

ביקורת מנהלית וחוקתית

הרב משה גרינהוט

מבוא

אחת הסוגיות הציבוריות במשפט בן זמננו היא סוגיית ביקורת מנהלית וחוקתית. כלומר ביקורת של בית המשפט על רשויות השלטון האחרות. ביקורת זו קשורה בקשר משפטי והיסטורי¹ למודל הפרדת הרשויות בו מתאפשר לרשות השופטת לבקר צעדים של רשויות השלטון האחרות, כשאלו אינם נעשים בהסמכה או מנוגדים לחוק. היבט בעל פרופיל ציבורי גבוה השנוי במחלוקת² הוא הביקורת השיפוטית על חקיקה. ביקורת כזו שאינה יכולה להתבסס על סתירה לחוק הקיים, ועליה להתבסס על מקור סמכות חזק מן החוק כגון חוקה או עקרון יסוד אחר. האם יש למשפט העברי מה לומר על כך? לכאורה היעדר הפרדת רשויות³ בעולם שבו שימש המשפט העברי כמשפט מדיני פעיל מקשה על היכולת לאתר ביקורת כלשהי, שכן הסמכות כולה מרוכזת בידי גורם אחד, המלך או הנשיא.⁴ להלן יובאו מקרים שבמקרא שעשויים לשמש מקורות השראה לסוגיות במשפט מנהלי וחוקתי, מטרת המאמר לנסות לתרגם את ההשראה שבמקורות אלו לעקרונות מנחים. אפתח בפירוט של מקומות שונים במקרא שבהם יש ביקורת על החלטות שלטוניות בידי גורמים שונים, ואראה האם ובאילו מהם יש לראות עקרונות לענייננו.

1. ראה אצל השופט א' ברק בג"ץ 86/910 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988) פסקאות 23-24.
2. ראה לדוגמה, אצל ד' פרידמן, הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה, 2013. ג' ספיר, המהפכה החוקתית - איך זה קרה?, משפט וממשל יא, התשס"ח.
3. למרות שניתן למצוא מוקדי כוח נוספים למלך, כמו הכהן הגדול, והנביאים אף מתייחסים במפורש למתח האפשרי או הקיים ביניהם בפועל (שמואל א ב, לה 'והקימתי לי כהן נאמן כאשר בלבבי ובנפשי יעשה ובניתי לו בית נאמן והתהלך לפני משיחי כל הימים'. זכריה ו, יב-יג: 'הנה איש צמח שמו ומתחתיו יצמח ובנה את היכל ה'. והוא יבנה את היכל ה' והוא ישא הוד וישב ומשל על כסאו והיה כהן על כסאו ועצת שלום תהיה בין שניהם'). מדובר במוקד כוח ולא ברשות שלטונית, שכן לכהן תפקיד פולחני במקדש ותפקידי הוראה במרחב הכללי. גם הנביאים שמשמשים כמוקד השפעה משמעותי, ובדבר ה' הם מותחים ביקורת חריפה על המלך, אינם מחזיקים בסמכות מדינית, והתקבלות ביקורתם תלויה ברצון הטוב של המלך. מה שגרם בתקופת המקרא פעמים רבות לנביאים הנרדפים ע"י מלכים. גם מוקד הכוח הנוסף של הזקנים, שלו יש סמכות שיפוטית, מתייחס לחוקי התורה ולא לסמכות המלך, כך שעל פניו מדובר בקווים מקבילים שאינם נפגשים. ראה עוד אצל הרב נ' בר אילן, משטר ומדינה בישראל על פי התורה, כרך ב עמ' 739-742, שלא מצא הפרדת רשויות במדינת התורה. בניגוד לדברי הרב ש' דיכובסקי, 'בית הדין הגדול בירושלים', תורה שבעל פה לה, עמ' ע-עא, הסבור שיש מודל הפרדת רשויות במדינת התורה.
4. עשויים, כמובן, להיות תקדימים במסגרת האוטונומיה המנהלית והשיפוטית של קהילות ישראל בגולה, לדוגמה: שו"ת הרשב"א ה, סי' רמג. אין כאן המקום להאריך בכך.

א. ביקורת על מעשי השלטון

1. זעקה לפני המלך

במספר מקרים במקרא זועק העשוק לפני המלך, בראיון רשמי או בזעקה ספונטנית לעבר המלך העובר בדרך. מפיוששת מערער על החלטה מוקדמת של דוד להעניק את רכשו ורכוש משפחתו לעבדו ציבא, ואף מכנה את ערעורו 'לזעוק אל המלך' (שמואל ב יט, כה-לא). האישה שאלישע החיה את בנה זועקת לפני המלך על גניבת רכושה (מלכים ב ח, ג-ו) גם בקשה זו מכונה 'לזעוק אל המלך'. האישה התקועית מבקשת מהמלך הגנה מלכותית מפני הדרישה המשפחתית לבצע את חוק גואל הדם ולהרוג את בנה (שמואל ב יד, ד-יח). במקרה זה המקרא איננו משתמש בביטוי 'לזעוק אל המלך' אך היות שהאישה התקועית פותחת בקריאה 'הושיעה המלך', דבריה נשמעים ממילא לאוזן הקורא כזעקה. הצד השווה במקרים אלו הינו, מתלונן הפונה למלך להגן עליו מפני עוול שנעשה לו. ההבדל בין המקרים הוא גורם העוול. בעוד האישה שאלישע החיה את בנה זועקת למלך לכאורה בבקשה להגן על רכושה מפני גניבה 'רגילה', האישה התקועית ומפיוששת מערערים על החלטת בעל סמכות. בחינת המקרה תראה שגם האישה שאלישע החיה את בנה מבקשת הגנה מפני החלטת בעל סמכות כלשהו, שהרי היא אינה פונה אל השופט המקומי אלא אל המלך, זאת, כפי הנראה, מפני שפנייתה לשופט המקומי או לזקני העיר לא נענתה, וכדי להתמודד עם ההתעלמות היא זקוקה לפנות למלך בדרך של זעקה בלי ראיון רשמי. אם כן, המלך נענה לבקשתה להגן עליה מפני התעלמות שלטונית, האישה התקועית מערערת על החלטת בעל סמכות המבקש להפעיל את החוק הקבוע של גאולת הדם. ואילו מפיוששת מערער על החלטה שלטונית קודמת של המלך עצמו. אם כן, אפשר למעשה לכלול את מקרי הזעקה תחת הכותרת 'ערעור' ולראות במנגנון הזעקה לפני המלך מנגנון של ערעור על החלטה שלטונית קודמת. את מידת החידוש שבערעור ניתן לדרג לפי רמת ביטול ההחלטה שנדרשה:

(א) ביטול התעלמות שופט - האישה שאלישע החיה את בנה.

(ב) ביטול החלטת בעל סמכות נמוכה - האישה התקועית.

(ג) ביטול החלטת המלך עצמו - מפיוששת.

סיפור האישה התקועית ייחודי בכך שבו הבקשה איננה בקשה שיפוטית רגילה, אלא בקשה ייחודית שלא ליישם חוק קבוע - חוק גאולת הדם.⁵ ובכך להגן על הרוצח שלא כחוק הקבוע.

2. ביקורת נבואית

מקרה שכיח במקרא הוא המקרה של ביקורת נבואית על החלטה שלטונית. בחינת ביקורת זו דורשת זהירות שכן הנביאים מבקרים בעיקר חטאי מוסר, ובכך משמיעים את

5. הדרישה שלא ליישם את חוק גאולת הדם נובעת מעקרון הקמת השם המשתקף בחוק הייבום ובדיני הירושה, כך שדרישת האישה התקועית מצביעה על סתירה מהותית הקיימת בין עקרונות החוק. יש לציין בקשר לכך את מחלוקת התנאים בדבר גאולת הדם במסכת מכות יא ע"ב, שלר' עקיבא, שהלכה כמותו, רמב"ם, הל' רוצח פ"ה ה"י, גאולת הדם היא רשות, ואילו לר' יוסי הגלילי מצווה.

קול המצפון ולא את קול המשפט. רוב ביקורות הנביאים שייכות לקטגוריה זו. ייתכן שיש לראות בביקורות מסוימות של נביאים מעין ביקורות של רשות שלטונית אחת על רשות שלטונית אחרת,⁶ אולם אלו נענו בהתעלמות, ומשכך אינן מלמדות אותנו על קיומו ואופן פעולת המנגנון המשפטי המופעל באמצעות ביקורת נבואית.

3. ביקורת של מקרי שהיתות

השחיתות האפשרית של השלטון, כמו גם השחיתות שלו בפועל תופסים מקום בדברי נביאים.⁷ הכוונה להגדרה המצומצמת של 'שחיתות', דהיינו שימוש בכוח השלטוני להשגת משאבים עבור השליט עצמו. הנביאים מבקרים פעמים רבות בהקשר זה, כאשר כאמור לעיל, רוב המקרים חוסים תחת ביקורת מוסרית שאינה כלולה במנגנון שלטוני או משפטי. שמואל (שמואל א' יב, ג) איננו מבקר אחרים כנביא אלא מעמיד את עצמו לביקורת העם כשליט ושופט, כדבריו:

הנני ענו בי נגד ה' ונגד משיחו את שור מי לקחתי וחמור מי לקחתי ואת מי עשיתי את מי רצותי ומיד מי לקחתי כפר ואעלים עיני בו ואשיב לכם. שמואל קורא אפוא לציבור לבקר שימוש לא ראוי בכוחו השלטוני. הגוף המבקר הינו כלל העם, אולם שמואל מוסיף 'נגד ה' ונגד משיחו' כעומד למשפט לפני ה' ולפני המלך. העמידה למשפט לפני המלך, הינה מעשה ביקורת של רשות שלטונית אחת - המלך על רשות שלטונית אחרת - השופט. כאשר המלך הינו בעל הסמכות להכריע בהאשמת השופט בשחיתות. סמכות הביקורת המוקנית למלך מתייחסת הן לשחיתות כפשוטה 'שור מי לקחתי וחמור מי לקחתי' והן להחלטה שיפוטית מעוותת 'מי לקחתי כפר ואעלים עיני בו'. כך שלכאורה אפשר לראות בה דגם לביקורת על החלטות לא ראויות בידי רשות אחרת.

אולם היות ששמואל מעמיד את עצמו מיוזמתו למשפט מול המלך והא-ל, ולא העם הוא שמתמש במנגנון כלשהו לבקר את החלטותיו, קשה ללמוד מכך על קיומה של אפשרות ביקורת המבטלת בכפייה את החלטת המבוקר. עד כה דובר על מקרים של ערעור על החלטה או פעולה של בעל סמכות שלטונית או שיפוטית.

ב. ערעורים על מעשי ה'

כדי לראות מעבר לאופק השלטוני אנושי, יש להפנות את המבט לערעורים על פעולה של בעל הסמכות החוקית והמוסרית המכרעת - אלוקים. שלא כפי שנראה במבט ראשון, ובניגוד מה לאינטואיציה הדתית, גם כאלה נמצאים לרוב במקרא,⁸ יש מקום ללמוד מהם

6. נראה שכזו היא הביקורת החריפה של ירמיהו בפרק כב על יהויקים שאינו ממלא את תפקידי המלך לעשות משפט וצדקה אלא משתמש בכס המלכות כאמצעי להרבות את הונו.

7. ראה לדוגמה, שמואל א' ח; שמואל ב' יב; ירמיהו כב.

8. וכפי שאמרו חז"ל (בהקשר אחר) ביומא סט ע"ב: 'מתוך שיודעים בהקב"ה שאמתי הוא, לפיכך לא זכו בו'.

עקרונות שעשויים לשמש בביקורת מנהלית וחוקתית. שכן מצינו ערעורים הן על פעולה אלוקית, והן על החוק האלוכי.

1. אברהם בסדום

לאחר שאברהם מתוודע לתוכנית של ה' להשמיד את סדום הוא פונה אליו בדברים הבאים (בראשית יח, כג-כה):

ויגש אברהם ויאמר האף תספה צדיק עם רשע. אולי יש חמשים צדיקים בתוך העיר האף תספה ולא תשא למקום למען חמשים הצדיקים אשר בקרבה. חללה לך מעשת כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע חללה לך השפט כל הארץ לא יעשה משפט.

בדרך כלל מקובל להתייחס לנועזות של מעשי אברהם מבחינה דתית,⁹ אולם אני מבקש להתבונן בטענת אברהם מזווית משפטית; אברהם דורש מה' לעמוד בסטנדרט משפטי מוסרי, ולא להעניש צדיק עם רשע. הדרישה המוסרית אינה פונה לה' סתם כך, אלא פונה אליו כשופט, כך שאברהם טוען טענה משפטית ודורש מה' 'לעמוד' בסטנדרט משפטי מפני שהמשפט הנוכחי של ה' (כפי שאברהם מבין אותו) אינו משפט, ולא ייתכן שה' 'השפט כל הארץ' יפעל כך. את דרישתו המשפטית אברהם מעלה שלא מכוח תקדים כלשהו, אלא מכוח תפיסתו הוא את המשפט. בכך מניח אברהם שה' שותף להבנתו את המשפט והמוסר. אולם הבנה זו מביאה לקושי פנימי במעשה אברהם, אם להבנתו של אברהם ה' עומד לעשות מעשה עוול, הרי משתמע ממילא שהוא איננו שותף לתפיסה המוסרית של אברהם, ואין מקום לדרוש ממנו להתיישר איתה. עיון מדוקדק יותר בדברי אברהם מעלה שאברהם פונה אל ה' מכוח עיקרון המוסכם ביניהם, כמשתמע מדברי אברהם 'האף תספה צדיק עם רשע'. כלומר, העיקרון המוסכם הוא שאין להרוג צדיקים, מכוח עיקרון זה תובע אברהם שה' לא ימית צדיקים גם כאשר מטרתו להעניש את הרשעים. בכך מובן שאברהם דורש מה' דרישה משפטית, שלא לבטל את העיקרון שאין להרוג צדיקים גם בבואו להעניש רשעים.

2. משה בחטא העגל

בעקבות חטא ישראל בעשיית העגל ועבודתו פונה ה' למשה הנמצא עמו בהר סיני, וכך הוא אומר (שמות לב, ז-י):

וידבר ה' אל משה לך רד כי שחת עמך אשר העלית מארץ מצרים. סרו מהר מן הדרך אשר צויתם עשו להם עגל מסכה וישתחו לו ויזבחו לו ויאמרו אלה אלהיך ישראל אשר העלוך מארץ מצרים. ויאמר ה' אל משה ראיתי את העם הזה והנה עם קשה ערף הוא. ועתה הניחה לי ויחר אפי בהם ואכלם ואעשה אותך לגוי גדול. אולם משה פונה אל ה' ומבקש ממנו לשנות את גזר דינו. חלק מדברי ה' למשה הינם דברי תפילה ופיוס, אולם את חלקם אפשר להגדיר כדרישה משפטית, כך יש לאפיין את הזכרת ברית האבות (שמות לב, יג):

9. ראה בראשית רבה, וירא מט ח: 'ר' יהודה אומר הגשה למלחמה'.

זכר לאברהם ליצחק ולישראל עבדיך אשר נשבעת להם בך ותדבר אלהם ארבה את זרעכם ככוכבי השמים וכל הארץ הזאת אשר אמרתי אתן לזרעכם ונחלו לעלם.

בכך משה פונה לה' בבקשה לעמוד במחויבות לאבות, דרישה משפטית לכל דבר. ואכן ה' נענה לדברי משה - 'וינחם ה' על הרעה אשר דבר לעשות לעמו' (שם, פס' יד).

3. משה ואהרן בעדת קרח

במהלך הערעור של קרח על הכהונה, לאחר שהעדה נקהלת על משה ואהרן נאמר (במדבר טז, כ-כא): 'וידבר ה' אל משה ואל אהרן לאמר. הבדלו מתוך העדה הזאת ואכלה אתם כרגע.

בתגובה, משה ואהרן פונים לה' בבקשה (שם, פס' כב): 'ויפלו על פניהם ויאמרו אל אלהי הרוחת לכל בשר האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצף'. דברים אלו של משה ואהרן נאמרים בלשון תמיהה, ומכאן שהם מייצגים טענה בשם עיקרון מוסרי-משפטי מוסכם, שבשמו הם טוענים לה' על תוכניתו להשמיד את כל העדה. העיקרון המוסכם הוא העיקרון שאין להעניש אדם על מעשי חברו,¹⁰ ומשה ואהרן פונים לה' בבקשה לעמוד בעיקרון המשפטי התקף, ולהימנע מענישת כל העדה.

4. איוב דורש הליך הוגן ומשפט צדק

סיפורו של איוב הצדיק שבעקבות דברי השטן אישר ה' לקחת את רכושו משפחתו ובריאיותו, רצוף בטענות איוב על ה'. טענותיו נאמרות בלשון מליצית ושירית, אולם חלק מהן ניתן לנסח כטענות משפטיות. כך לדוגמה דבריו הבאים (ט, יד-יט, לב-לה):

אף כי אנכי אעננו אבחרה דברי עמו. אשר אם צדקתי לא אענה למשפטי אתחנן. אם קראתי ויענני לא אאמין כי יאזין קולי. אשר בשערה ישופני והרבה פצעי חנם. לא יתנני השב רוחי כי ישבעני ממררים. אם לכח אמיץ הנה ואם למשפט מי יועידני... כי לא איש כמני אעננו נבוא יחדו במשפט. לא יש בינינו מוכיח ישת ידו על שנינו. יסר מעלי שבטו ואמתו אל תבעתני. אדברה ולא איראנו כי לא כן אנכי עמד.

דרישותיו המשפטיות של איוב כפולות: א) להשוות את תנאי העמידה שלו עם ה' ולהסיר את היתרון של ה' המפחיד אותו מעמידה בפניו. ב) להסיר מעליו את הרעות שנעשו לו למרות שהוא צדיק. טיעוניו המשפטיים של איוב חוזרים על עצמם במקומות נוספים.¹¹

10. עיקרון זה משתקף מהחוק (דברים כד, טז): 'לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו' המרחיב את העיקרון להימנע מענישה קולקטיבית גם לתוך המשפחה, ובכך מפרק את המשפחה לבודדים ומבטל את ראייתה כיחידה משפטית אחת. אולם למרות שהחוק שבדברים טרם נאמר, העיקרון של הימנעות מענישה קולקטיבית עולה מהחוק שבספר ויקרא כ, ד הקובע שרק העלמת עין של הציבור מפשע והימנעות מהענישת החוטא עשויים להוות סיבה להענישת כלל הציבור. למרות שהחוק 'לא יומתו אבות על בנים' אינו תקף בפשט המקרא בנוגע למשפט ה' (דיני שמיים), עליו נאמר (שמות כ, ד) 'פוקד עון אבות על בנים', העיקרון של הימנעות מענישה קולקטיבית תקף גם בנוגע למשפט ה'.

11. איוב י, ב-ג; יג, יח-כב; יט, ו-ז. בעקבות גישתו המשפטית מאשים איוב את רעיו במשוא פנים ובהעדפת הצד של ה' מסיבות שאינן ענייניות בפרק יג, ז-ט.

הדרישה של איוב מבוססת על שתי הנחות משפטיות: א) הזכות להליך הוגן בו ניתנת לצדדים הזדמנות להביע את דעתם. ב) צדקות אישית ועשיית מעשים טובים אמורים להיענות בתגובה מיטיבה של ה', ולפחות לא בתגובה של הרעה מובהקת. עד כה ראינו מקרים של ערעורים על פעולת ה' ומשפטו, ערעורים אלו מוגדרים שייכים למשפט המנהלי.¹² אולם מצינו בתורה גם שני ערעורים על החוק הקיים, בחוק הפסח ובחוק הנחלה. העיון בערעורים אלו יחשוף בע"ה משהו על אופי המשפט החוקתי.

5. פסח שני

לאחר ציווי ה' (במדבר ט, ז) על עשיית פסח בשנה השנית מספרת התורה על הטמאים שביקשו להשתתף בפסח, וכך נאמר: 'ויאמרו האנשים ההמה אליו אנחנו טמאים לנפש אדם למה נגרע לבלתי הקריב את קרבן ה' בַּמֶּעֶדוֹ בתוך בני ישראל'. משה אינו שולל את הדרישה אלא מפנה אותה אל ה', וכך נאמר (שם, פס' ח): 'ויאמר אלהם משה עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם'. למרות שהדרישה מתייחסת לחוק הקיים¹³ שברור שמה אינו מוסמך לשנות אותו, משה מפנה את הדרישה אל ה', שאיננו מבטל את החוק הקיים שטמאים אינם יכולים להשתתף בהקרבת הפסח, אך מצווה על פסח שני לטמא ומי שהיה בדרך רחוקה.

6. ירושת בנות

בעקבות מניין בני ישראל בטרם כניסתם לארץ (במדבר כו) והציווי (כו, גג-נו) 'לאלה תחלק הארץ...' הקובע במשתמע כי ירושה ניתנת רק לצאצאים זכרים, פונות בנות צלפחד (במדבר כז, א-ה) אל משה בדרישה לקבל חלק בארץ ישראל. כך טענו (פס' ג-ד):

אבינו מת במדבר והוא לא היה בתוך העדה הנועדים על ה' בעדת קרח כי בחטאו מת ובנים לא היו לו. למה יגרע שם אבינו מתוך משפחתו כי אין לו בן תנה לנו אחזה בתוך אחי אבינו.

גם כאן, משה אינו שולל את הדרישה אלא מפנה אותה אל ה', יתרה מכך, התורה מתארת את הפניית הדברים אל ה' כאירוע משפטי: 'ויקרב משה את משפטן לפני ה'". ואכן, חוק הירושה החדש שה' נותן מצדיק את טענתן של בנות צלפחד ומחדש ירושה לבת כאשר

12. ביקורת על פעולה של ה' שאינה בהתאם למחויב משפטית מצינו גם בדברי איתן האזרחי (תהלים פט, ט-מ) הטוען על ה' שאינו עומד בבריתו עם דוד, וזו לשונו: 'ואתה זנחת ותמאס התעברת עם משיחך. נארתה ברית עבדך חללת לארץ נזרו'. המשך קו זה נמצא גם בדברי חז"ל, במדרש אגדה (שוחר טוב בובר תהלים עט ד) נאמר: 'באו גוים בנחלתך. הנחת אותם ליכנס ולא אמרת בתורתך והזר הקרב יומת (במדבר א נא), ולא הזר בלבד, אלא שני בני אהרן הקדושים נכנסו להקריב ונשרפו, וכן עוזיהו לא לכבודך נכנס, ומה היה בידו, לא קטורת להקטיר לפניך, ויצא מצורע, ולא עוד אלא שרעשה הארץ, ואותם הערלים הנחתם שיכנסו, אמר לו נכנסו שלא ברשות לפיכך נגעתי בהם, אבל אלו נכנסו ברשות ואני צויתים, שנאמר כי הנני קורא לכל משפחות ממלכות צפונה נאום ה'". המדרש שם בפי ה' את התשובה שמעשיו מתאימים לחוק המקראי.

13. אין חוק מפורש האוסר את עשיית הפסח ע"י טמאים. הכוונה, אפוא, לחוק במדבר פרק ה הדורש את שילוח הטמאים מן המחנה, ובכך אינו מאפשר את עשיית הפסח 'בתוך בני ישראל'. מסיבה זו, עדכון החוק נועד לקבוע מועד שני לטמאים, כולל ממילא את מי שנמצא בדרך רחוקה, וראה פסחים צג ע"ב - צד ע"א.

אין למת בנים. גם אצל הטמאים וגם אצל בנות צלפחד יש ערעור על החוק הקיים בנימוק רגשי 'למה נגרע?' 'למה יגרע?' שאינו מבוסס על חוק המאשר את העיקרון שלא יגרעו אנשים מסוימים באמצעות החוק, ולא ניתן למצוא חוק מקדים מפורש¹⁴ שבשמו יש לקבל את הטענה לשינוי החוק הקיים.¹⁵ אם כן, בשם מה דורשים הטמאים ובנות צלפחד את שינוי החוק הקיים? מן המקרא נראה שהדרישה נסמכת על ההרגשה האישית של המערער כי החוק הקיים גורם לו עוול בלתי מנומק. הביטוי 'למה נגרע' מלמד שהתשובה המתבקשת - תיגרעו מפני שכך החוק, אינה מספיקה, משום שהעוול גדול מ'כולת הספיגה' של המערער ודי בזה כדי לעמוד לפני ה' בביקורת על החוק. קיים הבדל בין המקרים בנוגע להתמודדות עם הביקורת על החוק - בעוד הטמאים ששאלו 'למה נגרע לבלתי הקריב את קרבן ה' במעדו בתוך בני ישראל' לא קיבלו את מבוקשם להקריב את הקרבן בטומאה, ורק קיבלו 'מועד ב' להשלמת הקרבן, בנות צלפחד מקבלות את מלוא מבוקשן להקים לאביהם שם, בחוק הירושה החדש, שמעניק לבת ירושה במקרה שאדם מת ללא בנים. זו למעשה דרישתן המקורית של בנות צלפחד שפירטו בבקשה הראשונה 'אבינו מת במדבר ובנים לא היו לו'.

ג. העמידה

העמידה¹⁶ (או מעמד) מגדירה מי רשאי לעמוד ולבקש סעד או לערער על החלטה שלטונית. בענין זה קיימים הבדלים בין שיטות משפט שונות,¹⁷ ותהליכים שונים. לגבי המשפט האזרחי קובעת ההלכה כי האפשרות לעמוד בדין קיימת רק למי שנפגע בדין, ואף טענות של הטוען באמצעות מייצג אינן מובנות מאליהן.¹⁸ למשל, פגיעה שולית אינה מאפשרת עמידה.¹⁹ למרות זאת במקרים האמורים לעיל, ישנה עמידה גם למי שאינם נפגעים בעצמם, אלא טוענים למען ערך קיום השם של בן משפחתם, כך אצל בנות צלפחד והאישה התקועית.²⁰ אברהם בסדום ומשה ואהרן בעדת קרח טוענים לפני ה' טענות שאינן נובעות מהיותם נפגעים, טענות משה ואהרן קשורות לתפקידם כמנהיגי

14. חז"ל (בבא בתרא קיט ע"ב) שמו בפיהם של בנות צלפחד טענה למדנית, לפיה אם אין בת נחשבת לזרע כדי לירש, על אשת המת להתייבם כדי להקים את שם המת, אולם אפילו את הטענה הזו קשה לראות כהסתמכות על חוק או תקדים, לכל היותר היא מעלה סתירה עקרונית ולא מעשית.

15. למרות שהתורה קובעת במקומות מסוימים שהמשפט שווה לגר ולאזרח (ויקרא כד, כב) במקרים אחרים התורה מאשרת את ההבדל בין גר לאזרח (ויקרא כג, מב) ובין איש לאישה (ויקרא כז). השוואת הטמא לטהור מחודשת עוד יותר שכן טמא איננו אדם שונה, אלא אדם שטומאתו זמנית כך שאפילו היה ערך השוויון ערך מחייב, אפשר לראות את דחיית הטמא כשוויונית, שכן כל אדם שיהיה טמא יורחק מן המקדש ולא יתאפשר לו להקריב את קרבן הפסח.

16. בישראל מקובל הכינוי 'זכות העמידה', הנושא הקשר שיפוטי לגביה. כאן נשתמש במושג כפי שהוא.

17. פירוט על הדין בישראל ראה: ד' ברק ארז, המשפט המנהלי בישראל, כרך ב עמ' 217-220. על המקובל בעולם ראה: י' שגב, 'דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית', הפרקליט מח תשס"ו, עמ' 505-506.

18. ראה בית יוסף, חו"מ סי' קכד פירוט השיטות, ושו"ע, חו"מ סי' קכד סעי' א.

19. ראה כתובות צא ע"ב ובבא קמא ח ע"ב.

20. כדבריה (שמואל ב יד, ז) 'וכבו את גחלתי אשר נשארה לבלתי שים לאישי שם ושארית על פני האדמה'.

העם העומדים לפני ה' בשמו, אולם אברהם טוען נגד הפיכת סדום שאין לו קשר ישיר אליה. עמידת אברהם, וככל הנראה גם עמידת משה ואהרן,²¹ נובעת מהיותם מעורבים בהחלטה. כאשר ה' משתף את אברהם בדבריו (בראשית יח, כ-כא): 'זעקת סדם ועמרה כי רבה וחטאתם כי כבדה מאד. ארדה נא ואראה הכצעקתה הבאה אלי עשו - כלה' ה' משתף את אברהם בהחלטה, כאשר משמעות השיתוף הוא שהחלטה עומדת גם לביקורת שלו.²² אצל משה בחטא העגל הדבר מפורש אף יותר, כדברי ה' למשה (שמות לב, י): 'ועתה הניחה לי' אותם פירש משה אל נכון שגזירת השמדת ישראל תלויה בו²³ ועומדת לביקורת שלו. במילים אחרות, תפקידו להיות שותף להחלטה, וככזה ביקורתו נשמעת למרות שאינו נפגע ישירות. ניתן ללמוד מכך שהעמידה נתונה לטוען במקרים הבאים:²⁴

- (א) טענה בשם עוול אישי.
 (ב) טענה בשם עוול לבן משפחה (הורה/בן זוג).
 (ג) שותף למדיניות רשאי לבקר אותה גם כשאינו נפגע ישיר.

ד. אופי הביקורת וההיענות לביקורת – הבדל בין פעולות לחוקים

במקרים שהטענה היתה על ה' קיים הבדל ברור בין טענות על פעולה לטענות על חוק. בעוד טענות על פעולה מושמעות בדרישה לשינוי, ובמילים ברורות,²⁵ כשבתוך הדברים שזורה תמיהה על ה', הטענות על חוק אינן כוללות ביטוי כזה, והמילה המשמשת בהם היא מילת השאלה - 'למה'. משמע, הטענה על הפעולה חזקה מן הטענה על החוק, ובעוד הטענה על הפעולה נאמרת בתמיהה, הטענה על החוק נאמרת בשאלה. יש ללמוד מכך על הבדל בין טענות על הרשות המבצעת לטענות על הרשות המחוקקת. בעוד טענה על יישום לא ראוי ניתן לגבות בטענה מוסרית מכוח חוק ידוע או מכוח עיקרון מוסרי ברור, ובכך לשמוט את הבסיס מההחלטה הנוכחית. טענה על חוק לא ראוי לא ניתן לגבות מכוח חוק כלשהו, ממילא הערעור על החוק רך יותר, ומעלה את התמיהה בלי להציע את הפתרון. חולשת הערעור על החוק משתקפת גם בתשובת ה'. כאשר בניגוד לכל הטענות

21. בחטא העגל פנה ה' למשה והציע לו 'ואעשה אותך לגוי גדול' (שמות לב, י) מכאן שהזיקה הלאומית הקיימת הייתה אמורה להשתנות לזיקה לאומית אחרת.

22. הבנה אחרת של השיתוף עולה מדברי מדרש תנחומא, (בוכר) וירא ז, שה' פונה לאברהם משום שסדום הינה חלק מהנחלה המובטחת לאברהם. אולם גם להבנה זו, אברהם שהינו בעל זיקה אינו פונה לה' מכוח הזיקה אליו לגורל ערי סדום ההפוכות, אלא מכוח משפט הצדק שבשמו אין להרוג צדיק עם רשע.

23. ראה ברכות לב ע"א.

24. אין בכך הוכחה שלא מתאפשרת עמידה במקרים אחרים, אלא רק הצבעה על המקרים שבהם ישנה עמידה.

25. 'חלילה לך... השפט כל הארץ לא יעשה משפט' (יח, כה) בדברי אברהם בסדום. 'זכר לאברהם' אל תשחת' בדברי משה בעגל. 'האיש אחד יחטא' בדברי משה ואהרן בעדת קרח.

על החלטות שמתקבלות, טענת הטמאים על חוק הפסח מתקבלת רק חלקית,²⁶ כיאה לביקורת חלשה יותר. הבדל נוסף נמצא במודוס של השמעת הביקורת מול ה' - בביקורת על פעולה נראה שמשה מצפה להיענות, ואוירה זו המשתמעת מן הכתובים תיארו חז"ל²⁷ כאמירה של משה: רבוננו של עולם, אין אני מניחך עד שתמחול ותסלח להם! זאת לעומת הביקורת על החוקים שמתאפיינת בהמתנה פסיבית, כדברי משה לטמאים 'עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם'. משמעות המתנה זו היא שבעוד בביקורת הפעולה משה בטוח בעמדה הביקורתית ובפתרון הנגזר ממנה, בביקורת החוקית משה נמצא בעמדת המתנה להחלטת ה' ואינו מבקר בבטחה את המצב החוקי הנוכחי. יישום עכשווי של עיקרון זה יבדיל בין ביקורת מנהלית לביקורת חוקתית, בכך שביקורת מנהלית תוכל לדרוש בטלות להחלטה מנהלית, ואילו ביקורת חוקתית תצטרך להחזיר את החוק אל מקור הסמכות - המחוקק ולדרוש ממנו בחינה נוספת בשיקול דעת²⁸ של החוק התקף.²⁹

סיכום

במאמר זה נבחנו עקרונות במקרא שאפשר לראות בהם השראה למשפט המנהלי והחוקתי. נמצא כי במקרא קיימת אפשרות הערעור על החלטות מנהליות של בעלי סמכות בפני המלך, במסגרת 'זעקה לפני המלך'. הליך זה קיים לגבי הליכים שיפוטיים המבררים עובדות ולגבי הליכים שיפוטיים המיישמים חוקים.

26. עיון מדוקדק יותר במקרא מעלה שטענת הטמאים במידה רבה אינה מתקבלת, שכן מדברי הטמאים עולה שהם צפו את האפשרות שמשה או ה' יציע להם להקריב את הקרבן בהזדמנות אחרת, וכנגד הצעה זו אמרו מתחילה (במדבר ט, ז) 'למה נגרע לבלתי הקריב את קרבן ה' בְּמַעַדוֹ בְּתוֹךְ בְּנֵי יִשְׂרָאֵל' בהדגשה שרצונם להקריב במועד המקורי יחד עם כל ישראל, ולא במועד אחר לבדם. כך שלמעשה החוק החדש הסדיר את העיקרון שהטמאים זוכים להזדמנות נוספת תוך שינוי החוק, אולם הסדיר זאת בדרך אחרת מזו שדרשו הטמאים.

27. ברכות לב ע"א.

28. בדומה למודל הקנדי, ראה אצל ג' ספיר, שלושה מודלים של חוקה, משפטים לז (תשס"ז), עמ' 374-371.

29. מקרה של דיאלוג אל מול ביקורת מנהלית נמצא במקרא בסיפורו של יונה (יונה א-ד). מקרה זה חורג מהדפוסים שנבחנו עד כה. אפרט את הסיפור בקצרה, ה' מצווה על יונה ללכת לנינוה משום שרעת נינוה עלתה לפניו. יונה, מסיבה שלא פורטה בתחילת הסיפור, מנסה לברוח לתרשיש בספינה, אולם סערה עזה מאיימת על האונייה, כשבסופה מבינים אנשי האונייה שהסערה מגיעה בעקבות בריחת יונה, והם מטילים אותו לים. יונה מוטל לים נבלע ע"י דג, מתפלל ונפלט ליבשה. ה' שב ומצווה אותו ללכת לנינוה, שבעקבות אזהרת יונה שבים אנשיה בתשובה. יונה הממתין מחוץ לעיר פונה לה' בטענה שבריחתו הראשונה נבעה מידיעתו שה' רחום וחנון וירחם על אנשי נינוה השבים בתשובה, דבר שיונה אינו מקבל. ה' מזמן ליונה קיקיון המגן עליו מפני השמש, יונה שמח על כך, ה' מייבש את הקיקיון ומזמין רוח חמה, כשיונה הסובל פונה לה' בבקשה למות. וה' משיב לו (יונה ד, י-יא) 'אתה חסת על הקיקיון... ואני לא אחוס על נינוה'. פישוט המקרה יעלה שיש ליונה טענה על כך שה' סולח לאנשי נינוה, וה' טורח להסביר את עצמו ליונה. במקרה זה, הטענה של יונה אינה משכנעת את ה', אולם ה' טורח לשכנע/להמחיש ליונה את עמדתו ובכך לשכנע אותו. מקרה זה מתאים למודל הדיאלוגי, שבו הביקורת מגיעה כחלק מדיאלוג עם בעל הסמכות, כשבעל הסמכות משתמש בדיאלוג לצד יישום עמדתו. ראה עוד לעיל הערה 12.

ב) נמצא כי חלק מהוויכוחים של אישי התנ"ך עם ה' ניתנים להבחנה משפטית וחוסים תחת הגדרת המשפט המנהלי. בוויכוחים אלו נראה כי העמידה במשפט מנהלי קיימת לנפגעים ישירים, למי שבן משפחה קרוב שלהם נפגע, ולשותפים להליך.

ג) נמצא כי קיימת ביקורת על החוק הקיים, וכי ביקורת זו רכה יותר מביקורת מנהלית, והיא מפנה לבחינת תיקון הפגיעה, למחוקק עצמו.

