

המשטר הדמוקרטי ואת ייעודו של הצבא במדינה כזאת, אלא גם את הנחת המימוש הראשונה של העקרונות הללו, דהיינו, ההנחה שהמדינה מתנהלת בהתאם לעקרונות המשטר הדמוקרטי, במיוחד בכל הנוגע למשימות הצבא. זוהי הנחה בעייתית בכל מדינה דמוקרטית ואין מדינת ישראל יוצאת מן הכלל בעניין זה. אין זה המקום להיכנס בעובי הקורה הזאת, ככל שהיא חשובה ומעניינת, ולכן נסתפק בהצבעה על התחליף המעשי של הנחת המימוש הראשונה, שהוא חזקת המימוש הראשונה: חזקה על המשימות הנתונות לצבאה של מדינה דמוקרטית על ידי הרשות האזרחית הממונה עליו, שהן הולמות בכל היבט את עקרונות המשטר הדמוקרטי. הצבא ומפקדיו אמורים לכלכל את מעשיהם, במסגרת פעילותם הצבאית, על יסוד חזקת המימוש.

בצד חזקת המימוש הראשונה, אמורה לפעול בצבא גם חזקת המימוש השנייה: חזקה על המשימה שניתנה לחייל על ידי מפקדיו, שהיא הולמת את עקרונות המשטר הדמוקרטי ואת ייעודו של הצבא ואת דרכי פעילותו במדינה כזאת. זוהי חזקה נוספת, מפני שהיא מוסכת על הדרך הארוכה שבין מדיניות הגורם האזרחי הממונה על הצבא או הנחיותיו לבין משימה מסוימת המוטלת על חיילים מסוימים בנסיבות מסוימות. חזקת המימוש השנייה היא חזקה בדבר תקינותה הדמוקרטית של הדרך הזאת.

שלישית, מסמך "רוח צה"ל: ערכים וכללי יסוד" כולל בצד הערכים גם כללי יסוד, הנגזרים מהם: הפועל בהתאם לכללי היסוד, מבטא כראוי את הערכים. כללי היסוד מחולקים לפרקים. הפרק השני, בכותרת "בשירות צבאי", מציג כללי יסוד החלים על פעולות החייל בכל נסיבות השירות הצבאי שלו. בין שאר הכללים הבאים בפרק זה בסעיף 4:

"החייל יהיה נכון לסכן את חייו נוכח פני אויב ולהצלת חיי אדם, במידה הנדרשת, אך ישמור על חיי עצמו וזולתו בכל פעילות צבאית אחרת".

כלל יסוד זה קובע מהן הנסיבות שבהן יש הצדקה, על פי עקרונות המשטר הדמוקרטי וייעוד הצבא במסגרתו, להסתכן או להורות לזולת להסתכן. אלה הן הנסיבות של ביצוע משימה קרבית או משימה חיונית אחרת, כגון משימה מודיעינית, ככל שניתן לתארה כמשימה המתבצעת "נוכח פני אויב", או של ביצוע משימה להצלת חייו של אדם הנתון בסכנת מוות ואין דרך להצילו בלא להסתכן, במידת מה. בכל הנסיבות האחרות אין לחייל הצדקה להסתכן או להורות לזולת להסתכן. בכלל

קדושת החיים בעיני חיילי צה"ל תבוא לידי ביטוי בכל מעשיהם, בתכנון שקול ומדוקדק, באימון מושכל ובטיחותי ובכביצוע נכון, בהתאם למשימה, במידת ההסתכנות הראויה ובמידת הזהירות הראויה באופן מקצועי ובמאמץ מתמיד להקטין את הפגיעה בנפש למידה הנדרשת להשגת המשימה".

זוהי תפיסה ההולמת את עקרונות המשטר הדמוקרטי ואת ייעודו של הצבא במדינה כזאת, מפני שהיא מסמנת כראוי את האידאל המעשי של התנהגות החייל, ובכלל זה התנהגות המפקד, בנסיבות שמשקפת מהן סכנה לחייהם של החיילים. כניסתו של חייל למצב מסוכן, בין אם הוא מכניס את עצמו למצב זה ובין אם הוא נותן פקודה לזולתו לעשות כך, טעונה הצדקה, על פי עקרונותיו של המשטר הדמוקרטי. הצדקה כזו יכולה להינתן רק במונחים של כורח הנסיבות, על פי ייעודו של הצבא במדינה הדמוקרטית, להגן על חיי האזרחים ושלומם ועל העצמאות של מדינתם. על כן, ניתן להצדיק הסתכנות או מתן פקודה להסתכן אך ורק במידה הנדרשת להשגת המשימה הנתונה, הנגזרת מייעוד הצבא (ההגדרה הרשמית של ייעוד צה"ל היא "להגן על מדינת ישראל, שלמותה, ריבונותה ושלום תושביה, ולסכל מאמצי אויב לשבש את אורח החיים התקין בה" וישנם כמה הבדלים בינה לבין מה מה שאמרנו כאן על ייעוד הצבא, אולם לא נעסוק בהם).

לפי התפיסה הנוכחית, לא זו בלבד שחיי אדם אינם מאבדים את ערכם במלחמה או בכל פעילות ביטחונית חיונית אחרת, ולא זו בלבד שחיייהם של החיילים אינם בגדר משאבים של המפקד, אלא שחובתו של המפקד, במסגרת פעילותו המקצועית, היא להתאמץ בלי הרף להקטין ככל האפשר את הפגיעה בחייליו במהלך ביצוע המשימה הנתונה. בלשון אחרת, הרף האתי של התנהגות המפקד, בכל שלבי הפעילות הקרבית, מתבטא בפגיעות הנמוכות ביותר האפשריות בחיי החיילים. אבידות בנפש, מעל הנדרש בנסיבות הקרב, הן בגדר כישלון מקצועי והן מציבות את האחראי ברמה נמוכה מזו של הרף האתי של הפעילות הצבאית. האסון של אבידות מיותרות בנפש יכול להתרחש בנסיבות שונות לחלוטין זו מזו, אבל באף אחת מהן לא באה לידי ביטוי הרמה הראויה. הדברים אמורים קודם כול באבחון מיותר של חיי אדם, כשניתן היה לבצע את המשימה בדרך אחרת, בפחות נפגעים או אפילו בלא נפגעים. כמובן שהדברים אמורים גם באבחון מיותר של חיי אדם, כירי של כוחותינו על כוחותינו או בתאונות דרכים במהלך הפעילות הקרבית. הדוגמאות לנסיבות שכאלה הן רבות ומרות.

הצבת הרף האתי של השמירה על חיי אדם בנקודה זו משקפת לא רק את עקרונות

זה, לא רק הנסיבות המובנות מאליהן של הנסיעה בכבישים או הטיפול בנשק, אלא גם הנסיבות הפחות מובנות מאליהן של אימונים לשם בניין הכוח, כהכנה למלחמה או לפעילות ביטחונית אחרת.

כך מבטא הקוד האתי הראשון של צה"ל את עקרונות המשטר הדמוקרטי, בדבר השמירה על חיי אדם, במסגרת המקצועית המיוחדת של הפעילות הצבאית, על רקע הייעוד הנתון של הצבא במדינה דמוקרטית (כתוספת חזקת המימוש הראשונה וחזקת המימוש השנייה, שהוזכרו לעיל). החלק הזה של הרף האתי של הצבא מבטא את התפיסה הראויה של היחס המעשי לחיי אדם, במסגרת הפעילות הצבאית.

חלק אחר של הרף האתי של צה"ל, המבטא אף הוא את התפיסה המוסרית שביסוד המשטר הדמוקרטי, הוא ערך "טוהר הנשק", על ההסברים וכללי היסוד המלווים אותו, וגם הוא נוגע לשמירה על חיי אדם, אולם לא נעסוק בו כאן ביתר פירוט.

עקרונות המשטר הדמוקרטי יוצרים מערכות שונות של חובות לשמור על חיי אדם. זה עתה ראינו את החלקים הכלליים של מערכת החובות האתיות לשמור על חיי אדם, במסגרת המקצועית של הפעילות הצבאית. קודם לכן ראינו את הזכות החוקתית של האזרח להגנה על חייו, הנתונה לו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדעת נותנת, כי זכות חוקתית תמצא ביטוי לא רק בסעיף חוקתי אלא גם בהסדרים משפטיים אחרים. האם מן הראוי שבין ההסדרים המשפטיים הללו יהיה גם שער משפטי אל תוך עולם האתיקה הצבאית, ככל שהמדובר בשמירה על חיי אדם?

חלק מן התשובה לשאלה זו ראינו, כאשר עסקנו ברמה האישית של השמירה על חיי אדם ובאתיקה של המהנדס, לדוגמא. גם ברמה הקולקטיבית יקבע עולם המשפט את סף ההתנהגות. כדרכו, הוא יעשה זאת באמצעות חוקים שיכוננו עבירות ויקבעו עונשים שבית המשפט ישית על מי שיימצא אשם בהן. וכדרכו הוא יסמן את הסף באופן חד ומפורט, באמצעות חוקים ופסקי דין.

עוד ראינו, כי הקביעה המשפטית של הסף משפיעה על הקביעה האתית של הרף, באמצעות חובת הזהירות המיוחדת המוטלת על כל בעל סמכות מקצועית. ככל שחובת זהירות מיוחדת חלה על בעל סמכות מקצועית, מפני הסכנה הגלומה בתוקף המקצועי שיש להחלטות שלו בעייני עצמו, אין הבדל בין המהנדס לבין המפקד. אולם כאשר חובת זהירות מיוחדת חלה על בעל סמכות מקצועית, מפני הסכנה הנשקפת לחיי אדם מתוצרי פעילותו, יש הבדל משמעותי בין המהנדס לבין המפקד, המחייב הבדל של ממש בין טיבו של שער המשפט אל תוך עולם האתיקה של המהנדס לבין טיבו של שער המשפט אל תוך עולם האתיקה של המפקד.

בעולם האתיקה של המהנדס, יש הצדקה להטיל עליו אחריות מוחלטת לאבדן חיי אדם שנגרם על ידי תוצרי פעילותו המקצועית של המהנדס, כל עוד הפגיעה בנפש נגרמה בשל פעילות ברמה מקצועית נמוכה. אילו פעל אותו מהנדס ברמה המקצועית של הרף או אפילו מעט מתחתיו, כי אז היה מזהה בעוד מועד את הסכנה לחיי אדם הנשקפת מתוצרי פעילותו והיה מסכל אותה באופן אפקטיבי. נדגיש, כי אין המדובר במהנדס שרמתו המקצועית נמוכה, אלא בפעילות מסוימת של המהנדס שנעשתה ברמה מקצועית נמוכה. ייתכן שבדרך כלל המהנדס פועל ברמת מקצועית גבוהה להפליא, אולם בהזדמנות כלשהי פעילותו הייתה ברמה אחרת, הרבה יותר נמוכה. בעולם האתיקה, חלה עליו אחריות מוחלטת לאבדן חיי אדם עקב פעילות ברמה מקצועית נמוכה, לא רק אם בדרך כלל פעילותו המקצועית היא ברמה נמוכה, אלא גם אם לפנינו נסיבות מסוימות בהן הרמה הנמוכה של הפעילות היא סיבתו של אבדן חיי אדם. כך בעולם האתיקה של המהנדס.

הדעת נותנת, כי מהנדס שחלה עליו אחריות מוחלטת לאבדן חיי אדם, כתנאים האמורים, ימצא את רמת פעילותו לא רק הרחק מתחת לרף, אלא גם מתחת לסף. גם מנקודת המבט של הביטוי המשפטי של ההגנה על חיי אדם ברמה האישית וגם מנקודת המבט של הביטוי המשפטי של ההגנה על חיי אדם ברמה הקולקטיבית, יש הצדקה להטיל על המהנדס חובה משפטית של "שב ואל תעשה", אם אינו בטוח באופן סביר ביכולתו לפעול באופן שתהיה בו הרמה הראויה של הגנה על חיי אדם מפני תוצרי פעילותו המקצועית, שהיא רמת הרף או רמה קרובה אליה. ממילא, יש הצדקה להגיב על התנהגות שלא על פי חובה זו, לא רק באמצעים המקצועיים שיש לנקוט בהם, כדי לשפר את הרמה המקצועית של מי שנהג שלא כראוי, הרחק מתחת לרף, אלא גם באמצעים של חקירה, אישום ושפיטה, כדי להביא עבריינים על עונשם, כדי לשרת את הצדק, המחייב להבחין בין מי שהתנהגותו מעל הסף לבין מי שהתנהגותו היא מתחתיו.

לא כאלה ראויים להיות פני הדברים כאשר מדובר לא במהנדס אלא במפקד. גם בעולם האתיקה הצבאית יש הצדקה להטיל על המפקד אחריות מוחלטת לאבדות מיותרות עקב פעילות צבאית ברמה מקצועית נמוכה. גם על המפקד חלה אחריות מוחלטת שכזו, בין אם מדובר ברמה המאפיינת כל פעילות מקצועית שלו ובין אם המדובר ברמה חריגה לרעה.

ועם זאת, אין מקום לתת ביטוי משפטי להגנה על חיי אדם בנסיבות של פעילות ברמה מקצועית נמוכה, כל עוד אין מקום להטיל חובה של "שב ואל תעשה", על המפקד שאינו בטוח באופן סביר ביכולתו לפעול באופן שתהיה בו הרמה הראויה

של הגנה על חיי הלוחמים מפני פגיעות בנפש, שהיא רמת הרף או רמה קרובה אליה.

אין צורך להכביר מילים בשבחו של המפקד שרמתו המקצועית מבטיחה שההגנה על חיי חייליו תהיה ברמת הרף, בכל הנסיבות שבהן הוא מפקד על ביצוע משימה קרבית. בכל זאת, אין מקום להטיל על מפקד כלשהו חובת "שב ואל תעשה", לא באופן אחי ולא באופן משפטי, כאשר אינו יכול לערוב לנו שבכל הנסיבות, פעילותו תקנה לחייליו הגנה על חייהם ברמת הרף של הפעילות הקרבית. מפקד שיפעל ברוח של "שב ואל תעשה", בנסיבות שבהן אינו יכול לערוב כך להגנה על חיי חייליו, עלול להמיט אסונות על ראשי חייליו, בגורמו להם אבידות כבודות יותר מכפי שהיה עלול להסב להן בפעילות ללא אותה ערובה להגנה על חייהם.

פעילות מבצעית כושלת, בין אם המשימה לא בוצעה במלואה ובין אם נגרמו בה אבידות מיותרות לחיילי הכוח הלוחם, עשויה להתגלות בתחקיר שלאחר מעשה כפעילות שנעשתה ברמה מקצועית נמוכה. ממצאיו של תחקיר כזה עשויים להוביל אל המסקנה המעשית, כי ראוי להחליף מפקד כלשהו, שפעילותו היתה ברמה מקצועית נמוכה, במפקד אחר, שיש יסוד להניח שרמתו המקצועית תהיה גבוהה יותר, בכל מקרה, מרמתו של המפקד שכשל. עם זאת, גם ממצאים בדבר פעילות ברמה מקצועית נמוכה, במהלך הפעילות המבצעית, שעה שאין שום דריסת רגל לחובה של "שב ואל תעשה", לא אמורים להצטייר כמצאים בדבר פעילות ברמה שמתחת לסף. במקום הזה, השער המשפטי נעול. השער אינו נעול כל עוד יש הצדקה להטיל חובה של "שב ואל תעשה", כאמור. השער נעול באין הצדקה כזאת.

### פרק ה: אתיקה: שערים משפטיים סמויים

ההבחנה המושגית, בין מקומו של הרף האתי לבין מקומו של הסף המשפטי, לא מעורר קושי עקרוני בעולם האתיקה של מקצועות, ארגונים או תפקידים. ככל שניתן להעמיק בתפיסה, לעדן את כלליה ולדקדק בפרטיה, לא יהיה ערעור, מנקודת המבט של האתיקה הנוגעת בדבר, על עצם קיומו של הסף המשפטי בתחתית סולם הפעילויות האפשריות.

לכאורה, כך היו צריכים להיראות פני הדברים גם במבט בכיוון ההפוך. ההבחנה המושגית לא היתה צריכה לעורר קושי עקרוני בעולם המשפט, ככל שהוא מגביל את הפעילות במסגרת מקצוע, ארגון או תפקיד, על פי עקרונותיו של המשטר הדמוקרטי. מנקודת המבט של המשפט לא היה צריך להישמע ערעור על עצם קיומו

של הרף האתי במעלה סולם הפעילויות האפשריות. פסקי דין ידועים נתנו ביטוי מובהק לתפיסה המחייבת בעלי מקצוע, אנשי ארגון או נושאי תפקיד לנהוג לא רק כדין, אלא גם על פי הערכים והכללים של עולם האתיקה הנוגע בדבר.

אולם למרבה הפליאה, חוק-יסוד: חופש העיסוק מצטייר אחרת. לכאורה, הוא מגלם תפיסה שאינה מכירה בקיומו המושגי של רף אתי, העומד בפני עצמו ומחייב לפעול על פיו, בכל מקום, בלי יוצא מן הכלל, בו מתקיימת פעילות עליה חלים העקרונות של חופש העיסוק. אין ספק שבין השאר מדובר בחוק-יסוד זה גם בפעילות במסגרת מקצועית, שכן סעיף 3 של חוק-היסוד, קובע במפורש, כי "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד" (זה היה נוסח הדברים גם במהדורה הקודמת של חוק-יסוד זה, בסעיף 1).

כדי להבין את הבעיה שמעורר חוק-יסוד: חופש העיסוק, יש להציג שניים מהיבטיו: ראשית, חוק-היסוד קובע את תחולתו, בסעיף 5, באמרו: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב". נתאר לעצמנו, איפוא, רשות שלטונית המעוניינת להגדיר, בכליו של עולם האתיקה הנוגע בדבר, את הרף האתי של כלל עובדיה או של חלק מהם, הנמנים עם קבוצה הניתנת לאפיון מלא וענייני במונחי מקצוע, ארגון או תפקיד מסוים. סעיף התחולה מטיל על רשות זו חובה "לכבד את חופש העיסוק" של כל אלה שהיא באה להטיל עליהם חובות אתיות, בהיות כל אחד מהם "אזרח או תושב".

"לכבד את חופש העיסוק" פירושו, בין השאר, שלא להגביל אותו באופן שאין לו הצדקה על פי עקרונות המשטר הדמוקרטי. כך כשהמדובר בזכות יסוד כלשהי, כך כשהמדובר בחופש העיסוק (אמנם, סעיף המטרה של חוק-יסוד זה, סעיף 2, מאפיין את עקרונות המשטר במדינה במונחים של "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", אולם לצורך הדיון הנוכחי ניתן להסתפק באפיון המשטר במונחים של מדינה דמוקרטית).

מה עקרון ההבחנה בין הגבלה מוצדקת של חופש העיסוק לבין הגבלה לא מוצדקת של חופש העיסוק? חוק-היסוד עצמו משיב על שאלה זו, במפורש, אם גם לא בפרוטרוט, בסעיף 4, "פגיעה בחופש העיסוק" (מוטב היה אילו הביטוי "פגיעה" היה מציינן הגבלה שאין לה הצדקה, ולא חל על הגבלה כלשהי, בין אם היא מוצדקת ובין אם אינה כזאת, אבל כיוון שהחוק משתמש בביטוי "פגיעה" במשמעות הרחבה, ננהג כך גם אנו, להלן), וזו לשון סעיף ההגבלה: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה

עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור, מכוח הסמכה מפורשת בו".

רשות שלטונית, המעוניינת להגדיר רף אחי, לשם טיפוח הרמה המקצועית של הפעילות המתבצעת במסגרתה, באה להטיל חובות אתיות על אזרחים או תושבים הפועלים במסגרתה ובכך היא באה להטיל הגבלה על חופש הפעילות שלהם במסגרתה, מעבר להגבלות שבחובה חוקית או חוזית כלשהי החלות עליהם בין כה וכה. סעיף ההגבלה דורש, כי ההגבלה הנוספת תהיה "לתכלית ראויה", ובכך אין כל ספק, כאשר מדובר בטיפוח הרמה המקצועית של הפעילות המתבצעת במסגרתה. עוד דורש סעיף ההגבלה, כי ההגבלה הנוספת תהיה "במידה שאינה עולה על הנדרש", וגם בכך לא יהיה ספק, אם מלאכת ההגדרה של הרף האחז תיעשה כראוי. אולם סעיף ההגבלה דורש, כי ההגבלה הנוספת תהיה מעוגנת "בחוק או מכוח הסמכה מפורשת" בחוק. פירושו של דבר, שרשות שלטונית יכולה להטיל חובות אתיות רק במסגרת חוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק. פירושו של דבר, שרשות שלטונית אינה יכולה לקיים הבחנה ברורה, עקרונית ומעשית, בין עולם האתיקה לבין עולם המשפט, כנדרש מן התפיסה המבחינה בין הרף האחז, תכליתו ודרכי השמירה עליו, לבין הסף המשפטי, תכליתו ודרכי השמירה עליו.

מוכרת לנו התופעה המשפטית של חקיקה ראשית הנותנת תוקף של חוק לחובה שהיא אתית במהותה, כשם שרווחת התופעה המשפטית של חקיקה משנית של כללי אתיקה של מקצועות רשומים. כך, לדוגמה, חוק זכויות החולה מטיל חובות בתחומי ההסכמה מדעת והסודיות הרפואית, שהן בטיבן ובמקורן חובות אתיות, חובות שנשאבו מתוך עולם האתיקה הרפואית. וכך, לדוגמה מסוג אחר, כללי האתיקה של הפסיכולוגים. הכללים הללו מכוננים את חובתו של הפסיכולוג הקליני, מן הדין, למלא כמה מן החובות המוכרות לו והחלות עליו בין כה וכה כחובות אתיות של כל פסיכולוג קליני, ביניהן "שמירת טובתו של המטופל", "דרישת מיומנות מקצועית" ו"שמירת כבוד המקצוע". הפרה של כלל מן הכללים הללו היא בגדר "התנהגות שאינה הולמת את מקצוע הפסיכולוג" ומהווה עילה מספקת לצעד עונשי.

לא מן הראוי להקל ראש בתופעה של חובה אתית וחובה משפטית המציגות בפני הרופא, הפסיכולוג או בעל מקצוע אחר, אותה דרישה מעשית, לנהוג כך ולא אחרת. תופעה זו מטשטשת את ההבדל בין הרף הבא מן העולם האתי לבין הסף הבא מן העולם המשפטי, בין מנגנוני טיפוח הרמה המקצועית הראויה לבין מנגנוני השמירה על גבולות ההתנהגות המותרת. קשה שבעתיים היא התופעה המשפטית, המתגלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, המותירה לרשויות השלטון רק את הדרך המשפטית להטלת חובות הנעוצות בעולם אתיקה זה או אחר. תופעה זו היא בגדר עיקור

הפעילות של כל רשות שלטונית מרוח האתיקה, המטילה חובות בדבר ההתנהגות הראויה, מכוח הבנת המקצוע, המקצועיות והמעטפת הדמוקרטית, ולא מכוח החוק, הבא לשרת את הצדק, בתחתית הסולם של הפעילות המקצועית, באמצעות הנאמנות הכללית לחוק באשר הוא בין חוקיה של מדינה דמוקרטית או באמצעות הפחד הרווח מפני עונש האורב לעבריין, אם ייתפס בקלקלתו ובית משפט ימצא אותו אשם.

חוק-יסוד: חופש העיסוק מטיל חובה על כל רשות שלטונית להיזדקק לחוק אם בכונתה להטיל הגבלה אתית על חופש הפעולה של אזרח או תושב, במסגרת פעילותו המקצועית. הדעות חלוקות בשאלה האם לחוק-יסוד: חופש העיסוק יש השפעה לא רק על המשפט הציבורי אלא גם על המשפט הפרטי, אבל גם מבלי להיכנס בעובי הקורה הזאת, ניתן לראות כיצד נפתח כאן שער משפטי אל תוך עולם האתיקה גם כשהמדובר לא ברשות שלטונית, אלא בקהילה מקצועית, עצמאית ומאורגנת, כגון סגל המחקר האקדמי במוסד להשכלה גבוהה או מועצת העיתונות. מוסד להשכלה גבוהה יכול לנסח קוד אתי של המחקר המדעי המתנהל במסגרתו. מועצת העיתונות בישראל מטילה על עיתונים ועיתונאים חובות אתיות, המגבילות את חופש העיסוק של העיתונאי במסגרת מקצועו, כשם שעושה זאת נציבות התלונות של העיתונות הבריטית בכללי ההתנהגות שהיא מחייבת בהם עיתונאים.

ההגבלות המוטלות כך על חופש הפעילות המחקרית או על חופש הפעילות העיתונאית אינן עניין פשוט או מובן מאליו. תקנון האתיקה המקצועית של מועצת העיתונות בישראל (נוסח 1996) מטיל על העיתונאי הגבלות אתיות בתחום "העיסוק הנוסף". בין השאר, הוא רואה "כעיסוק נוסף, המעורר חשש או מראית עין לניגוד אינטרסים או להטעיית הציבור... תשדירי פרסום, יחסי ציבור או שירות דומה, המוגשים על ידי עתונאי העוסק בחדשות, באקטואליה, בפרשנות, בתחקירים או בראיונות על מגוון נושאים".

כמובן שלפנינו הגבלה של ממש על חופש הפעילות של העיתונאי.

האם יש מקום לבחון הגבלה כזאת לאור חוק-יסוד: חופש העיסוק? הדעת נותנת, כי זו אינה שאלה אחת, אלא מסכת שאלות, הנוגעות ליסודות שונים המופיעים באותו חוק-יסוד. בדבר כל אחד מהם בפני עצמו, ניתן לשאול האם יש מקום לבחון הגבלה כזאת לאורו. הנה שתי דוגמאות: ראשית, מכיוון שזהו חוק-יסוד, המכונן זכות יסוד ומכיר באפשרות להגביל אותה בתנאים מסוימים, לא רק שיש מקום אלא שחובה היא לבדוק אותה הגבלה על חופש הפעילות העיתונאית או כל הגבלה דומה

לאור התנאים המהותיים שחוק-היסוד מציב בפני כל הגבלה, הלא הם תנאי התכלית הראויה והמידה הדרושה. אני ברעה, אותה הבעתי גם בסדרת החלטות של בית דין לאתיקה של מועצת העיתונות, כי ההגבלה האמורה על חופש הפעילות העיתונאית היא לתכלית ראויה אבל היא במידה העולה על הנדרש ואשר על כן היא פסולה מעיקרה, לא רק מנקודת המבט המשפטית, אלא גם מנקודת המבט האתית, המשקפת בין השאר את עקרונות המשטר הדמוקרטי שבמסגרתו מתנהלת הפעילות העיתונאית (ההחלטה בוטלה בערעור אולם דעתי נותרה כשהייתה). שנית, סעיף ה"פגיעה בחופש העיסוק" שבחוק-היסוד קובע, כי אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק. הדעת נותנת, כי המחוקק לא בא לבער מן העולם את כל עולמות האתיקה, המטילים הגבלות על חופש העיסוק, על פי ערכי המקצועות, הארגונים והתפקידים, אלא רק להגביל את כוחן של רשויות השלטון להטיל מגבלות על חופש העיסוק. אם אכן כאלה הם פני הדברים, אין צורך לבדוק את ההגבלה האמורה על חופש הפעילות העיתונאית לאור דרישה זו. עם זאת, יש מקום לפרש את סעיף ה"פגיעה בחופש העיסוק" כחל לאו דווקא על רשויות השלטון ואם אכן אלה הם פני הדברים, מן הראוי שהמחוקק יתיר הטלת מגבלות אתיות, בעולמות של המקצועות, הארגונים והתפקידים, בלכתו באחת מן הדרכים העומדות לרשותו לשינוי הנורמות המתבטאות בחוק-יסוד: חופש העיסוק.

אלא שההגנה על חופש העיסוק מפני הגבלות שלא לתכלית ראויה או במידה העולה על הנדרש אינה מסתכמת בבדיקה עניינית של הגבלה נתונה או הגבלה מוצעת לאור יסודות מסוימים של חוק-יסוד: חופש העיסוק. ההגנה על זכויות היסוד של האזרח במדינה הדמוקרטית אינה מופקדת בידי האזרח כשלעצמו. המדינה חייבת לכונן מנגנוני הגנה ורשויות שלטוניות מתאימות חייבות לקיים אותם, באופן הוגן ואפקטיבי. נוכח פגיעה בחופש העיסוק של אדם, במסגרת מקצוע, ארגון או תפקיד כלשהו, שלא לתכלית ראויה או במידה העולה על הנדרש, על המדינה, באמצעות הרשויות הנוגעות בדבר, לנקוט באמצעים חוקיים מתאימים, שיש בהם כדי להגן על האדם מפני אותה פגיעה בלתי מוצדקת בחופש העיסוק שלו. נוכח הפגיעה האמורה בחופש העיסוק של העיתונאי, על המדינה לנקוט באמצעי הגנה מתאימים.

בכך נפתח שער משפטי אל תוך עולם האתיקה העיתונאית וכמוהו אל תוך כל עולם אתיקה המתנהל במדינה.

האם זהו שער רצוי של עולם המשפט אל תוך עולם האתיקה?

התשובה אינה פשוטה. ראשית, יש לומר, כי עצם קיומו של השער הוא רצוי, בה

במידה שהוא מפרנס כראוי את מרכיב האתיקה הנעוץ בעקרונות המשטר הדמוקרטי, שהוא אחד מיסודות "המרובע הבסיסי" של האתיקה של כל מקצוע, ארגון ותפקיד. בלשונו של סעיף ההגבלה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ניתן לומר, כי השער הזה קיים לשם תכלית ראויה. עדיין נשאלת השאלה, בלשונו של אותו חוק-יסוד, האם השער אינו פתוח מעבר לנדרש, או בלשון אחרת, מי ראוי להיות מופקד על השער?

התשובה מורכבת, כיוון שאין הצדקה של ממש להפקיד על השער אל עולם האתיקה של מקצוע מסוים, לדוגמא, לא את הקהילה המקצועית כשלעצמה, מפני שהמדובר בהגנה על זכות יסוד מפני הגבלה לא נאותה שעלולה קהילה מקצועית זו להטיל על הפרועים במסגרתה, וגם לא על בית המשפט כשלעצמו, מפני שהמדובר ברגולציה עדינה של פעילות מקצועית. דרוש, איפוא, הסדר המעצב את השמירה על השער באמצעות צירוף מיוחד של מלאכת המקצוע ומלאכת השיפוט.

בהסדר האידאלי היה כל צעד של הטלת הגבלה אחת על הפעילות המקצועית, מלווה בהנמקה, ראשית, במונחים של התכלית שההגבלה באה לשרת, ושנית, במונחים של המידה הנדרשת להשגת אותה תכלית באמצעות הגבלה כזו או אחרת. הצגת ההגבלות והנימוקים היא מלאכתם של אנשי המקצוע.

עתירה כנגד הגבלה אתית, מן הטעם שאינה עומדת בדרישות התכלית הראויה והמידה הנדרשת, על פי חוק-יסוד: חופש העיסוק, תידון בבית המשפט, אולם זה לא ידון רק בהגבלה כשלעצמה ובנימוקים שיוצגו לצורך הגנה מפני העתירה, אלא קודם כל ובעיקר בנימוקים של אנשי המקצוע להטלת המגבלה הנדונה.

בית המשפט ידון בשאלת התכלית, כדרך שינהג בכל מקרה של עתירה על יסוד אותו חוק יסוד, וכך יעשה גם ככל שהמדובר באמות המידה החיצוניות לבדיקת מידתיות: ראשית, הרציונליות של ההגבלה, במונחי היחס של אמצעי אפקטיבי ומטרה נתונה, האמור להתקיים בין ההגבלה לבין התכלית שהיא באה לשרת. ושנית, היעילות של ההגבלה, במונחי הכורח להשתמש באותה הגבלה, באין דרך לשרת את התכלית הנתונה באותה הצלחה בהגבלה פחותה. שונה תהיה דרכו של בית המשפט, בהסדר המוצע כאן, ככל שהמדובר באמות המידה הפנימיות לבדיקת מידתיות. אמות מידה אלה כרוכות באיזון נאות של תכליות מקצועיות ראויות. הפעלתה של אמת מידה פנימית נעוצה בהערכה מקצועית של הערך היחסי של כל הגבלה אפשרית, במונחי רמת ההישג של התכליות הנתונות, מצד אחד, ורמת הפגיעה בכל אחת מהן, מצד שני. כשנימוקי ההגבלות עומדים על אמות מידה פנימיות שכאלה, מן הראוי שביט המשפט יתערב רק במקרים קיצוניים, הלוקים באי-סבירות קיצונית.

התערבות יתר של בית המשפט, כשלפניו הגבלה כללית או החלטה פרטנית על יסוד הגבלות כלליות, העומדות על אמות מידה פנימיות, עלולה לפגוע ברמת האתיקה של הפעילות המקצועית, מבלי שתועיל להגנה הראויה על עקרונות המשטר הדמוקרטי. כזו היתה, לעניות דעתי ובכל הכבוד הראוי, החלטת בג"צ לפסול את העלאתו של קצין בכיר בציה"ל לדרגה בכירה יותר, תוך כדי היתר לקדם אותו לתפקיד בכיר יותר, הכרוך בדרך כלל גם באותו העלאה בדרגה. פסילת העלאה בדרגה תוך כדי היתר הקידום בתפקיד יצרו איזון מוטעה, מבחינה מקצועית, בין ההגבלות המוטלות על העלאה בדרגה לבין ההגבלות המוטלות על קידום בתפקיד.

"המרובע הבסיסי" של האתיקה, במסגרת כלשהי של מקצוע, ארגון או תפקיד, כולל מרכיב הנועץ בעקרונות המשטר הדמוקרטי. מלאכת עיצובו של מרכיב זה מופקדת, אפוא, בידי קהילת המקצוע, הארגון או התפקיד, מצד אחד, ובידי בית המשפט, מצד שני, ושניהם אמורים לעשות בה במשותף ובמתואם.

### פרק ו: שיפוט: שער אתי

מקומה של האתיקה בעולם השיפוט הוא, בראש ובראשונה, מקומה של האתיקה בעולמו של מקצוע השיפוט. כל מקצוע הוא בעל אתיקה משלו, המאפיינת את תכליתו, המשקפת את מלוא רוחו, המבססת את הנורמות הראויות לשלוט בו. כך כל מקצוע, כך מקצוע השיפוט.

פעילותו המקצועית של השופט לובשת, לעתים קרובות, את הצורה של בירור העובדות ופירוש החוק, כדי לקבוע האם התנהגותו של אדם מסוים, בנסיבות מסוימות, הייתה תחת מה שקראנו לו לעיל "הסף", הווה אומר, אסורה, עבריינית. הדעת נותנת, כי דיון מקצועי, הוגן ויסודי בסוגיה שכזו, מצריך עיסוק שיטתי באפיון מדויק ככל הנדרש של הסף.

התמקדות זו של השופט באיזור הספר שבסביבותיו של הסף, ככל שהיא טבעית, כשהמרובר בדיון בפרשייה שלפני השופט בשבתו בדיון, אינה טבעית כלל ועיקר, כשהמרובר בעיסוקו של השופט במלאכת השיפוט עצמה. כיוון שהשיפוט הוא מקצוע, הרי הפעילות השיפוטית היא בעלת סף משפטי, מצד אחד, ורף אתי, מצד שני. וככל פעילות מקצועית אחרת, כך גם הפעילות השיפוטית לא רק שהיא אמורה שלא להתנהל תחת הסף של ההתנהגות המותרת על פי הדין, אלא שהיא גם אמורה להתנהל בגובה הרף האתי של ההתנהגות הראויה על פי תפיסת המקצוע או מעל

הרף. ושוב, ככל פעילות מקצועית אחרת, כך גם הפעילות השיפוטית אמורה להתנהל לאורם של כללי אתיקה, משעה שהרף האתי הוצג כראוי, במתכונת של קוד אתי או כיוצא בזה, באופן המצדיק את הנורמה של ציות לכללים הללו.

אין ספק שמערכת העקרונות שבמסמך כללי אתיקה שיפוטית, כפי שעוצבה בתהליך ממושך, ביוזמתו של נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט מאיר שמגר, ובהנהגתו, היא הצגה ראויה של הרף האתי של מקצוע השיפוט. בלשונו של המבוא למסמך, "כללי האתיקה של השופטים משקפים את התפיסות הערכיות המונחות ביסוד מלאכת השיפוט. הם בגדר הצהרה על עקרונות מנחים השאובים ממסורת עתיקה יומין, והם אף כוללים את תרגומם והתאמתם של העקרונות הללו לנסיבות המעשיות", בהן שופט מוצא את עצמו, "במציאות היומיומית" של השיפוט, במסגרת הפעילות המקצועית של השופט, היושב בדיון, בבית משפט של מדינה דמוקרטית.

אותם כללי אתיקה שיפוטית מביאים לידי ביטוי את המרכיבים השונים של "המרובע הבסיסי" של האתיקה השיפוטית, אם גם לא כולם באותה מידה. מרכיב המקצועיות בא לידי ביטוי, לדוגמה, בסעיף 4ד, לפיו "שופט רשאי להיוועץ בעניין שבפניו בעמיתו לשפיטה". מרכיב הערכים הלא-פורמליים של המעטפת החברתית של הפעילות השיפוטית בא לידי ביטוי, ניתן לומר, בסעיף 9א(א), לפיו "שופט יכול לקבל על עצמו שליחות ארעית של הסברה בחוץ לארץ, מטעם המדינה או מטעם גוף ממלכתי או ציבורי, כגון מוסד אוניברסיטאי בישראל או ארגון כלל-ארצי בעל מעמד, כמו הסוכנות היהודית או ההסתדרות הציונית העולמית".

שני המרכיבים הנוספים של "המרובע הבסיסי" של האתיקה השיפוטית, שהם המרכיב של הייחוד המקצועי והמרכיב של ערכי המשטר הדמוקרטי, באים לידי ביטוי מובהק ומגוון בכל העקרונות והכללים שעניינם צדק והגינות, החל בשבועת השופט, המובאת בסעיף 1א, "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים", דרך סעיף 4א(א), הקובע כי "מחובתו של שופט לפעול בהגינות ותוך הקפדה על התנהגות שיש בה כדי לקיים ואף להגביר את האמון בשיטת המשפט בכלל ובמעשה המשפט בפרט", וכלה בסעיפים כגון 1ב(ב), לפיו "שופט לא יישב בדיון במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי, או טיפול קודם בעניין נשוא הדיון לפני מינויו כשופט, עלולים ליצור מראית עין של חשש למשוא פנים".

הסעיף האחרון מבליט את ההבדל בין קביעת הסף של הפעילות השיפוטית לבין

לפרק א' של חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ובייחוד סעיפים 18 (א)-(1)-(2), אולם לא נאריך בזה כאן).

אולם גם אם אין תוקף משפטי לטענה משפטית בדבר פסלות שופט על סמך אותו סעיף 17(ב) של כללי אתיקה שיפוטית, עדיין יש תוקף אתי לטענה האתית בדבר פסלות שופט על סמך סעיף זה. האם יסתמו טענותיו של אזרח, נוכח התנהגות לא ראויה של מורה בכיתה, רופא בבית חולים או חוקר במעבדה, אם יתברר כי זו לא הייתה בגדר עברה על החוק? האזרח רשאי לדרוש מן המורה, הרופא, החוקר או כל כיוצא באלה, כי הפעילות המקצועית שלהם תהיה ברמה מקצועית נאותה, שתהיה בה נאמנות מובהקת לנורמות של האתיקה המקצועית הנוגעות בדבר.

בעניין זה, אין לשופט שום יתרון על פני המורה, הרופא או החוקר. מה הם פועלים במסגרת מקצועית, בעלת אתיקה מחייבת, כך גם הוא פועל במסגרת מקצועית, בעלת אתיקה מחייבת. האתיקה המקצועית יכולה להיות מחייבת מכוח חוק, אבל גם אם אין לה תוקף כזה, היא ראויה להיקרא "מחייבת", בכל הקשר של פעילות מקצועית, שהרי פעילות כזו כלל לא תיתכן בלעדי אתיקה מחייבת, אתיקה שאנשי המקצוע רואים את עצמם מחוייבים בה, בתוקף היותם בעלי המקצוע.

תודעת החובה של אנשי המקצוע לפעול על פי האתיקה המקצועית שלו היא אחד מנדבכי האימון שהבריות אמורים לתת בטיבה של הפעילות המקצועית. בעבר הרחבנו את הדיבור להבהרת חשיבותו של האמון החברתי במוסדות ממלכתיים וציבוריים, בראש ובראשונה מנקודת מבטם של האזרחים עצמם. ככל שהמדובר בעולם השיפוט, במסגרת המשטר הדמוקרטי, אין צורך להכביר מילים להסבר החשיבות המופלגת של אמון הבריות בתקינות המקצועית של פעילות השופט, בית המשפט ומערכת השיפוט כולה. כיוון שהתקינות המקצועית של פעילות השופט אינה עומדת על הסף המשפטי של התנהגותו, אלא על הרף האתי שלה, נמצא שאמון הבריות בתקינות המקצועית של פעילות השופט עומד על חזקת הנאמנות האתית של השופט.

בעולמו של האזרח במדינה הדמוקרטית, זו אינה חזקה יוצאת דופן, אולם בכל זאת יש לה חשיבות מיוחדת. חזקת הנאמנות האתית של איש המקצוע היא חשובה בכל הקשר שבו פעילותו המקצועית כרוכה בהפעלת כוח באופן שיש בו כדי להשפיע על האזרח. חזקת הנאמנות האתית של איש המקצוע היא, קודם כול, חזקת ריסון הכוח, החזקה שאיש המקצוע משתמש בכוח העומד לרשותו, כאיש מקצוע, אך ורק לתכלית הראויה, שלשמה ניתן לו הכוח שבידיו, וכן אך ורק במידה הנדרשת, כפי

קביעת הרף שלה. התנהגות שיש בה משוא פנים בדין ראויה להיחשב התנהגות שמתחת לסף ויש טעם שהחוק יאפיין אותה כעבירה שעושה בצידה. לעומת זאת, התנהגות שאין בה משוא פנים, אבל היא עלולה "ליצור מראית עין של חשש למשוא פנים" אינה ראויה להיחשב התנהגות שמתחת לסף המשפטי, אלא התנהגות שמתחת לרף האתי של הפעילות השיפוטית. השופט המקצועי לא יסתפק בהתנהגות שאין בה עברה על החוק, מפני שאין בה משוא פנים, אלא יגלה נאמנות מעשית מובהקת לחובה האתית להתרחק באופן מובהק מכל מה שעלול להיראות כנגוע במשוא פנים, בכך שלא ישב בדין בנסיבות העלולות "ליצור מראית עין של חשש למשוא פנים".

לא מן המותר להדגיש, כי תפקידו העיקרי של מסמך כגון כללי אתיקה שיפוטית אינו תפקיד חינוכי, גם אם טוב ויפה לעשות בו שימוש לתכלית חינוכית ראויה. כשהמבוא למסמך כללי אתיקה שיפוטית קובע, כי "הכללים ישמשו חומר מנחה ומדריך לכל מי שמצטרף למערכת השיפוט ומבקש ללמוד כלליה", אין מקום לומר על המסמך, כי תפקידו מתמצה בהיותו "חומר מנחה ומדריך" למי שזה עתה באו אל תוך העולם המקצועי של השפיטה. אדרבא, כל כוחו החינוכי של המסמך בא לו מן הכוח האתי שיש לכללים בהקשר השגרתי של הפעילות המקצועית של השופט. כיוון שכל העקרונות והנורמות שבמסמך כללי אתיקה שיפוטית מחייבים את השופט בכל מהלכה של פעילותו השיפוטית, ובמידה רבה גם "בכל תחום אחר בו הוא פועל", בלשון סעיף 6א, לדוגמא, ממילא ראוי "לכל מי שמצטרף למערכת השיפוט ומבקש ללמוד כלליה", שילמד את העקרונות והנורמות האתיים האמורים לבוא לידי ביטוי בפעילות המקצועית של השופט.

כאן עולה השאלה, האם טענה לפסלות שופט יכולה לעמוד על מסמך אתי כגון כללי אתיקה שיפוטית? לאמיתו של דבר, זו שאלה דו-משמעית ולפני שאנו באים להשיב עליה תשובה כזו או אחרת, מן הראוי להבהיר מהי השאלה שתשובה זו באה להשיב עליה.

המשמעות האחת של השאלה היא המשמעות המשפטית: האם טענה משפטית לפסלות שופט יכולה לעמוד על כללי אתיקה שיפוטית? המשמעות האחרת היא המשמעות האתית: האם טענה אתית לפסלות שופט יכולה לעמוד על כללי אתיקה שיפוטית?

אם לפי חוק-יסוד: חופש העיסוק מערכת השיפוט אינה יכולה להטיל הגבלה על הפעילות המקצועית של השופט שלא מתוקף חוק, כי אז ייתכן שלא יהיה תוקף משפטי לטענה הנגזרת רק מתוך כללי אתיקה שיפוטית (המבוא למסמך הכלליים הללו מזכיר בהקשר זה את סעיפים 11 ו-13 של חוק-יסוד: השפיטה ואת סימן ה'

עשה מעשה שיש בו סטייה קלה ומיוחדת מן הכללים המחייבים, אלא שההולך בדרכיו עלול לראות בסטייה זו דוגמה לדפוס התנהגות כללי, המתיר לסטות מן הכללים לאו דווקא באופן קל ומיוחד. על כן, השופט, ככל שהוא נהנה מאמון הבריות, הריהו אדם בעל מעמד משפיע, החייב להיזהר במעשיו, שמא יתפרשו בעיני הבריות כהיתר לעשות את האסור. הנאמנות האתית של השופט היא, אפוא, בעלת חשיבות כפולה וככל שהשופט נהנה מאמון רב יותר בעיני הבריות כך גדלה והולכת חשיבותה של הנאמנות האתית שלו, האמורה לבוא לידי ביטוי מובהק בכל הליכותיו, גם בבית המשפט וגם מחוצה לו.

בטיעון הזה יצאנו מן ההנחה, כי כל סטייה של השופט מן המתחייב בדבר התנהגותו מכללי האתיקה המקצועית של השפיטה או שתצטייר בעיני הבריות, בצדק, כהתנהגות פסולה, או שתצטייר בעיני הבריות, בטעות, כהתנהגות מותרת. כאן ניתן לשאול, האם אמנם לא תיתכן אפשרות שלישית. האם לא ייתכן, כי השופט לא ינהג בהתאם לכללי האתיקה המקצועית של השפיטה, כפי שהם מופיעים במסמך הנתון של כללי אתיקה שיפוטית, ובכל זאת תצטייר התנהגותו בעיני הבריות, בצדק ולא בטעות, כהתנהגות מותרת?

האפשרות הראשונה העולה על הדעת היא זו של חילוקי דעות בדבר כללי האתיקה המקצועית של השפיטה. בוודאי ייתכן שדעתו של שופט לא תהיה נוחה מתוכנו של כלל זה או אחר במסמך הנתון של כללי אתיקה שיפוטית. חילוקי דעות הם לגיטימיים ולעתים צומח מהם תיקון, אולם בעינה עומדת השאלה, האם ייתכן, כי השופט לא ינהג בהתאם לאחד מכללי האתיקה המקצועית של השפיטה, מפני שהוא חלוק על תוכנו, ולמרות שלא נעשה במסמך הנתון של הכללים הללו שום שינוי, בעקבות ליבון המחלוקת, בכל זאת תצטייר התנהגותו של השופט בעיני הבריות, בצדק ולא בטעות, כהתנהגות מותרת?

הדעת נותנת, כי התשובה לשאלה זו היא שלילית. בהנחה, כי חזקת הנאמנות האתית של השופט, בעיני הבריות, עומדת על התנהגותו המקצועית של השופט בהתאם לכללים הנתונים של האתיקה השיפוטית, התנהגות שלא בהתאם לכללים אלה מבטלת את האפשרות לסמוך על החזקה. וכך, אמון הבריות בתקינות המקצועית של פעילות השופט, לפחות בנסיבות הנתונות ואולי גם מעבר להן, נמצא תלוי על בלימה, הלא היא יכולתו להגן בדרך אחרת על הרמה האתית של התנהגותו בנסיבות הללו. אלא שהדרך היחידה הפתוחה בפני השופט להסביר את התנהגותו היא דרך ההחלטה השיפוטית המנומקת ומדרכה של זו שאינה יכולה להפיג "מראית עין של חשש למשוא פנים". מראית עין, בהיותה תמונה העולה על הדעת, באופן טבעי,

שזו נקבעת ונשלטת על ידי כללי האתיקה של מקצועו. חזקת ריסון הכוח חלה על החייל, האמור לבטא בפעילותו הצבאית נאמנות מובהקת לערכים של "חיי אדם" ו"טוהר הנשק" הכלולים ב"רוח צה"ל: ערכים וכללי יסוד", הקוד האתי הראשון של הצבא. היא חלה על השוטר, ש"ריסון כוח וסמכות" ויבטא בכך בפעילות השיטור שלו נאמנות לעקרונות של "מקצועיות ואחריות", הכלולים ב"קוד האתי של משטרת ישראל". היא חלה על איש השב"כ, שהקוד האתי שלו כולל את ערך "ריסון הכוח". חזקת ריסון הכוח חלה על השופט, ממש כשם שהיא חלה על אנשי צבא, משטרה ושב"כ, ואמון הבריות בתקינות המקצועית של פעילות השופט עומד על חזקה זו, ממש כשם שאמון הבריות בתקינות המקצועית של איש צבא, משטרה או שב"כ עומד על החזקה המקבילה.

עם זאת, הנאמנות האתית של השופט נבדלת באופן מכריע מן הנאמנות האתית של זולתו, מפני שרק מערכת השיפוט מתנהלת בתנאים מובהקים של אי-תלות. איש הצבא כפוף למפקדיו ו"הצבא נתון למרות הממשלה", בלשונו של סעיף 2(א) לחוק-יסוד: הצבא. השופט אינו כפוף לאיש ומערכת השיפוט אינה נתונה למרותו של שום מוסד ממלכתי. אם חלק כלשהו מאמון הבריות בתקינות המקצועית של פעילות החייל יכול להישען על יחסי המשמעת הצבאית ויחסי המרות האזרחית, שום חלק מאמון הבריות בתקינות המקצועית של פעילות השופט אינו נשען על יחסי משמעת או מרות כאלה. אדרבא, "במילוי תפקידו לא יהיה שופט תלוי באיש. בפועל ישקוד על אי-תלותה של מערכת השיפוט, ויקפיד על קיומה, בכל דרכיו, בענייני שפיטה ובכל תחום אחר בו הוא פועל", בלשונו של סעיף 6א של כללי אתיקה שיפוטית. אשר על כן, ככל שהמדובר בשופט, אין לבריות על מה להשעין את האמון בתקינות המקצועית של פעילותו, אלא על חזקת הנאמנות האתית שלו.

ככל שהשופט נהנה מאמון הבריות, כך חזקת הנאמנות האתית של השופט מטילה עליו חובה נוספת, בתחום הדוגמא האישית. אם במעשה זה או אחר של השופט יש סטייה מן המתחייב על פי כללי האתיקה המקצועית של השפיטה, כי אז אחת מן השתיים: או שהסטייה תצטייר בעיני הבריות כהתנהגות פסולה או שהיא תצטייר בעיני הבריות כהתנהגות מותרת. אם היא תצטייר בעיני הבריות כהתנהגות פסולה, כי אז ייפגע בכך אימון הבריות בשופט ובמערכת השיפוט. ואם היא תצטייר בעיני הבריות כהתנהגות מותרת, כי אז מתעורר החשש, כי הבריות ילמדו ממנה להרע. שהרי הדרך שבה אדם לומד מחברו, הנישא מעליו, היא זה הורה או מורה, מפקד או שופט, היא בדרך ההכללה: ההתנהגות הגלויה מתפרשת כביטוי של דפוס כללי, המצטייר כראוי לאימוץ. הסכנה אינה מתמקדת במעשה מסוים, בנסיבות מסוימות, אלא בדפוס ההתנהגות המודגם בו, בעיני המתבונן. אמנם אדם בעל מעמד משפיע

אינה נמוגה בכוחם של נימוקים, במיוחד כשהמדובר בדקויות, שהרי הכללים הנתונים הם סבירים, אליבא דכולי עלמא, והסטייה מהם אמורה להיות תלויה בדקויות.

אם לדעתו של שופט, הרף האתי שקובעים כללי אתיקה שיפוטית, בדבר מידת הזהירות הראויה מפני "מראית עין של חשש למשוא פנים", מוצב גבוה מדי, עליו להציע דיון מחודש בסעיף זה או אחר של המסמך, במגמה לתקנו, וכל עוד לא נערך דיון כזה ובוודאי שלא תוקנו הכללים, חובתו האתית היא לנהוג על פיהם.

אפשרות אחרת העולה על הדעת, שהשופט לא ינהג בהתאם לכללי האתיקה המקצועית של השפיטה, כפי שהם מופיעים במסמך הנתון של כללי אתיקה שיפוטית, ובכל זאת תצטייר התנהגותו בעיני הבריות, בצדק ולא בטעות, כהתנהגות מותרת, היא זו של נסיבות מיוחדות. המסמך עצמו מכיר במפורש באפשרות הטבעית להשתמש בו באופן מורכב ומושכל: "כללים אלה מהווים עיקרים ועקרונות, ומהם יגזרו כללי האתיקה הספציפיים בכל מקרה ומקרה. כל נושא שאינו נדון מפורשות בכללים אלה, יפורש בהתאם לנומרות אתיות כלליות ובהתאם לדוחם ומגמתם של הכללים", קובע סעיף 3 של המסמך. ייתכן, כי כלל של אתיקה שיפוטית יהיה תפור לפי מידותיהן של נסיבות טיפוסיות, שעה שהנסיבות שלפנינו חריגות ונבדלות מהן באופן משמעותי. הדוגמא האופיינית להבדל כזה היא בין הנסיבות הטיפוסיות, בהן התנהגות בהתאם לכלל אחד של אתיקה שיפוטית אינה עומדת בניגוד למתחייב מכלל אחר של אתיקה שיפוטית, לבין הנסיבות החריגות, בהן מתעוררת דילמה, כאשר כלל אתיקה אחד מחייב התנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם מה שמתחייב מכלל אתיקה אחר. דילמה כזאת מחייבת הכרעה אחראית בין שני כללי אתיקה, שפירושה גם קביעת אחד מהם בתור הכלל האתי הראשי, המכריע בנסיבות הנתונות, והתנהגות על פיו, וגם מאמץ להתנהג על פי הכלל האתי המשני, עד כמה שניתן לעשות זאת באותן נסיבות.

כך, לדוגמא, ייתכן, כי טענה אתית לפסלות שופט תעלה על הפרק לאחר שנשמעו כל טיעוני הצדדים. אפשר להרהר במידת תום הלב המתגלה בעיתוי כזה של העלאת טענה בדבר קירבה חברתית של שופט לבעל דין או לפרקליט, שהיא מן המפורסמות, אולם הדילמה בעינה עומדת: מצד אחד, "שופט לא יישב בדיון במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין, לפרקליט המופיע בתיק או לעד מרכזי... עלול[ה] ליצור מראית עין של חשש למשוא פנים" (סעיף 11(ב)), ומצד שני, "שופט לא ישהה את הדין, יימנע מכל עינוי דין ויסיים את הטיפול בכל עניין שהוא דן בו בהקדם האפשרי ובאורח יעיל" (סעיף 57).

במקרה כזה, אכן ייתכן שהשופט ינהג על פי הכלל למניעת כל עינוי דין ולא על פי הכלל לפסלות שופט. אולם כדי שהתנהגות כזאת תצטייר בעיני הבריות, בצדק ולא בטעות, כהתנהגות מותרת, למרות שיש בה פגיעה בכלל חשוב של אתיקה שיפוטית, על ההכרעה בין שני כללי האתיקה, בזכות האחד וכנגד האחר, להיות גלויה ומשכנעת, ועל המאמץ למזער את הנזק לכלל האחר, עקב העדפת הכלל האחד, להיות מובהק ומושכל. שאלה בפני עצמה היא, האם אמנם זוהי ההכרעה הראויה בין שני הכללים הללו, בנסיבות הנתונות, אולם לא נאריך בזה כאן.

עם זאת נוסף, כי לא פעם קשה היא ההכרעה בין שתי קרניה של דילמה, קשה הרבה פחות היא הפגת הדילמה בעוד מועד. בדוגמא שלפנינו, ראוי היה לו לשופט, מלכתחילה, ש"לא יישב בדיון במשפט בו קירבה משפחתית או חברתית לבעל דין [אן] לפרקליט... עלולה ליצור מראית עין של חשש למשוא פנים". אפילו טענה לפסלות שופט העולה בנסיבות מפקפקות יוצרת אותה מראית עין לא רצויה. שופט הנמנע, מראש, לישב בדיון בנסיבות של "מראית עין של חשש למשוא פנים" מונע גם מראית עין מיותרת וגם עינוי דין מיותר, נוהג כך לפי המתחייב גם מכלל האתיקה האחד וגם מכלל האתיקה האחר, כראוי, על פי מקצועו ועל פי מעמדו.

### ביבליוגרפיה

1. א' ברק "זכויות-אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר (תשנ"ג) 163.
2. א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 475.
3. א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195.
4. הועדה המקצועית לפסיכולוגיה קלינית מקראה לאתיקה מקצועית (1993).
5. מ' גולדברג חופש העיסוק והגבלתו (1993).
6. א' כשר אתיקה צבאית (1996).
7. א' כשר "האימון הציבורי בצבא" פלילים ט (תשס"א) 257.
8. ז' סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה" משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 587.
9. מ' שמגר "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע" גבורות לשמעון אגרנט (א' ברק, עורך, תשמ"ז) 87.
10. אתיקה במשטרת ישראל (1998).
11. מ' שמגר כללי אתיקה שיפוטית (1993).
12. רוח צה"ל: ערכים וכללי יסוד (1994).

- .13 .R.A. Gorlin *Codes of Professional Responsibility* (Washington, 4<sup>th</sup> ed., 2000).
14. חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996.
15. חוק הפסיכולוגים, תשל"ז-1977.
16. חוק-יסוד: השפיטה.
17. חוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.
18. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
19. חוק-יסוד: חופש העיסוק.
20. חוק-יסוד: הצבא.