועתה בגירותו נולד הספק על זה לא רבתה תורה לחייב את הספק").

דוגמה לנפקות נוספת היא של ספק צדקה הנובע מספק בדין ("ספיקא דדינא") להבדיל מספק בעובדה. כאשר מדובר בספק בדין, משמעותו עשויה להיות אם במקרה הנידון חל בכלל חיוב צדקה על בעל הבית. לפיכך אין סיבה להכריעו לטובת העני. זאת להבדיל ממצבים שבהם נקודת המוצא היא קיומה של חובה על בעל הבית ליתן צדקה, והספק שהתעורר הוא אם בעל הבית קיים את החובה שעליו. ראו שערי ישר, שם. בכך שונה גישתו מפוסקים אחרים, שסברו כי גם כאשר הספק בצדקה נובע מ"ספיקא דדינא" יש להכריעו לחומרא. ראו, למשל, שו"ת מהרשד"ם, חלק יורה דעה, סימן קסט; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן ח; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קמד.

המקרה הנידון בפרשת חסן, לעיל ה"ש 23, עסק בשאלה אם מי שיש רכב פרטי בבעלותו או בשימוש יכול להיות זכאי לקבל גמלת הבטחת הכנסה. לפיכך נראה, כי לו היה המקרה הנידון באותו פסק דין מוגדר כספק בלתי מוכרע, נראה שעל פי קו החשיבה של רבי שמעון שקוף הספק היה צריך להיות מוכרע לרעת העותרים, שכן כלל לא ברור שהם בעלי זכאות לקבלת הגמלה (להבדיל מן העותרים בפרשת עמותת מחויבות, ששאלת זכאותם לקבלת

שאלה המתבקשת לאור הסברו של רבי שמעון שקופ נוגעת לסתירה לכאורה בין הכלל "ספק צדקה – צדקה" לבין הכלל "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג 3), שמכוחו חל איסור על הדין להטות את הדין לטובת העני.⁶⁸ אם אנו מניחים כי בשל חולשתו המובנית של העני נקבע לטובתו הכלל שספק צדקה מוכרע לטובתו, מדוע אפוא כלל זה מוגבל דווקא לספק צדקה, ולא נקבע כי בכל סכסוך בין עשיר לבין עני יוכרעו מקרי הספק לטובת העני (אלא אם העשיר יוכיח אחרת)?⁶⁹ דומה כי ההסבר להבחנה זו נעוץ באופיו של התחום המשפטי הנידון. כאשר מדובר בתחום משפטי ניטרלי, החל על שני הצדדים במנותק ממעמד החברתי-כלכלי – כגון סכסוך בענייני נזיקין או חוזים – אז העובדה שאחד הצדדים לסכסוך הוא עני היא מקרית, ולפיכך יש להחיל את הכללים הדינוניים הרגילים ולהכריע את הספק בהתעלמות מענייתו של התובע או של הנתבע. אם בשל כך תיקבע פסיקה לרעת העני באופן שיחריף את מצוקתו הכלכלית, ניתן יהיה לסייע לו אחר כך מכספי הקהילה באמצעות מוסד הצדקה, אך אין בכך כדי להצדיק את הטיית הדין שיש לו עם בעל ריבו.⁷⁰ לעומת זאת, אם מדובר בתחום משפטי הקשור באופן מהותי לחובתם של בעלי הרכוש כלפי העניים – כגון ספק בענייני צדקה – אז אין מקום להתעלמות מענייתו של אותו אדם, שהרי זו מהות הנושא העומד לדין וזו מהות החובה המוטלת על בעלי הרכוש, ויש לתת לכך ביטוי גם בהקשר הפרוצדורלי, קרי להכריע את הספק לטובת הצד העני.

- הגמלה לא הייתה שנויה במחלוקת). אלא שבאותה פרשה ההכרעה הייתה כי אין ספק שהחזקה החלוטה שנקבעה אינה ראויה, ועל כן דינה להתבטל.
- 68 זו הייתה תמצית טענתו של הנודע ביהודה, לעיל ה"ש 51, שלא קיבל את הכלל "ספק צדקה – צדקה", אלא סבר כי מקרה של ספק צדקה צריך להיות נידון כשאר ספקות בענייני ממונות, המוכרעים לטובת הנתבע, קרי בעל הבית או גבאי הצדקה, שכן "דין עני לכל דבר כמו דין הדיוט ואין הפרש ביין בין עני לעשיר ודל לא תהדר בריבו".
- 69 שאלה זו אינה עולה לשיטת הסוברים כי "ספק צדקה – צדקה" משום ש"ספק איסורא לחומרא" (לעיל ה"ש 56). לשיטתם, ברור מדוע כלל זה מוגבל דווקא לענייני צדקה, הנחשבים "איסורא", המובחנים משאר ספקות בסכסוכים ממוניים, הנחשבים "ממונא".
- 70 זהו טיעון הרנדומליות, שיש המעלים אותו נגד שילוב שיקולי צדק חלוקתי במשפט הפרטי. על פי טיעון זה, אם לעני יש סכסוך נזיקי או חוזי עם פלוני, לא יהיה זה צורך להחיל במקרה זה שיקולי צדק חלוקתי ולפסוק לטובת העני ולרעת פלוני, שכן בכך אנו מחייבים אותו אדם לתמוך בעני רק משום שבמקרה הוא נקלע לסכסוך משפטי עימו. צורך יותר להכריע את הסכסוך על פי כללי המשפט הפרטי החלים במקרה זה. אם אחר כך יתעורר צורך לתמוך באדם העני יש לעשות זאת מכספי הקהילה כולה. לדוגמה ראו James Gordley, *The Theory of Contract Law: New Essays* 308 (2001). השאלה אם יש מקום לשילוב שיקולים חלוקתיים במשפט הפרטי, ומה יחס מקורות המשפט העברי לשאלה זו, חורגת מגבולות היריעה הנוכחית. על כך ראו גם בנימין פורת "שומת נזקי גוף: טבע האדם ומקומו בחברה" דיני ישראל לר 11 (התשפ"א).

ניתן לחדד את חדשנותו של הכלל "ספק צדקה – צדקה" על פי הפרשנות שהעניק לו רבי שמעון שקופ, באמצעות השוואתו לדיון שנערך בפסק דין חסן.⁷¹ כזכור, בפסק דין זה נידונה עתירה נגד דבר חקיקה, הפוגע לכאורה בזכות לקיום בכבוד (שלילת הזכות לקבלת גמלת הבטחת הכנסה ממי שיש רכב פרטי בבעלותו או בשימוש). בין העותרים לבין המשיבים התגלעה מחלוקת בשאלה אם דבר החקיקה השולל מהעותרים את הזכות לקבלת גמלת הבטחת הכנסה פוגע בזכות לקיום בכבוד. בשולי מחלוקת זו התגלעה מחלוקת נוספת הנוגעת לחובת נטל ההוכחה המוטל על העותרים. בהקשר זה טענו המשיבים, כי מכיוון שהזכות לקיום בכבוד עוסקת בעניינים של מדיניות חברתית-כלכלית, ובשל אופייה העמום, יש להחיל על העותרים הטוענים לפגיעה בזכות זו נטלי הוכחה מחמירים יותר מאלה החלים על הטוענים לפגיעה בזכויות חוקתיות אחרות.⁷² הנשיאה בינש דחתה טענה זו, וקבעה כי הטוענים לפגיעה בזכות לקיום בכבוד נושאים בנטל הוכחה רגיל, שאינו שונה מנטל ההוכחה המוטל על הטוען לפגיעה בזכותו לחופש הביטוי או בזכותו לחופש העיסוק.⁷³ לעומת זאת, נראה שהמשפט העברי מרחיק לכת עוד יותר. על פי הכלל "ספק צדקה – צדקה", יש להעניק הקלות דיוניות לטענות של עניים לפגיעה בזכותם לקבל תמיכה שנועדה להבטיח את רווחתם. על הטוען לכך שזכותו לקבל סיוע מן הצדקה נפגעה חל נטל הוכחה קל יותר מאשר על הטוען לפגיעה בזכויות אחרות שלו.⁷⁴ זאת מתוך הבנה לחולשת מעמדו של האדם החי בעוני ולצורך לסייע לו בכלים דיוניים.

ד. השוואת הכלל "ספק צדקה – צדקה" עם גישת השופט לוי

הכלל "ספק צדקה – צדקה", ובמיוחד בפרשנות שניתנה לו על ידי רבי שמעון שקופ, נושא משמעות רבה לדיון שנערך בפסק דין עמותת מחויבות. כאמור, על פי כלל זה, כאשר אדם החי בעוני תובע את זכותו לקבלת סיוע (צדקה), ותביעתו מצליחה לכל הפחות לעורר ספק לגבי נכונותה, נטל ההוכחה מתהפך; הוא אינו חל כרגיל על התובע, קרי העני, אלא על הנתבע, קרי בעל הבית או הקהילה.⁷⁵

- 71 על כך ראו לעיל ה"ש 23.
- 72 אין צורך להיכנס כאן לטענות המשיבים לגבי ההשלכות המעשיות של הכבדת נטל ההוכחה בפרשת חסן. לעניינו חשובה עצם טענתם בדבר הצורך לקבוע נטל ההוכחה תובעני יותר.
- 73 פרשת חסן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 816 ואילך.
- 74 לאמיתו של דבר, כפי שראינו בה"ש 23, כבר בפרשת עמותת מחויבות ביניש הסכימה עם לוי שיש להקל את נטל ההוכחה המוטל על העותרים, אלא שהם לא עיגנו זאת בדוקטרינה ברורה.
- 75 לעומת זאת, הפרשנות הראשונה שניתנה לכלל, קרי שהוא נובע מן הכלל "ספק איסורא לחומרא", מרחיקה את הרלוונטיות שלו מן ההקשר של הדיון במשפט הישראלי. שהרי

החלת כלל זה על המקרה הנידון בפסק דין עמותת מחויבות הייתה מביאה לתוצאה הבאה. על מדינת ישראל מוטלת החובה החוקתית להבטיח את רווחתם של אזרחיה באמצעות הענקת אמצעי קיום למי שאינם יכולים לספק זאת בעצמם. גמלת הבטחת הכנסה היא אחד האמצעים המרכזיים למטרה זו. הקיצוץ המשמעותי שהכנסת ביקשה לערוך בגמלת הבטחת הכנסה מעורר ספק ממשי אם אנשים החיים בעוני יוכלו להמשיך להתקיים בכבוד. העותרים עמדו בנטל הוכחת קיומו של הקיצוץ. אף שבכך אין די כדי להכריע את המקרה לטובתם ולבטל את הקיצוץ, שהרי ייתכן כי מדינת ישראל מקיימת את חובתה באמצעים אחרים, לכל הפחות יש בכך כדי לעורר ספק. משכך, כאן ראוי לחול הכלל "ספק צדקה – צדקה", כלומר על המשיבים יחול הנטל להוכיח כי המדינה מעניקה את האמצעים הדרושים להתקיים בכבוד, וכל עוד לא תעשה כן תיחשב כמי שלא עמדה בחובתה.

גישה זו קרובה לכאורה לגישה שהציע השופט לוי. כזכור, לדעת לוי משהעותרים הוכיחו קיומו של קיצוץ בגמלת הבטחת הכנסה מתהפך נטל ההוכחה ועובר אל כתפי המדינה, שתצטרך להוכיח כי היא מאפשרת קיום בכבוד באמצעות שאר התמיכות שהיא מעניקה.⁷⁶ אלא שיש שני הבדלים בין גישת לוי לבין הגישה שמציע המשפט העברי. ראשית, לוי אינו מעגן את היפוך נטל ההוכחה בדוקטרינה ברורה, אלא בקושי ליישם את הכלל הרגיל על המקרה שלפניו. פסק דינו של השופט לוי נראה כהכרעה אדי-הוקית, אשר לא ברור אימתי תחול על מקרים אחרים ואימתי לא.⁷⁷ כך, לדוגמה, האם גישתו של לוי בדבר היפוך נטל ההוכחה חלה על כל המקרים של עתירות בגין פגיעה בזכות לקיום בכבוד? אולי על כל העתירות בתחום הזכויות החברתיות? האם גם על מקרים דומים בתחומים נוספים של זכויות אדם? הכרעתו של המשפט העברי, לעומת זאת, נובעת מכלל מוגדר ("ספק צדקה – צדקה"), בעל גבולות ברורים. כלל זה אמור לחול על ספקות בענייני צדקה, כלומר ספקות בענייני זכויות חברתיות המגינים על אוכלוסיות מוחלשות.

שנית, לדעת לוי עיקר ההצדקה להפיכת נטל ההוכחה במקרה שלפנינו הוא הקושי בניתוח מכלול מערכות התמיכה שמדינת ישראל מספקת לאזרחיה. לשיטתו, השאלה העומדת על הפרק – אם מדינת הרווחה הישראלית מעניקה את האמצעים הדרושים לקיום בכבוד – מורכבת מכדי להטיל את הוכחתה על העותרים, אלא יש להטילה על המדינה, שיש לה את הנגישות למכלול הנתונים הרלוונטיים. במשפט העברי, לעומת

המשפט הישראלי אינו מכיר במצוות שבין אדם למקום, ואין משמעות משפטית להיבט הדתי של הצדקה או לכלל "ספק איסורא לחומרא".

76 כאמור, גם השופטת ביניש הסכימה לגישה זו, אלא שהיא דרשה נוסף על כך שהעותרים יוכיחו באופן קונקרטי כי אינם יכולים להתקיים בכבוד, וכיוון שלא סיפקו נתונים אישיים אזי לשיטתה הם לא עמדו בנטל זה.

77 כאמור בה"ש 23, לוי אף לא עיגן את עמדתו בהלכת "הידיעה המיוחדת".

זאת, נראה שההצדקה להפיכת נטל ההוכחה שונה, והיא מבוססת על הכרה בחולשתו של האדם החי בעוני, וכלשונו של רבי שמעון שקופ: "הוספה לזכות העני". חולשה מובנית זו מצדיקה חובה לסייע לו לא רק באמצעים כספיים אלא גם באמצעים דיוניים, כלומר להפוך את נטל ההוכחה במקרי ספק. לכן גם ברור מדוע לפי המשפט העברי כלל זה חל על כל דיני צדקה, ובאנלוגיה על תחום הזכויות החברתיות, לכל הפחות ככל שהצד התובע משתייך אל השכבות החלשות בחברה, אשר מוצדק לסייע להן גם באופן דיוני.

לכך עשויה להיות השלכה נוספת. ככל שההצדקה להעברת נטל ההוכחה על המדינה מעוגנת בכך שמדובר בשאלה מורכבת הכוללת נתונים רבים ותמונת עולם מקיפה שאין לעותרים, אזי הדעת נותנת שיש לצמצמה לרכיב של נטל הבאת הראיה אך לא לרכיב של נטל השכנוע. שהרי יתרונה של המדינה כמשיכה על פני העותרים הוא במידע הרב ובתמונת העולם הכוללת שהיא מחזיקה בידיה. לפי זה, אומנם על המדינה יהיה לספק את מכלול הנתונים הרלוונטיים, אולם הנטל לשכנע כי מכלול נתונים זה מלמד שאין אפשרות להתקיים בכבוד יותר על העותרים. אכן, היה מי שציין כי כאשר מעבירים את נטל ההוכחה מכוח עקרון "הידיעה המיוחדת" יש להגביל זאת לנטל הבאת הראיה, בעוד נטל השכנוע אמור להישאר על התובע.⁷⁸ לעומת זאת, על פי הכלל "ספק צדקה – צדקה" שבמשפט העברי, כאשר מעבירים את נטל ההוכחה מן העני אל הנתבע, וזאת בשל חולשתו המובנית של הצד העני, הדבר אמור לחול הן על נטל הבאת הראיות הן על נטל השכנוע.⁷⁹ כלומר, על המדינה יהיה לא רק לספק את מכלול הנתונים הרלוונטיים, אלא לשכנע כי באמצעות מכלול התמיכות והמענקים שהיא מספקת היא מאפשרת לאדם החי בעוני להתקיים בכבוד.

אחד הלקחים החשובים העולים מן הכלל שטבע המשפט העברי הוא כי הקשיים שעיימם מתמודד האדם החי בעוני אינם רק כספיים אלא גם משפטיים-פרוצדורליים.⁸⁰ הענקת תמיכה כספית לעני אינה מספקת, אם בעת שהוא יתבע את המגיע לו הוא ייאלץ לשאת במלוא נטל ההוכחה, שברגיל אפשר לדרוש מן התובע, אך יש קושי לדרוש זאת מן האדם המתמודד עם מצוקת העוני. ההנחה היא כי לניהול הליך, הבאת ראיות, שכנוע בית המשפט, יש עלויות רבות שקשה להטילן על אנשים הנאבקים על הישרדותם. הללו זכאים להקלה פרוצדורלית, ובמקרי ספק יש להעביר את הנטל לכתפי הצד

78 לעיל ה"ש 24.

79 יש לזכור כי כפי הנראה המשפט העברי כלל לא מבחין בין נטל הבאת הראיות לבין נטל השכנוע, אלא רואה בהם מכלול אחד.

80 להרחבה מזווית אחרת ראו תמי קצביאן "הזכות לייצוג של תובעים ותובעות בתיקי הבטחת הכנסה – על התווך שבין התובעים לבית הדין, על הפער שבין התאוריה לפרקטיקה" מחקרי משפט לג 65, 128 (התשפ"א), העומדת על הקשר "שבין אגד הזכויות הפרוצדורליות ובין הזכויות המהותיות בכלל, ובין ההיבט הדיוני של הזכות להבטחת הכנסה והיבטה המהותי של זכות זו בפרט".

החזק, נותן הסיוע.⁸¹ במילים אחרות, האחריות כלפי הקבוצות החלשות בחברה צריכה לבוא לידי ביטוי לא רק בהעברת משאבים חומריים לטובתם אלא גם בהעברת הטבות פרוצדורליות בהליך השיפוטי. בשונה מתיבעות רגילות בתחום זכויות האדם, שבהן העותר נושא במלוא נטל ההוכחה להוכיח כי זכותו החוקתית נפגעה, בתחום הזכויות החברתיות שבהן העותרים סובלים מנחיתות מובנית, די שיעוררו ספק כדי להעביר את נטל ההוכחה אל כתפי המדינה. תיאוריה של צדק חלוקתי מצדיקה אפוא לא רק העברת משאבים חומריים בשיעור מסוים מבעלי הרכוש אל העניים, אלא גם העברת נטלים פרוצדורליים מסוימים מן העניים אל המדינה.

אדגיש את שנרמז לעיל. הקלה פרוצדורלית זו אין משמעה כי האנשים החיים בעוני פטורים מכל הוכחה, וכי די בתביעה שיגישו כדי להפוך את נטל ההוכחה. מוטל עליהם לכל הפחות להוכיח את טענתם באופן חלקי המעורר ספק.⁸² אולם משהתעורר ספק ממשי לגבי תביעתם, יש להפוך את נטל ההוכחה ולהטילו על הקהילה או המדינה. אכן, בפרשת עמותת מחויבות העותרים הוכיחו כי גמלת הבטחת הכנסה נפגעה באופן משמעותי. אף שאין בכך די כדי להוכיח שאין ביכולתם להתקיים בכבוד, די בכך כדי לעורר ספק, המצדיק את הפיכת נטל ההוכחה והעברתו אל כתפי המדינה.

סיכום

השאלה אם הזכות לקיום בכבוד היא זכות חוקתית ומה היקפה תפסה פלח נרחב בכתיבה המשפטית בתחום הזכויות החברתיות. השאלה הפרוצדורלית מי נושא בנטל ההוכחה כי הייתה או לא הייתה פגיעה בכבוד עלולה במבט ראשון להיחשב שאלה אוטורית בעלת חשיבות טכנית. ברם, עיון נוסף מלמד על חשיבותה העקרונית והמעשית של שאלה זו. באמצעות הכלל שפיתח המשפט העברי – "ספק צדקה – צדקה" – ובעיקר לפי פרשנות מסוימת שניתנה לו בראשית המאה העשרים, ביקשתי לעמוד על התרומה

81 עם זאת, יש לזכור כי לעניין זה עשוי להיות הברל עקרוני בין הסביבה המשפטית שבה פועל המשפט העברי לבין הסביבה המשפטית שבה פועל המשפט בן־זמננו. במשפט העברי הצדדים בדרך כלל מופיעים בעצמם בפני הדיין, בלא שהם מיוצגים על ידי עורכי דין. כאן עלול להיות הברל רב בין כוחו של תובע רגיל לבין חולשתו של תובע עני הנאבק על הישרדותו. במשפט בן־זמננו, לעומת זאת, הצדדים מופיעים כשהם מיוצגים על ידי עורכי דין. גם אנשים החיים בעוני עשויים לקבל סיוע בייצוג משפטי, אם מידי המדינה אם מידי ארגונים ועמותות חברתיים שזה תחום פעילותם. יש בכך כדי למתן במידה מסוימת (אף שוודאי לא לבטל) את החולשה המובנית של אנשים החיים בעוני המבקשים את יומם בבית המשפט.

82 כמובן, על פי המשפט העברי עליהם גם להוכיח את זכאותם לקבל סיוע, קרי שהם חיים בעוני. אלא שבפרשת עמותת מחויבות העותרים היו זכאי גמלת הבטחת הכנסה, כלומר מי שכבר הוכרו כאנשים שאין להם אמצעי קיום מספיקים.

העקרונית שהמשפט העברי יכול לתרום לשאלה זו. לפי כלל זה, הסיוע לאדם החי בעוני צריך להיעשות אף באמצעות הקלות דיוניות, ולא רק באמצעות משאבים חומריים הניתנים לו. במקרי ספק, יש להפוך את נטל ההוכחה ולהשיתו על הטוען כי הוא קיים את חובתו החברתית כלפי העני. זאת, כפי הנראה, מתוך הבנה לחולשה המובנית של האנשים החיים בעוני ולקושי שהם נתקלים בו שעה שהם עומדים על כך שהקהילה או המדינה תממש כלפיהם את אחריותה החברתית.